

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

FİKİR VE SANAT ESERLERİ HUKUKUNDA TEKNOLOJİK KORUMA

Doktora Tezi

İBRAHİM EMRE BAYAMLIOĞLU

İstanbul, 2007

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

FİKİR VE SANAT ESERLERİ HUKUKUNDA TEKNOLOJİK KORUMA

Doktora Tezi

İBRAHİM EMRE BAYAMLIOĞLU

Danışman: Prof Dr. CEVDET YAVUZ

İstanbul, 2007

İÇİNDEKİLER.....	iii
KISALTMALAR.....	ix
GİRİŞ.....	1
1.Konunun Takdimi.....	1
2. Bilgi İşlem Teknolojileri ve Hukuk İlişkisi – Konunun Sınırlanması.....	4
3. Terminoloji.....	7
3.1. Teknik Terminoloji.....	7
3.2. Hukuki Terminoloji.....	9
4. Yöntem.....	11
1. BİLGİ İŞLEM TEKNOLOJİLERİ ve SOSYAL DEĞİŞİM.....	14
1.1. “BİLGİ”NİN YARATILMASINDA TEKNOLOJİNİN ROLÜ VE SOSYAL YAPILAR ÜZERİNDEKİ ETKİSİ.....	14
1.1.1. Giriş.....	14
1.1.2. Bilgi- işlem Perspektifi.....	15
1.1.3. Yapısalcı Model.....	17
1.1.4. Teknolojik Sistemlerin “Bilgi” Kavramı Üzerindeki Etkisi.....	18
1.2. “BİLGİ TOPLUMU” ve KAVRAMSAL ELEŞTİRİ.....	21
1.3. “AĞ TOPLUMU”.....	24
1.3.1. Hiyerarşik Sosyal Yapılar ve “Ağ Toplumu”.....	27
1.3.2. Değerlendirme.....	31
1.4. HUKUKİ DÜZENLEME SAHASI OLARAK “AĞ”.....	33
1.4.1. Siberalan ve Hukuki Yaklaşım.....	34
1.4.2. “Ağ” ve Mekânsal/Uzamsal Boyut.....	36
1.4.3. Değerlendirme.....	39
1.5. AĞ EKONOMİSİ.....	40
1.5.1. Ekonomik, Kültürel ve Siyasi Bir Güç Olarak Bilgi.....	40
1.5.2. Ağ Ekonomisinin Yapısal Özellikleri.....	45
2. FİKRÎ HUKUKTA “MÜLKİYET” SORUNSALI ve TEORİLER.....	49
2.1. MÜLKİYET KAVRAMININ EKONOMİK RASYONELİ.....	49
2.1.1. Yazılı Kültür Öncesinde Mülkiyet.....	49
2.1.2. John Locke ve “Faydacı” Görüş Açısından Mülkiyet.....	50
2.1.3. Hegel ve Kişilik Çerçevesinde Mülkiyet.....	52
2.1.4. Fikrî Hukukta “Mülkiyet” Sorunsalı.....	55
2.2. FİKRÎ MÜLKİYET TEORİLERİ.....	57

2.2.1. Giriş	57
2.2.2. Teoriler	58
2.2.2.1. Emek Teorisi.....	58
2.2.2.2. Kişilik Teorisi	62
2.2.2.3. Sosyal Planlama Teorisi.....	63
2.2.3.Eser Sahibi Hakkının Niteliği Açısından Teorik Yaklaşımlar	66
2.3. ESER KORUMASINDA “KULLANICI” ODAKLI YAKLAŞIM.....	68
2.4. ENDÜSTRİ SONRASI TOPLUM ve FİKRÎ HUKUK ÖĞRETİSİ.....	73
2.5. TEORİLERİN YETERSİZLİĞİ	76
2.5.1. Serbest Piyasa Dogması	78
2.5.2. Maddesel “İlerleme” Düşüncesi ve Fikrî Mülkiyet	82
2.5.3. Değerlendirme	84
3. FİKRÎ ve SANAT ESERLERİ HUKUKUNUN DOĞUMU, GELİŞİMİ ve TEKNOLOJİK KORUMANIN ULUSLARARASI BOYUTU	86
3.1. POZİTİF DÜZENLEME ÖNCESİ ESER SAHİBİ HAKKI	86
3.2. ESER SAHİBİ HAKKININ DOĞUMU.....	89
3.2.1. Anglo-Amerikan Dünyasında “Telif Hakkı”nın Ortaya Çıkışı.....	90
3.2.1.1.İngiltere, 1709 Statute of Anne Yasası	90
3.2.1.2. A.B.D Hukukunda “Telif Hakkı”nın Ortaya Çıkışı	94
3.2.2. Kıta-Avrupası ve Türkiye’de Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunun Doğumu.....	97
3.2.2.1. Almanya, Fransa ve Türkiye’de İlk Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Düzenlemeleri.....	97
3.2.2.2. Türkiye’de Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunun Kısa Tarihçesi ve Teorik Temeli.....	100
3.2.3. Kıta-Avrupası Kökenli Bir Kurum: Manevi Haklar	103
3.2.3.1. Uluslararası Düzenlemelerde ve Farklı Hukuk Sistemlerinde Manevi Haklar	104
3.2.3.2. Manevi Haklara Genel Bakış ve Sözleşme Kurumuyla İlişkisi	109
3.2.3.3. Farklı Hukuk Sistemlerinde Manevi Hak Koruması.....	112
3.2.3.4. Türk Hukukunda Manevi Haklar	114
3.2.3.5. Bilgi-işlem Teknolojileri ve Manevi Haklar.....	118
3.2.4. Diğer Hukuk Sistemlerindeki Teorik Yaklaşımlar ve Genel Değerlendirme	120
3.2.5. Sonuç	123
3.3. ESER SAHİBİ HAKKINA GENEL BAKIŞ.....	126
3.3.1. Eser Sahibi Hakkının Konusu ve İşleyişi	126
3.3.2. Eser Sahibi Hakkının Özellikleri.....	129
3.3.2.1. Orijinalite (Yaratıcılık) - Eser Sahibinin Hususiyeti.....	130
3.3.2.1.1. Yaratıcılık ve alıntı	131
3.3.2.1.2. Yaratıcılık unsuru taşımayan bilgi ürünleri.....	136
3.3.2.1.3. Orijinalite ilkesi üstüne değerlendirme	137
3.3.2.2. Fikir / İfade Ayrımına Dayanma.....	137
3.3.2.3. Eser Sahipliğinin Gerçek Kişilere Özgülenmesi.....	139
3.3.2.4. Eser Sahibi Hakkının Sınırlanabilir Olması	141

3.4.	TEKNOLOJİK KORUMANIN ULUSLARARASI BOYUTTA DÜZENLENMESİ	143
3.4.1.	Bern Konvansiyonu'nun Doğumu ve Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunun Uluslararası Planda Gelişimi	143
3.4.2.	Bern Konvansiyonu Kapsamında Korunan Eserler ve Konvansiyon'un İşleyişi	148
3.4.2.1.	Konvansiyon'da Tanınan Haklar ve Sınırlandırılması	151
3.4.2.1.1.	Konvansiyon Madde 2 - Sınırlamalar	152
3.4.2.1.2.	Konvansiyon Madde 10 - Zorunlu alıntı sınırlaması	153
3.4.2.1.3.	Madde 10/bis – Basın lehine sınırlamalar	155
3.4.2.1.4.	Madde 9/2 – Çoğaltma hakkına sınırlama: “üç aşama testi”	156
3.4.2.1.5.	Madde 14bis/2b – Film yapımcıları lehine sınırlama	159
3.4.2.1.6.	Zorunlu lisans hükümleri	159
3.4.2.1.7.	Konvansiyonda “örtülü” şekilde yer alan sınırlamalar	162
3.4.2.1.8.	Madde 17 - Kamusal müdahale	163
3.4.3.	WTO (Dünya Ticaret Örgütü) /TRIPs Rejimi	163
3.4.3.1.	TRIPs Anlaşması	163
3.4.3.1.1.	TRIPs ve eser sahibi hakkına getirilen sınırlamalar	165
3.4.3.1.2.	TRIPs Madde 13- Genel “üç aşama testi”	166
3.4.4.	WIPO Telif Hakları Andlaşması (WCT) ve İcralar ve Fonogramlar Andlaşması (WPPT)	169
3.4.4.1.	Andlaşmaların Doğumu ve Hükümleri	169
3.4.4.2.	Eserlerin İnternet Ortamında Sunumu: Şemsiye Çözüm	172
3.4.4.2.1.	Caching	172
3.4.4.2.2.	Genel olarak dijital ortamda “kamuya iletim”	173
3.4.4.2.3.	Ağ üzerinde dosya paylaşımı – P2P	177
3.4.4.2.3.1	P2P sistemler yoluyla eser sahibi hakkının ihlali	178
3.4.4.2.3.2.	2001 AB Telif Hakları Direktifi çerçevesinde dosya paylaşımı	178
3.4.4.2.3.3.	P2P yazılım üreten ve dağıtanlara karşı davalar	179
3.4.4.2.3.4	Değerlendirme	181
3.4.4.3.	Teknolojik Önlemlerin Korunması	183
3.4.4.4.	WIPO Andlaşmaları'nda Sınırlama ve İstisnalar	187
3.4.4.4.1.	WCT Madde 10 Sınırlama ve istisnalar	188
3.4.4.4.2.	WPPT Madde 16 - Sınırlama ve istisnalar	190
3.4.5.	Uluslararası Düzenlemeler Arasındaki İlişki	191
4.	TEKNOLOJİK ÖNLEMLERİN ABD, AB ve TÜRK HUKUKLARINDA DÜZENLENİŞİ	194
4.1.	ABD HUKUKU - DMCA (Digital Millenium Copyright Act)	194
4.1.1.	Giriş	194
4.1.2.	Madde 1201- Teknolojik Önlemlerin Dolanılması/Etkisizleştirilmesi	195
4.1.2.1.	Madde 1201 (a) : Erişim Kontrolü Amaçlı Teknolojik Önlemlerin Etkisizleştirilmesi ve Bu Amaca Yönelik Teknolojilerin Yasaklanması	196
4.1.2.2.	Madde 1201(b) - Kopyalama Kontrolü Sağlayan Teknolojik Önlemler	197

4.1.2.3. Erişim /Kopyalama Kontrolü Ayrımı ve Sınırlamaların İşleyişi.....	199
4.1.2.4. Madde 1201 Kapsamında “Özel” Sınırlama ve İstisnalar.....	200
4.1.2.5. Madde 1201 Hakkında Genel Değerlendirme	205
4.1.3. ABD Hukukunda Telif Hakkına Getirilen Sınırlamalar : “Fair Use” Doktrini.....	205
4.1.3.1. DMCA ve “Fair Use” Doktrini	207
4.1.4. DMCA ve Rekabet Hukuku.....	214
4.2. 2001/29 SAYILI AB TELİF HAKLARI DİREKTİFİ	217
4.2.1. Giriş	217
4.2.2. Madde 5 - Sınırlama ve İstisnalar.....	219
4.2.3. Madde 6 -Teknolojik Önlemlerin Korunması.....	220
4.2.3.1. Madde 6/4 - Teknolojik Önlemlerin Korunmasında Sınırlar	224
4.2.3.2. Madde 7- Elektronik Tanıtım Bilgisi	226
4.2.4. Madde 8 - Yaptırımlar ve Diğer Bazı Hükümler	226
4.2.5. AB Direktifi'nin Federal Alman Hukukuna Aktarılması.....	227
4.2.5.1. Teknolojik önlemler.....	228
4.2.5.2. Eser Sahibi Hakkına Getirilen Sınırlama ve İstisnalar	230
4.2.6. AB Direktifi'nin Hollanda Krallığı Hukukuna Aktarılması.....	232
4.2.6.1. Teknolojik Önlemler.....	233
4.2.6.2. Eser Sahibi Hakkına Getirilen Sınırlama ve İstisnalar.....	233
4.2.6.3. Hollanda Hukukunun Değerlendirmesi.....	234
4.2.7. AB Telif Hakları Direktifi'nin Değerlendirmesi.....	235
4.3 AB ve ABD DÜZENLEMELERİNİN GENEL DEĞERLENDİRMESİ	239
4.4 TÜRK FİKİR ve SANAT ESERLERİ HUKUKUNA GENEL BAKIŞ VE ESER SAHİBİ HAKKINA GETİRİLEN SINIRLAMALAR	245
4.4.1. Türk Hukuku ve Uluslararası Düzenlemeler.....	245
4.4.2. Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Eser Tipleri ve “Mali Haklar”	246
4.4.2.1. İşleme Hakkı.....	248
4.4.2.2. Çoğaltma Hakkı	249
4.4.2.3. Yayıma Hakkı	251
4.4.2.4. Temsil Hakkı.....	252
4.4.2.5. Kamuya iletim hakkı.....	254
4.4.3. Bağlantılı Haklar	256
4.4.3.1. İcracı Sanatçıların Hakları	257
4.4.3.2. Fonogram Yapımcısının Hakları.....	259
4.4.3.3. Radyo-Televizyon Kuruluşlarının Hakları.....	260
4.4.3.4. Film Yapımcısının hakları	261
4.4.4. Türk Hukukunda Eser Sahibi Hakkına Getirilen Sınırlama ve İstisnalar.....	263
4.4.4.1. Kamusal Düşüncelerle Yapılan Sınırlamalar	264
4.4.4.1.1. Genel menfaat (Kamu Yararı).....	264
4.4.4.1.2. Kamu Düzeni (Amme İntizamı)	271
4.4.4.2. Eser Sahibi Hakkının Özel Menfaat Düşüncesiyle Sınırlanması	273
4.4.4.2.1. Genel olarak	273

4.4.4.2.2. Çoğaltma hakkına sınırlama	273
4.4.4.2.3. Temsil ve kamuya iletim haklarının sınırlanması	278
4.4.5. Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Teknolojik Koruma	279
4.4.5.1. Genel olarak	279
4.4.5.2. Değerlendirme	281
4.5. WIPO ANDLAŞMALARI' nın ULUSAL HUKUKA UYARLANMASI	286
4.5.1. Teknolojik koruma açısından düzenleme yaklaşımları	287
4.5.1.1. Genel Erişim Kontrolü	287
4.5.1.2. Kısmi Erişim Kontrolü	288
4.5.1.3. Kullanım Kontrolü	289
4.5.1.4. Teknolojik Önlemleri Etkisizleştiren Araçların Üretim ve Dağıtımının Kontrolü	289
4.5.2. WIPO Andlaşmaları Çerçevesinde Adaptasyon Biçimleri	290
4.6 VERİ-TABANI KORUMASI	293
4.6.1. Veri-tabanlarının Hukuki Koruması	293
4.6.2. TRIPs, WCT ve Veri-tabanları	295
4.6.3. AB Hukukunda Veri-tabanı Koruması	296
4.6.3.1. AB Hukukunda Veri-Tabanı Kavramı ve Sui Generis Hak	297
4.6.3.1.1. Hakkın kapsamı	298
4.6.3.1.2. Sınırlamalar ve süre	298
4.6.3.2. Veri-tabanı Hakkının Kötüye Kullanılması	299
4.6.3.3. Adalet Divanı (ECJ) Kararları Işığında AB Veri-tabanı Direktifi	300
4.6.4. Türk Hukukunda Veri-Tabanı Koruması	304
4.6.4.1. FSEK Ek Madde 8: "Özgün Olmayan" Veri-tabanları	305
4.6.4.2. Yaptırımlar	305
4.6.4.3. Değerlendirme	306
5. FİKİR VE SANAT ESERLERİ HUKUKUNDA TEKNOLOJİK KORUMA SİSTEMLERİ - DRM ...	307
5.1. DAVRANIŞ DÜZENLEYİCİ BİR ARAÇ OLARAK HUKUKUN SİBERNETİK KARAKTERİ ..	307
5.1.1. Giriş : Davranış Düzenleyici Modeller ve Hukuk	307
5.1.2. Evrimsel Bir Sistem Olarak Sosyal Organizma	311
5.1.3. Global Toplum ve Siberetik	315
5.1.3.1. Artan Etkinlik İhtiyacı ve Globalleşme	315
5.1.4. Siberetik ve Hukuk	319
5.2. "DAVRANIŞ DÜZENLEYİCİ ARAÇ" OLARAK YAZILIM ve HUKUK ARASINDAKİ İLİŞKİ ...	324
5.2.1. Giriş : Düzenleme Biçimi Olarak Tasarım	324
5.2.2. Düzenleyici Yazılım	327
5.2.2.1. Tasarımsal/Mimari ve Yapısal Nitelikleri Bakımından Yazılım	327
5.2.2.2. Kuralların Yazılım Mimarisine Aktarılması	334
5.2.2.3. Düzenleyici Yazılımın DRM Dışındaki Uygulamaları	337
5.2.2.3.1. "On-line" piyasalar	337

5.2.2.3.2. “On-line” uyumsuzluk çözümü.....	338
5.2.2.4. Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Kurallarının Yazılım Yoluyla Uygulanması :DRM.....	340
5.3 DRM SİSTEMLERİNİN TEMEL ÖZELLİKLERİ VE İŞLEYİŞİ	342
5.3.1. Giriş ve Fonksiyonel Tanım.....	342
5.3.2. DRM Sistemlerinin İşleyişi.....	345
5.3.2.1. “Dijital Hakların, Yönetimi” (<i>Management of Digital Rights</i>).....	346
5.3.2.1.1. Kimlik belirleme, tanımlama ve doğrulama (identification) sistemleri	346
5.3.2.1.2. “Meta-data” sistemleri	348
5.3.2.1.3. Hakların yazılım yoluyla formülasyonuna yarayan programlama dili (Rights Language)	349
5.3.2.2. Hakların, Dijital Yönetimi” (<i>Digital Management, of Rights</i>).....	355
5.3.2.2.1. Genel olarak.....	355
5.3.2.2.2. Kullanılan teknolojiler	356
5.3.3. DRM Sistemlerine Temel Oluşturan Standartlar	358
5.3.3.1. Genel Olarak Resmi ve Gayri Resmi Standartlar.....	358
5.3.3.2. DRM ve “Trusted Computing”	361
5.4 ESER SAHİBİ HAKKINA GETİRİLEN KANUNİ SINIRLAMALAR ve DRM.....	363
5.4.1. Genel olarak.....	363
5.4.2. DRM Sistemlerinde Sınırlama ve İstisnaların Uygulanması	365
5.4.2.1. <i>Off-line</i> Kontrol.....	365
5.4.2.2. <i>On-line</i> Kontrol.....	366
5.4.2.3. Karma Kontrol ve DRM Mimarisi İçin Bazı Öneriler.....	368
5.4.2.3.1. DRM sistemine hukuki müdahale.....	368
5.4.2.3.2. DRM sisteminin programlama diline müdahale	370
5.4.3. Eser Sahibi Hakkı Sınırlamalarına Uygun DRM Sistemlerinde Bulunması Gerekli Unsurlar	371
5.4.4. Uygulama Güçlükleri.....	373
5.5. AB’de DRM ve KİŞİSEL VERİ KORUMASI.....	374
5.5.1. AB’de DRM.....	374
5.5.2. DRM Mimarisi ve Özel Hayatın Gizliliği.....	376
5.5.2.1 AB’de Kişisel Veri Koruması Hukuku ve DRM	380
5.5.2.2 Değerlendirme	383
5.6. DRM SİSTEMLERİ ÜZERİNE SON DEĞERLENDİRME.....	384
5.6.1. “Ağ tarafsızlığı”(Network Neutrality) ve DRM	387
SONUÇ.....	391
KAYNAKÇA	397

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
a.g.e.	adı geçen eser
a.g.m.	adı geçen makale
AHRA	Audio Home Recording Act
AHRB	Arts and Humanities Research Board
AHRC	Arts and Humanities Research Council
ALAI	Association Litteraire et Artistique Internationale
Am. Econ. Rev	American Law Economics Review
AOL	American Online
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
A.Y.	Anayasa
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Dergisi
Bern Kon.	Bern Konvansiyonu
BHB	British Horseracing Board (İngiliz At Yarışı Komisyonu)
Bkz.	Bakınız
BK	Borçlar Kanunu
BKK	Bakanlar Kurulu Kararı
BM	Birleşmiş Milletler
B. U. J. SCI. & TECH. L.	Boston University Journal of Science and Technology Law
BYU Law Review	Brigham Young University Law Review
C.	Cilt
Cal. L. Rev.	California Law Review
CAUDIT	TheConference of the Australian Universities' Directors of IT
CC	Creative Commons
CDPA	Copyright, Designs and Patents Act
CEA	Center of Applied Economics
CEPR	Center for Economic and Policy Research
CESPRI	Centro di Ricerca sui Processi di Innovazione e Internazionalizzazione
CLIMA	Computational Logic in Multi- Agent Systems
CMF	Copyright Management Framework
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Colum. Sci. & Tech. L. Rev.	Columbia Science and Technology Law Review
Conn L Rev.	Connecticut Law Review
CSO	Chicago Symphony Orchestra
CSS	Cascading Style Sheets
CSTB	Computer Science & Telecommunications Board
çev.	çeviren
DCA	Dutch Copyright Act
DEF CON	Defend The Constitution
D.E.Ü.	Dokuz Eylül Üniversitesi

DID	Digital Item Declaration
DMCA	Digital Millenium Copyright Act
DOI	Digital Object Identifier
DPT	Devlet Planlama Teşkilatı
DRM	Digital Rights Management (Dijital Hak Yönetimi)
Duke L. J./ Duke L. J.	Duke Law Journal
EAN/UPC	European Article Number/Universal Product Code
EAO	European Audiovisual Observatory
ECJ	Avrupa Adalet Divanı
ECIS	Eindhoven Centre for Innovation Studies
ECON	Economics Papers
EFF	Electronic Frontier Foundation
EJISDC	The Electronic Journal of Information Systems in Developing Countries
EIPR	European Intellectual Property Review
FIPR	The Foundation for Information Policy Research
FMR	Ankara Barosu Fikrî Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal)
Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.	
FSEK	Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
GA. L. REV.	Georgia Law Review
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
Geo. L.J	Georgetown Law Jurnal
GRID	Global Release Identifier
GUID	General Public License
HD	Hukuk Dairesi
HTML	HyperText Markup Language
İBD	İstanbul Barosu Dergisi
İ.B.Ü	İstanbul BilgiÜniversitesi
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i>
ICANN	Internet Corporation for Assigned Names and Numbers
IETF	Internet Engineering Task Force
IEEE	The Institute of Electrical and Electronics Engineers
INDICARE	IN formed DI alogue about C onsumer A ceptability of DRM Solutions in E urope
IP	İnternet Protokolü
IPDN	International Performers Database Number
IPN	Interested Party Number
IPQ	Intellectual Property Quarterly
ISBN	International Standard Book Number
ISMN	International Standard Music Code
ISO	International Organization for Standardization
ISRC	International Standard Recording Code
ISWC	International Standard Musical Work Code
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
ITU	International Telecommunication Union
IVIR	Institute For Information Law
IZA	The Institute for the Study of Labor

JILT	Journal of Information, Law and Technology
JTLP	Journal of Technology Law and Policy (University of Florida)
JURIX	The Foundation for Legal Knowledge Based Systems
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
m.	madde
MERIT	Maastricht Economic Research Institute on Innovation and Technology
MICH. ST. L. REV.	Michigan State Law Review
MK	Medeni Kanun
MPAA	The Motion Picture Association of America
MPEG	Moving Picture Experts Group
NASDAQ	National Association of Securities Dealers Automated Quotations
NBER	National Bureau of Economic Research
NGO	non-governmental organizations
No.	numara
N.Y.U.L. Rev.	New York University Law Review
OASIS	Organization for the Advancement of Structured Information Standards
OKK	Ortaklık Konseyi Kararı
PLoS	Public Library of Science
P2P	peer-to-peer
QUNO	The Quaker United Nations Office
RFID	radio frequency identification
RG	Resmi Gazete
RIDA	Revue Internationale du Droit d'Auteur
s.	sayfa
SCRIPT	Scottish Centre for Research in Intellectual Property and Technologies
SDMI	Secure Digital Music Initiative
SECODE	Software Engineering Code of Ethics and Professional Practice
SFI	Santa Fe Institute
SIEPR	Stanford Institute for Economic Policy Research
SORITES	Digital Journal of Analytical Philosophy
SSCB	Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği
STAN. L. REV	Stanford Law Review
STLR	Stanford Technology Law Review
TRIPs	Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights
TTK	Türk Ticaret Kanunu
TÜRBARD	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
UBLCS	Department of Computer Science University of Bologna
U. CHI. LEGAL F.	University of Chicago Legal Forum
UCLA	University of California at Los Angeles
UCLA J.L. & Tech.	UCLA Journal of Law and Technology
UDRP	Uniform Dispute Resolution Policy
UNRISD	United Nations Research Institute For Social Development

UOLTJ	University of Ottawa Law & Technology Journal
UrhG	UrheberrechtGesetz
v.	<i>versus</i>
Va. J.L. & Tech.	Virginia Journal of Law and Technology
VARA	Visual Artists Rights Act
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
vb.	ve bunun gibi
vd.	ve devamı
WCT	Wipo Copyright Treaty
WIPO	World Intellectual Property Organization
Vol.	volume
WPPT	WIPO Performances and Phonograms Treaty
WTO	World Trade Organization
W3C	World Wide Web Consortium
YALE L.J.	Yale Law Journal
Yay.	Yayınları
YKD	Yargıtay Kararlar Dergisi
yy.	yüzyıl

GİRİŞ

1.Konunun Takdimi

Teknoloji ve insanın geleceği üzerine düşünürken kaçınılmaz olarak, “insan” ve “toplum” kavramlarından ne anlaşılacağı sorusu ortaya çıkar. Teknolojik fenomenle insan varlığı arasındaki ilişki, birbirinden kopuk veya bağımsız düşünülemez. Teknolojik gelişme ve bunun bir üst yapı kurumu olan hukuk üzerinde yarattığı değişim, insanın kültürel ve sosyal kimliğini yaşadığımız gezegen ölçeğinde derinden etkilemektedir

Ekonomik ve kültürel yapılanmaları maddesel birikime dayanan serbest piyasa toplumlarında hukukun işlevi veya başka bir deyişle, serbest pazar paradigmasıyla hukuk arasındaki ilişki; her iki kurumun da insan davranışını mevcut “üretim” ve “tüketim” kalıplarına uygun şekilde yönlendirmesinde aranmalıdır.. Tüm sosyal ve ekonomik oluşumlarda görülen, ekononik büyüme¹ döngüsünün taleplerine uygun bu yapılanma, hukuk için de geçerlidir. Fikrî Mülkiyet çatısı altındaki hukuki koruma biçimleri, örgütlenmiş piyasaların ortaya çıkışında oynadıkları rol sebebiyle, tıpkı teknolojik imkânlar gibi, ekonomik alanı modernleştirici ve rasyonelleştirici etkiye sahiptir. Diğer bir deyişle fikri hukuk koruması belirli ölçüde, teknolojik yeniliklerin ticari sahada değerlendirilmesine ilişkin kuralları ortaya koyar.

Bu çalışmanın temelinde, Fikrî Mülkiyet kurumunun iki önemli ayağından biri olan Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunun, bilgi işlem teknolojilerine bağlı olarak uğradığı değişim ve bu değişimin, geleceğin toplumsal örgütlenmesine nasıl bir etki yapacağı sorusu yatmaktadır. Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunun, yaratıcıların haklarını korumanın yanı

¹ Bu kavramlar genel anlamda maddesel birikime dayalı materyalist anlayışı ifade etmek üzere kullanılmıştır. Buna kısaca “ilerleme” fikri de denilebilir. Bkz. 2.5.2

sıra, toplumun “bilgi”² kavramıyla ilişkisini ve bilgidan faydalanma koşullarını belirleyici niteliği, bu çalışma içinde pozitif hukuktaki kuralların değerlendirilmesinde gözetilen temel perspektif olmuştur. Diğer bir deyişle, bu çalışma içinde eser korumasıyla ilgili kuralların analizinde, “eser sahibi”yle birlikte “kullanıcı” boyutu da ön planda tutulmuştur.

Hukukun gelişimi ve teknolojik ilerleme, insan davranışını piyasa gerekleri doğrultusunda dönüştürmeye yönelik, paralel sonuçlar ortaya koyar.³ Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, birey ve teknoloji arasındaki ilişkinin geçirdiği değişime son derece duyarlı bir alandır ve bu nedenle; matbaa, gramofon, radyo, fotokopi ve video kaydedici cihaz gibi teknolojik araçların bireylere sunduğu imkânları, tarihsel gelişimi bağlamında sürekli olarak düzenleme altına almış ve sınırlamıştır. Kuşkusuz, internet de bunların dışında değildir.

Kütüphane ve arşiv benzeri kamusal veya özel bilgi hizmetleri sunan kurumlar, her geçen gün kayıt ve dokümanlarını artan bir hızla elektronik ortama aktarmaktadırlar. Buna ek olarak, eğlence ve kültür ürünleri de internet üzerinden pazarlanır hale gelmiştir. En önemlisi, bilgi hizmetlerinin konusunu oluşturan görsel, işitsel veya yazılı materyallerin büyük bir kısmı, fikir ve sanat eserleri hukukunun koruması altındadır ve burada çözümü basite indirgenemeyecek hukuki problemler bulunduğu göz ardı edilemez.

Bilgi hizmetlerinin yanı sıra, eğlence ve kültür ürünlerinin de elektronik ortama geçirilmesi, kaçınılmaz şekilde kolay ve ucuz kopyalanmayı da beraberinde getirdiğinden,⁴ elektronik ortamda erişimi sınırlayan ve denetleyen sistemlere ihtiyaç doğurmuştur. Bu sistemlerin oluşturulmasına ve işletilmesine “*Digital Rights Management*” **DRM** (Dijital Hak Yönetimi) veya “*Information Rights Management*” adı verilmektedir.⁵ Bu çalışmaya

² “bilgi” kavramına ilişkin bkz. Giriş.2.2.1

³ Joanne Baldine, *Is Human Identity An Artifact? How Some Conceptions Of The Asian And Western Self Fare During Technological And Legal Development*, Society for Philosophy and Technology, Harvard University, Winter 1997, Vol. 3., <http://scholar.lib.vt.edu/ejournals/SPT/v3n2/pdf/BALDINE.PDF>

⁴ Bu durum, daha 1981 yılında Ayiter tarafından tespit edilmiştir. Bkz. Nuşin Ayiter, “Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri”, Ankara, Sevinç Matbaası, 1984, s.11-12

⁵ Örneğin, kişisel *web* sitenizde kimi yazılarınızı yayımlamaya karar verdiniz. Ancak bunlardan bir kısmını herkese açık tutarken, bazılarını erişimin izne tabi olmasını istediğinizi düşünelim. Bu durumda erişimi izne tabi tuttuğunuz yazıya ulaşmak isteyen bir kullanıcı olduğunda, sizi e-posta yoluyla uyarır ve onayınızı

ismini veren “**Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Teknolojik Koruma**”, fikri ürünleri korumaya yönelik teknolojik önlemleri ve bu önlemlerin hukuki, düşünsel ve teknik çerçevesini ifade eder. Son on yıl içinde, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunun düzenleme konusu haline gelen “teknolojik önlemler”, eser korumasına ilişkin kuralların, “yazılım yoluyla uygulanması” anlamına gelir.⁶ Buna göre dijital teknolojiler, bireylerin eserlerden izinsiz faydalanmasını engelleyecek şekilde tasarlanmakta ve dijital ortam, insan davranışını etkilemek ve belirlemek üzere farklı bir anlayışla yapılandırılmaktadır.⁷

Bilgisayarlı iletişim, yeni sosyal olgular, hukuki kavram ve kurallar yaratmanın ötesinde, yeni “hukuki düzenleme biçimleri” de doğurmaktadır. Bu teknolojik devrim, kültürlerin ve kurumların çeşitliliğine bağlı olarak farklı şekillerde kendini gösteren, yeni toplumsal yapıların ortaya çıkışını haber vermektedir.⁸

Hukuk disiplininin mevcut birikimleri, bilgisayarlı iletişim teknolojilerinin ortaya çıkardığı sosyal ve ekonomik değişimin, hukukun gerek ulusal gerekse uluslararası boyutta çok katmanlı ve girift yapısı üzerindeki etkilerini, bütünüyle anlamaya elverişli görünmemektedir. Ortaya çıkan değişimin hukuk alanındaki etkileri, daha önce görülmemiş oranda farklı disiplinlerden beslenen bir analizi gerektirmektedir.

Bu çalışmanın konusunu teşkil eden eser koruması alanındaki teknolojik önlemler incelenirken; internetin ve genel olarak “ağ” denilen yapının “mimari” ve “tasarım”⁹ özelliklerinin anlaşılması, bunların insan davranışına nasıl etki edebileceğinin belirlenmesi

soran bir program kullanmanız akla uygun olacaktır. Söz konusu program ve ortaya koyduğu sistem basit bir Dijital Hak Yönetim (DRM) sistemidir. İnternet üzerinde içerik sunan bütün hizmetler tasarlanırken, erişim ve kullanıma ilişkin kurallar yazılım içinde tanımlanır ve bu tercihler, hukuka uygun olup olmadıkları tartışılmaksızın sonuç doğurur. Bu dolayısıyla, fikir ve sanat eserlerini korumaya yönelik teknolojilerin, hukuki korumasını gündeme getirmiştir.

⁶ Modern hukuk sistemlerinin en belirgin iki özelliği, yazılı kurallara dayanması ve devlet yaptırımını öngörmesidir. Bu çalışmada incelenen “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Teknolojik Koruma”, “yazılı kurallar”dan, “yazılım” biçiminde kurallara geçişi ifade eder. Bkz. Bölüm 5.2.2

⁷ Basit bir örnek verecek olursak trafik kuralları açısından, fiziki bir yapı olan hız kasisleri ile azami hız sınırına ilişkin hukuki düzenlemenin ortak yönü, her ikisinin de davranışı benzer yönde değiştirmeye çalışmasıdır.

⁸ Manuel Castells, “Enformasyon Çağı: Ekonomi Toplum ve Kültür, Ağ Toplumunun Yükelişi”, C. 1, Ebru Kılıç (Çev.), İstanbul: İ.B.Ü. Yay., 2005, s.17

⁹ Bu çalışma içinde yer alan “tasarım” kavramının, tasarımlara ilişkin fikrî hak koruması ve diğer adıyla “hukuku” ile bir ilgisi yoktur. Bkz. Giriş 2.2.1

gerekir. “*Toplumun kurumları, iktidar mücadelelerinde elde edilen kontroller, sınırlamalar ve toplumsal sözleşmeler de dâhil, her tarihsel dönemde mevcut olan iktidar ilişkilerini güçlendirmek üzere kurulmuşlardır.*”¹⁰

Fikir ve sanat eserleri hukuku tarafından çizilen çerçeve, tüm bu teknolojik devrimi ve buna bağlı sosyal değişimi derinden etkilemektedir. Eser sahibine tanınan “haklar”, bir yandan DRM sistemleri için hukuki dayanak teşkil ederken; diğer yandan da bu sistemlerin ortaya çıkışını hazırlayan “bilgi toplumu” fenomeninin özü olan “bilgi”nin, sahipliğini ve kullanımını düzenlemektedir. Bilgisayarlı iletişimin, insan toplumunun “bilgi” ile olan ilişkisinde yarattığı değişim, fikir ve sanat eserleri hukukunu etkileyip başkalaştırırken; ortaya çıkan bu yeni hukuk kuralları, teknolojik değişimin gelecekteki yol haritasını da çizmektedir.

2. Bilgi İşlem Teknolojileri ve Hukuk İlişkisi - Konunun Sınırlanması

Bilgi-işlem teknolojilerinin hukuk alanında yarattığı değişim, çok çeşitli boyut ve katmanlarda ortaya çıkmaktadır. Fikir ve sanat eserleri hukuku, insanın zihinsel faaliyetiyle oluşan yazılı, görsel, sesli veya sembolik türdeki “estetik” ve “bilimsel” ifade biçimleri üzerinde yaratıcılarına mutlak haklar tanır. Fikir ve sanat eserlerinin elektronik iletişim ağları üzerinde teknolojik önlemlerle korunması meselesi, basit bir çoğaltma ve yayma hakkı şeklinde ortaya çıkan bu hukuk dalının, toplumların bilgi ve kültürle ilişkisini doğrudan etkiler hale gelmesine yol açmıştır.

1970’li yıllardan başlayarak ekonomik hayatta yerini alan “bilgi-işlem” ve “bilgisayarlı iletişim” olguları, farklı hukuki disiplinlerin inceleme alanlarını etkilemiştir. Bugün genel olarak “*information law*” veya benzeri terimlerle batı ülkelerinde bağımsız bir akademik disiplin haline gelmiş bu alan, farklı akademik kurumlarda değişik yaklaşımlar çerçevesinde örgütlenmiştir. Söz konusu alanda hakim olan iki temel yaklaşımdan birincisi,

¹⁰ Castells, “Enformasyon Çağı”, s.18

bilgisayarların hukuki problem çözüme ve hukuk kaynaklarına ulaşmakta kullanılması üzerine yoğunlaşırken ikincisi, teknolojik değişimin sosyal ve ekonomik sahadaki etkilerini Fikrî Mülkiyet, Veri Koruması, Rekabet, Şirketler, Telekomünikasyon, Tüketici ve Tahkim Hukuku disiplinleri açısından irdelemektedir. Ancak bu ayrımın daha çok bireysel uzmanlık noktasında belirlediği ve akademik oluşumlar açısından, her kurumun kendine özgü bir araştırma yelpazesi bulunduğu söylenebilir. Buna ek olarak bilgi-işlem teknolojilerinin fikir ve sanat eserleri hukukunda yarattığı değişimin sonuçları, kendini geliştirme ve bilgiden faydalanma gibi sosyal haklar bakımından da inceleme konusu olmuştur.

Bu kısa açıklama dahi, fikir ve sanat eserleri hukukunun, söz konusu inceleme alanı içindeki ağırlıklı konumunu gözler önüne sermeye yeterlidir. “*Information law*” veya “bilişim hukuku” adı altında açıklanmaya çalışılan disiplinlerarası bu yaklaşım, “bilgi” ve bilgi ürünleriyle yakın ilişkisi sebebiyle, fikir ve sanat eserleri hukukunu kendi bünyesine çekmektedir.

Türk hukuk literatüründe, bilgi-işlem teknolojilerinin yarattığı değişim sonucunda ortaya çıkan yeni hukuki inceleme alanlarının, “bilişim hukuku” teriminin şemsiyesi altında toplandığı görülmektedir. Görüleceği üzere, farklı ve dağınık pek çok yaklaşımı bünyesinde barındıran bu kavramın, açıklayıcı fonksiyonu yetersizdir. Ancak yine de, “bilişim hukuku” teriminin belirli bir referans oluşturduğu ve çok genel olarak, bilgi-işlem teknolojilerinin hukuka etkisini ve hukukla ilişkisini inceleyen, disiplinlerarası niteliği haiz bir araştırma alanını ifade ettiği söylenebilir. Böyle uzun bir tanıma ihtiyaç duyulması, terimin çok müphem ve genel karakterde olduğunun kanıtıdır. Bu sebeple eldeki çalışmada “bilişim hukuku” terimi, çok sınırlı şekilde ve bu yaklaşım çerçevesinde kullanılmıştır. Bu teknolojilerin yaygınlaşması ve hayatın her alanına yayılması, tüm hukuk disiplinlerinin kendi bünyesinde bilişim odaklı sorunsallara cevap bulmasını gerektirecektir. Örneğin, elektronik oylama/seçim konusu başlangıçta bilişim hukuku bünyesinde tartışılrsa da yakın gelecekte konu, Anayasa Hukukunun bir parçası olarak da değerlendirilebilecektir.

Bu çalışmanın temelini oluşturan DRM olgusu, *Fikir ve Sanat Eserleri, Şirketler ve Telekomünikasyon Hukuku* alanlarının kesişim noktasında bulunmaktadır.¹¹ Gerek konusu gerekse düzenlediği menfaatler bakımından fikir ve sanat eserleri hukuku, bilgi-işlem teknolojilerindeki gelişmelerden en yoğun etkilenen hukuk disiplini. Bu çalışmada “teknolojik koruma” olgusu, eser sahibi hakkının geçirdiği değişim ve genişleme üzerinden analiz edilmiştir.

Eser korumasının telekomünikasyon hukuku ile iç içe geçtiği, internet altyapısına yönelik uydu ve kablolu yayın hizmetleri gibi alanlar, buradaki incelemenin dışındadır. Bu çalışmanın temel sorunsalı, fikrî ürünler üzerindeki “sahiplik”ten kaynaklanan yetkilerin geçirdiği genişleme ve başkalaşımıdır. Bu başkalaşım, dijitalizasyona bağlı olarak eser korumasına ilişkin kurallarda gözlenen açılımın başlangıç noktası olmuştur.

İnternet ortamında fikrî ürünlerin pazarlanması bakımından lisans sözleşmeleri önemli olsa da, eser sahibi hakkına ilişkin sözleşmelerin, tüketici hukuku ve genel işlem şartları açısından değerlendirilerek kamu yararına yapılabilecek müdahalelerin ortaya konulması, bu çalışmanın konusu olan “teknolojik önlemler”in dışında kalmaktadır. Lisans sözleşmeleri nihai olarak, hukukun tanıdığı haklara tasarruf aşamasında devreye girer ve bu nedenle öncelikle, söz konusu hakların dijital ortamdaki varlığının ve kapsamının tespit edilmesi gerekir.¹²

Yine son yıllarda, fikir ve sanat eserleri hukukunda yoğun düzenleme konusu olan “meslek birlikleri”, eser sahipliğinin ötesinde, doğrudan telekomünikasyon ve rekabet hukukuyla bağlantılı bir inceleme alanıdır. Dahası meslek birlikleri konusu, fikir ve sanat eserleri hukukuna ilişkin uluslararası metinlerde yer almamakta fakat genel olarak, ulusal hukuklarca düzenlenmektedir.¹³ Meslek birliklerince ortaya konan uygulamalar ve bu

¹¹ Bkz. Bölüm 5.3.1

¹² Lisans hukukunun teorik yönüyle ilgili genel olarak bkz. Ali Necip Ortan, “Patent Lisans Sözleşmesi”, Ankara, 1979 ; K. Emre Gökyayla, “Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi”, Ankara, Yetkin Yay., 2001

¹³ Mustafa Bayram Mısıır, *Fikrî Hakların Korunmasında Meslek Birliklerinin Rolü*, FMR, 2002, C.2, Sayı 4, s.22 ; Ayrıca Ramazan Çakmakçı, *Telif Hakları ve Devlet*, Legal Fikrî ve Sınai Haklar Dergisi, 2005, Sayı 4, s.1014 vd.

birliklere tanınan yetkiler, esere erişim bakımından önemli hukuki sonuçlar doğursa da, meselenin uluslararası sistemin dışında kalması, bu çalışmada temel bir inceleme konusu olmasını engellemiştir.¹⁴

3. Terminoloji

3.1. Teknik Terminoloji

Bu çalışmada, oldukça geniş ve her anlamda yeni bir teknik terminoloji kullanılmıştır. Çalışmanın hukuk alanında bir inceleme olmasına bağlı olarak bu yeni kavram ve terimler, teknik boyutları kolayca anlaşılabilir kadar sadeleştirilerek ve sosyal bilimlerdeki önemi gözden kaçırılmaksızın, her bölümde detaylı şekilde ele alınmıştır. Burada, genel bazı kavramlara değinilecektir. Bunun dışında ele alınan teknik kavramlar ise dipnotlar, karşılıklı referanslar ve bağlam elverdiği ölçüde metin içinde yapılan açıklamalarla tanımlanmıştır. Konunun teknik boyutu sebebiyle kaynakçada, bilişim ve iletişim kavramlarının sosyal yönünü inceleyen literatüre de yer verilmiştir.

Öncelikle, çalışmaya adını veren “**teknolojik koruma**”¹⁵ kavramının iki ayrı cephesi bulunduğu belirtilmelidir. Bunlardan ilki, bu çalışmanın 3. ve 4. Bölümlerinde ele alınan ve esere erişimi veya kopyalamayı engellemek üzere kullanılan teknolojik sistemlere müdahaleyi yasaklayan kurallardır. Bu “teknolojik koruma”nın hukuki boyutunu oluşturur. İkinci cephe ise, teknik yani “**yazılım**” boyutudur. **DRM** adı verilen bu teknik boyut, hukuk kurallarının yazılım yoluyla uygulanmasında öncü bir oluşum olarak karşımıza çıkmaktadır.. Dolayısıyla bu çalışma içinde, “teknolojik koruma” ve DRM aynı olgunun iki farklı ifade biçimi şeklinde yer almaktadır.

¹⁴ Kısaca değinmek gerekirse kablolu ve uydu yayın, “broadcast” diye tabir edilen, havadan elektromanyetik sinyale dayalı yayınların yerini almıştır. Bugün artık bu iki tip yayın arasında gerçekten hukuki bir ayırım yapmanın gerekli olup olmadığı üzerine bkz. Matthew Bloom ,*Pervasive New Media: Ndecency Regulation and The End Of The Distinction Between Broadcast Technology and Subscription-Based Media*, Yale Journal of Law &Technology, 2006-2007, s.110-127

¹⁵ “teknolojik önlemler” yerine kullanılmıştır. İngilizce “*technological protection measures*”

Bu çalışmada “ağ” kavramı, genel ve soyut anlamda tüm **iletişim şebekelerini** ifade eder. Büyük harfle başlatılan “Ağ” ise, global ve *desantralize* iletişim sistemi internetin kavramsal boyutuna vurgu yapmak için tercih edilmiştir. Ağ kavramı, takip eden bölümde detaylı şekilde ele alınmıştır.

Önemli başka bir kavram olan “**tasarım**” veya “**mimari**”, “*architecture*” teriminin karşılığıdır. Bu kavramla anlatılmak istenen, fiziki çevrenin belirli bir amaç doğrultusunda şekillendirilmesidir. “Tasarım” ve “mimari” kavramları insan kurgulamasına dayalı her türlü yapıyı ifade etmek üzere kullanılmıştır.

Bu çalışmada “**yazılım**”, “**program**”, “**bilgisayar**”, “**makine**” ve “**sistem**” terimleri bağlama göre, aynı olguya farklı yönlerden vurgu yapmak üzere kullanılmıştır. Bu çalışmada yer aldığı şekliyle “**yazılım**” kavramı, genel anlamda mikro-işlemcili araçların işleyişini düzenleyen her türlü komut dizgelerini kapsarken; “**program**” terimi bilgisayarlar üzerinde belirli bir iş gören somut yazılıma gönderme yapmaktadır. Tüm bu kavramları içine alacak kapsayıcı bir tanım olarak “**bilgi-işlem ve bilgisayarlı iletişim**” ifadesi akla gelmektedir.

Yine son derece önemli bir başka kavram olan “**bilgi**”, biyolojik, teknolojik veya sosyal bir sistem tarafından anlamlandırılan her türlü “veri”yi ifade eder. Bu anlamda bilgi objektif değil, sübjektiftir. Bu çalışmada “**bilgi**”, bir “**gerçeklik**” olarak değil; onu kullanan sistem içinde yürüttüğü fonksiyon bakımından ele alınmıştır. Şüphesiz, sosyal, siyasal ve ekonomik yapılar içindeki fonksiyonları sebebiyle, “eser koruması” kapsamındaki tüm sanatsal ve bilimsel çalışmalar, “bilgi” kavramına dâhildir.

Bu çalışmanın 1. ve 5. Bölümlerinde, “ağ yapıları”nın ve “sosyal sistemler”in genel karakteristiğini açıklamak için sıklıkla *evrimsel* yaklaşım ve modellere başvurulmuştur. Burada amaç, *kompleks*¹⁶ sistemlerin, belirli amaçlar doğrultusunda

¹⁶ Kavran için bkz. Bölüm 5.1.2 Buna bilginin Taksonomik Tarafsızlığı (*Taxonomic Neutrality*), da denilmektedir. Bkz. Rikard Land, *Understanding Evolution of Information Systems by Applying the General Definition of Information*, 26th International Conference on Information Technology Interfaces (ITI), Cavtat, Croatia, 2004, <http://www.mrtc.mdh.se/publications/0726.pdf>

çevreye adapte olmak üzere geliştirdikleri kendi kendini düzenleme yeteneğini açıklamaktır.¹⁷ Biyolojik varlıkların kökenine ilişkin tartışma, konunun dışındadır.

3.2. Hukuki Terminoloji

Türk hukuk doktrinde, yaratıcı düşünce ürünleri üzerindeki haklar bakımından bir terim birliği bulunduğu söylenemez. Türk Hukukunda düşünce üzerindeki hakların en genel başlığı “**fikrî mülkiyet hukuku**”¹⁸ terimiyle ifade edilebilir. Bu, WIPO bünyesinde ve global ölçekte kabul gören İngilizce “*intellectual property law*” teriminin karşılığıdır. “Fikrî haklar”¹⁹ veya “fikrî mülkiyet hukuku” terimleriyle ifade edilen bu üst başlık altında, iki ana alt grup bulunur. Bu iki ana gruptan “**sınâî haklar**” veya İngilizce adıyla “*industrial property rights*” başlığı altındaki koruma rejimi, *buluş (patent), endüstriyel tasarım, marka, coğrafi işaret, ticaret unvanı, işletme adı, entegre devre topografyaları, yeni bitki çeşitleri, know-how* ve *ticari sırlar* üzerindeki hakları kapsar.²⁰ Bu çalışmanın da dâhil bulunduğu diğer alt başlık yasal²¹ terimle, “**Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**”dur.²² Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, “**eser sahibi hakları**” ve “**bağlantılı haklar**”dan oluşur. İngilizce tam karşılığı “*author’s right*” olan “eser sahibi hakkı” terimi, kıta-Avrupası hukuku ekolünce kullanılır. Bu terimin *common law* sistemlerindeki karşılığı, “*copyright*”²³ olarak karşımıza çıkar.

¹⁷ Bkz. Bölüm 5.1.2

¹⁸ “Fikrî ve Sınâî Mülkiyet Hukuku” terimi de kullanılmaktadır.

¹⁹ Türk Hukuku’nda “fikrî haklar” terimi kimi yazarlarca eser korumasını ifade etmek üzere kullanılmıştır. Ancak “fikrî haklar” tıpkı “fikrî mülkiyet hukuku” gibi bütün fikrî hukuk korumasını ifade eden bir üst terimdir. Bu nedenle, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku yerine kullanılması uygun değildir. Aynı yönde bkz. Ayiter, s.5. Bu çalışmada “Fikrî Haklar” en geniş şekliyle düşünce ürünleri üzerindeki hakları ifade etmek için kullanılmıştır. Bkz. Bölüm 2

²⁰ Bkz. Ali Necip Ortan, “Avrupa Patent Sistemi”, Ankara Bankacılık Enstitüsü Yay., 1991, C.1 ve 1992, C.2
²¹ 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)

²² Hirsch, terimi, “eser sahibi hakkı” kavramının dar oluşu sebebiyle tercih ettiğini belirtmektedir. Ernst Hirsch, “Hukukî Bakımdan Fikrî Say”, İstanbul, 1943, C. II, s.4-5.

²³ Tarihi kökeni itibarıyla “copyright” kavramı yayıncının eseri çoğaltma konusundaki yetkisini ifade eder. Mehmet Yüksel, *Fikrî Mülkiyet Haklarının Tarihsel Temelleri*, Ankara Barosu Fikrî Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, 2001, Yıl 1, C.1, Sayı 2, s.99. İngiliz *common law* sistemiyle ilgili olarak bkz. Clive Parry, *İngiliz Hukuk Sistemi*, (Çev. Prof. Dr. Fadıl H. Sur), AÜHFD 1943 Cilt 1 Sayı 3, s. 442-458

Türk hukuk terminolojisinde ve buna paralel olarak sosyal bilimler alanında karşılaşılan sorunlu bir terim, “**telif hakkı**”dır. Bu kavram, pek çok bilimsel eserde farklı anlamlarda kullanılmaktadır. “Telif hakkı” temelde, eser sahibinin mali haklarından ilki ve en önemlisi olan “çoğaltma” hakkıyla ilgilidir.²⁴ Dolayısıyla köken olarak “*copyright*” terimi ile benzerlik gösterir.²⁵ Türk Hukukunda, eser sahibine ait münhasır hakkı ifade etmek için kullanılan ilk terim olan “**telif hakkı**” bu çalışma içinde, Anglo-Amerikan *common law* sistemindeki veya uluslararası sözleşmelerdeki, “*copyright*” teriminin karşılığı olarak kullanılmıştır. Türk Hukukuna ilişkin çeşitli kaynaklarda sıkça rastlandığı üzere, fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakları ifade etmek için, “telif hakkı” ve “fıkrî haklar” terimlerinin kullanılması karışıklığa yol açmaktadır. AB metinlerinde ve düzenlemelerinde zaman zaman, “intellectual property”(Fıkrî mülkiyet) terimi yerine, “**intellectual and industrial property rights/law**” (Fıkrî ve Sınâî Mülkiyet Hukuku) terimi de kullanılmaktadır. Aynı kullanıma Türk hukuk doktrininde de rastlamak mümkündür. Bu çalışma içinde tercih edilmemiştir.

“**Fikir ve sanat eserleri hukuku**” tüm içeriği ile ifade edilmek istendiğinde, “**eser sahibi hakları ve bağlantılı haklar**” terimi kullanılabilir. Eser sahibi hakları altında *müzik eserleri, güzel sanat eserleri, sinema eserleri, bilimsel eserler, işlemler* ve hepsinden bağımsız bir grup olarak *bilgisayar yazılımları ve veri-tabanları*, korumadan faydalanır. **Bağlantılı haklar**, geniş şekliyle *performans(icra), müzik/fonogram ve sinema* yapımları üzerindeki haklar ile *telekomünikasyon araçlarıyla yayın haklarını* içerir.

Bu çalışmada, kanuni rejime uygun olan **fikir ve sanat eserleri hukuku/koruması** terimi, kavramsal olarak, fıkrî çabanın ürünü eser üzerindeki tüm

²⁴ Hirsch, “telif” kavramının ilmî veya edebî bir eserin vücuda getirilmesi anlamına geldiğini belirterek, sinema, resim veya tercüme gibi eser türleri için kullanılmayacağını ifade eder. Hirsch’e göre, “telif hakkı” ifadesinin genel anlamda fikir ve sanat eserleri hukuku sahasını ifade etmek üzere kullanılması tercih edilebilirse de, eser üzerinde ortaya çıkan hak ve yetkilerin tamamını ifade etmek için kullanılmayacağını belirtir. Eser üzerindeki sahiplik sübjektif bir hakka indirgenemez. Çünkü gelinen noktada eser üzerindeki hak, tek bir çoğaltma/basım hakkını değil ve fakat pek çok yetki ve yükümlülüğü içermektedir. Bu sebeple, Hakk-ı Telif Kanununda yer alan bu terim FSEK’e alınmamıştır. Bkz. Hirsch, “Hukukî Bakımdan Fıkrî Say”, s.4, 103-104, 125 vd.

²⁵ *ibid.* s.126

hukuki korumayı ve bunun sınırlarını ifade etmektedir. “Eser sahibi hakkı” terimi ise, bizzat eser sahibine tanınmış münhasır hakların ifadesi için kullanılmıştır. Ancak anlatımı akıcı kılmak adına yer yer, bağlamla ters düşmeyecek şekilde *eser üzerindeki hak* veya *eser üzerindeki koruma* gibi ifadeler de başvurulmuştur. Bu çalışma içinde “eser sahibi hakkı” terimi ve anılan bu ifadeler, bağlamdan aksi anlaşılmadıkça “**bağlantılı haklar**” grubunu da içerir.

Ancak hemen belirtilmelidir ki, gerek AB gerekse WIPO tarafından hazırlanan düzenlemelerde, “**fikir ve sanat eserleri hukuku**” veya “**eser sahibi hakkı**”(author’s right) yerine, “*copyright*” terimi sıklıkla tercih edilmektedir. Bu nedenle, AB ve diğer uluslararası mevzuata ilişkin kimi kısımlarda, Türk Hukukundaki terminolojiye uygun olmasa da “**teelif hakkı**” terimine yer verilmiştir.

Anglo-Amerikan kökenli hukuk sistemlerinde “eser sahibi hakkı” şeklinde bir terim bulunmadığından, bu kavramın karşılığı olarak “*author’s right*”, çeviri mahiyetinde ve kıta-Avrupası hukukuna vurgu yapmak için kullanılır.

4. Yöntem

Bilgisayarlı iletişime bağlı olarak fikir ve sanat eserleri hukukunda görülen yeni kuralların ve bu kuralların dayanak oluşturduğu “yazılımla düzenleme”²⁶ olgusunun, hukuki düzenleme tekniği açısından yeni ve farklı bir süreç ortaya koyması, bu çalışmanın başlangıç noktası olmuştur. Bu amaçla *ilk bölümde* bilgi-işlem teknolojilerinin, toplumun “bilgi” kavramıyla ilişkisi üzerindeki etkileri incelenmiş ve “internet” adı altında ortaya çıkan sanal ağ yapısının sosyal ve ekonomik boyutları değerlendirilmiştir. Burada, bir hukuki düzenleme alanı olarak “Ağ” veya “siberalan” kavramının ortaya koyduğu özellikler açıklanmış ve takip eden 2. bölümde, bilgi ekonomisi ışığında mülkiyet kurumunun tarihçesi ve bunun, fikrî mülkiyet hukuku üzerindeki izdüşümü irdelenmiştir.

²⁶ Bkz. Bölüm 5.2.2

Çalışmanın 3. ve 4. Bölümlerinde, uluslararası düzenlemelerin yanı sıra AB, ABD ve Türk hukuk sistemlerinde ortaya çıkan, yeni eser koruma biçimleri ve teknolojik önlemlere ilişkin kurallar açıklanmıştır. Bu kısımda yer verilen bilgiler derlenirken, fikir ve sanat eserleri hukukunun global ölçekte genel bir çerçevesi de oluşturulmaya çalışılmıştır. Eser üzerindeki hakları koruyan teknolojik önlemlerin düzenlenişi bağlamında; internet ve dijital faaliyetler sonucunda eser sahibi hakkına eklenen yeni koruma rejimi ve bunun ulusal hukuk sistemlerindeki yansıması üzerinde durulmuştur. Eser sahibi hakkının ihlali sebebiyle açılacak davalar, müeyyideler ve icrai mekânizmalar inceleme dışında tutulmuştur.

Bireylerin kültür ve sanattan yararlanma imkânlarıyla fikir ve sanat eserleri hukuku arasındaki yakın ilişki bu çalışmanın temel bakış açısı olduğundan, “eser sahibi hakkının sınırlandırılması” konusu ayrıca değerlendirilmiştir. Çalışma içindeki pozitif düzenlemelere ilişkin açıklamalar ve genel bakış açısı, toplumun fikir ve sanat eserlerinden yararlanması meselesini diğer bir deyişle, fikir ve sanat eserleri hukukunun kamusal boyutunu esas almaktadır.

5. Bölümün konusu, önceki bölümlerde açıklanan pozitif kurallarla düzenlenen eser sahibi hakkını koruyucu sistemlerin(DRM), davranış düzenleyici niteliği ve bu sistemlerin tasarlanışındaki tercihlerin hukuki sonuçlardır. Görüleceği üzere “dijital hak yönetim sistemi” DRM, eser sahibi haklarına dayalı olarak yazılım içinde kurgulanmış kurallar ve ona bağlı teknik donanım olarak tanımlanabilir. Böyle bir kavramın ortaya çıkışındaki temel neden; *eser*, *internet* ve *dijitalizasyon* kavramlarının karşılıklı etkileşiminin doğurduğu hukuki sorunsaldır.

5. Bölümde ayrıca, eser sahibi haklarını dijital ortamda koruma ve uygulama amaçlı yazılımların, bir sistem olarak hukukun siberetik bilimiyle olan ilişkisinin incelenmesinde uygun zemin oluşturabileceği düşüncesine de yer verilmiştir.²⁷ Sosyal

²⁷ Çalışmanın 5. Bölümünde de yararlanılan, 1972 tarihinde Dr. Toygar Akman tarafından yazılan ve A.Ü. Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları tarafından basılan öncü eser “Siberetik Bilimde Devrim, Elektronik Beyin Hukukta Reform”, bu değişimi belki de zamanından önce fark etmiş bir çalışmadır.

yapılar, artan şekilde otomasyona tabi sistemlerle yönetilir hale gelirken; kimi hukuk kurallarının da otomasyona dayalı olarak yazılım yoluyla uygulanması, üzerinde düşünölmeye değer bulgular ortaya koymaktadır.

Bu çalışma, internet ve bilgi işlem teknolojilerinin eser korumasına pozitif hukukta getirdiği yenilikleri açıklamak, fikrî hukuk felsefesi açısından irdelemek ve tüm bu hukuki değişimin “bilgi” üretimi ve “bilginin sahipliği” noktasındaki etkilerini, giriş bölümünde ortaya konan perspektif dâhilinde incelemek amacıyla kaleme alınmıştır. DRM olgusunun, internet üzerinde fikir ve sanat eserlerine erişimi engelleyici karakteri vurgulanarak, 90’lı yıllardan beri devam eden hukuki sürecin analizi yapılmış; söz konusu sürecin ortaya koyduğu yöneliş, pozitif hukuktan örneklerle açıklanmaya çalışılmıştır. Bir başka deyişle, DRM sistemlerine ihtiyaç doğuran teknolojik ve sosyal değişimin, hukuki boyutu yansıtılmıştır.

1. BİLGİ İŞLEM TEKNOLOJİLERİ ve SOSYAL DEĞİŞİM

1.1. “BİLGİ”NİN YARATILMASINDA TEKNOLOJİNİN ROLÜ VE SOSYAL YAPILAR ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

1.1.1. Giriş

*Niklas Luhmann*²⁸, bilginin insandan çok “iletişim” faaliyetiyle ilgili olduğunu belirtir. Buna göre *bilimsel fenomen*²⁹ veya “bilgi”, sürekli iletişim yaratarak doğruluğunu sınavan, kendi kendini düzenleyici bir sistemdir. *Luhmann*’a göre iletişimin kendisi, sosyal yapının hem özünü, hem de dokusunu oluşturur. Bilgiyi yaratan insan değil; bizzat, iletişimin kendisidir. Önceki birikimin aktarılmasına ve değerlendirilmesine dayalı olan sosyal bilimlerde, bilginin bu yönü çok daha belirgindir.

Bilgi kavramı ve bununla ortaya çıkan felsefi ve teorik sorunsallar, bilimsel düzlemde hala emekleme aşamasındadır.³⁰ Bilgi, bireysel düzlemde kontrol edilebilir ve düzenlenebilir olmaktan uzaklaşırken, artan bilgi ve iletişimin, global sorunlara çare olmadığı da görülmektedir. Çözumsuzlüğün temel nedeni, sorunların kompleks yapısının ve boyutunun anlaşılmasında aranmalıdır.

Bilgi kavramı üzerine düşünsel pratiğimiz pek çok ucu açık soru barındırmaktadır. “Bilgi nedir?” sorusu bütün heybeti ve sadeliği ile 100 yıla yakın zamandır felsefi bir problem olarak kendini muhafaza etmektedir. Bilgi teorisine göre bilgi, *ölçülebilir, artırılabilir, saklanabilir ve aktarılabilir*. Bilgi teorisi, dijital veri şeklinde ifade edilmiş bilgiyi fiziki bir fenomen olarak algılar ve onun yararlılığı veya anlamı ile ilgilenmez.

²⁸ Niklas Luhmann, “Social Systems”, Stanford California, 1995, s. 59 ; Christian Fuchs, *Science as a Self-Organizing Meta-Information System*, 2004, <http://philsci-archive.pitt.edu/archive/00001621/01/science.pdf>

²⁹ *Science, Wissenschaft*

³⁰ Thomas Kuhn, “The Structure of Scientific Revolutions”, Chicago, University of Chicago Press, 1962

Teori, bilgiyi bir veri/sinyal kümesinin içinde gözlenebilen düzenlilik olarak tanımlamıştır. Ortaya çıkan soru, bu teorinin semantik(anlamsal) düzlemde bilgi sorununa ışık tutmasının mümkün olup olmadığıdır. Bilginin semantik boyutu önemlidir; çünkü fikir ve sanat eserleri hukukunun koruma konusu “bilgi”nin anlama dönüşmesi, süjeyle ilişkisi neticesinde gerçekleşir. Fikir ve sanat eserleri hukukunun toplumsal ve ekonomik yapıda taşıdığı ağırlığın görülebilmesi, “bilgi”nin yaratılmasındaki sosyal boyutun analizine bağlıdır.

Bilgisayarlı iletişimin temeli, bilgi teorisine dayanır. Ancak bu teori bilginin bu tüm boyutlarını kapsayan, birleşik bir nitelikten uzaktır.. Aşağıda bilgi işlem perspektifi adı altında bu yaklaşımın yetersizliği ortaya konulmuştur.³¹ Bilgi-işlem odaklı yaklaşım bilginin iletişimden doğduğunu ve subjektif yönünü dikkate almaz; oysa bilgi içeriği kadar, kendisinin kaynağı hakkında da veri sağlar. Eğer *A*, *B*'ye bir bilgi aktarıyorsa *B* sadece o bilgiyi öğrenmekle kalmaz; *A*'nın bunu bildiğini de öğrenir. Aşağıda daha derinlemesine anlatılan *Ağ toplumu*, bilginin bu subjektif boyutu üzerinden analiz edilebilir.³²

1.1.2. Bilgi- İşlem Perspektifi

Bilgi işlem teorisinin perspektifinde, tüm evren süreçlerden oluşur. Bu süreçler evrende meydana gelen soyut ve somut tüm olayları kapsar. Her olay veya süreç, bir “girdi”(input) ile başlar ve çeşitli “işlem”ler sonucu bir “çıkış”(output), ile son bulur. “İşlem”le anlatılmak istenen aslında, söz konusu olayın nasıl sınıflanacağıdır. Bu *kategorizasyonun* gelişmişliği ve içsel bağlantıları, bilgi dediğimiz fenomeni doğurur. İnsan aklının kurgulayabileceği her türlü bağlantıyı ve soyutlamayı listeleyebilen bir makine, “zeki” addedilebilir.³³ Bu kategorilerin tamamı ve bunların karşılıklı ilişkilerinin oluşturduğu kavramsal ağ, verinin bilgiye dönüştüğü çerçeveyi oluşturur. Ancak bu kavramsal ağ nasıl oluşmaktadır sorusuna dönüldüğünde, yukarıda açıklanan ve mevcut

³¹ Luciano Floridi, *Open Problems in the Philosophy of Information*, Metaphilosophy, 2002, Vol. 33, 1/2 Jan., s.126

³² Alginın sosyal boyutuyla ilgili bkz. Johan van Benthem, *Cognition As Interaction*, 2005, http://linus.media.unisi.it/cirg/udk/abs_esf_vanbenthem.pdf

³³ Ben Goertzel, “The Hidden Pattern: A Patternist Philosophy of Mind”, ABD, Brown Walker Press, 2006

tüm kategorileri önceden tanımlama üzerinde yoğunlaşan *pozitivist* yaklaşım, “bilgi eşittir insan deneyimi” şeklinde bir mantığa başvurur.³⁴ Buna göre, gerçek objelerin insan aklında yansıtılması, bilgiyi oluşturur. Bir başka deyişle, bilgi gerçeğin yansıması/temsili olduğu sürece doğrudur ve anlam, akli yansımadan önce bağımsız olarak mevcuttur.³⁵ Bu yaklaşımın paradoksal yanı, öznenin dış dünyanın doğru bir modellemesini yapıp yapmadığını kendi başına asla bilemeyecek olmasıdır. Çünkü öznenin kendi bilgi edinme yöntemini sınavacağı yegane bilgi, yine kendisi tarafından elde edilmiştir.³⁶ Bu yaklaşımda, bilginin sosyal bağlamı ancak sınırlı ve statik bir şekilde yansıtılabilir.

Bütün bu açıklamalar bilgi sistemlerinin matematiğe indirgenebilir boyutuna vurgu yapmaktadır. Buradan da anlaşılmaktadır ki, temelinde bilgi fenomeninin yer aldığı Ağ kavramının, bilgiyi, niceliksel boyuta indirgeyen bir teoriyle tam anlamıyla açıklanması mümkün değildir. Makineler her ne kadar iletişim kurabilseler de, bu yazılımın sınırlı bağlamı içinde gerçekleşmektedir ve bilgi işlem perspektifi, makinelerle insan dilinin bağlantısını kuracak semantik bir yapı oluşturmakta yetersizdir. Bu yaklaşıma bilgi-işlem teorisi denmesinin sebebi, sorunun çözümü için, daha detaylı yazılım ve daha kuvvetli işlemci gibi araçlar üzerinde odaklanmasıdır. Bu nedenle aşağıda incelenen yapısalci model, bilginin sosyal boyutunun anlaşılması bakımından daha elverişlidir.

³⁴ “Bilgi” fenomeninin biyolojik ve evrimsel kökenleriyle ilgili daha detaylı çalışma için bkz. Nagarjuna G, *Tracing the Biological Roots of Knowledge*, <http://cogprints.org/4896/01/bio-roots-knowledge.pdf>

³⁵ Boris Wyssusek, Martin Schwartz ve Bettina Kremberg, *The Philosophical Foundation of Conceptual Knowledge – A Sociopragmatic Approach*, Contributions to ICCS 2001 The 9th International Conference on Conceptual Structures, Stanford University, California, USA, 30 July 2001, <http://ftp.informatik.rwth-aachen.de/Publications/CEUR-WS/Vol-41/Wyssusek.pdf>

³⁶ Arda Denkel, “Bilginin Temelleri“, İstanbul, Metis Yayınları, 1998, s. 87

1.1.3. Yapısalcı Model

Bilgi, “insan aklı” veya “insan” ile değil, bir insan faaliyeti olan iletişimle ilgilidir.³⁷ “Bilgi” kavramı, kültür fenomenini sonuç bakımından tarif ederken, iletişim kavramı aynı olguyu, süreç bakımından tanımlar. İnsanın iletişim temelli faaliyetlerinin, binlerce yıllık sosyal yapının içinde geliştiği düzlemden, farklı kapasite ve nitelikte dijital bir ağa taşınması, insanoğlunun kültür serüvenini radikal bir dönüşüm içine sokmuştur.

İletişim faaliyeti insanlar arası olmaktan çıkıp makineler arası bir hal alırken, bilginin ne olduğu ve sayısal şekilde makinelerin anlayabileceği düzleme aktarılması meselesi önemli soruları beraberinde getirmektedir. Bilginin temeli, “şey”lerle semboller arasında kurulan bağlantıdır. Ancak burada anlaşılması gereken bu bağlantının, semboller ve temsil ettikleri şeyler arasında zorunlu olarak öznenen bağımsız bir ilişki gerektirmediği; sadece belirli bir sosyal çevre tarafından önceden kabul görmüş bir model olduğudur. Bu, insan aklının soyutlama yeteneğinin bir sonucudur; gözün gördüğü ve görmediği arasında aklî bağlantı oluşturmasıdır.

Meseleye ”bilgi” ile “gerçeklik” arasındaki ilişki açısından da yaklaşmak mümkündür. Buna göre, özne sayısı kadar değişik gerçeklik vardır. Dolayısıyla algının bilgiye dönüşmesi, diğer öznelerce de kabul edilen ortak bir modelleme üzerinden gerçekleşir. Bilgi, sosyal bir bağlam içinde varolur.³⁸ Bilginin semantik ve kavramsal içeriğinin ortaya çıkışı ve iktisap edilmesi sosyal bir yapıda gerçekleşir.³⁹ “Yapısalcı” olarak adlandırılabilir bu yaklaşımda gerçeklik modellemeleri parça parça ve birbirinin üstüne inşa edilir. Sistem farklı modeller kurgular ve bunu daha önceki modellerle uyumlu olup olmadığına bakarak değerlendirir.⁴⁰ Sistemin dış dünyaya ilişkin önceden doğruluğu

³⁷ Bernard Scott, *Gordon Pask's Conversation Theory: A Domain Independent Constructivist Model of Human Knowing*, Foundations of Science, special issue on "The Impact of Radical Constructivism on Science", A. Riegler (Ed.), 2001, Vol. 6, No.4, s.343–360.

³⁸ Boris Wyssusek vd.

³⁹ Ayrıca bkz. Paul Grosswiler, *Jürgen Habermas: Media Ecologist?*, Proceedings of the Media Ecology Association, 2001, Vol. 2, s.22

⁴⁰ Francis Heylighen, *Bootstrapping Knowledge Representations: From Entailment Meshes Via Semantic Nets To Learning Webs*, Kybernetes, 2001, <http://pcp.vub.ac.be/Papers/BootstrappingPask.pdf>

sağlanabilir bir modele sahip olmamasının, artık bir önemi yoktur. Sistem, dış dünyadan gelen veriye, kendi amaçsallığı doğrultusunda anlam verebilir. Bu açıdan “bilgi”, “kerameti kendinden menkul” bir evrensel gerçekliği değil, ortak dil ve deneyim sayesinde, iletişimin ortaya çıkardığı bir yorumu ifade eder.⁴¹ Öznenen bağımsız bir kavramsal çerçeve oluşturmak, mümkün değildir. Yapısalcı yaklaşım, öğrenme ve bilginin temeline “diyalog”u, yani iletişimi yerleştirir. Özne, çevreden aldığı veriyi, kendi amaçları doğrultusunda işleyerek adaptasyonel bir davranışa dönüştürür. Öğrenme bu anlamda, biyolojik ihtiyaçlarla uyum içinde bilişsel bir iç-yapılandırma. Bu yapılandırma çevreden gelen bilgiyle şekillenir.

1.1.4. Teknolojik Sistemlerin “Bilgi” Kavramı Üzerindeki Etkisi

Teknolojik ilerlemeye bakıldığında önemli olan, sembolik dille ifade edilen bilginin⁴² veya daha somut bir deyişle “yazılım”ın, dış dünya ile kendi içsel durumu arasındaki bağlantıları anlamlandıracak, otonom sistemlerin tasarlanabilmesine olanak sağlamasıdır. Burada teknolojinin yeni bir yorumu ortaya çıkmaktadır. Çünkü artık bilgi, dış dünyada mevcut ve sadece insan tarafından algılanan bir “gerçeklik” değildir. Gerçek, öznenin kendi gerçeğidir; çünkü herhangi bir veri, sistemin amaçlarına uygun davranışın belirlenmesine yaradığı için anlamlıdır.⁴³ İnsanın herhangi bir veriyi anlamlandırması, bu anlamlandırmanın, dünyanın fiziki koşullarında var olma bakımından evrimsel bir avantaj sağlamasıyla da açıklanabilir. Bu pencereden bakıldığında, makinaların bilgi üretimi ve öğrenmenin bir parçası olmaktan çıkıp, bizzat bilgi üreten ve öğrenen objeler haline geldiği görülür.

Ancak unutmamak gerekir ki, öğrenme sürecini bütünüyle yapısalcı bir model olarak düşünmek de mümkün değildir. Yapısalcı modele göre işleyen bir sistem

⁴¹ Chomsky bu kavramsal modellerin belirli ölçüde insanın genetik olarak doğuştan sahip olduğu mekânizmalarla şekillendiğini savunur. Bkz. Noam Chomsky, “Language and Problems of Knowledge”, Cambridge, MIT Press, 1988

⁴² bilgisayar programlama dili

⁴³ Bilginin bu adaptasyonel fonksiyonuyla ilgili bkz. J. Piaget, “The Principles of Genetic Epistemology”, Wolfe Mays (Çev.), London, Routledge and Kegan Paul, 1972

oluşturabilmek için, asgari boyutta da olsa sembolik bir temsil sistemine ihtiyaç vardır. Bazı yapıtaşlarının önceden tanımlanması zorunludur.

Buraya kadar bilgisayarlı iletişimin bilgi teorisi içindeki yeri ele alındı ve bilgi-işlem kavramı çerçevesinde, bilginin niceliksel boyutu ve nasıl ortaya çıktığı açıklandı. Bu çalışmanın esas sorunsallarından biri, teknolojinin, kültürün temeli “bilgi” üzerindeki etkisi ve bunun “fikir ve sanat eserleri hukuku”yla ilişkisidir. Bu incelemeye başlangıç olarak, bilginin sosyal bir bağlam içinde var olduğunun, dışarıdan ve *aşkın* bir olgunun keşfedilmesi olmadığını fark edilmesi önemlidir. Çünkü ancak o zaman teknolojinin insanı belirlediği anlaşılacaktır. *Kant*, gerçek ve bunun görünümünün nesnenin kendisinden değil; muhakemeden kaynakladığını belirtir⁴⁴. *Foucault*, insanın bilginin öznesi olduğunu söylemekle kalmaz; onun ayrıca “mümkün olan” her türlü bilginin de öznesi ve merkezi olduğunu söyler.⁴⁵ Bu yorumla *Foucault*, insan düşüncesini bir bilgi işlem süreci olarak yorumlayan günümüz bilgi felsefesi yaklaşımlarına uzaktan da olsa vurgu yapmıştır.

Bilgi kavramı ve bilgi teorisi üzerindeki bu kavramsal ve felsefi açıklamanın amacı, nihai değerlendirmede fikir ve sanat eserlerinin düzenleme konusu olan “bilgi”nin teknolojik değişimle ilişkisini ve sosyal yapılar üzerindeki etkisini vurgulayabilmektir. Böylelikle bilgisayar ve internetin, bilginin üretilmesinde ve yorumlanmasındaki rolü ve neden teknolojik birer yenilik olmaktan çok, dev bir tarihsel dönüşümün baş aktörleri oldukları anlaşılabilir. Burada dikkate değer olan, teknolojik bir araç olarak “internet”, yazılım” veya “bilgisayar” değil, bunların bileşiminin yarattığı sürekli ve artarak yoğunlaşan iletişimdir. Bu iletişim aynı zamanda belirli nesnelere oluşturulmuş bir şebeke üzerinde gerçekleşir. Örneğin kitap, kağıt, mürekkep, baskı makinaları, dizgiciler, satış noktaları gibi farklı obje ve sistemlerin oluşturduğu bir ağ veya diğer deyişle şebeke üzerinden okuyucuya, ulaşır. Teknik unsurların iletişimin kendisi üzerinde etkili olduğu açıktır. Tüm sosyal interaksyon çeşitli nesnelere ihtiyaç duyar ve bu nesnelere, iletişimin

⁴⁴ David West, “Kıta-Avrupa Felsefesine Giriş”, Ahmet Cevizci (Çev.), Paradigma Yayınları, 2005, s.40-56

⁴⁵ Michel Foucault, “Entelektüelin Siyasi İşlevi”, I. Ergüden, O Akınhay, F. Keskin (Çev.), Ayrıntı Yayınları, 2000, s.84-85.

içeriğini belirleyicidir. İletişim sadece karşılıklı bilgi aktarımı değil, aynı zamanda bu bilginin aktarıldığı fiziki yapılarla sùjelerin ilişkisidir.⁴⁶

Bilgi, çevreden gelen veriyle inşa edilen amaçsal bir olguya; insanın yarattığı teknolojinin, algısal çevreyi ve sonuçta neyin “bilgi” sayılacağını belirlediği açıktır. Buna bağlı olarak, insan toplumunun bilgiyle ilişkisini düzenleyen fikrî hukuk rejiminin, bilgi üzerine kurulu iktidar yapılarındaki rolü daha somut bir şekilde bürünmektedir. Çünkü fikir ve sanat eserleri hukuku, bilgiden faydalanmanın koşullarıyla ilgilenir.

Bilginin, bilimsel kurumlar veya kütüphanelerle sınırlı olmaktan çıkıp internet üzerinden erişilir hale gelmesi, fikir ve sanat eserlerini teknolojik önlemlerle korumaya yönelik kural ve sistemlerin geleceğin toplumunun bilgi dağarcığı üzerinde belirleyici olacağını göstermektedir. Son tahlilde, bu belirleyici etkinin ortaya koyduğu hukuki sorunsallar, gelecek kuşakların teknolojiyi ortak çıkarlar yararına kullanabilme imkanlarıyla doğrudan ilişkilidir.. Bugün eser koruması ve telekomünikasyon alanındaki hukuki düzenlemelerle şekillendirilen internet üzerinde bilgiye erişim modelleri, çok uzun dönemli etkilere sahip olacaktır.

İnternetin ve bilgisayarlı iletişimin yarattığı artan bilgi yağılması ve bunun kaçınılmaz sonucu uzmanlaşma, basitçe olumlu şekilde değerlendirilebilecek bir süreç değildir. Birey bağlamında bakıldığında bugünün üniversite öğrencileri düne göre çok daha sınırlı bir konuda bilgi sahibidir.⁴⁷ Artan bilgi dağarcığı unsurlarının her biri algıda yer kapmak için adeta bir yarış halinde olduğundan bilginin sahipliğine ve kullanımına ilişkin kurallar bilgiye erişim bakımından belirli tercihlere yol açar. Bunun doğal sonucu diğer bir bilginin algı dışında kalmasıdır ki, bir bilgiyi diğerine tercih etmenin belirli bir maliyeti olduğu açıktır.

⁴⁶ John Law, *Notes on the Theory of the Actor Network: Ordering, Strategy and Heterogeneity*, Centre for Science Studies, Lancaster University, <http://www.comp.lancs.ac.uk/sociology/papers/Law-Notes-on-ANT.pdf>

⁴⁷ Peter Burke, “Bilginin Toplumsal Tarihi” Tarih Vakfı Yurt Yay.(çev. Mete Tunçay), İstanbul, 2001, s.13

Diğer sosyal kurumlar gibi hukuk da, insan tasarımının olmaktan çok insan davranışlarının ve etkileşiminin bir sonucudur.⁴⁸ Tasarım olarak adlandırılabilir kısımlar, bu yaşantıların sonucu ortaya çıkan bir soyutlamadır. Aşağıda görüleceği üzere, bu yapıların en gelişmiş ve kapsayıcı nitelikte olanı internet veya başka bir bakış açısıyla “ağ toplumu”, davranışa etki etme bakımından daha önce görülmemiş imkânlar içerir. Toplum, bireyin dünyayı anlamasına yarayan kısmen yerleşik bir bilgi dağarcığına sahiptir. Bu bilgi kümesi geçmiş dönemde kilise ve az sayıda yayıncının elinde şekillenirken bugün internet üzerinde yapılanmakta olan bilgi üretim ve paylaşım biçimleri, eser korumasına yönelik hukuki tercihleri, daha da belirleyici hale getirmektedir. Bilgi dağarcığının analog ortamdaki dijitalleşiminin katılımcı ve olumlu sonuçlar doğurması kendiliğinden gerçekleşecek değildir.

1.2. “BİLGİ TOPLUMU” ve KAVRAMSAL ELEŞTİRİ

Aydınlanma ile başlayan ve II. Dünya Savaşı sonunda tamamlanan süreç, özgür ve otonom bireyin ortaya çıkıp, vatandaş sıfatına bürünmesine tanıklık eder. Bu süreçle aynı zamanda, piyasalar ulusal ölçekte bir stabilizasyona ulaşmış ve önce ulus devlet yapısı içinde ticaretin örgütlenmesi tamamlanarak, devamında çok uluslu şirketler ortaya çıkmıştır. II. Savaş sonrasında tekabül eden dönem, globalleşme adı altında piyasaların özgürleşmesi ve hayatın her alanını kapsamıyla sonuçlanmıştır. Bu süreçte konuyla doğrudan ilgili önemli bir ekonomik kırılma noktası 1970’li yılların başındaki petrol krizi olmuştur. Bu olay,

“...İkinci Dünya Savaşı sonrası kapitalizmde tarihsel bir kesinti yaratarak yeni bir sermaye birikimi modelinin benimsenmesine yol açtı. Yeni teknolojik paradigma, kapitalist sistemin kendi iç çelişkilerini aşmak için geliştirdiği bir yanıt mıydı? Ya da alternatif bir bakış açısıyla, Sovyet düşmanın uzay yarışı ile nükleer silahlanmada teknolojik meydan

⁴⁸ Steven Horwitz, *Spontaneity And Design In The Evolution Of Institutions: The Similarities Of Money And Law*, Journal des Economistes et des Etudes Humaines (Bilingual Journal of Interdisciplinary Studies), Vol.4, No: 4 , 1993, s.572, <http://it.stlawu.edu/shor/Papers/Spontaneity%20JEEH%201993.pdf> ; John Law, *Notes on the Theory of the Actor Network: Ordering, Strategy and Heterogeneity*, Centre for Science Studies, Lancaster University, <http://www.comp.lancs.ac.uk/sociology/papers/Law-Notes-on-ANT.pdf>

okuyuşu karşısında, askeri üstünlük sağlamanın bir yolu muydu? İki açıklama da ikna edici görünmüyor.....

Öyle görünüyor ki, 1970'lerde ortaya çıkan yeni teknolojik sistemin izini, kilit teknolojiler arasındaki sinerjik etkiler de dâhil olmak üzere, teknolojik keşif ile yayılmanın özerk dinamiklerine dek sürmek gerekiyor. Dolayısıyla mikroişlemci, mikrobilgisayarı mümkün kıldı; telekomünikasyondaki ilerlemeler, yukarıda belirtildiği üzere, mikrobilgisayarların ağlar halinde işlemlerini sağlayarak, güçlerini ve esnekliklerini artırdı. Bu teknolojilerin uygulamalarının elektronik imalatına uygulanması, yarı iletken üretiminde yeni tasarım ve üretim teknolojileri yaratma potansiyelini güçlendirdi.”⁴⁹

“... ağ toplumunun yükselişi, görece özerk iki eğilim: yeni enformasyon teknolojilerinin gelişimiyle, eski toplumun iktidarın teknolojisine hizmet için teknolojinin iktidarını kullanarak kendini yeniden donatması arasındaki etkileşim olmaksızın anlaşılabilir. Ancak böyle yarı bilinçli bir stratejinin tarihsel sonucu büyük ölçüde belirsizdir; çünkü teknoloji ile toplum arasındaki etkileşim, büyük ölçüde, bağımsız gibi görünen çok fazla sayıda değişken arasındaki tahmini ilişkilere bağlıdır. Tarihsel göreceliğe teslim olmaksızın, enformasyon teknolojisi devriminin kültürel, tarihsel ve uzamsal olarak gelişiminin, son derece özgül bir dizi koşula bağlı olduğu söylenebilir.”⁵⁰

Piyasa dinamikleri bilimsel söylemle meşrulaştırıldığına göre, bilgiyi kontrol edebilenler, doğru ve adil olanın tanımını da yapabileceklerdir. Yaşadığımız düzen, bireylerin ve kurumların piyasa içinde özgürce kâr peşinde koşmalarının, kendiliğinden “görünmez eli” devreye sokarak, herkes için mümkün olan en iyiyi gerçekleştireceği varsayımına sıkı sıkıya sarılmıştır. Kişiler ve kurumlar bu amaca doğru yol alırken teknolojiyi kullanırlar ve teknolojiyle olan ilişkileri piyasa içindeki konumlarını belirler. Toplumsal yapı her geçen gün pazar dinamikleri tarafından şekillendirilirken, bu dayatmanın meşruiyet kaynağı, bilimsel söylemden bir başka deyişle, bilginin sahipliğinden geçmektedir.

Herkes, bugünkü ekonomik ve politik durumun 20, 30 yıl öncekinden radikal biçimde farklı olduğunu görmekte ve dile getirmektedir. Bunun en önemli sebebi kuşkusuz, bilgisayar ve iletişim teknolojileridir. Bilgisayarlar o derece güçlenip yaygın hale gelmişlerdir ki, insan medeniyetinin endüstriyel ekonomiden “bilgi ekonomisi”ne ve buna paralel olarak, endüstriyel toplumdan “bilgi toplumuna” geçişini sağlamışlardır.

⁴⁹ Castells, “Enformasyon Çağı”, s.76

⁵⁰ *ibid.* s.78

Burada “bilgi toplumu” kavramına ilişkin düşündürücü bir husus, bugünkü toplumun “bilgiye dayalı olma” bakımından, gerek ekonomik gerek siyasal anlamda daha önceki sosyal yapılarla bir farklılık göstermemesidir. Tüm medeniyet, devasa bir bilgi işlem kapasitesinin sonucudur. Avcı toplayıcı hayattan tarım ekonomisine, oradan da üretim ekonomisine geçiş, hep bilgi birikimine dayalı olarak gerçekleşmiştir.

Bilgi-işlem teknolojisi diye ifade edilen kavram, bugün bulunduğu noktada *iletişim teknolojileri* diye de tanımlanabilir. Çünkü aktarılma imkânı olmayan bilgi ekonomik anlamda yararsızdır. Bu nedenle “bilgi toplumu” kavramına yapılan gönderme, bilgisayarlı iletişim boyutunu gözden kaçırmaktadır.⁵¹ Bilgi işlem teknolojileri veya daha doğru bir deyişle bilgisayarlı iletişimin ortaya koyduğu fenomeni en iyi tanımlayan kavram, “Ağ toplumu”dur.⁵²

İnsan toplumunun bilgi birikimi aynı zamanda, her geçen gün etkinleşen bir adaptasyon mekânizmasıdır. Dahası endüstriyel yapı,, büyük ölçüde verinin sürekli işlenerek, neyin nereye ne zaman varacağıının veya nasıl yapılacağıının belirlenmesi üzerine inşa edilmiştir.⁵³ Bunun bir başka göstergesi, tarih boyunca bütün sosyal yapılarda topluluk için gerekli bilgiyi elinde bulunduran veya bu bilgiye sahip olduğuna inanılanların, iktidar ve servet elde ettikleri gerçeğidir. Bu sebeple yaşadığımız dönemi veya değişimi, “bilgi toplumu” kavramıyla açıklamak fazlaca bir şey anlatmayacaktır. Matbaa, uzun zamandır bilinen çok önemli bir bilgi işlem teknolojisidir. Ama bu buluş sonrasında ortaya çıkan toplumlar, kendilerini bilgi toplumu olarak tanımlamamışlardır. Dolayısıyla yaşadığımız değişimi “bilgi toplumu” kavramına indirgemek imkânsızdır.⁵⁴ Bu oluşum, sanayi

⁵¹ Manuel Castells, *Materials For An Exploratory Theory Of The Network Society*, British Journal of Technology, Vol.51, No.1, 2000, http://www.georgetown.edu/faculty/irvinem/CCT510/Sources/Castells-Theory_of_Network_Society-2000.pdf

⁵² Edward Elgar, *Informationalism, Networks, And The Network Society: A Theoretical Blueprint.*, Manuel Castells (Ed.), 2004, <http://ascweb.usc.edu/pubs/faculty/Informationalism.pdf>

⁵³ Cosma Rohilla Shalizi, *The Information Society and the Information Economy*, 1997, <http://cscs.umich.edu/~crshalizi/notebooks/information-society.html> ; Ayrıca bkz. Kenneth Carlaw, Les Oxley ve Paul Walker, *Beyond The Hype: Intellectual Property And The Knowledge Society/Knowledge Economy*, Journal of Economic Surveys, Vol. 20, No. 4, 2006, s.632

⁵⁴ Bu yaklaşım Castells’in satırlarında şöyle açıklanmaktadır:

toplumunun teknik ve ekonomik unsurlarını, radikal ve devrimci bir şekilde değiştirmektedir. Bugünün makinelerinin radikal farkı ve belirgin özelliği, kendi kendilerine bilgiyi dönüştürebilme veya başka bir deyişle, programlanabilme kapasiteleridir.

1.3. “AĞ TOPLUMU”

Burada farklı olan, mikro elektroniğe dayalı bilgi-işlem teknolojileri çevresinde yeni bir toplumsal yapının ortaya çıkmasıdır.⁵⁵

“...Bugünün teknolojik devriminin ayırıcı özelliği, bilginin ve enformasyonun merkezî önemi değil, bu bilgi ve enformasyonun, bilgi üretimine, bilgi işleme/iletme aygıtlarına uygulanması, yenilik ile yeniliğin kullanımı arasında, ikisinin birbirlerini beslediği bir zincir oluşturmalarıdır.

...Yeni teknolojinin devreye girmesi, kullanılması, yeni alanlarda geliştirilmesi arasındaki beslenme zinciri, yeni teknolojik paradigmayla daha da hızlandı. Sonuçta, teknolojinin kullanıcıları tarafından benimsenip yeniden tanımlanırken yayılması, teknolojinin gücünü sonsuzca artırır. Yeni enformasyon teknolojileri yalnızca uygulanacak araçlar değildir, aynı zamanda geliştirilecek süreçlerdir. Kullanıcılar ve yapılar

"Enformasyon toplumu" ile "enformasyonel toplum" kavramları arasında bir ayrım koymam gerekiyor. "Enformasyon toplumu" terimi, enformasyonun toplumdaki önemini vurgular. Ancak ben enformasyonun, en geniş anlamıyla, bir başka deyişle bilginin iletilmesi anlamıyla, bütün toplumlarda önemli olduğunu savunuyorum; büyük oranda entelektüel bir çerçeve olan skolastisizm etrafında kültürel olarak yapılanmış ve bir ölçüde birleşmiş bir toplum olan Ortaçağ Avrupası da dâhil (Southern'a bakınız, 1995). Tersine "enformasyonel" terimi ise, enformasyon üretimi, işlenmesi ve aktarımının, bu tarihsel dönemde ortaya çıkan yeni teknolojik koşullar nedeniyle üretkenliğin ve gücün temel kaynakları haline geldiği, özgül bir toplumsal örgütlenme biçiminin niteliklerine işaret eder. Terminolojim sanayi (endüstri) ile sınaî (endüstriyel) arasındaki ayrımla bir paralellik kurma çabasıdır. Bir sınaî toplumu (sosyolojik gelenekte yaygın bir terimdir), yalnızca sanayinin olduğu bir toplum değil, sınaî örgütlenmenin toplumsal ve teknolojik biçimlerinin ekonomik sistem ve askeri teknoloji çerçevesindeki başlıca etkinliklerden başlayarak bütün etkinlik alanlarına yayıldığı, gündelik hayatın nesnelere ve alışkanlıklarına dek uzandığı bir toplumdur. "Enformasyonel toplum" ve "enformasyonel ekonomi" terimlerini kullanmam, enformasyonun ve bilginin toplumlarımız için önemli olduğu yönündeki ortak gözlemin ötesine geçen bugünkü dönüşümleri daha somut bir biçimde anlatabilmeyi amaçlar. Ancak "enformasyonel toplum"un gerçek içeriğinin gözlemler ve analizlerle belirlenmesi gerekir. Bu kitabın amacı da budur. Örneğin; enformasyonel toplumun kilit unsurlarından biri, temel yapısındaki ağlar oluşturma mantığıdır, bu da bu cildin sonuç Bölümünde tanımlandığı ve açıklandığı üzere "ağ toplumu" kavramının kullanımını açıklar. Ancak "enformasyonel toplum"un toplumsal hareketler ya da devlet gibi başka bazı bileşenleri, ağlar oluşturma mantığından ciddi ölçüde etkilenmiş olmalarına karşın, bu mantığın ötesine geçen özellikler gösterirler. Dolayısıyla "ağ toplumu" "enformasyonel toplum" kavramının anlamını tamamıyla karşılamaz."

Bkz. Castells, "Enformasyon Çağı:", s.25, dipnot 31

⁵⁵ Bilgi-işlem teknolojilerinin detaylı bir tarihçesi için bkz. *ibid.* s.49-78

aynılaşabilir. Böylece kullanıcılar, İnternet örneğinde olduğu gibi, teknolojinin kontrolünü ele alabilir.”⁵⁶

Sosyal yapı, kendi kendini düzenleme(*self-organization*) yeteneğini haiz, bilgi üreten bir sistemdir.⁵⁷ Mikro düzlemde, ağ üzerindeki her bir bağlantı noktası(*node/düğüm*), bir süje olarak diğer düğümlerle karşılıklı ilişki ve etkileşim içindedir. Makro düzlemde ise, bu ağ tarafından dokunan yapı bireyin davranış seçeneklerini etkiler. Her toplumsal yapı kimi teknolojik unsurların etkisi altındadır ve bu teknolojik unsurların dayatmalarına maruz kalır. Bilgi-işlem teknolojilerinin ortaya çıkardığı fenomen, teknolojinin kullanımı ve yaratılması açısından radikal farklılıklara işaret eder. Endüstri devriminin makineleri insanın kas gücüne dayalı mekânîk yeteneklerini taklit ederken; yeni çağın makineleri bilgisayarlar, insanın akli yetenekleriyle yarışmakta ve buna bağlı olarak endüstri devriminin ortaya çıkardığı seri üretim sürecini, hizmetlerin otomasyonu ile tamamlamaktadır. Teknolojik fenomen, bir bilgi-işlem süreci olarak tanımlanabilir hale gelmiştir.⁵⁸

“...1980'lerin ortalarından bu yana, mikrobilgisayarlar yalıtılmış olarak düşünülemez; taşınabilir bilgisayarlara dayalı olarak, gittikçe seyyarlaşarak ağlar halinde işliyorlar. Bu sıra dışı çok yönlülük, elektronik bir ağa dâhil olup bilgi işlem gücünü paylaşarak, hafızayı ve işlem kapasitesini artırma becerisi 1990'larda bilgisayar çağının yönünü merkezî veri depolama ve işlemeden, ağlar oluşturmuş interaktif bilgisayar paylaşımına kaydırdı. Yalnızca bütün bir teknolojik sistem değil, toplumsal, örgütsel iletişim de değişti.”⁵⁹

“...Paket-anahtar iletişim teknolojisine dayanan bu sistem, ağın komuta ve kontrol merkezlerinden bağımsız olmasını sağlayacak, böylece mesaj birimleri ağ içinde kendi yollarını bulup, ağın herhangi bir noktasında tutarlı bir anlamla yeniden toplanabilecekti.

Daha sonra dijital teknoloji, ses, görüntü ya da veri dâhil her tür mesajın paketlenmesini sağladığında, bağlantıları kontrol merkezlerini kullanmaksızın iletebilen bir

⁵⁶ *ibid.* s.40-41

⁵⁷ Wolfgang Hofkirchner ; Christian Fuchs, *The Architecture Of The Information Society*, Institute of Design and Technology Assessment, Vienna University of Technology, <http://www.self-organization.org/results/papers/pdf/hsicpaper32.pdf>

⁵⁸ *ibid.*

⁵⁹ Castells, “Enformasyon Çağı:”, s.56

ağ oluşturuldu. Dijital dilin evrenselliği ve iletişim sisteminin ağ oluşturmaya yönelik saf mantığı, yatay, küresel iletişim için teknolojik koşulları hazırladı.”⁶⁰

Ağ olgusunu incelerken, bunun bir bilgisayarlı iletişim şebekesi olduğunu bilsek de, burada önemli olan bilgisayarlar değildir. Nasıl ki, kozmoloji teleskoplarla ilgilenmezse, buradaki bakış açısı da Ağ’ı oluşturan araçlarla değil; siber yapılar ve bunların karşılıklı ilişkisiyle ilgilidir.

Buradan çıkan sonuç, *“bilgi-işlem teknolojisi devriminin gelişiminin, keşiflerin ve uygulamaların etkileşim içinde olduğu, sürekli tekrarlanan bir deneme yanılma süreciyle, yaparak öğrenmeyle sınındığı bir yenilik ortamının oluşumuna katkıda bulunduğu; bu ortamın, araştırma merkezleri, ileri teknoloji şirketleri ve finansman sağlayan risk sermayesi şirketlerinden kurulu bir ağın mekânsal bir yoğunluk içinde bulunmasını gerektirdiğidir.”*⁶¹

“Ağ”, “network”, “internet” veya “sanal gerçeklik” kelime olarak aynı şeyi ifade etmeseler de burada, aynı fenomene işaret edecek şekilde kullanılmışlardır. Soyut bir kavram olarak “ağ” ve onun en genel ve yaygın uygulaması internet: e-posta, web sayfaları, kolayca bulunan şarkı sözleri veya IP adreslerinin oluşturduğu girift bir yapıdır. Ancak bir başka açıdan internet, tüm bu yapıyı düzenleyen yazılım, donanım, kablolar, sunucular ve protokoller olarak da görülebilir. Buna ek olarak, ister genel ister belirli bir zamanda olsun, kullanıcı olarak bireyin, bu tanımın neresine yerleştirileceği meselesi ortaya çıkmaktadır. Bilgi hizmetleri penceresinden baktığımızda internet, birbirine bağlanmış veri linklerini, veri dosyalarını ve dokümanları ifade eder. Başkaca perspektifler interneti, global bir cemaat/toplum oluşumu açısından değerlendirir. İnternet bir yönüyle de, ağa bağlı tüm yapay hafızaların ve kullanıcıların, aklî ve entelektüel kapasitelerinin toplamıdır. Ancak tüm bu tanım ve kavramlar dahi bilgisayarlı iletişimin yaratmakta olduğu değişimi gerçek boyutuyla sergileyebilmekten uzaktır. Dolayısıyla internet, “nesne” gibi analiz edilmeye uygun değildir. Her organizasyon gibi internet de, bir tanımdan çok bir eylemi bir oluşu(*occurrence*) veya fiil gibi anlaşılmalıdır. Hiçbir sosyal yapı, düzen veya kurum byu

⁶⁰ *ibid.* s.58

⁶¹ *ibid.* s.83

bakımdan tam ve tümüyle otonom değildir. Diğer bir deyişle belirli statik ve merkezi ilişkiler etrafında örülü bir sosyal düzen yoktur.⁶² Burada çeşitli vektörel dinamiklerden bahsetmek daha uygun olacaktır. İnternet, zaman ve mekân kavramlarını radikal şekilde sorgularken, kimlik ve öznenin bütünlüğünü etkiler.⁶³ “Toplumlarımız giderek, Ağ ile benlik arasında çift kutuplu bir karşıtlık etrafında yapılanmaktadır.”⁶⁴

1.3.1. Hiyerarşik Sosyal Yapılar ve “Ağ Toplumu”

Bugünkü Ağ toplumunu ortaya çıkaran bilgi-işlem teknolojisindeki gelişme, batı toplumlarını tarihin en hızlı değişimine uğratmaktadır. İnsanlık tarihinde hiçbir kuşak, teknolojinin gerçekliği bu denli bütünsel değişime uğrattığı bir başka dönüşüme tanık olmamıştır. Burada yaşanan radikal değişim, tüm gerçekliğin sayısal/dijital olarak ifade edilebilir hale gelmesine bağlıdır. ve görüleceği üzere iletişim ağları üzerine kurulu bir toplumda, sosyal yapılar gittikçe artan düzeyde iletişim sistemlerine dönüşmektedir.⁶⁵

Bilgisayarlı iletişimin yarattığı değişimin en yalın açıklaması, insanın öznel deneyimi ile fiziki dünya arasındaki ilişkiyi koparması veya değişime uğratmasıdır. Dijital iletişim, toplumsal yapıyı oluşturan değerleri manipüle eder. Her türlü iletişim bir manipülasyondur ancak, dijital iletişimin yarattığı kurgulanmış gerçeklik, başkaca bir toplumsallığın habercisidir. En basit noktadan bakıldığında, 21. yüzyıla varıncaya kadar toplumsal yapılara ilişkin tüm göndermeler, belirli bir coğrafi alanla sınırlıdır. Oysa bugün sanal ortam, mekândan bağımsız çeşitli sosyalliklerin, henüz yeşermeye başladığı bir boyut olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bile, sosyal bilimlerin ayaklarının altından kayan zemini göstermeye yeter. Birey, fiziki mekânın yarattığı sosyal kısıtlılıktan arınmıştır. Abartılı bir ifadeyle söylenecek olursa; toplumlar, neredeyse sonsuz bir sosyal viskozite (akışkanlık) durumuna doğru ilerlemektedir. Bundan en fazla yüz yıl önce, insan toplumunun çok

⁶² John Law, *Notes on the Theory of the Actor Network: Ordering, Strategy and Heterogeneity*, s.5

⁶³ Sasha Skenderija, *The Media Paradigm for Information Science*, Institute of Information Studies and Librarianship, Charles University, Prague, 1999, s.2, <http://www1.cuni.cz/~skenders/cais99.pdf> . İnternet ve bilgi-işlem teknolojilerine bağlı olarak bireylerde görülen psikolojik ve psiko-sosyolojik sendromlar için bkz. Richard Fisher, *Just can't get e-nough*, <http://www.newscientisttech.com/article/mg19225831.200>

⁶⁴ Castells, “Enformasyon Çağı:”, s. 4

⁶⁵ Floridi, s.126

büyük çoğunluğu için varoluşun coğrafi sınırları, bir günlük yürüme mesafesinden öteye gitmezken, bugün zaman ve mekânın tekrar tekrar kurgulanabildiği sanal gerçeklik teknolojileri boyutuna ulaşmıştır.

Ağ kavramı her geçen gün yaygınlaşan bilgisayarlı iletişim kültürünün ötesinde, bilimsel ve entelektüel söylemde de karşımıza çıkmaktadır. Sosyal bilimlerde ise, “pazar ağları”, “politika ağları” veya “hierarchy ağları” gibi kavramlara sık rastlanır olmuştur. Yer ve zamandan bağımsız iletişim olanağı, “ağ” etkisini hayatın her yanına yaymaktadır. Bu “ağ etkisi”⁶⁶ sürekli olarak insan deneyiminin başka bir parçasını, salt bilgi formuna dönüştürmektedir.

“Ağ toplumu” ile ifade edilen “sosyal yapı”, insanların üretim, tüketim, üreme ve iktidar gibi ilişkiler çerçevesinde oluşturdukları örgütlenmelerdir. Ağ, birbirine bağlanmış pek çok “düğüm”den⁶⁷ oluşur ve bir merkezi yoktur. Her bir *node* daha fazla bilgi toplayıp işleyerek, ağ için önemini arttırabilir. Herhangi bir *node* işlevsiz hale geldiğinde, ağ bunları silerek yenilerini ekler ve *node*, ağ olmaksızın fonksiyonunu sürdürmez.⁶⁸

Ağ toplumunda esas olan, bireylerin karşılıklı ve doğrudan interaksiyon içinde bulunmaları ve bilgi değiş-tokuş etmeleridir ki, insan toplumunun klan, kabile gibi ilk örgütlenme modelleri, fazla hiyerarşi içermeyen bu doğrudan etkileşim ve bilgi değişimi sistemini kullanmıştır. Ancak toplumsal örgütlenme kabile boyutunu aşır da, girift bir işbölümü belirince, bu değiş-tokuş ilişkisinin merkezî toplumsal yapılarca yönlendirilmesi kaçınılmaz hale gelmiştir. Çünkü artan *kompleksite*, bu değiş tokuşun önceden belirlenmiş, tanımlı modellere dayandırılmasını zorunlu hale getirir. Evrimsel çözümleme açısından bakıldığında kısıtlı bilginin etkin şekilde kullanılabilmesi, hiyerarşik formel kurallarla düzenlemeyi zorunlu kılar. Aksi takdirde söz konusu bilginin kullanılabilir hale gelmesi veya doğru yere ulaşması için gerekli maliyetler, katlanılmaz ölçüde artacaktır. Yazılı baskıyı takiben ortaya çıkan elektronik haberleşme, bilginin sınırlarını ve dolaşım gücünü

⁶⁶ Bkz. Bölüm 5.1.3.1

⁶⁷ *node*

⁶⁸ Mehmet Tevfik Özcan, “İlkel Topumlarda Toplumsal Kontrol”, İstanbul, Özne Yay., 1998, s.81-86

genişletmiştir. Bu gelişim devamında, mevcut piyasaların global düzeyde monopolist bir anlayışla, iletişim imkânlarını elinde bulunduran büyük sermaye tarafından ele geçirilmesiyle sonuçlanmıştır. Bu aşamaya kadar dikey hiyerarşilerle yönetilen toplumsal ve ekonomik yapılar, internetin sahneye çıkışıyla beraber farklı bir organizasyon mantığıyla tanışmışlardır. Bu noktadan sonra, gerek üretim gerekse diğer toplumsal modeller, hiyerarşilerin dikey derinliklerinin azalmasıyla, daha *desantralize* hale gelmişlerdir. Ağ veya diğer kompleks yapılar içindeki alt birimlerin özerkliği ve kontrol kapasiteleri arttıka, hiyerarşiye ihtiyaç azalır. “Düğüm” olarak tanımlanan bağlantı noktalarının içsel kontrol yeteneğindeki azalma, artan oranda hiyerarşi gerektirir.⁶⁹

Ağ belirli bir hacme ve esnekliğe ulaşmadığı sürece fonksiyon göremez ve basit yatay veya dikey hiyerarşik emir komuta zincirlerinden bile etkisizdir. Her ne kadar bilgisayarlı iletişim öncesinde haberleşme olanakları mevcutsa da bunlar, geri-dönüşüm (*feed-back*) sağlamaktaki yetersizlikleri, yavaşlıkları ve taşıyabildikleri verinin azlığı sebebiyle istenen *self*-organizasyon özelliğinden yoksundurlar ve bu sebeple, devlet benzeri hiyerarşilere alternatif oluşturamamışlardır. Burada “ağ” olsa olsa, devlet veya benzeri dikey hiyerarşilerin uzantısı haline gelebilir.⁷⁰ Bir başka deyişle tüm hiyerarşik yapılanmalar, en geniş anlamda birer ağdır; ancak düğümler arası iletişim zayıfladıka hiyerarşi katılaşır. Burada bahsedilen hiyerarşik yapılanması değişken, esnek, yatay ve *desantralize* ağlardır.

Sosyal yapılar her zaman, belirli ölçekte *node*’lardan oluşmuş bir ağ yapısı sergilemiştir. Ancak bilgisayarlı ağlardan önce iletişim olanaklarının sınırlılığı, bu ağ dâhilindeki her bir bağlantı noktasının özerkliğini ve yeterince etkin olmasını engellemiştir. Bu nedenle, geleneksel insan toplumları, hukuki yapıyla desteklenmiş dikey hiyerarşik model temelinde örgütlenmiştir.

⁶⁹ P2P ağlar, merkezi kontrol gereğini azaltan bir iletişim modelidir.” P2P Ağ” için bkz. Emre Bayamlıoğlu, *P2P Yazılım ve Telif Haklarının Hukuki Geleceği*, Güncel Hukuk Dergisi, sayı 23, Kasım 2005, 54-58

⁷⁰ Elgar

20. yüzyılın sonunda taşınabilir, kablosuz bilgisayarlı iletişimin ortaya çıkışı ve yaygınlaşması, sosyal birimlerin diledikleri yerde, zamanda ve farklı formatlarda iletişim kurabilmesini sağlamıştır. Sensörler, robotik, *radio frequency identification (RFID) wireless*, ve nano-teknoloji⁷¹ düzeyindeki gelişmeler, bilgisayarları görünmez kılarak çevremizdeki nesnelere içine yerleştirmektedir.⁷² Gelişen teknoloji ve özellikle genetik ve biyo-mühendisliğin mikro elektronikle bütünleşmesi, önümüzdeki yıllarda insan ve makine ayrımını silikleştirecektir. İletişim ağları, insan varlığının her noktasına yayılacak ve pek çok bakımdan sınırları kaldıracaktır. 20. yüzyıl, insanoğlunun fiziki düzlemde yarattığı en gelişkin ağ olan metropol kentlerin yükselişine tanık oldu. 21. yüzyılda ise, sanal ağların insanlık tarihindeki en kompleks yapıları oluşturacağı kesindir.⁷³

Bir canlı türü olarak insanın kendi beden ve aklının ötesine geçerek, mikro elektronik düzeyde yazılımla kontrol edilen iletişim ağları oluşturması, dünya üzerinde görülmemiş bir sürece yol açmıştır. Bu teknolojiler her geçen gün küçülerek insan hayatının ve bedeninin her yerine yayılmakta, yeni genetik buluşlarla bütünleşmektedir. Bu teknolojik değişime, mikro elektroniğin yanı sıra, canlı organizmaların taşıdığı biyolojik bilginin çözümlenmesine ve işlenmesine dayalı genetik mühendislik de eklenebilir.⁷⁴

“Bu yüzden, bilgisayarlar, iletişim sistemleri, genetik şifre çözümü ve genetik programlama, tümüyle insan aklını geliştirmekle kalmaz, onun uzantılarıdır da. Ne

⁷¹ Nano-teknoloji herhangi bir nesnenin, atomik veya moleküler düzeyde inşa edilmesini ifade eder. İnsanlığın tarihi içinde üretim materyallerin, önce mekânîk ve daha sonra fiziksel/kimyasal dönüşümüyle gerçekleştirilmiştir. Nano, metrenin milyarda birini ifade eder ve bu da, 5 karbon atomunun büyüklüğüne eşittir. Bugün henüz teorik düzeyde olduğu söylenebilecek nano-teknoloji, maddenin atomlarının tek tek bir araya getirilerek oluşturulması fikrine dayanır. Daha fazla bilgi için bkz. <http://www.kurzweilai.net/brain/frame.html?startThought=Nanotechnology>

⁷² Bu fenomene “*ubiquitous computing*” denmektedir.

⁷³ Kent formunun enformasyonel bir yapıya dönüşmesiyle ilgili bkz. Castells, “Enformasyon Çağı”, Bölüm 6 Akışların uzamı, s.503 vd.

⁷⁴ “Ayrıca bazı analistlerin tersine, genetik mühendisliğini, onun çeperleri genişleyen gelişimini ve uygulamalarını da enformasyon teknolojileri alanına dâhil ediyorum. Bunun sebebi sadece, genetik mühendisliğinin canlı maddenin bilgi kodlarının şifresini çözmeye, onu yönlendirmeye, hattâ yeniden programlamaya odaklanmış olması değil; aynı zamanda biyoloji, elektronik ve enformatiğin uygulamaları, malzemeleri, daha da önemlisi kavramsal yaklaşımları açısından birbirlerine yaklaşıyor, etkileşime giriyor görünmesi; ileriki sayfalarda daha fazla üzerinde durulmayı hak ediyor. Tanımladığımız kapsamlı anlamıyla, enformasyon teknolojilerinin bu çekirdeğinin etrafında, 20. yüzyılın son yirmi yılında, başka alanların yanı sıra geliştirilmiş maddeler, enerji kaynakları, tıbbi uygulamalar ve imalat tekniklerinde (nano-teknoloji gibi mevcut ya da potansiyel) bir dizi büyük teknolojik atılım gerçekleşti.”, *ibid.* s.38

düşündüğümüz, nasıl düşündüğümüz, gıda, barınak, ulaşım ve iletişim sistemleri, bilgisayarlar, füzeler gibi mallarda, hizmetlerde, hatta, sağlık, eğitim, imgeler gibi maddi ve entelektüel ürünlerde ifade edilir hale gelmiştir. Zihinler ile makineler arasında giderek artan kaynaşma; ki buna DNA makinesi de dâhildir, *Bruce Mazlish*'in "dördüncü kesinti (kopuş)" olarak adlandırdığı (insanlar ile makineler arasındaki) durumu ortadan kaldırıyor, doğma, yaşama, öğrenme, çalışma, üretme, tüketme, hayal etme, kavga etme ya da ölme biçimlerimizi kökten değiştiriyor. Elbette ki kültürel/kurumsal bağlamlar ve amaçlı sosyal eylem, yeni teknolojik sistemle belirleyici bir etkileşim içinde, ancak bu sistem, kendi için mantığına sahip. Potansiyel olarak her yer hazır ve nazır bir geri kazanma ve dağıtım ağı dâhilinde, bütün girdileri ortak bir enformasyon sistemine dönüştürme, bu enformasyonu artan bir hızla, artan bir güçle, azalan bir maliyetle işleme kapasitesi var.⁷⁵

Bu teknolojinin onu benzersiz kılan özelliği, tahmin edilemez nitelikte yenilikçi süreçlerin oluşumu ve neredeyse sonsuz kendi kendini düzenleme yeteneğidir. Çünkü tekrar eşleme ve tekrar gruplama, yeni bilgiye ulaşmanın temelidir. Yeni bilgi ise, ekonomik verimliliğin ve kültürel çeşitliliğin özüdür. Yeni bilgi, her zaman eldeki bilginin yeniden düzenlenmesi ve kontrol edilmesi üzerine oluşturulur.^{76 77}

1.3.2. Değerlendirme

İnsanlık tarihinde ilk sosyal oluşum binlerce yıl önce kabile(*tribe*) biçiminde ortaya çıkmış ve bu yapı, kan bağı ve klanın değişken iç dinamiklerine bağlı olarak yönetilmiştir. Bunun devamında insan medeniyeti, kurumsal iktidarı ortaya çıkarmış ve modern devlete doğru evrilmiştir.⁷⁸ İnsan medeniyetinin ortaya koyduğu bir başka önemli sosyal yapı ise pazar ilişkileridir. Ekonomik değerlerin “serbest” şekilde değişimine yarayan pazar ilişkisi, 19. yüzyıl ile beraber dikkat çekici hale gelmiştir. Ağ toplumu, açıklanan özelliği itibariyle pek çok farklı sosyal yapıyı bünyesinde kapsama ve kurgulama imkânına sahiptir. Her modern toplum, bu sosyal oluşum biçimlerinin bileşiminden oluşur

⁷⁵ *ibid.* s.41

⁷⁶ Bunun, Thomas Kuhn tarafından ortaya atılan bilimsel devrimler veya paradigma değişimi diye adlandırılan olguya işaret ettiği yönünde bkz. Elgar, <http://ascweb.usc.edu/pubs/faculty/Informationalism.pdf>

⁷⁷ Bunun bir örneği olan ve Temmuz 2006 tarihi itibariyle piyasaya çıkan *Google Trends* isimli hizmet, herhangi bir anahtar kelimenin hangi sıklıkta ve hangi coğrafyada kullanıldığı bilgisini sunmaktadır. Arama motorunda kullanılan anahtar kelimeler insanların niyetlerini, ilgi ve arzularını açığa vurur. Bilgi işlem teknolojilerinin ve yaygın internetin yarattığı bilgi ve iletişim ağı toplumsal yapının incelenmesinde yeni ufuklar doğurmaktadır. İnternet daha önce var olmayan yeni bir bilgi yaratmıştır.

⁷⁸ Bkz. Cemal Bali Akal, “İktidarın Üç Yüzü”, Ankara, Dost Yay., 1998

ve toplumun başarısı, bu farklı kademelerdeki yapıları uyumlu ve dengeli biçimde birleştirme yeteneğiyle de ölçülür.⁷⁹

Ağ, kendi bünyesindeki içerik ve bunu yansıtmaya imkanlarıyla, sanal bir gerçeklik yaratır.⁸⁰ Zaman içindeki gelişim, bu oluşumun her geçen gün daha “gerçek” ve çekici hale geleceğini açıklar. Geleceğin toplumunda insanlar zamanlarının büyük bir kısmını sanal gerçeklik içinde geçireceklerdir. Global ekonomi içinde bilgi ve yaratıcılık temelli tüketim ürünlerinin fiziki ürünlerle eşit parasal büyüklüğe ulaştığı düşünülürse, kapitalizmin gelecek dönemde ihtiyaç duyduğu büyümeyi sanal âlemde gerçekleştireceği görülecektir. “Ağ etkisi” diye adlandırılan dinamikler de bu sonucu destekler.

“...ağlar yayıldığında, büyümeleri de katlanır; daha fazla bağlantı olduğundan ağa dâhil olmanın yararları da katlanarak artar, ayrıca maliyet de doğrusal olarak artar. Ayrıca ağın dışında kalmanın cezası da ağın büyümesiyle birlikte büyür, çünkü ağın dışında kalan başka unsurlara erişim fırsatları azalır.”⁸¹

Burada bahsedilen salt veri artışından öte, model, kodlama ve değişik veri işleme tekniklerindeki artıştır.

“...enformasyon teknolojisi paradigması esnekliği temel alır. Parçaların yeniden düzenlenmesi süreçleri geri çevrilebilir kılmakla kalmaz; aynı zamanda örgütlenmelerin, kurumların değiştirilmesini, hattâ kökten değiştirilmesini de sağlar. Yeni teknoloji paradigmasının konfigürasyonun ayırt edici özelliği yeniden tanımlayabilme kapasitesine sahip olmasıdır ki, temel nitelikleri sürekli değişim, örgütsel akışkanlık olan bir toplumda belirleyici bir özelliktir bu. Örgüte zarar vermeden kuralları tersine çevirmek bir olasılık haline gelir, çünkü örgütün maddi temeli yeniden programlanıp yeniden donatılabilir. Ancak bu teknolojik özelliğe bir değer yargısı atfetmekten kaçınmalıyız. Çünkü esneklik özgürleştirici bir güç olabileceği gibi, kuralları yeniden yazanlar hep gücü elinde bulunduranlar oluyorsa, baskıcı bir eğilim halini de alabilir. Mulgan'ın da belirttiği gibi: "Ağlar yalnızca iletişim kurmak için değil, aynı zamanda konum elde edebilmek, iletişimden

⁷⁹ David Ronfeldt, *A Long Look Ahead: NGOs, Networks, and Future Social Evolution*, 2002, http://www.rand.org/pubs/reprints/2005/RAND_RP1169.pdf

⁸⁰ Sanal gerçeklik, bireyin içine girebildiği, görsel ve işitsel duyarların makul düzeyde karşılandığı simüle edilmiş bir çevreyi ifade eder. Gelecekte buna dokunma ve koku gibi duyarlar da eklenecektir. Gerçeklik hissi, ekrandan farklı olarak süjenin tüm görüş alanını 3 boyutlu şekilde hesaplayacak sistemlerin gelişmesiyle doruğa çıkacak son kertede doğrudan beyne gönderilen elektrik sinyalleri ile simülasyon sağlanacaktır. Bkz. <http://www.kurzweilai.net/brain/frame.html?startThought=Virtual%20Reality>. Teknolojik gelişimin katlanarak artan hızı ve bunun sonuçları için bkz. Ray Kurzweil, *The Human Machine Merger: Why We Will Spend Most of Our Time in Virtual Reality in the Twenty-first Century*, ACM Siggraph, New Orleans, July 2000, <http://www.kurzweilai.net/meme/frame.html?main=/articles/art0141.html>

⁸¹ Castells, “Enformasyon Çağı”, s.90

dışlamak için de kurulur." Bu yüzden de yeni teknolojilerin temelini attığı, mümkün kıldığı yeni sosyal oluşumları, süreçleri değerlendirmeye bu gelişmelerin, toplum, insanlar açısından yarattığı sonuçlardan bir anlam çıkarma arasına mesafe koymak temel önemdedir: Yeni teknolojilerle ortaya çıkan yeni toplumsal oluşumlar arasındaki etkileşimin sonuçları ancak özel bazı analizler ve ampirik gözlemlerle belirlenebilir. Ancak yeni teknolojik paradigmaya içkin olan mantığı tanımlamak da temel önemdedir."⁸²

Bir başka deyişle, bilginin hem türünde hem de miktarında beliren bu baş edilemez çoğalma, bugüne kadar insana yol göstermiş rasyonelitenin, anlamlandıramayacağı bir noktaya doğru gitmektedir. Bunun üstesinden gelebilmek için, bilginin fonksiyonu ve insanın evrimindeki rolü hakkında daha derinlikli bir anlayışa ihtiyaç vardır.

"Bu yönde bazı ilk adımları atmak için, teknolojiyi ciddiyetle ele almamız, onu bu araştırmanın hareket noktası olarak kullanmamız; devrimci teknolojik değişim sürecini gerçekleştirdiği ve onu şekillendiren toplumsal bağlama yerleştirmemiz; yeni tarihi tablonun çizilmesinde kimlik arayışının, tekno-ekonomik değişim kadar güçlü olduğunu aklımızda tutmamız gerekir. Bütün bunları söyledikten sonra, bizi birçok alana götürecek, birçok kültüre ve kurumsal bağlama taşıyacak bir rehberi izleyerek entelektüel yolculuğumuza başlayabiliriz; küresel bir dönüşümü kavramak, bu yazarın deneyimi ve bilgisiyle sınırlı olduğu aşikar, mümkün olduğunca küresel bir perspektifi gerektirir."⁸³

1.4. HUKUKİ DÜZENLEME SAHASI OLARAK "AĞ"

"Ağ" kavramı, bilgi işlem teknolojileriyle ortaya çıkan sanal gerçeklik olgusunu, bağlantılar düzeyinde ele alır. "Siberalan"(cyberspace) terimi ise, söz konusu fenomenin bir uzam, boyut veya bir düzlem şeklinde algılanmasını ifade eder. Siberalan terimi ilk kez bilim kurgu edebiyatında yer almış ve 90'lı yılların başından itibaren hukuk disiplini, internet kaynaklı faaliyetlerin hukuki boyutunu tartışır hale gelmiştir. Öne sürülen en temel düşünce siberalanın, fiziki düzlemden farklı bir gerçekliği bulunduğu ve farklı bir düzenleme alanı kabul edilmesi gerektiğidir. Bu yaklaşımın karşısındakiler, internetin kısaca bir iletişim aracı olduğunu ve bu sebeple, farklı bir gerçeklik veya bağımsız bir

⁸² *ibid.* s.91

⁸³ *ibid.* s.5

boyut şeklinde ele alınmasının ekonomik rasyonalite dâhilindeki politikalarla çelişeceğini belirtmişlerdir.⁸⁴

Siberalanla ilgili hukuki teorilerin, fiziki gerçeklikten veya fiziki boyuttan farklı bir hukuki düzenleme alanı olup olmadığı noktasında ikiye ayrıldığı görülür. Ancak mesele, bu basit tespitle sonlanmamaktadır.

1.4.1. Siberalan ve Hukuki Yaklaşım

Sosyal teoriler, yer ve uzam yaklaşımları yönünden ideal mekân *ütopya*, gerçekliğin temsili *izotopya* ve idealin karşıtı *distopya* kavramlarını kullanır. Ancak Foucault'nun 1967 senesinde ortaya attığı *heterotopya*⁸⁵ kavramı bunlardan farklı olarak, fiziki uzam içine kurulmuş farklı gerçeklikleri açıklamaya çalışır. Heterotopya diye adlandırılan mekân, farklı gerçeklikleri ve farklı zaman dilimlerini kendine özgü biçimde birleştirirken gündelik yaşamdaki davranış biçimlerini askıya alan veya değiştiren bir boyutu ifade eder. Tüm kültürler, ister mezarlıklar gibi basit; ister müzeler, gemiler gibi daha gelişkin olsun, heterotopik unsurlar içerir. Zaman içinde kaymalara uğrayabilse de, her heterotopyanın belirli bir fonksiyonu vardır.⁸⁶ Heterotopya, aynı anda birden fazla ve hatta birbiriyle çelişik mekânsal gerçeklik barındırabilir ve kimisine giriş serbestken diğerleri için belirli şartlar öngörülebilir.⁸⁷ Buradan yola çıkan kimi düşünürler, heterotopya kavramını geliştirmiş ve alternatif sosyal düzenlerin devreye girdiği tüm kurgusal boyut ve mekânları heterotopya olarak tanımlamıştır. Bu alternatif düzen çoğu zaman, modernitenin ütopyik yansımasına ilişkin unsurlar taşır. Görülmektedir ki, yukarıda

⁸⁴ Easterbrook 1996 yılında, nasıl ki bir "at hukuku" yoksa siber-hukuk diye birşey olamayacağını ortaya atmıştır. Frank H. Easterbrook, *Cyberspace and the Law of the Horse*, 1996 U. CHI. LEGAL F. 207.

<http://www.law.upenn.edu/law619/f2001/week15/easterbrook.pdf>

⁸⁵ Michel Foucault, *Başka Mekânlara Dair*, Ayrıntı Yay., 2000, s.291-302.

⁸⁶ Foucault, mezarlıkların şehir merkezlerindeki kiliselerin yanından banliyölere taşınmasının böyle bir kaymayı gösterdiğini söyler. *ibid.*

⁸⁷ Botanik bahçeleri fiziki gerçeklik içinde yer alırlar fakat doğal şekilde birarada bulunamayacak pek çok tür barındırırlar. *ibid.*

geniş şekilde tanımlandığı haliyle siberalan veya bu çalışmada tercih edilen kavramla Ağ, heterotopya kavramıyla örtüşür.⁸⁸

Siberalanı, ütöpik bir yaklaşımla ideal mekân olarak tanımlayan ilk hukuki teoriler, daha çok egemenlik ve yargılama yetkisi üzerinde durmuştur. Bu görüş siberalanı fiziki boyuttan bağımsız, ideal değerlerin hayata geçirilebildiği bir mekân olarak tanımlamıştır. Fiziki dünyanın kuralları artık geçersizdir.⁸⁹ Bugün daha çok heterotopyan görüşlere kaymış olsa da, siber hukukun yaratılmasında öncü rol oynayan bu fikir, ütöpik karakteriyle sanal gerçekliğin ayrı bir dünya olarak algılanmasına katkıda bulunmuştur. Ancak aradan geçen zaman, siberalanın bu ideal oluşumları kendiliğinden yaratamadığını göstermiştir. Buradaki yanlış, siberalanı dış dünyadaki deneyimlerle ilişkisini fark etmeden, doldurulmayı bekleyen boş bir “kara tahta” gibi düşünmektir. Bu yaklaşım, sanal bir metafor olan siberalanın, gerçek insan deneyimlerine yol açtığı gerçeğini gözden kaçıır. İnsan aklının, bu kara tahta üzerinde egemenliğini kuracağını düşünmek yanlıştır; çünkü akıl bir bedene, bedense fiziki dünyaya bağlıdır. İnternet veya siberalan, milyonlarca insan tarafından gündelik ve fiziki dünyaya ait amaçlar için kullanılmaktadır.

Siberalanın mekânsal olarak herhangi bir farklılık ortaya koymadığını savunanlar ise, bunun yeni bir piyasa, kütüphane veya şehir meydanından farklı bir durum olmadığını belirtmiş ve siberalanın farklı bir hukuki düzenleme yaklaşımına ihtiyaç göstermediğini ifade etmişlerdir. Buna göre siberalan farklıdır; ancak bu farklılık, zaten hukukun düzenleme konusu içinde farklı unsurlar bulunması sebebiyle, herhangi bir özellik arz etmez.⁹⁰ Ancak bu görüşlerin ortaya atıldığı zamandan bugüne kadar, *on-line* piyasalar, e-ticaret gibi uygulamalar sadece hız ve kolaylık getirmemiş aynı zamanda, ekonomik aktörlerin örgütsel yapısında önemli değişikliklere yol açmıştır. İnternet üzerinde alışveriş fiziki dünyadaki alışverişten son derece farklı dinamiklere sahiptir ve buna bir örnek olarak farklı bir “tüketici koruması” anlayışı getirmiştir. Dijital arşivler, kütüphanelerden sadece

⁸⁸ Julie E Cohen, *Cyberspace As/And Space*, Columbia Law Review, Vol.107, 2007, bkz. dipnot 13

www.law.georgetown.edu/faculty/jec/cyberspace.pdf

⁸⁹ John Perry Barlow, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, 1996,

<http://homes.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>

⁹⁰ Julie E Cohen, *Cyberspace As/And Space*, dipnot 27

erişim kolaylığıyla ayrılmazlar. Dijital bir arşivin tasarımcısı, bilgiye erişim, erişimi kontrol ve kayıt noktasında, kütüphanenin fiziki koşullarında bulunmayan, pek çok imkâna sahiptir. Bu çalışma içinde detaylı şekilde görüleceği üzere, dijital formattaki fikir ve sanat eserleri bakımından ortaya çıkan bir başka nokta, “özel kopyalama”, “çoğaltma”, “yayma” ve “kamuya sunma” gibi, fikir ve sanat eserleri hukukunun yerleşik kavram ve kurumları arasındaki ayrımın belirsizleşmesidir.⁹¹

Ağ veya siberalanın sosyal boyutu üzerine yapılan çalışmalarda artan şekilde heteropyan karakterin öne çıkarıldığı görülmektedir. Yaklaşımların, “aynı”lık veya “başka”lık üzerine kurulamayacağı anlaşılmıştır. Heteropyan görüş öncelikle, siberalanın ve daha da genel olarak yazılımın, manipülasyona açık niteliğini, bunun politik ve ekonomik amaçlar için kullanılabilmesi gerçeğini ortaya koyar. *Lessig, Code and Other Laws of Cyberspace*⁹² adlı eserinde ütopyanların, siberalandaki düzenlemelerin özgürlükler üzerindeki etkisini ve buna bağlı olarak yazılımın düzenleyici potansiyelini, gözden kaçırdıklarını belirtir. *Lessig* siberalanla ilgili ortaya koyduğu yaklaşımda, heteropyan bir sosyal düzenlemeye işaret eder.⁹³ Burada önemli olan, yazılımın işlenebilirliği ve esnekliği dikkate alındığında bu heteropyan yapının ne gibi farklı sosyal düzen ve gerçekliklere hayat verdiğidir. Bu çerçevede siberalan, hem bir sosyal yapılar yumağı, hem de kullanıcıların içinde var olduğu bir boyut/uzam olarak incelenebilir.⁹⁴

1.4.2. “Ağ” ve Mekânsal/Uzamsal Boyut

İnternet veya diğer deyişle Ağ üzerinde uzaklık-yakınlık yoktur. İki *web* sitesinin birbirine yakınlığı veya uzaklığı ancak, kavramsal boyutta ve ilişkiler düzeyinde bir anlam ifade eder; fiziki bir yakınlıktan söz edilemez. Sanal gerçeklik diye de adlandırılan fenomeni, “ağ” boyutundan ele alanların bir kısmı, interneti bir mekân/yer şeklinde

⁹¹ *ibid.*

⁹² Lawrence Lessig, “Code And Other Laws Of Cyberspace”, codev2, 1999, <http://pdf.codev2.cc/Lessig-Codev2.pdf> (elektronik kitap), s.12 vd.

⁹³ *ibid.*

⁹⁴ *ibid.* s.12

algılayan yaklaşımların, politik tercihleri ve iktidar söylemlerini davet ettiğini dile getirmiştir.

Ağ üzerindeki uzamsallık, bilindik “yer” ve “obje” odaklı bir boyut şeklinde algılanmamalıdır.⁹⁵ Burada, kablolar, sabit diskler, işlemciler ve sunuculardan oluşan bir yığının, mekân/uzam kavramıyla nasıl bağdaşacağı sorusu akla gelir. Sözlük anlamında bakıldığında “uzam” veya “uzamsallık”, nesnelerin içinde yer alabildiği mevcut ve süregelen bir boşluğu ifade eder. Ancak siberalandaki uzamsallık, soyut ve kavramsal bir olgudur. Ağ üzerindeki yer ve mesafe, bağlantılar düzeyinde ortaya çıkar.⁹⁶

Siberalanı üniter bir platform, homojen bir yer gibi düşünmek mümkün değildir. Siberalan pek çok “yer” ve “mekân”ın toplamıdır. Buradaki tartışmanın özünde, siberalanı “mekân” ve “yer” kavramlarıyla ilişkili olarak tanımlamanın, hukuki düzenleme bakımından “eşya” ve “mülkiyet” odaklı çözümlenmelerin siberalana taşınmasına öncülük ettiği gerçeği yer almaktadır.

Ancak yine de, siberalanın algılanışında insanın bilişsel doğasının gereği, belirli oranda uzamsallık kaçınılmazdır. Ancak bu uzamsallık yeknesak ve üniter bir yapıdan çok, heteropik özellikler gösterir.

Siberalanı hukuki düzenleme konusu olarak ele alırken, tamamen ayrı bir düzlem olarak düşünülmemeyeceği ve belirli ölçülerde uzamsal niteliklerini dikkate alarak incelemek gerektiği görüldü. Öncelikle, bir hukuki düzenleme konusu olarak siberalanın nasıl nitelendirileceği sorusu önemlidir. Fikir ve sanat eserleri hukukundaki yerleşik, mülkiyet benzeri fikrî hak anlayışının olduğu gibi siberalana kaydırılması tartışmasında, bu sorunun cevabı belirleyicidir.

Görülmektedir ki Ağ, internet veya diğer deyişle siberalan, sadece bir bağlantılar yığını değildir. Kendi başına düşünüldüğünde her tür sosyal yapı, ancak bir soyutlama

⁹⁵ Julie E. Cohen, *Cyberspace As/And Space*

⁹⁶ *Foucault ve Lefebvre* gibi *post modern* teorisyenler uzamı, insan aktivitesinin içini doldurduğu bir kap, *a priori* bir gerçeklik değil ancak, insan aktivitesinin yarattığı bir şey, onun bir sonucu olarak değerlendirirler. Bu görüşlerin daha detaylı incelemesi için bkz. *ibid.* s.23-25.

olabilir. Ancak bu soyutlamalar, ağ dinamikleri ve ilişkiler yoluyla ete kemiğe bürünür. Siberaalan da dâhil olmak üzere her türlü mekânsal/uzamsal kurgulama; kavramsallık, pratik(eylem) ve yansıtma arasındaki etkileşimin sonucudur. Buradan hareketle, bir mekân veya düzlem olarak siberaalanla ilgili şu tespitler yapılabilir.⁹⁷

Siberaalan farklı ifade biçimleri ve mal değişimi düzenleri ortaya koyar, fakat bu değişik düzenlerin bireyler veya sosyal gruplarca tecrübe edilmesi, kısmen fiziki düzlemde gerçekleşir. Siberaalan/internetin, düzlemsel bakımdan incelenmesinde bunun, ayrı ve bağımsız bir mekân/uzam değil; Ağ toplumu kavramını incelerken belirtildiği şekliyle, ağlardan örülü birden çok mekân/uzamın toplamı olduğu sonucuna varılabilir.⁹⁸ “Ağ toplumu” kavramının yaratıcısı *Manuel Castells*, günümüz mekân/uzamını, bir “akışlar uzamı” olarak tanımlamış ve ağ düzleminin, hem fiziki hem de sanal alanda meydana gelen etkinlikler ve sanal alanla fizikî dünya arasındaki karşılıklı bağlantılardan oluştuğunu ortaya koymuştur.

Bu ise, siberaalan ve “fizikî” alan şeklinde yapılacak ayrımın artık; bir “tür” farklılığı olmadığını ve sadece, bir derece farklılaşmasına dönüştüğünü gösterir. Bu noktada, “gerçeklik” dediğimiz boyut hem fiziki düzlemi, hem de sanal düzlemi içinde barındırır olmuştur.⁹⁹ İnternet temelli uygulamalar ekonomik ve sosyal hayatın her alanına yayılırken, “fizikî” ve “sanal” düzlem bir arada, bütün gerçekliği temsil eder hale gelmiştir. Kablosuz ağ bağlantılarının yaygınlaşması, bireylerin internete bağlanıp işlerini bitirdikten sonra fiziki düzlemdeki hayatlarına devam ettikleri bir modelden, fiziki düzlem ve siberaalandaki yaşantıların iç içe örülerek, tek bir gerçeklik oluşturduğu farklı bir modele geçişi haber vermektedir.¹⁰⁰ Ağ toplumunda para, emek, bilgi ve hatta “gerçeklik” fiziki varlığından kurtulmaktadır. Ağ kavramı, çoktan masa üstündeki monitör ve kasadan oluşan klasik bilgisayarları aşmış; cep telefonları, el bilgisayarları, mp3 çalar gibi gündelik eşyalar, veri akışının bir parçası haline gelmiştir. Bu akışın kontrolü, aşağıda daha detaylı

⁹⁷ *ibid.* s.28

⁹⁸ *ibid.*

⁹⁹ *ibid.* s.29

¹⁰⁰ *ibid.* s.31

görüreceği üzere, eser sahibi hakları ile özel yaşamın gizliliği kurumları arasında bir gerginlik noktası oluşturmaktadır.

1.4.3. Değerlendirme

Bu çalışmanın konusunu oluşturan fikir ve sanat eserlerinin teknolojik koruması ve DRM sistemlerinin hukuki fonksiyonu, internetin sonsuz özgürlük mü, yoksa sonsuz kontrol mü olduğu tartışmasıyla yakından ilgilidir. Fikir ve sanat eserleri hukukunda, otomasyona dayalı uygulamalar ve kullanıcıların faaliyetlerinin denetlenmesine yönelik kurum ve uygulamalar, siberalanın mekânsal şekilde algılanmasıyla uyumlu bir yapılanma göstermektedirler.

Siberalandaki ticari faaliyetlerin yaygınlaşmasının, güçlü kontrol mekânizmalarına ihtiyaç doğurduğu kesindir. Buna karşılık, dosya değişimi sağlayan P2P¹⁰¹ sistemler ve diğer anonim etkileşim ve iletişim biçimleri, geçici de olsa, bedenden bağımsız varoluş ve özgürlük deneyimlerine olanak sağlamaktadır.

Eserlerin teknolojik korumasına ilişkin ortaya çıkmış düzenlemeler, genel anlamda internet üzerinde kontrolün artmasına sebep olmuştur. İnternet veya Ağ'ın hiyerarşik tabakalanmadan yoksun oluşu, eşyanın tabiatı gereği bir kaçınılmazlık değildir. Bir başka deyişle internet üzerinde halen tecrübe edilen büyük ölçüde özgür ve açık platform, sistemin tasarlayıcılarının başlangıçta yaptığı tercihlerle ortaya çıkmış bir sonuçtur.. Ama gerçek tartışma, internetin daha fazla özgürlük veya tam tersi şekilde, daha fazla kontrol mü getirdiği değil; iletişim ve ticari girişim olanaklarının artan bir hızla genişlediği ve otomasyona yöneldiği bir dünyada, “var olma”nın ne anlama geldiğidir. Bu değişimin, sosyal ve ekonomik kaynakların dağılımı üzerinde radikal bir etki yarattığı

¹⁰¹ P2P yazılım, programlama tekniğini bir yana bırakıp en basit şekilde anlatmak gerekirse, temelinde e-posta ve dosya arama fonksiyonlarının bileşimine dayalı bir bilgisayar programı gibi düşünülebilir. Herhangi bir P2P yazılımı bilgisayarına yükleyen ve internet bağlantısı bulunan bir kullanıcı, bu yazılım sayesinde aynı yazılımı kullanan diğer bilgisayarlardan, *on-line* kaldıkları süre boyunca her tür dosya alış verişi yapabilmekte; kullanıcılar paylaşım açılan dosyaları kopyalayabilmektedir. Bkz. 3.4.4.2.3

açıktır.¹⁰² Burada fikir ve sanat eserleri hukuku, bilginin topluma ulaştığı araçları düzenleme bakımından belirleyici konumdadır.

1.5. AĞ EKONOMİSİ

Ağ toplumuna giden yolun kurucusu kuşkusuz, bilgi işlem teknolojileri veya daha doğru deyişle, bilgisayarlı iletişimdir. Bilgisayarlı iletişim, yer ve zamandan bağımsız şekilde ses, yazı ve görüntü aktarımı için ortak bir sinyal tabanı oluşturur ki; Ağ toplumu diye adlandırılan yapının temelinde, iletişimde yaşanan bu devrim yatar.

“Bilgi toplumu” yerine “Ağ toplumu” kavramını tercih ederken olduğu gibi, bilgi kavramının geçirmekte olduğu yapısal ve fonksiyonel değişim incelenmeksizin, fikrî mülkiyet hukukunun, bilişim hukuku diye anılmaya başlanan interdisipliner yaklaşımla ilişkisi açıklanamaz. Fikir ve sanat eserleri hukuku, “Ağ toplumu” adı altında ortaya çıkan sosyal, kültürel, ekonomik ve siyasal değişim içinde artan şekilde belirleyici rol üstlenmektedir.

1.5.1. Ekonomik, Kültürel ve Siyasi Bir Güç Olarak Bilgi

Siberalan veya burada tercih edilen şekliyle Ağ, bilgisayarların icadını takiben ansızın ortaya çıkmış; kimi dâhi bilim adamlarının yarattığı teknolojik bir yenilik olarak algılanamaz. Bu sonuca yol açan temel etken, bilginin dolaşımındaki zaman ve yere bağlılık sorununun ekonomik üretkenlik önünde bir engel teşkil etmesidir. Bilgi, telgrafın icadıyla, fiziken taşınmak zorunluluğundan kurtularak zamandan ve yerden bağımsız olarak dijital(sayısal) formata dönüşmüştür.¹⁰³ Böylelikle bilginin dolaşımında, radikal bir

¹⁰² *Youtube* adlı internet temelli hizmet veren şirketin Ekim 2006’da *Google* tarafından 1.6 milyar ABD dolarına satın alınması, kaynak dağılımındaki etkinin en iyi göstergesidir. Ödenen bu değer herhangi bir maddi üretim karşılığı yoktur.

¹⁰³ *Morse* alfabesi de, tıpkı bilgisayar gibi ikilik sayı sistemine dayanır. Bilgisayardaki “0” ve “1”in yerini, uzun/kısa sinyaller alır.

hızlanma söz konusu olmuştur.¹⁰⁴ Bu nedenle Ağ'ın veya diğer deyişle siberalanın başlangıcı, kavramsal düzeyde, 19. yüzyılın sonlarında aranmalıdır. Telgraf ve sonraki elektriğe dayalı haberleşme araçları, “taşıma” ve “iletişim” faaliyetlerini birbirinden ayırmıştır.¹⁰⁵ Bilginin, coğrafi mesafeyi aşmak için ihtiyaç duyduğu zaman azaldıkça, fiziki alandan bağımsız, sanal bir bilgi düzlemi doğmuştur. Bu bilginin, iletişim boyutu çerçevesinde ayrı bir *meta* haline gelişinin başlangıcıdır.¹⁰⁶

Bilginin teknolojik gelişmeyle kazandığı, kendi kendini düzenleme ve çoğaltma yeteneğindeki artış, ekonomideki fonksiyonunu her gün daha belirleyici kılmıştır. Özellikle internet bağlantılı ticari faaliyetlerin hacmindeki büyüme, bugün için yavaşlamış görünse de, düzenli artış sürmektedir. Bundan daha da önemlisi TV, radyo, müzik ve hatta sinema gibi alanlardaki hizmetlerin de, internet ortamına kayması olmuştur. Bilgi-işlem teknolojileri sonucu yaşanan bu dönüşüm, bir anlamda ikinci bir sanayi devrimine benzetilebilir. Birinci devrimde kas gücü yerini makinelere bırakırken, ikinci devrim bu defa, akıl gücünün yerine makineleri koymakta;¹⁰⁷ Ağ, akla gelmeyecek çeşit ve farklılıkta ekonomik imkânlar sunmaktadır. Kablosuz iletişim, sinir ağları(*neural networks*) ve biyo-teknoloji alanındaki yenilikler insanlığı bir başka paradigmaya doğru taşıırken, geleceğin ekonomisinin bir Ağ ekonomisi olduğu artık tartışmasızdır. Bilgi-işlem teknolojilerinin ekonomik ve sosyal alanda yarattığı maddi değişim, endüstri devriminde olduğu gibi, kapitalizmin kendi kendini yeniden yapılandırmasıyla ilgilidir.¹⁰⁸ Her toplum ve kültür bu süreçten farklı şekilde etkilenmektedir.

Kültürel düzlemden bakıldığında dil, yazı ve matbaa, insanlığın bilgiyle olan macerasında önemli kilometre taşlarıdır. Yazılı, görsel ve işitsel birikimin, ortak bir dijital

¹⁰⁴ Jon Stratton, *Siberalan ve Kültürün Küreselleştirilmesi*, Cogito: İnternet Üçüncü Devrim, Mehmet Doğan (Çev.), Sayı 30, Kış 2002, s. 80. İnsanlık tarihinde bilginin dolaşımı açısından buna benzer başka bir gelişme, yazının icadıdır.

¹⁰⁵ James W. Carey, *Communication as Culture: Essays on Media and Society*, New York, Routledge, 1989 ; Stratton, s.81'den naklen

¹⁰⁶ Castells, “Enformasyon Çağı”, s.58

¹⁰⁷ Norbert Wiener, “The Human Use of Human Beings”, New York, Da Capo Press, 1988 (1950), s.164

¹⁰⁸ Castells, “Enformasyon Çağı”, s.23

sinyal veri-tabanına indirgenmesi anlamına gelen Ağ, bu sürecin günümüzdeki devamı ve en önemli kırılma noktasıdır.

Siyasal pencereden bakıldığında, bilgiyle ilişkili faaliyetler önemli tartışma konusu olduğu; siyasal erkin bilginin kontrolü ve manipülasyonu üzerinde yoğunlaştığı görülür. II. Dünya Savaşı sonrası Avrupa’da ortaya çıkan insan hakları hareketi, kültürel eşitlik ve çoğulculuğu temel alan bir düşünce ortamının ürünüdür. Bu çerçevede herkesin bilgidен özgürce faydalanması, demokrasinin olmazsa olmaz koşuludur.

İnsan toplumunun çok uzun zamandır siyasi, askeri veya eğitim alanındaki hedeflere ulaşmak veya kurumsal bir yapı oluşturmak için dikey hiyerarşilerden yararlandığı görülmektedir. Gelişmiş iletişim ağları ise, böyle bir örgütlenme biçimine duyulan ihtiyacı azaltıcı etkiye sahiptir. Geleceğin “kurum”larının, görünmez denecek ölçüde etkin işleyen, varlığını belli etmeksizin tıpkı bir yazılım gibi arka planda işini yapan sistemler haline gelecekleri, düşünülebilir. Ancak bu görünmezlik aynı zamanda; bilmeden ve anlamadan kabullenmenin, bir başka deyişle toplumun bazı oluşumları tartışmaksızın benimsemesinin göstergesi de olabilir.¹⁰⁹

Ekonomi biliminin ortaya koyduğu rasyoneller, yeryüzündeki kaynakların sınırlı oluşuna dayanır. Toplumun devamı, kaynakların dağılımının adil olmasa da, belirli bir sisteme göre düzenlenmesini gerektirir. Mülkiyet hakkı, bu gerekliliğin bir sonucu olarak karşımıza çıkar ve¹¹⁰ fiziki eşya bakımından kolaylıkla anlaşılabilir bir dayanağa sahiptir.. Oysa “bilgi”, kullanmakla tükenen bir şey değildir. Bir kez ortaya çıktıktan sonra faydalanmakla azalmaz. Dijitalizasyondan önce bilginin bu yönü pek önemsenmiyor veya dikkat çekmiyordu çünkü sonuçta, bilgiyi çoğaltmaya yarayan kâğıt, mürekkep, film vb. materyallerin fiziki mal olmaları sebebiyle, sınırsız dağıtımı ve paylaşımı mümkün değildi.

¹⁰⁹ Bu konuya ilişkin olarak bkz. Jürgen Habermas, “İdeoloji Olarak Teknik ve Bilim”, Mustafa Tüzel (Çev.), İstanbul, Yapı Kredi Yay., 1993, s.92 vd.

¹¹⁰ Herhangi bir menfaatin hak olarak tanımlanıp hukuk sisteminde yer alması, söz konusu menfaatten herkesin dilediğince yararlanması mümkün olmadığında karşımıza çıkar. Genel olarak bkz. Jean Baudrillard, “Tüketim Toplumu”, Hazal Deliceçaylı ve Ferda Keskin (Çev.), 2. Bası, İstanbul, Ayrıntı Yay., 2004

Oysa dijital ortamda “bilgi”, sonsuz ölçüde kopyanalabildiği gibi, bir kimsenin faydalanması, diğerlerinin kullanımına engel teşkil etmez. Hatta her bir kullanım, yeni bir kopyalama olduğundan bilginin başka kişilere ulaşma şansını artırır. Bu durum, fiziki mallar bakımından ortaya konan mülkiyet rasyonelinin, salt enformasyon biçimine indirgenmiş ürünler (*pure information products*) için geçerli olmadığını gösterir. Bunun karşısında, teknolojik ilerleme ve dijitalizasyona bağlı olarak kapitalizmin bilgi temelli mülkiyet öğelerine yönelmesi, paradoksal bir etki doğurmuştur. Son 10 yılda fikrî mülkiyet hukuku alanında global ölçekte görülen yoğun düzenleme, bu paradoksun üstesinden gelme çabalarının sonucudur.

Şunu unutmamak gerekir ki, entelektüel/düşünsel emeğin ifadesi ve bununla ilgili faaliyetler, sosyal koşullar ve teknolojik imkânlarla yakın ilişki içindedir. Matbaanın icadı, bilginin dağıtımını, saklanması ve pazarlanmasıyla uğraşanları baştan aşağı sarsmış; ancak bu sarsıntının fikirsel alandaki etkileri, yüzyıla yakın zaman sonra ortaya çıkmıştır. O günkü teknolojik imkânlarla mevcut birikimin basılı kâğıda geçirilmesi uzun bir süreç yayılmıştır.

Fikrî ürünlerin cisme bürünmesini sağlayan baskı makinelerinin, kâğıdın, mürekkebin, filmin veya manyetik bandın fiziken sınırlı kaynaklar oluşu, fikrî ürünün diğer fizikî mallarla aynı mülkiyet rejimine tabi tutulmasına imkân vermiştir. Ancak bu kural dijital ortamda da geçerli olmalı mıdır? Bilgiyi mülkiyet hakkının konusu yaparak, sınırlı fizikî kaynaklarla aynı yaklaşım içinde ele almak, ne gibi ekonomik ve sosyal sonuçlar doğuracaktır?

Bilgi kavramının ekonomik irdelemesinde, kamusal niteliği gözden uzak tutulamaz. Bundan amaç, bilginin herhangi biri tarafından kullanılmasının, diğer kimselerin bundan yararlanmasını engellemeyeceğidir.¹¹¹ Bugün gelinen aşamada “bilgi”, herhangi bir fizikî mal(kitap, kaset, cd vb.) üzerinde tespit edilmeksizin, Ağ üzerinde salt enformasyon

¹¹¹ Kenneth W. Dam, *Intellectual Property and the Academic Enterprise*, University of Chicago Law School, John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 68, 1999, s.5

formatında dolaşım imkânına sahiptir. Telif hakkına konu oluşturan pek çok eser, salt bilgi şeklinde taşınmaya ve dağıtılmaya uygundur¹¹²

Eser üzerinde mülkiyet benzeri münhasır bir hakkı meşru kılan ekonomik rasyoneller tartışmaya açılırken; eser korumasından ekonomik fayda sağlayan yapımcı-yayıncı endüstriler, eski koruma rejiminin yeni bilgi formatları için de aynen geçerli olması yönünde baskı oluşturmuşlardır.¹¹³ A.B.D’de 1998 yılından beri yürürlükte olan DMCA ve AB’de 2001 yılında çıkarılan Telif Hakları Direktifi, bu baskının bir sonucu olarak ortaya çıkmışlardır. Söz konusu düzenlemelerin uluslararası dayanağı ise, 1996 tarihli WIPO Andlaşmalarıdır.¹¹⁴

Kuşkusuz, fikrî ürün ortaya koyan kişilerin emeklerinin karşılıklarını almasını savunmak, bilginin sahipliğine karşı çıkmakla çelişmez. Yaratıcılara emeklerinin karşılığını almalarını temin edecek mali mekânizmalar elbette sağlanmalıdır. Önemli olan, eser üzerinde mutlak kontrol sağlayan fikir ve sanat eserleri hukuku rejiminin, dijital ortama aynen aktarılıp aktarılamayacağı sorusudur. Bilgi-işlem teknolojilerinin yarattığı devrimden ve bilgi toplumundan bahsederken bütün bu değişimin, insanın kendini geliştirmesi sonucuna mı yoksa, düşünsel ve kültürel bir cendereye mi yol açacağı sorusu önemlidir. Dijitalizasyonun fikrî hukukta yarattığı ve yaratacağı değişim bu çerçeveden gözlenmelidir.

Görüleceği üzere önümüzdeki dönemde, zenginlik ve iktidarın dağılımında fikrî hak rejimi daha da önemli hale gelecektir. Ancak bugünkü fikrî hak rejimini, 20.yüzyıldaki gelişim çizgisi paralelinde, olduğu gibi internet ortamına taşımak; internetle ilgili eğitim, kültür ve hatta demokrasi noktasındaki olumlu beklentileri baştan sonuçsuz bırakacaktır. Yine aynı şekilde ifade ve düşünce özgürlüğü bugün devlet iktidarından çok, özel sansür tehdidi altındadır. Fikrî mülkiyet yoluyla insanlığın ortak bilgi dağarcığı üzerinde oluşturulan tekeller, bu düzenleme alanının sadece “prodüktörler” ve “sanatçılar” arasında

¹¹² Burada kastedilen, ağ üzerinden gerek “download”, gerekse “realtime” izlenme imkânı olan ürünlerdir. Bu ürünler salt bilgi formatında olup, kullanıcının gerçekte sahip olduğu sadece 0 ve 1 karakterlerinden oluşan bir veri dizisidir.

¹¹³ Bilgi özgürlüğüne ilişkin geniş bir arşiv için bkz. EFF (Electronic Frontier Foundation), www.eff.org,

¹¹⁴ Bkz. Bölüm 3.4.4.

bir mesele olarak görülmesini imkânsızlaştırmıştır. Hukuk düzeni, “fıkrî hak” nosyonuyla kültürel, bilimsel ve sosyal yapıları doğrudan etkilemekte ve belirlemektedir.¹¹⁵

Teknoloji, vasıfsız emek düzeyinde istihdamı ortadan kaldırırken, eğitilmiş emek için yeni iş kolları yaratmaktadır. Dolayısıyla bilgidan faydalanma, gelecekte sosyal adaleti kurabilmek için hayati önemdedir.

1.5.2. Ağ Ekonomisinin Yapısal Özellikleri

Bilgi ekonomisi ve başka bir deyişle “bilişsel kapitalizm”, endüstri sonrası (post endüstriyel) bir ekonomik paradigma olarak teknolojik ilerlemeye dayalı ve bilgi yoğun ekonomik faaliyetleri ifade eder. Ancak bu tanımlama tıpkı “bilgi toplumu” kavramı gibi, “yeni” ve “farklı” olanı anlatmakta yetersizdir.¹¹⁶

Antik çağların zanaatkârlarınca geliştirilen alet ve araçlar, bir anlamda bedenın devamı niteliğinde, insanla bütünleşmiş nesnelereydi. Oysa modern teknolojinin araçları bu anlamda, bedene yabancıdır. Modernleşme ile birlikte, araçların ve nesnelere bir çeşit otonomi kazanması ve paradigmanın tersine dönerek, insanın araçların bir uzantısı veya parçası haline gelmesi söz konusu olmaktadır. Makineler artık bedenın değil, beynin uzantısı konumundadırlar.

Bu durum, insanın nesnelere olan ilişkisini ve dolayısıyla sosyal örgütlenmeyi, başka bir boyuta taşımıştır. Bilişsel(*cognitive*) kapitalizm olarak da adlandırılan bu yeni ekonomik düzende artan şekilde, bilginin metalaşması ve ticarileşmesi olgusu ortaya çıkmaktadır.¹¹⁷ Çünkü teknoloji, “bilginin, şeyleri yeniden üretilebilir biçimde yapmak üzere kullanılmasıdır.”¹¹⁸ Bu “yeniden üretilebilme”, açık şekilde bilgiye dayalıdır.

¹¹⁵ James Boyle, *A Politics Of Intellectual Property: Environmentalism For The Net*, Duke L. J., Vol. 47, 1997, s.91, <http://www.law.duke.edu/boylesite/intprop.htm>

¹¹⁶ Genel olarak bkz. Lipsey, R. G. ; Carlaw, K. I. Bekar, *Economic Transformations: General Purpose Technologies and Long Term Economic Growth*, Oxford, UK, Oxford University Press., 2005

¹¹⁷ Nick Dyer-Witford, *Cognitive Capitalism and the Contested Campus*, European Journal of Higher Arts Education, Issue 2, February 2005 <http://firgoa.usc.es/drupal/node/27141>

¹¹⁸ Castells, “Enformasyon Çağı”, s.38, dipnot 4’den naklen

“Yeni paradigmanın ilk özelliği hammaddesinin enformasyon olmasıdır: Bu teknolojiler enformasyonu temel alan, hareket kaynağı enformasyon olan teknolojilerdir; daha önceki teknolojik devrimlerde olduğu gibi yalnızca enformasyonun teknolojiyi temel alması söz konusu değildir.

İkinci özellikse, yeni teknolojilerin etkilerinin yayılımıyla ilgilidir, enformasyon bütün insanî etkinliklerin ayrılmaz bir parçası olduğu için, bireysel ve kolektif varoluşumuzun bütün süreçleri doğrudan yeni teknolojik araçlarla şekillendirilir (kesinlikle bunlarla belirlenmese de).

Üçüncü özellik, bu yeni enformasyon teknolojilerini kullanan bir sistemin ya da ilişkiler kümesinin *ağ kurma mantığıyla* ilgilidir. Görünüşe bakılırsa, ağın morfolojisi, etkileşimin giderek artan karmaşıklığına, bu etkileşimin yaratıcı gücünden doğan öngörülemez gelişme şablonlarına gayet iyi uyum sağlayabilir.”¹¹⁹

Endüstri devrimi motor, su ve kömür gibi yeni imkânları kullanarak, toplumsal yapıyı endüstriyel sistemin talepleri doğrultusunda şekillendirmiştir.¹²⁰ Yaratıcı ve yenilikçi ticari girişim, ekonomik büyümenin itici gücüdür. Burada açıkça görülür ki, bu teknolojik değişim özünde, belirli bir kararsızlık veya başka deyişle istikrarsızlık barındırır. Bu kararsızlık, farklı aktörlerin aynı teknolojiyle ilgili farklı kararlar verip, farklı sonuçlara ulaşmasına yol açmaktadır. Daha da önemlisi, bu araçlar, yeni teknolojiler üretmek üzere tekrar tekrar düzenlenebilir, birbiriyle birleştirilebilir. *Gutenberg*'in matbaası, belirli standardizasyona ulaşıp, lehçeler arasındaki farklılıkları gidermek gibi kimi işlevlerini tamamladıktan sonra, çok daha değerli hale gelmiştir. Belirli bir “bilgi”nin kendi başına ekonomik değerinin ölçülmesi, teknolojik yapıların gelişmesi ve karmaşıklaşmasıyla orantılı şekilde güçleşmektedir. Ağın total etkisi, bireysel değerlendirmelerin önüne geçmektedir.

