

Fikri Mülkiyet Hakları Kavramı ve Dijital Telif Yasası Üzerine Bir İnceleme*

B. Baykal Eyyuboğlu^o
Gülin Yavuz^{oo}

Giriş

Liberal demokrasilerin en nemli zelliklerinden biri m lkiyetlerin ve bu nunla ilintili olan birey haklarının güvence altında olmasıdır. Temel olarak iki çeşit mülkiyet vardır; ilki, “maddi” (*tangible*) mülkiyet hakları (örnek olarak, arazi, emlak vb gibi), ikincisi de “gayri maddi” (*intangible*) mülkiyet hakları (örnek olarak, fikri mülkiyet ve bilimsel buluşlar). Fikri mülkiyet hakları (FMH) patent, ticari marka ve telif haklarını kapsamaktadır.

Akademik literatürde yenilikçiliğin (innovation) ön koşullarından biri olarak gösterilen FMH korunmasına ilişkin genel kanı, monopolleşme eğiliminde olduğudur. Ancak bu durum mülkiyetin korunması vasıtasıyla yenilikçiliğin en gellenmesine yol açabilmektedir.

“Dijital Devrim”le¹ ve Internet’in yaygın kullanımıyla birlikte A.B.D.’de telif haklarına ilişkin iki yasa kabul edilmiştir, birincisi “Dijital Telif Hakları Yasası (DTHY)”, ikincisi ise CTEA (*Copyright Term Extension Act*; Telif Hakları Dönem

* Hakem denetiminden geçmiştir.

^o Illinois State University, M.B.A., Normal, IL, U.S.A.

^{oo} Gazi Üniversitesi, İ.İ.B.F., İktisat Bölümü, Öğretim görevlisi.

¹ *Dijital Devrim*, bilgisayar ve telekomünikasyon aygıtları gibi cihazlardaki hızlı fiyat düşüşünü ve kapasite artışını açıklayan bir terimdir. Bu kavram aynı zamanda, toplum ve teknolojideki değişiklikleri de içermektedir. Ayrıca bu kavram, teknolojinin yaygın bir biçimde kabulü sonucunda ortaya çıkan itilaflar için de kullanılmaktadır.

Uzatma Yasası). DTHY ve CTEA yasaları 1998’de kabul edildikten sonra ifade özgürlüğü ve adil kullanım (*fair use*) ilkeleri açısından tartişma konusu olmuştur. Fakat, gelişen dijital teknoloji özgül/tipik nitelikleri nedeniyle dijital ürünler üzerinde belirli bir oranda korumayı zorunlu kılmaktadır. Bu koruma FMH’nın sahibine belirli bir zamana endeksli olarak monopol hakkının verilmesiyle sağ lanmaktadır.

Bu çalışmanın amacı, FMH ve DTHY zerine yapılan tartişmaları ana hatları la ortaya koymaktır. İlk bölümde FMH, girişimcilik, kamusal mal olarak bilgi ve kalkınmayla ilişkisi bakımından incelenmektedir. İkinci bölümde ise FMH’ndan biri olan telif haklarının yasalaşma sürecinin kısa bir tarihçesi verilmektedir. Ardından DTHY’nın gelişimi, teknik detaylara girilmeksizin, davalar ve yasaya ilişkin istisnalar ekseninde ele alınmakta ve son olarak kısaca DTHY ile ilgili Türkiye’deki gelişmelere değinilmektedir.

Girişimcilik ve Fikri Mülkiyet Haklarının Doğası

Girişimcilik ve FMH arasında muğlak bir ilişki olduğu düşünülebilir. Girişimcilik kuramı Joseph A. Schumpeter, Israel Kirzner, William Baumol ve Zoltan Acs gibi akademisyenler tarafından farklı biçimlerde tanımlanmıştır. Schumpeter girişimciyi “yaratıcı yıkım” (*creative destruction*) kavramıyla incelemektedir. Schumpeter’de girişimci, yenilikçilik ve teknolojik devrimlerle ekonomiyi denge halinden uzaklaştıran ve aynı zamanda ekonomik büyümeye yol açan bir aktrdr². Kirzner’da ise, girişimci, ekonominin genel dengede olmayışından kaynaklanan kar fırsatlarını arbitraj yoluyla değerlendiren ve bu sayede ekonomiyi dengeye taşıyan bir aktrdr³. Baumol, girişimcileri verimli, verimsiz ve yıkıcı olarak e ayıran normatif bir bakış açısına sahiptir⁴. Acs’da girişimcilik daha çok bölgesel ekonomik kalkınma ve yüksek teknolojinin ekonomiye katkısı bağlamında tanımlanırken girişimci de bu yüksek teknoloji (high-tech) firmasının sahibi konumundadır⁵.