Bilgi-işlem teknolojilerinin yarattığı en belirgin fark, bilgi formatlarındaki yeknesaklaşmaya ek olarak tüm sistemlerin bilgi süreçleri olarak incelenebilmesi olmuştur. Bunun en çarpıcı örneği, genetik bilginin dijital bilgiye dönüşmesidir. Bundan 10 yıl veya biraz daha önce biyoloji, deney tüpleri ve kanlı sıvıların bilimi olarak görülebilirdi. Oysa bugün DNA dizgesinin dijital olarak kodlanabilir hale gelmesi, enformasyon alanında

¹¹⁹ *ibid.* s.89

¹²⁰ Metropol şehirler, kadınların iş gücüne katılması, sendikalar vs. Ayrıca bkz. Max Weber, “Protestan Ahlakı ve Kapitalizmin Ruhu”, İstanbul, Hil Yay., Zeynep Aruoba (Çev.), 1997

görülen hukuki ve sosyal problemlerin genetik düzlemde de tekrarlanmasına yol açmaktadır. Özel hayatın gizliliği(mahremiyet) ve bilginin sahipliği konularında sanal ve genetik düzlem, ortak hukuki düzenleme ihtiyacı içindedirler.¹²¹

Bir başka deyişle bilgiyi elinde bulunduranlar, ister genetik ister finansal veri olsun içeriği; bundan ekonomik avantaj sağlamaktadırlar. Bahsedilen homojenleşme kimi durumlarda, mevcut bilimsel disiplinlerin cevaplayamayacağı yoğunlukta bir entegrasyonu da ortaya koyabilmektedir. Söz gelimi biyo-informatik bilimi, matematik, biyoloji ve bilgisayar bilimlerinin kesişim noktasını oluşturmaktadır.¹²²

Yazılım ve içerik üreten endüstrilerin, her geçen gün daha fazla fikrî mülkiyet korumasına yoğunlaşmaları, bu çalışmaya temel oluşturan bilimsel kaygıların kaynağıdır. Fikir ve sanat eserleri hukukunun bugün içinde bulunduğu değişim ve sorunlar, mevcut bilgi politikasının, veya Türkiye için politikasızlığının, ana eksenini oluşturur. Fikrî hukukun konusu yaratıcı ürünler bakımından yerleşik hukuki anlayış ve uygulama , içeriğin aşırı korunması sonucunu ortaya çıkarmıştır.¹²³

Diğer yandan, yaratıcıları teşvik etmek amacıyla “ağ ekonomisi”nde bilginin metalaştırılması, önemli bir işlem maliyeti doğurur ve kimi yönlerden piyasanın işleyişini olumsuz etkilediği de düşünülebilir.¹²⁴ Bilgi ürünlerinin piyasa koşulları içinde satım ve dağıtımını sağlayan fikrî hak rejimi, hak sahipleri için ekonomik değer yaratırken, başka iş modelleri açısından rekabeti engelleyici veya maliyetleri artırıcı etkiler yaratabilmektedir. Ağ toplumunun ekonomik koşulları kaçınılmaz olarak, bilgiyi yaratanlarla tüketicileri buluşturan yapımcı-yayıncı endüstrileri sarsmıştır. Özellikle 60’lı ve 70’li yıllarda yarattığı

¹²¹ Bkz. Boyle, *A Politics Of Intellectual Property: Environmentalism For The Net*

¹²² Dan L. Burk, *Lex Genetica: The Law And Ethics Of Programming Biological Code*, Ethics and Information Technology 4: 109–121, Hollanda, Kluwer Academic Publishers, 2002

¹²³ Boyle, s.95-96

¹²⁴ Sanford J. Grossman ; Joseph E. Stiglitz, *On the Impossibility of Informationally Efficient Markets*, 70 Am. Econ. Rev. 393, 405, 1980, *ibid.* s.97’den naklen

“isyankar” *star*lara para kazandırırken, öncü ve ilerici olmaktan kaçınmayan ABD müzik endüstrisi, üçüncü bin yıla müzik hayranlarını dava ederek damgasını vurmaktadır.¹²⁵

Ağ toplumunu doğuran bilgisayarlı iletişim, eser sahibi haklarıyla ilişkili ekonomik aktörleri hukuki cephede üç ayaklı bir stratejiye yöneltmiştir. Yasama alanında lobi faaliyeti, dijital ortamda ihlalleri önlemek için teknolojik imkânlar ve katı sözleşme (lisans) hükümleri; şeklinde tanımlanabilecek bu stratejinin bilgiye erişim ve paylaşım açısından yarattığı engeller, eldeki çalışmanın da konusunu oluşturmaktadır.

¹²⁵ Bkz. Bölüm 4.1.3.1

2. FİKRÎ HUKUKTA “MÜLKİYET” SORUNALI ve TEORİLER

2.1.MÜLKİYET KAVRAMININ EKONOMİK RASYONELİ¹²⁶

Düşünce ürünleri üzerinde mamelekî(malvarlıksal) nitelikte haklar getiren “fikrî mülkiyet hukuku” kavramını inceleyebilmek için, mülkiyetin bir “hak” olarak tarihçesine ve gelişim çizgisine bakmak gerekir. Özel mülkiyetin temelinde, kaynakların israf edilmemesi ve bireyleri, üretici olmaya teşvik düşüncesi yer alır. Özel mülkiyetin geleneksel bir kabul olmaktan çıkıp pozitif bir hak olarak düzenlenmesi, hukuki düzlemde endüstri devriminin doğum koşullarını hazırlamış ve bir anlamda, bu dönüşümü gerçekleştiren sermayeyi güvenceye kavuşturmuştur.¹²⁷

2.1.1. Yazılı Kültür Öncesinde Mülkiyet

Tarih öncesi avcı-toplayıcı toplumlarda mülkiyet, ancak kullanım pratiğine bağlı olarak kabul görmekteydi. Bir nesnenin, anlık kullanım ve ihtiyaçlar için elde bulundurulmasından başka sahiplik biçimi tanınmıyordu. Sembolik düşünce, soyutlama ve bunların uzantısı olarak dilin ortaya çıkmasıyla beraber, nesnelere fiilen kullanmaksızın hakimiyet altına alma fikri, sosyal kabul görmüş;¹²⁸ mülkiyet kavramı teorik olmasa bile pratik planda yerini almıştır. Tarım toplumuna geçişle beraber önce mülkiyet devamında ise toplumsal ve kültürel hiyerarşiler ortaya çıkmış; normlar ve düzenleyici yapı belirlemiştir. Mülkiyet olgusunun arkaik toplumlarda, devlet diye adlandırılacak yapılardan çok daha

¹²⁶ William M. Landes ve Richard A. Posner, “The Economic Structure of Intellectual Property Law”, Cambridge, Mass, ABD, Belknap Press of Harvard University Press, 2003, s.11 vd.

¹²⁷ Söz konusu değişimin beşiği İngiltere’de, 1680 Restorasyonu’yla teknolojiye dayalı ticari faaliyetlerin öne açılmıştır.

¹²⁸ Jeff Vail, “A Theory of Power”, ABD, Universe Inc., 2004, s. 42-43

önce var olduğu söylenebilir.¹²⁹ Mülkiyetin tarih öncesi kalıntılarını araştırırken, mülkiyet kavramıyla ortaya konan varsayımın yoktan var olmadığını ve bir dönüşüm mekânizması bulunduğunu unutmamak gerekir. Nesnelerdeki artış, çeşitlenme ve buna bağlı mobilite ihtiyacının kolektif mülkiyetle idare edilemez hale gelmesi, özel mülkiyetin doğumunda önemli fonksiyona sahiptir.

Yerleşik kültürden önceki “avcı-toplayıcı” toplum, kolektif mülkiyete dayalıdır. Gezgin olduklarından, biriktirme kapasiteleri sınırlıdır ve ihtiyaç fazlasının paylaşılması gerekir. Tarım toplumuyla beraber biriktirme ve saklama uygulaması doğmuş; özellikle toprağa bağlı eşitsizlikler hiyerarşik yapılanmalara ve diğer yeni iktidar ilişkilerine vücut vermiştir. Tarım toplumuna neden geçildiği sorusu ise, kısmen iklimsel koşulların zorlaması ve nüfus artışıyla açıklanabilir.¹³⁰ İnsan gruplarının avcı-toplayıcı yaşam tarzından, belirli bir alanla sınırlı coğrafyada yaşayışa geçmesi, mülkiyet fiksiyonuna ihtiyacı artırmış ve gelişimini hızlandırmıştır.

Ortaklaşa yararlanmadan bireysel mülkiyete geçişin tarımla gerçekleştiği söylenebilir. Bu geçiş ve değişim, farklı toplumlar için tarihin farklı zamanlarında ortaya çıkmış olup, çizgisel(*linear*) bir gelişim süreci göstermez. Kendi kendisini düzenleyen ve etkinleştiren bu ekonomik ve politik sistemin gittikçe daha kompleks bir yapıya dönüşmesi, kapitalistleşme süreciyle özdeştir.

2.1.2. John Locke ve “Faydacı” Görüş Açısından Mülkiyet

Özel mülkiyetin modern çağdaki felsefi temeli, *John Locke*’un fikirlerine dayanır.¹³¹ “Yönetim Üzerine İki İnceleme”¹³² adlı yapıtında *Locke* tarafından ortaya

¹²⁹ Samuel Bowles ; Jung-Kyoo Choi, *The First Property Rights Revolution*, SFI Working Paper Series, October 28, 2002, <http://www.international.ucla.edu/research/article.asp?parentid=2960>

¹³⁰ *ibid.*,s.6-7

¹³¹ Peter C. Perdue, *Early Modern World: Shortcuts, Myths and Realities*, MIT, Education about Asia 4., 1999, http://web.mit.edu/21h.504/www/china_emod.htm ; Ayrıca bkz. James Gordley, “Foundations Of Private Law”, U.S.A, Oxford University Press, 2006. İlhan Akipek, *John Locke’un Siyasi Fikirleri*, AÜHFD Yıl 1953 Cilt 10 Sayı 1-4, 269-304

konan mülkiyet teorisine göre yeryüzündeki tüm nesnelere tanrının bahsettiği zenginliktir. *Locke*, bu nesnelere insanlar tarafından kullanımını, emek harcanmak yoluyla üzerlerinde mülkiyet kurulmasıyla ilişkilendirmiştir. Emek sarf edilerek bir nesne üzerinde sahiplik kazanılması, bireylerin refahını artırdığı için katma değer üretir. Kişinin var oluşundan gelen doğal bir mülkiyet kurgulaması hali hazırda mevcuttur ve buna göre kişi, kendi bedeninin ve emeğinin sahibi olmakla, bedenin yarattığı değer de sahibidir. Çalışmanın ahlâken kutsanmış değeri, mülkiyetin kabulünü ayrıca zorunlu kılar. Çalışmak tanrının buyruğuyorsa, emeğin semerelerine sahip olmak bunun doğal bir sonucudur.¹³³

Locke, teorisine tüm bireylerin mutlak özgürlüğe sahip olduğu bir “doğal durum” varsayımıyla başlar.¹³⁴ Burada, bireyin davranışlarını sınırlayacak bir otorite yoktur. *Locke*'un özgürlükçü yaklaşımı bu doğal durum hipotezinden yola çıkarak, siyasal iktidarın sınırlarını çizmek ister. İktidarın görevi bu doğal haldeki özgürlüğü mümkün olduğu ölçüde hayata geçirmektir. *Locke*'a göre, başlangıçta doğada sahipsiz halde bulunan nesnelere herkesin çalışma gücüyle elde edebileceğinden fazlaydı ve rekabetin bulunmadığı bu hipotetik yapıda, mülkiyetin eşitsizlik yaratıcı boyutu dikkat çekmiyordu. Dünyada henüz sahiplenilmemiş ne varsa herkesin faydalanmasına açıktı ve kişiler emek sarf etmekle bunlar üzerinde mülkiyet hakkı iddia edebilmekteydiler.¹³⁵ Burada hatırlanması gereken bir nokta; *Locke*'un bu görüşleri ortaya attığı zamanda, gezegendeki bilinmeyen toprakların yeni yeni keşfedilmekte olduğu; dünyanın cömert ve sonsuz bir kaynak gibi algılandığıdır.

Locke insanlara harcadıkları emeğe karşılık nesnelere üzerinde mülkiyet hakkı verilmesinin, toplumsal refahı artırdığını belirtmiştir. Ancak bu önerme, bireylerin emek harcayarak elde edebileceklerinin ihtiyaçlarından fazla olduğu varsayımını beraberinde

¹³² John Locke, *Second Treatise of Government*, C.B. Macpherson (Ed.), ABD, Indianapolis, Hackett Publishing Company Inc., 1980, s.19. Ayrıca bkz. John Locke, "Two Treatises of Government", Londra, 1823 (elektronik kitap) <http://socserv.mcmaster.ca/econ/ugcm/3113/locke/government.pdf>

¹³³ Bu durum, Roma Hukukundaki aslen iktisap kurumu olan *occupatio*'ya karşılık gelir. Roma Hukuku kökenli bu doğal hak anlayışı, telif hakkının doğum yeri olan İngiltere'de 18.yy'da etkisini göstermeye başlamıştır. Bkz. Alfred C Yen, *Restoring the Natural Law: Copyright as Labor and Possession*, Ohio State Law Journal, Vol.51, 1990, s.521, <http://ssrn.com/abstract=916110>

¹³⁴ Niyazi Öktem ; Ahmet Ulvi Türkbağ, "Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet", s.155-156

¹³⁵ *Locke*'un teorisi açısından nesnelere sınıflandırması üstüne bkz. Adam D. Moore, "Intellectual Property and Information Control", ABD, Transaction Publishers, 2004, s.104-105

getirir ki, paraya dayalı bir ekonomik sistemde bu mümkün değildir. Ekonomi denilen olgu, zaten kıt kaynakların paylaşılması sorunsalı üzerine inşa edilmiştir. Bu sebeple modern ekonomilerde ortaya çıkması kaçınılmaz eşitsizliği *Locke*, insanların yönetilmek için zımnen rıza gösterdikleri bir külfet şeklinde açıklamaya çalışmıştır. Herkese açık kaynaklar üzerinde emek harcayan kişi genel refahı artıracacağı için, bunlar üzerinde mülkiyete sahip olmalıdır. Görüldüğü gibi *Locke*'un düşüncesinin rasyoneli “fayda” kavramında aranabilir ve bu nedenle, *Locke*'un mülkiyet anlayışı “faydacı”(utilitarian) olarak değerlendirilir.

Ancak *Locke*, tesis edilen bu mülkiyet neticesinde, diğerlerinin de aynı haktan yararlanabilmesine yetecek kadar kaynak kalmış olması gereğini de belirtir.¹³⁶ Mülkiyet diğer bireyler aleyhine bir yoksunluk yaratmadığı sürece meşru kabul edilebilir. Bu cepheden bakılınca *Locke*'un mülkiyet teorisi, kişinin kullanabileceğinden fazlasına sahip olamayacağı şeklinde de yorumlanmıştır. Buna göre bir kimse ihtiyacından fazlasına el atmamalı ve her zaman, geride diğerlerine yetecek kadar bıraktığından emin olmalıdır.¹³⁷

2.1.3. Hegel ve Kişilik Çerçevesinde Mülkiyet

Locke'un öncüsü olarak görüldüğü “faydacı”(utilitarian) anlayış, mülkiyetin meşruiyetini genel ortak fayda ve refah ile açıklar.¹³⁸ Oysa *Kant* ve *Hegel* çizgisindeki

¹³⁶ “*Though the earth, and all inferior creatures, be common to all men, yet every man has a property in his own person: this no body has a right to but himself. The labour of his body, and the work of his hands, we may say, are properly his. Whatsoever then he removes out of the state that nature hath provided, and left it in, he hath mixed his labour with, and joined to it something that is his own, and thereby makes it his property. It being by him removed from the common state nature hath placed it in, it hath by this laboursomething annexed to it, that excludes the common right of other men: for this labour being the unquestionable property of the labourer, no man but he can have a right to what that is once joined to, at least where there is enough, and as good, left in common for others.*” *Locke, Second Treatise of Government*, s.19

¹³⁷ Bu fikirler temel alınarak, *Locke*'un yaklaşımının, fikir ve sanat eserleri hukuku açısından kamusal ve herkese açık bir bilgi alanının kabulünü zorunlu kıldığı öne sürülmüştür. Abraham Drassinower, *Labour and Intersubjectivity: Notes on the Natural Law of Copyright*, Stanford/Yale Jr. Faculty Forum Paper No. 01-06 ve University of Toronto, Public Law Research Paper No. 01-06., 2001, s.6 <http://ssrn.com/abstract=275470>

¹³⁸ Jeanne L. Schroeder, *Unnatural Rights: Hegel And Intellectual Property*, Benjamin N. Cardozo School of Law Jacob Burns Institute for Advanced Legal Studies, Working Paper No. 80, 2004, <http://ssrn.com/abstract=518182> ; Ayrıca bkz. Edward J. Damich, *The Right of Personality: A Common-Law Basis for the Protection of the Moral Rights of Authors*, 23 GA. L. REV., Vol.1, 1988 ; Adnan Güriz, “Faydacı Teoriye Göre Ahlak ve Hukuk”, Ankara, 1963

öğreti, mülkiyet ve benzeri hakları kişiliğin bir uzantısı olarak tanıır.¹³⁹ *Hegel*'in hak kuramına bakıldığında, çağdaşı liberal düşünürler gibi birey özgürlüğünü modern devletin temelinde yerleştirdiği görülür. Ancak *Hegel* klasik liberal anlayışın, devlet ve birey özgürlüğü arasındaki ilişkiyi açıklayamayacağıının farkındadır.¹⁴⁰ Çünkü modern devletin bireyleri tam anlamıyla özerk değildir. Devlet ve birey, kompleks olarak nitelendirilebilecek bir medeni ve ticari ilişkiler sarmalı içindedir.

Hegel, mülkiyet veya başkaca hak kurgularının, süjeler arası ilişkide ortaya çıktığını ve bu nedenle mülkiyetin, “toplumsal” olana bir ön koşul sayılamayacağını belirtir. Bir başka deyişle, toplumu ortaya çıkaran mülkiyet ilişkileri değildir. Bu nedenle devlet veya toplumsal yapı, mülkiyetin korunması noktasında açıklanamaz. Çünkü devletin olmadığı haldeki özgürlük bir gerçekliği değil, ancak bir potansiyeli ifade eder. Bir başka deyişle, evrimsel dinamiklerin ortaya çıkardığı sosyallik, oluşturduğu girift ilişkiler ağıyla, hak süjesi bireyi doğurur.

Kant'ın *kategorik emperatifi*, bireyi kendi kendisinin varlık amacı olarak algılar ve *Kant*'ın adil toplumunda, bireyler herhangi bir amacın aracı olarak düşünülemezler. *Kant* ve *Hegel* felsefesinde mülkiyetin konusu nesne, doğal bir varlığa işaret etmez. Bir kavram olarak nesne(şey), kendi halinde doğada bulunmaz; ancak sosyallik içinde ve hak süjesiyle ilişkisi neticesinde varılan bir fiksiyondur. Bu pencereden bakıldığında maddi ve gayri maddi nesnelere arasında hak konusu olabilmek bakımından bir ayırım görülmez.¹⁴¹ *Hegel*'in mülkiyet kavramının üç temel dayanağı vardır. 1) Kontrol 2) Yararlanma 3) Devretme.¹⁴²

Kontrolden kasıt, süjenin obje üzerindeki zilyetlik benzeri hâkimiyetidir. Ancak bu kontrol, fiziki objelerle sınırlı değildir. Önemli olan, bir objenin diğer bireyleri dışarıda bırakacak şekilde, bir kişiyle ilişkilendirilmesidir. Bu durum, fiziki bir elde bulundurmaktan çok; bir çeşit *belirleme*, *işaretleme* veya *bağlantılandırma* yetkisidir.

¹³⁹ “Fakat ben özgür irade olarak, sahip olduğum şeyde, kendi kendim için bir obje haline gelmiş ve böylece, ilk kez bir gerçek irade olmuşumdur.” G. W. F. Hegel, “Hukuk Felsefesinin Prensipleri”, Cenap Karakaya (Çev.), İstanbul, Sosyal Yayınlar, 2004, s.65

¹⁴⁰ Schroeder, s.3

¹⁴¹ *ibid.* s.14

¹⁴² Hegel, “Hukuk Felsefesinin Prensipleri”, s.70-82

Bu anlayışın, fikrî mülkiyet konusu *gayri maddi varlıklar* bakımından değerlendirilmesi halinde, biraz daha karışık bir durum ortaya çıkmaktadır. Çünkü gayri maddi nesnelere üzerinde, birden fazla kişinin kontrole sahip olması mümkündür. *Hegel*'in ifade ettiği, fiziki bir kontrol değil; süjeler arası ilişki dâhilinde meydana gelen bir belirlenim olduğundan, kontrol gayri maddi nesnelere için de söz konusu olabilir. Örnek vermek gerekirse, ticari sırlara ilişkin bir gizlilik sözleşmesine konu teşkil eden bilgiler üzerinde, gerçek bir kontrol veya zilyetlik söz konusu değildir. Ancak sözleşmenin kendisi bir varsayımla, buna hukuki varlık kazandırır. Bu hukuki menfaat, bir ihlalle karşılaşır yargısal müdahale gerekinceye kadar, içeriğini açığa vurmaz. Kıta-Avrupa mülkiyet kurumuna temel oluşturan *Hegel* felsefesi, gayri maddi nesnelere mülkiyet konusu olmasına elverişlidir.

Yararlanma veya kullanma, süjenin, objeyi kendisine tâbi kılarak süjelik vasfını ortaya koymasını sağlar. Kuşkusuz yukarıda açıklanan “kontrol” zaman zaman, yararlanma ile örtüşebilir. Ticari sır örneğine dönecek olursak, sır konusu bilgiden faydalanma, aslında kontrol yoluyla onu elde bulandırmaktan geçer. Yararlanma süje ve nesne arasındaki farkı ortaya koyar. Toplumsal yapıda kişi, nesnelere kurduğu ilişki yoluyla tanımlandığına göre mülkiyet, kişiliğin bir parçasıdır. Özgür irade dışında tüm varlıklar nesne statüsündedir. Modern toplumda kişiler büyük ölçüde, ekonomik süreçte oynadıkları rol veya meslekleri ile tanımlanır. Oysa *Hegel*'in yaşadığı dönemde olgunlaşmaya başlayan kapitalizmin ilk döneminde bu işlevi, mülkiyet yerine getirmiştir. Diğer üretim birimlerinin teşekkül etmediği aşamada, bireyler statüleri ve sahip olduklarıyla tanımlanmıştır.

Devretme, süjenin hakkı bir başkasına geçirebilmesidir. Bu yukarıda açıklanan kontrolün başka bir boyutudur. Buna göre, kişinin emeği de bir nesnedir ve buna dayanarak kişi, bir iş sözleşmesi yapabilir. *Hegelci* yaklaşımda, sözleşme konusu her şey nesnedir.¹⁴³ Devretme, kişinin nesnelere olan mevcut ilişkisinin, kendi özgür seçimi olduğunun; yani süje olduğunun teyididir. Ancak buna bir sınır çizilmiş ve buradan yola çıkılarak, medeni

¹⁴³ *Hegel*'in son derece soyut ve kavramsal tanımları olduğunu hatırlamak gerekir. Schroeder, s.25

hukuktaki *şahsa sıkı sıkıya bağlı* hakların veya kıta-Avrupası fikir ve sanat eserleri hukukundaki “manevi haklar”ın doğumuna yol açan bir ayrıma gidilmiştir. *Hegel*, süjellik vasfının devamı ve sürekliliği için, vazgeçilemeyecek asgari bir “çekirdek kişisel varlık” bulunmasını gerekli sayar.¹⁴⁴

Mülkiyet süjeler arası ilişkiden doğduğuna göre, akla şu soru gelmektedir: “Nasıl olup da ilk süje ortaya çıkmıştır?”. *Hegel*, süjelerin eşzamanlı¹⁴⁵ ortaya çıktığı görüşündedir. Nesnelere, potansiyel süjeler arasındaki ilişkiye ilk kıvılcımı çakar.¹⁴⁶ Bunu söylerken *Hegel*, sosyal yapının evrimsel kökenleriyle ilgili açıklamalara uygun şekilde, fiziki çevrenin sosyal oluşumları tetiklediğini tespit etmektedir.

2.1.4. Fikrî Hukukta “Mülkiyet” Sorunsalı

“Faydacı” yaklaşım çoğunlukla, görece kısa vadeli “ekonomik yarar” düşüncesi üzerine inşa edildiği için, fikrî hukuk literatüründe sıklıkla başvurulmuş bir referanstır. Ancak toplumsal dönüşümü, “ekonomik büyüme” ötesinde değerlendirebilen bir fikrî mülkiyet teorisi ortaya koyabilmek açısından yetersizliği ise açıktır.

“Faydacı” görüş, fikrî ürünlerin izinsiz kopyalanması halinde, yaratıcı kişilerin bu faaliyetten uzak duracakları ve bunun da, genel toplumsal fayda aleyhine işleyeceği varsayımıyla, eser korumasını savunur. En pratik çözüm, yaratıcılara eserleri üzerinde sınırlı süreyle münhasır haklar tanımaktır. Bu akımın öncüsü *Bentham*, toplam refahın artırılması fikri üzerinde durmuş ve ekonomik büyüme ve toplam fayda gibi aslında farklı şekillerde yorumlanabilecek, elastik kavramları referans noktası almıştır.

Fikrî mülkiyet açısından bakıldığında “faydacı” görüş, toplam sosyal faydanın hangi tip fikrî koruma rejimiyle maksimuma çıkarılacağı meselesine yoğunlaşmıştır. Fikrî emekle ilgili düzenlemeler yapılırken, hangi durumda maksimum sosyal fayda

¹⁴⁴ Hegel, “Hukuk Felsefesinin Prensipleri”, s. 63-64

¹⁴⁵ Bu eşzamanlı “*simultaneously*” oluşum fikri, aşağıda toplum ve davranış düzenleyici araçların sibernetik karakteri üzerine yapılan açıklamalarla da uyumludur. Bkz. Bölüm 5.1

¹⁴⁶ Schroeder, s.26

sağlanabileceği tartışmasında, ters orantılı iki değişken vardır. Fikrî emek üzerindeki koruma arttıkça, yaratıcılar için daha kuvvetli bir motivasyon ortaya çıktığı öne sürülür. Ancak yoğun koruma bir yandan da, fikrî emeğe dayalı ürünlerin fiyatlarını artırmakta ve işlem maliyetlerini yükseltmektedir. Fikrî mülkiyet kuralları, toplumdaki yaratıcı potansiyelin tüketici talepleri doğrultusunda yönlendirilmesini sağlar ve buna göre, piyasa dinamikleri kendiliğinden bir denge oluşturur.¹⁴⁷ Yoğun fikrî mülkiyet korumasının savunucuları, bu savı sıklıkla dile getirirler.¹⁴⁸

Ancak faydacı görüşlere dikkat edilirse, maksimum sosyal faydaya erişilmesi için, muhakkak yaratıcılara münhasır bir hak tanınması gerektiği söylenemez. Görece ve muğlak bir kavram olan “maksimum sosyal fayda”nın gerçekleştirilmesi için öngörülecek diğer sistemler de eşit derecede elverişli olabilir. Bir başka deyişle, faydacılık kuramı, bugünkü fikrî mülkiyet sistemine meşruiyet temeli oluşturmak için yetersizdir. Kuram, maksimum sosyal faydanın sağlanabilmesi için, yaratıcıların emeklerinin karşılığını almaları gerektiği fikrine dayanak oluşturmakta fakat; eser sahiplerine mülkiyet benzeri münhasır bir hak tanınmasının, neden en iyi yöntem olduğu konusunda fazla çözümlenmemektedir. Ortaya çıkan bir başka mesele de, ödenen bedelin sağlanan faydanın doğrudan karşılığı olup olamayacağıdır. Şöyle ki, kimi durumlarda bir bilim veya edebiyat eserinin topluma sağladığı fayda, telif sisteminin öngördüğü bedelin çok ötesinde olabilir. Dolayısıyla sosyal fayda ile bedel arasında böyle doğrudan bir ilişki kurulması mümkün değildir.

Hegel'in ortaya koyduğu mülkiyet anlayışı ve bunun kişi kavramıyla olan ilişkisi de, fikrî ürünler üzerindeki korumanın, bugünkü anlamda bir mülkiyet hakkıyla özdeş tutulmasını gerektirmez. Ancak fikrî emeğin kişiliğin bir parçası olarak tanınması, Hegelyen mülkiyet anlayışı bakımından zorunlu görünmektedir.¹⁴⁹

¹⁴⁷ William Fisher, *Theories of Intellectual Property*, Munzer (Ed.), “New Essays In The Legal And Political Theory Of Property” Cambridge, 2001, s.15, <http://www.law.harvard.edu/faculty/ffisher/iptheory.html> ; N.Stephan Kinsella, *Against Intellectual Property*, Journal of Libertarian Studies, Vol.15, No.2, 2001

¹⁴⁸ Paul Goldstein, “Copyright's Highway”, New York, Hill & Wang, 1994, s.178-79

¹⁴⁹ Ayrıca bkz. Hegel, “Hukuk Felsefesinin Prensipleri”, s.79-81. Hegel, eserinin bu bölümünde entelektüel üretimden doğan haklar konusunu tartışmakta ve şöyle demektedir: “Bilim ve sanat alanlarında çalışanların

Modern çerçeveden baktığımızda mülkiyet hakkıyla ilgili ilk tespit, bir kurum olarak mülkiyetin, kişilerin nesnelere olan ilişkisini değil; bireyler arası ilişkileri nesnelere açısından düzenlediğidir. Bir başka önemli husus ise, bu ilişkinin bir iktidar ve tahakküm boyutu taşıdığı gerçeğidir. Mülkiyet “mutlak” bir haktır ve bu niteliğiyle üçüncü kişilere, karşılığı olmaksızın yükümlülük getirir.. Mülkiyet hakkı, mülkü olmayanlar için başkalarının hakimiyet alanına boyun eğmek anlamını da taşır.¹⁵⁰

2.2. FİKRİ MÜLKİYET TEORİLERİ

2.2.1. Giriş

Mülkiyet kavramı gerek hukuki, gerekse ekonomik planda pek çok boyutta incelenmiştir. Burada genel mülkiyet teorisinden yola çıkılarak, “fikrî hak” kavramıyla “mülkiyet hakkı” arasındaki ilişki üzerinde durulacaktır. Doktrinde “fikrî mülkiyet teorisi” üzerinde çok fazla durulmamasının bir sebebi de, yukarıda açıklanan genel mülkiyet teorilerinin fikrî mülkiyet bakımından da yeterli görülmesidir.¹⁵¹ Oysa hemen fark edilecektir ki fikrî mülkiyet klasik mülkiyetten farklı olarak, soyut varlıklar üzerinde hak tanınması anlamına gelir. Yine aşağıda görüleceği gibi, bu soyut fikrî varlıklar üstünde hak tanıma düşüncesi, hukuk tarihi açısından görece olarak yeni bir olgudur ve bu açılımın, iletişim ağlarından örülü geleceğin toplumunda nasıl bir fonksiyon üstleneceğini bugünden kestirmek güçtür.

hırsızlığa karşı güvenceye alınmaları ve mülkiyetlerinin himaye edilmesi bilim ve sanatları korumanın.....en belli başlı yoludur.”, s.80

¹⁵⁰ Genel olarak bkz. Lawrence Lessig, *The Architecture of Innovation*,

<http://www.law.duke.edu/pd/papers/lessig.pdf>

¹⁵¹ Dahası, fikrî mülkiyet hukuku üstüne eserlerde yer alan teoriye ilişkin bölümler de, konuyu mülkiyetin kavramsal boyutundan değil, fakat sadece hak teorisi çerçevesinde ele almaktadır. Daha fazla bilgi için bkz. Peter Drahos, “A Philosophy of Intellectual Property”, İngiltere, Ashgate Pub. Ltd., 1996, s.99

Bu bölümde modern mülkiyet teorisine önemli katkı yaptığı tespit edilen *Locke* ve *Hegel* felsefelerinin, fikrî mülkiyet teorisindeki izdüşümleri incelenecek ve sonuç kısmında *Marx*'ın kuramı çerçevesinde genel bir değerlendirme yapılacaktır.

2.2.2. Teoriler

Fikrî Mülkiyet Hukuku, en geniş anlamıyla *buluşların*, *ifadelerin* ve kimi *işaretlerin* kullanımını düzenleyen kurallar bütünü olarak tanımlanabilir. Eser sahibi hakkı, bilimsel veya sanatsal ifadede vücut bulan üslubu, patent hakkı ise buluş ve icatları korur.¹⁵² Marka, ürün ve hizmetleri belirleyen işaret ve kelimelerle ilgilidir. Bundan başka, bir içecek formülü veya özel bir pazarlama stratejisi gibi kimi bilgiler, “ticari sır” başlığı altında fikrî mülkiyet içindeki yerini almıştır.

Bu bölümde, yukarıda açıklanan mülkiyet teorilerinin fikrî hukuk alanında ne tür yaklaşımlara temel oluşturduğu ve daha özelinde bunun, eser sahibi hakkı üzerindeki yansımaları incelenecektir. Burada teoriler, eser sahibi hakkının niteliğinden çok; bu hakka temel oluşturdukları düşünsel çerçeve açısından ele alınmıştır.¹⁵³

2.2.2.1. Emek Teorisi

Locke'un mülkiyet kavramını açıkladığı ve meşrulaştırdığı teori, “emek” ve “zımni rıza” olgularını temel almaktadır. Fikrî mülkiyet açısından bakıldığında, burada cevaplanması gereken iki soru ortaya çıkar. Birincisi, fikrî üretimin emek gerektirdiği yönünde toplumda genel bir inanç bulunup bulunmadığıdır. İkincisi ise, toplumun neye inandığından bağımsız olarak, fikrî üretimin gerçekte ne ölçüde emek gerektirdiğidir. Çünkü fikrî mülkiyetin meşruiyetine yönelik argümanlar, kişinin kendi emeğiyle yarattığı değerden faydalanması üzerine kurulmaktadır.

¹⁵² Patente ilgili genel olarak bkz. Necip Ortan, “Avrupa Patent Sistemi”, Ankara, Banka ve Ticaret Enstitüsü Yay., C. I, 1991 ve C.II, 1992

¹⁵³ Bu konuda bkz. J.A.I. Sterling, “World Copyright Law”, Londra, Sweet & Maxwell, 2003, s.61-67

Fikrî emek denince öncelikle, ürünün ortaya çıkması için harcanan zaman akla gelebilir. Ancak başka bir analiz, ortaya çıkan değeri esas alarak fikrî emeği, yarattığı sosyal fayda açısından değerlendirecektir. Buna ek olarak, doğrudan “yaratıcılık” esasına dayanmak gerektiği de ileri sürülebilecektir. Sonuç olarak, bunlardan birini diğerine tercih etmek için haklı gerekçeler bulmak da pek mümkün görünmemektedir.

Burada, *Locke*'un fiziki mallar için mülkiyete dayanak yaptığı herkese açık doğal kaynakların, fikrî ürünler açısından nasıl anlaşılacağı meselesi karşımıza çıkar. Bu noktada, herkese açık unsurlar olarak tarihsel olaylar, gerçek vakalar, dilin imkânları, kültürel miras(önceki eserler) ve her tür fikir akla gelebilir. Ancak yine de, *Locke*'un teorisindeki herkese açık sahihsiz “hammadde”nin ne olduğu çok belirsizdir. “*Bir müzik eseri neden yapılmıştır?*” şeklindeki bir sorunun garipliği, meseleyi açıkça ortaya koyar. Ancak her durumda, yeni buluş ve eserler meydana getirmek için başkalarının fikirlerinden yararlanıldığı gerçektir. Fikrî ürünlerde, yaratıcı emekle birleşen unsur “sahihsiz” değildir; herkese aittir.¹⁵⁴

Bundan başka, teknolojideki hızlı gelişim pek çok fikrin uygulanmasını çok kolay ve maliyetsiz hale getirmiştir.¹⁵⁵ Oysa *Locke*'un mülkiyet teorisinde bireyin ortaya koyduğu emek ve çaba, nesnelere üzerinde tanınan mülkiyet hakkının temelidir.¹⁵⁶ Özellikle bilgi-işlem teknolojileri yardımıyla ve hatta bizzat bu teknolojiler tarafından meydana getirilen veri-tabanı benzeri yeni eser türlerinde, yaratıcı emek son derece geridir.

Daha rasyonel ve ekonomi temelli bir yaklaşıma göre ise artı değer üretmek üzere çalışmanın insanın doğasına aykırı olması, emeğin mülkiyetle ödüllendirilmesini gerektirir. Çünkü bireylerin emek harcamaya motive olmaları, toplumun yararına yararlıdır. Fikrî mülkiyet konusundaki yasama çalışmalarının gerekçesinde hep, toplumda bilim ve sanatın teşvik edilmesi görüşüne yer verilir. Fikrî ürün ortaya koymak için harcanan emeğin göreceliği bir yana bırakılırsa; katma değer üreten her faaliyetin maddi karşılıkla ödüllendirilmesi, içinde

¹⁵⁴ Drahos, s.44-47

¹⁵⁵ Justin Hughes, *The Philosophy of Intellectual Property*, Geo. L.J., Vol.77, 1998, s.287

¹⁵⁶ John Locke, “Mülkün Temeli Olarak Emek”, *Siyasal Düşünce*, Michael Rosen- Jonathan Wolff (Der.), Ankara, Dost Yay., 2006, s.263-64

yaşadığımız kapitalist değerler sisteminin bir gereğidir. Bugün tüm modern toplumlar, daha fazla ve daha yüksek katma değerde üretim yapmayı, öncelikli hedef olarak kabul etmektedir. Bunun başarılabilmesi ise bireylerin motivasyonunu gerektirir ki, katma değer yaratan faaliyetlere maddi karşılık sağlanması, bu amaca hizmet eder. Gerçekten de patent hukuku açısından bakıldığında buluş kavramı için aranan kriterler, fikrî hak korumasında katma değer olgusunu açıkça ortaya koymaktadır. Herhangi bir buluşun patent korumasından faydalanabilmesi, üzerinde ne kadar çalışıldığıyla değil; buluşun yenilik vasfı¹⁵⁷ yani, ekonomik anlamda yarattığı katma değerle ilgilidir.

Buna karşılık konuya fikir ve sanat eserleri hukuku açısından baktığımızda, söz konusu katma değer özelliği bu derece net değildir ve eser halini almış tüm çalışmalar, içeriğine ve yarattıkları katma değere bakılmaksızın eser korumasından faydalanırlar. Bu sebeple *Locke*'un teorisi, tek tek eserlerin yarattığı fayda noktasından ele alınamaz.

Yukarıda belirtildiği üzere *Locke*, emeğe mülkiyet hakkı tanırken bunun sonucunda, diğerlerinin elde ettiği net faydanın azalmaması, bir başka deyişle, tanınacak bu hakkın diğerlerinin zararına işlememesi gerektiğini de belirtmiştir. Kuşkusuz bu önerme farklı şekillerde yorumlanabilir. Hatta patent hakkı, belirli bir bilginin kullanımını diğerlerine kapatması sebebiyle, *Locke*'un mülkiyet teorisiyle çelişik olarak da değerlendirilebilir. Ancak temel yaklaşım, patent hakkı olmaksızın söz konusu bilginin ortaya çıkarılmayacağı ve patent hakkının gerekli motivasyonu sağlayarak, toplam faydaya katkı yaptığı yönündedir. Bu tartışma, *Locke*'un görüşleri içinde saptanması kolay olmayan bir denge arayışını gösterir.¹⁵⁸ Fikrî mülkiyet hukukunun görünürdeki amacı olan bilim ve sanatın teşviki ancak, toplumun bilgiden faydalanması ile eser üzerindeki korumanın karşılıklı bir dengeye kavuşturulmasıyla mümkündür. Kişi, herkese açık “şeyler” üzerinde kendi emeğiyle bir değer yaratırsa, doğal olarak bunun semerelerinin

¹⁵⁷ inovatif değeri

¹⁵⁸ Fisher, s.27 ve dipnot 65-66

sahibidir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, sahipsiz sayılan şeylerden faydalanmanın diğerlerinin potansiyel hakkını ortadan kaldırmaması gerektiğidir.¹⁵⁹

Fikir ve sanat eserleri hukuku alanında ABD'deki ilk düzenlemeler, *Locke* kaynaklı mülkiyet teorisinin, fikrî ürünlere uygulanması şeklinde kendini göstermiştir. İngiliz hukukunda ise 18. ve 19. yüzyılda şekillenen modern mülkiyet anlayışı, Roma Hukukunun mülkiyet ve zilyetlik kurumlarının *Locke*'un felsefesiyle harmanlanmasına dayanır.¹⁶⁰ Eser üzerindeki hakkın da fiziki mallar gibi alınıp satılabilmesi, 19 yüzyıl liberalizmiyle paralel bir düşüncedir.

Modern fikrî mülkiyet analizi içinde *neo-Lockean* denebilecek görüşler, bugün de mevcuttur.¹⁶¹ Ancak *Locke*'un mülkiyet üzerine yazarken, bir fikrî hak kurgusu oluşturup oluşturmadığı hususunu, tartışmalı bulanlar da vardır.¹⁶² Bu noktadan hareket edenler ayrıca, *Locke*'un mülkiyet kurgulamasının sürekli ve mirasla geçen bir hak olduğunu¹⁶³ oysa fikrî mülkiyet hakkının süreyle sınırlandırıldığına dikkat çekmektedirler.¹⁶⁴ Ancak bugün gelinen noktada koruma sürelerinin uzunluğu, başlangıçta haklı görülebilecek bu savı çürütmektedir.¹⁶⁵

Eser sahibi hakkını “mülkiyet” temelinde, tek ve bütün bir hak olarak kabul eden bu görüş, manevi haklara yer vermeyen tek yönlü bir teorik yaklaşımdır. Ancak tarihsel planda bakıldığında, bu teorinin öncülüğünde matbaa imtiyazından, eser sahibi hakkına geçişin sağlandığı görülür. Emek teorisini takiben ortaya çıkmış diğer teoriler, fikir ve

¹⁵⁹ Bu açıdan patent hakkı için, bir başkasının kendi çabasıyla aynı buluşu yapmasına engel olmama ve hakkın, bir başkasının da aynı buluşu yapabileceği makul süreyle sınırlı olması prensipleri kabul edilmiştir.

¹⁶⁰ Alfred C. Yen, s.523

¹⁶¹ Wendy Gordon, *A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property*, YALE L. J., Vol.102, 1993, s.1533 ; Wendy Gordon, *An Inquiry Into the Merits of Copyright: The Challenges of Consistency, Consent and Encouragement Theory*, STAN. L. REV., Vol.41, No.6, 1989, s.1343

¹⁶² Ronald V. Bettig, “Copyrighting Culture: The Political Economy Of Intellectual Property”, Westview Press, 1996, s.26-28 ; Viktor Mayer-Schönberger, *In Search of the Story: Narratives of Intellectual Property*, Virginia Journal of Law & Technology, Vol.10, No.11, Fall 2005, dipnot 16'dan naklen

¹⁶³ Öktem ; Türkbağ, s.157

¹⁶⁴ Fisher, s.25

¹⁶⁵ Bkz. FSEK m.27, 82

sanat eserleri hukukunun sosyal boyutunu ve insanın yaratıcı katkısını ortaya koyarak düşünsel çerçeveyi tamamlamışlardır.

2.2.2.2. Kişilik Teorisi

Bir başka yaklaşım *Kant*¹⁶⁶ ve *Hegel* görüşleri çerçevesinde, fikrî mülkiyeti *Hegel*'in hak kuramına ve buna bağlı mülkiyet teorisine dayandırır.¹⁶⁷ Mülkiyeti, kişiliğin bir parçası olarak gören bu teorinin en dikkat çekici yanı, kıta-Avrupası Hukukundaki manevi haklar doktrinine temel teşkil etmesidir.¹⁶⁸

Hegel'in yukarıda açıklanan mülkiyet ve kişilik analizleri üzerine kurulu bu yaklaşım, doğrudan ekonomik fayda odaklı olmayıp, hümanist bir söyleme sahiptir. Toplumun var eden "birey"e odaklanan bu teori, kişiliğin korunması ve gelişimi için fikrî mülkiyet hakkını bir araç olarak görür. Buna göre manevi haklar, kişiliğin ayrılmaz bir parçasıyken; mali haklar da ekonomik değeri ve devredilebilirliği ile bireye sosyal planda özerklik sağlar.¹⁶⁹

Eser kamuya sunulduktan sonra da yaratıcısının kişiliğinin devamı olmaya devam eder ve bu sebeple yaratıcı, eserin daha sonraki akıbetine karar verebilmelidir. Bu, *Hegelci* mülkiyette görülen, hakkın devredilebilirlik özelliğinin bir sonucudur.

Kıta-Avrupası öğretisi genel olarak, mülkiyetin temel insani ihtiyaçların giderilmesi için kaçınılmaz bir kurumsal düzenleme olduğu ve iktidarın, bu ihtiyaçların en iyi biçimde karşılanacağı sistemi temin etmekle yükümlü olduğu fikrine dayanır. Bu noktadan bakıldığında fikrî mülkiyet hakları, eser sahibinin kişiliğinin korunması ve kültürel gelişim için gerekli fikrî faaliyetin teşvik edilmesi bakımından önemlidir. .

¹⁶⁶ "Kitapların izinsiz yayınlanması mülkiyet prensiplerine aykırıdır ve yasaktır." Immanuel Kant, "The Philosophy of Law", The Lawbook Exchange, New Jersey, 2004, s.130

¹⁶⁷ Ayrıca, Gareis, Blunttschli, Dahn, Beseler, Gierke gibi düşünürler sayılabilir. Bkz. Ali Necip Ortan, "İşçi Buluşları Hukuku", İzmir, D.E.Ü. Yay., 1987, s.78 ; Mustafa Ateş, "Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınıflandırılması", Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s.107

¹⁶⁸ Tanya Aplin, "Copyright Law In The Digital Society: The Challenges Of Multimedia" Oxford-Portland-Oregon, Hart Publishing, 2005, s. 26 vd.

¹⁶⁹ Fisher, s. 30

Kant, “Korsan Yayınların Gayri Meşruluğu Üzerine”¹⁷⁰ adlı eserinde, yazarın kendisini kitap yoluyla ifade ettiğini ve buna bağlı hakların, sadece yazara ait olduğunu belirtir.. Burada bahsedilen, eser üzerindeki malvarlıksal hak değildir. Yazar, kitap aracılığıyla toplumla bağlantı kurması sonucunda, hak sahibi kabul edilir. Buradan yola çıkan *Fichte* şu üçlü tespitte bulunmuştur.¹⁷¹ 1) Fikirler herkese aittir ve sahiplenilemez. 2) Yazarın hakimiyeti(yetkisi) ortaya çıkardığı fikrin vücut bulduğu formdadır(üslup). 3) Eserin kopyaları üzerinde üçüncü kişiler mülkiyet hakkı sahibi olabilir. Bu çözümleme, günümüz eser koruması hukukunun temelini oluşturan fikir-ifade ayrımını ve modern eser korumasının temel esaslarını açıklıkla ortaya koymaktadır. *Gierke* 1895 tarihli *Alman Özel Hukuku* adlı çalışmasında eserin, sahibinin kişiliğinin şemsiyesi altında olduğunu ve eserin yayınlanmasına bağlı olarak ortaya çıkan maddi menfaatlerin de korunması gerektiğini açıkça ifade etmiştir.¹⁷²

Bu teoriye dayalı eser sahibi hakkı anlayışında eser üzerindeki hakkın özü, eserin ekonomik değeri değil; eser sahibinin yaratıcı katkısıdır. Aşağıda detaylı bir şekilde açıklanan manevi haklar, kişilik hakkı yaklaşımının doğal sonucu ve hatta temelidir.¹⁷³

2.2.2.3. Sosyal Planlama Teorisi

Eklektik denebilecek bir yapılanmaya dayanan bu teori, eser sahibinin korunması ile toplumun kültürden yararlanması arasındaki denge arayışına bir cevap olarak ve tüm diğer teorilerin yetersizliklerini gidermek üzere geliştirilmiştir. Kültürel çeşitliliği ve çoğulcu adil toplum fikrini esas alan bu görüş, bir anlamda yukarıda değinilen teorileri bağdaştırmaya çalışır. Bu eklektik yorum, bilgisayarlı iletişimin fikir ve sanat eserleri alanında yarattığı değişimin sosyal boyutuna daha duyarlıdır.

¹⁷⁰ Viktor Mayer-Schönberger, s.5 ; Ayrıca bkz. Ünal Tekinalp, “Fikrî Mülkiyet Hukuku”, İstanbul, Beta Yay., 2006, s.86, dipnot 2

¹⁷¹ Bkz. Sterling, s.55

¹⁷² Tekinalp, s.87 ; Tekinalp ayrıca Gierke’den önce 1858 tarihinde Max Lange’ı, Kant’ın görüşlerini fikrî mülkiyet kuramına dâhil eden kişi olarak belirtmektedir.

¹⁷³ Ateş, s.107

Fikrî mülkiyet üzerine yapılan doktriner çalışmalar, yaratıcıya tanınacak hakların kapsamı ile, kamunun bilim ve kültürden özgürce faydalanabilmesi arasında kurulması gereken denge durumunu tespit etmeye önem vermişlerdir. Fikrî ürün kolayca kopyalanabilir ve bu da, eser sahibinin emeğinin karşılığını almasını tehlikeye düşürür.¹⁷⁴ O nedenle, yaratıcılara eser üzerinde sınırlı süreyle, münhasır bir hak tanınması gerekli kabul edilmiştir. Ancak bu amacın gerçekleştirilebilmesi, eser sahibine tanınan münhasır hakların dengeleyici önlemlerle sınırlandırılmasına bağlıdır. Çoğulcu ve zengin bir kültürel ortamın yaratılması mutlak şekilde, kişilerin bilgiye özgürce erişebilmesini gerektirir. Fikrî ürünlerden faydalanma, bireyin kendini ifade edebilmesi ve geliştirmesi açısından büyük önem taşır. Kültürel birikimin sağlanabilmesi için, yaratıcıların mali haklarla ödüllendirilmesi kadar, yaratma eylemini gerçekleştirecek kimsenin önceki bilgi dağarcığından özgürce yararlanması da, bir zorunluluktur.

Bilgi ve iletişimin, kültürel gelişme ve ekonomik kalkınmadaki önemi dikkate alındığında, bu teorinin kısmen “faydacı” ve eklektik bir yaklaşım ortaya koyduğu görülecektir. Ancak buradaki “faydacılık” 19. yüzyıldakinin aksine, tamamen liberal bir anlayışın her zaman toplam faydayı artırmayacağını farkındadır ve ekonomik büyümenin ötesinde, adil ve çoğulcu toplum hedeflerini göz önüne alır. Bireylerin ekonomik bağımsızlığa sahip olduğu, sosyo-kültürel ve ekonomik geleceklerini tayin etmekte sorumluluk taşıdıkları bir toplum yapısına ulaşılabilmesi için, fikir ve sanat eserleri hukukuna bazı fonksiyonlar yüklenmiştir.¹⁷⁵ Buna göre eser sahibi hakkı, siyasal sosyal ve kültürel alandaki canlılığı teşvik etmeli ve buna ek olarak, devlet veya global markaların patronajından bağımsız, kamusal bir kültür ve iletişim sektörünün oluşmasını sağlamalıdır. Teori bu amaçların gerçekleştirilmesinde, münhasır hak şeklinde düzenlenmiş bir eser korumasının, en tercih edilesi seçenek olmayabileceğini dikkate alır. Bu yaklaşım, eser

¹⁷⁴Fikrî ürün bakımından, fizikî mallarda zilyetliğin sağladığı fonksiyon söz konusu değildir. Bir başka deyişle fizikî bir maldan, aynı anda bir kişi faydalanabilir.

¹⁷⁵ Neil W. Netanel, *Copyright and a Democratic Civil Society*, Yale L.J., Vol.106, 1996, s.341 vd

korumasında sürelerin kısaltılması, işleme hakkının kısıtlanması ve zorunlu lisans getirilmesi gibi sınırlamaları savunur.¹⁷⁶

Sosyal planlama teorisi adı altındaki bu yaklaşım, eser sahibi hakkını ne bir mülkiyet, ne de bir kişilik hakkı şeklinde değerlendirir. Bu teori, eser sahibi hakkını, *gayri maddi* veya *sui generis*¹⁷⁷ bir hak kabul eder. Tarihsel süreçte en son ortaya çıkan bu teori, bir anlamda kişilik teorisini ve emek teorisini sentezler. Buna göre söz konusu hak hem mülkiyetten, hem de kişilik hakkından farklıdır.¹⁷⁸ Bu teoriye, *Hirsch* tarafından 1943 yılında “Cemiyete Bağlı Telif Hakkı Nazariyesi” adıyla Türk hukuk literatüründe yer verilmiştir.¹⁷⁹ Benzer şekilde *Hirsch* de bu teori çerçevesinde, fikrî ürünlerin meydana getirilmesinde toplumun katkısı sebebiyle, mutlak anlamda kişiye özgülenmiş bir malvarlığı hakkı tanınmadığını belirtir. *Hirsch* bu yaklaşımın eser sahibi hakkının niteliğini açıklamaktan çok, bu hakka getirilecek sınırlamalara dayanak oluşturduğunu ve kökensel olarak iş hukukunda karşılaşılan “içtimai hak” prensibinden esinlendiğini vurgular.¹⁸⁰ Ancak *Hirsch*, Türk hukuku bakımından “Eser Sahipliği Teorisini” ortaya atmış ve savunmuştur.¹⁸¹

¹⁷⁶ Genel olarak bkz. Fisher, a.g.m.

¹⁷⁷ Bkz. Bölüm 2.2.3

¹⁷⁸ Ayiter, s.36

¹⁷⁹ “Sözü geçen menfaatler ihtilâfını halletmek maksadiyie, zamanımızda «cemiyete bağlı hak» nazariyesi ileri sürülmüştür. Bu teori, her fikrî mahsulün, yalnız onu yaratan sahibin değil, «muhteri» ve «müellifin» içinde yaşadığı ve faaliyette bulunduğu cemiyetin de, aynı derecede, çocuğu olduğu mülâhazasına istinadediyor. Teşbihe sadık kalarak söze devam etmek lâzım gelirse, denilebilir ki, eser sahibi, eseri doğuran ana ise; cemiyet de, ona hayat aşlamış ve doğumdan sonra varlığını temin etmiş olan babasıdır.

Menfaatler vaziyeti bu merkezde olunca, eser sahibine eser üzerinde mutlak mahiyette ferdî bir hak tanımak, haklı görünmemektedir. Eser üzerindeki hak ve salâhiyetler yalnız ona değil, içinde yaşadığı ve faaliyette bulunduğu ve eserin vücutte getirilmesi için ilham almış olduğu cemiyete de teveccüh eder. O halde, eser sahibine, eseri üzerinde tanınan hak ve salâhiyetler, malî veya manevi mahiyeti haiz ferdî haklar değil, belki sadece «cemiyete bağlı haklar» diye vasıflandırılabilir.” Ernst Hirsch, *Eser Sahipliği-Fikrî ve Smai Hakların Mahiyeti Hakkında Yeni bir Görüş*, AÜHFD, 1943 Cilt 1 Sayı 3, s.334,

<http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1944-01-03/AUHF-1944-01-03-Hirs.pdf>

¹⁸⁰ Hirsch, “fikrî say (emek)” teorisi adı altında sosyal planlama teorisine değinir. Bu anlayışta, fikir ve sanat eserleri hukuku, fikrî ürün yaratıcıları bakımından bir çeşit “iş hukuku” gibi değerlendirilir. Bkz. Hirsch, “Hukukî Bakımdan Fikrî Say”, s.119-123. Bu hukuki yaklaşım, eldeki çalışmanın konusuyla ilgisi bakımından, 1940’lı yıllarda sosyal ve hukuki olgulara, endüstri ilişkileri penceresinden bakıldığı ve 1970’li yıllardan başlayarak bu perspektifin yerini, “ağ” ve “iletişim” temelli metaforların aldığı şeklindeki bir gözlemi doğrulamaktadır.

¹⁸¹ Bkz. Bölüm 3.2.2.2

2.2.3. Eser Sahibi Hakkının Niteliği Açısından Teorik Yaklaşımlar

Fikrî mülkiyet teorileri, eser sahibi hakkının hukuki niteliğini açıklama noktasında, çeşitli görüşlere dayanak teşkil etmişlerdir. *Hirsch*, eser sahibi hakkının niteliğiyle ilgili olarak ortaya konacak fikirlerin, konuya ne açıdan yaklaşıldığına göre değişeceğini ve hiçbir teorinin, eser sahibi hakkını tüm hukuki sonuçlarıyla açıklayamayacağını belirtmiştir.¹⁸²

Eser sahibi hakkını sadece bir “malvarlığı” olarak değerlendiren anlayışın temelinde “faydacı görüş” yatar. Anglo-Amerikan hukukundaki “*copyright*” teriminin özü itibariyle bir basım/çoğaltma hakkı olması, eser üzerindeki hakkın mamelekî nitelikte kabul edildiğini gösterir.¹⁸³ *Gayri maddi* bir “mal” olan eser üzerinde mutlak, sübjektif ve mameleki genel bir hak söz konusudur.¹⁸⁴ Dolayısıyla eser üzerinde tanınan yetkilerin yorum yoluyla kıyasen genişletilebilmesi mümkündür.¹⁸⁵ Eser sahibi hakkı, doğumundan 19. yüzyılın sonuna kadar büyük ölçüde, eser sahipliğini mülkiyetle özdeş tutan bu anlayış çerçevesinde değerlendirilmiştir. 20. yüzyıla gelindiğinde ise, Avrupa’da görülen mahkeme kararları ve doktriner çalışmaların, eser sahibi hakkının kendine özgü niteliğine vurgu yapmaya başladığı görülmektedir.¹⁸⁶

Eser sahibi hakkını, niteliği itibariyle kişilik hakları bünyesinde açıklamaya çalışan görüş ise, mali hakları tali(ikincil) nitelikte değerlendirir. Eserin mamelekî boyutu, ancak kişilik hakkı niteliğiyle çelişmediği sürece tanınır. Kişilik hakkı teorisi, daha çok kıta-Avrupası hukukunda görülen manevi haklar veya bağlantılı hakların türev niteliği gibi eser korumasının kimi özelliklerine kaynaklık etse de; hakkın devredilmezliği, mali hakların ikincil/tali niteliği ve asgari sınırlama getirme gibi yaklaşımları sebebiyle, eser korumasından beklenen fonksiyonları ortaya koyamaz.

¹⁸² *ibid.* s.106-107 ; Ayrıca bkz. Ortan, “İşçi Buluşları Hukuku”, s.80-81

¹⁸³ Burada manevi hak koruması medeni hukuktaki şahsiyet hakları çerçevesinde sağlanır.

¹⁸⁴ Sterling, s.46-49

¹⁸⁵ Hirsch, “Hukuki Bakımdan Fikrî Say”, s.111

¹⁸⁶ *ibid.* s.109

Kişilik ve malvarlığı yaklaşımlarının açıklanan yetersizliği, karma(*composite*) teorilerin geliştirilmesini gerektirmiştir.¹⁸⁷ Bu çerçevede, bugün bütün modern hukuk sistemleri farklı tarihsel köklerden gelseler de, bir ölçüde karma felsefenin izlerini taşır. Eser sahibi hakkı, bir hukuki kurum olarak sadece malvarlığı veya kişilik hakları ekseninde düzenlenemez.

Gayri maddi hak veya “iki cephe” terimleriyle ifade olunan teoriler, eser üzerindeki hakkı mülkiyet olarak tanımlamazlar. İki cephe teorisine göre mali ve manevi haklar, eser korumasının iki farklı yönünü oluşturur. Kişilik ve malvarlığına dayalı teorilerin tek yönlü yaklaşımlarını gidermeyi amaçlar.¹⁸⁸ Düalist teori olarak da adlandırılan bu yaklaşım, maddi ve manevi hakları iki ayrı hukuki menfaat şeklinde ele alır. Yine *gayri maddi* hak fikrinden yola çıkan fakat eser üzerindeki hakkı, aynı gövdeden yayılan dallar gibi bir bütün kabul eden “monist” yaklaşımda ise, eser sahibi hakkını oluşturan mali ve manevi haklar birbirinden ayrılmaz, tek bir bütün oluşturur.¹⁸⁹ Eser üzerindeki hakkın, malvarlığı veya kişilik haklarından farklı, kendine özgü nitelikte ele alması, bu başlık altındaki yaklaşımların *sui generis* hak teorisi şeklinde ifade edilmesine yol açmıştır.¹⁹⁰ Aşağıda görüleceği üzere, *sui generis* hak kuramı bünyesindeki yaklaşımlar, ulusal hukuklardaki pozitif düzenlemelerde etkisini göstermiştir.¹⁹¹ Türk hukuk doktrininde *Hirsch* tarafından ortaya atılan ve yine, *gayri maddi* veya *sui generis* hak anlayışına dayalı bir başka teori ise, “eser sahipliği” kavramını esas almıştır.¹⁹²

Tüm modern hukuk sistemlerinde eser üzerindeki hakkın düzenlenişi, karma teorilerden birinin veya daha fazlasının izlerini taşır. Çünkü karma teorilerin tamamı, emek veya kişilik teorisinin yetersizliklerini farklı açılardan gidermeye çalışır. Eser korumasının kamusal düşüncelerle sınırlandırıldığı tüm hukuk sistemleri, sınırlamaya dayanak olarak sosyal planlama teorisince ortaya konan görüşlere başvurur. Tarihsel kökleri bakımından Anglo-

¹⁸⁷ Sterling, s.15

¹⁸⁸ Tekinalp, s.85-87

¹⁸⁹ Sterling, s.42

¹⁹⁰ *ibid.* s.50

¹⁹¹ Ateş, s.108-109

¹⁹² Bkz. Bölüm 3.2.2.2

Amerikan sistemi malvarlığı, kıta-Avrupası ise kişilik haklarına dayalı teorilerin ışığında ortaya çıkmış olsa da, fikir ve sanat eserleri hukukunun uluslararası boyutunda WIPO ve WTO öncülüğünde yürütülen düzenlemeler, eser koruması kavramını bu iki yaklaşım ışığında açıklanamayacak yoğunluğa taşımıştır. Nitekim, uluslararası düzenlemelerin genelde hakkın niteliğine ilişkin ifadelere yer vermediği ve ulusal hukuklardaki farklı anlayışlarca yorumlanmaya imkân veren, tarafsız bir dil tercih ettiği gözlenmektedir.

2.3. ESER KORUMASINDA “KULLANICI” ODAKLI YAKLAŞIM

Bu bölümde, teorilerin ve bugün geçerli fikir ve sanat eserleri hukukunun ortaya çıktığı dönemde, henüz mevcut olmayan yeni bir sorunsal ele alınacaktır. Bu sorunsal, yukarıdaki bölümde teorilerle ilgili olarak ortaya konan eksikliğin bir başka boyuttan tekrar ele alınmasını gerektirmektedir.¹⁹³

Görölmüştür ki, bilgisayarlı iletişimin ortaya çıkardığı eserden ticari yararlanma imkânlarına sağlanan hukuki koruma, kamunun bilgiden faydalanması ve kişinin kendini geliştirmesi gibi temel batı medeniyeti değerleriyle çatışan sonuçlar doğurmaya başlamıştır. Bu bağlamda fikrî mülkiyet teorilerinin fikir ve sanat eserleri hukukuna aktarılmasında göze çarpan en önemli eksiklik, tüm bu teorilerin tek taraflı olarak ve sadece yaratıcıya tanınacak haklar penceresinden bir meşrulaştırma arayışında olmasıdır. Fikir ve sanat eserleri hukuku genel anlamda, eser sahibine tanınan haklar ve bunların korunmasına yönelik hukuki mekanizmalar üzerine yoğunlaşır ve fikir ve sanat eserleri rejiminin kapsam dışında bıraktığı, herkese açık “kamusal bilgi alanı”yla ilgilenmez. Diğer bir deyişle klasik eser sahipliği kavramı çerçevesinde eser koruması ve koruma dışı bırakılan alan, karşılıklı bir diyalektik içinde görülmez. Oysa kamusal bilgi alanı, eser sahibine tanınmış hakların karşılığında, kamuya ait dokunulmaz bir hukuki menfaat olarak değerlendirilmelidir.¹⁹⁴

¹⁹³ Joseph P Liu, *Copyright Law's Theory of the Consumer*, Boston College Law Review, Vol. 44, 2003, <http://ssrn.com/abstract=466420>

¹⁹⁴ Burada anlatılan, İngilizce’de “*public domain*” diye adlandırılan ve kamuya mal olmuş eserlerin yanı sıra özel mülkiyet konusu olmayan patent, marka vb. her türlü fikri ürünlerdir. Buna ek olarak teknik anlamda “kamuya mal olmuş” niteliği taşımasa da, zorunlu lisans vb. sebeplerle geniş anlamda kamunun kullanımına

İlk olarak, eser sahibi kavramı altındaki menfaatlerin 20. yüzyılda çok değiştiği ve yaratıcısıyla sınırlı kalmayarak, büyük yapım şirketlerini ve medya endüstrilerini de içine alacak şekilde genişlediği tespit edilmelidir.¹⁹⁵ Ancak bundan da önemlisi, kullanıcıların eserle ilişkisinde gözlenen değişimdir.

Özellikle yazılı bir metin söz konusu olduğunda, yazar o niyetle yazmamış olsa dahi okuyucularca yapılacak her farklı yorumun kendince bir geçerlilik taşıdığı açıktır.¹⁹⁶ Bir başka deyişle, metnin okuyucu sayısı kadar değişik anlam bulunabileceğini kabul etmek gerekir. Fikrî ürünlerin gerçek anlamını ve fonksiyonunu bulabilmesi ancak, bireylerce kullanılmaları, toplumla temas etmeleri yoluyla mümkündür. Bu nedenle, fikir ve sanat eserleri hukukunun düşünsel temeli ele alınırken, “kullanıcı” boyutu göz ardı edilemez. Bütün teoriler, yaratıcıların teşvik edilmesinin en nihayetinde kullanıcıların yararına sonuçlar doğurduğu varsayımıyla, bu noktayı geçiştirmektedir. Bilgisayarlı iletişim sonrasında fikir ve sanat eserleri hukukunun “bilgi” kavramı çerçevesinde kazandığı önem, kullanıcı boyutunu öne çıkarmıştır.

Fikir ve sanat eserleri bakımından kullanıcı kavramı, fikrî ürünlerin pasif tüketicileri ve fikrî ürünlerden yeni eser yaratmak üzere yararlananlar, şeklinde iki grupta incelenebilir. Pasif kullanıcılar eğlence endüstrisinin tüketicilerini oluşturur. Tüketici taleplerini karşılayabilen bir piyasa, bu bağlamda yeterli bir çözüm modelidir. Fikir ve sanat eserlerine ilişkin kanunlar bu pasif tüketici esas alınarak düzenlense de, eserlerden yeni fikrî ürünler meydana getirmek için yararlanmayı düzenleyen hükümlere de yer verilir.

açık eserleri de kapsar. Bu çalışma içinde kamunun kullanımına açık tüm bilgi ürünlerini ifade etmek için “kamusal bilgi alanı” terimi kullanılmıştır. Bern Konvansiyonu’nda bu durumla ilgili bkz. Bölüm 3.4.2 *Public domain* diye tabir edilen bu kamusal bilgi alanı, ülkemizde eser koruması üzerine doktriner çalışmalarda pek yer verilmemiş bir konudur.. Daha fazla bilgi için bkz. Bölüm 4.3

¹⁹⁵ William R. Cornish, *The Author as Risk-Sharer*, Columbia Journal of Law and the Arts, Vol.26, No.1, 2003, s.1, <http://www.oiprc.ox.ac.uk/EJWP0304.pdf>

¹⁹⁶ “Metin, kültürün değişik merkezlerinden alıntılanmış bir dokudur.” Roland Barthes, “The Death of the Author, in Image-Music-Text”, Stephen Heath (Çev.), 1967, Durham, Alan L., *Copyright and Information Theory: Toward an Alternative Model of Authorship*, BYU Law Review, 2004’ den naklen, <http://ssrn.com/abstract=487562>

Aşağıda incelenecek olan DRM sistemleri ise fikir ve sanat eserleri hukukunu tamamen bir kâr maksimizasyonu aracı olarak algılar ve eserlerin, kullanım başına ücretlendirilmesi de dâhil, değişik yöntemlerle pazarlanmasını sağlayarak kullanıcının bilgiyle olan ilişkisini farklı bir düzlemde kontrol etmeye yarar. Bu yönüyle DRM sistemleri, pasif kullanıcılara odaklanmıştır.

Yaratıcı konumundaki eser sahiplerinin aynı zamanda kullanıcı konumunda olması, tüm eserlerin kendinden öncekilere bir şeyler borçlu olduğu gerçeğinin zorunlu bir sonucudur. Fikir ve sanat eserleri hukukundaki işleme eserlere ilişkin düzenlemeler, ifade/fikir ayrımı, ve eser korumasına getirilen istisnalar, hep bu gerçeği teyit eden ilkelerdir.

Ancak bilgisayarlı iletişimin ortaya çıkardığı dijital ağlar üzerindeki “kullanım”, artık sadece pasif bir *izleme*, *dinleme* ya da *okuma* değildir. Kullanıcı Ağ üzerinde pasif bir tüketici olmanın çok ötesinde, temas ettiği bilginin/eserin yeniden dağıtılmasında ve işlenmesinde aktif bir rol üstlenmektedir. Kullanıcı, eserle kuracağı ilişkinin yeri, zamanı ve şekli açısından belirli bir özerkliğe kavuşmuştur.. Bu durum kullanıcının, fikrî ürünlerle ilişkisini derinden etkilemekte ve de kaçınılmaz olarak yoğunlaştırmaktadır. Bu özerklik aynı zamanda, çeşitli yazılımlar yoluyla esere müdahale edilmesini de içermekte ve kullanıcının da yaratım sürecine katıldığı yeni kullanım biçimleri doğurmaktadır.¹⁹⁷ Bilgisayar ve internet teknolojisinin yarattığı erişim kolaylığının, global düzeyde fikir ve sanat eserlerine ilgiyi artırdığı bir gerçektir. Ancak Ağ üzerindeki faaliyetlerin izlenebilirliği, bu yeni teknolojik imkânların daha sıkı kontrol mekânizmalarını beraberinde getirmesi tehlikesini de taşımaktadır.¹⁹⁸ Bilgisayar teknolojisi, kullanıcıların özerkliğini artırırken, bu özerkliğe karşı yeni kontrol kurumları yaratılması, hukuk öğretisinin tatminkâr şekilde çözemediği bir paradokstur.

¹⁹⁷ Bunun en basit örneği, *word* formatında okunan belge üzerine anında alınan notlardır. Bu, basılı kâğıt üstüne kalemle not almaktan çok daha yoğun bir ilişki biçimi, dönüştürme ve müdahaledir.

¹⁹⁸ İnternet veya Ağ’ın hiyerarşik tabakalanmadan yoksun oluşu, eşyanın tabiatı gereği değildir.

Kullanıcılar, bilgisayarlı iletişim imkânları sayesinde, kişisel ifade ve kültürel paylaşım aracı olarak da eserlerden yararlanmaktadırlar. Böylelikle fikrî ürünler, ticarî emtia olmaktan çıkarak daha etkin sosyal fonksiyonlara kavuşmaktadır. Kuşkusuz fikrî hukuk koruması altındaki eserlerin sosyal yönü, bilgisayar teknolojileriyle keşfedilmemiştir. Bir yazarın eserleriyle yarattığı fikir hareketi, bir müzisyenin hayran kitlesi bu sosyal boyutu açıklıkla ortaya koyar. Ancak bilgisayarlı iletişim ağları, bu sosyal etkileşimin katmanlarını çeşitlendirmiştir. Fikrî ürünlerin kullanımı, “iletişim” eylemiyle eşanlamlı hale gelirken, tutarlı bir teori, bu “eşanlamlılığı” dikkate almak zorundadır.

Bir başka önemli husus, bilgisayar teknolojilerinin sıradan insanlara yaratıcılıklarını ifade etme bakımından yeni imkanlar sağlamasıdır. Bu durumu, CD’lerden müzik seçerek derleme bir albüm oluşturmak gibi basit bir uğraştan, filmleri çeşitli yazılımlar yardımıyla kesip yeniden montajlamak gibi oldukça kompleks projelere varan amatör faaliyetlerde gözlemek mümkündür. Kullanıcıların bu gibi amatör veya yarı-amatör faaliyetlerinin sonucunda hukuki korumadan yararlanan yeni eserler oluşması dikkat çekici bir nokta olsa da, önemli olan söz konusu faaliyetlerin kişisel gelişim ve kültürel çeşitliliğe katkısıdır. İnternet, sıradan insanların bir ömür içinde asla bitiremeyecekleri kadar çok müziğe, yazıya ve daha pek çok farklı kültürel öğeye ulaşabilmelerine imkân vermiştir. Kuşkusuz bu durum, her birey için aynı fayda ve gelişimi sağlayamaz; ancak eğitim olanaklarının maddi imkânlar sebebiyle gün geçtikçe adaletsizleştiği bir dünyada, en azından internet yoluyla kendini geliştirme imkânının açık tutulması herhalde gereklidir.

Aşağıda görüleceği üzere mevcut Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku eser korumasına getirilen kimi sınırlama ve istisnalarla bu sorunsala cevap arar. Ancak kamu yararına bu düzenlemeler, Ağ üzerinde eserleri korumaya yönelik düzenlemelerle ciddi bir erozyona uğramaktadır. Unutulmamalıdır ki bu sınırlamalar, bilgisayarlı iletişim ağlarından önceki dönemde oldukça iyi iş görmüş ve kullanıcılara, o günün teknolojik imkânları dikkate alındığında, tatmin edici bir hareket serbestisi yaratmıştır.

Bilgisayarlı iletişim ve dijitalizasyon, yaratıcı kişiyi de belirli ölçülerde dönüşüme uğratmaktadır ve henüz başlamış olan bu değişim; eser sahibinin ilahi esinle yenilikler ortaya çıkaran yarı sihirbaz kişilikten çok, mevcut kültürel birikimi ve kendinden önceki fikirleri dönüştüren bir aracı olma özelliğini ön plana çıkarmıştır. Ağ toplumunun yarattığı bilgi yığılması ve bilgiyi işleme(*process*) konusundaki geniş imkânlar, bu eğilimi belirginleştirmektedir.

Burada yeni bir teori ortaya atmak yerine, fikir ve sanat eserleri hukukunun dijitalizasyon devrimi sonrası karşılaştığı kimi teorik sorunlara değinmek daha faydalı olacaktır. Bilgisayarlı iletişim, internet veya diğer adıyla Ağ ve buna bağlı yaşanan sosyal değişim, eser kavramıyla kullanıcı arasındaki ilişkiyi yoğunlaştırmış ve çeşitlendirmiştir. Yeni kullanım biçimleri, bireye özerklik getirmiş; kendini ifade etme imkânlarını artırmış ve belirli düzeyde, pasif kullanıcının da yaratıcı faaliyete katılmasını sağlamıştır.

Fakat, aşağıda incelenecek olan eser sahibi hakkını koruyucu teknolojik önlemler ve bunlara müdahaleyi yasaklayan hukuki düzenlemeler,, kullanıcının eserle ilişkisini daha önce görülmemiş ölçüde sınırlayıcı etkiye sahiptir.¹⁹⁹ Diğer bir ifadeyle teknolojinin bireylere sunduğu imkanlar, hukukla desteklenmiş başka teknolojik önlemlerle geri alınmaktadır. DRM olgusunun kapsayıcılığı ve ticari hizmet sunanlar açısından çekiciliği, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunun teorik çalışmalara ne denli ihtiyaç duyduğunun kanıtıdır. DRM sistemlerinin tamamen eserlerin kullanımını kontrol üzerine inşa edildiği düşünülürse, ciddi bir teorik değerlendirme olmaksızın bu sistemlerinin yaygınlaşmasına seyirci kalmak, internetin bilgiden eşit yararlanma noktasında sunduğu imkânları baştan reddetmek anlamına gelecektir.

Dikkate alınması gerekli başka bir husus, DRM sistemlerinin kullanım başına “*pay-per-view*”²⁰⁰ ücretlendirme gibi ticari stratejilere uygun şekilde tasarlandığı gerçeğidir. Bu tip stratejiler, kullanıcıların seçme şansını azaltan tekelci bir sistemi davet etmektedir.

¹⁹⁹ Joseph P. Liu, *Copyright Law's Theory of the Consumer*, Boston College Law Review, Vol.44, 2003, s.397

²⁰⁰ Eserlerin *izleme, dinleme, okuma* veya başkaca kullanım başına ücretlendirilmesi.

2.4. ENDÜSTRİ SONRASI TOPLUM ve FİKRÎ HUKUK ÖĞRETİSİ

Bilgi-işlem teknolojilerine bağlı tarihsel ve ekonomik gelişim, diğer tüm piyasalarda olduğu gibi, bilgi hizmetlerinde de bir yoğunlaşma yaratmış ve bilgi temelli ürünlerde hızlı bir artış yaşanmıştır. Bu yönüyle fikrî mülkiyet hakları, bilgi temelli ekonomide kapitalist üretimin piyasa hakimiyeti kurmasının en önemli aracıdır.²⁰¹ İletişim ve buna bağlı olarak bilginin yayılmasını sağlayan hizmetler, büyük ölçüde özel mülkiyet konusudur ve bundan daha da önemlisi, siberalan kâr maksimizasyonu amacıyla her geçen gün biraz daha “mülkleştirilmektedir.”

Modern üretim paradigmasının, *post-endüstriyel* süreçte bilişsel kapitalizme dönüşümü son 30 yıl içinde gerçekleşmiştir.

“...1974 ile 1979'da petrol fiyatlarındaki artış, enflasyonun kontrolden çıkması tehdidini doğurduğunda, hükümetlerle şirketler, 1990'lara dek deneme-yanılmaya dayalı pragmatik bir sürece girerek, deregülasyon, özelleştirme, daha önceki büyüme modelinin istikrarının temelindeki sermaye ile emek arasındaki toplumsal sözleşmeyi bozma yönünde daha kararlı bir çabayla bir yeniden yapılanma dönemine adım attılar. Kısacası, hem kurumlar hem de şirketlerin yönetimi düzeyinde gerçekleştirilen bir dizi reformun dört temel amacı vardı: Sermaye-emek ilişkilerinde kâr arayan kapitalist mantığı derinleştirmek; emek ile sermayenin üretkenliğini güçlendirmek; ürünü, dolaşımı ve pazarı küreselleştirmek, her yerde en avantajlı koşullarla kâr etme fırsatından yararlanmak; üretkenlik artışı ve ulusal ekonomilerin rekabet gücünün sağlamaştırılması için genelde sosyal güvenlikle **kamu çıkarına yönelik düzenlemeler aleyhine devletin desteğini sağlamak**. Esnekliğe, uyarlanabilirliğe odaklanan teknolojik yenilikler ve örgütsel değişim de, yeniden yapılanmanın hızı ile verimliliğinin artırılmasında kritik önemdeydi. ... Dolayısıyla enformasyonelizm kapitalizmin genişlemesiyle, yenilenmesiyle bağlantılıdır; tıpkı endüstriyalizmin, bir üretim biçimi olarak kapitalizmin oluşmasıyla bağlantılı olduğu gibi.”²⁰²

²⁰¹ Jean Baudrillard, *Simulacra and Simulation*, [Sheila Faria Glaser (İngilizceye çev.), Ann Arbor: University of Michigan, 1994] adlı eserinde sermayenin ilkesiz, canavar bir kurum olduğunu ve başka hiçbir şey olmadığını söyler. Sermaye bir kurum olarak topluma karşı asla bir taahhüt içinde olmamıştır. İnsanlığın yanılması sermayenin insanlığa karşı sorumluluğunu yerine getireceğine inanmalarıdır. Oysa sermayenin tek amacı kendi fonksiyonunu yerine getirmektir. Sermayenin yarattığı güç yine kendi yararına işler.

²⁰² Castells, “Enformasyon Çağı”, s.22-23 (*vurgu eklenmiştir*)

Marx, mülkiyet kavramını eleştirirken aynı zamanda, mülkiyetin sosyal evrim içindeki rolüne sağlam bir açıklama getirmiştir.²⁰³ Marksist teori, fikrî mülkiyetin kapitalist sistem içindeki fonksiyonunu anlamak bakımından önemlidir. Bilginin oluşumuna ve fonksiyonuna ilişkin bilgi sosyolojisi yaklaşımı, Marksist teorinin diyalektik materyalist metoduyla tam bir uyum içindedir. *Marx*, sermaye, emek, mülkiyet, değer, rekabet, kâr kavramlarının üretim ve paylaşım paradigmasındaki karşılıklı ilişkilerini açıklamıştır. Bu çerçevede yaratıcı emeğin üretim faaliyetine katkısı, hukuki boyutta fikrî mülkiyet haklarıyla düzenlenir.

Şunu unutmamak gerekir ki *Marx*, hukuku, bir üst yapı kurumu olarak tanımlamış fakat, sosyal evrim içindeki fonksiyonuna sistematik olarak eğilmemiştir. Bir başka deyişle *Marx*'ın kendi çalışmalarında yeterli hukuk sosyolojisi bulunmamaktadır. Diğer deyişle, *Marx*'ın ortaya koymak istediği çizgide mülkiyetin hukuki boyutunun fazla önemli olmadığı da söylenebilir.²⁰⁴ Fakat tarihsel materyalizm, hukuki kurumların analizinde etkili bir metodoloji olduğundan hukuk teorisi ve felsefesi Marksist literatüre yeterince yer ayırmıştır. *Marx*'ın öğretisinde mülkiyet, hâkim sınıfın kontrol aracıdır. Bu yönüyle hukuk, iktidarın kaynağı olan üretim araçları üzerindeki “hâkim sınıf” kontrolünün, devlet eliyle desteklenmesidir. “Üst yapı kurumu” ifadesiyle kastedilen, hukukun bir neden değil sonuç olduğudur.

Fikrî mülkiyet alanındaki global genişleme ve derinleşme, Marksist teori ışığında da okunabilecek bir ekonomik değişime işaret eder. Yukarıda da vurgulandığı gibi fikrî mülkiyet düzenlemelerinin öncülük ettiği hukuksal ve sosyal değişim; Ağ toplumunun artan etkinlik, uzmanlaşma ve verimlilik talepleri doğrultusunda şekillendiğini göstermektedir. Üretim içindeki özel fonksiyonu sebebiyle “bilgi”, giderek daha etkin bir kontrol ve üretim aracı haline gelmektedir.

²⁰³ Genel olarak bkz. Friedrich Engels, “Ailenin Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni”, (çev Kenan Somer). Ankara, Sol - Onur Yay, 1992, Karl Marx, *Özel Mülkün Gerçek Temeli*, “Siyasal Düşünce”, (ed) Michael Rosen- Jonathan Wolff, Ankara, Dost Yayınları, 2006, s.281 vd

²⁰⁴ Drahos, s. 99

Bilişim teknolojileriyle başlayan değişim, fikrî ürün yaratımının bireysel olmaktan çıkıp endüstrileşmesi ve kurum/şirket kültürü²⁰⁵ içine dâhil edilmesi sürecini, radikal şekilde hızlandırmıştır. Günümüz global ekonomisinin en önemli fikrî ürünlerini oluşturan yazılım, veri-tabanı, e-ticaret metotları gibi eserlerin meydana getirilmesi, pek çok uzmanın istihdamını ve ciddi kurumsal yatırımı gerektirmektedir. Yaşanan ekonomik ve hukuki dönüşümün fikrî emeğin yabancılaştırılmasına, metalaştırılmasına ve hatta bir ölçüde yaratıcılık boyutunun gözden kaybolmasına yol açtığı söylenebilir. *Marx*'a göre, müzik, yazı, sahne sanatları ve bilimsel uğraş gibi serbest emek faaliyeti olan alanların giderek kapitalist üretim sürecine dâhil olmaları, artan yabancılaştırmanın kanıtıdır.²⁰⁶ Fikrî hukuk, her ne kadar yaratıcı faaliyeti konu alsada, asıl odak noktası yaratıcı kişi değil; bunun sonucu olan “bilgi”nin mülkiyetidir.

Kapitalist süreç içinde, bireyler arası ilişkilerin giderek daha fazla piyasa taleplerince yönetildiği, pazar dinamiklerinin artan şekilde her şeyi fiyatlandığı ve ürün haline getirdiği gözlenebilir.

Marksist ideoloji bilimi merkez alır ve son noktada, doğruyu yanlıştan ayırt edecek olan bilimdir. Diyalektik materyalizm, evrimle paralel şekilde tüm sosyal yapının bir kendi kendini düzenleme(*self-organisation*) olarak yorumlanmasına imkân verir. Ancak, materyalist sürecin itici gücü durumundaki bilimsel pratik, kendisine de dayanak oluşturan egemen değerler üretir ve ortaya koyduğu bilimsel retorik, kaynak aldığı bilginin mülkiyetinden bağımsız düşünülemez.

Son tahlilde şunu belirtmek gerekir ki, özellikle sanatsal faaliyet penceresinden bakıldığında eser üzerinde tanınan haklar, “sanatçı” kişinin eylemini rasyonel bir düzleme oturtmaya yetmez. İnsanlık için önemli sanat yapıtlarını meydana getiren kişiler çoğu kez, bundan herhangi bir maddi kazanç sağlayacaklarını düşünmeden, farklı bir kişisel tatmin amacıyla bu eserlere hayat vermişlerdir. Bir başka deyişle eser sahibi hakkının, sanatı teşvik etmek bakımından pek az etki sağladığı da söylenebilir. Bilim penceresinde ise,

²⁰⁵ *corporate culture*

²⁰⁶ Drahos s.104, dipnot 34

araştırma yapmak ve yayımlamak için bilim adamlarının telif kazançlarına dayanmaları, zaten söz konusu değildir. Bilimsel çalışma bugün büyük ölçüde, global sermaye aktörlerinin “sponsorluk” veya “proje desteği” adı altındaki manipülasyonuyla finanse edilmektedir. Burada kaynak sağlayıcı durumdaki şirketler, ortaya çıkan bilimsel eser üzerindeki hakları da elde etmekte ve bu hakları bilgiye erişimi engelleme amaçlı kullanmaktadırlar.

2.5. TEORİLERİN YETERSİZLİĞİ

Tüm teorilerde siyaset felsefesinin izleri görülür. Emek ve kişilik teorisi 19. yüzyıl liberalizminin etkisini taşır ve merkantilist ekonominin gelişmesi sürecinde, toprak ve soydan bağımsız şekilde hak sahibi bir vatandaş yaratma ihtiyacına bağlı olarak ortaya çıkan siyasal sonuçların, fikrî faaliyetin semerelerine de uyarlanmasıdır. Diğer yandan bütün teoriler, kamusal mülahazalar ile eser sahiplerine tanınacak haklar arasındaki politik tercih ve denge meselelerini çözümlenmekte yol gösterici değildir.

Örneğin *Locke*'un, mülkiyet için çizdiği sınırlar dikkate alındığında, fikrî emek üzerinde “münhasır” bir hakka sıcak bakmadığını öne sürenler de vardır.²⁰⁷ Buna göre, *Locke* tarafından mülkiyet hakkı karşısında ortaya konan şart ve sınırlandırmalar, fikrî hakkın mameleki boyut kazanmasına engeldir. Bu, oldukça farklı bir *Locke* yorumu olsa da; şurası açıktır ki *Locke*'un teorisi, esnek şekilde kullanılacak boşluklar içerir.²⁰⁸ Çünkü son tahlilde, *Locke*'un maddi veya gayrimaddi emekten beklediği, sosyal refahı artırmasıdır. Zaten *Locke*'un düşüncenin en kırılğan yönü de, sosyal fayda gibi görece ve muğlak bir kavramı temel almasıdır. Oysa herkes için refah yaratacak bir işlem, ancak bir ütopya olabilir. Eser sahibine tanınan haklar neticesinde ödenen para, tüketicinin refahından karşılanır. Oyun teorisinin “kazan-kazan” senaryosu burada geçerli değildir. Sosyal

²⁰⁷ Genel olarak bkz. Jeanne L. Schroeder

²⁰⁸ Steven J. Horowitz, *Rethinking Lockean Copyright And Fair Use*, *Deakin Law Rev.*, Vol.10, 2005

faydanın, ekonomik büyüklük dışında başka değerleri de içerdiği kabul edilse bile, bunların nasıl belirleneceği sorusu cevapsızdır.²⁰⁹

Buna karşılık, kişilik teorisi ve sosyal planlama yaklaşımı, kamusal düşüncelerle eser sahibinin maddi menfaatlerine müdahale imkânı verdikleri ve belki de, yeterince “liberal” olmadıkları için eleştirilmişlerdir.

Emek teorisine dayalı “faydacı” görüşler, eser sahibine tanınacak haklarla, bireylerin makul bir bedelle bilgiye erişimi arasındaki dengenin, piyasa dinamiklerine uygun şekilde arz-talep kanunlarıyla gerçekleşeceği inancındadır. Ancak bu ön kabul, fikrî ürünlerin fiziki mallar gibi “ikame edilebilir” olduğu yanılsamasından kaynaklanmaktadır. Oysa her bir fikir ve sanat eserinin kendi başına “biricikliği”, bu analizi geçersiz kılar.²¹⁰

Emek teorisi, kullanıcıların esere atfettikleri görece değere göre ücret ödeyecekleri bir sistemi, fikir ve sanat eserleri hukukunun ruhuna aykırı bulmaz.²¹¹ Teorik çerçeveden bakıldığında faydacılık ve sosyal planlama teorilerinin, fiyat farklılaştırmasına baştan karşı olmadığı söylenebilir. Fiyat farklılaştırması yoluyla, daha fazla ödemeye istekli kullanıcılardan daha fazla alarak, normal fiyatı ödemeye istekli olmayanlara daha düşük bir fiyat teklif edilebilmektedir. Bu nihai olarak daha fazla kişiye eserden yararlanma imkânı vereceğinden, faydacı görüş için çekicidir. Dijital teknolojilerin veya bu çalışmada ifade edildiği şekliyle DRM sistemlerinin uygulama alanında bu tip stratejilerin kullanımı kolaydır ve etkin şekilde hayata geçirilebilir. Bu stratejinin başarılı olması, kullanıcı alışkanlıklarının ve davranışlarının etraflıca analiz edilmesini gerektirir. Eserin kullanımını gözlemek ve istatistik oluşturmak DRM sisteminin doğasında mevcut bir niteliktir. DRM sistemlerinin genişlemesine ve yaygınlaşmasına tanık olacağımız gelecekte, bu sistemlerin

²⁰⁹ Sosyal fayda analizlerinin uzun ve kısa vade için çelişik sonuçlar ortaya koyabildiği hakkında bkz. Moore, “Intellectual Property and Information Control”, s.40

²¹⁰ Bu konuda bkz. Michael J. Meurer, *Copyright Law and Price Discrimination*, Cardozo Law Review, June 2001, <http://ssrn.com/abstract=274729>

²¹¹ Fikir ve sanat eserleri hukukundaki “*first-sale*” doktrini fiyat farklılaştırmasını engelleyicidir. Eser sahibi ikinci el satışları engelleyemeyeceği için fiyat farklılaştırmasında bulunabileceği tüketici grubu bir ölçüde daralmaktadır.

tarafklarlarının söylemlerini kurgularken, faydacı görüşün ortaya koyduğu ekonomik retoriğe daha fazla rağbet edeceklerini söylemek yanlış olmaz.

Bugünün hukukunda, eser korumasının derinlemesini ve yayılmasını sağlayan ekonomik büyüme ve kr maksimizasyonu odaklı rasyonelin, büyük lde faydacı görüşe dayandığı bir gerçektir.

Emek ve kişilik teorileri fikir ve sanat eserleri hukukunun doğumu ve gelişmesinde önemli rol oynamı ve eser sahibi hakkına, mülkiyet benzeri “doğal” bir hak niteliği verilmesini sağlamışlardır. Tüm eserlerin, ne amaçla oluturulduklarına bakılmaksızın korumadan faydalanması, bu anlayışın sonucudur.²¹² Fikir ve sanat eserleri hukukunda gördüğümüz fikir/ifade ayrımı da, yine bu doğal hak anlayışıyla uyumlu bir kurgudur. Fikirlerin içselliği, onların meta olarak kabulüne imkân vermez ve Roma Hukukundan beri fikirlerin herkese ait olduğu kabul edilmiştir.²¹³

Günümüzde fikir ve sanat eserleri hukukuna ilişkin problemleri ve değişimi analiz etmek bakımından bütün teoriler, benzer yetersizlikler gösterir. Teoriler genel anlamda, yaratıcıların bir Şekilde dllendirilmesi gerektiği fikrini haklı çıkaracak düşünsel altyapıyı içerseler de, bunun niçin mevcut fikrî mülkiyet rejimiyle gerekletirileceğini açıklamakta, eksik kalmaktadırlar. Bu bakımdan, fikrî mülkiyet teorilerinin derinlemesine bir analizini geliştirebilmek için, fikrî mülkiyetin içinde doğup geliştiği batı medeniyetinin kimi temel değerlerini daha yakından sorgulamak gerekir.

2.5.1. Serbest Piyasa Dogması

Aydınlanma ile balayıp II. Dünya Savaşı sonunda tamamlanan süreç, zgr ve otonom bireyin ortaya çıkıp, vatandaş sıfatına bürünmesine tanıklık eder. Bu süreçle piyasalar ulusal ölçekte bir stabilizasyona ulamı, ticaretin devlet yapısı içinde örgütlenmesi tamamlanarak okuluslu Şirketler ortaya çıkmıştır. Bu, serbest piyasa

²¹² örneğin, öğrencilerin yazdığı sınav kağıtları hiçbir ekonomik veya sosyal rasyonel olmaksızın, eser sahibi hakkının dzenlenii gereği koruma altındadır.

²¹³ Alfred C Yen, s.538, dipnot 138

ideolojisi diye adlandırılan, günümüzün modern hukuki ve siyasal sistemlerinin temel paradigmasını oluşturmaktadır. II. Dünya savaşından bugüne kadar geçen süreçte, siyasal alanın ekonomik mülahazalarla işgal edilmesine tanık olunmuştur. Sanayileşmiş ülkelerde siyasal partilerin programları, toplumun temel üretim ve paylaşım dinamiklerinin düzenlenmesi bakımından farklılık içermemektedir. Serbest piyasa ekonomisi tek ideoloji haline gelmiştir.

Oysa insan davranışlarının kökeni basit şekilde, sadece maddesel ihtiyaçlarla açıklanamaz. Davranış ekonomisi alanındaki çalışmalar, serbest piyasa düsturuna dayalı neo-klasik teorilerin, bilişsel ekonominin dinamiklerini algılamak ve açıklamak için fazla katı olduğunu göstermektedir. Ekonomi alanında ortaya çıkan yeni yaklaşımlarla, kişisel ve sosyal faktörlerin ekonomik faaliyeti ne denli yoğun etkilediğinin yanı sıra, doğal ve ekonomik sistemlerin ortak yönleri de keşfedilmektedir.²¹⁴ Buna rağmen, özgür piyasaları tek kural olarak gören neo-klasik ekonomi öğretisi, tüm sosyal yapılar tarafından açıklama gerektirmeyecek denli kanıksanmış ve içselleştirilmiştir. Bugün serbest pazar ekonomisi tartışmasız egemen düzen haline gelmiş ve bu sistemin dışında kalmak isteyen az sayıda ülke marjinalleştirilmiştir.

90'lı yılların sonunda internetin ortaya çıkışı, pazar ekonomilerinin kimi açmazlarını daha da keskinleştirmiştir. İnsan sosyalliği, sadece dış faktörlerle şekillenen “kültürel” bir oluşum değildir. Sosyallik, öğretilmişliğin yanı sıra, pek çok evrimsel ve genetik adaptasyona dayanır ve buradan hareketle, piyasa dinamiklerinin en etkin ve hatta tek uygulanabilir sistem olduğu varsayımı geçerliliğini yitirir. İnternet ve bilgi-işlem teknolojilerinin yarattığı cemaatler-arası iletişim ve yakınlaşma, ya da *globalist* jargonla “dünyanın küçülmesi”, piyasa dinamiklerinin optimum sonucu doğurmayabileceğinin görülmesini sağlamıştır. Kuşkusuz, piyasa çerçevesinde örgütlenmiş ekonomik aktörlerin koordinasyonsuzluğu ve serbestliği üzerine kurulu sistemin, bir gecede ortadan kalkması düşünülemez. Ancak serbest piyasa dogmasını bir şekilde pratik anlamda sınırlayacak kimi

²¹⁴ John Clippinger ; David Bollier, *A Renaissance of the Commons: How the New Sciences and Internet Are Framing A New Global Identity and Order*, 2003, s.5,
<http://cyber.law.harvard.edu/people/RenaissCommon12.07.03.pdf>

fikirler yeşermektedir.²¹⁵ Bu fikirlerin ortaya çıkışında en önemli etken, sürekli daha ucuza ve daha fazla üretim perspektifinin iflas ettiği; dünyanın üretim bakımından kaynaklarının limitlerine dayandığı gerçeğidir.²¹⁶

Belirtildiği üzere genetik, evrimsel psikoloji ve karşılaştırmalı antropoloji disiplinleri ışığında incelenen beyinsel fonksiyonlar ve bunların analizi, türün hayatta kalmasına yönelik genetik adaptasyonla sosyal oluşumların karşılıklı ilişkisine ışık tutmaktadır.²¹⁷ Sosyallik öncesi dönemde bireylerin birbirinin “kurdu” olduğu varsayımı, serbest piyasa anlayışının en önemli meşrulaştırma manivelasıdır.²¹⁸ Ancak biyolojinin genetik bilimde gösterdiği ilerleme, dayanışma ve karşılıklılık olgularının, insanın evrimsel sürecinin bir parçası olduğunu göstermektedir. Hatta piyasalar dahi, bu genetik yatkınlıklardan farkında olmadan faydalanırlar.²¹⁹ Bilinmektedir ki, serbest piyasa ekonomisine dayalı toplumlar da, çevresel, sosyal ve ahlakî kimi değerleri tanırırlar. Ancak serbest piyasa toplumlarında bu değerlerin, piyasa dinamikleriyle ilişkisi bir karşılıklı uzlaşma veya diğer deyişle, “al-ver” ilişkisidir. Söz konusu değerler öncelikli hale gelemedikleri gibi, bu değerlerin yeniden yapılandırılmasında serbest piyasa söylemi önemli etkiye sahiptir.²²⁰ Bir ideoloji veya inanç olarak serbest piyasanın tek meselesi “kıt kaynaklar”dır²²¹. Serbest piyasa ekonomisi sadece maddesel yoksunluğu temel alır.

²¹⁵ *ibid.*

²¹⁶ “Soyumuzun geleceğine baktığımızda, hızlı nüfus artışı ve 1950 sonrasında beşe katlanan ekonomik büyüme nedeniyle, ekonomik sistemimizin çevreye ilişkin taleplerinin, halihazırda gezegenin çevresel kaynaklarını sonuna kadar zorladığını görmekteyiz. Sınırsız bir gezegenden ağzına kadar dolu bir gezegende yaşamaya geçişimiz, türümüzün evrimsel gelişiminde ani, tarihsel bir kırılma noktası meydana getirmiştir. Önümüzdeki seçeneklerden biri kendimizi bu yeni gerçekliğe uyarlamak diğeri ise, yaşam çevremizi tahrip ederek sonuçlarına katlanmaktır.”, David C. Korten , “When Corporations Rule the World”, ABD, Kumarian Press and Berrett-Koehler Publishers, 1995

²¹⁷ Bkz. Jacob; Lior Strahilevitz, *Charismatic Code, Social Norms, and the Emergence of Cooperation on the File-Swapping Networks* , Virginia Law Review, Vol.89, 2003 s.505-595

²¹⁸ Kabaca belirtilecek olursa serbest pazar dogması uyarınca, herkes önlenemez şekilde sadece ve sadece kendi çıkarının peşinde koşar. Oysa bunun kabul edilemez bir önerme olduğu, reklam kurumunun mantığında hemen görülebilir. İnsanlar doğruca çıkarlarının peşinden koşuyor olsalardı, doğrudan hiçbir fayda sağlamayan ambalaj veya reklam gibi unsurlarla ikna edilemezlerdi.

²¹⁹ Clippinger ; Bollier, s.9

²²⁰ ABD’de yaşanan Enron ve Arthur Andersen skandalları, global sermayenin çizdiği saygınlık ve güvenilirlik imajının, ne kadar içi boş olabileceğini göstermiştir.

²²¹ Bu konuda bkz. Kenneth R. Hoover, “Economics as Ideology: Keynes, Laski, Hayek, and the Creation of Contemporary Politics”, Lanham Maryland, Rowman & Littlefield, 2003

Biyolojik bir canlı olarak insanın doğal seçilimi, sadece bireysel düzlemde gerçekleşmez. Sosyal ilişkilerin ulaştığı gelişmişlik düzeyi, bir noktadan sonra belirli iletişim ve anlayış yatkınlıkları taşıyan bireylerin, grup olarak evrimsel üstünlük sağlamalarıyla sonuçlanır. Görülmektedir ki, insan sadece fiziksel değil, sosyal ve psikolojik bakımdan da belirli ölçüde genetikle belirlenen evrimsel süreçlere tabidir. İnsanın evrimsel sürecindeki en önemli aşama ve mekânizma, kültür yaratması ve bilgiyi işlemesi olmuştur. Bu, tamamen bencil güdülerle yoğrulmuş bir türün, eğitim ve sosyal baskıyla şekillendirilmesi değildir. İnsan, empati ve işbirliği duygularını zaman içinde evrimle geliştirmiştir. Bu yüzden sosyal yapının serbest piyasa kurallarıyla yeniden yapılandırılması, bencil vahşinin disipline edilmesi değil; insanın evrimsel sürecine, doğal olmayan bir müdahaledir.²²²

Serbest piyasa, bireylerin şahsi çıkarları doğrultusunda bilinçli tercihler yaptığını varsayar ve piyasalar, bu tercihlere karşılık gelecek şekilde örgütlenmiştir. Ancak önemli bir kısım insan davranışı, psikolojik ve sosyal dürtülere dayanır. Davranışçı ekonomi, piyasa gerçeğine bu farklı boyuttan yaklaşır. Piyasanın gerçek işleyişinin, bencil dürtülerden çok daha karmaşık bir sosyal ve psikolojik davranış kümesine dayandığını ortaya çıkaran önemli çalışmalar bulunmaktadır. Gerçekten de klasik ekonomi bilimi, bugün tartışmalı hale gelmiş pek çok varsayım üzerine kurulur.²²³ Bu varsayımlar; bireyin, mutlak akılcılık, kişisel menfaat ve serbest irade prensipleri doğrultusunda hareket ettiğidir. Oysa birey davranışına etki eden sosyal, ekolojik, ailevi ve benzeri, dağınık dış faktörler bulunur. Bu faktörlerin belirlenmesi ve bir bütünlük içinde analiz edilmesi, ancak günümüzde ortaya çıkan sistemsel teorilerle mümkün olabilmiştir. Kuşkusuz bu arayışların temelinde yatan en önemli sebep, serbest piyasa ekonomisi ve globalleşmenin özellikle sanayileşmemiş ülkelerde, toplumun geniş kesimi için daha az ücret, daha çok çalışma, çevresel kirlenme, siyasal marjinalleşme, içe kapanış ve şiddet getirmiş olmasıdır.

²²² Empati ve İşbirliği duygularının fizyolojik temelleri için bkz. Clippinger ve Bollier, s.13, dipnot 8

²²³ Ünlü Latince “*ceteris paribus*” ifadesi buradan gelir.

Serbest piyasa yaklaşımı, bireylerin ve kurumların en doğru seçimi yapabilmek için gerekli tüm bilgiye sahip olduklarını varsayar. İkincisi, bireylerin kişisel maddi menfaatleri doğrultusunda hareket ettikleri ve tüm bunlara ek olarak, bireylerin bu amaçlara ulaşmak üzere şaşmaz bir kararlılıkları olduğu kabul edilir. Bu varsayımlar kaçınılmaz şekilde “görünmez el” teorisini doğurur. Buna göre herkesin kendi çıkarının peşine düşmesi, otomatik şekilde “optimum toplumsal faydayı” gerçekleştirecektir. Bu varsayımların, birey davranışını etkileyen diğer faktörleri hesaba katmadığı açıktır. Serbest piyasa mantığının bu derece egemen olmasına bir başka sebep, piyasaya alternatif planlı ekonominin son derece hantal ve mekânîk bir merkezî yönetime dayanmasıdır²²⁴. Davranışçı ekonomi piyasa dinamiklerini, söz konusu dış faktörleri de dâhil ederek incelemeye çalışmaktadır. Artan bilgi birikimi, neo-klasik iktisadın pek çok varsayımını sorgulanabilir hale getirmiş; 18. yüzyılın sonunda gelişen özel mülkiyet ve fiyat mekânizması temelli yaklaşımların yetersizliklerini ortaya sermiştir.²²⁵

2.5.2. Maddesel “İlerleme” Düşüncesi ve Fikrî Mülkiyet

Fikrî mülkiyet hukukunun ekonomik ve sosyal gerekçelerine bakıldığında, kavramın günümüz toplumu için arz ettiği önemin kavrandığı söylenemez. Modern toplumlardaki fikrî mülkiyet anlayışı, kârlılığa dayalı serbest piyasa ekonomisi perspektifinin dışına çıkamamakta; fikrî mülkiyetin sosyolojik boyutu neredeyse tamamen göz ardı edilmektedir.²²⁶ Böyle bir ekonomik ve sosyal sürecin ortaya çıkardığı yaşam tarzı, bireyin sürekli daha fazla tüketerek tatmin bulmasını esas alır. 17. yüzyıldan itibaren, pozitif bilimin teknik alanda uygulanmasıyla görece hızlı refah artışı sağlanan dönem, art

²²⁴ II. Dünya Savaşı sonrasında Sovyet modelinin kısa sürede, serbest pazar ekonomileriyle rekabette geri kalmasının en önemli nedeni olarak hantal merkezi yönetim ve bunun yarattığı kaynak israfları gösterilmiştir.

²²⁵ Genel olarak bkz. J.R.Hollingsworth ; Lindberg, L.N., *The Governance Of The American Economy: The Role Of Markets, Clans, Hierarchies, And Associative Behaviour* “Private Interest Government: Beyond Market And State”, (ed) Streeck, W. & Schmitter, Londra, P.C., Sage, 1985, s.221-267

²²⁶ 1859 yılında *Darwin* tarafından *Türlerin Kökeni* adlı eserin yayımlanmasıyla, biyolojik çeşitliliğin ve gelişmenin bir çeşit bilgi aktarımına dayalı olduğu fikri bilimsel gerçeklik kazanmış, teknolojik ilerleme rasyoneli adeta perçinlenmiştir. W. Van Caenegem, *Intellectual Property Law and the Idea of Progress*, IPQ, 2003, s.241 ; V. Gorokhov, *A New Interpretation Of Technological Progress*, Phil & Tech , Fall 1998, Vol.4, No.1, s.26 vd. <http://scholar.lib.vt.edu/ejournals/SPT/v4n1/pdf/GOROKHO2.PDF>

arda gelen iki büyük dünya savaşıyla sonuçlanmıştır. Revize edilen yeni ütopya ise artık, “ilerlemek için ilerlemek” olmuştur. Bugün ilerleme fikri, ne dünyaya egemen olmak, ne de insanlığa adalet getirmek gibi bir ideali barındırmamaktadır.

İlerlemenin neredeyse sonsuz olanaklar sunduğu veya diğer bir deyişle, kaynakların sınırsız olduğu bir dünyada, bilgi birikiminin tüm sorunların üstesinden geleceğine inanmak olasıdır. Aşağıda açıklanacağı üzere bunun doğal sonucu, toplumun artan düzeyde uzmanlaşmaya dayalı, kompleks bir yapıya doğru yol almasıdır. Artan bilgi birikimi uzmanlaşmayı doğurmuş ve bunun sonucunda “bilgi”ye, üretim içindeki fonksiyonu itibariyle malvarlıksal bir değer atfedilmiştir.

İnsanın tatmin ve mutluluk için minimal düzeyde de olsa maddesel gereksinimleri olduğu açıktır. Ancak teknolojik ilerlemenin bu temel ihtiyaçlara, global düzeyde adaletli bir katkı yaptığını söylemek mümkün değildir. Kârlılığa ve buna bağlı olarak verimliliği artırmaya dayalı rasyonellere takılıp kalmış bir düşünce, maddesel ilerlemeye gerekenden fazla beklentiyle yaklaşmaktadır. Belki de gelinen aşama itibariyle batı medeniyetinin maddesel ilerlemesi, artık sürdürülebilir bir tatmin artışı sağlayamamaktadır.²²⁷

Diğer yandan gelişen teknolojinin yarattığı “refah”, insanları daha fazla yeknesak bir düşünce ve yaşam tarzına itmekte, farkında olmadan kimi özgürlükleri sessizce ortadan kaldırmaktadır. Bir başka önemli nokta ise, neredeyse sonsuz gibi görülen teknolojik ilerleme hayalinin, kaynakların sınırlara dayanması sonucu gerçek olmadığının görülmesidir. Buna karşılık hala, bilimin ve ilerlemenin yine kendi yarattığı sorunlara çare olacağı görüşünü savunanların bulunduğu görülmektedir. Bunun en ileri noktası ise, genetik mühendislik yoluyla mutsuzluğun insan psikolojisinden silinebileceği fikridir.²²⁸ Böyle bir ilerlemenin, eğer mümkünse, insanoğlu için başkalaşma anlamına geldiğinin fark edilmesi gerekir.

²²⁷ *ibid.* s.245

²²⁸ İnsanın genel ruh halini düzenleyen serotonin ve dopamin gibi nöro-transmitter kimyasalların üretimiyle ilgili genlerde modifikasyon yapılması.

Maddesel çoğalmayı ilerleme sayan anlayış, fikrî faaliyetin de mülkiyet hakkıyla ödüllendirilmesi gerektiğine inanmış ve bu düşünce günümüze kadar egemen anlayış olarak varlığını korumuştur.

Modern ilerleme ideolojisi, süreğen bilgi birikimine, bu birikimin bireylerin düşünsel katkısıyla gerçekleştiğine, bilginin teknik boyutta uygulanmasına dayalı maddesel çoğalmanın *a priori* olumlu olduğuna ve teknolojik ilerlemenin nihai olarak artan ihtiyaç ve sorunlara çare getireceği fikrine dayanır. Tüm bu temel varsayımlar fikrî mülkiyetin varlık nedenini, kendi kendine açıklamaktadır. Fikrî mülkiyet hukuku, ilerleme ideolojisinin ne denli temel ve belirleyici olduğunun en açık kanıtıdır.

2.5.3. Değerlendirme

Aydınlanma ve piyasa kapitalizmi etrafında ortaya çıkan ve maddesel ilerlemeyi/çoğalmayı temel alan batı ideolojisi endüstriyel devrimle, insan yaratıcılığının ekonomik bir değer olarak mal değişim düzeninde yer almasını sağlamıştır. Bugün gelinen noktada, insan yaratıcılığının eseri olan fikrî ürünler veya diğer deyişle “bilgi”, toplumsal yapının örgütlenmesinde ve düzenlenmesinde o derece belirleyici hale gelmiştir ki, bu fenomenin klasik iktisadi fikirlerle analizi mümkün değildir.

Özellikle fikir ve sanat eserlerinin ekonomi içindeki fonksiyonu ve düzenlenişi incelenirken, internetin veya daha genel ifadeyle Ağ’ın ortaya koyduğu dinamiklerin, klasik iktisat biliminin genellemelerine uymadığı görülmüştür. Bilgi üretme ve yenilikçi fikirler geliştirme bakımından internetin sahip olduğu sosyal etkileşim potansiyeli, henüz tam olarak anlaşılammıştır. İnternet sadece sunucular üzerine yüklü *web* sitelerinden oluşan statik bir bilgi yığını değil; çok taraflı ve çok boyutlu bir iletişim platformudur.

Eser sahibi hakkı, birinci endüstri devrimi etrafında ortaya çıkmış sorunsallar üzerine evrilmiştir. Monark veya aristokratik kökenli iktidar karşısında, ticari teşebbüse özgürlük tanımayı amaçlar. Bir üst yapı kurumu olması nedeniyle hukukun, burada da günün ekonomik ve sosyal çözümlerinin gerisinde kalmış olması doğaldır.

Bu nedenle fikrî mülkiyet ve özellikle fikir ve sanat eserleri hukukundaki gelişmelerin, sadece ekonomik büyüme odaklı değerlendirilmesi mümkün değildir. 100-150 yıl önce ilk telif hakkı yasaları yazılırken dünya, serbest girişim yoluyla endüstriyel atılımı gerçekleştirmekte ve seri üretimin kapılarını aralamaktaydı. Oysa bugün, gezegenin kaynaklarının sonsuz olmadığı, üretimin ve tüketimin daha sağlıklı düzenlenmesinin, artan şiddeti yavaşlatmak yolunda bir gereklilik olduğu anlaşılmıştır. Bu nedenle, fikir ve sanat eserleri hukukunun tüm anlayış ve prensiplerini dijital ortama aktarmanın rasyonel bir gerekçesi bulunmamaktadır.

3. FİKİR ve SANAT ESERLERİ HUKUKUNUN DOĞUMU, GELİŞİMİ ve TEKNOLOJİK KORUMANIN ULUSLARARASI BOYUTU

3.1. POZİTİF DÜZENLEME ÖNCESİ ESER SAHİBİ HAKKI²²⁹

Fikrî mülkiyet haklarının herhangi bir ekonomik yapıda düzenleme konusu olabilmesi için, korsanlığı karlı kılacak, asgari bir teknoloji bulunması gerekir. Başka bir anlatımla, matbaa öncesi dönemde kitapların elle çoğaltılması, içerik üzerinde fiziki materyalden bağımsız, soyut bir hak düşüncesini ortaya çıkaracak ekonomik dinamiklerin bulunmadığını gösterir. Matbaa öncesi toplumun bilgiyle ilişkisi, el yazmalarının dolaşım gücü ve alanıyla sınırlıydı. Matbaa, geniş insan toplulukları için birbirine eş, sabit ve ortak bir belleğin paylaşımının başlangıcı olmuştur.. İnternetin doğumu ise, klasik medyanın merkezi yapısını ortadan kaldırarak, pek çok kişinin aynı anda birden fazla bağlantı noktasına erişebilmesini sağlamıştır.

Ancak belirtmek gerekir ki, herhangi bir metnin belirli bir yazara atfedilmesi fikri, Avrupa tarihinde oldukça eskilere dayanır.²³⁰ Antik Yunan'dan beri bilgi ve bunu açıklama yeteneği tanrı vergisi sayılmış, fakat alınıp satılır bir şey olarak kabul görmemiştir. Aynı şekilde dinsel öğretiler de, fikir açıklamaları üzerinde bireysel sahiplik nosyonuna yer

²²⁹ Fikrî mülkiyet hukukunun diğer büyük altdalı, sînai haklar dahilindeki patent ve markadır. Tarihçelerine kısaca değinmek gerekirse, *patent* hakkının bulunmadığı sanayi üretimi öncesi dönemde, zanaatkarlar gizlilik yoluyla tekellerini korumaya çalışmışlardır. Ancak bilginin yayılması uzun sürmemiş ve aynı araçlar ve ürünler başkalarının da üretilmeye başlayınca, zanaatkarlar loncalar halinde örgütlenerek bölgesel bir pazar kontrolü elde etmeye çalışmışlardır. İngiltere'de Kral, üreticilere vergi karşılığı tekel hakkı tanımış ancak bu tekel durumunun ekonomik planda rekabete olumsuz etkisi üzerine 1623 yılında çıkarılan *Statute of Monopolies* (Monopol/Tekel Kanunu) yasasıyla monarkın tekel hakkı tanıma yetkisi sınırlanmıştır. ABD kolonilerinin her biri önce modern sistemlerden yola çıkarak kendi fikrî mülkiyet rejimini oluşturmuş ve daha sonra 1787 yılındaki Anayasa değişikliğiyle fikrî mülkiyet federal düzenleme alanına sokulmuştur. *Markanın* da tarihsel kökeni loncalara dayanır. Lonca üyeleri ürünlerini kendi adlarıyla damgalar ve bu bir tanıtım fonksiyonu görürdü. Marka koruması önce İngiltere ve devamında ABD'de ortaya çıkmıştır. Marka hakkı, başkasının damgasını kullanmak isteyenlere karşı tedbir olarak, üreticilerin kendi işaretleri yoluyla edindikleri müşteri çevresinin korumak amacıyla İçtihat Hukuku (*Common Law*) tarafından tanınmıştır.

²³⁰ Ilkka Tuomi, *Knowledge Sharing And The Idea Of Public Domain*, UNESCO 21st Century Dialogues, "Building World Knowledge Societies" Seoul, Republic of Korea, July 26-27, 2004 ; Ayrıca bkz. Sterling, "World Copyright Law", s.7-9

vermez. Ancak yine de bilginin paraya tahvil edilmesi bir vaka olarak antik Yunan'da da bulunmalı ki, Platon'un bilgi sattıkları için sofistleri eleştirdiğini görmekteyiz.²³¹

Konfüçyüs kendisini yaratıcıdan çok aracı olarak tanımlamış, bilginin geçmişten, atalardan geldiğine vurgu yapmıştır. Kişinin görevi bunu kavramak, korumak ve aktarmaktır.²³² İslam düşüncesi de tüm bilginin Kuran kaynaklı olduğunu kabul ettiği için, *ilim* konusunun parayla satılması uygun görülmez.²³³

Roma hukukunda,²³⁴ fikrî mülkiyet korumasına karşılık gelebilecek hukuki kurumlar bulunmasa da, fikrî ürünlerin sahipliği çeşitli örnek olaylar bazında tartışma konusu olmuştur.²³⁵ Şair *Martialis* ünlü benzetmesinde, şiiirlerini izinsiz kullananların kölelerini çaldığını söylemiştir.²³⁶

²³¹ P. Burke, s. 150

²³² William P. Alford, "To Steal a Book is an Elegant Offense: Intellectual Property Law and Chinese Civilization", ABD, Stanford University Press, 1995 ; Carla Hesse, *The Rise Of Intellectual Property, 700 B.C.–A.D. 2000: An Idea In The Balance*, s.26'dan naklen, <http://www.amacad.org/publications/spring2002/hesse.pdf>

²³³ Ateş, bu hususu belirttiikten sonra Al-Qarafi'nin, eser üzerinde şahsi bir hakkı kabul ettiğini belirtmektedir, s.32,33. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için Steven D. Jamar, *The Protection Of Intellectual Property Under Islamic Law*, Capital University Law Review, 1992, Vol.21, s.1085

²³⁴ Gaius, *Institutes of Gaius* adlı eserinde bütün hukuku, kişiler, eşya (şeyler) ve eylemler şeklinde üç bölüme ayırır ve eşyayı "maddi" ve "gayrimaddi" şeklinde iki grupta değerlendirir. Bu ayrım, fikrî hak fiksiyonuna yol açan hukuki ve tarihi süreçte bir kilometre taşıdır. Roma Hukuku, *res incorporales* (corporeal / incorporeal: Fiziki varlığı olan ve olmayan) kategorisine yer vermekle bir anlamda, mülkiyetin metafizik boyutunu ortaya koymuştur. Bu ayrım, mülkiyet denilen fiksiyonun, ister maddi isterse gayrimaddi bir varlık üzerinde ortaya çıksın, her zaman bir soyutlama olduğunu ortaya koyar. Örneğin, yine bir aynı hak olan mecra hakkı da bu anlamda, fiziki bir geçiş rotasını değil ve fakat, soyut bir izni ifade eder. Roma Hukukunun 11. yüzyılda Bolonya'da canlanışını takiben bu ayrım, kıta-Avrupası ve *Common Law* sistemlerinde de yer bulmuştur. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Drahos, s.16 vd. ; Ray Patterson, *Copyright in Historical Perspective*, Nashville, Vandebilt University Press, 1968 ; Ayrıca bkz. Armen A. Aichian ; Harold Demsetz, *The Property Right Paradigm*, The Journal of Economic History, March 1973, Vol.33, Issue 1 The Tasks of Economic History, s.16-27

²³⁵ Örneğin, resim yapılan duvarın sahibiyle, ressam arasındaki ilişki gibi bkz. Moore ; Adam D., "Intellectual Property and Information Control", Transaction Publishers, ABD, 2004, s.10-11. Bu konuda çok değerli bir çalışma için bkz. Bruce Bugbee, "Genesis of American Patent and Copyright Law", ABD, Public Affairs Press, 1967. Aynı şekilde eser üzerinde gayri maddi bir hak söz konusu olmamakla birlikte Roma'da kölelerce kopyalanan kitapların ticareti yapılmaktaydı. Romalı şair ve yazarların değişik yerlerde kopyacıardan şikayet ettikleri kayıtlara rastlanır. Bkz. Brander Matthews, *The Evolution of Copyright*, Political Science Quarterly, 1990, Vol.5, Issue. 4, s.585 ; Mehmet Yüksel, *Fikrî Mülkiyet Haklarının Tarihsel Temelleri*, Ankara Barosu Fikrî Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl 1, 2001, C.1, Sayı 2, s.90-99

²³⁶ "İntihal" karşılığı olan *pligarizm*, latince '*plagium*' kökünden gelir ki bu kelime aynı zamamnda, köle veya çocuk kaçırma anlamına da gelir. Bkz. Webster's Illustrated Encyclopedic Dictionary 1990, s.1294

Ortaçağda, etkin bir piyasa mekânizmasının yokluğu sebebiyle yaratıcı kişiler, yerel yöneticilerin ve monarkların himayesinde faaliyetlerini sürdürmüştür. Somut hukuki düzenlemelerin bulunmadığı bu dönemde, bilim ve sanat eserleri bağımsız bir varlık olmaktan çok, söz konusu kişilerin hizmeti olarak kabul edilmiştir.

Fikrî ürünler üzerindeki hukuki korumanın tarihçesi incelendiğinde, bu düzenleme alanındaki gelişimin, bilgi yayma ve işleme araçlarındaki yeniliklerle doğrudan ilgili olduğu görülecektir.²³⁷ Fikir ve sanat eserlerine ilişkin korumanın tarih sahnesinde ortaya çıkışı, matbaanın icadı sonrasına rastlar.²³⁸ Baskı makinesinin ortaya çıkışı ile yazar, ekonomik bağımsızlığa kavuşmuş; himaye altında olmaktan çıkarak, rönesansın “aydın” kimliğine temel oluşturmuştur.²³⁹

Matbaa sonrası dönem, tarihsel planda “imtiyazlar” dönemi olarak görülür.²⁴⁰ Baskı makinesinin devreye girmesiyle beraber kitap ticareti karlı hale gelmiş, basım işleri tekel altına alınmıştır. Basım imtiyazları, Avrupa’da 1400’lü yılların ikinci yarısında ortaya çıkmıştır. İlk imtiyaz, Venedik’te 1469 yılında 5 yıl için *Giovanni Spira* adına verilmiştir.²⁴¹ 15. yüzyılın ilk yarısı Avrupa düzeyinde ekonomik ve hukuki bir dönüşümün başlangıcını oluşturur.²⁴² Hukuki düzlemde Roma hukukunun yeniden keşfi; ekonomik sahada ise yerel şehir ekonomisinden ulusal veya bölgesel pazara geçişin başlangıcı, bu döneme rastlar. Aşağıda İngiltere’deki gelişmelerden bahsedilirken açıklanan *Stationer's Company* 1556 yılında kurulmuştur.²⁴³ “Matbaa mülkiyeti” diye tabir edilen bu

²³⁷ Ancak hukuk, teknolojik gelişimi her zaman arkadan izlemiştir. Örnek olarak, sinema ilk ortaya çıktığında bu yeni teknolojiyi konuşan kitap veya resim derlemesi şeklinde koruma düşüncesi gündeme gelmiştir.

²³⁸ İrini A. Stamatoudi, “Copyright and Multimedia Products”, Cambridge University Press, 2002 ; Ateş, s.33 ; Venedik’te ortaya çıkan bu imtiyazlarla ilgili daha detaylı bir inceleme için bkz. Jaime Stapleton , “Art Intellectual Property & The Knowledge Economy”, Goldsmiths College, University of London, 2002, s.31

²³⁹ P. Burke, s. 23

²⁴⁰ Ateş, s.33-36

²⁴¹ 1500’lü yıllarda basım imtiyazının hukuki ve ekonomik bir kurum olarak tüm Avrupa coğrafyasında yer aldığı görülür. ; Ayrıca bkz. Şafak Erel, “Türk Fikir ve Sanat Hukuku”, 2. Bası, Ankara, İmaj Yayınevi, 1998, s.16-17

²⁴² Jaime Stapleton, “Art Intellectual Property& The Knowledge Economy”, Bölüm 2 *Intellectual Property and Creative Labour in Renaissance Venice*, 2002, s.9,

<http://www.jaimestapleton.info/AIPKE%20texts/Chapter%20Two%20Edit.pdf>

²⁴³ Avrupa’nın diğer yerlerinde imtiyazların ortaya çıkışı için, Alman şehirleri (1479), Milan (1481), Napoli (1489), İspanya (1498), Fransa (1498), Portekiz (1501), Polonya (1505), İskoçya (1507) tarihleri verilebilir.

düzenlemeler, eser sahibine hak tanımayı değil; basım işlerini el sanatlarına dayalı lonca düzenindeki şekliyle rekabete kapalı tutarak, yayımlar üzerinde sansür uygulamayı amaçlar. Bu dönemde izinsiz bir kopya, eser sahibine ekonomik zarar vermesinden çok, zararlı ve denetimden geçmemiş içeriğin yayılmasına hizmet edebileceği için yasaklanmış ve takibat konusu olmuştur.²⁴⁴ Matbaa imtiyazları, bugünkü eser sahibi hakkına öncülük etmiştir. İmtiyaz sistemi Roma hukukundan gelmediği gibi, tamamen yeni bir hak ihdası şeklinde de görülemez. Daha çok, bir ticari faaliyet veya meslek sahasının düzenlenmesi mantığına yakındır. Ancak imtiyaz sisteminin telif hakkına doğru gelişimi, hümanist ve aydınlanmacı mülkiyet hakkı anlayışının etkisini taşır.

İmtiyaz hakkı sahibi, yayımcı, eserin yaratıcısı, sermayedar veya kitapçılar olabilmekteydi. Koruma, otomatik değil; başvuru üzerine bahşedilmekteydi. Ayrıca eseri meydana getirenin değil; ilk başvuranın imtiyaz sahibi olması esastı ve herhangi bir orijinalite unsuru aranmıyordu.²⁴⁵

3.2. ESER SAHİBİ HAKKININ DOĞUMU

Yaratıcı faaliyetin ürünü olan eserler, Anglo-Amerikan *Common Law* sisteminde telif hakkı (*copyright*) çerçevesinde korunurken, aynı koruma kıta-Avrupası'nda, aşağıda açıklanan sebeplerle “eser sahibi hakkı” kavramıyla ifade edilmiştir. Bu iki sistem bazı düşünsel ve felsefi farklılıklar içerir. Pratik farklılıklar ise, bu çalışmada açıklanan uluslararası düzenlemelerle büyük ölçüde giderilmiştir.²⁴⁶

Bkz. Elisabeth Armstrong, “Before Copyright: The French Book Privilege System 1498-1526”, Cambridge University Press, 1990.

²⁴⁴ Kathy Bowrey, *Copyright, Photography & Computer Works- The Fiction Of An Original Expression*, University of New South Wales Law Journal (1995) s. 278-299
<http://www.chickenfish.cc/copy/Publications/Photography.pdf>

²⁴⁵ Stapleton, s.10

²⁴⁶ Jane C. Ginsburg, *A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America* In *Of Authors And Origins: Essays On Copyright Law*, Brad Sherman and Alain Strowel (Ed.), 1994, No.131, s. 131 ; Telif hakkının tarihçesine ilişkin kronolojik bir çalışma için bkz. Matthews, *The Evolution of Copyright*

3.2.1. Anglo-Amerikan Dünyasında “Telif Hakkı”nın Ortaya Çıkışı

Her ne kadar İngiltere’de mülkiyet hakkı öğretisi, yine bir İngiliz olan *Locke*’un fikirlerinden büyük ölçüde etkilenmiş olsa da, aşağıda açıklanacağı gibi 1709 tarihli ilk telif hakkı Yasası, doğrudan “faydacı” felsefenin etkisinde ortaya çıkmış bir düzenleme olmaktan çok, İngiltere’deki kitap ticaretini serbestleştirme amacı taşıyan bir yasadır.. Buna karşılık ABD’de, telif hakkı düzenlemesinin ortaya çıkışı, tamamen “faydacı” anlayışa dayalı bir doktrin içinde gerçekleşmiştir. Geç ortaya çıkmış bir devlet olan ABD’de, mahkemelerce oluşturulmuş bir telif hukuku içtihadı bulunmadığı için, eser üzerindeki hak doğrudan yasama gücü tarafından ve toplumsal fayda düşüncesiyle ihdas edilmiştir.

3.2.1.1. İngiltere, 1709 Statute of Anne Yasası

Modern anlamda eser sahibine özgülenmiş telif hakkı dünyada ilk kez, 1709 yılında İngiltere’de yürürlüğe konan ve dönemin kraliçesinin adıyla *Statute of Anne* diye bilinen düzenlemeyle ortaya çıkmıştır. Ancak *copyright* veya bu çalışmadaki karşılığı ile “telif hakkı”nın hukuki bir kurum olarak *common law* sisteminde ortaya çıkışı, daha eskilere dayanır.

Telif hakkı, yasal düzenleme olarak ulusal hukuk sistemlerindeki yerini almadan önceki dönemde, eserle ilgili hiçbir hukuki korunmanın bulunmadığı düşünülemez.. İngiltere’ye bakılacak olursa, telif hakkı fonksiyonu üstlenen ilk hukuki düzenlemeler bir nevi “edebi patent”(letters patent) şeklinde belirmiştir.²⁴⁷ Yukarıda anlatılan matbaa imtiyazı şeklinde hakların ortaya çıktığı, 1476 sonrası bu dönemde monark tarafından belirli bir eser için yayımcıya tekel hakkı tanınmaktaydı. Bu hak, başlangıçta sadece eski veya antik eserleri konu aldığından, yazar hakkı diye bir şey gündemde değildi. Genellikle 7 yıllık bir süreyi kapsayan bu hak, yenilenebilir nitelikteydi. Ancak bu düzenleme ile modern anlamda telif hakkını ayıran en önemli nokta, genel nitelikte olmaması yani, eser tanımına uyan tüm metinleri değil, fakat seçilmiş bazı eserleri kapsamaması ve eseri meydana

²⁴⁷ Patent hakkının, lonca sistemi içinde ortaya çıkmış bir imtiyaz olduğu daha önceki Bölümde açıklanmıştır.

getirenle zorunlu bir bağ kurmamasıdır.²⁴⁸ Bu dönem düzenlemelerinin temelinde sansür düşüncesi görülür.²⁴⁹

Telif hakkının doğumu açısından İngiltere’de 1709 tarihli Yasa’dan önce mahkemelerin, İctihat hukuku²⁵⁰ (*common law*) çerçevesinde, mülkiyet benzeri sürekli bir eser hakkını tanıdıkları söylenebilir. Matbaanın İngiltere’ye girişiyle beraber yayım imtiyazlarıyla paralel şekilde, izinsiz kitap çoğaltımı gündeme gelmiş ve mahkemeler önlerine gelen davalarda yayımcıları korumuşlardır.²⁵¹ Anlaşılmaktadır ki, Yasa’nın yürürlüğe girmesinde sebep, yaratıcıları korumak değildir. Gerekçesinde yaratıcılığı korumak ve özendirmek ilkeleri esas alınmış gibi görünse de,²⁵² mülkiyet hakkından bağımsız ve sınırlı bir telif hakkı yaratarak yayımcılığın daha rekabetçi bir yapıya kavuşturulması, İngiliz *Queen Anne* Yasası’nın arkasında yatan temel nedendir. Diğer bir deyişle amaç, eserlerin kontrolünü yayımcılardan alarak, yazarlara vermek ve bu suretle, yayımcıların tekelini kırmaktır.

1692 yılına kadar İngiltere’de tüm basım işleri *Stationers Company* tarafından yürütülmekte ve basım imtiyazları bu kuruluş tarafından kullanılmaktaydı. Bu kurum kendisi bir şirket olmayıp, Londralı kitapçıların meslek birliği gibi düşünülebilir. 1709 yılına kadar İngiltere’de kitap basabilmek için *Stationers Company* siciline girmek şarttı. Mevcut rejim içinde basım işleri, büyük ölçüde teknelci yapıdaydı.²⁵³ Bunun amacı da, bir kitabın basımını bir yayımcıya özgüleyerek, basım işlerini, kitap ticaretini ve sansürü düzene tabi tutmaktır. Bu dönemde çoğaltma hakkı yazara değil fakat basımcı şirkete aitti ve böylelikle yayımcı, haksız rekabete karşı korunmaktaydı. 1692 yılında kitap ticaretini

²⁴⁸ “Whale On Copyright”, 5. Bası, s.2

²⁴⁹ Alfred C Yen, s.525

²⁵⁰ İctihat hukuku, önceki mahkeme kararlarını dayanak alan sistemdir. Bu çerçevede mahkemeler, önceleri monark ve daha sonra parlamento tarafından yapılan yasalarca farklı şekilde düzenlenmedikçe, önceki mahkeme kararlarınca ortaya konulmuş prensip ve normlarla bağlıdır.

²⁵¹ Böyle bir ortamda *public domain* diye tabir edilen kamusal bilgi alanından söz etmenin mümkün olmadığı açıktır.

²⁵² “...to encourage learned men to compose and write useful books”

²⁵³ R Deazley, *The Myth of Copyright in Common Law*, Cambridge Law Journal, March 2003, Vol.62, No.1, s.106. Ayrıca bkz. See J Feather, *From Rights in Copies to Copyright: The Recognition of Authors’ Rights in English Law and Practice in the Sixteenth and Seventeenth Centuries* (1992) 10 Cardozo Arts and Entertainment Law Journal, s. 455.

düzenleyen yasanın süresi dolduğunda Avam Kamarası (*House of Commons*), yayımcıların tekellerini kötüye kullandıklarını gerekçe göstererek yenilemeye karşı çıkmış ve bundan sonrası, Yasa'nın yürürlüğe girdiği 1709 yılına kadar, bir kaos dönemi olmuştur.²⁵⁴

Böyle bir ortamda çıkan dünyanın ilk telif hakkı yasası, kitap ticareti üstündeki tekeli kırma amacındaydı ve 28 yıllık bir koruma öngörülüyü.²⁵⁵ Başlangıçta yazarın, eserin kopyaları üzerindeki hakkı mutlak bir mülkiyet hakkı şeklinde tasarlanmıştı ve süreyle bağlı olmaksızın koruma içeriyordu. Ancak Parlamento görüşmeleri esnasında Yasa, önemli değişikliklere uğradı. Mutlak mülkiyet anlayışı, çoğaltma hakkına dönüştü ve koruma süreyle sınırlandı. Takip eden zaman içinde, özellikle İskoçya'da gelişmeye başlayan yayımcılarla, *Stationers Company* bünyesinde örgütlenmiş Londra merkezli yayım camiası arasında bir hukuki çatışma baş gösterdi. Şöyle ki, 28 yıllı sınırlanmış yeni koruma rejimi Londralı yayımcıların tekel konumunu sarsmıştı. Bu sebeple Londralı yayımcılar, Yasa'nın yeni bir hak yaratmadığını fakat içtihat hukukunda(*common law*) zaten mevcut telif hakkının teminat altına alınması amacıyla olduğunu iddia ederken; özgürlük ortamından yararlanan İskoç yayımcılar ise, Yasa'nın yürürlüğe girmesinden sonra içtihat hukukundan gelen bir hakkın artık mevcut bulunmadığını savunuyorlardı. Bu durum karşısında *Stationers Company*, Yasa'nın yürürlüğe girişinden sonra ilk koruma süresi sona ererken, eski içtihat hukukundan gelen *copyright* hakkının devam ettiğini mahkeme önünde ispata girişmiştir. 1768 senesinde verilen *Millar v. Taylor*²⁵⁶ kararında Mahkeme, içtihat hukukunun(*common law*), çoğaltma hakkını yaratmadığını fakat tanıdığını belirtirken, yazarın eserinin maddi semerelerini toplamasının adil olduğu gerekçesine dayanmıştır. Londralı Yayımcılar burada, John *Locke*'un görüşlerine dayanarak telif hakkının doğal malvarlıksal bir hak olduğunu, süreyle sınırlı olmadığını ve bu sebeple 1709 tarihli Yasa'nın bu doğal hakka bir ek teşkil eden tamamlayıcı nitelikte bir düzenleme

²⁵⁴ "The stationer's copyright" bkz. John Ewing, *Copyright and Authors*, First Monday , 2003, C.8, Issue 10, http://firstmonday.org/issues/issue8_10/index.html

²⁵⁵ 14 yıllık ilk sürenin sonunda eser sahibi hayattaysa, 14 yıllık ek bir süre öngörülüyü. Alfred C Yen, s.526. Yasa'nın metni için bkz. http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/a1_8_8s2.html

²⁵⁶ *Millar v. Taylor* (1768) 4 Burr. 2303, *Tanson v. Collins* (1762) 1 Black W. 329

sayılaması gerektiğini ileri sürmüşlerdir.²⁵⁷ Dava neticesinde telif hakkının yasal düzenleme yanında, içtihat hukukunca tanınan bir hak olduğu hükmü ortaya çıkmış ve Yasa'nın getirdiği koruma süresi sınırı ortadan kaldırılarak Yasa adeta işlevsiz kılınmıştır.

Lordlar Kamarası'na gitmeyen ve ilk derece mahkemesinde sonuçlanan *Milar v. Taylor* davasının temyizi niteliğinde, 1771 yılında başlayan *Donaldson v. Becket* davasında Davacı taraf, Yazarın ölümü üzerinden öngörülen yasal koruma süresi geçmiş bulunmasına rağmen Thomson'un "*The Seasons*" adlı eserini basma konusunda sürekli bir hak iddiasında bulunmuştur. Lordlar Kamarası 1774 yılında nihai olarak, yazarın içtihat hukukundan gelen bir hakkı bulunduğunu tespit etmekle beraber, Yasa'nın yayımlanmış eserler bakımından bu hakkı ortadan kaldırarak, içtihat hukukunun yerine geçtiğini belirtmiştir. Bu karar ile telif hakkı, tabii hukuk veya içtihat hukukundan çıkararak, yalnız yasa koyucunun iradesiyle varlık kazanan bir hukuki kurum haline gelmiştir.²⁵⁸ Böylelikle Mahkeme telif hakkının, yasayla ve kamusal menfaatlerle getirilmiş bir düzenleme olduğunu vurgulamıştır. Lordlar Kamarası, 1709 tarihli Yasa'da öngörülen 28 yıllık sürenin dolmasıyla eserin koruma kapsamı dışına çıktığına hükmetmiştir.²⁵⁹

Görülmektedir ki, İngiltere'de modern eser koruması kavramı faydacı görüşleri dayanak olarak doğal hak anlayışı içinde gelişmiş olsa da, ilk kanunlaştırma hareketi içtihat hukukunda yayımcıların elindeki mevcut "doğal hakkı" daraltmak ve eser sahibine özgülemek için yürürlüğe konmuştur.

Dava, yazar ve entelektüel kişiliklerin ilgisi sebebiyle Londra kamuoyunda gündem teşkil etmiş; gazeteler, sektörün içinde yer aldıklarından konuya geniş yer

²⁵⁷ Burada da bir kez daha görülüyor ki, Locke tarafından ortaya konulan mülkiyet kurgulaması yazara ait hakları savunanlar kadar, yayımcının basım imtiyazlarını savunmak için de kullanılabilmiştir.

²⁵⁸ Abraham Drassinower, *Labour and Intersubjectivity: Notes on the Natural Law of Copyright*, Research Paper 01-06 Stanford/Yale Junior Faculty Forum, 2001, http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=275470

²⁵⁹ Bu davanın benzeri 1834 yılında ABD'de görülmüştür. *Wheaton v. Peters*, 8 Pet. 591 (1834). Bu davada ABD mahkemesi, yazarın eser üzerindeki doğal hukuk kaynaklı hakkının, eseri ne şekilde kamuya açıklayacağı veya açıklayıp açıklamama noktasında ortaya çıktığını, ancak eser bir kez yayımlandıktan sonra, artık yasal telif rejimine dâhil olacağını belirtmiştir.

ayırmışlardır.²⁶⁰ Kimsenin yargılanmadığı Davanın etrafta uyandırdığı merakın sebebi, taşrada gelişen bir ticari grubun Londralı *Stationers Company* ile giriştiği bu hukuki mücadelenin, bütün basım sektörünün geleceğiyle ilgili olmasıdır.²⁶¹ Kararla beraber, yıllardır tekel olarak ellerinde tuttıkları pek çok klasik eser kamuya ait mal haline geldiğinden, *Stationers Company* karara tepki göstermiştir.²⁶² Karar bugüne kadar fikrî mülkiyetin tarihçesi çerçevesinde pek çok kez ele alınmıştır ve bu görüşler ışığında genel düşünce, Lordlar Kamarası'nın telif hakkını pozitif bir temele oturttuğudur. Karar Basım sektörünün liberalleşmesi ve yazarların *Stationers Company* patronajından kurtulmasını sağlamıştır.²⁶³

3.2.1.2. A.B.D Hukukunda “Telif Hakkı”nın Ortaya Çıkışı

Statute of Anne, ABD için model bir yapı teşkil etse de, ABD Kanun Koyucusu, İngiltere'deki deneyimleri ve 1709 tarihli Yasa'nın gerçek amacının tekelci yapıyı ortadan kaldırmak olduğunu dikkate alarak, bazı değişiklikler gitmiştir.²⁶⁴ ABD, diğer gelişmiş Avrupa ülkelerinden farklı olarak kuruluş aşamasında fikrî eser ithalatçısı bir ülke konumundayken, 20.yüzyılın ikinci yarısında tüm dünyaya kendi fikrî ürünlerini satar hale gelmiştir.

ABD uygulaması, eser korumasına son derece pragmatik yaklaşarak, zaman zaman malvarlığı, zaman zamansa ekonomik bir menfaat şeklinde yorumlamıştır. Ancak her durumda ABD, kendi kuruluş felsefesiyle uyumlu şekilde, telif hakkını ekonomik rasyonalite temelli bir araç olarak görmüştür. 1790 yılındaki ilk Telif Hakları Yasası, yeni devletin varlığı için gerekli kültürel dokunun oluşmasına katkıda bulunma amacı taşır. Ülkenin kurucuları, eski kıtadan gelen, dine veya soya dayalı yerleşik iktidar odaklarının

²⁶⁰ Mark Rose, *The Author as Proprietor: Donaldson v. Becket and the Genealogy of Modern Authorship*, Brad Sherman and Lionel Bentley (Ed.), “The Making of Modern Intellectual Property Law: The British Experience, 1760-1911”, Cambridge University Press, 1999, s.24

²⁶¹ Abraham Drassinower, *Labour and Intersubjectivity: Notes on the Natural Law of Copyright*, s.2, http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=275470

²⁶² Ewing ,

²⁶³ Rose, s.27

²⁶⁴ Shubha Ghosh, *Deprivatizing Copyright*, Case Western Reserve Law Review, 2004, Vol.54, No.2, s.435

hâkimiyetini kırmak ve tamamen *merkantilist* temellere dayalı bir toplum yaratmak için, demokrasi söyleminin yayılmasını bir ön koşul olarak görmekteydiler. Buradan bakıldığında, ABD düzenlemesinin ortaya çıkışında “faydacı” görüşlerin sıklıkla dile getirildiği görülebilir. 19. yüzyıl başındaki ABD devlet adamları, ülkelerinde bir film ve müzik endüstrisi yaratmayı değil; bu ayak basmamış kıtada devletin kuruluş ideallerinin yayılmasını sağlayacak kültür ürünlerinin yayılmasını önemsiyorlardı.²⁶⁵

Ancak görülecektir ki, fikrî ürün ihraç eden bir ülke haline gelmesiyle başlayan süreçte ABD hukuku, aşırı korumacı bir hal almıştır. Oysa ilk kurulduğu dönemde ABD, yeni oluşan modern bir toplum olarak, Avrupa’nın kültürel egemenliğini üzerinde hissetmekteydi. 1830’lu yıllarda, yabancı eserlere koruma sağlama konusunda önemli bir tartışma yaşanmıştır. Çünkü 1790 tarihli Yasa, ABD kökenli olmayan eserlerin izinsiz çoğaltılmasını yasaklamamaktaydı.²⁶⁶ Yasa’da bunu değiştirmek üzere yapılacak bir değişiklik, o gün için farklı menfaat gruplarını karşı karşıya getirmiştir. Yabancı eserlerin de koruma kapsamında olduğunu iddia edenler, tıpkı İngiltere’de görülen davalara benzer bir argümanla, yabancı eser sahiplerinin 1790 tarihli Yasa’dan bağımsız, *common law* temelli bir hakları bulunduğunu öne sürmüşlerdir. *Wheaton v. Peters* davasında ABD’li bir grup yayıncı, İngiltere’de *Donaldson* davasında olduğu gibi, içtihat hukukuna dayalı sürekli bir telif hakkı bulunduğunu ve bu sebeple 1790 tarihli Yasa’da yer almasa bile, yabancı eserlerin koruma dışında tutulamayacağını iddia etmiştir.²⁶⁷ ABD yargı organları ise, sürekli ve doğal hukuk kaynaklı bir telif hakkını tanımayı reddetmişlerdir. Buna göre, telif hakkının kaynağı içtihat hukuku değil; doğrudan Kongre’nin iradesi olup, konunun uluslararası boyutunu düzenleme yetkisi de yine Kongre’ye aitti. Ancak 1880’lere gelindiğinde yabancı kitapların serbest basımı o derece yaygınlaşmıştır ki, ABD’li büyük ve köklü yayıncılar yabancı eserler konusundaki serbestliğin artık kendi menfaatlerine işlemediğini fark etmişlerdir.²⁶⁸ Bu noktadan sonra büyük yayıncılar eser sahibi haklarının

²⁶⁵ *ibid.* s.50

²⁶⁶ *ibid.* s.52

²⁶⁷ *Wheaton v. Peters*, 8 Pet. 591 (1834)

²⁶⁸ ABD’de yabancı eserler için koruma bulunmaması, hem taşralı yayıncıların işine yaramış hem de yabancı yazarların normalden çok kazanç elde etmelerini sağlamıştır. ABD’deki hukuki koruma yokluğu sebebiyle

evrenselliğini, öne sürmüş ve yabancı yazarlarla yapacakları yayın sözleşmelerini koruma kapsamına alan değişiklikleri savunarak,, yabancı kitaplarla ayakta duran küçük yayıncıları piyasadan silecek süreci başlatmışlardır. Özellikle 1886 yılında Bern Konvansiyonu'nun kabulü bu hareketi hızlandırmıştır. ABD Kongresi artan baskılar karşısında 1891 yılında İngiltere ile yaptığı ikili anlaşmayla, karşılıklı telif hakkı korumasını kabul etmiştir.²⁶⁹

ABD, Bern Konvansiyonu'nu 1989 yılına kadar kabul etmese de, 1891 yılından başlayarak ABD dışı eserlere koruma tanımıştır. Özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısında, ABD film ve müzik endüstrisi tüm dünyaya yayılmış ve bunun neticesinde ABD, Bern Konvansiyonu'na dahil olmamasına rağmen global ölçekte telif haklarının korunması çabalarına katılmıştır. Bu dönemde ABD telif hukuku doktrininin, başlangıçtaki faydacı görüşlerden uzaklaşarak eser sahibinin fikrî çabasını öne çıkardığı görülür. Bu konuda dönüm noktası bir dava 1903 tarihli *Bleistein v. Donaldson*²⁷⁰ kararıdır. Davalı sirk afişindeki resimleri ticari amaçla çoğaltmış ve savunmasında resimlerin telif hakkı korumasından yararlanmaya yetecek sanatsal değer ve özgünlükten yoksun olduğunu ileri sürmüştür. ABD Yüksek Mahkemesi²⁷¹ ise, yargının sanat yapıtlarının değerini ölçmek gibi bir görevi olmadığını ve daha da önemlisi, her türlü resmin bireyin kişiliğinin doğadaki yansımaları olduğunu belirtmiştir. Mahkeme kararında, kişinin el yazısının bile sahibinin özelliklerini taşıyabileceğini ifade etmiştir.²⁷²

ABD'li büyük yayıncılar, eserleri İngiltere'de piyasa çıkmadan önce ABD'de basabilmek için İngiliz yazarlara yüksek ücretler ödemişlerdir.

²⁶⁹ Hesse, s. 42

²⁷⁰ (188 U.S. 239)

²⁷¹ *Supreme Court*

²⁷² Emek teorisinin açıkça ortaya konduğu 1954 tarihli *Mazer v. Stein* 347 U.S. 201, 219 (1954), kararında ise Yüksek Mahkeme, yaratıcı faaliyet için feda edilen zamanın ve emeğin karşılanması gerektiğini açıkça ifade etmiştir. Karar ABD'nin, Avrupa'nın ekonomik gücüne rakip olmaya başladığı bir zamanda ortaya çıkmıştır ve ABD doktrinindeki değişimin bir göstergesidir.

3.2.2. Kıta-Avrupası ve Türkiye’de Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunun Doğumu²⁷³

Yukarıda açıklandığı üzere Anglo-Amerikan hukuk âlemi, *Locke*’un temsilcisi olduğu faydacı yaklaşımdan esinlenirken; kıta-Avrupası, yukarıda açıklanan *Kant*²⁷⁴ ve *Hegel*²⁷⁵ kökenli yaklaşımla, eseri yaratıcının kişiliğinin devamı olarak görmüştür. Kıta-Avrupası hukukunda yer bulan bu görüşe göre bir kimse, kişiliğinin uzantısı olan eser üzerinde kontrol hakkına sahip olmalıdır. Yaratıcı ile kişiliğinin bütünleştiği eser arasında ayrılmaz bir bağ olduğu kabul edilir. Bu çerçeveden bakıldığında devletin görevi, yaratıcının doğal hukuk çerçevesinde mevcut haklarını korumaktır. Diğer bir deyişle, eser sahibi hakkı yasayla varlık kazanmaz; yasadan önce mevcut “doğal” bir haktır.

3.2.2.1. Almanya, Fransa ve Türkiye’de İlk Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Düzenlemeleri

1700’lü yıllara gelindiğinde, Paris’teki yayıncılar loncası da Londra’lı meslektaşları gibi, pek çok dini ve ticari metin üzerinde basım tekeli kazanmıştı. Alman şehirleri ve prensliklerinin tamamında sansür, basım imtiyazları ve loncaları düzenleyen özel yasalar bulunmaktaydı.

18. yüzyıl Avrupa için önemli bir dönüşüm süreci olmuş ve gelişen burjuvaziyle, kitap ticaretinde kısa zamanda önemli bir hareketlenme yaşanmıştır. Artan bu talep karşısında, sunulabilecek dini içerik dışı eser sayısındaki kıtlık, yazarlığın bir meslek olarak doğumunda etkili olmuştur. Bu dönemde yazarlar, eseri bütün haklarıyla yayıncıya satmak yerine, belirli bir sayı için yetkilerini devreden anlaşmalar yapmaya yönelmişlerdir.²⁷⁶

²⁷³ N. Kınacıoğlu, *Türkiye’de Fikrî Hakların Gelişimi ve Nazari Esasları*, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Anısına Armağan, Batider, 1990, s.550

²⁷⁴ I. Kant, “Critique of Practical Reason and Other Works on the Theory of Ethics”, Thomas Kingmill Abbott (Trans.), İngiltere, Longman and Green and Co, 1879.

²⁷⁵ G.W.F. Hegel, *Elements of the Philosophy of Right*, H.B. Nisbet (Çev.), CUP, 1991

²⁷⁶ Hesse, s.32

Yazar haklarını yasal düzenlemeye kavuşturma çabaları, 1789 Fransız Devrimi’ni takiben diğer kıta-Avrupası ülkelerine yayılmıştır.²⁷⁷ Çıkan yasa, mali haklar / kişilik (manevi) hakları ayırımı kabul eden, düalist kuram etkisinde bir düzenleme olmuştur. Fransız Devrimi’ni ortaya çıkaran görüşler, gerçek kişi eser sahibine münhasır haklar getiren yasal düzenlemeleri doğurmuştur.²⁷⁸ Düşünce ürünü eser üzerindeki hakların, doğal hukuk kaynaklı özel bir kutsiyete sahip olduğu fikri, Fransız Devrimi’yle yaygınlık kazanmıştır.²⁷⁹

18. yüzyıl başında Parisli ve taşralı yayıncılar arasındaki çekişmelere bir çözüm getirmek isteyen Fransa Kralı, imtiyazların mutlak bir mülkiyet hakkı değil, kendi cömertliğiyle bahşedilmiş yetkiler olduğunu beyan ederek, imtiyazların sınırlanabilir olduğunu belirtmiştir. Ancak bunun neticesindeki gelişmeler, ne Paris’in tekeline azaltmış ne de taşradaki korsan baskıları önleyebilmiştir. 1777’ye gelindiğinde artan tepkiler karşısında Kral, “edebi mülkiyet” kavramını kabul etmese de, yazarlara kendi imtiyazlarını tanımak zorunda kalmıştır. Bu imtiyaz sürekli ve mirasla intikal edici nitelikte olmakla beraber, herhangi bir yayıncıya devri halinde 10 yıla sınırlı ve bir kez yenilenebilir nitelikteydi. Parisli yayıncılar yasaya direnç göstermiş ve greve gitmişlerse de; 1789’la beraber tüm basım imtiyazları kaldırılmıştır. 1793’de İngiliz Yasası’ndan esinlenen bir kanunla yaratıcılarına eser üzerinde mülkiyet benzeri bir hak tanınmıştır.²⁸⁰ Buna göre bilim, edebiyat ve güzel sanat eserleri sahipler ve besteciler, hayatları boyunca ve ölümlerinden sonra belirli süre için eser sahibi hakkına sahiptirler. Yasa, İngiliz hukukundaki *Donaldson v. Beckett* davasındaki tartışmayı baştan önlemiş ve sürenin dolmasıyla eserin kamuya mal olacağını açıkça belirtmiştir.²⁸¹ Bu düzenleme, Fransa’da sonraki eser koruması düzenlemelerine temel oluşturmuştur.²⁸² Fransız düzenlemesi, İngiliz

²⁷⁷ Sam Ricketson ; Jane C. Ginsburg, “International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond”, Oxford-New York, Oxford University Press, 2006, s.6

²⁷⁸ Bkz. Ricketson ; Ginsburg, s.5

²⁷⁹ Ateş, s.111

²⁸⁰ 17 Haziran 1793 tarihli *Sieyès* Yasası. Ancak 1791 tarihli başka bir düzenlemeyle önce drama eserleri için temsil hakkını tanımıştır. Bkz. Matthews, s.591

²⁸¹ Böylelikle zamanın Fransa’sının iki ünlü entelektüeli *Diderot* ve *Condorcet* arasındaki tartışma, sürekli bir hakkın öğrenme ve araştırma bakımından olumsuz olacağını savunan *Condorcet* lehine sonuçlanmıştır.

²⁸² Hesse, s.38-39

Statute Of Anne Yasası'na kıyasla eser sahiplerine daha geniş haklar getirmiştir. Fransız Devrimi'yle ortaya çıkan eser üzerindeki "kutsal" hak anlayışı, kısa sürede Avrupa'nın diğer ülkelerinde de etkisini göstermiştir.²⁸³

Kıta-Avrupası'nın diğer büyük ve önemli hukuk ekolü Almanya, Fransa'daki tartışmaları takip etmişse de, 1870 yılına kadar birleşik bir Alman Devleti'nin bulunmaması, hukuki düzenlemenin ortaya çıkmasını engellemiştir. Yine de bu süre zarfında, kimi Alman şehir devletlerinde Fransa'daki *Sieyès* Yasası'na benzer düzenlemeler görülmüş; 1794 yılında Prusya, yayımcılarla beraber yazarlara kimi imtiyazlar tanımıştır.²⁸⁴ Eser sahibi hakkını tanıyan ilk düzenlemenin tarihi 1837'dir. 1837 tarihli Prusya Yasası, genel bir eser sahibi hakkı tanımış, izinsiz çoğaltmaları yasaklamış, müzik ve sahne eserleri bakımından temsil hakkına yer vermiştir. Koruma süresi, yazarın ölümünden sonra 30 yıl olarak belirlenmiştir.²⁸⁵ Alman Devletleri'nin 1870 yılında birliklerini sağlamaları üzerine 1871 tarihinde bu Yasa Alman İmparatorluk Kanunu halini almıştır.²⁸⁶

Kıta-Avrupası'nda eser sahibi hakkının niteliğine ilişkin görüşlere bakıldığında, "monist" ve "düalist" olmak üzere iki farklı anlayış görülür.

Alman öğretisi monist bir yaklaşımla, kişilik haklarının ve mali/malvarlıksal hakların ayrılmaz bir bütün oluşturduğu görüşünü benimsemiştir. Bunun pratik sonucu, eser sahibi hakkının bir bütün olarak devir konusu yapılamamasıdır. Alman monist yaklaşımında eser üzerindeki hak yaratıcıdan bütünüyle ayrılıp, bağımsız bir malvarlığı gibi devredilemez.²⁸⁷ Bu sebeple monist yaklaşımda devir problemi, lisans sözleşmeleriyle çözümlenir. Sahibinin eser üzerinde kişiliğinden ayrılabilir bir mali hakkı bulunmadığı için, lisans sözleşmesi yetkilerin kullanımını devreder.

Buna karşılık, Fransız hukukunun düalist yaklaşımı, mali hakların neredeyse her zaman yapımcı veya yayımcılara devredildiği bugünkü şartlara daha uygundur. Bugün için

²⁸³ Fransa'yı takiben Hollanda ve Belçika'da benzer yasalar yürürlüğe girmiştir.

²⁸⁴ Napolyon döneminde ise Fransız Medeni Yasası Alman şehir devletlerinde uygulanmıştır.

²⁸⁵ Ayiter, s.22

²⁸⁶ Sterling, s.54

²⁸⁷ Bkz. Bölüm 2.2.2.4

gerek AB çerçevesindeki uyumlaştırma çabaları, gerekse WIPO bünyesindeki düzenlemeler bu ayrımın pratik sonuçlarını büyük bir ölçüde törpülemiştir.²⁸⁸

3.2.2.2. Türkiye’de Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunun Kısa Tarihçesi ve Teorik Temeli

Türkiye’de Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunun gelişimi, Batı’daki modern hukuk sistemleriyle paralel, fakat matbaanın Türkiye’ye giriş tarihine bağlı olarak, gecikmeli bir seyir izlemiştir. Matbaa, icadından yaklaşık 300 yıl sonra ilk kez 1727 yılında Osmanlı topraklarına ulaşmış, ancak 1839 Tanzimat ve 1856 Islahat Fermanları’nda basın-yayınla ilgili herhangi bir hüküm yer almamıştır. Matbaa ve basım işleriyle ilgili ilk düzenleme 1857’de yayımlanmış Matbaalar Nizamnamesi’dir.²⁸⁹ Sansür amaçlı bu düzenlemenin 8. Maddesinde bazı haklar tanınmıştır. Avrupa’daki basım imtiyazına benzer bir düzenleme getirilmiş ve eser sahibine fikrî çabasının karşılığında, eserlerini bastırmak konusunda hayat boyu geçerli bir tekel hakkı tanınmıştır.²⁹⁰ Bu hak, eser sahibinin onayıyla bedelli veya bedelsiz olarak üçüncü kişilere devredilebilmektedir. Nizamname, matbaacıların anlaşılabilir sayıdan fazla baskı yapmalarını cezai yaptırıma bağlamıştır.²⁹¹

Matbaalar Nizamnamesi ile aynı yıl yürürlüğe giren Telif Nizamnamesi ise kitap basımındaki tekeli ortadan kaldırmış ve eser sahiplerine daha geniş bir koruma sağlamıştır. Telif Nizamnamesi de yazara ömür boyu imtiyaz tanımakta ve eğer yazar eserini bastırma imkânına sahip değilse, kendisine Maarif Meclisince öngörülen bir ücret ödenerek eser, devlet tarafından da basılabilmekteydi. 1872 yılında Nizamname’de yapılan değişiklikle yazarın hakkı 45 yıl ile sınırlanmış ve ölümü halinde kalan sürenin mirasçılarca

²⁸⁸ Michael B. Gunlicks, *A Balance of Interests: The Concordance of Copyright Law and Moral Rights in the Worldwide Economy*, 11 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 2001, Vol.601, s.669 ; Ayrıca bkz. P. Bernt Hugenholtz, *A Free Information Ecology in a Digital Environment*, Conference, NYU School of Law, 31 March - 2 April, 2000, <http://www.ivir.nl/publications/hughenholtz/thegreatcopyrightrobbery.pdf>

²⁸⁹ Tekinalp, 1850 tarihli *Encümen-i Daniş Nizamnamesinin* de “telif hakkı” içerdiğini belirtmektedir. s.83

²⁹⁰ Ayiter, s.29 ; Ateş, s.38 vd

²⁹¹ Ayiter, s.30

kullanılacağı hükme bağlanmıştır. Tercüme eserler için öngörülen koruma süresi ise 20 yıl olarak belirlenmiştir.²⁹²

Osmanlı İmparatorluğu'nda bunu takip eden diğer önemli düzenlemenin tarihi 1910'dur. "Hakk-ı Telif Kanunu"²⁹³ diye adlandırılan bu düzenleme, bugünkü FSEK'in yürürlüğe girdiği 1952 yılına kadar Türkiye Cumhuriyeti'nde de geçerli olmuştur. 42 Maddeden oluşan Hakk-ı Telif Kanunu, gerek 1886 tarihli Bern Konvansiyonu ve gerekse genel anlamda fikir ve sanat eserleri hukukuyla bağdaşmayan hükümler içermekteydi.²⁹⁴ Fotoğraf, sinema eseri ve radyo yayınları eser koruması kapsamında değildi ve sahne eseri olarak sadece tiyatro kabul edilmişti. Bundan daha da önemlisi, 1910 tarihli Kanun, eser korumasından yararlanmayı tescil şartına bağlamaktaydı.²⁹⁵

Cumhuriyet döneminde yeni bir kanun hazırlamak konusunda ilk girişim, 1939 yılında Eğitim Bakanlığı'nın talebi üzerine, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyelerince ve Prof. *Hirsch*'in katkılarıyla hazırlanan taslak olmakla beraber bu çaba, o dönem sonuç vermemiştir. 1948 yılında Adalet Bakanlığı, Prof. *Hirsch*'ten bu tasarımı tamamlamasını istemiş ve *Hirsch* tarafından hazırlanan taslak, 5 Aralık 1951 tarihinde kabul edilerek, "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu" adıyla 1 Ocak 1952 tarihinde yürürlüğe girmiştir.²⁹⁶ O günden beri çeşitli değişikliklerle yürürlükte kalan FSEK, hazırlandığı dönem itibariyle, Bern Konvansiyonu'na uygun bir düzenleme olup, 1983, 1995, 2001 ve 2004 yıllarında önemli değişiklikler geçirmiştir.²⁹⁷ Türk Hukuku bakımından FSEK'in yanı sıra Borçlar Kanunu'nda da fikir ve sanat eserleri hukukuna dair hükümler bulunmaktadır. Eser sahibi hakkı üzerindeki tasarruf işlemlerini düzenleyen yayın (neşir) sözleşmesi,

²⁹² *ibid.*

²⁹³ "Hakk-ı Telif Kanunu" (1911) Düstur, Tertib-i Sani, 2.c. Dersaadet,

²⁹⁴ Erel, s.28 ; Ateş, s.39

²⁹⁵ Hakkı Telif Kanunu'nun 24. Maddesine göre ihlal sebebiyle dava açılabilmesi için tescil şarttır. *Hirsch*, "Hukukî Bakımdan Fikrî Say", s.100-101

²⁹⁶ 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun yayımı için bkz. *RG*.13.12.1951/7981

²⁹⁷ İlk değişiklik 1.11.1983 tarih ve 2936 sayılı Kanun'la [*RG* 3.11.1983/18210], ikinci değişiklik ise 7.9.1995 tarih ve 4110 sayılı Kanun'la [*RG*. 12.6.1995/22311] yapılmıştır. 5846 sayılı Kanun'da yapılan değişikliklerin üçüncüsü 21.2.2001 tarih ve 4630 sayılı Kanun'la [*RG*.3.3.2001/24335(Mükerrer)] gerçekleştirilmiştir. Sonuncusu ise 2004 yılında 5101 sayılı Kanun'la yapılmıştır.

BK’da düzenlenmiştir.²⁹⁸ Bu düzenlemeler dışında, fikrî haklarla ilgili tüzük, yönetmelik, kararname ve tebliğ gibi bir dizi ikincil nitelikte mevzuat da bulunmaktadır. FSEK’te 2001 yılında 4630 ve 2004 yılında 5101 sayılı Kanun’larla, bu çalışmanın konusunu oluşturan teknolojik koruma konusunda kimi hükümler getirilmiştir.²⁹⁹ Bunun yanında Türkiye 02/05/2007 tarihinde kabul edilen 5646 ve 5647 sayılı kanunlarla 1996 tarihli WIPO Andlaşmalarını kabul etmiştir.³⁰⁰

Türk özel hukukundaki Alman etkisi ve genel olarak Prof. *Hirsch*’in Türk Fikrî Mülkiyet Hukukuna katkısı dikkate alındığında, monist yaklaşımın tercih edildiğini ileri sürenler de olmuştur.³⁰¹ Türkiye’de *Hirsch* tarafından “Eser Sahipliği Teorisi” başlığı altında geliştirilen bu görüşe göre eser üzerindeki hak, eseri meydana getiren ve eser arasındaki ilişkiden kaynaklanan objektif bir durumdur.³⁰² Eser sahibi hakkı, sübjektif bir hak değil, sübjektif hakların kaynağıdır. Bu hukuki duruma bağlı olarak eser sahibine münhasır, malvarlığı ve kişilik hakları ortaya çıkar.³⁰³ Başka yazarlarca da benimsenen bu anlayış çerçevesinde eser, onu yaratan kişinin şahsında objektif bir hukuki statü meydana getirir.³⁰⁴ Bu hukuki menfaat kural olarak üçüncü kişilere devredilemez ve mirasla geçmez.³⁰⁵ Buna karşılık, Türk Hukukunu düalist teoriye yakın görenler “eser sahipliği”

²⁹⁸ BK m. 373-381. Borçlar Kanunu’nun yayın sözleşmesi ile ilgili hükümleri konusunda detaylı inceleme için bkz. N. Franko, “Türk Borçlar Kanunu’na Göre Yayın Sözleşmesinin Hükümleri”, Ankara, 1981 ; Tekinalp, s.89 Cevdet Yavuz,” Türk Borçlar Hukuku”, İstanbul, Beta, 2002, s527-551

²⁹⁹ Bu düzenlemeler aşağıda daha detaylı ele alınmıştır.

³⁰⁰ Bkz. Bölüm 3.4.4

³⁰¹ Bkz. Ayiter, s.37 ; Erel, s.14 ; Buna karşılık Tekinalp “İki Cephe Teorisi” adı altında Türk fikir ve sanat eserleri hukukunun düalist teoriye daha yakın olduğunu, FSEK m.19 ve 48 vd. hükümlerini örnek göstererek belirtmektedir.

³⁰² Hirsch, “Hukukî Bakımdan Fikrî Say”, s.117-119, 128

³⁰³ Hirsch, *Eser Sahipliği-Fikrî ve Sınai Hakların Mahiyeti Hakkında Yeni bir Görüş*, s.338

³⁰⁴ Erel, s.14-15

³⁰⁵ “Bu hukuki durumdan doğan her münferit hak ve her münferit salâhiyet, üçüncü şahıslara devir halinde bile, *muayyen bir hakiki veya hükmi şahsa ayrılık kabul etmez bir surette bağlı oları sahiplik vaziyetinin neticeleri olmak hassasını muhafaza eder*. Bundan dolayı sözü geçen hak ve salâhiyetler, ancak bunların, izah ettiğimiz doğum sebebine uygun olduğu nispet ve derecede, üçüncü şahıslar tarafından dermeyer edilebilir. Bu da, gayri tabii bir şey değildir. Aktedilen bir mukavele neticesinde doğan münferit bir hak üçüncü bir şahsa devredilirse, üçüncü şahıs bu hakkı mücerret bir alacak olarak değil, müşahhas şekilde, yani muayyen bir hukuki münasebetten doğan bir talep hakkı olarak iktisabeder ve bundan dolayı, münferit talep hakkının kaynağı olmak itibarıyla mukaveleden neşet eden bilcümle mukabil hakları, def ileri, itirazları ve tahditleri hoş görmek mecburiyetindedir.” Hirsch, *Eser Sahipliği-Fikrî ve Sınai Hakların Mahiyeti Hakkında Yeni bir Görüş*, s.339

kavramının FSEK’te yer almadığını belirtir. Buna ek olarak, FSEK Madde 48 uyarınca mali hakların her türlü tasarrufuna izin verilmesi, düalist teoriyi savunanların bir başka dayanağıdır. Belirtmek gerekir ki, 2004 yılında FSEK’te yapılan değişiklikle eser sahipliğinin gerçek kişilere özgülenmesi, monist anlayışın kabul edildiği izlenimi yaratsa da, Türk kanun koyucusunun böyle bir teorik ayrımı tutarlı şekilde gözettiğini söylemek zordur. Söz konusu tarihsel perspektif bir yana bırakılacak olursa, teorik planda eser sahibi hakkını mülkiyet ve kişilik hakları çerçevesinde birleştiren *sui generis*³⁰⁶ hak teorisi, bugün Türk hukuk doktrini için de hâkim teori ve anlayış olarak görülebilir.³⁰⁷

Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, eser sahibi hakkını, mali ve manevi haklar olmak üzere iki kısma ayırmış ve bunları “sınırlı sayı” içinde tespit etmiştir. Bir başka deyişle Türk Hukukunda, eser sahibine genel yetki veren bir düzenleme yoktur.³⁰⁸

3.2.3. Kıta-Avrupası Kökenli Bir Kurum: Manevi Haklar³⁰⁹

Kıta-Avrupası’nda fikir ve sanat eserleri hukuku, eser üzerindeki korumayı, doğrudan mali bir hakla ilişkilendirmediğinden, “*copyright*” benzeri bir terimi değil, fakat genel bir tanım olan “eser sahibi hakkı”(author’s right) kavramını tercih etmiştir. Çünkü eser sahibinin hakları, sadece eseri çoğaltmayı veya mali hakları değil; kişilik teorisi ışığında doğrudan mali nitelikte olmayan bazı hakları da içerir. Manevi haklar, eserin yaratıcısının ticari menfaatlerden bağımsız, kişisel tatmin ve sosyal tanınma gibi beklentilerinin karşılanmasına yarar. Özellikle günümüzde hukuk, her ne kadar öncelikli

³⁰⁶ Bkz. Sosyal Planlama Teorisi Bölüm 2.2.2.3

³⁰⁷ Ateş, s.118

³⁰⁸ Ayiter, s.113

³⁰⁹ Genel olarak bkz. Lionel Bently ve Brad Sherman, “Intellectual Property Law”, 2. Bası., Oxford, Oxf. Uni. Press, 2004. AB üyesi ülkelerde manevi hakların durumu için bkz. Marjut Salokannel ve Alain Strowel, *Study Contract Concerning Moral Rights In The Context Of The Exploitation Of Works Through Digital Technology* –Final Report, April 2000, The European Commission's Internal Market Directorate-General, http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/etd1999b53000e28_en.pdf, ; Mike Holderness, *Moral Rights and Authors’ Rights: The Keys to the Information Age*, JILT, 1998, Vol.1 ; Manevi hakların kıta-Avrupası’ndaki tarihçesi ve son derece kapsamlı genel kaynakça için bkz. Ricketson ve Ginsburg, s.585-598 ; Ateş, s.126 vd

olarak eserin ticari potansiyeli üstünde dursa da, sanatçılar ve bilim insanları bu eserleri sadece maddi menfaat için yaratmazlar. Asıl beklentileri tanınmak, eserin kültürel veya bilimsel değeri sebebiyle toplumda belirli bir statü elde etmek ve yaratıcı olarak yeteneklerinin takdir edilmesi veya sadece insanlığa fayda sağlamak olabilir.

17. ve 18. yüzyılda görülmeye başlanan manevi haklar, kıta-Avrupası hukuk sistemlerinin ayrılmaz bir parçası olmuştur. Manevi haklar bir yönüyle, aydınlanmanın bireyi ön plana çıkaran romantik atmosferinin ürünüdür. Eser, yaratıcısının kişiliğinin bir parçası olarak onu temsil eder ve eserin uğrayacağı zararlar, yaratıcısı üzerinde doğrudan entelektüel ve sosyal etkiye sahiptir. Fransa manevi haklar doktrinine öncülük etmiştir.

3.2.3.1. Uluslararası Düzenlemelerde ve Farklı Hukuk Sistemlerinde Manevi Haklar

Manevi haklar kategorisi içinde tanımlanan hukuki menfaatler, Fransız ve Alman hukuk sistemlerinin etkisiyle 1928 yılında Bern Konvansiyonu'na girmiştir. ABD, 1988 yılında Bern Konvansiyonu'nu kabul etmiş fakat; manevi hak korumasının haksız rekabet ve kişilik haklarına ilişkin hükümlerle de sağlanabileceği gerekçesiyle, 1990 yılına kadar manevi haklara ilişkin açık bir düzenlemeye iç hukukunda yer vermemiştir.

Bern Konvansiyonu Madde *6bis*,

"Eser sahibi, mali haklarından bağımsız olarak ve bu hakların devrinden sonra dahi, eseri üzerindeki sahipliğini ileri sürmek ve eserinin her türlü tahrifine, bozulmasına veya diğer değişikliklerine veya onur veya şöhretine zarar verebilecek her türlü küçük düşürücü fiilleri önlemek hakkına sahiptir.

Yukarıdaki paragrafa uygun olarak eser sahibine tanınan haklar, kendisinin ölümünden sonra en az mali hakların ortadan kalkmasına kadar devam eder ve korumanın talep edildiği ülkenin mevzuatı ile yetki verilen kişiler veya kuruluşlar tarafından kullanılır. Ancak, sözleşmeye katılma veya onama süresinde, mevzuatında yukarıdaki paragrafta öngörülen bütün haklar ile ilgili olarak, eser sahibinin ölümünden sonra koruma

düzenlememiş bulunan ülkeler, bu haklardan bazılarının, eser sahibinin ölümünden sonra devam etmeyeceğini öngörebilir.”³¹⁰

şeklinde düzenlenmiştir. Madde 6bis yaratıcı kişinin eser sahibi olarak tanınmasını, eser üzerinde kendisini küçültecek ve eser sahibi olarak şöhretine zarar verecek nitelikte değişikliklerin yasaklanmasını hükme bağlamıştır.³¹¹

TRIPs Anlaşması Madde 9/1 uyarınca Bern Konvansiyonu Madde 6bis, TRIPs çerçevesinde öngörülen uyuşmazlık çözümü ve icra mekânizmalarının dışında bırakılmıştır.³¹² Bir başka deyişle TRIPs, her ne kadar Bern Konvansiyonu’na yaptığı atıfla manevi hakları kapsamana almışsa da, taraf devletin manevi haklarla ilgili gerekli düzenlemeleri yapmamasını, TRIPs kapsamında ortaya konan yaptırımlardan muaf tutmuştur. Bu tercihin gerekçesi, TRIPs’in uluslararası ticareti düzenlemek maksadıyla hazırlanmış bir düzenleme oluşudur. Ancak yine de, Bern Konvansiyonu’nun 6bis dışındaki bir maddesine dayandırılabilirdiği ölçüde, manevi hak kapsamındaki kimi değerlerin korumadan yararlanması mümkün olabilir.³¹³

Bern Konvansiyonu Madde 6bis, eserin yaratıcısının adının belirtilmesi ve eserde değişiklik yapılmasını menetme şeklinde iki manevi hak belirler. Türk Hukukunda³¹⁴ da yer verilen bu haklar, eserden ticari yararlanma hakkı başkasına devredilmiş olsa bile eser sahibine, adının belirtilmesini isteme ve şahsiyet haklarını zedeleyecek olumsuz değişiklikleri yasaklama imkânı verir.

Eserle beraber yaratıcının isminin belirtilmesi, sorumluluk hukuku açısından da bir gerekliliktir. Çünkü eserle ilgili doğabilecek uyuşmazlıkların muhatabı eser sahibidir. Buna ek olarak, eserin gerçek yaratıcısının bilinmesinde kamu menfaati bulunduğu, kolaylıkla ileri sürülebilir.

³¹⁰ Madde çevirisi için bkz. “DPT 8. Beş Yıllık Kalkınma Planı Fikrî Haklar Özel İhtisas Komisyonu Raporu”

³¹¹ Maddenin yorumu hakkında bkz. Ricketson ; Ginsburg, s.599-614

³¹² Mira T. Sundara Rajan, *Moral Rights in Information Technology: A New Kind of 'Personal Right'?*, International Journal of Law and Information Technology, 2004, Vol.12, No.1, s. 37

³¹³ Bern Kon. m.10/3, 10bis/1 ve 11 bis/2. Bkz. Ricketson ; Ginsburg, s.617-618

³¹⁴ FSEK. m.15 ve 16

Aşağıda detaylı incelenecek olan 1996 tarihli WIPO İcralar ve Fonogramlar Andlaşması (WPPT) 5. Maddesinde, Bern Konvansiyonu Madde 6bis’de belirtilen manevi hakları icracılar için de geçerli kılmıştır. Bu, manevi haklar doktrininin 21. yüzyılda hala geçerli ve ayakta olduğunu göstermektedir. Tarihsel sürece bakıldığında, manevi hakların özü itibariyle 1789 Haklar Bildirgesi’nde ve 1948 tarihli Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmesi’nde de yer aldığı görülür.³¹⁵ Uluslararası platformda manevi hakların yer aldığı iki belge Bern Konvansiyonu ve WIPO PPT Andlaşması’dır.³¹⁶

Manevi haklar, medeni hukuktaki kişiye sıkı sıkıya bağlı haklara benzer. Bu sebeple devredilemezler. Manevi haklar, kişilik haklarına oranla daha spesifik ve etkin özel bir koruma türü oluşturur.

Manevi haklar, mali haklardan bağımsız olsa da, dolaylı olarak bazı parasal sonuçlu etkileri vardır. Özellikle eserde değişiklik yapılmasını men etme yetkisi, eseri, ticari veya kişisel amaçlı olarak kullanacaklar için önemli sınırlamalar getirerek³¹⁷ tartışmaya açık durumlarda eser üzerindeki hakları devralanların, eseri diledikleri gibi kullanmaktan kaçınmalarına neden olabilir. Sıkı bir manevi haklar rejimi, kültürel çeşitlilik üzerinde olumsuz etki yapacaktır.³¹⁸

Kimi hukuk sistemleri, manevi haklarda devir veya feragate izin vermezken, bunun mümkün olduğu hukuk sistemlerinde yayımcılar ve yapımcılar standart sözleşmelere koydukları hükümlerle eser sahibinin feragatini sağlamaktadırlar.³¹⁹ İngiltere ve İrlanda dışarıda bırakılacak olursa, Avrupa’da manevi haklardan feragatin mümkün olduğu tek

³¹⁵ Rajan, s.38 ; İfade özgürlüğü ve manevi haklar ilişkisi için bkz. Leslie Kim Treiger-Bar-Am, *The Moral Right Of Integrity: A Freedom Of Expression*, Oxford Intellectual Property Research Centre St Peter’s College, University of Oxford, Ekim 19, 2004, <http://www.oiprc.ox.ac.uk/EJWP0804.pdf>. Manevi hakların insan haklarıyla ilişkisi üzerine bkz. Holderness a.g.m.

³¹⁶ Rigamonti, s.358

³¹⁷ Michael Rushton, *The Law and Economics of Artists’ Inalienable Rights*, Department of Economics, University of Regina, Discussion Paper, 2001, No. 95, <http://www.econ.uregina.ca/research/papers/095.pdf>

³¹⁸ İngiltere’de, muhabirlere geçtikleri haber metinleri üzerinde değişiklik yapılmasını menetme hakkı tanınmamaktadır. Bkz. Holderness M. Berne Konvansiyonu m. 1(8)’de haber ve gerçek vakalara ilişkin bilgilerin Konvansiyon kapsamında olmadığı belirtilmektedir.

³¹⁹ Rajan, s.41

hukuk sistemi Hollanda Krallığı'dır.³²⁰ Ancak yine de kişilik haklarına saldırı oluşturacak değişiklikler tasarruf dışı tutulmuştur. Manevi haklar doktrininin özünde, kişiye sıkı sıkıya bağlılık yatar. Kuşkusuz tüm haklar gibi, manevi hakların kullanılmasında da iyiniyet esastır.³²¹

İngiltere, Bern Konvansiyonuna taraftır ve iç hukukunda manevi haklara yer vermiştir. 1988 tarihli İngiltere Patent ve Telif Hakları Yasası (*Copyright, Designs and Patents Act*) Madde 77 adın belirtilmesi hakkını, ancak yazılı olarak kayıt altına alınması halinde tanımakta; geniş bir eser kategorisi içinse hiç kabul etmemektedir. Bunlar arasında; yazılım, bilgisayar tarafından üretilen içerik, istihdam ilişkisi içinde üretilen eserler, Krallık ve Parlamento'nun sahipliğindeki eserler ve haber amaçlı yazılar sayılabilir. Eserde değişikliği menetme bakımındansa, daha dar olmakla beraber, yine bir grup istisna tanınmıştır.³²² Bu düzenlemenin, Bern Konvansiyonu'nun öngördüğü minimum kriterin altında kaldığı öne sürülmektedir.³²³

ABD ise uzun süre manevi haklar adı altında ayrı bir düzenlemeye gerek olmadığını savunmuş; ancak 1990 yılında *Visual Artists Rights Act* içinde manevi haklara kısmen yer vermiştir. ABD film endüstrisinin, yönetmenlerin manevi hak sahibi durumuna gelmelerini istememesi, bu gecikmenin önemli bir sebebidir.³²⁴

AB açısından bakıldığında ilgi çekici bir durum, bugüne kadar manevi haklar konusunun topluluk hukuku düzeyinde ele alınmamış olmasıdır.³²⁵ Kıta-Avrupası içinde

³²⁰ 1988 yılında Hollanda Krallığı Mahkemesi, Samuel Beckett'in *Godot'u Beklerken* adlı eserinin tamamen kadın oyuncularından oluşan bir kastla temsiline karşı açılan davayı reddetmiştir. (Pres. Rechtbank Haarlem 29 April 1988, *AMI* 1988 n No. 4/83). Aynı prodüksiyon Fransız mahkemesince hukuka aykırı bulunmuştur. (*Brut de Béton S/ Jérôme Lindon* 1992), (3ème Chambre du Tribunal de Grande Instance de Paris a, 15 Octobre 1992, *RIDA* No. 155 - Janvier 1993). Bkz. Holderness, a.g.m.

³²¹ Bkz. E.1998/10031, K. 1999/250 sayılı Yargıtay Kararı, Hamdi Yasaman, "Fikrî ve Sînai Mülkiyet Hukuku", İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, s.8'den naklen.

³²² m. 80 ve 81

³²³ S. McCartney, *Moral Rights under the United Kingdom's Copyright, Designs and Patents Act 1988*, Columbia Journal of Law and the Arts, 1991, Vol.15 ; http://elj.warwick.ac.uk/jilt/infosoc/98_1hold/

³²⁴ Bu değişikliğin sebebi, yazılım korsanlığını engellemesi için Çin'e baskı yapan ABD'nin, kendisine yöneltilen uluslararası yükümlülükleri yerine getirmediği eleştirilerini bertaraf etme düşüncesidir. Bkz. Holderness, a.g.m.

³²⁵ Rigamonti, s. 357-358

Fransa, Almanya ve İtalya hukuk sistemlerinde *umuma arz*(kamuya açıklama)³²⁶, *adın belirtilmesi*³²⁷, *değişiklik yapılmasını menetme*³²⁸ ve *geri çağırma*³²⁹ yetkileri, manevi hak olarak tanınmaktadır. Adın belirtilmesini isteme hakkı, yaratıcının eserle ilgili olarak tanınmak istediği ismi belirlemesi anlamına gelir.³³⁰ Kamuya açıklama ve geri çağırma haklarının kullanımı, daha önce üçüncü kişilere devredilmiş mali haklara zarar verse de, yine de mümkün olabilir. Ancak manevi hakların kullanılması sonucu devraldığı hak zarar gören üçüncü kişinin tazmin edilmesi gerekecektir.³³¹ Eser sahibinin, üçüncü kişilerle yaptığı sözleşmeye rağmen, eseri geri çağırabilmesi veya umuma arz hakkına dayanarak eserin piyasaya sürülmesine engel olabilmesi için haklı bir gerekçe bulunması beklenir. Eserin geri çağırabilmesi için gerçekten yaratıcıya zarar veren bir durum söz konusu olmalıdır.

Eser üzerindeki değişiklikleri menetme hakkı, özellikle işleme hakkıyla beraber düşünülmelidir. Bir mali hak olan işleme hakkının³³² devredildiği durumlarda, değişikliği menetme hakkının bir ölçüde sınırlanacağı açıktır.³³³ Fransa’da bu hak, yazılım söz konusu olduğunda sadece yaratıcının şeref ve itibarını zedeleyen hallerle sınırlanmıştır.³³⁴ Almanya’da ise film ve filmlerde kullanılan materyaller için ayrı bir hüküm getirilmiştir.³³⁵ Buna göre, eser sahibi bu haklarını sadece eserin büyük ölçüde çarpıtıldığı hallerde ve yapımının menfaatlerini dikkate alarak kullanabilir.

³²⁶ *disclosure*, FSEK m.14

³²⁷ *attribution*, FSEK m.15

³²⁸ *integrity*, FSEK m.16

³²⁹ *withdrawal*

³³⁰ Bu konuda davalarla ilgili olarak bkz. Rigamonti, dipnot 65-68

³³¹ Bkz. FSEK m.14 (Değişik fıkra: 03/03/2001 - 4630/8. md.) Eserin umuma arz edilmesi veya yayımlanma tarzı, sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek mahiyette ise eser sahibi, başkasına yazılı izin vermiş olsa bile eserin gerek aslının gerek işlenmiş şeklinin umuma tanıtılması veya yayımlanmasını men edebilir. Men etme yetkisinden sözleşme ile vazgeçmek hükümsüzdür. Diğer tarafın tazminat hakkı saklıdır.

³³² FSEK m. 21 –İşleme Hakkı : Bir eserden, onu işlemek suretiyle faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir.

³³³ Aynı yönde bkz. Hirsch, *Eser Sahipliği-Fikrî ve Sınai Hakların Mahiyeti Hakkında Yeni bir Görüş*, s.340,

³³⁴ Rigamonti, dipnot 73

³³⁵ İtalya da film yapımcılarının adaptasyon için gerekli değişiklikleri yapabileceklerini kabul etmiştir. Bkz. *ibid.* dipnot 74

Mali hakların “kamuya mal olma” sebebiyle son bulduğu hallerde, manevi haklar devreye girebilir. Fransız mahkemesi 2004 tarihli kararında, *Victor Hugo*’nun sefiller adlı romanına yapılan eklemeleri hukuka aykırı bularak izin vermemiştir.³³⁶ Fransa manevi hakları süreyle sınırlamamış olmasına karşılık Almanya, özellikle eserde değişikliği menetme hakkının süresiz olamayacağını kabul eder.³³⁷

3.2.3.2. Manevi Haklara Genel Bakış ve Sözleşme Kurumuyla İlişkisi

Manevi haklar genel olarak devredilemez niteliktedir ve eserin yaratıcısı gerçek kişi veya onun mirasçılarınca kullanılır.³³⁸ Eser sahibi, mali hakları elinde bulundurduğu müddetçe, manevi haklar yardımcı veya ek bir fonksiyon görecektir. Manevi hakları ihlal eden eylemler pek çok durumda, evleviyetle mali hakları da ihlal edecek; dolayısıyla mali haklar altında tanınan koruma, manevi haklara dayanmaya gerek kalmaksızın ihlalin engellenmesine imkân sağlayacaktır.³³⁹

Bu da göstermektedir ki, manevi hak korumasının tanınmasından daha önemlisi, söz konusu korumanın sözleşmeyle bertaraf edilememesidir. Manevi hakların esas koruma alanı, yaratıcının mali haklarını üçüncü kişilere devrettiği hallerdir. Manevi hak tartışması büyük çoğunlukla eser sahibi ile, mali haklarını devrettiği yapımcı/yayımcı arasında ortaya çıkacaktır.

Umuma arz (kamuya açıklama) hakkı, eserin üçüncü kişilere kısmen veya tamamen ilk kez gösterilmesi veya toplumun bilgisine sunulmasıdır. Bu hakkın kullanımı, eser sahibinin haklarını daha eser tamamlanmadan sözleşme ile devrettiği hallerde önemli olabilir. Bu durumu yansıtan bir dava, yaklaşık yüz yıl önce Fransız mahkemesi önüne gelmiştir. *Sir William Eden*³⁴⁰, ressam *James McNeill Whistler* ile karısının bir portresi için sözleşme yapmış; fakat eser tamamlandıktan sonra fiyat anlaşmazlığı sebebiyle ressam

³³⁶ *ibid.* dipnot 99

³³⁷ *ibid.* dipnot 100

³³⁸ Örneğin; Alman Mahkemesi adın belirtilmesi hakkını bir yapım şirketi için tanımamıştır. Belçika da aynı prensibi benimsemiştir. *ibid.* s.359

³³⁹ *ibid.* s.369

³⁴⁰ Cass. ch. civ., Mar. 14, 1900, D.P., I, 497 (Fr.), *ibid.* dipnot 112’den naklen.

portreyi teslim etmemiştir. *Sir Eden* dava açmış ve Fransa'da en üst yargı makamı olan *Cour de Cassation*; ressamın, eseri değil; semeni iade zorunluluğu olduğuna hükmetmiştir. Dava her ne kadar kamuya açıklama hakkına ilişkin olarak şöhret kazanmış olsa da aslında Fransız Mahkemesi kararında, hizmet sözleşmelerinde borçlunun spesifik icraya zorlanamayacağı gerekçesine dayanmıştır.³⁴¹

Geri çağırma hakkı, eser sahibinin meydana getirdiği bir eseri, kendi görüşlerini yansıtmadığı gerekçesiyle sonradan ticari kullanımdan çekebilmesi olarak tanımlanabilir. Ancak bu hakkın mutlak şekilde kabulü, tüm lisans sözleşmelerinin her an ortadan kaldırılabilir olması sonucunu doğurur. Hakkın düzenlenişi bakımından, eser sahibinin lisans hükümlerine aykırı şekilde geri çağırma hakkını kullanabilmesi için karşı tarafın zararını tazmin etmesi gerekir.³⁴²

Adın belirtilmesi ve değişikliği menetme hakları bakımından kıta-Avrupası hukuk sistemleri, eser sahibi hakkı üzerindeki tasarruf işlemlerinde uyulması zorunlu kurallar içerir. Fransız, Alman ve İtalyan hukuk sistemleri, eser üzerinde yaratıcının adının konmasını zorunlu tutar.³⁴³ Manevi hakların sözleşme hükümleriyle ne derece değiştirilebileceği sorusu, önemli bir hukuki tartışmadır. Mesele, sözleşme özgürlüğü prensibinin sınırları çerçevesinde de analiz edilebilir. Örneğin, yazdığı romanın filme uyarlanmasına izin veren ve hatta eserinin orijinal halinden farklı tarzlarda işlenmesine izin verdiğini açıkça sözleşmeye yazan kişi, bu açık beyanına karşın değişiklik yapılmasını menetme hakkına sahip olacak mıdır? Alman mahkemesi, film için uyarlanırken romanının sonunun değiştirilmesini eserin büyük ölçüde çarpıtılması olarak kabul etmiş; ancak yazarın yazılı izin vermiş olmasını dikkate alarak, yapımcının haklı olduğuna hükmetmiştir.³⁴⁴ Benzer bir uyuşmazlık Fransa'da, ünlü edebi karakter *Fantomas*'ın filme uyarlanmasında söz konusu olmuştur. Yazar açıkça her türlü karakterizasyona izin verdikten ve karşılığında bedelini aldıktan sonra, manevi haklarına dayanarak sözleşmeyi

³⁴¹ *ibid.* s.373, Alman hukukundan farklı bir görüş için bkz. Tekinalp, s.155

³⁴² *ibid.* s.375

³⁴³ *ibid.*

³⁴⁴ *ibid.* s.365

feshetmek istemiş; sözleşmenin manevi haklarını sınırlayarak kişilik hakkını ihlal ettiğini ve kamu düzenine aykırı olduğunu iddia etmiştir. İlk derece mahkemesi³⁴⁵ yazarı haklı bulsa da, istinaf mahkemesi³⁴⁶ kararı bozarken, yazarın açıkça rızasını beyan ettiğine, bunun karşılığında bir bedel aldığına, karakterizasyonunun esere dayanmadığı fakat eserden esinlendiğinin açıkça belirtildiğine işaret etmiş ve manevi hakların, eser sahiplerine bilerek ve isteyerek taraf oldukları sözleşmeleri ortadan kaldırma imkânı vermediğine hükmetmiştir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, söz konusu davanın bir özelliği, yazarın ilk sözleşmeye itirazından sonra, ek ücret ödenerek açık rızasını içeren bir ikinci sözleşme yapılmış olmasıdır. Bir başka deyişle, eser sahibinin feragati ve bunun karşılığında ödenen bedel hiçbir şüpheye yer bırakmayacak kadar açıktır. Dolayısıyla, Mahkemenin kararı hakkın kötüye kullanılması bakımından da geçerli bir yorumdur. Asıl dikkat çekici olan, karakteri yaratan yazarın daha önce bir dava açarak, ayrıca bedele hak kazanmış olmasıdır. Mahkeme ancak, ikinci kez ayrıca ve açıkça bir bedel ödenmesinden sonra feragati hukuken tanımıştır.

Fransız ve Alman içtihatları, manevi haklardan feragatin, ancak mali haklara ilişkin sözleşmede açıkça tanımlanan yetkilerin kullanılabilmesi haliyle sınırlı olduğunu ortaya koyar.³⁴⁷ Genel ve muğlâk şekilde ifade edilmiş feragat *kloz*ları geçerli sayılmayacaktır.

Adın belirtilmesi hakkı bakımından, eser sahibi, anonim kalmayı veya takma isim kullanmayı önceden sözleşmeyle kabul etse bile her zaman bu hakkını ileri sürebilir.

Sonuç olarak manevi hak kuramı çerçevesinde şu tespitler yapılabilir: Bir eser meydana getirmek üzere taahhütte bulunan, borcunu spesifik olarak ifa etmek zorunda değildir. Şartları varsa tazminat ödenecektir. Umuma arz hakkı bu çerçevede değerlendirilir. Eser sahibi, açık veya zımni (örtülü) rıza gösterdiği durumlarda, eseri geri çağırma hakkını kullanamamalıdır. Yukarıdaki açıklamalar ortaya koymaktadır ki, manevi

³⁴⁵ T.G.I. Paris, 3e ch., Jan. 7, 1969, 60 RIDA 1969, 166, 168 (Fr.) *ibid.* dipnot 134

³⁴⁶ CA Paris, 1e ch., Nov. 23, 1970, 69 RIDA 1971, 74 (Fr.) *ibid.* dipnot 135

³⁴⁷ Rigamonti, s.377. Türk Hukuku'nda "feragat" *resmi senet tanzimi ve bu hususun Resmi Gazete'de ilanı suretiyle* mümkündür. (FSEK m.60)

hak grubu içinde sayılan çeşitli yetkileri ayrı ayrı değerlendirmek gerekir ve her birinin kullanılması, farklı hukuki sonuçlar doğurur. Bir hukuk sisteminin manevi hakları kabul ettiğini söylemek, bu hakların söz konusu hukuk sisteminde etkin şekilde korunduğu anlamına gelmez. Manevi hakların düzenleniş şekli ve sözleşme serbestisi karşısındaki emredici nitelikleri de, bir o kadar önemlidir. Çünkü hakkın varlığının ötesinde, manevi hakların eser sahibine gereken korumayı sağlayabilmesi, sözleşmeyle değiştirilemeyen emredici bir özün bulunmasını gerektirir.³⁴⁸

3.2.3.3. Farklı Hukuk Sistemlerinde Manevi Hak Koruması³⁴⁹

Manevi haklardan bir kurum olarak beklenen hukuki korumanın sağlanması, mutlaka kıta-Avrupası hukukunda olduğu gibi, kişiye sıkı sıkıya bağlı devredilemez bir hak şeklinde düzenlenmesini gerektirmez. Yukarıda da açıklandığı üzere, eser sahibi ile ihlalde bulunduğu iddia edilen kişi arasında bir sözleşme ilişkisi olup olmaması, manevi hakların değerlendirilmesi açısından son derece önemli ve belirleyicidir. Anglo-Amerikan sistemlerinde, önceden aksi bir taahhüt olmayan durumlarda *umuma arz hakkı*, mülkiyet ve özel hayatın gizliliği kurumları içinde korunur.³⁵⁰ Değişikliği menetme hakkının akit dışı bir ilişkide gündeme gelmesi pek olası değildir. Çünkü söz konusu değişiklik, öncelikle işleme hakkı olmak üzere, başkaca mali hakları ihlal edecektir.³⁵¹

Esas tartışma, manevi hakların, sözleşmeyle mali hakları devralmış tarafa karşı ileri sürülmesinde ortaya çıkar. İngiltere ve ABD hukukunda, sözleşme ilişkisine paralel olarak, “umuma arz” ve “geri çağırma” haklarının konu edildiği fazla uyumsuzluk bulunmamaktadır. İngiliz hukuku, bir kimsenin taahhüt ettiği eserin aynen ifasına

³⁴⁸ *ibid.* s.380

³⁴⁹ AB ülkelerinde manevi haklarla ilgili toplu ve detaylı bir çalışma için bkz. Marjut Salokannel ; Alain Strowel, *Study Contract Concerning Moral Rights In The Context Of The Exploitation Of Works Through Digital Technology*, Final Report, Study contract n° ETD/99/B5-3000/E°28 , April 2000, European Commission's Internal Market Directorate, http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/etd1999b53000e28_en.pdf

³⁵⁰ Rigamonti, dipnot 160-165

³⁵¹ Bu hususta ABD hukukundaki en önemli dava olan *Gilliam v. American Broadcasting Co.* 538 F.2d 14 (2d Cir. 1976) davasında da uyumsuzluğun özünde paralel bir mali hak ihlali iddiası bulunmaktadır. Aynı durum ünlü *Monthly Python* programının haklarını BBC'den satın alarak ABD'de yayınlamak isteyen ABC televizyonu davasında da söz konusu olmuştur.

zorlanamayacağını kabul eder.³⁵² Bu bakımdan İngiliz hukukundaki istisna sözleşmesine ilişkin kurallar, umuma arz hakkının fonksiyonunu görmüştür. Buna karşılık Anglo-Amerikan hukukunda, sözleşme ilişkisi bünyesinde “adın belirtilmesi” ve “değişikliği menetme” hakkına ilişkin pek çok dava bulunmaktadır. İngiliz hukukunda sözleşmede açıklık bulunmayan hallerde, eserde önemli değişikliği menetme hakkının tanındığı görülmektedir.³⁵³ ABD hukukunda *Curwood v. Affiliated Distributors, Inc*³⁵⁴ Davasında, açıkça eserdeki karakterlerin geliştirilebileceği³⁵⁵ sözleşmede belirtilse de, mahkeme bunu çok dar yorumlamış ve farklı bir esere dönüştürülmesini sözleşme dâhilinde bulmamıştır. Burada Mahkeme, eser sahibinin devredilemez bir hakkına değil; genel borçlar hukuku yorumuna dayanarak, manevi hak teorisiyle aynı hukuki sonuca varmıştır. Kuşkusuz, sözleşmede daha açık bir dil kullanılsaydı, davanın eser sahibi aleyhine sonuçlanabileceğini düşünmek gerekir.

Bu hususta ayrıksı bir örnek İsviçre hukukudur. İsviçre, kıta-Avrupası hukuk sisteminde bulunsa da, 1992 yılındaki kanun değişikliğine kadar manevi haklar İsviçre hukukunda yer almamıştır. Ancak diğer hukuki mekânizmalar yoluyla bu tarihten önce de belirli bir manevi hak koruması sağlanmaktaydı. İsviçre mahkemeleri bunu, kişilik hakları çerçevesinde gerçekleştirmiştir.³⁵⁶ Eser sahibine manevi haklar adı altında tanınan imkânların, başka hukuki teori ve mekânizmalar yoluyla da gerçekleştirilebileceği görülmektedir. Kuşkusuz bu değişik yaklaşımlar, farklı kapsam ve uygulamaları da beraberinde getirmektedir.

Gerek İngiltere gerekse ABD süreç içinde telif hukukunu düzenleyen yasalarda, eser sahiplerinin devredilemez manevi nitelikte haklarına yer vermişlerdir. İngiltere 1988 tarihli *Copyright, Designs and Patents Act* (“CDPA”) adlı düzenlemeyle, ilk kez manevi hakları kategorik olarak tanımıştır. Bu düzenleme, içtihat hukukunda(*common law*) mevcut korumanın yerine geçmemiş; ona ek şeklinde tasarlanmıştır. Bu düzenleme, *common law*

³⁵² *Clarke v. Price* (1819) 37 Eng. Rep. 270 (Ch.)

³⁵³ Rigamonti, dipnot 202

³⁵⁴ *ibid.* dipnot 212

³⁵⁵ *elaborate*

³⁵⁶ Rigamonti, s.392

bünyesindeki telif hakkının sınırlarını daralttığı ve sözleşmelerde yer alacak feragat klotlarına geçerlik tanıdığı için eleştirilmiştir.³⁵⁷ Yukarıda da belirtildiği gibi ABD, TRIPs ve Bern Konvansiyonu bağlamında 1990 yılında *Visual Artists Rights Act* (VARA) içine eklediği bölümle manevi haklara yer vermiştir. CDPA'ya göre Ortodoks manevi hak öğretisine daha yatkın görünen ABD düzenlemesi bu korumayı, “*visual art*” (görsel sanat) kategorisindeki eserlerle sınırlı tutmuştur. Diğer eserler, ABD hukukunda, yukarıda anlatıldığı şekilde, kişilik hakları ve haksız rekabet hükümlerince koruma altındadır.

Sonuç olarak ortaya çıkan şudur ki, bir hukuk sisteminin, manevi haklar doktrininin beşiği kıta-Avrupası hukuk sistemi içinde yer alması veya kavramsal düzeyde manevi hak teorisine yer vermesi; manevi hakların konusunu oluşturan menfaat ve ilkelerin gözetilmesi açısından pek az etki yaratmaktadır. Önemli olan manevi hak nosyonu altındaki değerlerin ihlali halinde, eser sahibinin kullanabileceği hukuki mekânizmalar ve bunların etkinliğidir. Fikir ve sanat eserleri hukuku altında düzenlenmeksizin de; gerek medeni hukuktaki kişilik hakları ve gerekse sözleşme hukukunun temel prensiplerinden yola çıkarak, manevi unsurlara hukuki koruma sağlanması mümkündür. Manevi hakların korunması açısından en önemli husus, sözleşme serbestisi içinde ortadan kaldırılamayacak biçimde düzenlenmeleridir.

3.2.3.4. Türk Hukukunda Manevi Haklar

Manevi haklar, Türk Hukukuna 1952 yılında FSEK ile girmiştir. Bundan önce Hakk-ı Telif Kanunu'nda hüküm bulunmadığı için, genel hükümler çerçevesinde koruma söz konusu olmuştur.³⁵⁸

Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda, FSEK Madde 14-19 arasında düzenlenen manevi haklar, herkese karşı ileri sürülebilen, sınırlı sayı (*numerus clausus*) ilkesine tabi, mirasa konu olmayan haklardır.³⁵⁹ Kıta-Avrupası ekolüne dâhil Türk hukuk doktrininde, manevi haklar kişilik hakları çerçevesinde değerlendirilir. Sınırlı sayı ilkesi kimi yazarlarca

³⁵⁷ *ibid.* s.400

³⁵⁸ Ateş, s.129, dipnot 189

³⁵⁹ Genel olarak bkz. İlhami Güneş, *Eser Sahibinin Manevi Hakları*, FMR, 2003, C.3, Sayı 4, s.11

eleştirilmekteyse de,³⁶⁰ yukarıda görüldüğü üzere fikir ve sanat eserleri hukukundaki spesifik manevi hakların yeterli olmadığı durumlarda, her zaman medeni hukuktaki kişilik hakları teorisi devreye sokularak kısmen de olsa, eksiklikler tamamlanabilir.³⁶¹ Teknik olarak Türk Hukukunda manevi haklar mirasla geçmez, ancak FSEK m.19 uyarınca, belirli ölçüde eser sahibinin mirasçıları tarafından da kullanılır.³⁶² Esere saldırı halinde FSEK Madde 66-70 arasında öngörülen davaların mirasçılarca açılıp açılmayacağı sorusu tartışmalıdır.³⁶³ Türk Hukukunda mali haklardan farklı olarak, manevi haklar süreyle sınırlandırılmamıştır.

*Umuma arz*³⁶⁴ hakkını ihlal eden fiilin ayrıca, çoğaltma, temsil veya yayma ve benzeri mali hakları ihlal etmesi gerekmez. Eser sahibinin rızası olmadan eserin kamuya sunulması, teknik bakımdan alenileşmesi³⁶⁵ anlamına gelmeyeceği için, umuma arz doğrudan alenileşmeye bağlı hukuki sonuçları doğurmaz.³⁶⁶ Bu nedenle sahibinin rızasıyla umuma arz edilmemiş bir eser haciz, hapis gibi işlemlere ve diğer kamu hukuku düzenlemelerine muhatap değildir. Umuma arz yetkisi, eserin kamuya açılıp açılmamasını (FSEK Madde 14/1), bunun zamanını ve şeklini belirleyebilmeyi içerir. Bu üç yetki de münhasıran eser sahibine aittir. Ancak, istihdam ilişkisi içinde meydana getirilen eserler için umuma arz yetkisinin işverene ait olduğu kabul olunur.³⁶⁷ Yine de bunu kesin bir kural gibi anlaşılması; olayın özelliklerine göre eser sahibine, tazminat ödemek suretiyle umuma arzı engelleme hakkı verilebileceğinin göz önüne alınması gerekir.

Umuma arz hakkını kapsayacak şekilde üçüncü kişiye yetki devrinde bulunmuş olsa bile, eserin umuma arz edilmesi veya yayımlanma tarzı, sahibinin şeref ve itibarını

³⁶⁰ Arslanlı, s.79,80 ; Eleştiri için Erel, s.97 vd. ; Tekinalp s.151, dipnot 5. Ayrıca bkz. Thomas Merrill ; Henry Smith, *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, 110 YALE L. J., 2000, Vol.110, No.1, s.1

³⁶¹ Aksi yönde bkz. Ayiter, s.114

³⁶² Alman Hukukunda eser sahibi hakları, külli olarak manevi haklarla birlikte mirasçılara geçer.

³⁶³ Yargıtay 1983 tarihli bir kararında bu dava haklarını, mirasçılara ve mali hak sahiplerine tanımıştır ancak Tekinalp, kararın eleştirisini yapmakta ve bağlantılı haklarla ilgili düzenlemeler sonrasında geçerliliğini yitirdiğini söylemektedir. Bkz. Tekinalp, s.152

³⁶⁴ Bkz. Hirsch, “Hukukî Bakımdan Fikrî Say”, s.133-137

³⁶⁵ FSEK m.7/1

³⁶⁶ Aynı yönde bkz. Hirsch, “Hukukî Bakımdan Fikrî Say”, s.63

³⁶⁷ Tekinalp, s.156

zedeleyecek mahiyette ise eser sahibi, eserin gerek aslının gerek işlenmiş şeklinin umuma tanıtılmasını veya yayımlanmasını men edebilir. FSEK Madde 14/3'e, 2001 yılında getirilen bu hüküm, umuma arz hakkından feragatin mümkün olmadığını ortaya koymaktadır. Şartları varsa, diğer tarafın tazminat hakkı saklıdır. Ancak tazminat ile neyin kastedildiği belirsiz olup, eser sahibinin yaptığı yetki devrinin kapsamı ve yetkiyi devralan kişinin iyiniyetli beklentileri esas alınarak, hakkaniyete dayalı hareket edilmesi gerektiği sonucuna varılabilir. Buna göre, yetkilendirmenin geri alınması, ancak şeref ve itibarı zedeleyici veya eser sahibi ile yetkilendirilen kişi arasındaki anlaşmaya aykırı hareketler olması halinde mümkündür. Yukarıda da belirtildiği üzere, eseri sahibinin rızası olmadan umuma arz etmek, mali haklardan bağımsız bir hukuki ihlaldir. FSEK Madde 14/2'de, umuma arz yetkisinin eser hakkında bilgi verme ve tanıtma yetkisini de içerdiği belirtilmiştir.

Adın belirtilmesi yetkisi³⁶⁸ yukarıda da belirtildiği üzere, Bern Konvansiyonu Madde 6bis ile asgari koruma rejimine alınmıştır. FSEK Madde 15/1'e göre, sahibinin gerçek veya takma(müstear) adı ile ya da isim belirtmeksizin, eseri umuma arz etme veya yayımlama hususunda karar verme yetkisi münhasıran eser sahibine aittir. Adın, sadece eser üzerinde değil, eserin kullanıldığı her yerde belirli açıklıkla belirtilmesi gerekir.³⁶⁹ İstihdam ilişkisi içinde dahi bu yetki, eseri meydana getiren işçiye aittir. Ancak gazete haberleri, tanıtım filmleri gibi işin doğasından kaynaklanan istisnalar bulunduğu kabul edilir.³⁷⁰ Bunun dışında, kişiye sıkı sıkıya bağlı niteliği sebebiyle söz konusu haktan feragat geçersizdir.³⁷¹ Ancak eser sahibinin adını belirtmeme konusundaki taahhüdünü ihlal etmesi, tazminat konusu olabilir. Herhangi bir eserin kendisine atfedilmesini istemeyen kişi ise, doğrudan Medeni Kanun'daki kişilik haklarına dayanabilir

Eserde değişikliği menetme yetkisi, FSEK Madde 16'da düzenlenmiş olup eser sahibinin izni olmadıkça, eserde veya eser sahibinin adında kısaltmalar, ekleme ve başka

³⁶⁸ Bkz. Hirsch, "Hukukî Bakımdan Fikrî Say", s.137-141

³⁶⁹ *ibid.* s.158

³⁷⁰ *ibid.* s.159

³⁷¹ m. 14'de olduğu gibi özel bir hüküm yoktur.

değiştirmeler yapılması yasaklanmıştır. Eserin yorumunda söz konusu olabilecek aşırılıklar ve aykırılıklar da değişikliği önleme yetkisini gündeme getirebilir.³⁷² Madde 16/3 uyarınca, eser sahibinin kayıtsız ve şartsız yazılı izni olsa bile, şeref ve itibarı zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değişiklik yasaklanabilir. Eserin imha ve tahrip edilmesi de sahibi tarafından önlenabilir veya buna aykırı davranış, tazminat konusu olabilir.³⁷³ Söz konusu haktan sözleşme yoluyla feragat edilmesi, eser sahibinin mesleki veya kişisel şöhretini zedelememek şartıyla geçerlidir. Yukarıda da açıklandığı gibi, “işleme” veya “temsil” gibi bazı mali hakların devri, doğal olarak devir kapsamında eserde değişiklik yapma yetkisini de içerir. Yargıtay, FSEK Madde 52’de belirtilen, mali hakların devrindeki yazılılık şartını, burada da aramıştır.³⁷⁴ Bu yetkinin kayıtsız şartsız devri mümkün değildir. Sınırların belirlenmesi gerekir. Yukarıda diğer hukuk sistemlerine ilişkin açıklamalardan farklı olarak Türk Hukuku, eser sahibine eseri geri çağırma yetkisi tanımaz.

Son olarak şartlar gerektirdiğinde, değişikliği menetme hakkını uzun süre kullanmayarak sessiz kalan eser sahibinin, daha sonra yetkisini kullanmak istemesi Medeni Kanun Madde 2’deki dürüstlük kuralına aykırı olabilir.³⁷⁵

FSEK Madde 17 ise genel olarak, eser sahibinin, *eserin maliki veya zilyedine karşı haklarını* düzenler. Maddede, “...yararlanmayı talep etme hakkına sahiptir.” ifadesi kullanılmış ancak, yararlanmanın ne anlama geleceği konusunda bir açıklamaya yer verilmemiştir. Bu hükümden maksat, eser sahibinin belirli bir süre için esere erişim imkânı elde ederek kitap, katalog veya retrospektif sergi gibi amaçlarla eseri sınırlı olarak kullanmasıdır. Ancak malik veya zilyedin devralmış buldukları mali hakların ihlal edilmemesi gerektiğinden, özellikle ticari maksatlı yararlanma söz konusu olduğunda durum tartışmalı hale gelebilir. Madde 17’deki bu hak, genel olarak bütün fikir ve sanat

³⁷² Yargıtay 11. HD 06.07.1998 ve 3202/147 sayılı karar, YKD 1998, C19, 289, Tekinalp, s.160’dan naklen

³⁷³ FSEK m. 17/3 ; Ayrıca Yargıtay 11. HD. 13.06.1991ve 2679/3979 sayılı karar, bkz. *ibid.*

³⁷⁴ Tekinalp, s.162. Madde 52 ile daha ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, “Fikrî Haklar”, Ankara, Turhan Kitapevi, 2006, s.284-289

³⁷⁵ Bu yöndeki Yargıtay Kararları için bkz. Tekinalp, s.162, dipnot 22a

eserlerine tanınmamış ve bu haktan hangi eserlerin ne şekilde yararlanacağı 1. fıkrada gösterilmiştir.³⁷⁶ Bu yetkinin devrine veya feragate ilişkin işlemler geçersizdir.

3.2.3.5. Bilgi-işlem Teknolojileri ve Manevi Haklar

Bilgi işlem teknolojilerinin manevi haklarla ilişkisi, bu teknolojilerin ortaya çıkardığı yeni eser tipleri bakımından gündeme gelmektedir. Bilgi işlem teknolojileri, klasik fikir ve sanat eserleri hukukunda önemli yer tutan, “yaratıcılık” veya “orijinalite” olarak adlandırılan unsuru belirsizleştirmektedir.

Akla gelen ilk soru, bilgisayar programları üzerindeki eser sahibi hakkının, manevi hakları da içermesinin uygun olup olmadığıdır. Yukarıda belirtildiği üzere TRIPS Anlaşması, Bern Konvansiyonu’na yaptığı atıfla manevi hakları uyumsuzluk çözüm yollarının dışında bırakmıştır.³⁷⁷ Ancak yazılımın da Bern Konvansiyonu kapsamında korunduğu ve buna bağlı olarak, yazılım yaratıcılarının da manevi haklardan yararlanacağı genel kabuldür. AB Yazılım Direktifi³⁷⁸ Madde 2/3’de istihdam ilişkisi içinde, mali hakların işverence kullanılacağını belirterek bir anlamda eser sahibinin manevi hakları da bulunduğunu örtülü olarak kabul etmiştir.³⁷⁹

Bilgi-işlem devrimi sonrasında, veri-tabanı veya bilgisayar programı gibi bilimsel veya estetik değil; fonksiyonel niteliği haiz fikrî ürünlerin de koruma kapsamına girdiği görülmektedir. Bu haliyle fonksiyonel bir olgu olan yazılımın, eser sahibinin kişiliğinin bir uzantısı sayılan manevi haklardan yararlandırılması için sebep olmadığı dile getirilmiştir. Türk Hukukunda bilgisayar programlarını, manevi hak koruması dışında bırakan bir hüküm bulunmamaktadır.³⁸⁰

³⁷⁶ Bkz. Tekinalp, s.163

³⁷⁷ Bkz. Bölüm 3.4.3.1.2.

³⁷⁸ Council Directive 91/250/EEC 14.05.1991 On the legal protection of computer programs.

³⁷⁹ Aynı yönde bkz. Serdar Arıkan, *Türk Hukuku’nda Bilgisayar Programlarının Korunması*, Sunum 2005, s.18 vd. ; Ayrıca bkz. Ayşe Saadet Arıkan, *Bilgisayarlar Programlarının Korunması AB ve Türkiye*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 4, 1996 ; Mustafa Topaloğlu, “Bilgisayar Programları Üzerindeki Haklar ve Bu Hakların Korunması”, İstanbul, Türkiye Bilişim Vakfı (TBV), 1997

³⁸⁰ Buna karşılık İngiliz CDPA, yazılımı manevi hakların dışında tutmaktadır. Tekianlap, s.159

Bununla bağlantılı ve ikinci olarak, bilgi-işlem teknolojilerinin manevi haklar bakımından yarattığı önemli bir başka problem, eserlerin yaratım sürecinde gittikçe artan şekilde makinelerin yer alması ve yaratıcı sürecin, insan kadar makinenin katkısından da yararlanmasıdır. Özellikle insan ve makine etkileşimiyle ortaya çıkan eserler bakımından sahiplik tartışması, hali hazırda mevcuttur.³⁸¹ Haber derleme ve benzeri işler yapan yazılımların ürettiği içeriğin hukuki statüsü, gelecekte yoğun şekilde tartışılacaktır. Dijital veya diğer deyişle multi-medya sanat, belirli bir veri-tabanının sanatçı tarafından oluşturulan komutlar(yazılım) doğrultusunda manipüle edilmesi şeklinde de tanımlanabilir. Dijital sanat bu yönüyle, bilim ve sanat arasındaki ayrımın belirsizleştiği bir nokta yer almaktadır. Buna ek olarak, multi-medya eser olarak tanımlanan yazılım tabanlı çalışmalar, çoğu zaman kolektif bir çalışmanın ürünü olmaları sebebiyle belirli bir kişiye özgülenmiş manevi hak anlayışına uygun değildir.³⁸²

Üçüncü olarak dijital teknolojiler, eserlerin kullanımı bakımından tüketicileri pasif konumdan aktif bir pozisyona geçirmektedir. Kullanılan programın gelişmişliğine ve kişinin yeteneklerine bağlı olarak, dijital formattaki eserlere belirli ölçüde müdahale edilmesi ve kullanıcının eseri kendi beğenisine göre farklı şekillere sokması mümkün olmaktadır. Bu yeni imkan, toplumun “kültür” diye tanımlanan fenomenle ilişkisinde önemli bir aşama ortaya koymaktadır. Dijital teknolojiler ve ortaya koyduğu paylaşım olanakları sıradan insanı da yaratıcı sürecin içine çekerek, eğlence endüstrisinin temel dayanağı sanatçı ve sanat tüketicisi ayrımını sarsmaktadır. Dijital teknolojiler bu yönüyle, özellikle değişikliği menetme hakkının kullanılmasını zorlaştırmaktadır.³⁸³

³⁸¹ Arthur R. Miller, *Computers and Authorship: The Copyrightability of Computer-Generated Works*, WIPO Worldwide Symposium on the Intellectual Property Aspects of Artificial Intelligence. Stanford University - March 25-27, 1991). ; Joseph J. Beard, *Computer Generated Synthetic Actors - A Novel Challenge For Copyright Law*, Copyright World, Issue 38, March 1994, s.24 vd.

³⁸² Aplin, s.29-30

³⁸³ Dijitalizasyona bağlı olarak eserin bütünlüğünü yitirmesi ve orijinal fiziki kopyaya oranla pek çok farklı eser parçacıklarından müteşekkil bir veri-tabanı haline gelmesi hakkında bkz. Thomas K. Dreier, *Copyright Digitized: Philosophical Impacts And Practical Implications For Information Exchange In Digital Networks*, http://www.ira.uka.de/~recht/deu/iir/dreier/publications/dreier_Copyright_Digitized.pdf

Son olarak, bilgi-işlem teknolojilerinin manevi hakların korunmasında üstlenebilecekleri rollere değinilebilir. “Adın belirtilmesi hakkı” bakımından, aşağıda detaylı incelecek olan kimliklendirme DOI (Digital Object Identifier), *watermarking* veya elektronik imza benzeri teknolojiler³⁸⁴, eser sahibiyle dijital dosya arasında bilgisayarlar tarafından anlaşılabilir bir bağ kurmaktadır. Bu teknolojilerin birincil amacı mali hakların kontrolü olsa da, dijital etiketlendirme nedeniyle kısmen manevi hakları koruyucu etkisi de vardır.³⁸⁵ Aynı şekilde eserin bütünlüğünün korunması bakımından şifreleme teknolojilerinin önemi açıktır.

3.2.4. Diğer Hukuk Sistemlerindeki Teorik Yaklaşımlar ve Genel Değerlendirme

Yukarıda açıklanan tarihsel ve düşünsel gelişim sonucunda Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, kıta-Avrupası ve Anglo-Amerikan sistemi şeklinde iki ayrı yol izlemiş ve farklı düşünsel temele dayalı bu iki sistem, “telif hakkı” – “eser sahibi hakkı” kavramları altında gelişim göstermiştir. Ancak her iki öğretinin de bireyi esas alan aydınlanma dönemi etkisi taşıdığı açıktır.³⁸⁶

Yukarıdaki açıklamalar ışığında tekrar etmek gerekirse, kıta-Avrupası’nda “eser sahibi hakları” Anglo-Amerikan sisteminde ise “telif hakkı”(copyright) kavramı altında beliren ayrım; kıta-Avrupası’nın kişilik haklarını temel almasına karşılık, Anglo- Amerikan sisteminin faydacı mülahazalarla telif hakkını, devlet tarafından tanınan bir ayrıcalık olarak görmesinde ortaya çıkar. Her iki sistemin gerek manevi haklar, gerekse eser üzerindeki hakka ilişkin sınırlamaların düzenlenişi bakımından taşıdıkları farklar, söz konusu tarihsel gelişimleriyle ilgilidir. Bu ayrım aynı zamanda, farklı hukuki yaklaşımların ve farklı hukuk kültürlerinin bir ürünüdür.

³⁸⁴ Bkz. Bölüm 5.3.2.1.

³⁸⁵ Marjut Salokannel ; Alain Strowel, s.209

³⁸⁶ Genel olarak bkz. Akalemwa Ngenda, *The Nature of the International Intellectual Property System: Universal Norms and Values or Western Chauvinism?*, Information & Communications Technology Law, 2005, Vol.14, No.1, s.59vd.

Ancak belirtmek gerekir ki farklı bir değerlendirme açısından, telif hakkının ABD’de gösterdiği gelişim ile İngiltere ve kıta-Avrupası’nda matbaa imtiyazlarından eser sahibi hakkına geçiş süreci, önemli farklılıklar içerir. Gerek İngiltere’de gerekse Avrupa’da eser üzerinde yaratıcıya özgülenmiş bir hakkın doğumu, daha çok mevcut kitap ticaretini ve kültür hayatını rekabete açmak amacıyla eski içtihadın dönüştürülmesi sonucunda sağlanmıştır. Oysa ABD, telif hakkını hazır bir kurum olarak önünde bulmuş ve kuruluşu itibariyle korunacak veya rekabete açılacak bir kültürel mirası olmadığından telif hakkını, faydacı bir anlayışla ülke içinde eser üretimini teşvik ederek ulusal düzeyde kültürel bir doku oluşturmak için kullanmıştır. Başlangıçta ABD’de yabancı eserlere koruma tanınmamış olması bu anlayışın en çarpıcı delilidir.

Genel anlamda düşünüldüğünde, farklı hukuk sistemlerinin birbiriyle kaynaşması, imparatorluk ve benzeri daha üst bir *supra-nasyonel*³⁸⁷ otoritenin zorlamasıyla veya mahkemelerin zaman içinde benzer çözümleri benimsemeleriyle mümkün olduğu görülür. Günümüzde bu fonksiyonu uluslararası konvansiyonlar ve diğer hukuki düzenlemeler yerine getirmektedir. Fikir ve sanat eserleri hukuku açısından baktığımızda kıta-Avrupası sistemi, tüm hak kategorilerini son derece detaylı düzenler ve sınırları titizlikle belirler. Buna karşılık içtihat hukukunda(*common law*) bu teknik detaylar daha belirsizdir. Bu, içtihat hukukunun sistematik bir kodifikasyonla değil, mahkeme kararlarıyla meydana getirilmiş olmasının diğer hukuk disiplinlerinde de görülen doğal bir sonucudur. Bu iki farklı hukuk oluşturma yönteminin bir başka sonucu, *common law* sisteminin telif hakkını sadece mali boyutuyla ele almasıdır. İchtihat hukukunda telif hakkına temel teşkil eden faydacı mülkiyet anlayışı, eser sahibinin tüm haklarının devredilebileceğini kabul eder. Oysa kıta-Avrupası’nda, eser sahibinin kişiliğinin bir parçası sayılan devredilemez manevi haklara yer verilmiştir. Her iki hukuk sisteminde de devir veya lisans sözleşmeleri farklı hakların tasarrufunu içerir. İki sistem, eser sahibinin haklarına getirilecek sınırlamalar bakımından da birbirinden farklıdır. Kıta-Avrupası tüm istisnaların titizlikle belirlendiği kodifikasyonlara sahiptir. Oysa içtihat hukukunda, *fair use* veya *fair dealing* adı altında mahkemelerce saptanmış genel prensipler aynı fonksiyonu yürütür.

³⁸⁷ AB bu supra-nasyonel oluşuma örnektir.

Fikrî ürünler bakımından neredeyse tamamen tüketici durumundaki az gelişmiş ülkeler ise başlangıçta, eser sahibinin kişiliğinden kaynaklı bir hak kabul etmekten çok, ulusal menfaatleri ön planda tutan faydacı söylemleri tercih etmişlerdir.³⁸⁸ 20. yüzyılın komünist rejimleri Çin ve SSCB, ideolojik olarak fikrî emek üzerinde tam manasıyla özel mülkiyeti kabul etmediklerinden yaratıcı kişileri teşvik için, mameleki haklar dışında bir çözüm arayışına gitmişlerdir. Devlet tarafından, sanat ve bilim insanlarına ödül ve ayrıcalıklar tanınmış; SSCB yazarlar için bir sertifika sistemi uygulayarak satıştan pay vermiştir. Sosyalist ideoloji, faydacı anlayışı devlet tekeliyle birleştirerek yaratıcılar üzerinde patronaj benzeri bir sistem geliştirmiştir.³⁸⁹ İslam kültürü etkisindeki ülkeler ise, Kuran kaynaklı hükümlerin bu konuda sessiz kaldığı varsayımından³⁹⁰ hareketle batı kökenli fikrî mülkiyet yasalarını kabul etmişlerdir. Fikrî mülkiyet olgusunun İslam prensipleri ile bağdaşmadığı görüşünü savunanlar olduğu gibi, fikirlerle bunların vücut bulduğu eser arasında ayırım yaparak fikrî mülkiyeti, fikri ürünlerin ticareti bağlamında kabul eden görüşler de mevcuttur. İslami siyasi sistemle yönetilen ülkelerde genel olarak faydacı yaklaşımlar etkisinde teokratik devlet patronajı söz konusudur. Evrensel anlamda eser sahibi hakkı yaygın değildir.

Fikir ve sanat eserleri korumasında görülen bu tarihsel ve kültürel farklılığın, dijital teknolojilerin yarattığı değişimin etkisiyle belirli bir dönüşüme uğradığı ve teorik farklılıkların pratik sonuçlarının azaldığı söylenebilir. Global ekonominin rekabetçi talepleri karşısında her iki farklı hukuk kültürünün birbirine yaklaşmaya zorlandığı, fikrî mülkiyet hukukunun global düzeyde WIPO çatısı altında bir harmonizasyona yöneldiği görülmektedir. Bilgisayar ve internet yoluyla tüm bireylerin global ölçekte çoğaltma ve yayma imkânlarına sahip olduğu Ağ toplumunda, özellikle eser korumasına dayalı sektörler açısından söz konusu uyumlaştırma elzemdir.

³⁸⁸ Hesse, s.43

³⁸⁹ John N. Hazard, "Communists and Their Law", Chicago, University of Chicago Press, 1969 ; Serge Levitsky, "Introduction to Soviet Copyright Law", Leyden: A. W. Sythoff, 1964 ; Michael A. Newcity, "Copyright Law in the Soviet", New York, Praeger Publishers, 1978 ; *ibid.* dipnot 29'dan naklen

³⁹⁰ Bkz. Bölüm 3.1

Bilindiği üzere AB oluşumu, hem kıta-Avrupası hem de İngiliz *common law* sistemlerini bünyesinde barındırmaktadır. AB’de getirilen fikir ve sanat eserleri hukuku düzenlemeleri, bu ikili yapıyı dikkate almakta ve ortaya çıkan metinlerde, mümkün olduğunca bu ayrıma bağlı bir tartışmayı engelleyecek ifadeler kullanmaktadır. AB, terminolojik, sistematik ve düşünsel anlamda her iki fikrî hukuk anlayışının füzyonlandığı bir platform fonksiyonu görmektedir. AB içinde yoğun yasama çalışmasına konu olan fikrî hakların, bu açıdan sorunsuz işleyişi, tüm çağdaş fikrî mülkiyet rejimlerinin aynı değerler üzerine kurulu olmasındandır.

3.2.5. Sonuç

Bugünkü anlamda eser korumasının pozitif bir düzenleme olarak kıta-Avrupası ve İngiltere hukuk sistemlerinde ortaya çıkışı, ekonomi ve üretim ilişkilerindeki yapısal değişimler yönünden de irdelenebilir.

Eser korumasının tarih sahnesinde belirlediği dönemin entelektüel arka planına bakıldığında, edebiyat ve yayım alanında, “yazar” veya teknik hukuki deyimle “eser sahibi” kavramının henüz günümüzdeki anlamını kazanmamış olduğu görülür.³⁹¹ Entelektüel düzlemde 16. ve 17. yy., metinlerin ve fikirlerin sahipliği olgusunun yoğun şekilde tartışıldığı bir zamandır dilimidir. Rönesans teorik planda bilginin, insanlık yararına yayılması ve paylaşılması idealini ortaya atarken, yaratıcı bireylerin buluş ve eserler üzerinde öncelik veya tekel hakkı iddia etmelerinin de altyapısını hazırlamıştır.³⁹²

Foucault, “Yazar Kimdir?”³⁹³ adlı makalesinde metinlerin belirli adlarla ilişkilendirilmesini ve “yazar” kavramının ortaya çıkışını takiben, 18. ve 19. yüzyılda yazar

³⁹¹ Bu konuda bkz. Mark Rose, “Authors and Owners. The Invention of Copyright”, Cambridge, Massachusetts. London, Harvard University Press, 1993.

³⁹² P. Burke, s. 151 yazar Leibniz ve Newton’un *calculus* adı verilen ileri matematik yönteminin fikir babalığı için tartışma içinde olduklarını belirtmektedir.

³⁹³ Michel Foucault, *What Is an Author?* “Twentieth-Century Literary Theory”, Vassilis Lambropoulos (Ed.) ; David Neal Miller, New York, Albany, State University Press, 1987.

ile yayımcı arasındaki ilişkilerin pozitif düzenleme konusu olduğunu belirtmiştir.³⁹⁴ Gerçekten de “yazar” kavramının ayrı bir kişi ve meslek grubu olarak doğumuyla, eser korumasına ilişkin kanunlaştırma hareketleri arasında bir paralellik söz konusudur.³⁹⁵ Bir başka deyişle, yaratıcıyı münhasır haklarla koruma düşüncesinin temelinde yatan aslında, eserlere koruma sağlamak değildir. Burada amaç, matbaa imtiyazları sonucunda yayımcıların elinde aşırı hukuki ve ekonomik koruma kazanmış eser üzerindeki hakları, ayrılmaz şekilde yaratıcılara özgüleyerek kitap ticaretini serbestleştirmektir.

Bundan başka yazarın cezai sorumluluğu, yine aynı dönemde ortaya çıkan paralel bir başka gelişmedir. Matbaa imtiyazlarının başlangıçta, kontrol ve sansür amacıyla uygulandığı hatırlanırsa, yazar ve metin arasında kişilik temelli haklar üzerinden bağlantı kurmanın, cezai sorumluluğun tespiti açısından da bir açılım yarattığı görülebilir. Ayrıca bu süreç içinde, *hikâye*, *komedi*, *dram* vb. edebi eserlerin, yazarın kimliğinden bağımsız şekilde yayımlanmaktan çıkıp edebi alanın, yazar kavramı üzerine inşa edildiği günümüz paradigmasına geçiş gerçekleşmiştir. Matbaanın girdiği toplumlarda, bireyin ve sosyal yapıların yazıyla ilişkisi farklı bir boyut kazanmış; yazılı eserlerin fikirlerin dolaşımına yol açarak etkili sosyal çalkantılar yaratabileceğinden korkulmuştur. O sebeple, özellikle kilise ve buna bağlı üniversite ölçeğinde, eserin yazarla ilişkilendirilmesi, sansür kurumundan tamamen bağımsız düşünülmemelidir.

1709 tarihli *Statute of Anne* Yasası'nın ortaya çıkışında, yayımcıların tekelci konumunu ortadan kaldırmak düşüncesi açıkça görülür. Yazara, birey olarak haklar tanımaktan çok, yayımcıların basım işlerindeki imtiyaz iddialarına karşılık oluşturma kaygısı ön plandadır. Ancak söz konusu dönemde ortaya çıkan telif hakkının niteliğine yakından bakılacak olursa, hiçbir şart altında bugünkü eser sahibi hakkıyla bağdaştırılamayacak unsurlar görülecektir. Yukarıda söylendiği gibi İngiltere'deki 1709 tarihli Yasa, ilk on dört yıl sonunda eser sahibi hayatta olmak kaydıyla, sadece 28 yıla

³⁹⁴ Roger Chartier, *Figures of the Author*, “Of Authors And Origins: Essays On Copyright Law”, Brad Sherman (Ed.) ; Alain Strowel, Oxford, Clarendon Press, 1994, s. 11'den naklen

³⁹⁵ Arnold Hauser'in “deha, fikri mülkiyet kavramıyla ortaya çıkmıştır.” (*idea of genius begins with the concept of intellectual property*) sözü bu düşünceyi yansıtır.

sınırlı bir hak tanımıştır. Fransa’da 1777 yılındaki düzenlemedeyse, yazarın devrettiği hakların onun yaşam süresiyle sınırlı olduğu belirtilmiştir. Yayın sektöründe yaşanan tartışmada, sürekli ve mülkiyet benzeri bir hakkın savunucuları *John Locke* tarafından ortaya konan görüşlere dayanmış, insanın akli çalışmasının sonucunda mülkiyet hakkıyla ödüllendirilmesi gerektiğini ısrarla belirtmişlerdir.

Mülkiyet benzeri bir eser sahibi hakkına getirilen başkaca önemli bir eleştiri ise, hakkın süreklilik arz edemeyeceği ve bir kimsenin herhangi bir düşünce üzerinde monopol benzeri hakka sahip olamayacağı yönünde olmuştur. Bu eleştiri karşısında, telif hakkının ortaya çıkışından itibaren dikkatli şekilde, ifade (*expression*) ve fikir arasındaki ayrıma vurgu yapılmış; ancak belirli bir ifade şeklinde somutlaşmış, yaratıcısının şahsiyetine bürünmüş düşünce ürünlerinin korunmaya hak kazandığı görüşü, ısrarla vurgulanmıştır. Bu çerçevede, 18. yüzyılın sonunda gerek İngiltere gerekse Fransa ve Almanya’da telif hakkının hukuki temellerini konu alan tartışmalar, eser sahibini öne çıkararak rekabete açılan kitap ticaretinde yer kazanma yarışındaki yeni sermayenin görüşlerine uygun tezler ortaya koymuştur.³⁹⁶

Son tahlilde şu kesindir ki, matbaanın gelişimiyle ortaya çıkan kitap ticareti yazarın sosyal ve entelektüel pozisyonuna ulaşmasında en önemli tarihsel aşamalardan biridir. Ticaretin yaygınlaşması, eser sahipliğinin hukuki bir kurum olarak ekonomik düzende yerini almasını sağlamıştır. Tüm bu incelemeden çıkacak sonuç; telif hakkının temel unsurlarını oluşturan orijinalite ve ifade (üslup) gibi “yaratıcılık” odaklı kavramların, mutlak ve evrensel değerlerden çok, kapitalist sürecin iç dinamiklerine dayandığıdır.

³⁹⁶ *ibid.* Yazar *Kant*, *Fichte* ve *Herder* gibi filozofların görüşlerine yer veren telif hukuku ve fikrî hukuk tarihçesine ve felsefesine ilişkin kaynaklar sunmaktadır.

3.3. ESER SAHİBİ HAKKINA GENEL BAKIŞ

3.3.1. Eser Sahibi Hakkının Konusu ve İşleyişi

Fikir ve sanat eserleri hukuku, *edebiyat, güzel sanatlar ve bilim* alanındaki eserlerin, tekel hakkı kapsamında korunmasını amaçlayan, fikrî mülkiyet hukukunun bir alt dalıdır. Başlangıçta yazı ve resim gibi formatlarla sınırlı bu hukuk dalı, teknolojik gelişmeyle beraber plak, kaset, CD gibi formatlara yayılmış ve son 30 yılda bilişim alanındaki yeniliklerle meydana gelen atılım neticesinde *yazılım, veri-tabanı ve multi-medya* ürünler gibi yeni ifade biçimlerini de kapsayacak şekilde genişlemiştir. Bu kapsama hangi tip çalışmaların girdiği, her hukuk sisteminde bazı ince farklılıklar gösterse de, belirli ölçüde yaratıcılık taşıyan entelektüel faaliyetin korunması, fikir ve sanat eserleri hukukunun yerleşik temel prensibidir.

Eser ve bağlantılı hak sahiplerine tanınan yetkilerin, manevi haklar ve mali haklar şeklinde bir ayrıma tabi olduğu yukarıda görüldü. Mali haklar içinde, bilgi-işlem teknolojileri bakımından en çok tartışma konusu olan kısım, çoğaltma hakkı veya *çoğaltmaya dayalı haklardır*. Aşağıda bu hakların, özellikle dijitalizasyon sonrasında farklı hukuk sistemlerinde ve uluslararası sahada nasıl düzenlendiği üzerinde daha ayrıntılı durulacak olsa da mali hakları, çoğaltmaya dayalı olanlar ve olmayanlar şeklinde iki grup içinde saymak, çalışmanın sistematigi açısından faydalıdır. Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda, mali hakların bu yönde ayırımına dayalı bir bölümlenme bulunmasa da, Alman ve Fransız hukuk doktrinlerinde mali haklar, benzer şekilde *maddi ve maddi olmayan* formatlarda kullanım, şeklinde ele alınır.³⁹⁷

Çoğaltma hakkı, eser sahibine tanınmış münhasır haklar içinde en önemlisidir ve “*teelif hakkı*” kavramı, çoğaltma hakkı çerçevesinde doğup gelişmiştir.³⁹⁸ Çoğaltma hakkı, eserin CD, kitap vb. fiziki bir mecraya sabitlenerek kopyalanması anlamına gelir. Eser

³⁹⁷ Bkz. Ricketson ; Ginsburg, s.626

³⁹⁸ “copyright” terimi, kopyalama veya çoğaltma kavramına yaptığı atıfla bunu açıkça ortaya koyar. Ayrıca bkz. *ibid.* s.622

sahibinin çoğaltma hakkı, üçüncü kişilerin eseri izinsiz kopyalamasını yasaklar. Çoğaltma hakkı, pek çok mali hakkın türediği bir köktür.

Çoğaltmaya dayalı diğer haklar; dağıtım, işleme, kiralama haklarıdır. Dağıtım ve kiralama hakkı, çoğaltılan fiziki kopyaların tüketicinin kullanımına sunulmasıyla ilgilidir. Eserin başka bir dile çevrilmesi veya adaptasyonu, yine çoğaltma hakkına dayanır.³⁹⁹

Çoğaltma dışı haklar kategorisinde, eserin kamuya açık şekilde icrası, radyo-TV (telekomünikasyon) araçlarıyla yayınlanması ve ilk kez aşağıda incelenecek olan WIPO Andlaşmaları'nda yer verilen özel düzenleme ile "kamunun erişimine sunma" veya "kamuya iletim" gibi haklardan söz edilebilir. Telekomünikasyon sistemlerine ilişkin haklar ve "kamunun erişimine sunma" veya "kamuya iletim" diğerlerine göre daha yeni haklardır.⁴⁰⁰

Bağlantılı hak veya komşu hak terimiyle anlatılmak istenen; icracı, müzik ve film yapımcısı ve radyo-TV kuruluşlarının kendi faaliyetleri üzerindeki haklarıdır.⁴⁰¹ Bu haklar, asıl eser sahibi hakkının bir türevi olarak teknolojik gelişme paralelinde ortaya çıkmış, nispeten yeni koruma biçimleridir.⁴⁰² Bağlantılı haklar, 1961 tarihli Roma Konvansiyonu'yla uluslararası düzenlemeye kavuşmuştur.⁴⁰³ Böyle bir hak grubunun tanınmasından amaç, eserin yaratıcısı gerçek kişinin, eserden tam bir ekonomik faydalanma sağlayabilmesi şeklinde açıklanmıştır. Eser üzerindeki hakları sözleşmeyle devren kazanmış yapımcıları koruma altına alan bağlantılı haklar, eserin piyasa aktörleri için ekonomik değerini artırarak, nihai olarak yine eserin yaratıcısına artı bir değer sağlama iddiasındadır. Bu nedenle bağlantılı haklar bakımından, eser sahibinin haklarında olduğu gibi yaratıcı kişiliği korumak düşüncesinden kaynaklı mülahazalara yer verilmesi

³⁹⁹ Berne Konvansiyonunda ilk yer alan mali haklardan biri, tercüme hakkıdır.

⁴⁰⁰ Eserlerin uydu telekomünikasyon araçlarıyla yayınlanması hususunda taslak WIPO sözleşmesi bulunmaktadır. Bu sözleşmeyle ilgili bkz. <http://www.cptech.org/blogs/wipocastingtreaty/>

⁴⁰¹ Türk Hukuku için bkz. Bölüm 4.4.3

⁴⁰² Azra Arkan , "Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar", İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005, s.20 vd. ; Sterling, s.70 vd

⁴⁰³ WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use, s.34 <http://www.wipo.int/about-ip/en/iprm/pdf/ch2.pdf>

gerekmediği ortaya atılmıştır. Bağlantılı hak grubu içinde gerçek kişi icracı sanatçıların da bulunduğu dikkate alınır, bu görüş tam anlamıyla savunulamaz. Bu nedenle, doğrudan icracı sanatçıları ilgilendiren menfaatlerle, hakların devren sahibi yapımçı şirketlerin menfaatlerinin farklı değerlendirilmesi gerekmektedir.⁴⁰⁴

Yaratıcı faaliyetin kamuya ulaşmasına aracılık eden yapım ve yayın kuruluşlarının devraldıkları haklardan gereği gibi faydalanabilmesi, bağlantılı haklar yoluyla gerçekleşir. Yaratıcı düşünce ürünleri, kamuya ulaşmak maksadıyla meydana getirilirler ve bu durum doğal olarak, kimi aracı yapılar ortaya çıkarmıştır. Bir tiyatro oyununun sahneye konulması, yapımçı, yönetmen ve oyuncuların; bir müzik eserinin kayıt haline getirilmesi icracı müzisyenlerin katkısını gerektirir. Bu nedenle, fikir ve sanat eserlerinin kamuya ulaşmasına aracılık edenler, ayrı bir kategori olarak korunmuştur. Görülmektedir ki, bağlantılı hak kategorisi altında icracı sanatçıların yanında, sermayedar veya girişimci konumundaki yapımçı da yer alır. Bu husus, bağlantılı hak kategorisine genel bir yaklaşımı zorlaştırır. Bağlantılı hakların, fikir ve sanat eserleri hukukunun genel felsefesi bakımından incelenmesi noktasında, bu hak grubu altında yer alan kişileri homojen bir menfaat grubu saymak mümkün değildir.

En önemlisi, İnternetin sunduğu doğrudan dağıtım ve reklâm imkânları, aracı konumundaki yapımçı şirketlerin hâkimiyetini sarsmıştır. İnternet üzerinde eserlerin korunması tartışmasında esas taraf bağlantılı hak sahipleri gibi görünse de, tüm yetkilerin kaynağı eser sahibi hakkıdır.

Şunu unutmamak gerekir ki, tüm hukuk sistemlerinde homojen bir bağlantılı hak grubundan söz etmek mümkün değildir. Dahası, Türkiye’de olduğu gibi bazı hukuk sistemlerinde, “bağlantılı hak” ve “komşu hak” farklı şeyleri ifade edebilmektedir.⁴⁰⁵ Anglo-Amerikan ve kıta-Avrupası sistemleri de burada birbirinden ayrılır. ABD, İngiltere

⁴⁰⁴ Bu menfaat çatışmaları üzerine bkz. Sterling, s.96-102

⁴⁰⁵ Ancak burada fikir ve sanat eserleri hukukuna ilişkin genel açıklamalar çerçevesinde kapsayıcı olarak, bağlantılı hak terimi kullanılmaktadır.

ve İrlanda hukuklarında bağlantılı haklar türev nitelikte değildir.⁴⁰⁶ ABD hukukunda, aksine bir anlaşmanın yokluğunda, ses kayıtlarının yapımcıları ve icracıları, eserin yaratıcısıyla beraber müşterek eser sahibi kabul edilirler.⁴⁰⁷ Benzer şekilde, İrlanda ve İngiltere’de yapımcılar ve icracılar eser sahibi ile aynı kategoride korunurlar.

3.3.2. Eser Sahibi Hakkının Özellikleri

Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunun konusu olan “eser”, sadece insan tarafından meydana getirilebilen zihinsel süreç ürünleridir.⁴⁰⁸ Bu “fıkrî ürün”, üzerinde cisme büründüğü fiziksel medyadan bağımsız, soyut bir niteliğe sahiptir. Bir başka deyişle eser sahibi hakkı, gayri maddi nitelik taşır. Fikri hukuk bakımından *gayri maddi* mal veya değer, insan zekâsı ve akli kapasitelerinin ürünü olan ve üzerinde fiziki varlığa kavuştuğu materyalden ayrı bir hukuki varlık ve ekonomik değeri bulunan bir mamelek unsurudur.⁴⁰⁹ Eser koruması, eserin meydana getirilmesiyle kendiliğinden doğar. Eseri meydana getiren, eser sahibi hakkını doğrudan doğruya ve aslen kazanır.⁴¹⁰ Eser üzerindeki hak, “mutlak” bir hak olmakla beraber, süreyle sınırlıdır. Bu mutlak hakkın bir başka sınırı ise, ülkesellik ve tükenme ilkeleridir.⁴¹¹

Eser sahibi hakkı, gayri maddi mal üzerinde mutlak bir haktır. Bunun sonucu, hakkın herkese karşı ileri sürülebilmesidir. Bu mutlak hak, eseri kamuya açıklayıp açıklamama veya eseri çoğaltma, yayma ve diğer konularda eser sahibine münhasır yetkiler verir..

⁴⁰⁶ Viviana Munoz Tellez ; Andrew Chege Waitara *et. al.*, *The Proposed Wipo Treaty On The Protection of Broadcasting Organisations: Are New Rights Warranted And Will Developing Countries Benefit?*, s.13 <http://www.southcentre.org/publications/researchpapers/ResearchPapers9.pdf> ; Ayrıca Arkan, s.11

⁴⁰⁷ *ibid.*, s.13 vd.

⁴⁰⁸ Ateş, s.99. Buna karşılık bilgisayar tarafından oluşturulan içeriğin hukuki niteliğine ilişkin bkz. Bölüm 3.2.3.5

⁴⁰⁹ Esra Dardağan, “Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanun’lar İhtilafı”, Ankara, Betik Yay., 2000, s.13. Gayri maddi mal ve şahsiyet hakları arasındaki ilişki için bkz. Ayiter, s.6-10

⁴¹⁰ Ateş, s.100

⁴¹¹ Ülkesellik ilkesi için bkz. Adem Aslan, “Fıkrî Mülkiyet Haklarının Tükenmesi”, İstanbul, Beta Yay., 2004 ; Gül Okutan, *Türk Milletlerarası Hukukunda Fikir ve Sanat Eserleri*, Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan, İstanbul, 1999, s.213

3.3.2.1. Orijinalite (Yaratıcılık) - Eser Sahibinin Hususiyeti

Eserin korumadan yararlanabilmesi için belirli ölçüde orijinalite taşıması yani, sahibine ait özgün bir niteliğinin bulunması gerekir.⁴¹² Eserde kişisel nitelik olarak da adlandırılan bu unsur, bütün modern hukuk sistemlerinde “olmazsa olmaz” bir koşul kabul edilmekle beraber, gerek ulusal hukuklarda gerekse uluslararası düzenlemelerde herhangi bir tanımına yer verilmemiştir. Ancak Bern Konvansiyonu’nun oluşum süreci incelendiğinde, taraf devletlerin eser korumasında belirli bir orijinalite unsurunu göz önüne aldıkları görülür.⁴¹³

Orijinalite unsuru, eser korumasının herhangi bir sanatsal veya bilimsel yeterlilik gereğinden bağımsız oluşuyla beraber değerlendirilmelidir. Eser koruması için belirli bir orijinalite aranmakla beraber, bu asla eserde belirli bir *kalitatif* nitelik bulunması anlamına gelmez. Böyle bir kriter veya değerlendirmenin, objektif şekilde yapılması mümkün değildir ve eser sahibi hakkı kavramının özüyle çelişir. Estetik kalitenin, neye ve kime göre belirleneceği sorusu cevaplanamaz. Bu sebeple, belirli ölçüde yaratıcısının fikrî ürünü olarak kabul edilen her çalışma, estetik veya bilimsel değerine bakılmaksızın korumadan faydalanır.

Burada akla gelen ilk soru, eserin meydana getirilmesi için emek harcanmasının yeterli sayılıp sayılmayacağıdır. Buna göre klasik fikir ve sanat eserleri hukukunda herkes tarafından meydana getirilebilecek bir çalışma üzerinde emek harcanmış olsa bile, herhangi bir kişisel nitelik taşımayacağı için korumadan söz edilemez.⁴¹⁴ Buna karşı çıkanlar, belirli çalışma sonucu ortaya çıkan her eserin korumadan faydalanması gerektiğini ileri sürmüştür. Türk Hukukunda da bu farklı görüşlere yer veren yazarlar bulunmaktadır ancak, eser kavramının bilgi ekonomisinin dinamikleriyle sürekli değiştiği ve dönüştüğü dikkate

⁴¹² Bkz. FSEK m.1/B (a) ; Ayrıca bkz. Tekinalp, s.98 vd

⁴¹³ Sam Ricketson, “The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886–1986”, Queen Mary, Univ. of London, 1987, s.229–230

⁴¹⁴ Türk Hukuku’ndaki farklı görüşler için bkz. Tekinalp, s.98 ; Bu hususta ABD hukukunda bkz. *Feist Publications v. Rural Telephone Service* (1991), 449 U.S. 340, (1991), 111 S. Ct. 1282, http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/499_US_340.htm. Telefon fihristi vb. özgün olmayan veritabanları için ayrı hukuki düzenlemeler bu sebeple getirilmiştir.

alınırsa; bu konuda belirli bir kriter ortaya koymanın mümkün olmadığı ve farklı eser tipleri için farklı yaklaşımlar gerektiği görülecektir.⁴¹⁵ Bu noktadan bakıldığında genel olarak, bağımsız sayılacak ölçüde başka bir eserle benzerlik göstermeyen her çalışmanın korumadan yararlanması, genel bir eğilim gibi görünmektedir.⁴¹⁶ Bu nedenle, eserin bir başka eserle benzerlik göstermesi, orijinalite unsurunun en sıklıkla tartışma konusu olacağı durumlardan birisidir.

Diğer deyişle, başka bir esere ilişkin maddi veya manevi menfaatleri ihlal etmediği sürece, eserin orijinalite unsuru sorgulanmayabilir. Dolayısıyla, başka bir eserden esinlenme ve alıntının, fikir ve sanat eserleri hukuku doktrinindeki anlamının kavranması önemlidir. Hukuken uygun kabul edilen alıntı ve esinlenme sınırının dar bir şekilde belirlenmesi, yaratıcılığın teşviki açısından olumsuz etki doğurabilmektedir.

3.3.2.1.1. Yaratıcılık ve alıntı

Başlangıç bölümünde fikrî mülkiyetin meşruiyet rasyonelleri açıklanırken, bilim ve yaratıcılığın teşvik edilmesi düşüncesinden söz edilmişti. Ancak başka bir açıdan bakıldığında, eser korumasının, yaratıcılık üzerinde olumsuz kimi olumsuz etkileri de saptanabilir.

Her eser, kendinden önceki eserlerin yarattığı kültür birikimine bir şeyler borçludur.⁴¹⁷ Bu nedenle, üzerinde başka kişilere ait haklar bulunan fikri materyallerin

⁴¹⁵ Nitekim tereddütü önlemek amacıyla, FSEK 84. Maddesinde 4630 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonrası, eser niteliği taşımayan ses ve işaretlerin tespit ve çoğaltılması da bağlantılı hak kapsamına alınmıştır. Bu, eser korumasında estetik ve bilimsel değer kıstasının ortadan kalktığını göstermektedir.

⁴¹⁶ Türk Hukuku'nda Arslanlı(s.6 vd.), *nisbi istiklal* prensibiyle bu yaklaşımı ortaya koymuş, orijinalite bakımından diğer eserlerin sınır oluşturduğu fikrini savunmuştur. Hirsch ise, eser koruması bakımından en sınırlı yaklaşımı ortaya koymuş ve eser üzerindeki münhasır hak "diğer fertlerin hürriyet sahasını bir tek şahıs lehine tahdit ve takyit ettiğinden, himayenin ancak umumi kültürü zenginleştiren fikrî mahsullere bahşedilmesi" gerektiğini belirtmiştir. Hirsch, "Hukukî Bakımdan Fikrî Say", s.12

⁴¹⁷ "Beşeriyetin mânevî terakkisinin esas şartı, müşterek bir fikir mamelekinin teşekkülüdür ; buna, hususî bir kabiliyeti olan her fert bir hisse koyar ve herkes ondan, fikrî yetişmesi ve faaliyeti için lüzumlu unsurları alır." Salvatore Messina, *Doktrinde, Mukayeseli Mevzuatta, Milletlerarası İçtihat Edebiyat ve Sanat İntihali* (Çev: N.- İ. . Akipek), AÜHFD 1954 Cilt 11 Sayı 3-4, 266-285, s. 272

kullanımına ilişkin sınırlamalar, pek çok durumda yaratıcılık önünde hukuki bir engel teşkil edebilmektedir.⁴¹⁸

Burada tartışılması gereken, “orijinalite” veya “sahibinin hususiyetini taşıma” kavramından ne anlaşılacağıdır. Bir eserin başka bir eserden işlenme mi yoksa orijinal mi olduğunun belirlenmesi, önemli bir hukuki problem haline gelebilmektedir.⁴¹⁹

Bir eserin ne zaman orijinal olmadığı ve hatırı sayılır ölçüde başka bir eserle benzerlik teşkil ettiği tartışmasının, yaratıcılık üzerinde olumsuz etkisine örnek, *Anne Frank*'ın hayatını TV dizisi yapmak isteyen ABD kökenli *ABC* Televizyonunun hikâyesidir. Yapımı gerçekleştirirken *Anne Frank'ın Günlüğü* adıyla bilinen eser üzerindeki hakları ihlal etmemek için *ABC* özel bir ekip tutmuş ve Anne Frank'ın günlüğünü satır satır inceleyerek, hiçbir benzerlik iddiasına yer vermeyecek “özgün” bir senaryo oluşturmaya çalışmıştır. Kuşkusuz *ABC* gibi büyük bir sermaye kuruluşunun telif bedeli ödemek istememesi, yadırganabilir bir durumdur; ancak aynı kişinin hayatta kalmaya çalışan bağımsız bir senaryo yazarı olması da mümkündür. Böyle bir durumda yazar, dava tehdidi karşısında geri adım atacaktır.

Yaratıcının ikilemi: Bir eserden etkilenen, o eserden “ilham” alarak başka bir eser yaratmaya niyetlenen kişi, çoğu kez kendisini bir açmazın içinde bulur. Eser sahibinin hakkı, eserin ortaya çıktığı “üslup”; bir başka deyişle, “ifade”yi korur⁴²⁰ ve esere temel teşkil eden *fikir*, *usul* ve *yöntemleri* koruma dışında bırakır. Ancak yine de, başka bir eserden faydalanan sanatçı, hangi noktada orijinal bir eser yaratmaktan çıkıp ilham aldığı eseri intihal veya izinsiz işleme fiili içinde olacağını tespit etmekte güçlük çekebilir. İki eser arasında hatırı sayılır ölçüde benzerlik (*substantial similarity*) bulunması, genel olarak eser sahibinin hakları çerçevesinde, işleme veya çoğaltma hakkının ihlali olacaktır.

⁴¹⁸ Ann Bartow, *Copyrights and Creative Copying*, University of Ottawa Law and Technology Journal's 2003 Comparative IP and Cyberlaw Symposium, UOLTJ 75, 2003-2004, Vol.1, Issue 1-2, s.75

⁴¹⁹ ABD hukukunda telif hakkı korumasında orijinalite unsuruna ilişkin davalar için bkz. Alfred C Yen, s.533

⁴²⁰ Tekinalp, s.99

Hatırı sayılır ölçüde benzerliğin ayırt edilmesi, kimi tereddütler doğurmaya yatkındır. Özellikle dijital teknikler kullanılarak oluşturulan eserler bakımından bu zorluk, daha da belirgindir. Hatır sayılır ölçüde benzerlik şu kriterlere göre test edilebilir.⁴²¹ a) İhlalde bulunduğu iddia edilen taraf, orijinal eseri daha önce görmüş olmalıdır; b) Orijinal eserden alınan kısım, koruma kapsamında olmalıdır; c) Yapılan alıntının “hatırı sayılır” yani önemli bir oranda olması gerekir.

Dikkate değer bir başka nokta, söz konusu kriterin hem aynen alıntı hem de esinlenmeyi aşan yararlanma durumlarında uygulanıyor olmasıdır.⁴²² Esinlenmeyi aşan yararlanma sonucu ortaya çıkan eserin, orijinal eser sahibinin kazancını etkilemesi çoğu durumda söz konusu değildir.⁴²³ Burada orijinal eser sahibinin korunan bir menfaatten çok, sonraki eseri meydana getirenin “haksız” bir menfaat sağlamasını engellemek düşüncesi ön plandadır. Ancak bu sorumluluk, aşırı esinlenmiş sonraki eser sahibinin maddi menfaat sağlaması şartına da bağlı değildir.

Uygulamada problem, romanın filme çevrilmesinde olduğu gibi, esinlenmeyle oluşturulan eserin, orijinal eser sahibinin gelir sağlayacağı ticari formatlardan birini kullanmasında ortaya çıkmaktadır.⁴²⁴

Hatırı sayılır ölçüde benzerlik testi ele alınırken karşılaşılan bir başka ayırım noktası, söz konusu çalışmanın tamamen kurgusal mı olduğu, yoksa bir takım *vaka* ve gerçeklerin birleştirilmesine mi dayandığıdır.⁴²⁵ Gerçek olay ve *vakaların* eser sahibi

⁴²¹ Alan Latman, *Probative Similarity As Proof of Copying: Toward Dispelling Some Myths in Copyright Infringement*, 90:5 Colum. L. Rev., 1990, s.1189

⁴²² Bkz. Tekinalp, s.191 ; Ayrıca Türk Hukuku’nda “işleme” ve “esinlenme” sınırının tespiti açısından bkz. Yasaman, s.221’deki bilirkişi raporu

⁴²³ Bartow, s.83. Gerçekten de, çok beğenilen bir romandan esinlenmeye aşacak ölçüde faydalanılsa da ortaya çıkan yeni eserin birinciye rakip olması akla yakın bir seçenek değildir. Oysa başarılı bir romandaki hikayenin kullanılarak, film yapılması ciddi ekonomik değeri haizdir.

⁴²⁴ Mesele bu boyutuyla, S. Spielberg tarafından yönetilen *Amistad* isimli filmin senaryosuyla ilgili olarak gündeme gelmiştir. *Barbara Chase-Riboud v. Dreamworks*, 987 F.Supp. 1222 at 1224 (C.D. Cal. 1997). Orijinal hikayenin yazarı davasını ispata çalışırken kendi hikayesinde yer alıp aynen aktarılan gerçek dışı kurgusal unsurlara dayanmıştır. Dava sulhen son bulmuştur.

⁴²⁵ 1879 yılında *Bkzer v. Selden*, 101 U.S. 99 at 103 (1879) davasında ABD Yüksek Mahkemesi (Supreme Court), bilginin serbestçe kullanılmaması durumunda kitap yayımlamanın dolayısıyla telif hakkının asıl

hakkıyla korunamaması meselesi, biyografik eserlerde gündeme gelebilir. Aynı kişiyi ve aynı olayı konu alan eserlerin, belirli bir benzerlik taşıyacakları kesindir.⁴²⁶ Benzer konulu bir eseri bu şekilde üçüncü, dördüncü sırada meydana getiren kişinin yaratıcı faaliyeti, daha öncekilerle hatırı sayılır benzerlik taşımamak için kimi sınırlamalara maruz kalmamalıdır. Bu tür eserler söz konusu olduğunda, testin uygulanışında çıtanın daha yüksek tutulması gerekir. Aksi takdirde, tarihi kişi ve olaylarla ilgili eserlerin üretimi üzerinde haksız bir tekel oluşur. Hatırı sayılır oranda alıntıyı analiz ederken söz konusu alıntının, ilk eserin ifadesine ilişkin olması, bir başka deyişle fikirlerin değil; yaratıcının hususiyetini taşıyan ifadenin doğrudan kullanılmış olması gerekir.⁴²⁷ Çünkü açıklandığı üzere eser sahibi hakkı, yaratıcının fikirlerini değil; eserin vücut bulduğu üslubu korur.

Bilimsel ve entelektüel eserler bakımından, “intihal”(pligiarism) olgusunun, fikir ve sanat eserleri hukukuyla ilişkisi üzerinde durmak gerekir.⁴²⁸ İntihal, kaynak göstermeksizin bir eserden faydalanmak, alıntı yapmak anlamına gelmektedir.⁴²⁹ Oysa sadece eser sahibinin adının belirtilmesi, diğer eser sahibi haklarının ihlal edilmediği anlamına gelmez. Bir başka deyişle bilimsel bir eserden alıntı, kaynak gösterildiği için intihal sayılmasa da, yukarıda anlatılan hatırı sayılır benzerlik sebebiyle eser sahibi

varlık amacının ortadan kalkacağını vurgulamıştır. Ayrıca bkz. *Feist Publications v. Rural Telephone Service*, 499 U.S. 340 at 350 (1991).

⁴²⁶ İstanbul’daki beş yıldızlı otelleri kapsayan bir liste üç değişik araştırmacı tarafından hazırlansa da, doğru liste bir tanedir. Bu durumda araştırmacılardan biri diğerinin yaptığı listeyi kopyalasaydı, bunun ispatlanabilmesi mümkün olmazdı. Çünkü ortaya çıkan çalışma doğru olmak kaydıyla, birbirinin aynı olmak zorundadır. Bu noktadan bakılınca orijinalite şartının, fikir ve sanat eserleri hukukunun işleyişi açısından ayrıca bir ispat gerekliliği olduğu görülür. Bkz. Douglas Gary Lichtman, *Copyright as a Rule of Evidence*, University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 151, April 2002, s.26, <http://ssrn.com/abstract=307081> Bu basit örnek ayrıca, neden özgün olmayan veri tabanları için kendine özgü bir koruma ihtiyacı doğduğunu da ortaya koyar. Bkz. Bölüm 4.6

⁴²⁷ Bu hususta ABD hukukunda kilometre taşı olmuş bir dava için *Nichols v. Universal Pictures* 45 F.2d 119; 7 USPQ 84 (10.10, 1930)

⁴²⁸ Stuart P. Green, *Plagiarism, Norms, and the Limits of Theft Law: Some Observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Intellectual Property Rights*, 54:1 Hastings L.J. 167, 2002, s.202 ; J.H. Reichman ve Paul F. Uhlir, *Database Protection at the Crossroads: Recent Developments and Their Impact on Science and Technology*, 14 Berkeley Tech. L.J. 793, 1999, s.801vd

⁴²⁹ “Müşterek bir anlayışa göre intihal, başkasına ait olup intihali yapanın kendisininmiş gibi gösterdiği edebiyat veya sanat eserinin temellük edilmesidir.” Messina, *Doktrinde, Mukayeseli Mevzuatta, Milletlerarası İçtihat Edebiyat ve Sanat İntihali*, s. 266

hakkının ihlali sayılabilir.⁴³⁰ Bilimsel nitelikli olması, bu eserler bakımından koruma kriterlerinin farklı şekilde değerlendirilmesini gerektirir. Bilimsel eserler bakımından, sonraki eser sahibinin basit de olsa bir katkı sağladığı durumlarda, telif hakkı ihlalinden bahsedilemez. Çünkü bilimsel eserlerde, pozitif gerçekler yer alır ki bunlar üzerinde hiç kimsenin tekel hakkı bulunmaz. Bu nedenle kaynak göstermek şartıyla bilimsel içerik, son derece geniş ölçüde bir eserden diğerine aktarılabilir.

Hukuki kurallar her ne olursa olsun, içinde bulunduğumuz kültürün büyük ölçüde taklit ve kopyalamaya dayandığı açıktır. Örneğin moda sektöründe, eser sahibi hakları neredeyse yok farz edilmesine rağmen, sektörün sergilediği dinamizm, eser koruması olmaksızın yaratıcılığın geliştirilemeyeceği varsayımını âdeta yalanlamaktadır.⁴³¹

Söz konusu kriterin uygulanması açısından bir başka sorun ise, benzerliğin tespitinde yargı sürecinin “ortalama” insanın dikkat ve anlayışını temel almasıdır.⁴³² Özellikle marka hukukunda görülen bu yaklaşımın, eser korumasına ilişkin davalarda da benimsenmesi şaşırtıcı değildir. Ancak belirtmek gerekir ki, testin uygulanmasında “sokaktaki vatandaş” değil; söz konusu esere ilişkin alanda belirli bir birikime sahip, gerekli entelektüel donanımı kazanmış izleyici esas alınmalıdır.⁴³³

Farklı eserler, farklı kriterlere ihtiyaç duyabilir. Özellikle günümüz modern müziğinde belli bir yer işgal eden *sampling*⁴³⁴ olgusu, bugün geçerli eser sahibi hakları bakımından tam bir açmaz işaret etmektedir. Özellikle, doğrudan orijinal kaydın içinden bölümler olarak değil, fakat melodik yapıların tekrar icra edilmesi şeklindeki *sampling* söz konusu olduğunda ihlalin hangi kademedede gerçekleşeceğini önceden tespit etmek mümkün

⁴³⁰ “Fransızcası : Plagiat, - İtalyancası : plagio. - Almanca : Plagiat. -İngilizcesi : piracy, plagiarism. Fakat " piracy " umumiyetle " fikir mahsulündeki " common-law " haklarının ihlâlini tarif etmek için kullanılır " ; **halbuki " plagiarism, kanunî hakların ihlâlini mutlak surette tazammun etmemesi ve aynı zamanda müellifliğin sahte olarak benimsenmesini ihtiva etmesi bakımından piracy'den ayrılır ; bu son vaziyetin piracy'de olması da, olmaması da mümkündür "** *ibid.* s.268 dipnot 2 (vurgu eklenmiştir.)

⁴³¹ Bundan başka, hukuk alanında da özellikle sözleşme maddeleri, örnek formlar eser niteliğinde olmalarına rağmen serbestçe kopyalanabilecekleri yönünde büyük ölçüde yaygın bir anlayış söz konusudur.

⁴³² *Peter Pan Fabrics v. Martin Weiner Corp.*, 274 F.2d 487 at 489 (2nd Cir. 1960)

⁴³³ Messina, *Doktrinde, Mukayeseli Mevzuatta, Milletlerarası İçtihat Edebiyat ve Sanat İntihali*, s.266

⁴³⁴ “örnekleme/alıntılama” şeklinde Türkçe’ye çevrilen *sampling* bir müzik eserinden parçalar alınarak başka bir eserde kullanılmasıdır.

değildir. Bu soru bir noktada, müzikal eseri icra hakkını bugün olduğu şekliyle muhafaza etmenin, sorgulanması anlamına da gelmektedir.⁴³⁵ Bugünkü fikir ve sanat eserleri hukukunun açmazlarına bir tepki şeklinde ortaya çıkan *Creative Commons* (CC) adlı sivil toplum hareketi ve ortaya koyduğu eser lisansları dikkate değer bir girişimdir. Lisans tiplerinden biri, eseri diğerlerinin işlemesine açık hale getiren *klozlar* içermektedir.⁴³⁶

Alıntı ve orijinalite konusunda kabul edilen yaklaşım ne olursa olsun, bilgi-işlem teknolojileriyle ortaya çıkan yeni eser türlerine kadar, başka bir eserle benzerlik arz etmediği sürece, fikrî ürünlerin eser korumasından yararlanmasında bir zorluk yaşanmamıştır. Ancak bilgi işlem teknolojilerine bağlı olarak, herhangi bir yaratıcı unsur taşımamakla birlikte ekonomik değeri haiz bilgi ürünlerinin ortaya çıkması, eser korumasının en temel unsurlarından birini değişime uğratmıştır.

3.3.2.1.2. Yaratıcılık unsuru taşımayan bilgi ürünleri

Klasik eser korumasında yaratıcılık unsuru taşımamasına rağmen yine de korumadan yararlanan eser türleri plan, harita ve krokilerdir. Bilimsel bir nitelik taşımadıkları sürece bu eser türleri faydalı ve fakat yaratıcı özellik taşımayan çalışmalardır. Bilgi-işlem teknolojileri neticesinde eser sahibi hakkı altında ulusal ve uluslararası düzeyde koruma kazanan yazılım ürünleri ve veri-tabanları da bilimsel veya sanatsal ifadeden çok, fonksiyonel özellikler gösterir.⁴³⁷

Orijinalite şartının bir başka sonucu, “gerçek olay”lar üzerinde eser sahibi hakkı bulunmamasıdır.. Hukukta “*vaka*” kavramıyla ifade edilen gerçek olguların, herhangi bir şekilde orijinalite unsuru içermesi mümkün değildir. Oysa bilgi işlem teknolojilerinin yardımıyla, yaratıcılık unsuru taşımasa da, önemli ekonomik değeri bulunan bilgi ürünleri

⁴³⁵ FSEK m. 35’de yer alan “*Yayımlanmış bir bestenin en çok tema, motif, pasaj ve fikir neviden parçalarının müstakil bir musiki eserine alınması*” şeklinde ifa edilen serbesti Türk Hukuku’nun *sampling* şeklinde alıntılara izin verdiğini gösterir

⁴³⁶ Bkz. Emre Bayamhoğlu, *Creative Commons Lisansları*, Linux Kullanıcıları Pengence Dergisi, sayı 5 2006, <http://edergi.linux.org.tr/?~p=dergi&action=show&which=115>

⁴³⁷ Benzer şekilde, endüstriyel tasarımlarla ilgili hukuki düzenlemeler ortaya çıkmadan önce, bu tip çalışmalar, fikir ve sanat eserleri hukuku altında korunmuştur. Scassa ; Teresa, *Originality and Utilitarian Works: The Uneasy Relationship between Copyright Law and Unfair Competition*, UOLTJ, 2003-2004, Vol.1, No.51, s.62, <http://ssrn.com/abstract=764724>

meydana getirmek mümkün hale gelmiştir. Bu sebeple, veri-tabanı adı altında yaratıcılık unsuru içermeyen ve sadece ekonomik faydayı haiz bilgi ürünlerinin eser korumasında yer bulduğu görülür. Bu anlamda fikir ve sanat eserleri hukukunun orijinalite kavramından uzaklaşarak eser sahibi hakkını, ekonomik faydanın yanı sıra harcanan emek ve para açısından değerlendirdiği söylenebilir. Bu doktrin, aşağıda incelenecek olan AB Veri-tabanı Direktifi'yle pozitif düzenlemeye kavuşmuştur.⁴³⁸

3.3.2.1.3. Orijinalite ilkesi üstüne değerlendirme

Orijinalite prensibinin gerekçesine bakıldığında, yaratıcılık unsuru taşımayan çalışmaların sosyal bir fayda sağlamayacağı fikri görülür.. Fikir ve sanat eserleri hukukuna, yine faydacı bir bakış açısıyla yaklaşmak anlamına gelen bu fikir öncelikle; yaratıcılık, fayda ve değer arasındaki bağlantının bu kadar açık olup olmadığı sorusuyla karşılaşır. Aşağıda görüleceği gibi yaratıcı unsurdan çok, “bilgi” ve “uzmanlık” gerektiren eser tipleri ortaya çıkmakta olup, bilgisayar programlarına ve veri-tabanlarına tanınan koruma, buna en iyi örnektir. Çeşitli hukuk sistemlerinde veri-tabanlarına sağlanan özel koruma, klasik fikir ve sanat eserleri hukukunun orijinalite prensibiyle çözemediği sorunlarla karşı karşıya kaldığını göstermektedir.

Bu durum, fikir ve sanat eserleri hukukunun doğrudan “bilgi” kavramıyla ilişkili bir düzenleme alanı haline gelmesinin başka bir görünümüdür.

3.3.2.2. Fikir / İfade Ayırımına Dayanma

“*Bir fikir ne kadar yeni ve mühim olursa olsun, ‘eser’ sayılamaz*”.⁴³⁹ Klasik fikir ve sanat eserleri hukukunda, eser üzerindeki korumanın en önemli özelliklerinden biri, “fikir”lerin koruma dışı tutulmasıdır. Fikir ve sanat eserleri hukuku sadece, yaratıcının fikrî düşüncesinin şekil bulduğu “üslup”, diğer deyişle, “ifade” ile ilgilenir. Ne kadar yaratıcı olursa olsun eser koruması, fikir boyutunu aşmayan çalışmalarını kapsamına almaz. Herkes

⁴³⁸ AB üyesi ülke hukuklarındaki farklı orijinalite kriterleriyle ilgili bkz. Herman Cohen Jeroham, *The EC Copyright Directives, Economics and Authors' Rights*, 1994 25 Int'l Rev. Indus. Prop. & Copyright Law 821,

⁴³⁹ Hirsch, “Hukukî Bakımdan Fikrî Say, s.11. Ayrıca bkz. s. 16 vd.

arabayla Anadolu’da turneye çıkan bir hokkabazın başından geçenleri konu alan bir film senaryosu yazabilir. Daha önce aynı konuyu ve aynı fikirleri kapsayan eser ve eserler verilmiş olması, sonraki çalışmalar için bir kısıtlama oluşturmaz. Hukuken korunan, aynı fikir veya konu üzerine iki eserin, ele alınışında ortaya çıkan ve yaratıcılarından kaynaklanan farklılıklardır. Bunun aksini kabul, bilim ve sanat alanında çok az yeni eser ortaya konabilmesi demektir. Fikirler koruma dışı oluşu, herkesin olgu, fikir ve kavramları dilediğince kullanabilmesini ve buna ek olarak, bu fikirlerden yol çıkılarak meydana getirilmiş eserlerin ekonomik anlamda değerlendirilmesini sağlamaktadır.

TRIPs Anlaşmasının 9/2 Maddesi, fikir/ifade ayrımını açıkça ortaya koyar. Böylelikle TRIPs taraf devletlerin, eser korumasını, fikirleri kapsayacak şekilde genişletmemelerini hükme bağlamıştır. Madde 9/2 aynı zamanda, işlem yöntemlerinin ve matematiksel kavramların da koruma dışı olduğunu teyit etmiştir.⁴⁴⁰

“Soyut” veya “kavramsal” sanat diye adlandırılan oluşuma baktığımızda bu alandaki eserlerde, içerikten daha çok parlak ve farklı düşüncelerin ön planda olduğu, yaratıcı katkının daha soyut bir düzlemde ortaya çıktığı görülür. Bu tip eserlerde somut olarak izlenen, görülen veya dinlenen içerikle, eserin yaratıcısı arasındaki bağlantı fazla belirgin değildir. Örnek vermek gerekirse, sanatı kavramsal anlamda sorgulayan ve alışlagelmiş sanat üretim yöntemlerini ironiyle küçümseyen *dadaist* sanatçılarda ortaya konan eserler; 20. yüzyıl boyunca, fikir/ifade diktomisi bakımından ayrık örnekler teşkil etmişlerdir. Ancak görece küçük ekonomik etkileri nedeniyle, ciddi ve dikkate değer bir hukuki uyuşmazlığa konu olmamışlardır. Bugün dijital veya multi-medya sanat olarak adlandırılan fenomen belirli ölçüde, içeriğin bilgisayar tarafından hazırlandığı ve yaratıcının komutlar yoluyla yazılımı yönlendirdiği bir uygulanma biçimine sahiptir. Bu anlamda dijital sanat ürünleri de, yaratıcının üslubunun değil; fikirlerinin ön plana çıktığı

⁴⁴⁰ Bu hususun farklı hukuk sistemlerindeki düzenlemesine ilişkin bkz. Sterling, s.221. Ayrıca ABD hukukunda bkz. *Baker v. Selden*, 101 U.S. 99, 102–04 (1879)

eserlerdir. Kimi *dadaist* eserler o derece basit ve soyut şekilde icra edilmişlerdir ki, doğru programla bilgisayarların da benzer ürünler ortaya koymaları mümkündür.⁴⁴¹

Bugün için fikir/ifade ayrımının belirleyici olduğu bir hukuki uyuşmazlık konusu, bilgisayar programlarıdır. Son derece önemli ekonomik değeri haiz bu bilgi ürünlerinin koruma şemsiyesi altına girdiği eser sahibi hakkı, niteliği itibariyle fonksiyonel bir araç olan bilgisayar programını korumaya elverişli değildir. Çünkü fikir ve sanat eserleri ticari değerlerini, yarattıkları estetik beğeni veya bilimsel katkıdan alırlar. Oysa yazılım, bir iş görmek üzere tasarlanmıştır.

Bilgisayar programları söz konusu olduğunda, fikir/ifade ayrımı kriterinin işe yaramaz hale gelmesi de mümkündür.⁴⁴² Kimi durumlarda program içindeki fikirlerin uygulanabilmesi, yaratıcının fikirlerinin şekle büründüğü ifadenin dez orunlu şekilde kullanılmasını gerektirebilir ve bu halde programın vücut bulduğu ifade artık tam anlamıyla korumadan yararlanamayacaktır.⁴⁴³ Bilgisayar programları oluşturulurken süreç içinde yerleşik hale gelmiş kimi hazır komut paketlerinden veya çözüm yöntemlerinden yararlanılır. Bunlar yazılım meydana getirilirken kullanılan yapıtaşlarıdır.⁴⁴⁴

3.3.2.3. Eser Sahipliğinin Gerçek Kişilere Özgülenmesi

Özellikle kıta-Avrupası hukuk sistemleri, eser sahipliğini gerçek kişilere özgülemiştir.⁴⁴⁵ Bu, yukarıda açıklanan kişilik teorisinin bir başka görünümüdür. Anglo-Amerikan sistemi ise bu konuda daha esnek bir tutum sergiler. Aşağıda incelenen Bern Konvansiyonu'nun 15/1 Maddesi, eser üzerinde görünen ismin, en azından hakların

⁴⁴¹ Bu tip çalışmalara bilinen örnek *Marcel Duchamp*'ın ters duran pisuarı (*Fontaine* 1917) veya ünlü *Mona Lisa* tablosuna sakal bıyık çizdiği parodik ürünleridir. Bkz. http://tr.wikipedia.org/wiki/Marcel_Duchamp

⁴⁴² Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. Rod Dixon, *Does the DMCA Violate a Constitutional Mandate When Technological Barriers of Access Are Applied to Software?*, Va. J.L. & Tech. (Virginia Journal of Law and Technology), 2003, Vol.8, No.2, s. 33, dipnot 159, <http://www.vjolt.net>. Bu anlamda yazılımın patenle korunması hakkında bkz. Emre Bayamlioğlu, *Bilişim Teknolojileri ve Fikrî Hukuk İlişkisi*, Güncel Hukuk Dergisi, Ekim 2006, s.28

⁴⁴³ Jessica Litman, *Reforming Information Law in Copyright's Image*, <http://ssrn.com/abstract=41644>, s.21

⁴⁴⁴ Programlar arasındaki benzerliğin nasıl tespit edileceğine ilişkin bkz. Ayşe Saadet Arıkan, *Bilgisayarlar Programlarının Korunması AB ve Türkiye*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1996, Sayı 3, s.343 vd

⁴⁴⁵ Bkz. Ernst Hirsch, "Hukukî Bakımdan Fikrî Say", s.73

kullanılması açısından, yetkili sayılması gerektiğini belirtmektedir. Anglo-Amerikan sistemi dışındaki Bern üyesi ülkelerin büyük çoğunluğunda eser sahipliği, gerçek kişilerle ilişkilendirilmiştir.

Buradan hareketle denilebilir ki, kural olarak eser sahipliği bir gerçek kişiye aittir ancak ulusal hukuk sistemleri farklı ölçülerde bunun istisnalarına yer vermektedir. Kıta-Avropası hukukunda bağlantılı hakların türev niteliği ve ayrı bir “manevi haklar” kategorisinin varlığı, eser korumasını kişilik haklarının bir uzantısı olarak gören anlayışın yansımalarıdır. Aynı çerçevede kimi hukuk sistemleri eser sahibi hakkının devrine izin vermez ve fakat, aynı sonuç lisans düzenlemeleriyle sağlanır.⁴⁴⁶ Türk Hukukunda da, FSEK Madde 1/B(b) ve Madde 8/1⁴⁴⁷, eser sahibinin onu meydana getiren kişi olduğunu belirterek, tüzel kişilerin eser sahipliğine imkân vermemiştir. 2001 yılında 4630 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikten önce tüzel kişi organlarının da eser sahibi sayılması imkân dahilindeydi. 4630 sayılı Kanunla konu, Madde 18/2’de⁴⁴⁸ düzenlenmiş ve gerek istihdam ilişkisi içinde gerekse tüzel kişinin organı şeklinde olsun, tüzel kişilerin eser sahibi olmadığı; çalışanları veya organlarındaki gerçek kişiler tarafından meydana getirilen eserler üzerindeki hakları kullanma yetkilerinin bulunduğu belirtilmiştir. Ancak Türk Hukukundaki bu değişiklik ve düzenlemelerin, FSEK’in bütünü açısından tutarlı bir anlayış yansıttığını söylemek mümkün değildir. Bunun en güzel örneği, “*İlk eser sahibi tüzelkişi ise, koruma süresi aleniyet tarihinden itibaren 70 yıldır.*” şeklindeki FSEK Madde 27/son hükmüdür.⁴⁴⁹ Farklı hukuk sistemlerine bakıldığında, bugün için kıta-Avropası ülkelerinde dahi, bu prensibin mutlak şekilde uygulandığı söylenemez. Yine de eldeki çalışma açısından, eser sahipliği kavramının ekonomik ve ticari niteliğinden önce, bireyin modern

⁴⁴⁶ WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use, s.37

⁴⁴⁷ FSEK m. 8/1: Bir eserin sahibi onu meydana getirendir.

⁴⁴⁸ FSEK m. 18/2: Aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça; memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerindeki haklar bunları çalıştıran veya tayin edenlerce kullanılır. Tüzel kişilerin uzuvları hakkında da bu kural uygulanır.

⁴⁴⁹ Aynı yönde bkz. Fülerya Yusufoglu, *Eserleri Meydana Getirenlerin Mali hak Sayılmayan Haller*, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, C.II, s.399 vd. ; Cem Baygın, *Fikrî Hukukta Yaratıcı Eser Sahibi ve Eser Üzerindeki Mali Hakları Kanunen Kullanmaya Yetkili Sayılan Kişiler*, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C.I, s.151

hukuk düzeni içinde elde ettiği “kişi” statüsünün bir yansıması olan, kamusal boyutunun tespiti önemlidir.

3.3.2.4. Eser Sahibi Hakkının Sınırlanabilir Olması

Eser üzerindeki koruma, , söz konusu hakları kullanma ve başkalarına devretme konusunda, eser sahibine geniş hukuki olanaklar sunar ve ayrıca, üçüncü kişileri esere müdahaleden menetme imkânı verir. Bu, eser sahibi hakkının mutlak niteliğinden kaynaklanır.⁴⁵⁰ Fakat “mutlak” diye tabir olunan hakların dahi, sınırsız olması düşünülemez. Eser sahibi hakkı da diğer mutlak haklar gibi bazı sınırlamalara tabi tutulmuştur. Dahası, fikir ve sanat eserleri hukukunun yukarıda açıklanan kamusal boyutu, bir başka deyişle toplumun bilgi ve kültürden faydalanması noktasındaki belirleyici rolü, eser sahibi hakkının diğer mutlak haklara oranla daha fazla sınırlamaya konu olmasını gerektirmiştir. Eser sahibi hakkını faydacı görüşlerle açıklayan yaklaşımlar, bu sınırlamaları daha kolay gerekçelendirir. Çünkü faydacı anlayışa göre eser sahibi hakkı, sosyal yarar ve kamu menfaati düşüncesine dayanır ve aynı gerekçeyle sınırlanması da eşit derecede meşrudur. Oysa eser sahipliği kişilik hakları çerçevesinde açıklandığında, hakkın sınırlandırılmaz ve dokunulamaz bir özü olduğunu kabul etmek zorunludur. Ancak bilinmesi gerekir ki, aşağıda incelenecek günümüz fikir ve sanat eserleri hukukundaki sınırlama ve istisnalar, her türlü nitelendirmede hakkın özüne dokunmaktan uzaktır. Aslında, son on yılda uluslararası alanda ortaya çıkan düzenlemeler ve bunun ulusal hukuk sistemlerindeki yansımaları, kamu lehine getirilmiş bu sınırlamaların hızlı bir erozyona uğradığını göstermektedir.

Herhangi bir eser, koruma süresi sonunda kamuya mal olur ve herkes tarafından kullanılabilir hale gelir. Oysa mutlak hakların en önemli özelliği süreyle sınırlı olmamalarıdır. Bu yönüyle “süreyle sınırlılığ”, diğer sınırlamalar grubuna dahil etmeyerek, ayrı bir hukuki olgu olarak değerlendirmek de mümkündür.⁴⁵¹ Yukarıda görüldüğü gibi 18. yüzyılda eser sahibi hakkının doğumu aşamasında, “süreyle sınırlılık” son derece belirgin

⁴⁵⁰ Ateş, s.103

⁴⁵¹ Türk Hukuku’nda da süreler FSEK m.27, m.82, veri-tabanları için Ek m.8’de düzenlenmiştir.

şekilde gözetilmiştir. İlk yasa *Statute of Anne*'deki, (14+14) toplam 28 yıllık, bugüne oranla son derece kısa koruma süresi, süreyle sınırlılığın eser sahibi hakkının önemli bir unsuru olduğunu göstermektedir. Süreyle sınırlılık için en önemli dayanak, eser sahibi hakkının temelde, yaratıcı faaliyeti teşvik için tanınmış olmasıdır. Özellikle yazarın ölümünden sonra uzun bir koruma süresi, bu amaca herhangi bir katkı sağlamamaktadır. Koruma süresinin uzunluğuna bağlı olarak miras sorunlarının çözümlenmesinin güç bir hal alması, hakkı sınırlamak için bir başka gerekçe olsa da, bugünkü koruma süreleri dikkate alınır; mirasçılarının en az iki veya üç kuşaklık bir süre boyunca hakları kullandıkları görülür. Ancak yine de, aradan çok uzun zaman geçtikten sonra eserle hiçbir ilgisi olmayan mirasçılarının eseri kontrol etmesi, kamu vicdanını rahatsız edeceği için hakkın belirli bir süreyle sınırlanması fikri hemen tüm hukuk sistemlerinde kabul edilmiştir. Bugünkü koruma sürelerinin uzunluğu, yaşanan çağın hızı da dikkate alındığında, eser sahibi hakkını neredeyse süresiz bir niteliğe büründürmüştür.⁴⁵²

Eser sahibi, eserin eğitim-öğretim, bilimsel ve kültürel amaçlarla belirli ölçüde çoğaltılmasına, yayımına, dağıtımına ve yukarıda açıklandığı üzere belirli kurallar içinde alıntı(iktibas) yapılmasına engel olamaz. Buna ek olarak, eser sahibinin mali hakları, kişisel kullanım amaçlı olarak ve ticari menfaatleri zarara uğratmamak kaydıyla sınırlandırılabilir. Her eser, toplumun ortak malı bilgi ve kültür dağarcığına bir şeyler borçludur. Fikir ve sanat eserleri hukuku bu bağlantının çok yoğun bir hal aldığı, “işleme” veya “alıntı” gibi durumları ayrıca düzenlemiştir. Buna karşılık, ilham ve esinlenme şeklinde ifade edilen benzerlikler, fikir/ifade ayrımı çerçevesinde serbest kabul edilmiştir. Görülmektedir ki, yaratılan her eser zorunlu olarak kendinden öncekilere bağlanır. Bu, eser sahibi hakkına getirilen sınırlamaların dayanaklarından birisini oluşturur.. Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, toplumun bilgiye erişimi ile eser sahibinin ödüllendirilmesi

⁴⁵² Bern Konvansiyonu'nun imza aşamasında taraf devletler süre konusunda uzlaşmamışlardır. İlk uzlaşma 1907 yılında, eser sahibinin ölümünden sonra 50 yıl şeklinde ortaya çıkmıştır. Bağlantılı haklara yönelik Roma Sözleşmesi asgari koruma süresini 20 yıl olarak belirlemiş fakat WPPT bu süreyi genel olarak yayın tarihinden itibaren 50 yıla çıkarmıştır. 93/98 sayılı AB Direktifinde eser sahibi hakkının koruma süresi eser sahibinin ölümünden itibaren 70 yıldır. Bağlantılı haklar için 50 yıl öngörülmüştür. Bkz. Ateş, s.246

arasındaki denge arayışıdır.⁴⁵³ Eser sahibi hakkının sınırlanması “kamu yararı”, “kamu menfaati” veya “kişisel yarar/gelişim” gibi gerekçelere dayandırılmaktadır.⁴⁵⁴

3.4. TEKNOLOJİK KORUMANIN ULUSLARARASI BOYUTTA DÜZENLENMESİ⁴⁵⁵

3.4.1. Bern Konvansiyonu’nun Doğumu ve Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunun Uluslararası Planda Gelişimi

İngiltere başta olmak üzere, gelişmiş ülkelerdeki eser koruması düzenlemelerinin doğumunu takiben 19. yüzyıl sonlarında, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku alanında pek çok ikili uluslararası anlaşma ortaya çıkmıştır. Bu ikili anlaşmaların içeriğine bakıldığında, korunan kişiler bakımından, taraf ülke vatandaşlarına ve/veya taraf ülke sınırları içinde yayımlanan tüm eserlere koruma sağlandığı görülür. Az sayıda ikili anlaşma ise, koruma altına alınacak kişileri, taraf devletin belirlemesi yolunu seçmiştir. İkili anlaşmalar her bir taraf devlete, ulusal hukukta kendi vatandaşlarına tanıdığı daha avantajlı hakların, diğer taraf devletin vatandaşları için de geçerli olması şartını getirmiştir. Çeviri hakkı az sayıda anlaşmada bağımsız bir hak olarak tanınmış, genel olarak çeviri üzerinde bazı sınırlamalarla yetinilmiştir. Çoğaltma hakkı üzerinde eğitim ve bilimsel amaçlı sınırlamalar

⁴⁵³ BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi de, 1. paragrafta kamunun, ve 2. paragrafta yaratıcıların menfaatlerine vurgu yapmıştır. Madde 27: 1- Herkes, topluluğun kültürel faaliyetine serbestçe katılmak, güzel sanatları tatmak, ilim sahasındaki ilerleyişe iştirak etmek ve bundan faydalanmak hakkını haizdir. 2- Herkesin yarattığı, her türlü bilim, edebiyat veya sanat eserlerinden mütevellit manevi ve maddi menfaatlerin korunmasına hakkı vardır.

⁴⁵⁴ Bkz. Bölüm 3.4.2.1

⁴⁵⁵ BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m. 27: 1- Herkes, topluluğun kültürel faaliyetine serbestçe katılmak, güzel sanatları tatmak, ilim sahasındaki ilerleyişe iştirak etmek ve bundan faydalanmak hakkını haizdir. 2- Herkesin yarattığı, her türlü bilim, edebiyat veya sanat eserlerinden mütevellit manevi ve maddi menfaatlerin korunmasına hakkı vardır.

daha o zamandan yerini almıştır. Hatta daha liberal bazı anlaşmalar gazete ve dergilerden yapılacak alıntıları dahi düzenlemiştir.⁴⁵⁶

Eser sahibi haklarının uluslararası planda çok taraflı bir düzenlemeye kavuşturularak bu ikili anlaşmaların ortadan kaldırılması amacıyla, 1878 yılında kurulan ALAI (*Association Littéraire et Artistique Internationale*) 1883 yılından başlayarak bir dizi kongreler düzenlemiş ve 1886 yılında İsviçre'nin Bern şehrinde Konvansiyon imzalanmıştır.⁴⁵⁷

Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku alanındaki uluslararası düzenlemelerin ilki olan 1886 tarihli Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Konvansiyonu, eser sahibi haklarının korunmasında asgari standartların tespiti amacıyla hazırlanmış olup, zaman içinde çeşitli kereler revize edilerek bugüne kadar gelmiştir. Hemen belirtmek gerekir ki, gerek Bern Konvansiyonu gerekse aşağıda görülecek WIPO Anlaşmaları, uluslararası düzlemde bir hak tesis etmezler.⁴⁵⁸ Anlaşmalara taraf ülkelerin kendi ulusal hukuklarında geçerli kılmaları gereken asgari bir koruma rejimi getirmektedirler.⁴⁵⁹

⁴⁵⁶ Bu dönemle ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz. Ricketson ; Ginsburg, s.32-36. Ayrıca 40. sayfada 1886 tarihi itibarıyla Avrupa'da mevcut ikili anlaşmaların mükemmel bir şeması yer almaktadır. Örneğin; Fransa 13, İtalya 8, İspanya 8, Belçika 9 ülkeyle ikili anlaşmaya taraftır.

⁴⁵⁷ Uluslararası hukukta düzenlemeler; "sözleşme", "konvansiyon" (*convention*), "anlaşma" (*agreement*) ve "anlaşma" (*treaty*) adları altında ortaya çıkmaktadır. Çalışmada bu terminoloji gözetilmiştir.

⁴⁵⁸ Fikir ve sanat eserleri hukuku alanındaki düzenlemelerin uluslararası hukuka göre yorumu için bkz. Ricketson ; Ginsburg, s.182-232

⁴⁵⁹ "Bern sözleşmesinin 1948 de Brüksel'de yeniden kaleme alınmış olan bugünkü şeklinde fertlere doğrudan doğruya tanınan haklar sözleşmenin eski metinlerine nazaran o kadar çoğalmıştır ki bu hususta romalıların kabul ettikleri mânada bir "Ius Gentium" dan bahsedilebilir. "Unesco" tarafından yayın alanına çıkarılmış olan "Copyright Bulletin" (11) de söylendiği gibi adeta bizzat sözleşmenin mahiyeti değişmiştir: Sözleşme bütün âkit devletlerde **müşterek** bir himayenin doğrudan doğruya kaynağı olan hakiki bir **milletler arası kanun** halini kazanmıştır. (12) Sözleşmenin 1928 yılında Romada kabul edilmiş şekli ile bugünkü şekli arasındaki önemli fark, ikinci maddesinden bariz bir surette anlaşılmaktadır: 1928 yılı metnine göre "Birliğe dahil memleketler zikr olunan eserlerin himayesini temin ile mükelleftirler". Halbuki yeni metne göre "Yukarıda sayılan eserler Birliğe dahil bütün memleketlerde himaye görürler. Bu himayeden eser sahibi ve onun halefleri faydalanır". Görülüyorki devletlere yüklenen bir vazife olarak eser sahiplerine dolayısıyla temin edilmek istenen bir menfaat, bu defa, sübjektif hak olarak doğrudan doğruya eser sahiplerine bağışlanmıştır." Ernst Hirsch, *Bern Sözleşmesi*, AÜHFD 1950 Cilt 7 Sayı 1-2 s.136,

<http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1950-07-01-02/AUHF-1950-07-01-02-Hirsch.pdf>

Fikir ve sanat eserleri hukuku, bilginin dolaşım gücü sebebiyle erken denebilecek bir dönemde, özel hukuka ilişkin ilk uluslararası düzenleme alanlarından biri olmuştur.⁴⁶⁰ 1886 tarihli Konvansiyon'da “edebiyat ve sanat eserleri”nin neler olduğu sayılmış, eser sahiplerinin mali ve manevi hakları ile bu hakların süreleri ve kullanım koşulları belirlenmiştir.⁴⁶¹ 1996 tarihli WIPO Andlaşmalarına kadar, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukundaki temel paradigma ve anlayış Bern Konvansiyonu'ndan sapma göstermemiş, zamanla ortaya çıkan yeni teknolojik gelişmelere bağlı olarak yeni hak grupları eklenmiştir.⁴⁶²

Bern Konvansiyonu da, fikir ve sanat eserleri hukuku alanındaki diğer uluslararası düzenlemeler gibi, çeşitli görüş ve menfaatlerin uzlaşmasına dayanır. Fransa'nın başı çektiği bir grup, eser sahibine mülkiyet benzeri bir hakkın sağlanmasını ön koşul sayarken, İngiltere'nin öncülüğündeki pragmatik yaklaşım, mümkün olduğunca geniş katılım sağlayabilmek için kimi tavizler verilebileceği düşüncesini savunmuştur. Konvansiyonun kazandığı global yaygınlık bir ölçüde, zıt görüşlerin diyalektiğiyle meydana getirilmiş olması sebebiyledir.⁴⁶³

1886 tarihinde imzalanan Konvansiyon, çeşitli aralıklarla 1896, 1908, 1914, 1928, 1948, 1967 ve 1971 yıllarında revize edilmiştir.⁴⁶⁴ Konvansiyon, 1989 yılında ABD'nin katılımıyla⁴⁶⁵ güçlenmiş ve UNESCO yönetimindeki *Universal Copyright Convention*⁴⁶⁶ girişiminin başarı şansı daha da azalmıştır.

⁴⁶⁰ İlk imzacı ülkeler Almanya, Belçika, Fransa, Haiti, İngiltere, İspanya, İsviçre, İtalya, Liberya ve Tunus olmuştur. Bkz. *ibid.* s.134

⁴⁶¹ Türkiye, 1995 yılında, 4117 sayılı Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına Dair Bern Sözleşmesi'nin Kabulüne Dair Kanun ile, Bern Sözleşmesi'nin 1971'de Paris'te revize edilmiş metninin 1979 Paris değişikliğini kabul etmiştir. 12.07.1995 tarih ve 22341 sayılı RG

⁴⁶² Bert B. Hugenholtz, *The Implementation of Directive 2001/29/EC in The Netherlands*, RIDA (Revue Internationale du Droit d'Auteur), 2005-2006, s.117 vd.

http://www.ivir.nl/publications/hughholtz/RIDA2005_206.html

⁴⁶³ Bern Konvansiyonu'na hazırlık mahiyetinde 1858 yılında Brüksel'de bir Kongre toplanmıştır. Bkz. Ricketson ; Ginsburg, s.43 vd.

⁴⁶⁴ *ibid.* s.86 vd.

⁴⁶⁵ *ibid.* s.170-175

⁴⁶⁶ Evrensel Telif Hakkı Sözleşmesi, bkz. Sterling, s.20

Bern Konvansiyonu'nu uluslararası açıdan hayati bir noktaya taşıyan gelişme, TRIPs Anlaşması olmuştur. Çünkü TRIPs, asgari koruma standardı olarak Bern Konvansiyonu'nun 1-21. Maddelerinin taraf devletlerce kabulünü şart koşmuştur.⁴⁶⁷

Konvansiyon bünyesinde, taraf devletlerden oluşan bir Birlik kurularak “*International Bureau*” adlı bir sekreterlik oluşturulmuş ve bu yapı daha sonra, Paris Konvansiyonu'yla kurulan sekreterlikle birleşerek WIPO'nun temelini atmıştır.⁴⁶⁸

Bern Konvansiyonu, en son 1971 yılında Paris'te revizyona uğramış ve kıta-Avrupası doktrinine daha da yaklaşmıştır. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi İngiltere örneği, Konvansiyonun *common law* geleneğine bağlı ülkelerce de adapte edilebilecek kadar esnek olduğunu göstermektedir.⁴⁶⁹ TRIPs'in Bern rejimine gönderme yapması, fikir ve sanat eserleri hukukunun global ölçekte, kıta-Avrupası doktrini çatısı altında birleşmekte olduğu yorumlarına yol açmıştır.⁴⁷⁰

1961 tarihli Roma Konvansiyonu uluslararası planda bağlantılı haklarla ilgili alt sınırların tespit edildiği ilk sözleşme olup; icracı sanatçıların, fonogram yapımcılarının ve radyo/televizyon yayıncılarının haklarına yer vermiştir.⁴⁷¹ Sözleşme ile bağlantılı hak sahiplerinin tanımı yapılmış, haklar ve kullanım koşulları ayrıntılı olarak belirtilmiş, koruma süreleri ve uygulama koşulları tespit edilmiştir.

1971 tarihli Plakların Yetkisiz Çoğaltılmasına Karşı Plak Yapımcılarının Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi ise, gelişen teknolojinin etkisiyle artan ve yaygınlaşan izinsiz müzik kaydı kopyalarını önlemek amacıyla hazırlanmıştır.

⁴⁶⁷ TRIPs'e taraf devletler Bern Konvansiyonu'na da taraf olmak zorunda değildir. İlgili maddelerde çizilen korumanın iç hukuka alınması yeterlidir.

⁴⁶⁸ Birleşmiş Milletler kuruluşu olan WIPO, 1883 ve 1886 tarihli Paris ve Bern Konvansiyonları da dâhil olmak üzere, fikrî mülkiyet konusunda 20'den fazla uluslararası sözleşmenin yönetiminden sorumludur.

⁴⁶⁹ Ricketson ; Ginsburg, s.361

⁴⁷⁰ Bu durum, ABD'nin, fikir ve sanat eserleri hukukunu GATT eksenine çekerek, Avrupa merkezli Bern rejiminden kurtarmak yönündeki çabalarını olumsuz etkilemiştir.

⁴⁷¹ Türkiye 1995 yılında, 4116 sayılı kanun ile Roma Sözleşmesi'ni kabul etmiştir. (12.07.1995 tarih ve 22341 sayılı RG.)

1970-1990 arası genel olarak video, CD, kablolu televizyon ve bilgisayar gibi önemli teknolojik yeniliklerin gündelik hayata girdiği bir dönem olmuştur. Bu süre içinde uluslararası sahada yeni fikrî hukuk düzenlemeleri yerine, WIPO ve UNESCO bünyesindeki uzman komiteler yoluyla, devletlere yol gösterici nitelikte çalışmalar tercih edilmiştir. Ancak 1980'lerin sonuna gelindiğinde, stratejinin artık yetersiz kaldığı görülmüştür.⁴⁷²

Uruguay Round sonucu 1995 yılında ortaya çıkan Dünya Ticaret Örgütü (WTO) Kuruluş Anlaşması'nın eki olan Ticaretle Bağlantılı Fikrî Mülkiyet Hakları Anlaşması⁴⁷³ TRIPs(*Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*), fikrî haklar alanında uluslararası bir standart sağlama amacını taşıyan en kapsamlı düzenlemedir. TRIPs, mevcut sözleşmeleri ortadan kaldırmamakta ancak onlara ek düzenlemeler getirmektedir. Üye devletlere, Dünya Ticaret Örgütü bünyesinde kurulan serbest ticaret sisteminin dışında kalmamak için, Bern Konvansiyonu'ndaki asgari standartların kabulü şart koşulmuştur.

TRIPs Anlaşmasının iki önemli amacı bulunmaktadır. TRIPs, bir yandan asgari standartları belirleyerek fikrî mülkiyet haklarının korunmasında etkinliği arttırmayı; diğer yandan da, fikrî mülkiyet haklarının uygulanmasına ilişkin usul ve önlemlerin uluslararası ticaret için engel oluşturmasını önlemeyi amaçlar.

1996 öncesine kadar “Klasik Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku” diyebileceğimiz dönem için koruma katmanları, kanunen tanınan eser sahibi hakları ve lisans sözleşmeleri şeklinde belirlenmişti. Buna göre eser sahibi, ya doğrudan kanunun tanıdığı münhasır hakka veya münhasır hakka dayanılarak imzalanan sözleşme ilişkisine dayanmaktadır. Aşağıda açıklanacak teknolojik önlemlerin korunmasına yönelik düzenlemeler, fikir ve sanat eserleri hukukunun koruyucu mekânizmalarına bir yenisini eklemiştir. 1996 tarihli WIPO Andlaşmaları'nda, “teknolojik önlemlerin hukuki korunması” ve “kamuya iletim

⁴⁷² Mihály Ficsor , “The Law of Copyright and the Internet”, New York, Oxford Uni. Press, 2002, s.5 ; Ricketson ve Ginsburg, s.141

⁴⁷³ Türkiye TRIPs'i (Dünya Ticaret Örgütü Sözleşmesi'ni) 1995 yılında kabul etmiştir. (25.02.1995 tarih ve 22213 sayılı RG.)

hakkı” şeklinde ortaya çıkan yeni koruma mekânizması, eldeki çalışmaya konu oluşturan hukuki sürecin başlangıcıdır.

3.4.2. Bern Konvansiyonu Kapsamında Korunan Eserler ve Konvansiyon’un İşleyişi

Bern Konvansiyonu Madde 2/1’deki “edebi ve sanatsal eser” ifadesi; edebiyat, güzel sanatlar ve bilim alanındaki tüm yapıtları, ifade edildiği biçime bakmaksızın⁴⁷⁴ kapsar. Konvansiyon, maksimum koruma prensibine dayanır. Buna göre, Konvansiyonun sessiz kaldığı hususların, ulusal hukukta düzenleme konusu yapılabilmesi mümkündür. Diğer bir deyişle Konvansiyon hüküm getirmediği hususlarda, kamu lehine bir “kasıtlı susma” içinde değildir.⁴⁷⁵ Dahası, Konvansiyonda kamu lehine eser sahibi hakkına getirilen sınırlamaların iç hukuka geçirilmesi zorunlu değildir.⁴⁷⁶

Konvansiyonda, “edebi ve sanatsal eser” kavramı tanımlanmamış ve üye devletlere bırakılmıştır. Konvansiyonun ortaya çıkış aşamasından başlayarak koruma konusunun tanımı, geçmiş birikime göre üye devletlerin iç uygulamasında ele alınmıştır.⁴⁷⁷ Burada sayılan geniş liste⁴⁷⁸ tahdidi değildir⁴⁷⁹ ve mevcut hukuk sistemlerince eser

⁴⁷⁴ “...whatever may be the mode or form of its expression....”

⁴⁷⁵ Ricketson ; Ginsburg, s.331

⁴⁷⁶ Bunun istisnası m.10/1 ve 2/8

⁴⁷⁷ Konvansiyonun imzalandığı tarihe kadar ikili anlaşmalar yoluyla ortaya çıkan uygulama esas alınmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ricketson ; Ginsburg, s.401-402

⁴⁷⁸ *books, pamphlets and other writings; lectures, addresses, sermons and other works of the same nature; dramatic or dramatico-musical works; choreographic works or entertainments in dumb show; musical compositions with or without words; cinematographic works to which are assimilated works expressed by a process analogous to cinematography; works of drawing, painting, architecture, sculpture, engraving and lithography; photographic works to which are assimilated works expressed by a process analogous to photography; works of applied art; illustrations, maps, plans, sketches and three dimensional works relative to geography, topography, architecture or science.* Bu sayılan eser biçimlerinin kapsamıyla ilgili detaylı bilgi için bkz. Ricketson ve Ginsburg, s.413-472

⁴⁷⁹ Bunun en iyi örneği, bilgisayar yazılımlarının yeni ve oldukça farklı bir kategori olarak fikir ve sanat eserleri hukukundaki yerini almış olmasıdır. Maddenin lafzında yer alan “edebi, bilimsel ve sanatsal alandaki ürünler” ifadesi, bu yeni kategorilerin ayrıca düzenleme olmaksızın korumadan yararlandırılabilceğini gösterir.

koruması altına alınan türlerin çok büyük kısmını kapsar. Burada sayılan türlerin koruma altına alınması zorunludur.⁴⁸⁰

Madde 2'nin genel bir değerlendirmesi, yedi kategori eserde koruma sağlanmasının şart koşulduğunu gösterir.

1) *Yazılı eserler*:⁴⁸¹ Her türlü harf veya diğer sembolle yazılı hale getirilmiş eserler.

2) *Müzik-dramalar*: Müzikli oyun, müzikal, koreografi, mim, opera, müzikal komedi gibi eserler.⁴⁸²

3) *Sinema eserleri*:⁴⁸³ Her türlü film, video veya filme tespit edilmiş içerik.

4) *Müzik eserleri*: Her türlü sözlü ve sözsüz besteler.

5) *Görsel sanat eserleri*: Resim, heykel, enstelasyon, gravür, litografi, plan/kroki, el sanatları ve fotoğraf gibi her türlü iki veya üç boyutlu sanat eserleri.⁴⁸⁴

6) *İşlenme eserler*: Aranjman, adaptasyon, çeviri gibi derivatif/türev nitelikli eserler. Türev eserlerdeki korumanın, orijinal eser üzerindeki hakları etkilemediği Madde 2/3'de⁴⁸⁵ belirtilmiştir.⁴⁸⁶

7) *Derleme eserler*: Her türlü eser derlemeleri, antolojiler, ansiklopediler ve veritabanları⁴⁸⁷

⁴⁸⁰ Ricketson ; Ginsburg, s.408

⁴⁸¹ Türk hukukunda FSEK m.2

⁴⁸² Türk hukukunda bu grup eserler FSEK m.2 ve müzik eserlerini düzenleyen m.3'de sayılmıştır.

⁴⁸³ FSEK m.5

⁴⁸⁴ FSEK m.4

⁴⁸⁵ Karş. FSEK m.6. Ayrıca, "türev eser" (*derivative work*) hakkında bkz. Ricketson ; Ginsburg, s.473-497

⁴⁸⁶ "...without prejudice to the copyright in the original work"

⁴⁸⁷ Karş. FSEK m.7

Konvansiyon, eser koruması açısından belirli bir nitelik kriteri ortaya koymaz; edebi, bilimsel ve sanatsal alandaki “edebi ve sanatsal” ürünleri koruma kapsamına alır. Bundan çıkan sonuç “buluş” niteliğindeki bilimsel ürünleri kapsam dışı bıraktığıdır.⁴⁸⁸

Madde 2/7, endüstriyel tasarım ve modeller bakımından üye devlette başka bir koruma rejimi yoksa, Konvansiyonun geçerli olacağını belirtmiştir.

Konvansiyon Madde 2/4 ve 2bis(mükerrer) ile, mahkeme kararları gibi resmi belgeler, kamuya hitaben yapılan konferans ve söylevler üzerindeki korumanın derecesi taraf devletlere bırakılmıştır.

Konvansiyonun işleyişi ile ilgili önemli bir nokta, üye devletleri kendi vatandaşlarına karşı değil; birbirlerine karşı yükümlülükler altına sokmasıdır. Üye bir devlet kendi ülkesinde, diğer üye devletin vatandaşına, diğer üye devlette yayımlanmış eserlere veya üye devlette yerleşik kişilere Konvansiyondaki hakları tanıyacaktır.⁴⁸⁹ Ancak eğer söz konusu üye devletin ulusal hukuku, eser koruması bakımından kendi vatandaşlarına daha geniş haklar tanımaktaysa, Bern üyesi ülkelerin vatandaşları da bundan faydalanır.⁴⁹⁰

Hak, eserin yaratılması ve herhangi bir biçimde somut şekle bürünmesiyle ortaya çıkar. Eserin somut olarak bir şekilde kayda geçirilmesi veya fiziki bir materyale tespit edilmesiyle, başkaca bir işleme gerek kalmaksızın eseri yaratan gerçek kişi hak sahibi olur.⁴⁹¹ Eser sahipliği, “maddi gerçek”ler ve Madde 15’deki karine çerçevesinde belirlenir.

⁴⁸⁸ Ayrıca “bilimsel” tanımlamasına yer vermenin semantik bakımdan gereksizliği üzerine bkz. Ricketson ; Ginsburg, s.406

⁴⁸⁹ Bern Konvansiyonu m. 3 hakkında daha detaylı bilgi için bkz. *ibid.* s.238-255

⁴⁹⁰ Teknik olarak, üye devletler, Bern Konvansiyonu’ndaki hakları kendi vatandaşlarına tanımak zorunda değildirler. Ancak böyle bir tutum söz konusu devletin zararına işleyeceğinden, bu yorumun fazla önemi yoktur. Bkz. Alan Story, *Burn Berne: Why The Leading International Copyright Convention Must Be Repealed*, Houston Law Review, 2003, Vol.40, Sayı 3, s.764 vd.

⁴⁹¹ Bern Konvansiyonu uyarınca, eser koruması için her hangi bir formalite öngörülemediği kuralıyla ilgili bkz. Ricketson ; Ginsburg, s.321

Buna göre, eserin üzerinde olağan şekilde adı belirtilen kişi eser sahibi kabul edilir.⁴⁹² Tescil, bildirim veya benzeri bir hak kurucu veya açıklayıcı sistem öngörülmemiştir.

3.4.2.1. Konvansiyon'da Tanınan Haklar ve Sınırlandırılması

Konvansiyon bünyesinde Madde 9'da çoğaltma hakkı, Madde 8'de çeviri hakkı ve Madde 12'de eser üzerinde adaptasyon, işleme ve başkaca değişikliklerde bulunma hakkı düzenlenmiştir. Buna ek olarak edebi eserlerle ilgili kamu önünde okuma hakkı 11ter/1(i)'de yer alır. Drama, müzikal-drama ve müzik eserleriyle ilgili olarak Madde 11/1(i) eserin kamu önünde icrasını, Madde 11/1(ii) eserin kablolu sistemler dâhil ve fakat telekomünikasyon yayını hariç diğer yollarla kamuya iletilmesini ve Madde 11bis/1(i), radyo-TV araçlarıyla yayımlanmasını düzenler. Radyo-televizyon yayınlarını kapsayacak şekilde ifade edilen bu madde,⁴⁹³ 1928 Roma revizyonunda Konvansiyona girmiş ve bu tarihten sonra ilgili sektörler, Bern Konvansiyonu'na hüküm eklemek yerine, bağlantılı haklar için ayrı bir konvansiyonun gerekliliğini savunmuş; Roma Konvansiyonu'nun ortaya çıkmasını sağlamışlardır. Konvansiyonu'nun 5/2, 6bis, 7, 8, 9, 11⁴⁹⁴, 11bis⁴⁹⁵, 11ter⁴⁹⁶, 12,

⁴⁹² Sinema eserleri için Berne Kon. m.15/2

⁴⁹³ ...*wireless diffusion of signs, sounds or images*;

⁴⁹⁴ m. 11(1): Dramatik, dramatik-müzik ve müzik eserlerinin sahipleri: (i) Eserlerinin her türlü yöntem ve araçla toplum önünde icrasına, (ii)Eserlerinin toplum önündeki icrasının her türlü iletimine izin verme hususunda inhisari hak sahibidir. (2) Dramatik veya dramatik-müzik eserleri, özgün eserleri üzerindeki haklarının devamı süresince, bu eserlerin çevirileri üzerinde benzer haklardan yararlanır."

⁴⁹⁵ m. 11bis(Birinci Mükerrer): "(1) Edebiyat ve sanat eserleri sahipleri: (i)Eserlerinin radyo-televizyon ile yayınlanmasına veya telsiz olarak işaret, ses veya görüntü nakline yarayan her türlü araçla topluma iletilmesine; (ii)Eserinin kablo ile topluma iletimine veya radyo-televizyon yayınlarının ilk kuruluşun başka bir kuruluş tarafından yapılması halinde tekrarlanmasına; (iii)Radyo-televizyon ile yayınlanan eserinin hoparlör ile veya diğer benzer bir araçla işaret, ses ve görüntü nakleden bir araçla topluma iletimine izin verme hususunda inhisari bir hak sahibidir.

(2) Yukarıdaki paragrafta öngörülen hakların uygulanma şartları Birlik ülkelerin mevzuatı ile düzenlenir, ancak bu şartlar yalnızca öngörülen ülkelerde uygulanır. Bu şartlar hiçbir şekilde eser sahibinin manevi haklarını veya eser sahibinin bu anlaşmanın yokluğu halinde yetkili makam tarafından tespit edilen uygun ücret elde etme hakkını haleldar edemez,

(3) Aksine bir hüküm bulunmadıkça, bu maddenin (1) inci paragrafına uygun şekilde verilen izin, radyo-televizyon ile yayınlanan eserlerin ses veya görüntü tespitine yarayan araçlarla kayıt iznini ihtiva etmez. Ancak, radyo-televizyon kuruluşlarının kendi yayınlarında kullanılmak üzere kendi imkânları aracılığı ile yaptıkları geçici kayıtlara uygulanacak kurallar Birlik ülkelerin mevzuatı ile düzenlenir. Bu tespitlerin, istisnai dokümantasyon niteliği taşıması nedeniyle resmi arşivlerde saklanmasına mevzuat ile izin verilebilir."

⁴⁹⁶ m. 11/ter (İkinci Mükerrer) : (1) Edebiyat eserlerinin sahipleri: (i)Eserlerinin her türlü yol ve yöntemle anlatım dahil topluma anlatılmasına; (ii)Anlatılan eserlerinin kamuya iletilmesine izin verme hususunda inhisari hak sahibidir.

13, 14 ve 14ter Maddeleri, eser sahipleri için tüm üye ülkelerde geçerli bir minimum haklar *corpus*'u oluşturmaktadır. Konvansiyon, genel bir mali hak tanımı getirmemiş ancak günümüze kadar süregelen revizyonlarla Konvansiyon'a yeni mali hak grupları eklenmiştir. Bern Konvansiyonu eser sahiplerine çeviri, çoğaltma, kamu önünde icra, telekomünikasyon araçlarıyla yayım, adaptasyon (işleme) gibi haklar getirmiştir. Yukarıda da belirtildiği üzere "bağlantılı haklar" Bern'de değil; 1961 Roma Konvansiyonu'nda düzenlenmiştir. Bern Konvansiyonu Madde 6bis, kıta-Avrupası doktrinine paralel, devredilemez manevi haklar getirmiştir.⁴⁹⁷

Madde 9'da düzenlenen "çoğaltma hakkı", eser koruması fikrinin temeli ve başlangıç noktasıdır. İkili anlaşmalarda ve ulusal kanunlarda en önce yer almış haklardan biri olması sebebiyle ayrıca düzenleme ihtiyacı hissedilmemiş ve Konvansiyon'da daha geç bir tarihte yer almıştır. Doğrudan düzenleme olmasa da, Konvansiyon en başından beri çoğaltma hakkına dolaylı göndermeler yapan hükümlere sahiptir.⁴⁹⁸

Aşağıda incelenecek olan WCT Andlaşması öncesinde, internet ortamında sunum ve geçici kopyalamaların da Bern Konvansiyonu 9. Madde kapsamına alınması tartışılmışsa da, nihai olarak WCT çerçevesindeki düzenlemeler yoluyla aynı sonuç sağlanmıştır.⁴⁹⁹

3.4.2.1.1. Konvansiyon Madde 2 - Sınırlamalar

Madde 2 üye devletlere idare, yargı, yasama⁵⁰⁰ ve haber metinlerini,⁵⁰¹ politik söylevler ve mahkeme zabıtlarını⁵⁰² eser koruması dışında tutma imkânı vermiştir. Madde 2bis/2, kamuya iletme hakkının, haber, konferans ve benzeri etkinliklerin duyurulması hallerinde sınırlanabileceğini öngörür. Bilgi verme amacı yeterlidir ve söz konusu hüküm radyo-TV yayınlarını da kapsar. Madde 2bis/2 veya 10bis/2 gibi, sınırlama konusu eserin

⁴⁹⁷ Bkz. Bölüm 3.2.3.1.

⁴⁹⁸ Ricketson ; Ginsburg, s.626

⁴⁹⁹ *ibid.* s.682 bkz. Bölüm 3.4.4.2

⁵⁰⁰ m. 2/4

⁵⁰¹ m. 2/8

⁵⁰² m. 2bis/1

filme alınmasını kapsamaz ve güncel olma şartı da yoktur. Üye devletler, Madde 2bis/2'deki istisnaları, tercihe bağlı olarak zorunlu lisans içinde de düzenleyebilirler.

Madde 2bis/1'deki istisna, Konvansiyona girdiği 1928 yılından beri tartışma konusu olmamıştır. Böylelikle gerek mahkeme huzurunda gerekse diğer şekilde verilmiş söylevlerin her türlü kullanımı serbest bırakılabilir.. Ancak Madde 2bis/1, 2bis/3 ve 2'de sayılan eserlerin derlenmesi veya koleksiyon olarak yayımlanması hakkı, eser sahiplerine aittir.

Haber niteliğinde ve günlük olayları içeren yazılar üzerindeki korumayı, taraf devletlerin tercihine bırakmaksızın sınırlayan, Madde 2/8'in lafzı, hükmün amacı hakkında karışıklığa neden olmaktadır. Maddenin, söz konusu materyallerin kamu menfaati düşüncesiyle hukuki korumadan müstesna olduklarını mı; yoksa haber ve günlük vakalardan oluşmaları sebebiyle eser korumasına mazhar olmadıklarını mı kastettiği belirli değildir.⁵⁰³ Stokholm'deki Komitenin Raporunda, *vaka* ve haberin hukuki korumayı gerektirecek niteliklerden yoksun olduğu fakat haber içeren metinlerin, edebi niteliği ölçüsünde korunacağı belirtilmektedir.⁵⁰⁴

3.4.2.1.2. Konvansiyon Madde 10 - Zorunlu alıntı sınırlaması

Madde 10/1, alenileşmiş eserlerden bedel ödemeksizin alıntı(*quotation*) yapmanın serbest olmasını öngörür.⁵⁰⁵ Bern Konvansiyonu, eser sahibine *atıf* yapılması, *makul ölçüleri* ve *meşru amacı* aşmaması kaydıyla alıntının serbest bırakılmasını zorunlu tutmuştur. “Alıntı” hakkı, çoğaltılmış eserlerle sınırlı değildir. Konferans, gösteri veya bir radyo-TV yayınından da, aynı şekilde alıntı yapılabilir. Alıntının ne uzunlukta olabileceğine dair kesin bir kriter yoktur; ancak alınan kısmın, eserin neredeyse tamamı değil, içinden bir parça olması gerekir. Yine de alıntının ölçüsü, söz konusu amaca ve olayın şartlarına göre belirlenecektir. Amacına uygun düştüğü ölçüde, örneğin bilimsel bir

⁵⁰³ Sam Ricketson, *WIPO Study On Limitations And Exceptions Of Copyright And Related Rights In The Digital Environment*, WIPO Standing Committee On Copyright And Related Rights, 9. Session Geneva, June 23-27, 2003, s.10 ; Ricketson ; Ginsburg, s.497 vd.

⁵⁰⁴ *ibid.* s.11

⁵⁰⁵ Ficsor, “The Law of Copyright and the Internet”, s.259-262

eseri eleştiri için tamamının da alıntıya konu olabilmesi mümkündür.⁵⁰⁶ Ayrıca eserin, hukuka uygun şekilde kamunun erişimine sunulmuş (*lawfully made available to the public*) olması aranmıştır. Burada kasıtlı olarak, “yayımlanmış eser”(published work) terimi yerine, “kamuya ulaşmış” ifadesi kullanılmış ve böylelikle zorunlu lisans sonucu kamuya açıklanan eserler veya yayımlanmamış bilimsel tezler de kapsama altına alınmıştır. Madde 13/1 çerçevesinde müzik eserleri için zorunlu lisans ise, eser sahibinin rızasıyla daha önce kayıt yapılmış olması şartına bağlıdır. Hangi eserlerden alıntı yapılabileceği hususunda bir sınırlama yoktur. Alıntının makul ölçüleri aşmaması⁵⁰⁷ şartıyla ilgili olarak, aşağıda incelenecek olan Madde 9/2’deki “üç aşama testi” uygulanacaktır. Alıntının meşru amacına uygun olması⁵⁰⁸ hususunda 1967 Stokholm Konferansı Komisyonu, örnek şeklinde sayılan bilim, eleştiri, haber ve eğitim gibi amaçların sınırlayıcı olmadığını belirtmiştir. 1965 Uzmanlar Komitesi⁵⁰⁹ ise adli, politik ve eğlence amaçlı alıntılarının mümkün olduğunu ortaya koymuştur. 1967 Konferansında, sanatsal amaçlı alıntılar hem programa hem de komisyon tartışmalarına alınmıştır. Madde 10/1’in sonunda, gazete ve dergilerden basın özeti şeklinde yapılan alıntılar düzenlenmiştir.⁵¹⁰ Basın özeti ifadesinden ne anlaşılması gerektiği konusundaki bulanıklık, 1967 Konferansında da gündeme gelmiş fakat Komisyon Raporunda; eğer bir yorum gerekiyorsa, bunun yargı makamlarına bırakılmasının daha uygun olduğu belirtilmiştir.⁵¹¹ Son olarak tekrar vurgulanması gereken, bu istisnanın tüm üye ülkelere iç hukuka geçirilmesinin zorunlu olduğudur.

Madde 10/2,⁵¹² edebi ve sanatsal eserlerden eğitim amaçlı olarak yayım, ses ve görüntü kaydı şeklinde yararlanma(*utilization*) için serbesti tanınabileceği hükmünü getirmiştir. Madde 10/1’deki gibi, makul ölçü ve meşru amacı aşmama ilkesi tekrar edilmiştir. 1967 Stokholm Konferansı Raporunda “eğitim”(teaching) üniversitelerde, kamu

⁵⁰⁶ Ricketson, *WIPO Study On Limitations And Exceptions Of Copyright And Related Rights In The Digital Environment*, s.12

⁵⁰⁷ “compatible with fair practice”

⁵⁰⁸ “not exceed that justified by the purpose”

⁵⁰⁹ *Committee of Experts*, 1967’deki Konferansa hazırlık raporu

⁵¹⁰ “...including quotations from newspaper articles and periodicals in the form of press summaries.”

⁵¹¹ Ricketson, *WIPO Study On Limitations And Exceptions Of Copyright And Related Rights In The Digital Environment*, dipnot 31

⁵¹² Ficsor , “The Law of Copyright and the Internet”, s.264-269

ve özel okullardaki her düzeyde eğitim faaliyeti olarak ifade edilmiş ve bu kurumlar dışındaki eğitimin istisnadan yararlanamayacağı belirtilmiştir.⁵¹³ Bu hüküm son derece yoruma açıktır ve *on-line* eğitim faaliyetlerinin bu hükümden faydalanmasına engel bir ifade bulunduğu söylenemez. Yine de Rapordaki bu ifade, pek çoklarınınca sınırlayıcı bulunmuştur. Yapılabilecek kopyalama veya kullanım bakımından, niceliksel bir kısıtlama yoktur. Ancak, makul ölçüyü aşmama prensibi ve çoğaltma hakkını ilgilendirdiği için Madde 9/2'deki kriterler, miktar bakımından da dikkate alınacaktır. Madde 10/3, Madde 10/1 ve 2'deki sınırlamalardan faydalanılması için alıntı yapılan kaynağın ve eserde belirlediği şekliyle eser sahibinin adının belirtilmesi şartını getirmiştir. Madde 10/3 hükmü, manevi haklara ilişkin Madde 6*bis*'in uygulamasıyla ilgili tartışmaya son vermiştir.

3.4.2.1.3. Madde 10/bis – Basın lehine sınırlamalar

Bern Konvansiyonu kamusal düşüncelerle, basın lehine pek çok istisnaya izin vermiştir.⁵¹⁴ Madde 10*bis*/1 uyarınca güncel olaylarla ilgili gazete veya dergilerden alıntı yapmak, atıf vermek şartıyla mümkündür. Gazete ve dergilerdeki günlük ekonomik, politik, dini konularla ilgili yazıların veya benzer nitelikli radyo-TV yayınlarının, yazılı, sesli ve görsel basın tarafından yayımlanması ve kablolu iletişim araçlarıyla nakli, eser korumasından muaf tutulmuştur. Kullanımın, spor, sanat, bilim gibi alanlardaki yazıların tamamını kapsadığı düşünülmemelidir. Güncel olmaları da gerekir ve kaynak gösterilmesi burada da zorunludur. Madde 10/*bis* düzenlemesi üye devletler bakımından zorunlu bir hüküm değildir. Bu yönde bir izin tanıyıp tanımamak, üye devletlerin takdirindedir. Bu izni tanımaları halinde, Maddede belirtilen sınırlar gözetilecektir.