Girişimcilik kuramının, girişimciyi devlet politikalarından bağımsız olarak hareket eden ve aynı zamanda kar amacı gderecek ekonomik büyümeye katkı sağlayan bir aktör olarak tanımladığı ifade edilebilir. 20. yüzyılın sonunda bilgi ekonomisine dayalı üretimin ulusal ekonomi bazında payının artması ve ekonomik büyümeye olan katkısının çoğalması nedeniyle mevcut yönetsel (*managerial*)

² Bkz. Joseph A. Schumpeter, “The Theory of Economic Development: An Inquiry into Profits, Capital, Credit, Interest, and the Business Cycle”, Transaction Publishers, (1982).

³ Bkz. Israel Kirzner, “Competition and Entrepreneurship”, University Of Chicago Press, (1978).

⁴ Bkz. William J. Baumol, “Entrepreneurship: Productive, Unproductive, and Destructive”, *Journal of Business Venturing* Volume 11, Issue 1, January 1996, Pages 3-22

⁵ Bkz. Zoltan Acs, “Entrepreneurship, Geography, and American Economic Growth”, Cambridge University Press, (2006)

ekonomik sistemin girişimci ekonomik sisteme dönüştüğü iddia edilmektedir⁶. Bu yeni sistemde, bilgi, rekabetin ve karın ana kaynağıdır. Bu nedenle de bir FMH olan bilginin korunması son derece önemli hale gelmektedir. Girişimci ekonomide bilgi, fikri eserlerin ürüne dönüştürülmesi sürecinde kaynak aktarımının önemli bir sinyali olarak kullanılmaktadır. Bir başka deyişle, girişimci bir işe başlamadan önce FMH korumasının varlığına ilişkin *ex-ante* bir varsayımda bulunmaktadır. Bu sayede girişimci yatırımda kullanılacak olan finansal ve zammansal kaynakların karlılığını göstermektedir.

Bu argümana bağlı olarak girişimcilik faaliyetinin bir diğer yönü mülkiyet haklarındaki belirsizliğin rolüdür. Bu belirsizlik piyasanın işleyişi, işin karlılığı ve her şeyden önemlisi de girişimci faaliyetin sürekliliğine ilişkin bilginin rolüyle bağlantılıdır. Belirsizliğin varlığı tamamen kaotik ve anarşik bir yapıya işaret etmemektedir. Risk ve belirsizlik sadece ve sadece mülkiyet haklarının güvence altına alındığı anda girişimci tarafından değerlendirilebilir. Bir başka deyişle, hukukun üstünlüğü (*rule of law*) girişimcinin yenilikçi faaliyete başlaması için ön koşuldur.

Ancak FMH gayri maddi niteliktedir. FMH'nın bu yapısı onu Hardin⁷ in kavramsallaştırdığı "ortak kullanım alanlarının trajedisi" (*tragedy of the commons*) ne deniyle kırılgan hale gelmektedir. Koruma kazanç motifi sağladığı için, korumanın olmadığı ortamlarda bilgiyi üreten kişi faaliyetini gerçekleştiremeyecektir. Bu nedenle FMH'nın yapısı konusundaki tartışmalar önem kazanmaktadır.

Fikri Mülkiyet Hakları: Maddi Mülk-Gayri Maddi Mülk

Richard Posner'a göre FMH, hukuki/yasal mülkiyet hakları rejimi altında mülkileştirilmiş olsa da olmasa da özgül fiziksel cisimden farklı olarak varolan bilen görüşler, icatlar, keşifler, semboller, imajlar, ifadesel çalışmalar veya kısaca potansiyel olarak değerli herhangi bir insan eseridir, yani geniş anlamda bilginin kendisidir (Posner, 2003: 1). FMH'nın yapısı ile ilgili olarak iki farklı görüş vardır; ilk görüş maddi ve gayri maddi mülkiyeti birbirinden ayırmaktadır. Bu ayırımın yapılmasının nedeni yaratıcıya devletin yasal gücünü kullanarak, kendi eserlerini diğer kullanıcılardan koruma hakkı vermesidir. Bir başka ifadeyle bu görüş Locke'çu bir devlet anlayışına dayanmaktadır (DeLong, 2002: 11).