Madde 10*bis*/2 ise edebi ve artistik gösterilerden bilgilendirme amaçlı, fotoğraf ve görüntü alınmasının şartlarını düzenler. Ancak bu düzenleme de, üye devletler bakımından zorunlu değildir.⁵¹⁵ Bilgilendirme amaçlı aktarım yöntemleri, fotoğraf, film, yazı, görsel ve sesli yayın ve kablolu iletişimdir. Ancak şunu unutmamak gerekir ki yapılan eylem,

⁵¹³ Ricketson, *WIPO Study On Limitations And Exceptions Of Copyright And Related Rights In The Digital Environment*, s.15

⁵¹⁴ Haber ve günlük vakalara ilişkin m.2/8 istisnası yukarıda incelendi.

⁵¹⁵ Aynı husus zorunlu lisans yoluyla da düzenlenebilir.

koruma altındaki bir eserin çoğaltılması sonucunu doğuruyorsa, Madde 10/1'deki alıntı yapılmasına ilişkin şartlar sağlanmalıdır. Eserin kullanımı, bilgilendirme amacını aşmamalıdır.

3.4.2.1.4. Madde 9/2 – Çoğaltma hakkına sınırlama: “üç aşama testi”⁵¹⁶

Belirtildiği üzere çoğaltma hakkı, fikir ve sanat eserleri hukukunun temelini oluşturur. Bern Konvansiyonu Madde 9/2, çoğaltma hakkına üç kriter ışığında istisna getirilebileceğini öngörür. “Üç aşama testi” diye adlandırılan bu kriterler, 1967 Stokholm revizyonu ile Bern Konvansiyonu'na girmiş ve 1971 Paris metninde aynen muhafaza edilmiştir. Konvansiyon Madde 9/1'de çoğaltma hakkını düzenledikten sonra 9/2'de, bu hakka hangi şartlar çerçevesinde sınırlama getirebileceğini belirtmiştir. Bu sistem, aşağıda incelenen TRIPs ve WIPO Andlaşmaları'nda da, genel kriter olarak kabul edilmiştir.

1967'den önce Bern Konvansiyonu, çoğaltma hakkına ilişkin genel bir sınırlama veya istisna hükmü içermemekteydi. Buna göre üye devletler, çoğaltma hakkı üzerinde diledikleri sınırlamaları getirebilmekteydiler. Konvansiyon sadece, yukarıda açıklanan haber ve eğitim amaçlı istisnalar çerçevesinde sınırlamalar içermekteydi. Bu konuda nasıl bir yol izleneceği ve düzenlemenin şekli, Stokholm Konferansının hazırlık aşamasında epey yer tutmuş ve sonunda Madde 9/2'deki formülasyonda karar kılınmıştır. “Üç aşamalı test” diye anılan bu hüküm, yukarıda sayılan Madde 2, 10 ve 13 hükümlerine hiçbir atıf ve bağlantı içermez. Özel hüküm genel hüküm ilişkisi içinde, diğer sınırlamalara ilişkin hükümlerin işleyişini etkilemez.⁵¹⁷

Üç aşamalı test adı altında ortaya konan şartların, doğrudan iç hukuktaki düzenleme içine alınması söz konusu değildir ve niteliği itibariyle, yasama organlarına hitap eder. Aksi durumda, sınırlama ve istisnalar bakımından hukuki kesinlik ortadan kalkacak ve düzenleme, amacından saparak “özel ve belirli durumlarla sınırlı” olmaktan çıkacaktır. “Üç aşama testi” doğrudan kanun hükmü haline getirilmek için fazla muğlâk ve

⁵¹⁶ “*three-step-test*”

⁵¹⁷ Ricketson, *WIPO Study On Limitations And Exceptions Of Copyright And Related Rights In The Digital Environment*, s.21

yorumu açıktır. Söz konusu testin yer aldığı TRIPs Madde 13 de, kriterin doğrudan taraf ülkelerin hukukunda yer almasını öngörmez.⁵¹⁸

a) *Özel ve belirli durumlarla sınırlı olma*,⁵¹⁹ çoğaltma hakkına getirilecek sınırlamanın genel nitelikte olmaması gerektiğini ortaya koyar. “Özel olma” şartı ile, istisnanın belirli bir uygulama alanı olması veya niteliği itibariyle ayrıksı bir durum sergilemesi aranmaktadır. İç hukukta çoğaltma hakkına getirilecek istisna, iyi tanımlandıktan sonra uygulaması da dar tutulmalıdır. Ancak bu yaklaşım, çoğaltmayı meşru kılacak özel bir gerekçe aramaya kadar vardiirilemez.⁵²⁰ Özel ve belirli durumlarla sınırlı olma, aranan şartlardan sadece birisidir.

b) *Eserden normal yararlanma ile çelişme*⁵²¹ şeklinde ifade edilen kriter, “normal yararlanma” kavramından ne anlaşılması gerektiği noktasında belirsizdir. Burada, eser sahibinin kendisine tanınan haklar çerçevesinde eserden maddi menfaat elde etmesi, ilk akla gelen düşüncedir. “Normal” kavramı, belirli bir standarda veya yerleşmiş bir anlayışa göre kıyaslama yapılmasını gerektirir. Bu standardın belirlenmesinde “normatif” ve “ampirik” olmak üzere iki yaklaşım söz konusudur. Ampirik yaklaşım, eser sahibinin olağan şartlarda parasal bir beklenti içinde olduğu durumları ele alacaktır. Diğer bir ampirik yaklaşım ise, eser sahibinin söz konusu hakkı kullanmasına engel oluşturmayan ve eser sahibinin normal şartlarda gelir elde etmek için girişimde bulunmasının beklenmeyeceği halleri belirleyip, istisna kapsamına almaktır. Bu durumda da gelecekteki potansiyel bazı kullanımlar dışarıda kalacaktır. Normatif yaklaşım ise dinamik bir şekilde, niceliksel değerlendirmeleri değil, teknolojik yenilikleri ve piyasa koşullarını dikkate alarak potansiyel kullanımları daha fazla koruma eğilimindedir.. Ancak normatif yaklaşım başka bir açıdan, eser sahibine tanınacak pazarın büyüklüğü sorunuyla doğrudan ilişkilidir.

⁵¹⁸ AB düzeyinde, herhangi bir üye devletin telif hakkına bir sınırlama getirirken üç aşamalı testi gözetip gözetmediği, nihai olarak Avrupa Adalet Divanı'nda cevaplanacaktır. Bernt B. Hugenholtz, *The Implementation of Directive 2001/29/EC in The Netherlands*, s.117 vd.

⁵¹⁹ Ficsor, “The Law of Copyright and the Internet”, s.284

⁵²⁰ J. Ginsburg, *Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the 'Three-Step Test' for Copyright Exceptions*, Revue Internationale du Droit d'Auteur, January 2001, <http://ssrn.com/abstract=253867>.

⁵²¹ Ficsor, “The Law of Copyright and the Internet”, s.284-285

Konuyla ilgili dikkate değer bir yorum, TRIPs kapsamında WTO Panelinde dile getirilmiştir. Buna göre istisna kapsamındaki kullanım, eser sahibinin gelir elde ettiği kanallarla yarışan veya rekabet eden düzeye gelmemelidir. Kütüphaneler, bilimsel araştırma, eleştiri söz konusu olduğunda, eser sahibi hakkının daha düşük yoğunlukta korunması ve istisnaların daha geniş yorumlanması akla gelebilir. Burada, ekonomik mülahazalarla, kamusal menfaatlerin karşılıklı bir dengeye oturtulması söz konusudur.. Madde 9/2'deki genel çoğaltma hakkı istisnası dışındaki diğer sınırlayıcı düzenlemelere bakıldığında, bunların temelde ekonomik gerekçelere dayanmayan kamusal amaçlı müdahaleler olduğu görülür. Oysa Madde 9/2, genel şekilde ifade edilmiş ve çoğaltma hakkına dair tüm sınırlamalar bakımından uygulanmak üzere düzenlenmiştir.⁵²² Madde 9/2 düzenlemesi yapılırken, üye devletlerin bir kısmında yürürlükte olan çoğaltma hakkı istisnalarının durumu gündeme gelmiş ve biraz da bu sebeple genel bir şemsiye çözüm benimsenmiştir. Getirilen çözüm, ulusal hukuklarda mevcut farklı düzenlemelerle çelişmeyecek genel bir formülasyondur ve bu kriter değerlendirilirken sadece ekonomik yaklaşımlar göz önüne alınmaz. Söz konusu kullanımın, genel anlamda eser sahibine ait bir yetki olup olmadığına da bakılacaktır.⁵²³

c) *Eser sahibinin meşru menfaatlerini makul sınırlar ötesinde haleldar etmeme*,⁵²⁴ çoğaltma hakkı istisnası için aranan son kriterdir. Madde 9/2'de üçüncü bir dengeleyici faktör olarak, “eser sahibinin meşru menfaatleri” belirtilmiştir. Madde 9/2, TRIPs 13'den farklı olarak “hak sahibinin” değil; “eser sahibinin” meşru menfaatleri ifadesini kullanmıştır. Bunun sonucu olarak Madde 9/2'deki “menfaatler” hem mali, hem manevi hakları kapsar. “Meşru” ifadesinin özellikle tercih edildiği ve “yasal” veya “hukuki” gibi ifadelerden farklı bir anlam ortaya koyduğu eklenmelidir. *Makul sınırlar*

⁵²² Ricketson, *WIPO Study On Limitations And Exceptions Of Copyright And Related Rights In The Digital Environment*, s.23-25

⁵²³ *ibid.* s.26-27

⁵²⁴ Ficsor, “The Law of Copyright and the Internet”, s.286-288

ötesinde haleldar etmeme ifadesi, belirli bazı izinsiz çoğaltmaların, 1. ve 2. kriterlerin de sağlanması şartıyla, hukuka uygun hale geldiğini ortaya koyar.⁵²⁵

3.4.2.1.5. Madde 14bis/2b – Film yapımcıları lehine sınırlama

Burada, sinema eserlerinde yönetmen, senaryo yazarı gibi asıl eser sahipleri dışındaki tali hak sahibi konumundaki kişilerin, eserin dolaşımını engellemelerini önlemek üzere sınırlama getirilmiştir. Hükmün sınırlı uygulaması olduğu açıktır; çünkü 14bis/3 ile beraber okunduğunda iç hukukta aksi öngörülmediği sürece, yönetmen, senaryo yazarı, müzik bestecisi gibi asıl sinema eseri sahiplerini kapsamaz. Söz konusu hüküm tamamen sinema endüstrisinin talebiyle yürürlüğe girmiştir ve oyuncu ve benzeri tali hak sahiplerinin, ulusal hukuklardaki hükümlere dayanarak, yapımcıyı kısıtlayıcı kanun yollarına başvurmalarını engellemek amacını taşır.. Tali hak sahipleri ve icracı sanatçılar, filmin dağıtımını veya yayını engelleyemez. İç hukukta tanınacak haklar yapımcılar lehine sınırlanmıştır. Ancak belirtildiği üzere bu düzenleme, kamusal menfaat veya bireysel haklar sebebiyle değil; film yapımcılarını güçlendirmek düşüncesiyle yürürlüğe konmuştur.

WIPO tarafından yayımlanan bir raporda, 14bis/2b uygulanırken Madde 9/2'deki 2. ve 3. kriterlerin de dikkate alınması gerektiği belirtilse de,⁵²⁶ Konvansiyonun lafzında bunu haklı çıkaracak bir husus bulunmamaktadır.⁵²⁷

3.4.2.1.6. Zorunlu lisans hükümleri

Bern Konvansiyonu, eser sahibi hakkına getirilecek istisna ve sınırlamaların zorunlu lisans şeklinde düzenlenebilmesine de yer vermiştir. Genel anlamda lisans, hakkın kendisi devredilmeksizin, eser sahibi hakları bünyesindeki yetkilerin kullanımının üçüncü

⁵²⁵ Ricketson, *WIPO Study On Limitations And Exceptions Of Copyright And Related Rights In The Digital Environment*, s.26

⁵²⁶ WIPO International Office “The Implications of the TRIPs Agreement on Treaties administered by WIPO” *Industrial Property and Copyright*, 1996, 164, s.171

⁵²⁷ *WIPO Study On Limitations And Exceptions Of Copyright And Related Rights In The Digital Environment*, s.28

kişilere bırakılmasıdır.⁵²⁸ Eser sahibi hakkının zorunlu lisans yoluyla sınırlanması, kullanıcılara doğrudan bedelsiz kullanım hakkı vermek yerine, şartlarının kanun veya kanunda gösterilen kamu otoritelerince belirlendiği, bir sözleşme ilişkisi tesis edilmesi anlamına gelir.

Bir görüşe göre, Madde 9/2’de ortaya konan çoğaltma hakkı sınırlaması, çoğaltmanın niteliğine ve özellikle çoğaltılan miktara bağlı olarak, zorunlu lisans şeklinde de düzenlenebilir. Bu durumda kanun koyucunun, Madde 9/2 çerçevesinde üç aşama testi kriterlerinin sağlanabilmesi için eser sahibine bir bedel ödenmesi gerektiği yönünde iradesini kullandığı düşünülmelidir. Bu yaklaşım, özellikle Fransız ekolü tarafından şiddetle eleştirilmiş ve bedelsiz yararlanmanın, zorunlu lisans hükümleriyle aynı anlama gelmediği belirtilmiştir.

Bundan yanında Konvansiyon, zorunlu lisansın özel olarak ve açıkça düzenlendiği başka hükümlere de yer vermiştir:

Madde 13/1, daha önce eser sahibi tarafından kaydına izin verilmiş müzik eserlerinin tekrar kaydı için eser sahibi ile anlaşma sağlanamaması durumunda, zorunlu lisans getirebileceğini belirtir. 1908 yılında Berlin revizyonu ile Konvansiyona giren bu hüküm, doğum aşamasındaki ses kayıt endüstrisi ile eser sahipleri arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklara çözüm getirmeyi amaçlamıştır.⁵²⁹ Berlin revizyonu eser sahibi hakkının,, mekânîk çoğaltılma faaliyeti için de geçerli olduğunu hükme bağladıktan sonra, bu zorunlu lisans hükmüne yer vermiştir. Bu düzenleme, üye devletlere tanınmış bir tercih imkânıdır ve kayıt endüstrisini eser sahibine karşı güçlendirme amacı taşır. Üye ülkeler müzik eserleri açısından böyle bir istisna tanımamayı tercih edebilirler. Madde 13/1 açıkça “zorunlu lisans” ifadesini kullanmasa da, maddenin lafzı bunu ortaya koymaktadır. Buna göre üye devletçe tercihe bağlı olarak getirilecek sınırlamalar, eser sahibinin uygun bedel elde etme

⁵²⁸ Tekinalp, s.215. Lisans sözleşmesi FSEK’de düzenlenmemiş, sadece şekle ve kısmen içeriğe yönelik m. 52 hükmüne yer verilmiştir. Yazılılık ve her bir yetkinin açıkça gösterilmesi esastır. Bkz. s.219 vd. ; Ayrıca Gökyayla, s.220 vd.

⁵²⁹ Ricketson, *WIPO Study On Limitations And Exceptions Of Copyright And Related Rights In The Digital Environment*, s.29.

hakkını ortadan kaldırmamalıdır. Anlaşma sağlanamaması halinde bu akdi ilişkinin koşulları kamu otoritesince belirlenecektir. Burada anlatılmak istenen zorunlu lisans uygulamasıdır.

Hükmün uygulama alanı bulabilmesi için, eser sahibi önceden üçüncü kişilerce eserin kaydına izin vermiş olmalıdır. Eserin kayıt ve mekânîk çoğaltmaya konu olup olmayacağına karar vermek sahibinin yetkisindedir.⁵³⁰ Ancak bir kez bu karar verildikten sonra, başka kimselerin de eseri kaydetmeleri mümkün olabilecektir. Madde hükmü, müzik eserinin sözlerine(güfte) de şamildir. Ancak tek başına güftenin kullanılması yönündeki bir talep, zorunlu lisansa hak kazandırmaz. Başka bir deyişle, yayınlanmış bir şarkının sözlerinin şiir kasedinde yer alması için zorunlu lisans iddiasında bulunulamaz. Madde 13/3, bu zorunlu lisansa yer vermeyen bir ülkeye ihracat yapılması halinde kopyalara el konulabileceğini belirterek, zorunlu lisansa yer vermeyen üye devletlerin bu tercihinin sonuçsuz kalmamasını sağlamıştır. Söz konusu sınırlama, sadece düzenlendiği ülke bakımından geçerlidir.

Madde 11bis/2 eserin telekomünikasyon araçlarıyla kamuya iletiminde sınırlamaları düzenler. Buna göre üye devletler, eserlerin radyo-TV yoluyla kamuya iletimine ilişkin eser hakları, belirli şartlara ve sınırlamalara tabi kılabilirler. Burada “şart” (*conditions*) terimiyle ifade edilen, zorunlu lisans olarak anlaşılmaktadır ve Madde 13/1’dekine paralel bir ifade kullanılmıştır. Yayıncı kuruluş bu hakkı, ancak hükme yer veren üye devlet sınırları içinde kullanabilir. Eser sahibinin manevi haklarının gözetilmesine ayrıca vurgu yapılmıştır. Eğer üye devlet hukukunda bir manevi hak olarak tanınmışsa, öncelikle eser sahibinin eseri kamuya sunmuş olması gerekir.⁵³¹

Bern Konvansiyonu, yukarıda sayılanlardan başka 1971 Paris Revizyonuna Ek olarak, gelişmekte olan ülkeler bakımından, kabul edebilecekleri bir dizi zorunlu lisans belirlemiştir. Üye devletler, temsil, kayıt, görsel ve işitsel yayın, film ve çeviri (tercüme)

⁵³⁰ Zaten aksi bir hüküm eser sahibinin manevi hakkı olan kamuya sunma hakkını ihlal edebilir.

⁵³¹ Ricketson, *WIPO Study On Limitations And Exceptions Of Copyright And Related Rights In The Digital Environment*, s.32

haklarına kimi sınırlamalar tanıyabilirler. Bu istisnalar, *de minimis* (önemsiz) sayılacak hallere ilişkindir.

3.4.2.1.7. Konvansiyonda “örtülü” şekilde yer alan sınırlamalar⁵³²

Bern Konvansiyonu’nda, eserin kamu önünde icra edilmesini düzenleyen temsil hakkının sınırlanmasına yönelik açık bir hüküm yer almamaktadır. 1948 Brüksel revizyonunda Madde 11/1 ile düzenlenen müzik ve drama eserlerinin kamu önünde temsil hakkına Konvansiyon metni içinde bir sınırlama getirilmesi uygun görülmemiş ve konunun, düzenlenecek Genel Rapor içinde ele alınması kararlaştırılmıştır. Raporunda, kimi üye devletlerde, bu eserler bakımından dini/askeri törenler, bayramlar veya eğitim faaliyeti gibi amaçlar için *de minimis* sınırlamaların bulunduğu ifade edilmiştir.⁵³³

Buraya kadar açıklanan çoğaltma, telekomünikasyon ve temsil haklarına ilişkin sınırlamalar dışında, Konvansiyonda, Madde 8’deki çeviri hakkına sınırlama getirilmesi yönünde bir düzenleme yoktur. Çeviri hakkı bakımından, eğer sınırlayıcı açık bir düzenleme yoksa, “üç aşama testi” kriterleri sağlansa dahi eserin çevrilmesi başlı başına ihlal sayılacaktır. Diğer bir deyişle çoğaltma hakkı çeviri eserler bakımından sınırlanamaz, mutlak bir nitelik kazanacaktır. Bu durum karşısında iki hukuki yorum geliştirilebilir. Birincisi, çevirinin veya genel olarak işlemlerin çoğaltma hakkı kapsamında türev bir hak kabul edilmesi ve bu yolla, çoğaltma hakkına ilişkin sınırlamaların çeviri için de geçerli olmasıdır. İkinci olarak, eğer çoğaltma ve çeviri ayrı haklar kabul edilirse o takdirde, çeviri hakkı için de bu yönde bir istisna olmaksızın, yabancı dildeki eserler bakımından Konvansiyondaki diğer sınırlama hükümleri işlevsiz hale gelecektir. Uluslararası bir Konvansiyonun eser sahibi hakkı sınırlamalarını sadece yerel dildeki eserler için getirdiğini düşünmek mümkün değildir. Bu nedenle, çeviri bakımından, zımnen de olsa çoğaltma hakkına paralel bir sınırlama imkânı olduğu kabul edilmelidir.⁵³⁴

⁵³² *ibid.* s.33

⁵³³ Benzer bir ifade Stockholm Raporuna da dâhil edilmiştir. Raporunda yer alan bu ifadelerin devletler hukuku açısından irdelenmesi için bkz. *ibid.* s.37 vd.

⁵³⁴ *ibid.* s.40 vd.

3.4.2.1.8. Madde 17 - Kamusal müdahale

Egemen devletlerin kamu düzeni gerekçesiyle özel nitelikli haklara kimi müdahalelerde bulunabilecekleri genel kabuldür. Bern Konvansiyonu Madde 17, üye devletlerin herhangi bir eserin dolaşımı, yayımlanması ve benzeri faaliyetlerle ilgili her türlü düzenleme hakkının saklı olduğunu belirtir. Bu Madde, genellikle sansürle beraber anılmıştır. Bunun yanında, Madde 17 düzenlemesinin mali hakları sınırlayıcı zorunlu lisans uygulamasına imkân verip vermediği de tartışılmıştır. Bunun üzerine Stokholm Konferansı Raporunda, Madde 17'nin sahibinin rızası olmaksızın eserin dağıtımına yönelik zorunlu lisans düzenlemesine ilişkin olmadığı açıkça ifade edilmiştir.⁵³⁵

3.4.3. WTO (Dünya Ticaret Örgütü) /TRIPs Rejimi

3.4.3.1. TRIPs Anlaşması

TRIPs Anlaşması Dünya Ticaret Örgütü Kurucu Sözleşmesinin 1C eki olarak, 1 Ocak 1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Uluslararası ticaret engellerini kaldırmayı amaçlayan, *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT 1986-1994) Anlaşması çerçevesindeki *Uruguay Round* sonunda ortaya çıkan uluslararası düzenlemelerden biridir.⁵³⁶ Fikrî mülkiyet hakları, gelişmiş ülkelerdeki yapımcı-yayıncı endüstrilerin baskısı sonucu *Uruguay Round* kapsamına alınmıştır.⁵³⁷ Çünkü bu endüstriler, gelişmekte olan ülkelere yönelik kâr beklentilerinin, dijital teknolojinin gelişmesiyle yaygınlaşan korsanlık sonucu tehlikede olduğunu fark etmişlerdir. Diğer bir deyişle gelişmiş ülkelerin ekonomik üstünlüklerini sürdürebilmeleri, daha fazla bilgi temelli ürün ve hizmet ihraç etmelerine bağlıdır.⁵³⁸

⁵³⁵ *ibid.* s.42

⁵³⁶ GATT süreciyle ilgili olarak bkz. Hanife Dirikkan, “Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Damping ve Antidamping Önlemler”, İzmir, D.E.Ü Yay., 1996, s.59-63

⁵³⁷ TRIPs görüşmeleri esnasında ABD film endüstrisini temsilen MPAA (The Motion Picture Association of America), film şirketlerinin doğrudan eser sahibi konumuna getirilmesini istemiştir.

⁵³⁸ TRIPs Anlaşmasının az gelişmiş ülkeler bakımından incelemesi için bkz. Alkan Soyak, *Fikrî ve Sınai Mülkiyet Hakları: Tanım, Tarihsel Gelişimi ve Gelişmekte Olan Ülkeler Açısından Önemi*, Legal Fikrî ve Sınai Haklar Dergisi, Mayıs 2005, Sayı 1, s.11

Bu nedenle TRIPs Anlaşmasının ilgili hükümleri, ticaret engellerinin ortadan kaldırılabilmesi için eser korumasını da kapsayan, yeknesak ve güçlü bir fikrî mülkiyet rejimini global düzeyde yürürlüğe koyma düşüncesinin ürünüdür. TRIPs tarafından ortaya konulan sistem, hak sahipleri monopolünün güçlendirilmesinden çok, üye devletlerin kendi çıkarlarıyla uyumlu şekilde, serbest ticaret ve kalkınma için gerekli düzenlemelere kavuşması amacıyla oluşturulmuştur⁵³⁹. Burada dikkate değer nokta, TRIPs neticesinde fikir ve sanat eserlerinin, ticaret konusu mal ve hizmetler içinde kabul edilmesidir. TRIPs fikrî mülkiyetin, özel bir malvarlıksal hak olduğunu açıkça belirtmiştir. Bu yaklaşım fikir ve sanat eserlerini kültürel mirasın paylaşılmasında önemli bir araç kabul eden, kamusal mülahazalara yer bırakmamaktadır.⁵⁴⁰ Bu açıdan TRIPs, tamamen eser sahipleri perspektifinden kaleme alınmıştır.⁵⁴¹ Her ne kadar TRIPs Madde 7 ve 8 kamu sağlığı, sosyo-ekonomik gelişme gibi unsurlara atıf yapsa da, üye devletlerce eser sahibi lehine getirilmesi öngörülen tek yanlı hükümler karşısında nasıl bir etkiye sahip olduğu belirsizdir. Buna ek olarak TRIPs'in giriş bölümünde, WTO ve WIPO arasında karşılıklı bir işbirliği tesis edilmiştir. TRIPs, fikir ve sanat eserleri hukukunu, tek taraflı şekilde tamamen ticaret hukuku sahasına dâhil etmekle eleştirilebilir. TRIPs yoluyla ülkeler, eser üzerindeki korumayı sadece "ticaret hukuku" perspektifinden ele almaya zorlanmaktadırlar.

Yukarıda da belirtildiği gibi TRIPs Madde 9/1, Bern Konvansiyonu'nun 1971 Paris metninin 1-21 Maddelerinin TRIPs'e taraf ülkelerce iç hukuka geçirilmesini şart koşar. TRIPs, fikir ve sanat eserlerine ilişkin yeni hükümler getirmek yerine mevcut Bern rejimine gönderme yapmıştır.⁵⁴²

⁵³⁹ Pamela Samuelson, *Challenges for the World Intellectual Property Organization and the Trade-Related Intellectual Property Rights Council in Regulating Intellectual Property Rights in the Information Age*, EIPR 1999, Vol.578, s. 591.

⁵⁴⁰ Myra J. Tawfik, *Is The WTO/TRIPs Agreement User-Friendly?*, Final Report To The International Trade Treaties Committee of The Canadian Library Association, Faculty of Law, University of Windsor/Canada, January 30, 2005, http://www.cla.ca/resources/tawfik_final_report.pdf

⁵⁴¹ Genel olarak bkz. D. Mathews, "Globalising Intellectual Property Rights – The TRIPs Agreement", Londra, Routledge, 2002

⁵⁴² Manevi haklar bunun dışında tutulmuştur. Bkz yukarıda Bölüm 3.2.3.1

Belirtildiği üzere Madde 9/2,, eser sahibi hakkının temel özelliği olan fikir/ifade ayrımını teyit etmiş ve sadece ifadenin korunduğu; *fikir, usul, işlem metodu ve matematik kavramlar* gibi olguların fikir ve sanat eserleri hukuku korumasından faydalanmayacağını tekrarlamıştır.

Bunun haricinde, bilgisayar programlarına ilişkin Madde 10 ve 11, eser korumasının fikir aşamasındaki unsurlara uzanmadığını teyit eden Madde 9/2, koruma süresini eser sahibinin ölümünden sonra en az 50 yıl olarak belirleyen Madde 12, bağlantılı haklar, icracı ve yapımcı haklarıyla ilgili Madde 14⁵⁴³ ve bu çalışma bakımından özel öneme sahip, istisna ve sınırlamalarla ilgili Madde 13, TRIPs'in fikir ve sanat eserleri hukukunu doğrudan ilgilendiren hükümleridir.

3.4.3.1.1. TRIPs ve eser sahibi hakkına getirilen sınırlamalar

Belirtildiği üzere TRIPs rejimi, eser ve bağlantılı hak sahiplerinin menfaatlerine odaklanmış, aşırı korumacı bir düzenlemedir. Buna ek olarak, fikrî eserleri ticari emtiaya indirgeyerek; fikir ve sanat eserleri hukukunun bireyin kendini geliştirmesi ve kültürden eşit faydalanma gibi prensiplerle ilişkisini göz ardı etmiştir. Ancak şu bir gerçektir ki, ne derece eser sahibi odaklı olursa olsun, her fikrî hukuk rejimi eser üzerindeki korumanın sınırlandırıldığı kimi durumlar belirlemek zorundadır. Fikir ve sanat eserlerini ticari alan

⁵⁴³ TRIPs m. 14: Sanatçılar, Plak (Ses Kayıtları) Yapımcıları ve Yayın Kuruluşlarının Korunması

(1) Sanatçılar uygulamalarının bir plak üzerine tespit edilmesi ile ilgili olarak, izinleri olmaksızın girişilen aşağıdaki fiilleri önleme olanağına sahip olacaklardır: - tespit edilmemiş uygulamalarının tespitini ve bu tespitlerin çoğaltılmasını. Sanatçılar aynı zamanda, izinleri olmaksızın girişilen aşağıdaki fiilleri de önleme olanağına sahip olacaklardır:

- doğrudan yapılan uygulamalarının telsiz araçlarla yayınlanması ve topluma iletimi.

(2) Plak yapımcıları, plaklarının doğrudan ya da dolaylı olarak çoğaltılmasına izin verme ya da önleme olanağından yararlanacaklardır.

(3) Radyo-TV Kuruluşları izinleri olmaksızın girişilen aşağıdaki fiilleri önleme hakkına sahiptir. Yayınlarının tespit edilmesini, bu tespitlerin çoğaltılmasını ve telsiz araçlarla tekrar yayınlanmasını ve televizyon yayınlarının topluma iletilmesini. Yayın kuruluşlarına bu hakları tanımayan ülkeler, yayın içeriğini oluşturan düşünce hakkı sahiplerine, Bern Sözleşmesi (1971) hükümlerine uygun olarak yukarıdaki fiilleri önleme olanağı vereceklerdir.

(4) Bilgisayar programlarına ilişkin 11' inci madde hükümleri, üyenin yasasında kararlaştırıldığı şekilde plak yapımcıları ve plaktaki diğer hak sahipleri hakkında uygulanacaktır. 15 Nisan 1994 tarihinde plakların kiralınmasına ilişkin olarak hak sahiplerine uygun bir ücret verilmesine ilişkin bir sistemin yürürlükte olduğu bir üye, plakların ticari kiralınması, hak sahiplerinin inhisari çoğaltma haklarına maddi bir zarar vermediği takdirde, bu sistemi uygulamaya devam edebilir.”

içinde tutmayı amaçlayan TRIPs, eser korumasına getirilecek sınırlamaları da asgari düzeye indirerek, eseri ticaret mevkiine koyanların aleyhine olabilecek ulusal düzenlemeleri önlemek istemiştir.

Kuşkusuz TRIPs Madde 9/1’de yapılan atıfla, Bern Konvansiyonu’nda mevcut eser korumasına ilişkin sınırlamalar TRIPs’e taraf ülkeler için de geçerli olacaktır. Burada hatırlanması gereken, Bern Konvansiyonu’ndaki sınırlayıcı hükümlerin pek azının zorunlu ve büyük kısmının ihtiyari olduğudur..

3.4.3.1.2. TRIPs Madde 13- Genel “üç aşama testi”

TRIPs, Bern Konvansiyonu’na gönderme yapmakla kalmamış; sınırlama ve istisnalara ilişkin olarak Madde 13’te özel düzenleme getirmiştir. Madde 13 düzenlenişi itibariyle, Bern Konvansiyonu Madde 9/2’de ortaya konan “üç aşama testi”ni tekrarlamaktadır. Ancak Bern düzenlemesinden farklı yanı, sadece çoğaltma hakkıyla sınırlı olmamasıdır.

TRIPs Madde 13’ün Bern Konvansiyonu’na etkisi net değildir. Madde 13’ün sadece TRIPs’teki fikir ve sanat eserleri hukukuna ilişkin doğrudan düzenlemelerini mi, yoksa Bern Konvansiyonu’ndaki tüm hak kategorilerini mi kapsayacağı tartışma konusu olmuştur.⁵⁴⁴ Madde 13’ü sadece TRIPs’te yer alan haklarla sınırlı olarak yorumlamak, bu açık tercihin çok dar bir kapsamda kalması sonucunu doğuracağından, WTO tarafından da uygun görülen yorum, TRIPs Madde 13’ün Bern Konvansiyonu’nda belirtilen hakları da kapsadığıdır. Buna göre “üç aşama testi”, sadece çoğaltma hakkına ilişkin olarak değil; Bern Konvansiyonu’ndaki tüm haklar için gözönüne alınması gereken genel bir düzenlemedir.

TRIPs ayrıca Madde 2/2’de, TRIPs’e taraf devletlerin Bern Konvansiyonu çerçevesindeki yükümlülüklerinin aynen geçerli olduğunu belirtir. Bern Madde 20 ile

⁵⁴⁴ Bu değişiklik neticesinde TRIPs çerçevesinde istisna ve sınırlamaların uygulama alanının genişlediğini ileri sürülmüştür. Bkz. Sam Ricketson, *The Three-Step Test, Deemed Quantities, Libraries and Closed Exceptions* Advice prepared for the Centre for Copyright Studies Ltd. www.copyright.com.au/reports%20&%20papers/CCS0202Berne.pdf

beraber düşünülduğünde TRIPs Madde 13'ün, çoğaltma hakkının sınırlandırılması açısından Bern Konvansiyonu'na göre daha geniş bir yorum getirmediği sonucuna varılır. Çünkü Bern Madde 20 uyarınca TRIPs, Bern Konvansiyonu'nda eser sahibine tanınmış hakları daraltamaz veya Bern Konvansiyonu'na aykırı yorumlanamaz.

Ancak, TRIPs Madde 13'ün Bern'den farklı olarak “eser sahibi” yerine “hak sahibi” ifadesine yer verdiği ve bunun kimi uygulama farklılıkları getirebileceği unutulmamalıdır.⁵⁴⁵ Eser ve hak sahibi aynı kişi olabileceği gibi, eser sahibinin mali haklarını devretmesi veya lisanslaması durumunda, çoğunlukla bir prodüksiyon şirketi hak sahibi sıfatını taşıyacaktır. Buna göre TRIPs Madde 13 kapsamında ihlal teşkil etmeyen bir çoğaltma, manevi haklar dikkate alındığında Bern Madde 9/2'ye aykırı olabilir. Ancak bu aykırılık, TRIPs bünyesindeki uyumsuzluk çözüm yollarına gidilmesine imkân vermez.⁵⁴⁶

TRIPs Madde 13, sadece çoğaltma hakkını değil; TRIPs'in yaptığı atıfla Bern Madde 1-21 hükümlerini ve ayrıca TRIPs'te düzenlenmiş kiralama hakkını kapsayan genel bir düzenlemedir. TRIPs Madde 13 uygulaması, bu değişik hak kategorileri için farklılıklar gösterecektir.

TRIPs Madde 13 yoluyla, Bern Konvansiyonu'ndaki spesifik düzenlemeler dikkate alınmaksızın, sadece üç aşamalı teste uyularak iç hukukta istisna ve sınırlama getirilip getirilemeyeceği sorusu, TRIPs Madde 2/2 ve Bern Konvansiyonu Madde 20 ışığında olumsuz cevaplanır. Bern Konvansiyonu ve TRIPs'in her ikisine de taraf olan bir ülke, iç hukukunda eser sahibi hakkına istisna ve sınırlama getirirken TRIPs Madde 2/2 uyarınca, Bern Konvansiyonu'ndaki hükümlere uymak zorundadır. Bu durumda hem TRIPs Madde 13'e göre “üç aşamalı test”in hem de Bern Konvansiyonu'ndaki diğer şartların birlikte dikkate alınması gerekip gerekmediği sorusu ise, farklı olasılıklara göre

⁵⁴⁵ Daha önce belirtildiği üzere Bern m. 9/2'deki “eser sahibinin...” ifadesi yerine, TRIPs'te “hak sahibinin... meşru menfaatleri” ifadesi kullanılmıştır.

⁵⁴⁶ TRIPs manevi hakları uyumsuzluk çözüm mekânizmalarına dahil etmeyerek bir anlamda koruma dışı bırakmıştır. Ricketson, *WIPO Study On Limitations And Exceptions Of Copyright And Related Rights In The Digital Environment*, s.50.

cevaplanacaktır.⁵⁴⁷ Bern Konvansiyonu içinde yer alan kimi sınırlama ve istisna düzenlemeleri hali hazırda “üç aşamalı test” kriterleriyle uyumludur.⁵⁴⁸ Bunun yanında kimi bazı sınırlama hükümleri, kendi şartlarını içerirler ve bu halleriyle üç aşamalı test kriterleriyle ilgileri yoktur.

TRIPs bakımından gerek Madde 13, gerekse Bern Madde 1-21 hükümlerinin eş zamanlı yürürlük kazandığı düşünülürse, Madde 13’teki üç aşama testinin Bern hükümleriyle beraber uygulama alanı bulacağı sonucuna varılır. Örneğin Bern Konvansiyonu Madde 10*bis*/1 ve 2’deki istisnaların düzenlenişinde, üye devletler üç aşama testini ayrıca dikkate alacaklardır.⁵⁴⁹

Son olarak, Madde 13’ün kapsamı üzerinde durulabilir. Madde lafzında, sadece “eser” ifadesine yer verilmesi Bern Konvansiyonu kapsamındaki tüm eserlerin dâhil olduğu sonucunu destekler. Ancak Bern kapsamında hukuki akıbetleri tam belli olmayan iki eser grubu; yazılım ve veri derlemeleridir. TRIPs 10/1 üye devletlere, Bern Konvansiyonu’na taraf olmasalar da, yazılım korumasını bir yükümlülük olarak getirmektedir. Ayrıca, Bern Konvansiyonu 2/1 Maddesinin, her ne biçimde olursa olsun, edebi bilimsel ve sanatsal alandaki tüm eserler şeklindeki tanımının, tek başına yazılıma koruma sağlayıp sağlamadığı da tartışılabilir. Bu husus, üye devletin yorumuna bırakılmıştır. TRIPs Madde 10/2, veri derlemelerinin de korumadan yararlanacağını belirtir. Bu hüküm, Bern Konvansiyonu’na hiçbir gönderme içermeyen bağımsız bir düzenlemedir.⁵⁵⁰

⁵⁴⁷ *ibid.*, s.52

⁵⁴⁸ Bkz. Berne Konvansiyonu m.10/1 ve 10/2

⁵⁴⁹ Üçüncü bir ihtimal, Bern Konvansiyonunda öngörülen bir sınırlamanın, üç aşamalı teste öngörülenlerle birarada uygulanması mümkün olmayan, çelişik kriterler içermesidir. Bu durumda özel hüküm genel hüküm ilişkisi yol gösterici olabilir.

⁵⁵⁰ Ricketson, *WIPO Study On Limitations And Exceptions Of Copyright And Related Rights In The Digital Environment*, s.55

3.4.4. WIPO Telif Hakları Andlaşması (WCT) ve İcralar ve Fonogramlar Andlaşması (WPPT)⁵⁵¹

3.4.4.1. Andlaşmaların Doğumu ve Hükümleri

Yukarıda görüldüğü üzere internet ve bilgi-işlem teknolojilerinin gelişimi, eser sahiplerine mali haklardan faydalanma noktasında önemli fırsatlar sunarken; bu teknolojilerin yarattığı kolay ve nerdeyse sıfır maliyetli kopyalama imkânı, eser sahiplerinin şifre ve benzeri, erişim veya kopyalama engelleyici yazılımlara yönelmesine yol açmıştır. Çok genel şekilde ifade etmek gerekirse WIPO Andlaşmaları ile, eserlerin dijital ortamda izinsiz kullanımlarının engellenmesi amaçlanmıştır. Teknoloji, bir yandan Ağ üzerinde eser sahibi hakkının ihlalinin kolaylaştırırken, bir yandan da etkili kontrol ve koruma yöntemleri getirmiştir. Burada özellikle önemli olan, eserlerin kullanım ve erişim başına fiyatlandırılmasına imkân veren teknolojik sistemlerin ortaya çıkışıdır. WIPO Andlaşmaları, bu teknolojik sistemlere hukuki koruma getirmek amacıyla hazırlanmıştır.

WCT (WIPO *Copyright Treaty* – Telif Hakları Andlaşması) ve WPPT (WIPO *Performers and Phonograms Treaty* – İcralar ve Fonogramlar Andlaşması), eser sahibi hakları ve bağlantılı haklar bakımından mevcut olan uluslararası koruma rejiminin, yeni teknolojik gelişmeler sonucu yetersiz kaldığının görülmesi üzerine WIPO'nun girişimiyle ortaya çıkmış düzenlemelerdir.⁵⁵²

WIPO 1989 yılında, bilgisayar ve iletişim ağlarının fikir ve sanat eserleri hukukundaki etkisini incelemeye karar vermiştir. 1990-91 yıllarında başlayan hazırlık çalışmalarının ilk safhasında bugünkü WCT, Bern Konvansiyonu'na eklenecek bir protokol olarak tasarlanmıştır. Buna göre hazırlanacak düzenleme, ses kayıtlarına gönderme yaparak bugünkü WPPT'nin işlevini de yerine getirecekti. Ancak bu görüş, eser sahibi hakları ile

⁵⁵¹ Genel olarak bkz. Jörg Reinbothe ; Silke Von Lewinski, “The WIPO treaties 1996: The WIPO Copyright Treaty and the WIPO Performances and Phonograms Treaty: Commentary and Legal Analysis”, London, Butterworths, 2002 ; David Nimmer, David Nimmer, *A Tale of Two Treaties: Dateline: Geneva – December 1996*, 22 COLUM.-VLA J.L. & ARTS , 1997, s.1 vd.

⁵⁵² Türkiye 02/05/2007 tarihinde kabul edilen 5646 ve 5647 sayılı Kanunlarla 1996 tarihli WIPO Andlaşmalarını kabul etmiştir.

bağlantılı hakları ayrı tutmak isteyen devletlerce benimsenmeyince, WCT ve WPPT olmak üzere iki ayrı andlaşma hazırlanması yoluna gidilmiştir. WIPO Andlaşmaları “ikiz sözleşmeler” diye de anılır ve paralel hükümler içerir. Bu çalışmada WCT için yapılan açıklamalar, WPPT’nin muadil hükümlerini de kapsar.

Diplomatik Konferansın hazırlık aşamasında özgün olmayan veri-tabanları üzerinde *sui generis* hak tanıyacak bir Andlaşma daha hazırlanması tartışılmışsa da; çoğunluk, konunun henüz yeterince olgunlaşmadığı fikrinde olduğu için vazgeçilmiştir.⁵⁵³

WIPO Telif Hakları Andlaşması (WCT), uluslararası standartları Bern Sözleşmesi ile belirlenen eser korumasında, dijital teknolojilere bağlı olarak ortaya çıkan sorunlara odaklanmıştır. Andlaşma 1996 tarihinde imzaya açılmış ise de, otuz ülkenin onay süreci, WCT için 6 Mart 2002, WPPT içinse 20 Mayıs 2002 tarihinde tamamlanmış ve böylelikle Andlaşmalar yürürlüğe girmiştir.

WCT Andlaşmasının 1. Maddesi, Bern Konvansiyonu’yla WCT arasındaki bağlantıyı kurmaktadır. Madde 1/1 uyarınca WCT, Bern Konvansiyonu’na taraf ülkeler açısından Bern Madde 20 anlamında özel anlaşmadır(*special agreement*). “Özel anlaşma”, Bern Konvansiyonu’na taraf ülkelerin kendi aralarında akdettikleri ve eser sahiplerine daha geniş haklar sağlayan düzenlemeler şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre Bern Konvansiyonu’na taraf devletler, WCT Andlaşmasının iç hukuka geçirilmesinde ve yorumunda, Bern Konvansiyonu’nda sağlanan korumanın zarar görmemesi esastır.⁵⁵⁴ Ayrıca Madde 1/4, WCT’ye taraf ülkelerin, Bern Konvansiyonu Madde 1-21 hükümleriyle bağlı olduklarını belirtmiştir. Madde 1/3 ise Bern Konvansiyonu’nun 1971 Paris metnine gönderme yapmaktadır.⁵⁵⁵ WCT Madde 2, TRIPs Madde 9/2’nin bir tekrarı olarak ifade/fikir ayrımını düzenler.

⁵⁵³ Andlaşmaların tarihçesiyle ilgili daha geniş bilgi için bkz. Ficsor , “The Law of Copyright and the Internet”, s.25 vd.

⁵⁵⁴ Jörg Reinbothe ; Silke von Lewinski, *The WIPO Treaties 1996*

⁵⁵⁵ Erdem Türkekel, *Eser Sahibinin Hakları Ve Bağlantılı Haklar Ön Raporu*, T.C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı Dokuzuncu Kalkınma Planı Fikrî Mülkiyet Hakları Özel İhtisas Komisyonu, s.34, http://plan9.dpt.gov.tr/oik04_fikrimulkiyet/041fikhak1.pdf

WCT Madde 4 ve 5 sırasıyla, bilgisayar programları ve veri tabanlarını tanımlayarak, koruma altında olduklarını belirtmiş; Madde 6 eser “yayma”, Madde 7 “kiralama” ve Madde 8 “kamuya iletim” hakkını düzenlenmiştir. Madde 10’da, eser sahibinin haklarına getirilebilecek sınırlamalar sıralanmış; son derece önemli olan teknolojik önlemlerin korunmasına ilişkin hükümler Madde 11-12 ve ihlal durumunda uygulanacak yaptırımlar Madde 14’de düzenlenmiştir.

WIPO İcralar ve Fonogramlar Andlaşması (WPPT) 1996 yılında, bilgi ve iletişim teknolojilerinde yaşanan gelişmelerin yarattığı değişimi karşılayamayan Roma Konvansiyonu hükümlerini, icracı sanatçılar ve fonogram yapımcılarının içinde bulunduğu yeni koşullara uyarlama ve daha etkin bir koruma sağlama amacıyla hazırlanmıştır. Roma Konvansiyonuyla ilişkisi bakımından; i) Roma Konvansiyonu’nun kabulü taraf devletler için bir yükümlülük olarak öngörülmemiş, ii) Roma Konvansiyonu’nda koruma altındaki eserlere sınırlı olarak atıf yapılmış ve iii) TRIPs anlaşmasının 2/2 Maddesine⁵⁵⁶ benzer şekilde, WPPT Andlaşmasının, tarafların Roma Konvansiyonu’ndan doğan yükümlülüklerini azaltmadığı belirtilmiştir.

WPPT Andlaşmasının giriş kısmında belirtildiği gibi, toplumsal, ekonomik ve teknolojik gelişmeler karşısında, 1961 tarihli Roma Konvansiyonu hükümleri yetersiz kaldığı için, yeni kurallara ihtiyaç duyulmuştur. Andlaşmanın hazırlık çalışmaları sırasında Roma Konvansiyonu içinde yer alan tüm hak grupları için düzenleme yapılması amaçlanmış ise de, sadece “icracı sanatçılar” ve “fonogram yapımcılarının” hakları konusunda anlaşma sağlanabilmiştir.

Andlaşma’da, icracı sanatçılar ile fonogram yapımcılarının tanımı, sözleşmenin sağladığı korumadan yararlanacaklar, icracı sanatçıların manevi ve mali hakları, fonogram yapımcılarının mali hakları, radyo-TV yayınlarına ilişkin hükümler, hakların internet ortamında kullanımı, teknolojik yöntemler ve hak yönetim bilgisine ilişkin yükümlülükler ek olarak Andlaşma’da tanınan hakların sınırlanmasına ilişkin hükümler yer almaktadır.

⁵⁵⁶ “...nothing in the Treaty derogates from obligations that Contracting Parties have to each other under the Rome Convention.”

WCT ve WPPT, eserlerin elektronik ortamda korunması açısından dört önemli hususa vurgu yapar: i) çoğaltma hakkının dijital ortamda geçerliliği; ii) dijital ortamda interaktif aktarım ve kullanıma ilişkin haklar; iii) istisnalar ve sınırlamalar; iv) teknolojik önlemler ve dijital “hak yönetim bilgisi”yle ilgili yükümlülükler.⁵⁵⁷

3.4.4.2. Eserlerin İnternet Ortamında Sunumu: Şemsiye Çözüm

3.4.4.2.1. Caching⁵⁵⁸

Bireylerin eserlere kendi seçtikleri yer ve zamanda erişebilmesi şeklinde ifade edilen dijital erişimin, ayrıca bir hak olarak düzenlemesi hususunda Konferans, öncelikle *caching* denilen “geçici belleğe yazma” meselesi üzerinde durmuştur. *Caching*, bilgisayarda herhangi bir içeriğe erişim için dosyanın bir kopyasının otomatik şekilde geçici bellekte oluşturulmasıdır.

Bu hususta bir görüş, herhangi bir özel düzenlemeye gerek olmadığını, konunun Bern Konvansiyonu’nda yer alan genel sınırlama ve istisnalar içinde çözüme kavuşacağını belirtirken, diğer bir görüş kopyalamanın süresine bağlı olarak bazı özel düzenlemeler gerekebileceğini savunmuştur. Üçüncü bir yol olarak, bu tür kopyalamanın da çoğaltma hakkı kapsamında olması, fakat geçici kopyaların meşru sayıldığı hallerin ayrıca belirlenmesi fikri ortaya atılmıştır. Buradan da anlaşılacağı gibi, aktarım amaçlı geçici belleğe kopyalama için değişik hukuk sistemlerinde farklı değerlendirmeler söz konusu olabilmektedir. Bu noktada kıta-Avrupası ekolünden ülkelerin temsilcileri, Bern Konvansiyonu’ndaki 9. Maddenin lafzı itibarıyla yeterince soyut ve genel olduğunu; ayrı bir düzenlemeye gerek olmaksızın, Madde 9’un bilgisayar üzerinde her türlü kayıt ve kopyalamayı kapsadığını öne sürmüşlerdir.⁵⁵⁹

⁵⁵⁷ Türkekul, s.35

⁵⁵⁸ Genel olarak bkz. Yalçın Tosun, *Caching ve Hukuksal Çözüm Önerileri*, (ed.) Yeşim Atamer, “İnternet ve Hukuk”, İstanbul, İ.B.Ü. Yay., 2004 ; Ayrıca Tekin Memiş, “Fikrî Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu, Ankara, Seçkin Yay., 2002, s.113 vd.

⁵⁵⁹ Ricketson ; Ginsburg, s.683

Sorun bir noktada “çoğaltma hakkı”nın tanımına dayanmaktadır ki bu, Bern Konvansiyonu’nda yer almamaktadır. Çoğaltma, eserin tespiti⁵⁶⁰ ile ilgilidir. “Tespit” ile anlatılmak istenen; eserin, izlenmesine, çoğaltılmasına veya bir şekilde taşınmasına imkân verecek bir biçime sokulmasıdır.⁵⁶¹ Diplomatik Konferans bu konuda ne çeşit bir düzenleme yapılacağı konusunda uzlaşmaya varamayınca taslakta yer alan hükümler çıkarılmıştır.⁵⁶² Ancak çoğunluk oyuyla kabul edilen bir “Mutabakat Metni”⁵⁶³ ile, “eserin elektronik ortamda saklanması” 9. Madde kapsamında çoğaltma kabul edilmiştir.⁵⁶⁴ Buna göre taraf devletler, eserlerin elektronik belleğe yazılmasının çoğaltma teşkil ettiğini yasa hükmü haline getireceklerdir. Bunun devamında ise, geçici kaydetmelerin(*caching*) ihlal olup olmadığı, yukarıda açıklanan “üç aşamalı teste” göre belirlenecektir.

3.4.4.2.2. Genel olarak dijital ortamda “kamuya iletim”

WCT, fikir ve sanat eserlerini koruma amaçlı sistem ve teknolojilerin etkisizleştirilmesine karşı hukuki koruma sağlarken, eserin internet ortamında aktarımını veya sunumunu da ayrı bir hak olarak düzenlemiştir. Bu çerçevede, teknolojik önlemleri koruyucu kuralların devreye girebilmesi için öncelikle, eserin dijital ortamda sunulmasının/aktarılmasının bağımsız bir hak olarak düzenlenmesine ihtiyaç duyulmuştur. Bern Konvansiyonu’na taraf kimi ülkelerde dijital aktarım kısmen veya tamamen,

⁵⁶⁰ *fixation*

⁵⁶¹ FSEK’in Tanımlar başlıklı 1/B (e) Maddesine göre “tespit”, seslerin veya ses temsillerinin veya ses ve görüntülerin anlaşılabilir, çoğaltılabilir veya iletilebilir şekilde bir araca kaydedilmesi işlemi ifade eder. Bu tanım bilgisayarda geçici belleğe yükleme olarak bilinen *caching* kavramıyla uyumludur.

⁵⁶² Mihály Ficsor, *Copyright In The Digital Environment The Wipo Copyright Treaty (WCT) And The WIPO Performances And Phonograms Treaty (WPPT)*, WIPO National Seminar On Copyright, Related Rights, And Collective Management - Khartoum, February 28 to March 2, 2005 WIPO/CR/KRT/05/7, s.9

⁵⁶³ "The reproduction right, as set out in Article 9 of the Berne Convention, and the exceptions permitted thereunder, fully apply in the digital environment, in particular to the use of works in digital form. It is understood that the storage of a protected work in digital form in an electronic medium constitutes a reproduction within the meaning of Article 9 of the Berne Convention." Birinci cümle oybirliğiyle kabul edilmesine rağmen 2.cümle oyçokluğuyla kabul edilmiştir. Oy çokluğuyla kabul edilen 2.cümlenin Uluslararası Antlaşmalar Hukukuna İlişkin Viyana Sözleşmesi’ne göre geçerli olup olmadığı tartışması için bkz. Ficsor, *Copyright In The Digital Environment The Wipo Copyright Treaty (WCT) And The WIPO Performances And Phonograms Treaty (WPPT)*, s.10

⁵⁶⁴ Ricketson ; Ginsburg, s.686

çoğaltma, yayma veya temsil yetkilerinin kapsamına girebilmektedir. Konferans, ulusal hukuk sistemlerinde bu konuda bir dağınıklık bulunduğunu tespit etmiştir.⁵⁶⁵

Diplomatik Konferans sırasında internet ve benzeri dijital iletişim ağları üzerinde aktarım ve sunumun nasıl düzenleneceği tartışma konusu olmuştur. ABD delegasyonu çevresinde şekillenen bir görüş, “yayma hakkı”(right of distribution) temelinde çözüm ararken, AB eksenli diğer görüş, genel bir “kamuya iletim hakkına” dayanmanın daha uygun olacağını savunmuştur.⁵⁶⁶ Yayma hakkı genel anlamda, eserin tespit edilmiş kopyaları üzerindeki mülkiyetin geçirilmesiyle ilgilidir. Ağ üzerinde kamuya sunmanın yayma hakkının ihlali olabilmesi için, yayma hakkının buna uygun şekilde yeniden tanımlanması gerekir. Çünkü yayma hakkı, fiziki kopyaların dağıtımını esas alır. Dahası Bern Konvansiyonu, sinema eserleri dışında, diğer eser kategorileri için yayma hakkını düzenlememiştir. Diğer yandan “kamuya iletim hakkı” da, her formattaki eseri kapsayacak genel bir tanım ve uygulama alanına sahip değildir. Dolayısıyla, herhangi bir tercihin işe yaraması için önce uluslararası düzenlemelerdeki boşlukların giderilmesi gerekmiştir.⁵⁶⁷ Bu durumda uzlaşma olarak, dijital aktarımın hukuki nitelendirmeden bağımsız bir tanımı yapılmıştır. Dijital aktarımın interaktif niteliği de dikkate alınarak, kullanıcının kendi seçtiği yer ve zamanda esere erişim sağlamasının, kamuya iletim anlamına geleceği belirtilmiş; bu hakkın nasıl düzenleneceği taraf devletlere bırakılmıştır.

Bu nedenle gerek WCT, gerekse WPPT, eserin internet ortamında bulundurulması ve sunulmasını ayrı bir hak kategorisi olarak düzenlenmiştir. Bu husus Andlaşmalarda (WCT.m.8, WPPT.m.10,14) şu şekilde yer almaktadır:

“...eserlerinin telli ya da telsiz ortamda, toplum üyelerinin kendileri tarafından seçilen bir yer ve zamanda bu eserlerden kişisel olarak yararlanacak biçimde topluma iletilmesine izin verme hususunda münhasıran hak sahibidir.”

⁵⁶⁵ Bu ayrı hak düzenlemesine değişik yaklaşımların kaynağı ve daha detaylı bilgi için bkz.Ficsor, “The Law of Copyright and the Internet”, s.146 vd.

⁵⁶⁶ Ficsor, *Copyright In The Digital Environment The WIPO Copyright Treaty (WCT) And The WIPO Performances And Phonograms Treaty (WPPT)*, s.12

⁵⁶⁷ Berne Kon. m. 14(1)(i), 14bis(1), 11(1)(ii), 11bis(1), 11ter(ii), 14(1)(ii) ve 14bis(1)

“*Making available to the public*”, Türkçe karşılığıyla “kamuya iletim” kavramı, Bern Konvansiyonu Madde 7/2 ve 7/3’de yer alır. 1967 Konferansıyla yer bulan bu terim, koruma süresinin başlangıcını tespit etmek için kullanılmıştır ve eserin her şekilde hukuka uygun biçimde kamunun erişimine açılmasını ifade eder.⁵⁶⁸

“Şemsiye çözüm”(umbrella solution) diye ortaya konan bu yaklaşım çerçevesinde WCT Madde 8, kamuya iletim hakkını tüm eser kategorilerini kapsayacak şekilde tanımlamış ve Ağ üzerinde interaktif kullanımların da buna dâhil olduğu hüküm altına almıştır. Ancak Konferans, kamuya iletim kavramının farklı hukuk sistemlerinde değişik şekillerde düzenlenebileceğini göz önüne alarak, özel bir kamuya iletim hakkından başka, eserin alenileşmesi veya dağıtımı(yayma) bağlamında da çözüm getirebileceğini vurgulamıştır. Örneğin kimi hukuk sistemlerinde kamu önünde icra, Bern Konvansiyonu’nda öngörülenden farklı olarak, radyo-televizyon(broadcasting) yoluyla kamuya iletim hakkını da içerir. Başka bazı sistemlerde ise kamuya iletim, belirli bir hak olmaktan çok bir üst başlığı ifade eder. Ayrıca, telekomünikasyon araçlarıyla yayın da “kablolu iletim” ve “kamuya iletim” yetkilerini kapsayabilir. Ulusal hukuk sistemlerindeki bu farklı yaklaşımların tamamı, öngörülen asgari korumanın sağlanması şartıyla, WIPO Andlaşmaları açısından kabul edilebilir niteliktedir.⁵⁶⁹

Tartışmaya açık bir husus, 8. Maddenin düzenlenişi itibariyle, fikir ve sanat eserleri hukukunda daha önce mevcut olmayan, yeni ve bağımsız bir “esere erişimi engelleme hakkı” yaratıp yaratmadığı olmuştur. Pek çok başka ülkenin yanı sıra, AB, ABD ve Türk hukuk sistemlerinde yer bulan “kamuya iletim hakkı”, dijitalizasyonla ortaya çıkmış ve klasik telif hukukunda bulunmayan değişik bir yaklaşımla, yayma, çoğaltma haklarından farklı olarak; doğrudan ağ üzerinde iletişimi hedef almıştır. Bir başka deyişle düzenlemenin özelliği, esere erişim odaklı yeni bir hak ihdas etmesi olarak görülebilir. Ağ üzerinde esere erişim, eseri kullanım, çoğaltma ve yaymanın aynı eylem içinde birleşmesi, doğrudan eserin kullanımını hedef alan düzenlemelerin getirilmesiyle sonuçlanmıştır.

⁵⁶⁸ Ficsor, *Copyright In The Digital Environment The Wipo Copyright Treaty (WCT) And The WIPO Performances And Phonograms Treaty (WPPT)*, s.14

⁵⁶⁹ *ibid.*

Erişimi engelleme hakkı böylelikle kabul edildikten sonra, bunun ekran üzerinden *on-line* onay verilen lisans sözleşmeleriyle beraber kullanılması, eser sahibine klasik eser korumasının ötesinde, internet üzerinde bilgiyi kontrol imkânı vermektedir.

WCT ayrıca 6/1 Maddesi, “*Edebiyat ve sanat eserlerinin sahipleri, eserlerinin özgün nüshaları ya da kopyalarının satılması ya da sahipliğinin el değiştirmesi yoluyla topluma sunulmasına izin verme hususunda münhasıran hak sahibidir..*” hükmüyle eserin kopyalarının satış veya mülkiyeti nakleden başka işlemler neticesinde kamuya arz edilmesini ayrı bir hak olarak, bütün eser kategorilerine teşmil etmiştir. Bu düzenleme, mevcut çoğaltma hakkı kapsamında bir hususu düzenlediği iddiasıyla eleştiri konusu olsa da, tüm üye ülkelerde tam korumanın geçerli olabilmesi için bu açıklık gerekli bulunmuş ve Andlaşma’da yer verilmiştir.

Madde 6/2, “*Bu Andlaşmadaki hiçbir hüküm, Âkit Tarafların (1) inci paragrafta öngörülen eser sahibinin izni ile eserin özgün nüshası ya da kopyası üzerindeki sahipliğin, ilk satışı ya da el değiştirmesinden sonra, son bulması koşullarını düzenleme yetkisini etkilemeyecektir.*” şeklindedir. Yayma hakkının tüketilmesi bakımından üye devletlerin serbest olduğunu ve tükenme konusunu kendi uygun buldukları şekilde düzenleyebileceklerini belirtir. Ancak dijital ortamda yayma(distribution) hakkının kullanılması mülkiyetin nakline değil; eserin dijital aktarımına dayanır. Bu sebeple dijital bir eseri satın alan kimsenin CD veya kitap benzerinde olduğu gibi, bunu tekrar dağıtma hakkı bulunduğunu düşünmek olası değildir. Bu sebeple Diplomatik Konferansta, “yayma”(distribution) hakkına ilişkin Madde 6 ve kiralama hakkına ilişkin Madde 7’deki “orijinali” ve “kopyaları” ifadelerinin; dağıtım konusu olabilecek fiziki varlığı haiz CD, DVD, kaset vb. formatlara özgü olduğu yönünde bir Mutabakat Metni yayımlanmıştır.

WPPT, WCT Madde 8 ile uyumlu şekilde "*making available to the public*" kavramına doğrudan gönderme yoluyla “şemsiye çözüm”e yer vermiş; böylelikle icracaların ve yapımcıların dijital ortamda aktarım ve sunum hakkını tespit etmiştir. (WPPT m.10 ve 14)

3.4.4.2.3. Ağ üzerinde dosya paylaşımı – P2P⁵⁷⁰

Dosya paylaşımına yönelik sistem mimarileri yeni değildir ve P2P sistemler şeklinde olmasa da, bilgisayarlar arası dosya değişim ve paylaşımı üzerine çalışmalar 30 yıla yakın zamandır sürmekte olup, e-posta için kullanılan FTP⁵⁷¹ yazılımı buna örnektir.

P2P ağ, bilginin tek bir merkezi sunucudan değil; bunun yerine ağa bağlı ve eşit statüde tüm bilgisayarlar üzerinden yayıldığı bir sistemdir. Kullanıcılar birbirine doğrudan bağlanır ve merkezi bir yönetim birimine ihtiyaç yoktur.⁵⁷² Gittikçe yaygınlaşan *blog*, *instant messaging*, IP telefon ve benzeri uygulamalar internetin P2P karakterini tamamlamaktadır.

P2P sistemler, yukarıda Ağ toplumu kavramı içinde açıklanan sosyal değişimin özel bir görünümünü, bir başka yansımaları oluşturmaktadır.⁵⁷³ P2P sistemler, Ağ toplumu diye adlandırılan sosyal örgütlenmenin belirginleştiği ve kendine has özelliklerini öne çıkardığı yapılanmalardır.

P2P sistemleri bu derece çekici kılan, dijital teknolojiler sayesinde bilgiyi çoğaltmanın veya diğer deyişle kopyalamanın neredeyse sıfır maliyete düşmüş olmasıdır. Serbest katılıma dayalı P2P sistemler, kaynakların bolluğu ve çeşitliliği sebebiyle kullanıcıların birinci tercihidir. P2P ağlar kullanıma sundukları bilgi potansiyeli bakımından merkezi sistemlerle kıyaslanamayacak üstünlüklere sahiptirler. P2P sistemler, dünya üzerindeki milyonlarca bilgisayarın hafızalarını veya işlem güçlerini biraraya getirir.

⁵⁷⁰ P2P yazılım, en basit şekilde anlatmak gerekirse, temelinde e-posta ve dosya arama fonksiyonlarının bileşimine dayalı bir bilgisayar programı gibi düşünülebilir. Herhangi bir P2P yazılımı bilgisayarına yükleyen ve internet bağlantısı bulunan bir kullanıcı, aynı yazılımı kullanan diğer bilgisayarlardan *on-line* kaldıkları süre boyunca her tür dosya alış verişi yapabilmekte; kullanıcılar paylaşımına açılan dosyaları kopyalayabilmektedir. Bkz. Bayamlıoğlu, *P2P Yazılım ve Telif Haklarının Hukuki Geleceği*

⁵⁷¹ File Transfer Protocol. P2P yazılımın gelişimiyle ilgili bkz. Nicklas Lundblad, *Noise Wars: Is the Answer to the Machine in the Noise?* BILETA 2003, Londra, http://www.skriver.nu/dok/lundblad_bileta2003.pdf

⁵⁷² Daniel J Staudigl; Alexander Czadilek, *Intellectual Property and File Sharing Networks*, s.1 <http://www.internet4jurists.at/literatur/czadilek>,

⁵⁷³ Michel Bauwens, *P2P and Human Evolution: Peer to peer As The Premise Of A New Mode Of Civilization*, s. 8, http://www.networkcultures.org/weblog/archives/P2P_essay.pdf

3.4.4.2.3.1 P2P sistemler yoluyla eser sahibi hakkının ihlali

P2P sistemler yoluyla koruma altındaki eserlerin ağ üzerinde paylaşılmasını değerlendirirken, farklı fiilleri ayrı ayrı ele almak gerekir. Öncelikle eserin dijital bir kopyasının hazırlanması gerekir. Daha sonra bu dosya başka bir P2P yazılım kullanıcısı tarafından arandığında bulunmak üzere paylaşımına açılacak ve nihai olarak başka bir kullanıcı tarafından indirilmek(*download*) yoluyla kopyalanacaktır.

Eserin dijital bir kopyasının hazırlanarak bilgisayara yerleştirilmesi, çoğaltma hakkı bakımından değerlendirilebilir.. Berne Konvansiyonu Madde 9 her türlü çoğaltmayı ve kopyalamayı kapsayacak kadar geniş ifade edilmiş ve her ne şekilde olursa olsun, çoğaltmayı ihlal olarak düzenlemiştir. Yukarıda da belirtildiği gibi bu husus, WCT Madde 1/4 ile ilgili kabul edilen Mutabakat Metninde teyit edilmiştir.⁵⁷⁴ Bu sebeple, Bern rejimi ve WIPO Andlaşmaları çerçevesinde eserin elektronik bir mecraaya aktarımının, eser sahibi hakkı ve bağlantılı haklar kapsamında çoğaltma sayıldığı hususunda tartışma yoktur. Türk Hukuku açısından da çoğaltma hakkı anılan fiilleri kapsayacak kadar geniştir.⁵⁷⁵

Eserin bilgisayarın sabit diskinde yer almasından sonra dijital platformda kullanıma açılması ise WCT Madde 8⁵⁷⁶ kapsamında, kamuya iletme hakkının ihlali olacaktır. Zaten eserin P2P ağ üzerinde paylaşımına açılması kamuya iletim olarak kabul edilmeksizin, söz konusu hükmün anlamlı bir yorumunu yapmak mümkün değildir.⁵⁷⁷ Aksi takdirde, Andlaşmalar'ın giriş bölümlerinde ısrarla vurgulanan etkin koruma gerçekleştirilemez. Okul, işyeri gibi kapalı devre “intranet” sistemler üzerindeki paylaşım, durumun özelliğine göre değerlendirilmelidir.⁵⁷⁸

3.4.4.2.3.2. 2001 AB Telif Hakları Direktifi çerçevesinde dosya paylaşımı

2001 tarihli Direktif'in 5/2(b) Maddesinde, özel amaçlı çoğaltmalar için hak sahiplerine uygun bir tazminat ödenmesi öngörüldüğü daha önce belirtilmişti. Madde 5/2(b)

⁵⁷⁴ Buna ek olarak WPPT madde 7 ve 11 de bu hususu teyit eder.

⁵⁷⁵ FSEK m.22

⁵⁷⁶ İcracı ve fonogram yapımcıları için WPPT Madde 10 ve 14

⁵⁷⁷ Karş. FSEK m.25

⁵⁷⁸ Türk hukuku bakımından kişisel kullanım amacıyla çoğaltma için bkz. Bölüm .4.4.4.2.2

söz konusu “özel” çoğaltmanın ancak gerçek kişilerce yapılabileceğini ve dolaylı veya doğrudan ticari amaçlara hizmet edemeyeceğini hükme bağlar. Bu çerçevede yapılan kopyalamanın korsan üretim amaçlı olmasına gerek yoktur. Meşru ticari faaliyetler kapsamındaki çoğaltmalar veya hiçbir ticari amaç taşımasa bile tüzel kişilerce yapılacak her tür çoğaltma, kişisel kullanım kapsamı dışındadır.⁵⁷⁹ Eser sahipleri için uygun bir ödenti/tazminat öngörülüyor olması, AB hukuku içinde kişisel kullanım istisnasının uygulama alanını son derece sınırlamıştır. Bu çerçevede P2P sistemler üzerindeki dosya paylaşımı, kişisel kullanım düzeyinde kalsa bile, Madde 5/2(b) kapsamında tazmin edilmedikçe hukuka aykırı olacaktır.

Direktif’in Dibacesinin 35. paragrafına göre, tazminat ödenebilmesi için mevcut veya potansiyel bir zarar olmalıdır. Paragraf 35 ayrıca, *de minimis* kullanımlara da vurgu yapmış ve hak sahibince uğranılan zararın asgaride kaldığı halleri ayırık tutmuştur. Bunlar, daha sonra seyretmek için videoya kaydetme veya hukuka uygun şekilde satın alınmış müzik eserlerinin dinlemek üzere bilgisayara aktarılması gibi kullanımlardır.

3.4.4.2.3.3. P2P yazılım üreten ve dağıtanlara karşı davalar

Hak sahipleri sorunu kökünden çözmek için sadece kullanıcıları değil; P2P yazılım üreticilerini de dava etmişlerdir. Dijitalizasyon sonrası fikir ve sanat eserleri hukukuna ilişkin global ölçekte ilgi uyandıran en önemli dava *Napster*⁵⁸⁰ olmuştur. Müzik endüstrisinin pek çok önde gelen şirketinin şikayetçi olarak yer aldığı davada *Napster*, müzik eserlerinin kullanıcılar tarafından MP3 formatında kopyalanmasını sağlayan bir hizmet sunduğu için suçlanmıştır. *Napster*’a üye olanlar *MusicShare* yazılımını bilgisayarlarında kurup çalıştırdıklarında, diğer kullanıcıların paylaştığı müzik eserlerini kendi bilgisayarına kalıcı olarak kopyalayabilmekteydi.

Napster’a karşı açılan Dava, internet üzerinde dosya paylaşımı yoluyla telif hakkı ihlalini konu alan öncü bir dava olmuştur. *Napster* internet üzerinden MP3 formatında müzik indirilmesine yönelik bir site olarak faaliyetine başlamış ve bu girişim kısa sürede

⁵⁷⁹ Karş. Bkz. Bölüm 4.4.4.2

⁵⁸⁰ United States Court of Appeals 9th Circuit, No. 00-16401

milyonlarca müzik eserinin kopyalanmasıyla sonuçlanmıştır. Davada Mahkeme *Napster*'ı sorumlu bulmuş ve sonuçta *Napster* içerik sağlayıcılarla anlaşma yoluna giderek paralı bir hizmet haline gelmiştir.

Dava konusu olayda, söz konusu hizmetin sağlanması için gerekli eser indeksleri(listeleri), *Napster*'ı yaratan ve işleten Şirkete ait merkezi sunucular(*server*) üzerinde tutulduğu için, ilk derece Mahkemesi *Napster*'ın sorumluluğunu tespit etmekte herhangi bir tereddüt yaşamamıştır. Çünkü, burada kullanıcılar arası dosya değişimi, *Naspter*'a ait sunucular tarafından kontrol edilmekte ve *Napster*, kendi sunucuları üzerinde tuttuğu eser listeleri yoluyla doğrudan, telif hakkına konu eserin kopyalanmasına katkıda bulunmaktaydı.⁵⁸¹ ABD Mahkemesi, *Napster*'ın ihlal konusu fiilleri önleyebilecekken, aksi yönde hareket etmeyi seçtiğini ve ihlal faaliyetinden maddi menfaat sağladığını belirtmiştir.⁵⁸² Davacılar, Napster Şirketinin hem doğrudan hem de dolaylı telif hakkı ihlalinde bulunduğunu iddia etmişlerdir. Mahkeme internet kullanıcılarının fiillerinin doğrudan ihlal olduğunu belirttikten sonra, *Napster* Şirketinin dolaylı olarak bu ihlalden sorumlu olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme kararını, dosya değişimini kontrol edebilme kriterine dayandırmıştır.

Bunu takiben *Napster*'dan farklı olarak, merkezi yönetimi bulunmayan *Gnutella* ve benzeri⁵⁸³ sistemler ortaya çıkmıştır. Bir başka deyişle *Napster* kararını gören yazılım üreticileri, sistemlerinin mimarisini kendilerine kontrol imkanı vermeyen, tamamen adem-i merkezi(desantralize) bir yapıya çevirerek, *Napster* kararının gerekçesini bertaraf etmeye çalışmışlardır.

ABD Temyiz Mahkemesi 9. Dairesinin *Naspter* kararını takiben 7. Daire⁵⁸⁴, benzer bir davada *Naspter* kararını biraz daha genişlemiştir. *Aimster*, abonelik bedeli

⁵⁸¹ Lundblad, s. 6

⁵⁸² Bu konuyla ilgili genel olarak bkz. Memiş, a.g.e.

⁵⁸³ KaZaA, MusicCity, Morpheus and Grokster, Limewire

⁵⁸⁴ 252 F. Supp.2d 634 (N.D. Ill. 2002), *aff'd*, 334 F.3d 634 (7th Cir. 2003) *Aimster*, Davada ayrıca aşağıda incelenen *Sony* davasıyla ilgili önemli bir başka yorum ortaya çıkmıştır. 7. Daire hizmetin, ihlal teşkil etmeyen hatırı sayılır başkaca ticari kullanım biçimleri olduğunu ispat yükünü Davalıya çevirmiştir

karşılığında kullanıcıları internet ortamında biraraya getiren P2P bir hizmettir ve dosya paylaşımı yine kullanıcılar arasında gerçekleşmektedir. *Napster*'dan farklı olarak *Aimster* sistemi dosyaları şifrelemekte ve bu nedenle *Aimster* dahil tüm üçüncü kişiler, paylaşılan içeriği görememektedir. Mahkeme söz konusu hizmetin hukuka uygun kullanımları olduğunu kabul etmiş, fakat bunun ne derece muhtemel olduğunun da sorgulanması gerektiğini vurgulamıştır. Mahkemeye göre yazılımın yapısını değiştirmek, bilinçli ve kasıtlı bir görmeme durumu olup sorumluluğu ortadan kaldırmamaktadır.⁵⁸⁵

Görüldüğü gibi *Napster* aleyhine verilen karardan⁵⁸⁶ sonra, karara gerekçe teşkil eden unsurları ve özellikleri dışarıda bırakmaya yönelik sistemler tasarlanmıştır.⁵⁸⁷ Yine P2P yazılım üreticisine karşı açılan bir başka Dava *MGM v. Grokster* davasıdır. ABD Yüksek Mahkemesi 27 Haziran 2005 tarihli kararıyla, ürettikleri P2P yazılım tamamen kullanıcılar arasında çalışan Davalıları, telif hakkı ihlali oluşturan fiili teşvik ettikleri gerekçesiyle ikinci dereceden sorumlu bümüştür.⁵⁸⁸

3.4.4.2.3.4 Değerlendirme

İnternet bağlantı hızı belirli bir düzeye ulaştığında, film, müzik gibi eserlerin indirme(*download*) gerekmesizin, yaygın şekilde ve gerçek zamanlı olarak dinlenip, izlenmesi mümkün olacaktır. Aynı şekilde, yazılımların *exe.* dosyaları önceden sabit belleğe kurulmayacak, kablosuz ve yüksek bağlantı sayesinde gerektiğinde internet üzerinden alınarak yazılım çalıştırılacak ve kullanıcının işi bittiğinde bir dahaki sefer tekrar yüklenmek üzere silinecektir. Bu durum bildiğimiz anlamda kopyalamayı ortadan kaldıracak; bilgisayar dijital dosyanın dinlenen, izlenen veya kullanılan kısmını silerken yeni verileri işleyecek ve en sonunda, kullanım sona erdiğinde bilgisayarın sabit belleğinde kullanılan esere ilişkin herhangi bir veri kalmayacak; yani kopyalanmamış olacaktır.

⁵⁸⁵ Christine Pope, *Unfinished Business: Are Today's P2p Networks Liable For Copyright Infringement?*, 2005 Duke Law & Technology Review No. 22,

⁵⁸⁶ Napster davasıyla ilgili kararların toplu derlemesi için bkz. <http://www.eff.org/IP/P2P/Napster/>

⁵⁸⁷ David Segal, *A New Tactic in the Download War: Online 'Spoofing' Turns the Tables on Music Pirates*, Washington Post, (August 21, 2002) <http://www.washingtonpost.com>

⁵⁸⁸ Davadaki kararın ABD hukuku açısından ikinci derecede sorumluluk üzerindeki yorumu için bkz.. Alfred C Yen, *Third Party Copyright Liability After Grokster*, Minnesota Law Review, <http://ssrn.com/abstract=885544> ; Ayrıca bkz. Bayamlioğlu, *P2P Yazılım ve Telif Haklarının Hukuki Geleceği*

Görüldüğü gibi internet üzerinde dijital formatta eserlerin paylaşılması veya kopyalanması karşısında müzik ve film endüstrisinin bugün yürüttüğü çaba geçici bir duruma karşılık gelmektedir. Çünkü yakın gelecekteki kablosuz bağlantı hızının yaratacağı gerçek zamanlı veri aktarımı, şimdiye kadar önü alınamayan bu durumu, film ve müzik endüstrisi açısından hepten çözülemez hale getirecektir. İnternet kullanıcıları elindeki dijital kopya sayısı her geçen gün artmakta olup bunun yanında, internet bağlantı hızındaki artış sonucunda artık herhangi bir eser çok kolaylıkla bulunmakta ve dakikalar veya saatler içinde sabit diske kopyalanabilmektedir. Bu kopyalama süresi saniyelerle⁵⁸⁹ ölçülür hale geldiğinde ise artık istenen bilgiyi sabit diske kopyalamak gerekmeyecek ve her gerektiğinde, bir seferlik kullanılıp sonra silinmesi yoluna gidilecektir.⁵⁹⁰ Artık herhangi bir bilgisayarda kayıtlı ve kolaylıkla izlenebilen dosyalar yerine, bir veri küresi haline gelen internetin dört bir tarafına dağılmış ve her an her yerden ulaşılabilir, milyonlarca elektronik kopya söz konusu olacaktır.

Kullanıcıları veya kopyalamaya yarayan araçların üreticilerini dava etmek bugün için bile yeterli sonuç vermezken, açıklanan teknolojik ilerleme karşısında bu hukuki mücadelenin daha da anlamsız bir çabaya dönüşmesi pek yakındır. Bu nedenle, telif haklarının, bugünkü sahiplerine gelecekte de istenen kazancı sağlaması için başvurulacak tek yol, söz konusu dijital kopyanın kaynağına bakmaksızın; eserin dinlenme, izlenme veya başka bir deyişle, kullanım başına(*pay-per-view*) ücretlendirilmesidir.

P2P sistemlerin açıklanan gücü ve yayılma potansiyeli karşısında tüm internet üzerinde eserleri dijital künye sistemiyle takip eden “*trusted network*” oluşturulması, içerik sağlayıcı endüstriler için tek çıkar seçenek gibi görülmektedir. Aşağıda DRM ile ilgili

⁵⁸⁹ Bugün için internet, çeşitli kanallar, borular ve hortumlar yoluyla veri kümelerinin bağlandığı bir sisteme benzetilebilir. Ancak artan bağlantı hızı, bu kanal ve boruları ortadan kaldırarak tüm internetin tek bir büyük veri küresine(*information sphere*) dönüşmesini sağlayacaktır. Bu teknolojik yönelimi anlatan bir başka yazı için bak. Ray Kurzweil “*Akıllı Bilgisayarlar ve Gelecekte Müzik*” (*The Future of Music in the Age of Spiritual Machines*) *Roll Müzik Dergisi*, Şubat 2005. (Çev. Emre Bayamlıoğlu)

⁵⁹⁰ Geçici belleğe (cache) kopyalamayla ilgili bak. Yalçın Tosun, *Caching ve Hukuksal Çözüm Önerileri*, İnternet ve Hukuk, Bilgi Üniversitesi Yayınları 2004. (Ed: Dr. Yeşim Atamer)

açıklamalarda, bu tip global sistem arayışlarının temel unsurları ve çalışma prensipleri ele alınmıştır.⁵⁹¹

3.4.4.3. Teknolojik Önlemlerin Korunması

WCT ve WPTT Andlaşmalarının bütünüyle yeni olan ve Andlaşmaların temelini oluşturan hükümleri, eserleri dijital ortamda korumak üzere getirilen teknolojik önlemlere ilişkin maddelerdir. Diplomatik Konferans dijital ortamda hakların uygulanışını düzenlerken, bu amaca yönelik teknolojik önlemlerin ihlaline ilişkin kurallar koymaktan kaçınmayacağını fark etmiştir. Cenova'daki Diplomatik Konferans sırasında 11. Madde ile ilgili pek çok itiraz ileri sürülmüştür. Kimi ülke delegasyonları teknolojik önlemlerin hukuken korunmasına bütünüyle karşı çıkmış; diğer bir kısım ülkelerse eser korumasında mevcut, kullanıcı ve kamu lehine sınırlamaları işlevsiz kılacağı düşüncesiyle eleştiri getirmiştir. Madde 11'in nihai hali, Güney Afrika'nın başını çektiği bir uzlaşmanın sonucudur.⁵⁹²

Eserleri dijital ortamda koruma amacıyla kullanılan teknolojik mekânizmalar, yazılımın kendine has nitelikleri sebebiyle, dolanılmaya veya *hack* edilmeye bir başka deyişle, etkisiz hale getirilmeye müsaittir. Bu noktadan hareket eden WIPO Telif Hakları Andlaşmasının 11-12. ve İcralar ve Fonogramlar Andlaşması (WPPT) 18-19. Maddeleriyle taraf ülkelere, eser sahiplerinin, yorumcuların ve fonogram yapımcılarının eserlerini dijital ortamda kontrol etmek için kullandıkları teknolojik önlemlere hukuki koruma sağlama yükümlülüğü getirilmiştir.⁵⁹³ Andlaşmalar, bu teknolojilerin neler olabileceği konusunda bir tercih belirtmemiş; “etkin teknolojik önlemler”(*effective technological measures*) ifadesiyle bunun yorumunu ulusal hukuklara bırakmıştır. Söz konusu düzenleme sadece, son derece basit, neredeyse farkında olmaksızın etkisizleştirilebilecek sistemlerin değil; belirli bir koruma düzeyi sağlayan sistemlerin kapsama alındığını belirtmektedir.⁵⁹⁴ Daha

⁵⁹¹ Bkz. Bölüm. 5.3

⁵⁹² Ian R Kerr, *Technical Protection Measures [electronic resource]. Part II. The Legal Protection of TPMs*, http://www.pch.gc.ca/progs/ac-ca/progs/pda-cpb/pubs/protectionII/protection_e.pdf

⁵⁹³ Türkekul, s.31-32

⁵⁹⁴ Kerr., s.8

radikal bir yorum ise, WCT'nin "etkin" önlemler ifadesiyle kasıtlı bir ayrıma gittiği ve o bazı teknolojik önlemlerin dışarıda tutulmak istendiği sonucuna varmaktadır.⁵⁹⁵

Taraf devletler, eser sahibinin haklarını korumaya yönelik teknolojik mekânizmaların dolanılmasına, kırılmasına, diğer deyişle etkisiz hale getirilmesine karşı etkin hukuki yaptırımlar getirmek durumundadırlar. Madde, sadece "eser sahibi"ne (*author*) gönderme yapsa da bunu, eser sahibinin rızası çerçevesinde telif hakkından faydalanan lisans sahiplerini de kapsar şekilde yorumlamak gerekir.⁵⁹⁶

WCT Madde 11⁵⁹⁷ taraf devletlere, teknolojik önlemlerin ihlalini veya dolanılmasını önleme yükümlülüğü getirmektedir. Bir cümleden oluşan maddenin başlangıç kısmında, WCT ve Bern Konvansiyonu kapsamındaki haklara dayanmakta olan teknolojik önlemlere müdahalenin yasaklandığı görülmektedir. İngilizce metnin "ve" bağlacı ile başlayan son kısmında ise, hak sahiplerince izin verilmeyen veya hukukça korunmayan tüm fiillerin yasaklandığı ayrıca belirtilmiştir. Bu hüküm neticesinde, esere izinsiz erişim sağlamakla beraber, klasik eser sahibi haklarından birini ihlal etmeyen veya kanuni bir istisnadan faydalanma durumundaki etkisizleştirme eylemlerinin, hukuka aykırı sayılıp sayılmayacağı tartışma konusu olmuştur. Sonuç olarak, Maddenin bütün olarak okunmasından çıkan sonuç, söz konusu hükmün ayrıca bir "erişimi engelleme hakkı" yaratmadığı fakat, mevcut hakların ihlalini oluşturan etkisizleştirmeyi önlemek istediğidir. Ancak yine de Madde 11'in dolambaçlı ifadesi, telif hakkı ihlalinden bağımsız şekilde, teknolojik önleme her türlü kasıtlı müdahalenin hukuka aykırı sayılması fikrini açıkça dışlamamaktadır. Özellikle aşağıda incelenecek AB düzenlemesi de bir ölçüde, aynı bulanıklığı taşıyan benzer bir ifade kullanmıştır.

⁵⁹⁵ *ibid.* s.9

⁵⁹⁶ Ficsor, *The Law Of Copyright And The Internet: The 1996 WIPO Treaties, Their Interpretation And Implementation*, s.548

⁵⁹⁷ "Âkit Taraflar, ilgili eser sahiplerine yetki veya kanunla izin verilmeyen fiillerin gerçekleştirilmesini kısıtlayan ve bu Anlaşma ve Bern Sözleşmesi ile kendilerine tanınan haklar çerçevesinde eser sahiplerince kullanılan etkin teknolojik yöntemlerin etkisiz hale getirilmesine karşı uygun yasal koruma ve etkin yasal yaptırımlar öngörecektir." Türkçe çeviride gramatik sebeplerle cümlenin 1. ve 2. kısmı yer değiştirmiştir.

WCT ve WPPT'yi kabul eden devletler, Madde 11 çerçevesinde, teknolojik önlemlerle ilgili çeşitli yaklaşımlar benimseyebilirler. Bunlardan en kolay ve kapsayıcı olanı, fiilin sonucuna ve amacına bakmaksızın, genel olarak teknolojik önlemin etkisizleştirilmesi fiilinin yasaklanmasıdır. ABD ve AB düzenlemeleri büyük ölçüde bu yaklaşım ekseninde yer almaktadırlar. Buna karşılık taraf devletin, teknolojik önlemin etkisizleştirilmesinin hukuka aykırı sayılacağı durumları sınırlaması da mümkündür. Buna örnek, sadece mevcut eser korumasına aykırı etkisizleştirilmenin ihlal kabul edilmesidir.⁵⁹⁸ Bu durumda kullanıcılara, kanuni bir sınırlamadan yararlanma amacına uygun düştüğü ölçüde, teknolojik önlemleri etkisizleştirme izni verilmektedir.

Ancak her durumda, kullanıcının eserden faydalanma sürecindeki serbestliğinin sınırlandırıldığı açıktır. Eserin teknolojik korunmasına yönelik önlemler çoğu zaman erişim, kullanım ve kopyalama kontrolüne ilişkin özellikleri, birbirine tümleşik şekilde beraberinde bulundurur.

Son nokta, etkisizleştirme eylemini gerçekleştirmeye yarayan araçların üretim ve dağıtımının yasaklanmasıdır. WIPO Andlaşmaları bu konuda her hangi bir hüküm içermezken, ABD ve AB düzenlemelerinin her ikisinde de bu düzenlemelere yer verilmiştir.

Erişim engellerinin genel veya kısmi uygulaması aşağıda detaylı şekilde incelenmiştir.⁵⁹⁹ “Kullanım engelleri” ve “erişim engelleri” ayrımına ise ABD Yasası DMCA’de rastlanır. Kullanıcının hukuka uygun şekilde eriştiği eseri kopyalamasına engel olan sistem örneğin: DVD kodlaması, bir kullanım engelidir. Bu tip önlem, esere erişimi engelleme amacı taşımaz; sadece esere erişen kullanıcının sonraki fiillerini düzenler. Bu nedenle erişim engelleri olmaksızın sadece kullanımı sınırlayan önlemlerle, eserlerin dijital ortamda beklendiği şekilde korunması mümkün olmayacaktır. Çünkü eseri ticari anlamda dijital kullanıma sunanların elde edecekleri gelir, büyük ölçüde kullanıcılara erişim sağlama karşılığında olacaktır. İnternet üzerinde fikir ve sanat eserlerinin pazarlanması açısından

⁵⁹⁸ Bkz. aşağıda Hollanda Krallığı Hukuku, Bölüm 4.2.6.3

⁵⁹⁹ Bkz. Bölüm 4.5.1

önemli olan, erişimdir. Ancak “erişim” ve “kullanım” engeli ayrımı aslında, o derece kesin bir fark da değildir.⁶⁰⁰ Çünkü gelişen teknoloji, bilgisayarın eriştiği bir veriyi her nasılsa, bir şekilde kaydedebileceğini göstermektedir.

Andlaşmaya göre taraf devletler, uygulayacakları yaptırımı seçmekte takdir hakkına sahip olsalar da, bunun yeterli ve uygun bir yaptırım olması gerekir. Taraf devletler söz konusu düzenlemeyi mutlak şekilde fikir ve sanat eserleri hukukuna dahil etmek zorunda değildir. Ceza Hukuku veya Rekabet Hukuku kapsamında bir düzenlemeyle de aynı sonuca ulaşılabilir.⁶⁰¹

WCT Andlaşmasının 12/2 Maddesi, “hak yönetimi bilgisi”nin tanımını yaptıktan sonra, Madde 12/1 yetkisiz olarak elektronik hak yönetimi bilgisini kaldıran, değiştiren veya zarar veren; “elektronik hak yönetimi bilgisi” kaldırılmış veya zarar verilmiş eserleri, icraları ya da fonogramları dağıtan, dağıtılmasına yardımcı olanlara karşı yaptırım öngörmüştür. Buna göre “hak yönetimi bilgisi”: eseri, eser sahibini, eser üzerinde diğer hak sahiplerini ve/veya eserin kullanımıyla ilgili şartları tanımlayan bilgi ve bunu temsil eden numaralar veya kodlardır.⁶⁰² Dijital formattaki esere eklenmiş elektronik bir “etiket” olan “hak yönetimi bilgisi”(rights management information), aşağıda açıklanacak olan Dijital Hak Yönetimi Sistemlerinin (DRM) işleyişi bakımından hayati önemi haizdir. Bu dijital kod, eserin Ağ üzerinde doğru şekilde tanımlanarak DRM sistemi tarafından uygun koruma rejimine tabi kılınmasında yani, eserin kopyalanmasının ve kullanılmasının hangi kurallar altında gerçekleşeceğini belirlenmesinde kullanılır.

Aşağıda görüleceği gibi söz konusu hükümler, pek çok ülkenin ulusal hukuk sistemlerinde ve AB düzenlemelerinde yerini almıştır. İlgili hükümler, eserin Ağ üzerinde iletimini, kullanımı kısıtlamaya yönelik teknolojik sistemleri ve “hak yönetimi bilgisi”ni ayrı ayrı düzenlemiştir.

⁶⁰⁰ Bu ayrımı belirsizleştiren ABD mahkeme kararları için bkz. Bölüm 4.1.4

⁶⁰¹ Fikrî Hukuk ve Rekabet Hukuku ilişkisinin teknolojik gelişmeler ışığında incelemesi için bkz. Ayşe Odman, “Fikrî Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü”, Ankara, Seçkin Yay., 2002

⁶⁰² Türkekul, s.36

Eser sahibinin, eserin tanınmasına yönelik dijital kopyaya iliştirdiği elektronik etikete müdahale edilmemesine yönelik Madde 12 bağlamındaki düzenlemeler, fazlaca tartişma yaratmamaktadır.⁶⁰³ Yine de 12. Maddenin son derece geniş bir kapsamı olduğu söylenebilir.⁶⁰⁴ Buna karşılık, erişimi kısıtlayıcı mekânizmaların hukuki korunmasına yönelik Madde 11’e dayalı düzenlemeler, çeşitli sorunları beraberinde getirmiştir. Bu düzenlemelerin uygulamaya yönelik hükümlere dönüştürülmesi, özellikle aşağıda açıklanan sınırlama ve istisnalara etkisi bakımından, karmaşık problemler yaratmıştır.

Erişimi kısıtlayan teknolojik nemelerin etkisizleştirilmesinin, daha çok kullanıcı düzeyinde rastlanacak bir müdahale olması, sayıları binlerle ifade edilen davalı anlamına gelir ki bu, eser sahibi bakımından hakkın takibini zorlaştırır. Dolayısıyla teknolojik nemeleri etkisizleştirmeye yarayan araçları üreten ve dağıtınların da yaptırıma tabi olması fikri baştan beri kabul grmştir. WIPO Andlaşmaları bu yönde bir yükümlülük içermemekle beraber, ihlal için hazırlık aşaması sayılan ve teknolojik nemelerin etkisiz kılınmasına yarayan gerek yazılım, gerekse donanım olsun; her türlü aracın üretim, dağıtım, ithalatı ve ayrıca bu amaca yönelik diğer hizmetler ABD ve AB mevzuatında yasaklanmıştır. Böyle bir genişletici düzenlemenin, TRIPs Madde 50-60 arasında ortaya konan sistemle de uyumlu olduğu söylenebilir. Ancak bu genişletici düzenlemeler bir yandan da, eser korumasının sosyal ve kamusal boyutunu oluşturan, eser sahibi hakkı sınırlamalarını kamu aleyhine aşındırıcı etkiler yaratmaktadır.

3.4.4.4. WIPO Andlaşmaları’nda Sınırlama ve İstisnalar

WIPO Telif Hakları Andlaşması’nın 10. Maddesi ile WIPO İcralar ve Fonogramlar Anlaşması’nın 16. Maddesinde, “sınırlama ve istisnalar” başlığı altındaki hükümlerle, Bern Konvansiyonu’nun 9/2 Maddesinde “oğaltma hakkı” (*right of reproduction*) için öngörülen ve TRIPs Andlaşmasının 13. Maddesinde genel olarak tekrar

⁶⁰³ “hak yönetim” bilgisine müdahalenin teknolojik önlemi etkisizleştirdiği haller, ayrıca m.11 kapsamına girecektir.

⁶⁰⁴ Türk hukukunda kısmen ve oldukça dağınık şekilde yer alan bu hükümler Bölüm 4.4.5’de incelenmiştir.

edilen “üç aşamalı test”in, WCT kapsamındaki hakların sınırlandırılmasında da dikkate alınacağı belirtilmiştir.⁶⁰⁵

3.4.4.4.1. WCT Madde 10 Sınırlama ve istisnalar

WCT Andlaşması, Madde 1/4’de yapılan atıfla tıpkı TRIPs Madde 9/1’de olduğu gibi, Andlaşmaya taraf devletlere Bern Konvansiyonu’nun Madde 1-21 hükümlerini, iç hukuka dahil etme yükümlülüğü getirmiştir. Bu sebeple WCT’ye taraf devletler, çoğaltma hakkı bakımından “üç aşamalı test”i, dijital ortamda da uygulayacaklardır. 1996 Diplomatik Konferansı ayrıca bir Mutabakat Metni ile, çoğaltma hakkının aynen Bern Konvansiyonu Madde 9’da belirtildiği şekliyle dijital ortamda da geçerli olduğunu teyit etmiştir. Buna ek olarak, eserin dijital bir mecraya geçirilmesinin Madde 9 kapsamında çoğaltma olduğu da, açıkça ifade edilmiştir. Söz konusu Mutabakat Metninin oyçokluğuyla kabul edilmiş olması, Viyana Konvansiyonu Madde 31 çerçevesinde WCT’ye dâhil olup olmadığı tartışmasını doğurmuştur.⁶⁰⁶

10. Maddenin lafzına bakıldığında üye devletler, üç aşama testinin ortaya koyduğu kriterlere sadık kalarak, eserin olağan kullanımını engellemeyecek ve eser sahibinin meşru menfaatlerine zarar vermeyecek bazı özel durumlarda, kimi sınırlamaları ya da bağışlıkları dijital ortamda da uygulayabileceklerdir. Madde 10/1⁶⁰⁷ WCT çerçevesinde eser sahiplerine tanınan hakların, “üç aşamalı test” dâhilinde sınırlandırılmasını düzenlemiştir.⁶⁰⁸

⁶⁰⁵ Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. Ficsor , “The Law of Copyright and the Internet”, s.168-169 ; Ayrıca bu yaklaşımın WIPO bünyesindeki tarihi evrimi için s.255 vd

⁶⁰⁶ Bu Mutabakat Metnine ilişkin tartışmalar için bkz. Ricketson, *WIPO Study On Limitations And Exceptions Of Copyright And Related Rights In The Digital Environment*, s.56-62

⁶⁰⁷ Madde 10/1: Âkit Taraflar, ulusal mevzuatlarında, bu Andlaşma ile edebiyat ve sanat eserleri sahiplerine tanınan haklarda, eserin olağan kullanımını engellemeyecek ve eser sahibinin meşru haklarına zarar vermeyecek bazı özel durumlarda, sınırlamalar ya da istisnalar sağlayabilir.

⁶⁰⁸ Örneğin, WCT m.6, 7, 8

Madde 10/2⁶⁰⁹ teknolojik koruma perspektifinin dışına çıkarak, “üç aşamalı test” kriterlerinin genel olarak, Bern Konvansiyonu kapsamında korunan tüm hakların sınırlandırılmasında dikkate alınacağını belirtir. Böylelikle WCT’ye taraf ülkelerin, Bern Konvansiyonu hükümlerini iç hukuka geçirirken tüm sınırlamaları, “üç aşama testi” kriterlerine uygun düzenlemeleri ayrıca hükme bağlanmış olmaktadır.⁶¹⁰

1996 Konferansı’nın Madde 10 hakkında konsensüsle kabul ettiği Mutabakat Metninde, Madde 10/1’in WCT ile getirilen yeni hakları ilgilendirdiği açıklanmıştır. Ancak WCT kapsamında getirilen yeni “kamuya iletim hakkı”, ister istemez Bern Kon. Madde 11bis/1’de sayılan haklarla çakışmaktadır. Bu sebeple, WCT Madde 8’deki kamuya iletim hakkının nasıl sınırlandırılacağı konusunda tartışma çıkmıştır.

Buna karşılık WCT, Bern Konvansiyonu’nda mevcut bir düzenlemeyi eser sahibi aleyhine değiştiremeyeceğinden, Bern Madde 11bis/2 kapsamındaki zorunlu lisans hallerinin, WCT kapsamında istisna şeklinde bedelsiz kullanıma dönüşmesi düşünülemez. Bern Madde 11/bis dışında kalan kullanım halleri için WCT Madde 8, üç aşamalı test kriterlerine göre sınırlanabilecektir. Buna bir örnek *webcasting* diye tabir edilen internet üzerinde yayın gösterilebilir. Bu tip yayın, Bern Konvansiyonu Madde 11bis/1 altında kablosuz yayın kabul edilmeyecek olursa o zaman, bu hakkın Bern Konvansiyonu dikkate alınmaksızın sadece üç aşamalı test kriterlerine bakılarak sınırlanabileceği söylenebilir. Ancak unutulmamalıdır ki internet üzerindeki yayın, müzikal veya dramatik performansları içerdiği ölçüde yine Bern Madde 11/1 ve 11ter/1 kapsamına girecektir.⁶¹¹ WCT Madde 10/2, Bern Konvansiyonu’ndaki mevcut istisna ve sınırlamalara etki etmez. Mutabakat Metninin 2. cümlesi WCT’nin, Bern Konvansiyonu çerçevesinde ulusal hukukta bulunan istisna ve sınırlamaların üç aşamalı teste göre tekrar gözden geçirilmesi gibi bir amacı

⁶⁰⁹Madde 10/2: Âkit Taraflar, Bern Sözleşmesini uyguladıkları sırada, eserin olağan kullanımını engellemeyecek ve eser sahibinin meşru yararlarına zarar vermeyecek bazı özel durumlar için haklara getirilen sınırlamalar ya da istisnalar öngörebilir.

⁶¹⁰WCT, Madde 1/1’de belirtildiği gibi, Bern Konvansiyonu 20. Madde kapsamında “özel sözleşmedir”. Buna göre WCT, Bern’e taraf devletlerin aralarında imzaladığı; eser sahiplerine daha geniş haklar veren ve Bern rejimine aykırı hükümler içermeyen bir düzenlemedir.

⁶¹¹Ricketson, *WIPO Study On Limitations And Exceptions Of Copyright And Related Rights In The Digital Environment*, s.62

olmadığını teyit eder. WCT'ye taraf ülkeler, ulusal hukuklarında Bern Konvansiyonu'na uygun şekilde yer verdikleri sınırlama ve istisnaları, eser sahibi aleyhine genişletemezler. Mutabakat Metni ayrıca, Bern Konvansiyonu kapsamındaki “kabul edilebilir(*acceptable*) istisna ve sınırlamaların, “uygun şekilde”(*appropriately*) dijital ortama da taşınmasının mümkün olduğunu belirtmekte, ancak neyin “kabul edilebilir” veya “uygun” olduğu sorusunu cevapsız bırakmaktadır.⁶¹²

Bu kriterlerin WPPT Madde 16 uyarınca yapımcı ve icracı haklarına da uygulanması, Roma Konvansiyonu'nun yapımcı ve icracı hakları bakımından hangi tür fiillerin kişisel kullanım sayılacağı hususunda serbesti tanıyan 15/1 Maddesinin, burada geçerli olmadığı anlamına gelir.⁶¹³ WPPT kapsamındaki yapımcı ve icracı hakları “üç aşamalı test” dikkate alınmaksızın sınırlanamayacaktır.

Sonuç olarak Bern Konvansiyonu'nda öngörülen “üç aşamalı test”, eserlerin dijital ortamda kullanılmasını düzenleyecek hükümler bakımından da geçerlidir. Kuşkusuz mevcut sınırlamalar ve istisnalar dijital ortama taşınırken, analog düzlemde eser sahibinin meşru haklarına zarar vermediği düşünülen kimi durumlar tekrar gözden geçirilmeye muhtaçtır.

3.4.4.4.2. WPPT Madde 16 - Sınırlama ve istisnalar

Madde 16/1⁶¹⁴ genel olarak icracı ve fonogram üreticilerinin hakları için getirilecek sınırlama ve istisnaların, edebi ve artistik eserler için iç hukukta ortaya konan rejimle paralel olması gereğini ortaya koyar. Bu hüküm çoğu durumda Bern, TRIPs ve WCT belgeleriyle ortaya konan rejime gönderme anlamına gelir. Ancak Madde 16/1'in ulusal hukuka dayanması ve doğrudan Bern veya diğer belgelere atıf yapmaması, dikkate değer bir husustur. Örneğin, Roma Konvansiyonu'nun 15/1a Maddesinde düzenlenen

⁶¹² *ibid.* s.63

⁶¹³ Ficsor, *Copyright In The Digital Environment The Wipo Copyright Treaty (WCT) And The WIPO Performances And Phonograms Treaty (WPPT)*, s.16

⁶¹⁴ Madde 16/1: Âkit Tarafların ulusal mevzuatlarında edebi ve sanat eserleri üzerindeki hakların korunması konusunda öngörülenlerle aynı şekilde icracılar ve fonogram yapımcılarının korunması konusunda da sınırlama ve istisnalar öngörme yetkileri vardır.

“kişisel kullanım”(private use), ulusal hukukta öngörülenden daha geniş bir sınırlandırıcı düzenlemeyi gerektirebilir.

Buna karşılık Madde 16/2⁶¹⁵, WPPT çerçevesindeki hakların sınırlandırılmasında üç aşamalı teste uyulacağını belirtir ve 16/1’de olduğu gibi başkaca bir düzenlemeye atıfta bulunmaz. WPPT Madde 16 hükmü de, Bern Konvansiyonu’nda mevcut sınırlama rejimini genişletmez.

3.4.5. Uluslararası Düzenlemeler Arasındaki İlişki

WCT ve Bern Konvansiyonu arasındaki maddi ilişki, TRIPs ve Bern Konvansiyonu arasındaki ilişkiye benzetilebilir. WCT Madde 1/4, TRIPs Madde 9/1 ile aynı hukuk tekniğini kullanır ve taraf devletlere, Bern Konvansiyonu’nun 1-21. Maddeleri ve Eklerine uygun düzenleme yapma zorunluluğu getirir.⁶¹⁶ Ayrıca WCT Madde 3’de, Bern Konvansiyonu’nda Madde 2-6 arasında yer alan, eser korumasından yararlanma şartlarına ve kimi hakların sınırlandırılmasına ilişkin hükümlere doğrudan gönderme yapılmıştır.

WCT Madde 4, TRIPs Madde 9/1’de olduğu gibi, Bern Konvansiyonu’nun yorumu şeklinde algılanabilir. İfade olarak TRIPs metninden farklı olsa da, bilgisayar yazılımlarının hangi şekil ve ifade altında olursa olsun, Bern Konvansiyonu kapsamında korunduğunu belirtmektedir.

WCT Madde 5 için kabul edilen Mutabakat Metni, veri-tabanları ve derlemelerle ilgili düzenlemenin Bern Konvansiyonu’nun 2. Maddesiyle uyumlu olduğunu belirtir.

Madde 1/4 ile ilgili kabul edilen Mutabakat Metni ise, Bern Konvansiyonu Madde 9’da düzenlenen çoğaltma hakkının yorumu açısından önemlidir. Buna göre Bern Madde 9, dijital ortamda tam olarak geçerlidir ve eserin dijital formatta saklanması Madde 9 anlamında “çoğaltma”dır.

⁶¹⁵ Madde 16/2: Âkit Taraflar, bir icra veya fonogramın normal kullanımıyla çelişmeyen ve icracı sanatçı veya fonogram yapımcısının yasal çıkarlarına hâlel getirmeyen bu Andlaşmadaki özel durumlar için sağlanan hakların sınırlandırılması veya istisnaların getirilmesini kısıtlayabilirler

⁶¹⁶ Fakat WCT, manevi hakları muaf tutmamıştır.

WCT ve WPPT arasında organik bir bağlantı bulunmamaktadır. WCT ve WPPT Andlaşmaları'ndan sadece birine taraf olmak mümkün olduğu gibi, Bern Konvansiyonu'na taraf olmak da bir ön koşul değildir. Çünkü zaten WIPO Andlaşmaları, Bern ve Roma Konvansiyonlarının önemli Maddelerini iç hukuka geçirme zorunluluğu getirmektedirler.

WCT ve WPPT düzenlemeleri ortaya çıktığında, TRIPs Anlaşması hali hazırda yürürlüğe girmiş bulunduğu; yazılım, veritabanı koruması, kiralama hakkı ve icracı hakları için koruma süresi gibi konularda, TRIPs tarafından getirilen çözümlere uyulmuştur. TRIPs metninden alınarak WCT ve WPPT Andlaşmalarına geçirilen ifadeler, TRIPs Anlaşması ile aynı anlamda kullanılmış olsa da, bağlama göre farklı bir hukuki niteliğe bürünebileceği unutulmamalıdır.

Fonogramların kiralınması hakkındaki WCT Madde 7/1, TRIPs'in ilgili Maddesi 14/4 ile birebir aynı değildir. Bu hususta kabul edilen Mutabakat Metni, WCT Madde 7/1'in, mevcut ulusal hukuka göre fonogram üzerinde hak sahibi olmayanlara kiralama hakkı tanıma zorunluluğu getirmediğini belirtir. Bu durumun, TRIPs Madde 14/4'e aykırılık teşkil etmediği kabul edilmektedir.⁶¹⁷

TRIPs Anlaşmasından alınan bir başka hüküm olan WCT Madde 10/2, taraf devletlerin Bern Konvansiyonu'nda öngörülen sınırlamalar ve istisnaları iç hukuka geçirirken, "üç aşamalı test" uyarınca, eserden normal faydalanma koşullarıyla çelişmeme ve eser sahibinin meşru menfaatlerine zarar vermeme ilkelerine uyması gerektiğini tekrar eder. WCT Madde 10/2 ile ilgili kabul edilen Mutabakat Metni, WCT ve TRIPs Anlaşması arasında karşılıklı bir referans kuralı niteliği de taşır.⁶¹⁸ Söz konusu Mutabakat Metni WCT Madde 10/2'nin, Bern Konvansiyonu'ndaki sınırlama ve istisnaların uygulama alanını daraltmak veya genişletmek gibi bir amacı olmadığını açıkça belirtmiştir.

⁶¹⁷ Ficsor, *Copyright In The Digital Environment The Wipo Copyright Treaty (WCT) And The WIPO Performances And Phonograms Treaty (WPPT)*, s.21

⁶¹⁸ Bkz. Bölüm 3.4.4.4.1

WTO-TRIPs üyesi ülkelerle, WIPO Andlaşmaları WCT ve WPPT'ye taraf ülkeler arasında tam bir örtüşme olmasa da, önemli sayıda WTO üyesinin Andlaşmalara taraf olduğu tespit edilebilir.⁶¹⁹

WIPO Andlaşmaları, ortaya çıktıkları günden beri dijitalizasyon ve internetin getirdiği değişime karşılık, uluslararası plandaki temel düzenleme olmuştur.. Fikir ve sanat eserleri hukuku korumasındaki içeriğın internet ortamında pazarlanabilmesine hukuki zemin hazırlamış ve elektronik ticaret olgusunun, içerik ve eğlence endüstrisine ilişkin hukuki çerçevesini sağlamıştır.

⁶¹⁹ Türkiye buna örnektir.

4. TEKNOLOJİK ÖNLEMLERİN ABD, AB ve TÜRK HUKUKLARINDA DÜZENLENİŞİ

4.1. ABD HUKUKU - DMCA (Digital Millenium Copyright Act)

4.1.1. Giriş

1998 yılında yürürlüğe giren DMCA(*Digital Millenium Copyright Act*) ile ABD Telif Hakları Yasası'nın 1201. Maddesine getirilen hükümler, yukarıda açıklanan WCT Andlaşması'nın 11. Maddesi gibi teknolojik önlemleri düzenler.⁶²⁰ Yasa, WCT ile uyumlu şekilde, eserleri korumak üzere internet üzerinde kurulmuş teknolojik mekânizmaları (şifre, *password*, *watermarking* vb.) etkisizleştirmeyi veya bu sonuca ulaşmayı mümkün kılan programlar ya da donanımlar üretmeyi ve dağıtmayı, hukuka aykırı saymaktadır. DMCA, yukarıda açıklanan 1996 tarihli WCT hükümlerine dayalı, ulusal düzeydeki ilk yasama çalışmalarından biridir.

Buna ek olarak Yasa, internet servis(hizmet) sağlayıcılarını da telif hakkıyla ilgili düzenleme içine almıştır. Ancak servis sağlayıcılar genel anlamda, kendilerini koruyacak hükümlerin Yasa'da yer almasını sağlamış ve içerik sağlayıcı yapımçı-yayıncı endüstrilerin kullanıcılarla giriştikleri kavganın dışında kalmayı başarmışlardır.⁶²¹

Yasa'nın gerekçesinde, fikir ve sanat eserlerinin internet ortamında pazarlanması için gerekli hukuki altyapının sağlanması kaygısı öne çıkmaktadır. ABD hukukunda 1992 yılında yürürlüğe giren *Audio Home Recording Act*(AHRA)⁶²² gibi DMCA düzenlemesi de,

⁶²⁰ WCT hükümlerine hayat vermek için ABD hukukunda böyle bir düzenlemenin gerek olmadığı görüşü de savunulmuştur. Buna göre WCT koruması, ABD hukukundaki *contributory infringement* doktriniyle de sağlanabilir. Her durumda DMCA, WCT hükümlerini iç hukuka dahil etmenin çok ötesinde sınırlamalar getirmiştir. Bkz. Dan L Burk, *Legal and Technical Standards in Digital Rights Management Technology*, Minnesota Legal Studies, April 5, 2005, Research Paper No. 05-16., s. 20 <http://ssrn.com/abstract=699384>.

⁶²¹ Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. Alfred C. Yen, *Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement*, Enterprise Liability and the First Amendment Georgetown Law Journal, June 2000, Vol. 88, No. 6

⁶²² Pub. L. No. 102-563, 106 Stat. 4237 (1992).

eser korumasında yeni bir yaklaşım olarak, eserin kullanımı veya başka deyişle esere erişim olgusunu, telif hakkıyla ilişkilendirmektedir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, geçen zamandaki uygulama, düzenlemenin internet üzerinde telif hakları korsanlığını önlemenin yanı sıra, pek çok meşru ve kamuya yararlı faaliyetin ticari rekabet dürtüleriyle engellenmesine imkân verdiğini göstermiştir.

4.1.2. Madde 1201- Teknolojik Önlemlerin Dolanılması/ Etkisizleştirilmesi

Madde 1201, 1996 tarihli WCT Andlaşması hükümlerinin uygulamaya geçirilmesi amacıyla çıkarılmış olsa da, yapılan düzenleme bunun çok ötesine geçerek, doğrudan eğlence ve yayın endüstrisinin taleplerini tatmine yönelmiştir.

DMCA üç temel yasaklama içerir. Birinci olarak Madde 1201(a)(1)'de, eseri korumaya yönelik teknolojik önlemlerin etkisizleştirilmesinin, hukuka aykırı olduğu hükme bağlanmıştır. İkinci olarak m.1201(a)(2)'de, esere erişim kontrolü sağlayan teknolojilerin etkisizleştirilmesine yarayan araçların üretim ve dağıtımını yasaklanmıştır. Üçüncü ve son olarak Madde 1201(b)'de, eserleri kopyalamayı engelleyen teknolojik önlemlerin etkisizleştirilmesine yarayan araçların üretim ve dağıtımını yasaklanmıştır.⁶²³

DMCA bakımından farklı bir nokta, “erişim” ve “kopyalama” fiillerini ayrı ayrı ele alarak, her iki fiile yönelik teknolojik önlemleri farklı düzenlemesidir. Madde 1201(a)(1) teknolojik önlemlerin dolanılması yoluyla erişimi genel olarak hukuk dışı ilan ettikten sonra, Madde 1201 (a)(2)'de *erişim engelleyici* önlemleri etkisizleştiren teknolojik araçları hedef alan hükümler getirmiştir. Madde 1201(b) ise, *kopyalamayı engelleyen* önlemlerin etkisizleştirilmesine yönelik teknolojik araçları düzenler. DMCA bu yönüyle eserin kullanılmasının yanı sıra, doğrudan teknolojiyi düzenleyici hükümler getirmesiyle fikir ve sanat eserleri hukuku alanında bir ilktir.

⁶²³ Bkz. The Digital Millennium Copyright Act of 1998 U.S., Copyright Office Summary, December 1998, <http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>

Bu düzenlemenin en önemli özelliği, her hangi bir telif hakkı ihlali olmasa da, sadece teknolojik önlemleri etkisizleştirmenin, başlı başına hukuka aykırılık kabul edilmesidir. Bunun en önemli sonucu, Maddenin ihlali halinde, ABD hukukunda yer alan telif hakkını sınırlayıcı hükümlerin kullanıcı için herhangi bir savunma imkânı oluşturmamasıdır.

4.1.2.1. Madde 1201 (a) : Erişim Kontrolü Amaçlı Teknolojik Önlemin Etkisizleştirilmesi ve Bu Amaca Yönelik Teknolojilerin Yasaklanması

Bu hüküm, telif hakkıyla korunan bir esere erişimi kontrol eden teknolojik önlemlerin etkisizleştirilmesini yasaklamaktadır. Madde ayrıca, erişimi kontrol eden teknolojik önlemleri etkisizleştirmeye yarayan ürünleri, hizmetleri, aletleri ve parçaları; üretmeyi, ithalini, kamuya sunulmasını veya başkaca dağıtımını da hukuka aykırı saymıştır.*** Yasaklanan mal ve hizmetlerin, birincil olarak esere erişimi kontrole yarayan teknolojik önlemleri etkisizleştirmek amacıyla tasarlanmış ya da üretilmiş olması; veya teknolojik önlemleri etkisizleştirmekten başka hatırı sayılır ticari değer veya kullanımı bulunmaması gerekir.

Madde 1201 (a)(3)(A)'da düzenlenen teknolojik önlemin etkisizleştirilmesi, şifreyle korunan eserin şifresinin kırılması/kaldırılması veya teknolojik önlemin *bypass* edilmesi, veya başka şekilde zaafa uğratılması olarak anlaşılır.*** 1201(a)(3)(B)'de ise teknolojik önlem, etkin şekilde esere erişimi kontrol eden ve normal işleyişi bakımından eser sahibinin erişimi engellemek için seçtiği bilgi, usul veya süreçleri uygulayan sistemler olarak tanımlanmıştır.

Erişim engelleyici teknolojik önlemin dolanılması, fiili işleyenin niyetine bakılmaksızın hukuka aykırı sayılmıştır. Fiil neticesinde yayma, çoğaltma veya temsil gibi eser sahibi haklarından birinin ihlal edilmiş olması gerekmez. Bu katı tutumu hafifletmek üzere Yasa, çeşitli eser grupları için ihlal teşkil etmeyen kullanımların tanımlandığı spesifik

sınırlamalar getirmiştir.⁶²⁴ Görülüyor ki Madde 1201 (a) önce, erişimi kontrole yarayan teknolojik önlemlerin etkisizleştirilmesini ve devamında, bu fiili gerçekleştirmeye yarayacak araçların üretim ve dağıtımını yasaklamaktadır. Bu düzenleme, telif hakkı ihlalden bağımsız ve ona ek, yeni bir “hukuka aykırılık” ihdas etmiştir. Dolayısıyla DMCA, klasik eser koruması düzleminde uzun hukuki süreçler sonucunda yerleşmiş menfaatler dengesinin dışında bir düzenlemedir.

Madde 1201 (a)(2)’deki erişim kontrolünü etkisizleştirmeye yarayan araçların yasaklanmasına ilişkin düzenleme ise maksadını aşan sonuçlar doğurmuştur. Nitekim söz konusu hüküm, çoklu fonksiyona sahip teknolojik ürünlerin gelişimini engellemek düşüncesiyle, teknolojik önlemleri etkisizleştirmekten başka hatırı sayılır ticari değer veya kullanımı olan araçları kapsam dışı tutmuştur. Dolayısıyla pek çok değişik fonksiyon ihtiva eden bir araç, bu fonksiyonlardan biri teknolojik önlemi etkisizleştirmek için kullanılabilir diye hukuka aykırı sayılamayacaktır. Çünkü tüm bilgisayarlar potansiyel olarak, her türlü teknolojik önlemi dolanmak üzere programlanabilir. Aşağıda görüleceği gibi, ABD yargı makamları, baştan beri teknolojik gelişim üzerinde olumsuz etki yapabilecek hukuki yorumlardan kaçınmışlardır.⁶²⁵

4.1.2.2. Madde 1201(b) - Kopyalama Kontrolü Sağlayan Teknolojik Önlemler

Madde 1201(b) kopyalamayı kontrole yarayan araçların üretim ve dağıtımını yasaklar.⁶²⁶ Burada “kopyalama engeli” ile anlatılmak istenen, eserin kopyalanmasını engellemek üzere sunulduğu format içine yerleştirilen teknolojik önlemlerdir. 1201 (a)’dan farklı olarak burada, esere “erişimi engelleyen” teknolojik önlemlerden bahsedilmemekte, doğrudan “telif hakkını koruyan teknolojik önlemler”⁶²⁷ ifadesine yer verilmektedir.

⁶²⁴ Markus Fallenböck, *On the Technical Protection of Copyright: The Digital Millennium Copyright Act, the European Community Copyright Directive and Their Anticircumvention Provisions*, International Journal of Communications Law and Policy, Issue 7, Winter 2002/2003, s.14

⁶²⁵ Video kaydediciyle ilgili *Sony* davası için bkz. Bölüm 4.1.3

⁶²⁶ Bunlara *off line* kontrol önlemleri veya “kullanım kontrolü” de denilmektedir.

⁶²⁷ 1201(b) “... *that effectively protects a right of a copyright owner.*” karşılaştır 1201 (a) “...*that effectively controls access to a work.*”

1201(b) eserin izinsiz kopyalanmasını engelleyen teknolojik önlemlere ilişkindir. 1201 (a) ise esere izinsiz erişimi düzenler. Buna göre, 1201(b) kapsamındaki kopyalamayı engelleyen teknolojik önlemlerin etkisizleştirilmesi, çoğaltma veya yayma hakkının ihlali olarak, eser korumasına ilişkin kanuni rejimin tanıdığı istisna ve sınırlamalardan faydalanabilmektedir. Örnek vermek gerekirse, internet üzerinde bedel karşılığı şifreyle erişilebilen bir müzik parçasını, şifreyi kırarak indiren kişi 1201 (a)'yı ihlal eder ve telif hakkı sahiplerine karşı eser korumasında mevcut savunma imkânlarından yoksundur. Oysa aynı eseri bir kez satın alarak kendi bilgisayarına indiren kişi, elinde bulundurduğu dijital eserin tekrar kopyalanmasını engellemek üzere yerleştirilmiş bir şifre mekânizmasını kırarak olursa, bu durum klasik telif hakkı ihlalidir ve kullanıcı, şartları varsa, ABD hukuk sistemindeki *fair use* savunmasına başvurabilecektir. Fiili işlediği iddia edilen kişi, eyleminin kanunda izin verilen kullanımlar kapsamında olduğunu, örneğin kişisel kullanım için kopyaladığını, iddia edebilir.

Ancak ister erişim, ister kopyalama engelleriyle ilgili olsun, teknolojik önlemleri etkisizleştiren araçların dağıtımını ve üretimi, başlı başına hukuka aykırıdır. Erişim engelinin etkisizleştirilmesi çerçevesinde tanımlanan fiili işleyenler doğrudan doğruya DMCA 1201 uyarınca sorumludur. Bu fiile gerekli araçları kamuya sunmak yoluyla yardımcı olanlar da, bağımsız şekilde sorumlu tutulmuştur.

Kopyalama engellerini etkisizleştirenler, erişim engellerinden farklı olarak DMCA 1201 kapsamında değil, ilgili telif hakkı hükümlerine göre sorumlu tutulacaklardır. Bu kapsamda, sadece kopyalama engelini etkisizleştiren araçların üretim ve dağıtımını dahi DMCA hükümlerini ihlal eder.⁶²⁸

DMCA'deki erişim engellerine ilişkin hükümler, esere erişimi, klasik telif hukukunda yer almayan bir husus olduğu için bağımsız olarak düzenlemiştir. Böylelikle kavramsal olarak esere erişim, daha açık bir ifadeyle, eserin okunması veya görülüp dinlenmesi, ilk kez hukuka aykırı kabul edilmiştir. WCT Madde 8 ile eser korumasında yer

⁶²⁸ Fallenböck, s.18

verilen “kamuya iletim hakkı” ile Madde 1201(a)(1)’deki erişim engeli, aynı hususu farklı şekilde düzenlemektedirler.⁶²⁹ DMCA, esere erişimi kontrole yarayan teknolojik önlemlerin etkisizleştirilmesini genel olarak hukuka aykırı sayarak, kamuya iletim hakkına dolaylı şekilde yer vermiş olmaktadır. Çünkü açık bir düzenleme yokluğunda, esere sadece erişimin her durumda bağımsız bir ihlal oluşturması mümkün değildir.

4.1.2.3. Erişim /Kopyalama Kontrolü Ayrımı ve Sınırlamaların İşleyişi

Bu ikili ayrımın dayandığı hukuki problematik, fikir ve sanat eserleri hukukunun bilgi kavramıyla ilişkisini daha da belirginleştirmektedir. Erişim kontrolüne yarayan önlemlerin korunması, bir anlamda, WCT Madde 8’deki kamuya iletim hakkının hayata geçirilmesinin farklı bir yoludur.

“Erişim” engelinin hangi ölçülere göre “kopyalama” engelinden ayrılacağı, yasanın üzerinden geçen zamana rağmen, hala yoğun tartışma konusudur. “Erişim” sadece eserle temas kurmayı mı, yoksa buna ek olarak sonrasında eseri görme, dinleme veya kullanmayı mı ifade etmektedir? Birinci halde, eserle her türlü temas kurulması, erişim ihlali sayılacaktır..

DeCSS olarak bilinen davada bu ayrımla ilgili önemli bir karar verilmiştir.⁶³⁰ Uyuşmazlık, 2600 isimli derginin, DVD formatını kopyalanmaya karşı koruyan CSS kodunu kıran bir programı *web* sitesinde sunmasıyla ortaya çıkmıştır. Programın hukuka uygun kullanımları da olabileceğini kanıtlamak adına Davalı, kullanıcının yasal olarak sahip olduğu DVD’yi, ABD hukukundaki “*fair use*” kuralları çerçevesinde çoğaltabileceğini öne sürmüştür. Mahkeme DVD şifresinin çözülmesini, yukarıdaki açıklamalara oldukça ters bir yorumla, “erişim kontrolünün etkisizleştirilmesi” olarak değerlendirmiştir. Ancak bu açıdan bakıldığında, neredeyse her kopyalama kontrolünü

⁶²⁹ Kuşkusuz m.8 tanımına giren durumlar farklı fikrî hukuk rejimlerinde temsil, çoğaltma gibi klasik hakların ihlalini oluşturabilir. Ancak böyle genel bir yasaklama ilk kez WCT ile ortaya çıkmıştır.

⁶³⁰ *Universal City Studios, Inc. v. Corley* 111 F.Supp. 2d 294 (S.D.N.Y. 2000)

etkisizleştiren araç, aynı zamanda erişim de sağlayacağından, söz konusu ayırımın bir anlamı kalmamaktadır.⁶³¹

Daha da önemlisi teknoloji üreticilerine karşı getirilen hükümlerdir. Kullanıcılar için teknolojik önlemlerin aşılması, üçüncü kişilerden yardım almaksızın mümkün değildir. Sıradan bir kullanıcının bu işi tek başına yapacak bilgiyi edinmesi, mümkün olsa bile, yıllar sürer. Dolayısıyla, kopyalama engelleriyle ilgili özel düzenlemenin, kullanıcılara sınırlama ve istisnalardan yararlanma imkânı verdiği düşünülse bile, bunu gerçekleştirecek aracın her türlü temini, her hangi bir istisna hükmünden yaralanamayacak şekilde DMCA ihlali oluşturacaktır.

4.1.2.4. Madde 1201 Kapsamında “Özel” Sınırlama ve İstisnalar⁶³²

1201 (f) araştırmacılara, hukuka uygun şekilde elde ettikleri bir yazılımı başka bir yazılımla ara-işlerliği⁶³³ sağlamak üzere, *reverse engineering*⁶³⁴ yoluyla incelemek için teknolojik önlemleri kaldırma izni vermiştir. Ara-işlerlik için gerekli unsurların başka şekilde ulaşılabilir olmaması ve yapılan işlemin başkaca telif haklarını ihlal etmemesi gerekir. “*Reverse engineering*” ile ilgili bu hüküm doğrudan AB *Software* Direktif’inden⁶³⁵ alınmıştır.

1201 (g) şifreleme(*encryption*) üzerinde yapılan araştırmalar için istisna tanımaktadır. Askeri ve teknik sırların korunmasından e-ticarete kadar, Ağ üzerinde hemen hemen her uygulamada kullanılan şifreleme teknolojisinin geliştirilmesi amacıyla yürütülen araştırmalarda, kaçınılmaz olarak, şifrelerin nasıl kırılacağı, bir başka deyişle, teknolojik önlemin nasıl etkisizleştirilebileceğiyle ilgilenilmektedir. Bu istisnadan faydalanabilmek için araştırmacı, üzerinde şifre kırma çalışması yapacağı eseri yasal yoldan elde etmeli ve teknolojik önlemin etkisizleştirilmesi, yapılan çalışma için gerekli olmalıdır. Araştırmacı

⁶³¹ Fallenböck, s.19

⁶³² Genel olarak bkz. *ibid.* s.24 vd.

⁶³³ *interoperability*: farklı yazılımların birbiriyle uyumlu çalışabilmesi

⁶³⁴ *Reverse engineering*: Bir ürün, yazılım veya sürece ilişkin metodların ve oluşturulduğu algoritmanın incelenerek çözümlenmesi

⁶³⁵ Council Directive 91/250/EEC on the legal protection of computer programs, O.J. L 122, May 17, 1991

ayrıca, hak sahibinden izin almak için iyi niyetle çaba göstermekle yükümlüdür. Son olarak, söz konusu şifrenin kırılması, başkaca bir hukuka aykırılık teşkil etmemelidir. Bu istisna sadece erişim engeli oluşturan teknolojik önlemler için geçerli olup, kopyalama engelleri bu istisnadan hariç tutulmuştur. Düzenleme yetersizdir ve aşağıda görüleceği üzere DMCA, bilgisayar bilimleri alanında pek çok araştırma üzerinde olumsuz etki yaratmıştır.⁶³⁶

1201 (j) bilgi güvenliği sistemlerine ilişkin denemeleri, istisna kapsamına almıştır. Bilgisayar sistemlerindeki güvenlik açıklarının ticari, askeri ve istihbarat alanlarındaki önemi sebebiyle güvenlik araştırmaları, DMCA kapsamı dışında tutulmuştur. Güvenlik denemesi, bir bilgisayara, bilgisayar sistemine veya bilgisayar ağına, sahibinin veya işletmecisinin izniyle, sistemdeki güvenlik problemlerini tespit etmek için giriş yapmak olarak tanımlanır. Bu süreç içinde, sisteme erişimi engelleyen teknolojik önlemlerin, deneme amaçlı olarak etkisizleştirilmesi gerekecektir. İstisnanın işlerlik kazanabilmesi için, elde edilen bilgilerin güvenlik sorunlarının çözümünde kullanılması gerekir. Bu kapsamda, izin verilen güvenlik testlerinin yürütülmesi için gerekli araçların üretimi ve dağıtımına da izin verilir. İstisna, şifrelemede olduğu gibi sadece erişim engeli sağlayan teknolojileri içermektedir. Burada, bilgi güvenliğine ilişkin bir sisteme teknolojik müdahale yapılmasının nasıl telif hakkı ihlali yarattığı sorusu akla gelebilir. İhlal, sistemi oluşturan yazılımların kaynak kodunu gizleyen teknolojik önlemlerin ihlalinde ortaya çıkmaktadır. Bilgi güvenliğine ilişkin bir sistemi test etmek, kaçınılmaz şekilde, sistemi oluşturan yazılımlara erişimi engelleyen önlemlerin etkisizleştirilmesiyle ilgilidir. Aşağıda görüleceği üzere DMCA hükümleri, gerçek amacı telif hakkı ihlalini önlemek olmayan kimi hukuki taleplere imkân vermektedir.

1201 (i), kullanıcılarla ilgili kişisel bilgi toplayan ve kullanıcıların tanınmasına yarayan kimi sistemlerin etkisizleştirilmesine imkân verir. Bu düzenlemeden amaç kişi mahremiyetini korumaktır.⁶³⁷ Bunun için, bilgi toplandığının kullanıcıya bildirilmemiş ve

⁶³⁶ Fallenböck, s.29

⁶³⁷ DRM sistemlerinin kişi mahremiyetiyle ilgisi için bkz. Bölüm 5.5.2

kullanıcıya engelleme imkânı verilmemiş olması gerekir. Bu durumda yapılacak müdahale, diğer kişilerin esere erişimini engelleyici nitelikte olamaz. Ancak istisnayı düzenleyen hükümlerin lafzına bakıldığında ve Madde 1201 hükümleriyle beraber düşünüldüğünde, düzenlemenin uygulama alanı bulamayacağı açıktır. Öncelikle, kullanıcıya yararlandığı servis kapsamında böyle bir bilgi toplandığı, örneğin *web* sitesinde yer alan bir uyarı yazısıyla, bildiriliyorsa istisna uygulanamaz. Bu durumda kullanıcı, hizmetten yararlanmaktan vazgeçmek veya söz konusu bilgilerin toplanmasına katlanmak zorundadır. Dahası, düzenleme, istisnadan faydalanmak için gerekli araçların üretim ve dağıtımını istisna kapsamına almamaktadır. Dolayısıyla sıradan kullanıcılar için bu hakkın kullanılması pratikte mümkün görünmemektedir. Sıradan bir kullanıcının kişisel veri toplayan yazılımı etkisiz hale getirecek bilgiye sahip olması, çok sıra dışı bir durumdur.

1201 (e), kanun uygulayıcıları ve haber alma kuruluşları açısından istisna tanımaktadır. 1201 (h), ebeveynlerin internet kullanımını denetlemek amacıyla kullanacakları kimi araç ve yazılımların sebep olduğu müdahaleye izin verir. İçerik filtreleyici programların, istenmeyen içeriği durdurmak için eser üzerindeki teknolojik korumaya müdahale etmesi hukuken sorun oluşturmayacaktır. Bu tip program geliştirenlerin hukuki tehdit altında olmamaları sağlanmıştır.

1201 (d), ticari amaç gütmeyen kütüphaneler, arşivler ve eğitim kurumları için istisna getirmiştir. Bu kurumlar, engellenen eserin kendileri için gerekli olup olmadığına karar vermek amacıyla teknolojik önlemleri etkisizleştirilebilirler. Ancak bunun için, eserin bir kopyasının hak sahibinden elde edilememiş olması gerekir. Anılan kurumlar bu istisnadan eserin başkaca kullanımı için yararlanamazlar. Lafzi yorum buna imkân tanımaz.⁶³⁸ Ancak bu sonuç kabul edildiğinde, koruma altındaki eserler için, herkese açık bir kütüphanenin internet üzerinde asla gerçekleştirilemeyeceği anlaşılacaktır.⁶³⁹ Çünkü kütüphane, fiziki ortamda olduğu gibi, sanal ortamda da koleksiyonunu serbestçe

⁶³⁸ Fallenböck, s.30

⁶³⁹ *ibid.*

okuyuculara açamayacaktır.⁶⁴⁰ Böyle bir durumda, bilgisayar başındaki kullanıcının, eser sahibinin sitesinden parayla erişim hakkı elde etmek yerine, ücretsiz kütüphaneye bağlanacağı açıktır. Her geçen gün toplam yayımlar içinde elektronik materyallerin payının arttığı ve elektronik kaynakları edinmenin basılı eserlere göre çok daha ucuz olduğu düşünülürse, geleceğin okuyucuları için seçenekler, bir kütüphane iskemlesinde bilgisayar ekranından okumak, dijital bir arşive bedel karşılığı üye olmak veya istediği metni parça başı ücretle satın almaktır. Getirilen yeni kurallar, internet üzerindeki ticari hizmetleri hukuki koruma altına alarak, toplam bilgi, veri ve doküman miktarını artırırken, klasik fikir ve sanat eserleri hukukundaki mülkiyet benzeri hak öğretisinin doğrudan Ağ üzerine taşınması, az gelişmiş ülkeler bakımından pek çok olumsuzluk yaratmaktadır. Ancak bugün global ölçekte internetten beklenen bilgiye erişimi daha adaletli ve kolay hale getirmesidir.

Madde 1201 içinde pek çok değişik istisna ve sınırlama, adeta *kazuistik* denebilecek bir şekilde sıralanmıştır. Her bir başlık altındaki düzenleme farklı kriterlere dayanmaktadır ve ortaya çıkan oldukça karmaşık bir istisnalar kümesidir. Bu kompleks sistemin dinamik şekilde güncellenebilmesi için, ABD Kongre Kütüphanesine her üç yılda bir yeni düzenlemelere ihtiyaç duyulup duyulmadığını inceleme ve bunları belirleme yetkisi verilmiştir. Bu yetki, koruma mekânizmalarını etkisizleştirici teknolojik araçların üretim ve dağıtımına ilişkin istisnalar belirlemeyi içermez ve sadece Madde 1201(a)(1) ile sınırlıdır.

Kongre Kütüphanesi 27 Kasım 2006 tarihi itibarıyla 3. kez yayınladığı kararla, 6 yeni istisnayı üç yıllığına yürürlüğe koymuştur.⁶⁴¹ Buna göre aşağıda belirtilen haller Madde 1201(a)(1) kapsamı dışındadır.

- Üniversitelerde medya ve sinema-televizyon gibi bölümlerin eğitim amaçlı derlemeler hazırlamak için erişim engellerini etkisizleştirmelerine izin verilmiştir.

⁶⁴⁰ Bunun kampüsle sınırlı veya sadece öğrencilerce erişilebilecek şekilde hayata geçirilebildiği görülmektedir.

⁶⁴¹ Bkz. <http://www.copyright.gov/1201/>

- Atıl kalmış, uyumluluğunu yitirmiş ve erişim için özel donanım gerektiren formatlardaki program ve oyunların arşiv amaçlı saklanması için kütüphane veya benzeri kurumlarca erişim engellerinin etkisizleştirilmesi mümkündür. Daha önceden mevcut bu istisna üçüncü kez tanınmıştır.

- “*dongle*” diye adlandırılan fiziki bir anahtarla⁶⁴² çalışan programlara, “*dongle*” donanımındaki problem nedeniyle erişilememesi ve donanımın tamir veya yenilenme imkânı olmaması durumunda, erişim engelleyici önlem etkisizleştirilebilir.

- Görme zrller için geliştirilen “okuyucu” programlarla beraber çalıştırılabilmesi için *e-book* formatındaki koruyucu nleme yapılacak müdahaleler hukuka uygundur.

- Cep telefonu yazılımı, başka operatöre ait ağa bağlanmak amacıyla kırılabilir.

- Yazılım uzmanlarınca korumalı CD’ler üzerindeki güvenlik açıklarının tespiti ve düzeltilmesi için, CD zerindeki korumanın etkisizleştirilmesi mümkündür.

Genel olarak bakıldığında yeni getirilen istisnalar, elektronik arşivleri, cep telefonu operatör ve üreticilerini ve güvenlik uzmanlarını ilgilendirmektedir. Sadece 1. başlıkta getirilen istisna eğitim amaçlı ve yenidir.

Kongre Kütüphanesi, ilk değerlendirmesini 2000 yılında yapmış, içerik filtreleyici yazılımlar ve bozulma, hasar sebebiyle erişilmez hale gelen program ve veri-tabanları ve edebi eserler istisna kapsamına alınmıştır. 2003 yılındaki ikinci değerlendirmede ise, 2006 yılında ilan edilen istisnalardan 2, 3 ve 4 numara altındakiler ilk kez uygulamaya konmuştur.

⁶⁴² Genellikle PC’deki USB girişine takılmakta

4.1.2.5. Madde 1201 Hakkında Genel Değerlendirme

DMCA'in teknolojik önlemlerle ilgili düzenlemesi, bu önlemleri etkisizleştirenlere karşı etkin yaptırımlar getirerek, eser korumasına yönelik teknolojileri(DRM) ve bu alandaki yatırımları desteklemektedir. Aşağıda görüleceği üzere, bu sıkı koruma rejimi, ABD hukukunda DRM sistemlerinin hukuki dayanağını oluşturur. Açıklandığı üzere ABD düzenlemesi, WIPO Andlaşmaları'nda taraf devletler için öngörülenin çok ötesindedir. ABD Yasası sadece teknolojik önlemlere müdahale edilmesini değil, bu işe yarayan araç ve yazılımların her türlü üretim ve dağıtımını da yasaklamaktadır. Belirtildiği gibi bu, eser korumasına kullanıcı lehine getirilmiş istisnaları baştan işlevsiz hale getirmektedir. Yasa düzenlenişi itibariyle, kimi telif hakkı istisnalarını dijital ortamda geçersiz hale getirmektedir. Yasama politikası açısından bakıldığında, teknolojik önlemler için getirilen katı düzenlemeler, DMCA'de internet servis sağlayıcılara tanınan sorumluluktan kurtulma imkânlarının⁶⁴³ bir karşılığıdır.⁶⁴⁴ Servis sağlayıcıların kendilerini sorumluluktan kurtaracak yeterli güvenceyi elde etmiş olmaları, kullanıcı boyutunda istisna tanımayan, sert ve yasaklayıcı bir rejimi teşvik etmiştir.

4.1.3. ABD Hukukunda Telif Hakkına Getirilen Sınırlamalar : “*Fair Use*” Doktrini

Anglo-Sakson hukuk geleneğinin yazılı kodlara bağlı olmaması sonucu, içtihat hukukunda (*common law*) telif hakkına getirilen sınırlamalar, mahkeme kararlarıyla oluşmuş ve yargı makamları, “*fair use*” doktrini adı altında telif hakkına kimi sınırlamalar getirmişlerdir. Buna göre eser sahibi kimi durumlarda, eserin kendi rızası olmaksızın çoğaltılmasına katlanmak zorundadır.⁶⁴⁵ Bu doktrin, 1976 yılındaki *Copyright Act* ile yasa hükmü haline gelmiştir. Bir hukuki kurum olarak “*fair use*” doktrini, eserin niteliği,

⁶⁴³ *safe harbour provisions*

⁶⁴⁴ *ibid.* s.32

⁶⁴⁵ Detaylı bilgi için bkz. Rochelle Cooper Dreyfuss ve Roberta Rosenthal Kwall, “Intellectual property: Trademark, Copyright, and Patent Law : Cases and Materials”, New York, Foundation Press, 2004, s.411-492 Wencke Bäsler, *Technological Protection Measures in the United States, the European Union and Germany: How Much Fair Use Do We Need in the “Digital World?”* Va. J.L. & Tech., 2003, Vol.8, No.13, s. 6'dan naklen http://www.vjolt.net/vol8/issue3/v8i3_a13-Baesler.pdf

kullanım biçim ve amacı, kullanılan kısmın eserin tamamındaki yeri ve kullanımın eserden elde edilecek kazanç üzerindeki etkisi gibi kriterleri dikkate alır. Ancak kıta-Avrupa'sından farklı olarak *common law* sisteminde, genel bir sınırlama ve istisna kategorisi yer almaz. Bu husustaki yasa hükümleri gerek ABD, gerekse İngiliz hukukunda tahdidi olmaktan çok, yol gösterici nitelik taşır.

Belirtilmelidir ki, *fair use* veya *fair dealing*, eser sahibinin iradesine rağmen uygulama alanı bulur ve en çok, eser sahibinin kendi rızasıyla kullanıma izin vermediği hallerde gereklidir. Bu kapsamdaki kullanımlar için herhangi bir bedel söz konusu değildir. Dolayısıyla, kullanıcının *fair use* kapsamındaki eylemlerini bildirme yükümlülüğü de yoktur; kimliğini anonim tutabilir.. Kuşkusuz izinsiz kullanımın kamunun bilgisine ulaşacak denli kapsamlı veya yüksek sayıda olması halinde, eser sahibi mahkemeye başvurarak söz konusu kullanımın *fair use* kapsamını aştığını iddia edebilir. Görüleceği üzere doktrinin işleyişinde, fiziki dünyanın koşullarından kaynaklanan bir hukuki denge mekânizması bulunmaktadır. Dijital teknolojiler, bu dengeyi adeta yerle bir etmiştir.

ABD hukukundaki terimle *fair use* veya daha soyut ifadesiyle “sınırlama ve istisnalar”, bilginin kamusal boyutuna vurgu yapar ve eser sahibinin haklarını kamu yararına kısıtlar. 1976 yılındaki kodifikasyondan önce ABD hukukunda mahkemeler, “*fair use*” doktrinini hakkaniyet temelinde uygulamaya koymuşlardır.⁶⁴⁶ Bu nedenle doktrinin uygulanışında, belirli bir takdir hakkı bulunduğu ve bunun kamusal değerlerle tamamlanması gerektiği vurgulanmıştır. Geçmiş içtihatlarla bakıldığında, “*fair use*” doktrininin yorum, eleştiri, parodi, haber alma, araştırma ve öğretim gibi amaçlar bakımından da uygulama alanı bulunduğu görülür.⁶⁴⁷

⁶⁴⁶ R.E. Schechter ve J.R. Thomas, “The Law of Copyrights, Patents and Trademarks”, West, Thomson, 2003, s.215-217

⁶⁴⁷ Bäsler, s.8'den naklen

4.1.3.1. DMCA ve “Fair Use” Doktrini

DMCA 1201(c)(1), DMCA kapsamındaki hiçbir hükmün; eser sahibinin haklarını, bu konuda mevcut kanun yollarını ve telif hakkına getirilen sınırlamaları etkilemeyeceğini açıkça belirtmektedir. Bu, “*fair use*” doktrini için yeterli bir güvence gibi görülse de, Madde 1201’in bağımsız niteliği, bu güvenceyi etkisiz kılmaktadır. Bir başka deyişle “*fair use*” savunması, telif hakkı ihlaline karşı koruma sağlar. Oysa Madde 1201 düzenlemesi, eser sahibinin haklarının ihlalini değil, teknolojik önlemlerin ihlalini konu almaktadır. Bu sebeple, kullanımın klasik fikir ve sanat eserleri hukukunda “*fair use*” teşkil ettiği hallerde dahi, teknolojik önlem dolanılarak esere erişim sağlanması, hukuka aykırılık oluşturacaktır. Görüldüğü üzere, Madde 1201 klasik telif hakkından farklı olarak, esere teknolojik önlemler çerçevesinde erişimi düzenlemektedir. Bu, telif hakkına ek; bağımsız bir hukuki korumadır. Bu sebeple Madde 1201 kapsamında erişimi kontrol eden teknolojik mekanizmalara karşı yapılacak müdahaleler, “*fair use*” savunmasından faydalanamayacaktır.⁶⁴⁸ Ayrıca, böyle bir savunma mümkün olsa bile, sistemin aşılması için gerekli yazılım veya donanımın üretim ve dağıtımını, hukuka aykırı olmaya devam edecektir.

Universal City Studios v. Reimerdes davasında ABD mahkemesi, DMCA içinde genel bir *fair use* savunmasına yer verilmemiş olması karşısında, yorum yoluyla böyle bir imkân tanınamayacağını belirtmiştir.⁶⁴⁹ Buna göre, DMCA bünyesinde, yukarıda sayılan spesifik istisnalar dışında başka bir sınırlama olmadığı açıkça hükme bağlanmıştır.⁶⁵⁰

⁶⁴⁸ Bir örnekle açıklanacak olursa, eğitim amaçlı da olsa internet üzerinde korunan bir esere, şifresini kırarak erişmek hukuka aykırıdır. Ancak yasal şekilde satın alınmış ve kullanıcının hali hazırda erişim hakkı olan bir CD üzerindeki kopyalama önleyici mekanizma kırılarak, eğitim amaçlı çoğaltılması mümkün olabilir. Bu durumda doğrudan klasik fikir ve sanat eserleri hukukundaki *fair use* istisnası savunma olarak ileri sürülebilecektir. Bkz. Bölüm 3.5.2.3

⁶⁴⁹ Oysa WPT m. 11 iç hukukta mevcut sınırlamaların dikkate alınmasına imkân veren bir ifade kullanmaktadır.

⁶⁵⁰ Jane C. Ginsburg, *Copyright Use and Excuse on the Internet*, VLA Journal of Law & the Arts, 2000, Vol. 24, s.4 <http://ssrn.com/abstract=239747> ; Bkz. *Universal City Studios v. Reimerdes*, 111 F. Supp. 2d 294, 323-324 (S.D.N.Y. 2000)

2000 yılında *RealNetworks v. Streambox* davasında Davalı, Davacının sisteminde⁶⁵¹ kaydedilemeyen, fakat sadece birebir zamanlı(*real time*) dinlenen müzik eserlerinin kopyalanabilmesini sağlayan, özel bir dijital kayıt cihazı üreticisidir. Mahkeme Davalının DMCA 1201(b)'yi ihlal ettiğine hükmetmiştir. Buna göre Davalı, teknolojik önlemleri etkisizleştirmeye yarayan bir aracı üretip, satmaktadır. Davalı savunmasında, DMCA 1201 (c)(3)'deki, araç ve yazılım üreticilerinin teknolojik önlemlere uygun tasarım yapma yükümlülükleri olmadığı şeklindeki kurala dayanmıştır. Davalı, kendi ürettiği cihazı Davacının sistemindeki kısıtlamaları algılayacak biçimde tasarlama yükümlülüğü olmadığını öne sürmüştür. Ancak Mahkeme, Davalının ürettiği cihazın, sunucu üzerinden bağlantı kurup esere erişimi düzenleyen sistemle iletişime geçtiğini ve pasif bir konumda olmadığını belirtmiştir. Davalının cihazı, Davacının sistemiyle iletişim kurduğu için, Madde 1201 (c)(3)'deki savunma uygulama alanı bulamayacaktır. Mahkeme, 1201(c)(3) savunmasının, eylem başkaca bir ihlal içermediği hallerde geçerli olabileceğini; oysa Davalının cihazının, Davacının gönderdiği veriye orijinal oynatıcı program olan *Realplayer* gibi cevap vererek, sistemi dolandığını ve bu sebeple DMCA 1201(b)'yi ihlal ettiğini belirtmiştir. Mahkeme, Davalının meşhur *Sony*⁶⁵² davasına dayanma girişimini de geri çevirmiştir. *Sony* Davasında, video kaydedici cihaz, programlar arasında zaman kaydırmaya yaradığı(*time shifting*) ve bununla, izleyiciye zaten erişim hakkı olan bir TV programını başka bir zamanda izleme olanağı verdiği için hukuka uygun bulunmuştur.

⁶⁵¹ *RealNetworks* internet üzerinden müzik ve sinema eserleri dağıtımını yapan bir şirkettir. DRM olarak tanımlanabilecek sistem, sunucu ile bağlantı kurarak doğrulama yapmakta ve ücreti ödenmiş dosya sadece gerçek zamanlı izleme için kullanıcıya sunulmaktadır. İndirip sonra izlemek gibi bir seçenek yoktur.

⁶⁵² Bu ünlü davada *Sony* Şirketi, video kaydedici cihaz sebebiyle, ilgili telif yasası ve haksız fiil kuralları çerçevesinde, ikincil/tali bir sorumluluğu bulunduğu gerekçesiyle dava edilmiştir. İddiaya göre *Sony*, ihlal oluşturan televizyon programlarının ve filmlerin kopyalanması eylemine katkıda bulunmaktaydı. Çünkü kullanıcıların ihlali gerçekleştirmelerini sağlayan cihazı *Sony* üretip satmaktaydı. *Sony* Şirketi, kullanıcıların cihazı öncelikle, kaçırdıkları bir televizyon programını daha uygun bir zamanda izlemek için kullandıklarını ortaya koymuştur ki, Yüksek Mahkeme bunu hukuka uygun bir amaç saymıştır. Bundan başka Mahkemenin saptamasına göre, *Sony* Şirketi'nin hukuka aykırı kopyalamayı teşvik etmesi veya bundan ekonomik bir beklentisi söz konusu değildir. *Sony* davasında Yüksek Mahkeme, Davalının, telif hakkı ihlalini teşvik eden bir hareketi bulunmadığını tespit ettikten sonra, kimi tüketicilerin bu cihazı alırken ihlal sayılan fiilleri işlemek üzere kullanacağını biliyor olmasının, Davalı için ikincil bir sorumluluk doğurup doğurmayacağı sorusu üzerinde durmuştur. Mahkeme, video kaydedici cihazın ihlal teşkil etmeyen hatırı sayılır başkaca ticari kullanım biçimleri olduğundan ve gerçekten hangi hallerde ihlal bulunduğunu bilip önlem alması mümkün olmadığı gerekçesiyle Davalı *Sony* Şirketi'nin, sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir. *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984) Ayrıca Bkz. Dreyfuss ; Kwall, s.415-430

Ancak *RealNetworks* Davasında, *on-line* ve birebir zamanlı hizmetler söz konusu olduğundan, TV programı benzetmesi geçerli bulunmamıştır. *RealNetworks* şirketinin sunduğu hizmet, TV programından farklı olarak, örneğin bir filmin ödeme karşılığı *server* üzerinden televizyon izler gibi gerçek zamanlı seyredilmesidir. Hizmetin genel olmaması ve belirli bir ücret karşılığı, talep üzerine devreye girmesi, *Sony* davasındaki savunmayı geçersiz kılmıştır.⁶⁵³ Burada Davalı *Streambox* Şirketinin, ABD telif hukukunun kayıtlı ses eserleri için getirdiği özel amaçlı çoğaltma istisnasından yararlanması da mümkün görülmemiştir. Çünkü dava telif hakkı ihlali temelinde değil; doğrudan teknolojik önlemin etkisizleştirilmesine yarayan araç nitelendirmesiyle, Madde 1201 kapsamında açılmıştır.

Bu davanın esas önemli noktası, kullanıcılar bakımından kişisel amaçlı kullanımın, gerçek zamanlı müzik, görüntü veya metin sunan hizmetler bakımından mümkün olmadığına hükmedilmiş olmasıdır. *Sony* davasında Mahkeme, kullanıcıların video cihazı sayesinde filmleri kopyalayabilecek olmalarını, TV programlarını kaydederek başka bir zamanda seyredebilme hakları karşısında önemli bulmamıştır. Oysa *RealNetworks* davasında, kullanıcıya parayla satın aldığı bir eseri tekrar izleme imkânı veren cihazın üreticisi, Madde 1201 kapsamında ve yukarıdaki hukuki tartışmadan bağımsız olarak, sorumlu tutulmuştur. İnternet üzerindeki yayılma hızı ve kolaylığı ve hizmetlerin kişiselleşmesi, kullanıcı aleyhine tedbirleri fazlalaştırmıştır.

Yukarıda da adı geçen *DeCSS* Davasında, 1201(f)'deki ara işlerlik savunmasına dayanılmıştır. Çünkü *DeCSS* programını ilk geliştiren Norveçli öğrencinin temel amacı, DVD filmleri *Linux* işletim sisteminde de izleyebilmektir. Dolayısıyla, programın önemli bir hukuka uygun kullanım sahası bulunduğu iddia edilmiştir. Teknik anlamda, *DeCSS* programı, DVD formatının *Windows* dışında diğer işletim sistemleriyle ara işlerliğini sağlayan bir yazılım olarak tanımlanabilir. Ancak Mahkeme bu savunmayı reddetmiş ve 1201 (f)'deki istisnanın amacının, yeni programlar geliştirilmesini teşvik etmek olduğunu belirtmiştir. Mahkeme *DeCSS* programının böyle bir yönü olmadığını, şartları varsa DVD

⁶⁵³ Ginsburg, *Copyright Use and Excuse on the Internet*, s. 5

yazılımıyla uyumlu çalışacak bir programın içinde kullanılabileceğini kabul etmiş, fakat kendi başına istisnadan yararlanacak bir yönü olmadığına hükmetmiştir.

DeCSS davasında, 2600 Dergisi DVD kodunu kıran ve kopyalanmasını sağlayan programı önce kendi sitesinde yayımlamış, Mahkeme kaldırılmasını emredince, programa ulaşılacak *link*leri sitesine koymuştur.⁶⁵⁴ Mahkeme *link* vermenin dahi, koruma etkisizleştirici aracın dağıtımı olarak, DMCA hükümlerini ihlal ettiğine karar vermiştir. Karar bu yönüyle eleştirilse de, Mahkemeye göre, programı *web* sitesinde yayınlamak veya yayınlayan bir siteye *link* göndermek arasında fark yoktur ve her ikisi de 1201(a)(2)'inin ihlalidir. Mahkeme, Davalının *link*leri koyarken bunların amacını ve sonucunu açıkça bildiği gerçeğine vurgu yapmıştır. Diğer yandan Mahkeme, *link* verilen adresin sadece *DeCSS* kodunu dağıtmak yerine, haber portalı vs. gibi daha genel içerik sağlayan bir platform olması durumunda, meselenin zor bir hal alacağını kabul etmiştir.⁶⁵⁵ Karar, internet üzerinde ifade özgürlüğü açısından ciddi eleştirilere hedef olmuştur. *Link* vermenin ne zaman ve hangi durumlarda hukuka aykırı olabileceği konusunda bu derece muğlak bir zemin üzerinde durulması, bireyler için hukuki güvenliği azaltmaktadır. Bu durumu daha iyi yansıtan bir başka ABD Davası, 1999 tarihli *Intellectual Reserve v. Utah Lighthouse Ministry*⁶⁵⁶ olmuştur. Davalı, *Mormon* tarikatına ait kimi metinleri önce *web* sitesinde yayımlamış; ancak mahkemenin tedbir kararı üzerine bunları kaldırarak, başka *web* sitelerine *link* vermiştir.

2000 yılı Eylül'ünde SDMI (*Secure Digital Music Initiative*) adlı çok uluslu şirket, güvenlik sistemini test etmek amacıyla kamuya bir çağrı yaparak, dijital müzik eserlerine uyguladıkları işaretleme(*watermarking*) teknolojisini kırabilecek programcılara meydan okumuştur. *Princeton* Üniversitesinde görevli Profesör *Felten* ve araştırma ekibi, yaptıkları çalışma neticesinde, söz konusu işaretleri silmeyi başardıklarını ve sonuçları bilimsel bir konferansta açıklayacaklarını duyurmuşlardır. Bunun üzerine harekete geçen SDMI

⁶⁵⁴ Genel olarak *link* ve eser sahibi hakkı üzerine bkz. Sevilay Eroğlu, M *İnternette "Aktif Link"ler Yoluyla Fikrî Haklara Müdahale*, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, 2003, C. II, s.209-248

⁶⁵⁵ Ginsburg, *Copyright Use and Excuse on the Internet*, s.11

⁶⁵⁶ 75 F. Supp.2d 1290 (D. Utah 1999)

yetkilileri, araştırma sonuçlarının açıklanmasının DMCA kapsamında hukuka aykırı olduğunu iddia etmişlerdir. Avukatlarıyla görüşen araştırma ekibi, tebliğlerini konferanstan çekmek zorunda kalmıştır. SDMI, söz konusu araştırma sonuçlarının dağıtımının veya duyurulmasının, yarattıkları *watermarking* sisteminin nasıl dolanılabileceğini açıkladığı için 1201. Madde kapsamında ihlal oluşturacağını öne sürmüştür.

Temmuz 2002’de kendilerine *SNOsoft (Secure Network Operations)* adını veren bağımsız bir topluluk, HP Şirketine ait *Tru64 Unix* işletim sisteminde HP’nin de bildiği bir güvenlik açığı bulunduğunu belirterek, söz konusu hatayı gösteren bir yazılımı dağıtmıştır. Bunun karşısında HP, fiilin işletim sistemi kaynak kodunu açığa çıkardığını ve ilgili kişilerin, Madde 1201 kapsamında sorumlu tutulması gerektiğini iddia etmiştir. Olayda görüleceği üzere amaç, HP’ye ait bir yazılımı kırmak veya izinsiz dağıtmak/kopyalamak değildir. HP davayı geri çekmiş olsa da, bu girişim DMCA Madde 1201’in, nasıl amacı dışında kullanılabileceğini görmek açısından önemlidir. *SNOsoft*’un yaptığı, yazılım üreticilerinin de bildiği bir güvenlik açığını ifşa etmektir. *SNOsoft*’un amacı başkasına ait bir eseri izinsiz kopyalamak veya çoğaltmak değildir. Söz konusu yazılım, pek çok şirket ve kuruluş tarafından kullanılmaktadır ve kuşku yok ki, satın aldıkları işletim sisteminin güvenlik açıklarını bilmek, kullanıcıların hakkıdır. Bu tip araştırmaların durdurulması, bilişim sektöründe gelişimi olumsuz etkileyecek ve sistemlerin güvenilirliğini azaltacaktır. Şunu belirtmek gerekir ki, burada ortaya konan tavır, bir cep telefonu üreticisinin, tüketici kuruluşlarınca ürünleri üzerinde yürütülen kalite kontrol, radyasyon yayma gibi araştırmalara karşı çıkmasına benzemektedir.

Nisan 2003’te *Billy Hoffman* ve *Virgil Griffith* adında iki üniversite öğrencisi, okudukları kampüste kullanılan *Blackboard* kimlik kartı sistemindeki güvenlik açıklarını tespit ederek, sonuçları Atlanta’da düzenlenen *InterzOne II* konferansında açıklamaya karar vermişlerdir. Sistemi üreten *Blackboard Inc.*, konferanstan bir gün önce mahkemenen tedbir kararı alarak, tebliğin sunulmasını önlemiştir. Davacı başvurusunda, tebliğdeki bilginin, kanuna aykırı şekilde elde edildiğini iddia etmiş, buna karşılık öğrenciler, Anayasal hakları olan ifade özgürlüğüne dayanmışlardır.

Yine 2003 yılında ABD’de faaliyet gösteren *John Wiley & Sons* Yayınevi, *Andrew Huang* tarafından yazılan ve *Microsoft X Box* oyun konsolundaki güvenlik açıklarının incelendiği kitabı basmaktan vazgeçmiştir. *Huang*, konsolun yazılımına ilişkin güvenlik kodlarını tersine mühendislik(*reverse engineering*) yöntemiyle elde etmiş ve yazılımı herhangi bir şekilde kopyalamamış olmasına rağmen, kodların yayımlanması halinde eser üzerinde mevcut kontrol mekânizmasını kırmaya yarayan bir araç temin etmekle suçlanacakları tehdidi, yayımcı ve *Huang*’ın geri adım atmasına sebep olmuştur. *Huang*: “*Hırsızlık suç olduğuna göre, kilitlerin nasıl işlediği üzerine kitap yazmak da hukuka aykırı sayılıyor*” şeklinde açıklama yapmıştır. Benzer şekilde *Seth Finkelstein*, “*copyrightware*⁶⁵⁷” adlı içerik filtreleyici program üzerinde çalışan bir araştırmacıdır. Bilgisayarın istenmeyen *web* sitelerine erişimini engelleyen *copyrightware* içinde, hangi sayfaların bloke olduğunu gösteren şifrelenmiş listeyi ulaşan *Finkelstein*, çalışmasında ilerleyebilmek için ABD Telif Hakları Bürosuna başvurarak, yürüttüğü araştırmanın hukuka uygunluğunun tespitini istemiştir.

Yasa’nın yürürlüğe girdiği 1998 yılından beri, pek çok yazılım mühendisi ABD topraklarına gitmemeyi tercih etmiştir. Temmuz 2001’de Rus programcı *Dymitry Sklyarov*, *Las Vegas*’taki DEFCON konferansı sırasında tutuklanmıştır. *Sklyarov* tarafından geliştirilen bir program, *Adobe e-book* formatındaki dosyaların *Adobe Portable Document Format(pdf)* formatına çevrilmesini sağlıyordu. Bunu takiben de *e-book*, kopyalanabilir hale gelmekteydi. *Sklyarov*, herhangi bir eser sahibi hakkını ihlal etmek veya bu ihlale yardım etmekle değil, fakat üçüncü kişiler elinde hukuka aykırı biçimde kullanılacak bir araç üretmekle suçlanmıştır. Çünkü, dijital ortamda yer alan eser, *e-book* formatından *pdf* formatına çevrildiğinde, *e-book* formatında mevcut teknolojik koruma ortadan kalkmakta, DRM sistemi devre dışı bırakılmaktadır.⁶⁵⁸

⁶⁵⁷ Yazılım alanındaki önde gelen şirketlerden N2H2’nin üretmiş olduğu içerik filtreleyici program.

⁶⁵⁸ Deirdre Mulligan, Nicky Ozer, Nicolai Nielsen, *Unintended Consequences: Seven Years under the DMCA* Samuelson Law, Technology & Public Policy Clinic, http://www.eff.org/IP/DMCA/20030102_dmca_unintended_consequences.html

Yukarıda davacı olarak görülen *RealNetworks* Şirketi, 2004 Haziranında kendi sunduğu, müzik eserlerinin *Apple iPod* üzerinde de dinlenebilmesini sağlayacak “*Harmony*” teknolojisini duyurduğunda, *Apple* şirketi dava açmıştır. *Apple iPod*, teknolojik koruma içermeyen mp3 gibi pek çok açık formata uygun olmasına rağmen, DRM korumalı format olarak kendi “*fairplay*” formatını kullanıyordu. *RealNetworks*, sistemindeki DRM korumalı formatından vazgeçmeden, *iPod* için uygun bir format yaratarak, *iPod* kullanıcılarının kendisinden de müzik satın almalarını sağlamış, bunu yaparken sistemindeki eserleri koruyan şifreli formatı aynen muhafaza etmiştir. *RealNetworks*’ün yapmak istediği, *iPod* ile ara işlerliği bulunan, kendi DRM korumalı dijital müzik eseri formatını yaratmaktır. Olay, bir süre kedi fare oyunu şeklinde sürmüş, *Apple* kendi yazılımını *Harmony*’yi engellemek üzere değiştirdikçe *RealNetworks* güncelleme yayımlayarak kendi formatını uyumlu tutmuş, ancak sonunda, dava tehditleri ve sürekli güncelleme ihtiyacı yüzünden hizmete son vermiştir.

Görüleceği üzere Yasa bu haliyle, *fair use* doktrini ve uygulaması üzerinde, kullanıcı aleyhine ciddi kısıtlamalar getirmektedir. Bu eleştiriler karşısında, “*fair use*” kurumunun doğumuna sebep koşulların ortadan kalktığı görüşünü savunanlar da vardır. Buna göre istisnaların en önemli nedeni, pek çok durumda ödenecek bedelin, eser sahibinin onayını almak için gerekli işlem maliyetinin altında kalacak olmasıdır. Oysa bugünün elektronik iletişim dünyasında kolay ve ucuz lisans edinilebileceği fikrinden yola çıkanlar, tüm sınırlamalara ve özellikle kişisel kullanım için çoğaltma hakkına karşı savaş açmışlardır. Ancak bu görüş, “*fair use*” doktrininin sosyal yönünü ve eleştirel düşünceye katkısını dikkate almamaktadır. Özellikle eleştiri veya hiciv tarzı faaliyetler söz konusu olduğunda, lisans edinmenin çok zor veya maliyetli hale geleceği düşünülebilir. Bu noktadan hareketle kimi yazarlar, “*fair use*” doktrinini ABD hukuku bakımından anayasal bir hak gibi değerlendirerek, *fair use* kapsamındaki fiiller için teknolojik önlemi etkisizleştirmenin hukuka aykırı sayılmayacağı görüşünü ortaya atmışlardır.⁶⁵⁹

⁶⁵⁹ Julie E. Cohen, *A Right to Read Anonymously: A Closer Look at “Copyright Management” in Cyberspace*, 28 Conn. L. Rev, 1996, s. 981

Geçen zaman içinde DMCA hükümlerinin, kimi telif hakkı sahiplerince, ifade ve bilimsel araştırma özgürlüğüne engel teşkil edecek şekilde kullanıldığı ve Yasa hükümlerinin hak sahiplerine amacı aşan imkânlar verdiği görülmüştür. Yasa yürürlüğe girinceye kadarki dönemde telif hakkının ihlali; eserin izinsiz olarak kopyalanması, çoğaltılması veya eser sahibinin izni olmadan alıntı yapılması gibi durumları kapsıyordu. DMCA ile beraber, esere izinsiz erişim sağlayan teknolojinin kontrolüne ve doğrudan, eserle temasın engellenmesine dayalı, telif hakkı ihlalinin bağımsız, yeni bir düzenleme şekli ortaya çıkmıştır.

4.1.4. DMCA ve Rekabet Hukuku

Hak sahiplerini aşırı güçlendiren DMCA, rekabeti engelleyici etkiler de doğurmuştur. Yukarıda açıklanan *De-CSS* kodu, DVD'lerin sadece onaylı donanımda izlenebilmesini amaçlayan, *off-line* bir DRM sistemidir. Davalı yazdığı programla bu kodu kırarak, DVD'ler üzerindeki coğrafi bölge ve işletim sistemi sınırlamasını kaldırmıştır. Burada kodu kıran kişinin asıl amacı, DVD'ler için onaylı bir donanımı bulunmayan *Linux* işletim sistemi kullanan bilgisayarda DVD izleyebilmektedir. Gerek ilk derece, gerekse temyiz safhasında mahkeme, ifade özgürlüğü veya *fair use* savunmasını kabul etmemiş ve Kongre'nin bunlardan bağımsız yeni bir koruma türü yaratma iradesini öne çıkarmıştır. Karar sonucunda film endüstrisi, DVD gösterici cihaz piyasasında belirli bir kontrol kazanmıştır.

RealNetworks v. Streambox davasında da uyuşmazlık, *Streambox* yazılımının, içeriği kaydetmeyi yasaklayan engelleri dikkate almamasından doğmuştur. *Streambox*, Davacı *RealPlayer* sunucusuyla bağlantı kurarak, *RealPlayer* oynatıcı programında kaydetme izni verilmeyen eserlerin kaydedilebilmesini sağladığı için, haksız bulunmuştur. Davalının sisteminin kaydetmeye perspektifinden bakıldığında vermesi, DMCA çerçevesinde sorumlu tutulmasına yol açmıştır. Ancak rekabet hukuku perspektifinden bakıldığında, bir yazılım üreticisinin rakip bir ürünü engellediği yorumu da yapılabilecektir.

*Sony v. Game Masters*⁶⁶⁰ davasında ise Davalı, *Sony Playstation* oyun konsoluna eklenebilen bir modülün üreticisidir. “*Game Enhancer*” adı verilen donanım, oyunları hızlandırmaya veya zorlaştırmaya yaramaktadır. Donanım aynı zamanda, *De-CSS* programına benzer şekilde, Avrupa ve Japonya için piyasaya sürülmüş oyunların, ABD’de satın alınmış konsollarda çalıştırılabilmektedir. Önce uygun oyun DVD’si ile *Sony* konsolu çalıştırılmakta, oyunun kontrolü *Game Enhancer* cihazına geçtiğinde ise, ithal oyun yüklenip daha sonra tekrar konsola dönülerek, başlangıçtaki hukuka uygun DVD’nin bilgisi üzerinden ithal oyun çalıştırılmaktadır. Mahkeme bunu, DMCA çerçevesinde *anti-trafficking* hükümlerinin ihlali saymıştır. Ancak burada dikkat çekici olan, başka bir ülkede satın alınmış oyunun çalıştırılmasının, telif hakkı ihlali kapsamında engellenmesidir. Benzer unsurlar taşıyan *Davidson & Associates v. Internet Gateway*⁶⁶¹ davasında, Davacı *Blizzard*, bilgisayar oyunları üreten tanınmış bir şirkettir ve ürettiği oyunların sanal ortamda karşılıklı oynanabilmesi için *Battle.net* adını verdiği bir internet platformu kurmuştur. Platforma bağlanan kullanıcı, oyun CD/DVD’si ile aldığı şifreyi sisteme girdiğinde aynı şifreyle bağlı başka bir kullanıcı yoksa, onay verilmektedir. Davalı, *Battle.net* sistemine alternatif bir platformu hizmete sokarak *Battle.net* üzerindeki kimi sınırlamaların bulunmadığı “*bnetd*” sistemini geliştirmiştir. Davalı sistem, bağlanan oyunun yasal olarak satın alınmış olması veya aynı zamanda birden fazla kullanıcının bağlanamaması gibi şartları denetlemeksizin, herkese giriş izni vermektedir. Mahkeme bu durumu ihlal kabul etmiş ve DMCA’de yer verilen *reverse engineering*⁶⁶² istisnasından da yararlanamayacağını belirtmiştir. Çünkü burada amaç ara işlerliği bulunan yeni bir ürün geliştirmek değil, Davacının sistemine rakip olmaktır.⁶⁶³

Belirtilen mahkeme kararlarının, eser sahiplerine belirli ölçüde alternatif veya yan piyasaları kontrol imkânı verdiği açıktır. Ancak DMCA hükümlerinin rekabeti engelleyici şekilde uygulanmasının en belirgin örneği, telif hakkı kavramına tamamen yabancı,

⁶⁶⁰ 87 F.Supp.2d 976 (1999).

⁶⁶¹ 2004 U.S. Dist. LEXIS 20369 (E.D. Mo. Sept. 30, 2004)

⁶⁶² Bkz. Bölüm 3.5.2.4

⁶⁶³ Burk, *Legal and Technical Standards in Digital Rights Management Technology*, s.44

*Lexmark Int'l Inc. v. Static Control Components Inc.*⁶⁶⁴ davasıdır. Olayda yazıcı ve toner kartuş üreticisi *Lexmark*, kendi ürettiği kartuş ve yazıcılar arasında eşleşme sağlayan yazılımın kırıldığını gerekçe göstererek dava açmıştır. Bu eşleşme mekânizması ile *Lexmark*, tekrar doldurulan kartuşların çalışmamasını amaçlamaktadır. Buna göre Davalı, *Static Control*, diğer kartuşların da Davacının yazıcısında çalışmasını sağlayan bir çip üreterek, DMCA kapsamındaki teknolojik mekânizmanın etkisizleştirilmesini sağlayan cihazı piyasa sürmüş olmaktadır. İlk derece Mahkemesi'nin kararında dikkat çekici nokta, DMCA hükümlerinin telif hakkı korsanlığını önleme amacıyla sınırlı olduğu fikrini reddetmesidir. Ancak temyiz safhasında Davacının görüşü reddedilmiş ve yazıcı satın alan tüketicinin pekâlâ başka bir marka kartuş kullanmaya hakkı olduğu belirtilerek, *Lexmark*'ın bunu engellemeyeceğine hükmedilmiştir.⁶⁶⁵

Bu yaklaşımın daha da ileri taşındığı *Chamberlain v. Skylink* davasında ise Davacı, ürettiği garaj kapı kumandasındaki yazılımın kırıldığını öne sürerek, DMCA hükümleri çerçevesinde dava açmıştır. Mahkeme yine, Davacının amacının, kendi garaj kapı sistemlerinin diğer kumandalarla çalışmasını önlemek olduğunu saptayabilmiştir.⁶⁶⁶ Çünkü yazılım üzerindeki koruma, telif hakkını korumak amacına değil; kapı sisteminin güvenliğine ilişkindir. Mahkeme, tüketicilerin garaj kapılarını başka marka kumandalar ile açabileceklerini belirterek, Davacının yazılıma erişimi engelleme hakkı olmadığına karar vermiştir. Temyiz aşamasında da Federal Daire, kararı onamakla kalmamış, DMCA hükümlerinin telif hakkı ihlaliyle ilgisiz taleplere dayanak yapılmasına dikkat çekerek olaydaki durumu, yukarıda açıklanan *Reimerdes* gibi davalardan ayırmıştır⁶⁶⁷.

Bu kararlar, ABD yargı mekânizmasının, DMCA'in amacı dışında kullanılabilceğini, fark ettiğini göstermektedir. Ancak yine de bu kararları dolanmak ve potansiyel rakipleri bertaraf etmek isteyenlerin, bazı yapay telif hakkı ihlalleri kurgulamaları mümkündür. Son olarak, *Chamberlain* davasında Temyiz kararı, özel lisans

⁶⁶⁴ 253 F. Supp. 2d 943 (E.D. Ky. 2003).

⁶⁶⁵ Ayrıca Bkz. Tahir Saraç, *Yazıcı Kartuşlarının Doldurulması ve Patent Hukukunda Tamir Hakkı*, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, 2003, C.II, s.365-386

⁶⁶⁶ Burk, *Legal and Technical Standards in Digital Rights Management Technology*, s.46

⁶⁶⁷ *Chamberlain Group, Inc. v. Skylink Tech., Inc.* 381 F.3d 1178 (Fed. Cir. 2004).

sözleşmeleri yoluyla, tüketicilerin yazılıma erişimini kısıtlayacak hükümler getirilip getirilemeyeceğini, cevapsız bırakmıştır. Bir başka deyişle, lisans sözleşmeleri tekeli amaçlar doğrultusunda hukuki bir yol olarak ABD hukukunda denenmeye açıktır. *Lexmark* davasında da, tüketicinin yazılımı değiştirmesini engelleyici bir hüküm olmadığına vurgu yapılmış ve bir anlamda, Davacının lisans hükümleriyle, erişimi yasaklamasının mümkün olabileceği ima edilmiştir.⁶⁶⁸

4.2. 2001/29 SAYILI AB TELİF HAKLARI DİREKTİFİ ⁶⁶⁹

4.2.1. Giriş

1997 yılında Avrupa Komisyonu'nun, Parlamento ve Konsey'e verdiği teklif⁶⁷⁰, 2001/29 sayılı ve 22 Mayıs 2001 tarihli **Enformasyon Toplumunda Telif Hakları ve Bağlantılı Hakların Uyumlaştırılması Hakkında Parlamento ve Konsey Direktifi** için (Telif Hakları Direktifi), hazırlık çalışmalarının başlangıcı olmuştur. Parlamento, detaylı inceleme yaptıktan sonra kimi değişikliklerle, teklif lehinde görüş bildirmiş ve yasama süreci 2001 yılında tamamlanmıştır.

Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, son on beş yılda AB'deki en yoğun düzenleme alanlarından birisi olmuştur. Fikir ve sanat eserleri hukukunun, AB'nin duyarlılık noktası ve "bilgi toplumu"nun can damarı olması, bunun en önemli sebebidir. 1991 yılından beri 8 ayrı Direktif'te bu alana ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. İlk grup düzenleme 1991-96

⁶⁶⁸ Burk, *Legal and Technical Standards in Digital Rights Management Technology*, s.49

⁶⁶⁹ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society. *Official Journal L 167*, 22/06/2001 P. 0010 – 0019

⁶⁷⁰ O.J. C 108, Nisan 7, 1998, s. 6.

yılları arasındaki beş Direktiften oluşur. Daha sonra burada açıklanan 2001 tarihli Direktifi takiben iki düzenleme daha yürürlüğe konmuştur.⁶⁷¹

2001 tarihli Direktifin amacı, WCT ve WPTT Andlaşmalarının AB mevzuatına geçirilmesidir. Komisyon, teknolojik boyutta eser sahibi haklarının korunması açısından, üye ülkelerde oluşabilecek farklı yaklaşımları sakıncalı bulmuş; yeknesak bir düzenleme getirilerek iç pazarın işleyişinin sağlanması gerektiğini düşünmüştür. Komisyon ayrıca, Bilgi Toplumu hizmetlerinin gelişimine zemin oluşturma amacına vurgu yapmıştır. Direktif 6. Maddesiyle, DMCA 1201 benzeri bir düzenleme getirmiştir.

Direktifin AB üyesi ülkelere iç hukuka geçirilmesinde ciddi gecikmeler yaşanmış ve en sonunda Komisyon, 9 ülkeyle ilgili Avrupa Adalet Divanına başvuruda bulunmuştur.⁶⁷² Buradan yola çıkan bir görüş, AB'nin belirli bir süre için yeni bir düzenleme getirmeyerek, üye ülkelerdeki adaptasyon ve uygulamaların sonuçlarını değerlendirmesini savunmuştur.⁶⁷³ Fikrî hukuk alanındaki diğer düzenlemeler de dikkate alındığında, fikrî mülkiyetin ortak pazar projesinde ne derece önemli yere sahip olduğu görülür.

Bu amaçla Direktif, üye devletlerin kendi ulusal hukuklarındaki eser sahibi hakların ilişkin yapacakları değişiklikleri sadece teknolojik önlemlerin korunmasına ilişkin olanlarla sınırlı tutmayı, teknolojik önlemlerin detaylı tanımlarını yapmıştır. .

⁶⁷¹ 91/250 Computer Programs, 92/100 Rental/Lending Right, 93/83 Satellite and Cable, 93/98 Term of Protection, 96/09 Legal Protection of Databases, 2001/29 Copyright in the Information Society, 2001/84 Resale Right, 2004/48 Enforcement, Ayrıca 18.05.2005 tarihli (*on collective cross-border management of copyright and related rights for legitimate online music services*) On-line müzik hizmetleri için telif hakkı ve bağlantılı hakların sınır ötesi yönetimi hakkında bir Komisyon Tavsiyesi yayımlanmıştır.

Bkz. http://europa.eu.int/comm/internal_market/copyright/documents/documents_en.htm#directives Her bir Direktif ile ilgili kısa açıklama için bkz. Mustafa Ateş, *Avrupa Birliğinde Fikrî Haklara İlişkin Düzenlemeler ve Türkiye*, Legal Fikrî ve Sınai Haklar Dergisi, Sayı 4, Aralık 2005

⁶⁷² Gasser, Urs ve Girsberger, Michael , *Transposing the Copyright Directive: Legal Protection of Technological Measures in EU-Member States - A Genie Stuck in the Bottle?*", Berkman Working Paper No:10- 2004, <http://ssrn.com/abstract=628007>

⁶⁷³ Hugenholtz, *The Implementation of Directive 2001/29/EC in The Netherlands*

Direktifin 3. ve 4. Maddeleri “kamuya iletim”⁶⁷⁴ ve “dağıtma/yayma”(distribution right) haklarını WCT ve WPPT’de öngörüldüğü şekilde hükme bağlamıştır. Belirtildiği üzere yeni “kamuya iletim” hakkı, çeşitli hukuk sistemlerinde görüldüğü şekliyle klasik çoğaltma, yayma veya temsil hakları kapsamında sayılabilecek filleri de kapsar. Ancak üye devletlerdeki farklı yaklaşımları dikkate alan Komisyon, WIPO Andlaşmaları’nda olduğu gibi ayrı bir maddeyle düzenleme ihtiyacı duymuştur. Madde 3, WCT Madde 8 ile hukuk âleminde yerine bulan "kamuya iletim hakkını" düzenlenmiş ve üye ülkelere, eserlerin internet ve benzeri ağ üzerinden kamuya iletim hakkını, eser sahibi ve bağlantılı hak sahiplerine münhasır bir yetki olarak düzenleme yükümlülüğü getirmiştir. Madde 4, yayma hakkını düzenlemiştir. Yayma hakkının eserin ilk satımıyla (*first sale*) sona ermesinin, AB içinde yapılan satımlarda geçerli olacağı hükme bağlanmıştır. Direktifin Dibacesinin 28. paragrafı aynı hususu teyit eder.

İnternet servis sağlayıcılarla ilgili olarak Dibacenin 27. paragrafında, internet erişimi sağlayan fiziki altyapı hizmetlerinin, kamuya iletim sayılamayacağı belirtilmiştir.

4.2.2. Madde 5 - Sınırlama ve İstisnalar

Direktifin “istisnalar ve sınırlamalar” başlığını taşıyan 5. Maddesinin 1. fıkrasında, eserin bağımsız olarak önemli bir ekonomik değer teşkil etmeksizin, Ağ üzerinde aktarım amaçlı taşınma veya hukuken geçerli bir şekilde kullanılma amacıyla, teknolojik bir sistemin parçası olarak iletilmesinin ve kaydedilmesinin, Madde 2’deki çoğaltma hakkının ihlali olmadığı belirtilmiştir.⁶⁷⁵ Burada amaç, kullanıcıların, servis sağlayıcının sistemi üzerinde eserleri aktarması veya geçici olarak kaydetmesinin(*caching*), hak ihlali oluşturmasını engellemektir. Dibacenin 33. paragrafında⁶⁷⁶, aktarım sırasında kullanılan teknolojinin, içeriğin değiştirilmesine veya devamlı olarak saklanmasına imkân vermeyen, ilgili sektör tarafından yaygın şekilde kullanılan ve bilinen bir sistem olması gerektiği

⁶⁷⁴ *making available to the public / communication to the public*

⁶⁷⁵ Burada tanımlanan *caching* olgusudur. Bkz. Tosun, *Caching ve Hukuksal Çözüm Önerileri*, İnternet ve Hukuk, Dr. Yeşim Atamer (Ed.), Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2004

⁶⁷⁶ *The exclusive right of reproduction should be subject to an exception to allow certain acts of temporary reproduction, which are transient or incidental reproductions.....*

belirtilmiştir.⁶⁷⁷ Burada anlatılmak istenen, internet üzerine gezinme(*surfing*) faaliyeti esnasındaki, işin doğası gereği meydana gelen okuma, izleme ve dinlemenin hukuka aykırı olmadığıdır.⁶⁷⁸

Direktif Madde 5, üye ülkelerdeki farklı düzenlemeleri dikkate alarak kimi istisna ve sınırlamaları saymak suretiyle koruma altına almıştır. Direktifin öngördüğü zorunlu tek sınırlama Madde 5/1’de, Ağ üzerinde aktarım amaçlı geçici kopyalamalara ilişkin olmaktadır.

Direktifin 5/2 Maddesinde üye devletlerin, Madde 2’deki çoğaltma hakkına istisna tanıyabileceği durumlar belirtilmektedir. Direktif oldukça kapsamlı bir sınırlama ve istisnalar listesi sunarak, üye devletler nezdinde bu geniş sınırlama ve istisna kategorisinin yeknesaklaşmasını teşvik etmeyi amaçlamıştır.

Madde 5/2(b), kullanıcıların özel amaçlı çoğaltmalar için uygun bir tazminat ödemelerini öngörür ve böylelikle, kişisel kullanım istisnası zorunlu lisans şeklinde bir sınırlamaya dönüşmüştür. Dibace paragraf 35’te, tazminatın miktarını belirlerken, mevcut teknolojik önlemin niteliğinin de dikkate alınacağı belirtilmektedir.

Direktifin 5/5 Maddesi, yukarıda açıklanan, sınırlama ve istisnalarla ilgili “üç aşamalı test” kuralını tekrarlar. Ancak TRIPs, Bern ve WIPO Andlaşmaları’nda olduğu gibi Direktif, bu kriterlerin iç hukuka aktarılmasını değil, yasa koyucunun düzenleme yaparken bu kriterlere uygun hareket etmesini öngörür.

Direktifin 5/3 Maddesinde ise, üye devletlerin bazı durumlarda, çoğaltma ve kamuya iletim haklarına sınırlamalar tanıyabileceği belirtilmektedir.

4.2.3. Madde 6 -Teknolojik Önlemlerin Korunması

Teknolojik önlemler ve bunların önemi, Direktifin Dibacesinin 13 ve 47. paragraflarında açıklanmış; eserlerin teknolojik önlemler vasıtasıyla korunması hususunda

⁶⁷⁷ Türkekul, s.38

⁶⁷⁸ Bu hükmün gereksizliğiyle ilgili bkz. Bölüm 3.6.7

üye ülkelerde ortaya çıkabilecek uyumsuz düzenlemelerin ortak pazarın işleyişine olumsuz etki edebileceği belirtilerek, 6. Maddede bu konuya ilişkin ayrıntılı düzenleme getirilmiştir.

Madde 6, ABD Telif Hakkı Yasası'nın 1201. Maddesiyle benzer şekilde, teknolojik önlemleri koruyucu hükümler içerir. Ancak Madde 6, “erişim” veya “kopyalama” engelleyici teknolojik önlemler arasında ayırım yapmamakta ve hak sahiplerince kullanılan her tür teknolojik önlemi, tek çatı altında düzenlemektedir. Direktif bu yönüyle ABD düzenlemesinden ayrılır. Yukarıda açıklandığı üzere DMCA, kopyalama ve erişimi koruyan teknolojik önlemlere farklı yaklaşmaktadır. Kopyalamayı kontrole yarayan teknolojiler DMCA kapsamına alınmazken, Direktif böyle bir ayırım gözetmemiştir.⁶⁷⁹

Direktifin 6/1 Maddesi, üye ülkelerin, telif haklarını koruyucu teknolojik önlemlerin dolanılmasına veya etkisizleştirilmesine karşılık yeterli hukuki koruma getirmelerini öngörür. Madde 6/1, DMCA'den farklı olarak, sübjektif bir unsur eklemiş ve kişinin içinde bulunduğu eylemin ihlal teşkil ettiğini bilmemesini ve bilebilecek durumda olmamasını, ihlal dışında tutmuştur. Maddenin ifadesi, sadece kusurun yeterli olmadığını, kasıt veya ağır ihmal gerektiğini gösterir. Maddeye göre, telif hakkını, bağlantılı bir hakkı veya Veri-tabanı Direktif'inde öngörülen *sui generis* hakkı korumak üzere getirilen teknolojik önlemleri dolanma fiilini, söz konusu fiilin sonucunu bilerek işleyenler, yaptırıma maruz bırakılmıştır. Ancak fiilin işlenme saiki bu bakımdan önemli değildir. Amacı ne olursa olsun, teknolojik bir önlemi bilerek dolanmak hukuka aykırı sayılmıştır.

Direktif Madde 6/2'deki *anti-trafficking* hükümleri, esas olarak DMCA 1201'dekilerle paralel düzenlenmiştir. Üye devletler, teknolojik önlemleri etkisizleştirmek amacıyla dağıtılan ve, etkisizleştirme işleminden başka bir ciddi ticari kullanımı olmayan ya da, birincil olarak etkisizleştirme için tasarlanmış ürün, *komponent* ve hizmetlere yasaklama getirmekle yükümlü tutulmuştur. Madde 6/2 bu araçların üretim ve dağıtımının yanı sıra, ticari amaçla elde bulundurulmasını da yasaklamıştır. Ayrıca Dibace paragraf 49,

⁶⁷⁹ Bäsler, s.12

üye devletin, bu araçların kişisel amaçlı zilyetliğini de yasaklayabileceğini belirtmektedir. Ancak diğer yandan paragraf 48, teknolojik önlemlerle ilgili iç hukukta yapılacak düzenlemenin, teknolojik önlemi dolanmak dışında başkaca hatırı sayılır ticari kullanımları bulunan hizmet ve ürünleri engellememesini şart koşmaktadır.

Direktif 6/3 “teknolojik önlem”in tanımını vermiş ve hak sahibi tarafından yasaklanan fiillerin önlenmesi veya engellenmesine yarayan her tür aracın buna dâhil olduğu belirtilmiştir. Önlemin etkin kabul edilebilmesi içinse, teknolojik sistemin telif hakkı, bağlantılı hak veya Veri-tabanı Direktifi uyarınca *sui generis* hak kapsamındaki bir esere erişimi kontrole elverişli olması gerekir.

AB Direktifi’nin 6/1, 6/2 ve 6/3. Maddeleri, tüm üye ülkeler bakımından iç hukuka dâhil edilmesi zorunlu kurallar getirir. Dibace 48. paragrafta, teknolojik önlemlerle ilgili bazı sınırlar çizilmiştir. Buna göre getirilen teknolojik önlem, elektronik cihazların normal işleyişini engellememeli ve ürün veya hizmetlerde teknik değişiklikler gerektirmemelidir. Daha da önemlisi Direktif, elektronik cihazlara teknik önlemler eklenmesini zorunlu kılan hukuki düzenlemeler için dayanak oluşturamaz. 48. paragraftaki bu yaklaşım, ABD hukukunda dile getirilen, araç ve yazılım üreticilerinin teknolojik önlemlere uygun tasarım yapma yükümlülükleri olmadığı şeklindeki kuralla paralellik gösterir.

AB hukukunda Madde 6’dakine benzer, teknoloji hedefli bir başka düzenleme, 1998 tarihli Koşullu Erişime Tabi Hizmetlerin Korunmasına ilişkin Direktiftir.⁶⁸⁰ Direktif erişimin abonelere özgülendiği hizmetlerin işletilmesinde kullanılan sistemlere müdahaleyi yasaklamakta, ancak bu yasaklamayı ticari faaliyetlerle sınırlandırmaktadır. 1998 tarihli Direktif de, 2001 tarihli Telif Hakları Direktifi gibi, sınırlandırılmış hizmetlere erişimi engelleme hakkı içerir.

⁶⁸⁰ 98/84/EC Directive on the legal protection of services based on, or consisting of, conditional access. Direktif’le ilgili daha geniş bilgi için bkz. Natali Helberger; *Hacking BskyB: The legal protection of conditional access services under European law*, *Entertainment Law Review*, 1995, Vol. 5, <http://www.ivir.nl/publications/helberger/HackingBskyB.html>

AB Direktifi'nin 6. Maddesi, eser sahibi hakkına getirilen sınırlama ve istisnalar bakımından, kullanıcılar aleyhine açık olumsuzluklar içermektedir. Her ne kadar teknolojik önlemlerin dolanılmasında sorumluluk hükümlerinin devreye girmesi için sübjektif bir unsur olarak, fiili işleyen sonucunu bilmesi veya bilmesi gerekmesi şartı aranıyor olsa da, bu yeterli bir güvence oluşturmaz. Ancak sübjektif unsura yer verilmesi, yine de kullanıcı lehine bir düzenlemedir. Bundan başka, eser korumasından yararlanmayan kamuya mal olmuş eserler veya niteliği itibarıyla yaratıcı unsur içermeyen içeriğe erişimi engelleyen teknolojik önlemler, Direktifin kapsamı dışındadır. Ancak teknolojik önlemleri etkisiz kılan araç ve ekipmanın üretim ve dağıtımını, her durumda ve her ne amaçla olursa olsun yasaklanmıştır.

Oysa klasik fikir ve sanat eserleri hukukunda, kamuya sunulmuş eserlere ücretli veya ücretsiz erişimi doğrudan engelleyen bir hak mevcut değildir. Eser sahibine tanınmış böyle bir münhasır hak bulunmamaktadır. Eserlerin CD, basılı kitap vb. fiziki bir mecra üzerinden dağıtıldığı ortamda eser sahibi, yayma ve çoğaltma gibi haklara sahiptir ve genel bir kavram olarak esere erişim, burada yer almaz. Kitap örneğinden bakıldığında yazar, lisans veya hak devrine ilişkin bir sözleşme çerçevesinde yayıncıya, kitabı basarak satma yetkisi verir. Yayıncı çoğalttığı kopyaların malikidir, ancak bu ona sadece kopyaları satma hakkı verir. Kitabı kimin kaç kere okuduğuyla ilgisi olamaz. Eğitim amaçlı kullanım için istisna tanıyan bir hukuk sisteminde, kitabı sınıfta ders aracı olarak kullanmak isteyen bir öğretmen, kitabı kısmen çoğaltma hakkına sahiptir ve kitapçıdan bir kitap satın alması gerekmez. Öğretmenin kitabı satın almak yerine kütüphaneye gitmek veya bir yakından temin etmek imkânı vardır. Oysa elektronik ortamda eser sunumuna ilişkin sözleşmeler, eserin üçüncü bir kişiye kullandırılmasını veya verilmesini, lisans hükümleriyle yasaklayabilir.

AB düzenlemesi, erişim veya kopyalamayı önlemeye yönelik bir ayırım içermez. ABD düzenlemesinden farklı olarak AB Direktifi, teknolojik önlemleri dolanmaya yönelik tüm eylemleri hukuk dışı saymaktadır. Oysa yukarıda açıklandığı üzere ABD hukuku çok eleştirilmesine rağmen, bu konuda ikili bir ayrıma gitmiş, erişimi ve kopyalamayı

engelleyen teknolojik mekânizmaların ihlalini farklı düzenlemiştir. ABD hukuku kopyalamayı engelleyen mekânizmaları, ayrıca hukuka aykırılık şeklinde düzenlememiştir. Buna göre ABD hukuku, kopyalamayı engelleyen teknolojik önlemlerin etkisizleştirilmesinin, ayrı bir düzenlemeye gerek olmaksızın yayma veya çoğaltma hakkını ihlal edeceğini kabul etmiş ve meseleyi bu çerçevede ele almıştır. Böylelikle şartları varsa ihlalde bulunanın, istisna ve sınırlamalardan yararlanmasına imkân tanınmıştır.. Yukarıdaki örneğe dönülürse, öğretmen, satın aldığı veya başkaca hukuka uygun şekilde elde ettiği elektronik eser üzerindeki kopyalama engelini kendi başına kaldırabilir. Çünkü kopyalamayı engelleyen sistemin etkisizleştirilmesi, telif hakkı ihlalidir ve öğretmen ihlal iddialarına karşı, eğitim amaçlı kullanım sebebiyle savunma imkânına sahiptir. AB Direktifi ise böyle bir ayırım gözetmez. Öğretmen her durumda kopyalayıcı mekânizmanın aşılması için hak sahibine başvurmak zorundadır.

Son kez vurgulamak gerekirse, eserin sözleşme dâhilinde *on-line* bir hizmet olarak sunulması halinde, AB Direktifi Madde 6.4 eser sahibine sınırlama ve istisnalardan kurtulma imkânı verir.

4.2.3.1. Madde 6/4 - Teknolojik Önlemlerin Korunmasında Sınırlar

ABD kökenli DMCA ile AB Direktifi arasındaki en önemli fark, AB düzenlemesinin, kullanıcıların ulusal hukuklarda yer alan sınırlama ve istisnalardan yararlanmasına yardımcı hükümler içermesidir. Bir başka deyişle AB Direktifi, kullanıcıların klasik fikir ve sanat eserleri hukukunda mevcut istisnalardan gereği gibi faydalanabilmeleri için, hak sahiplerine olumlu yükümlülükler getirmiştir. Ancak bu amaca ulaşmak için uygulanacak “*appropriate measures*” kavramından ne anlaşılması gerektiği açıklanmamış; üye devletin uygulamasına bırakılmıştır. Burada ortaya konulan istisna ve sınırlamalar, kamusal nitelikli olanlar ve özel kopyalamayı ilgilendirenler şeklinde ikili bir ayırma tabi tutulabilir.

Direktifin 5. Maddesi, belirli sınırlama ve istisnaları tahdidi bir liste halinde sayarak, üye devletleri bunlardan dilediklerini uygulamaya geçirme konusunda serbest

bırakmıştır. Bunun tek istisnası ise, Madde 5/1’de belirtilen ve yukarıda açıklanan, Ağ üzerinde aktarıma ilişkin sınırlamadır. Üye devletlerin seçimine bırakılan istisnalar fotokopi, kişisel/özel kullanım için çoğaltma, eğitim ve bilimsel araştırma amaçlı kullanım, engellilerin kullanımı, basın tarafından haber, eleştiri, karikatür, parodi amaçlı kullanım, özel çalışma ve araştırmalar ve bunlara ek olarak önemsiz ölçüdeki *de minimis* kullanımlardır.

Madde 6/4 bu istisnalardan yararlanma durumundaki kişilerin haklarının, üye devletlerce teminat altına alınmasını şart koşar. Ancak Madde 5’de tanımlanan sınırlama ve istisnaların teminat altına alınması yükümlülüğü, söz konusu istisna veya sınırlamanın öncelikle ilgili üye ülke hukukunda tanınmış olmasına bağlıdır. Direktif hangi istisna ve sınırlamaların geçerli olacağını üye devletin seçimine bırakmış, ancak, ulusal hukukta düzenleme konusu yapılan sınırlama ve istisnaların teknolojik önlemler karşısında işlevsiz kalmasını engellemek üzere, uygun önlemler(*appropriate measures*) alma yükümlülüğü getirmiştir. Direktifin Dibacesinin 51. paragrafında, hak sahiplerinin kendi inisiyatifleriyle “gönüllü tedbir”ler alarak, kullanıcıları iç hukukun tanıdığı sınırlama ve istisnalardan yararlandırmalarının tercih edildiği belirtilmiştir. Ancak hak sahiplerinden beklenen tedbirlerin ne olduğu açık değildir. Bu da göstermektedir ki, AB Direktifi, kullanıcılara tanınacak haklar konusunda öncelikle, eser sahipleriyle kullanıcılar arasında piyasa koşulları çerçevesinde “doğal” bir uzlaşmanın ortaya çıkmasını beklemektedir.

Özel amaçlı kopyalamaya izin vermek üye devletin yetkisinde olsa da, hak sahibinin eseri özel kullanıma uygun şekilde kamuya sunduğu hallerde böyle bir istisna tanınmaz. Hak sahibi, kullanıcıların diledikleri yer ve zamanda erişimlerini mümkün kılan bir hizmet şeklinde esere ulaşma imkânı tanıyorsa, artık kişisel kullanım amaçlı çoğaltma mümkün değildir. Bundan çıkan sonuç, eser sahibinin eseri internet üzerinde bir lisans çerçevesinde kamuya sunduğu durumlarda, kullanıcıların kişisel amaçlı çoğaltma yapamayacağıdır.⁶⁸¹

⁶⁸¹ Ayrıca bkz. Dibace paragraf 25 ve 53

AB Direktifi, Madde 6/4 ile kullanıcıların kanuni sınırlama ve istisnalardan yararlanmaları konusunda teminat getirmesi sebebiyle, ABD düzenlemesine göre kamusal bilgi alanını koruma konusunda daha duyarlı gibi görünse de, bu teminat sadece teknik önlemlerin “etkisiz” hale getirilmesine ilişkindir. Teknolojik önlemlerin dolanılmasına yarayan hizmet ve araçların üretim ve dağıtımını düzenleyen *anti-trafficking* hükümleri için böyle bir teminat öngörülmemiştir. Bu sebeple üye devletlerin yapacakları düzenlemeler, kamu yararına getirilmiş bu düzenlemenin uygulanışı bakımından önem kazanmaktadır. Ulusal hukuktaki düzenlemenin, hak sahiplerini, kullanıcıların kanuni sınırlamalardan faydalanmasını sağlayacak imkânları geliştirmeye zorlaması gerekir. Çünkü Direktif, bu amaca yönelik araç ve hizmetlerin üretimine izin vermemektedir.

4.2.3.2. Madde 7- Elektronik Tanıtım Bilgisi

Direktif Madde 7, esere iliştilen elektronik etiketin değiştirilmesini, kaldırılmasını veya elektronik etiketi sökülmiş eserlerin dağıtımının yasaklanmasını öngörmektedir. Bu elektronik etiketler, aşağıda incelenecek DRM sistemlerinin temel unsurlarından biridir. Madde 7/1(b), elektronik tanıtım bilgisinin kaldırılması bakımından fiilin bir hak ihlali maksadıyla işlenmesini öngörmüş olup, Direktif içindeki diğer ihlal durumlarından farklı olarak, failin saikine sonuç bağlamıştır.⁶⁸²

4.2.4. Madde 8 - Yaptırımlar ve Diğer Bazı Hükümler

Madde 8 üye devletlerin “etkin, orantılı ve caydırıcı”⁶⁸³ yaptırımlar getirmesini öngörmektedir. Madde 8/2’de ve Dibacenin 58. paragrafında, hak sahiplerinin tedbir kararı alabilmeleri ve ihlal edici araçlara el konulabilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca zararların karşılanması için gerekli kanun yollarına da başvurulabilmelidir.

Daha da önemlisi, Madde 8/3 ve Dibace paragraf 59, hizmetleri ihlal amaçlı kullanılan aracı şirket ve kurumlara karşı eser sahiplerince tedbir kararı alınabilmesini

⁶⁸² Türk Hukuku’ndaki düzenlemeyle karşılaştırma için bkz. 5101 sayılı Kanun’la değişik FSEK Ek m. 4, Bölüm 4.5.5

⁶⁸³ “*effective, proportionate and dissuasive*”

öngörür. Burada en önemli hedef internet servis sağlayıcılar olup, ihlalde bulunan kullanıcıyla beraber, ihlale imkân veren internet bağlantısını sağlayanlara da tedbir niteliğinde bir takım yükümlülükler getirilmektedir. Ancak servis sağlayıcı için bu, gerçek bir sorumluluk değil, sadece yargı makamlarınca belirtilen materyale erişimi engelleme yükümlülüğüdür.⁶⁸⁴

Paragraf 50, *Software* Direktifi çerçevesinde, yazılımların uyumunu ve işlerliğini(*software compatibility*) sağlamak amaçlı “tersine mühendislik” çalışmalarının, teknolojik önlemin ihlali sayılmayacağını belirtir. Bu amaç için üretilmiş araçların da *anti-trafficking* hükümlerinden muaf olması gerekir.

4.2.5. AB Direktifi'nin Federal Alman Hukukuna Aktarılması

Federal Alman Cumhuriyetinde AB Direktifi'nin ve WCT Madde 11'in ulusal hukuka geçirilmesi, 13 Eylül 2003 tarihinde yürürlüğe giren Kanun'la tamamlanmıştır.⁶⁸⁵ Kanun teknolojik önlemler bazında Alman Fikir ve Sanat Eserleri Hukukuna pek çok yeni hüküm getirmiştir. Direktifin 6. Maddesi, Alman Kanunu UrhG⁶⁸⁶ §95a ve §95b'de uygulama alanı bulmuştur. Federal Alman Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda, WIPO Andlaşmaları ve daha genel anlamda dijitalizasyon meselesini ele alması planlanan kapsamlı reform paketi, Direktifin iç hukuka geçirilmesi için öngörülen 19 aylık zaman içinde hazırlanamamıştır.

UrhG § 19a, AB Telif Hakları Direktifi Madde 3 ve WCT Madde 8 ile uygun şekilde kamuya iletim hakkını düzenler. Bu düzenlemede, Alman hukukunda radyo

⁶⁸⁴ Türk Hukuku'nda benzer hüküm FSEK Ek m. 4, Bkz. Bölüm 4.5.5

⁶⁸⁵ *German Law on the Regulation of Copyright in the Information Society (Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft)*, Federal Law Gazete, September 12, 2003, Part I, No.46, s.1774-1788. Yasama süreci için bkz. http://www.bundestag.de/htdocs_e/legislat/index.html .

⁶⁸⁶ *UrheberrechtGesetz* bkz. <http://www.urheberrecht.org/law/normen/urhg/>

yayınlarnı düzenleyen hükümlerle benzer bir ifade kullanılmıştır. § 78, 85, 87 ve 94'te de bağlantılı haklarla ilgili paralel değişiklikler yapılmıştır.⁶⁸⁷

4.2.5.1. Teknolojik önlemler

§95a, Direktifin 6. Maddesinden doğrudan alınmıştır. 1. paragraf, hak sahibinin izni olmaksızın teknolojik önlemlerin dolanılmasını yasaklar. Ancak etkisizleştirme eyleminin, esere erişim sağlamak veya hak sahibinin haklarını ihlal edecek şekilde kullanmak maksatlı gerçekleştirilmesi gerekir. Bir başka deyişle, sübjektif bir manevi unsura yer verilmiştir.⁶⁸⁸

Teknolojik önlemlerin neler olduğu ve bunların etkinliğinden ne anlaşılması gerektiği hususunda, UrhG §95a paragraf 2'nin aynen Direktif'in 6/3 Maddesinden alındığı belirtilmelidir. *Anti-trafficking* hükümlerine ilişkin UrhG § 95a(3) de., Direktifin ilgili Maddesi 6/2'nin doğrudan tekrarıdır. UrhG §95a son paragrafta, kamu güvenliği veya adli hizmet yürüten kurumlar için istisna öngörülmüştür.

Direktifin 6/4 Maddesi, UrhG §95b altında düzenlenmiştir. §95b(1) hak sahiplerine, sınırlamalardan yararlanacaklara gerekli imkânları sunma yükümü getirmiştir. Bu hüküm emredici nitelikte olsa da, hak sahibinin bunu nasıl gerçekleştireceği yönünde bir açıklama içermez. Eğitim kurumları, müzeler, kamusal arşivler veya kütüphaneler lehine bir düzenleme yoktur.

Tüm bunlardan çıkan sonuç, Alman hukukunda kullanıcının, söz konusu imkânları hayata geçirmeyen hak sahibine karşı teknolojik önlemleri dolanma hakkı bulunmadığıdır. Bu sebeple §95b(2), kullanıcılar lehine, hak sahibine karşı özel bir kanun yolu öngörmüştür. Ancak bu hak, kullanılmasa külfetli olduğundan, etkin değildir. Kullanıcının resmi bir şekilde hak sahibine başvurması gerektiğinden, aradan geçecek zaman, hizmetin

⁶⁸⁷ Thomas Ramsauer, *Germany's Copyright Law on the Verge of the Information Age*, e.Copyright Bulletin, December 2003, s.2, http://portal.unesco.org/culture/en/ev.php-URL_ID=5130&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

⁶⁸⁸ Kuşkusuz fiili işleyen kötü niyetli olarak nitelenebileceği durumlarda yani, halin icabından fiilin sonucunun bilindiğine hükmedilemsi halinde, sübjektif unsurun varlığı kabul olunacaktır. Bkz. Bäsler, s. 19

on-line oluşunu anlamsızlaştıracaktır. Bu tip bir imkânın kullanıcılar bakımından gerçek bir teminat sayılması mümkün değildir. Dahası, her bir durum için, kullanıcının ayrı başvuru yapması gerektirmektedir. Bu nedenle, Alman hukukunda yeni bir grup davası türü yaratılmıştır. Belirli kuruluşlara, §95b(1)'de öngörülen sınırlamalara aykırı hareket eden hak sahiplerine karşı dava hakkı tanınarak denge sağlanmaya çalışılmıştır. Bunun ne derece çözüm olabileceğinin anlaşılması için henüz zamana ihtiyaç vardır. Ticari amaç gütmeyen ve sürekli olarak, kamunun bilgi ve kültürden faydalanma hakkı için faaliyet gösteren kuruluşlara “grup davası” açma hakkı tanınmıştır. Ancak bu dava hakkı, mahkemenin tedbir mahiyetinde bir yapmama emriyle sonuçlanacak şekilde tasarlanmıştır. Oysa esere erişebilmek amacıyla ilgili mahkemeye gidildiğinde, kararın hak sahibine yönelik yapmama şeklinde bir emir olması işe yaramayabilir. Çünkü, bunun nasıl yerine getirileceği yine de hak sahibine bırakılmış olmaktadır. Oysa hak sahibinin, olumlu bir eylemle kararda belirtilen kişilere erişim sağlaması gerekir. Grup davası, Alman hukukunda, çoğunlukla tüketici hakları sözleşmelerinde belirli klozların yer almasını engellemek amacıyla başvurulmuş bir yoldur.⁶⁸⁹

Bunun da ötesinde, UrhG §95b, 3. ve 4. paragrafında, Direktifin 6/4 Maddesine paralel bir düzenlemeyle, akdi bir rejim dâhilinde kullanıcılara erişim imkânı veren hak sahiplerine karşı bu yaptırımın kullanılmasını engellemiştir. *On-line* sözleşmeler yoluyla eserleri internet üzerinde pazarlayanlar, böylelikle Kanun'un kullanıcılar lehine tanıdığı sınırlamaları göz ardı edebilmektedirler.⁶⁹⁰ Ancak yukarıda sözü geçen tedbir kararı, tüketici hukukunda olduğu gibi, *on-line* telif lisanslarından kimi hükümlerin çıkarılması veya lisans hükümlerinin yeniden düzenlenmesi için kullanılabilir.

⁶⁸⁹ *ibid.*

⁶⁹⁰ *ibid.* s.22

4.2.5.2. Eser Sahibi Hakkına Getirilen Sınırlama ve İstisnalar

Federal Alman hukuku, Anglo Sakson hukukunda olduğu gibi genel bir “*fair use*” doktrini içermez ve kıta-Avrupası’nın öncü hukuk ekollerinden biri olarak, eser sahibinin haklarına UrhG § 44a, 46, 48, 50, 52a, 53 56, 58. Maddelerde sınırlamalar getirmiştir.

Federal Alman hukukunda sınırlama ve istisnalara ilişkin en önemli ve detaylı düzenleme UrhG §53’dedir. Gerçek kişilerin, ticari olmamak kaydıyla, bilimsel çalışma ve gündelik olaylara ilişkin medya yayınlarının kişisel kullanım amacıyla çoğaltılması, ihlal kapsamı dışında tutulmuş; önemsiz sayılacak *de minimis* kullanımlar da ayırık bırakılmıştır. §51 UrhG, eğitim amaçlı istisna getirmiştir. Sınıflardaki yayınlar, eser sahibi hakkına ihlal oluşturmaz. Gazete yazıları, radyo-TV yorumları ve makul ölçüdeki alıntılar,⁶⁹¹ ticari olmayan ve kamunun ücret ödemediği gösterimler yine istisna kapsamındadır.⁶⁹²

Değişikliklere ilişkin hükümet gerekçesinde, teknolojik önlemlerin salt bilimsel araştırma amaçlı olarak dolanılmasının yeni düzenleme içine girmediği belirtilse de, bunun ne anlama geldiği açık değildir.⁶⁹³ Başka modern ülke hukuklarında olduğu gibi Alman Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda da, UrhG §53’de, bilimsel amaçlı çoğaltmanın eser sahibi hakkı kapsamında olmadığını belirtilmiştir. Ancak bu istisna doğrudan eserin çoğaltılması ile ilgi olduğu için, teknolojik önlemin dolanılması halinde sorumluluktan kurtulmaya imkân vermez. *Kriptografi* (şifreleme) üzerine yürütülen bilimsel çalışmaları örnek alacak olursak, bilim adamı şifre yazılımını incelemek için eserin bir kopyasını çıkarabilecek, ancak çalışmanın neticesinde şifreyi kırması, UrhG §95a kapsamında sorumluluk tehdidi yaratacaktır. Bu görüşe karşı, yukarıda açıklanan “sübjektif unsurun” böyle bir hukuki sonucu engelleyeceği savunulmuştur. Ancak, Kanun’un kamu yararına tanıdığı açık bir istisnanın sübjektif unsura dayanan zorlama bir hukuki yorumla ikame edilmesi, baştan kullanıcı aleyhine bir gelişmedir. Sübjektif unsur daha çok, hataya dayalı

⁶⁹¹ § 55 UrhG.

⁶⁹² § 56 UrhG.

⁶⁹³ *ibid.*

veya farkında olmaksızın meydana gelen ihlaller bakımından, koruyucu işlev görmek üzere tasarlanmıştır.

Teknolojik önlemlerle ilgili kamu lehine sınırlama ise, yasağın sadece koruma altındaki eserleri kapsamaması, bir başka deyişle, kamuya mal olmuş eser veya niteliği itibariyle korumadan yararlanması mümkün olmayan içeriğin, UrhG § 95a kapsamına girmemesidir. Burada, teknolojik önlemlerle koruma altına alınmış, ancak hukuken kapsam dışındaki bir içeriğe erişmek için, teknolojik önlemleri dolanmanın sorumluluk doğurup doğurmayacağı sorusu akla gelmektedir. Cevap ne olursa olsun, bu amaca hizmet edecek araçların dağıtımını yasaklandığı için, kullanıcı bunu kendi imkânlarıyla başarmak zorundadır.

Yeni düzenleme ayrıca geçici nitelikte veya engellilerce yapılan çoğaltmalar için de istisna getirmiştir.⁶⁹⁴

Genel olarak Federal Alman hukukunda, sınırlamalardan faydalanacaklar, eserde değişiklik yapma hakkına sahip değildir ve eser sahibinin adını belirtmekle yükümlüdür.⁶⁹⁵ Bunun yanında Yasa, eser sahibine makul bir tazminat ödenmesi gereken durumları da belirlemiştir. Kişisel amaçlı çoğaltmalarla ilgili olarak UrhG §54-54h, kaydedici cihaz ve kayıt materyali üretenlere ve ithal edenlere vergi koyarak, hak sahipleri için bir fon oluşturmuştur.

Federal Alman Hukuku, Direktifin 5. Maddesinde sayılan sınırlama ve istisnaların pek çoğuna yer vermektedir. Alman düzenlemesi, istisna ve sınırlamaların hayata geçirilmesini bir yükümlülük olarak eser sahibine bırakmış ve bu yükümlülüğü yerine getirmeyen eser sahibine karşı grup davası açma hakkı tanımıştır.

Gerek Direktifin 6/4 Maddesi, gerekse Federal Alman yasası, istisnadan yararlanacak kişinin öncelikle esere yasal erişim hakkı bulunmasını şart koşturmaktadır.

⁶⁹⁴ Federal Alman Yasası parodi ile ilgili istisna içermez. Ancak UrhG. § 24 kapsamında olduğu düşünülebilir. Bäsler, s. 24

⁶⁹⁵ Bkz. CC lisansları

Böylelikle esere erişim maksatlı yapılacak müdahalelerin büyük ölçüde istisna dışında kalması sağlanmıştır.

4.2.6. AB Direktifi'nin Hollanda Krallığı Hukukuna Aktarılması⁶⁹⁶

Hollanda Krallığı'nda, Direktif'le paralel hukuki düzenlemelere ilişkin tartışma Direktifin yürürlüğe girmesinden önce başlamış ve Temmuz 2001'de bir taslak ortaya çıkmıştır. Nihai düzenleme, Hollanda Telif Hakları Kanunu'na DCA (*Dutch Copyright Act*), komşu haklarla ilgili Kanun'a ve ayrıca kısmi olarak veri-tabanı koruması hakkındaki Kanun'da değişiklik getirmiştir.

Ancak Hollanda Kanun Koyucusu, mevcut istisna ve sınırlamaları AB Direktifi'nin 5. Maddesinde sayılanlarla eş duruma getirmemiştir. Hollanda, bu anlamda farklı bir yaklaşımla, Direktif karşısında kendi Fikir ve Sanat Eserleri hukukunu mümkün olduğunca değişmeden bırakmıştır. Direktif her ne kadar doğrudan teknolojiye yönelik hükümlere yer verse de, Hollanda düzenlemesi teknoloji bakımından tarafsız (*neutral*) bir terminoloji kullanmış;⁶⁹⁷ yapılan düzenleme, çoğaltma ve kamuya iletme haklarının kapsamında bir değişiklik yaratmamıştır. 1912 tarihli DCA, bu hakların bir tanımını yapmamış ve doğal anlamlarına göre yorumlanmalarını uygun görmüştür. Direktifi değerlendiren Hollanda Yasa Koyucusu, Direktifin 2. ve 3. Maddelerinde ortaya konan hususların, DCA'deki çoğaltma ve kamuya sunma hakları çerçevesinde hali hazırda düzenlenmiş olduğu sonucuna varmıştır. Buna göre Hollanda hukukunda, ayrı bir "kamuya iletme" hakkı düzenlemesi gerekli bulunmamıştır. Her ne kadar Hollanda hukukundaki çoğaltma hakkının, Direktifin 2. maddesinin öngördüğü şekilde eserin doğrudan ve dolaylı herhangi bir şekilde ve herhangi bir formatta, geçici veya sürekli, kısmen veya tamamen çoğaltılmasını kapsayıp kapsamadığı tartışılsa da, Hollanda Yasa Koyucusu, bilgisayar programları ve veri-tabanına ilişkin direktiflerde takındığı tavrı Telif Hakları Direktifi için de tekrarlamıştır. Hollanda Yasa Koyucusu, bu Direktifler karşısında DCA'in çoğaltma hakkına ilişkin hükmünü yeterli bulmuştur.

⁶⁹⁶ Bkz. Hugenholtz, *The Implementation of Directive 2001/29/EC in The Netherlands*

⁶⁹⁷ *ibid.*

4.2.6.1. Teknolojik Önlemler

Teknolojik önlemlerle ilgili olarak Hollanda Kanun Koyucusu Direktifin ilgili 6. ve 7. Maddelerini büyük ölçüde aynen iç hukukuna almıştır. DCA Madde 29a, hak sahiplerinin kullanıcıları, Kanun'un tanıdığı istisnalardan “gönüllü tedbirlerle” yararlandırmamaları halinde, Hükümete gerekli düzenlemeyi yapmak konusunda yetki vermektedir.

Hollanda Hukukunda teknolojik önlemler bakımından dikkat çekici bir nokta, söz konusu hükmün eser sahiplerine tanınmış bir yasaklama hakkı değil; yaptırım sonucu doğuran hukuka aykırı bir fiil olarak düzenlemesidir. Bir başka deyişle Hollanda hukuku, teknolojik önlemlerin dolanılması kapsamında, eser sahiplerine münhasır bir erişimi engelleme hakkı tanımamıştır. Kanun Koyucu cezai önlemler için henüz erken olduğunu belirtmiştir.⁶⁹⁸

4.2.6.2. Eser Sahibi Hakkına Getirilen Sınırlama ve İstisnalar

AB Direktifi'nin yürürlüğe girdiği tarihte, 5. Maddede yer verilen istisnaların tamamı Hollanda Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda yer almamaktaydı. Hollanda, Direktifi ulusal hukukuna aktarırken, 6 yeni sınırlama getirmiş ve mevcut bazılarını genişletmiştir.⁶⁹⁹

Hollanda Yasa Koyucusu, Direktifin 5/5 Maddesinin, sınırlama ve istisnalarla ilgili “üç aşamalı test” kuralının iç hukuka aktarılmasını şart koşmadığını, fakat yasa koyucunun düzenleme yaparken bu kriterlere uyması gerektiğini belirterek, üç aşamalı testi doğrudan düzenleme konusu yapmamıştır⁷⁰⁰

Direktifin 5/1 Maddesinde zorunlu şekilde öngörülen, Ağ üzerinde aktarım için geçici kopyalama muafiyeti, DCA 13a ile Hollanda hukukundaki yerini almıştır. Ancak teknik düzenlemesi bakımından, eser sahibi hakkına bir istisna olarak değil, fakat çoğaltma

⁶⁹⁸ *ibid.*

⁶⁹⁹ *ibid.*

⁷⁰⁰ Bkz. Bölüm 3.4.2.1.4

hakkına bir revizyon şeklinde, çoğaltma hakkını ihlal etmediği belirtilerek düzenlenmiştir. Hollanda hukuku bu tip geçici kopyaları bir istisna saymamış, fakat kavramsal olarak çoğaltma hakkının dışında tutmuştur. Bu düzenleme şeklinin “üç aşamalı test” kriterlerine uyumlu olmadığı ifade edilmişse de, geçici kopyalamanın bağımsız bir ekonomik değer taşımaması şartı getirildiğinden, test kriterleri bir anlamda gözetilmiştir.⁷⁰¹ Hollanda hukukunun bu yaklaşımı, interneti teknolojik bir buluş olmaktan çok, yeni bir iletişim şekli olarak gören özgürlükçü fikirlere yatkındır.

Direktifin 5/2(b) Maddesinde öngörülen tazminat hükmüne uygun şekilde, kişisel amaçlı bedelsiz çoğaltma sadece analog kopyalarla sınırlandırılmıştır. Haber amaçlı alıntılar için, Hollanda hukukunda mevcut istisna genişletilmiş ve internet üzerindeki haber amaçlı faaliyetleri de kapsar hale getirilmiştir.

Direktifin 5/3(b) Maddesine uygun şekilde, engelli kişiler lehine eser sahibi hakkının sınırlandırılması, Hollanda Hukukuna Direktif sonrasında girmiş yeni bir düzenlemedir. Bundan başka kütüphaneler ve müzeler için arşiv amaçlı çoğaltma hakkına yer verilmiştir.⁷⁰²

4.2.6.3. Hollanda Hukukunun Değerlendirmesi

Hollanda, genel tutumuyla uyumlu şekilde, Direktif hükümlerini, kullanıcı haklarını ve ifade özgürlüğünü maksimum gözeterek şekilde iç hukukuna geçirmiştir. Teknolojik önlemlere ilişkin yoğun düzenleme yapmak yerine, çekimser bir tavır sergileyerek, fikir ve sanat eserleri hukukundaki yerleşik dengeyi sarsmamaya gayret etmiştir.

⁷⁰¹ Hugenholtz, *The Implementation of Directive 2001/29/EC in The Netherlands*

⁷⁰² Bkz. Direktif m.5.2 (c)

Hollanda Yasa Koyucusunun en girişken davrandığı alan, istisna ve sınırlamalar olmuştur. Eser sahibi hakkına, kamu yararına 6 yeni istisna getirmiş ve mevcutların bir kısmını da genişletmiştir.⁷⁰³

4.2.7. AB Telif Hakları Direktifi'nin Değerlendirmesi

Direktifin hazırlanmasında ve yürürlüğe giriş aşamasında, üye devletlere ve Avrupa Parlamentosuna yeterince tartışma zamanı verilmediği eleştirisi dile getirilmiştir. Buna ek olarak Direktif taslağının masaya konduğu 1997 Aralık ayından kabul tarihine kadar, 58 değişiklik önergesi verilmiştir. Düzenlemenin amacı, WIPO Andlaşmaları hükümlerini AB hukukuna dâhil etmek olarak belirtilse de, DMCA benzeri iddialı normlar getirilmiş ve kimi noktalarda sorun yaratan, karmaşık bir düzenleme ortaya çıkmıştır. Bu bile başlı başına, Direktifin Dibacesinde ifade edilen “açıklık sağlama” amacıyla çelişmektedir. Direktifin bir diğer amacı da, üye ülkeler arasında telif hakları konusunda uyum sağlamaktır. Ancak ortaya çıkan metne bakıldığında, bu iki amacın aynı düzenlemede gerçekleştirmeye çalışmanın, pek de gerçekçi bir yaklaşım olmadığı anlaşılmaktadır.⁷⁰⁴

AB Direktifi Madde 6/1, genel olarak teknolojik önlemlerin etkisizleştirilmesini yasaklar. Madde ilk haliyle, eser sahibi hakları, bağlantılı haklar ve Veri-tabanı Direktifi kapsamındaki *sui generis* hakkı korumak üzere getirilen teknolojik önlemlere gönderme yaparak, genel bir erişim engeli yaratmaktan geri durmakta, teknolojik korumayı mevcut eser koruması çerçevesinde ele almaktaydı. Ancak Madde 6, nihai olarak, genel bir teknolojik önlem dolanma yasağı haline gelmiştir. Madde 6/3'de teknolojik önlem, eser sahibi hakları, bağlantılı haklar veya *sui generis* veri-tabanı hakkı sahiplerince izin verilmemiş fiilleri engelleyen, her türlü araç ve komponent olarak tanımlanmıştır. Maddenin Konsey'in müdahaleleriyle değiştiği bir an için göz ardı edilecek olsa bu haliyle, sadece mevcut eser sahibi hakları, bağlantılı haklar veya *sui generis* veri-tabanı hakkını

⁷⁰³ Hugenholtz, *The Implementation of Directive 2001/29/EC in The Netherlands*

⁷⁰⁴ Bernt Hugenholtz, *Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid*, EIPR, 2000, Vol.11, s.501-502.

ihlal eden fiillerin Direktif kapsamında olduğu yorumu yapılabilir. Ancak Madde 6/3, hak sahiplerince izin verilmemiş eylemlerden bahsettiği için, Madde 6/1 ile birlikte düşünüldüğünde genel bir erişim engeli ortaya koyduğu görülür. Nihai ifade biçiminde Madde 6/3, eser sahibi haklarını ihlalin yanı sıra, hak sahiplerince izin verilmemiş tüm eylemleri içine alması muhtemel bir tanım getirmiştir.⁷⁰⁵ Direktifin kabul sürecindeki değişikliklerden sonra 6. Maddenin ilk taslaktaki açık lafzı, adeta bulanmış ve yorumlanması zor bir metin ortaya çıkmıştır. Maddenin nihai haliyle, teknolojik önlemlerin dolanılmasını, sadece mevcut bir hakkın ihlaliyle sınırladığını söylemek zordur. DMCA ile ilgili açıklamalarda görüldüğü gibi bu tartışma, kanuni bir istisnadan yararlanma durumundakilerin, bu sonuca erişmek için teknolojik önlemleri dolanmaları halinde sorumluluktan kurtulmaları noktasında önemlidir.

İstisna ve sınırlamalarla ilgili 6. Maddede geçen “gönüllü tedbirler” kavramı, fikir ve sanat eserleri hukuku pratiğine o derece yabancıdır ki, üye devletlerin yapacağı yoruma bağlı olarak, sınırlama ve istisnaların dijital ortamda tamamen işlemez hale gelmesi dahi mümkündür. Belirtmek gerekir ki, bu düzenleme WCT Madde 10’dan açık bir sapmadır. Hak sahiplerine, teknolojik imkânlar ve sözleşme hukukunu kullanarak, eser koruması için getirilmiş kanuni sınırlamaları bertaraf etme imkânı sağlanmaktadır. Sınırlama ve istisnalar bakımından hangi gönüllü tedbirlerin hak sahibinin yükümlülüğünü yerine getirmesi anlamına geleceği, son derece belirsizdir. Bu belirsizlik, Direktifin üye ülkelerde hayata geçirileceği yasama sürecinde, yapımcı-yayıncı sektörler için ikinci bir müdahale şansı oluşturmuştur.⁷⁰⁶ Madde 6/4, eser sahibi hakkına getirilen sınırlama ve istisnaların temel gerekçesinin, işlem maliyetleri şeklinde anlaşıldığı izlenimi vermektedir.⁷⁰⁷

Uyumlaştırma amacına paralel olarak Madde 6’da, sınırlama ve istisnaların tahdidi bir listesi oluşturulmak istenmiş ancak, üye devletlerin kendi hukuklarında bulunan pek çok farklı düzenlemeyi hüküm kapsamına dâhil etmek istemeleri sonucunda, yirmiden fazla

⁷⁰⁵ Fallenböck, s.42

⁷⁰⁶ *ibid.*

⁷⁰⁷ Kamiel J. Koelman, *Copyright Law & Economics in the EU Copyright Directive: Is the Droit d’Auteur Passé?*, 2004, C. II, No.6, s. 603-638.

istisna içeren bir liste ortaya çıkmıştır. Dahası, bu listesinin zorunlu değil; üye devletlerin tercihine bağlı olması, Direktifin bu konuda büyük ölçüde etkisiz kaldığını göstermektedir. Böyle geniş bir seçme hakkı karşısında pek çok devlet, kendi ulusal hukukunda mevcut yapıya sadık kalmayı tercih etmiş ve farklı ulusal düzenlemeleri birbirine yaklaştırma fikri sözde kalmıştır. Dahası, internet ve bilgi işlem teknolojilerinin çok hızlı geliştiği ve kabuk değiştirdiği bir dünyada, tahdidi bir liste hazırlama fikrinin baştan verimsiz ve yanlış olduğu açıktır.⁷⁰⁸ Gerek Bern Konvansiyonu, gerekse WCT⁷⁰⁹, eserden belirli ölçülerde alıntı yapılmasının, dijital ortamda da mümkün olması gerektiğini belirtirken, Direktifin bu hususu üye devletlerin tercihine bırakması, uluslararası düzenlemelerle uyumlu değildir. Üstelik, istisna ve sınırlamaların iç hukuka aktarılması bakımından, bir alt sınır da tespit edilmemiştir.

2. Madde, çoğaltma hakkına geniş bir tanımlama getirirken, Madde 5/1 “zorunlu geçici kopyalama istisnaları” ile bunu dengelemeye çalışmıştır. Böylelikle internetin normal kullanımı esnasında meydana gelen kopyalamaların ihlal sayılması önlenmiştir. Ancak bu düzenleme dahi, *caching* olgusunun ihlal yaratmadığını, AB Direktifi düzeyinde açıklamanın gereksiz olduğu düşüncesiyle eleştirilmiştir.⁷¹⁰ WCT Madde 8’de getirilen “kamuya iletme hakkı”, tekrar şeklinde yer almıştır. Bu yeni bir düzenleme olmadığı gibi, üye devletlerce hayata geçirilmesi bakımından da yeterince açık değildir.

Madde 9, Direktifin sözleşme hukukuna bir başka deyişle, eser lisanslarına ilişkin hukuki yapıda değişiklik yapmadığını belirtmektedir. Madde 9, Direktifin başta Fikrî Mülkiyet Hukuku olmak üzere, diğer alanlardaki hukuki düzenlemelere hanel getirmedeğini vurgular. Kimi teknolojik koruma sistemlerinin hukuka aykırı şekilde kullanıcılardan kişisel veri toplaması söz konusu olabildiği için, özel hayatın gizliliğine ilişkin hükümler 9. Maddede saklı tutulmuştur. Telif Hakları Direktifi’nin uygulamasında, Kişisel Veri

⁷⁰⁸ Bu listenin sınırlayıcı olmaktan çıkarılması yönünde görüşler öne sürülmektedir. Bkz. *ibid.*

⁷⁰⁹ Bkz. m. 10 kapsamında Konferans tarafından kabul edilen Mutabakat Metni.

⁷¹⁰ *ibid.* Bu hususla ilgili Türk Hukuku’nda bkz. Yalçın Tosun

Koruması hakkındaki Direktif’le getirilen rejim ihlal edilmemelidir.⁷¹¹ Telif Hakları Direktifi’nin, AB’nin çimentosu olan rekabet politikalarına ve ilgili mevzuata aykırı işlemesi düşünülemez. Dibace paragraf 17, telif bedeli toplayan meslek birliklerinin de rekabet kurallarını gözetmesi gereğini vurgulamıştır.⁷¹²

Direktifin içerdiği hükümlerin bu haliyle, AB’nin düzenleme alanı dışında ve dolayısıyla hükümsüz olabileceği de ortaya atılmıştır. Buna göre, Direktifin dayandığı Avrupa Toplulukları Kurucu Andlaşmasının(*EEC Treaty*) 47.2, 55 ve 95 (eski 57.2, 66 ve 100A) Maddeleri, daha önce Adalet Divanınca iptal edilen, tütün mamulü reklâmlarına ilişkin 98/43/EC sayılı Direktifin de dayanağını oluşturmaktaydı. 98/43 sayılı Direktif, malların veya hizmetlerin serbest dolaşımını kolaylaştırmak ve rekabeti bozucu engelleri kaldırmak gibi bir amaca hizmet etmediği için iptal edilmiştir. 2001/29 sayılı Telif Hakları Direktifi’nin de bu bakımdan hukuken sakat olabileceği ortaya atılmıştır.⁷¹³ Çünkü Kurucu Andlaşmada açıkça “eser sahibi hakkı” veya “telif hakkı” gibi bir kavrama yer verilmemiş, fikrî mülkiyet daha genel şekilde ifade edilmiştir.⁷¹⁴

2001/29 sayılı AB Telif Hakları Direktifi’nin temelinde, Avrupa Topluluklarının kuruluş amacına paralel şekilde, belirli ekonomik ve sosyal hedefler yer alır. Piyasaların serbestleşmesinin doğal olarak sosyal refahı artıracacağı varsayımı, “tek pazar” projesinin özüdür. Buna göre AB’nin temel ekonomik felsefesi olan pazar ekonomisi anlayışı, 2001 tarihli Direktifin Dibacesinin 2, 4, 9 ve 10. paragraflarında, eser sahibi hakkı ve bağlantılı hakların, yeni ürün ve hizmetler geliştirilmesindeki önemine vurgu yapılmak suretiyle yansıtılmıştır. Yine aynı paragraflarda, eser korumasındaki gelişmenin, yaratıcılık, yenilik, bilgi-işlem altyapısına yatırım ve buna bağlı olarak artan rekabet gücü anlamına geleceği ve bu sebeple, fikrî hakların mülkiyet kurumuna dâhil kabul edildiği belirtilmiştir. Yukarıda eser sahibi hakkının ve genel olarak mülkiyet kurumunun ortaya çıkışında incelenen

⁷¹¹ Federal Alman Cumhuriyeti tarafından açılan dava için bkz. ECJ 5 October 2000, Case C-376/98 (Germany v. European Parliament and Council of the EU). Bkz. Bölüm 5.5

⁷¹² The Foundation for Information Policy Research (FIPR) Report, <http://www.fipr.org/copyright/guide/eucd-guide.pdf>

⁷¹³ Hugenholtz, *Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid*

⁷¹⁴ Mustafa Ateş, *Avrupa Birliğinde Fikrî Haklara İlişkin Düzenlemeler ve Türkiye*, Legal Fikrî ve Sınai Haklar Dergisi, Aralık 2005, Sayı 4, s.1045

faydacı görüşle büyük benzerlik gösteren bu ifadeler, AB hukukunun 2001/29 sayılı Direktif’le, kişilik teorisine dayalı eser sahibi hakkı anlayışından biraz daha uzaklaştığını göstermektedir.

4.3 AB ve ABD DÜZENLEMELERİNİN GENEL DEĞERLENDİRMESİ

Her iki düzenlemenin ortak yönü, erişim engelleyici teknolojik önlemlerin dolanılmasını, söz konusu eylem mevcut eser sahibi hakkı sınırlamalarından yararlanıyor olsa bile, ihlal saymasıdır. Bu ihlal, eser korumasından bağımsız bir hukuka aykırılık teşkil ettiği için, mevcut bir istisnanın savunma teşkil etmesi de mümkün olamamaktadır. Böylelikle eser sahibi hukukunda önemli bir dönüm noktası olarak, koruma altındaki esere sadece erişimi yani, eseri bizzat okumayı, izlemeyi veya dinlemeyi hukuka aykırı sayan yeni bir yaklaşım ortaya çıkmıştır. Fiziki düzlemde asla tartışma konusu olmayan erişim kavramı, elektronik ortamda eser sahibi hakkı olgusunun can alıcı noktasına dönüşmüştür.

Her iki sistem de, WCT Andlaşması’nın 8. Maddesinde öngörülen “şemsiye çözüm” düzenlemesine paralel olarak, esere dijital ortamda izinsiz erişimi yasaklayan veya eserin kullanımını kontrole yarayan teknolojik önlemleri koruyan bir rejim getirmiştir.

Yukarıda da açıklandığı gibi AB düzenlemesinden farklı olarak ABD hukukunda, yasal şekilde erişim sağlanmış bir elektronik eser üzerindeki kopyalamayı engelleyici teknolojik önlemler, eğer durum *fair use* savunmasına imkân veriyorsa, kullanıcı tarafından etkisiz hale getirilebilir. Ancak mevcut *anti-trafficking* hükümleri sebebiyle her iki sistemde de kullanıcı, ancak kendi imkânlarıyla bunu gerçekleştirebilir.⁷¹⁵ Kullanıcının Kanunen hakkı olsa bile, teknolojik önlemi etkisizleştirecek programı, yasal olarak üçüncü kişilerden elde etmesi mümkün değildir.

⁷¹⁵ Ancak yukarıda ABD mahkemelerinin, erişim ve kopyalama kontrolü arasındaki ayrımı belirsizleştirerek bu imkânı ortadan kaldırdıkları yukarıda açıklandı 4.1.3.1

AB Direktifi'nin 6. Maddesi, 1996 tarihli WIPO düzenlemelerinden alınmıştır. Gerek DMCA, gerekse AB Direktifi, bu ortak temel sebebiyle benzer hükümler içermektedir. Kuşkusuz Direktif, doğrudan icrai kuvveti olmayan fakat üye devletlere yasal düzenleme yapma yükümlülüğü getiren bir metin olması sebebiyle, daha esnek şekilde kaleme alınmıştır. Her iki düzenleme de teknolojik önlemleri dolanan kullanıcı eylemlerinin yanı sıra, teknolojik önlemleri dolanmaya yarayan araçların üretim ve dağıtımını da hukuka aykırı saymıştır. Söz konusu düzenlemeler bu bakımdan, WIPO Andlaşmalarının ötesinde bir koruma sağlar.

AB Direktifi ve DMCA teknolojik önlemlerin etkisizleştirilmesine yarayan araçların tanımı bakımından da benzer bir dil kullanmışlardır. Bu hususta, geçmiş dava ve uygulamalar dikkate alınarak, genel amaçlı teknolojik ürünlerin yasaklanması engellenmiştir.

Direktif Madde 6 ve DMCA 1201 kullandıkları dil bakımından, etkisizleştirici eyleme farklı bir yaklaşım sergiler. Öncelikle AB düzenlemesi yukarıda da açıklandığı gibi sübjektif bir unsur içerir. Etkisizleştirici fiilin bilerek işlenmesini aramıştır. ABD yasası DMCA'de benzer bir hüküm yoktur ve teknolojik önlemi etkisizleştiren kişinin fiili bilerek işlememiş olmaması, sorumluluğa engel değildir.

WIPO Andlaşmaları'yla uyumlu şekilde gerek DMCA, gerekse AB Direktifi eseri koruyan teknolojik önlemin "etkinliğini"(*effectiveness*) aramaktadır. Göstermelik veya gerçek anlamda koruma sağlama işlevi olmayan sistemler kapsam dışında tutulmuştur. Burada gerçek bir koruma bulunmadığı için, teknolojik bir önlemin dolanılması da söz konusu değildir.

AB Direktifi de DMCA 1201 gibi, etkisizleştirme veya dolanma olarak ifade edilen fiilin, açık bir tanımını içermez; ancak eseri koruyucu teknolojik önlemlere ilişkin maddeler, her iki düzenlemenin de aynı anlayışı paylaştıklarını gösterir. Genel bir erişim engeli yaratmaktadırlar.

Açıklandığı gibi gerek AB Direktifi, gerekse DMCA, telif hakkı sahiplerine sağlanan kuvvetli koruma karşısında, kimi istisna ve sınırlamaları güvence altına alma gereği duymuştur. Her iki düzenleme de, ele aldıkları yaklaşımın taşıdığı soru işaretleri ve tek yanlılığı sebebiyle, bu noktada esnek olma gayretindedir. Direktifin 12. Maddesi uyarınca, üye devlet temsilcilerince oluşturulacak bir komite, Direktifi üç yılda bir gözden geçirecek ve değişiklikler önerecektir. DMCA de, benzer bir periyodik gözden geçirme görevini, ABD Kongre Kütüphanesine vermiştir.⁷¹⁶

Her iki düzenleme de eser sahibi hakkını, yapımcı-yayıncı endüstriler lehine güçlendirmiştir. Buna ek olarak, klasik fikir ve sanat eserleri hukukunda kendiliğinden uygulama alanı bulan sınırlama ve istisnaların işleyişini, internet bakımından zorlaştırmış veya imkânsız hale getirmiştir. Bu, “bilgi” üzerindeki sermaye hâkimiyetini arttırırken, kamusal bilgi alanında ciddi bir daralma yaratmıştır. AB Direktifi, hak sahiplerine, sınırlamalardan faydalanacaklara karşı kimi yükümlülükler getirmesi sebebiyle, daha dengeli bir düzenleme gibi görünse de, *on-line* hizmetler için kanuni sınırlamaların geçerli olmaması veya külfetli bir yol olan grup davası gibi mekânizmalar, bunun bir iyi niyet ifadesinden öteye gitmediğinin kanıtıdır.

AB düzenlemesine göre, eseri *on-line* bir hizmet olarak sunan hak sahiplerinin, istisna ve sınırlamalardan kurtulabilmesi, Direktifin en çok eleştirilen yönüdür. Her iki düzenlemenin de, kamu yararına getirdiği sınırlamalar göstermelik niteliktedir. Burada yapılması gereken en önemli değişiklik, gerek erişim gerekse kopyalama engelleyici tüm teknolojik önlemlerin etkisizleştirilmesini ayrı bir ihlal olarak değil; genel anlamda eser sahibi hakkı çerçevesinde düzenlenmesidir. Böylelikle klasik eser sahibi hakkına tanınan sınırlama ve istisnalar, elektronik ortam için de geçerli olacaktır.

AB düzenlemesinde, eser sahiplerinin kullanıcı lehine mevcut sınırlamaları b yararına getirilen istisnaları, kendi tercihleriyle gözetmemeleri halinde, hakkın yerine

⁷¹⁶ Kongre Kütüphanesi tarafından yapılan istisna eklemeleri yukarıda açıklanmıştı. Yasa'nın uygulamasını gözlemek ve olası zararlı sonuçlar hakkında rapor vermek ve kimi düzenleyici yetkiler, çabuk çözüm üretme düşüncesiyle Kütüphaneye bırakmıştır.

getirilmesi için dava açılması gerekmektedir. O nedenle, eser sahibi hakkını elektronik ortamda düzenlemek amacıyla getirilen hükümlerin yanında, bilgi özgürlüğünü amaç edinmiş sivil toplum kuruluşlarının desteklenmesi ve gerekli hukuki imkânlarla donatılmasına ilişkin düzenlemeler de hayati önem taşır.⁷¹⁷ Kullanıcıların hak sahibi konumundaki büyük medya ve eğlence şirketlerine dava açmalarını beklemek, uygun bir yaklaşım olamaz. Bu gibi kamusal girişimleri yürütmek üzere, bir çeşit fikrî mülkiyet *ombudsman*'ı gibi görev yapacak, bağımsız ve çoğulcu temsil ilkesine dayalı bir sistem oluşturulması düşünülmelidir.

Her iki modelin de ortak yönlerine bakıldığında öncelikle, teknolojik unsuru ön plana çıkardıkları görülür. Bunun, gerek genel anlamda hukuki düzenleme tekniği ve gerekse fikir ve sanat eserleri hukuku açısından anlamı büyüktür. Donanım ve yazılımın kontrolü üzerine yoğunlaşan teknolojik koruma hükümleri, DRM sistemlerine hukuki dayanak oluşturarak, “norm uygulayıcı yazılımı” eser koruması bünyesine almıştır. Diğer bir deyişle, hukuk kurallarının otomasyona bağlandığı ve doğrudan yazılım yoluyla uygulandığı, yeni bir düzenleme *modalitesi* ortaya çıkmıştır.

Her iki düzenlemenin hazırlık süreci de, gerçek amacın, koruma altındaki içeriğin, elektronik ortamda pazarlanması için bir hukuki altyapı kurmak olduğunu göstermektedir. Tüm Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku rejimleri, eserden ticari faydalanmayı esas alan ve bunu korumak üzere tasarlanmış sistemlerdir. Oysa bu yeni düzenlemeler, bireyin teknolojiyle olan ilişkisini hedef alan kurallar getirmiştir.⁷¹⁸

Her iki düzenleme de teknolojik önlemlerin dolanılmasını bağımsız şekilde yaptırıma tabi tutarak, istisna ve sınırlamaların doğrudan uygulama alanı bulmasını engellenmiştir. Bunun sonucu olarak, bu alanda araç ve yazılım geliştirmeye yönelik bilimsel ve teknolojik çabalar tamamen hukuk dışı ilan edilmiştir. Daha da önemlisi bu

⁷¹⁷ Ek'de açıklanan *Creative Commons* kuruluşu buna örnektir.

⁷¹⁸ Bunun bilgi güvenliğine ilişkin düzenlemelerden en önemli farkı, spesifik bir bilgiyi değil; belirli bir bilgi kategorisini düzenlemesidir.

tutum, kullanıcıları fikir ve sanat eserleri hukukunun uygulaması bakımından, hak sahiplerinin eline terk etmiştir.

DMCA, yukarıda açıklanan *Sony* kararı açısından değerlendirildiğinde, kararın yarattığı güvencenin de ortadan kalktığı görülür. Çünkü *Sony* davası, video kaydedici cihazın, telif hakkı ihlalden başka hatırı sayılır hukuka uygun kullanımları olduğu gerekçesiyle, cihaz üreticisi lehine sonuçlanmıştır. Oysa DMCA teknolojik önlemin etkisizleştirilmesini başlı başına hukuka aykırı sayarak, *Sony* kararını son derece sınırlamıştır. Aynı cepheden bakıldığında AB Direktifi de bulanık bir görünüm vermektedir. Komisyon ilk teklifinde yasakları, hak ihlali oluşturan fiillerle sınırlı tutacak bir ifade benimsemesine rağmen, bazı ince değişikliklerle nihai olarak, ABD modelindeki yoruma imkân verecek bir düzenleme ortaya çıkmıştır. Bu düzenlemelerin, eser üzerindeki hakları elinde bulunduran yapımcı-yayıncı endüstrilerin talepleriyle büyük ölçüde uyduğu açıktır. Teknolojik önlemleri etkisizleştirme imkânı veren araçların üretim ve dağıtımının yasaklanması, WIPO düzenlemelerinin öngördüğü bir yükümlülük değildir.

Doğrudan teknolojiyi düzenleme konusu yapmak, etkinlik açısından daha tercih edilesi bir yol gibi görünebilir. Ancak fikir ve sanat eserleri hukukunun öncülük yaptığı bu gelişme, sanılandan çok daha geniş ve derin sosyal sonuçları olan bir sürecin başlangıcıdır.⁷¹⁹ Bu hukuki değişimin yaratacağı en önemli sonuç, internet üzerindeki ifade ve iletişim biçimlerini daha önce görülmemiş şekilde sınırlandırması olacaktır. İnternet her geçen gün daha fazla “şey” haline gelirken; bilgi-işlem sistemlerinin hukuk kurallarıyla düzenlenmesi, temel sorunsallardan biri olarak belirlemektedir.

Her iki düzenleme de, kamunun bilgiye erişme hakkı açısından eleştirilere maruz kalmış ve klasik fikir ve sanat eserleri hukukunun yarattığı dengeyi bozdukları söylenmiştir. Düzenlemelerin, hakları uygulama noktasında kontrolü eser sahiplerine bırakması, kamu lehine getirilen istisnaları aşındırmıştır. Nitekim ABD hukuk sistemindeki mahkeme kararları, bu hususu açıkça ortaya koymuştur.

⁷¹⁹ Bkz. Bölüm 5

Gerek ABD hukukunda, gerekse AB içinde ortaya çıkan bu yeni düzenleme biçimi sonuç bölümünde daha detaylı açıklanacağı gibi “*public domain*”⁷²⁰ diye tabir edilen kamusal bilgi alanında ciddi bir daralmaya yol açmış, eser korumasını kamu aleyhine genişletmiştir. Kurgusal bir örnek üzerinden açıklamak gerekirse, bir kimsenin kamuya mal olmuş bir eserde küçük değişiklikler yaparak kısmen de olsa telif koruması sağlaması ve daha sonra bunu dijital ortamda teknolojik bir önleme koruma altına alarak, kamuya mal olmuş bilgi alanına erişimi engellemesi mümkündür. Bilgi kaynaklarının her geçen gün daha fazla dijital ortama aktarıldığı düşünülürse, sonuç daha net şekilde değerlendirilebilir.

Düzenlemelerin yapısına bakıldığında, eser sahibi hakkını kuvvetlendirerek, eğlence ve enformasyon sektörlerinin beklentilerine cevap verdikleri görülecektir. Ancak bu eleştiri, bilgi işlem teknolojileri neticesinde ortaya çıkan tüm hukuki düzenlemeler için geçerlidir. Burada önemli olan, *içerik*, *bilgi* veya *eser* şeklinde farklı terimlerle ifade edilen, kültür dağarcığı öğelerinin, tamamen ticari aktörlerin kontrolüne geçmesidir. Çünkü yukarıda değişik yerlerde açıklandığı gibi, internet üzerinde esere “erişim”, klasik eser korumasındaki yayma, çoğaltma, kiralama gibi pek çok eser sahibi hakkıyla eşanlamli hale gelmiştir.

⁷²⁰ “public domain” diye tabir edilen ve Türkçe’ye “kamusal bilgi alanı” şeklinde tercüme edilebilecek bu kavram, Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda, Batıdaki aksine, ayrı bir inceleme alanı olarak ele almamıştır. Bkz. Bölüm 6- Sonuç . Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. Yochai Benkler, *Free As the Air to Fair Use: First Amendment Constraints On Enclosure of the Public Domain*, N.Y.U.L. Rev. (New York University Law Review), 1999, Vol. 74, s. 354-446 ; Chander, Anupam; Sunder, Madhavi; *The Romance of the Public Domain*, California Law Review, 2004, Vol. 92, s.1331-1374 ; Boyle, James; *The Second Enclosure Movement And The Construction Of The Public Domain*, Law And Contemporary Problems, 2003, Vol.66, s.33-74.

4.4 TÜRK FİKİR ve SANAT ESERLERİ HUKUKUNA GENEL BAKIŞ VE ESER SAHİBİ HAKKINA GETİRİLEN SINIRLAMALAR

Yukarıda kıta-Avrupası'nda Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunun gelişimi aktarılırken, mali ve manevi haklar ayırımına değinilmiş ve bu çerçevede, Türk Hukukunda manevi hakların düzenlenişi açıklanmıştır.⁷²¹ Bu bölümde ise genel olarak Türk sisteminde “mali haklar” ve bu hakların sınırlandırılması üzerinde durulacaktır. Amaç, Türk Hukukunun detaylı bir incelemesini yapmak değil; Türkiye’de yürürlükte olan Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku hakkında genel çerçeve çizmek ve teknolojik koruma hükümleri açısından genel bir değerlendirme ortaya koymaktır.

4.4.1. Türk Hukuku ve Uluslararası Düzenlemeler

Türkiye Cumhuriyeti'nin Bern Konvansiyonu'na taraf olma iradesi ilk kez, 1923 tarihli Lozan Anlaşması'nda yer almıştır. Lozan Anlaşması'nın eki Ticaret Sözleşmesinin 14 ve 15. Maddelerine göre Türkiye, edebi, sanatsal ve sınaî nitelikte hakları koruyan uluslararası anlaşmalara 12 ay içinde katılacaktı. Ancak bu taahhüt, Türkçe'ye çevrilecek yabancı eserlerin müstesna tutulması yönünde Türkiye lehine bir kayıt içermekteydi ve bu kaydın Bern Birliğine dâhil ülkelerce kabul edilmemesi, Türkiye'yi Konvansiyona katılma taahhüdünden kurtarmıştır. Nitekim Türkiye 1931 yılında katılma iradesini açıkladığında, 10 üye ülkenin Türkiye lehine bu çekinceye itiraz etmesi sebebiyle Türkiye'nin katılımı gerçekleşmemiştir. Türkiye 1952 yılında Fikir ve Sanat Eserleri Kanununu (FSEK) yürürlüğe girerken 5777 sayılı ayrı bir Kanun'la Bern Konvansiyonu'nun 1948 Brüksel metnini, 8. Maddeye konulan *ihirazi kayıt*la kabul etmiştir.⁷²² Bu kayıt sayesinde, yayım tarihinin üzerinden 10 yıl geçmiş eserlerin bedelsiz şekilde Türkçe'ye çevrilmesi mümkün

⁷²¹ Bkz. Bölüm 3.2.3.4. Ayrıca Türk Hukuku'nun tarihsel gelişimi için bkz. Bölüm 3.2.2.2

⁷²² Ancak Türkiye bu tarihten önce 1929 ve 1930 yıllarında Fransa ve Almanya ile yaptığı ikili ticaret anlaşmalarında Bern Konvansiyonunu uygulayacağını kabul etmiştir. Bkz. Hirsch, “Hukukî Bakımdan Fikrî Say”, s.66

olmuştur.⁷²³ Bundan başka Türkiye 1974 yılında WIPO Kurucu Anlaşmasını kabul etmiştir.⁷²⁴

Türkiye'nin Gümrük Birliği'ne üye oluş sürecinde, Türkiye-AT Ortaklık Konseyi tarafından kabul edilen, 06.03.1995 tarih ve 1/95 sayılı OKK (Ortaklık Konseyi Kararı)'nın "Fikrî Sınaî ve Ticari Mülkiyet Hakları" başlıklı 8 no'lu eki, Türkiye'ye, iç hukukunu Topluluk düzenlemeleri ile uyumlaştırma yükümlülüğü getirmiştir. Bu çerçevede Türkiye 4067 sayılı Kanun'la 31.12.1994 tarihinden geçerli olmak üzere TRIPs Anlaşmasını onaylamıştır. Buna ek olarak, 07.07.1995 tarih ve 4117 sayılı Kanun'la Bern Konvansiyonu'nun 1971 Paris metni⁷²⁵ ve yine 07.07.1995 tarih ve 4116 sayılı Kanun'la 1961 tarihli bağlantılı haklara ilişkin Roma Konvansiyonu kabul edilmiştir. Marka ve Patent Hukuku alanında ise, sınaî haklara ilişkin Paris Konvansiyonu'nun Stokholm Metni 1975 yılında çeşitli çekincelerle kabul edilmiş; KHK'larla iç hukukta düzenleme yapılmıştır.⁷²⁶

Türkiye 1995 yılında 4110 sayılı Kanun'la FSEK çerçevesinde önemli değişikliklere giderek, bu alandaki AB mevzuatını kısmen iç hukukuna dâhil etmiştir. 4110 sayılı Kanun ile eser sahibinin haklarına ilişkin bazı hükümler gözden geçirilmiş ve "komşu haklar" kavramı Türk Hukukuna kazandırılmıştır.⁷²⁷ Bu süreç, 21.02.2001 tarih 4630 sayılı Kanun ve 03.03.2004 tarih 5101 sayılı Kanun'la ileri taşınmış ve bu çalışmanın temelini oluşturan dijitalizasyon olgusuna bağlı kimi hükümlere yer verilmiştir.⁷²⁸

4.4.2. Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Eser Tipleri ve "Mali Haklar"

⁷²³ Ateş, s.53 ; Tekinalp s.69. Bu ihtirazi kayıtlailgili bkz. Hirsch, *Bern Sözleşmesi*, s.139

⁷²⁴ Tekinalp, s.77

⁷²⁵ 1979 tarihli değişikliklerle

⁷²⁶ 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK ve 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK

⁷²⁷ Türkiye bu değişikliklerle 91/250, 92/100, 93/83 sayılı Direktif'leri iç hukukuna dâhil etmiştir. Aynı Kanun ile cezai hükümler ağırlaştırılmıştır. Bkz. DPT Sekizinci 5 Yıllık Kalkınma Planı Fikrî Haklar Özel İhtisas Komisyonu Raporu, s.42

⁷²⁸ AB tarafından yayınlanan 2005 yılı İlerleme Raporunda bu gelişmeler vurgulanmış, fakat yasadışı çoğaltma ve kopyalamalar konusunda ilerleme kaydedilemediği belirtilmiştir.

Türk Hukukunda FSEK kapsamında korunan eser tiplerinin başlıcaları, dil ve yazı ile ifade edilen eserler, danslar, sözlü ve sözsüz sahne eserleri, teknik ve ilmi fotoğraflar, haritalar, planlar, krokiler, olan *ilim ve edebiyat eserleri*, bilgisayar programları ve bunların hazırlık tasarımları, her nevi sözlü ve sözsüz beste olan *müzik eserleri*, resimler, desenler, güzel yazılar, çeşitli maddelerin üzerine yapılan eserler, kaligrafi ve *serigrafi*, heykeller, kabartma ve oymalar, mimarlık eserleri, el işleri, tekstil ve moda tasarımları, fotoğrafik eserler ve slaytlar, grafik eserler, karikatürler ve her tür tipler olan *güzel sanat eserleri*, ve *sinema eserleri* olarak sayılabilir.⁷²⁹

Mali hak, fikrî çalışma ürünü olan eserden ekonomik fayda sağlamak konusundaki yetkileri ifade eder.⁷³⁰ Eserden ekonomik yararlanmanın koşullarını belirleyen ve eser sahibinin izni olmadığı sürece bu yararlanmayı eser sahibine özgüleyen kurallar bütünü, mali hakları oluşturur.⁷³¹ Bu da göstermektedir ki, mali hakların olumlu ve olumsuz olmak üzere iki yönü bulunmaktadır. Olumlu yönü, eser sahibine sağlanan münhasır yetkileri ifade eder. Olumsuz yönü ise, üçüncü kişileri esere müdahalelerden menetmek şeklinde ortaya çıkar.⁷³² Bütün modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi, üçüncü kişilerin eserden yararlanmaları, FSEK’te yer alan sınırlamalar dışında hukuka aykırıdır. “Mali hakları kullanma yetkisi münhasıran eser sahibine aittir.”⁷³³ Eser sahibi hakkının olumsuz cephesi ise, FSEK Madde 66–73 arasında düzenlenen dava ve cezai yaptırımlardır.⁷³⁴

Eserin mali haklara kavuşması, alenileşmesi ile mümkün olur. Oysa manevi haklar, eser henüz yaratıcısının gizlilik alanındayken de yürürlüktedir. Eser alenileşmeden önce kişilik hakları dâhilindedir.⁷³⁵ Türk Hukukunda eserden faydalanma, FSEK’te tanınan mali haklarla sınırlıdır. Eserden yeni bir faydalanma şekli ortaya çıktığında, eser sahibi, kanunla düzenleme yapılmadan bu yeni faydalanma şekli üzerinde münhasır bir hakka

⁷²⁹ Bkz. Tekinalp s.107-120

⁷³⁰ Genel olarak bkz. Tekinalp, s.169-187

⁷³¹ Türk Hukuku’nda eser için bkz. Ramazan Uslu, “Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Eser Kavramı” Ankara, Seçkin Yay., 2003

⁷³² Ateş, s.157

⁷³³ FSEK m.18

⁷³⁴ Bkz. Tekinalp s.288-337

⁷³⁵ Ateş, s.158

sahip olmaz.⁷³⁶ Sınırlı sayı(*numerus clausus*) prensibine dayalı bu düzenleme tarzı, dar ve sınırlayıcı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁷³⁷ Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunun dinamik yapısının, eserden faydalanma konusunda daha esnek bir tutumu gerektirdiği düşünülebilir.⁷³⁸ Ancak FSEK Madde 22/2’de çoğaltma biçimlerine ilişkin olarak “...bilinen ya da ileride geliştirilecek olan her türlü araca kayıt edilmesi, her türlü ses ve müzik kayıtları...” şeklindeki ifade, sınırlı sayı prensibinin hak sahipleri bakımından sakıncalı olabilecek sonuçlarını ortadan kaldırmaktadır.⁷³⁹

Mali haklardan biri üzerindeki kullanım, yararlanma veya tasarruf diğerini etkilemez.⁷⁴⁰ Mali haklar, devredilebilir, kiralanabilir veya benzeri tasarruflara konu olabilir. Eser üzerindeki mali hakların kullanılması, bir meslek birliğine de bırakılabilir.⁷⁴¹ Manevi hakların aksine, mali haklar ölümle mirasçılara geçer.⁷⁴² Mali haklar, rehin ve hapis hakkına konu olabilir veya haczedilebilir.⁷⁴³

Burada, özellikle WCT Madde 8 ve 2001/29 AB Direktifi Madde 3 çerçevesindeki “kamuya iletim hakkı”nın, FSEK’teki düzenlenişinin açıklanması ve anlaşılması için, FSEK’te yer aldığı şekliyle mali haklardan başlıcalarına yer verilmiştir.⁷⁴⁴

4.4.2.1. İşleme Hakkı

İşleme, nitelik olarak asıl esere bağlı kalmak kaydıyla, orijinal bir eserin başka bir formda, yeni bir fikrî ürüne dönüştürülmesidir. Başka bir eser şeklinde ortaya çıkan işleme, asıl eserin bir türevi olsa da, ekonomik olarak bağımsız şekilde değerlendirilmeye uygundur.

⁷³⁶ FSEK m. 20 - (Değişik m.: 01/11/1983 - 2936/3 md.) Alenilemiş bir eserden eser sahibine münhasıran tanınan faydalanma hakkı, bu Kanun’da mali hak olarak gösterilenlerden ibarettir. Mali haklar birbirine bağlı değildir. Bunlardan birinin tasarrufu ve kullanılması diğerine tesir etmez.

⁷³⁷ Genel olarak gayri maddi mallarda sınırlı sayı prensibiyle ilgili bkz. Ortan, “İşçi Buluşları Hukuku”, s.82

⁷³⁸ Portekiz ve İsviçre hukukundan örnekler için bkz. Ateş, s.161-162

⁷³⁹ Ayrıca FSEK m. 23/2, bkz. Tekinalp, s.170

⁷⁴⁰ FSEK m.20/2.cümle

⁷⁴¹ FSEK m.42

⁷⁴² FSEK m.63, 64 ve 65

⁷⁴³ FSEK m.61,62

⁷⁴⁴ FSEK m. 45’de düzenlenen pay ve takip hakkına burada yer verilmemiştir. Bunun için bkz. Tekinalp, s.185

İşleme belirli ölçüde eserin değişikliği anlamına geldiği için, eserde değişikliği menetme yetkisi şeklindeki manevi hakkın bir gereği olarak, üçüncü kişiler izinsiz olarak işleme eser meydana getiremez. Bu husus, ayrıca mali bir hak olarak FSEK Madde 21’de teyit altına alınmıştır.⁷⁴⁵

İşleme hakkının devri, söz konusu sözleşmenin ticari gerekleri çerçevesindeki diğer bazı mali hakların da, devredilmiş kabul edilmesini gerektirir. Örneğin eserin başka bir dile tercümesine izin veren bir sözleşmenin, yapılacak çevirinin çoğaltılması ve yayımına ilişkin hakları içermemesi, işin mahiyetine aykırı olur. Ancak çeviri için gerekli kabul edilen sınırın ötesine geçilmemelidir.⁷⁴⁶ Eser türüne göre işleme hakkının devri çoğaltma, yayma veya temsil haklarını da içerebilir.

FSEK Madde 49, işleme hakkının bir başkasına devrini, eser sahibinin onayına bağlamıştır. Alenileştirmemek şartıyla eserin izinsiz şekilde işlenmesi mümkün olmalıdır. Çünkü mali bir hak olan işleme hakkı, işlenme eser kamuya açıklanmadıkça ihlal edilmiş olmaz.⁷⁴⁷

4.4.2.2. Çoğaltma Hakkı⁷⁴⁸

Çoğaltma, eserden orijinalinden bağımsız olarak yararlanmayı sağlayacak fiziki kopyaların üretilmesidir.⁷⁴⁹ Yukarıda da açıklandığı gibi, çoğaltma kavramı, eser sahibi hakkının özü ve temelidir.⁷⁵⁰ Eserin kalıcı kopyalarının üretilmesini konu alan çoğaltma hakkı, her türlü yöntem ve fiziki materyal yoluyla kullanılabilir. Mekânik veya elektronik araç kullanılması bir fark yaratmaz. Elle kopya çıkarma dahi çoğaltma sayılabilir.⁷⁵¹

⁷⁴⁵ Tekinalp, s.171-172

⁷⁴⁶ Ateş, s.163 ; Ayiter, s.126-127 ; Erel, s.136

⁷⁴⁷ 4630 sayılı kanundan önce FSEK m. 38 müzik, ilim ve edebiyat eserlerinin yayımlanma ve kâr amacı gütmeksizin şahsi kullanım için işlenmesine imkân vermekteydi. Hüküm 4630 sayılı yasayla kaldırılmıştır. Ancak yine de bu tip işlemlerin ihlal oluşturmayacağı yönünde Tekinalp, s.172

⁷⁴⁸ Bu konuda genel olarak bkz. Arzu Genç Arıdemir, *Türk Hukuku’nda Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakları*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2003

⁷⁴⁹ Erel, s.138-144

⁷⁵⁰ Tekinalp, s.173

⁷⁵¹ Ateş, s.165

Çoğaltma kavramı altında farklı ekonomik faydalanma şekilleri yer alır ve bazı eserler için, ayrıca çoğaltmanın içeriği de tanımlanmıştır.

Bu açıdan FSEK Madde 22, Birinci fıkrada ⁷⁵² “*Bir eserin aslını veya kopyalarını, herhangi bir şekil veya yöntemle, tamamen veya kısmen, doğrudan veya dolaylı, geçici veya sürekli olarak çoğaltma hakkı*” tanımlamasından sonra, ikinci fıkrada “*Eserlerin aslından ikinci bir kopyasının çıkarılması ya da eserin işaret, ses ve görüntü nakil ve tekrarına yarayan, bilinen ya da ileride geliştirilecek olan her türlü araca kayıt edilmesi, her türlü ses ve müzik kayıtları ile mimarlık eserlerine ait plan, proje ve krokilerin uygulanması da çoğaltma sayılır. Aynı kural, kabartma ve delikli kalıplar hakkında da geçerlidir.*” hükmünü getirmiştir. “*Çoğaltma hakkı, bilgisayar programının geçici çoğaltılmasını gerektirdiği ölçüde, programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve depolanması fiillerini de kapsar.*” şeklindeki son fıkra ise, çoğaltma hakkına ilişkin bu geniş düzenlemeyi tamamlamıştır.⁷⁵³ 4630 sayılı Kanun, Madde 22’de değişiklik yaparak, Bern Konvansiyonu Madde 9 ile daha uyumlu bir dile kavuşturmuştur.⁷⁵⁴

Çoğaltma, eserden iktisaden yararlanma biçimlerinin başında gelir. FSEK Madde 57/2 mülkiyetin geçişiyle ilgili olarak, sadece güzel sanat eserleri için bir mülkiyet karanesi

⁷⁵² Değişik fıkra: 03/03/2001 – 4630 13.m.

⁷⁵³ 4110 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikle 22. Maddeden kaldırılan hüküm, güzel sanat eserlerinin plan ve krokilerinin uygulanmasını çoğaltma kapsamına almaktaydı. Değişiklik sonrası tartışma için bkz. Ateş, s.166
⁷⁵⁴ “...TBMM Başkanlığına sunulan Tasarıda bulunmama ile birlikte, 22. Maddenin birinci fıkrasını yeniden düzenleyen madde metni Tasarı Metnine ilave edilmiştir.

Ayrıca, söz konusu fıkra yeniden düzenlenirken, teknolojiye ilişkin değişiklikler neticesinde ortaya çıkan yeni gelişmeler gözönüne alınarak, eserin kaydedildiği materyallerin ve çoğaltma yöntemlerinin farklılaşması nedeniyle bu fıkraya “herhangi bir şekil ya da yöntemle”, “doğrudan ya da dolaylı” ibareleri eklenerek çoğaltma fiilinin tanımına açıklık getirilmiştir.

Bu değişiklik, taraf olunan Bern Sözleşmesi’nin 9/1 Maddesi ve taraf olunması planlanan WIPO Telif Hakları Anlaşması’nın 1/4 Maddesi ile uyumlu olarak yapılmıştır” Bkz. T.B.M.M. (S. Sayısı 402) “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı ve Millî Eğitim, Kültür, Gençlik ve Spor Komisyonu Raporu” (1/538), 15.09.1999. Bern Kon. m.9 hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm 3.4.2.1.4

getirmiştir.⁷⁵⁵ Buna ek olarak FSEK Madde 80, bağlantılı hak sahipleri için çoğaltma hakkını düzenler.⁷⁵⁶

4.4.2.3. Yayma Hakkı

Yayma kavramı, çoğaltılmış kopyaların, satışı, kiralanması, ödünç verilmesi veya herhangi bir amaçla dağıtılmasını ifade eder. Bu bağlamda “yayma hakkı” eserin asıl veya kopyalarının dolaşıma çıkarılmasıdır.⁷⁵⁷ Kimi hukuk sistemlerinde yayma hakkı ayrıca düzenlenmeyip, çoğaltma hakkına dâhil kabul edilir.⁷⁵⁸

Türk Hukukunda ise, 4110 ve 4630 sayılı Kanun’larla değişik FSEK’in 23. Maddesine göre, “*Bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtmak hakkı münhasıran eser sahibine aittir.*”⁷⁵⁹ Yayma hakkı FSEK Madde 80’de, eser sahibinden başka, eseri işleyene, icracılara, yapımcılara, radyo-televizyon kuruluşlarına da tanınmıştır.⁷⁶⁰

4630 sayılı Kanun’la FSEK’te yapılan değişikliklerle, “*eserin ticari gaye ile tedavüle konulması*” şeklindeki ifade Kanun’dan çıkarılmış ve tereddüt yaratabilecek bu durum, ortadan kaldırılmıştır. Mevcut düzenleme içinde, eserin ticari amaçlı olmasa da dolaşıma çıkarılmasının, yayma hakkını ihlal edeceği açıktır.

Eser sahibinin yayma hakkı, eserin kopyalarının ilk kez satılması, piyasaya sürülmesine ilişkindir. Eser bir kez hak sahibi tarafından dolaşıma çıkarıldıktan sonra, söz konusu kopyaların sonraki satım ve dolaşımına engel olmak mümkün değildir. Doktrinde

⁷⁵⁵ m. 57/2: Bir güzel sanat eseri üzerinde çoğaltma hakkını haiz olan bir kimseden kalıp ve sair çoğaltma aletlerinin zilyedliğini iktisap eden kimse, aksi kararlaştırılmamışsa, çoğaltma hakkını da iktisap etmiş sayılır.

⁷⁵⁶ Bkz. Bölüm 4.4.3

⁷⁵⁷ Genel olarak bkz. Tekinalp, s.174-180

⁷⁵⁸ Fransa ve Belçika hukuklarından örnek için Bkz. Ateş, s.170, dipnot 367

⁷⁵⁹ Karş. Bern Kon. M. 4/1: Edebiyat ve Sanat Eseri Sahipleri) Eserlerinin sinematografik uyarlaması ve çoğaltılması ve bu şekilde uyarlanan ve çoğaltılan eserlerin dağıtımında, ii) Bu şekilde uyarlanan ve çoğaltılan eserlerin umuma arzına ve temsiline, izin verme hususunda inhisari hak sahibidir.

⁷⁶⁰ Eserin internet ortamında kullanıma sunulması, FSEK 23 anlamında yayma hakkı kapsamına girmez. Bu tip eylemler aşağıda incelenecek olan m. 25’de yer alan “kamuya iletim hakkı” çerçevesinde değerlendirilmelidir.

“tükenme ilkesi” veya “ilk satış prensibi” olarak ifade edilen bu husus, FSEK Madde 23/2’de düzenlenmiştir.⁷⁶¹ Buna göre “*kiralama ve kamuya ödünç verme yetkisi eser sahibinde kalmak kaydıyla, belirli nüshaların hak sahibinin yayma hakkını kullanması sonucu mülkiyeti devredilerek ülke sınırları içinde ilk satışı veya dağıtım yapıldıktan sonra bunların yeniden satışı eser sahibine tanınan yayma hakkını ihlal etmez.*” Görüldüğü gibi tükenme prensibi eserin kiralınması ve kamuya ödünç verme haklarını sona erdirmez. Eserin hukuka uygun bir kopyasını satın alanlar, tükenme prensibine dayanarak, onu kiralayamaz veya ödünç veremez.⁷⁶² Bu noktada, Türk Hukukunda elektronik kopyalar bakımından bir kayıt getirilmemiş olması bir eksikliklerdir.⁷⁶³

Yayma ve çoğaltma kavramları arasındaki yakın bir ilişki söz konusudur. Hatta zaman zaman, birinin diğeri zorunlu olarak kapsadığı görülür. Bu sebeple yayma hakkının devri, işin mahiyetine uygun düştüğü ölçüde çoğaltma hakkını da içerir. Bu noktada, kimi hukuk sistemlerinde yayma ve çoğaltma hakkının ayrı düzenlenmemesinin mantığı daha iyi anlaşılabilir. Çoğaltılan nüshaları piyasaya sürme imkânı bulunmadığı bir durumda, çoğaltma yetkisinin ekonomik bir anlamı olamaz. Nitekim, Türk Borçlar Kanununun (BK) 372 vd. Maddelerinde düzenleme alanı bulan yayma hakkının devrine ilişkin “yayın(neşir) sözleşmesi”, eserin çoğaltılmak suretiyle yayımlanmasını konu alır. Sadece eserin matbaada bastırılması yayın sözleşmesi değildir. Eserin yabancı bir dile çevrilmesine izin veren sözleşmenin de işin mahiyeti icabı, çevrinin dili olan ülkede yayma hakkını içerdiği düşünölmelidir.⁷⁶⁴

4.4.2.4. Temsil Hakkı

Eserin kamuya ulaştırılması, “maddi” ve “maddi olmayan” şeklinde bir ayrıma tabi tutulabilir ve yukarıda belirtilen, *çoğaltmaya dayalı haklar* şeklindeki yaklaşım da, aynı ayrıma işaret eder. Çoğaltmaya dayalı haklar eserin “maddi” sunumudur. Eserin

⁷⁶¹ Bu konuda genel olarak bkz. Adem Aslan, a.g.e.

⁷⁶² Ateş, s.175 ve 411 vd. ; Tekinalp, s.178-179

⁷⁶³ Bkz. 3.4.4.2.2. Karş. WCT m.6/2

⁷⁶⁴ Ateş, s.177 ; Erel, s.145 ; Daha detaylı bilgi için bkz. Engin Erdil, “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler”, İstanbul, Beta Yayınevi, 2003

temsili ise, “maddi olmayan” tarzda kamuya sunumuna örnektir.⁷⁶⁵ Burada önemli husus, eserden faydalanmanın, temsil süresi ve yeriyle sınırlı, yani geçici nitelikte olmasıdır. Temsil, eserin doğrudan duyu organlarına hitap edecek şekilde kamuya sunulmasıdır.⁷⁶⁶ Bir edebiyat eserinin kamu önünde okunması, bir müzik eserinin canlı olarak veya kayıttan kamuya açık şekilde çalınması, bir drama eserinin sahneye konulması temsil hakkının kullanılmasına örnektir. Kamuya sunulma kavramı içindeki “kamu”, gerçek veya potansiyel bir topluluğu ifade eder. Konseri dinlemeye hiç kimse gelmese de, temsil gerçekleşmiş olur.⁷⁶⁷

Temsil hakkı FSEK Madde 24’de düzenlenmiştir. Buna göre, *bir eserden, doğrudan doğruya yahut işaret, ses veya resim nakline yarayan aletlerle umumi mahallerde okumak, çalmak, oynamak ve göstermek gibi temsil suretiyle faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir.* Buna göre temsil ikiye ayrılmıştır. Doğrudan temsil, eserin canlı performansla icra edilmesidir. Dolaylı temsil ise Kanun’da belirtildiği üzere *işaret, ses veya resim nakline yarayan CD, kaset vb. formatlarda kaydedilmiş eserin kamuya sunulmasıdır.* Doğrudan temsil şeklindeki konserin, ses aktarmaya yarayan teknolojiler yoluyla başka bir yerde dinletilmesi dolaylı temsile girer.⁷⁶⁸

Temsil hakkı, ilim ve edebiyat eserlerinin kamuya açık yerlerde okunması (*right of public recitation*) yetkisini de içerir.⁷⁶⁹ Yazılı hale gelmese de konferans, ders, söylev gibi sözlü düşünce ifadelerinin tekrar okunması veya dinletilmesi temsil hakkı kapsamındadır. Temsil hakkı çerçevesindeki bir başka yetki, yine FSEK Madde 24/1’de, *çalınmak, oynamak suretiyle* faydalanma şeklinde ifade edilen, seslendirme ve sahnelemedir. Burada söz konusu olan müzik ve drama eserleridir. FSEK ayrıca yine Madde 24/1’de, *göstermek* suretiyle faydalanma hakkını da, eser sahibinin münhasır hakkı olarak belirlemiştir. Burada

⁷⁶⁵ Aynı yönde bkz. Ateş, s.177

⁷⁶⁶ Ayiter, s.136 ; Erel, s.150

⁷⁶⁷ Ateş, s. 179

⁷⁶⁸ FSEK m. 24/2: Temsilin umuma arz edilmek üzere vukubulduğu mahalden başka bir yere herhangi bir teknik vasıta ile nakli de eser sahibine aittir.

⁷⁶⁹ FSEK m. 24/1

anlatılmak istenen bir güzel sanat eserinin doğrudan izleyiciye sunulmasıdır. Resim, heykel gibi eserlerin sergi galeri ve meydanlarda kamuya teşhiri, bu kapsamdadır.

Performansın, gerçekleştiği yerden başka bir yere teknik yönetmelerle nakledilerek kamuya sunulması FSEK Madde 24/2’de düzenlenmiştir. Buna “temsilin nakli yetkisi” adı verilmektedir. Bir konserin televizyondan veya internet üzerinden aktarımı buna örnektir. Ancak bir sinema eserinin kamuya gösterimi doğrudan temsil kabul edilir.⁷⁷⁰

Temsil hakkının devri, aksine bir anlaşma olmaması durumunda sadece doğrudan temsili kapsar. Örneğin bir müzik eserinin konserde çalınmasına izin veren besteci, konser kaydının televizyonda yayımlanmasına da izin vermiş sayılamaz.⁷⁷¹ Ancak belirtmek gerekir ki, devrin bir bedel karşılığı yapıldığı hallerde meseleye, menfaatler dengesi gözetilerek yaklaşmak uygun olacaktır. İvazlı bir sözleşmede taraf iradeleri dikkate alınmalı ve kuralın katı uygulamasının, devredilen hakkı anlamsız hale getirmesi engellenmelidir.

4.4.2.5. Kamuya iletim hakkı

Yukarıda WCT Andlaşması Madde 8 çerçevesinde ele alınan kamuya iletim hakkı Türk Hukukuna, FSEK’te 4630 sayılı Kanun’la yapılan değişiklik sonrası girmiştir. 25. Maddenin “Radyo ile yayım” şeklindeki başlığı “İşaret, Ses ve/veya Görüntü Nakline Yarayan Araçlarla Umuma İletim Hakkı” şeklinde değiştirilmiş ve eser sahibine “*eserinin aslı ya da çoğaltılmış nüshalarının telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma dağıtılmasına veya sunulmasına ve gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda eserine erişimini sağlamak suretiyle umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak hakkı*” tanınmıştır.⁷⁷² Böylelikle Türk Hukukunda, WCT. Madde 8, WPPT. Madde 10,14 ve 2001/29 sayılı AB Telif Hakları Direktifi Madde 3 ile uyumlu şekilde, “kamuya iletim

⁷⁷⁰ Ateş s.183 ; Arslanlı, s.106 ; Ayiter, s.137

⁷⁷¹ Ateş, s.184, dipnot 412

⁷⁷² FSEK m. 80’de 4630 sayılı kanunla yapılan değişiklikle kamuya iletim hakkı, bağlantılı hak sahipleri için de tanınmıştır.

hakkına” yer verilmiştir.⁷⁷³ FSEK Madde 25’in lafzına bakıldığında, WIPO Andlaşmaları’nın dikkate alındığı görülür.⁷⁷⁴

FSEK Madde 25 ile getirilen düzenlemeye bakıldığında, Diplomatik Konferansta WCT Madde 8 çerçevesindeki tartışmaların, Türk Hukuku bakımından da geçerli olduğu görülür. 4630 sayılı Kanun’dan sonraki haliyle Madde 25’in, temsil ve çoğaltma haklarıyla çakışan yönleri olduğu söylenebilir. Madde 24/2’de düzenlenen dolaylı temsil hakkı, buna örnektir. Aynı şekilde 25. Maddenin 3. fıkrasındaki, “*Bu madde ile düzenlenen umuma iletim yoluyla eserlerin dağıtım ve sunumu eser sahibinin yayma hakkını ihlal etmez*” hükmüyle, yayma hakkı bakımından bir belirsizlik söz konusu olabileceği, yasanın hazırlayıcıları tarafından da kabul edilmiştir.⁷⁷⁵

Maddenin 1. fıkrası “*eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, radyo-televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla veya dijital iletim de dâhil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla yayınlanması ve yayınlanan eserlerin bu kuruluşların yayınlarından alınarak başka yayın kuruluşları tarafından yeniden yayınlanması*” ifadesiyle, yayın kuruluşları tarafından yapılacak kamuya iletimi düzenlemiştir. İkinci fıkra ise WCT Madde 8 ile uyumlu olarak, “*eserin aslı ya da çoğaltılmış nüshalarının telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma dağıtılmasına veya sunulmasına ve gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda esere erişim sağlamak suretiyle umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak hakkına*” yer verir.

Söz konusu hükümlerle Türk Hukuku da, esere erişim sağlamayı, tartışmasız ve her türlü faaliyeti kapsar şekilde, eser sahibine münhasır bir hak olarak tanımlamıştır. *Gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda esere erişim* şeklindeki ifade, internet üzerindeki faaliyetleri tanımlar.⁷⁷⁶ Ancak belirtmek gerekir ki, bu durum kullanıcı açısından bir erişim

⁷⁷³ Türkekul, s. 47 ; Ayrıca 4630 sayılı Kanun’dan önceki durum için bkz. Erel, s.163 vd.

⁷⁷⁴ 2001/29 sayılı Direktifin 3. Maddesi de WIPO düzenlemelerinin bir tekrarıdır.

⁷⁷⁵ 3. fıkranın, 23. m. içinde yer almasının, kanun tekniği bakımından daha uygun olacağı yönünde bkz. Ateş, s.190. Nitekim WCT, yayın konusunu 6. Maddede ayrı olarak düzenlemiştir.

⁷⁷⁶ Bkz. Ateş, s.193

engeli anlamına gelmez. Diğer deyişle, kullanıcıların eseri izinsiz kullanmama gibi genel bir yükümlülükleri yoktur.

4.4.3. Bağlantılı Haklar

Bağlantılı haklar, FSEK'in 6. Bölümünde "Eser Sahibinin Hakları ile Bağlantılı Haklar" başlığı altında 80. Maddede (Değişik Madde:7.6.1995–4110/26 ve 03/03/2001-4630/32.md.) düzenlenmiştir. Söz konusu Maddenin 1.fıkrasında; “*Eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek kaydıyla ve eser sahibinin izniyle bir eseri özgün bir biçimde yorumlayan, tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan ve çeşitli biçimlerde icra eden sanatçıların, bir icra ürünü olan veya sair sesleri ilk defa tespit eden fonogram yapımcıları ile radyo-televizyon kuruluşlarının aşağıda belirtilen komşu hakları vardır.*” ifadesine yer verilmiştir. Bağlantılı haklar Türk Hukukuna 4110 sayılı Kanun’la girmiştir. 4110 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmasını göstermek amacıyla 16.11.1997 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren “Eser Sahibinin Haklarına Komşu Haklar Yönetmeliği’nin "Tanımlar" başlıklı 4. Maddesinde “komşu hak”, “*eser sahibinin haklarına zarar vermeden ve onun rızası ile bir eseri özgün biçimde icra eden veya icrasına katılan, bir icrayı ya da sesleri ilk defa tespit eden, yayınlayan gerçek ya da tüzel kişilerin münhasıran sahip oldukları; icrayı tespit etme, çoğaltma, kiralama, telli telsiz her tür araçla yayınlama ve kamuya açık yerlerde temsil suretiyle bundan faydalanma hakları*” şeklinde tanımlanmıştır. Bağlantılı haklar 4630 sayılı Kanun’la tekrar önemli değişikliğe uğramış ve “komşu hak” terimi yerine üst başlık olarak “bağlantılı hak” terimi gelmiştir.⁷⁷⁷ Bugün için “komşu hak” terimi, “bağlantılı haklar” üst başlığının altında yer almaktadır.⁷⁷⁸ FSEK Madde 80, “bağlantılı hak” başlığı altında 1) Eser sahibinin haklarına komşu haklar ve 2) Film yapımcılarının hakları, şeklinde iki kategoride düzenlemiştir. Komşu haklar da

⁷⁷⁷ Bağlantılı hak” ve “komşu hak” terimleri uluslararası literatürde birbirinin yerine kullanılmaktadır. Bu yönde bkz. Ateş, s.213, dipnot 526 ; Ayrıca Azra Arkan , “Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar”, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005, s.37 vd.

⁷⁷⁸ Böyle bir düzenlemenin kavram karışıklığı yaratacağı yönünde bkz. Ateş, s.212

kendi içinde a) İcracı sanatçılar, b) Fonogram yapımcıları, c) Radyo-televizyon kuruluşlarının hakları olarak ayrılmaktadır.⁷⁷⁹

80. Madde bugünkü şeklini 4630 sayılı Kanun’la geçirdiği değişiklikten sonra almıştır. 4630 sayılı Kanunun gerekçesine bakıldığında, 92/100 sayılı AB Direktifi’ne uyum amacı tespit edilebilir. Buna ek olarak Komisyon gerekçesinde, WPPT Anlaşmasının dikkate alındığı vurgulanmıştır.⁷⁸⁰

4.4.3.1. İcracı Sanatçıların Hakları

İcracı sanatçı FSEK Madde 80’de “*Eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek kaydıyla ve eser sahibinin izniyle bir eseri özgün bir biçimde yorumlayan, tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan ve çeşitli biçimlerde icra eden sanatçılar*” şeklinde tanımlanmıştır.⁷⁸¹ Yukarıda bağlantılı hak kavramıyla ilgili genel açıklamalarda belirtildiği üzere, özellikle kıta-Avrupası hukukunda, bağlantılı haklar, eser sahibi hakkının türevi kabul edilir.⁷⁸² Bu nedenle icracılara tanınan yetkilerle, eser sahibine tanınan yetkiler eşit değildir.⁷⁸³ İcracı sanatçı hakları, her eser türüne göre ayrı düzenlenir. Güzel sanat eserleri bu anlamda, “icra edilebilir” nitelikte değildir.

Bir kimsenin kendi eserini icra etmesi durumunda eser sahibi olarak korunacağından, icracı sanatçılara ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı kabul edilebilir.⁷⁸⁴ Ancak eser sahibinin icrasının ayrı değerlendirilmesi gereken haller de olabileceği düşünülmelidir. Sonuç olarak icra, zorunlu olarak başka bir eserin temsilidir. Başka bir eserden türemiştir, fakat hukuken korunması gerekli bir menfaattir. Akla gelen bir olasılık, eser sahibinin eser üzerindeki mali haklarını tamamen üçüncü bir kişiye devrettikten sonra, eseri ticari amaçla icra etmesidir.

⁷⁷⁹ Bağlantılı hakların tarihsel kökeni ve gelişimiyle ilgili bkz. Sterling, s.72-76

⁷⁸⁰ T.B.M.M. (S. Sayısı: 402) Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı ve Millî Eğitim, Kültür, Gençlik ve Spor Komisyonu Raporu (1/538), 15.09.1999

⁷⁸¹ karşı. WPPT m. 2/a

⁷⁸² Arkan, s.31

⁷⁸³ Ateş, s.215 ; Ayiter, s.77

⁷⁸⁴ Ateş, s. 216

İcracı sanatçıların “manevi hakları”, FSEK Madde 80/A-1’de “*İcracı sanatçılar, mali haklardan bağımsız olarak ve bu hakları devretmelerinden sonra dahi, tespit edilmiş icraları ile ilgili olarak uygulama şartlarının gerektirdiği durumlar hariç, icralarının sahibi olarak tanıtılmalarını ve icralarının kendi itibarlarını zedeleyebilecek şekilde tahrif edilmesi ve bozulmasının önlenmesini talep etme hakkına sahiptirler.*” şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi icracı sanatçılara eseri kamuya açıklama yetkisi tanınmamıştır. Bağlantılı haklara ilişkin Roma Konvansiyonu’nda manevi haklar yer almaz. Bu eksiklik WPPT bünyesinde 5. Madde ile giderilmiştir. Madde 80’deki düzenleme WPPT ile uyumludur ancak Türk düzenlemesi canlı icraları kapsamamaktadır. Türkiye WPPT Andlaşması’na üye olurken bağlantılı haklarda, manevi haklara ilişkin tekrar, değişiklik yapması gerekecektir.⁷⁸⁵

İcracı sanatçıların “mali hakları,” FSEK Madde 80/A-2’ye göre *icranın tespit edilmesi, bu tespitin çoğaltılması, satılması, dağıtılması, kiralanması ve ödünç verilmesi, işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletimi ve yeniden iletimi ve temsiline izin verme veya yasaklama yetkileridir.* Madde 80/A-3 uyarınca, “*İcracı sanatçı, yurt içinde henüz satışa çıkmamış veya başka yollarla dağıtılmamış tespit edilmiş icralarının, aslı veya çoğaltılmış nüshalarının satış yoluyla veya diğer yollarla dağıtılması hususunda izin verme veya yasaklama hakkına sahiptir.*” Madde 80/A-4 internet ve diğer telekomünikasyon araçlarıyla kamuya iletimi düzenlemektedir. Buna göre, “*İcracı sanatçı, tespit edilmiş icrasının veya çoğaltılmış nüshalarının telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma dağıtımına veya sunulmasına ve gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda icrasına ulaşılmasını sağlamak suretiyle umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak hakkına sahiptir. Umuma iletim yoluyla, icraların dağıtım ve sunulması icracı sanatçının yayma hakkını ihlal etmez.*” Bu düzenlemeler WPPT ile uyumludur.

İcracı sanatçı, komşu hakları aslen kazanır.⁷⁸⁶ Ancak komşu haklar , *eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek kaydıyla* tanınmıştır. FSEK, veya ilgili

⁷⁸⁵ WPPT Andlaşmasından farklı olarak FSEK, canlı icraları manevi hakların dışında tutmuştur. Bkz. Ateş, s.217

⁷⁸⁶ Arkan, s.33

Yönetmelikte eser sahibi ve bağlantılı hak sahipleri arasındaki ilişkiyi açıklayan başkaca hüküm yoktur.⁷⁸⁷ Mesele, menfaatler dengesi ve işin mahiyetine bakılarak yargı makamlarınca çözülecektir. Eserin icrası, eser sahibinin iznini gerektirir. Bu iznin kapsamını, eser sahibi ve icracı arasındaki sözleşme belirler. Sözleşmede açıklık bulunmayan hallerde işin mahiyeti esas alınarak, amaca uygun hakları, icracıya devredilmiş saymak akla gelse de, FSEK Madde 52 karşısında bu imkân çok sınırlıdır. Madde 52 uyarınca, *mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır*. Ancak yine de sözgelimi, şiirinin bestelenmesine izin veren şair, bestecinin eseri icra etmesine de izin vermiş sayılacaktır. Madde 52'nin doğru yorumu bunu gerektirir. Ancak eserin tespiti, radyo-televizyonda dolaylı temsili gibi hakların devredilip devredilmediği sözleşmeye göre belirlenir. Sözleşmede açıklık yoksa, devredilen haktan faydalanmak için mutlak surette gerekli olanlar dışındaki mali hakların, devredilmediği kabul edilmelidir.⁷⁸⁸

4.4.3.2. Fonogram Yapımcısının Hakları

FSEK Madde 80/B uyarınca, *bir icra ürünü olan veya sair sesleri ilk defa tespit eden fonogram yapımcıları eser sahibinden ve icracı sanatçıdan mali hakları kullanma yetkisini devraldıktan sonra, maddenin devamındaki hakları kullanabilir*. FSEK Madde 1/B(f) bendinde fonogram, *sinema eseri gibi görsel-işitsel eserler içindeki ses tespitleri hariç olmak üzere, bir icrada yer alan seslerin veya diğer seslerin veya ses temsillerinin tespit edildiği ses taşıyıcısı fiziki ortam* olarak tanımlanmıştır. Fonogram yapımcısı, ses kaydını gerçekleştiren ve kaset, CD gibi formatlarda üretimini sağlayan gerçek veya tüzel kişilerdir. Kanun *sair sesler* ifadesi ile, beste ve eser niteliği taşımayan, doğal ses veya ortam sesleri gibi, her türlü ses kaydına koruma sağlamıştır.⁷⁸⁹

Fonogram yapımcısının hakkı, eserin ve/veya icranın ilk kez kaydına ve bu kayıttan ekonomik faydalanmaya ilişkindir. Yapımcının hakkı, eser sahibinin ve/veya

⁷⁸⁷ Ateş, s.220

⁷⁸⁸ Daha fazla bilgi için bkz. Arkan, s.88-89

⁷⁸⁹ Arkan, s.129 vd.

icracının iznine bağılı, sınırlı, ancak aslen kazanılan bir haktır. Bu aslen kazanma, tespit edilen sesin eser niteliğı taşımadığı, doğal ses kaydı gibi bir durumda daha da belirgindir.

Yapımcı hakkının temelde, yapılan yatırım karşılığında tanınmış, ekonomik bir yetki olması, manevi haklar içermemesi sonucunu doğurur.⁷⁹⁰ Ancak FSEK’te fonogram yapımcısına, *adın belirtilmesi* hakkı tanınmaması bir eksikliktir. Çünkü, yapımcılara manevi haklar tanınmasa da, fonogram kopyaları üzerinde adlarının/unvanlarının yer alması Roma Konvansiyonu’nun 11 ve 12. Maddelerinde düzenlenmiştir.⁷⁹¹

Eser sahibinin ve/veya icracı sanatçının izniyle ses kaydını gerçekleştiren fonogram yapımcıları, eser sahibine hakkına paralel şekilde düzenlenmiş, FSEK’in 80/B Maddesindeki yetkileri kullanır.⁷⁹² Madde 52, fonogram yapımcılarıyla icracı sanatçılar veya eser sahipleri arasında yapılacak sözleşmeler bakımından da geçerlidir.

4.4.3.3. Radyo-Televizyon Kuruluşlarının Hakları

Bu hak grubu 4110 sayılı Kanun’la Türk Hukukuna girmiştir. Radyo-televizyon kuruluşları, 3984 sayılı Radyo-Televizyon Kuruluş ve Yayınları hakkında kanunda düzenlenmiştir. FSEK Madde 80–82 arasındaysa, radyo-televizyon kuruluşlarının komşu hak sahipliğı yer alır. Burada hak konusu olabilecek unsurlar eser, eserin icrası veya tespit edilmiş hali olabilir. Genel olarak “yayın” şeklinde tanımlanan bu ürünlerden ne

⁷⁹⁰ *ibid.* 145

⁷⁹¹ Ateş, s.226

⁷⁹²(1) Eser sahibinin ve icracı sanatçının izni ile yapılan tespitin, doğrudan veya dolaylı olarak çoğaltılması, dağıtılması, satılması, kiralanması ve kamuya ödünç verilmesi hususlarında izin verme veya yasaklama hakları münhasıran fonogram yapımcısına aittir. Yapımcılar tespitlerinin işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletimine ve yeniden iletimine izin verme hususunda münhasıran hak sahibidir.

(2) Fonogram yapımcısı, yurt içinde henüz satışa çıkmamış veya başka yollarla dağıtılmamış tespitlerinin aslının veya çoğaltılmış nüshalarının satış yoluyla veya diğer yollarla dağıtılması hususunda izin verme ve yasaklama hakkına sahiptir.

(3) Fonogram yapımcısı, icraların tespitlerinin telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma dağıtılmasına veya sunulmasına ve gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda tespitlerine ulaşılmasını sağlamak suretiyle umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak hakkına sahiptir. Umuma iletim yoluyla tespitlerin dağıtım ve sunulması yapımcının yayma hakkını ihlal etmez.

anlaşılacağı, Roma Konvansiyonu Madde 3(f)'de ve WPPT Madde 2(f)'de açıklanmıştır.⁷⁹³

Tüzel kişi statüsündeki radyo-televizyon kuruluşları, organları veya çalıştırdıkları kişiler tarafından meydana getirilen eser, icra, tespit ve sözleşme ile üçüncü kişilerden yayın hakkını devraldıkları programlar üzerinde, FSEK Madde 80/C uyarınca, a) bu yayınların tespiti, b) söz konusu tespitlerin çoğaltılması, c) telli ve telsiz her türlü araçla yeniden yayınlanması, d) bir bedel karşılığı kamuya sunulması, konularında yetkilidirler.⁷⁹⁴

4.4.3.4. Film Yapımcısının hakları

Türk Hukukunda film yapımcısı haklarının, 4110 sayılı Kanun'dan önce de, eser sahibi hakkı kapsamında olduğu kabul edilmekteydi. Eser sahipliğini düzenleyen 8. Maddenin 4. fıkrasındaki “*Bir sinema eserinin sahibi onu imal ettirendir.*” düzenlemesiyle kesin bir kanuni karine yaratılmıştı.⁷⁹⁵ 4110 sayılı Kanun bu düzenlemeyi kaldırarak, sinematografik eserlerin sahipliğinin, yönetmen, özgün müzik bestecisi ve senaryo yazarına ait olduğunu hükme bağlamıştır. Bir başka deyişle, yapımcının eser sahipliği statüsü son bulmuştur. Bunu teyiden FSEK Madde 18 fıkra 3, “*Bir eserin yapımcısı veya yayımcısı, ancak eserin sahibi ile yapacağı sözleşmeye göre mali hakları kullanabilir.*” ve 80. Maddenin 2. bendi, “*Filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcısı, eser sahibinden ve icracı sanatçıdan mali hakları kullanma yetkisini devraldıktan sonra aşağıda belirtilen haklara sahiptir.*” ifadelerine yer vermiştir. FSEK'te yer alan bu değişiklikler 92/100 sayılı AB Direktifi ile uyumludur.⁷⁹⁶

4630 sayılı Kanun'la FSEK'te getirilen değişiklikler film yapımcısı hakkını, bağlantılı hak grubu içinde yeniden düzenlemiştir. “Film yapımcısı” hukuki bir terim olarak FSEK içinde yer almaz. Ancak Kanun'da “*filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film*

⁷⁹³ Ateş, s.229-230

⁷⁹⁴ *ibid.* s.231

⁷⁹⁵ *ibid.* s.232

⁷⁹⁶ Direktif AB üyesi ülkelerde bağlantılı haklar konusunda uyum sağlamak için çıkarılmıştır. Arkan, s.200 vd.

yapımcısı” ifadesine yer verilmiştir.⁷⁹⁷ FSEK Madde 1/B’de ise “tespit”, “seslerin veya ses temsillerinin veya ses ve görüntülerin anlaşılabilir, çoğaltılabilir veya iletilebilecek şekilde bir araca kaydedilmesi işlemi” olarak tanımlanmıştır. Buna göre, yapımcı filmi gerçekleştirmek üzere ticari risk alan girişimci, gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder. Daha önce tespit edilmiş bir görüntünün çoğaltılması, film yapımcısı hakkı doğurmaz. FSEK Madde 80 hükmü ile “Bir sinema eserinde, olağan şekilde adı bulunan gerçek veya tüzel kişi aksine bir kanıt bulunmadıkça filmin ilk tespitini gerçekleştiren yapımcı olarak kabul edilir.” şeklinde adi karine getirilmiştir.

Film yapımcısı hakkı, niteliği bakımından fonogram yapımcıları için tanınan haklarla benzerlik gösterir. Her iki grup hak da, girişimcinin üstlendiği ticari riskin karşılığıdır. Burada amaç, eğlence ve kültür endüstrisine yapılan yatırımı korumaktır. Yukarıda fonogram yapımcıları için belirtilen aslen kazanma, burada da geçerlidir. FSEK Madde 80/2’de film yapımcılarına, Madde 80/B’de fonogram yapımcıları için tanınan yetkilere, paralel haklar sağlanmıştır.

Bir eserin film olarak tespit edilebilmesi için, eser sahibinin veya icracı sanatçının izni gerekir. Buna uyularak yapılan tespit, çoğaltılması, her tür yöntemle satılması ve dağıtılması(yayılmaması), kiralanması ve kamuya ödünç verilmesi, işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletimi ve yeniden iletimi, yurt içinde henüz satışa çıkmamış veya başka yollarla dağıtılmamış film tespitlerinin aslının veya çoğaltılmış nüshalarının satış yoluyla veya diğer yollarla dağıtılması, telli/telsiz araçlarla ve diğer yollarla kamuya iletimi; yapımcı haklarını oluşturur.⁷⁹⁸

⁷⁹⁷ FSEK m. 80, 2. bent

⁷⁹⁸ *ibid.* s.236

4.4.4. Türk Hukukunda Eser Sahibi Hakkına Getirilen Sınırlama ve İstisnalar

Kimi hukuk sistemlerinde olduğu gibi Türk Hukukunda da, fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar Anayasal güvenceye sahiptir.⁷⁹⁹ Eser sahibi hakkına ve bağlantılı haklara getirilecek sınırlamaların kanunla düzenlenmesi gerekir. FSEK Madde 30–47 arasında düzenlenen sınırlamalar Kanun’daki terminolojiyle, “**amme intizamı** (kamu düzeni), “**genel menfaat**”, “**hususî menfaat**”, “**hükümete tanınan yetkiler**” olarak dört grupta ele alınabilir. Ancak “hükümete tanınan yetkiler” başlığı altındaki düzenlemelerin tamamının, eser sahibi hakkını sınırlayıcı nitelikte olduğu söylenemez.⁸⁰⁰ Buna karşılık, eser sahibi hakkının geçerli olduğu **süreler**, FSEK’te **mali haklara** ilişkin kısımda düzenlenmiştir.⁸⁰¹

Türk Hukukunda koruma süreleri⁸⁰² 4110 sayılı Kanun’la AB mevzuatı çerçevesinde düzenlenmiş ve 4630 sayılı Kanun’la koruma süresi genel olarak, AB mevzuatına uyumlu şekilde 50 yıldan 70 yıla çıkarılmıştır. FSEK Madde 26 uyarınca “*Eser sahibine tanınan mali haklar zamanla mukayyettir (sınırlıdır). 46 ve 47 nci maddelerdeki haller dışında koruma süresinin bitiminden sonra herkes, eser sahibine tanınan mali haklardan faydalanabilir.*” FSEK Madde 27 ise koruma süresini, *eser sahibinin yaşadığı müddetçe ve ölümünden itibaren 70 yıl* şeklinde hükme bağlamıştır. Madde 27 fıkra 2’ye göre, *sahibinin ölümünden sonra alenileşen eserlerde koruma süresi ölüm tarihinden sonra 70 yıldır. İlk eser sahibi tüzelkişi ise, koruma süresi aleniyet tarihinden itibaren 70 yıldır* (FSEK 27/son). Bağlantılı haklar bakımından da Madde 82 uyarınca, 70 yıllık koruma süresi geçerlidir. Ancak bu süre *icranın ilk tespitinin yapıldığı tarihten başlayarak, yetmiş*

⁷⁹⁹ A.Y. m. 26-30 ; ABD Anayasası da telif hakkını güvence altına alır. U.S. Constitution (ABD Anayasası) Article 1, Section 8, Clause 8: [The Congress shall have Power...] *To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries*

⁸⁰⁰ m. 42’deki meslek birliklerine ilişkin düzenleme buna örnektir.

⁸⁰¹ Aynı şekilde m. 45 düzenlenen pay ve takip hakkı da sınırlayıcı değil eser sahibi hakkını genişletici niteliktedir. Bkz. Ateş, s.240

⁸⁰² İlk süre 1872 Nizamnamesiyle 45 yıl olarak belirlenmiştir. 1910 tarihli Kanun’da süre 30 yıldır. Bir sınırlama olarak eser sahibi hakkının belli süre son bulması burada incelenmemiş; genel açıklamalar içinde FSEK bakımından, eser sahibi hakkının süreyle sınırlı olduğu belirtilmekle yetinilmiştir. FSEK’te, sınırlamalar arasında değil mali haklara ilişkin Bölümde düzenlendiği için süreyle sınırlılığı, ayrı ve bağımsız bir sınırlama türü olarak görülenler de vardır. Bkz. *ibid.* s.240

yıl devam eder. Aynı şekilde film, fonogram yapımcılarının ve radyo-televizyon kuruluşlarının hakları, ilk tespitin veya ilk yayının yapıldığı tarihten başlayarak 70 yıldır. Türk Hukukunda bağlantılı haklar için daha kısa bir süre öngörülmemesi eleştirilmiştir.⁸⁰³

4.4.4.1. Kamusal Düşüncelerle Yapılan Sınırlamalar

Eser sahibi hakkına ve bağlantılı haklara kamusal mülahazalarla sınırlamalar FSEK Madde 30–37 hükümlerinde düzenlenmiştir. Madde 30, doğrudan kamu düzenini ilgilendiren, adli ve resmi işlemlerin selameti için sınırlamalar getirmiştir. Buradaki düzenlemenin özelliği, eser sahibinin, eser üzerindeki hakkını kullanmasını yasaklaması veya denetime tabi tutmasıdır. “Genel menfaat mülahazasıyla” başlığı altında 31–37. Maddelerde, “kamu yararına” sınırlamalar öngörülmüştür.

4.4.4.1.1. Genel menfaat (Kamu Yararı)

Eser üzerinde üçüncü kişilere tam yararlanma yetkisi veren tek sınırlama FSEK 31. Madde hükmüdür. Buna göre, “*Resmen yayımlanan veya ilan olunan kanun, tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge ve kazai kararların çoğaltılması, yayılması, işlenmesi veya her hangi bir suretle bunlardan faydalanma serbesttir.*” Hükmün amacı, bireylerin ülkede geçerli hukuki mevzuata engelsiz şekilde ulaşabilmelerini sağlamaktır. Yasama, yargı ve yürütme organlarınca meydana getirilen metinlerin bir kısmı eser niteliği taşımazken, mahkeme kararları ve kanun gerekçeleri eser sayılmak için tüm şartları haizdir. Anlaşılmaktadır ki, FSEK bu tür metinler üzerinde devlet lehine eser sahibi hakkı doğacağını kabul etmiş ancak bu hakkı, bütünüyle kamu lehine sınırlamıştır.⁸⁰⁴ Maddenin kapsamı, devlet kurumlarınca yayımlanan her tür rapor ve benzeri belgeleri içerecek kadar geniş tutulamaz.⁸⁰⁵ Mahkeme kararlarının, ayrıca yayımlanmalarına gerek olmaksızın aleniyet kazanmaları sonucu, herkesçe kullanılabilir serbesttir. Mahkeme kararlarının veya düzenleyici metinlerin yayımlandığı çalışmalar, sahibinin asgari bir katkısını ortaya koyan

⁸⁰³ Ateş, s.265

⁸⁰⁴ Berne Kon. m. 2/4 bu hususu üye devletlere bırakmıştır.

⁸⁰⁵ Bkz. Ateş, s. 279

belirli bir amaç ve sistematik içinde hazırlanmışlarsa FSEK Madde 6/7 kapsamında derleme eser kabul edilebilir.⁸⁰⁶

Kamunun veya devletin hak sahibi olduğu başkaca eserler de vardır. Kamusal mimari, devlet kuruluşlarının yayımladığı raporlar gibi eserlerin, manevi hakları gerçek kişi yaratıcılarda olsa da, mali hakları devlete aittir. Burada bireylerin yararlanma serbestisi, değişik eser tiplerine göre farklı değerlendirilmelidir. Ancak her durumda, Madde 31'deki gibi sınırsız bir yararlanma düşünülemez. Bu tip eserlerin üçüncü kişiler tarafından çoğaltılması, yayılması veya temsili yoluyla serbestçe ticaret mevkiine konulması mümkün değildir. Bu tip eserlerden yararlanma prensip olarak genel hükümlere tabidir. İlgili kamu tüzel kişilerinin izni gerekir.⁸⁰⁷

FSEK Madde 46,⁸⁰⁸ devletin elinde bulunan koruma süresi geçmiş ve alenileşmemiş eserlere ilişkin olarak bir tüzük yayımlanmasını öngörmüş; buna dayanılarak 1986 tarihinde "Kamu Kurum Ve Kuruluşlarına Ait Eserlerden Faydalanma Usul Ve Esasları Hakkında Tüzük" yayımlanmıştır.⁸⁰⁹

Kamunun mülkiyetindeki eserlere ilgili kullanım hakları belirlenirken, söz konusu eserlerin oluşturulmasında kamunun maddi katkısı göz ardı edilmemelidir. Özellikle kamu tarafından finanse edilen eserlerin, yine kamusal amaçlarla kullanılması söz konusu olduğunda, devletin hak sahipliği özel menfaatler gibi değerlendirilemez. Bu durumlarda Kanunun tanıdığı istisnaların geniş yorumlanması, fikir ve sanat eserleri hukukunun ruhuna uygun olacaktır.

⁸⁰⁶ Derleme eser tanımı için FSEK m. 1B/d

⁸⁰⁷ TRT tarafından meydana getirilen eserler için bkz. Ateş, s. 261, dipnot 153

⁸⁰⁸ FSEK m. 46 - (Degisik m.: 01/11/1983 - 2936/10 md.) Çoğaltma ve yayımı eser sahibi tarafından açıkça menedilmemiş olan ve umumi kütüphane, müze ve benzeri müesseselerde saklı bulunan henüz yayımlanmamış veya alenileşmemiş eserler, mali haklarla ilgili koruma süresi dolmuş olmak şartıyla, bulunduğu kamu kurum ve kuruluşuna ait olur. Bunlardan kamu kurum ve kuruluşları ile bilimsel ve sair amaçla yararlanmak isteyen kişi ve kuruluşların izin alacakları merci ve bunlardan alınacak ücretlerle bu ücretlerin hangi kültürel gayelerde sarfedileceği ve diğer hususlar, ilgili kuruluşların görüşü alındıktan sonra Kültür Bakanlığınca hazırlanacak tüzükle belirlenir.

⁸⁰⁹ 16/10/1986 tarih ve 19253 sayılı Resmi Gazete

Kamu yararı gerekçesiyle faydalanma, özel kişilerin hakları için de geçerlidir, ancak burada kamuya ait eserlerde olduğu gibi mutlak bir serbestlikten söz edilemez. FSEK Madde 33⁸¹⁰ ese sahibinin temsil hakkını eğitim ve öğretim amacıyla sınırlar. Buna göre “Yayımlanmış bir eserin, tüm eğitim ve öğretim kurumlarında, yüz yüze eğitim ve öğretim maksadıyla doğrudan veya dolaylı kar amacı gütmeksizin temsili, eser sahibinin ve eserin adının mutlak şekilde açıklanması şartıyla serbesttir.” Eserin yayımlanmış olması şartının, alenileşme(kamuya sunulma) olarak anlaşılması gerektiği de savunulmuştur. Bu görüş neticesinde, sinema ve diğer güzel sanat eserleri de 33. Madde kapsamına girecektir.⁸¹¹ 4630 sayılı Kanun’la temsil serbestisi, yüz yüze eğitim ve öğretim amacı içinde daraltılmıştır. Buna göre internet veya televizyon üzerinde eğitim amaçlı kullanım, eser sahibinin iznini gerektirir hale gelmiştir.⁸¹² Eğitim kurumu kavramı ise, geniş yorumlanmalı ve özel eğitim kurumları da dâhil,⁸¹³ her türlü yüz yüze eğitim bu kapsama alınmalıdır. *Yüz yüze eğitim ve öğretim* ifadesi sebebiyle, eğitim kurumları çatısı altındaki eğlence ve kültür amaçlı temsillerin, giriş bedelsiz olsa bile, serbestiden yararlanamayacağı görüşü ileri sürülmektedir.⁸¹⁴ Bu sınırlayıcı yorum, 4630 sayılı Kanunun lafzı çerçevesinde karşı çıkılması zor görünse de, pratik sonucu bakımından, öğrencilerin gösteri şeklinde düzenledikleri şiir dinletisinin, izne tabi olması anlamına gelecektir.

FSEK Madde 34 “Eğitim ve Öğretim İçin Seçme ve Toplama Eserler” başlığı altında eğitim amaçlı materyallerin hazırlanması amacıyla yapılacak alıntılar (iktibas) için bir istisna öngörmüştür. Buna göre “Yayımlanmış musiki, ilim ve edebiyat eserlerinden ve alenileşmiş güzel sanat eserlerinden, maksadın haklı göstereceği bir nispet dâhilinde iktisaplar yapılmak suretiyle, hal ve vaziyetinden eğitim ve öğretim gayesine tahsis edildiği anlaşılan seçme ve toplama eserler vücuda getirilmesi serbesttir.”⁸¹⁵ Çoğaltma hakkına istisna oluşturan bu Madde kapsamına, FSEK’te ayrı bir başlık altında düzenlenen sinema

⁸¹⁰ 4630 sayılı Kanun’dan önceki m. 33 için bkz. Ateş, s.284, dipnot 159

⁸¹¹ Bkz. Erel, s.203

⁸¹² Ateş, s.286

⁸¹³ Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Ateş, s.287

⁸¹⁴ Erel, s.203

⁸¹⁵ Ancak Maddenin devamında “2 nci Maddenin üçüncü bendinde ve 4 üncü Maddenin birinci fıkrasının birinci ve beşinci bentlerinde gösterilen neviden eserler, ancak seçme ve toplama eserin münderecatını aydınlatmak üzere iktibas edilebilir.” hükmü getirilerek anılan eser tipleri bakımından serbesti daraltılmıştır.

eserlerinin girmeyeceği genel kabuldür. Madde 34, eğitim ve öğretim amacı dışında, diğer bilimsel veya sanatsal çalışmaları kapsamaz. Eğitici yönü olsa da, doğrudan eğitim amaçlı olmayan çalışmalar, bu istisnadan yararlanamaz. Bu tip eser meydana getirenler, Madde 35'deki genel iktibas kuralları çerçevesinde, diğer eserlerden faydalanabilir. Madde 34 kapsamındaki serbesti kuşkusuz sınırsız değildir ve amacı aşmaması gerekir. Bunu teminen 1. fıkranın son cümlesinde “*Ancak bu serbestlik, hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep olmadan zarar verir veya eserden normal yararlanma ile çelişir şekilde kullanılamaz.*”⁸¹⁶ ve ayrıca 3. fıkrada açıkça “*Yayımlanmış musiki, ilim ve edebiyat eserlerinden ve alenileşmiş güzel sanat eserlerinden, iktibaslar yapılmak suretiyle eğitim ve öğretim gayesi dışında seçme ve toplama eserler vücuda getirilmesi ancak eser sahibinin izniyle mümkündür.*” hükümlerine yer verilmiştir(Karş. Bern Kon m.10/2). Müzik eserleri bakımından madde hükmü, icracı sanatçıların ve yapımcıların haklarını da kapsar.⁸¹⁷ Eser üzerinde amaca uygun kısaltma vb. değişiklikler yapılması mümkündür. Manevi haklardan, eserde değişikliği menetme hakkını düzenleyen FSEK Madde 16/2, eseri Kanunun veya eser sahibinin izniyle işleyenlerin, temsil veya yayım tekniği gereği zorunlu değiştirmeleri, eser sahibinin hususi bir izni olmaksızın da yapabileceklerini hükme bağlar. Madde 34/2 uyarınca, yukarıda açıklanan esaslar radyo-televizyonda yayımlanan okul programları için de geçerlidir. Son fıkra gereği bütün bu hallerde, eser ve eser sahibinin adı uygun şekilde belirtilmelidir.

FSEK Madde 35, eserden bilimsel ve kültürel amaçlarla yararlanma serbestisini düzenler. Yukarıda giriş bölümünde orijinalite unsuru bağlamında alıntı(iktibas) ve bunun fikir ve sanat eserleri hukukundaki fonksiyonu üzerinde durulmuştu. Buna göre, eser sahibi hakkı, kanun koyucu tarafından, kamu yararına bilim ve kültür amaçlı olarak sınırlandırılmıştır. İktibas bir esere ait parçaların veya unsurların başka bir eserde kullanılmasıdır. Madde 35/1 bent 1'de ilim ve edebiyat eserlerinden alıntı düzenlenmiştir. Buna göre “*alenileşmiş bir eserin bazı cümle ve fıkralarının müstakil bir ilim ve edebiyat eserine alınması;*” hukuka uygundur. Bunun için eser sahibinin izni aranmaz. Burada

⁸¹⁶ Hükümün lafzı, Bern Konvansiyonu'ndaki “üç aşamalı test” ile uyumludur.

⁸¹⁷ FSEK m. 80, fıkra 7, bent 4

“yayımlanma” değil; “alenileşmiş” olma şartı aranmıştır. Bu ayırım, yayımlanmamış bilimsel eser ve tezlerden yararlanmayı mümkün kılar. Yapılacak alıntının boyutu, asıl eserin değerini azaltacak ölçüye ulaşmamalı ve eser üzerinden haksız kazanç sağlama oluşturmamalıdır. Bir diğer deyişle, meydana çıkan eser alıntının ötesinde, yararlanan kişinin de hususiyetini taşımalı ve sonuçta iktibas yapılan asıl eserden bağımsız bir eser meydana gelmiş olmalıdır. Başka bir eserden alıntı yapılmasının hukuka uygun kabul edilmesi için, asıl eserin kopyası veya işlenmesi derecesine varmaması gerekir. Ayrıca Madde 35’in son fıkrası gereğince “*iktibasın belli olacak şekilde yapılması lazımdır. İlim eserlerinde, iktibas hususunda kullanılan eserin ve eser sahibinin adından başka bu kısmın alındığı yer belirtilir.*” Alıntı “aynen” veya “mealen” yani açıklama şeklinde olabilir. Alıntının belirli olmasından maksat, eserin, eser sahibinin ve alıntı yapılan kaynağın açıkça gösterilmesidir. Bu hüküm, Madde 35’te sayılan bütün serbestiler için geçerlidir.

FSEK Madde 35, 2. bentte, “*Yayımlanmış bir bestenin en çok tema, motif, pasaj ve fikir nevinden parçalarının müstakil bir musiki eserine alınması,*” ifadesiyle bir müzik eserinden, başka bir müzik eseri için faydalanma düzenlenmiştir. Burada sınır, meydana getirilen yeni eserin, alıntı yapılan eserin bir işlemesi olmaması, şeklinde düşünülebilir. Çünkü Kanun, “müstakil” bir musiki eserine alınmadan bahseder. Buna göre yeni eserin bağımsız olabilmesi için işleme derecesinde benzer olmaması gerekir.⁸¹⁸ Müzik eserlerinde alıntı, *tema, motif, pasaj ve fikir nevinden parçalar* ile sınırlıdır. Melodinin açıkça belirtilmemiş olması dikkat çekicidir. Melodinin alıntı konusu olabilmesiyle ilgili Türk Hukukunda değişik görüşler ileri sürülmüştür.⁸¹⁹ Ancak Kanun’da “tema” kavramına yer verilirken “melodi” kavramının dışarıda tutulması, müzik eserinin ayırt edici unsuru melodinin aynen alıntı konusu yapılamayacağını gösterir. Buna karşılık, “tema” denilen ve melodinin ana fikrini oluşturan armonik kurgunun alıntılanmasına izin verilmiştir. Bu çerçevede temadan yola çıkılarak oluşturulacak çeşitlemeler, hukuka uygun sayılmalıdır. Yine de, her olayın kendi içinde değerlendirilmesi gerektiği açıktır.

⁸¹⁸ Ateş, s.313 ; Erel, s.216

⁸¹⁹ Ateş, s.313-314

Maddenin 3. ve 4. bentleri, güzel sanat eserlerinin, bilimsel eserlerde ve bilimsel toplantılarda kullanılmasını düzenler. Güzel sanat eserlerinden, bilimsel çalışmalar dışında alıntı mümkün değildir. Sinema eserleri güzel sanat eseri olmamakla beraber, 4. bent kapsamına girip girmediği tartışma konusu olmuştur. Bu bentler altındaki faydalanma, “bilimsel eserlerde” veya bilimsel içerikli toplantılarda” konuyu açıklamak ifadesiyle tanımlanmıştır. Örneğin, bir sanat tarihi kitabına veya bir ressamla ilgili biyografiye, ilgili kişilerin eserlerinin alınması mümkündür. Ancak kitap içindeki resimler büyüklük ve görüntü kalitesi bakımından, bir resim kataloğuyla eşdeğer niteliğe bürünürse, bu durumda amacın aşıldığı düşünülmelidir.⁸²⁰

Kamusal yarar düşüncesi, toplumun haber alma hakkıyla ilişkili olarak da, eser sahibi hakkını sınırlayıcı düzenlemeler getirmiştir. FSEK Madde 32, TBMM’de ve diğer resmi meclis ve kongrelerde, mahkemelerde, kamuya açık yerlerde söylenen söz ve nutukların, haber ve malumat verme maksadıyla çoğaltılması, umumi mahallerde okunması veya radyo yoluyla ve başka suretle yayımını, serbest tutmuştur (Karş. Bern Kon. M.2/4). Madde 36, basındaki yazıların içeriğinden faydalanmayı ve Madde 37, fikir ve sanat eserlerinin haber konusu olmasını düzenlemiştir. Madde 36 ve 37’de basın ve medya kuruluşları için, iki farklı düzenleme söz konusudur. Madde 36, basın kuruluşlarının birbirlerinden faydalanmalarının şartlarını belirtir. Madde 37 ise, eserlerin haber verme amaçlı olarak basın ve medya kuruluşlarınca kullanılmasını düzenler. Madde 36/1 basın ve medya kuruluşlarınca yapılan, olay ve haber niteliğindeki yayınların serbestçe alıntı konusu olabileceğini hükme bağlar(Karş. Bern Kon. m.2/8 ve 10/bis1) Ancak Basın Kanununun 15. Maddesi hükmü saklı tutulmuştur ki, bu Madde özel çabayla elde edilmiş haber ve fotoğraflar için 24 saatlik bir koruma süresi öngörür.⁸²¹ Faydalanma kaynak gösterme şartına tabidir.⁸²²

Madde 36/2 güncel niteliği bulunan ve fakat haber ötesinde eser niteliği de taşıyan yazı ve makalelerden, aksi belirtilmedikçe, aynen veya işleme yoluyla diğer medya ve basın

⁸²⁰ Bu konuda bkz. *ibid.* s.316

⁸²¹ Bu sınırlamanın radyo-televizyon kuruluşları için de geçerli olup olmadığı hakkında bkz. Ateş, s. 326-327

⁸²² FSEK m. 36/3

kuruluşlarının alıntı yapabileceğini belirtir. FSEK, eser niteliğinde olmalarına rağmen, güncel olaylarla ilgili yazılardan faydalanmaya daha geniş bir serbesti tanımıştır. Ancak, radyo-televizyon kuruluşlarının yayınlarından yararlanma için aynı serbesti söz konusu değildir. FSEK Madde 80/7’de, radyo-televizyon kuruluşlarının hakları için getirilen istisnalar arasında böyle bir düzenleme yoktur. Madde 80/7 bent 3 uyarınca, sadece kısa tespit şeklinde alıntılar mümkündür.⁸²³

Madde 37, eser sahibi ve eserle ilgili bilgi vermek amacıyla, eserden parçalar sunulmasını düzenler. Buna göre “*Haber mahiyetinde olmak ve bilgilendirme kapsamını aşmamak kaydıyla, günlük hadiselere bağlı olarak fikir ve sanat eserlerinden bazı parçaların işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan vasıtalara alınması mümkündür. Bu şekilde alınmış parçaların çoğaltılması, yayılması, temsil edilmesi veya radyo ve televizyon gibi araçlarla yayınlanması serbesttir.*” Hüküm eser tipleri arasında ayırım gözetmez. Hemen belirtmek gerekir ki, alenileşmemiş eserler bakımından, eseri kamuya sunma şeklindeki manevi hak, haber verme serbestisinden yararlanmaya engel oluşturur.⁸²⁴

Eser sahibi hakkına kamu yararına getirilen bir başka sınırlama ise, eser sahibinin iradesi dışındaki lisanslardır.⁸²⁵ Lisans(ruhsat), eser sahibinin haklarını devretmeksizin, eser üzerindeki yararlanma yetkilerini sözleşme çerçevesinde üçüncü kişilere bırakmasıdır. Türk Hukukunda lisanslar “kanuni” ve “zorunlu” olmak üzere ikiye ayrılır. Zorunlu lisanslar eser sahibinin iradesi dışında mahkeme kararı, yetkili makam veya meslek birliğinin devreye girmesiyle uygulama alanı bulur. Kanuni lisans ise, eser sahibinin, kanun zoruyla eserinden faydalanılmasına razı olmasıdır. Zorunlu lisans FSEK Madde 9/2 ve 10/2 hükümlerinde görülür. Madde 9/2 ve 10/2 birden fazla kişinin müştereken veya elbirliği şeklinde eser sahibi olması durumunda, aralarında anlaşma sağlayamamaları ihtimalini göz önüne alarak, mahkeme kararının diğer eser sahiplerinin iradesi yerine geçmesini düzenlemiştir. Ancak bu hüküm, doğrudan kamu yararını esas alan bir düzenleme olarak görülemez. Birden fazla

⁸²³ Ateş, s.331

⁸²⁴ Bkz. Ateş, s.335 ; Erel, s.224

⁸²⁵ Lisans sözleşmeleriyle ilgili bkz. Şirin Aydıncık, “Fikrî Haklara İlişkin Lisans Sözleşmesi”, İstanbul, Beta Yayınevi, 2006 ; Kılıçoğlu, “Fikrî Haklar”, s.267 vd.

eser sahibi arasındaki anlaşmazlığı gidererek, eserlerin kamuya ulaşmasını kolaylaştırırsa da, doğrudan kamunun yararlanmasına yönelik bir düzenleme değildir.