Ancak ikinci görüşe göre, Locke'çu mülkiyet anlayışı herhangi bir ayırım yapmayan genel bir bakış açısına sahiptir, dolayısıyla mülkiyeti daha bütüncül şekilde ele alarak aslında FMH ile çelişen bir yapıya geçmektedir (Bell, 2002: 2). Zira, FMH sahibi devletten aldığı gücü kullandığı anda (yapırım süreçlerinden

⁶ Bkz. Carl J. Schramm, "The Entrepreneurial Imperative: How America's Economic Miracle Will Reshape the World", (2006)

⁷ Bkz. Garrett Hardin, "The Tragedy of the Commons" *Science* 13 December 1968: Vol. 162. no. 3859, pp. 1243 - 1248.

faydalanmaya başladığı anda) gayri maddi mülkten kaynaklanan haklarını karşı tarafın maddi haklarını kullanmasını kısıtlamasına neden olabilmektedir. Bu durum da Locke'un savunduğu doğal haklarla⁸ çelişmektedir.

Bütün bu tartişmaların yanı sıra hukuki sistemlerde maddi ve gayri maddi mülkiyetler açıkça ayırıtılmadığı sürece mübadele konusunda da bir çatışma yaşanabilecektir. Bu atışma akademik literatürde yeteri kadar ele alınmamıştır. Hukuk sisteminde bu ayırıtmanın yeterince yapılmamasından doğan mübadeleye ilişkin sorunlar FMH'nı kamusal mal (*public good*) tartişmalarının merkezine taşımaktadır.

Kamusal Mal Olarak Bilgi

FMH'na ilişkin tartişmalardan en önemlisi bilginin kamu malı özelliklerine dairdir⁹. Kamu malının iki temel niteliği vardır; bunlar, tüketiminin rekabete konu olmaması (*non-rivalry*) ve hariç tutulamamadır (*non-exclusivity*). Malların üretilmesinin temel koşulu piyasalarda kullanıcıların o malı kullanmasını engelleyici mekanizmaların bulunmasıdır. Özel mallar üzerindeki mülkiyet hakları bu hariç tutmayı ödeme mekanizması sayesinde sağlamaktadır. FMH'nın fiziksel sunumları (rneğin, kitabın yazılı olduğu kağıt) zel mal niteliklerine sahiptir. Çünkü bir bireyin o kitabı okuması bir başka bireyin okumasını engellemektedir. Eğer eserlerin fiziksel sunumları denetlenemezse eseri yaratanlar bu eserin kendisinden ve FMH'ndan kişiyi mahrum edemezler. Bu nedendir ki telif hakları, finansal kazancı güvence altına alarak eserin yaratıcısına üretim için gerekli teşviği sağlamaktadır.

Ancak fikri mallara tanınan mülkiyet haklarının kendi maliyetleri vardır. Her fikri mal zgn/tek (*unique*) olduğu için o malın sahibi kendi çalışmaları üzerinde tekel hakkını haizdir. Bu çalışmanın yayınlanma biçimi telif hakları sahibinin karının maksimize edilmesini sağlamaktadır. Kar maksimize edici davranış üretim miktarını kısıtlayarak toplumdaki toplam üretim değerinin düşürülmesi yoluyla "sosyal refah kayıpları"na (*deadweight loss*) neden olmaktadır. Bu kayıp, eserlerin tam rekabet koşullarında basılmasıyla ortadan kalkabilir. FMH'nda etkinlik tartişması, yaratıcının eserlerini üretmesi için gereken teşviklerin sağlanması ve teşvik nedeniyle ortaya çıkan monopolcü kayıplardan kaynaklanan sosyal maliyetin azaltılması arasında bir denge kurmaya çalışmaktadır.

Aynı Şekilde telif haklarının optimal düzeyde korunması bir başka tartişma konusudur. Bell optimal düzeyde korumanın refah maksimizasyonu ile ilintilen dirilmesini sorgulamaktadır. Çünkü bu düzeyin belirlenmesinde bütün ekonomik faktörlerin ölçülmesi mümkün değildir, aynı zamanda bu düzeyi belirleyen

⁸ Bkz. John Locke "Two Treatises Of Government" Kessinger Publishing, (2004)

⁹ Bu terim ilk olarak Paul Samuelson tarafından kullanılmıştır. Bkz. P.A. Samuelson, "The Pure Theory of Public Expenditure" (1954) *36 Review of Economics and Statistics* 387.

lerin farklı çıkarlara sahip çeşitli lobiciler ve yetkin siyasetçiler olması toplumsal refah veya bireysel yaratıcılığın göz ardı edilmesine yol açmaktadır. Son olarak Bell (2002: 3-4), telif hakları yasalarının ifade özgürlüğü gibi ölçülemeyen bazı değerleri engellediği görüşündedir¹⁰.

Ekonomik Kalkınma ve Fikri Mülkiyet Hakları

Gelişmekte olan ülkelerde (GOÜ) FMH'nın korunmasına yönelik iki temel tartışma konusu bulunmaktadır. Öncelikle, FMH'nın ülkeye giren doğrudan yabancı yatırım (FDI; *foreign direct investment*), toplam ticaret hacmi gibi büyüklükler üzerindeki etkisi ve bir diğeri de bugünün kalkınmış ülkelerinin (BKÜ) GOÜ'e dayattıkları FMH'nın güçlendirilmesi gereğine ilişkin tarihsel ve ampirik çalışmalardır.

FMH'na ilişkin olarak Dünya Bankası bünyesinde Fink ve Maskus tarafından derlenen bir çalışmanın sonuçlarına göre "Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Antlaşması"na (TRIPS) ve "Dünya FMH Örgütü"ne (WIPO; *World Intellectual Property Organisation*) dayalı politika reformlarına birbiriyle ilintili iki etmen yol açmıştır:

i) Yeni teknolojilerin ortaya çıkması FMH araçlarının sürekli adaptasyonu gerektirmiştir. Yeni FMH sorunlarına yol açan teknolojik gelişmeler özellikle, entegre devreler, bilgisayar yazılımı (*software*) ve biyoteknoloji konusunda görülmüştür. İnternet'in gelişimi basım-yayın ve eğlence endüstrilerinde dijital formda yeniden üretimin son derece ucuza ve mükemmel şekilde gerçekleştirilmesi nedeniyle özel sorunlara sebebiyet vermiştir.

ii) Ekonomik küreselleşme süreci fikri mülkiyetin uluslararası sınırları çok daha kolay aşmasını sağlamıştır.

Aslında, pek çok zengin ülke yabancı piyasalardaki mevcudiyetlerinden doğan gelirlerinin büyük bölümünü FMH-yoğun mal ve hizmetlere borçludur. Dolayısıyla bu ülkelerin, uluslararası ticari anlaşmalarda FMH korumasının kilit/temel bir pazarlık konusu haline getirmeleri şaşırtıcı sayılmamalıdır (Fink ve Maskus, 2005: 1-2).

Dünya Bankası'na göre fikri mülkiyet politikaları kalkınmayı hızlandırmak ve yoksulluğu azaltmak konusunda önemli bir rol oynayabilirler. Dünya Bankası kendisine bu bağlamda da görev düştüğünü düşünmektedir. Zira GOÜ'ün küresel ekonomiye eklemlenmesi için yapması gerekenler artmaktadır, ancak bu ülkelerde nispeten az sayıda politika yapıcı bu değişimin potansiyel etkilerini

¹⁰ İfade özgürlüğü konusundaki en ünlü dava *Scientology* Kilisesi ile Netcom Servis Sağlayıcı arasındaki davadır. Bu dava Scientology Kilisesi Netcom Şirketi gibi pek çok servis sağlayıcıya, kullanıcılarının kilisenin belgelerini kiliseden izinsiz olarak aktarması sebebiyle açılmıştır. Bu belgeler kilisenin gizli öğretilerini açıklamıştır. Kilise bu yetkisiz kopyaların yok edilmesini veya kaldırılmasını talep etmiştir. Ancak bu dava sonucunda servis sağlayıcılardan Netcom değil, sadece iki kullanıcı sorumlu bulunmuştur.

anlamada yeterli bilgi ve deneyime sahiptir. Dolayısıyla, FMH sistemlerinin yeni olmasının yanı sıra karmaşık yapısı nedeniyle bu bağlamda uzman desteğine ihtiyaçları vardır (Fink ve Maskus, 2005: 2).