Kanuni lisanslar, “tam” ve “eksik” kanuni lisans şeklinde düzenlenmiştir. “Tam lisans” üçüncü kişilerin başkaca hiçbir işleme gerek kalmaksızın eserden faydalanmalarını sağlar. “Eksik lisans” ise, eserden fiilen faydalanma için ayrıca bir yönetmelik veya hükümet kararı gibi düzenleyici bir işleme ihtiyaç duyulan hallerdir. Bugün için FSEK 41 dışındaki hükümler, “Hükümete Tanınan Yetkiler” başlığında düzenlenmiştir ve bu haliyle eser sahibi hakkını sınırlayıcı niteliği yoktur. 4110 ve 4630 sayılı Kanun’larla yapılan değişikliklerden sonra, Madde 42 vd. hükümleri, hakları sınırlayıcı olmaktan çok, eser sahibine iradesi dışında külfetler yükleyen bir hal almıştır.⁸²⁶ Madde 41 ise eserlerin kamuya açık yerlerde temsili karşılığında, otel, bar, restoran vb işletmelerce ödenecek bedeller ve bununla ilgili sözleşmeleri düzenlemektedir. Eser sahibinin veya meslek birliğinin uygun bir bedelle sözleşme yapmaktan kaçınamayacağını hükme bağlamıştır. Madde 43 ise, medya kuruluşları için benzer bir düzenleme içerir.

Madde 47 “Kamuya Mal etme” başlığı altında, ülke kültürü için önemi haiz görülen eserlerin, adeta taşınmazların kamulaştırılması gibi, koruma süresi dolmadan hak sahiplerine ödenecek uygun bir bedelle, kamuya mal edilmesini düzenlenmiştir. Doğrudan kamu yararı düşüncesine dayanan bu hükmün uygulama alanı bulması için, eserin Türkiye’de veya Türk vatandaşlarınca meydana getirilmiş olması gerekir. Eser yayımlanmış ise ayrıca, iki yıldan beri nüshalarının tükenmiş bulunması ve hak sahibinin uygun bir süre içinde eserin yeni baskısını yapmayacağını da tespit edilmesi şarttır. Bu işleme ilişkin kararname Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılır⁸²⁷

4.4.4.1.2. Kamu Düzeni (Amme İntizamı)

Yine kamusal mülahazalara dayalı ancak, “kamu yararı” değil, “kamu düzeni” gerekçesiyle getirilen tek düzenleme, FSEK Madde 30 hükmüdür. “**Amme İntizamı**

⁸²⁶ *ibid.* s.341

⁸²⁷ Bakanlar Kurulu kararı olması yönünde Kanun’da açıklık olmamakla beraber doktrinde bu yöndeki görüşler için bkz. Ateş, s.350 ; Erel, s.237

Mülâhazasıyla” başlığını taşıyan Maddenin, eser sahibi hakkına doğrudan bir müdahale olması sebebiyle, Anayasanın mülkiyet hakkına ilişkin güvenceleri ışığında yorumlanması gerektiği savunulmuştur. Çünkü Anayasanın mülkiyet hakkına ilişkin hükümlerinin “fıkrî mülkiyet” haklarını da kapsadığı, Türk Hukukunda genel kabuldür.⁸²⁸ İki fıkradan oluşan Madde 30’un birinci fıkrasında “*Eser sahibine tanınan haklar, eserin ispatı maksadıyla mahkeme ve diğer resmi makamlar huzurunda ve alelülak zabıta ve ceza işlerinde bir muameleye konu teşkil etmek üzere kullanılmasına mani değildir. Fotoğraflar, umumi emniyet mülâhazasıyla veya adli maksatlar için sahibinin rızası alınmaksızın, resmi makamlar veya bunların emriyle başkaları tarafından her şekilde çoğaltılabilir ve yayılabilir.*” hükmü yer alır. Kural olarak bu müdahale, eser sahibinin kendi haklarını kullanması önünde engel değildir. Eser sahibi haklardan faydalanmaya devam edebilir ancak, kamu makamlarının müdahalesini durduramaz.⁸²⁹ Bu müdahalenin sınırı, durumun gerekleri ve kamu düzeni kavramının özü çerçevesinde belirlenir. Kamu düzeni gerekçesiyle diğer sınırlayıcı hüküm, ikinci fıkrada yer alır. Eserin her hangi bir suretle ticaret mevkiine konmasını, temsilini veya diğer şekillerde kullanılmasını men eden yahut müsaade veya kontrole bağlı tutan, kamu hukuku hükümlerinin saklı olduğu hükme bağlanmıştır. Burada belirtilen diğer hukuk kuralları kuşkusuz, Anayasanın düşünce ve ifade özgürlüğüne ilişkin hükümleri⁸³⁰ ışığında değerlendirilir.⁸³¹

⁸²⁸ Bunun karşısındaki görüş Prof. Hirsch tarafından ortaya konmuş ve eser sahibi hakkı için mülkiyet tanımlaması yapılamayacağını belirtmiştir. Ateş, s. 351, dipnot 351’den naklen.

⁸²⁹ *ibid.* s.352

⁸³⁰ A.Y. m. 25, 26, 27 ve 28

⁸³¹ Eser üzerindeki hakların Anayasa Hukukuyla ilişkisi üzerine bkz. Ayiter, s. 13-15

4.4.4.2. Eser Sahibi Hakkının Özel Menfaat Düşüncesiyle Sınırlanması

4.4.4.2.1. Genel olarak

Eser sahibi hakkı üzerinde tanınan sınırlamalardan en önemlisi kişisel kullanım amaçlı olanlardır. Toplumun kültürel ürünlerden gereği gibi faydalanabilmesinde anahtar rol oynayan eseri kişisel kullanım amaçlı çoğaltma, bilgi işlem teknolojileriyle beraber, fikir ve sanat eserleri hukukunun önemli bir problematiği haline gelmiştir.⁸³² Klasik fikir ve sanat eserleri hukukundaki genel kabul, kişisel kullanım amaçlı çoğaltmanın hukuka aykırı olmadığı yönündedir.⁸³³ Kişisel kullanım şu üç gerekçeye dayandırılır. 1) Eser sahibinin katlanılabilir düzeyde bir zarar uğraması 2) Bu tip çoğaltmaların denetimindeki zorluklar - işlem maliyetleri- 3) Toplumun bilgi ve kültürden yararlanması.⁸³⁴

Özel menfaate dayalı olarak eserin kullanılması FSEK'in 38, 40 ve 41. Maddelerinde yer alır. 2001 yılında 4630 sayılı Kanun, işleme serbestisini düzenleyen Madde 38/2 hükmünü ilga etmiştir. Bu durum karşısında eserlerden işleme yoluyla kişisel kullanım, Madde 38/1'deki çoğaltma hakkı sınırlaması çerçevesinde ele alınacaktır. Aşağıda 38/1 hükmüne ilişkin açıklamalar işlemler için de geçerlidir.⁸³⁵

Yayma hakkının sınırı yukarıda belirtildiği üzere tükenme ilkesidir. Her ne kadar özel menfaat gerekçesine dayalı olsa da, tükenme ilkesi temelde kullanıcıların eserden faydalanması değil; eserle ilgili ticari faaliyetlerin düzenlenmesine ilişkindir.⁸³⁶

4.4.4.2.2. Çoğaltma hakkına sınırlama

Çoğaltma eserin aslından veya kopyalarından yeni kopyalar üretilmesidir. FSEK'in 38. Maddesi uyarınca "*Bütün fikir ve sanat eserlerinin, (...) kar amacı güdülmeksizin şahsen kullanmaya mahsus çoğaltılması mümkündür. Ancak, bu çoğaltma*

⁸³² P2P sistemler üzerinde dosya değişimi yoluyla internet kullanıcılarının gerçekleştirdiği kopyalamaların yoğunluğu ve yaygınlığı, kişisel kullanım istisnasının sorgulanmasına yol açmıştır.

⁸³³ Ateş, s.360 ;Tekinalp, s.193;

⁸³⁴ Ateş, s.360

⁸³⁵ ⁸³⁵ *ibid.* s.407-408. Bern Konvansiyonu açısından da benzer bir hüküm yokluğunun nasıl yorumlanacağına ilişkin bkz. Bölüm 3.4.2.1.7 "Konvansiyonda örtülü şekilde yer alan sınırlamalar"

⁸³⁶ *ibid.* s.409-424

*hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep olmadan zarar veremez ya da eserden normal yararlanmaya aykırı olamaz.”*⁸³⁷ Maddenin devamında bilgisayar programlarına ilişkin detaylı düzenleme bulunmaktadır.

Birinci olarak, kullanım kişisel amaçlı olmalı ve gelir elde amacı güdülmemelidir. Kişisel kullanımın tanımı ve sınırları bakımından, her hukuk sistemi farklı yaklaşım geliştirmiştir.⁸³⁸ Türk Hukukunda da söz konusu istisnanın dar veya geniş yorumlanması yönündeki tartışmalar, kişisel kullanım amacının, aile, yakın çevre, mesleki çevre veya arkadaş çevresi gibi sınırlardan hangisiyle belirleneceği üzerinde cereyan etmiştir.⁸³⁹ Mesleki çevre içinde kullanım, çoğu durumda kâr amacı gütmeme şartıyla çelişecektir.

Maddenin geniş anlamda yorumunu savunanlar, tüzel kişilerin de şartlar dairesinde kişisel kullanım istisnasından yararlanabileceklerini belirtirken; dar yorum taraftarları, tüzel kişilerin Madde kapsamı dışında olduğunu ileri sürerler. Ancak bir başka yaklaşım, konuyu farklı tüzel kişilere göre farklı ele almak olabilir. Şirketlerin özel sahası olamayacağı TTK’da açıkça düzenlenmiştir. Bu sebeple Ticaret Kanunu’nda belirtilen şirketler ve adi şirket bakımından kişisel kullanım söz konusu olamaz. Ancak kâr amacı gütmeyen tüzel kişilerin, bu amaçlarıyla sınırlı çerçevede eserleri kullanmaları mümkün olabilir. Önemli olan bu tüzel kişilerin kullanımlarının, amaçlarına ulaşmak için temas halinde oldukları kişi ve gruplara eserin iletimi boyutuna varmamasıdır.⁸⁴⁰

Kanun ayrıca, hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep olmadan zarar verilmemesi ve eserden normal yararlanmaya aykırı olmama, şartları getirmiştir. 4110 sayılı Kanun’la getirilen ve “üç aşamalı test” ile benzerlik gösteren Madde 38, hakların

⁸³⁷ 4630 sayılı yasadan önce m. 38’de çoğaltılmış nüshaların yayımlanamayacağı açıkça belirtiliyordu. Ancak şahsi kullanım şartı karşısında bu hükmün gereksiz bir tekrar olduğundan hareketle mülga edilmiştir. m. 38 istisnası eserin yayımlanmasını kapsamaz. Bkz. Ateş, s.371-372

⁸³⁸ Fransa, İsviçre ve Alman hukuklarındaki durum için bkz. Ateş, s.364-367

⁸³⁹ Erel, şahsi kullanımın mesleki çevreyi de içine alacak şekilde geniş yorumlanmasını savunur. Ayiter, s.170 vd. ; Tekinalp, s.193 ; Ateş, s.368, dar yorum taraftarı görüşler ortaya koymuşlardır.

⁸⁴⁰ Kişisel kullanım amacıyla çoğaltmanın sınırı, P2P dosya değişim sistemleri üzerindeki faaliyetlerin hukuki değerlendirmesi bakımından son derece önemlidir. Kişisel kullanmanın arkadaş çevresini de içine alacak şekilde geniş yorumlanması, internet üzerinde oluşan sanal cemaatler dikkate alındığında eserlerin çok geniş bir sahada kullanımına sebep olacaktır.

kullanılmasında iyi niyetle hareketten öte, kimi şartlar ve sınırlar öngörmektedir. Buna göre, çoğaltılan nüsha sayısı kişisel çevreyle sınırlı kullanım amacını aşacak sayıda olmamalıdır. Gereğinden fazla çoğaltmanın, normal yararlanmaya aykırı olduğunu kabul etmek gerekir.(Karş. Bern Kon. m.9/2)

4630 sayılı kanun ile FSEK'teki, çoğaltma yapan kişi ve çoğaltmada kullanılan tekniklere ilişkin hüküm kaldırılmıştır.⁸⁴¹ Bugün için FSEK çerçevesinde, kullanılması hukuka aykırı bir çoğaltma tekniği bulunmamaktadır. Eser, hükümden faydalanan kişi dışında, bir başkası tarafından da çoğaltılabilir.

Madde 38/2 ve devamı fıkralarda, bilgisayar programlarının kişisel amaçlı çoğaltılmasıyla ilgili ayrıntılı hükümler bulunmaktadır.⁸⁴² Bilgisayar programları Madde 38/1'de belirtilen şartların sağlanması halinde kişisel amaçlı kullanılabilir. Buna ek olarak getirilen Madde 38/2 vd. hükümleri, 91/250 sayılı AB *Software* Direktif'inden alınmıştır.⁸⁴³ FSEK Madde 38, 91/250 sayılı Direktif'in lafzıyla uyumlu olarak, istisnadan faydalanacakları tanımlamak üzere, *bilgisayar programını yasal yollardan edinen kişi ve bilgisayar programının kullanım hakkına sahip kişi* ifadelerine yer vermiştir. Buradan anlaşılması gereken, programı lisans veya devir sözleşmesi çerçevesinde, ya da kanun gereği kullanma hakkı bulunanlardır. Programın düşünüldüğü amaca uygun kullanımı için gerekli olduğu durumda, bilgisayar programının hukuki yollardan edinen kişi tarafından, çoğaltılması ve işlenmesi serbesttir. Aksine sözleşme yapılamaz (FSEK Madde 38/3, 38/4).

Madde 38/3 uyarınca "*bilgisayar programının kullanımı için gerekli olduğu sürece, bilgisayar programını kullanma hakkına sahip kişinin bir adet yedekleme kopyası yapması sözleşme ile önlenemez.*"

⁸⁴¹ Daha detaylı bilgi için bkz. Ateş, s.375

⁸⁴² Bkz. Serdar Arıkan, *Türk Hukuku'nda Bilgisayar Programlarının Korunması* ; Tekinalp, s.196 vd. ; Ateş, s.378 vd.

⁸⁴³ Bilgisayar programları ya da diğer adıyla yazılım, fikir ve sanat eserleri hukuku içinde en yoğun düzenleme konusu olmuş bir eser tipidir. AB bünyesinde sadece bu eser tipine ilişkin ayrı bir Direktif olması bunun kanıtıdır. Bu detaylı düzenlemenin bir sebebi de, bilgisayar programının ilim ve edebiyat eseri sayılmasına rağmen, estetik veya bilimsel değil fakat fonksiyonel değeri haiz olmasıdır. Bilgisayar programı bir iş görmek için tasarlanır ve üretilir. Bu diğer eser tiplerinde karşılaşılmayan bir durumdur.

Madde 38/5, programın işleyişinin gözlenebileceğini belirtir. Buna göre bilgisayar programının kullanım hakkına sahip kişinin, bilgisayar programının herhangi bir ögesi altında yatan düşüncesi ve ilkeleri belirlemek amacı ile, programın işleyişini gözlemlemesi, tetkik etmesi ve sınaması serbesttir. Aksi sözleşme ile kararlaştırılabilir. Eser sahibi hakkının, esere temel oluşturan fikirleri kapsamadığı düşünülürse, bu serbestinin bir ölçüde, fikir-ifade ayrımının bilgisayar programları açısından tekrarı olduğu söylenebilir.⁸⁴⁴ “Tersine mühendisleme”⁸⁴⁵ yöntemi ile bilgisayar programının ayrıştırılarak kaynak koda ulaşılması,⁸⁴⁶ başka bir programla ara işlerliği sağlamak amacıyla sınırlı olarak mümkündür. Ulaşılan kaynak kodun başka amaçlarla kullanılması veya dağıtılması mümkün değildir. Bu amaçla programın ayrıştırılması için detaylı şartlar getirilmiştir. (FSEK Madde 38/6 ve 38/7).

Madde 38/son uyarınca “*Altıncı ve Yedinci fıkra hükümleri, programdan normal yararlanma ile çelişir veya hak sahibinin meşru yararlarına makul olmayan müdahale eder şekilde kullanılmasına izin verecek tarzda yorumlanamaz.*” Bu hüküm, “üç aşamalı test” kriterlerine uygun genel bir çerçeve çizmektedir.

Yukarıda sayılan haller dışında, yazılımların çoğaltılması veya kopyalanması FSEK tarafından hukuka aykırı sayılmıştır. Bilgisayar programları FSEK 1/b(g) Maddesinde tanımlanmış; 2/1’de ise ilim ve edebiyat eseri olarak korunduğu belirtilmiştir. Diğer tüm eser türlerinde olduğu gibi, bilgisayar programları için de, eser sahibinin haklarına ilişkin koruma sadece, programın ifade edildiği kaynak kodundaki üsluba

⁸⁴⁴(FSEK m. 2 Ek fıkra: 07/06/1995 - 4110/1 md.) “Arayüzüne temel oluşturan düşüncesi ve ilkeleri de içine almak üzere, bir bilgisayar programının herhangi bir ögesine temel oluşturan düşünce ve ilkeleri eser sayılmazlar.

⁸⁴⁵ Bkz. Bölüm 3.5.2.4

⁸⁴⁶ “Yazılım”, bilgisayarın belirli bir işlemi yapmasını sağlayan komutlar dizgesi olarak tanımlanabilir. C, C++, Java, Visual Basic ve daha pek çok başka programlama dillerinden birinde hazırlanan yazılımın *kaynak kodu*, programın yazılım uzmanlarınca okunabilen komut satırlarından oluşur. Bu kaynak kod, yine aynı programlama diline ait derleyici (*compiler*) bir program olmaksızın bilgisayar tarafından işletilemez. Compiler program ilgili olduğu programlama diline ait komutları bilgisayarın anlayabileceği “0” ve “1”lerden oluşan *nesne koduna* dönüştürür. Bilgisayarla doğrudan iletişim kurulabilen tek yol, bu nesne kodu formatıdır. Programlama diline hakim kişiler, kaynak koduna baktıkları zaman büyük ölçüde programın amacını ve işlevini anlayabilir; buna bağlı olarak kaynak kodunda değişiklik veya ekleme yapabilirler. Ancak “0” ve “1”lerden oluşan nesne kodunun insan tarafından anlaşılması neredeyse olanaksız olup, bunun kaynak koduna dönüştürülmesi zahmetli bir tersine mühendislik işlemi gerektirir.

ilişkindir. Programa temel teşkil eden fikir ve düşünceler veya programın işlevi koruma altında değildir. Genel olarak eser koruması, esere dayanak oluşturan fikirleri kapsamaz. Ancak yazılımların diğer eserlerden farklı olarak belirli bir fonksiyon yürütmeleri, bir başka deyişle, bir iş görmek üzere oluşturulmaları nedeniyle bu husus, FSEK Madde 2/ek fıkrada ayrıca teyit edilmiştir.(Karş.TRIPs m.9/2). Sonuç olarak, bilgisayar programlarına yönelik fikrî hukuk korumasını belirlerken, eserlerin kaynak kodlarındaki benzerlik esas alınır.⁸⁴⁷ Kuşkusuz, ekranda kullanıcının gördüğü arayüzler de bir resim, grafik vb. olması itibariyle eser olarak korunabilir.

4110 sayılı Kanun’la beraber güzel sanat eserleri kişisel amaçlı olarak çoğaltılabilir hale gelmiştir. Madde 38/1 hükmü burada da, mahiyetine uygun düştüğü oranda uygulama alanı bulacaktır.⁸⁴⁸ Bir resim veya heykelin, fotoğraf veya benzeri teknikler yoluyla kopyalanabilmesi buna örnektir. Böyle bir çoğaltma, şartları varsa, Madde 38/1 hükümden yararlanır. FSEK Madde 40/1 ise, kamuya açık yerlerde kalıcı şekilde bulunan *güzel sanat eserlerini; resim, grafik, fotoğraf ve saire ile çoğaltma, yayma, umumi mahallerde projeksiyonla gösterme, radyo ve benzeri vasıtalarla yayımlanmasını* başkaca bir şart öngörmeksizin serbest bırakmıştır. Bu eserler Madde 38/1’de belirtilen diğer şartlar aranmaksızın, belirtilen şekilde çoğaltılabilir veya işlenebilir. Bu yetki mimarlık eserlerinde yalnız dış şekle ilişkindir.

4110 sayılı Kanun ayrıca, daha önce mevcut yasaklayıcı hükmü kaldırarak, sinema eserlerinin de Madde 38/1 kapsamında çoğaltılmasına imkân vermiştir.

2004 yılında 5101 sayılı Kanun’la getirilen Ek Madde 11, çoğaltma ve ödünç verme hakkına engelliler lehine istisna getirilmiştir. Buna göre, “*Ders kitapları dâhil, alenileşmiş veya yayımlanmış yazılı ilim ve edebiyat eserlerinin engelliler için üretilmiş bir nüshası yoksa hiçbir ticarî amaç güdülmeksizin bir engellinin kullanımı için kendisi veya üçüncü bir kişi tek nüsha olarak ya da engellilere yönelik hizmet veren eğitim kurumu, vakıf*

⁸⁴⁷ Bu karşılaştırmanın teknik detayları için bkz. Ayşe Saadet Arıkan, *Bilgisayarlar Programlarının Korunması AB ve Türkiye*, s. 343

⁸⁴⁸ Örneğin mimari eserin kişisel kullanım amacıyla da olsa aynen kopyalanarak benzer bir bina yapılması düşünülemez. Bkz. Ateş, s.400-401

veya dernek gibi kuruluşlar tarafından ihtiyaç kadar kaset, CD, brail alfabeti ve benzeri formatlarda çoğaltılması veya ödünç verilmesi bu Kanun'da öngörülen izinler alınmadan gerçekleştirilebilir. Bu nüshalar hiçbir şekilde satılamaz, ticarete konu edilemez ve amacı dışında kullanılamaz ve kullandırılmaz. Ayrıca bu nüshalar üzerinde hak sahipleri ile ilgili bilgilerin bulundurulması ve çoğaltım amacının belirtilmesi zorunludur.”

4.4.4.2.3. Temsil ve kamuya iletim haklarının sınırlanması

FSEK Madde 24 ve 25 çerçevesinde eserin doğrudan veya dolaylı temsili ve kamuya iletimi, eser sahibine özgülenmiş yetkililerdir. FSEK'te temsil hakkının özel menfaat yararına sınırlanmasına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durum karşısında doktrinde, Madde 38/1'de belirtilen şartlar çerçevesinde, temsil hakkının da sınırlanabileceği dile getirilmiştir.⁸⁴⁹

Madde 24 ve 25'in “umumi mahala” ve “umuma iletim” terimlerini kullanması sebebiyle, “kamuya temsil” veya “kamuya sunma” sayılamayacak, özel alandaki temsil ve iletim serbesttir. İlim ve edebiyat eserleri ile müzik eserlerinin okunmak, çalınmak ve söylenmek suretiyle temsili, sınırlı bir topluluk içinde kaldığı ve kâr amacı güdülmeyeceği sürece izne bağlı değildir.⁸⁵⁰ Bu anlamda ne kadar sınırlı ve özel de olsa, restoran, bar, kafe gibi yerlerde temsil izne bağlıdır. Bunun yanında, Madde 38/1'de yer alan diğer şartlara da uyulması gerekir.

Aynı prensip eserin dolaylı temsili için de geçerlidir. Ancak eserin radyo-televizyon ve diğer sinyal, ses veya görüntü taşıyan araçlarla iletimi de temsil tanımı içinde yer almakla beraber, bu husus özel olarak 25. Maddede ayrı bir mali hak olarak düzenlenmiştir. Radyo-televizyon, internet veya kablo üzerinden yapılacak yayının doğası

⁸⁴⁹ Erel, s.234 ; Ateş, s.426

⁸⁵⁰ Ateş, s.428

gereği kamuya açık olması, bu hak bakımından kişisel kullanım şeklinde bir sınırlamaya engeldir.⁸⁵¹

Güzel sanat eserlerinin temsili Madde 40/2 ve 40/3 altında düzenlenmiştir.⁸⁵² Buna göre üzerlerine, eser sahibi tarafından açıkça yasaklayıcı bir kayıt konulmadıkça sanat eserleri, eseri daha sonra iktisap eden malikleri veya bunların yetkilendireceği kişiler tarafından kamuya açık yerlerde teşhir edilebilir.

4.4.5. Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Teknolojik Koruma

4.4.5.1. Genel olarak

2001 yılında 4630 sayılı Kanun'la FSEK'te yapılan değişikliklerle, WIPO Andlaşmaları⁸⁵³ ve 2001/29 sayılı AB Telif Hakları Direktifi'nin kimi hükümleri Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukuna girmiştir.⁸⁵⁴

Yukarıda da belirtildiği gibi, eserin teknolojik önlemlerle korunması bakımından bir öncelik olarak FSEK Madde 25 çerçevesinde, kamuya iletim hakkı düzenlenmiş ve eserlerin elektronik ortamda çoğaltma ve yayınına, eser sahibine münhasır bir hak şeklinde, uluslararası metinlerle uyumlu olarak yer verilmiştir.⁸⁵⁵ FSEK Madde 80 yoluyla, bağlantılı hak sahiplerinin de kamuya iletim hakkı olduğu hükme bağlanmıştır. Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda mali hakların sınırlı sayı ilkesine tabi olması, yorum yoluyla yeni koruma alanları yaratılamayacağını gösterir. Bu nedenle, teknolojik önlemlerin korunabilmesi için öncelikle kamuya iletim hakkının, internet ve diğer iletişim ağları üzerindeki faaliyetleri de kapsayacak şekilde düzenlenmesi gerekmiştir. Buna ek olarak

⁸⁵¹ Kuşkusuz kullanıcılar bu tür yayımları kaydederek m. 38/1 çerçevesinde kişisel amaçla kullanabilirler. Bu çoğaltma hakkı çerçevesinde değerlendirilir.

⁸⁵² m.40/3 ise açık artırmayla satılacak eserlerin teşhirini düzenler.

⁸⁵³ Yukarıda belirtildiği üzere bunlar "ikiz" Andlaşmalar WCT ve WPPT'dir. Burada WCT m. 11 ile ilgili açıklamalar WPPT m. 18 ve WCT m. 12 ile ilgili açıklamalar WPPT m. 19'u kapsar.

⁸⁵⁴ veri-koruması bir sonraki Bölümde ele alınmıştır.

⁸⁵⁵ WCT. m. 8, WPPT. m. 10 ve 14, 2001/29 sayılı Direktif m. 3

çoğaltma hakkı da, yeni teknolojiler ışığında Bern Konvansiyonuyla uyumlu şekilde genişletilmiştir.⁸⁵⁶

Teknolojik koruma bakımından önemli bir düzenleme Ek Madde 4’de yer almıştır. 4630 sayılı Kanun’la FSEK’e giren bu Madde, 5101 sayılı Kanun’la eklemelere uğramıştır. Fıkra 1 uyarınca *eser ve eser sahibi ile, eser üzerindeki haklardan herhangi birinin sahibi veya eserin kullanımına ilişkin süreler ve şartlar ile ilgili olarak eser nüshaları üzerinde bulunan veya eserin topluma sunulması sırasında görülen bilgiler ve bu bilgileri temsil eden sayılar veya kodlar yetkisiz olarak ortadan kaldırılamaz veya değiştirilemez*. Yukarıda açıklanan “hak yönetimi bilgisi”ne benzer bir düzenleme getiren bu hüküm, WCT m. 12 ve WPPT m.19 ile uyumludur. Ek Madde 4, FSEK kapsamında **tüm eserlere** ilişkin olarak teknolojik önlemlere gönderme yapan tek düzenlemedir. Esere erişimi veya kopyalamayı engelleyen teknolojik önlemlerin korunmasına yönelik, ayrı bir hüküm yoktur. Diğer deyişle eseri koruma amaçlı teknolojik önlemlerin dolanılması Türk Hukukunda ayrı bir ihlal tipi olarak düzenlenmemiştir.⁸⁵⁷

Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda, WCT Madde 11 veya AB Direktifi 6. Madde benzeri bir hüküm, 73. Maddede sadece bilgisayar programları için öngörülmüştür. Buna göre, “*Yegane amacı bir bilgisayar programını korumak için uygulanan bir teknik aygıtın geçersiz kılınmasına veya izinsiz ortadan kaldırılmasına yarayan herhangi bir teknik aracı, ticari amaç için elinde bulunduran veya dağıtan kişilere hapis ve para cezası getirilmiştir*. AB Direktifi ve DMCA’daki, teknolojik önlemlerin dolanılmasına yarayan araçların üretim ve dağıtımını yasaklayan, *anti-trafficking* hükümlerine paralel bu düzenleme, sadece bilgisayar programları için öngörülmüştür.

Ek Madde 4’de, 5101 sayılı Kanun’la yapılan değişiklik sonrasında servis ve içerik sağlayıcıların sorumluluğuna ilişkin düzenleme yapılmıştır. Buna göre, göre “*servis ve bilgi içerik sağlayıcılar tarafından eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin bu Kanun’da tanınmış haklarının ihlâli halinde, hak sahiplerinin başvuruları üzerine ihlâle konu eserler*

⁸⁵⁶ Bkz. Bölüm.3.4.4.2. Bern Kon. m.9 ve WCT Mutabakat Metni

⁸⁵⁷ Bkz. Bölüm 3.4.4.3 WCT m.11 ve 12 , 2001/29 AB m.6

içerikten çıkarılır. Bunun için hakları haleldar olan gerçek veya tüzel kişi öncelikle bilgi içerik sağlayıcısına başvurarak üç gün içinde ihlâlin durdurulmasını ister. İhlâlin devamı halinde bu defa, Cumhuriyet savcısına yapılan başvuru üzerine, üç gün içinde servis sağlayıcıdan ihlâlê devam eden bilgi içerik sağlayıcısına verilen hizmetin durdurulması istenir. İhlâlin durdurulması halinde bilgi içerik sağlayıcısına yeniden servis sağlanır.” DMCA’de mevcut servis sağlayıcı sorumluluğuna benzer bir düzenleme olan bu hükümle, eser sahibi haklarının internet yoluyla ihlaline karşı, internet içerik ve servis sağlayıcılara yükümlülükler getirilmiştir.⁸⁵⁸

4.4.5.2. Değerlendirme

Konuyla doğrudan ilgisi bakımından FSEK’te, bilgisayar programları dışında, genel anlamda teknolojik önlemlerin etkisizleştirilmesini yasaklayan bir hüküm yer almamakta; sadece Ek Madde 4 çerçevesinde hak yönetim bilgisine müdahaleler, oldukça ağır şekilde cezai yaptırıma tabi tutulmaktadır.

Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda teknolojik önlemlerin korunmasına ilişkin düzenlemelerin en belirgin özelliği, dağınık ve sistematikten yoksun oluşudur. Hemen belirtmek gerekir ki, bu derece önemli bir konunun Türk Hukukunda ek madde veya “ek maddeye ekleme” şeklinde yer alması talihsizliktir. Söz konusu hükümler, WIPO Andlaşmaları ve AB Direktifi’ne uygunluk bakımından farklı değerlendirmeleri gerektirir.

Teknolojik önlemleri koruyucu hükümlerin altyapısını oluşturması açısından, FSEK Madde 25’teki “ ... gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda erişimini sağlamak suretiyle umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak hakkı...” şeklindeki hüküm, WCT Madde 8’de öngörülen kamuya iletim hakkını düzenlemiştir. Ayrıca Madde 22’de çoğaltma hakkına ilişkin, “...eserin işaret, ses ve görüntü nakil ve tekrarına yarayan, bilinen ya da

⁸⁵⁸ Maddede ayrıca bir yönetmelik çıkarılacağı belirtilse de 2007 yılı başı itibariyle yönetmelik henüz yayımlanmamıştır. Bu konuda da hazla bilgi için bkz. K Akgün ve diğerleri, *İnternet Yayıncılığı ve İnternet Servis Sağlayıcılarının Sorumlulukları, Genel Politikalar ve Düzenleme Örnekleri*” www.bilisimsurasi.org.tr/dosyalar/16.doc. ; Türkekul ; Sevim, a.g.m. ; Ayrıca bkz. 2007 yılı başında hazırlıkları süren, Bilişim Ağı Hizmetlerinin Düzenlenmesi ve Bilişim Suçları Hakkında Kanun Tasarısı m.11

ileride geliştirilecek olan her türlü araca kayıt edilmesi...” şeklindeki düzenleme, esere internet ortamında erişimi kapsayacak denli geniştir. Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunun, “çoğaltma” ve “kamuya iletim” bakımından Bern rejimiyle uyumlu olduğu açıktır.

FSEK Ek Madde 4, “hak yönetim bilgisi”ni⁸⁵⁹ doğrudan koruma altına alırken, esere erişimi düzenleyen teknolojik önleme ilişkin hiçbir hüküm getirmemiştir. Bu şartlar altında Türk Hukukunda eserin korunmasına yönelik teknolojik önlemin etkisizleştirilmesi, hak yönetim bilgisinin kaldırılması veya değiştirilmesi sonucunu yaratmadığı sürece bağımsız olarak hukuka aykırı değildir. Bu durumun, WCT tarafından öngörülen asgari koruma rejimini sağlayıp sağlamadığı tartışmalıdır.

WCT Madde 11’e ilişkin açıklamalarda belirtildiği üzere, söz konusu hüküm, genel bir erişimi engelleme hakkı yaratılmasını şart koşmamaktadır. Taraf devletler, WCT ve Bern Konvansiyonu çatısı altındaki hakların kullanılmasına ilişkin teknolojik önlemleri korumakla yükümlüdürler. WCT Madde 11 çerçevesindeki düzenlemenin yorumu ve uygulama biçimi bir yana bırakılırsa,⁸⁶⁰ ortodoks görüşler açısından yukarıda belirtilen hükümler, Türkiye’nin WIPO Andlaşmalarının getirdiği asgari koruma rejimini sağlamadığı yorumuna sebep olabilir. Farklı yaklaşımlar bulunduğu yukarıda belirtilmiş olsa da, taraf devletler WCT Madde 11’in uygulamasında genel olarak, teknolojik önlemin dolanılmasını ve hak yönetim bilgisine müdahaleyi açıkça yasaklayıcı hükümleri tercih etmişlerdir. Ancak soyut olarak WCT hükümlerine baktığımızda, bunun mutlak bir zorunluluk olduğu söylenemez.

Hak yönetim bilgisine ilişkin WCT Madde 12 hükmünün, esas düzenleme olan Madde 11’i tamamlayıcı niteliği dikkate alındığında; Türk Hukukunun teknolojik önlemin dolanılmasını düzenlemezen; bu tali hususu detaylı ve katı şekilde düzenlemesinin nasıl yorumlanacağı anlaşılabilir değildir. Ek Madde 4’te soyut şekilde, hak yönetim bilgisine

⁸⁵⁹ WCT m.12

⁸⁶⁰ Bkz. Bölüm 3.4.5

müdahale FSEK Madde 72, 2. bentteki yaptırımlara tabi kılınmıştır. Müdahalenin ticari amaçla yapılması gerekmediği gibi, müdahale edilmiş eserin yayını ve kamuya iletimi gibi şartlar da aranmamakta; hiçbir istisna tanınmaksızın yaptırım getirilmektedir. Örneğin, dijital bir etiket olan “hak yönetim bilgisi”ne müdahale eden bir programı deneme maksatlı yazmaya çalışan öğrenci, fiilin öğrenilmesi halinde ceza tehdidiyle karşılaşacaktır. Oysa WCT Madde 12, dijital hak yönetimi bilgisine müdahaleyi, ancak yapılan eylemin WCT veya Bern Konvansiyonu kapsamındaki hakların ihlali, veya böyle bir ihlali kolaylaştırıcı olduğunun bilinmesi halinde hukuka aykırı saymıştır.⁸⁶¹

Diğer yandan, Ek Madde 4 ile uyumlu olduğu söylenen⁸⁶² WCT Madde 12 dikkatle karşılaştırıldığında, farklı bir yorum söz konusu olabilir. Ek Madde 4 hükmü, WCT Madde 12/2’deki hak yönetim bilgisi (*rights management information*) tanımını aynen almıştır. Ancak WCT Madde 12/1 açıkça “elektronik” hak yönetim bilgisinin kaldırılması ifadesini kullanırken; Ek Madde 4 düzenlemesinde bu belirtilmemiştir. FSEK düzenlemesi, kasıtlı olarak analog nüshalar göz önüne alınarak yazılmış izlenimi vermektedir. Buna bağlı olarak Türk Hukukunda, teknolojik önlemlerin dolanılmasını yasaklayıcı hiçbir hüküm bulunmadığı ve meselenin sadece, teknolojik önlemin dolanılması sonucunda eser sahibi hakkının ihlal edilip edilmediğine göre çözümleneceği ileri sürülebilir. Aşağıda belirtileceği gibi böyle bir tutum, taraf devletlerce tercih edilmese de, WIPO Andlaşmaları bünyesinde kabul edilebilir niteliktedir.⁸⁶³ Dahası FSEK’te teknolojik önlemlere ilişkin koruma, açık ve bilinçli bir tercih gibi sadece bilgisayar programlarına yöneliktir.(FSEK Madde 73). Burada da bilgisayar programları üzerindeki teknolojik önlemin etkisizleştirilmesi değil; sadece bu amaca yönelik araçları ticari amaçla bulundurma ve dağıtma, hukuka aykırı sayılmıştır. Bunun sonucunda Türk Hukukunda

⁸⁶¹ veya bilebilecek durumda olması (...or with respect to civil remedies having reasonable grounds to know...)

⁸⁶² Ayrıca 2001/29 sayılı AB Direktifi m.7 hükmü, bkz. Türkekul, s. 48. Söz konusu Kanunun gerek Hükümet gerekse Komisyon gerekçesinde bu konuda hiçbir yoruma yer verilmemesi ve sadece genel anlamda uluslararası düzelemelelerden bahsedilmesi, Türkiye’deki kanun yapma süreci açısından düşündürücüdür.

⁸⁶³ WIPO - The International Bureau, *The Advantages Of Adherence To The Wipo Copyright Treaty (WCT) and The Wipo Performances And Phonograms Treaty (WPPT)* , s.8
http://www.wipo.int/copyright/en/activities/wct_wppt/pdf/advantages_wct_wppt.pdf

genel anlamda, teknolojik önlemlerin dolanılmasını yasaklayan bir hüküm getirilmek istenmediği hükmüne de varılabilir.

Görüldüğü üzere, FSEK içinde yer verilen teknolojik koruma hükümleri tutarsız olmakla beraber, FSEK Madde 25 altında kamuya iletim hakkının düzenlenmiş olması, bunun yanında çoğaltma hakkının dijital aktarım ve kopyaları da kapsamı ve Bern Konvansiyonu hükümleriyle uyumlu bir fikir ve sanat eserleri hukuku rejiminin uygulamada oluşu, WCT açısından tercih edilen adaptasyon tekniği değilse de, asgari koruma açısından yeterli sayılabilir.⁸⁶⁴ Çünkü teknolojik önlemin etkisizleştirilmesi, herhangi bir istisna kapsamına girmiyorsa, FSEK uyarınca eser sahibi hakkını ihlal edecektir ve bu da, WCT çerçevesinde öngörülen sonuca uygundur. WCT açısından önemli olan, teknolojik önlemin dolanmanın ayrıca yasaklanmış olması değil, teknolojik önlemin dolanma sonucunda eser sahibi hakkı ihlali söz konusu ise, gerekli hukuki yollara başvurulabilmesidir.

Oysa yukarıda da açıklandığı üzere AB Direktifi, WIPO Andlaşmaları'yla ortaya konan asgari limitlerin ötesinde, DMCA gibi aşırı korumacı bir düzenlemedir. Dahası AB ve ABD düzenlemeleri teknolojik önlemleri etkisizleştiren araçların üretim ve dağıtımını da yasaklamıştır.

Teknolojik önlemin etkisizleştirilmesinin ayrıca yasaklama altına alınması gerekmediği fikri, AB Direktifi bünyesinde savunulamaz.⁸⁶⁵ Çünkü hazırlık sürecinde metne yapılan müdahaleler, böyle bir yoruma imkân vermemektedir.⁸⁶⁶ Bu sebeple FSEK hükümleri, 2001/29 sayılı AB Direktif'inde getirilen standartların gerisinde kabul edilebilir.

Teknolojik önlemleri etkisizleştirmeye yönelik araçların üretim ve dağıtım bakımından sadece bilgisayar programları için koruma sağlanması, bir eksikliktir. Bu düzenlemenin genel olması gerekir(Direktif Madde 6/2). Ancak 2001/29 sayılı AB Direktif'inde öngörülen bu yasaklamanın, muhakkak FSEK bünyesinde ve doğrudan

⁸⁶⁴ TBMM

⁸⁶⁵ Direktif m.6/1 ve 6/3

⁸⁶⁶ Bkz. Bölüm 4.2.3

teknoloji tanımlayan ifadelerle düzenlenmesi şart değildir. Aynı sonucun, haksız rekabet hükümlerinin geniş bir yorumuyla sağlanması da pekâlâ mümkündür.

Ancak Türkiye açısından, uygulama ve yargı makamlarının bu son derece yeni ve teknik “koruma” biçimini, açık kanun hükümlerinin yokluğunda, yürürlükteki mevzuatın kapsamlı bir yorumunu yaparak gerçekleştirmeleri beklenemez. Dahası ilgili Kanunlar’ın gerekçeleri de, bu konuda yol gösterici değildir.

Sonuç olarak, FSEK’te yer alan dağınık ve sistematikten uzak hükümlerin, yukarıda açıklanmaya çalışılan kapsamlı ve derin analizlere dayalı yorumlar ışığında veya bilinçli tercihlerle yürürlüğe konduğunu gösteren bir kanıt bulunmamaktadır.

Burada önemli olan, uluslararası metinleri iç hukuka geçirirken aceleci bir yol izlemenin yanlış olduğunun ve mevcut hukuki durumun derinlikli bir analizi yapılmadan değişikliklere gitmenin, istenen sonucu doğurmayacağına anlaşılmasıdır. Özellikle WIPO Andlaşmaları ve 2001/29 sayılı AB Direktifi gibi, internet kullanımı ve bilgiye erişim konularında kısıtlayıcı düzenlemeler ele alınırken, uluslararası rejiminin öngördüğü esnekliklerin ülkenin koşulları doğrultusunda değerlendirilmesi yerinde olacaktır. FSEK’teki ilgili hükümlerin 2001/29 sayılı AB Direktifi ile uyumlu olduğu söylenemez ve bu nedenle önümüzdeki dönemdeki Türkiye’nin Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda teknolojik korumaya ilişkin yeni düzenlemelere gitmesi olasıdır. Bu süreç içinde, örnek ülkelerdeki durum ve uluslararası hukuktaki yükümlülükler iyi tespit edilmelidir.

Bu açıdan bakıldığında Türk Hukukunun mevcut haliyle, WCT Andlaşmasının ortaya koyduğu yükümlülükler uygun bir yorumu mümkünse de, gerek söz konusu Kanun hükümlerine ilişkin hazırlık çalışmaları ve gerekçeler böyle bir yoruma imkân verecek düşünsel altyapıdan yoksundur.⁸⁶⁷

⁸⁶⁷ T.B.M.M. (S. Sayısı : 402) Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı ve Millî Eğitim, Kültür, Gençlik ve Spor Komisyonu Raporu (1/538), 15.09.1999 ve T.B.M.M. (S. Sayısı: 386) Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına

4.5. WIPO ANDLAŞMALARİ'nİN ULUSAL HUKUKA UYARLANMASI

Yukarıda açıklanan düzenlemelerin, çok yeni oluşu ve radikal değişiklikler içermesi nedeniyle net bir yorum yapacak ilke ve prensipler henüz tam manasıyla ortaya çıkmamıştır. Bilgi işlem teknolojilerinin yarattığı değişimin, global düzeyde düzenleme ihtiyacı doğurduğu kabul edilse de, mevcut teknolojik önlemlerin hukuki ve teknik altyapısının, eser sahibi haklarına dayalı sektörler tarafından geliştirildiği unutulmamalıdır.

Bilgisayarlı iletişimin katlanarak artan yaygınlığı ve kaçınılmazlığı karşısında, ağ üzerinde eser koruması problemiyle ilgili geliştirilen düzenlemeler, hukuki gerekçesini yanlış bir varsayıma dayandırmaktadır. Dijitalleşme öncesi fiziki ortam için tasarlanan hak ve yetkilerin, dijital ortamda da aynen geçerli olduğunu bir ön kabul şeklinde dayatan yapımcı-yayıncı endüstriler; bir sonraki aşamada, “hali hazırda” mevcut haklarının korunmasını istemektedirler. Bu sebeple, teknolojik önlemlerin korunması yönünde düzenleme yapılırken, daha genel bir politika değerlendirmesi gerekmektedir. Çünkü nasıl yeni teknolojiler, eser sahibinin kimi haklarını dijital ortamda anlamsız hale getiriyorsa; teknolojik önlemler de aynı şekilde, kullanıcı lehine tanınmış sınırlamalardan faydalanma imkânını ortadan kaldırmaktadır.

Bu durumda, WIPO Andlaşmalarının “yeterli hukuki koruma”(adequate legal protection) şartı karşısında, taraf devletin getirmesi beklenen minimum koruma bakımından farklı yaklaşımlar söz konusudur.⁸⁶⁸ Henüz başlangıç aşamasında olan bu hukuki oluşum

İlişkin Kanun Tasarısı ve Millî Eğitim, Kültür, Gençlik ve Spor Komisyonu Raporu (1/753) 09.02.2004
<http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem22/yil2/bas/b062m.htm>

⁸⁶⁸ Bkz. Dean S. Marks, Bruce H. Turnbull, *Technical Protection Measures : The Intersection Of Technology, Law And Commercial Licenses* , Workshop On Implementation Issues Of The WIPO Copyright Treaty (WCT) and the WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT) Geneva, December 6 and 7, 1999, http://www.lemuria.org/DeCSS/imp99_3.pdf

karşısında, ihtiyatlı bir tavır takınılması ve klasik fikir ve sanat eserleri hukukundaki dengenin, mümkün olduğunca gözetilmesi sağduyulu bir yaklaşım olacaktır.

4.5.1. Teknolojik koruma açısından düzenleme yaklaşımları

4.5.1.1. Genel Erişim Kontrolü

DMCA hakkındaki açıklamalarda değinilen genel erişim yasağı, teknolojik araçların üretim ve dağıtımının kontrolü ile beraber kullanıldığında, en sınırlayıcı düzenleme rejimini ortaya koymaktadır. Belirtildiği üzere, klasik fikir ve sanat eserleri hukuku genel olarak, esere erişim engeli içermez.

WCT ve WPPT çerçevesinde genel bir kamuya iletim hakkı düzenlemesine gidilmiş ve “şemsiye çözüm” ekseninde bir uzlaşma sağlanmıştır.⁸⁶⁹ Ancak unutulmamalıdır ki, kamuya iletim hakkı kullanıcılar açısından bir erişim engeli değildir. Kamuya iletim hakkı, eserin internet veya benzeri ağ üzerinde interaktif sunumunun da, eser sahibine ait bir hak olduğunu teyit eder.

Bu nedenle genel bir erişim kontrolü oluşturmak için başvurulacak düzenleme yöntemi, teknolojik önleme müdahalenin ayrıca ihlal kapsamına alınmasıdır. ABD ve AB hukuk sistemleri, yapımcı-yayıncı sektörlerin baskısıyla, bu yolu seçmişlerdir. Ancak belirtildiği gibi bu düzenleme biçimi, WIPO Andlaşmaları açısından zorunlu değildir.⁸⁷⁰

Ancak ticari açıdan bakıldığında, dijital ortamda esere erişimi engelleyemeyen hak sahibi, kullanıcıları eserin fiziki veya dijital bir kopyasını almaya ikna edemeyecektir. Fikir ve sanat eserlerine dayalı endüstrilerin, genel bir erişim hakkı için yoğun şekilde lobi yapmalarının sebebi budur.

⁸⁶⁹ Bkz. Bölüm 3.4.4.2

⁸⁷⁰ Dijital ortamda faydalanma için bkz. Bölüm 3.4.4.2.2

Erişim kavramına klasik eser koruması penceresinden bakıldığında, bir eserin fiziki dünyada alenileşmesi, eseri kamunun faydalanmasına açık hale getirir.⁸⁷¹ Bunun anlamı artık kitapçıdan satın alarak, kütüphaneden ya da bir arkadaştan ödünç suretiyle esere erişim imkânı olmasıdır.⁸⁷² Fiziki varlığı olan kitap, CD gibi bir eserler bir kez satıldıktan sonra eser sahibi kontrolünü kaybeder. Oysa Ağ üzerindeki ticari girişimlerin başarısı eserin sonraki kullanımlarını takibe bağlıdır.⁸⁷³

Erişim hakkı tartışması özünde, kamunun hakları ile özel kişilerin menfaatleri arasında bir denge arayışıdır. Erişim kontrolü sağlayan mekânizmalara genel hukuki koruma sağlanırken bunun, özel olarak tasarlanmış ve etkin hukuki mekânizmalarla desteklenmiş sınırlamalarla dengelenmesi gerekir. Bunlar olmaksızın sözleşme serbestisi içinde düzenlenen lisans hükümleriyle beraber erişim engelleri, kamusal bilgi alanını kullanıcı aleyhine daraltacaktır. Kişilerin bilgidan özgürce faydalanması, kendilerini geliştirmeleri, her şeyden önce bir sosyal devlet idealidir.

4.5.1.2. Kısmi Erişim Kontrolü

Erişim kontrolü sağlayan önlemlere kısmen hukuki koruma sağlanmasından amaç, sadece eser korumasını ihlal eden durumlarda, erişimin hukuka aykırı sayılmasıdır. Böyle bir yaklaşıma uygun, teknolojik koruma mekânizmalarının yaratılması önemli bir yazılım problemidir ve konunun teknik kısmı, aşağıda incelenmiştir. Teknik zorluk bir yana, yapımcı-yayıncı sektörleri bu çeşit DRM sistemleri tasarlama yönünde zorlayacak hukuki veya ticari faktörler de bulunmamaktadır. Bu sebeple, hukuki düzlemdeki kısmi kontrol hakkının, teknik boyutta uygulamaya taşınması, özel olarak tasarlanmış DRM sistemleri gerektirir. Yapımcı-yayıncı sektörlerin fiili engellerine karşı hukuki güvenceler getirilmeksizin, kısmi erişim şeklinde de olsa, teknolojik önlemlerle ilgili düzenleme yapılması son derece yanlış olacaktır. Önemli olan hak sahiplerini, hukukun kendilerine

⁸⁷¹ Manevi bir hak olan, ilk kez umuma arz yetkisi bunu teyit eder.

⁸⁷² Bunu kullanıcı açısından bir hak olarak nitelendirebilmek de mümkün değildir. Esere, yani içeriğe erişim, klasik öğretilerde tamamen fiziki mallara ilişkin mülkiyet çerçevesinde çözümlenirken, eserin fiziki varlığını kaybettiği dijital ortam, bugünkü çözümsüzlüğü doğurmuştur.

⁸⁷³ Kerr, s.25

tanıdığı yetkilerle sınırlı DRM sistemleri kullanmaya zorlayacak temel prensiplerin ve buna dayalı hukuki düzenlemelerin oluşturulabilmesidir.

Teknolojik önlemleri etkisizleştiren araçların üretiminin ve/veya dağıtımının yasaklanması, kısmi erişim engelini büyük ölçüde, tam bir erişim yasağına dönüştürecektir.

4.5.1.3. Kullanım Kontrolü

Kullanım kontrolü kavramı DMCA hakkındaki bölümde açıklanmıştı. Bu tip kontrol mekanizmaları genellikle, eserin yasal erişim sonrasında izinsiz çoğaltılmasını veya başkaca mali hakların ihlalini engellemeye yöneliktir. Kullanım kontrolü, esere yasal erişim elde etmiş kişilerin sonraki davranışları üzerine eğildiği için, asla erişim kontrolüne alternatif bir yaklaşım değil; ona ek bir düzenleme teknolojik koruma biçimidir.

ABD hukuku bu ayrımı gözetmiş ve kullanım kontrolüne yarayan sistemlerin dolandırılmasını, klasik fikir ve sanat eserleri hukuku kapsamındaki yaptırımlara tabi tutarak, DMCA dışında bırakmıştır.⁸⁷⁴ Oysa AB düzenlemesi böyle bir ayrım gözetmez. Direktif'teki, eser sahibi hakkı sınırlamalarını koruyucu hükümler,⁸⁷⁵ kullanım kontrolüne yarayan teknolojik önlemler için sınır oluşturur. Ancak gelişen yazılım ve donanım uygulamaları karşısında, “erişim” ve “kullanım” ayrımının bulanıklaştığı; kullanımı engellemek üzere tasarlanmış bir teknolojik önlemin, kaçınılmaz şekilde erişim engelleyici unsurlar da içereceği söylenmektedir.⁸⁷⁶

Kullanım kontrolüyle ilgili olarak WIPO Andlaşmaları doğrudan bir hüküm içermez, ancak hak yönetimi bilgisini düzenleyen WCT m. 12 ve WPPT m.19, kullanım kontrolüne ilişkin mekanizmalar açısından da himaye edici hükümlerdir.

4.5.1.4. Teknolojik Önlemleri Etkisizleştiren Araçların Üretim ve Dağıtımının Kontrolü

⁸⁷⁴ Bölüm 4.1.2.3'te açıklandığı üzere ABD hukuku kullanım kontrolü araçlarını “telif hakkını koruyucu önlem” olarak nitelendirmiştir. Diğer teknolojik önlem “erişimi engelleyici önlem” şeklinde ifade edilmiştir.

⁸⁷⁵ Bkz. 2001/29 AB Direktifi, m.5 ve m.6/4

⁸⁷⁶ ABD mahkemelerince verilen kararlar da bu ayrımı bulanıklaştırmıştır.

Fikir ve sanat eserlerini dijital ortamda korumaya yönelik bir başka strateji de, etkisizleştirmeye yarayan araçların, üretim ve dağıtımının yasaklanmasıdır. Gerek ABD gerekse AB hukuku, bu koruma biçimine yer vermiştir. Çünkü tek tek kullanıcıları takip etmektense, bu amaca hizmet eden araçları kontrol etmek daha etkin bir yoldur. Bu yolu savunanlar, böyle bir yasağın bütünsel ve istisna tanınmaksızın geçerli olmadığı sürece, teknolojik korumanın eksik kalacağı fikrindedirler. Bu aşırı yaklaşım, AB ve ABD hukuk sistemlerinde büyük ölçüde yer bulmuştur. Daha sınırlı bir yaklaşım, sadece ticari amaçlı üretim ve dağıtım yapanları hedef almaktır.⁸⁷⁷

Ortalama bir kullanıcının teknolojik önlemi etkisizleştirecek yazılım uzmanlığına sahip olamayacağı düşünülürse, araçların üretim ve dağıtımına ilişkin genel bir yasağın, kullanıcıları tamamen hak sahiplerinin insafına bırakacağı açıktır. Bu bakımdan, kullanıcılar lehine tanınmış sınırlamaları da, büyük ölçüde anlamsızlaşacaktır. Çünkü kullanıcıların, bu imkândan yararlanabilmek için dava yoluna gitmekten başka seçenekleri kalmayacaktır. Burada klasik eser koruması sistemi tersine çevrilmiş; yasaklama kural haline gelerek, kullanıcının hakkını mahkeme önünde ispat etmesi tercih edilmiştir. Gerekçe, bunun bir zorunluluk olduğudur.

Ayrıca, ilk bakışta teknolojik önlemleri etkisizleştirmeye yarayan araçların, başkaca hukuka uygun ve meşru kullanımları olabilir. ABD hukukuna ilişkin açıklamalarda görüldüğü üzere bu konuda getirilen yasaklamalar, teknoloji ve bilimsel araştırma alanında da kimi tereddütler, duraksamalar meydana getirmiştir.⁸⁷⁸

4.5.2. WIPO Andlaşmaları Çerçevesinde Adaptasyon Biçimleri

Yukarıda da belirtildiği gibi WIPO Andlaşmalarına taraf olan devlet, öngörülen düzenlemeleri hangi hukuki düzenleme alanı içinde yapacağını özgürce seçebilir. Yeni düzenleme, AB ve ABD’de olduğu gibi, eser korumasına dâhil edilebileceği gibi, bilişim

⁸⁷⁷ Türk Hukuku’nda bkz. FSEK m.73 bent 1(c)

⁸⁷⁸ Bkz. Bölüm 4.1.3.1

suçları veya haksız rekabet hükümleri kapsamında da hüküm getirmek mümkündür. Yaptırım olarak, tazminat, ceza ve tedbir mekânizmaları düşünülebilir.

WCT Madde 11, teknolojik önlemlere karşı, eser sahibince veya Kanun tarafından izin verilmeyen eylemlerin yasaklanmasını öngörmüş ve bu teknolojik önlemler, WCT ve Bern Konvansiyonu Kapsamında sayılan hakların korunmasına ilişkin olanlarla sınırlanmıştır.

Belirtildiği üzere, WCT ve Bern çerçevesinde hakların gereğince koruma altında olduğu bir sistemde, teknolojik önlemin etkisizleştirilmesini ayrıca ihlal olarak düzenlenmesine gerek yoktur. Gerçekten de, teknolojik önlemin dolanılması eser sahibi hakkını ihlal ettiği ölçüde gerekli yaptırıma maruz kalacaktır. Bir başka deyişle WIPO Andlaşmaları iç hukuka geçirilirken, teknolojik önlemlere müdahalenin mutlaka ayrı bir hükümle, hukuka aykırı sayılması gerekmez. Teknolojik önlemin dolanılmasını, WCT ve Bern düzenlemeleri kapsamındaki hakların ihlali boyutunda ele almak yeterlidir. Nitekim Avustralya 2000 yılında çıkardığı Kanun'da⁸⁷⁹ açıkça teknolojik önlemin etkisizleştirilmesini veya dolanılmasını yasaklamamış sadece, bu amaca hizmet eden araçların üretim ve dağıtımını konu alan ticari faaliyetleri düzenlemiştir.⁸⁸⁰ Teknolojik bir önleme müdahale, WCT ve Bern düzenlemeleri kapsamındaki hakları ihlal ettiği ölçüde yaptırıma maruz kalacaktır ki, WCT m.11 de bunu şart koşturmuştur. Yapımcı-yayımcı endüstrilerin ısrarla, doğrudan teknolojik önlemlere ilişkin düzenlemeler talep etmelerinin altındaki neden, esere erişim, çoğaltma hakkı kapsamında ele alındığı sürece, kişisel kullanım istisnasının devreye girebilecek olmasıdır.⁸⁸¹ Şu an için doğru tercih, teknolojik önlemlerle ilgili korumanın minimumda tutularak, sadece klasik fikir ve sanat eserleri hukukundaki hakların ihlali sonucu doğuran etkisizleştirmelerin yaptırıma tabi tutulması ve

⁸⁷⁹ Bu Kanun daha sonra 2004 yılında ABD ile imzalanan serbest ticaret anlaşmasıyla (AUSFTA) değişikliğe uğramıştır. Bkz.

http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/Australia_FTA/Reports/asset_upload_file813_3398.pdf

⁸⁸⁰ WIPO - The International Bureau, *The Advantages Of Adherence To The Wipo Copyright Treaty (WCT) and The Wipo Performances And Phonograms Treaty (WPPT)*, s.9

⁸⁸¹ Nitekim, çoğaltma hakkı Bern Konvansiyonu'nda düzenlendiği şekliyle, internet yoluyla eserden yararlanma hallerinden pek çoğunu kapsar.

WIPO Andlaşmalarının öngördüğünün ötesinde, genel bir erişim engeli yaratılmaması olacaktır. Andlaşmaların ilgili Maddesine bakıldığında, teknolojik önlemlerle ilgili korumanın, kanunun veya sözleşme hükmünün izin verdiği hallerde geçerli olmayacağı anlaşılmaktadır. Fakat diğer yandan, Andlaşmaların amacı internet üzerinde kullanıcılarca yapılan ihlallerin önlenmesidir.

Eğer teknolojik önlemin dolanılması ayrıca ihlal olarak düzenlemeyecek olursa, teknolojik önlemlerin dolanılması yoluyla kişisel kullanım için çoğaltma ve işleme yapılması, özel olarak düzenlenmeli; “üç aşama testi” ışığında, eser sahibine getirilen kamuya iletim hakkını işlevsiz kılmayacak bir sistem kurulmalıdır.⁸⁸²

Savunulan bir başka yaklaşım, yaptırımların sadece ticari amaçlı etkisizleştirmelerle sınırlı tutulmasıdır. Böyle bir düzenleme, kullanıcılar ve bilgiye erişim hakkı bakımından son derece yararlı olsa da, öyle görülmektedir ki, WCT ve WPPT Andlaşmalarının amacına uygun düşmeyecektir. Çünkü eserin ticari amaçlı kullanımına yönelik bir etkisizleştirme eylemi, çoğu durumda zaten çoğaltma, yayma veya kiralama hakkının ihlali olacaktır.

Tazminat dışı cezai yaptırımlardan muhakkak uzak durulması gerekir. Henüz bu derece tartışmalı bir alanda hürriyeti bağlayıcı veya bireylerin ekonomik geleceğini tehlikeye atacak yaptırımlardan kaçınmak yerinde olacaktır.

⁸⁸² Türk Hukuku açısından m.25’deki kamuya iletim ve m.22’deki çoğaltma hakları kapsam bakımından Bern ve WCT ile uyumludur.

4.6 VERİ-TABANI KORUMASI

Dijital formatta bilgiye erişim açısından son derece önemli bir başka düzenleme alanı, veri-tabanı korumasıdır. Veri-tabanı koruması genel olarak derleme eser niteliğindeki “özgün” veri tabanları, ve düzenlenişleri açısından orijinalite içermeyen “özgün olmayan” veri-tabanları, şeklinde ortaya çıkar. Bu çalışmanın konusu için, eserlerin teknolojik yöntemlerle korunması açısından önem arz eden düzenleme türü, “özgün olmayan” veri-tabanlarıdır.

Burada ağırlıklı olarak, AB’de ve buna paralel olarak Türk Hukukundaki özgün olmayan veri-tabanı koruması üzerinde durulacaktır. Özgün veri-tabanlarına ilişkin kısa bir açıklama aşağıda verilmiştir. AB’deki veri-tabanı düzenlemesi, ekonomik aktörlerin tekel konumlarına bağlı olarak edindikleri “bilgi”nin sahipliği noktasında tartışmaya neden olmuştur.

4.6.1. Veri-tabanlarının Hukuki Koruması

Veri-tabanı⁸⁸³ bağımsız şekilde bir araya getirilmiş eser, data (veri) ve diğer materyaller topluluğu olarak tanımlanabilir. Veri-tabanından bahsedilebilmesi için, bir yöntem veya sistematik dâhilinde oluşturulan ve bireysel kullanıcılar tarafından elektronik veya başkaca yöntemlerle erişilebilir, bir veri topluluğu bulunmalıdır. Kuşkusuz farklı hukuk sistemlerinde, çeşitli veri-tabanı tanımlarına rastlanabilir.

Veri-tabanları bakımından, klasik fikir ve sanat eserleri hukukundaki korumadan söz edilebilmesi için, veri-tabanının belirli bir orijinallik unsuru içermesi gerektiği

⁸⁸³ Veri işleme araçları dört tür ilişki üzerine inşa edilir. 1) Veri sınıfları (*Classes*): Bunlar verinin ait olduğu önceden belirlenmiş gruplardır. Örnek: Müşteri veri tabanındaki gelir grupları. 2) Veri dizinleri (*Clusters*): Verinin mantıksal bazı ilişkiler çerçevesinde gruplanmasıdır. Örnek: Müşteri davranışlarına göre sınıflama; 3) Bağlantılar (*Associations*): Burada verinin içindeki bilgilerin ilişkilendirilmesi söz konusudur. Örnek: Balık ve beyaz şarap satın alan müşteriler; 4) Sıralı/ardışık örüntüler (*Sequential patterns*): Veri içindeki farklı bilgilerin birbiriyle ilişkilerinin zamansal döngüsünü ortaya koyar. Bu tip örüntülerin ortaya çıkarılabilmesi için analitik yazılımlar, istatistiksel algoritmalar, nöral sinir ağları (*neural networks*) gibi araç ve modeller kullanılır. Belirli davranışların sıklığı ve nasıl bir zamansal döngü içinde tekrar ettiği araştırılarak bir sonraki davranış tahmin edilmeye çalışılır.

muhakkaktır.⁸⁸⁴ Bu tür bir orijinalite içeren veri-tabanları, özgün veri-tabanı yani, “derleme” eser olarak korunur.⁸⁸⁵ Koruma hiçbir şekilde, veri-tabanı veya derlemenin içeriğini kapsamaz.

Buna karşılık, düzenlenişi itibariyle yaratıcılık unsuru taşımayan veri-tabanları üzerinde, söz konusu veri topluluğunun elde edilmesi, doğrulanması, tasnifi veya sunumu için ciddi yatırım yapılmış olması halinde, eser korumasından bağımsız, *sui generis* nitelikte bir hak bulunduğu, ulusal ve uluslararası hukukta kabul görmüştür. Bu düzenlemenin en önemli yanı, orijinalite unsurunun ortadan kalkması ve özünde hiçbir yaratıcı veya özgün nitelik taşımayan bir veri derlemesinin, *teelif hakkı* benzeri bir korumaya kavuşmasıdır. Eser korumasında esas olan, eserin hayat bulduğu ifade/üslup olduğundan, özgün olmayan veri-tabanları için *sui generis* bir hak tesis edilmesi gerekmiştir. Çünkü veri-tabanını oluşturan, veri ve *vakaların* eser korumasından faydalanması düşünülemez. Burada, yaratıcının hususiyetini ortaya çıkaracak bir ilmi veya estetik vasıf söz konusu değildir. Eser sahibine özgülenebilir bir orijinalite unsuru yoktur.

Burada da açıkça görülüyor ki, özgün veri-tabanı koruması sadece orijinalite unsuruyla farklı değildir. Klasik fikir ve sanat eserleri hukukuna dâhil edilen özgün veri-tabanı koruması, derleme içindeki materyali koruma kapsamı dışında bırakmasıyla da, özgün olmayan veri-tabanı korumasından ayrılır.

Bu çeşit özgün olmayan veri tabanları için, spesifik korumanın bulunmadığı hukuk sistemlerinde veri-tabanı sahipleri, ticari sırların korunması, haksız rekabet hükümlerine ve karşılıklı sözleşmelere dayanarak hukuki koruma aramışlardır.⁸⁸⁶

⁸⁸⁴ Genel olarak bkz. Ünal Tekinalp, *Derleme Eser, Düşünce Yaratıcılığı ve Bunun “Hususiyet” Üzerindeki Etkisi*, Ankara Barosu Fikrî Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, 2005, C.5, Sayı 1

⁸⁸⁵ Bern Kon. m.2/5, WCT m.5, FSEK m.6/11, TRIPs m.10/2

⁸⁸⁶ Denis Borges Barbosa; *Counting Ten for TRIPs: Author Rights and Access to Information -A Cockroach's View of Encroachment*, 2005, s.19, <http://ssrn.com/abstract=842564>

4.6.2. TRIPs, WCT ve Veri-tabanları

Dijital teknolojilerin veri tarama, işleme ve saklama konusunda yarattığı imkânlar, herhangi bir orijinalite taşımasalar bile veri-tabanlarının, hukuki koruma altına alınması ihtiyacını getirmiştir. Bu tip veri derlemelerine dijital ortamda çabuk ve kesin şekilde ulaşılabilmesi; ekonomik önemlerini artırmış ve hukuki koruma konusu haline gelmelerini sağlamıştır.

Bern Konvansiyonu Madde 2/5, FSEK 1/B(d) Maddesiyle paralel şekilde, özgün eser üzerindeki haklar saklı kalmak kaydıyla, ansiklopediler ve antolojiler gibi muhtevası seçme ve düzenlemelerden oluşan, yaratıcı düşünce ürünlerini koruma altına alır.

Yazılımlar üzerindeki korumayı düzenleyen TRIPs Madde 10⁸⁸⁷, veri-tabanları için de minimum bir düzenleme içerir. Maddenin lafzına bakıldığında makine dilinde düzenlenmiş verinin de koruma altına alındığı ve fakat verinin seçilmesinde veya düzenlenmesinde belirli bir yaratıcılık⁸⁸⁸ arandığı belirtilmektedir. Bu haliyle “özgün olmayan” veri-tabanlarına koruma getirmediği söylenebilir. TRIPs veri-tabanı yerine “veri derlemesi”(compilation of data) terimini tercih etmiş ve yaratıcı unsura gönderme yaparak aslında, klasik fikir ve sanat eserleri hukukunda orijinaliteye bağlı olarak derlemelere tanınan korumayı tekrar eder gibi görünmektedir. Dahası Maddede açık şekilde, korumanın derleme içindeki unsurları kapsamadığı belirtilerek, “özgün olmayan” veri-tabanı korumasının temel mantığı reddedilmiştir. Ancak yine de ulusal hukukun, “yaratıcılık”(intellectual creation) ifadesine vereceği anlama göre, örneğin hava durumu istatistikleri, klasik eser koruması altına da girebilir.⁸⁸⁹

1996 WIPO Andlaşmaları hazırlanırken özgün olmayan veri-tabanlarına ilişkin hüküm konulması tartışıldıysa da kabul görmemiştir. Sadece WCT Madde 5, TRIPs ile

⁸⁸⁷ Article 10 - Computer Programs and Compilations of Data. 2. *Compilations of data or other material, whether in machine readable or other form, which by reason of the selection or arrangement of their contents constitute intellectual creations shall be protected as such. Such protection, which shall not extend to the data or material itself, shall be without prejudice to any copyright subsisting in the data or material itself.*

⁸⁸⁸ *intellectual creation*

⁸⁸⁹ Ricketson ve Ginsburg, s.521

paralel şekilde, özgün derlemelere koruma sağlanmıştır. Aşağıda incelenecek AB Direktifi'yle pozitif düzenlemeye kavuşan veri-tabanı üzerindeki *sui generis* hak koruması, gerek WCT gerekse TRIPs içinde açıkça yer almamaktadır.⁸⁹⁰

4.6.3. AB Hukukunda Veri-tabanı Koruması

1996 gibi oldukça erken bir tarihte AB mevzuatında yerini alan Veri-tabanı Direktifi,⁸⁹¹ üye ülkeler arasındaki farklı yaklaşımları uyuma kavuşturmanın yanı sıra, gelişmekte olan bilişim sektörünü teşvik etmeyi amaçlamıştır.⁸⁹²

Direktif *özgün ve özgün olmayan* veri-tabanlarını beraber düzenlemiş ve 3. Maddede, fikrî ürün niteliği taşıyan derlemelerin, eser korumasından yararlanacağını hükme bağlamıştır.⁸⁹³

Direktifin 7. Maddesinde üye devletlere, özgün olmayan veri-tabanlarından ister niteliksel, ister niceliksel olsun tamamen veya hatırı sayılır oranda alıntı yapılmasını veya yeniden kullanımını, yasaklama yükümlülüğü getirilmiştir.

Direktif, iki yönlü bir koruma rejimi öngörmüş ve buna göre orijinalite unsuru içeren veri-tabanlarına, bir bütün olarak yaratıcılık içeren eserler kapsamında koruma sağlarken; özgün olmayan veri tabanlarının içeriği üzerinde, *sui generis* hak tanımıştır.⁸⁹⁴

Yürürlüğe girişinden beri Avrupa Komisyonu(*European Commission*) Direktifi model bir düzenleme olarak AB dışında da teşvik etmiş; ikili ticaret anlaşmalarında yer vermiştir.⁸⁹⁵

⁸⁹⁰ Aynı yönde bkz. *ibid.* s.522

⁸⁹¹ Directive 96/9/EC OJ L 077, 27.03.1996 P.0020-0028.

⁸⁹² Direktifin yürürlüğe girmesinden önce Almanya sadece yaratıcılık unsuru içeren derlemelere koruma sağlarken Hollanda ve İngiltere harcanan emek kriteri üzerinden veri tabanlarına eser benzeri koruma sağlamaktaydılar. Bkz. Mustafa Ateş, *Veri-tabanlarının Hukuki Koruması*, AÜHFĐ, 2006, C.55, Sayı 1, s.54

⁸⁹³ m.3/1: *In accordance with this Directive, databases which, by reason of the selection or arrangement of their contents, constitute the author's own intellectual creation shall be protected as such by copyright. No other criteria shall be applied to determine their eligibility for that protection.*

⁸⁹⁴ Buradan sonra “veri-tabanı” kavramı, *özgün olmayan* veri tabanlarını ifade etmek üzere kullanılmıştır.

4.6.3.1. AB Hukukunda Veri-Tabanı Kavramı ve Sui Generis Hak

Direktif, veri-tabanlarını hangi formatta olursa olsun koruma kapsamına almıştır. Elektronik veri-tabanlarının yanı sıra, telefon fihristi gibi basılı formattaki veri-tabanları da Direktif kapsamındadır.⁸⁹⁶ Direktif, Madde 1/2’de veri-tabanı, metodolojik veya sistematik şekilde düzenlenmiş ve tek başına elektronik veya başka şekilde erişilebilen bağımsız eser, veri ve *vakalar* olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan görüldüğü gibi veri-tabanının içeriğini, her hangi bir bilgi oluşturabilir. *Sui generis* koruma veri-tabanının içeriğini de kapsar.⁸⁹⁷ Bu içeriğin kendisinin, eser sahibi hakkı kapsamında olması gerekmez. Veri-tabanını oluşturan unsurların(bilginin), bağımsız ve tek başına erişilebilir ve anlamlı olması gerekir. Örneğin bir film, pek çok görüntü karesinden oluşmuş ve bunların sıralı bir sistematığı olsa da, Direktif’in Dibacesinin 17. paragrafında belirtildiği üzere, veri-tabanı sayılmaz. Aynı şekilde Federal Alman Yargısı, *midi* formatındaki müziğin yine bu sebeple, veri-tabanı sayılamayacağına hükmetmiştir. Bir *midi* dosyası dijital veriden oluşsa da, bu ses verilerinin bağımsız niteliği ve anlamı olmadığı için, veri-tabanı sayılmamıştır.⁸⁹⁸ Çünkü bu bağımsız unsurların, sistematik veya metodolojik şekilde düzenlenmiş olması gerekir. Görünürde sistematik düzenlenmesi olmasa da, uygun yazılımla birleştirilmiş, düzensiz veri ve bilgi yığınları da, veri-tabanı sayılacaktır. Ancak söz konusu “uygun yazılım”, Veri-tabanı Direktifi kapsamında korunmaz. Yazılım korumasına ilişkin 1991 tarihli *Software* Direktifi mevcuttur.⁸⁹⁹

Sui generis veri-tabanı hakkı, veri-tabanını üretenlerin emek ve çabasını korumayı amaçlar. Yapılan yatırımın nitelik veya nicelik boyutunda, hatırı sayılır öneme sahip olması

⁸⁹⁵ Bernt Hugenholtz, 'Implementing the Database Directive', Jan J.C. Kabel and Gerard .H.M. Mom (Ed.), "Intellectual Property and Information Law - Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram", Hague/Londen/Boston, s.183.

⁸⁹⁶ Direktifin ilk taslağı sadece elektronik veri-tabanlarını korumaktaydı.

⁸⁹⁷ Uğur Çolak, *Topluluk ve Türk Hukuku'nda Veri Tabanlarına Sağlanan Sui Generis Koruma ve Spinn-Off Teori*, Ankara Barosu Fikrî Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, 2005, C.5, Sayı 1, s.25

⁸⁹⁸ (Landgericht) Munich Bölge Mahkemesi, 30 Mart 2000, (Landgericht) Munich Bölge Mahkemesi, 30 Mart 2000, Bernt Hugenholtz, *Abuse of Database Right Sole-source information banks under the EU Database Directive*, Paper presented at Conference 'Antitrust, Patent and Copyright', École des Mines/UC Berkeley, Paris, January 15-16, 2004'den naklen.

<http://www.ivir.nl/publications/hughholtz/abuseofdataseright.html>.

⁸⁹⁹ 91/250 Bilgisayar Programlarının Korunmasına dair Konsey Direktifi, OJ L 122/42 17 Mayıs 1991.

gerekir. Yatırım sadece parasal olarak anlaşılabilir, harcanmış emek de bu anlamda yatırım olarak değerlendirilecektir.⁹⁰⁰ Direktif 7/1, hak sahibi olarak veri-tabanını meydana getireni tanımlamıştır. Dönce 41'e göre, veri-tabanını meydana getiren, bu amaçla teşebbüste bulunan ve ticari risk alan kişidir. Alt yükleniciler dışarıda tutulmuştur. Madde 7/1'e göre, verinin elde edilmesinde, doğrulanmasında ve/veya sunulmasında hatırı sayılır yatırım yapılmış olması gerekir. Direktif'te "elde etme" (*obtaining*) kavramı açıklanmamıştır. Bundan anlaşılması gereken, verinin toplanması ve derlenmesidir. "Doğrulama" ise bilginin kontrolü, düzeltilmesi, güvenilirliğinin sağlanması ve güncellemesi olarak anlaşılır. "Sunum" derlenen bilginin, ayrıştırılması ve aktarılmasıdır. Sunum için yapılan yatırım, içeriğin sistematik ve metodolojik düzenlemesi için harcanan emek ve parayı ifade eder.⁹⁰¹

4.6.3.1.1. Hakkın kapsamı

Madde 7/1'deki *sui generis* hak, veri-tabanından alıntı yapılmasını yasaklamaya imkân verir. Buna göre veri-tabanının önemli kısmının sürekli veya geçici olarak başka bir mecraya, her şekilde aktarımı hakkın ihlali sayılır. Veri-tabanının internetten her türlü indirilmesi, kopyalanması, yazdırılması veya başka şekilde çoğaltılması yasaktır.

4.6.3.1.2. Sınırlamalar ve süre

Direktif az sayıda bir kaç sınırlama getirmiştir. Üye devletlere; elektronik olmayan veri-tabanlarının kişisel kullanım için kopyalanmasına, eğitim ve bilimsel amaçlı kullanımına izin verme imkânı tanınmıştır. Ancak böyle bir zorunluluk yoktur. Madde 9, veri-tabanları için eser korumasında olduğu gibi geniş bir istisna ve sınırlama kategorisi içermez. Hakkın niteliği zaten buna uygun değildir. Önemli nitelendirilemeyecek kimi alıntılara izin verilmesi, yeterli görülmüştür.

Direktif, veri-tabanının tamamlanmasından sonra veya daha sonra gerçekleşmiş olması halinde, kamuya sunulmasını takiben 15 yıllık bir koruma süresi öngörmüştür (Madde 10/1). Ancak Madde 10/3 uyarınca, yeni bir yatırım sayılacak denli kapsamlı bir

⁹⁰⁰ Dönce paragraf 40.

⁹⁰¹ Ateş, *Veri-tabanlarının Hukuki Koruması*, s. 76

değişiklik, ekleme veya yeniden düzenleme yapılması halinde, yeni bir koruma süresi işleyecektir. Böylelikle, düzenli şekilde güncellenen veri-tabanları sürekli korumaya kavuşmaktadır. Dibacenin 55. paragrafında belirtildiği üzere, önemli boyutta bir içerik doğrulaması bile, yeni koruma süresinin işlenmesi için yeterli olabilecektir.

4.6.3.2. Veri-tabanı Hakkının Kötüye Kullanılması

Görüleceği üzere, herhangi bir “bilgi”nin kaynağını tekel şeklinde elinde bulunduran veri-tabanı sahipleri söz konusu olduğunda, *sui generis* hakkın rekabeti sınırlayıcı potansiyeli fark edilebilir. Direktif açısından belirli bir bilginin, sistematik bir yapıya aktarılması hakkın doğumu için yeterlidir. Yukarıda değinildiği üzere eser korumasında mevcut fikir ve üslup ayrımı, hakka konu eserin dayandığı *vaka* ve fikirleri hakkın dışında tutar. Oysa *sui generis* veri-tabanı hakkı, bu prensibe aykırı şekilde yeni bir koruma türü oluşturmuştur.

Direktifin Dibacesinin 45 ve 46. paragraflarında *sui generis* hakkın, veri-tabanı içeriği üzerinde bir hak yaratmadığı belirtilmekteyse de, veri-tabanından alıntı yapılması yasaklanmıştır (Direktif m. 7/1). Bunun yanında *sui generis* hak, eser sahibi hakkında olduğu gibi sınırlama ve istisnalar içermez. Aşağıda açıklanan Adalet Divanı kararları kimi tereddütleri gidermiş olsa da, veri-tabanı hakkının, bugünkü düzenleniş şekliyle kötüye kullanıma açık yönleri vardır. Direktifin ilk taslağında öngörülen, münhasır bir hak değil; özel bir haksız rekabet düzenlemesiydi. Nitekim, Direktifin bugünkü halinde bile haksız rekabet kurumunun izleri görülebilir. Dibace paragraf 6’da, *sui generis* hak düzenlemesinin sebeplerinden biri olarak, üye ülkelerdeki “haksız rekabet” düzenlemelerinin uyum içinde olmaması gösterilmiştir.⁹⁰²

Madde 7/3 *sui generis* hakkın bir fikrî mülkiyet hakkı olarak, devredilebilir ve lisanslanabilir olduğunu teyit eder. Direktifin teklifi aşamasında,⁹⁰³ bununla paralel bir

⁹⁰² Hugenholtz, *Abuse of Database Right Sole-source information banks under the EU Database Directive*, dipnot 20

⁹⁰³ Proposal for a Council Directive on the Legal Protection of Databases, COM (92)24 final, Brussels, 13 May 1992, OJ 1992 C156/4. Article 8 § 1 and 2.

zorunlu lisans hükmüne yer verilmişti. Teklifte, belirli bir bilgiyi tekelinde bulunduran kamu kuruluşları için lisans zorunluluğu vardı. Ancak Direktif kabul edilirken bu hükme yer verilmemiştir. Buna karşılık, Döbace paragraf 47’de, *sui generis* hakkın hâkim durumun kötüye kullanılması sonucu doğurmaması gerektiği ve Direktifin, AB veya ulusal düzeydeki rekabet hükümlerinin uygulanmasına engel olmadığı belirtilmiştir. Avrupa Adalet Divanı *Magill*⁹⁰⁴ davasındaki kararıyla, tekel şeklinde sahip olunan veri ve bilgiler için, Topluluk Antlaşması’nın 86. Maddesi gereği rekabetin korunması çerçevesinde, zorunlu lisans tanınmasını, hukuka uygun bulmuş ve lisans tanınmamasının, hâkim durumun kötüye kullanılması olacağını belirtmiştir. Buna göre, TV kuruluşlarının kendi program akışı bilgilerine tekel şeklinde sahip olmalarının, hâkim durumun gazeteler aleyhine kötüye kullanılması olacağına hükmetmiştir⁹⁰⁵.

4.6.3.3. Adalet Divanı (ECJ) Kararları Işığında AB Veri-tabanı Direktifi

Avrupa Adalet Divanı Kasım 2004 tarihinde AB Veri-tabanı Direktifini ilgilendiren bir dizi karar vermiştir. Kararlar Direktif’le ilgili kimi anahtar kavramların açıklanması bakımından önemlidir.

Dört dava da benzer maddi *olaylar* üzerine inşa edilmiştir. Davaların üçünde, sportif aktivitelere ilişkin bilgiler uyuşmazlık konusudur. Bunlardan en kapsamlısı olan, İngiliz At Yarışı Komisyonu’nun(*BHB*)⁹⁰⁶ davasında, Komisyon’un veri-tabanı bahis şirketi *William Hill* tarafından, lisans hakkı sahibi üçüncü bir kişiden elde edilmiştir. Elde edilen bilgi, at yarışı bahisleri için kullanılmaktadır. Diğer iki dava ise, İngiliz ve İskoç futbol ligi fikstürüne ilişkindir. Fikstürden İngiltere dışında yararlanma hakkı belirli bir şirkete verilmiş olduğundan; İsveç, Yunanistan ve Finlandiya’da, izinsiz İngiliz ligi fikstürünü kullanan bahis şirketlerine karşı dava açılmıştır.

⁹⁰⁴ Kararın çevirisi için bkz. Gülay Karan ve Taylan Arıhan, *Veri-tabanlarının Korunmasına İlişkin Avrupa Adalet Divanı Kararı*, Ankara Barosu Fikrî Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, 2005, C. 5, Sayı 1, s.127, İngiltere Telif Hakkı Kanunu, televizyon program akışı üzerinde yayıncı kuruluşa eser koruması sağlamaktadır.

⁹⁰⁵ Hollanda Yüksek mahkemesi (Dutch Supreme Court) *NOS v. De Telegraaf*, (Hoge Raad) 6 Haziran 2003 tarihinde onanmıştır.

⁹⁰⁶ *British Horseracing Board*

Adalet Divanı, Davalılar lehine karar vermiş ve veri-tabanının içeriğini oluşturan bilgiye kaynak teşkil eden aktivitenin düzenleyicisi olmakla, bilgiyi düzenleyip bir araya getirmenin farklı şeyler olduğuna hükmetmiştir. Futbol fikstürü açısından bakıldığında Divan'a göre, federasyonun fikstürü belirlemek için yaptığı masraflar, söz konusu veri-tabanının oluşturulması için yapılmış değildir. Fikstürün oluşturulması ligin oynanması için gerekli bir süreç olup ekstra bir maliyet oluşturmaz. Fikstürün ortaya çıkarılması yani söz konusu bilginin oluşturulması ciddi bir çabadır. Ama fikstürün bir veri-tabanı haline getirilmesinde, koruma gerektirir bir yatırım söz konusu değildir. Burada bilginin elde edilmesi ve doğrulanması(*verification*) değil; ortaya çıkarılması/yaratılması söz konusu olduğu için, Direktif korumasından yararlanamayacağına hükmedilmiştir.

Spin-off doktrini diye adlandırılan bu görüş, yatırım kavramından doğrudan veri-tabanının oluşturulmasına ilişkin masrafları anlamaktadır. Direktif'in getirdiği *sui generis* hakkın rasyoneli gelişen veri işleme/düzenleme sektörlerini desteklemektir. Bu açıdan bakıldığında *sui generis* hakkın özünde, "faydacı" bir anlayış yatar. Dolayısıyla belirli bir faaliyetin doğal sonucu olarak ortaya çıkan veri gruplarını, koruma gereği bulunmamaktadır.⁹⁰⁷ Direktif'in Dibacesinin 9, 10 ve 12. paragraflarında Direktif'in amacının, veri saklama ve işlemeye yönelik sistemleri teşvik etmek olduğu belirtilmektedir.

Kararlar bir yandan da, Direktif'in önemli bir eksikliğini açığa çıkarmaktadır. At yarışları veya fikstür gibi tekel hâkimiyetindeki bilgiler için zorunlu lisans öngörülmesi başlangıçta düşünülse de, son anda bundan vazgeçilmiştir. Adalet Divanı'nın yorumu, işlenmemiş, yaratıldığı veya ortaya çıktığı haldeki veriyi koruma dışında tutarak, zorunlu lisanslara duyulan ihtiyacı bir ölçüde gidermektedir.

Ancak söz konusu "elde etme" ve "yaratma" olgularına dayalı kriterin uygulaması, kimi problemleri beraberinde getirmektedir. Örneğin hava durumu kayıtlarının tutulması bilgiyi yaratmak mı, yoksa elde etmek mi olarak değerlendirilecektir? Aynı soru genetik

⁹⁰⁷ Mark J. Davison, Bernt Hugenholtz; *Football Fixtures, Horse Races And Spin-Offs: the ECJ Domesticates the Database Right*, EIPR 2005, No.3, http://www.ivir.nl/publications/hughholtz/EIPR_2005_3_databasesright.pdf

sekans(*sequence*) kayıtları için de geçerlidir. Bu örneklerdeki gibi doğal ortamda mevcut kimi olayların kayda geçirilmesini, verinin yaratılması veya elde edilmesi açıklamasına göre tanımlamak kolay görünmemektedir.

Bu kararlar karşısında fikstür, televizyon yayın akışı, telefon fihristi gibi verilerin ilk sahipleri, bunların sunumuna ve doğrulanmasına daha çok yatırım yaparak korumadan yararlanmaya çalışabilirler. Adalet Divanı İngiliz at yarışlarına ilişkin kararında, bu olasılığı vurgulamıştır. Ancak bu durumda dahi, kaynaktaki ham veri, *sui generis* hakkın kapsamı dışında kalacaktır. Bu nedenle, hak sahiplerinin bir şekilde kaynaktaki ham bilgiye erişimi engellemek istemeleri muhtemeldir. Böyle bir tutum, zorunlu lisans taleplerini ve *sui generis* hakkın, tekel konumundaki bilgilere erişim açısından rekabeti kısıtlayıcı olduğu iddialarını gündeme getirecektir. Belki de doğru yaklaşım, verinin kaynağını elinde bulunduranlar için, adil şartlarda veriyi kullanıma açma zorunluluğu getirmektir.

Kararlar “hatır sayılır” yatırımdan ne anlaşılması gerektiği bakımından açık değildir. Ancak fikstür örneğine dönecek olursak Adalet Divanı, fikstürün hazırlanıp ilan edilmesini, kriterin tatmini için yeterli bulmamıştır. Önemli olan, söz konusu yatırımın verinin düzenlenmesi doğrulanması ve kullanılabilir hale getirilmesi için yapılmasıdır.

Divan Kararları, hatır sayılır oranda alıntı yapılması ifadesinden ne anlaşılacağı konusunda, fiili gerçekleştiren için yapılan alıntının ekonomik değerinin, bir kriter olamayacağını vurgulamıştır. Dibase paragraf 45-46’da belirtildiği üzere, “değerli” addedilen bilgi veya maddi *vakalar* üzerinde malvarlıksal bir hak yaratmak amaçlanmamaktadır. Divan kararları, bu doğrultuda AB düzenlemesinin özüne uygundur.

Veri-tabanından yapılan alıntının niceliksel(*quantitatively*) olarak değerlendirilmesi fazla güçlük yaratmaz. Alıntının boyutu/hacmi, veri-tabanının tamamına oranlanacaktır. Asıl zor olan, niceliksel olarak önemli olmayan bir alıntının, niteliksel (*qualitative*) anlamda öneme sahip olduğu durumlardır. “Veri”nin görece değerini esas alan bir değerlendirmenin, bilginin malvarlıksal bir hak olarak tanınmasına yol açabileceği gözden uzak tutulmamalıdır.⁹⁰⁸

Divan önünde, dava konusu veri-tabanlarının sistematik ve tekrarlayan şekilde kullanılmalarının, Direktifin 7/5 Maddesi⁹⁰⁹ kapsamına girip girmediği de tartışılmıştır. Divan, Davalıların kullanımını, Madde 7/5 anlamında veri-tabanının parçalar halinde elde edilerek, yeniden oluşturulmasına yönelik bulmamıştır.

Divan ayrıca, davalardan birinde, davalının veriyi üçüncü bir kişiden elde ediyor olmasını, bir savunma imkânı olarak kabul etmemiştir. Veri-tabanı sahibinin, üçüncü bir kişiye lisans vermesi, diğer kişilerin üçüncü kişinin faaliyetleri çerçevesinde veri-tabanına erişim hakları olduğu anlamına gelir. Ancak diğer kişilere, veri-tabanını tekrar kullanma ve kopyalama hakkı vermez.

Veri-tabanı Direktifi yukarıda açıklanan 2001 tarihli Telif Hakları Direktifi gibi geçici kopyalama veya benzeri istisnalar içermez. Ancak veri-tabanı sahibi, veriyi bir kez kamunun erişimine açmakla, bu erişimin gerektirdiği geçici kopyalara izin vermiş olur.

Divan kararında cevaplanmayan sorulardan biri de, yapılan alıntının orijinal veri-tabanının sistematliğini ve metodolojik düzenlemesini yansıtmadığı savunması olmuştur. Yapılan alıntıyı önemli, hatırı sayılır boyutta bulmayan Divan bu hususu cevaplandırmaya gerek görmemiştir.

⁹⁰⁸ *ibid.*

⁹⁰⁹ m. 7/5: *The repeated and systematic extraction and/or re-utilization of insubstantial parts of the contents of the database implying acts which conflict with a normal exploitation of that database or which unreasonably prejudice the legitimate interests of the maker of the database shall not be permitted.*

4.6.4. Türk Hukukunda Veri-Tabanı Koruması

Türk Hukukunda FSEK Madde 6/11 ve 1/B(d) çerçevesinde “özgün” veri tabanları düzenlenmiştir. *Sui generis* hakka konu oluşturan “özgün olmayan” veri-tabanı koruması ise, 2004 yılında 5101 sayılı Kanun’la eklenen Ek 8. Madde ile FSEK’te yerini almıştır. Buna göre *bir veri-tabanının içeriğinin oluşturulmasına, doğrulanmasına veya sunumuna nitelik ve nicelik açısından esaslı bir nispet dâhilinde yatırım yapan veri-tabanı yapımcısı hukuki korumadan yararlanacaktır. FSEK Madde 6/11 “Belli bir maksada göre ve hususi bir plan dâhilinde verilerin ve materyallerin seçilip derlenmesi sonucu ortaya çıkan ve bir araç ile okunabilir veya diğer biçimdeki veri tabanları” şeklinde tanımlama getirmiş ve devamında parantez içinde, “Ancak, burada sağlanan koruma, veri-tabanı içinde bulunan veri ve materyalin korunması için genişletilemez” hükmüne yer vermiştir. Bu hüküm, TRIPs m. 10/2’ye benzemekle beraber önemli eksiklik, “...which by reason of the selection or arrangement of their contents constitute intellectual creations⁹¹⁰...” ifadesinin görmezden gelinmiş olmasıdır. Fakat parantez içindeki 2.cümle, Madde 6/11’de özgün veri tabanlarından bahsedildiğini ortaya koyar.⁹¹¹*

⁹¹⁰ Berne Kon. m.2/5. Bkz. Ricketson ve Ginsburg, s.488-492

⁹¹¹ “Mevcut Kanunun 6. Maddesinin, 1. fıkrasının, 11. bendinde yapılan değişiklikle, TRIPs Metni m. 10/2’ nin gerektirdiği şekilde “ve bir araç ile okunabilir veya diğer biçimdeki” ibareleri eklenmiş ve böylece derleme sonucu ortaya çıkan veri tabanlarının diğer seçme ve toplama eserlerden ayırılması amaçlanmıştır.” Bkz. T.B.M.M. (S. Sayısı: 402) Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı ve Millî Eğitim, Kültür, Gençlik ve Spor Komisyonu Raporu (1/538), 15.09.1999

4.6.4.1. FSEK Ek Madde 8: “Özgün Olmayan” Veri-tabanları

AB Direktifi ile paralel⁹¹² bu düzenleme uyarınca korumadan faydalanmanın ilk şartı, veri-tabanının içeriğinin oluşturulmasına, doğrulanmasına veya sunumuna esaslı yatırım yapılmasıdır. Bu konuda, AB Direktifi ve Adalet Divanı kararlarıyla ilgili açıklamalar Türk Hukuku bakımından da geçerlidir.⁹¹³

4.6.4.2. Yaptırımlar

Ek 8. Maddenin son fıkrası uyarınca, veri-tabanı üzerinde tanınmış hakları ihlâl edenler hakkında, FSEK’in 72. Maddesinin 3.bendi hükümleri uygulanır. “Mali haklara tecavüz” başlığını taşıyan 72. Madde 3 numaralı bent altında, mali hakları izinsiz şekilde kullananlara para ve/veya hapis cezası verileceği belirtilmiştir. Görüldüğü gibi FSEK, veri-tabanı sahibinin maddi zararlarının giderilmesi konusunda sessiz kalmıştır. Bu durumda, veri-tabanı hakkı ihlâl edilenlerin, eser sahibi hakkının ihlali halinde açılacak hukuk davalarını düzenleyen FSEK Madde 66–70 hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağı, sorusu ortaya çıkar. Kanunun lafzına bakıldığında varılacak sonuç, Ek Madde 8’in veri-tabanı sahiplerini, hukuk davalarından yararlandırmamayı seçtiğidir. Buna göre zarara uğrayan hak sahipleri, tazminat hukukuna ilişkin genel hükümler veya şartları varsa, TTK’daki haksız rekabet rejimi çerçevesinde zararlarını giderme yolunu seçeceklerdir.⁹¹⁴ Ancak eser sahibi hakkıyla benzerliği ve organik bağı dikkate alındığında, FSEK’teki ilgili hükümler, veri-tabanı korumasının içeriğine uygun düştüğü ölçüde yol gösterici olabilir.

⁹¹² “Ek 8. m. ile; Avrupa Birliği müktesebatına uyum sağlamak amacıyla veri tabanlarında "sui generis" korumanın sağlanmasına yönelik düzenlemeler yapılmıştır.” T.B.M.M. (S. Sayısı: 386) Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı ve Millî Eğitim, Kültür, Gençlik ve Spor Komisyonu Raporu (1/753)

⁹¹³ Bkz. Bölüm 4.6.3

⁹¹⁴ Ateş, *Veri-tabanlarının Hukuki Koruması*, s.80-81

4.6.4.3. Değerlendirme

Türk Hukukundaki FSEK Ek 8. Madde düzenlemesinin AB hukukundan ayrılan yanı, FSEK düzenlemesinin özgün olmayan veri-tabanı koruması için ayrı bir istisna ve sınırlama rejimine yer vermemesidir. Bunun sonucunda, Türk Hukukunda eser sahibi hakkına getirilen istisna ve sınırlamalar, veri-tabanları için de geçerli kabul edilecektir.⁹¹⁵ Hemen belirtmek gerekir ki, bu durum uygulamada pek çok sorun doğurmaya adaydır. Özellikle FSEK Madde 38’de düzenlenen, kişisel kullanım amaçlı çoğaltma istisnasının özgün olmayan veri-tabanlarına uygulanması, korumayı zayıflatacaktır.

⁹¹⁵ Ateş, *Veri-tabanlarının Hukuki Koruması*, s.79

5. FİKİR VE SANAT ESERLERİ HUKUKUNDA TEKNOLOJİK KORUMA SİSTEMLERİ - DRM

Bu bölüme kadar, eser korumasının tarihsel gelişimi, ekonomik fonksiyonu ve gelinen en son nokta olarak teknolojik önlemlerin hukuki koruması, ulusal ve uluslararası boyutta incelendi. Bu bölümde, eser koruması kapsamındaki “teknolojik önlemlerin” uygulamasını oluşturan DRM sistemlerinin genel niteliği ve işleyişi üzerinde durulacaktır. Buna ek olarak, bu sistemlerin fikir ve sanat eserleri hukukunda yarattığı değişimin, bireylerin bilgiden faydalanma imkânına yaptığı olumsuz etkiler ve “hukuk kurallarının yazılım yoluyla uygulanması” olgusunun, birey davranışını düzenlemedeki devrimci niteliği vurgulanacaktır.

Bu sebeple başlangıç olarak, insan davranışını düzenlemeye yönelik model ve araçların genel analizi yapılarak yazılım yoluyla davranış düzenlemenin toplumsal örgütlenme açısından anlamı incelenmiştir.

5.1. DAVRANIŞ DÜZENLEYİCİ BİR ARAÇ OLARAK HUKUKUN SİBERNETİK KARAKTERİ

5.1.1. Giriş : Davranış Düzenleyici Modeller ve Hukuk

“Soyutlama” ve bunun sonucu olan kurallar yaşadığımız çevreyle ilgili başka durumlarda da kullanılabilir bilgi sağlar. Bu, insan zekâsının ve yaratıcılığının temelidir.⁹¹⁶

Hukuk kurallarının, bireylerin davranışını belirleme ve yönlendirme amacı açıktır. Her kompleks sistemde olduğu gibi, sosyal yapı içinde de, bireylerin sistemle ve sistem içinde diğerleriyle ilişkisini düzenleyen ve davranışlarını yönlendiren kodlar mevcuttur.⁹¹⁷

⁹¹⁶ Emanuela Carbonara, *Law, Social Norms and the Evolution of Conflicts*, Department of Economics, University of Bologna, August 2005 ; Nicholas Humphrey, *The Deformed Transformed*, "The Mind Made Flesh", chap. 14, New York, Oxford University Press, 2002, s.165-199

Bugüne kadarki insan deneyimine bakıldığında, davranışı düzenleme noktasında üç temel model veya araçtan bahsedebiliriz.⁹¹⁸ Bunlar, *normatif kurallar*, *piyasa ve tasarım/mimaridir*⁹¹⁹. Her düzenleme *modalitesi*, kendine özgü bir bilgi, dağıtım ve kontrol mekânizmasına sahiptir.⁹²⁰ “Bilgi” veya diğer ifadesiyle “iletişim”in, davranışa etki etmede anahtar bir fonksiyonu vardır.⁹²¹

“Hukuk”, normatif kurallar içermesi nedeniyle, bu *modalitelerden* birini oluşturur. Herhangi bir piyasa da, içerdiği arz talep dinamiği ile davranışı belirler. Piyasalar her ne kadar hukuk ve sosyal normlar çerçevesinde işlese de, kendi dinamikleri içinde davranışı kısıtlar. Çeşitli davranış seçeneklerinin⁹²² ekonomik sonuçları açısından değerlendirildiği pazar yeri, fiyat mekânizmasıyla davranışa etki eder. Piyasa, belirli kurumsal yapı içinde tanımlanmış, bir sosyal interaksiyon (karşılıklı etkileşim) sistemidir. Bu sistemi oluşturan kurallar bütünü, ister gayri resmi, yazılı olmayan nitelikte olsun, ister bir otorite tarafından empoze edilsin, davranışı sınırlar ve düzenler. Bu yönüyle piyasa, kendi kendini düzenleyen kuralları şekillendiren bir bilgi işlem mekânizmasıdır. Bilgi üreten her sistem gibi davranışa etki eder.⁹²³

⁹¹⁷ Evrimsel epistemolojinin temeli, evrimin bir bilgi işlem süreci olarak incelenmesine dayanır ve doğal ayıklanma (seleksiyon) paradigması öğrenme, düşünce, bilim gibi epistemik faaliyetlerle ilişkilendirilir. Çünkü genel bir perspektifte, biyolojik doğal ayıklanmadan, bilimsel bilgiye kadar tüm süreç, temelde kör bir deneme yanılmadır. Bkz. Jan Huston, *What Are The Greatest Challenges For Evolutionary Theory In Our Times?*, The First Brandenburg Colloquium of Evolutionary Theory with the University of Potsdam and the Max Planck Group for Nonlinear Dynamics First Meeting of GERG, OSAKA and WESS Mayıs 28 - 31, 1993, Potsdam/Almanya

⁹¹⁸ Benzer bir sınıflandırma için bkz. J.R. Hollingsworth ve L.N. Lindberg, *The Governance Of The American Economy: The Role Of Markets, Clans, Hierarchies, And Associative Behaviour*, “Private Interest Government: Beyond Market And State”, Streeck, W. & Schmitter, P.C., Sage (Ed.), Londra, 1985, s.221–67

⁹¹⁹ *architecture*

⁹²⁰ Yukarıda incelendiği üzere neo-klasik iktisat bu *modalitelere* tek yönlü bir yaklaşım içindedir. İktisat bilimi, düzenleyici sistem olarak, piyasalara ve şirket hiyerarşilerine vurgu yapar.

⁹²¹ Bkz. Bölüm 1.1

⁹²² A malını veya B malını almak gibi

⁹²³ L. Van Den Hauwe, *Evolution and the Production of Rules—Some Preliminary Remarks*, European Journal of Law and Economics, 1998, Vol.5, s. 96

Davranışı belirleyen önemli bir diğer unsur “tasarım” ve “mimari”dir. Tasarımla kastedilen insan yapısı unsurlar olduğu gibi, fiziki çevrenin doğal yapısı da olabilir.⁹²⁴ Ancak, insan yapısı unsurların yeniden düzenlenebilir oluşu veya diğer deyişle, manipülasyona açık niteliği, davranış düzenleme kapasitelerini ileri bir boyuta taşır. .

Sosyal normlar ve hukuk, “davranışın sebebini” veya “davranışın kendisini” düzenleme diye ifade edebileceğimiz, iki boyutta bireylerin hareket tarzlarını etkilemeye çalışır.⁹²⁵

Davranış düzenleyici mekânizmaların sistemsel özellikleri, bu mekânizmaların davranışa etki etme yönünde, bilgiye dayalı bir işleyişe sahip olduklarını gösterir. Giriş bölümünde, bilginin doğuşu ve bilgiye dayalı değerler sisteminin işleyişinde insanın teknoloji ile olan ilişkisi üzerinde durulmuş; fikrî hukukun bilginin kontrolü noktasında ne denli önemli bir araç olduğu vurgulanmıştı. Ağ toplumunda “bilgi” veya “iletişim”, bütün davranış düzenleyici mekânizmaların temelini oluşturur.

“Canlıların, yaşamsal özelliklerini sürdürebilmeleri için ihtiyaç duydukları enerjinin elde edilmesi; yaşam şekillerinden, birbirleri ile etkileşim şekillerine kadar bir çok önemli sistem modelini içinde barındırmaktadır.

Enerjinin canlı yaşamı üzerindeki önemi nasıl tartışılmaz boyutta ise, bu enerjinin kullanımı için ihtiyaç duyulan bilginin önemi de tartışmaya açık bir konu olarak görülmemektedir. Bilgi, canlı yaşamının en önemli -enerjiden daha önemli- özelliğidir. Bir canlı için, enerjinin hangi kaynaklardan elde edileceği bilgisi, nasıl elde edileceği bilgisi ve nasıl kullanılacağı bilgisi yaşamsal öneme sahiptir.”⁹²⁶

⁹²⁴ Tasarımın günümüz medeniyetinin ve teknoloji felsefesinin oluşumdaki rolü üzerine bkz. V. Gorokhovs, 26 vd.

⁹²⁵ Bkz. Jeff Vail, “A Theory of Power”, A.B.D., Universe Inc., 2004, s.23

⁹²⁶ “Klasik sistem teorisi, karmaşık sistemler bütünü canlıların, bir araya gelerek daha karmaşık (sosyal ve psikolojik özellikler de dâhil olmak üzere) sistemler oluşturduğunu ifade etmektedir. Canlıların yaşayabilmek için sistem dışından veri toplamaları ve bunu bilgiye dönüştürmek gerektiği açıktır. Bu gereklilik ister sosyal ister biyolojik anlamda olsun, çeşitli unsurların etkinlik ve verimlilik adına kendi bağımsız fonksiyonlarını yitirerek daha büyük bir sistemin parçası haline gelebilirler.” İltter, H. K., *Bilgi üzerine notlar.* , PiVOLKA, 2006, C.2, No.9, s.7-8, <http://www.elyadal.org/pivolka/09/bilgi.htm>

Bu noktada; gelecekte bir düzenleme *modalitesi* olarak karşımıza çıkacağıın ipuçlarını veren, genetik düzenleme üzerinde durabiliriz.⁹²⁷ Otomasyon, veri toplama ve veri işleme alanındaki teknolojilerin entegre hale gelmesi, davranışı belirleme açısından üst seviye kontrol mekânizmalarını beraberinde getirmektedir. Bilgi işleme kapasitelerindeki bu gelişim, sosyal bilimler ve psikoloji alanında insan davranışının daha önce görülmemiş ölçekte ve ilgililerin rızası olmaksızın istatistiksel ölçümlere tabi tutulması imkânını doğuracaktır. Bu durum, insan davranışının kitlesel boyutta incelenmesini sağladığı gibi, çeşitli menfaat grupları için de yeni iktidar stratejileri anlamına gelmektedir. Çünkü bu sayede insan davranışı daha önce mümkün olmayan şekilde, çok çeşitli değişkenler bakımından incelenebilmektedir. Bunun gerek politik gerekse ekonomik güç odaklarının, sibernetik karar alma mekânizmaları oluşturulmasına yol açacağını iddia edenler; bunun da ötesinde söz konusu sürecin, davranışın genetik programlama yoluyla düzenlenmesine kadar varabileceği düşüncesindedirler.⁹²⁸ Gelecekteki hukuki ve siyasal tartışmaların bir boyutunun da, insanın genetik koduna yapılacak değişiklikler yoluyla, belirli davranış kalıplarının önceden tayin edilmesi üzerine odaklanması beklenebilir.

⁹²⁷ Böcek kolonileri genetik düzenlemeye bir örnektir. Koloninin mükemmel işleyişini sağlayan genetik olarak işlenmiş kodlardır. Bkz. Peter A. Corning, *The Evolution Of Politics*, s.28

⁹²⁸ Noam Lemelshtrich Latar, *Personal Psycho-Social Web-Derived DNA And Socio-cybernetic Decision-Making*, Hubert Burda Center for Innovative Communications Ben-Gurion University, February 2004, http://burdacenter.bgu.ac.il/publications/membersPublications/Psycho-SocialDNA_Socio-Cybernetics.pdf

5.1.2. Evrimsel Bir Sistem⁹²⁹ Olarak Sosyal Organizma

İnsan toplumunun artan oranda düzenleme ihtiyacı içinde olması, sosyal yapının sürekli olarak, evrimsel açıdan daha kompleks⁹³⁰ bir aşamaya doğru hareket ettiğini gösterir.

⁹²⁹Darwin, 1859 yılında yazdığı “Türlerin Kökeni” adlı eserinde biyolojik varlıkların kuşaktan kuşağa uğradıkları değişimin doğal ayıklanma yoluyla kendililiğinden ortaya çıktığını göstermiştir. Yukarıda da belirtildiği üzere dünyadaki kaynakların sınırlı oluşu, bireylerin önceki kuşaklardan getirdikleri ve hayatta kalma ve üreme bakımından avantaj sağlayan özelliklerin, doğal ayıklanma yoluyla gelecek kuşaklara aktarılması sonucunu doğurur. Genetik materyalin DNA denilen kimyasal bileşimi, kuşaklar arası bu biyolojik kopyalamayı sağlar. Genler kendilerini hatırı sayılır aynılıkta kopyalayabilen replikatörler olarak tanımlanabilir. Bu kopyalama yukarıda da belirtildiği gibi mutlak aynılıkta olmayıp, mutasyon adı verilen belirli hatalar barındırır. Bu hatalar/mutasyonlar, doğal ayıklanmaya konu olan genetik farklılıkların temelidir. İşte bu rastlantısal hatalar veya başka bir deyişle farklılıklar ve bunların üreme vasıtasıyla nüfusa yayılmasıyla kuşaklar içinde genetik özellikler yerleşir. Eğer bu hatalar/mutasyonlar olmasaydı tek hücreli ilk canlı asla bölünemez ve kıyamete kadar kendini kopyalar dururdu. Genom çevreden ve diğer organizma içi sistemlerden aldığı bilgiyle pek çok değişik protein üretir.

Genetik materyal, kodlanmış bir bilgidir. Genetik kod, süreç içinde yaşamsal avantajları kanıtlanmış fizyolojik özelliklerin oluşmasını sağlayan bilgileri taşır. Bu bilgi belirli bir çevrede yaşayan organizma tarafından deşifre (encode) edilir. Bu çerçevede doğal ayıklanma da, organizmanın çevreden topladığı faydalı bilginin, genlere geçirilmesini sağlayan bir algoritma veya diğer deyişle bir bilgi işlem mekânizmasıdır. Deneme yanılma, gerek biyolojik bilgi işlem sürecinin, gerekse öğrenme yeteneğine sahip sistemlerin temel yöntemidir.

Bu yöntem sadece biyolojik yapılara özgü değildir. Sosyal yapıyla, organizma arasında benzerlikler kuran veya sosyo kültürel yapıyı, biyolojik evrimdeki çevre yerine koyan, bir sosyal bilim kuramı oluşturulabilir. Doğal ayıklanmanın ortaya koyduğu evrimsel algoritma belirli bir ölçekte sosyal yapının değişiminde de gözlenebilir. Bu algoritma dört koşulun varlığına dayanır: 1) kendi kendini kopyalayabilen/çoğaltabilen birimler, 2) bir mutasyon/ “variation” mekânizması veya dinamiği, 3) kopyalama sürecinde birimden birime aktarma mekânizması veya kuşaklar arasında geçiş 4) çevresel baskının oluşturduğu farklı hayatta kalma ve çoğalma avantajları.

Süreç içinde çevrenin yarattığı ayıklayıcı baskı [selective pressure] genetik kompozisyona etki etmekte evrimsel değişimi yaratmaktadır. Görüleceği üzere modern evrimsel metodoloji kod, organizma ve çevreden oluşan bir sacayağına dayanır. Daha ayrıntılı bilgi için Bkz. Reşit Canbeyli, “Darwin Kuramı Seçme Yazılar, Eleştiriler”, İstanbul, Hürriyet Vakfı Yayınları, 1986, Önsöz s. XXI-XXV ; Ayrıca bkz. V. Turchin, “The Phenomenon of Science. A Cybernetic Approach to Human Evolution”, New York, Columbia University Press, 1977

⁹³⁰ *Kompleks, Kompleksite*, ilgili bilimsel disiplinler tarafından görece ve tanımlanması güç bir kavram olarak ortaya konulmaktadır. Latince *complexus* ingilizce "entwined" veya "twisted together" şeklinde açıklanabilir. Buna göre kompleks bir yapı, birbirinden ayrılması imkânsız veya çok zor birden fazla parçadan oluşmuştur. Parçalar hem bağımsız ayrı bir varlık hem de bütünün parçası olmak durumundadırlar. Bu çerçevede daha çok parçanın farklı bağlantılarla biraraya geldiği yapıların daha kompleks olacağı da söylenebilir. Entegrasyon ve çeşitlenme (variation) evrimin iki temel dinamiğidir. Organizmanın daha kompleks bir yapıya kavuştuğunu söyleyebilmek için bu ikisinden birinde artış gözlenmelidir. Bkz. F. Heylighen (2000): "What is complexity?", in: F. Heylighen, Principia Cybernetica Web (Principia Cybernetica, Brussels) <http://pcp.lanl.gov/COMPLEXI.html> ; Ayrıca bkz. Ray Kurzweil, *Kurzweil's Law (aka the law of accelerating returns)*, Edge.org and KurzweilAI.net Jan. 12, 2003 ve bilimsel düzeyde gözlenen disiplinlerarası (inter-disipliner) yaklaşımlardaki artış ve *kompleksite* ilişkisi için Julie Thompson Klein,

Toplumsal evrimin yönü, üretimde etkinlik ve verimliliğin artışı olarak da görülebilir.⁹³¹ Basit tek hücreli canlının enerji tüketmesiyle başlayan bilgi yığılması, önce biyolojik evrimle beyni, sonra dili ve kültürü yaratarak sürekli bir verimlilik artışı içinde, insan toplumunu her geçen gün daha uzmanlaşmış ve daha fazla otomasyonla yönetilen bir yapıya doğru yönlendirmiştir.⁹³² Enerji dönüşümü, bütün teknolojik devrimlerin temelidir.

Sosyal ve kültürel evrende yer alan kavram ve varlıkların, tıpkı biyolojik özellikler gibi, belirli bazı hayatta kalma (*survival*) avantajları yarattığı ölçüde seçilip nesilden nesle aktarıldıkları fikri yeni değildir.⁹³³ Bu sosyal ve kültürel bilgi kısıntıları, genetik aktarıma benzer bir şekilde, zaman içinde değişime uğramakta ve doğal ayıklanmaya tabi olmaktadır. Bu bakış açısı, evrimsel modelin, tarihsel süreçte kompleks sosyal yapıların doğumunun ve dinamiklerinin açıklanmasına yardımcı olabileceğini gösterir.⁹³⁴

İnsanı diğer türlerden ayıran özelliği, milyon yıldan uzun zamanda geliştirdiği kültürdür. Kültür ve iletişime dayalı olarak bir araya gelen toplulukların, elde ettikleri yaşamsal üstünlükler, tüm insan ırkının kompleks sosyal yapılar şeklinde örgütlenmesini sağlayacak kimi genetik özelliklerin kuşaktan kuşağa aktarılmasıyla sonuçlanmıştır.⁹³⁵ Kısacası, sosyal yapılarla uyumlu birey davranışı, biyolojik ve psikolojik adaptasyonun bir

Interdisciplinarity and complexity: An evolving relationship, E:CO Special Double Issue, 2004, Vol. 6 No.1-2, http://emergence.org/ECO_site/ECO_Archive/Issue_6_1-2/Klein.pdf

⁹³¹ "Bence toplumu yapan insanın tek başına, kendi kendine yetmemesi, başkalarını gerekmesidir... Öyleyse bir insan, bir eksiği için bir başkasına başvurur, başka bir eksiği için de bir başkasına. Böylece birçok eksikler birçok insanların biraraya toplanmasına yol açar. Hepsi yardımlaşarak bir ortaklık içinde yaşarlar. İşte bu türlü yaşamaya toplum düzeni deriz, değil mi?... Öyleyse gelin şimdi yeni baştan bir toplum kurduğumuzu düşünelim... İnsanlar yaratılıştan birbirine benzemezler. Kimi şu işe, kimi bu işe daha yatkın değil midir?... Böylece insan başka işlerle uğraşacağına, yaradılışına uygun olan işi zamanında görürse, iş gelişir, hem daha güzel, hem daha kolay olur." Platon , "Devlet", II. Kitap 2006, 369b, c, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, s.54-56

⁹³² Bkz. Theodore C. Bergstrom, *Evolution of Social Behavior: Individual and Group Selection*, Journal of Economic Perspectives, Spring 2002, Vol. 16, No. 2, s.67

<http://www.econ.ucsb.edu/~tedb/Evolution/groupselection.pdf>

⁹³³ Richard Dawkins, "The Selfish Gene", Oxford, 1976, 2nd. ed. 1989 ; Richard Dawkins, "The Blind Watchmaker", Londra, 1986 ; Daniel Dennett, "Darwin's Dangerous Idea" ABD, Harmondsworth, 1995

⁹³⁴ Simon Deakin, *Evolution For Our Time: A Theory Of Legal Memetics*, ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge Working Paper No. 242

⁹³⁵ R. Boyd ; P. J. Richerson, *Culture and the Evolution of the Human Social Instincts*.

<http://www.sscnet.ucla.edu/anthro/faculty/boyd/WennerGren0305.pdf>

parçası ve devamıdır.⁹³⁶ Bilgiyi, dil ve yazı olarak sembolik biçimde, gelecek kuşaklara aktaran bu adaptasyona imkân veren fiziki ve psikolojik özelliklerin, kuşaktan kuşağa geçen ve “grup” yararına işleyen, değer ve normların oluşumuna yol açtığı düşünülebilir.⁹³⁷

Hukuk ve diğer tüm davranış düzenleyici normatif sistemler, insan toplumunun daha verimli, bir başka deyişle, daha az enerjiyle daha fazla artı değer yaratacak, bir sisteme dönüşümüne katkıda bulunur.⁹³⁸ Hukuk, kaotik yapıya düzen getirişyle, evrimin temel ilkesi olan, daha istikrarlı bir sisteme geçişi temsil eder.⁹³⁹ Bu geçiş, hukuki kurum ve kavramların ileriki zamana aktarılmasıyla mümkün olmaktadır. Bu aktarım sürecinde ortaya çıkan kimi değişiklikler, evrimsel açıdan varyasyon dediğimiz *mutatif* değişimlere karşılık gelmektedir. Ancak kültürel evrim söz konusu olduğunda, bu varyasyon süreci biyolojik evrimde olduğu kadar rastlantısal değildir. Kültürel düzlemde meydana gelen değişimin, daha kontrollü ve önceki birikimle daha bağlantılı olduğu; daha az rastlantısallık içerdiği söylenebilir.

Sözleşme hukukunun doğumuna bakılacak olduğunda, bireylerin etkileşimleri sonucu ortaya çıkan karşılıklı beklentilerin, hukukun evriminde önemli olduğu görülür. Tekrarlanan etkileşim, yarattığı etkinlik nedeniyle kimi usullerin yerleşik hale gelmesini sağlar. Bu usullerin sosyal etkileşim bağlamında yerini alması, örfi hukukun başlangıcıdır. Ancak tüm bu sürecin *linear* ve hep “ileri” doğru bir hareket olduğu sanılmamalıdır.

Modern fizik açısından tüm evrenin işleyişi bağlantılar düzeyinde gözlenebilir. Çeşitli düzlemlerde ortaya çıkan farklı bağlantılar, değişik modeller, ağ ve diğer yapılar oluşturarak çevremizi ve bizi var ederler. Maddenin “*sub-atomik*” halinden başlayarak

⁹³⁶ Satoshi Kanazawa, *Social sciences are branches of biology*, Interdisciplinary Institute of Management, London School of Economics and Political Science, *Socio-Economic Review*, 2004, No. 2, s.371 vd.

⁹³⁷ Cahit Can, “Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi”, 2. Bası, Ankara, Seçkin Yay, 2002, s.266-26

⁹³⁸ Jeffrey A. Houser, *Social Development and Human Evolution: Managing the Ingroup Boundary*, Theory Workshop January 31, 2003 Bowling Green State University
<http://www.uiowa.edu/~soc/docs/tw/lovaglatw.pdf>

⁹³⁹ Canlıların evrimini açıklayan bu kısa bölüm evrimin nasıl organizmayı daha etkin enerji kullanacak şekilde optimize ettiğini anlatmak açısından önemlidir. Eugene E. Ruyle, “The Human Adventure From Ancestral Communism To The Seventh Generation”, (2003 edition for web), Bölüm 5
<http://www.csulb.edu/~eruyle/humanweb/05prerev2003.pdf>

global ve kozmik oluşumlara kadar her şeyin anlaşılabilmesi, bunları oluşturan bağlantıların işleyişini belirleyen, iktidar/kontrol ilişkilerinin çözümlenmesine dayanır.⁹⁴⁰

İnsan toplumundakine benzer işbölümü ve etkinlik, ve hatta bundan da fazlası, karıncalar ve termitler gibi böcek kolonilerinde görülür.⁹⁴¹ Bu benzetme global toplumu, bir süper-organizma şeklinde algılar ve gelişen iletişim teknolojisi sayesinde daha kompleks bir süper-organizmaya doğru evrim geçirdiği gerçeğine odaklanır. Global toplum, bireyleri barındıran bir sistem olarak, onların bütününden oluşur ve sosyal yapı, türlü kontrol mekânizmalarını işleterek bu çoklu yapının bütünlüğünü korur. Kültür, yeni düşünce biçimleri ve gerçeklik modelleri yaratarak, kontrole katkı yapar. Kontrolde kasıt, bireyin davranışını etkileyen ve söz konusu etki bulunmasaydı hareket edeceğinden başka şekilde davranmaya zorlayan, her tür faktördür. Örneğin piyasadaki arz talep kanunlarının, satıcıların fiyat belirlemede veya alıcı davranışında etkili olduğu açıktır. Ortaya çıkan ekonomik düzenin davranışı bütünüyle kontrol ettiği söylenemese de, onu sınırladığı ve etkilediği tartışmasıdır.⁹⁴²

“Süper-organizma” kavramı, kendisi canlı organizmalardan oluşmuş bir üst yaşam formuna gönderme yapar. İnsan toplumunun, *kompleksite* ve *kolektivite* açısından incelendiğinde, “*kolonyal*” organizmalara benzerlik gösterdiği söylenebilir. Böcek toplumlarını bir süper-organizma olarak tanımlanmasına sebep bu yapının, bütünsel bir bilgi işlem kapasitesi ortaya koymasındandır. Bu kapasite insan toplumlarında en üst seviyededir. Ancak böcek kolonilerinin aksine, bencillik ve şiddet gibi davranışların da ortaya koyduğu üzere insan psikolojisi, tamamen bu süper-organizmanın işleyişine uygun davranmasını sağlayacak, mutlak bir genetik tanımlamaya sahip değildir.⁹⁴³

⁹⁴⁰ Vail, s.4

⁹⁴¹ R. Boyd ve P. J. Richerson, *Culture and the Evolution of the Human Social Instincts*, “Ideology, Warfare, and Indoctrinability”, I. Eibl-Eibesfeldt and F. Salter (Ed.), Berghan, 1998, s.71-95

⁹⁴² Heylighen ve Campbell: *Selection of Organization at the Social Level: Obstacles and Facilitators of Metasystem Transitions*, *Journal of General Evolution* “ 181-21Special Issue on "The Quantum of Evolution: Toward A Theory Of Metasystem Transitions", F. Heylighen, C. Joslyn, V. Turchin (Ed.), 1995.
<http://pespmc1.vub.ac.be/Papers/SocialMST.pdf>

⁹⁴³ İnsan sosyalliğini canlı bir süper-organizmaya benzerliğiyle açıklamaya yarayan düşünceler için bkz. Francis Heylighen, *The Global Superorganism: An Evolutionary-Cybernetic Model Of The Emerging*

5.1.3. Global Toplum ve Siberetik⁹⁴⁴

5.1.3.1. Artan Etkinlik İhtiyacı ve Globalleşme

Bilgi-işlem teknolojilerinin ortaya koyduğu “ağ toplumu”; tek hücreli canlıdan, çok hücreli organizmaya geçişi simgeleyen, evrimsel değişimin sosyal ve teknolojik boyuttaki yansıması olarak da görülebilir.⁹⁴⁵ Ancak bu oluşum internetle başlamış değildir. Global ağ, giriş bölümünde anlatıldığı gibi telgrafın doğumuna kadar uzandırılabilir. Bu Ağ’ın teknik boyutunun yanı sıra, sosyal ilişkilerden kurulu yapısı, evrimsel bir sürecin eseridir. İnsan toplumlarının ortaya çıkışında ve devamında, sosyal ilişkiler o denli karmaşık ve çok fonksiyonlu hale gelmiştir ki, bireysel düzeyden ayrı olarak grup düzeyinde doğal ayıklanmalar doğmuş ve sonuç itibarıyla insan doğası, sosyal yapıların gerektirdiği davranış biçimine uygun bir evrim sürecine girmiştir.⁹⁴⁶ Bu sosyal yapılar bir noktadan sonra, entegre hale gelerek, kapsadıkları bireylerin ötesinde, otonom bir karakter kazanmışlardır.⁹⁴⁷ Bu otonom karakterli “süper-organizma”nın doğumunda ve gelişiminde, hukuk ve siyaset gibi üst yapı kurumlarına etki etmesi sebebiyle teknoloji, önemli bir rol oynar. Hukuki düzenlemenin yazılı kurallardan çıkarak, yazılımla gerçekleştirilir hale gelmesi, sadece fikir sanat eserleri boyutuyla sınırlı düşünülemez. Bu oluşum

Network Society, Journal of Social and Evolutionary Systems; Peter A. Corning, *The Evolution Of Politics*, Franz Wuketits and Christoph Antweiler (Ed.), “Handbook of Evolution”, 2004, Vol.1, Wiley-VCH Verlag GmbH & Co.

⁹⁴⁴ Siberetik terimi ilk kez Norbert Wiener; “Cybernetics or Control and Communication in the Animal and the Machine”, MIT Press, 1948 tarafından hayvan ve makinelerdeki kontrol ve iletişim bilimi olarak tanımlanmıştır. Siberetik, zeki varlıkların çevreden gelen geri besleme verisine tepki vermek suretiyle, çevrelerine uyum sağladıkları ve hedeflerine ulaştıkları prensibine dayanır. Siberetik bir sistem herhangi bir zamanda varılması hedeflenen durumla, içinde bulunduğu durum arasındaki farkı belirleyerek, aradaki aşamaları azaltmayı hedefler. Sistem bunu insan müdahalesi olmaksızın kendi algoritmik işleyişi ile gerçekleştirir. Kelime olarak ‘siberetik’ Antik Yunanca *Κυβερνήτης* (*kybernetes*) kökünden gelir – yönetim, sevk ve idare gibi anlamları vardır. İngilizcedeki *government* (yönetim, hükümet) sözcüğü de aynı köktendir. Ayrıca Bkz. Stuart A. Umpleby, *The Cybernetics Of Conceptual Systems*, Department of Management Science, George Washington University, July 8, 1994

⁹⁴⁵ Danny Belkin, *Evolution and the Internet: Toward A Networked Humanity?*

<http://www.kurzweilai.net/meme/frame.html?main=/articles/art0132.html>

⁹⁴⁶ Genel olarak bkz. William Durham, “Co-Evolution: Genes: Culture and Human Diversity”, Stanford, CA, Stanford University Press, 1991

⁹⁴⁷ Ayrıca bkz. Elliot Sober and David Sloan Wilson, “Unto Others: The Evolution and Psychology of Unselfish Behavior”, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1998

kaçınılmaz olarak, hukukun evrimsel ve sibernetik yaklaşımlarla olan ilişkisini ve otomasyona dayalı bir toplumsal yapıdaki fonksiyonunu, irdelemeyi gerektirmektedir.

Yukarıda anlatılan süper-organizma modeli, insanlığın nasıl bir gelecekte yaşayacağı sorusuna cevap veremez. “Sibernetik modelleme”, artan işbölümü, uzmanlaşma ve otomasyonun, biyolojik evrimle çelişmediğini ortaya koyar. Sibernetik model her zaman amaç (*goal*) odaklıdır. Yani, sistemin belirli bir amaca yönelik hareket ettiği varsayılarak analiz yapılır. İnsan toplumunun nihai amacı nedir diye sorulduğunda, buna ortak bir cevap verilemez. Mutluluk, erdem, adalet gibi idealler ileri sürülebilirse de; evrimsel bakımdan gözlenen, artan verimlilik, düzen ve etkinliktir. Ancak, canlı organizmaların sergilediği düzen, fiziki veya mekânîk değildir. Sibernetik modeller doğrudan, sistem içindeki ilişkilere, bağlantılara ve buldukları ortama bağlıdır.^{948 949}

Bu oluşum bireyler, cemaatler ve uluslar gibi pek çok sosyal yapı ve alt birimin, bağımsız amaçlar doğrultusunda hareket etmesini engellemez. Siyasal ve toplumsal çatışmalar, bu evrimsel sürecin dinamikleri olarak da görülebilir.⁹⁵⁰ Yoğunlaşan ekonomik faaliyet, *Marx*'ın “üretim ilişkileri” olarak tanımladığı, sibernetik bir organizasyon ve davranış şemasını ortaya çıkarmıştır.⁹⁵¹

⁹⁴⁸ Peter A. Corning, *Control Information: The Missing Element In Norbert Wiener's Cybernetic Paradigm?*, *Kybernetes the International Journal of Systems and Cybernetics*, 2001, Vol.30, No.9, s.1272-1288 s.6-7

⁹⁴⁹ L. Van Den Hauwe, *Evolution and the Production of Rules - Some Preliminary Remarks*, *European Journal of Law and Economics*, 1998, Vol.5, s.81-117.

⁹⁵⁰ Çatışmalar evrimin temel parametresi olan çeşitliliğe zemin hazırlar. Kaçınılmaz olan çatışma potansiyelidir; insan toplumunun bununla nasıl başedeceği ise evrimsel perspektif için ilgisizdir. Evrimsel perspektif sadece başedilecek bir sorun olduğunu ve olacağını gösterir. Çözüm öne sürmez.

⁹⁵¹ Globalleşme her ne kadar yeni kavram sanılsa da, bu olgunun *Marx*'ın Komünist Manifestosunda 150 yıl önce ne denli iyi açıklandığını görmek yararlı olabilir: “*Burjuvazi, dünya pazarını sömürmek yoluyla tüm ülkelerin üretim ve tüketimini kozmopolitleştirdi. Gericilerin çok üzülecekleri biçimde ulusal zemini sanayinin ayağının altından çekiverdi. En eski ulusal sanayiler yok edildi ve hâlâ her gün yok ediliyor. Her uygar ulusun bir yaşamsal sorun olarak ithal etmesi gereken ve artık yerli ham maddeyi değil en uzak bölgelerin ham maddelerini işleyip, mamulünün de yalnız kendi ülkesinde değil dünyanın her yerinde birden tüketildiği yeni sanayiler, o eski ulusal sanayileri bir kenara itiyor. Yerli imalatla karşılanan eski ihtiyaçların yerini de, ancak en uzak ülke ve iklimlerin ürünleriyle giderilebilecek ihtiyaçlar alıyor. Eski yerel ve ulusal kapalılık ve kendine yeterlik yerine de, ulusların her yönde hareketliliği ve her yönde birbirine bağımlılığı geçmekte. Üstelik yalnız maddi üretimde değil manevi üretimde de bu böyle. Ayrı ayrı ulusların manevi ürünleri ortak mülk oluyor. Ulusal tek yanlılık ve sınırlılık artık mümkün değil, pek çok ulusal ve yerel edebiyattan bir dünya*

Burada ortaya konulan globalleşme kavramı, yerel sosyo-ekonomik yapıların ve cemaatlerin, çok uluslu sermayenin büyüme ihtiyacına paralel şekilde, *des-entegrasyona* uğramasını ifade eder. Globalleşme, pek çok kompleks sistem ve grubun sürekli genişlemesine ve dönüşmesine dayalı bir fenomendir.

Hukukun geçirdiği globalleşme süreci ve kendine has çok bağlantılı yapısı, “sistem teorisi” ve “sistem felsefesi” açısından incelenmesine imkân verir. “Sistem” kavramından kasıt, belirli bir özerkliği ve sürekliliği olan yapısal ve fonksiyonel alt sistemlerin bileşiminden ortaya çıkmış oluşumlardır. Bu alt sistemlerin iç organizasyonu, sistemin çevreye nasıl adapte olacağını belirler. Sistem kendini oluşturan parçalar açısından değil; kendi iç organizasyonu, parçaların (alt sistemlerin) karşılıklı ilişkisi, hiyerarşik simetri ve asimetri, değişim ve adaptasyon becerisi gibi özellikleri bakımından incelenir. Sistemin çevreyle ilişkisi bağlamında, iç düzenlenişini incelemek temel yaklaşımdır. Sistem, bir üst düzen (*superordinate*) olarak, kendisini meydana getiren parçalardan farklı kapasitelere sahiptir.

Girişte açıklandığı üzere globalleşme, piyasaların, devlet yapılarının, hukukun ve siyasetin ulusal karakterlerinden sıyrılıp, “ortak iyilik”leri adına küresel bir benzeşmeye doğru hareket etmeleridir. Globalleşme, farklı örgütlenme derinliğine sahip pek çok sosyal sistem arasında, çok boyutlu bağlantılar kurar. Bir başka bakış açısından globalleşme, eşzamanlı çözülme ve bağlanma süreçleridir. Ekonomi, kültür, eğitim, adalet, finans ve ekoloji alanlarında, farklı globalleşme süreçlerinden bahsedilebilir. Globalleşme denilen fenomenin itici gücü, global sermayenin pazar arayışıdır.

*edebiyatı oluşmakta. Tüm üretim araçlarını hızla geliştirerek ve ulaşımı, **iletişimi sonsuz kolaylaştırarak** burjuvazi, en barbar ulusları da uygarlığa çekiyor. Ürettiği mallara koyduğu ucuz fiyatlar, tüm Çin Seddini temelden yıkacak, **barbarların en inatçı yabancı düşmanlıklarını teslim etmeye zorlayacak** ağır toplardır. Burjuvazi, tüm Ulusları, **eğer yerle bir olmak istemiyorlarsa** burjuva üretim tarzına uymaya zorluyor; uygarlık diye kendi uygarlığını ithal etmeye, yani burjuva olmaya zorluyor onları. Tek kelimeyle, **kendi istediği gibi bir dünya** yaratıyor kendine.” Karl Marx ve Friedrich Engels, *Komünist Parti Manifestosu*, 1848, <http://www.marxists.org/turkce/m-e/1848/manifest/kpm.htm>*

Bütün bu sürecin hukuku nasıl etkileyeceği düşünüldüğünde öncelikle, bugün için hukukun yeknesak, doğrudan veya bütünlükçü bir globalleşme sürecinde olmadığı tespit edilebilir. Ancak gerek AB, gerekse WTO bünyesindeki çabaların, hukuku global düzeyde daha bütünlüklü bir sisteme dönüştürmeye çalıştığı da bir gerçektir. Özellikle 20. yüzyılda uluslararası hukuk alanında görülen gelişim, bunu daha açıkça ortaya koyar. Son elli yıla damgasını vuran bilgi *akümülyasyonu*, iletişim ve sosyal değişim, hukuku da değiştirerek uygulama alanlarını genişletmekte, yeni hukuki uzmanlık dalları ortaya çıkarmaktadır. Bu süreç henüz başlangıç aşamasındadır ve uzun bir evrimden geçecektir. Global bir sistem olarak hukukun, şu an için dengeden uzak ve çeşitli katmanlardaki farklı ve kimi zaman çelişik hukuki düzenlemeler sebebiyle, kaotik bir yapı sergilediği açıktır. Ancak sistemin genel gidişatı, hukuk alanında da, artan bir global düzen arayışına işaret etmektedir. Ortaçağ boyunca gelişen siyasal ve ekonomik entegrasyon, kapitalist sanayi üretiminin ulus devletler ve buna bağlı hukuk sistemleri temelinde örgütlenmesiyle sonuçlanmıştır. Ancak bu sürecin son bulmadığı; hukuki ve siyasal oluşumun, ulus devlet sistemlerini de aşan, daha kompleks bir yapıya doğru yol aldığı ortadadır. Tüm bu yorum, hukuk olgusunun gelecekteki görünümünün anlaşılması için, sibernetik bir bakış açısının faydalı olabileceğini ortaya koyar.

Ortaçağ Avrupası'nda yerel, dini, feodal ve başkaca değişik hukuk sistemlerinin aynı anda yürürlükte bulunuyor olmasının, gezgin tüccarlar için yarattığı zorluk, *Lex Mercatoria* diye adlandırılan yerel otoriteden bağımsız ve hakkaniyet temeline dayalı, kuralları ortaya çıkarmıştır. Bugün telekomünikasyon çağının aktörleri de, benzer şekilde pek çok değişik hukuk sisteminin ve kurallar grubunun yetkisi altında olmanın sıkıntısını çekmektedirler. Ulusal hukuklardan bağımsız şekilde gelişen uluslararası ticarete ilişkin *lex mercatoria* kuralları, belirli bir kurumlaşma göstermektedir.⁹⁵² Global düzeyde bakıldığında bugün, hukuk normlarının ortaya çıkışı devlet iradelerinden bağımsızlaşarak, ilgili menfaat gruplarının karşılıklı interaksyonuyla kendi kendini yaratan bir modele

⁹⁵² Mathias Albert, *Legalisation or Global Law Formation? On the Evolution of Law in World Society*, For presentation at the CENTRAL-conference on "Transnational Business in the Age of Globalization" Münster, 26 October 2001, http://www.uni-bielefeld.de/soz/iw/pdf/albert_2.pdf

yaklaşmıştır. Kuşkusuz TRIPs Anlaşması ile başlayan süreçte, fikrî hukuka ilişkin kuralların da aynı oluşumdan geçtiği açıktır. Bu oluşum, artan etkinlik ihtiyacı doğrultusunda sosyal organizmanın kendi kendini düzenlemesi (*self-organisation*) fikriyle paralel bir gelişmedir. Ulus devlet ötesi global oluşum çoktan devletler arası sistemi aşarak, kurumlar ve menfaat grupları düzeyinde norm yaratma mekânizmaları oluşturmuştur. Artan iletişim ve global ağın elektronik altyapıya kavuşması, ulus devletin dikey hiyerarşisine ihtiyacı ortadan kaldırmıştır.

5.1.4. Sibernetik ve Hukuk

Her sistem birbirinden ayrılmaz iki temel unsur sergiler. 1) yapısal – statik 2) fonksiyonel - dinamik. Yapısal unsur parçaların iç düzenlenişini açıklar. Bu iç düzenlenişte her parça, fonksiyonel gereklerine uygun bir yere sahiptir. Yapı (bünye) ve fonksiyon bir gerçekliğin iki farklı görüntüsüdür ve hiçbiri, tek başına sistemi tanımlamaya yetmez.⁹⁵³

Sibernetik yaklaşım, evren içinde belirli bir yapının tespit edilmesi ve düşünsel boyutta evrenin geri kalanından ayrılmasıyla başlar. Sistem böylece tanımlandıktan sonra, sistemin belirli özelliklere sahip olmasının veya olmamasının yarattığı fark incelenir. Bu özelliklerin tamamı, yeterince küçük parçalara ayrılarak analiz edilir.

Sibernetik bilimi, sistemlerin kontrol ve düzenlemesiyle ilgilenir. Kompleks yapıların örgütlenmesine ilişkin, soyut prensipleri ortaya koymaya çalışır.⁹⁵⁴ Sistemin ne ihtiva ettiğini değil, fonksiyonunu anlamaya çalışır. Alanın kurucularından *Norbert Wiener* sibernetiği, kontrol ve iletişim problemlerini ele almaya yarayan “dil”(kod) ve tekniklerin geliştirilmesi olarak tanımlamıştır. Bir başka deyişle sibernetik, canlı organizmaların veya genel olarak sistemlerin, bilgi işleme boyutunu ortaya koyar. Hukukun sürekli bilgi işleyen

⁹⁵³ Bütün canlı sistemler çevreyle veya diğer sistemlerle iletişimi ve ilişkisi sebebiyle “açık” sistemlerdir.

⁹⁵⁴ «*Kendi Kendine Çalışma Sistemi*»ni ise, ilk kez eski Yunan Filozofu Aristo, bir «*Fonksiyonlar Birliği*» biçiminde değerlendirmişti. Ona göre, «*Madde*», «*Fikir*», «*Kuvvet*» ve «*Amaç*», birbirlerine karışarak bir sistem meydana getirmektedir. Kendi kendini idare eden insanın durumuna gelince: Aristo, bu konuda şöyle demektedir, «*Organisma*, «*Madde ile Form*», «*Kuvvet ile Eylem*», «*Yetenek ile Fonksiyon*» — *Dynamis ile Entellekhia*— arasındaki bir işbirliğidir. Akman, s.10

ve bu doğrultuda kendi kendini düzenleyen bir sistem oluşu, sibernetik prensiplerle açıklanabilen özellikleri bulunduğunu gösterir.

Sibernetik, sistemin kontrol ve oto-kontrol mekânizmalarının derinlemesine incelenmesine dayanır. Sibernetik teorinin içindeki en önemli unsurlardan biri, geri besleme (*feed-back*) olarak karşımıza çıkar. Çünkü sistemi oluşturan bileşenler uyumlu bağlantılar oluşturabilmek için iletişime yani, bilgi alış-verişine ihtiyaç duyarlar. İletişim olmaksızın düzen; düzen olmadan da yapısal bütünlük söz konusu olamaz. Negatif geri dönüşüm etkiyi indirgeyip azaltırken; pozitif geri dönüşüm etkiyi artırır. Termostat negatif geri dönüşüme örnektir. Pozitif *feed-back*, bilginin daha fazla bilgi doğurmasıyla örneklenebilir. Pozitif *feed-back*, sistemi *destabilize* edip, dengesiz hale getirirken; negatif *feed back* sisteme istikrar getirir. Kompleks *feed-back* ise, pozitif ve negatif mekânizmaları duruma uygun olarak değişken şekilde kullanır.⁹⁵⁵

Bu yaklaşımın hukukla olan benzerlik ve ilişkisini anlayabilmek için *Dr. Toygar Akman* tarafından 1972 yılında yazılan satırların okunması faydalı olacaktır.⁹⁵⁶

“...«*Toplum Hayatı*»nu bir organizma yapısı biçiminde düşünecek olursak, «*Madde-Fikir-Kuvvet-Amaç*» arasındaki iş birliğinden meydana gelen bir «*İdare Sistemi*» ya da «*Yönetim Biçimi*» ortaya çıkacak demektir. «*Hukuk*» ise, toplum hayatının zorunlu olarak ortaya çıkardığı bir bilim, bir sistem olduğuna göre, bu bilim ya da sistemin işleyişi, «*Madde-Fikir-Kuvvet-Amaç*» arasındaki iş birliğinden meydana gelen bir «*Denge Durumu*» olacaktır.

⁹⁵⁵ «*Geri Merkezle Haberleşme*» durumu üzerinde, neden bu kadar önemle durulduğunu kavrayabilmek için, organizmanın herhangi bir davranışta bulunurken, neler olup bittiğini kısaca gözden geçirelim. Organizma herhangi bir harekette bulunurken (ya da olaydaki pilot en ufak bir davranışta bulunurken), gerideki bir merkezden, sanki bir takım emirler devamlı olarak organlara gidiyor gibidir. Sanki o organ, geri merkezden devamlı olarak gelen emirleri tekrar geri merkeze iletiyor ve geri merkezden gelen diğer emirlere göre hareket tamamlanıyor gibi görülmektedir. Geri merkezden gelen emirlerin yerine getiriliş biçimine göre, geri merkezden yeni emirler devamlı olarak akıyor gibi bir durum, kendisini hissettirmektedir.” Akman, s.21

⁹⁵⁶ Toygar Akman, “Sibernetik Bilimde Devrim, Elektronik Beyin Hukukta Reform”, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Enst. Yay, 1972

Bu «Denge Durumu»nun altını çizmemiz gerekiyor. Zaten, «Hukuk»un esası olan «Adalet» ya da «Hakka Uygunluk», hemen her memlekette, gözleri bağlı bir kızın elinde tuttuğu bir terazi ile sembolleşmektedir. Böylece, «Adalet», hakları değerlendirerek bir denge sağlayan güç, olarak kabul edilmektedir. Yalnızca bu durum dikkate alındığında, «Hukuk Bilimi»ni, «Hakların Dengesini Sağlayan Bilim» diye tanımlamamız gerekmektedir. Zaten, «Hukuk Bilimi»nin lügat olarak tanımlanmasının da hemen bu anlama geldiği kolayca görülecektir. Almanca'da Rechtswissenschaft, İngilizce'de Juridical Science, Fransızca'da Science Juridique denilen «Hukuk Bilimi»ni, Türk Hukuk Lügati şöylece tanımlamaktadır :«Hukuk Bilimi, Hukuk kaidelerinin doğuşu, yaşayışı ve tarihi oluşu hakkındaki bütün bilgileri toplayan bilimdir. Görevi, hukuk unsurlarına ve malzemelerine sistemli bir şekilde nüfuz etme ve onu işleme, muhtelif hukukî hükümleri, muhteva yakınlığına göre toplama, bu şekilde vücut bulan grupları müşterek prensiplere göre ayarlama, daha umumî prensiplere varma ve bunlardan teferruat için sonuçlar çıkarmaktır...»⁹⁵⁷

Görülmektedir ki hukuk normları, kişi ve kurumlara davranış konusunda bilgi ve emir sağlayarak sosyal denge kurmaya çalışır.

“Biraz önce Hukuk'un terazi ile sembolleştiğine dikkati çekmiştik. Ancak, hemen belirtelim ki, bu terazinin kefesinde, iki tarafın da ağırlığı aynı olamaz. Çünkü, hiç bir dava'da iki tarafın da haklı olduğu görülmemiştir. Ya davacı haklıdır ya da davalı. Yargıç, kararını verirken, ya davacı tarafı ya da davalı tarafı haklı kıldığını bildirir. Karar, Nasrettin Hoca'nın, hem davacıyı hem davalıyı haklı bulduğunu söylemesi üzerine itirazda bulunan karısına «—Uzun etme hanım, sen de haklısın!» diyerek her tarafı haklı kılan bir biçimde sonuçlanamaz. Nasrettin Hoca'nın Gölge Kadılığı bir yana, hiç bir yargıç, hem davacıyı hem de davalıyı haklı kılarak bir karar veremez. Çünkü, karara esas olacak deliller —diğer bir anlamda elektrik akımları— ya (—) negatif ya da (+) pozitif olarak kararı verecek olan yargıca —diğer bir anlamda geri merkeze— iletilmiş ve hangi «devre» açık ise, yargıcın kararı, o devreden akarak ortaya çıkmıştır. Eski hukuk dili ile «Karar sâdir olmuştur.»⁹⁵⁸

⁹⁵⁷ *ibid.* s.10

⁹⁵⁸ *ibid.* s.22

Akman'ın ortaya koydukları, yukarıdaki açıklamalarla beraber değerlendirildiğinde, insan toplumunun global bir Ağ üzerinde örgütlenişi ve artan otomasyon; hukuk kurallarının sibernetik sistemler dâhilinde uygulamaya konulmasının, düşünsel ve teknik altyapısını ortaya çıkarmaktadır.

Hukuk öğretisi genel anlamda, sosyal ilişkiler yumağında mevcut veriyi işleyerek, normatif düzleme taşıyan, bir kültürel aktarım mekânizmasıdır. Bu mekânizma, yukarıda açıklandığı üzere *evrimsel modele* dayalı bir yaklaşımla da yorumlanabilir. Bunun anlamı, hukuk kurallarının da belirli bir kalıtım, varyasyon ve doğal ayıklanma sürecine tabi olmalarıdır. Hukuk kurallarının ve hukuki kavramların da, artan işbölümü, uzmanlaşma ve kâr maksimizasyonu olgularının baskısı altında değişime uğradığı görülmektedir. Hukuk sistemi içinde otonom sùjelerin yer alması ve hukuki muhakemenin, yine hukuk kurallarına atıfla işlemesi; hukuk sistemine, kendi kendini zamana aktarma ve diğere bir deyişle, bağımsız şekilde bilgi yaratma potansiyeli verir.

Hukuk, global bir iletişim veya bilgi-işlem ağı olarak değerlendirildiğinde, birbirine atıflarla örölmüş kurallar, kararlar ve kurumlar sürekli bir iletişim döngüsü ve bilgi akışı yaratırlar. Tüm iletişim ağları gibi hukuk da, birbiriyle bağlantılı unsurlardan örölü, kendi kendini yenileme ve açıklama yeteneğini haiz bir yapı ortaya koyar.⁹⁵⁹

Sibernetik model açısından bakıldığında “özel hukuk”, bireyler ve diğere hak sùjesi gruplar düzeyindeki ilişkilerin, kontrol ve yönlendirilmesi işlevi görür.⁹⁶⁰ Modern hukuk sistemleri, piyasaların talepleri yönünde adaptasyon geçirir. Kompleks bir yetki ve yükümlükler demeti haline gelen mülkiyet, atipik sözleşmeler, sınırlı sorumlu şirketler ve daha sayılamayacak pek çok hukuk kurumu, bu adaptasyonun izlerini taşır. Sosyal yapı kompleks sistemler açısından ele alındığında, sibernetik bir sistem olarak hukuk, bu yapının düzenlenişiyle ilgili soyut prensipleri ortaya koymaya çalışır. Sibernetik, bir sistemin onu yaratan unsurlardan ve parçalardan bağımsız bütünsel özelliklerini inceler. Bu haliyle

⁹⁵⁹ Thomas Vesting, *The Autonomy of Law and the Formation of Network Standards*, German Law Journal, 2004, Vol. 05, No.06, s. 649

⁹⁶⁰ Francis Heylighen, *Cybernetics and Second-Order Cybernetics*, R.A. Meyers (Ed.), “Encyclopedia of Physical Science & Technology”, 3rd ed., New York, Academic Press, 2001

hukukun siberetik yaklaşımla yorumu, bir bütün olarak toplumsal yapı üzerindeki etkilerinin ve kendisine yüklenen işlevi yerine getirişindeki genel hareket ve ilerleyiş tarzının, anlaşılmasına katkıda bulunacaktır. Bu yaklaşım ışığında “hukuk” analiz edilirken, tanımlara değil farklılıklara; duruma değil sürece; ve önceden belirlenmiş bir düzene değil dinamik dengeye vurgu yapılır. Yukarıda globalleşme kavramı çerçevesinde açıklanan dinamikler, hukukun sosyal ve ekonomik veriler doğrultusunda kendi kendisini yapılandıran, otonom bir sistem haline gelişine de ışık tutar.

Hukuk, “kapalı” bir iletişim ağıdır. Neyin hukuka uygun olduğuna, sadece hukuk cevap verebilir. Bunun anlamı, hukukun çevreden etkilenmediği değildir. Hukuk çevreden gelen veriyi özümser ve kendi içinde dönüştürür. Ama her hangi bir durumun hukuka uygun olup olmadığı, kendi kurallarıyla sınırlı bir yöntem içinde cevaplanacaktır.⁹⁶¹ Hukukun kapalı bir sistem oluşunun diğer sonucu, sistemin dış dünyaya ilişkin yeni bir bilgi üretmemesidir. Hukuk bir sistem olarak, sürekli bilgi işler ve üretir. Ancak ürettiği tüm bilgi, hukuk sistemi içinde ve sistem var olduğu sürece anlamlıdır. Bu bilgi, pozitif bir gerçekliğe ilişkin olmayıp, ekonomik ve sosyal yapıların iç dinamikleri bakımından bir *feed-back* işlevi görmektedir. Hukukun normatif yönü, aynı zamanda hukukun siberetik karakterini de açıklar. Toplumsal yapıların, daha etkin ve kapsayıcı hale gelmek için süregelen bir değişim içinde olmaları, toplumsal sistemin amaçsal boyutunu ortaya koyar. Bu amaç etrafında gelişen insan toplumları için hukuk, muhakeme bu etkinleşme sürecinde yargılama ve yorum yoluyla, “geri merkez”e *feed-back* yollayarak, sosyal ve siyasal sistemleri dengede tutar.

Çalışmanın bu bölümünde, gerek global elektronik bir ağ üzerinde örgütlenmeye başlayan toplumsal yapıların, artan otomasyon ve kompleksiteye bağlı olarak gözlenen, organizma benzeri karakteri, gerekse hukukun bu oluşum içindeki fonksiyonunun siberetik özellikleri açıklanmış olmaktadır. Söz konusu siberetik karakterin ortaya konulmasından sonra, aşağıda açıklanacak “hukuk kurallarının yazılım yoluyla

⁹⁶¹ Vesting, s.651

uygulanması” olgusunun, toplumsal açılımları ve Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunun, bu çerçevedeki önemi daha iyi anlaşılacaktır.

5.2. “DAVRANIŞ DÜZENLEYİCİ ARAÇ” OLARAK YAZILIM ve HUKUK ARASINDAKİ İLİŞKİ

Yukarıda hukukun davranış düzenleyici bir sistem olarak genel özellikleri ve sibernetik karakteri açıklandı. Bu kısımda, “hukuk kurallarını yazılım yoluyla uygulama” meselesi, hukuki düzenleme kavramı açısından ele alınacak ve kuralları yazılıma indirgemenin, davranış düzenleme anlamında sonuçları değerlendirilecektir. Kendisi de bir tasarım (*architecture*) olan yazılımın, davranış düzenleyici bir araç olarak analizini yapabilmek için, öncelikle “tasarım”ın insan davranışına nasıl etki ettiğinin anlaşılması gerekir.

5.2.1. Giriş : Düzenleme Biçimi Olarak Tasarım

II. Dünya Savaşı sonrası felsefesi, iktidar yapılarını çözümlerken, teknolojinin tercih ve değer içeren yönünü ortaya koymuştur.⁹⁶² Bu, teknolojinin yasama veya idare organlarının fonksiyonuna benzer şekilde, kimi noktalarda topluma belirli bir iktidar ve otorite dayatabilmesini açıklar.

Teknolojik tasarımın hukuk kurumları üzerindeki etkisi, iki aşamada incelenebilir. Birinci olarak, belirli teknik çözümler sosyal ilişkileri düzenleyici etkiye sahiptir ve bu durum, hukuku ilgilendirir. İkinci olarak, teknik sistemler, enerji, iletişim ve ulaşım ağları

⁹⁶² Örnek olarak bkz. Jürgen Habermas, “Teknik İlerleme ve Sosyal Yaşama Evreni”, ‘İdeoloji’ Olarak Teknik ve Bilim, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 1993

gibi belirli iktidar modellerine çerçeve oluştururlar.⁹⁶³ Burada da teknoloji, hukuk ve iktidar diyalektiğinde devreye girmektedir.

Globalleşme olgusunun hukuk alanındaki etkileri, hukukun bir üst-yapı kurumu olması sebebiyle, daha geriden fark edilmektedir. Şu an için yeryüzünde global, bütünsel ve yeknesak bir hukuk sistemine ulaşıldığından söz edilemese de, bu yönde etki doğuran pek çok *vektörel* dinamik gözlenmektedir. Evrimsel pencereden bakacak olursak, hukuku çevreleyen siyasal ve ekonomik ortam, onu daha kompleks, daha etkin ve daha bütünsel bir yapıya dönüşmesi yönünde zorlamaktadır.

“Düzenleyici yazılım” kavramı, tasarımın düzenleyici fonksiyonu üzerinden daha iyi anlaşılır. Bir mülkün etrafına çekilen çit veya yolu ayıran refuj, düzenleyici tasarıma en basit örnektir. Bahçe çiti örneğinde, hukuk kurallarınca tanınan mülkiyet hakkına ek olarak ve ona dayanılarak, diğer bireylerin davranışını kurala uygun şekilde yönlendirmek üzere bir yapı kurulmaktadır. Daha bilinen ve somut bir örnek, *Jeremy Bentham*’ın tasarladığı ve tüm mahkumların merkezden görüldüğü, ancak mahkumların gardiyanı göremedikleri *panopticon* adı verilen hapisane tasarımıdır. Mahkum gerçekten izlenip izlenmediğini bilemediğinden, fiziken kontrol bulunmasa bile, tasarımın kendine özgü yapısı nedeniyle uygun davranış empoze edilmektedir.

Bilgi-işlem ve iletişim teknolojisindeki gelişme, yazılımın hukuk kurallarını uygulama amaçlı olarak, insan davranışını sınırlayabilmesi gerçeğini ortaya çıkarmıştır. Bugün, bilgi-işlem teknolojilerindeki gelişimin yarattığı devrim, toplumun maddi temelini yeniden şekillendirmektedir.

Yazılım, tıpkı mimarinin veya tasarımın fiziki dünyada davranışı sınırlamasına benzer şekilde, *on-line* ortamda insan davranışını kontrol edebilme potansiyeline sahiptir. Bu durum karşısında, *Joel Reidenberg* ve *Lawrence Lessig*,⁹⁶⁴ *Architectural Regulation*

⁹⁶³ Graham Longford, *Pedagogies of Digital Citizenship and the Politics of Code*, Techné, Fall 2005, Vol.9, No.1, s.73 <http://scholar.lib.vt.edu/ejournals/SPT/v9n1/pdf/longford.pdf>

⁹⁶⁴ Joel Reidenberg, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology*, Tex. L. Rev., 1998, Vol. 76, No.553, http://reidenberg.home.sprynet.com/lex_informatica.pdf; Genel olarak

(düzenleyici tasarım) kavramını ortaya atmışlardır. “Düzenleyici tasarım” fiziki veya dijital ortamın, insan davranışını etkilemek ve belirlemek üzere kullanılmasıdır.⁹⁶⁵ Yazılımın insan davranışına etki edecek şekilde tasarlanabileceği görüldükten sonra, tasarımcının, birey davranışını kontrol aşamasında önemli bir gücü elinde tuttuğu daha iyi anlaşılır.⁹⁶⁶

Bugün, iletişimin ve düşüncüyü ifade etmeye yarayan araçların, “kod” ve “mimari/tasarım” yoluyla düzenlenmesine tanık olmaktayız. Burada, ulus devlet düzeyindeki kural koyma faaliyetinden farklı bir sistemin ortaya çıktığı görülmektedir.⁹⁶⁷ Modern dünyada hukuk kuralları, yazılıdır ve kamuya ilan edilir. Her hukuk kuralı, belirli ölçüde devlet yaptırımını içerir ve bunlara uymayanlar tespit edilerek, devlet kontrolündeki icra ve infaz mekânizmaları harekete geçirilir. Uygulama noktasındaki görevliler takdir yetkisine sahiptirler ve onlardan sağduyulu hareket etmeleri beklenir. Kuralların uygulanması kamuya açık cereyan ettiği için, toplumsal denetim söz konusudur. Bütün bunlar, bilindiği üzere, hukuki yapının işleyişini ve örgütlenmesini doğrudan etkileyen, istikrar sağlayıcı faktörlerdir. Toplumun adalet duygusunu inciten kurallar direnmeyle karşılaşır ve hatta zaman içinde değişime uğrar. Hukuk uygulaması sibernetik anlamda, başlı başına sosyal bir “geri besleme”(feed-back) mekânizmasıdır.

Tasarım yoluyla ifade edilen kurallar, her ne kadar yazılı hukuka dayansalar da, farklı sonuçlar ortaya koyarlar. Dijital platformda, davranışı düzenleyici uygulamaların fark edilmesi, kolay değildir. Kural, tasarım konusu cihazı kullanmakla veya yapının içinde bulunmakla kendiliğinden uygulanır. İnsanın rolünün asgariye indiği bu sistemde, kuralın ihlali de nitelik değiştirmektedir. Hak ihlali, söz konusu sistemin dışına çıkmakla veya sistem içindeki engeli dolanmakla gerçekleştirilir. Tasarım yoluyla düzenleme olgusu,

bkz. Lawrence Lessig, “Code And Other Laws Of Cyberspace”, (codev2 1999), <http://pdf.codev2.cc/Lessig-Codev2.pdf>

⁹⁶⁵ Basit bir örnekle, fiziki bir yapı olan “hız kasis”leri ve azami hız sınırına ilişkin hukuki düzenlemenin ortak yönü, her ikisinin de davranışı benzer yönde değiştirmeye çalışmasıdır.

⁹⁶⁶ Lessig, “Code and Other Laws of Cyberspace”; Lawrence Lessig, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, 113 Harv. L. Rev. 1999, Vol.113, s.509

⁹⁶⁷ Vesting, s.639

hukukun uygulanmasında insan faktörünün sağladığı yerindelik ve düzeltici etkiyi ortadan kaldırmaktadır.⁹⁶⁸

Ancak, yazılım ve mimari arasında kurulan bu analoginin eksik bir yönü de şudur ki, yazılım, fiziki mimariye göre çok daha anlaşılabilir ve bozulmaya açıktır. Bir başka sığ görüşlülük ise, internetin veya bütün iletişim ağlarının, tek ve homojen bir olguyu ifade etmediğini anlamamak olacaktır. İnternet birbirine bağlı pek çok şeydir. İnternetin veya Ağ'ın düzenlenmesinden bahsedildiğinde, fiziki ve mantıksal yapıyı, içerik katmanlarından ayrı düşünmek gerekir.⁹⁶⁹

5.2.2. Düzenleyici Yazılım

5.2.2.1. Tasarımsal/Mimari ve Yapısal Nitelikleri Bakımından Yazılım

Yazılımın tasarımında ortaya konulan yapı, tıpkı fiziki çevre gibi davranışa etki eder. Belirli bir algoritmaya dayanması ve dolayısıyla, yapısal bir model ortaya koyması nedeniyle yazılım da, tasarım/*architecture* şeklinde düşünülmelidir. Bu nedenle yukarıda, tasarımın insan davranışı üzerindeki etkisi incelenirken, yazılımın da bir “tasarım” biçimi olduğu dikkate alınmıştır.