FMH reformlarının pozitif ve normatif etkileri kuramsal olarak muğlaktır ve şartlara bağlıdır. Bu nedenle ampirik bulgulardan yararlanılması şarttır (Fink ve Maskus: 6).

Dünya Bankası'nın raporunda fikri mülkiyet, ticaret, FDI ve uluslararası lisanslama arasındaki ilişkiye ampirik olarak bakılmıştır. Fink ve Braga'nın bu bağlamda yaptıkları çalışmanın odaklandığı uluslararası ticaret akımları sonucunda daha güçlü FMH'nın toplam ticaret üzerinde önemli derecede pozitif etkisi olduğu ortaya çıkmıştır (Fink ve Braga, 2005: 34).

FDI ile ilgili bağlantı ise somut bir sonuç vermekten uzaktır. Maskus'un çalışmasına göre FMH, FDI'nın yöneleceği yerin çekiciliğinin belirlenmesinde rol oynayan pek çok değişkendendir. lkesine FDI çekmek isteyen yoksul bir ülke için bütün yatırım ortamını ve iş (yapma) altyapısını düzeltmek/geliştirmek, FMH güçlendirmekten çok daha önemlidir, zira sadece bunu gerçeleştirmenin tek başına etkisi son derece küçüktür. Ancak, orta-gelirli ve geniş ülkeler söz konusu olduğundan çok uluslu firmaların yerleşme kararlarında FMH son derece önemlidir. Öte yandan Maskus bu alanda sağlam bulgulara ulaşabilmek için gereken veriyi sağlamanın güçlüğünü de vurgulamaktadır (Maskus, 2005: 71).

Sonuç olarak, mevcut araştırmalar ortaya koymaktadır ki FMH'nı güçlendiren ülkeler kendilerine yönelen FDI akımlarında ani bir artış beklememelidirler. Fakat, formel teknoloji transferinde, üretimdeki ve AR-GE'deki sınır ötesi teknoloji lisanslamasında FMH'nın pozitif rolünü gösteren ampirik kanıtlar mevcuttur. Ancak bu alan daha fazla ampirik araştırmayı da gerektirmektedir.

Fink ve Maskus'a göre, FMH'nın korunmasının önemli bir kalkınma boyutu vardır. Ancak tek tip bir standardizasyon ummak yerine, özelden TRIPS'in genelinde FMH kurallarının yurtiçi ihtiyaçlarla uyumlaştırılması gereği vardır. Öte yandan, FMH ile ilgili mevcut literatür GO'deki politika yapıcılara yararlı bir kılavuz sunsa da yeterli olmaktan uzaktır (Fink ve Maskus, 2005: 13).

UNCTAD'ın (*United Nations Conference on Trade and Development*) konuyla ilgili raporunda, yenilik ve büyümenin desteklenmesinde mülkiyet hakları korumasının rolüne ilişkin ampirik kanıtın genellikle sınırlı olduğu ve bir sonuca varamadığı vurgulanmaktadır. Dolayısıyla, kalkınmaya yönelik beklentiler söz konusu olduğunda da FMH konusunda bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bazıları modern bir ekonomide TRIPS'in vazettiği minimum standartların, bilgi üretimi ve yayılması, teknoloji transferi ve özel yatırım akımları için gerekli olan teşvik yapısını yaratmada GO için fayda sağladığını ileri sürmektedirler. Diğerleri ise fikri mülkiyetin, özellikle de patentleme rejimi gibi ögeleri söz konusu olduğun

da, sürdürülebilir kalkınma stratejilerinin izlenmesinin kalkınmayı ters yönde etkileyebileceğini ileri sürmektedirler. Bu duruma örnek olarak, FMH'ın zaruri ilaçların fiyat düzeylerini fakir insanların alamayacağı kadar yükseltmesi, eğitsel araçların GOÜ'deki okul ve üniversite öğrencilerinin erişimini kısıtlayabilmesi, geleneksel bilginin korsana tabi olmasını meşrulaştırması ve kaynak açısından yoksul çiftçilerin kendi yağlarıyla kavrulmalarını engellemesi, gösterilebilir¹¹.