Bilgisayar üzerinde çalışan bir soyutlama olan yazılımın, nasıl olup da gerçek dünyadaki bireyi etkilediği sorusu, bu çalışma içinde pek çok kez yanıtlanmış olsa da, iki basit tespit tekrarlanabilir. İnternetin bir iletişim biçimi olması sebebiyle, bireyler fiziki dünyaya ek olarak, bu iletişim ortamında da varlık gösterirler. Buna ek olarak, yaşamla ilgili pek çok durum ve ilişki, internet üzerinden yürütülür hale gelmiştir.⁹⁷⁰

Nasıl ki, fiziki yapılar içinde davranış, duvarlar, kapılar, kilitler ve benzeri unsurlarla yönlendirilebiliyorsa; Ağ mimarisi de aynı şekilde, sanal gerçeklik içinde

⁹⁶⁸ Lee Tien, *Architectural Regulation and the Evolution of Social Norms*, International Journal of Communications Law & Policy, Autumn 2004, Issue 9 - Special Issue on Cybercrime, s.7

⁹⁶⁹ Yochai Benkler, *From Consumers to Users: Shifting the Deeper Structures of Regulation*, Federal Communications Law Journal, 2000, Vol.52, s.568 ; Ayrıca bkz. Lawrence Lessig, “The Future of Ideas”, New York Vintage, 2001, s.23-25

⁹⁷⁰ On-line ticaret, elektronik oylama, müzik dinleme vb.

davranışı düzenler. Bu düzenlemelerin ortak yanı, herhangi bir yaptırım tehdidi içermemeleri ve doğrudan davranışı dayatmalarıdır. Bir başka deyişle tasarım yoluyla davranış düzenlemesi, hukuk normunun temel unsuru yaptırıma ihtiyaç duymaz..⁹⁷¹ ⁹⁷² Yaptırım, Ağın yapısına müdahale edildiğinde ortaya çıkar. Eser korumasına yönelik teknolojik önlemin etkisizleştirilmesi, böyle bir müdahaledir.

İnternet adı altında gelişen global Ağ'ın, kendisinden önceki diğer ağ benzeri sosyal oluşumlardan farkı, mimarisinde yatar. İnternet diğer hiyerarşik sosyal yapılardan farklı olarak, iki birey arasında mevcut sosyal bağlam dışında iletişim ve etkileşim sağlar. İnternet her hangi bir kontrol mekânizması olmaksızın, kullanıcıdan kullanıcıya bağlantılar şeklinde tasarlanmıştır. Prensip olarak sistemin kendisi, sadece bir aracı olarak hizmet eder ve uygulamalar mümkün olduğunca, kullanıcı düzeyinde yürütülür. İnternet, yazılım ve donanım tercihlerine karşı yine mümkün olduğunca tarafsızdır⁹⁷³ Bu ilkeler üzerine inşa edilen internet mimarisi, özellikle geniş bant internet bağlantısına geçişle beraber, ticari menfaatler tarafından daha da büyük baskı altına alınmıştır. Telefon şirketlerinin internet bağlantı hizmetlerini ele geçirmesi, bu açık mimarinin daha fazla kontrole dayalı hale gelmesiyle sonuçlanacak gibi görünmektedir.⁹⁷⁴

Yazılımı farklı bir düzenleme *modalitesi* olarak değerlendirmek için yeterince neden vardır. Yazılım, fiziki mimariye ve yazılı kurallara oranla, çok daha etkili bir düzenleyici araç olabilir. Yazılım, programcının zihninde bilgisayara yaptırmak istediği bir

⁹⁷¹ Cindy Cohn ve James Grimmelman, *Seven Ways in Which Code Equals Law (And One in Which It Does Not)*, "The Language of Our Time" (Christine Schipf et al., eds. 2003)

http://www.aec.at/en/archives/festival_archive/ .

⁹⁷² Doğrudan tasarım veya hukuk kurallarıyla düzenleme seçenekleri üzerine bkz. Polk Wagner, *On Software Regulation*, S. CAL. L. REV., 2005, Vol.78, s.457

⁹⁷³ "network neutrality" diye adlandırılan bu tarafsızlık, internetin farklı yazılım ve donanımlara uygun olmasını ve herhangi bir teknolojik tercihi empoze etmemesi anlamına gelir. Bkz Bölüm 5.6.1

⁹⁷⁴ Burada gözden kaçırılmayacak bir nokta, sıradan kullanıcılar için internetin *dial-up* denilen bağlantı şeklinde ve tamamen bilindik telefon sinyaline dayalı bir sistem olarak hayata geçtiğidir. Telefon şirketleri başından beri internet altyapısında önemli yer tutmuştur.

işle başlar. Bu düşünceyi, bir bilgisayar dilinde komut komut tanımlayacak kadar detaylı şekilde geliştirmesi gerekir.⁹⁷⁵

Yazılımın üç özelliği üzerinde durularak davranışla ilişkisi daha iyi anlaşılır.

Yazılım otomasyona tabidir. Programcı tarafından bir kez çalıştırıldıktan sonra, kendi kendine işler. İnsan müdahalesi gerektirmeksizin çalışabilme durumu, yazılım yoluyla pek çok problemin çözümünün ucuzlamasını sağlamıştır. Fiziki tasarımın da benzer özelliği söz konusudur. Fiziki yapılar bir kez oluşturulduktan sonra, insan müdahalesi olmadan işlevini yerine getirir. Buna karşılık, piyasalar ve sosyal normlar ise, insan etkileşimi üzerine inşa edilmişlerdir.

Yazılım doğrudandır; derhal sonuç doğurur ve davranışı baştan belirler. Hukuk ve sosyal normlar gibi, yaptırım yoluyla davranışa etki etmeye çalışmaz. DRM sisteminde şifre, erişimi derhal engeller. Şifre çalıştığı sürece, kullanıcının hak ihlalinde bulunması düşünülemez. Oysa fiziki dünyada yaptırım tehdidi, kuralı ihlal etmeye engel değildir.⁹⁷⁶ Yazılım kendini dayatır. Otomasyona dayandığı için, yazılı hukukun erişemeyeceği boyutta detaylı düzenleme yeteneği vardır. Yazılı hukukun kurduğu denge, kuralların her an her yerde uygulanmasının mümkün olmadığı ve özellikle kişilerin özel alanında kalan pek çok hususun, hukuk tarafından görmezden gelinmesinin daha uygun olacağı gerçeğini dikkate alır. Hukukun çok mikro alanlara nüfuz etmesi, kişi mahremiyeti gibi, kimi daha öncelikli sosyal normları zedeleyebilir.⁹⁷⁷ Yazılımın “doğrudan doğrualık”ı, hukukun asla amaçlamadığı ölçüde birey davranışını sınırlayabilir. Yazılımın her alana nüfuz etmesi sonucu, sosyal norm ve değerlerin, yazılı hukuku tamamlayıcı fonksiyonu ortadan kalkabilir. Buna örnek bir olay şöyle açıklanabilir: Aile, köy, işyeri gibi küçük ve kapalı topluluklarda bireyler arası ve nispeten kısa süreli ödünç para verme işlerinde faiz ödenmemesi çoğu yerde, sosyal bir norm gibi algılanır. Tanıdık bir kimseden faiz talep etmek, pek doğru görülmez. Şimdi, tüm para transferlerinin ve ödemelerin internet

⁹⁷⁵ James Grimmelman, *Regulation by Software*, The Yale Law Journal, 2005, Vol.114, s.1728

⁹⁷⁶ *ibid.* s. 1730

⁹⁷⁷ *ibid.* s. 1739

bankacılığı üzerinden on-line bir sistemle yönetildiğini ve bu işi yürüten yazılımın, değişik transfer işlemleri için farklı seçenekler sunan, ileri bir hesap yönetim programı olduğunu varsayalım. Sistemin, ödünç kaydı düşülerek gönderilen parayı belirtilen zamanda aynı hesaptan faiziyle birlikte geri almak üzere programlanması, akla yakın bir seçenektir. Yazılımın devreye girdiği düzenleme modeli, ödünç veren ve alan arasındaki sosyal bağları dikkate almaksızın, kendi baştan kurulu düzenini dayatarak faiz işletebilir. Böylelikle sosyal normlar *by-pass* edilmiş olur. Sisteme “faizsiz” ödünç seçeneği eklemek, tasarımcı konumundaki bankanın inisiyatifindedir ve hesap sahiplerinin de bu yönde bir talebi bulunmayabilir. Burada öncelikle, sosyal normun yarattığı “baskı” ortadan kalkmaktadır. Açıkça faiz talep etmekle, otomatik şekilde faiz işleten bir sisteme itiraz etmemek, eşit derecede sosyal kınama veya yadırgamaya sebep olan davranışlar değildir. Otomatik sistemde ödünç veren, faiz kazancı elde etmiş olmaktan dolayı, çok daha az sosyal baskı veya utanma hisseder.

*Yazılım şekillendirilebilir*⁹⁷⁸. Yazılım, fiziki mimarinin sahip olmadığı bir esneklik ve şekillendirilebilme yeteneğine sahiptir. Bu, yazılımın fiziki çevreden ayrıldığı en önemli noktadır. Fiziki dünyadaki mimari, “doğa” kurallarına tabi iken, yazılım neredeyse saf düşüncenin yansımasıdır. Yukarıda bahsedilen yazılımın her hangi bir formattan bağımsızlığı da, burada açıklanan özelliğin farklı bir yönüdür.⁹⁷⁹ Fiziki tasarım asla, yazılımın keskinlik ve detaylandırılabilme özellikleriyle boy ölçüşemez. Bu özellikler, bir tasarım olmasına rağmen, yazılımın dinamik boyutunu ortaya koyar.

Yazılım kural temellidir. Hukuki düzenleme bakımından, normu uygulama durumundaki birime takdir ve yorum imkânı bırakmaksızın, belirli koşullara belirli sonuçlar bağlayan normlar, “kural” olarak nitelendirilir. Buna karşılık “standart”, “kriter” veya “ilke” şeklinde ifade edilen normlar, uygulayıcısına çok daha geniş takdir ve buna bağlı olarak, adaptasyon imkânı sağlar.⁹⁸⁰ Kural şeklinde ifade edilen normlar, süjeler

⁹⁷⁸ *plasticity*

⁹⁷⁹ Nihai soru, öngördüğümüz problemin çözümünün, evet/hayır sorularına indirgenip indirgenemeyeceğidir.

⁹⁸⁰ Medeni hukuktaki ‘makul kişi’, ‘hakkaniyet’ gibi kavramlar hiçbir vakaya gönderme yapmayan saf ilke niteliğinde hükümlerdir.

arasında hukuki kesinlik ve güvenlik sağlarken; kriterler ve ilkeler kötüye kullanıma açık oldukları gibi, hukuk güvenliği bakımından da zayıftırlar.⁹⁸¹ Ancak “kural” şeklindeki normun sağladığı güvenliğin de, normu koyan makamın keyfî istisnaları ile zedelenebileceği unutulmamalıdır. Bireyin, davranış seçenekleri arasında tercih yaparken, dikkate alacağı faktörlerden birincisi ve belki en önemlisi, hukuki sonuçlardır. Bireyler, şüpheli veya yoruma açık durumları, kendi lehlerine değerlendirme eğilimindedirler. Bu nedenle, “kriter” veya “ilke” şeklinde ifade edilen normlar, kişisel yorumlarla bozulan dengelerin tesisi için fazladan yargılama, kontrol, işlem vs. gerektirecektir. Bu iki farklı düzenleme seçeneğinin davranışa etkisi, şu şekilde ortaya çıkar: 90 *desibelin* üstünde ses yasaklandığında, kişiler bakımından uyulması gereken davranış açıktır. Uyuşmazlık durumunda, kimin haklı olduğunu belirlemek kolaydır ve norm açıkça gürültü istemeyenlerin yanındadır. Oysa norm, “makûl sınırları” aşan gürültüyü yasaklasaydı, gürültü sevmeyenler ve yüksek sesli müzik tutkunları, ya bir uzlaşma noktasında anlaşmak zorunda kalacak, ya da makul olan üzerinde uzlaşmaz bir ayrılığa düşerek çatışmayı derinleştireceklerdi.⁹⁸² Diğer yandan, kural şeklinde ifade edilen hükümler, sosyal kabullerin oluşmasında tarafsız değildirler. 90 *desibel* örneğine dönülürse, bu kuralın seçilmesi halinde, zamanla, sessizlik norm haline gelecektir. Halbuki, makûl sınırları aşan gürültü kriterinin geçerli olduğu bir çevrede, neyin kabul edilebilir olduğu sık sık tartışma konusu olacağından, kesin bir sosyal kabul oluşması daha uzun süreye yayılacak ve sonuç önceden kestirilemeyecektir.⁹⁸³

Yukarıda açıklanan otomasyon ve “doğrudan doğruyalık” özellikleri sebebiyle yazılım, kriter/ilkelerden daha çok, “kural” şeklinde ifade edilen normları uygulamaya elverişlidir. Yazılım, tüm problemleri evet/hayır sorularına indirgeyerek çözümler. Bu bakımdan kural temelli bir yaklaşıma yatkınlığı, açıktır. Fakat, sınırlı sayıda koşulların tüm sonuçları önceden belirlediği kural temelli düzenlemeler, duruma özgü değerlendirmelere

⁹⁸¹ Russell B. Korobkin, *Behavioral Analysis And Legal Form: Rules vs. Standards Revisited*, Or. L. Rev., Spring 2000, Vol. 79, No.1, s.26 ; <http://www.law.uoregon.edu/org/olr/archives/79/79olr23.pdf>

⁹⁸² *ibid.* s.52

⁹⁸³ Kriter şeklinde ifade edilmiş normlar uygulama bakımından daha sorunlu ve masraflıdır.

yer bırakmaz.⁹⁸⁴ Bu yönüyle kural temelli sistemler, yazılımın çalışma prensibine paralel şekilde, ikilik (*binary*) bir mantığı yansıtır. Durum, ya kurala uygundur, ya da ihlal vardır.⁹⁸⁵ Kural temelli sistemlerin bu eksikliği, ayrık durumların ayrıca düzenlenmesiyle giderilerek esneklik kazandırılabilir. Yazılımın kriterlerden çok, kurallara dayalı yapısı, kural temelli modellerin tercih edildiği alanlarda, yazılımı uygun bir çözüm haline getirir. Örneğin karayollarında hız limitlerinin, polis memuru gerekmesizin robot sistemlere uygulanması ve ihlal halindeki araçlara plakadan otomatik ceza kesilmesi mümkündür. Oysa aynı sistemin, tehlikeli araç kullananları belirlemesini beklemek bugün için gerçekçi değildir.⁹⁸⁶ Uygulamada tutarlılık bakımından kural temelli modeller açık bir avantaja sahiptir. Kuralların yazılım içinde formüle edilerek uygulanması, insan faktörüne bağlı değerlendirme hatalarını ortadan kaldırır. Yazılım, insan aklının kaldıramayacağı yoğunlukta ve karmaşıklıkta kural dizgelerini işleyip uygulayabilir.⁹⁸⁷

Yazılım saydam değildir. Hukuk, “yazılı” ve “yayımlanmış” olduğu için herkesin erişimine açıktır. Oysa yazılımın uzmanlarca bile tam olarak anlaşılması mümkün olmayabilir. Hukuk, herkesçe bütünüyle anlaşılmasa da, yargı mekânizmasındaki muhakemenin açıklığı, hukuk sistemini şeffaf kılar. Hukukun üstünlüğü ile anlatılmak istenen pek çok kez, bu öngörülebilirliktir. Fiziki tasarım da, tabiat kanunları çerçevesinde belirli bir öngörülebilirlik sunar. Buna karşılık yazılım o denli bir karmaşık kurallar silsilesi uygulayabilir ki, kuralın sonucu öngörülebilir olmaktan çıkar. Yazılım belirli koşullarda, belirli sonuçlar doğurmak üzere tasarlanmıştır ve sonucu elde etmek için değerlendirdiği verileri kullanıcıya açıklamaz. Diğer bir deyişle, yazılımın ortaya koyduğu kural ve tercihler, her zaman ilk bakışta anlaşılabilir. İnternet üzerinde sunulan video hizmetlerinin çoğunda gösterici/oyuncu program, izlenen filmin kaydedilmesine izin vermez. Kimi kullanıcılar bunu teknik bir gereklilik sanır ve bir tasarım tercihi olduğunun

⁹⁸⁴ Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. Isaac Ehrlich ve Richard Posner, *An Economic Analysis of Legal Rulemaking*, J. Legal Stud., 1974, Vol.3, s.278 ; Kathleen M. Sullivan, *The Justice of Rules and Standards*, Harv. L. Rev., 1992, Vol.106, s.22

⁹⁸⁵ Burk, *Legal and Technical Standards in Digital Rights Management Technology*, s.20 ; Ayrıca M. Dworkin, *The Model of Rules*, U. CHI L. REV., 1967, Vol.35, s.25

⁹⁸⁶ Elbette bir programcı, tehlikeli araç kullanma sayılan çoğu durumu önceden tanımlamaya girişerek, bir algoritma oluşturmayı deneyebilir.

⁹⁸⁷ Grimmelmann, s. 1734

farkında değildir. Karmaşık bir sistemde, herhangi bir tercihin nerede, kim tarafından uygulamaya konduğu anlaşılamayabilir. O sebeple yazılım yoluyla düzenlemede sorumluluğun tespiti zordur. Bunun da ötesinde programcı açıklama getirmeye çalışsa bile yazılımın, belirli bir sonucu nasıl ortaya çıkardığı, yine de tam olarak anlaşılamayabilir.⁹⁸⁸

Yazılım beklenmedik sorunlar çıkarır. Yazılım, dışarıdan müdahaleyle “hack” edilmeye, değiştirilmeye veya etkisiz hale getirilmeye yatkındır ve güvenlik problemleri arz eder. “Hacker” diye tanımlanan bazı programcılar, sürekli olarak güvenlik önlemlerine ve diğer koruyucu mekânizmalara karşı yazılım geliştirmek üzere çalışmaktadırlar. Buna en basit örnek, şifreyle çalışan bir sisteme girmek için, sözlükteki kelimeleri tek tek deneyen bir program yazmaktır. Yazılımın doğrudan uygulanması ve otomasyon özelliği, herhangi bir işaret veya uyarı olmaksızın çökmesine de sebep olabilir. Yukarıda anılan diğer düzenleme araçları, uygulamaya konmadan önce uzun bir denetim sürecinden geçer. Oysa yazılım bir kez çalıştırılır ve sorun çıkmazsa sistem başarılı addedilir. Yazılımın daha da önemli bir eksikliği, gizlice değiştirilmesi veya müdahaleye maruz kalması durumunda, bunun kolaylıkla fark edilememesidir. Diğer düzenleme araçları, bu tip durumları tespit edecek içsel mekânizmalar içerirler. Hukuk sistemindeki gerekçeli kararlar, ortaya çıkan sonucun mantıksal doğruluğunun ve genel ilkelere uygunluğunun kontrol edilebilmesini sağlar. Yazılım, hukuk gibi, kendisini daha sonra ortaya çıkan bilgiye adapte edemez. Ya da, herhangi bir bilgi ancak tasarımcı tarafından tanımlanmışsa, programın işleyişinde bir etkiye sahip olabilir. Hukuk, bir sistem olarak, ortaya çıkan her türlü veri ve bilginin kendisiyle olan ilişkisini belirleyebilir. Oysa yazılım, bunlara muktedir değildir. Yazılımın yeni bir veriyle ilişkisi, ancak önceden program içinde tanımlanmış kategoriler çerçevesinde mümkündür.

Düzenleyici yazılım, tasarımın doğrudanlığı ile, piyasa ve hukuk gibi insan müdahalesiyle işleyen sistemlerin dinamizmini bünyesinde birleştirir. Fizikî yapılar statiktir. Oysa yazılım tasarım olmasına rağmen, yeniden düzenlenebilir/şekillendirilebilir oluşuyla, yazılı kurallar gibi dinamik bir niteliğe sahiptir. Fiziki dünyada kullanılan kapı ve

⁹⁸⁸ *ibid.* s.1737

kilit sistemlerinin, tasarım yoluyla düzenlemeye örnek oluşturduğu vurgulanmıştı. Bu düzenleyici tasarımın hukuki dayanağı olarak, konut dokunulmazlığı, mülkiyet ve özel hayatın gizliliğine ilişkin normlar sayılabilir. Somut olarak üniversite kampüsünü ele alacak olursak, buna kurumun iç yönetmelikleri de dâhil edilebilir. Ancak kabul edilecektir ki, bir kimsenin evine veya odasına izinsiz girilebilen haller ve buna yetkili kişiler de bulunmaktadır. Diğer deyişle, normatif düzenleme yoluyla sisteme esneklik sağlanmıştır. Şimdi, kampüsteki tüm oda kapılarının değiştiğini ve yerine parmak izi tanımaya dayalı bir sistemin getirildiğini varsayalım. Bu durumda anahtara ihtiyaç olmadığı açıktır. Tasarımın “doğrudanlığı” ile normatif düzenlemenin esnekliği birleşmektedir. Her bir oda için, giriş izni olan herkes sisteme baştan tanımlanarak, izinsiz giriş yetkisi veren normlar doğrudan tasarımın içine yerleştirilmiş olur. Bu sistem, o derece esnek ve detaylı düzenlenebilir ki, örneğin temizlik görevlilerinin giriş izni, belirli saatlerle sınırlanabilir.

Görülmektedir ki, tasarımcının kontrolündeki unsurlar, tasarımcıya “sistem içinde” ve “sistemle ilgili” davranışlara etki etme imkânı verir.⁹⁸⁹ Bir başka deyişle, bu tercih ve standartlar, kısmen hukuki düzenlemelerin yerini alır.

5.2.2.2. Kuralların Yazılım Mimarisine Aktarılması

Giriş bölümünde açıklandığı gibi “ağ toplumu”nda, hukuk ve teknoloji arasındaki ilişki yeni bir boyuta taşınmaktadır. Bilginin ekonomik üretim içindeki artan önemi, onun kontrolüne yarayan teknolojilerin de düzenleme altına alınmasını gerektirmektedir.

Yazılımla beraber, teknolojik araçların davranışa etki, ve belirli sosyal ilişki biçimlerini teşvik etme veya engelleme noktasındaki potansiyelleri, daha da anlaşılır hale gelmiştir.

Karar ve değerlerin yazılım mimarisine veya başka deyişle, bilgi işlem sistemlerine yerleştirilmesinde dört husus gözetilmek durumundadır.

⁹⁸⁹ Bkz. Lessig, “Code And Other Laws Of Cyberspace” ; Reidenberg, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology*

i) Bilgi işlem sistemleri yazılım kodunda ve içeriğinde, kimi tercih ve yargılara yer verir ve bunları yansıtır. Sistem belli hedef ve amaçlar doğrultusunda programlanmıştır.

ii) Yazılımın tasarımında dikkate alınan bu tercih ve yargılar belirli etik(ahlaki) değerlere gönderme yapar ve buna ek olarak, DRM sistemlerinde olduğu gibi, ayrıca hukuki dayanağı da bulunabilir.

iii)Sistemin kapsadığı kural ve değerler dışardan gözlenemez. Yazılımın soyut niteliği, sistemin amaçlarının ve kapsadığı temel değerlerin, yazılı bir hukuk metninde olduğu gibi hemen fark edilmesini engeller. Yazılımın kaynak kodu incelenmeksizin bunun anlaşılması mümkün değildir.

iv) Sistemin kapsadığı bu kural ve değerler, zaman içinde daha kompleks hale gelme eğilimindedir.

Hangi tür yazılım olursa olsun, programlama faaliyeti pek çok karar ve tercih içerir. Bunların bir kısmı teknik olabileceği gibi, bir kısmı da belirli anlayış ve politikaların yansımasıdır. Tasarımsal bu tercihler, tıpkı alternatif bir norm gibi işlev görür.⁹⁹⁰ Örnek vermek gerekirse, internet üzerinden kredi kartıyla ödeme sistemleri, geçerlilik tarihi, çalıntı olup olmama, limit gibi ilkesel kararlara ihtiyaç duyar.⁹⁹¹

Sistemin kapsadığı tercihler ve amaçlar, belirli bir değer yargısına gönderme yapar. Kişisel bilgileri korumak üzere tasarlanmış sistem, özel hayatın gizliliğine saygıyı bir değer olarak kabul eder ve bir tercihte bulunur. Bilgi-işlem sistemlerinde, yazılım nesne olmanın yanı sıra, kuralları uygulayarak davranış sergileyen bir süjeye dönüşür. Yazılım bir kurallar dizisi olduğuna göre, tasarımcı bazı etik tercihlerin sorumlusudur. Bu hususla ilgili bir düzenleme *Software Engineering Code of Ethics and Professional Practice*⁹⁹², adı

⁹⁹⁰ *ibid.*

⁹⁹¹ Bunun en ileri örneği *Microsoft*'un sattığı "*Transaction Server*"dır. İşlem sunucusu diye adlandırılabilir bu sistem, ticari işlem kurallarını gözetmek üzere tasarlanmış ve temelde, programların farklı unsurları hangi şartlarda kullanabileceklerinin tanımlanmasına imkân veren özel bir sunucudur.

Bkz. <http://www.microsoft.com/technet/archive/transrv/mtxpg03.msp?mfr=true>

⁹⁹²SECODE 1999 Bkz. <http://www.ccsr.cse.dmu.ac.uk/resources/professionalism/codes/secode.html>

altında ortaya çıkmıştır. Burada, kamu yararını gözetme, en üst profesyonellik düzeyinde tasarım gibi ilkeler yer alır. Ancak, konunun meslek etiği boyutunda düzenlenemeyeceği çok açıktır.

Tasarımın şekillendirdiği amaçların kolayca anlaşılması mümkün olmayabilir. C, C++, Java, Visual Basic ve mevcut diğer programlama dillerinden birinde hazırlanan yazılımın *kaynak kodu*, yazılım uzmanlarınca okunabilen komut satırlarından oluşur. Bu kaynak kod, yine aynı programlama diline ait derleyici (*compiler*) bir program olmaksızın bilgisayar tarafından işletilemez. *Compiler* program, ilgili olduğu programlama diline ait komutları bilgisayarın anlayabileceği “0” ve “1”lerden oluşan *nesne koduna* dönüştürür. Bilgisayarla doğrudan iletişim kurulabilen tek yol, bu nesne kodu formatıdır.⁹⁹³ Programlama diline hakim kişiler, kaynak koduna baktıkları zaman büyük ölçüde programın amacını ve işlevini anlayabilir; buna bağlı olarak kaynak kodunda değişiklik veya ekleme yapabilirler. “0” ve “1”lerden oluşan nesne kodunun ise, insan tarafından anlaşılması neredeyse olanaksız olup; bunun kaynak koduna dönüştürülmesi zahmetli bir “tersine mühendislik”⁹⁹⁴ işlemi gerektirir. Ancak kaynak kodu incelense bile, yazılımın tüm mimarisinin ve amaçsal özelliklerinin tamamen anlaşılması mümkün olmayabilir.

⁹⁹³ Bilgisayar programları FSEK 1/b(g) Maddesinde tanımlanmış; 2/1’de ise ilim ve edebiyat eseri olarak korunduğu belirtilmiştir. Diğer tüm eser türlerinde olduğu gibi, bilgisayar programları için de eser sahibinin haklarına ilişkin koruma sadece programın ifade edildiği kaynak kodundaki üslûba ilişkindir. Esere ve olayımızda olduğu gibi programa temel teşkil eden fikir ve düşünceler veya programın işlevi koruma altında değildir. Genel olarak telif koruması esere dayanak oluşturan fikirleri kapsamaz. Ancak yazılımların diğer eserlerden farklı olarak belirli bir fonksiyon yürütmeleri, bir başka deyişle bir iş görmek üzere oluşturulmaları nedeniyle bu husus FSEK m.2/ek fıkıradaki ayrıca teyit edilmiştir. Sonuç olarak, bilgisayar programlarına yönelik fikrî hukuk korumasını belirlerken, eserlerin kaynak kodlarındaki benzerlik esas alınır. Kuşkusuz, ekranda kullanıcının gördüğü ara yüzlerdeki benzerlik de bir resim, grafik olması itibarıyla fikrî hukukça korunmaktadır

⁹⁹⁴ *Reverse engineering* Bkz. Bölüm 3.5.2.4

5.2.2.3. Düzenleyici Yazılımın DRM Dışındaki Uygulamaları

5.2.2.3.1. “on-line” piyasalar

Yazılımla düzenlenen piyasalarda, alıcı ve satıcı işlemlerine bir program aracılık eder.⁹⁹⁵ Aktörlerin piyasa ile ilişkileri, bu programın arayüzünde gerçekleşir. Yazılım, alıcı ve satıcıyı buluşturur ve satım işlemi yönlendirir. *Amazon zShop*, *eBay* bu tip sistemlere örnektir. Menkul kıymet borsası NASDAQ, tamamen bilgisayarlı ortamda faaliyet göstermektedir. Bu girişimlerin, DRM sistemlerine göre çok daha başarılı olduğu açıktır. Tüm bu sistemlerde yazılım, belirli hukuk kuralları çerçevesinde işlemlere aracılık eder. Yazılımın verdiği bir kararla, alıcı ve satıcı sözleşmenin tarafı haline gelirler. Yazılım aynı zamanda, söz konusu sözleşmenin koşullarını da kendisi belirlemekte veya en fazla, taraflara bir kaç seçenek sunmaktadır.

Bu hizmetleri sunan şirketlerin ticari başarısının altında yatan nedenlerden en önemlisi, düzenleyici yazılımın bu piyasaların kuruluşunda ve işletilmesinde sergilediği etkinliktir. Alım-satım veya benzeri işlemler söz konusu olduğunda, kurallar kriterlere göre çok daha avantajlıdır. Çünkü işleme iştirak eden taraflar, tabi oldukları şartları kesin olarak bilmek isterler. Menkul kıymet borsaları gibi, ürünün standardize ve işlem hacminin büyük olduğu piyasalarda yazılımın otomasyon özelliği, işlem maliyetlerini radikal ölçüde düşürür.

Yazılım, işleme aracılık eden taraf olarak, kesinliği ve otomasyon özelliği sayesinde, fiziki ortamdaki alım-satımın yarattığı kimi sıkıntıları da giderebilir. Özellikle *eBay* gibi birbirini tanımayan tarafları buluşturan sistemler, tarafların hile yapma imkânını azalttığından tüketicilere cazip gelmiştir. Hatta bu tip hizmetlerin internet üzerinde sunduğu açıklama ve bilgiler, tüketicinin fiziki dünyadaki işlemlerinde karşılaşılabileceğinin çok

⁹⁹⁵ DRM sistemleri de, bir açıdan fikir ve sanat eserlerinin alıcısıyla bulunduğu on-line piyasalardır. Ancak bir DRM sistemi bundan fazlası olup, aynı zamanda piyasadaki işlem konusu hizmetin teslimi ve kullanımını da düzenler ve gerçekleştirir.

ötesindedir. Ancak sistemin kendisinin satıcı veya alıcı olarak işleme taraf bulunduğu durumlarda, fiyat farklılaştırması ve benzeri gizli stratejiler uygulanabilmektedir.⁹⁹⁶

5.2.2.3.2. “On-line” uyuşmazlık çözümü

Otomasyona dayalı *on-line* sistemlerin, kimi hukuki uyuşmazlıkların çözümü için uygun zemin oluşturduğu görülmektedir.

Burada uyuşmazlıkları çözerken sistemden beklenen, sanal ortamdaki faaliyet bakımından güvenilirlik yaratmasıdır. Normların *on-line* uygulamasına yönelik yazılımların, her geçen gün geliştiği ve giderek daha karmaşık durumlara çözüm sunabildiği görülmektedir. Ancak her durumda, *güven* ve *etkinlik* arasında bir denge kurulması gerekecektir. Aşırı güvenli sistemler, etkin işleyişten taviz vermek zorundadır. Geçtiğimiz on yıl, bu konuda değişik denemelerin ortaya çıktığı bir dönem olmuştur.

On-line uyuşmazlık çözümü açısından internet, başlangıçta sadece bir iletişim ağı fonksiyonu görmüştür. Oysa internetin buradaki gerçek işlevinin anlaşılması için, hukukla ilgili kimi tespitlere geri dönmek yararlı olabilir. Hukuk, çoğu zaman güç kullanımıyla değil; kişinin onayını sağlayan bir bilgi değişimi yoluyla uygulamaya konur. Kişiler çoğu zaman, hukuki durumlarıyla ilgili olarak edindikleri bilgiye uygun şekilde davranışlarını düzenlerler. İnternet söz konusu olduğunda dikkat çekici olan, bu bilgi aktarımının, bilgi-işlem ve iletişim süreçleriyle iç içe geçmesidir.

İnternet üzerinde alan adlarını düzenleyen kuruluş olan ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*) tarafından uygulamaya konan *on-line* çözüm mekânizması, tescil edilmiş bir alan adının, üçüncü kişi bakımından, marka veya isim hakkı ihlali teşkil ettiği durumlarda devreye girmektedir. UDRP⁹⁹⁷ denilen sistem, taraflar yüz yüze gelmeksizin ve hatta telefona dahi başvurulmaksızın işleyecek şekilde

⁹⁹⁶ Grimmelmann, s.1739 ; Ayrıca bkz. Cohen, Julie E., *Copyright and the Perfect Curve*, Vanderbilt Law Review, November 2000, Vol. 53, <http://ssrn.com/abstract=240590>

⁹⁹⁷ Uniform Dispute Resolution Policy. Detaylı bilgi için bkz. Savaş Bozbel, “İnternet Alan Adlarının Korunmasında ICANN Tahkim Tüzüğü”, Ankara, Seçkin Yay., 2006. Türkiye’deki uygulama için s.40-55

düzenlenmiştir. “Panelist”⁹⁹⁸ adı verilen UDRP hakemlerinin yetkisi, herhangi bir alan adı alınırken tescili yapan kurumla kullanıcı arasında internet üzerinde akdedilen sözleşmeden kaynaklanır. Karar mahkeme önünde bağlayıcı olmasa da, ICANN tarafından uygulanması ve alan adının el değiştirmesi, etkin bir yaptırım oluşturur.

UDRP sisteminde, kararlar internette yayımlanır ve herkesçe ulaşılabilir. Bu durumda ise, söz konusu kararların incelenmesinde ve yorumunda farklı bir süreç ortaya çıkmaktadır. Bu süreç, fiziki düzlemde olduğu gibi merkezi bir yapı tarafından derlenmiş bir içtihat külliyatı oluşumuna engeldir. Kararların doğrudan internette yayımlanması, yeknesak bir uygulamaya duyulan ihtiyacı artırmakta; ama bunu, bir o kadar da zorlaştırmaktadır.

Ağ üzerinde uzaktan uyuşmazlık çözümünün gelecekte nasıl bir seyir izleyeceğini, bugünden söylemek kolay değildir. Ancak internet ortamında hizmet veren pek çok şirket, hukuki uyuşmazlıkların çözümünde *on line* sistemlere ilgi duymakta ve gelişimlerine katkı sağlamaktadır. Tahkimle veya daha geniş anlamda mahkeme dışı yollarla uyuşmazlık çözümü bakımından, hukuk sistemlerinin kamusal ve diğer mülahazalarla belirli sınırlar çizdikleri bilinir. Ancak yine de zaman içinde, hukuki kuralları büyük ölçüde otonom veya diğer deyişle, insan müdahalesi gerektirmeyen şekilde uygulayan sistemlerin yaygınlaşacağı söylenebilir.

Kural koyan makamın dayandığı yetkinin kaynağını tam olarak anlayamasalar da bireylerin, kurallara uyma yönündeki genel eğilimi, açıklanması güç bir fenomendir.⁹⁹⁹ Özellikle bireyin yazılımla ilişkisine bakıldığında, gerek tasarım özellikleri, gerekse veri işleme kapasitesi yoluyla, yazılımın davranışa etki ettiği görülür. İnternet üzerindeki sosyal ve ticari etkinliklerin düzenlenmesinde, tasarımcıların ve girişimcilerin klasik devlet mekânizmasına göre daha belirleyici olduğunu görmemek mümkün değildir.

⁹⁹⁸ Tahkim yargılamasında alışıldığı üzere “hakem” teriminin kullanılmamasının sebebi, kararlarının bağlayıcı olmamasıdır.

⁹⁹⁹ Ethan Katsh, *Online Dispute Resolution: Some Implications for the Emergence of Law in Cyberspace*, Lex Electronica, Winter 2006, Vol.10, No: 3, s.11 <http://www.lex-electronica.org/articles/v10-3/katsh.htm>

5.2.2.4. Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Kurallarının Yazılım Yoluyla Uygulanması :DRM

DRM sistemleriyle beraber yazılımın, birey davranışını düzenlemek üzere, hukuku yürütme fonksiyonu üstlenmesine tanık olmaktadır. İnternetin hayatın her alanını kapsamak üzere sürekli genişlemesi, yazılımın davranış düzenleyici potansiyelini artırmaktadır. Bu yeni düzenleme modalitesi, hukuki sürecin otomasyona geçişi bakımından, insanlık tarihinde bir ilktir. Bu değişimin yarattığı en önemli sonuç, yazılım ve iletişim sistemlerini üreten kurumların ve şirketlerin, birey davranışını doğrudan etkileme ve hukuku kendi başına uygulama gücünü haiz araçlara sahip olmalarıdır. İnternetin teknik yapılandırması aslında bir sosyal politika konusudur. Bu teknik kararlar, birey davranışı üzerinde doğrudan etkili olduğundan, belirli noktalarda hukukun yerine geçmektedirler.¹⁰⁰⁰

Buna karşılık, hukukun sadece sosyal ilişkileri düzenlediğini ve bu alanla sınırlı kalması gerektiğini savunanlar,¹⁰⁰¹ Ağ (*network*) standartlarının hukuki düzenleme dışında tutularak, sektörün kendi kendisini kontrol etmesinden yanadır. Oysa yazılımın yukarıda açıklanan özellik ve fonksiyonları, ayrı bir düzenleme sahası olarak ele alınmasını gerektirir.

Düzenleyici yazılım olgusu, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda, teknolojik önlemleri koruyucu normlarla desteklenmiş şekilde, hayata geçirilmiştir. Eser koruması amaçlı düzenleyici yazılım DRM, siberetik açıdan ele alındığında, toplumsal yapının şekillendirilmesinde iki önemli etkiye sahiptir. Bunlardan ilki, kuralların işleyişini otomasyona bağlayarak, normatif düzenlemeyi daha etkin bir boyuta taşınması; ikinci olaraksa, toplumun bilgiyle olan ilişkisini, tamamen kontrol ve denetime dayalı hale getirmesidir. Düzenleyici yazılım ve DRM olgusu, bu iki temel tespit ışığında ele alınmıştır.

¹⁰⁰⁰ Lessig, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, s.509

¹⁰⁰¹ Joseph H. Sommer, *Against Cyberlaw*, Berkeley Technology Law Journal, 2000, Vol. 15 http://btlj.boalt.org/data/articles/15-3_fall-2000sommer.pdf ; Vesting, s. 647'den naklen

DRM (Dijital Hak Yönetimi) sisteminden beklenen, dijital ortamda esere erişimi ve erişim sonrası içeriğin kullanımını, kontrol etmesidir. “Erişimi kısıtlama” ve “erişim sonrasında kontrol”, dijital hak yönetiminin düzenleyici boyutunu oluşturur.

Klasik fikir ve sanat eserleri hukukunda, belirli ölçüyü aşmayan veya ticari boyuta ulaşmayan, kişisel kullanım gibi, bazı ihlallerin göz ardı edilmesi, sistemin bir gereğidir. Analog ortamda eser sahipleri, en azından fiziki dünyadan kaynaklanan kısıtlamalar sebebiyle, haklarının ihlal edilip edilmediğini, sürekli olarak kontrol edemezler. Örneğin, kitap satın alan herkesin kaydını tutup, daha sonra bu kişilere zamansız baskın yapılarak kitabı izinsiz çoğaltıp çoğaltmadıklarını kontrol etmek hem ekonomik, hem de fiziki bakımdan mümkün değildir. Bir başka deyişle, eserlerin dağıtımını düzenleyen kurallar, belirli bazı ekonomik ve fiziki koşullarla sınırlanmıştır. Oysa dijital ortamda birinci hedef, içeriğin denetim altına alınmasıdır. Böylelikle eser sahibi hakkı, yayma ve çoğaltma gibi kavramların ötesinde, eserin kullanımıyla ilgili hale gelmektedir.

Buna göre, dijital ortamda söz konusu materyali istenen kullanıma uygun şekilde aktaracak bir yazılıma ihtiyaç vardır. Eldeki materyalin kullanıcı tarafından hangi şartlar altında ne şekilde kullanılacağını belirleyen bir program, materyalin herkesçe okunmasına müsaade ederken, yazdırma işlemi için ücret talep etmek gibi fonksiyonlarla donatılabilir.

Düzenleyici yazılım, bilgiye erişimi sınırlayıp belirli koşullara tabi kılabileceği gibi, bütünüyle özgür de bırakabilir.¹⁰⁰² Bu noktada, iki çeşit maddi kural ihtiyacı ortaya çıkar¹⁰⁰³. a) Düzenleyici yazılımın tasarımında uyulması zorunlu prensipler ve b) farklı yaklaşımları mümkün kılan açık ve tarafsız bir teknolojik koruma rejimi.

Buna göre teknolojik standartlar, genel anlamıyla ifade özgürlüğü ve kendini geliştirme gibi haklar demetine saygılı bir anlayışla belirlenmelidir. Teknoloji üreticilerine belli kurallar empoze ederken; kullanıcılara da belirli durumlarda teknolojik korumayı

¹⁰⁰² Örneğin pek çok *web* sitesi erişim için kimi kişisel bilgilerin teminini şart koşmaktadır. Kamuya açık bir materyale erişim için bu tür formaliteler getirilmesi de bir erişim sınırlaması olarak görülebilir.

¹⁰⁰³ Lessig, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, s.565

etkisizleştirme imkânı vermek, dengeli bir teknolojik koruma rejimi oluşturulması için şarttır.

Bu bağlamda, yeni bir hukuki düzenleme biçimi doğduğu söylenebilir. Bu yöntemin özellikleri, yazılı kurallara değil, tasarım standartlarına dayanması, yetki alanının fiziki dünya değil, iletişim ağı olması ve kuralı uygulayacak bir makama ihtiyaç olmaksızın, kendi kendisini dikte etmesidir.

Açıklanan yeni hukuki düzenleme biçiminin en önemli özelliği¹⁰⁰⁴, bilinen hukuki kural oluşturma, usullerinin dışında kalmasıdır. Burada kural oluşturma ve onu yürütme fonksiyonu, Ağ mimarisini tasarlayanlarca üstlenilmiştir. Kuşkusuz devlet organları denetim ve düzenleme yapmaktadır ancak, kuralı oluşturan makam farklıdır. Ağ yapısını belirleyen, onun amacını ve çalışma prensiplerini ortaya koyan yazılımdır.

5.3 DRM SİSTEMLERİNİN TEMEL ÖZELLİKLERİ VE İŞLEYİŞİ

5.3.1. Giriş ve Fonksiyonel Tanım

Yukarıda, kavramsal ve uygulamadaki özellikleri bakımından yazılımın düzenleyici fonksiyonu üzerinde duruldu. Bu kısımda ise, düzenleyici yazılımın en belirleyici örneği olan DRM sistemlerinin işleyişi incelenecektir.¹⁰⁰⁵

DRM, dijital formattaki içeriğin tanımlanması, sahipliği ve bu içeriğe ilişkin hakların uygulanmasını ilgilendiren süreç ve teknolojilerin genel adıdır. DRM, mevcut fikir ve sanat eserleri hukuku, bilgi politikaları ve iş modelleri çerçevesinde, bilgi-işlem teknolojileri kullanılarak inşa edilmiş sistemleri ifade eder.¹⁰⁰⁶ Fonksiyonel açıdan bakıldığında DRM kavramı veya Türkçe terimle “Dijital Hak Yönetimi”, iki ayrı işlevi

¹⁰⁰⁴ *ibid.*

¹⁰⁰⁵ Bu konuda şu ana kadar Türk Hukuku’ndaki en kapsamlı çalışma için bkz. Leyla Keser Berber ve diğerleri, “Sayısal Haklar Yönetimi - (DRM)”, Kültür ve Turizm Bakanlığı, 2006, http://www.bilgitoplumu.gov.tr/2005EP/Rapor/Eylem20_DRM_Rapor.pdf

¹⁰⁰⁶ Roberto García ve Rosa Gil, *An OWL Copyright Ontology for Semantic Digital Rights Management*, R. Meersman, Z. Tari, P. Herrero et al. (Ed.): OTM Workshops 2006, LNCS 4278, s. 1745 – 1754, Berlin 2006. <http://rhizomik.net/content/roberto/papers/rgrg-swws06.pdf>

açıklar. Bunlardan birincisi, eser üzerindeki hakların ve hak sahiplerinin dijital ortamda tanımlanması ve belirlenmesi; diğeri ise eser üzerindeki hakka dayanarak kullanım ve erişimin denetlenmesidir.¹⁰⁰⁷ Daha özel bir sınıflandırmada birinci fonksiyon, “**Dijital Hakların, Yönetimi**” (*Management of Digital Rights*) terimiyle ifade edilirken diğeri, yine (*Digital Management of Rights*) “**Hakların, Dijital Yönetimi**” şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁰⁰⁸

Bilgi-işlem teknolojilerinin sunduğu işleme ve kopyalama kolaylığı, eser korumasına dayalı sektörleri, teknolojik önlemleri koruyucu hukuki düzenlemelerin yanı sıra; Ağ üzerinde erişimi ve kullanımı sınırlayan, gözleyen ve kaydeden yazılım mimarileri arayışına itmiştir.

1990’lı yıllarda ortaya çıkan DRM ilk kez, *Xerox’s Palo Alto Research Center* çalışanı *Mark Stefik* tarafından daha anlaşılır şekilde, (*usage rights management*) “kullanım hakları yönetimi” ifadesiyle tanımlanmıştır. *Stefik*, PC’nin izinsiz içeriği tespit edememesinin, bir zorunluluk olmadığını görmüş ve bu durumu değiştirerek, internet üzerinde dijital içerik pazarlanmasına çözüm getirmeyi amaçlamıştır.¹⁰⁰⁹

Yukarıda, ABD telif hakkı düzenlemesi DMCA ve 2001/29 sayılı AB Telif Hakları Direktifi’ne ilişkin açıklamalarda, “erişim kontrolü” ve “kopyalama kontrolüne” yarayan teknolojik sistemler arasındaki ayrıma değinilmişti. Hatırlanacağı üzere, erişim kontrolüne yarayan sistemler, genellikle kullanıcıya ait bir şifre (*password/pin*) esasına göre tasarlanmıştır. Buna karşılık “kopyalama” kontrolü, kullanıcının erişim sağladığı içeriği, dijital formatta çoğaltmasını veya kaydetmesini engelleyecek teknik mekânizmaları ifade eder.

¹⁰⁰⁷ Cunard, Hill ve Barlas; *Current Developments In The Field Of Digital Rights Management*, WIPO Standing Committee On Copyright And Related Rights, Tenth Session Geneva, November 3 to 5, 2003, s.4, http://www.wipo.int/documents/en/meetings/2003/sccr/pdf/sccr_10_2.pdf

¹⁰⁰⁸ *ibid.* s.13-22

¹⁰⁰⁹ A. Gehring, *Trusted Computing for Digital Rights Management*, INDICARE, 2006, Monitor 2, No. 12, http://www.indicare.org/tikiread_article.php?articleId=179, Ayrıca bkz. Stefik, M., (Ed.) “1996 Internet Dreams: Archetypes, Myths, And Metaphors”, 3rd Printing 2001, Cambridge, MA, The MIT Press.

Yazılım(kod) ve hukuk, insan davranışını farklı yönlerden düzenler. Hukuk, istenmeyen davranışı ortaya çıktıktan sonra belli sonuçlara tabi tutarken; kod, davranışa daha doğrudan müdahale amacını taşır. Bu tasnif pratikte, farklı faaliyetleri düzenlerken, seçilecek hukuk tekniği açısından önemli olabilir. Bir başka dikkate değer nokta, yazılımın gözetlemek suretiyle davranışı düzenlemesidir. Sistem, kuralların fiziki düzlemde uygulanışında olduğu gibi telif hakkını ihlal eden davranışı tespit etmekle kalmaz; bireyleri sürekli gözetlemek yoluyla, kendilerine oto-sansür uygulamalarını da sağlar. Fikir ve sanat eserleri hukukunda öngörülen yaptırımlara ek olarak DRM, ikinci düzey bir koruma sağlar ve yazılı kurala aykırı davranışı imkânsız veya çok pahalı hale getirir.

Normları uygulamaya yönelik yazılımlar, gerek teknoloji gerekse düzenleme tekniğinin imkânlarını kullanarak çözümlenmesi güç bazı sorunlar yaratmaktadır. Bu tip sistemlerin bir saydamlık sorunu doğurduğu açıktır. DRM, eser koruması bünyesindeki yetkilere dayanarak, bilgiye erişimi kısıtlamaya ve böylelikle, hukuka uygun sonucu sağlamaya çalışır.

Ağ üzerinde yazılım desteğiyle ticari işlemler gerçekleştirme üzerine kurulu e-ticaretin bir ayağını oluşturan DRM sistemleri, yapımcı-yayıncı endüstrilerin, dijital içeriğin kullanımını yazılımla kontrol etmesini sağlar. Gerek teknolojik önlemleri koruyucu hukuki düzenlemeler, gerekse bu teknolojik önlemlerin uygulaması olan DRM sistemleri, henüz belirli bir homojenliğe ulaşmış değildir. Dahası ve belki de en önemlisi, hukuki fonksiyona sahip bu sistemlerin kontrolü ve belirli prensiplere bağlı kılınması gereği de tam olarak anlaşılamamıştır. Oysa böylelikle, teknolojik önlemleri koruyucu düzenlemelerle, eser sahibi lehine bozulan dengenin, daha da kötüleşmesi engellenebilir.

İlk DRM sistemleri müzik endüstrisinde kullanılmıştır. Ancak, *Sony* şirketinin uygulamaya çalıştığı DRM korumalı müzik CD'leri fazla başarı sağlayamamıştır. Çünkü ses CD'leriyle ilgili teknik şartlar, kaydın yeterince güvenli şekilde şifrelenmesine imkân vermemektedir.¹⁰¹⁰ Ses CD'lerinin formatında değişiklik girişimi ise, pek çok cepheden

¹⁰¹⁰Wikipedia, *Compact Disc* http://en.wikipedia.org/wiki/Compact_Disc , Bölüm 8 [Copy protection](#) ;

tepkıyla karşılaşmıştır. Öncelikle yeni tip CD'ler, eski CD çalar cihazlarınca kullanılamayacağından, tüketici kesimleri tepki göstermiştir. Bunun yanı sıra, mevcut *Kompakt* Disk spesifikasyonunun lisans sahibi, uyumlu olmayan disklerin CD logosunu kullanmasına karşı çıkmıştır. Video formatına yönelik DRM teknolojileri daha sonra ortaya çıkmış olsalar da, şimdilik daha başarılı oldukları söylenebilir. Özellikle DVD koruması, bugün kırılması kolaylaşmış olsa da, pek çok şifreleme içermektedir. Kopyalama kontrolüne yarayan araçlar bakımından üzerinde durulan nokta, sistem kırılrsa bile elde edilen kopyanın, sonraki kopyalamalara imkân vermediği bir tasarım oluşturmaktır.

5.3.2. DRM Sistemlerinin İşleyişi

Anlaşılacağı gibi DRM sistemleri, fonksiyonlarını yerine getirebilmek için, teknoloji ve yazılım temelli değişik araç ve bileşenler kullanır.¹⁰¹¹ Bu çalışma içinde “DRM sistemleri” veya “DRM yazılımı” adı altında ifade edilen olgu, asla tek bir yazılım veya donanım anlamına gelmez. Genel bir çerçevede DRM sistemleri, aşağıdaki yazılım teknolojilerinden ve bileşenlerinden yararlanır.¹⁰¹²

- Kimlik belirleme/tanımlama ve doğrulama (*Identification*) sistemleri
- *Meta-data* sistemi
- Hakların yazılım yoluyla formülasyonuna yarayan programlama dili (*Rights Language*) teknolojisi
- Şifreleme (*Encryption*) teknolojisi
- Özel hayatın gizliliğine ilişkin (*Privacy*) sistemler
- Ödeme (*payment*) sistemler

¹⁰¹¹ DRM konusunda belli başlı yazılımlar için bkz. <http://wesearchitforyou.com/Drm-Software/>

¹⁰¹² Cunard, Hill ve Barlas, s.14

5.3.2.1. “Dijital Hakların, Yönetimi” (*Management of Digital Rights*)

5.3.2.1.1. *Kimlik belirleme, tanımlama ve doğrulama (identification) sistemleri*

Esere erişimi kontrole dayalı sistemlerin altyapısı, fikrî ürünlerin ayrıştırılmasına ve içeriğin ilgili taraflarla ilişkilendirilmesine imkân verecek standartların tespitini gerektirir. Burada önemli olan, internet üzerinde belirli bir alanla sınırlı olmadan, genel bir “tanımlama”yı mümkün kılan, ara-işlerliği haiz standartların geliştirilmesidir.

İnternet tabanlı tüm iş modelleri belirli noktalarda, sağlıklı kimlik belirleme ve tanımlama sistemlerine ihtiyaç duyar. Geniş bir iletişim zinciriyle işleyen mal tedarik modelleri için, özgülümlenmiş bir tanıma sistemi zorunluluktur. Bütünlüğe sahip genel bir sistemin bulunmaması halinde, her yazılım kendi sınırlı alanı içinde işleyecektir. Bu ise, sistemi beklenen etkinlikten uzaklaştırır.

ISBN¹⁰¹³ sistemi, her bir eseri özgülümlenmiş numaralarla benzersiz şekilde tanımlayarak, kitapların kimliklendirilmesine yarar. Ancak fikir ve sanat eserleri için internet temelli ticari bir sistem, ürünlerin belirlenmesinin ötesine geçen, çok daha kompleks bir tanımlama ve kimliklendirme altyapısı gerektirir. Bu alanda müzik endüstrisi öncü rol üstlenmiştir.

Müzik endüstrisi tarafından tasarlanan çeşitli kimlikleme sistemleri bulunmaktadır. Bunlardan ISWC¹⁰¹⁴, her hangi bir icra (performans) ve kayıttan bağımsız olarak, soyut anlamda müzik eserlerinin tanımlanmasına yarar. *Brahms*'ın Macar Rapsodisinin CD veya plak(fonogram) şeklinde pek çok kaydı bulunmasına ve bunların ürün olarak kimlik numaraları taşımalarına rağmen, soyut eserin de farklı bir kimlik numarasıyla tanımlanması gerekir. ISCW müzik alanında dijital hak yönetimi için hayati rol oynar.¹⁰¹⁵ Buna karşılık ISRC¹⁰¹⁶ numarası, bir müzik kaydını belirlemeye yarar. Macar Rapsodisi bir eser olarak tek bir ISCW numarasına sahipken, Berlin Filarmoni, CSO Senfoni gibi farklı orkestra

¹⁰¹³ International Standard Book Number, ISO 2108

¹⁰¹⁴ International Standard Musical Work Code, ISO 15707

¹⁰¹⁵ Cunard, Hill ve Barlas, s.16

¹⁰¹⁶ International Standard Recording Code, ISO 3901

kayıtları ayrı birer ISRC numarası taşıyacaktır. ISMN¹⁰¹⁷ numarası ise, ISBN ile uyumlu şekilde basılı müzik eserlerinin belirlenmesinde kullanılır.

EAN/UPC¹⁰¹⁸ global olarak fiili standart haline gelmiş Avrupa kökenli, CD, kaset, plak gibi fiziki formattaki müzik ürünlerini belirlemeye yarayan sistemdir. GRID¹⁰¹⁹, EAN sisteminin elektronik formattaki müzik için karşılığıdır ve eserleri elektronik ortamda belirlemeye yarar. IPN¹⁰²⁰ ise besteci, söz yazarı gibi hak sahiplerinin belirlenmesi ve eser sahibi birliklerince eser sahibi haklarının yönetimi için kullanılır. Benzer şekilde icracıların belirlenmesine yarayan ve icracı sanatçı birliklerinin kullandığı, IPDN¹⁰²¹ numarası söz konusudur.

Müzik endüstrisi içinde ortaya çıkan bu değişik kimliklendirme sistemleri, eser korumasını düzenleyen bir *hak yönetimi sisteminin*, ele alması gereken problemin karmaşıklığını gözler önüne sermektedir.¹⁰²² Kimliklendirme araçları, kendi başına bir değer ifade etmez; iki bilgi kümesini birbirine bağlamak veya ilişkilendirmek bakımından işlev görür.

Yukarıda sayılan bu kimliklendirme sistemleri, ağ üzerinde elektronik formatta kullanıma uygun değildir. Bu ihtiyacı gören yayım endüstrisi, 1998 yılında DOI sistemini uygulamaya sokmuştur.¹⁰²³ Dijital metinleri, Ağ ortamında farklı uygulamalara imkân verecek şekilde belirlemeye yarayan bu sistemin özelliği, kullanıldığı alana bağlı olarak değişik fonksiyonlara uyarlanabilmesidir. Bu sistem, internet altyapısıyla entegre olduğunda, *web* adreslerindeki URL'ye benzer şekilde, internet üzerinde metinlerin tespitini sağlayacak ve buna göre, "URN:ISBN:0850212944" gibi komutlar, doğrudan internet üzerinde çalıştırılabilir(*executable*) hale gelecektir. Bir belge, internet üzerindeki

¹⁰¹⁷ International Standard Music Code, ISO 10957

¹⁰¹⁸ European Article Number/Universal Product Code

¹⁰¹⁹ Global Release Identifier

¹⁰²⁰ Interested Party Number

¹⁰²¹ International Performers Database Number

¹⁰²² Cunard, Hill ve Barlas, s.18

¹⁰²³ bkz. <http://www.doi.org/>

URL lokasyonu değişse bile, URN yoluyla tespit edilebilecektir. DOI, dijital formattaki her tür dosya için kullanılabilir.

Tanımlayıcı sistemlerle ilgili teknik zorluklardan daha fazlası, bu sistemlerin kullanımı ve yönetiminde ortaya çıkmaktadır. Ticari ve sosyal aktörlerin, sistemi kötüye kullanmaları veya saptırmaları her zaman mümkündür. Buna bir örnek, kitap tedarik zincirinde pazarlanan oyunculara da ISBN numarası verilmesidir. Bu tip sapmaların çoğalması, sistemin bütünlüğünü bozacak ve istenen fonksiyonu yerine getirememesine yol açacaktır. Sistemin yönetimi ve buna bağlı sapmalar, özellikle sisteme katılımın ciddi yatırım gerektirdiği hallerde, ticari aktörlerin tercihinde önemli olabilir. Bununla birlikte katılımcıların, sistemin izleyeceği gelişim üzerinde söz sahibi olmak istemeleri de mümkündür.¹⁰²⁴

5.3.2.1.2. “Meta-data” sistemleri

Dijital hakların yönetiminde “meta-data” veya “meta-veri”, bir başka önemli kavram olarak belirir. Meta-data geniş bir olgu olmakla beraber, burada herhangi bir içeriği tanımlayan “bilgi” veya “bilgi kategorisi” anlamında kullanılmıştır. Yukarıda da açıklandığı üzere bilginin temeli, veriyi belirli bir kategoriyle ilişkilendirmeye dayanır. Tüm akıllı sistemler, kavramsal gruplamalar yoluyla veriyi düzenler ve bilgi haline getirir. Bu, diğer bir deyişle, varlık ve kavramlar arası ilişkilerin sembolik şekilde ifade edilmesidir.¹⁰²⁵ Yukarıda anlatılan kimlik belirleme sistemleri meta-data üzerinden çalışır. Meta-data standartları, kimliklendirme sistemleri kadar gelişmemiştir. Meta-data, objenin içsel durumunu değil; konumunu ve çevreyle olan ilişkisini tanımlayan bilgilerdir. Örneğin ISBN numarası, kitabın basıldığı tarih, yazar, eser adı gibi bilgileri taşır. Bu ISBN sisteminin meta-data içeriğini oluşturur. Eserin içeriğine ilişkin değildir.

¹⁰²⁴ Cunard, Hill ve Barlas, s.18

¹⁰²⁵ Bir bilginin, meta-data olarak tanımlanması her zaman görece bir durumdur. Kütüphane üzerinden bir örnek verilirse, kartotek sistemindeki kitabı kategorize eden bilgiler, kütüphanedeki içerik bakımından bir meta-datadır. Ancak aynı bilgi, edebi türlerin sınıflandırılması incelendiğinde, kendisi içeriğin bir haline gelebilir.

Kimliklendirme ve meta-data arasındaki yakın bağ, standart belirlenmesinde açıkça ortaya çıkar. Standart belirleyici kuruluş ISO¹⁰²⁶, asgari bir meta-data içermeyen kimliklendirme standartlarına yer vermeyeceğini belirtmiştir.¹⁰²⁷ Buna göre, mevcut ISBN standardı 2005 yılında revize edilerek, ISO 2108:2005 adı altında bazı yenilikler getirilmiş ve meta-data içeriği genişletilmiştir. Asgari bir meta-data kullanımının amacı, benzer ancak farklı iki grup veya kavramın karışıklığa meydan vermeyecek şekilde sınıflanabilmesidir. Gittikçe artan sayıda standart bulunması ve bunların dijital ortama entegrasyonu sorunu, bu yaklaşımı gerekli hale getirmiştir. Ancak internet üzerindeki hizmetlerin gelişmesi ve buna bağlı olarak artan sayıda değişik meta-data sistemlerinin ortaya çıkması, ara-işlerlik¹⁰²⁸ problemi doğurmaktadır.

5.3.2.1.3. Hakların yazılım yoluyla formülasyonuna yarayan programlama dili (Rights Language)

Her DRM sistemi, eserin izin verilen kullanım biçimini makine tarafından anlaşılabilir kılacak bir dile ihtiyaç duyar. Böylelikle “*dosya kaydedilebilir; ancak 10 kereden fazla çalınamaz.*” şeklinde insan dilinde ifade bulan bir norm, bilgisayarın anlayabileceği programlama diline çevrilir.¹⁰²⁹

Fikir ve sanat eserleri hukuku koruması altındaki eserin kullanım biçiminin, eser sahibi tarafından sınırlanabileceği düşüncesi, hak tanımlamaya yarayan programlama dillerinin çıkış noktasıdır. Esere DRM üzerinden erişim sağlayanlar dışında üçüncü kişilerce kopyalanmasını önlemek¹⁰³⁰, eserin sadece belirli kez kullanılabilmesi veya eser üzerinde değişiklik yapılamaması, bunlara örnek olarak gösterilebilir. Hak tanımlama dilleri, bu kuralları ve tercihleri bilgisayarın anlayabileceği “0/1” formatında veriye dönüştürür.

¹⁰²⁶ International Organization for Standardization. Yukarıda açıklanan tüm kimliklendirme sistemleri için yetkili kuruluştur. <http://www.iso.org>

¹⁰²⁷ Cunard, Hill ve Barlas, s.19

¹⁰²⁸ *interoperability*

¹⁰²⁹ Cunard, Hill ve Barlas, s.21

¹⁰³⁰ iPod cihazlarındaki mp3 dosyalarının başka bilgisayara kaydedilememesi buna örnektir.

Dosyaların çeşitli kategorilere göre farklı kurallar dâhilinde bilgisayarlar arasında kullanımını düzenleyen, “ileri düzey bir programlama dili”¹⁰³¹ olan XML, pek çok DRM sisteminin yazılımını oluşturan önemli bir araçtır. XML tabanlı, *eXtensible Rights Mark – up Language* (XrML) dilinin tasarımcısı *ContentGuard* Şirketi, global düzeyde tek bir DRM sistemini hakim kılmayı amaçlamaktadır.

XML, klasik *web* içeriğinin yazıldığı HTML dilinden farklı olarak, oluşturulan içeriğin kullanımının sınırlanabildiği yeni bir programlama dilidir. Bu dil, eldeki materyalin dijital ortamda yayımlanırken; yazdırılıp yazdırılmayacağı, kopyalanabilmesi veya hangi “url” adresinden görülebileceği gibi lisans hükümlerinin otomatik işleyişini sağlayacak, bir yazılım tekniğidir. Sistem bunun da ötesine giderek, bir kullanıcının söz konusu materyali belirli kurallar dâhilinde internette dolaşıma çıkarmasını düzenleyebilir. Bir başka deyişle sistem, içeriğin zincirleme şekilde takip ve kontrolüne imkân vermektedir.

Yine XML¹⁰³² tabanlı bir başka uygulama, OASIS (*Organization for the Advancement of Structured Information Standards*) tarafından geliştirilen XACML¹⁰³³ dilidir. Bu dilin en önemli özelliği, değişik kaynaklardan toplanan karar, şart, atıf gibi önermeleri ifade edebilmesidir. Sistem, XML dokümanını bir şartname gibi algılar ve talep edilen kullanım şekillerine uygun bir karşılık belirler. Buna göre eser sahibinin, XML dokümanı içinde tercih edeceği şartlar çerçevesinde, XACML talebe “ret” veya “kabul” cevabı verir. Koşullar yerine getirilmişse sistem, Ağ üzerinden onay verir. XACML tabanlı DRM sistemleri aşağıda açıklanan *on-line* kontrol prensibine bağlı olarak çalışır.¹⁰³⁴

Japon bilim adamlarınca geliştirilen bir başka sistem olan “*CopyMart*” da, XML temelli programlama dili kullanmaktadır.¹⁰³⁵ Burada eser sahipleri, kendi uygun gördükleri

¹⁰³¹ high level computer language

¹⁰³² XML hakkında detaylı temel bilgi için bkz. <http://www-128.ibm.com/developerworks/xml/newto/#whatxml>

¹⁰³³ eXtensibleAccess Control Markup Language (“XACML”) Bkz.

http://www.oasisopen.org/committees/tc_home.php?wg_abbrev=xacml

¹⁰³⁴ Timothy K Armstrong, *Digital Rights Management and the Process of Fair Use*, Harvard Journal of Law & Technology, Fall 2006, Vol.20, No.1, <http://ssrn.com/abstract=885371>.

¹⁰³⁵ Copyright Management Framework, “CMF”

sınırlamaları işaretleyerek eserlerini sisteme yüklemektedirler. Herhangi bir eseri kullanmak isteyen, talebini *CopyMart* sunucusuna iletmekte ve sunucu belirlenen şartlara uygun kullanım biçimine yetki vermektedir. Eğer söz konusu eserin kullanımı ücrete tabi ise bu durumda sunucu, kullanıcının *on-line* ödeme yapıp yapmadığını da kontrol edebilmektedir. Buna göre DRM sistemindeki içerik, hangi bilgisayara yüklenirse yüklensin, sistem gereği, materyalin kullanımı sınırlı olacaktır. Örneğin, materyal ancak belirli şifrelerin girilmesi halinde açılacak şekilde veya sadece belirli bir kısmının kopyalanmasına izin vermek üzere programlanabilmektedir.

XML veya başkaca hak tanımlamasına yarayan programlama dilleri, kavramları karışıklığa meydan vermeyecek şekilde ifade eden semantik bir yapıya ihtiyaç duyar.¹⁰³⁶ Çünkü insan dili, bilgisayarla iletişim söz konusu olduğunda son derece müphem ve kaygan bir araçtır. Kısaca, programlama dili sembollerle, hukuk ise uygulamaya koyduğu normların nitel içerikleriyle kodlanmış bulunan iki ayrı dil kullanır.¹⁰³⁷ Hak tanımlamasına yarayan programlama dili, mikro-işlemcili bir araca, belirli şekilde hareket etmesi için verilen komutlardır. Böylelikle programa, içeriğin izin verilen kullanımları kodlanır.

XML veya başkaca programlama dilinin, tek bir DRM sisteminde değil; farklı sistemlerde kullanılabilir olması önemlidir. DRM sistemlerinin global ölçekte etkin işleyişi, söz konusu dilin mümkün olduğu ölçüde farklı sistemlerle uyumlu çalışmasını gerektirir.

DRM içinde hak tanımlamasına yarayan programlama dillerinin başarısı, kullanılan fikir ve sanat eserleri hukuku “ontolojisi”nin, veya diğer deyişle “kavram dağarcığı”nın, alanı tanımlama yeteneğine bağlıdır. “Ontoloji”¹⁰³⁸, belirli bir alanı tamamen

¹⁰³⁶ Bkz. Roberto García ve Rosa Gil, *An OWL Copyright Ontology for Semantic Digital Rights Management*, R. Meersman, Z. Tari, P. Herrero et al. (Ed.), OTM Workshops 2006, LNCS 4278, Berlin Heidelberg, Springer-Verlag, 2006, s.1745 ; Ayrıca semantik *web* denilen ve interneti kavramsal bir yapıda tekrar düzenlemeyi hedefleyen web 3.0 projesi için bkz.

<http://www.nytimes.com/2006/11/12/business/12web.html>.

¹⁰³⁷ Cahit Can, *Hukuk ve Matematik*, HFSA, Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar –II Sempozyumu, Bildiriler 3, s. 5

¹⁰³⁸ Varlıklar kaçınılmaz olarak belirli özellikleriyle tanınır ve sınıflandırılır. Bu sınıflandırmaya ontoloji denilir. Ancak bu “metafizik”ten farklıdır. Çünkü bu anlamda ontoloji varlığın özü veya algılananla “gerçek” arasındaki fark gibi konularla ilgilenmez; daha doğrusu, ilgilenmek zorunda değildir.

kapsayan kavramsal ve kurumsal soyutlamalar ve bunların karşılıklı ilişkileri şeklinde açıklanabilir. Hukuki ontoloji, kurallarda yer aldığı veya uygulandığı şekliyle, hukuki kavram ve ifadelerin sınıflandırılmasıdır. Bu “kavram ve ifadeler” *kural, şart, ilke, emredici hüküm, karine, karar, zamanaşımı, özel hüküm*, vb. hukuku ifade etmek ve uygulamak için kullanılan kavramsal araçlardır.

Böyle bir ontoloji çalışması, yargı kararlarından ve hukuki metinlerden yola çıkılarak gerçekleştirilecektir. Kullanıcının, eserle ilişkisinde ortaya çıkacak durumlara ilişkin karar seçenekleri oluşturmaya yeterli ve kullanıcı profilleri tanımlayabilecek bir veri-tabanı, aşağıda gösterilen yapıya benzeyecek; fakat çok daha kapsamlı olacaktır. Görüleceği üzere söz konusu kavram ve terimler, hukukta problem çözmek için kullanılan ifadelerle büyük benzerlik göstermektedir. Aşağıda görülen kavramlarla uygulanacak problem çözme mantığı neticesinde, esere ilişkin belirli kullanım biçimlerini işletecek bir yazılım algoritması oluşturulur. Ancak bu algoritmanın, hukuki terimleri, kullanıcının anlayabileceği seçeneklere indirgeyebilmesi de gerekir.

Programın belirli bir ölçüde, ulusal hukukun tercihlerini yansıtması da beklenecektir. Bunun için merkezi bir sunucu, veri-tabanını ve makine dilindeki hak tanımlamalarını diğer lokal sunucularla paylaşır. Bu *desantralize* sunucuların, spesifik bir ağa veya belli bir ulusal hukuk sistemine özgülmesi düşünülebilir. Örneğin bir üniversite ağı içinde hak tanımlamaları, karşılıklı paylaşımına açık ve tüm üyelerin kopyalama yapmasına imkân verecek şekilde düzenlenebilir. Buna karşılık, lokal sunucu ticari bir

Ontoloji “var olmak” kavramının, dilsel ve düşünsel izdüşümlerini inceler. İlişkilendirme bütün bilişsel aktivitenin temelidir. Bu anlamda ontoloji, ilişkilerin indeksi olarak tanımlanabilir. Modern bilgi teorisine ve makinaların öğrenmesi üzerine felsefi ve bilimsel çalışmalara bakıldığında, tüm “bilme” fenomeninin ilişkilendirme/kategorizasyonla bir şekilde bağlantılı olduğu farkedilir. Bu tespit, bir diğer yönüyle verinin, ancak bir amaca yönelmiş sistem tarafından algılanıp, bu amaca yaklaşmak üzere belirlenen davranışın yerine getirilmesi sürecinde kullanılmadıkça, bilgi olarak nitelendirilemeyeceği yönündeki düşüncenin teyididir.

Varlık diyebileceğimiz her şey için ortak bir özellik, insan duyularıyla algılanabilir olmasıdır. Kuşkusuz buna düşünceler de dâhildir. Hukuk da kendi bünyesindeki olguları pek çok kategorizasyona tabi tutar onları ekonomik, sosyal ve hatta duygusal özellikleri bakımından sınıflayabilir. Bunu yaparken hukuk, nihai amacına uygun fonksiyonları haiz kurallar oluşturabilmek için ontolojileri kullanır. Taşınır, taşınmaz mal, fikrî mülkiyet gibi kavramlar, bu kategorizasyonları yansıtır. Haklar da belli bir ontoloji içinde gruplanmıştır. David R. Koepsell, “The Ontology of Cyberspace”, Open Court Publishing Co., 2000, s. 31

platforma özgülenmişse, bu durumda belirli kullanımlar için ödeme şartı aranacaktır.¹⁰³⁹ Programın işleyebilmesi için gerekli *ontolojinin* temel kategorileri ve kavramlarına örnek olarak aşağıda verilen tablo,¹⁰⁴⁰ ilk planda karmaşık bir yığın gibi görünse de, basit bir incelemede, bu kavram ve terimlerin aslında problem çözümünde kullanılan temel yapıtaşları olduğu fark edilecektir.

<u>Taraflar</u>	<u>Eser</u>	<u>Yetki ve eylem</u>	<u>Koşul</u>	<u>Karar</u>
lisans veren, hak sahibi, eser sahibi, yapımcı, dağıtıcı, meslek kuruluşu, lisans hakkı sahibi, kişisel kullanıcı, eğitimci, gazeteci,	kamuya mal olmuş, kişisel veri, fikir, ifade (expression), telif korumalı, kitap, müzik, fonogram video, yazılım, creative commons lisansı,	mali haklar, iletim, kopyalama, yayma, alıntı, kiralama, manevi haklar, geri çağırma, adın belirtilmesi	ödeme, miktar, süre, format, kalite, çözünürlük, lokasyon,	istisna kapsamı, “üç aşama testi”, hukuka uygun alıntı, ihlal, erişim engelli,

¹⁰³⁹ Melanie Dulong de Rosnay, *Cognitive Interfaces for Legal Expressions Description – Application to Copyrighted Works Online Sharing and Transactions*, D. Bourcier (ed.), Legal Knowledge and Information Systems. Jurix 2003: The Sixteenth Annual Conference. Amsterdam: IOS Press, 2003, s.127; Ayrıca bkz. Roberto García ; Giovanni Tummarello, *Semantic Digital Rights Management for Controlled P2P RDF Metadata Diffusion*, GRIHO – Human-Computer Interaction Research Group
Universitat de Lleida, Spain, http://www.l3s.de/~olmedilla/events/2006/SWPW06/programme/paper_04.pdf

¹⁰⁴⁰ DRM sistemine ilişkin basit bir işleyiş şeması de Rosnay, ‘*Cognitive Interfaces for Legal Expressions Description – Application to Copyrighted Works Online Sharing and Transactions*’s.129’ dan alınmış, ancak kimi eklemeler yapılmıştır. (1-talep, 2- doğrulama ve yer belirleme, 3-talebe cevap, 4-erişim koşullarının kontrolü, 5-geri haberleşme, 6-içeriğin uygun lisansla gönderilmesi, 7-teslim raporu.)

	işleme, çeviri, müşterek eser, veri tabanı, derleme eser,			
--	---	--	--	--

Fikrî hukuk ontolojisi son derece kendine özgü, fizikî dünyanın kurallarından bağımsız bir yapı ortaya koyar.¹⁰⁴¹ Alacak ve borç ilişkisi şeklinde tanımlanan hukuki kurumlar, örneğin, ödünç olarak verilmiş paranın geri ödeneceği kuralı, sosyal ve fiziki dünyadaki ontolojiyle uyumludur. Herhangi bir yazılı kural olmaksızın, taraf iradelerinden yola çıkarak varılan, *a priori* bir sonuç olarak görülmesi mümkündür. Ancak aynı şeyi, fikrî hak grubu için söylemek mümkün değildir. Bu hak grubu *fiktiftir* ve tamamen hukuki *postülasyona* dayanır.¹⁰⁴² Örneğin eser koruması için öngörülen fikir/ifade ayrımı, somut şekilde algılanması mümkün olmayan bir farklılıktır ve fikrî hukuka yabancı kimselere çoğu zaman anlaşılabilir. Benzer şekilde, fiziki varlıklar için öngörülen hak veya mülkiyet konusu olabilme, fikrî ürün söz konusu olduğunda tutarlı bir düşünsel boyuta oturmaz. “*Bir müzik eseri neden yapılmıştır?*” diye bir soru sorulduğunda, verilebilecek cevapların çeşitliliği¹⁰⁴³ ve birbiriyle olası ilgisizliği, fikrî ürünlerin ontolojik farklılığını ortaya koyar. Bu anlamda fikir ve sanat eserleri hukukuna ilişkin ontoloji, kendine özgü bir düşünsel yapıya sahiptir.

¹⁰⁴¹ *ibid.* s.33

¹⁰⁴² Bkz. *Folsom v. Marsh* 1941 CCD Mass. (No: 4901) *ibid.* s. 43'den naklen

¹⁰⁴³ akorlar, melodi, bestecinin duyguları, farklı tonda ses dalgaları, enerji... liste uzayıp gider.

5.3.2.2. “Hakların, Dijital Yönetimi” (*Digital Management, of Rights*)

5.3.2.2.1. Genel olarak

Bu başlık altında hakların, izinsiz erişime ve kopyalanmaya karşı korunması, bir başka deyişle, tanımlanan ve kimliklendirilen hakların “icrası” ifade edilmektedir. İçeriğe erişimin engellenmesi söz konusu olduğunda ilk akla gelen, şifreleme(*encryption*) teknolojisidir.¹⁰⁴⁴ Askeri amaçlı gizlilik için geliştirilen veri şifreleme teknolojilerinin internet üzerinde kullanımı, bankacılık ve diğer ticari faaliyetlerin yaygınlaşmasıyla gündeme gelmiştir.

DRM sistemlerinin sağlıklı işleyebilmesi için kullanılacak şifreleme teknolojisinin, kimi özellikleri haiz olması gerekir. Şifreleme sistemi öncelikle yeterli güvenlik içermeli, ancak ihtiyacın ötesine geçerek kullanıcıya rahatsızlık yaratmamalı veya gereksiz külfet getirmemelidir. Sistemin açıkları tespit edildikçe, güncelleme çabuk ve kesintisiz gerçekleşebilmelidir.

Açıklandığı üzere DRM sistemlerinde şifreleme teknolojisi, içeriğe izinsiz erişimi veya eser sahibinin izin vermediği kullanım biçimlerini engellemek için kullanılır. Bu sebeple şifrenin çözülerek dosyanın açılmasını sağlayan anahtarların (*pin*) yönetimi önemlidir. DRM teknolojisindeki şifreleme de, dijital imzadakine benzer şekilde “özel” ve “kamu” olmak üzere, ikili anahtar sistemine dayanır.¹⁰⁴⁵ Anahtarla içerik, ayrı kanallardan kullanıcıya ulaştırılır. Bu anlamda ikili anahtar sistemi, alıcıya özgülenmiş bir anahtar yaratarak, anahtarın üçüncü kişilerin eline geçmesini önler. İkili anahtar sistemi, modüler aritmetik esasına dayanır. Böylelikle, söz konusu materyali kilitlemeye yarayan iki ayrı anahtar oluşur. Bu sistemin DRM açısından avantajı, içeriğin belirli bir bilgisayar veya kullanıcıya özgülenebilmesidir.¹⁰⁴⁶ Ancak ikili anahtar sistemi, oldukça yüksek bilgi-işlem

¹⁰⁴⁴ Şifreleme olgusu ve teknolojilerle ilgili detaylı çalışma için bkz. Gürol Canbek ve Şeref Sağıroğlu, “Causus Yazılımlar ve Korunma Yöntemleri”, Ankara, 2006, s.17-52

¹⁰⁴⁵ Leyla Keser Berber, “İnternet Üzerinden Yapılan İşlemlerde Elektronik Para ve Dijital İmza” Ankara, Yetkin Yay, 2002

¹⁰⁴⁶ Cunard, Hill ve Barlas, s.24

kapasitesine ihtiyaç duyar ve işlem süresini uzatabilir. Bu nedenle kimi DRM sistemleri, sıradan bir “pin” yaratır ve bunu ikili anahtar sistemiyle güvence altına alır. Bunun sonucunda tüm içerik değil, sadece “pin” ikili anahtar sistemiyle şifrelenmiş olur. İçeriği şifreleme ve deşifre etmeye yarayan sıradan anahtar, kullanıcının açık anahtarıyla şifrelenir ve kullanıcıya gönderilir. Kullanıcı, kendi gizli anahtarıyla, içeriğe erişmesini sağlayan sıradan şifreye ulaşır. Sıradan şifre, sürekli değişen ve belirli bir seansa(süreyle) bağlı olarak hazırlanan bir “pin”dir. Böylelikle aynı “pin”in başkalarınca veya birden fazla kullanımı önlenir.

Eser sahibi haklarının Ağ üzerinde icrası için DRM sistemlerinin, içerikle içeriği tanımlayan bilgiyi doğru şekilde eşleştirecek kapasiteye sahip olması gerekir.¹⁰⁴⁷ Yukarıda açıklanan meta-data, otomatik şekilde sistemin içeriği tanımasını sağlar. Fiziki dünyada meta-data ve içeriğin ilişkilendirilmesi, CD’lerin üstündeki çubuklu kod veya kitaplardaki ISBN numarası ile sağlanır. Ağ üzerinde, bunun sürekliliğini sağlayacak bir sistem gereklidir. Sistem, içerik ve ilgili meta-datayı doğru ve kesin şekilde eşleştirmeli ve bu işlem, içeriğin kalitesini düşürmemelidir. Eserin, üzerinde yapılacak müdahaleler sonucu bozulmaması¹⁰⁴⁸ ve analog ortama taşınırken de korunabilmesi ayrıca önemlidir. Meta-datanın sürekli denetlenmesi, tespiti ve işlenmesi belirli bir bilgi-işlem kapasitesi gerektirir. Sistem, gerek yazılım gerekse donanım talepleri bakımından kullanıcının sistemini zorlamamalıdır. İçeriğin yeni ve eski donanım üzerinde çalışabilmesi de, bir başka gerekliliktir.

5.3.2.2.2. Kullanılan teknolojiler

İçerik ve meta-data eşlemesinde kullanılan teknolojilerden biri, dijital *parmak izi* sistemidir. “İçerik temelli kimliklendirme” sistemi olarak da anılan bu teknoloji, içerik dosyasının kimi karakteristik özelliklerini analiz ederek, bir veri-tabanında saklar. Sistem bir dosyayla karşılaştığında, veri-tabanı ile karşılaştırma yapar ve eşleşme olduğunda,

¹⁰⁴⁷ *ibid.* s.27

¹⁰⁴⁸ Bu müdahale, dijital bir fotoğrafı siyah beyaza çevirmek şeklinde masum bir işlem olabileceği gibi, DRM sistemini bertaraf edecek, hukuka aykırı değişiklikler de olabilir.

istenen meta-datayı gönderir.¹⁰⁴⁹ Sistemin çıktısı, meta-datadır. Parmak izi teknolojisi görsel ve işitsel medya formatları için kullanılmaktadır. Sistem, eserlerin hukuka aykırı kullanımının tespitini amaçlar. Radyo istasyonlarının denetlenmesi için, veri-tabanına eser sahipleri birliği arşivindeki tüm eserlerin parmak izi yüklenir ve daha sonra otomatik dinleme yapılarak, radyoda çalınan dosyanın parmak izi, arşivle karşılaştırılır. Böylelikle hangi eserin ne kadar çalındığı, analog seslerin dinlenmesi yoluyla, yazılım tarafından denetlenmiş olur. Aynı şekilde, dosya paylaşım sistemlerindeki eserlerin takibi için de bu teknoloji kullanılabilir.

Watermarking teknolojisi ise içerik koruması için kullanılır. *Watermark*, eserin içine gözle görülemeyecek şekilde yerleştirilmiş bilgidir. Bu yolla yabancı (kopya vs) dosyaların ayıklanması mümkün olabilir ve sistemin onayından geçmemiş dosyalar çalışmaz. *Watermark* elektronik dosya içine yerleştirilmiş bir yazılımdır. Bu yazılımın kapladığı veri hacmine “*payload*” denir ve dosyanın türüne göre değişir. Dosya büyüdükçe “*payload*” artar ve sistemi yavaşlatır. Ayrıca, bu dijital işaretin orijinal dosyadan sökülememesi için güvenlik tedbirleri gerekir. Bir başka önemli eksiklik, sistemin *watermark* taşımayan eski formattaki içeriği denetleyememesidir.

Dijital imza da, meta-data ve içeriğin güvenli şekilde birleştirilmesinde kullanılabilir. Dijital imza, elle atılan imzaya benzer şekilde belirli bir bilginin, kaynağını ve değişikliğe uğramadığını temin etmeye yarar. İçerikle eşlenmiş meta-datanın değişikliğe uğramadığını teyit etmek üzere, öncelikle içerik ve meta-data için bir “*hash*”¹⁰⁵⁰ sayısı yaratılır ve bu sistemin kendi gizli anahtarı ile şifrelenir. Bu şifrelenmiş bilgi, içeriğe eklenir ve nihai dosya; orijinal eser, meta-data ve dijital imzadan oluşan üç unsur barındırır.¹⁰⁵¹

¹⁰⁴⁹ Veri-tabanı genişledikçe bu karşılaştırma işlemi zorlaşacaktır. Bunu önlemek üzere akıllı veri-tabanı stratejileri uygulanır. Bkz. Cunard, Hill ve Barlas, s.28

¹⁰⁵⁰ “Hash” fonksiyonu veya algoritması her dijital dosya için onu eşsiz şekilde tanımlayacak indirgenmiş bir özet bilgi oluşturur.

¹⁰⁵¹ Cunard, Hill ve Barlas, s.33

DRM sistemlerindeki temel bir başka unsur, güvenli ödeme usulleridir. Ödeme yöntemleri bakımından DRM mekânizmaları da, diğer e-ticaret modellerindeki sistemleri kullanırlar. Bunlardan en tipik olanı, SSL protokolü ile şifrelenmiş bir *web* sayfası üzerinden kredi kartıyla ödemedir. Ancak kredi kartına alternatif sistemler de geliştirilmektedir. Alman müzik portalı *Popfile*, DRM sistemiyle yaptığı *on-line* müzik satışlarında, bedeli kullanıcının sabit telefon faturası üzerinden tahsil etmektedir. Buna ek olarak, internet üzerinde sadece kredi kartı ödemelerine aracılık eden ve bir nevi güvenilir üçüncü taraf olarak hizmet veren şirketler de mevcuttur.¹⁰⁵² Cep telefonu faturası üzerinden ödeme yapılan sistemler hızla gelişmektedir.

5.3.3. DRM Sistemlerine Temel Oluşturan Standartlar

5.3.3.1. Genel Olarak Resmi ve Gayri Resmi Standartlar

DRM sistemleri açısından en önemli sorun, global düzeyde işleyişi sağlayacak standartların belirlenmesidir. Standartlar, elektronik ortamda içerik dağıtımının değişik aşamaları için gereklidir. Standartlar, farklı donanım, uygulama ve hizmetler arasındaki uyumu sağlar ve DRM sistemlerinin yaygınlaşmasına altyapı hazırlar.

2001/29 sayılı AB Telif Hakları Direktifi'nin Dibacesinin 54. paragrafında, eserlerin dijital formatta tanınmasına yönelik sistemlerin, uyum ve ara-işlerliğinin önemi belirtilmekte ve bu yönde global sistemler oluşturulmasının gereği vurgulanmaktadır.

Standartlar resmi olabileceği gibi, uygulamadaki konsensüsle veya öncü şirketlerin girişimiyle ortaya çıkmış da olabilir. Resmi standartlar uluslararası düzeyde tanınmış kuruluşlarca belirlenir. Bunlar arasında konuyla ilgili olarak ISO(*International Organization for Standardization*), ITU(*International Telecommunication Union*) sayılabilir. Bu resmi kuruluşlar, bürokratik yapıları sebebiyle yavaşlıkları yüzünden

¹⁰⁵² *PayPal* sistemi

eleştirilmekte ve yetersiz kaldıkları söylenmektedir.¹⁰⁵³ Bunların dışında, IETF (*Internet Engineering Task Force*), W3C (*World Wide Web Consortium*) gibi kuruluşlar da internetle ilgili standartların tespitinde rol üstlenmektedirler.

DRM sistemlerinde içeriğin sunulacağı format, standartlara ihtiyaç duyulan bir başka alandır. Buna ek olarak, yukarıda da açıklandığı gibi, DRM sisteminin, meta-datayı uygun şekilde iletebilmesi gerekir. DRM sistemlerinde özellikle kompleks yapıdaki içerikle beraber kullanılan bir meta-data standardı, MPEG-21¹⁰⁵⁴ DID (Digital Item Declaration) adlı sistemdir. MPEG-21 de yine XML tabanlı olup, görsel ve işitsel eserlerin dijital ortamda dolaşımı için gerekli tanımlamaları sağlar. “Hak ifadesi”ne yarayan bir programlama dili olarak MPEG 21’in veri yapısı, dört ana unsur ve bunların ilişkisi üzerine kurulmuştur. MPEG 21 tarafından makine dilinde ifade dilen bir kullanım izni a) iznin verildiği tarafı, b) iznin içerdiği hakları, c) izinde belirtilen hakkın uygulanacağı kaynağı ve d) hak kullanılmadan önce yerine getirilmesi gerekli şartları; içerir.¹⁰⁵⁵

Bunun yanında standartlar, DRM sistemlerinin teknik ve buna bağlı olarak, hukuki karakterini belirleyici rol oynar. Standartlarla ilgili tartışma, “Ağ etkisi” denilen olgunun, maliyet fayda analiziyle doğrudan bağlantılıdır. Buna göre Ağ içinde katılımcı sayısı fazlaştıkça sistem kullanıcılar için daha çekici hale gelir.¹⁰⁵⁶ Örneğin, bir telefon sistemi abone sayısı arttıkça, aboneler açısından vazgeçilmezleşir ve standart hale gelir. İletişim bakımından İngilizce dili, bilgisayarlar için *Windows* işletim sistemi, dijital belgeler için

¹⁰⁵³ *ibid.* s.34 ; Ayrıca bkz. Mark A. Lemley, *Intellectual Property Rights and Standard-Setting Organizations*, CALIF. L. REV. 2002, Vol. 90

¹⁰⁵⁴ “*Moving Picture Experts Group* kelimelerinin kısaltmasıyla oluşturulan MPEG görsel ve işitsel dijital formatlar için kullanılan yerleşik bir standarttır. Geliştirici Grup 1988’de kurulmuştur. Grup ilk olarak MPEG-1 standardını geliştirmiştir. MPEG-1, Görüntü Yoğun (Video CD)’lerinin ve MP3 dijital ses formatlı ürünlerin geliştirilmesine olanak sağlamıştır. Daha sonra geliştirdiği MPEG-2 standardı da günümüzde Dijital Televizyon, Dijital Elektronik Alıcı (Set-top-box) ve Dijital Çok amaçlı Disk (DVD) gibi ürünlerde dijital kodlamada kullanılmıştır. Grup halen dijital ağ erişimli hareketli ve sabit multi-medya ürünleri için MPEG-4, ses ve görüntü içerikli dijital verilerin standard olarak tanımlanabilmeleri için MPEG-7 ve multi-medya ürünlerinin birarada çalışmasına olanak sağlayacak temel bir iskelet yapı oluşturmak için MPEG-21 gibi yeni standartlar üzerine çalışmasını sürdürmektedir”. Diğer MPEG standartları için bkz.

http://en.wikipedia.org/wiki/Moving_Picture_Experts_Group

¹⁰⁵⁵ Cunard, Hill ve Barlas, s.37

¹⁰⁵⁶ Michael L. Katz ve Carl Shapiro, *Network Externalities, Competition, and Compatibility*, AM. ECON. REV., 1985, Vol. 75, s.424 vd.

pdf dosya sistemi, benzer bir etkinin örnekleridir. Kablosuz bağlantıyla internetin yaygınlaşması ve bilgisayarlardan öte, diğer araç ve ekipmanlarla tümleşik hale gelmesi, bu etkiyi daha da belirgin hale getirmektedir. Ağ etkisinin olumsuz bir yanı, yetersiz standartların yerleşik hale gelmesi durumunda, kolay değiştirilemediklerinden gelişmeyi yavaşlatmalarıdır.

İster resmi nitelikte olsun ister *de facto* oluşsun, standartların ortaya çıkışı, rekabet ve pazar dinamiklerini etkiler. Bu noktada kimi özel nitelikli kuruluşların, üye olmayanları dışarıda bırakacak şekilde veya hakim konumdaki piyasa aktörleri lehine diğerlerini engellemek üzere, standart oluşturmaları mümkündür.¹⁰⁵⁷

Diğer bilgi-işlem teknolojileri gibi DRM sistemleri de, “Ağ etkileri”(network effects) tarafından şekillenir. Daha açık ifade edilirse DRM, yapımcı-yayıncı endüstrilerin yanı sıra, altyapı ve donanım hizmetleri veren tüm şirketlerin, belirli bir konsensüse varması halinde başarılı olabilir. DRM sistemlerinin yaygınlaşması ile, tüketicilerin de DRM uyumlu uygulama ve donanımları tercih etmesi beklenir. Bu durum DRM tasarımcılarını, sadece uygun donanımın çalışacağı, *izole* edilmiş iletişim platformları arayışına itmiştir. *Microsoft* tarafından geliştirilen *Palladium* sistemi, buna bir örnektir. Bu sistem içinde, bilgisayar açılır açılmaz mevcut güvenli donanım tespit edilir ve ancak bu cihazlar, bilgisayar tarafından tanınır. Güvenli bilgisayarlarca oluşturulan ağ, koruma altındaki içerik ve DRM sistemleriyle tamamlanarak, dijital eser arşivlerine erişim sağlanır. Bu düzen içinde, teknik olarak uyumlu olsa da, güvenli sayılmasını sağlayacak nitelikleri taşımayan donanım devre dışı kalacaktır.

Bahsedilen bu güvenli erişim ortamını sağlamaya yönelik standartların, herkese açık olması gerekir. Sistemlerin kırılmasını engelleme gerekçesiyle, teknik spesifikasyonları gizlemek, rekabete aykırı bir eylemdir.¹⁰⁵⁸

¹⁰⁵⁷ Burk, *Legal and Technical Standards in Digital Rights Management Technology*, s.27

¹⁰⁵⁸ *ibid.* s.32

Yukarıda DRM sistemlerini etkisizleştirmenin veya dolanmanın, ulusal ve uluslararası düzenlemelerde hukuka aykırı kabul edildiğini gördük. WCT Andlaşması'nın hayata geçirilmesinde ABD ve AB düzenlemeleri, teknolojik koruma adı altında genel erişim engeli yaratmışlardır. Bu ise, eser korumasına ilişkin kuralların, farklı ticari stratejiler için kullanılmasını gündeme getirmiştir. Teknolojik önlemleri koruyucu hukuk kurallarının aynı zamanda, rekabeti engelleyici amaçlar için de kullanılabilmesi, yukarıda ABD düzenlemesi DMCA hakkındaki açıklamalarda belirtilmişti.¹⁰⁵⁹ Ara-işlerlik ihtiyacı olan her bilgisayar teknolojisi gibi DRM de, belirli standartların hegemonyası altına girme eğilimindedir. Piyasaya hakim durumdaki ekonomik aktörler, belirli standartlar çerçevesinde ara-işlerliği haiz tamamlayıcı yazılım ve cihazların pazarlanmasını da, kendi tekellerine alma çabalarını sürdüreceklerdir. Standartlar bir kez oluştuktan sonra piyasaya girmek isteyenlerin, bu standartlarla ara-işlerliği bulunan ürünler ortaya koyabilmek için, standartlara temel oluşturan yazılımlara erişebilmeleri gerekir. Standartlara temel oluşturan yazılım ve tasarım unsurlarının eser sahibi hakkıyla korunuyor olması, bu alandaki hukuki düzenlemelerin, rekabeti engelleyici amaçlarla kullanılabilmesini gündeme getirmektedir.

5.3.3.2. DRM ve “*Trusted Computing*”

DRM sistemlerinin işleyişinin tam olarak anlaşılabilmesi için, *trusted computing* (güvenli bilgi-işlem) olgusuyla DRM arasındaki ilişkinin irdelenmesi gerekir. Güvenli bilgi-işlem, DRM sistemlerinden çok daha önce ortaya çıkmış ve eser korumasını değil, genel olarak ağ güvenliğini amaçlayan bir modeldir.¹⁰⁶⁰ Güvenli bilgi-işlem, bilgisayarları yazılımla istenildiği gibi müdahale edilebilen genel amaçlı araçlar olmaktan çıkararak, kimi sınırlamalar getirme düşüncesiyle, öncelikle askeri kullanım için geliştirilmiştir.¹⁰⁶¹

¹⁰⁵⁹ Bkz. Bölüm 4.1.4

¹⁰⁶⁰ Trusted computing (güvenli bilgi-işlem) alanında en önemli araştırma geliştirme kuruluşu *Trusted Computing Group* adlı kuruluştur. Sadece standartların tespiti ve yazılım konularında çalışmalar yapar ve donanım veya işletim sistemi üretmez. Bkz. <https://www.trustedcomputinggroup.org/home>

¹⁰⁶¹ Robert A. Gehring, *Trusted Computing for Digital Rights Management*, INDICARE, 2006, Monitor 2, No. 12, http://www.indicare.org/tikiread_article.php?articleId=179

Aşağıda görüleceği üzere DRM sistemlerinin beklenen korumayı sağlayabilmeleri için; ağı, işletim sisteminin ve donanımın belirli kuralları gözetecek şekilde tasarlanmaları gerekir. *Trusted computing*, donanım ve yazılım olarak tüm bilgi-işlem sisteminin, sadece uygun yazılımları çalıştıracak şekilde tasarlanmasıdır. “Uygun” programların belirlenmesi sistemi tasarlayanın elindedir. *Trusted computing* sınırlayıcı kuralları uygulayabileceği gibi, açık erişim politikasını desteleyecek şekilde de düzenlenebilir.

Trusted computing olgusunu DRM tasarımcıları için çekici kılan, bu sistemlerin müdahale karşısında kendi kendilerini kilitleyebilmeleridir. Donanım unsurlarıyla desteklenen şifreleme ve anahtarın yanı sıra, *on-line* doğrulama ve sertifikasyon gibi önlemler sayesinde, *trusted computing* sistemlerin etkisizleştirilmesi zordur ve bu sistemler, sadece güvenlik programının kodunu kırmakla etkisiz hale getirilemez.

Standartlar, *trusted computing* teknolojileri kullanan DRM sistemleri geliştirilebilmesi için bir zorunluluktur. Geleceğin DRM sistemlerinin, pek çok *trusted computing* teknolojisi barındıracağı anlaşılmaktadır. DRM sistemlerinin kimi hedefleri açısından *trusted computing*, hazır çözümler önermektedir.

Açık bir ağ olan internet üzerinde gittikçe yaygınlaşan *spam*, virüs ve diğer zararlı uygulamalar, tüketicileri içerik kullanma bakımından kapalı ağlara ve özel donanımlara yönelten etkenlerdir. İçerik sağlayıcı endüstrilerin hedefleri de göz önüne alındığında, güvenli sistemlerin kullanıldığı *iPod*, *BlackBerrys*, *Xbox*, *Playstation* benzeri özel donanımların, DRM sistemlerinin önemli bir uygulama alanı olacağı görülmektedir.¹⁰⁶²

¹⁰⁶² Bkz. <http://www.wired.com/wired/archive/15.01/start.html?pg=15>

5.4 ESER SAHİBİ HAKKINA GETİRİLEN KANUNİ SINIRLAMALAR ve DRM

5.4.1. Genel olarak

Yukarıda açıklanan, fikir ve sanat eserleri hukukunda teknolojik korumaya ilişkin ulusal ve uluslararası düzenlemeler, DRM sistemlerinin hukuki dayanağını teşkil eder. Global ölçekte işleyecek bir DRM sisteminin, uluslararası kurallar temelinde belirli asgari müşterekler ortaya koyması gerekir. Bu bağlamda, uluslararası sahada kabul görmüş Bern Konvansiyonu önemli bir rehber niteliği taşır. Fikir ve sanat eserleri hukukunun ortaya koyduğu münhasır hak nosyonu, emredici bir hüküm veya aksi yönde sözleşme bulunmayan hallerde, eser sahibinin, eserin kullanımı konusunda tam yetkili olduğu anlamına gelir. Bu gerek Bern Konvansiyonunda, gerekse pek çok ulusal hukuk sisteminde kabul edilmiş kanuni rejimdir. Ancak daha önce de açıklandığı üzere, bu kanuni rejim içinde söz konusu münhasır hakların sınırlandığı haller de bulunmaktadır.

DRM üst başlığı ile tanımladığımız eser sahibi haklarını korumaya yönelik teknolojik sistemlerin, fikir ve sanat eserleri hukukunca kullanıcılar lehine getirilen sınırlamaları ne ölçüde dikkate aldığı önemli bir konudur. Burada hak sahiplerinin öncelikli stratejisi, lisans üzerinden kendi belirledikleri akdi temelde, kullanıcıyla ilişki kurmaktır. Böylelikle kanuni rejim çerçevesinde kullanıcı lehine kimi hakların ortadan kaldırılması mümkün olmaktadır. “*Click-wrap*” diye tabir edilen ve ekran üzerinde verilen onayla devreye giren sözleşmeler, DRM sistemlerine, sözleşme özgürlüğü elverdiği ölçüde, kanuni rejimden kaçınma imkânı vermektedir. Bu noktada söz konusu akdi hükümlerin, genel işlem şartları açısından değerlendirilmesi gerekecektir.¹⁰⁶³

Eser sahibi hakkına getirilmiş sınırlamalar, kullanıcılar için pozitif bir hak olmaktan çok, ihlal suçlaması karşısında bir savunma imkânı olarak düzenlenmiştir. Bir başka deyişle, fikrî hak düzenlemelerinin tanıdığı sınırlamalar, kullanıcılara bir talep hakkı

¹⁰⁶³ Genel olarak bkz. Yeşim Atamer, “Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi”, İstanbul, Beta Yayınevi, 1999

vermez; fakat bir şekilde eseri kullanmışlarsa, eylemlerinin hukuk önünde ihlal sayılmamasını sağlar. Bu da göstermektedir ki, DRM sistemleri çerçevesinde eser korumasının sınırlanabilmesi, eser sahiplerine bazı yükümlülükler getirilmesini gerektirmektedir.

Teknolojik önlemlerin korunmasına yönelik ABD ve AB düzenlemeleri incelenirken, söz konusu teknolojik koruma hükümlerinin kullanıcılar lehine getirilen istisnalar bakımından yeterli güvence sağlamadığı üzerinde durulmuştur.¹⁰⁶⁴ Bu bölümde DRM sistemlerinin, fikir ve sanat eserleri hukukunda tanınan sınırlama ve istisnalarla olan ilişkisine, teknik boyuttan bakılacaktır.¹⁰⁶⁵

Teknolojik önlemin veya buradaki deyişle DRM sisteminin etkisizleştirilmesi eylemi, AB ve ABD düzenlemesinde telif hakkına getirilen sınırlama ve istisnalardan doğrudan yararlanmaz. Açıklandığı üzere, ABD hukuku sadece kopyalamayı engelleyen önlemler için sınırlı bir “*hack*” etme imkânı tanırken; AB, erişim veya kopyalama önlemleri arasında böyle bir ayırım gözetmemiştir.

Şunu hemen belirtmek gerekir ki, bir DRM sisteminin fikir ve sanat eserleri hukukunca tanınmış kanuni istisna ve sınırlamalarla ilişkisi, sistemi tasarlayanların tercihine bağlıdır. Ancak, klasik fikir ve sanat eserleri hukukunda mevcut sınırlama ve istisnaların tesis ettiği hassas dengenin, yazılım yoluyla gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği, diğer bir tartışmadır.¹⁰⁶⁶ Yazılımın, sınırlama ve istisnaların işleyişini gerektiği şekilde düzenleyemeyeceği de ileri sürülmektedir. Özellikle Anglo-Amerikan sistemindeki “*fair use*” kurumunun, her bir olayın özelliklerine göre incelenmesini gerektiğinden, bütünüyle yazılım algoritmasına indirgenebilmesi zor görünmektedir. kıta-Avrupası hukuk sistemleri, sınırlama ve istisnaları detaylı şekilde tanımlama yoluna gittiğinden, yazılıma aktarılması daha kolaydır. Ancak yine de yargıcın

¹⁰⁶⁴ Bkz. Bölüm 4.3

¹⁰⁶⁵ Timothy K Armstrong, a.g.m.

¹⁰⁶⁶ Aşağıda açıklanacağı üzere bu amaca ulaşmak üzere tasarlanan yazılımlar her geçen gün daha fazla yapay zekâ uygulamalarına dayanmaktadır. Ayrıca bkz. David Nimmer, *Fairest of Them All and Other Fairy Tales of Fair Use*, Law & Contemp. Probs., 2003, Vol.66, s. 263

fonksiyonunun, elektronik bir sisteme indirgenmesi, son derece karmaşık ve henüz başarılammış bir iştir.

5.4.2. DRM Sistemlerinde Sınırlama ve İstisnaların Uygulaması

5.4.2.1. *Off-line* Kontrol

Bugün yaygın olarak DVD'lerde kullanılan *off-line* kontrol, kullanıcıya sağlanan izin ve yetkilerin, doğrudan içeriğin sunulduğu format içinde tanımlanmasını esas alır. *Off-line* yetkilendirmeye göre inşa edilen bir DRM sisteminde, kullanımı sınırlayan yazılım, eserle beraber dijital veri içine yerleştirilmiştir ve böylelikle, internet bağlantısı gerekmeksizin her yerde kontrol sistemi yürürlükte kalmış olur. Ağ üzerinde doğrulama gerektirmemesi, *off-line* sistem için bir avantajdır. DVD'lerde kullanılan CSS kodu bu mekânizmanın basit bir örneğidir. Sınırlı amacı olan CSS kodu, DVD'nin sadece lisanslı gösterici cihazlarda kullanılabilmesini sağlar. Yerinde izin ilkesi(*off-line kontrol*), XrLM¹⁰⁶⁷ dilini kullanan sistemlerle birleştiğinde, detaylı ve kapsamlı kullanıcı bilgileri taşıyabilir. Buna ek olarak sistem, kullanım bilgilerini ağ üzerinde sistem yöneticisine iletecek şekilde de tasarlanabilir.¹⁰⁶⁸ XrLM sayesinde son derece esnek ve detaylı tasarımlar mümkün olsa da, sınırlama ve istisnaları uygulama bakımından sistemin *off-line* oluşundan kaynaklanan kimi sakıncalar söz konusudur.

XrML programlama dili, DRM sistemi içinde belirli kullanım biçimlerini tanımlamaya yarayan bir araçtır. Uygulamada XrLM tabanlı bir sistem, kullanıcının talep ettiği kullanım ile hak kazandığı yetkileri¹⁰⁶⁹ karşılaştırır ve eğer kullanıcı, talep ettiği kullanım için ilgili lisansa sahipse işleme izin verir. Sistemin tasarlanması önceden izin verilmemiş eylemlerin yasaklanmasını gerektirir. Bu ise, *off-line* kontrol sisteminin sınırlamaları uygulama bakımından önemli bir eksikliği olarak görülebilir.

¹⁰⁶⁷ XML tabanlı hak ve yetki tanımlamasına uygun programlama dili. Bkz. Bölüm 5.3.2.1.3

¹⁰⁶⁸ Kuşkusuz böyle bir sistem internete bağlanan cihazlar için geçerlidir. Edward W. Felten, *Google Video and Privacy*, <http://www.freedom-to-tinker.com/?p=956>

¹⁰⁶⁹ Bu yetkiler lisans sözleşmesi yoluyla belirlenir.

Diğer yandan, bilgisayar diliyle, bu derece karmaşık bir hukuki yapının işletilebilmesini çok zor ve hatta, imkânsız görenler de vardır. ABD hukukundaki şekliyle baktığımızda, mahkeme kararlarıyla gelişim gösteren yoruma dayalı *fair use* kurumunun, DRM sistemi tarafından uygulanması beklenemez. Yazılım içine önceden neyin “adil” veya “hakkaniyete uygun” olduğunu tanımlayabilmek mümkün değildir.¹⁰⁷⁰ Böyle bir algoritma henüz geliştirilememiştir.¹⁰⁷¹ İstisna ve sınırlamaların tahdidi bir liste halinde sayıldığı kıta-Avrupası hukuku açısından, aynı yoğunlukta olmasa da, benzer zorluklar söz konusudur. Çünkü eser sahibi hakkına getirilen sınırlama ve istisnalar ne, şekilde ifade edilirse edilsin, her olaya özgü ayrı yorum ve değerlendirme gerekir.

5.4.2.2. On-line Kontrol

Bu sistemde, *off-line* kontrol sisteminde olduğu gibi kullanıcıya, içinde izinlerin önceden tanımlandığı bir dosya sunulmamakta fakat, ağ üzerinden sistemle bağlantı kurularak, her bir kullanım için ayrı onay alınmaktadır. Bu sistemin en önemli eksikliği internet bağlantısı kurulamadığında içeriğin kullanılamamasıdır. Oynatıcı program veya cihaz, ağ bağlantısı olmayınca lisans doğrulamasını yapamayacağından dosya açılmayacaktır.

On-line kontrol prensibine dayalı sistemler interaktif olmaları sebebiyle kullanıcı lehine istisnaları gözetmekte daha başarılı tasarımlara imkân verirler. Ancak şunu anlamak gerekir ki, *on-line* kontrol sistemleri de aynı *off-line* sistemlerde olduğu gibi statik ve esnekliğe imkân vermeyecek şekilde tasarlanabilmektedir.

Şifre çözme işlemini internet üzerinde sunucuya geçirmek, sistemi her ne kadar *on-line* hale getirirse de, interaktif özellikleri bulunmadığı sürece, bu bir avantaj sağlamaz. Ancak yine de eserin kullanımını düzenleyen kuralların, DRM sisteminin kendi sunucusu üzerinden idare edilmesi, her zaman sistemi iyileştirme ve değiştirme imkânı verir. Halbuki

¹⁰⁷⁰ Dan L. Burk ve Julie E. Cohen, *Fair Use Infrastructure for Rights Management Systems*, 15 Harv. J.L. & Tech., 2001, Vol. 15, s.56

¹⁰⁷¹ DRM sistemlerinin yapay zeka yazılımlarıyla beraber gelişim göstereceği ve en sonunda bu kişi benzeri yazılımların, sadece bir mal olmaktan öte statülere ihtiyaç duyacakları öngörüsü üzerine Bkz. A blueprint...

off-line kontrole dayalı sistemlerde değişiklik için donanımın ve belki de, kullanıcı elindeki dosyaların tekrardan *modifiye* edilmesi gerekebilir.¹⁰⁷² Sorunun özü, uzaktan *on-line* kontrol sağlayan programın ne derece gelişmiş olduğu; yani, farklı kullanıcı taleplerinin hukuki nitelendirmesinde ne ölçüde başarı sağladığıdır.¹⁰⁷³ Elbette ideal olanı, insan ve yazılımın beraber değerlendirme yaptığı bir sistemdir. Ancak günde on binlerce esere erişim sağlayan bir ticari kuruluşun, telif hakkına ilişkin istisnaları değerlendirmek üzere uzmanlar istihdam etmesi pek gerçekçi görünmemektedir. *On-line* kontrole dayalı sistemin avantajı, her hangi bir talebin hukuka uygunluğunu değerlendirmek için gelişmiş bir yazılım ve veri-tabanından yararlanmasıdır.

Uzaktan kontrole dayalı *on-line* DRM sistemleri, aşağıda görüleceği üzere kişisel veri koruması açısından sakıncalar içermektedir. Dahası *on-line* sistemin ağ üzerinden bir talebe vereceği cevap süresi uzadıkça, söz konusu istisnadan faydalanmak kullanıcı için anlamsız bir hal alabilir. Hepsinden önemlisi, sistem hak sahibi tarafından tasarlandığı için her ne kadar teknik olarak mümkün olsa da tasarımcının, kanuni sınırlamaları bütünüyle dikkate alması düşünülemez. Söz konusu kanuni sınırlamalar eser sahibinin iradesine karşı olduğu; yani eser sahibinin izin vermediği durumlarda kullanıcıyı koruduğu için, eser sahibi tarafından düzenlenmesini beklemek, paradoks olacaktır. Bu hususta kanun koyucunun inisiyatif kullanması gerektiği yoğun şekilde dile getirilmektedir.¹⁰⁷⁴ Alternatif DRM sistemlerinin yaratacağı rekabetin sorunu çözeceğini düşünenler bulunsa da, bu görüşe katılmak pek kolay değildir. Çünkü hangi sistemin kullanılacağı hususunda karar verecek olan tüketiciler değil, yapımcı-yayıncı şirketlerdir. Buna ek olarak, fikrî ürünlerin fiziki mallarda olduğu gibi ikame edilmesi mümkün değildir. Bir kimsenin A şarkıcısının diskini almak isterken daha ucuz olduğu için B şarkıcısının albümünü alması mümkün olsa dahi, aynı tatmini sağlamaz. Bu sebeple fikrî ürünler bakımından rekabet piyasasından söz edilemez.

¹⁰⁷² Timothy K. Armstrong, a.g.m.

¹⁰⁷³ Bu işin yazılım tarafından nasıl yapılabileceği ise yapay zeka araştırmalarını ilgilendiren derin bir problemdir.

¹⁰⁷⁴ Timothy K. Armstrong, dipnot 105,106,107

On-line kontrol prensibine dayalı sistemler, izin verilen kullanım biçimlerinin içerik içinde baştan tanımlandığı *off-line* sistemlere göre, sınırlamaları gözetme bakımından daha dinamik şekilde düzenlenebilir.

5.4.2.3. Karma Kontrol ve DRM Mimarisi İçin Bazı Öneriler

Görüldüğü gibi *off-line* sistemler, internet bağlantısı gerektirmemesi ve kişisel veri korumasına daha yatkın oluşlarıyla, kimi avantajlar sunar. Buna karşılık, hukuki durumu yorumlayacak bağlamsal bilgiyi kullanma bakımından son derece yetersizdirler. İzin verilen tüm kullanım biçimlerinin baştan sistem içinde belirlenmesi, esnekliği kaldırmakta ve sınırlamaların sistem içine inşasını zorlaştırmaktadır. Uzaktan kontrole dayalı *on-line* sistemler, çeşitli hukuki bağlamları bünyelerinde barındırarak, farklı durumlar için uygun kural dizilerini yürürlüğe sokabilirler.¹⁰⁷⁵

Önerilen karma sistem tasarımlarından biri, kimi istisna ve sınırlamaların baştan sistem içine inşa edilmesinin, yasa hükmüyle zorunlu hale getirilmesini savunur. *Off-line* şekilde inşa edilen bu birinci kategori, *on-line* bağlantıya gerek olmaksızın kanuni sınırlamaları devreye sokacaktır. Bu asgari aşamanın ötesinde ise *on-line* olarak değerlendirilmeye tabi ikinci bir istisna kategorisi bulunmaktadır.

5.4.2.3.1. DRM sistemine hukuki müdahale

Kimi hukukçular, kanuni sınırlama ve istisnaların DRM sistemlerinde gözetilmesini sağlayacak emredici düzenlemelerin gerekliliğini dile getirmektedirler.¹⁰⁷⁶ DRM sistemlerinin eser korumasına getirilen sınırlamalara uygun işleyebilmesi için, öncelikle bu yönde zorlayıcı hukuki düzenleme gerekmektedir. Bunu takiben, sistemin kötüye kullanılmaksızın istisnaları nasıl uygulayacağı sorusu ortaya çıkar. İster Anglo-Amerikan hukukunun yoruma dayalı *fair use/dealing* doktrini, ister kıta-Avrupa'sının

¹⁰⁷⁵ Yukarıda Bölüm 5.3.2.3.1'de bahsi geçen XACML dili, *on-line* ve *off-line* tasarımların farklı özelliklerini birleştirme imkânı verir.

¹⁰⁷⁶ Barbara L. Fox ve Brian A. LaMacchia, *Encouraging Recognition of Fair Uses in DRM Systems*, Communications Of The ACM, Apr. 2003, s.63.

tahdidi sınırlama kategorisi olsun; hukuk, programlama diline dönüştürülürken farklı bir yaklaşım gereklidir.

Hangi prensipler kullanılırsa kullanılsın, tüm DRM sistemleri şifreleme yoluyla içeriği kontrol esasına dayanır. Söz konusu iznin, programlama dilinde nasıl ifade edileceği meselesi, farklı şekillerde ele alınabilir. Ancak sistem temelde, önceden izin verilmemiş her kullanım biçimini baştan reddetmektedir. DRM sistemini meydana getiren yazılım içinde tanımlanan şartlar yerine getirilmedikçe, ilgili dosya açılmaz.

Kanuni sınırlamaların dijital ortamda geçerli olabilmesi, DRM sistemlerinin denetlenebilmesini gerektirir. Klasik fikir ve sanat eserleri hukukunda eser sahibi, hak ihlaline uğradığını iddia ettiğinde, kanuni sınırlama rejimi, kimi savunma imkânları tanıyarak duruma müdahale edebilmektedir. Oysa DRM sistemleri davranışı baştan engellediği için, kanunun müdahalesi, bu sistemlerin tasarım aşamasına kaymak durumundadır. Eser koruması, fiziki ortamda tesis ettiği dengenin sağlanabilmesi ve DRM sistemlerinin tasarım ve işletimi aşamalarında emredici kurallar getirilmesiyle mümkün olacaktır. Ancak şunu kabul etmek gerekir ki, dijital ortamda sınırlama ve istisnalardan faydalanma, fiziki ortamda olduğu gibi tamamen anonim olamaz. Dijital ortamda istisnalardan faydalanan kullanıcı, son tahlilde bir izin veya bildirim mekânizmasından geçecektir.

Tasarım prensipleri açısından bakıldığında, DRM sisteminin, eser sahibi hakkına getirilen kanuni sınırlamaları muhafaza etmesi ve sağlıklı bir menfaatler dengesi kurabilmesi için, interaktif ve dışarıdan iletişime açık olması gerektiği görülmektedir. Bu noktada, kullanıcılara verilen ret cevaplarının bağımsız bir otorite tarafından denetlenmesi düşünülebilir.¹⁰⁷⁷ DRM sistemlerini, kapalı ve fonksiyonları baştan sabit şekilde tespit edilmiş yapılar olarak görmekten vazgeçmek gerekir.

¹⁰⁷⁷ Erickson ve Mulligan, *The Technical and Legal Dangers of Code-Based Fair Use Enforcement*, Proceedings Of The IEEE, June 2004, Vol. 92, No 6, s.985

Teknolojik koruma hükümlerinin, kanuni sınırlamalara uygun düzenlenmemiş DRM sistemleri için geçerli olmaması, kullanıcılar için en uygun güvencelerden biri olacaktır. Eser sahibinin, teknolojik önlemlerin etkisizleştirilmesine karşı dava açabilmesi için, teknolojik koruma sisteminin kanuni sınırlamalara uygunluğunu şart koşmak, son derece akla uygun bir seçenektir.¹⁰⁷⁸

5.4.2.3.2. DRM sisteminin programlama diline müdahale

Bilindiği üzere XML tabanlı XrML, hakların bilgisayar dilinde tanımlanmasına yarayan ve DRM uygulamalarında yaygın şekilde tercih edilen bir programlama dilidir. DRM sistemleri için kanuni sınırlama rejimini yansıtacak tasarım prensipleri tartışılırken, XrML üzerinde kimi değişiklikler yapılması fikri ortaya atılmıştır.

Klasik fikir ve sanat eserleri hukuku, eser sahibi hakkını sınırlayıcı düzenlemelere yer vermekle beraber, bu kuralların makine diline çevrilerek DRM sistemlerine aktarılması sırasında, hukukun izin verdiği pek çok kullanım biçimi ortadan kalkmaktadır. Bunlara, fiziki dünyanın yapısından kaynaklanan ve kanuna girmemiş kimi imkânlar da, dijital ortamda yitirilmiştir. Örneğin, fiziki dünyada her hangi bir esere her nasıl olursa olsun kişisel amaçla erişim mümkündür ve kullanıcının eser sahibinden izin almasına gerek yoktur;¹⁰⁷⁹ tamamen kullanıcının özel dünyasında kaldığı sürece takip edilmesi de mümkün değildir.

XrML ve benzeri hak tanımlayıcı programlama dillerinde, eser sahibinin haklarını temel alan bir şablon üzerine, kullanım izinleri eklenir. Bu programlama dillerinde yapılacak değişikliklerle, istisnaların da tıpkı kullanım izinleri gibi tanımlanarak programlama dilinde hazır modüller haline getirilmesi düşünülmektedir.¹⁰⁸⁰ Buna göre, sadece eser sahibi hakları değil, sınırlamalar da programlama dilinde yer alacaktır. Bundan daha da öteye giden bir yaklaşım, XrML dilinin, iki yönlü hak öne sürmeye uygun şekilde değiştirilmesini

¹⁰⁷⁸ Aynı yönde bkz. Burk ve Cohen, a.g.m

¹⁰⁷⁹ Kuşkusuz bu kullanım, erişim boyutunu aşarak yayma, çoğaltma temsil gibi hakları ihlal eden kullanımlar ayrıca değerlendirilir.

¹⁰⁸⁰ de Rosnay, *Cognitive Interfaces for Legal Expressions Description – Application to Copyrighted Works Online Sharing and Transactions*, s.125

önermektedir. Böylelikle uygun komut dağırcığı oluşturulduktan sonra, kullanıcı da DRM sistemiyle makine dilinde iletişim kurarak, hukukun kendisine tanıdığı telif hakkı istisnalarından yararlanmak üzere sisteme müdahale edebilecektir.¹⁰⁸¹

Bir grup Hollandalı bilim adamı ise, XML tabanlı dilleri geliştirmek yerine, yeni bir programlama dili oluşturmayı seçmişlerdir. *LicenseScript*¹⁰⁸² adı verilen bu programlama dili, yapay zeka uygulamaları için kullanılan ileri programlama dili *Prolog* üzerine yapılandırılmıştır. XrML'in karmaşık hak sistemlerini ifade etmekteki yetersizliği ve kimi durumlarda insan yorumuna ihtiyaç duyması, bu arayışın temel sebebidir. Bu programlama dili yukarıda söylendiği gibi, kullanıcı ve sistem arasında iki yönlü iletişime imkân verir. Sistem ayrıca tüm kullanımların ve elektronik ortamda düzenlenen lisansların bir kaydını tutar. Kullanıcı herhangi bir istisna çerçevesinde talepte bulunurken, kimliğini, dayanılan hakkı, tarihi ve istenen kullanımın amacını bildirmek zorundadır. Bu zorunluluk, sistemin kötüye kullanılmaması içindir¹⁰⁸³ Ancak nihai olarak, kullanıcının herhangi bir dokümanının çıktısını almak şeklinde bir hak talebinde bulunması, DRM sistemini tasarlayan hak sahibinin, "çıktı alma"yı sistem içinde tanımlamış olmasına bağlıdır. *LicenseScript* dilinin çekici yanı, kullanıcıya başlangıçta eser sahibince izin verilememiş kimi kullanım biçimlerini, yasal bir istisnaya dayanarak tanımlama imkânı vermesi ve bu işlem için önceden bir onay gerektirmemesidir. Ne kadar esnek ve kullanıcı yararına mekânizmalar geliştirilirse geliştirilsin, DRM sistemini kullanan eser sahibinin tercihleri belirleyici olacaktır. Görülmektedir ki, kanuni bir yükümlülük olmaksızın, kendiliğinden kullanıcı haklarını gözetecek bir sistem inşa edilmesi mümkün değildir.

5.4.3. Eser Sahibi Hakkı Sınırlamalarına Uygun DRM Sistemlerinde Bulunması Gerekli Unsurlar

¹⁰⁸¹ Armstrong, s.40 ; Ayrıca Bkz. Dierdre Mulligan & Aaron Burstein, *Implementing Copyright Limitations in Rights Expression Languages*, Digital Rights Management: ACM CCS-9 WORKSHOP, DRM 2002, LNCS 2696, at 137, 140- 50, Joan Feigenbaum (Ed., 2003)

¹⁰⁸² Cheun Ngen Chong ve diğerleri, *LicenseScript: A Novel Digital Rights Language and its Semantics*, "wedelmusic, Third International Conference on WEB Delivering of Music (WEDELMUSIC'03), 2003, s.122 <http://doc.utwente.nl/fid/1152>

¹⁰⁸³ *ibid.*

Fikir ve sanat eserleri hukukundaki sınırlamaların dijital ortama gerektiği şekilde geçirilebilmesi için, öncelikle kullanıcının da, hukukun kendisine tanıdığı yetkileri öne sürebilmesine imkân veren, interaktif bir sistem bulunmalıdır. Fikir ve sanat eserleri hukukundaki istisna ve sınırlamaları gözetecek bir DRM sistemi, önceden tanımlanmış kullanım seçenekleri dışında, kullanıcılara kanuni rejime dayanarak talepte bulunabilme olanağı sunmalı ve bunu, eser sahibinin tercihine bırakmamalıdır. Bu sonuca ulaşılabilmesi için, teknik düzenlemelerin yanı sıra, hukuki düzenlemeler de gerektiği ortadadır. *LicenseScript* gibi tamamen kullanıcı odaklı programlama dilleri dahi, sistemi inşa edenlerce tersi yönde kullanılabilir.¹⁰⁸⁴

DRM sistemlerinin, fikir ve sanat eserleri hukukundaki sınırlama ve istisnalardan hangilerini, nasıl uygulayacakları, sistemi yönetenlere bırakılmamalıdır. Daha önce değinildiği gibi kıta-Avrupası'ndaki tahdidi sınırlama ve istisna kategorisi, DRM sistemlerinin işleyişi için zorunlu bir yaklaşımdır. Önceden hangi kullanımların eser korumasından muaf olacağı belirlenmeksizin, Anglo-Amerikan sistemindeki gibi, olay bazında değerlendirme ve yorum gerektiren genel bir sınırlama rejimi, DRM sistemlerince uygulanamaz. Buradan bakılınca, DRM sistemlerinin yaygınlık kazanmasıyla, global ölçekte kabul edilen bir sınırlama kategorisi oluşacağını söylemek yanlış olmaz.¹⁰⁸⁵ Buna göre, Anglo-Amerikan hukukundaki “*fair use*” kapsamında kabul edilen kullanımların da daha sistematik şekilde tasnif edileceği düşünülebilir.

Kullanıcıların talepte bulunabildikleri bir DRM sistemi, *on-line* ve *off-line* prensiplerin beraber kullanıldığı bir yapıda gerçekleştirilmek istenirse; *off-line* aşamada önceden tanımlanmış bir kanuni sınırlama kategorisine yer verilmesi gerekir. *On-line* aşama ise, sistemin interaktif yapısıyla kullanıcı taleplerinin gerçekleştiği kısım olacaktır. DRM sistemi herhangi bir kullanıma izin vermediğinde kullanıcının buna aykırı hareket

¹⁰⁸⁴ Bkz. Yazılımın “şekillendirilebilirliği” (*plasticity*) Bölüm 5.2.2.2

¹⁰⁸⁵ ABD *Copyright Act* üzerinden örnek verilecek olursa 17 U.S.C. § 107, dört kriter ortaya koyar ve hakimden bunlar ışığında değerlendirme yapmasını bekler; bu haliyle otomasyona indirginmesi mümkün değildir.

ederek, hak arama külfetini eser sahibine yükleyebilme imkânı olmalıdır.¹⁰⁸⁶ Buna karşılık sistem, tüm kullanımları kayıt altına alarak olası kötüye kullanımları takip edebilir. Ancak bu da, son derece ciddi kişisel veri koruması problemleri doğurmaya yatkın bir uygulamadır.

5.4.4. Uygulama Güçlükleri

Yukarıda açıklandığı şekliyle kullanıcıların, kanuni sınırlamalara dayanarak talepte bulunabildikleri ve gerektiğinde eser sahibinin rızasına rağmen, yeni kullanım biçimleri oluşturabildikleri bir sistemin standart haline gelmesi, teknolojik önlemleri koruyucu düzenlemelerin pek çok sakıncasını giderebilir. Böylelikle, teknolojik önlemlere ilişkin hükümler sonucunda fiilen ortadan kalkan eser sahibi hakkı sınırlamalarının, tekrar işlerlik kazanması sağlanacaktır.

Son on yıllık süreçte global ölçekte fikir ve sanat eserleri hukuku alanındaki gelişmeler, dijital ortamda eserleri koruma adına oldukça tek yönlü düzenlemelere gidildiğini göstermektedir. Oluşan bu yapı içinde, DRM sistemlerinin eser sahibi hakkı sınırlamalarını bütünüyle gözetecek şekilde tasarlanması düşüncesi, yapımcı-yayıncı lobilerinin yoğun karşı çıkışına maruz kalmaktadır. Bu kesimlerin akademik ve entelektüel çevrelerdeki etkisi de dikkate alındığında, böyle bir değişimin ne denli güç olduğu anlaşılır.

Bu tek yönlü gelişmelere tepki olarak sivil toplum alanında ortaya çıkan en önemli oluşum, *Creative Commons*(CC) projesi olmuştur. Proje özetle, sanatçılara ve genel olarak tüm eser sahiplerine, eser sahibi hakkı bünyesindeki kimi yetkileri, kamunun kullanımına bırakmalarına imkân verecek, özel olarak hazırlanmış telif lisansı sözleşmeleri önermektedir. Kanuni fikrî hak rejiminin, kullanıcı aleyhine işleyen kimi hükümlerini sözleşme çerçevesinde devreden çıkarmakta; bununla birlikte eser sahibi gönüllü olarak, bir kısım mali haklarından kamu lehine feragat etmektedir. CC aynı zamanda kullanıcıyı pasif

¹⁰⁸⁶ Armstrong, s. 48

konumdan çıkararak, CC lisanslı materyali işleme konusunda teşvik etmekte ve işleme hakkını bir lisans seçeneği olarak sunmaktadır.¹⁰⁸⁷

Ancak belirtildiği gibi yapımcı-yayıncı endüstrilerin dayattığı piyasa kuralları, fikir ve sanat eserleri hukukunda kamu lehine getirilmiş düzenlemeleri görmezden gelen uygulamaları her geçen gün yaygınlaştırmaktadır. Son tahlilde eserlerin hangi sistemle pazarlanacağına karar verecek olan yapımcı-yayıncı şirketlerdir. Bu nedenle kullanıcı menfaatlerini gözeten DRM sistemlerinin üretilmesi bakımından ciddi bir ticari inisiyatif bulunduğu söylenemez.¹⁰⁸⁸

5.5. AB’de DRM ve KİŞİSEL VERİ KORUMASI

5.5.1. AB’de DRM

AB her ne kadar 2001/29 sayılı Direktif’le, teknolojik koruma konusunda kullanıcılar açısından kısıtlayıcı bir rejim getirmiş olsa da, internet kullanımının ortak bilgi ve eğitim politikaları açısından önemi sebebiyle, kurumsal düzeyde konuyla ilgili araştırmalara öncülük etmekte ve desteklemektedir.

AB Komisyonu, 2002 yılında düzenlediği bir konferansla konuyu ele almıştır. Bu ilk toplantı sonunda ortaya çıkan rapor, yukarıda da belirtildiği üzere DRM konusunda geniş ölçekte uygulanabilir sistem ve standartların bulunmadığını tespit etmiştir. Raporla ayrıca, kullanıcılarca da kabul edilebilir DRM sistemlerinin hayata geçirilmesiyle, izinsiz çoğaltma ve kopyaların azalacağı, alternatif ücretlendirme sistemlerinin ve yeni iş

¹⁰⁸⁷ CC tarafından önerilen lisans tipleriyle ilgili özet bilgi için Bkz. Ek-1 Creative Commons Lisansları

¹⁰⁸⁸ Bu tek taraflı ve kısıtlayıcı sistemlerin de fazla başarılı olduğu söylenemez. Bunun istisnası belki de *Apple* Şirketi’nin *iTunes* girişimi olmuştur. Kullanıcıların satın aldıkları müzik parçalarını kopyalamaları ve diğer formatlara aktarmaları konusunda kısıtlamalar içermemesi başarısının en önemli sebeplerinden biri olsa da, projenin arkasındaki bir başka itici güç, *iPod* donanımının tasarım incelikleri ve hepsinin ötesinde, *Apple* markasının seçkin ve güçlü imajıdır. Ancak yine de, AB düzeyinde tüketici kuruluşları,, *Apple* şirketine, uyguladığı DRM sistemindeki lisans hükümlerinin tüketiciler lehine değiştirmesi yönünde çağrı yapmışlardır. Bkz. <http://www.heise.de/english/newsticker/news/84138>

modellerinin geliştirileceği belirtilmiştir.¹⁰⁸⁹ Bu çalışmaların devamında 2004 yılında Komisyon bir *High Level Group* (Yüksek Komite) kurulmasına karar vermiş ve bu Komite Temmuz 2004’de hazırladığı raporla, DRM sistemlerinin karşılıklı işlerliğini, vergilendirme ve kullanıcıları hukuka uygun hizmetlere yönlendirme konularını ele almıştır.¹⁰⁹⁰

European Audiovisual Observatory(EAO)¹⁰⁹¹, 36 Avrupa ülkesinin yanında sektör temsilcileri ve AB Komisyonu’nun katılımıyla, 1992 yılında oluşturulan görsel ve işitsel alanda iletişim ve şeffaflığı geliştirmeyi amaçlayan bir sivil kuruluştur. Özellikle film, TV, Video/DVD ve diğer yeni medya formatları alanlarında, hukuki, ticari ve teknik konularda bilgi ve dokümantasyon sağlamaktadır. EAO, 2007 yılının başındaki raporunda Komisyonun üç seçenek üzerinde değerlendirme yaptığını belirtmektedir.¹⁰⁹² İlk seçenek Telif Hakları Direktifi’nin yürürlüğe girdiği zamandan 2005 yılına kadar sergilenen hareketsiz tutumun devam ettirilmesi ve düzenlemenin sektörün işleyişine bırakılmasıdır. İkinci olarak Madde 5/2(b)’de yer alan ve kişisel kullanım için eser sahiplerine uygun tazminat ödenmesini öngören hükümlerin değiştirilerek, daha homojen bir uygulamanın sağlanması söz konusudur. Son seçenek ise, herhangi bir düzenleme getirmeksizin tavsiye kararları ve kriterler tespit etmektir. Tartışılan bir başka husus, dijital cihazlar üzerinden bedel toplamaya dayalı sistemden vazgeçilerek, DRM sistemi içinde doğrudan bedellendirme yoluna gidilmesidir. Ancak Komisyon 2006 sonunda, bu konuda bir teklif

European Commission, *Digital Rights Background, Systems, Assessment*, Staff Working Paper, Brussels, SEC, 2002, No.197, s.4, http://europa.eu.int/information_society/newsroom/documents/drm_workingdoc.pdf. Ayrıca bkz. Erdem Türkekel ve Tuğrul Sevim, *İnternet Ortamında Müzik Eserlerinin Kullanımı*, Legal Fikrî ve Sınai Haklar Dergisi, Kasım 2005, Sayı: 3, s.726-731

http://europa.eu.int/information_society/newsroom/documents/drm_workingdoc.pdf

¹⁰⁹⁰ European Commission, High Level Group on Digital Rights Management, Final Report March-July 2004, http://europa.eu.int/information_society/eeurope/2005/all_about/digital_rights_man/doc/040709_hlg_drm_2n_d_meeting_final_report.pdf. Raporun eleştirisi için bkz. “privatkopie.net” ; “Bits of Freedom”, *Putting Users At The Centre Achieving An 'Information Society For All' (Comments in response to the Informal Consultation of the Final Report of the High Level Group on DRM)*, 2004,

http://www.privatkopie.net/files/privatkopie-bof_on-DRM.pdf

¹⁰⁹¹ <http://www.obs.coe.int/about/oea/org/index.html>

¹⁰⁹² Francisco Javier Cabrera Blázquez, *Digital Rights Management Systems (DRMs): Recent Developments in Europe*, European Audiovisual Observatory, s.4-5

http://www.obs.coe.int/oea_publications/iris_plus/plus1_2007.pdf.en

ortaya atmaktan vazgeçtiğini bildirmiştir. Bu kararda, Avrupa düzeyinde müzik eserleriyle ilgili meslek birliklerinin katkısı vardır.

5.5.2. DRM Mimarisi ve Özel Hayatın Gizliliği

Kişi mahremiyetinin ve özel sahasının korunması bütün modern hukuk sistemlerince tanınmış bir değerdir. AB Temel Haklar Şartının 8. Maddesi, kişisel verilerin adil ve amaca uygun kullanılması; ayrıca veri işlemesine tabi tutulan kişinin onayına veya kanun tarafından belirlenmiş meşru temele dayanılması gereğini belirtmiştir.

Eserlerin internet üzerinden pazarlanması olgusundan önce, “fıkrî haklar” ve “kişisel veri koruması” arasında bağlantı görülmesi pek de olanaklı değildi. Oysa DRM yukarıda açıklanan özellikleri sebebiyle, fıkrî ürün kullanıcılarıyla ilgili kişisel bilgi edinmeye imkân verir.¹⁰⁹³ Uzaktan (*on-line*) izin ilkesine dayalı sistemlerde, en azından ödeme yapmak için bunun bir zorunluluk olduğu ortadadır. DRM yöneticisi önemli ticari değeri haiz kişisel veriler elde etmektedir. Tüketim toplumu içinde kültürel tercihlerin satın alma eğilimlerini belirlemede ne denli önemli olduğu açıktır.¹⁰⁹⁴ Kişisel verilerin toplanması hemen her elektronik ticaret işleminde karşılaşılan bir durumdur. Ancak DRM sistemleri yoluyla toplanan bilgi, kültürel, siyasi ve estetik tercihler konusunda detaylı veri sağlar.

On-line kontrole dayalı DRM sistemlerinin işleyişinde, diğer elektronik ticaret işlemlerinden farklı olarak, kişisel verilerin açıklanması tek bir işlemle sınırlı kalmamakta ve devamında kullanıcının lisans hükümlerine uygun davranıp davranmadığı takip edilerek sürekli veri toplanmaktadır. Bu veri, her hangi bir kullanıcının uzun süre gözlenerek, tüketici profilinin oluşturulmasına imkân sağlar.¹⁰⁹⁵

¹⁰⁹³ Cohen, *A Right to Read Anonymously: A Closer Look at "Copyright Management in*

¹⁰⁹⁴ Tüketimin ihtiyaçlar değil, kültürel göstergeler sistemiyle ilgili olduğu üzerine bkz. Jean Baudrillard, “Tüketim Toplumu”, İstanbul, Ayrıntı Yay., 2. Bası 2004, Hazal Deliçaylı-Ferda Keskin (Çev.)

¹⁰⁹⁵ *Recital (57) of the Copyright Directive 2001/29/EC, which recognizes that DRM depending of their design "process personal data about the consumption patterns () by individuals and allow for tracing of online-behavior".*

DRM sistemi üzerinde kişisel veri korumasını ilgilendiren, iki tür bilgi akışı mevcuttur. Bunlardan birincisi, alıcının kimliğiyle ilgili bilgilerdir. Diğeri ise alıcının sistem üzerindeki davranışlarına ilişkindir. Kullanıcının, izlediği ve ilgilendiği içerik bu kapsamda önemli kişisel veri içerir.

Kişinin internet üzerinde bedel ödemeyi veya *on-line* bazı formlar doldurmayı göze alacak kadar önemli bulduğu içeriğin sunduğu bilgi, zaten kamuya açık ve koruma altında olmayan bilgilerle beraber işlendiğinde, söz konusu kişinin özel hayatıyla ilgili son derece kapsamlı bilgi edinilmesi mümkündür.

Dijital içeriği, kullanıcı hesaplarıyla ilişkilendirecek bir sistem tasarlanırken farklı stratejiler izlenebilir ve bu tercihler, iletmek istenen bilginin kapsamı ve niteliğiyle doğrudan ilgilidir.

Kişisel veri koruması kurallarına saygılı bir yaklaşım, DRM sistemiyle sonradan bağlantı kurmayacak şekilde dosya şifrelemesi yapacaktır. Buna göre, kullanıcı ilk satın alma aşamasında bilgilerini verdikten sonra her hangi bir takip olmaksızın içerikten yararlanmalıdır. Kullanıcı, kendisine verilen şifreyi kullanarak içeriği çözecek bir anahtar elde etmekte ve bununla içeriğe ulaşmaktadır. Süreğen bir kontrol olmaması kişisel verilerin korunması açısından olumlu olsa da, kullanıcının şifresini değiştirmek istemesi durumunda anahtar da değişeceğinden dosyaların güncellenmesi gerekmektedir. DRM sistemi açısından bir başka problemse, birden fazla kişinin aynı hesabı kullanabilmesidir. Çünkü satın alma sonrası takip söz konusu değildir. Kullanıcı indirdiği dosyayı şifreyle beraber başkalarına temin edebilir.

İkinci tasarım modelinde sistem yöneticisi, kullanıcının dosyaları açtığı anahtarı bilir. Herhangi bir bilgisayarda dosya açılmadan önce, kullanıcı internet üzerinden hesabını aktif hale getirmektedir. Kullanıcı şifresini DRM sistemine göndermekte ve sistem her yeni bilgisayar için başka bir anahtar vermektedir. Bu yöntemde şifre değişikliği bir problem yaratmadığı gibi, bir hesabın birden fazla kişi tarafından kullanılması da engellenir. Çünkü

paylaşılan bir hesap, dikkat çekici sayıda değişik bilgisayarda aktive edilecektir.¹⁰⁹⁶ Burada DRM sistemi kullanıcının hangi bilgisayarı ilk kez ne zaman kullandığı bilgisine sahiptir. Ancak her dosyanın kullanımına ilişkin kayıt tutulmaz. Sistem bu haliyle hangi içeriğe ne zaman ve ne sıklıkta ulaşıldığı konusunda bilgi vermez ve ciddi bir sakınca yaratmadığı söylenebilir. Her yeni bilgisayarın ilk kullanımında *on-line* kontrol uygulanmaktadır.

Kullanıcı hakkında en detaylı bilgi edinmeye yarayan üçüncü model, her izleme/dinleme/okuma, yani kullanım öncesinde, DRM sistemiyle bağlantı kurarak kullanıcının kimliğini ve izlenen içeriği doğrulamaya tabi tutar. Bu sistemde her bir kullanım için DRM sistemi ile yeniden bağlantı kurulması gerekir. Kullanım başına ücretlendirmeye dayalı (*pay-per-view*) sistemler bu modeli kullanmak durumundadır.

DRM sistemleri mevcut denetimsiz ortamda, eser korumasının gerektirdiğinin çok ötesinde izleme yapmakta ve veri toplamaktadırlar. DRM sistemi çerçevesinde, koruma konusu eserin kullanım saati, kullanım süresi, sıklığı ve kullanım yeri gibi bilgiler derlenmekte ve pazarlama amaçlı değerlendirilmektedir.

DRM sistemlerinin işleyişine baktığımızda, kimlik doğrulama veya eser koruması maksadını aşan, gereksiz toplanan bilgiler, özel hayatın gizliliği açısından endişe doğurmaktadır. Fazladan toplanan bu bilgi, çoğu kez DRM yöneticisinin işlettiği sunucuya gönderilerek daha sonra pazarlama maksatlı saklanır veya üçüncü kişilere satılır.

Somut bir kaç örneğe bakılacak olursa, *Vcast Network*¹⁰⁹⁷ adlı şirket dijital medya yayını yapmakta ve izinsiz kopyaların kullanılmasını önlemek üzere, her bir dosyanın açılabilmesi için *on-line* doğrulama (*online authentication*) gerektiren bir sistem kullanmaktadır. Bu durumda sistem yöneticisi, eser koruması için gerekli olanın çok ötesinde bilgilere ulaşmaktadır. Kullanıcılar, isim ve adresle hesap oluşturduklarından, toplanan verilerin belirli bir kimseyle ilişkilendirilmesi de mümkündür. *On-line* doğrulama

¹⁰⁹⁶ Felten, *Google Video and Privacy*, <http://www.freedom-to-tinker.com/?p=956>

¹⁰⁹⁷ www.vcast.net ,

yoluyla çalışan sistemlerin mimarisi/tasarımı, kullanım istatistiklerinin ödeme amaçlı kimlik bilgileriyle ilişkilendirilmesini engellemelidir.

Bir başka DRM örneği *Napster-to-Go* online müzik sağlayıcı olarak kullanıcılarına, aylık sabit ücret karşılığında geniş bir arşive erişim sağlamaktadır. Buna karşılık *Apple iTunes*, abonelik yerine, eser başına ücret ödenen bir sistemle işlemektedir. Tüm bu sistemlerde, her ne kadar dosya formatları arasında dönüştürme yapılabilse de, *indirilen* müzik, belirli bir *player* programla çalıştırılmaktadır. Böylelikle *player* program içine yerleştirilen kimi yazılım araçlarıyla kullanıcı alışkanlıklarının gözlenmesi ve tespit edilmesi mümkün olabilmektedir. Çünkü program, sürüm yenileme, dijital yayınlar gibi pek çok değişik sebeple internete bağlanmaktadır. Tüm *Windows* işletim sistemlerinde yüklü *Microsoft Windows Media Player* programı, her kopyasına GUID¹⁰⁹⁸ numarası vererek, kopyalarını takip edilebilir hale getirmektedir.

DRM sistemleri tasarlanırken, kullanımla ilgili kişisel veya kişiselleştirilebilir bilgi toplamamasına önem verilmelidir. Ücret sebebiyle zorunlu olarak kimlik bilgilerinin toplandığı sistemler, kullanımla ilgili kayıtların kimlik bilgileriyle eşleştirilmemesi için yapısal önlemler içermelidir.

2006'nın Ocak ayında internetin en yaygın arama motoru olan *Google*, kullanıcılara hem bedelsiz, hem de ücret karşılığı film indirme hizmeti sunmaya başlamıştır. *Google* tarafından işletime konan DRM sisteminde, her bir dosya için bir hesap açılmakta ve dosyanın her izlenişinde şifre sorulmaktadır. Sistemin uzaktan izin ilkesine göre tasarlanması kullanıcı açısından, dosyanın herhangi bir PC üzerinde görülebilmesini sağladığı için avantajlıdır. Ancak internet bağlantısı kullanması, özel hayatın gizliliğine ilişkin sakıncaları gündeme getirmiştir.¹⁰⁹⁹

Google, sistemin kullanıcı kimliğini aktarıp aktarmadığı konusunda net bir açıklama yapmamıştır. Ancak meselenin daha doğru ifade biçimi, *Google*'un bu bilgiyi

1098 Globally Unique Identifier

¹⁰⁹⁹ Felten, *Google Video and Privacy*,

ayrıştırarak kullanıp kullanmadığıdır. Çünkü her durumda, *Google*'un, kullanıcıyı tespit ve profil çıkarmaya yarayacak dijital veri topladığı tartışmasızdır. *Google* Şirketinin kullandığı DRM sistemi, yukarıda açıklanan stratejiler içinde, özel hayata en çok müdahale eden model esas alınarak tasarlanmıştır. Kullanıcının nerede, ne zaman, hangi materyali kullandığının kusursuz bir kaydını tutmaktadır.

5.5.2.1. AB'de Kişisel Veri Koruması Hukuku ve DRM¹¹⁰⁰

2001/29 sayılı AB Telif Hakları Direktifi'nin 9. Maddesinde, kişisel veri koruması ve özel hayatın gizliliği ile ilgili hükümlerin saklı olduğu belirtilmiştir. Özellikle AB ölçeğinde kişisel veri koruması ve özel hayatın gizliliği konularında artan bir kamuoyu hassasiyeti bulunmaktadır. Tüketiciler *on-line* işlemler bakımından anonim kalabildikleri sistemleri tercih etmektedirler.

Kişisel veri toplamak üzere tasarlanmış DRM sistemleri, AB bünyesinde 95/46 sayılı Veri Koruması Direktifi¹¹⁰¹ ile getirilen kişisel verilere ilişkin katı yükümlülüklerle tabidirler. Direktif çerçevesinde görev yapan kişisel veri koruma kurullarının, kişisel verileri kontrol edenlerle ilgili yaptırım uygulama yetkisi vardır.¹¹⁰²

Veri Koruması Direktifi'nin 7. Maddesi kişisel veri işleminin hukuka uygun olduğu halleri saymış ve (f) paragrafında veri toplayanın meşru menfaatlerinin, veri toplamayı gerekli kılabileceği; ancak bunun temel hak ve özgürlüklerin önüne geçemeyeceği belirtilmiştir. Bu bağlamda eser koruması amaçlı sistemlerce toplanan bilginin, tüketici profili yaratma ve dağıtma gibi amaçlar için kullanılamayacağı çok açıktır. Tüm bunların ötesinde, 1995 tarihli Direktif, Madde 8'de belirtilen özel kategori ile bilgilerin toplanması durumunda, daha da ağır kurallar devreye girmektedir. Madde 8, etnik

¹¹⁰⁰ Bkz. L. Bygrave ve K. Koelman, “*Privacy, Data Protection and Copyright*”, B. Hugenholtz (Ed.), “*Copyright and Electronic Commerce: Legal Aspects of Electronic Copyright Management*”, The Hague, Kluwer law International, 2000

¹¹⁰¹ Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, OJ L 81/31. Direktife ilişkin daha geniş bilgi için bkz. Nilgün Başalp, “*Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması*”, İstanbul, Yetkin Yay., 2004

¹¹⁰² Başalp, s.78 vd.

köken, siyasi düşünce, dini veya felsefi inanç, birlik üyeliği, sağlık ve cinsel yaşamla ilgili bilgileri açığa çıkaran kişisel veri işlemlerini yasaklamış ve bu kurala çok sınırlı istisnalar getirmiştir.¹¹⁰³ Özellikle DRM sistemlerinin kültürel yaşamla ilgili davranışları kayıt altına alması sonucu, Madde 8 anlamındaki bilgilere ulaşmaya elverişli veri sağladığı açıktır.

Hukuki işlem veya ödeme gerçekleştirmek için gerekli olan bilgilerle, içeriğin kontrolü için tutulan bilgiler, farklı amaçlara hizmet ederler ve karıştırılmamaları gerekir. 95/46 sayılı Direktifin 6. Maddesi çerçevesinde, ödeme veya teslim amacıyla toplanan bilgilerin işlem sona erdikten sonra saklanması gerekli değildir. DRM sistemlerinin kullandığı kişisel veri saklama teknikleri, eser koruması amacıyla, ilgisiz veya bunu aşan nitelikte olmamalıdır. Bu kapsamda, kimlik belirlenmesi için toplanan verinin gerekli olandan uzun süre saklanması 95/46 sayılı Direktif Madde 6/1e'nin ihlalidir.

DRM sistemleri, kişisel veri işledikleri ölçüde 95/46/ sayılı AB Direktifi'nin uygulama alanına gireceklerdir. DRM sistemlerinin mimarisi, *watermark* benzeri bir sistemle, kullanıcıyı ilgili materyalle ilişkilendirerek veya *cookie* yükleyen programlar, e-mail adresi toplama, donanım doğrulama gibi yollarla kullanıcıyı büyük ölçüde belirlenebilir hale getirir.

Kullanıcılara, sağladıkları verinin ikincil amaçlar için değerlendirilmesini yasaklama hususunda karar hakkı tanınması önemlidir. DRM sistemleri çerçevesinde elde edilen bilgilerin başkaca amaçlar için işleme tabi tutulması, 95/46 sayılı Direktifin 7(a) Maddesi uyarınca, veri sahibinin açık, şüpheye yer bırakmayacak şekilde onayını gerektirir.¹¹⁰⁴ . Bu noktada mevcut pek çok uygulamanın, Direktifte tanımlanan anlamda, veri sahibinin onayını almadığı ve Madde 10 kapsamında “veri kontrolör”lerinin uymakla yükümlü oldukları şartları taşımadığı söylenebilir. Uygulamada eser sahibinin elektronik

¹¹⁰³ *ibid.* s.41-47

¹¹⁰⁴ m. 2(h)'de bu onay, “*any freely given specific and informed indication of his wishes by which the data subject signifies his agreement to personal data relating to him being processed*” şeklinde ifade edilmiştir.

ortamda empoze ettiği lisans sözleşmesi hükümleri yoluyla aşılmaya çalışılan bu durum, Direktif açısından veri sahibinin onayı anlamına gelmeyecektir.¹¹⁰⁵

2001/29 sayılı AB Telif Hakları Direktifi'nin Dibacesinin 57. paragrafında eser sahipleri, özel hayatın gizliliğini güvence altına alan tedbirleri geliştirmeleri konusunda teşvik edilmişlerdir. İlgili otoritelerin, DRM sistemleri üzerindeki gizlilik koruyucu mekânizmalar hakkında bilgilenebilmesi ve bunları takip etmesi zorunludur.

AB bünyesinde kişisel veri koruması açısından önemli bir başka düzenleme, 2002/58 sayılı elektronik haberleşme ve özel hayatın gizliliğini düzenleyen AB Telekomünikasyon'da Veri Koruması Direktifidir.¹¹⁰⁶ Dibacenin 24. paragrafında elektronik haberleşme ağlarını kullananların, donanım üzerindeki bilgilerinin de koruma kapsamında olduğu belirtilmiştir.¹¹⁰⁷

¹¹⁰⁵ Bu konuda kararlar için Federal Supreme Court (Germany) of March 16, 1999, XI ZR 76/9, <http://www.datenschutz-berlin.de/recht/> ; UFC Que Choisir v. AOL France, Court of First Instance of Nanterre, June 2, 2004 ; Bkz. L. Bygrave; K. Koelman. ABD'de 2002 yılında, *Sunncomm, Inc.*, adlı DRM sistemleri geliştiricisi şirket ve *Music City Records*, kişisel verilerini izinsiz açıkladıkları gerekçesiyle bir Kaliforniya vatandaşı tarafından dava edilmiş ve anlaşma yoluna gitmişlerdir. Olayda davalı şirketler, müzik dinleme alışkanlıkları kapsamında pek çok kişisel veriyi kullanmaktaydılar. Davacı taraf, bu biçimde bir takip yapıldığının kendilerine bildirilmediğini ve eğer bu uygulamaya izin verilirse, vatandaşların kendi bilgisayarlarında gözetlenmeksizin müzik dinleyemeyeceklerini iddia etmiştir. Varılan dava içi uzlaşmada ayrıca, Davalıların veri toplama uygulamaları hakkında kullanıcıları bilgilendirmesi ve kullanıcılardan kişisel veri açıklama şartı getiren uygulamalardan kaçınması gerektiği belirtilmiştir.

¹¹⁰⁶ Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector, OJ L 201/37.

¹¹⁰⁷ 2002/58 sayılı Direktif, 95/46 sayılı Direktif'le ortaya konan esasları telekomünikasyon alanına taşımıştır. "İletişim hizmeti sunucusu" ve "iletişim ağı sağlayıcısı" şeklinde iki kavram getirmiştir. İletişim hizmeti sunucusu, radyo/televizyon sinyalleri dışındaki sinyallerin iletilmesi ve transfer edilmesini konu alan hizmetlerdir (m. 2). İletişim ağı sağlayıcıları ve iletişim hizmetleri sunucuları, güncel teknolojiye uygun teknik ve organize önlemlerle hizmetlerinin sağlamaları yükümlüdürler (m. 4).

5.5.2.2 Değerlendirme

DRM sistemlerinin tasarlanışında birinci öncelik, içerik sağlayıcı ticari girişimin korunması olarak belirmektedir. Bu açıdan bakıldığında kullanıcı, koruma altındaki bir esere ulaşabilmek için, kişisel verilerinin toplanması ve çeşitli tüketim alışkanlıklarının izlenmesine katlanmak zorunda kalmaktadır. Hemen bütün on-line hizmetlerde olduğu gibi, DRM sistemleri için de, özel hayatın gizliliğine daha saygılı bir yapıyı teşvik edecek ticari motivasyon yoktur. Bu nedenle kullanıcıların hukuki güvenceye kavuşturulması mutlak bir zorunluluk haline gelmektedir.¹¹⁰⁸ Teknik boyutta, kişisel veri koruması ve özel hayatın gizliliğine ilişkin hukuki sakıncaları giderecek sistemler tasarlama çalışmaları sürmektedir. DRM sistemlerinin de ötesinde genel olarak, fonksiyonları itibariyle hukuki sonuçlar doğuran yazılımların denetlenmesi, yakın gelecekte devletin, yargı hizmetinin bir parçası olarak ele alması gerekecek bir konudur.

DRM sistemleri tıpkı cep telefonu kayıtları gibi, veri üretecek şekilde tasarlanabilir. Bu tip bilgilerin suç ve terörle mücadele aracı olarak da kullanılabilmesi, özellikle 11 Eylül olayları sonrası eğilimler dikkate alındığında, hükümetlerin, özel hayatın gizliliğine saygılı tasarım prensiplerini hukuki düzenleme konusu yapma ihtimalini azaltmaktadır.

Şu an için en uygun yol, tüketici bilinçlenmesinden geçmektedir. Önceden belirlenmiş temel değerlere ve prensiplere uygun yazılımlar oluşturulmasını sağlamak, günümüzde ancak tüketici hakları veya düşünce özgürlüğü temelli sivil toplum örgütleriyle ile mümkün görünmektedir. Bu örgütler içinde INDICARE (*Informed Dialogue about Consumer Acceptability of DRM Solutions in Europe*)¹¹⁰⁹ adlı kuruluş Avrupa Komisyonu tarafından desteklenmekte ve tamamen DRM üzerine yoğunlaşmaktadır.

¹¹⁰⁸ DRM sistemleri içinde mevcut lisans düzenlemelerinin, özel hayatın gizliliğine ölçüsüzce müdahale eden unsurlar taşıdığı söylenebilir. Bu tip lisans sözleşmelerinin tüketiciyi koruyucu hükümler ve genel işlem şartları bakımından değerlendirmesi bu çalışmanın kapsamı dışındadır.

¹¹⁰⁹ Bkz. <http://www.indicare.org/application.php>

5.6. DRM SİSTEMLERİ ÜZERİNE SON DEĞERLENDİRME¹¹¹⁰

Zeka veya başka bir deyişle *algılama, anlama ve muhakeme* etme, insan soyunu diğer canlılardan ayıran bir özellik olarak görülür. Bu durum beraberinde, bilinç ve sorumluluk dediğimiz nosyonları ortaya koyar. Sorumlu veya rasyonel diyebileceğimiz davranış biçiminin ortaya çıkması için, asgari temel normlara ihtiyaç vardır. İşte bu kuralların belirlenmesi sorunu, insanlık tarihinin başlangıcından beri dini, idari ve sosyal yapıları ilgilendirmiştir. Hukuk bu normatif düzenleme ihtiyacının sosyal boyuttaki karşılığıdır. Hukuk değer içeren *deontolojik* kurallardan oluşur. Olanı değil, olması gerekeni konu alır.¹¹¹¹

İnsan deneyiminin karşılaştığı diğer kural grubu ise, sabit ve değişmez nitelikli “fizik” veya “doğa” kurallarıdır. Ağ, sanal bir tasarım ürünü olması sebebiyle fiziki kurallardan bağımsız, kendine özgü bir yapı sergiler ve bu şekliyle, ağ üzerinde “olan” ve “olması” gereken ayrımı belirsizleştirir. Ağ üzerindeki eylemleri biçimlendiren unsurların teknik bir zorunluluk mu, yoksa bir tercih mi olduğunu saptamak zorlaşır.¹¹¹²

Davranışın, ağ üzerindeki tasarım tercihleriyle belirlendiği bir sistemde, fiil ve *vaka* arasındaki fark ortadan kalkar. Fiziki dünyanın algılanışında *vaka* ve fiil ayrı çözümlenmelere oturur. Fiil, belirli bir süjeye atfedilebilir olması sebebiyle her zaman bir değer yargısı içerir. Oysa “vaka” dediğimiz olgular, öznenen bağımsız bir *olagelişi* ifade eder. Ağ tasarımındaki detay ve esneklik, olguları “vaka” ve “fiil” şeklinde ayırmayı güçleştirir. Fiiller süjeye ait bir değer yargısı içermeleri sebebiyle hukuki sorumluluğun ve hatta belki tüm hukukun temelidir.

¹¹¹⁰ Douglas Gary, Lichtman, "Defusing DRM", U Chicago Law & Economics, February 2006, Olin Working Paper, No.282; <http://ssrn.com/abstract=883676>

¹¹¹¹ Yasemin Işıktaç ve Sevtap Metin, "Hukuk Metodolojisi", İstanbul, Filiz Kitabevi, 2003, s.127-131

¹¹¹² Nicholas J Gervassis, *From Laws for Cyberspace to Cyber Laws (literally): Integration of Legal Norms into Internet Protocols & Law for Closed Digital Management Communities*, Script-ed, June 2004, Vol.1, Issue 2

Bu noktada DRM sistemleri, yazılımın veya gelecekteki adıyla “yapay zeka”nın¹¹¹³ insan davranışını düzenlemesi olgusunun başlangıcını oluşturmaktadır. Teknik kontrol önlemlerinin hukuki korumadan¹¹¹⁴ yararlanması, teknoloji üreticilerini, bireylerin söz konusu ürünle ilişkilerinin, bizzat ürün tarafından kısıtlandığı sistemler geliştirme konusunda teşvik etmiştir.¹¹¹⁵

Fikir ve sanat eserlerinin teknolojik boyutta korunması hukuk alanında tarihsel bir dönüm noktasıdır. Tıpkı yazılı kurallar gibi, sosyal bir konuyu düzenleyen bu yazılımlar, bilinen anlamda hukuki inceleme süreçlerinden geçmezler ve sadece bu bile, birey ve tüketici hakları planındaki kazanımların erozyonu sayılabilir. Ağ veya internet diye adlandırdığımız iletişim ortamı ve buna bağlı sonuçların, önemli ekonomik pazarların yanı sıra girişim ve yatırım olanakları doğurduğu gözlenen bir gerçektir. Ancak ekonominin de ötesine geçen bu insani oluşumun, toplumu ve özellikle devleti¹¹¹⁶, hızla yoğunlaşan şekilde siberetik özellikler gösteren bir yapıya yönelttiği, çalışma yaşamının gündem güne, akıllı yazılımlar tarafından yönetilen bir otomasyona doğru gittiği fark edilebilir.¹¹¹⁷

Yukarıdaki kısa açıklamadan da görüleceği üzere, DRM veya daha genel üst başlık içinde ele alındığında, yazılım yoluyla düzenlemenin, hukuk sistemi içinde insan kararlarına bağımlılığı azalttığı söylenebilir. Tüm bu otomasyon ve *sibernizasyonu* insanlığın geleceği için tehlike olarak görenler açısından DRM, bu olgunun hukuki boyutunu yansıtıyor olması sebebiyle, aynı eleştirilere açıktır. Bu yönüyle DRM sistemleri, insan iradesine ihtiyacı azaltan bir süreci temsil etmektedirler.

¹¹¹³ Burada yapay zeka kavramı geniş anlamda, insanın çalışma hayatındaki fonksiyonunu, sınırlı da olsa, üstlenebilen akıllı yazılımları da içine alacak şekilde kullanılmıştır.

¹¹¹⁴ Patent hakkı da belirli teknik buluşlar üzerinde tekel hakkı tanımakla beraber, bu patent konusu buluşu ticaret mevkiine koyma noktasında bir tekel hakkıdır. Kullanıcıların ve patent konusu buluşa dayalı ürünleri satın alanların, cihazın içini açıp bakmama veya değişiklikler yapmama gibi bir yükümlülükleri yoktur.

¹¹¹⁵ Bu ürünlerin daha ontolojik boyutlu bir incelemesi için bkz. Michael J. Madison, *Law As Design: Objects, Concepts, And Digital Things*, Case Western Reserve Law Review, 2005, Vol.56:2, s.381

¹¹¹⁶ AB ve Türkiye’deki gündem konusu “e-Devlet” kavramı, bu eğilimin bir yansımasıdır.

¹¹¹⁷ Bkz. Heylighen, *The global superorganism: An Evolutionary-cybernetic model of the Emerging network society*. Burada anlatılmak istenen sosyal yapının böyle bir değişime zorlandığıdır. Kuşkusuz sosyal yapılar bu değişim etkisi dışında, çeşitli faktörlerin baskısı altındadır ve bunun gelecekte nasıl sonuçlar doğuracağı bilinemez.

İkinci olarak, DRM sistemleri telif hakkı ve bağlantılı haklara, hukuk sistemlerince getirilmiş kimi sınırlamaları fiilen ve/veya hukuken ortadan kaldırmaktadır. Günümüzdeki pratik sonuçları bakımından DRM sistemlerine yöneltilecek en önemli eleştiri budur.¹¹¹⁸ Söz konusu eser sahibi hakkı sınırlamaları; pek çok farklı ülke hukukunda, eğitim, haberleşme ve eleştiri gibi toplumsal ilerlemeye katkı sağlayan faaliyetleri teşvik amacıyla getirilmiştir ayrıca bir anlamda eser sahibine tanınan tekel hakkı karşılığında, kamusal menfaatler açısından bir denge durumunu ifade eder. Bu kamusal sınırlamaların DRM sistemlerince nasıl gözetileceği söz konusu olduğunda, eserle ilgili kullanımların ne dereceye kadar sözleşmeyle düzenlenebileceği sorusu ortaya çıkmaktadır. Her tür hak gibi, fikrî mülkiyetin de belirli sınırları olduğu ve bu sınırların, hukuki ilişkilerin doğası gereği, duruma göre değişebildiği tartışmasızdır. Son olarak DRM sistemleri, kullanım kolaylığını azaltarak bilgiye ulaşımı çeşitli aşamalara ve süreçlere tabi kılmaktadır.

Diğer yandan, eser sahibi hakkına getirilen sınırlamaları tanımlayabilen meta-data sistemleri ve programlama dilleri sayesinde, söz konusu sakıncaların bir kısmının giderilebileceği savunulmaktadır. Aslında yazılımın esnekliği, hukuki kuralları ve hakkaniyet prensiplerini daha rafine şekilde ele alabilecek tasarımlara uygundur. Yukarıda açıklanan XrML veya diğer programlama dilleri, kopyalama, silme, değiştirme, kiralama, satma, back-up vb. daha pek çok fonksiyonu makine diline dönüştürebilmektedir.

DRM sistemleri genellikle, kullanıcının devreye girerek hukuka uygun taleplerini iletebileceği haberleşme protokolleri içermezler. Bununla ilgili yazılım çalışmaları henüz başlangıç aşamasındadır ve kullanıcı lehine getirilen kanuni sınırlamaların ileri sürülmesine izin veren bir sistem oluşturma yönünde çalışmalar sürmektedir. Ancak DRM sistemlerinde genel olarak tercih edilen ve bugün yayılma eğilimindeki tasarımlar, daha çok kullanımın sınırlandırılmasına odaklanmaktadır.

¹¹¹⁸ Julie E. Cohen, *Copyright and the Jurisprudence of Self-Help*, BERKELEY TECH. L.J., 1998, Vol. 13, s.1141-42

5.6.1. “Ağ tarafsızlığı”(Network Neutrality) ve DRM

Bu noktada, “ağ tarafsızlığı”(network neutrality) ve DRM olgusu gündeme gelmektedir. DRM sistemleriyle ilgili açıklamalarda, sistemin başarısının, global yaygınlığa ve buna ek olarak, donanımların da bu sistemi ve kısıtlamalarını tanıyacak şekilde tasarlanmasına bağlı olduğu görülmüştü. Bunun dışındaki seçenekler, eninde sonunda içeriğe, sistemce belirlenen kullanım biçimleri dışında, erişilebilmesiyle sonuçlanacaktır.¹¹¹⁹ Tüm sunucular (server), işletim sistemleri, bilgisayarlar ve hatta mp3 çalan cep telefonları, DRM ile uyumlu hale getirilmedikçe, istenen sonuç elde edilemeyecektir. Kuşkusuz internet ve internet üzerindeki tüm donanımların kelimenin tam manasıyla, bu yönde dönüştürülmesi mümkün değildir ancak bu, yapımcı-yayıncı endüstrileri ellerinden gelen tüm çabayı harcamaktan alıkoymamaktadır. Bu durumu dengelemenin bir yolu, kullanıcılara, mevcut yetersiz eser sahibi hakkı sınırlamalarının ötesinde, rekabete ve tüketici hukukunun özüne aykırı uygulamalara karşı doğrudan sisteme müdahale edebilme yetkisi vermektir. Oysa özellikle ABD’de yakın dönem için gündemdeki yasama çalışmalarına bakıldığında, uydu/internet yayınları ve genel olarak çoğaltma, yayma hakları bakımından, kullanıcı aleyhine düzenlemeler beklemek doğru olur.¹¹²⁰ DRM sistemlerinin geliştirilmesinde genellikle hak sahipleri yatırımcı durumunda olduklarından, eser sahibi hakkına getirilen sınırlamaları içerecek yazılım ve fonksiyonların nasıl oluşturulacağı sorusu cevapsız kalmaktadır.

DRM kavramı etrafında inşa edilmek istenen yapıda, hemen her tipte eser ilk çıkartılan analog kopyalar tükendikten sonra sadece dijital formatta sunulacak, tüm donanım ve cihazlar dijital şekilde tanımlanmış kurallara uygun olmayan içeriği reddedecek; bütün sunucular “hukuka aykırı” dosya paylaşımlarını engelleyecektir. Bunun gerçekleşip gerçekleşmeyeceği tartışmalı olmakla beraber, içerik sağlayıcılar, internet

¹¹¹⁹ Robert A. Gehring, *Trusted Computing for Digital Rights Management*, INDICARE, 2006, Monitor 2, No. 12, http://www.indicare.org/tikiread_article.php?articleId=179.

¹¹²⁰ Charles W. Bailey, Jr., *Strong Copyright + DRM + Weak Net Neutrality = Digital Dystopia?* .2006, s.14 <http://www.digital-scholarship.com/cwb/DigitalDystopia.pdf>

servis sunucular ve donanım üreticilerinin anlaşması halinde, bu çalışmanın 3. ve 4. bölümlerinde açıklanan hukuki rejim, böyle bir senaryoya imkân vermektedir.

DRM sistemlerinin henüz istenen başarıya ulaşamamış olmasının sebebi, farklı ekonomik aktörlerin, *trusted computing* benzeri uygulamaları destekleyecek global dönüşümlere yanaşmamalarıdır. Gelişmiş ülkelerdeki donanım üreticileri, ürünlerinin fonksiyonlarını sınırlamaları halinde bunun, aynı kural ve kontrollerin bulunmadığı üçüncü dünya üreticileri lehine rekabet avantajı yaratacağını düşünmektedirler. Tüketicilerin kopyalamaya karşı sınırlayıcı fonksiyonlar içeren cihazları tercih etmedikleri veya mecburen etseler bile, bu sınırlamayı kaldırarak teknik modifikasyonları arayıp bulmakta zorlanmadıkları, en azından Türkiye gibi ülkeler açısından bilinen bir gerçektir.

Ancak belirtmek gerekir ki, bu farklı menfaat gruplarının bir şekilde anlaşmaları halinde, internet üzerindeki erişim imkânını çok büyük ölçüde sınırlayacak sistemler, daha bugünden hukuki korumaya kavuşmuştur.¹¹²¹

İnternet kimi tasarım özellikleri nedeniyle bugüne kadar yeni ve farklı uygulamaları destekleyici olmuştur. Bunlardan birincisi, uygulamaların “ağ” üzerinde değil, sunucular(*server*) üzerinden çalışmasıdır. Böylelikle yeni bir uygulama için ağ yapısında herhangi bir değişiklik yapılması gerekmez. İkinci olarak internetin kullandığı basit ve etkin protokol, üzerinde çalışan programlar arasında ayırım yapmaz. Sistem çalıştırılan programlara ilişkin tercihler veya farklı prensipler içermez. İnternet, veri formatları bakımından da tercihte bulunmayan, nötr bir platformdur. Herhangi bir veriyi reddetmesi veya bir diğerine öncelik tanınması söz konusu değildir.¹¹²² İşte bu özellikler hep birlikte, *network neutrality*(ağ tarafsızlığı) diye ifade edilen olguyu ortaya çıkarmaktadırlar.

¹¹²¹ Tüketici bilinci diye tabir edilen kavram, çok soyut şekliyle, alıcıların anlık işlemlerdeki basit avantajlar yerine, kendilerine uzun vadede daha büyük fayda sağlayacak davranışa yönelmesi olarak tanımlanabilir. Bu noktada, tüketicileri internet üzerinde erişim engelleyici kartellerin oluşmasına engel olacak davranışlara yönlendiren sivil toplum hareketleri önem kazanmıştır. *Post-endüstriyel bilişsel kapitalizmde*, kitlelerin gücü “üretim”den değil fakat “tüketim”den gelmektedir. İnsanların global sermaye karşısındaki tek imkânları, satın almayı reddetmek olabilir. Bu anlamda bilinç yaratma konusunda global sivil toplumu hareketine örnek için bkz. www.eff.org ve EK’de yer alan *Creative Commons* lisansları

¹¹²² Lessig, “The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World”, s.36-37, <http://www.free-culture.cc/freeculture.pdf>

Network neutrality kavramsal olarak, internetin hukuka uygun her türlü uygulama, donanım ve içeriğe açık tutulmasıdır. Özellikle internet bağlantısı sağlayan şirketlerin kullanıcılar veya uygulamalar arasında tercih yaratacak sistemsel değişikliklere gidebilmeleri mümkündür. Böylelikle bağlantı hizmetlerinde ayrılmaya giderek kâr marjını yükseltmeyi deneyebilirler. Örneğin yerel servis sağlayıcı, kendi sunucuları üzerindeki veya kendi işlettiği *web* sitelerine daha kolay erişilebilmesi için veri trafiğine müdahale edebilir. 1990'lı yıllarda internetin ticari faaliyetlere açılmasıyla beraber, zaman içinde sistemin bu tarafsız karakterinin zaafa uğrayacağı kaygısı dile getirilmiştir. Özellikle telekomünikasyon ve medya alanında görülen şirket birleşmeleri ve kablolu yayın ile internet bağlantısı hizmetlerinin iç içe geçmesi bu kaygıları desteklemiştir. Bunun en çarpıcı örneği ABD kökenli servis sağlayıcı AOL şirketinin 2006 yılında, biraz da sessizce hizmete soktuğu ücretli e-posta hizmetidir. Buna göre AOL'nin bu hizmetini satın alanlar, *spam*(istenmeyen e-posta) filtrelerince engellenmeyen toplu gönderiler yapabileceklerdir.¹¹²³ Bu uygulama açık şekilde, servis sağlayıcının kâr maksimizasyonu amacıyla hizmetler arasında ayırma gitmesi ve iletişim ağını ödemeli e-postaları öncelikli kabul edecek şekilde geliştirmesidir. Bu örnekler çoğaltılabilir ancak neticede ortaya çıkan, kullanıcılar arasında eşitsizliğin baş gösterdiğiidir.

İnternetin açık mimariden, böyle katmanlı ve bölünmüş bir yapıya geçmesi, hiç şüphesiz gerek teknik ve gerekse düşünsel düzeyde DRM sistemlerinin önünü açmaktadır. Teknik boyutta internet üzerinde servis sağlayıcılar tarafından ayrıcalıklı ve bölünmüş alanlar yaratılması *trusted computing* teknolojisini ve uygulamalarını daha yaygın hale getirecektir. Buna ek olarak, servis sağlayıcının bu şekilde seçilmiş kimi hizmet ve işlemlere öncelik tanıyabilmesi imkânı bir kez sağlanınca; bunu, servis sağlayıcıların belirli yazılım ve faaliyetleri ikinci plana atması izleyecektir. Örnek vermek gerekirse, belirli sayının üstündeki e-postayı ücretlendirmek, rakip *web* sitelerine erişimi engellemek veya yavaşlatmak gibi davranışlar servis sağlayıcıların gelirlerini artırmak için düşünebilecekleri yöntemlerdir. *AT&T* , *Verizon* gibi ABD'nin büyük servis sağlayıcı şirketlerin gelecek planlarına bakıldığında, sadece internet bağlantısının değil internet hizmetlerinin de

¹¹²³ Bkz. http://www.eff.org/news/archives/2006_05.php#004653

ayırışma ve kademelenmeye gideceği söylenebilir. Gelecekte internetin biri yavaş diğeri hızlı ve daha pahalı şekilde iki şeritli bir otoyola benzeyeceği söylenmektedir. Ve bunda hayret uyandırıcı bir şey yoktur.¹¹²⁴ Ağ Tarafsızlığı olgusunun temelinde internetin bilim ve araştırma amaçları doğrultusunda geliştirilmiş olması yatar ve, ticari aktörlerce hedef alınarak ortadan kaldırılmak istenmesinin sebebi burada aranmalıdır. DRM sistemleri, internet mimarisi ve yukarıda açıklanan teknolojik korumaya ilişkin hukuki rejim birlikte ele alındığında; durumun gelecekte bir “dijital distopya”, diğer deyişle “dijital cendere” halini alacağı görülür.

¹¹²⁴ Bailey, s.17

SONUÇ

Buraya kadar görüldüğü üzere, eser sahibi hakkı, bağlantılı haklar ve bu haklara getirilecek sınırlamaların düzenlenişi ülkeden ülkeye belirgin farklılıklar göstermektedir. Bir diğer önemli tespit, ulusal ve uluslararası düzenlemelerdeki teknolojik korumaya ilişkin hükümlerin, tek taraflı ve eserlerin internet üzerinde pazarlanması sorunsalına odaklanmış olmasıdır..

Bu çalışmada farklı bir yaklaşım olarak, eser korumasındaki sınırlamalar ve teknolojik önlemler tüketici hukukuna benzer bir gerekçe içinde, kullanıcı penceresinden değerlendirilmeye çalışıldı. Şurası açıktır ki, fikir ve sanat eserleri hukukunda kullanıcı odaklı bir yaklaşımın önündeki en ciddi engel yukarıda açıklanan WTO/TRIPs rejimidir.¹¹²⁵ Bu çalışmanın pek çok yerinde farklı şekillerde ortaya konulduğu üzere son on yılda, özellikle gelişmiş ülkelerde, eser sahibi hakkına dayalı monopol yapıları güçlendirici düzenlemeler hızla çoğalmıştır. Bu açılımın Türkiye ve benzeri ülkelerdeki sonucu ise, eser korumasına ilişkin tartışmaların, hak sahiplerini güçlendirmek fikrine yoğunlaşması olmuştur.

Açıkça görülmüştür ki günümüzde eser koruması, ifade özgürlüğü, bilgi edinme, eğitim ve kendini geliştirme gibi temel hak ve değerlerle yakından ilgili bir düzenleme alanı haline gelmiştir. Dahası, eser kavramının özünü oluşturan yaratıcı faaliyet, belirli oranda diğer eserlerden faydalanmaya dayanır. O nedenle, diğer eserlerden serbestçe faydalanma imkânlarının daralması, bir noktadan sonra yaratıcı faaliyetin zararına işleyecek ve bilgi kanallarında tekelleşmeye yol açacaktır.¹¹²⁶ Dolayısıyla eser sahipleri ile hakları devralan yapımcı-yayıncı şirketlerin menfaatlerinin, her zaman bir birlik oluşturmadığı, bu iki grubun menfaatlerinin çelişebildiği de görülmelidir.

¹¹²⁵ Bkz. Bölüm 3.4.3.1 ve 3.4.4.4

¹¹²⁶ Jessica Litman, *Copyright as Myth*, University of Pittsburgh LR, 1991, Vol.53, No.235, s.243-244.

Bu çalışmanın değişik yerlerinde vurgulandığı gibi Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, toplumun bilgiden faydalanması ile yaratıcıların teşvik edilmesi ve korunması arasında bir denge kurmak zorundadır. Dijital teknolojiler ve internetle ortaya çıkan durum, bu denge arayışında bir zemin kaymasına işaret etmektedir. Fikir ve sanat eserleri hukuku niteliği itibarıyla, eser sahibine münhasır haklar tanınmasını esas alır ve 90'lı yıllara kadar, yapımcı-yayıncı şirketlerle eser sahipleri arasındaki ilişkiler ekseninde işleyen bir düzenleme alanı olma özelliğini korumuştur. Bu dönemde, bireysel ve gayri-ticari faaliyetlerin eser sahibi hakkını ihlal etmesi, istisnai ve çoğu kez göz ardı edilebilir nitelikteydi. Oysa internetin ortaya çıkışıyla eser sahibi hakları, doğrudan bireylerin internetle ilişkisine müdahale edecek şekilde formüle edilmiş ve bu amaca yönelik hukuki mekanizmalar birbiri ardına yürürlüğe girmiştir. Burada incelendiği üzere, klasik fikir ve sanat eserleri hukukundaki hak tanımlamasının yetersiz kaldığı kimi boşluklar da, 1996 tarihli WIPO Andlaşmaları yoluyla doldurulmuştur. Fikir ve sanat eserleri hukukunun, hak sahipleri ve kullanıcıların bilgi ve kültürden yararlanma biçimlerini düzenler hale gelmesi, eser korumasının bir zemin kaymasına uğradığını gösterir. Fikrî ürünlere ilişkin olarak yapılacak düzenlemeler, eser sahipliği kurumunun sosyal etki alanındaki bu kaymayı dikkate almalıdır.

Fikir ve sanat eserleri hukuku, bireylerin internetle ve bir anlamda bilgiyle olan ilişkilerini düzenler hale geldiği için, kullanıcı yararına sınırlamalar çok daha gereklidir. Ancak diğer yönüyle söz konusu zemin kaymasına bağlı olarak, eser sahibi hakkına kamu lehine tanınması gereken sınırlamalar, eserden ekonomik faydalanma imkânlarını ve özellikle yapımcı-yayıncı endüstrileri çok daha olumsuz etkileyecektir. Görüldüğü gibi söz konusu teknolojik değişim, iki kutuplu, paradoksal bir etkiye sahiptir. 20. yy'ın siyasi ve sosyal oluşumlarındaki temel ayrışma, kapitalist ve sosyalist ideolojilerin çatışmasında ortaya çıkmıştır. Bu çatışmanın 21. yy'da farklı bir boyutta devamı, “özgürlük” ve “kontrol” ikilemi arasında gerçekleşecek gibi görünmektedir.¹¹²⁷

¹¹²⁷ Lessig, *Architecture of Innovation*

Ağın veya başka bir bağlamda yazılımın şekillendirilebilirliğine bağlı olarak gözlenen “sonsuz kontrol” ve “sonsuz özgürlük” paradoksu,¹¹²⁸ eser sahibi haklarının fiziki dünyadaki yaklaşımla elektronik ortama taşınamayacağını açıkça ortaya koymaktadır. Buna sebep, klasik eser korumasının tek yönlü karakterdir. 20. yy. boyunca fikir ve sanat eserleri hukukunun düzenlenişindeki temel çözümlenme, toplumun kültürle ilişkisinin “sanatçı” ve “sanat tüketicisi” ayrımı eksenine oturduğu ve buna bağlı olarak, aracı konumdaki yapımcı-yayıncı şirketlerin sistem için vazgeçilmez olduğu varsayımları üzerine kurulmuştur. İşte bu tek yönlü varsayımlarla yapılandırılan günümüz eser koruması hukuku, bireyin eserle ilişkisinin çok yönlü ve çok katmanlı bir hal alması karşısında, yasaklayıcı hükümler getirmek dışında bir seçenek üretememektedir.

Burada incelendiği üzere, toplumun bilgiden faydalanması açısından ciddi engel teşkil eden ekonomik, teknolojik ve buna bağlı hukuki gelişmelerin doğurduğu sakıncaların nasıl giderileceği, hukukun kendi içinde cevaplandırabileceği bir soru değildir. Çünkü yukarıda belirtilen tek yönlü yapılanma içindeki kurum ve kuralların, toplumun eser kavramıyla ilişkisinde ortaya çıkan farklı boyutları değerlendirebilecek bir dönüşüme uğraması; “toplum”, “bilgi” ve “hukuk” fenomenlerinin karşılıklı ilişkilerinin, kimi politik tercihler ekseninde yeniden ele alınmasını gerektirir.

Bu mesele daha geniş bir perspektifte, toplumların globalleşme ve pazar ekonomileri karşısında kendilerini nasıl tanımlayacakları ile ilgilidir. Diğer bir deyişle, bu konudaki çözümlerin başarılı olabilmesi için global hukuki düzenlemelere ek olarak, global bazı yapısal değişikliklere de ihtiyaç vardır.

Günümüz fikir ve sanat eserleri rejiminin yaratıcı bireyleri korumaktan çok, yapımcı-yayıncı endüstrileri ve onların seçtiği sınırlı sayıda yaratıcı insanın gelirlerini güvenceye kavuşturan bir işlev gördüğü inkâr edilemez. Ne var ki, dijital iletişimle başlayan devrim sonucunda fikir ve sanat eserleri hukukunun konusu “eser”, insanın kültür ve teknolojiyle olan ilişkisinin merkezine yerleşmiştir.

¹¹²⁸ Bkz. Bölüm 2.3

Fikir ve sanat eserleri hukuku açısından bakıldığında eser korumasına ilişkin hukuki rejimin, insanlığın ortak bilgi dağarcığını erişime açık veya kapalı olmak üzere ikiye ayırdığının fark edilmesi ve kamusal bilgi alanıyla, eser koruması arasındaki diyalektiğin dikkate alınması gereklidir. Bu noktada, eser sahibine tanınan münhasır hakların kamusal bilgi alanında daralma anlamına geldiği unutulmamalıdır.

Teorik planda on yılı aşkın zamandır gündemde olsa da, DRM sistemlerinin yakın gelecekte etkin ve genel hale gelmelerinin önünde engeller bulunduğu anlaşılmıştır. Bu durumda, eser korumasına dayalı endüstriler diğer bir strateji olarak, internet kullanımı üzerinden belirli bir fon kesilerek bunun meslek birlikleri yoluyla hak sahiplerine aktarılmasını talep etmektedirler. Bu noktada, yaratıcı eylemin daha geniş kitlelere yayılmasını ve kolektif düzlemde elde edilecek gelirlerin, daha fazla bireyi yaratıcı faaliyet içine çekecek projelerde kullanılmasını sağlayacak tedbirlere ihtiyaç olduğu görülmektedir. Dahası, bilgisayarın sıradan bireyler için yarattığı benzersiz kendini ifade imkânlarının tam olarak değerlendirilebilmesi ve bunların gerçek anlamda bir sosyal faydaya dönüştürülebilmesi; kullanıcı boyutunda yaratıcılığı teşvik edecek farklı bir anlayışı gerektirir. Bilgi-işlem teknolojileri ve internet bireyi hayatın çok değişik alanlarında yaratıcı kılabilecek potansiyeli içermektedir ve insanın kültürle ilişkisinin artık yaratıcı kişiler, yapımcı-yayıncı şirketler ve tüketiciler üçgeninde ele alınması bir zorunluluk olmaktan çıkmıştır. Tarihsel gelişimi içinde fikir ve sanat eserleri hukuku, eserlerin kamuya erişmesinde aracı konumundaki yapımcı-yayıncı endüstrilerin kontrolünde bir seyir izlemiş ve eser sahiplerini güçlendirmek adına aslında, söz konusu sektörlerin beklentileri hayata geçirilmiştir. Hatta gerektiğinde yapımcı-yayıncı sektörlerin piyasa hakimiyetini güçlendirmek adına, eser sahiplerinin hakları geri plana atılabilmektedir.¹¹²⁹

İnternetin sunduğu doğrudan iletişim ve aktarım olanakları, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunun düzenlenişindeki bu sektörel hakimiyeti, çok daha fazla sorgulanır hale getirmiş ve sarsmıştır. Artık eser korumasından bir kurum olarak beklenen, sadece eserin tüketimine ilişkin kuralları belirlemesi değil; “ağ toplumu”nda eserle ilişkisi karşılıklı

¹¹²⁹ Bkz. Bölüm 3.4.2.1.4 ve 3.4.2.1.5, Bern Kon. m.13/1 ve 14bis/2

etkileşime dönüşen bireyin yaratıcı katkısını sosyal faydaya dönüştürmesidir. Dijital teknolojilerin bireysel düzlemde ortaya çıkardığı kendini geliştirme, yaratıcılık ve paylaşım olanakları; ticari medya ve eğlence endüstrisinden bağımsız ve fakat onlarla aynı etkinliğe sahip bir kamusal kültür ve eğlence sektörü yaratmanın, her geçen gün daha mümkün hale geldiğini göstermektedir.

Bu noktada hakların kolektif yönetimi konusunun yeniden ele alınarak, eserlerin internet üzerinde kopyalanması da dâhil, elde edilecek gelirlerin daha eşitlikçi şekilde dağıtılması ve herkese açık toplam eser külliyyatının genişletilmesini sağlayacak bir yaklaşımla kullanılması gerekir. Bu amaca hizmet eden kamusal ve gönüllü girişimler desteklenerek, ticari tekellerden bağımsız ve herkese açık eser üretimi teşvik edilmelidir.¹¹³⁰ DRM sistemleri, fikir ve sanat eserleri hukukunun kamusal boyutunda ciddi bir aşınma yaratırken; internet üzerinde herkese açık bilgi alanının aktif şekilde korunması, kullanıcı cephesinde bir zorunluluk haline gelmiştir. Bunun sağlanabilmesi için, bir tarafını yapımcı-yayıncı endüstrilerin oluşturduğu denklemin, diğer tarafının da oluşturulması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, eserlerin kamuya sunulması ve iletişim ağları üzerinde kullanılması konularında tek yetkili, hak sahipleri veya onların temsilcisi durumundaki meslek birlikleri olamaz. Eser sahibi hakları, kamusal menfaatlerin de temsil edildiği daha geniş katılımlı bir perspektifte değerlendirilme ihtiyacı içindedir.

Bu çalışma içinde yer yer belirtilen, “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Kullanıcı Odaklı Yaklaşım”, şu hedefleri gözetmek durumundadır.

- Bilgi kanallarında tekelleşmenin önlenmesi ve kültürel çoğulculuğun teşviki;
- Ağ tarafsızlığının korunması¹¹³¹ ve elektronik ortamda kullanıcı haklarına saygı;
- Herkesin teknolojik yeniliklerden, keyfi veya maksadını aşan kısıtlamalar olmaksızın faydalanması;

¹¹³⁰ Bu konuda global düzeyde önemli bir gönüllü hareket *Creative Commons* projesidir. Bkz. Emre Bayamlıoğlu, [Creative Commons : "Some Rights Reserved"](http://edergi.linux.org.tr/?~p=dergi&action=show&which=115), Pengence Sayı 5, <http://edergi.linux.org.tr/?~p=dergi&action=show&which=115>

¹¹³¹ Bkz. Bölüm 5.6.1

- Gerek donanım gerekse içerik unsurlarının, karşılıklı işlerlik ve uyum sorunu yaratmaması,
- Özel hayata ve kişi mahremiyetine saygı¹¹³²,

Çalışma içinde çeşitli bağlamlarda, teknolojik önlemler veya DRM sistemlerine karşı olumsuz bir dil kullanılmış olsa da, anlaşılacağı üzere burada eleştiri konusu olan teknolojinin kendisi değil; onun düzenlenişi ve kullanılış biçimidir. Son tahlilde, bir yazılım olan DRM sistemi, kamunun menfaatlerini ve kültürel çoğulculuğu güvence altına alacak şekilde de tasarlanabilir. Bu çalışmanın bir amacı da, dijitalizasyon olgusuna bağlı olarak FSEK’te yapılması muhtemel değişiklikler için farklı bakış açılarının değerlendirildiği, genel bir çerçeve sunmaktır.

¹¹³² Bkz. Bölüm 5.5.2

KAYNAKÇA

- Acun, Ramazan; *İnternet ve Telif Hakları*, Bilgi Dünyası, No.1/1, Nisan 2000, 5-26
- Agre, Philip E.; *Peer to Peer and the Promise of Internet Equality*, Communications of the ACM, Vol.46, Issue 2, 2003, 39-42, <http://polaris.gseis.ucla.edu/pagre/peer.html>
- Aichian, Armen A.; Harold Demsetz, *The Property Right Paradigm*, The Journal of Economic History, Vol.33, Issue 1, March 1973, 16-27
- Aigrain, Philippe; *Positive Intellectual Rights and Information Exchanges*, Michael Century (Ed.), 2003, <http://opensource.mit.edu/papers/aigrain.pdf>
- Aikenhead, Michael; *A Discourse on Law and Artificial Intelligence*, University of Melbourne Law Technology Journal, Vol.5, No.1, 1996, <http://www.law.warwick.ac.uk/lj/5-1c.html>
- Akbıyık, Azra; Arkan, Eser; "Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar", Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005
- Akgün, K ve diğerleri; *İnternet Yayıncılığı ve İnternet Servis Sağlayıcılarının Sorumlulukları, Genel Politikalar ve Düzenleme Örnekleri*", www.bilisimsurasi.org.tr/dosyalar/16.doc.
- Akipek, Şebnem; Esra, Dardağan; *Sanal Ortamda Telif Hakları*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt.21, No.4, Haziran 2001, 44-77
- Akman, Toygar; "Sibernetik Bilimde Devrim, Elektronik Beyin Hukukta Reform", Banka ve Ticaret Hukuku Enst. Yay, Ankara, 1972
- Alford, William P.; "To Steal a Book is an Elegant Offense: Intellectual Property Law and Chinese Civilization", California, Stanford Univ. Press,
- Anand, Bharat; Garetovic, Alexander; *Strategies That Work When Property Rights Don't*, CEA (Center of Applied Economics), Working Paper No.168, 2003, http://www.webmanager.cl/prontus_cea/cea_2003/site/pags/20031010161538.html
- Andersen, Birgitte; Kozul-Wright, Zeljka; Kozul-Wright, Richard; *Copyrights, Competition And Development: The Case of the Music Industry*, UNCTAD(United Nations Conference on Trade and Development) /OSG/DP, No. 145, January 2000
- Andersen, Mads Bryde; *Copyright and Author's Rights - a note on Differences in Legal Culture and Practical Implications - Today and Tomorrow*, University of Copenhagen, 2001 http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/pdf/ve/Andersen_EN.pdf
- Antalya, Gökhan ve diğerleri; "Medeni Hukuk Uygulamaları", İstanbul, Alkım Yay, 2000
- Antalya, Gökhan; "Miras Hukuku", İstanbul, Alkım Yay, 2003
- Aplin, Tanya; "Copyright Law In The Digital Society: The Challenges Of Multimedia" Oxford-Portland- Oregon, Hart Publishing, 2005

- Ardemir, Arzu Genç; "Türk Hukukunda Eser Sahibinin Çoğaltma Ve Yayma Hakkı", Vedat Kitapçılık, 2003
- Arıkan, A. S.; "Fikrî ve Sinaî Hakların Tükenmesi ve Rekabet Hukuku — Uluslararası Ticaret Hukuku Açısından Değerlendirme", *Kültür Bakanlığı işbirliğiyle Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, Fikrî Mülkiyet ve Rekabet Hukuku*, Cilt 1, Ankara, 2002, 754-771.
- Arıkan, A.S.; *Bilgisayar Programlarının Korunması, AB ve Türkiye*, TBB Dergisi, Vol.3, No.4, 1996, 469-304.
- Arıkan, A.S.; *Fikrî Haklar Bağlamında Komşu Haklar ve Türkiye*, İBD, Vol.70, No.4-5-6, s.175-204
- Arıkan, A.S.; *Fikrî-Sinaî Haklarda 'Hakkın Tüketilmesi' Kavramı: AB ve Türkiye*, İKV Dergisi, Nisan- Mayıs, Sayı 129, 1996.
- Arıkan, Serdar; *Fikrî Hakların Etkin Korunması Alanındaki Mevcut Eksiklikler Çözüm Önerileri ve Türkiye'deki Durum*, Legal Fikrî ve Sinaî Haklar Dergisi, Cilt 2, No.2, 2005
- Arkan, Azra; "Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar", İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005
- Arslanlı, halil; "Fikrî Hukuk Dersleri II, Fikir ve Sanat Eserleri", İstanbul, 1954
- Aslan, Adem; "Fikrî Mülkiyet Haklarının Tükenmesi", İstanbul, Beta Yayınları, 2004
- Atamer, Yeşim; "Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi", İstanbul, Beta Yayınevi, 1999
- Ateş, Mustafa; "Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınıflandırılması", Ankara, Seçkin Yay., 2003
- Ateş, Mustafa; *Veri-tabanlarının Hukuki Korunması*, AÜHFD, C.55, Sayı 1, 2006
- Ateş, Mustafa; "The Software Copyright Protection under European Union Law", SPO Publication, Ankara, 1999.
- Ateş, Mustafa; *Avrupa Birliğinde Fikrî Haklara İlişkin Düzenlemeler ve Türkiye*, Legal Fikrî ve Sinaî Haklar Dergisi, Sayı 4, Aralık 2005, 1043-1062
- Aydıncık, Şirin; "Fikrî Haklara İlişkin Lisans Sözleşmesi", İstanbul, Beta Yayınevi, Aralık 2006
- Ayiter, Nuşin; "Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri", 2. Bası, Ankara, Sevinç Matbaası, 1984
- Bains, Manavinder Singh; *Software, Sovereignty And The Internet: Circumventing Chaos Through Trips*; The Columbia Science and Technology Law Review, Vol. 4, 2003
<http://www.stlr.org/html/volume4/bainsintro.html>
- Baldine, Joanne; *Is Human Identity An Artifact? How Some Conceptions Of The Asian And Western Self Fare During Technological And Legal Development*, Society for Philosophy and Technology, Harvard University, Vol. 3, 1997.
http://scholar.lib.vt.edu/ejournals/SPT/v3_n2html/BALDINE.html
- Balkin, J. M.; "Cultural Software: A Theory Of Ideology," New Haven, Yale Univ. Press 2003.
- Barker, J. Cam; *Grossly Excessive Penalties in the Battle Against Illegal File-Sharing: The Troubling Effects of Aggregating Minimum Statutory Damages for Copyright Infringement*, Texas Law Review, Vol. 83, No.2, 2004, 525-559 <http://ssrn.com/abstract=660601>

- Barlow, John Perry; *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, Feb. 8, 1996, <http://homes.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>
- Barlow, John Perry; *Chapter 2 The Coyote*, "Digerati: Encounters with the Cyber Elite", (ed) John Brockman, 1996, <http://www.edge.org/documents/digerati/Barlow.html>
- Baron, Jane B.; *Property and No Property*, Houston Law Review, Vol.42, No. 5, 2006, 1425-1447
- Baron, Paula; *Databases and the Commodification of Information*, Copyright Society of the U.S.A., 2003, 131-163.
- Barthes, Roland; *The Death of the Author*, "Image-Music-Text" , Stephen Heath (Çev.),1967.
- Bartow, Ann; *Copyrights and Creative Copying*, UOLTJ (University of Ottawa Law & Technology Journal) Vol. 1, 2003, 2004, 75-102, <http://ssrn.com/abstract=515582>
- Bastani, Behfar; Dennis, Fernandez; *Intellectual Property Rights in Nanotechnology*, 2002 , <http://www.ipsociety.net/Nanotech1.pdf>
- Baş, M.; *Genel Olarak Rekabet Kuralları Karşısında Lisans Sözleşmelerinin Durumu*, FMR, Vol.1, 2001, 79-88.
- Baudrillard, Jean; "Cool Anılar- III-IV (1990-2000)", Yaşar Avunç(Çev.), İstanbul, Ayrıntı Yay., 2004
- Baudrillard, Jean; "Simulacra and Simulation" Sheila Faria Glaser (çev). Ann Arbor: University of Michigan, 1994
- Baudrillard, Jean; "Tüketim Toplumu", Hazal Deliceçaylı ve Ferda Keskin (Çev.), 2. Bası, İstanbul Ayrıntı Yay., 2004
- Bayamlıoğlu, Emre; *Bilişim Teknolojileri ve Fikrî Hukuk İlişkisi*, Güncel Hukuk Dergisi, Ekim 2006, s.28-
- Bayamlıoğlu, Emre; *P2P Yazılım ve Telif Haklarının Hukuki Geleceği* , Güncel Hukuk Dergisi, sayı 23, Kasım 2005, 54-58
- Baytan, Dilek Karakuzu. "Fikir Mülkiyeti Hukuku Kavramlar", İstanbul, Beta Yayınevi, 2005.
- Beard, Joseph J.; *Computer Generated Synthetic Actors - A Novel Challenge For Copyright Law*, Copyright World, Issue 38, March 1994, 24-31
- Bechtold, Stefan; *The Present and Future of Digital Rights Management - Musings on Emerging Legal Problems*, "Digital Rights Management – Technological, Economic, Legal and Political Aspects", (ed.)Eberhard Becker ve diğerleri, Berlin, Springer, 2003, 597-654, http://www.jura.uni-tuebingen.de/bechtold/pub/2003/Future_DRM.pdf
- Bechtold, Stefan; *Digital Rights Management in the United States and Europe*, American Journal of Comparative Law ,Vol.52, 2004, 323-382 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=732825
- Bechtold, Stefan; *Value-centered design of Digital Rights Management*, 2004 http://www.indicare.org/tiki-read_article.php?articleId=39
- Beer, F.A.; *A Review of: Evolutionary Paradigms in the Social Sciences.1997*, Special Issue, International Studies Quarterly, Vol.40, 1997, s.3

- Belen, H.; "Eser Sahibi ve Manevî Haklan" KHFD, No. 1, 1997, 14-249.
- Belkin, Danny; *Evolution and the Internet: Toward A Networked Humanity?* 2001, KurzweilAI.net <http://www.kurzweilai.net/meme/frame.html?main=/articles/art0132.html>
- Ben Goertzel, "The Hidden Pattern: A Patternist Philosophy of Mind", Brown Walker Press ABD, 2006
- Benjamins, Richard (Ed.); "Law and the semantic web : legal ontologies, methodologies, legal information retrieval, and applications", - Berlin, Heidelberg, Springer, 2005. (Lecture notes in artificial intelligence; 3369: Subseries of lecture notes in computer science)
- Benkler, Yochai; *Free As the Air to Fair Use: First Amendment Constraints On Enclosure of the Public Domain*, N.Y.U.L. Rev. (New York University Law Review), Vol. 74, 1999, 354-446
- Benkler, Yochai; *Freedom in the Commons: Towards A Political Economy of Information*; Duke L. J., Vol.52, No.1245, 2003, <http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?52+Duke+L.+J.+1245>
- Benkler, Yochai; *From Consumers to Users: Shifting the Deeper Structures of Regulation*, Federal Communications Law Journal, Vol. 52, 2000, 561-568
- Benkler, Yochai; *Intellectual Property And The Organization Of Information Production*, International Review of Law and Economics, Vol.22, 1992, 81-107. <http://ideas.repec.org/a/eee/irlaec/v22y2002i1p81-107.html>
- Benson, Bruce L.; *The Spontaneous Evolution of Cyber Law: Norms, Property Rights, Contracting, Dispute Resolution and Enforcement Without the State*, Journal of Law Economics and Policy, July 2005, <http://www.sjsu.edu/depts/economics/faculty/powell/docs/econ206/Cyber-Law-Evolution.pdf>
- Benson, Jeffrey R.; "Copyright Protection for Computer Screen Displays", 1988, 1123-1158
- Benyacar, David S; *Mathematical Algorithm Patentability: Understanding the Confusion*, Rutgers Computer & Technology Law Journal, Vol 19, 1993.
- Berber Keser, Leyla ve diğerleri; *Sayısal Haklar Yönetimi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, 2006 http://bthukuku.bilgi.edu.tr/pages/left_07.asp
- Berber, Leyla Keser; *İnternette eser sahipliği hukuku sorununa getirilen teknik çözümler: Steganografi (Data Hiding; Veri Gizleme) ve digital watermarking (Digital işaretleme)*, 75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı
- Berber, Leyla Keser; "İnternet Üzerinden Yapılan İşlemlerde Elektronik Para ve Dijital İmza" Ankara, Yetkin Yay, 2002
- Bergstorm, Theodore C.; *Evolution of Social Behavior: Individual and Group Selection*, Journal of Economic Perspectives, Vol. 16, No. 2, 2002, s. 67, <http://www.econ.ucsb.edu/~tedb/Evolution/groupselection.pdf>
- Bernstorff , Jochen von; *Legal Culture The Discovery of Technological Law in the Digital Bukovina: Lawrence Lessig's Code and Other Laws of Cyberspace*, J German Law Journal, Vol. 2, No. 17, November 2001 <http://www.germanlawjournal.com/print.php?id=110>
- Bettig, Ronald V.; "Copyrighting Culture: The Political Economy Of Intellectual Property" Westview Press, 1996

- Bide, Mark; *Open Archives and Intellectual Property – conflicting world views?*, report for the Open Archives Forum, November 2002
- Bing, Jon; *Legal Decisions and Information Systems*, Trygve Harvold. Oslo: Universitetsforl. Publications of the Norwegian Research Center for Computers and Law, No. 5, 1977
- Blakeney, Michael; *Intellectual Property in the Dreamtime- Protecting the Cultural Creativity of Indigenous Peoples*, Oxford Intellectual Property Research Centre Research Seminar, 9 November 1999
- Bloom, Allen; Parker, von Flook; *Patent Law, Patentable Subject Matter, Computer Software*, New York School Law Review, Vol. 24, 1979, 975-984
- Boella, Guido; van der Torre, Leendert; *Constitutive Norms in the Design of Normative Multiagent Systems*, CLIMA (Computational Logic in Multi-Agent Systems), No.6 , 2005, 303-319
<http://clima.deis.unibo.it/papers/41-boella.pdf>
- Boldrin, Michele; David K. Levine; *The Economics of Ideas And Intellectual Property*, Federal Reserve Bank of Minneapolis, Staff Report, No.357, 2004
<http://ideas.repec.org/p/fip/fedmsr/357.html>
- Boldrin, Michele; *The Case Against Intellectual Property and David K. Levine*, CEPR Discussion Paper, No.3273, 2002
- Borges, Barbosa Denis; *Counting Ten for TRIPs: Author Rights and Access to Information - A Cockroach's View of Encroachment*, 2005, s. 19, <http://ssrn.com/abstract=842564>
- Botta, Sisir; Christopher Tsai; *Globalization is a Catalyst for Change in Intellectual Property Systems: Case Studies in India and China*, May 2004
<http://ocw.mit.edu/OcwWeb/Electrical-Engineering-and-Computer-Science/6-901Fall-2005/Projects/index.htm>
- Boudourides, Moses A.; *A Review Of Network Theories On The Formation Of Public Opinion*, EURICOM Colloquium 2002, <http://www.math.upatras.gr/~mboudour/articles/ntpo.pdf>
- Boulton, Warren, R. Frederic, Kenneth C. Baseman; *The Economics of Intellectual Property Protection For Software: The Proper Role for Copyright*, ECON, WPA, 1995
<http://elsa.berkeley.edu/~woroch/softcopy.pdf>
- Bowles, Samuel; Jung-Kyoo, Choi; *The First Property Rights Revolution*, SFI (Santa Fe Institute) Working Paper, No. 061, 2002
<http://www.santafe.edu/research/publications/workingpapers/02-11-061.pdf>
- Bowrey, Kathy; *Copyright, Photography & Computer Works- The Fiction Of An Original Expression*, University of New South Wales Law Journal (1995) 278-299
<http://www.chickenfish.cc/copy/Publications/Photography.pdf>
- Bowrey, Kathy; *Retrospective Futures? Law, technology and copyright control in cyberspace*, Conference Paper, 'Of Languages and Laws', Tenth Annual International Conference of the Law and Literature Association of Australia, July 7-9 2000.
<http://www.chickenfish.cc/copy/Publications/Retrofutures.pdf>
- Boyd, R. ; P. J. Richerson, *Culture and the Evolution of the Human Social Instincts*.
<http://www.sscnet.ucla.edu/anthro/faculty/boyd/WennerGren0305.pdf>

- Boyle, James; *A Manifesto on WIPO and the Future of Intellectual Property*, Duke Law and Technology Review, No.9, 2004
<http://www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/PDF/2004DLTR0009.pdf>
- Boyle, James; *A Nondelegation Doctrine For The Digital Age?*, Duke L. J., Vol. 50, No.5, 2000,
<http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?50+Duke+L.+J.+5>
- Boyle, James; *A Politics Of Intellectual Property: Environmentalism For The Net*; Duke L. J. Vol. 47, No.87, 1997, <http://www.law.duke.edu/journals/dlj/articles/dlj47p87.htm>
- Boyle, James; *Cruel, Mean, or Lavish? Economic Analysis, Price Discrimination and Digital Intellectual Property*, Vanderbilt Law Review, Vol.53, No.6, 2000, 2007-2039
- Boyle, James; *Predictions in Technology Law and Policy for 2006*, Duke Law and Technology Law Review, February 2006, <http://www.law.duke.edu/journals/dltr/>
- Boyle, James; *The Second Enclosure Movement And The Construction Of The Public Domain*, Law And Contemporary Problems, Vol.66, Winter- Spring 2003, 33-74.
- Boytha, G.; *WIPO-Glossary of Terms of the Law of Copyright and Neighbouring Rights*, Geneva 1980.
- Bozbel, Savaş; “İnternet Alan Adlarının Korunmasında ICANN Tahkim Tüzüğü”, Ankara,Seçkin Yay., 2006.
- Brander, Matthews, *The Evolution of Copyright*, Political Science Quarterly, Vol. 5, Issue. 4, 1980,
- Brazier, Frances; Anja Oskamp; Corien Prins; Maurice Schellekens; Niek Wijngaards; *Law-abiding and Integrity on the Internet: A Case for Agents Artificial Intelligence and Law* , 2004 , 5-37
- Brennan, David J.; *The Three- Steps Test Frenzy-Why the TRIPS Panel Desicionmight be considered Per Incuriam, I.P.Q.*(Intellectual Property Quarterly), No.3 , 2004, 212-225
- Breslow, Marc; Allen, R. Ferguson;Larry, Haverkamp; *An Analysis of Computer and Photocopying Copyright Issues from the Point of View of the General Public and the Ultimate Consumer*, National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works, Washington, Public Interest Economics Center, 1977. <http://digital-law-online.info/CONTU/contu46.html>
- Brogan, John J.; *Speak & Space: How the Internet is Going to Kill the First Amendment as We Know It*, Va. J.L. & Tech. Vol. 8, 2003
- Brown, Stephen P. A.; Gruben, William C.; *Intellectual Property Rights and Product Effectiveness*, Federal Reserve Bank Of Dallas Economic Review Fourth Quarter, 1997, 15-20
- Burk, Dan L. ; *Lex genetica: The Law and Ethics of Programming Biological Code*, Ethics and Information Technology, Vol. 4, 2002, 109-121
<http://www.student.cs.uwaterloo.ca/~cs492/papers/biocode.pdf>
- Burk, Dan L.; *Anti-Circumvention Misuse*, Minnesota Public Law, Research Paper, No.02-10, 2002
- Burk, Dan L.; Cohen, Julie E.; *Fair Use Infrastructure For Rights Management Systems*, Harvard Journal of Law & Technology, Vol.15, No. 1, 2001
<http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/15HarvJLTech041.pdf>

- Burk, Dan L.; *Legal and Technical Standards in Digital Rights Management Technology*, Minnesota Legal Studies Research Paper, No. 05-16, April 2005, <http://ssrn.com/abstract=699384>
- Burk, Dan L.; Lemley, Mark A.; *Is Patent Law Technology-Specific?*, Berkley Tech. Law Journal , Vol. 17, 2002., http://ssrn.com/abstract_id=349761
- Burk, Dan L.; *Proprietary Rights in Hypertext Linkages*, JILT(The Journal of Information, Law and Technology), Vol. 2, 1998, http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/1998_2/burk/
- Burkitt, Daniel; *Copyright Culture- The History and Cultural Specificity of the Western Model of Copyright, I.P.Q.* (Intellectual Property Quarterly), 2001, No:2, 146-186.
- Burrell, Robert:"Copyright Exceptions in Europe: The Digital Impact." ,Vol. 6, New York,12 Cambridge University Press 2005
- Calaba, Victor F., *Quibbles'n Bits: Making a Digital First Sale Doctrine Feasible*, Mich. Telecomm. Tech. L. Rev. Vol.9, No.1, 2002, <http://www.mttl.org/volnine/calaba.pdf>
- Calderini, Mario; Scellato, Giuseppe; *Intellectual Property Rights As Strategic Assets: The Case of European Patent Opposition In the Telecommunication Industry*, CESPRI(Centro di Ricerca sui Processi di Innovazione e Internazionalizzazione), Working Papers, No 158, July 2004
- Camp, L. Jean ; *DRM: Doesn't Really Mean Digital Copyright Management*, John F. Kennedy School of Government Harvard University Faculty Research Working Papers Series, 2002 http://ssrn.com/abstract_id=348941
- Can, Cahit; "Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi", Seçkin Yayınları, 2 .Baskı, Ankara 2002,
- Can, Cahit; *Hukuk ve Matematik*, HFSA, Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar –II Sempozyumu, Bildiriler 3
- Canbeyli, Reşit; "Darwin Kuramı Seçme Yazılar, Eleştiriler", Hürriyet Vakfı Yayınları,İstanbul, 1986,
- Canbek, Gürol; Şeref Sağıroğlu, "Casus Yazılımlar ve Korunma Yöntemleri", Ankara, 2006, 17-52
- Carbonara, Emanuela; *Law, Social Norms and the Evolution of Conflicts*, Department of Economics, University of Bologna, 2005,
- Carey, James W. ; "Communication as Culture: Essays on Media and Society" New York: Routledge, 1989.
- Carlaw, Kenneth; Les, Oxley; Paul ,Walker; *Beyond The Hype: Intellectual Property And The Knowledge Society/Knowledge Economy*, Journal of Economic Surveys, Vol. 20, No. 4, 2006, s.632
- Carlton, Dennis W.; Gertner, Robert H.; *Intellectual Property, Antitrust and Strategic Behaviour*, NBER Working Paper, No. W8976, 2002 <http://ssrn.com/abstract=315326>
- Carrier, Michael A.; *Cabining Intellectual Property Through A Property Paradigm*; Duke L. J. Vol. 54, No.1, 2004, <http://www.law.duke.edu/journals/dlj/articles/dlj54p1.htm>
- Carrol, Micheal W.; *Creative Commons and the New Intermediaries*, Michigan State Law Review, Symposium, 2005, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=782405

- Castells, Manuel; "Enformasyon Çağı : Ekonomi Toplum ve Kültür, Ağ Toplumunun Yükelişi", 1. Cilt, (çev. Ebru Kılıç), İstanbul 2005,
- Castells, Manuel; "The Information Age: Economy, Society, and Culture", New Millennium Edition, 2000;
- Castells, Manuel; *Information Technology, Globalization and Social Development*, UNRISD (United Nations Research Institute For Social Development), Discussion Paper, No. 114, 1999
http://www.uoc.edu/in3/hermeneia/sala_de_lectura/castells_information_technology.htm
- Castells, Manuel; *Materials for an Exploratory Theory of the Network Society*, British Journal of Sociology, Vol. 51, No.1, 2000, 5–24
http://www.georgetown.edu/faculty/irvinem/CCT510/Sources/Castells-Theory_of_Network_Society-2000.pdf
- Cavoukian, Ann; *Privacy and Digital Rights Management (DRM): An Oxymoron*, 2002.
<http://www.ipc.on.ca/images/Resources/up-1drm.pdf>
- Center for Democracy & Technology; *Protecting Copyright and Internet Values :A Balanced Path Forward*, Version 1.0, Spring 2005 <http://www.cdt.org/copyright/20050607framing.pdf>
- Chander, Anupam; Sunder, Madhavi; *The Romance of the Public Domain*, California Law Review, Vol. 92, 2004, 1331-1374, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=562301
- Chenwei, Zhu; *In Code, We Trust? Regulation and Emancipation in Cyberspace*, SCRIPT-ed. (Scottish, Center for Research in Intellectual Property and Technologies), Vol. 585, 2004
<http://www.law.ed.ac.uk/AHRB/script-ed/issue4/zhu.asp>
- Chomsky, Noam; "Language and Problems of Knowledge"; MIT Press, Cambridge., 1988
- Chong, Cheun Ngen; *Experiments in Rights Control Expression and Enforcement*, University of Twente, 2005, <http://www.ctit.utwente.nl/library/phd/2005/chong.pdf>
- Chuang, John; *In Search of Homo Swappus: Evolution of Cooperation in Peer-to-Peer Systems*, IEEE (The Institute of Electrical and Electronics Engineers) Conference on P2P Computing, September 2005 <http://p2pecon.berkeley.edu/ppt/swappus.pdf>
- Ciro, Tony; *The Scarcity of Intellectual Property*, JILT(The Journal of Information, Law and Technology), Vol.1, 2005
- Clarke, Roger; *How Do You Cope With Censorship?*, IT Services Executives' Invited Address to CAUDIT, 1996, <http://www.anu.edu.au/people/Roger.Clarke/II/CensCope.html>
- Clippinger, John; David Bollier; *A Renaissance of the Commons: How the New Sciences and Internet Are Framing A New Global Identity and Order*, 2003,
<http://cyber.law.harvard.edu/people/RenaissCommon12.07.03.pdf>
- Cohen, Julie, E.; *DRM and Privacy*, Berkeley Technology Law Journal, Vol. 18, 2003
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=372741
- Cohen, Julie E. Cohen; *Copyright, Commodification, and Culture: Locating the Public Domain, "The Future of the Public Domain"*, Guibault & Hugenholtz, (ed) Kluwer Law International, 2006, 121-166 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=663652

- Cohen, Julie E.; *A Right to Read Anonymously: A Closer Look At ' Copyright Management' in Cyberspace*, 28. Conn. L. Rev. (Connecticut Law Review), Vol.981, 1996
- Cohen, Julie E.; *Copyright and Perfect Curve*, Vand. L. Rev. (Vanderbilt Law Review), Vol. 53, 2000, s. 1799
- Cohen, Julie E.; *Cyberspace As/And Space*, Columbia Law Review, Vol. 107, 2007
www.law.georgetown.edu/faculty/jec/cyberspace.pdf
- Cohen, Julie E.; *Overcoming Property: (Does Copyright Trump Privacy?)*, Journal of Law, Technology & Policy, Vol.2003, No.1, 2003.
<http://www.law.georgetown.edu/faculty/jec/overcomingproperty.pdf>
- Cohn Cindy, A.; James Grimmelman, *Seven Ways in Which Code Equals Law (And One in Which It Does Not)*, "Code: The Language Of Our Time" 20, Gerfried Stocker, Christine Schöpf (Ed.), 2003, http://www.aec.at/en/archives/festival_archive/ .
- Cook, Trevor M.; "EU Intellectual Property Law", Richmond: Richmond Law & Tax, 2005
- Corning, Peter A.; *Control Information: The Missing Element In Norbert Wiener's Cybernetic Paradigm*, Kybernetes the International Journal of Systems and Cybernetics, Vol.30, No.9, 2001, 1272-1288
- Corning, Peter A.; *The Evolution Of Politics*, Franz Wuketits, Christoph Antweiler, (Ed.), "Handbook of Evolution", Vol. 1, 2004,
- Cornish, William R.; *The Author as Risk-Sharer*, Columbia Journal of Law and the Arts, Vol 26, No. 1, 2003, <http://www.oiprc.ox.ac.uk/EJWP0304.pdf>
- Correa, Carlos M; Issues and options surrounding the protection of traditional knowledge, discussion paper, QUNO(The Quaker United Nations Office), November 2001
<http://www.iucn.org/themes/pbia/themes/trade/training/TK%20and%20Intellectual%20Property.pdf>
- Cosmides, Leda; Toby, John; *Neurocognitive Adaptations Designed for Social Exchange*, "Evolutionary Psychology Handbook". David M.(Ed.), 2005
- Cottier, Thomas(Ed.); "Intellectual Property:Trade, Competition, and Sustainable Development", The University of Michigan Press, Michigan, 2003.
- Coulter, Jeff; *Marxism and Engels Paradox*, The Socialist Register, 1971, 129-156
- Coyle, Karen; *The Technology of Rights: Digital Rights Management*, Library of Congress, November, 2003, <http://www.ctit.utwente.nl/library/phd/2005/chong.pdf>
- Crews, Kenneth D.; Ramos, Jacque; *Comparative Analysis of International Copyright Law Applicable to University Scholarship*, Copyright Management Center Indiana University Purdue University Indianapolis, November 10, 2004
http://copyright.surf.nl/copyright/files/International_Comparative_Chart_ZwolleIII_1104.pdf
- Cunard; Hill; Barlas; *Current Developments In The Field Of Digital Rights Management*, WIPO Standing Committee On Copyright And Related Rights, Tenth Session Geneva, November 3 to 5, 2003, s.4, http://www.wipo.int/documents/en/meetings/2003/sccr/pdf/sccr_10_2.pdf

- Cunningham, Alan ; *Rights Expression on Digital Communication Networks: Some Implications for Copyright*, International Journal of Law and Technology, Vol.13, No.1, 2005, 1-38, www.ijlit.oupjournals.org
- Cuomo, Peter; *Claiming Infringement Over Three Notes Is Not Preaching To The 'Choir': Newton V. Diamond And A Potential New Standarts In Copyright Law*, B. U. J. SCI. & TECH. L. (Boston University Journal of Science and Technology Law), Vol.10, No. 1, 2004 <http://www.bu.edu/law/central/jd/organizations/journals/scitech/volume101/cuomo.pdf>
- Curry, Philip A.; *Copyright, Copy Protection and Feist*, University of Western Ontario Department of Economics Working Papers, September 1998 <http://econpapers.repec.org/paper/uwouwowop/9808.htm>
- Çakmakçı, Ramazan; *Telif Hakları ve Devlet*, Legal Fikrî ve Sınaî Haklar Dergisi, Sayı. 4, Aralık 2005
- Çolak, Uğur; *Topluluk ve Türk Hukukunda Veri Tabanlarına Sağlanan Sui Generis Koruma ve Spinn-Off Teori*, Ankara Barosu Fikrî Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, 2005, C. 5, Sayı 1,
- D'Agostino, Giuseppina; *Copyright Treatment of Freelence Work in the Digital Area*, Computer & High Technology Law Journal, Vol.19, 2002, 37-110. <http://users.ox.ac.uk/~edip/dagostino.pdf>
- Dafermos, George N.; *The critical delusion of the condition of digitisation or the prosecution of sharing and seduction*, Version 1.0, January 7, 2005 http://hyperdrome.net/people/dafermos/21c3/delusion_of_digitisation.html
- Dam, Kenneth W.; *Intellectual Property and the Academic Enterprise*, Chicago John M. Olin Law & Economics Working Paper, No. 68, <http://ssrn.com/abstract=166542>
- Damich, Edward J.; *The Right of Personality: A Common-Law Basis for the Protection of the Moral Rights of Authors*, GA. L. REV. Vol. 23, No. 1, 1988,
- Damsted, Benjamin G.; *Limiting Locke: A Natural Law Justification for the Fair Use Doctrine*, The Yale Law Journal, Vol. 112, 2003, 1179-1221 <http://www.yalelawjournal.org/pdf/112-5/DamstedtFINAL.pdf>
- Dardağan, Esra; " Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanun'lar İhtilafı", Ankara, Betik Yayınları, 2000
- Darling, Roderick, Marvin Friedlander; *B. Intellectual Property* <http://www.irs.gov/pub/irs-utl/topicb.pdf>
- David, Paul A.; *A Tragedy Of The Public Knowledge 'Commons'? Global Science, Intellectual Property and The Digital Technology Boomerang*, SIEPR Discussion Paper, No. 00-02, October 2004, <http://siepr.stanford.edu/papers/pdf/00-02.html>
- David, Paul A.; *The Digital Technology Boomerang: New Intellectual Property Rights Threaten Global "Open Science"*, 2000, <http://econpapers.repec.org/paper/wpawuwpc/0502012.htm>
- David, Paul A.; *Towards A Cyberinfrastructure For Enhanced Scientific Collaboration: Providing its Soft' Foundations May Be The Hardest Part*, Oxford Internet Institute, Research Report, No.4, 2004, <http://www.spatial.maine.edu/icfs/David-Cyberinfrastructure.pdf>

- Davison, Mark J.; Hugenholtz, B. Bernt; *Football Fixtures, Horse Races and Spin-offs: the ECJ Domesticates the Database Right*. EIPR (European Intellectual Property Review), Issue.3, 2005, http://www.ivir.nl/publications/hugenholtz/EIPR_2005_3_databaseright.pdf
- Davison, Mark J.; *The Legal Protection of Databases*, Cambridge Studies in Intellectual Property Rights Series, No. 5, 2003
<http://www.cambridge.org/catalogue/catalogue.asp?isbn=0521802571>
- Dawkins, Richard; "The Selfish Gene", Oxford, 1976; 2nd. ed. 1989;
- Dawkins, Richard; "The Blind Watchmaker", Londra, 1986
- De Robbio, Antonella; *Right to access to contents versus intellectual property rights in the Global Information Infrastructure*, Proceedings International Conference Electronic Resources: Definition, Selection and Cataloging, 2001, 353-368
- Deakin, Simon; *Evolution For Our Time: A Theory of Legal Memetics*, ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge Working Paper, No. 242, September 2002
- Deibert, Ronald J.; *Black Code: Censorship, Surveillance, and the Militarization of Cyberspace*, International Studies Association Conference, Portland, Ore 2003
http://www.ssrc.org/programs/itic/publications/ITST_materials/blackcode.pdf
- Denkel, Arda; "Bilginin Temelleri", Metis Yayınları, İstanbul, 1998,
- Dennett, Daniel; "Darwin's Dangerous Idea", Harmondsworth, 1995.
- Deveci, Hasan; *Databases: Is Sui Generis a Stronger Bet Than Copyright?* International Journal of Law and Information Technology, Vol. 12, No.2, 2004, 178-208.
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=915116
- Dhamija, Rachna; Wallenberg, Fredrik; *A Framework for Evaluating Digital Rights Management Proposals* <http://www.ischool.berkeley.edu/~fredrik/research/papers/EvaluatingDRM.html>
- Dietz, A.: *The Moral Right of the Author: Moral Rights and the Civil Law Countries" ALAI Congress: Antwerp 1993*, Colombia-VLA Journal of Law & the Arts, Vol.19, 1995
- Dietz, Adolf; "Copyright Law in the European Community", Sijthoff & Noordhoff, Alphen aan den Rijn, 1978
- Digital Rights Management(Ed.); "Technological, Economic, Legal and Political Aspects", Berlin, Springer, (Lecture notes in computer science ; 2770) 2003
- Dixon, Pdraig; Greenhalgh, Christine; *The Economics of Intellectual Property: A Review to Identify Themes for Future Research*, University of Oxford, Economics Series Working Papers, No: 135, November 2000, <http://econpapers.repec.org/paper/oxfwpaper/135.htm>
- Dixon, Rod; *Does the DMCA Violate a Constitutional Mandate When Technological Barriers of Access Are Applied to Software?*, Va. J.L. & Tech. (Virginia Journal of Law and Technology), Vol. 8, No. 2, 2003,
- Doctorow, Cory; *Digital Rights Management: A Failure in the Developed World, A Danger To The Developing World*, For the International Telecommunications Union, ITU-R Working Party 6M Report on Content Protection Technologies, http://www.eff.org/IP/DRM/drm_paper.pdf

- Douglas, Guy; *Copyright and Peer-To-Peer Music File Sharing: The Napster Case and the Argument Against Legislative Reform E Law*, Murdoch University Electronic Journal Of Law, Vol. 11, No. 1, 2004, <http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v11n1/douglas111.html>
- Drahos, Peter; "A Philosophy of Intellectual Property", 3rd ed., İngiltere, Ashgate, 1996
- Drassinower, Abraham; *Labour and Intersubjectivity: Notes on the Natural Law of Copyright*, Stanford/Yale Jr. Faculty Forum Paper, No. 01-06 , 2001, <http://ssrn.com/abstract=275470>
- Drassinower, Abraham; *Labour and Intersubjectivity: Notes on the Natural Law of Copyright*, University of Toronto, Public Law, Research Paper, No:01-06-2001
http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=275470
- Drefuss, Rochelle Cooper (Ed.); "Expanding the Boundaries of Intellectual Property Innovation policy for the Knowledge Society", Oxford University Press, Oxford, 2001
- Dreier, Thomas K.; *Copyright Digitized:Philosophical Impacts And Practical Implications For Information Exchange In Digital Networks*,
http://www.ira.uka.de/~recht/deu/iir/dreier/publications/dreier_Copyright_Digitized.pdf
- Druey, Jean Nicolas; *Information Can Not Be Owned*, Harvard Law School The Berkman Center for Internet & Society, Research Paper, No. 2004-5,
<http://cyber.law.harvard.edu/home/uploads/339/Druey.pdf>
- DPT Sekizinci 5 Yıllık Kalkınma Planı Fikrî Haklar Özel İhtisas Komisyonu Raporu, s.42
- Dumortier, Jos.(Ed.), "A Decade of Research @ the Crossroads of Law and ICT", Larcier, Brusells, 2001
- Durham, Alan L.; *Copyright and Information Theory: Toward an Alternative Model of Authorship*, BYU(Brigham Young University) Law Review, 2004: <http://ssrn.com/abstract=487562>
- Dworkin, M.; *The Model of Rules*, U. CHI L. REV., 1967, Vol. 35, 14-25
- Dyson, Esther; *Intellectual Value*, Wired Magazine, Issue.3, July 1995
<http://www-swiss.ai.mit.edu/6805/articles/int-prop/dyson-wired-7-95.html>
- Easterbrook, Frank H.; *Cyberspace and the Law of the Horse*, U. CHI. LEGAL F.,Vol. 207, 1996.
- Eckersley, Peter; *Virtual Markets For Virtual Goods: The Mirror Image Of Digital Copyright?*, Harvard Journal of Law & Technology, Vol. 18, No.1, Fall 2004
<http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=2042&context=expresso>
- Edbauer, Jenny; *Writing in Extimacy: A Review of Greg Ulmer's Internet Invention* , Enculturation, Vol. 4, No. 2, Fall 2002
- Edward W. Ploman; L. Clark Hamilton; "Copyright Intellectual Property in the Information Age", Routledge & Kegan Paul, Londra, 1980
- Egbert J. Dommering (Ed), "Information Law Series-1, Protecting Works of Fact Copyright, Freedom of Expression and Information Law", Kluwer Law, Taxation Publishers , Deventer, Boston, 2001
- Ehrlich Isaac, Richard Posner; *An Economic Analysis of Legal Rulemaking*, J. Legal Stud., Vol. 3 1974, 257- 278
- Ehrlich P.R., Levin S.A., *The Evolution of Norm*, PLoS Biol. Vol.3, No.6, 2005,

- Einhorn I, Michael A.; *Copyright, Prevention and Rational Governance: File sharing and Napster*, Columbia Journal of Law & the Arts, 2002
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=342901
- Elgar, Edward; *A Network Society: A Cross-cultural Perspective; Informationalism, Networks, And The Network Society: A Theoretical Blueprint*, Manuel Castells(Ed.), 2004
<http://ascweb.usc.edu/pubs/faculty/Informationalism.pdf>
- Elton, Matthew; *Robots and Rights: The Ethical Demands of Artificial Agents*, Journal of the Aberdeen Centre for Philosophy, Technology and Society, No.2, 1997
<http://www.abdn.ac.uk/philosophy/endsandmeans/vol1no2/elton.shtml>
- Emily M. Weitzenböck, *Good Faith and Fair Dealing in Contrast Formed and Performed by Electronic Agents*, Artificial Intelligence and Law, 2004, 83-110
- Engle, Eric Allen; *An Introduction to Artificial Intelligence and Legal Reasoning: Using xTalk to Model the Alien Tort Claims Act and Torture Victim Protection Act*, Richmond Journal of Law & Technology 2, Vol. 11.Issue.1, 2004 <http://law.richmond.edu/jolt/v11i1/article2.pdf>.
- Epstein, Richard A.; *Liberty versus Property? Cracks in the Foundations of Copyright Law*, Chicago John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 204 , 2004
<http://ssrn.com/abstract=529943>
- Erdil, Engin; "Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler" İstanbul, Beta Yayınevi, 2003
- Erel, Şafak; Hamide Topçuoğlu; Fikrî Haklar Ders Notları, Ankara 1964,
- Erel, Şafak; "Türk Fikir ve Sanat Hukuku", 2. Bası., Ankara, İmaj Yayınevi, 1998
- Eroğlu, Sevilay; *İnternette "Aktif Link" ler Yoluyla Fikrî Haklara Müdahale*, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt: 2, 2003
- Esanu, Julie M.; *The Role of Scientific And Technical Data And Information in The Public Domain* Proceedings of a Symposium, Washington, National Academy Press, 2003
- Ewing, John; *Copyright and Authors*, First Monday, Vol. 8, Issue 10, October 2003
http://firstmonday.org/issues/issue8_10/ewing/index.html
- Fallenböck, Markus; *On the Technical Protection of Copyright: The Digital Millennium Copyright Act, the European Community Copyright Directive and Their Anticircumvention Provisions*, International Journal of Communications Law and Policy, 2002/2003,
http://www.ijclp.org/7_2003/pdf/fallenboeck-artikel-ijclp-15-01-03.pdf
- Fanning, Michael; *Legal Cyberspace* John Moores University 9th BILETA Conference Building Systems 1st & 2nd April 1993, 5-14
- Farr, Evan H.; *Copyrightability of Computer-Created Works*, Rutgers Computer & Technology Law Journal, Vol.15, 1989, s.63-79.
- Farrell, Joseph; Carl Shapiro; *Intellectual Property, Competition, and Information Technology*, University of California, Berkeley Institute of Business and Economic Research Competition Policy Center Working Paper, No. CPC04-45, 2004
- Ficsor, Mihály, *Copyright In The Digital Environment The Wipo Copyright Treaty (WCT) And The WIPO Performances And Phonograms Treaty (WPPT)* , WIPO National Seminar On

- Copyright, Related Rights, And Collective Management - Khartoum, February 28-March 2, 2005 WIPO/CR/KRT/05/7;
- Ficsor, Mihály; "The Law of Copyright and the Internet", New York, 2002
- Ficsor, Mihály; "The Law of Copyright and the Internet: The 1996 WIPO Treaties, Their Interpretation and Implementation", U.S.A. Oxford University Press, 2002, 259-262
- Fisher, William W.; *The Growth of Intellectual Property: A History of the Ownership of Ideas in the United States*, 1999, <http://cyber.law.harvard.edu/property99/history.html>
- Fisher, William W.; *Theories Of Intellectual Property*, "New Essays in the Legal and Political Theory of Property", S. Munzer (Ed.), Cambridge University Press, 2001, 183-224
<http://cyber.law.harvard.edu/people/ffisher/iptheory.pdf>
- Fitzgerald, Anne; "Intellectual Property in Principle", Sydney: Lawbook Co., 2004.
- Floridi, Luciano; "What is the Philosophy of Information?", Metaphilosophy LLC and Blackwell Publishers Ltd. 2002
- Floridi, Luciano; *Open Problems in the Philosophy of Information*, Metaphilosophy, Vol. 34, No.4, Jan 2004, 554-582
- Foucault, Michel; "Başka Mekanlara Dair" İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2000,
- Fraser, Jill Andresky; "Fighting for the Right to Communicate", The New York Times, July 13, 2003
- Froomkin, A. Michael; *Habermas@Discourse.Net: Toward A Critical Theory Of Cyberspace*, Harvard Law Review, Vol. 116, 2003,
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=363840
- Fuchs, Christian, Wolfgang Hofkirchner; *Self-Organization, Knowledge and Responsibility*, Kybernetes, Vol.34, No1/2, 2005, 241-260
http://cartoon.iguw.tuwien.ac.at/christian/knowledge_kybernetes.pdf
- Fuchs, Christian; *Science as a Self-Organizing Meta-Information System*, 2004,
<http://ssrn.com/abstract=504244>
- Fuchs, Christian; *Social Information and Self-Organisation*, Cybernetics and Systems 2002, Vol. 1., 2002, 225-230, <http://cartoon.iguw.tuwien.ac.at/christian/socinfo.htm>
- Galindo, Fernando, (Ed.), *E Governmet: Legal , Technical and Pedagogical Aspects*, Publicaciones del Seminario de Informatica y Derecho, Zaragoza, 2003
- Gallini, Nancy, Suzanne Scotchmer; *Intellectual Property: When Is It the Best Incentive System?* University of California Berkeley Institute of Business and Economic Research Paper, No E01 303, 2001
<http://repositories.cdlib.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=iber/econ>
- Ganley, Paul; *Digital Copyright and the New Creative Dynamics*; International Journal of Law and Information Technology, Vol.12, 2004, s.282-332
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=876908
- Gantz, John; Jack B. Rochester; "Pirates of The Digital Millennium: How The War Over Intellectual Property is Corrupting Youth, Provoking Government Encroachment on Our

- Personal Freedoms, and Damaging The World's Economy" , Upper Saddle River, NJ: Prentice Hall/Financial Times, 2005.
- Garcia, Linda; *Networks and the Evolution of Property Rights in the Global, Knowledge-Based Economy*, Intellectual Property Rights in Standarts Open Group Conference, October 24, 2000
- García, Roberto; Rosa Gil, *An OWL Copyright Ontology for Semantic Digital Rights Management*, R. Meersman, Z. Tari, P. Herrero et al. (Ed.): OTM Workshops 2006, LNCS 4278, s. 1745 – 1754, Berlin 2006. <http://rhizomik.net/content/roberto/papers/rgrg-swvs06.pdf>
- Gardner, Peter J.; *Our Intellectual Property World: Charting a Course From Ancient Native Cultures to the Threshold of the Future on a Roiled Sea of Macroeconomics, Morality and Ethics*, The Journal of Law and Technology, Vol. 44, No.2, 237-245
- Garnett, Kevin; Gillian Davies; Gwilym Harbottle; "Copinger and Skone James on Copyright", 15. Bası, Sweet & Maxwell, Londra, 2004
- Gasser, Urs; Girsberger, Micheal; *Transposing the Copyright Directive: Legal Protection of Technological Measures in EU Member States*, Berkman Working Paper, No.10, 2004, <http://ssrn.com/abstract=628007>
- Gasser, Urs; *Information Quality and the Law, or, How to Catch a Difficult Horse*, The Berkman Center for Internet & Society Research Publication, No.08, 2003 <http://ssrn.com/abstract=487945>
- Gatarski, Richard; *Artificial Consumers: A Role For Computers As Subjects in Consumer-Related Marketing*, NFF 2003 Conference (Nordic Conference on Business Studies), 2003. http://www.fek.su.se/home/rgi/nff2003ac/gatarski_ACatNFF_2003-06-11.pdf
- Gehring, Robert A.; *Trusted Computing for Digital Rights Management*, INDICARE, 2006, Monitor 2, No. 12, http://www.indicare.org/tikiread_article.php?articleId=179
- Geller, Paul Edward; *Copyright history and the future: What's culture got to do with it?* Journal, Copyright Society of the U.S.A. 2000, Vol. 49,
- Geller, Paul Edward; *Dissolving Intellectual Property*, European Intellectual Property Review, Vol. 28, 2006
- Geller, Paul Edward; *International Intellectual Property, Conflicts of Laws, and Internet Remedies*, Intellectual Property and Information Law: Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram, J. Kabel & G. Mom (Ed.), 1998,
- Gemignani, Michael; *Copyright Protection: Computer Related Dependent Works*, Rutgers Computer & Technology Law Journal, 1989, Vol.15, 383-410.
- Genley, Paul; *Digital Copyright and the New Creative Dynamics*, International Journal of Law and Technology, Vol.12, No.3, 2004, 282-332, <http://ssrn.com/abstract=915129>
- Gentile, Gary; *Warner Bros. to Distribute Movies, TV shows via BitTorrent*, USA Today, 2006 http://www.usatoday.com/tech/products/services/2006-05-09-warner-bros-p2p_x.htm
- George, Alexandra; *The Difficulty of Defining "Property"*, Oxford Journal Of Legal Studies, 2005, Vol 25, No.4, 793-813

- German Law on the Regulation of Copyright in the Information Society (Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft), Federal Law Gazette, 2003, Part 1, No. 46, 1774-1788.
- Gerrie, Jim; *Was Foucault a Philosopher of Technology?*, Techné Research in Philosophy and Technology, Vol. 7, No.2, Winter 2003, 14-26
<http://scholar.lib.vt.edu/ejournals/SPT/v7n2/gerrie.html>
- Gervais, Daniel J.; *Electronic Rights Management and Digital Identifier Systems*, The Journal of Electronic Publishing, <http://www.press.umich.edu/jep/04-03/gervais.html>
- Gervais, Daniel J.; "The Trips Agreement: Drafting History and Analysis", Sweet & Maxwell, Londra, 2003.
- Gervais, Daniel J.; *Collective Management of Copyright and Neighbouring Rights in Canada: An International Perspective*, Canadian Journal of Law and Technology, 2002, 21-49
- Gervais, Daniel J.; *Copyright and e-Commerce*, Simensky M. Bryer L, Wilkof N.(ed), "Intellectual Property in the Global Marketplace", New York, John Wiley & Sons, 2002.
<http://aix1.uottawa.ca/~dgervais/publications/Copyright%20and%20ecommerce%202002.pdf>
- Gervassis, Nicholas J.; *From Laws for Cyberspace to Cyber Laws (literally):Integration of Legal Norms into Internet Protocols &Law for Closed Digital Management Communities*, SCRIPT-ed(Scottish Center for Research in Intellectual Property and Technologies), Vol. 259, No. 1, Issue. 2, 2004, 259–271, <http://www.law.ed.ac.uk/ahrb/script-ed/issue2/cyberlaw.asp>
- Ghosh, Shubha; *Legal Code And The Need For A Broader Functionality Doctrine In Copyright*, Journal Copyright Society of the U.S.A., Vol. 50, 2003, 71-111.
- Ghosh, Shubha; *The Merits Of Ownership; Or, How I Learned To Stop Worrying and Love Intellectual Property Law*, Harvard Journal of Law and Technology, Vol. 15, 2002,
<http://ssrn.com/abstract=304480>
- Ghosh; Shubha *Deprivatizing Copyright*, Case Western Reserve Law Review, 2004, Vol. 54, No.2, 387-501, <http://www.oiprc.ox.ac.uk/EJWP0903.pdf>
- Gilles, Saint-Paul; *Information Technology and the Knowledge Elites*, IZA (The Institute for the Study of Labor), Discussion Paper, No. 281, 2001
http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=267218
- Ginsburg, J.; *Towards Supranational Copyright Law? The WTO Panel; Decision and the "Three-Step Test" for Copyright Exceptions*, Columbia Law School, Working Paper, 2001, No. 181.
- Ginsburg, Jane C.; *A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America*, "Of Authors And Origins: Essays On Copyright Law", Brad Sherman and Alain Strowel(Ed.), 1994,
- Ginsburg, Jane C.; *Copyright Use and Excuse on the Internet*, Columbia - VLA Journal of Law & the Arts, Vol. 24, Fall 2000
- Ginsburg, Jane. *Essay: From Having Copies to Experiencing Works: The Development of An Access Right in U.S. Copyright Law*, Journal Copyright Society of the U.S.A., 2003, 113-131.

- Ginsburg, Lev; *Anti-circumvention rules and fairuse*, UCLA J.L. & Tech., Vol. 4, 2002, http://www.lawtechjournal.com/articles/2002/04_021027_ginsburg.pdf
- Ginsburg; Jane C.; *Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the 'Three-Step Test' for Copyright Exceptions*, RIDA (Revue Internationale du Droit d'Auteur), January 2001, <http://ssrn.com/abstract=253867> , DOI: 10.2139/ssrn.253867
- Giorgi, R.M.D. I., R. Nannuncci, J.A.P.J Breuker, Van den Herik, De vey Mestdagh Schmidt (ed); "A Legal Hypertext Systems", JURIX 92 (The Foundation for Legal Knowledge Based Systems), 1992, s.178-1994 <http://www.jurix.nl/pdf/j92-20.pdf>
- Giritioğlu, Nejla; "Yayın Sözleşmesi", İstanbul, 1967.
- Glastonbury, Bryan; Walter LaMendola; "The Integrity of Intelligence A Bill of Rights for the Information Age", St. Martin's Press, New York, 1992
- Glenn, Linda MacDonald; *Biotechnology at the Margins of Personhood: An Evolving Legal Paradigm*, Journal of Evolution and Technology, Vol.134, 2003 <http://www.jetpress.org/volume13/glenn.html>
- Goans, Judy W; ve diğerleri, "Intellectual Property Practices and Principles", Jaleen Moroney (ed), Nathan Associates Inc., 2003 <http://www.nathaninc.com/NATHAN/files/ccPageContentdocfilename489261940392IPPrinciplesPracticeEnglish.pdf>
- Goldstein, Paul "Copyright's Highway", New York: Hill & Wang, 1994
- Gordley, James; "Foundations Of Private Law", Oxford University Press, 2006
- Gordon, Wendy, J; *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors*, Colum. Law Rev. 1982, Vol 82, 1600, 1603
- Gordon, Wendy; *A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property*, YALE L. J., Vol. 102, 1993
- Gordon, Wendy; *An Inquiry Into the Merits of Copyright: The Challenges of Consistency, Consent and Encouragement Theory*, STAN. L. REV., Vol.41, No.6, 1989
- Gorokhov, V.; *A New Interpretation Of Technological Progress*, PHIL & TECH, Vol.4, No.1, Fall 1998, 26-35 <http://scholar.lib.vt.edu/ejournals/SPT/v4n1/pdf/GOROKHO2.PDF>
- Gökyayla, K. Emre; "Telif hakkı ve Telif hakkının Devri Sözleşmesi" Yetkin Yayınları, İstanbul, Ankara, 2001
- Graber, Christoph, Beat (Ed.); "Digital Right Management: The End of Collecting Societies?" Staempfli Publishers, Berne, 2005
- Gradduck, Lucy, Adrian Mccullagh; *Designing Copyright TPM: A Mutant Digital Copyright*, International Journal of Law and Information Technology, Vol.13, No.2, 2005, 155-187
- Granstrand, Ove; *Innovation and Intellectual Property*, 2003 http://www.druid.dk/uploads/tx_picturedb/ds2003-891.pdf
- Gray, Pamela N.; "Artificial Legal Intelligence", Brookfield, VT: Dartmouth Publishing Co., 1997. <http://portal.acm.org/citation.cfm?id=1047807&dl=GUIDE&coll=GUIDE>

- Green, Stuart P.; “*Plagiarism, Norms, and the Limits of Theft Law: Some Observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Intellectual Property Rights*” *Hastings L.J.* 2002, Vol. 54, No.1,
- Greenbaum, Dov; Gerstein, Mark; *A Universal Legal Framework as a Prerequisite for Database Interoperability*, *Nature Biotechnology*, Vol. 21, No. 9, 2003, 979-82.
<http://nature.com/naturebiotechnology>
- Grimmelmann, James; *Regulation by Software*, *The Yale Law Journal*, Vol.114, 2005, 1719-1758,
<http://www.yalelawjournal.org/pdf/114-7/Grimmelmann.pdf>
- Grimmelmann, James; *Virtual Words As Comperative Law*, *New York Law School Law Review*, Vol. 49, 2004, 147-184
- Gringras, Clive; "The Laws of the Internet", 2. Bası, Butterworths, Londra, 2003
- Griswold, Gary N.; *A Method for Protecting Copyright on Networks*, CNI (Coalition for Network Information), *IEEE Transactions on Software Engineering*, Vol.17, No.8, 1991, 800-813,
<http://www.cni.org/docs/ima.ip-workshop/Griswold.html>
- Groom, Jimi; *Are ‘Agent’ Exclusion Clauses a Legitimate Application of the EU Database Directive?*; SCRIPT-ed (Scottish Center for Research in Intellectual Property and Technologies) Vol. 83, 2004 <http://www.law.ed.ac.uk/ahrb/script-ed/docs/agents.asp>
- Grosswiler, Paul ; *Jürgen Habermas: Media Ecologist?*, *Proceedings of the Media Ecology Association*, Vol. 2, 2001
- Grossman, Herschel I.; *Inventors and Pirates: Creative Activity and Intellectual Property Rights*, NBER Working Paper, No. 7898, September 2000
- Gunlicks, Michael B.; *A Balance of Interests: The Concordance of Copyright Law and Moral Rights in the Worldwide Economy*, *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.*, Vol. 11, No. 601, 2001
- Güneş, İlhami; *Eser Sahibinin Manevi Hakları*, *FMR Cilt:3, Sayı:4*, 2003
- Günther, Klaus; *Legal Pluralism and the Universal Code of Legality: Globalisation as a Problem of Legal Theory*, 2003, <http://www.law.nyu.edu/clppt/program2003/readings/gunther.pdf>
- Güriz, Adnan; "Faydacı teoriye göre Ahlak ve Hukuk", Ankara, 1963
- Gürsel, Ü.; “Fikrî Hukukta İşlenme Eser”, İstanbul 2001.
- Habermas, Jürgen; *İdeoloji Olarak Teknik ve Bilim*, Mustafa Tüzel (Çev.), İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 1993
- Habermas, Jürgen; “Teknik İlerleme ve Sosyal Yaşama Evreni”, ‘İdeoloji’ Olarak Teknik ve Bilim, İstanbul ,Yapı Kredi Yayınları, 1993
- Halbert, Debora; *Computer Technology and Legal Discourse- The Potential for Modern Communication Technology to Challenge Legal Discourses of Authorship and Property*, *E Law (Murdoch University Electronic Journal of Law)*, Vol.1, No.2, 1994
- Halpern, Sheldon W.; *The Art of Compromise and Compromising Art: Copyright, Technology, and the Arts*. *Journal Copyright Society of the U.S.A.*, 2003, 273-314

- Hammalian, John; "To What Extent Are Computer Programs in Machine-Readable Form Appropriate for Copyright Protection", 1987
- Hansen, Mark; "New Philosophy For New Media", Cambridge, Mass., MIT Press, 2004
- Harraway, Donna; *A Cyborg Manifesto: Science, Technology, and Socialist-Feminism in the Late Twentieth Century*, Simians, "Cyborgs and Women: The Reinvention of Nature", New York; Routledge, 1991, 149-181.
- Harris, Bryan; "Intellectual property law in the European Union", Buffalo, N.Y.: W.S. Hein 2005.
- Hauwe, L. Van Den; *Evolution and the Production of Rules—Some Preliminary Remarks*, European Journal of Law and Economics, Vol.5, 1998, 81-117
<http://www.springerlink.com/content/m550tr7k731787n5/>
- Hazard, John N.; *Communists and Their Law*, Chicago, University of Chicago Press, 1969
- Hecht, Myron; *Reconciling Software Technology and Anti-circumvention Provisions in the Digital Millenium Copyright Act*, UCLA J.L & Tech. (UCLA Journal of Law and Technology), Vol. 3, 2004
- Hegel, G. W. F.; "Hukuk Felsefesinin Prensipleri", Cenap Karakaya (Çev.), İstanbul, Sosyal Yayınlar, 2004
- Hegel, G.W.F. , *Elements of the Philosophy of Right* , H.B. Nisbet (Çev.), CUP, 1991.
- Heide, Thomas ; *Copyright , Contract and the Legal Protection of Technological Measures-Not "The Old Fashioned Way": Providing a Rationale to the "Copyright Exceptions Interface"* Journal of Copyright Society of the U.S.A. 2003, 315-351
- Helberger, N.; N. Dufft; S. van Gompel; K. Kerenyi; B. Krings; R. Lambers; C. Orwat; U. Riehm; *Digital Rights Management and Consumer Acceptability*, INDICARE project, 2004
<http://www.ivir.nl/publications/helberger/INDICAREStateoftheArtReport.pdf>
- Helberger, Natali; *The Legal Protection Of Conditional Access Services Under European Law*, Entertainmet Law Review, Vol.5, 1999,
<http://www.ivir.nl/publications/helberger/HackingBskyB.html>
- Helfer, Laurence R.; *Regime Shifting: The TRIPs Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking*, Yale Journal of International Law, Vol. 29, 2004
<http://ssrn.com/abstract=459740>
- Helfer, Laurence; *Human Rights and Intellectual Property: Conflict or Coexistence?*, Minnesota Intellectual Property Review, Fall 2003
- Hesse, Carla; *The Rise Of Intellectual Property, 700 B.C.–A.D. 2000*,
<http://www.amacad.org/publications/spring2002/hesse.pdf>
- Heylighen, Francis; *Bootstrapping Knowledge Representations: From Entailment Meshes Via Semantic Nets To Learning Webs*, International Journal of Human-Computer Studies, 1997
<http://pcp.vub.ac.be/Papers/BootstrappingPask.pdf>
- Heylighen, Francis; *The Global Superorganism: An Evolutionary-Cybernetic Model Of The Emerging Network Society*, Journal of Social and Evolutionary Systems,
<http://pespmc1.vub.ac.be/Papers/Superorganism.pdf>

- Heylingen, Francis, Cliff Joslyn ; *Cybernetics and Second-Order Cybernetics*, "Encyclopedia of Physical Science & Technology", R.A. Meyers (Ed.), Academic Press, New York, 2001
- Heylingen, Francis, Donald T. Campbell; *Selection of Organization at the Social Level: Obstacles and Facilitators of Metasystem Transitions*, Journal of General Evolution, Vol. 45, 1995, 181-212. <http://pespmc1.vub.ac.be/Papers/SocialMST.pdf>
- High Level Group on Digital Rights Management Final Report*, March-July 2004
http://europa.eu.int/information_society/eeurope/2005/all_about/digital_rights_man/doc/040709_hlg_drm_2nd_meeting_final_report.pdf
- High Level Group on Digital Rights Management Final Report*, Mart-Temmuz, 2004
http://www.indicare.org/tiki-download_file.php?fileId=111
- Himanen, Pekka; "Hacker Etiği- İş Hayatına Yıkıcı Bir Yaklaşım", Şebnem Kaptan (Çev.), İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2005
- Hirsch, E.: *Memleketimizde Meri Olan Haklı Telif Kanunu'nun Tahlili*, İHFM, No.3-4, 1940, 346-500
- Hirsch, E.: *Eser Sahipliği-Fikrî ve Sinaî Hakların Mahiyeti Hakkında Yeni Bir Görüş*, AÜHFD, Cilt.2, 1944, 330-342
- Hirsch, E.; "Fikrî ve Sinaî Haklar", Ankara 1948.
- Hirsch, E.; "Hukuki Bakımdan Fikrî Say", Cilt.2, İstanbul, 1943
- Hofkirchner, Wolfgang, Christian Fuchs; *Architecture of Information Society*, Proceedings of the 47th Annual Conference of the International Society for the Systems Sciences, Wilby, Jennifer, Allen, Janet K.(Ed.), 2003
<http://cartoon.iguw.tuwien.ac.at/christian/ArchitectureInformationSociety.pdf>
- Holderness M.; *Moral Rights and Authors' Rights: The Keys to the Information Age*, The Journal of Information, Law and Technology JILT, Vol. 1, 1998
http://elj.warwick.ac.uk/jilt/infosoc/98_1
- Hollingsworth, J.R.; Lindberg, L.N., 'The Governance Of The American Economy: The Role Of Markets, Clans, Hierarchies, And Associative Behaviour', *Private Interest Government: Beyond Market And State*, editörler Streeck, W. & Schmitter, P.C., Sage, Londra, 1985, s. 221-67
- Holman, Molly A., Stephen R. Munzer; *Intellectual Property Rights in Genes and Gene Fragments: A Registration Solution for Expressed Sequence Tags*, Iowa Law Review, Vol.85, No.3, 2000
- Hong, Sungook; *Man and Machine in the 1960s*, Techné: Journal of the Society for Philosophy and Technology, Vol.7, No.3, 2004 <http://scholar.lib.vt.edu/ejournals/SPT/v7n3/hong.html>
- Hoofnagle, Chris Jay; *Digital Rights Management: Many Technical Controls on Digital Content Distribution Can Create a Surveillance Society*, The Columbia Science and Technology Law Review, Vol.5, 2004 <http://www.stl.org/html/volume5/hoofnagleintro.html>
- Hoover, Kenneth R.; "Economics as Ideology: Keynes, Laski, Hayek, and the Creation of Contemporary Politics" Lanham, Maryland: Rowman & Littlefield, 2003
- Horn, Paul; Elliot Maxwell, Susan Crawford; *Promoting Innovation and Economic Growth: The Special Problem of Digital Intellectual*, Report Digital Connections Council of the

- Committee for Economic Development, 2004
http://www.ced.org/docs/report/report_dcc_v2.pdf
- Horowitz, Steven J.; *Rethinking Lockean Copyright And Fair Use*, Deakin Law Rev, Vol. 10, 2005
- Houser, Jeffrey A.; *Social Development and Human Evolution: Managing the Ingroup Boundary*, Theory Workshop January 31, 2003 Bowling Green State University
<http://www.uiowa.edu/~soc/docs/tw/lovagliatw.pdf>
- Hugenholtz, Bernt B.; *The Implementation of Directive 2001/29/EC in The Netherlands*, RIDA (Revue Internationale du Droit d'Auteur), 2005-2006, s.117-147,
http://www.ivir.nl/publications/hugenholtz/RIDA2005_206.html
- Hugenholtz, Bernt, B.; 'Implementing the Database Directive', Jan J.C. Kabel and Gerard .H.M. Mom (Ed.), "Intellectual Property and Information Law - Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram", The Hague/Londen/Boston, s.183.
- Hugenholtz, Bernt; *Abuse of Database Right Sole-source Information Banks Under the EU Database Directive*, Conference 'Antitrust, Patent and Copyright', École des Mines/UC Berkeley, Paris, Ocak 15-16, 2004. <http://www.ivir.nl/files/database/index.html>
- Hugenholtz, Bernt; *Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid*, EIPR, 2000, Vol 11. s.. 501- 502, <http://www.ivir.nl/publications/hugenholtz/opinion-EIPR.html>.
- Hugenholtz, P. Bernt ; *A Free Information Ecology in a Digital Environment*, Conference, NYU School of Law, 31 March - 2 April, 2000,
<http://www.ivir.nl/publications/hugenholtz/thegreatcopyrightrobbery.pdf>
- Hugenholtz, P. Bernt, (Ed), *Copyright and Electronic Commerce Legal Aspects of Electronic Copyright Management*, "Information Law Series-8", Kluwer Law International, The Hague, Londra Boston, 2000
- Hugenholtz, P. Bernt, (Ed.), *Information Law Series 4, The Future of Copyrigh in a Digital Environment*, Kluwer Law International, The Hauge, 1996.
- Hughes, Justin; *The Philosophy of Intellectual Property*, Geo. L.J. Vol. 77, 1988,
<http://www.law.harvard.edu/faculty/tfisher/music/Hughes1988.html>
- Humphrey Nicholas; *The Deformed Transformed*, "The Mind Made Flesh", Oxford University Press, 2002, 165-199
- Huston, Jan; *What Are The Greatest Challenges For Evolutionary Theory In Our Times?*, May 1992, Department of Political Science Hawaii Research Center for Futures Studies, University of Hawaii, <http://www.futures.hawaii.edu/j1/huston.pdf>
- Hwa, Ang P.; James A. Dewar; *Back to the Future of the Internet: The Printing Press*, Bias, 1998, s.249-253
- Ianella, Renato ; *Digital Rights Management (DRM) Architectures*, D-Lib Magazine, Vol.7, No.6, 2001. <http://www.dlib.org/dlib/june01/iannella/06iannella.html>
- Inayatullah, Sohail; *The Rights of Your Robots*, E-zine, Vol.15, Issue.8, 2001
http://www.msstate.edu/fineart_online/Backissues/Vol_15/faf_v15_n08/text/sp02.html
- Intellectual Property Rights, Innovation and Economic Performance*, OECD Conference Proceedings Paris 28-29 August 2004

- İnama, H.; *Bilişim ve Yazılım Hukuku Uygulama İçinden Görünüşü*, İBD,Cilt.70, No.7-8-9, 1996 330-342.
- İstanbul Barosu Yayın Kurulu; "Fikrî ve Sinaî mülkiyet hakları ve kültürü", İstanbul Barosu Yayınları, 2005
- iTunes How Copyright, Contract, and Technology Shape the Business of Digital Media . A Case Study*; Berkman Publication Series No.2004-07, Haziran, 2004.
<http://cyber.law.harvard.edu/publications>
- Jansen, Christian; *Economic Effects of the New German Copyright Contract Law*, Humboldt-University of Berlin Department of Economics, 2002
- John, Locke; "Two Treaties of Government", Dublin, 1823
<http://socserv.mcmaster.ca/econ/ugcm/3113/locke/government.pdf>
- John, Locke; "Second Treatise of Government", in Two Treatises Of Government(1690), Peter Laslett (Ed.), 2nd ed., Cambridge Univ. Press 1967, s.305-06
- Johns, Adrian; *The Nature Of Intellectual Property In The Mid-Twentieth Century*, University of Chicago Cultural Policy Workshop, April 2004
<http://culturalpolicy.uchicago.edu/pdfs/theNatureOfIntellectualProperty.pdf>
- Johnson, Deborah G.; "Computer Ethics", 2.Bası, Prentice-Hall, Londra, 1994
- Johnson, Nicholas; *A Judge's Eye View Of Computers*, University of California School of Law, Berkeley, M.U.L.L. Modern Uses of Logic in Law, September 1962,
<http://www.uiowa.edu/~cyberlaw/LRevArt/62MUL146.html>
- Jonker, H.L.; *Security of Digital Rights Management Sytems*, 2004
<http://alexandria.tue.nl/extra1/wskrap/publichtml/200524.pdf>
- Joseph S. Fulda, *The Logic of the Whole Truth*, Rutgers Computer& Technology Law Journal, Vol.15, 1989, s.410
- Joy, Bill; *Why the future doesn't need us*, WIRED Magazine, Issue.8, 04 2000
http://www.wired.com/wired/archive/8.04/joy_pr.html
- Kaiser, Hanno F.; Meta Ethics in Legal Reasoning, <http://www.hfkdocs.com/files/Meta-Ethics.pdf>
- Kali, Av. Sevgi; *Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda yayma hakkının tüketilmesi ve Sinaî Mülkiyet Hukuku ile ilişkisi*, Ankara Barosu Fikrî Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi Cilt: 1, Sayı 4, 2001,
- Kanazawa, Satoshi; *Social Sciences are Branches of Biology*, Interdisciplinary Institute of Management, London School of Economics and Political Science, Socio-Economic Review, 2004
- Kant, Immanuel; "The Philosophy of Law", New Jersey, The Lawbook Exchange, 2004,
- Kant, Immanuel; *Critique of Practi,cal Reason and Other Works on the Theory of Ethics*, Thomas Kingmill (Çev.) Abbott, Longman and Green and Co, 1879.
- Kant, Immanuel; Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks 137 (UFITA 106 yenibasım 1987) (1785)

- Karan, Gülay; Taylan Arıhan, *Veri-tabanlarının Korunmasına İlişkin Avrupa Adalet Divanı Kararı*, Ankara Barosu Fikrî Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C. 5, Sayı1, 2005
- Marx, Karl ve Friedrich Engels, Komünist Parti Manifestosu ,1848
<http://www.marxists.org/turkce/m-e/1848/manifest/kpm.htm>
- Karsten M. Gutsche, *Equitable Renumeration for Authors in Germany - How The German Copyright Act Secures Their Rewards*, Journal Copyright Society of the U.S.A., 2003, 257-272.
- Katsh, Ethan ; *Law In Digital World: Computer Networks And Cyberspace*, Vill. L. Rev.(Villanova Law Review),Vol. 38, No. 403 , 1993
- Katsh, Ethan; *Online Dispute Resolution: Some Implications for the Emergence of Law in Cyberspace*, Lex Electronica, Winter 2006,Vol.10, No: 3, <http://www.lex-electronica.org/articles/v10-3/katsh.htm>
- Keeling, David T.;"Intellectual Property Rights in EU Law", Vol. 1, Free Movement and Competition Law, Oxford University Press, Oxford, 2003
- Kerr, Ian; *Technical Protection Measures: Part I- Trends in Technical Protection Measures and Circumvention Technologies*, Department of Canadian Heritage, Copyright Policy Branch, Online, Dec. 2004
- Kesan, Jay P.; Shah, Rajiv C.; *Shaping Code*, Harvard Journal of Law & Technology, Vol. 18, No.2, Spring 2005, 319-399
- Brown Keyder, Virginia; "Fikri Mülkiyet Hakları ve Gümrük Birliği", İstanbul, 1996
- Khan, B. Zorina; *Innovations in Intellectual Property Systems and Economic Development*, 2002
- Kılıçoğlu, Ahmet.: "Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Yapılan Son Değişiklikler ve Eleştirisi" *FİSAUM Konferanslar Dizisi I, FSEK'te Yapılan Son Değişiklikler ve Komşu Haklar*, Ankara, Mart 1998 (*FİSAUM*).
- Kılıç, Bilge; *Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda "Eser" Kavramı*. Legal Fikrî ve Sinaî Haklar Dergisi – Cilt.1, No. 1, 2005
- Kılıçoğlu, Ahmet M.; *Fikrî Haklar alanında 5101 Sayılı Kanun'la getirilen yenilikler* Prof. Dr. T. Barolar Birliği Dergisi, Kasım-Aralık 2004, No. 55
- Kılıçoğlu, Ahmet M.; *Fikrî Hakların İhlalinde Hukuksal Koruma Yolları*. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Eylül-Ekim 2004, No. 54
- Kılıçoğlu, Ahmet. M.; "Sinaî Haklarla Karşılaştırmalı Fikrî Haklar", Ankara Turhan Kitabevi, 2006
- Kınacıoğlu, N; *Türkiye'de Fikrî Hakların Gelişimi ve Nazarî Esasları*, Prof Dr. Haluk_TANDOĞAN'ın Anısına Armağan, BATİDER,1990, 547-555
- Kieff, F. Scott; Paredes, Troy A.; *The Basics Matter: At the Periphery of Intellectual Property*, Stanford Law School John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper, No. 275, February 2004
- Kieff, Scott F.; *The Case Against Copyright: A Comparative Institutional Analysis of Intellectual Property Regimes*; Faculty Working Paper Series Working Paper No. 04-10-01, Hoover Institution, Stanford University <http://ssrn.com/abstract=600802>

- Kim, Leslie; Bar-Am, Trieger; *The Moral Right Of Integrity: A Freedom Of Expression*, Oxford Intellectual Property Research Centre St Peter's College, University of Oxford, Ekim 19, 2004, <http://www.oiprc.ox.ac.uk/EJWP0804.pdf>.
- Kinsella, Stephan; *Against Intellectual Property*, Journal of Libertarian Studies, Vol. 15, No.2, 2001, Ludwig von Mises Institute, 1-53 http://www.mises.org/journals/jls/15_2/15_2_1.pdf
- Klein, Julie Thompson; *Interdisciplinarity and Complexity: An Evolving Relationship*, E:CO 2004, Special Double Issue, Vol. 6, 2-10, http://emergence.org/ECO_site/ECO_Archive/Issue_6_1-2/Klein.pdf
- Koelman, Kamiel J.; *Copyright Law & Economics in the EU Copyright Directive: Is the Droit d'Auteur Passé?* International Review of Intellectual Property and Competition Law, 2004, No. 6, 603-638.
- Koenen, Rob; *Intellectual Property Management and Protection in MPEG Standards* <http://www.w3.org/2000/12/drm-ws/pp/koenen.pdf>
- Koepsell, David R.; "The Ontology Of Cyberspace: Law, Philosophy, And The Future Of Intellectual Property"; Chicago, IL: Open Court Publishing Co. 2000, http://www.jhtl.org/book_reviews/2003_2004/finnerty.pdf
- Korobkin, Russell B.; *Behavioral Analysis And Legal Form: Rules vs. Standards Revisited*, Or. L. Rev., Spring 2000 , Vol. 79, No. 1, <http://www.law.uoregon.edu/org/olr/archives/79/79olr23.pdf>
- Koritnik, Boštjan; *Discretion of the EU Member State When Implementing the Data Protection Directive 95/46/EC*; E Law - Murdoch University Electronic Journal of Law, Vol.12, No.1,2, 2005 <http://www.austlii.edu.au/au/journals/MurUEJL/2005/4.html>
- Korten, David C.; "When Corporations Rule the World", Kumarian Press and Berrett-Koehler Publishers, 1995
- Krummenacker, Markus; *Are "Intellectual Property Rights" Justified?* 2000, Foresight Institute <http://www.n-a-n-o.com/ipr/extro2/extro2mk.html>
- Krummenacker, Markus; *Problems with the current Intellectual Pseudo "Property" (IPP) System, specifically with Patents*, Foresight Institute Spring 2000 Senior Associate Gathering "Confronting Singularity", 2000, <http://www.n-a-n-o.com/ipr/fi-gathering2/ipp-scenarios.html>
- Ku, Raymond, Ray Shih ; *The Creative Destruction of Copyright: Napster and the New Economics of Digital Technology*, University of Chicago Law Review, Vol. 263, 2002 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=266964
- Kuhn, Thomas; " The Structure of Scientific Revolutions", Chicago, University of Chicago, 1962
- Kurzweil, Ray; *The Human Machine Merger: Why We Will Spend Most of Our Time in Virtual Reality in the Twenty-first Century*, <http://www.kurzweilai.net/meme/frame.html?main=/articles/art0141.html>
- LaMacchia, Brian A.; *Key Challenges in DRM: An Industry Perspective* <http://www.farcaster.com/papers/drm2002/drm2002.pdf>

- Landau, Michael; *Has the Digital Millennium Copyright Act Really Created a New Exclusive Right of Access: Attempting to Reach a Balance Between Users And Content Providers' Right*, Copyright Society of the U.S.A., 2003, 77-311.
- Lanham, Richard A; *Technology, Scholarship, and the Humanities: The Implications of Electronic Information*, ERIC (Education Resources Information Center), No. 366321, 1992
- Lanjou, Jean O.; Lerner, Josh; *The Enforcement of Intellectual Property Rights: A Survey of Empirical Literature*, NBER Working Paper, No. 6296, December 1997
- Lantagne, Stacey M.; *The Morality Of Mp3s: The Failure Of The Recording Industry's Plan Of Attack*, Harvard Journal of Law & Technology, Vol. 18, No.1, 2004
<http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v18/18HarvJLTech269.pdf>
- Larry L. Peterson, Bruce S. Davie, "Computer Networks A System Approach", Morgan Kaufmann Publishers, San Francisco, 2003.
- Lastowka, F. Gregory; Hunter, Dan; *The Laws of the Virtual Worlds*, Cal. L. Rev. Vol. 92, No.1, 2004, <http://ssrn.com/abstract=402860>
- Latar, Noam L; *Personal Psycho-Social Web-Derived DNA And Socio-cybernetic Decision-Making*, Hubert Burda Center for Innovative Communications, Ben-Gurion University February 2004, http://burdacenter.bgu.ac.il/publications/membersPublications/Psycho-SocialDNA_Socio-Cybernetics.pdf
- Latman, Alan; "Probative Similarity' As Proof of Copying: Toward Dispelling Some Myths in Copyright Infringement" Colum. L. Rev., Vol. 90, No.5, 1990
- Lederman, Eli (Ed.); "Law, Information and Information Technology", Kluwer Law International, The Hague, London, New York, 2001
- Lee, Timothy B.; *Circumventing Competition The Perverse Consequences of the Digital Millennium Copyright Act*, CATO Institute Policy Analysis, No. 564, 2006
- Leenes, Ronald; Koops, Bert-Jaap; *'Code' and Privacy Or How Technology is Slowly Eroding Privacy*, Essays On The Normative Role of Information Technology, T.M.C. Asser Press, The Hague Netherlands, 2005
- Leibowitz, Stan J.; Margolis, Stephen; *Seventeen Famous Economists Weigh In On Copyright: The Role Of Theory, Empirics, And Network Effects*, Harvard Journal of Law & Technology, Vol. 18, No.2, 2000
- Lemley, Mark A.; Carl Shapiro; *Probabilistic Patents*, Stanford Law School John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper, No. 288, August 2004
- Lemley, Mark A.; *Ex Ante Versus Ex Post Justifications for Intellectual Property*, University of California Berkeley Public Law and Legal Theory Research Paper Series, No.144, 2004
- Lemley, Mark A.; *Property, Intellectual Property, and Free Riding*, Stanford Law School John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper, No. 291, August 2004
- Lemley, Mark; Eugene Volokh; *Freedom of Speech and Injunctions in Intellectual Property Cases*, Duke L.J. (Duke Law Journal) Vol. 48, No. 2, 1998
- Lerner, Josh; *Summary Tables on Patent Policy*, Harvard University and National Bureau of Economic Research, 2001

- Lessig, Lawrence; *Architecting for Control*, Lecture, Institute for Human Sciences, Vienna, AS May 29, 2000 <http://www.lessig.org/content/articles/works/camkey.pdf>
- Lessig, Lawrence; "Code and Other Laws of Cyberspace ", 2. versiyon, 1999, <http://pdf.codev2.cc/Lessig-Codev2.pdf> (elektronik kitap)
- Lessig, Lawrence; *Commentaries The Law Of The Horse:What Cyberlaw Might Teach*, Harvard Law Review, Vol. 113, 1999, s.501-546, <http://www.lessig.org/content/articles/works/finalhls.pdf>
- Lessig, Lawrence; *Open Code and Open Societies: Values of Internet Governance*, Chicago-Kent Law Review, Vol.74, 1999, 101-196
- Lessig, Lawrence; *The Architecture Of Innovation*, Duke L. J., Vol.51, No.1783 <http://www.law.duke.edu/journals/dlj/articles/dlj51p1783.htm>
- Lessig, Lawrence; *The Architecture of Privacy*, Taiwan Net '98 Conference, Taipei, 1998. http://www.lessig.org/content/articles/works/architecture_priv.pdf
- Lessig, Lawrence; "The Future of Ideas The Faith of the Commons in a Connected World", Random House, New York., 2001
- Leuder, Tilman; *Legislative and Policy Developments in the European Union*, 13th Annual Conference on International Intellectual Property Law & Policy Fordham, 2004 http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/docs/fordham2005_en.pdf
- Levitsky, Serge; "Introduction to Soviet Copyright Law", Leyden: A. W. Sythoff, 1964;
- Lichtenberg, Frank R., Tomas J. Philipson; *The Dual Effects of Intellectual Property Regulations: Within and Between Patent Competition* NBER Working Paper, No.9303
- Lichtman, Douglas Gary; *Copyright as a Rule of Evidence*, U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper, No. 151, 2002, <http://ssrn.com/abstract=307081>
- Lichtman, Douglas; William Landes; *Indirect Liability For Copyright Infringement: An Economic Perspective*, Harvard Journal of Law & Technology, Vol. 16, No. 2, Spring 2003
- Lindsley, David; *The law and economics of copyright, contract and mass market licences*, Research Paper for Centre for copyright Studies, 2002
- Lipsey, R. G.; Carlaw, K. I.; Bekar, C; "Economic Transformations: GeneralPurpose Technologies and Long Term Economic Growth", Oxford, UK: Oxford University Press., 2005.
- Lipton, Jacqueline; *Balancing Private Rights And Public Policies: Reconceptualizing Property In Databases*, Berkeley Technology Law Journal, Vol 18, 2003, s.773-852. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=471885
- Litman, Jesica. ; *Reforming Information Law in Copyright's Image*, University of Dayton Law Review, 1996, <http://ssrn.com/abstract=41644>
- Litman, Jessica; "Digital Copyright: Protecting Intellectual Property on The Internet - The Digital Millenium Copyright Act", Amherst, NY: Prometheus Books 2000
- Litman, Jessica; *Copyright as Myth*, U. of Pittsburgh LR, 1991, Vol. 53, No. 235, 243-244.
- Litman, Jessica; *Information Privacy Information Property* ; Stanford Law Review, Vol.52, No. 1283, <http://www-personal.umich.edu/~jdlitman/papers/infoprivacy.pdf>

- Liu, Joseph P; *Copyright Law's Theory of the Consumer*, Boston College Law Review, Vol. 44, 2003, <http://ssrn.com/abstract=466420>
- Locke, John; *Second Treatise of Government*, "Two Treatises Of Government", Peter Laslett (Ed.), 2d ed. Cambridge Univ. Press (1967)
- Locke, John; *Second Treatise of Government*, C.B. Macpherson(Ed.), Indianapolis: Hackett Publishing Company, Inc.,1980
- Loehr, Isabella; *Intellectual Property Rights between the Two World Wars. The League of Nations and the Struggle for Copyright*, Columbia University Center for International History, March 10th 2006
- Longford, Graham; *Pedagogies of Digital Citizenship and the Politics of Code*, Techné 9:1 Fall 2005, <http://scholar.lib.vt.edu/ejournals/SPT/v9n1/pdf/longford.pdf>
- Lundblad, Nicklas; *Noise Wars: Is the Answer to the Machine in the Noise?* BILETA 2003, Londra, http://www.skriver.nu/dok/lundblad_bileta2003.pdf
- Luhmann, Niklas; "Social Systems", Stanford California, 1995
- M. O'Connor, Sean; *Intellectual Property Rights and Stem Cell Research: Who Owns the Medical Breakthroughs?*, New England Law Review, Vol.39, 2005, 701-750
- MacCormick, Neil ; *On The Very Idea of Intellectual Propert: An Essay according to the Industrialist Theory of Law*, Intellectual Property Quarterly, No.3 , 2004 227-239
- Machill, Marcel; *Self Regulation of Internet Content*, 1999. <http://www.cdt.org/speech/BertelsmannProposal.pdf>
- Madison, Michael J.; *Law As Design: Objects, Concepts, And Digital Things*, University of Pittsburgh School of Law, Paper No.12, 2005 <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1012&context=pittlwps>
- Maher, İmelda; Gülgün Anık(Çev.), *Rekabet Hukuku ve Fikrî Mülkiyet hakları: Biçimselliğin evrimi* Ankara Barosu Fikrî Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi Cilt: 3 Sayı: 1, 2003
- Makeen Fouad Makeen, *Copyright in A Global Information Society, The Scope of Copyright Protection Under International, US, UK and French Law*, Kluwer Law International, The Hauge, London, 2000.
- Marcus, Adam David; *The Celestial Jukebox Revisited: Best Practices and Copyright Law Revisions for Subscription-Based Online Music Services*, 2003 <http://www3.georgetown.edu/grad/cct/academics/theses/AdamMarcus.pdf>
- Marsden, Christopher T.; *The European Digital Convergence Paradigm: From Structural Pluralism to Behavioural Competition Law*, JILT, Vol.3, 1997 http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/1997_3/marsden1/
- Martin, Brian ; *Against Intellectual Property*, Journal of Intellectual Property Rights, Vol.1, No.5, 1996, 257-270. <http://www.uow.edu.au/arts/sts/bmartin/pubs/95psa.html>
- Marks, Dean, S.; Bruce, H. Turnbull , *Technical Protection Measures : The Intersection Of Technology, Law And Commercial Licenses* , Workshop On Implementation Issues Of The WIPO Copyright Treaty (WCT) and the WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT) Geneva, December 6 and 7, 1999,

- http://www.lemuria.org/DeCSS/imp99_3.pdf
- Marx, Karl; "Özel Mülkün Gerçek Temeli", Siyasal Düşünce, Michael Rosen- Jonathan Wolff, Ankara, Dost Yayınları, 2006
- Mathias Albert, *Legalisation or Global Law Formation? On the Evolution of Law in World Society*, For presentation at the CENTRAL-conference on "Transnational Business in the Age of Globalization" Münster, 26 October 2001, http://www.uni-bielefeld.de/soz/iw/pdf/albert_2.pdf
- Matsuura, Jeffrey H.; "Managing Intellectual Assets in the Digital Age", Artech House, Norwood, 2003
- Matthews, Brander; *The Evolution of Copyright*, Political Science Quarterly, Vol. 5, Issue. 4, 1990, 583-602
- Matthews, Duncan; "Globalising Intellectual Property Rights – The TRIPs Agreement", Londra:Routledge, 2002
- May, Christopher; *Commodifying the 'Information Age': Intellectual Property Rights, The State and The Internet*, SCRIPT-ed(Scottish Center for Research in Intellectual Property and Technologies), Vol. 408, 2004, <http://www.law.ed.ac.uk/ahrb/script-ed/issue3/may.asp>
- Mayr, Ernst; *The Emergence of Evolutionary Novelties*, in: *Evolution after Darwin*, Callender C, (Ed.), Tax, Sol., Vol. 1, 1960, 349-380.
- McBride, M. Scott; *Bioinformatics And Intellectual Property Protection*, Berkeley Technology Law Journal, 2002
- McCartney S. ; *Moral Rights under the United Kingdom's Copyright, Designs and Patents Act 1988*, Columbia Journal of Law and the Arts, Vol. 15, 1991
- McDonald, Elizabeth; *Bugs and Breaches*, International Journal of Law and Information Technology, Vol.13, No.1, 2005
- McNally, Phil; Inayatullah, Sohailil *The Rights of Robots: Technology, Law and Culture in the 21st Century*, Futures, Kurzweil net, Vol. 20, No. 2, 1988, 119-136. <http://www.kurzweilai.net/meme/frame.html?main=/articles/art0265.html?>
- Mehta, Micheal D.; Don Best, Nancy Poon; *Peer to Peer Sharing on the Internet: An analysis on How The Gnutella Networks Are Used To Distribute Pornographic Material*, Canadian Journal of Law and Technology, Vol. 1, No.1 http://cjlt.dal.ca/vol1_no1/articles/01_01_MeBePo_gnutella.pdf
- Memiş, Tekin; "Fikrî Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu, Ankara, Seçkin Yay., 2002,
- Mendis, Patrick; *Science, Technology and Intellectual Property Rights in American Foreign Policy*, Journal of Technology Law and Policy, Vol.9, Issue.1, 2004, 17-30
- Menthe, Darrel C.; *Jurisdiction In Cyberspace: A Theory of International Spaces*, Mich. Telecomm. Tech. L. Rev. (Michigan Telecommunication and Technology Law Review), Vol. 69, No. 4, 1998
- Merges, Robert; Jane Ginsburg; "Foundations of Intellectual Property", Foundation Press, 2004

- Merrill, Thomas W.; Henry E. Smith; *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle* The Yale Law Journal, Vol. 110, No. 1, 2000, 1-70
- Meurer, Michael J.; *Copyright Law and Price Discrimination*, Cardozo Law Review (forthcoming), June 2001, <http://ssrn.com/abstract=274729>
- Meurer, Michael J.; *Too Many Markets or Too Few? Copyright Policy toward Shared Works*, June 2003 <http://www.serci.org/2003/meurer1.pdf>
- Mısır, Mustafa, Bayram; *Fikrî Hakların Korunmasında Meslek Birliklerinin Rolü*, FMR Cilt. 2 Sayı. 4, 2002
- Michalos, Christina; "The Law of Photography and Digital Images", Sweet & Maxwell, London, 2004
- Miller, Arthur R. *Computers And Authorship: The Copyrightability of Computer-Generated Works*, (WIPO Worldwide Symposium on The Intellectual Property Aspects of Artificial Intelligence. Stanford University - March 25-27, 1991
- Minsky, Marvin; "Society of Mind", New York, Simon and Schuster, 1986
- Minsky, Marvin; *Conscious Machines*, Machinery of Consciousness, Proceedings, National Research Council of Canada, 75th Anniversary Symposium on Science in Society, June 1991
- Moore; Adam D., "Intellectual Property and Information Control" Transaction Publishers, ABD, 2004
- Mossoff, Adam; *What Is Property? Putting the Pieces Back Together*, Michigan State University DCL College of Law Public Law & Legal Theory Working Paper Series Research Paper No. 01-09, <http://ssrn.com/abstract=438780>
- Mountain, Darryl; *XML e-Contracts: Documents That Describe Themselves*, International Journal of Law and Information Technology, Vol. 11, No.3, 2003, 274-285
- Mulgan, Geoff; Tom Steinberg; Omar Salem; *Wide Open: Open source methods and their future potential*, DEMOS 2005
- Mulligan, Deirdre ve diğerleri; *Unintended Consequences: Seven Years under the DMCA*, 2006 Samuelson Law, Technology & Public Policy Clinic. http://www.eff.org/IP/DMCA/20030102_dmca_unintended_consequences.html
- Munzer, Stephen R.; "New Essays In The Legal And Political Theory Of Property", Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2001
- Murray, Fiona; Stern, Scott; *Do Formal Intellectual Property Rights Hinder The Free Flow Of Scientific Knowledge? An Empirical Test Of The Anti-Commons Hypothesis*, NBER (National Bureau of Economic Research) Working Paper, No. 11465, 2005 <http://www.nber.org/papers/w11465>
- Nadel, Mark S.; *Questioning the Economic Justification for Copyright Law*, 2003
- Nagarjuna, G.; *Tracing the Biological Roots of Knowledge*, Rangaswamy, N.S., (Ed.)." Life and Organicism. Project of History of Indian Science, Philosophy and Culture" <http://cogprints.org/4896/01/bio-roots-knowledge.pdf>

- National Research Council Staff. "Digital Dilemma: Intellectual Property in The Information Age." National Academies Press, ABD, 2000.
- Neeta Thakur, *Database Protection in the European Union and the United States: The European Database Directive as an Optimum Global Model?* Intellectual Property Quarterly I.P.Q., No:2, 2001, 100-133.
- Netanel, Neil W.; *Copyright and a Democratic Civil Society*, Yale Law Journal, Vol. 106, 1996
- Netanel, Neil W.; *Impose A Noncommercial Use Levy To Allow Free Peer-To-Peer File Sharing*, Harvard Journal of Law & Technology, Vol. 17, No.1, Fall 2003
<http://ssrn.com/abstract=468180>
- Newcity, Michael A.; "Copyright Law in the Soviet" , New York: Praeger Publishers, 1978
- Ngenda, Akalemwa; *The Nature of the International Intellectual Property System: Universal Norms and Values or Western Chauvinism?*, Information & Communications Technology Law, Vol. 14, No. 1, 2005, 59-79
- Nimmer, David; *A Tale of Two Treaties*, Colum.-VLA J.L. & Arts, 1997, Vol. 22, 1-25
- Nobles, Richard; David Schiff, *A story of Miscarriage: Law in the Media*, Journal of Law and Society, 2004, Vol.31, 221-233
- Numerico, Teresa; Jonathan P. Bowen; *Copyright And Promotion: Oxymoron or Oppotunity*, EVA 2005 London Conference, 2005. <http://arxiv.org/ftp/cs/papers/0508/0508067.pdf>
- Odman, Ayşe; "Fikrî Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü", Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002
- Okediji, Ruth L.; *Back to Bilateralism? Pendulum Swings in International Intellectual Property Protection*, UOLTJ (University of Ottawa Law and Technology Journal), Vol. 1, 2003-2004, 125-147
- Okutan, Gül; *Türk Milletlerarası Hukukunda Fikir ve sanat Eserleri*, Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul 1999,
- Olin, John M; *Intellectual Property and the Academic Enterprise*, The Law School The University Of Chicago, Law & Economics Working Paper, No. 68.
<http://www.law.uchicago.edu/Publications/Working/index.html>
- Oram, Andy; (Ed.), "Peer To Peer Harnessing the Benefits of a Disputive Technology", Oreilly, Sebastopol, 2001
- Ortan, Ali Necip; "Avrupa Patent Sistemi", C. I,1991 ve C.II, 1992, Ankara, Bankacılık ve Tic. Enst. Yay.
- Ortan, Ali Necip ; " Patent Lisans Sözleşmesi", Ankara, 1979
- Ortan, Ali Necip ; " İşçi Buluşları Hukuku", İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 1987.
- Orwat, Carsten; *Report on the 3rd DRM Conference*, Berlin, 13th and 14th January 2005
http://www.indicare.org/tiki-read_article.php?articleId=75
- Oskamp, Anja; Lauritsen, Marc; *AI in Law Practice? So far, Not Much*, Journal of Artificial Intelligence and Law, Vol. 10, No.4, 2002 S. 227-236.
<http://www.springerlink.com/content/hj72522v160051w3/>

- Ostrom, Elinor; *Collective Action and the Evolution of Social Norms*, Journal of Economic Perspectives ,Vol. 14, No. 3, 2000, 137-158.
<http://ideas.repec.org/a/aea/jecper/v14y2000i3p137-158.html>
- Öhman, María Dolores P.; *Access to And Intellectual Property Rights Overgenetic Resources With a Special Focus on Fair And Equitable Benefit Sharing Internationalcontext and the Argentinean Case*, IIIIEE Reports No.6, 2002
[http://www.iiiee.lu.se/Publication.nsf/\\$webAll/033555B1C2B0C06CC1256CCC002A676C/\\$FILE/Reports_2002_6_rev.pdf](http://www.iiiee.lu.se/Publication.nsf/$webAll/033555B1C2B0C06CC1256CCC002A676C/$FILE/Reports_2002_6_rev.pdf)
- Öktem, Niyazi; Ahmet Ulvi Türkbağ, “Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet” İstanbul, Der Yayınları, 2003.
- Özatan, Halim; *Umumi Mahallerde İcra, Fonogram, Yapım ve Yayınların Kullanımı ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar* Legal Fikrî ve Sınâî Haklar Dergisi – Vol. 1, 2005, No. 1
- Özcan, Mehmet Tefik; “İlkel Topumlarda Toplumsal Kontrol”, Özne Yayınları, 1998
- Öztan, F.: "Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eser" Prof Dr. Ali BOZER'e Armağan, Ankara 1998, 221-242.
- Öztrak, İ.; *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Korunması Yönünden Pozitif Hukuktaki Tarihi Gelişim*, AÜSBFD, Cilt. 25, No.3, 1970
- Öztrak, İlhan; “Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar”, 2. Bası, Ankara, 1977
- Paganetto, Luigi (Ed.) "Knowledge Economy, Information Technologies and Growth", Aldershot, Ashgate, 2004.
- Parisi, Francesco; Depoorter, Ben; *The Market For Intellectual Property: The Case Of Complementary Oligopoly*; "The Economics of Copyright: Developments in Research and Analysis", W. Gordon R. Watt (Ed.) Elgar Publishing, 2003.
http://ssrn.com/abstract_id=317605
- Park, Jinseok; *Has Patentable Subject Matter Been Expanded?-A Comparative Study on Software Patent Practices in the European Patent Office, The United States Patent and Trademark Office and the Japanese Patent Office*, International Journal Of Law and Information Technology, 2005, Vol.13, No:3, 336-377
- Patterson, Ray; "Copyright in Historical Perspective", Nashville, Vandebilt University Press, 1968
- Pendleton, Micheal; *Construe Widely and Face Invalidity – Construe Narrowly and Miss Infringements: The Dilemma of Interpreting Patent Specifications*, Murdoch University Electronic Journal of Law, Vol.11, No.3, 2004
- Perdue, Peter C.; *China in the Early Modern World: Shortcuts, Myths and Realities*, Massachusetts Institute of Technology, No.1, 1999, http://ocw.mit.edu/NR/rdonlyres/History/21H-504East-Asia-in-the-WorldSpring2003/70208DF1-1DAB-4B4A-97C8-6800A7D0EE81/0/china_emod.pdf
- Phillips, Jeremy J.; Robyn Durie, Ian Karet; "Whale on Copyright", 5. Bası, Sweet & Maxwell, London, 1997
- Phukan, Sanjeev; Gurpreet Dhillon; *Ethical and Intellectual Property Concerns in a Multicultural Global Economy*, EJISDC (The Electronic Journal of Information Systems in Developing

- Countries), Vol. 7, No. 3, 2001, s. 1-8
<http://www.ejisdc.org/ojs2/index.php/ejisdc/article/viewFile/36/36>
- Piaget, J.; "The Principles of Genetic Epistemology", London, Routledge and Kegan Paul., 1972
- Piroğlu, Ünsal; *İletişim Çağında Sanatın ve Telif Haklarının Yeni Konumu*, FMR, Cilt.1, Sayı 2, 2001
- Pitkänen, Olli; Mikko Välimäki; *Towards A Digital Rights Management Framework*, IeC2000 Conference Proceedings,. Manchester, UK, 2000,
http://www.hiit.fi/de/drm_framework_iec2000.pdf
- Platon , "Devlet", II. Kitap 369b, c,370b,c, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2006
- Post, David G.; *What Larry Doesn't Get: Code, Law, and Liberty in Cyberspace*, Stanford Law Review, Vol.52, 2000 s.1439-1458.
http://cyber.law.harvard.edu/ilaw/Contract/Post_Full.html
- Potsdam and the Max Planck Group for Nonlinear Dynamics First Meeting of GERG, OSAKA and WESS Mayıs 28 - 31,1993 Potsdam/Almanya
- "privatkopie.net" ; "Bits of Freedom", *Putting Users At The Centre Achieving An 'Information Society For All' (Comments in response to the Informal Consultation of the Final Report of the High Level Group on DRM)*, 2004, http://www.privatkopie.net/files/privatkopie-bof_on-DRM.pdf
- Raber, Douglas; "The Problem of Information: An Introduction to Information Science" Scarecrow Press., 2003.
- Radin, Margaret Jane; "Intellectual Property and The Internet" New York, NY: Foundation Press 2004
- Rajan, Mira T. Sundara ;Moral Rights in Information Technology: A New Kind of 'Personal Right'? *International Journal of Law and Information Technology*, 2004, Vol. 12, No.1,
<http://ijlit.oxfordjournals.org/cgi/content/abstract/12/1/32>
- Rajan,Sundara; T. Mira; "Copyright and Creative Freedom" London : Routledge, 2005
- Ramsauer, Thomas; Germany's Copyright Law on the Verge of the Information Age, e-Copyright Bulletin, December 2003, s.2, http://portal.unesco.org/culture/en/ev.php-URL_ID=5130&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html
- Ranaivoson, Heritiana, Joelle Farchy; *DRMs and competition : A New Strategic Stake The Case of The Online Music Market* , Workshop on The Law and Economics of Intellectual Property and Information Technology, 2005.
<http://www.liuc.it/ricerca/istitutoeconomia/laweconomicsjuly2005/program.asp>
- Rao, C. Niranjan; *The Role of Intellectual Property Rights in Information and Communication Technologies*, Center For Social and Economic Studies Hyderabad Working Paper, No. 61, September 2004 <http://econpapers.repec.org/paper/indcesswp/61.htm>
- Reddy, Raj; *Infinite Memory and Bandwidth: Implications for Artificial Intelligence*, Newell-Simon Hall Dedication Symposium, October 19, 2000, KurzweilAI.net, 2001.
<http://www.kurzweilai.net/meme/frame.html?main=/articles/art0066.html?>

- Reese, Anthony; *The First Sale Doctrine in the Era of Digital Networks*, The University of Texas School of Law Public Law and Legal Theory Research Paper, No. 57
- Régibeau, Pierre; Katharine Rockett; *The Relationship Between Intellectual Property Law and Competition Law: An Economic Approach*, University of Essex and CEPR Revised, 2004
<http://www.essex.ac.uk/economics/discussion-papers/papers-text/dp581.pdf>
- Reichman, J.H.; Paul F. Uhlir, *Database Protection at the Crossroads: Recent Developments and Their Impact on Science and Technology*, Berkeley Tech. L.J., 1999, Vol.14, s. 801
- Reichman, Jerome H.; *Saving the Patent System from Itself: Informal Remarks Concerning Systemic Problems Afflicting Developed Intellectual Property Regimes, Perspectives on Properties of the Human Genome Project*, Scott Kieff (Ed.), 2003
<http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2005/200510-CompGhidini.pdf>
- Reidenberg, Joel; *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology*, Tex. L. Rev. Vol. 76, No.553, 1998
http://reidenberg.home.sprynet.com/lex_informatica.pdf
- Reidenberg, Joel; *Technology and Internet Jurisdiction*, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 153, 2005, 101-124
- Reidenberg, Joel R.; *Privacy Protection and the Interdependence of Law, Technology and Self-Regulation*, 2000 <http://reidenberg.home.sprynet.com/Interdependence.htm>
- Reinbothe, Jörg ; Silke Von Lewinski, “The WIPO treaties 1996: The WIPO Copyright Treaty and the WIPO Performances and Phonograms Treaty: Commentary and Legal Analysis”, London, Butterworths, Lexis Nexis, 2002
- Report On Legal Protection For Databases*, US Copyright Office, August 1997
<http://www.copyright.gov/reports/dbase.html>
- Restaino, Leslie G.; Steven E. Halpern; Eric L. Tang; *Patenting DNA-Related Inventions in the European Union, United States and Japan: A Trilateral Approach or a Study in Contrast?*, UCLA J.L. & Tech. Vol.2, 2003,
http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2004_1/zekos/
- Reynolds, Glenn Harlan; *Nanotechnology and Regulatory Policy: Three Futures*, Harvard Journal of Law & Technology, Vol. 17, No.1, Fall 2003
http://www.pacificresearch.org/pub/sab/techno/forward_to_nanotech.pdf
- Rhys, Matthew R.; *The Pirate Bazaar: The Social Life of Copyright Law*, The Faculty of Law, The University of New South Wales, Sydney, February 2001
- Richardson, Megan; *Downloading Music off the Internet: Copyright and Privacy in Conflict*, The University Of Melbourne Faculty Of Law, Legal Studies Research Paper No. 96, 2004
<http://ssrn.com/abstract=597362>.
- Richardson, Megan; *Downloading Music off the Internet: Copyright and Privacy in Conflict?*, Journal of Law and Information Science, Vol.13, No.1, 2002, s.90-106
- Richerson, Peter J., R. Boyd; *The Evolution of Human Ultra-Sociality, Ideology, Warfare, and Indoctrinability*, I. Eibl-Eibisfeldt and F. Salter, (ed.), Berghan Books, 1998, 71–95
<http://www.sscnet.ucla.edu/anthro/faculty/boyd/ultra.pdf>

- Ricketson, Sam; Jane C. Ginsburg, "International Copyright and Neighbouring Rights : The Berne Convention and Beyond", 2. Basi. New York, Oxford Press, 2005
- Ricketson, Sam; Jane C. Ginsburg; "International Copyright and Neighbouring Rights : The Berne Convention and Beyond", Oxford ; New York, Oxford University Press, 2006
- Ricketson, Sam; The Three-Step Test, Deemed Quantities, Libraries and Closed Exceptions Advice prepared for the Centre for Copyright Studies Ltd.
www.copyright.com.au/reports%20&%20papers/CCS0202Berne.pdf
- Ricketson, Sam; *WIPO Study On Limitations And Exceptions Of Copyright And Related Rights In The Digital Environment*, WIPO Standing Committee On Copyright And Related Rights, 9. Session Geneva, June 23-27, 2003, s.10 ; Ricketson ; Ginsburg, s.497vd.
- Rietjens, Bob; *Give and Ye Shall Receive! The Copyright Implications of BitTorrent*, SCRIPT-ed.(Scottish Center for Research in Intellectual Property and Technology), Vol. 2, Issue. 3, 2005, s.109-125, <http://www.law.ed.ac.uk/ahrb/script-ed/vol2-3/torrent.asp>
- Riles, Annelise; *Property As Legal Knowledge: Means and Ends*, J. Roy. anthrop. Inst. (Journal of the Royal Anthropological Institute, Vol. 10, Issue.4, 2004, 775-795
- Roemer, Ryan; *Locking Down Loose Bits: Trusted Computing, Digital Rights Management, and the Fight for Copyright Control on Your Computer*, UCLA Journal of Law & Technology, Vol. 8, 2003 http://www.lawtechjournal.com/articles/2003/08_040223_roemer.pdf
- Roemer, Ryan; *The Digital Evolution: Freenet and the Future of Copyright on Internet*, UCLA J.L & Tech.(UCLA Journal of Law and Technology), Vol. 5, 2002
http://www.lawtechjournal.com/articles/2002/05_021229_roemer.php
- Ronan, Deazley ; *The Myth of Copyright at Common Law*, Cambridge Law Journal, Vol. 62, No.1, March 2003, 106-133
- Ronfeldt, David; *A Long Look Ahead: NGOs, Networks, and Future Social Evolution*, 2002
http://www.rand.org/pubs/reprints/2005/RAND_RP1169.pdf
- Rose, Mark; "The Author as Proprietor: Donaldson v. Becket and the Genealogy of Modern Authorship," Representations, No. 23, Summer, 1988, 51-85
- Rose, Mark; "Authors and Owners. The invention of copyright", Cambridge, Massachusetts. London: Harvard University Press, 1993.
- Rose,Carol M.; *Romans, Roads,and Romantic Creators: Traditions of Public Property in the Information Age*, Law and Contemporary Problems, 2003, Vol.66, 89-110
- Rosen, Lawrence; "Open Source Licensing Software Freedom and Intellectual Property Law", Prentice Hall PTR , NJ, 2005
- Rosenblatt, Bill, Gail Dykstra ; *Integrating Content Management with DRM: Imperatives and Opportunities for Digital Content Lifecycles*, Giantsteps Media Technology Strategies, 2003
<http://www.xml.org/reference/CM-DRMwhitepaper.pdf>
- Ruse, Henning Grosse; *Electronic Agents and the Legal Protection of Non-creative Databases*, International Journal of Law and Information Technology, Vol.9, No.3, 2001, 295-326

- Rushton, Michael; *The Law and Economics of Artists' Inalienable Rights*, Department of Economics, University of Regina, Discussion Paper, No. 95, 2001
<http://www.econ.uregina.ca/research/papers/095.pdf>
- Ruyle, Eugene E.; "The Human Adventure From Ancestral Communism To The Seventh Generation", 2003 edition for web, <http://www.csulb.edu/~eruyle/humanindex.html>
- Rütz, Christian , *Parody: A Missed Oportunity?*, I.P.Q.(Intellectual Property Quarterly), 2004, No.3, Sweet & Maxwell, 284-315
- Ryan, Alicia; *Contract, Copyright and The Future of Digital Preservation*, B. U. J. SCI. & Tech. L., Vol.10 No.1, 2004
- Salokannel, Marjut ; *Alain Strowel, Study Contract Concerning Moral Rights In The Context Of The Exploitation Of Works Through Digital Technology* –Final Report, April 2000, The European Commission's Internal Market Directorate-General,
http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/etd1999b53000e28_en.pdf
- Samuelson, Pamela; *Intellectual Property and Contract Law for the Information Age Foreword to a Symposium*, California Law Review, Vol. 87, January 1999
- Samuelson, Pamela; *Challenges for the World Intellectual Property Organization and the Trade-Related Intellectual Property Rights Council in Regulating Intellectual Property Rights in the Information Age*, EIPR, 1999, No. 578
- Samuelson, Pamela; *DRM {and, or, vs.}*,The Law, Communications of the ACM, Vol.46, No.4, 2003 http://www.ischool.berkeley.edu/~pam/papers/acm_v46_p41.pdf
- Samuelson, Pamela; *Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to be Revised?*, Berkeley Tech. L.J (The Berkeley Technology and Law Journal), Issue.14-2, 1999 http://legal.edhec.com/DTIC/ArticlesE/Article_PI_2.htm
- Samuelson, Pamela; *Legally Speaking: Trade Secrets vs. FreeSpeech*, Communications of the ACM, Vol. 46, No.6, June 2003
- Samuelson, Pamela; *Mapping Public Domain.*,Law & Contemp. Probs., Vol. 66, 2003, Winter/Spring/
- Samuelson, Pamela; *Preserving the Positive Functions of the Public Domain In Science*, Data Science Journal, Vol. 2, 2003, 192-197
- Samuelson, Pamela; *Towards More Sensible Anti-Circumvention Regulations*, Proceedings of the 4th International Conference on Financial Cryptography, Springer Verlag, İngiltere, 2000, s.33-41
- Sanks, Terry M.; *Database Protection: National And International Attempts To Provide Legal Protection For Databases*, Florida State Univerity Law Review, Vol. 25, 1998
<http://www.law.fsu.edu/journals/lawreview/downloads/254/sanks.pdf>
- Santagata, Walter; *Creativity, Fashion, and Market Behavior*, ACEI 2002 International Conference on Economics, Rotterdam, http://www.eblacenter.unito.it/WP/5_WP_Ebla.pdf
- Saw, Cheng Lim, T. H. Koh Winston; *Does P2P Have a Future? Perspectives from Singapore*, International Journal Of Law and Information Technology, Vol.13, No:3,2005, 413-436

- Saxby, Stephen; *Crown Copyright Regulation in the UK- Is the Debate Still Alive?* International Journal Of Law and Information Technology, Vol.13, No:3, 2005, 299-335
- Scassa, Teresa, Originality and Utilitarian Works: The Uneasy Relationship between Copyright Law and Unfair Competition,. University of Ottawa Law & Technology Journal, 2003-2004, Vol. 1, <http://ssrn.com/abstract=764724>
- Schechter, Roger E; John R.. Thomas , *Intellectual Property: The Law of Copyrights, Patents, and Trademarks*, West Publishing Company, 2003, 216-217.
- Schönberger, Viktor Mayer; In *Search of the Story: Narratives of Intellectual Property*, Virginia Journal of Law & Technology, Vol. 10, No. 11, Fall 2005
- Schroeder, Jeanne L.; *Unnatural Rights: Hegel And Intellectual Property*, Benjamin N. Cardozo School of Law Jacob Burns Institute for Advanced Legal Studies Working Paper, No. 80, 2004 <http://ssrn.com/abstract=518182>
- Schulman, Brendan M.; *The Song Heard Round the World: The Copyright Implications of MP3s and the Future of Digital Music*, Harvard Journal of Law & Technology, Vol. 12, No. 3, Summer 1999 <http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/12HarvJLTech589.pdf>
- Schulz, Wolfgang; Thorsten Held; Arne Laudien; *Search Engines as Gatekeepers of Public Communication: Analysis of the German framework applicable to internet search engines including media law and anti trust law*, German law Journal, Vol.06, No.10, 2005, 1420-1433
- Schumacher, Pascal H. ; *Fighting Illegal Internet Content- May Access Providers Be Required To Ban Foreign Websites? A German Approach*, International Journal of Communications Law and Policy, Issue. 8, Winter 2004 http://www.ijclp.org/8_2004/pdf/schumacher-paper-ijclp.pdf
- Scotchmer, Suzanne; *The Political Economy of Intellectual Property Treaties*, University of California Institute of Business and Economic Research Competition Policy Center, Working Paper, No. CPC01-24, 2001
- Scott, Bernard; *Gordon Pask's Conversation Theory: A Domain Independent Constructivist Model of Human Knowing*, Foundations of Science, special issue on "The Impact of Radical Constructivism on Science", A. Riegler, (Ed.), Vol. 6, No.4, 2001, 343-360.
- Seadle, Michael; *Copyright in the networked world: author's rights*, Library Hi Tech, Vol. 23, No. 1, 2005, 130-136
http://www.emeraldinsight.com/info/copyright/copyright_column/authorrights.pdf
- Senftleben, Martin; "Information Law Series-13 Copyright, Limitations and the Three- Step Test An Analysis of the Three Step Test in International and EC Copyright Law", Kluwer Law International, The Hauge, 2004
- Shah, Aashit; *UK's Implementation of Anti-Circumvention Provisions of the EU Copyright Directive: An Analyse*, Duke Law and Technology Review, No.3, 2004
<http://www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/2004dltr0003.html>
- Shahar, Danny Ben; Assaf Jacob; *Selective Enforcement of Copyright as an Optimal Monopolistic Behavior*, Contributions to Economic Analysis & Policy, Vol. 3, Issue. 1, No. 18, 2004
- Shalizi, Cosma Rohilla; *The Information Society and the Information Economy*, 1997
<http://cscs.umich.edu/~crshalizi/notebooks/information-society.html>

- Shavell, Steven; *Economic Analysis of the General Structure of the Law*, Harvard Law and Economics Discussion Paper, No.408, 2003
- Shavell, Steven; Tanguy van Ypersele; *Rewards Versus Intellectual Property Rights*, Harvard Law School, Olin Center for Law, Economics & Business, Discussion Paper, No. 246, 1998
- Sherman, Brad; Alain Strowel; "Of Authors and Origins Essays on Copyright Law", Clarendon Press, Oxford, 1994.
- Sherman, Brad; Lionel Bentley , *The Making of Modern Intellectual Property Law: The British Experience*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, s.1760-1911
- Skenderija, Sasha; *The Media Paradigm for Information Science, Institute of Information Studies and Librarianship*, Charles University, Prague
<http://dl.cuni.cz/cuni/file.php/225/soubory/cais99.pdf>
- Smith, Douglas A.; *Recent Proposals to Copyright Revision: An Evaluation*, Canadian Public Policy Vol. 14, No. 2, 1988, 175-185
- Sober, Elliot; David Sloan Wilson; "Unto Others: The Evolution and Psychology of Unselfish Behavior", Cambridge, MA: Harvard University Press, 1998
- Solove, Daniel J.; "The digital person: Technology and Privacy in The Information Age", New York, New York University Press 2004.
- Sommer, Joseph H.; *Against Cyberlaw*, Berkeley Technology Law Journal, 2000, Vol. 15
- Soyak, Alkan; *Fikrî ve Sinaî Mülkiyet Hakları : Tanım, Tarihsel Gelişimi ve Gelişmekte Olan Ülkeler Açısından Önemi*, Legal Fikrî ve Sinaî Haklar Dergisi, Mayıs 2005, Sayı : 1, s.11-31
- Spinello, Richard A.; "Intellectual Property Rights in a Networked World : Theory and Practice" , Richard Spinello; Herman Tavani (Ed.) - Hershey, Pa. : Information Science, 2004.
- Staller Alexander; Petta, Paolo; *Introducing Emotions into the Computational Study of Social Norms*, Journal of Artificial Societies and Social Simulation, Vol. 4, No.1 , 2001
<http://jasss.soc.surrey.ac.uk/4/1/2.html>
- Stallman, Richard; *Reevaluating Copyright The Public Must Prevail*, Oregon Law Review, Spring 1996
- Stapleton, Jaime; "Art Intellectual Property & The Knowledge Economy", Goldsmiths College, University of London, 2002, s.31
- Stapleton, Jaime;"Art Intellectual Property& The Knowledge Economy" 2002, Bölüm 2 Intellectual Property and Creative Labour in Renaissance Venice s.9,
<http://www.jaimestapleton.info/AIPKE%20texts/Chapter%20Two%20Edit.pdf>
- Starkoff, David; *Copyright: Law and Practice in a Digital Age*, Honours Thesis at School of Information Technology and Electrical Engineering The University of Queensland
<http://www.itee.uq.edu.au/~cristina/students/dbs/davidStarkoffHonoursThesis01.pdf>
- Stefik, M., (Ed.) "1996 Internet dreams: Archetypes, myths, and metaphors". 3rd Printing 2001, Cambridge, MA: The MIT Press.

- Sterk, Stewart E.; *What's in a Name?: The Troublesome Analogies Between Real and Intellectual Property*, Cordozo Law Legal Studies Research Paper, No.88, 2004
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=575121
- Sterling, J.A.I; "World Copyright Law", 2. Bası, Sweet & Maxwell, Londra, 2003
- Steven D. *The Protection Of Intellectual Property Under Islamic Law*, Capital University Law Review, Vol. 21, 1992
- Stiglitz, Joseph E; *Knowledge As A Global Public Good*,
<http://www.worldbank.org/knowledge/chiefecon/articles/undpk2/>
- Stokes, Simon; "Art and Copyright", Oxford, Portland Oregon, 2001
- Stokes, Simon; "Digital Copyright Law and Practice", Butterwoths, Londra, 2002
- Story, Alan; Burn Berne; *Why The Leading International Copyright Convention Must Be Repealed*, Houston Law Review, Vol. 40, No. 3, 2003, s.763-801,
- Strahilevitz, Lior Jacob; *Charismatic Code, Social Norms, and the Emergence of Cooperation on the File-Swapping Networks*, Virginia Law Review, Vol.89, 2003
- Stratton, Jon; *Siberalan ve Kültürün Küreselleştirilmesi*, Cogito: İnternet Üçüncü Devrim, Sayı 30, Kış 2002, Mehmet Doğan(Çev.)
- Sudia, Frank W.; *A Jurisprudence of Artilects: Blueprint for a Synthetic Citizen*, 2001.
www.sudialab.com,
<http://www.kurzweilai.net/meme/frame.html?main=/articles/art0270.html?>
- Sullivan, Kathleen, M.; *The Justice of Rules and Standards*, Harv. L. Rev. 1992, Vol. 106, No. 22
- Sunder, Madhavi; *Intellectual Property and Identity Politics: Playing with Fire*, The Journal of Gender, Race & Justice, Vol. 4, No.1, Fall 2000, <http://ssrn.com/abstract=279318>
- Sunstein, Cass R.; *Of Artificial Intelligence and Legal Reasoning*, University of Chicago Law School Roundtable, Vol.8, 2001 <http://papers.ssrn.com/abstract=289789>
- Suthersanen, Uma; *A Comparative Review Of Database Protection In The European Union And United States*, 2002, Queen Mary Intellectual Property Institute, University of London, Center for Commercial Law Studies <http://www.ccls.edu/staff/suthersanen.html>
- T.B.M.M. (S. Sayısı : 402) Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı ve Millî Eğitim, Kültür, Gençlik ve Spor Komisyonu Raporu (1/538), 15.09.1999
- Tabuchi, Helga; *Intenational Protection Of Non-Original Databases; Studies On The Economic Impact Of The Intellectual Property Protecction Of Non-Original Databases*,
http://www.codata.org/codata02/03invited/Tabuchi/Tabuchi_CODATA_ejournal.pdf
- Takalo, Tuomas; *Essays On The Economics Of Intellectual Property Protection*, Faculty of Social Sciences of the University of Helsinki Auditorium XV. Unioninkatu 34, February 2002
<http://ethesis.helsinki.fi/julkaisut/val/kansa/vk/takalo/essayson.pdf>
- Tawfik, Myra J.; *International Copyright Law And 'Fair Dealing' As A ' User Right'*, UNESCO, e-Copyright Bulletin April – June 2005
<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001400/140025e.pdf>

- Tawfik, Myra; Is The WTO/TRIPS Agreement User-Friendly?, Final Report To The International Trade Treaties Committee of The Canadian Library Association, Faculty of Law, University of Windsor/Canada, January 30, 2005, http://www.cla.ca/resources/tawfik_final_report.pdf
- Tekinalp, Ünal; Fikrî Mülkiyet Hukuku, İstanbul, Beta Yayınları, 2006
- Tekinalp, Ünal; *Derleme Eser, Düşünce Yaratıcılığı ve Bunun "Hususiyet" Üzerindeki Etkisi*, Ankara Barosu Fikrî Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR), C. 5, Sayı 1, 2005.
- Tekinalp, Ünal; "Elektronik Kitle İletim ve Değişim", İstanbul, 1990
- Tellez, Viviana Munoz; Waitara, Andrew Chege; *The Proposed Wipo Treaty On The Protection of Broadcasting Organisations: Are New Rights Warranted And Will Developing Countries Benefit?* <http://www.southcentre.org/publications/researchpapers/ResearchPapers9.pdf>
- The Foundation for Information Policy Research (FIPR) Report
<http://www.fipr.org/copyright/guide/eucd-guide.pdf>
- Tien, Lee; *Architectural Regulation and the Evolution of Social Norms*, International Journal of Communications Law & Policy, Issue 9, 2004
http://www.ijclp.org/Cy_2004/pdf/Lee_Tien_ijclp-paper.pdf
- Tiscornia, Daniela; *A Methodology for the Representation of Legal Knowledge: Formal Ontology Applied to Law*, SORITES (Digital Journal of Analytical Philosophy), Issue.02, 1995
http://www.ifs.csic.es/sorites/Issue_02/item3.htm
- Topçuoğlu, H.; *Fikrî Haklar*, (Ders Notları), Ankara 1964.
- Torremans, Paul L.C.,(Ed.); *Copyright and Human Rights-Freedom of Expression-Intellectual Property-Privacy*, "Information Law Series-14", Kluwer Law International, The Hauge, 2004.
- Torsen, Molly A.; *Fine Art Online: Digital Imagery and Current International Interpretations of Ethical Considerations in Copyright Law*, Digital Technology Law Journal, Vol. 5, No.1, 2004 <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1660&context=expresso>
- Tosun, Yalçın; *Caching ve Hukuksal Çözüm Önerileri*, Yeşim Atamer (Ed.) İnternet ve Hukuk, İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2004
- Treaties Committee of The Canadian Library Association, *Is the WTO/TRIPs Agreement User Friendly? Final Report To the International Trade Treaties*, Faculty of Law, University of Windsor/Canada, January 30, 2005, http://www.cla.ca/resources/tawfik_final_report.pdf
- Treiger-Bar-Am; Leslie Kim; *The Moral Right Of Integrity: A Freedom Of Expression*, Oxford Intellectual Property Research Centre St Peter's College, University of Oxford October 2004
<http://www.oiprc.ox.ac.uk/EJWP0804.html>
- Trippe, Bill, Stephen Mooney; "Digital Rights Management: Business and Technology", New York: ABD, (2002)
- Tsiavos, Prodromos; Ian Hosein, ; *Beyond Good and Evil: Why open source development for peer-to-peer networks does not necessarily lead to an Open Society, is as imbalanced as Copyright Law and definitely is not going to make you a better person*, Department of Information Systems London School of Economics and Political Science, 2003
- Tuomi, Ilkka; *Knowledge Sharing And The Idea Of Public Domain*, UNESCO 21st Century Dialogues, "Building World Knowledge Societies" Seoul, Republic of Korea July 26-27,

- 2004
<http://www.meaningprocessing.com/personalPages/tuomi/articles/KnowledgeSharingAndTheIdeaOfPublicDomain.pdf>
- Turchin V. ; "The Phenomenon of Science. A Cybernetic Approach to Human Evolution", Columbia University Press, New York, 1977
- Tushnet, Rebecca; *Copy This Essay: How Fair Use Doctrine Harms Free Speech and How Copying Serves It*, The Yale Law Journal, Vol. 114, 2004, 535-590
- Türkekul, Erdem ; Sevim, Tuğrul; *İnternet Ortamında Müzik Eserlerinin Kullanımı*, Legal Fikrî ve Sınâî Haklar Dergisi, Sayı 3, Kasım 2005,
- Türkekul, Erdem; *Eser Sahibinin Haklar Ve Bağlantılı Haklar Ön Raporu*, T.C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı Dokuzuncu Kalkınma Planı Fikrî Mülkiyet Hakları Özel İhtisas Komisyonu , 2005, s. 34, http://plan9.dpt.gov.tr/oik04_fikrimulkiyet/041fikrhak1.pdf
- Umpleby, Stuart A.; *The Cybernetics Of Conceptual Systems*, Cybernetics And Systems, Vol.28, 1994
- UNCTAD-ICTSD, "Resource Book on TRIPS and Development", Cambridge University Press, Cambridge, 2005
- Uslu, Ramazan; "Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Eser Kavramı" Ankara, Seçkin Yay., 2003
- Uzuner, Özlem; Lee W. McKnight; Frank Field III; *Policy Implications of Copyright Infringement Detection Systems*, 2003 <http://people.csail.mit.edu/ozlem/Uzuner-Monterrey03.pdf>
- Üstün, Gürsel. *Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda 4630 sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklikler ve Eleştirilerimiz*, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt.75, Sayı 1-2-3, 2001
- Vadén, Tere; *Intellectual Property, Open Source and Free Software*, University of Tampere, Finland 2003
- Vail, Jeff;"A Theory of Power", A.B.D., Universe Inc, , 2004
- Valente, Andre; Breuker, J.A.P.J.; *A Model-Based Approach To Legal Knowledge Engineering*; Journal of Artificial Intelligence and Law, Vol.7, No.4, 2004
<http://www.springerlink.com/content/q56j467p03584236/>
- Valente, Andre; Breuker, Joost; *Ontologies: the Missing Link Between Legal Theory and AI & Law*, JURIX (The Foundation for Legal Knowledge Based Systems), Lelystad: Koninklijke Vermande, 1994, 138-150 <http://www.jurix.nl/pdf/j94-12.pdf>
- Välimäki; 'GNU General Public License and the Distribution of Derivative Works', JILT (The Journal of Information, Law and Technology), Vol. 1, 2005.
http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law2/elj/jilt/2005_1/välimäki/
- van Benthem, Johan; *Cognition As Interaction*, 2005
http://linus.media.unisi.it/cirg/udk/abs_esf_vanbenthem.pdf
- van Caenegem, W.; *Intellectual Property Law and the Idea of Progress*, IPQ, 2003, 237-256

- van Schijndel, Marieke; Smiers, Joost; *Imagining a World Without Copyright*, AHRB Copyright Research Network Conference, Birkbeck, Londra, 2005
http://gerdleonhard.typepad.com/the_future_of_music/files/joost_smiers_imagine_a_world_without_copyright_feb_2005.pdf
- van Wijk, Jeroen; *Dealing With Piracy Intellectual Asset Management In Music And Software*, ERIM Report Series, No. ERS-2002-86-ORG, 2002 <http://ssrn.com/abstract=371028>
- Vaver, David; "Copyright Law", Irwin Law, Ontario, 2000
- Verspagen, Bart; *Intellectual Property Rights In The World Economy*, Research Memoranda, MERIT (Maastricht Economic Research Institute on Innovation and Technology), No. 016, 1999, <http://meritbbs.unimaas.nl/verspagen.html>
- Vesala, Juha; "Technology Protection Of Copyright : Legal Protection Against Circumvention Tools Under The EC and US laws", Helsinki, Finnish Copyright Society, 2004
- Vesting, Thomas; *The Autonomy of Law and the Formation of Network Standards*, German Law Journal Vol.5, No.06, 2004 <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=456>
- von Lohmann, Fred ; *Measuring the Digital Millennium Copyright Act Against the Darknet: Implications for the Regulation of Technological Protection Measures*, Loyola Of Los Angeles Entertainment Law Review, Vol. 24, No.635, 2004
http://www.eff.org/IP/DMCA/DMCA_against_the_darknet.pdf
- Waelde, Charlotte, Hector MacQueen; *From Entertainment to Education: The Scope of Copyright? Advertising Publicity Rights and English Law*, I.P.Q.(Intellectual Property Quarterly) 2004 No.3, Sweet & Maxwell, s.259-283
- Wagner, Polk; *On Software Regulation*, S. CAL. L. REV. 2005, Vol. 78,
- Walker, Craig W.; *Application of the DMCA Safe Harbor Provisions to Search Engines*, Virginia Journal of Law and Technology, Vol.9, No.2, Winter 2004
http://www.vjolt.net/vol9/issue1/v9i1_a02-Walker.pdf
- Wayner, Peter; "Digital copyright protection", Boston, Mass., AP Professional, 1997.
- Wei, George; *Telephone Dictionaries and Databases: The Policy at the Helm of Copyright Law and a Tale of Two Cities*, I.P.Q.(Intellectual Property Quarterly), No.3 , 2004, s.316-365
- Weinhold, Diana; Usha Nair-Reichert; *Innovation, Inequality and Intellectual Property Rights*, September 2004
- Wencke, Bäsler; *Technological Protection Measures in the United States, the European Union and Germany: How Much Fair Use Do We Need in the "Digital World?"* Virginia Journal Of Law & Technology, Vol. 8, No.13, 2003 http://www.vjolt.net/vol8/issue3/v8i3_a13-Baesler.pdf
- West, David; "Kıta-Avrupası Felsefesine Giriş", Ahmet Cevizci (Çev.), İstanbul, Paradigma Yayınları, 2005, 40-56
- Wiener, Norbert; "Cybernetics or Control and Communication in the Animal and the Machine", A.B.D., MIT Press, 1948
- Wiener, Norbert; "The Human use of Human Beings", New York, Da Capo Press, 1954 (1988)

- Wildpaner, Christine; "The U.S. Digital Millenium Copyright Act: A Challenge For Fair Use In The Digital Age", Viyana, Media & Law series, 2004,
- Windsor, Julia; *Parallel Importation and its Effect on InformationTechnology*, Digital Technology Law Journal, Vol.4, No.1, 2003
- WIPO Publications "The Implications of the TRIPs Agreement on Treaties administered by WIPO", , 1996, No.464
- WIPO - The International Bureau, *The Advantages Of Adherence To The Wipo Copyright Treaty (WCT) and The Wipo Performances And Phonograms Treaty (WPPT)*
http://www.wipo.int/copyright/en/activities/wct_wppt/pdf/advantages_wct_wppt.pdf
- Witheyford, Nick Dyer; *Cognitive Capitalism and the Contested Campus*, European Journal of Higher Arts Education, Issue.2, February 2005 <http://firgoa.usc.es/drupal/node/27141>
- Wyssusek, Boris; Martin, Schwartz; Bettina, Kremberg; *The Philosophical Foundation of Conceptual Knowledge – A Sociopragmatic Approach*, Contributions to ICCS 2001 The 9th International Conference on Conceptual Structures Stanford University, California, USA July 30th to August 3rd, 2001, <http://ftp.informatik.rwth-aachen.de/Publications/CEUR-WS/Vol-41/Wyssusek.pdf>
- Yasaman, Hamdi. "Fikrî ve Sinaî Mülkiyet Hukuku", İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006
- Yavuz, Cevdet; "Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler" , İstanbul, Beta, 2002
- Yen, Alfred C.; *Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability and the First Amendment* Georgetown Law Journal, Vol. 88, No. 6, June 2000
- Yen, Alfred C.; *Third Party Copyright Liability After Grokster*, Boston College Law School Legal Studies Research Paper Series, No.90, 2005
- Yen, Alfred C.; *Western Frontier or Feudal Society?: Metaphors and Perceptions of Cybersapce*, Berkeley Technology Law Journal, Vol. 17, 2003 <http://ssrn.com/abstract=322522>
- Yen, Alfred C; *Restoring the Natural Law: Copyright as Labor and Possession*, Ohio State Law Journal, Vol. 51, 1990, 517-559
- Yu, Peter K.; *Intellectual Property And The Information Ecosystem*, MICH. ST. L. REV. (Michigan State Law Review), 2005, s.1-20 <http://ssrn.com/abstract=578575>
- Yu, Peter K.; *Currents and Crosscurrents in the International Intellectual Property Regime*, Loyola of Los Angeles Law Review, Vol. 38, 2004
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=578572
- Yu, Peter K.; *Intellectual Property and the Information Ecosystem*, Michigan State University Law Review, 2005, s.1-20. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=578575
- Yu, Peter K.; *P2P and the Future of Private Copying* , Michigan State University Legal Studies Research Paper Series, No. 02-08, 2002
- Yu, Peter K.; *The Copyright Divide*, Cardozo Law Review, Vol. 25, 2003
- Yusufoğlu, Fülürya; *Eseri Meydana Getirenlerin Mali Hak Sahibi Sayılmadıkları Haller*, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt.2, 2003

- Yüksel, Mehmet; *Fikrî Mülkiyet Haklarının Tarihsel Temelleri*, Ankara Barosu Fikrî Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl 1, Cilt.1, Sayı 2, 2001, 89-108
- Yüksel, Mehmet; *Fikrî Mülkiyete İlişkin Felsefi Tartışmalar*, TÜRBARD(Türkiye Barolar Birliği Dergisi), Sayı.2, 2001, 177-198
- Zamboni, Mura Anteo; David Hales; *Choose Your Tribe! - Evolution at the Next Level in a Peer-to-Peer network*, UBLCS (Department of Computer Science University of Bologna) Technical Report, No. 13, 2005
- Zavaletta, Joseph A.; *Using e-Dispute Technology to Facilitate the Resolution of e-Contract Dispute: A Model Proposal*, JTLP (Journal of Technology Law and Policy), Vol.7, Issue 1, 2002, 1-28
- Zucker, Lynne G.; Michael R. Darby; *An Evolutionary Approach to Institutions and Social Construction: Process and Structure*, "The Oxford Handbook of Management Theory: The Process of Theory Development", Ken G. Smith ve diğerleri (ed), İngiltere, 2005
http://siepr.stanford.edu/programs/SST_Seminars/Zucker_and_Darby_An_Evolutionar.pdf