FMH korunması ve kalkınma ilişkisini konu edinen tarihsel-ampirik nitelikteki diğer görüşe göre, kalkınmanın bu bağlamdaki kurumsal dayanağı tartışmalıdır ve tarihsel deneyim ampirik olarak bundan farklı sonuçlar da ortaya koymaktadır: *"Günümüzde uluslararası bir FMH rejimi çıkmış olmasına rağmen en gelişmiş BKÜ'de bile 20. yüzyılda da sürmek üzere, diğer ülkelerin vatandaşlarının FMH ihlal edilmekteydi"*. Ha-Joon Chang'ın temel eleştirisi, BKÜ kalkınmakta iken geçerli olan FMH rejiminin bugünün GOÜ'nden talep edilene göre son derece esnek olduğu yönündedir: *"En gelişmiş BKÜ'de bile 19. yüzyıl sonlarına kadar ve hatta daha sonra da özellikle yabancıların FMH'nın korunması konusunda ciddi ve yaygın ihlaller olmuştur"* (Chang, 2003: 151).

1790-1850 arasında birçok BKÜ kendi FMH kanunlarını oluşturmuştur. 1883 Paris Konvansiyonu patentler ve 1886 Bern Konvansiyonu'nun da telif hakları ile ilgili bir düzenleme getirmesiyle uluslararası bir FMH rejiminin doğması sağlanmıştır. Ancak bütün bu erken dönem kanunları, TRIPS anlaşmasının GOÜ'den beklediği modern standartlar ile karşılaştırıldığında son derece eksik olması nedeniyle bu yasalar, özellikle yabancı ülke vatandaşlarının FMH'nı korumada son derece başarısız olmuştur (Chang, 2003: 106). Bütün bu tartışmaların yanısıra dijital devrim ve Internet ile birlikte korsan üretim ve bilgi hırsızlığının yaygınlaşması konunun başka bir boyutunu oluşturmuş ve FMH (özellikle telif hakları) alanında yepyeni düzenlemelerin gerekliliğini ortaya koymuştur.

Telif Hakları Yasasının Gelişimi

Telif Hakları Yasasının (THY) tarihçesi matbaanın icat edildiği 1456 yılına kadar gitmektedir (Chartrand, 2000). Kitapların kitlesel üretiminin başlamasıyla birlikte yayınevi sahibi, yazar ve kullanıcı hakları açısından tartışmalar başlamıştır. İlk THY 1476 yılında İngiltere'de yürürlüğe girmiştir. Bu yasa bir çeşit lisanslama yasası niteliğinde olup, yayınlanan eserin isim, başlık ve yerinin belirtilmesini öngörmekteydi. Yayın onaylandıktan sonra basılan kopyanın hakları doğrudan yayıncıya gitmekteydi. Bir süre sonra İngiltere'de bu haklar çeşitli tekelin kurulmasına neden olmuştur (Chartrand, 2000). 1710 tarihinde "Kraliçe Anne Sözleşmesi" (*Statute of Queen Anne*) yürürlüğe girmiştir. Söz konusu yasa 1790 yılında A.B.D.'de kabul edilen "Telif Hakları Yasası (THY)"na kaynaklık etmiştir.

¹¹ http://www.ictsd.org/pubs/ictsd_series/iprs/PP.htm

1790 tarihli THY sırası ile 1802, 1831 ve 1870 yıllarında hem içerik hem de koruma süresi açısından revize edilmiştir. 1790 yılındaki yasada belirtilen 14 yıllık koruma süresi 1909'da 28 yıla uzatılmıştır (Bugbee, 1967: 156). Aynı yasa bu süreyi fazladan bir 28 yıl daha uzatma ve bazı yayınlanmamış eserlerin korunması imkanını tanımıştır. 1976'da kabul edilen THY'de ise adil kullanım alanını net bir şekilde tanımlamıştır (Seltzer, 1978: 1). Başka bir deyişle akademik alanda araştırma yapacak kişiler için 1976 tarihli THY bir netlik sağlamıştır.

Dijital Devrim ve Telif Hakları Yasası

1990'larda ortaya çıkan Dijital Devrim ile birlikte telif hakları yasalarını yeniden gözden geçirme ihtiyacı duyulmuştur. Bu tartışmalar 1984 yılındaki Beta max Davası¹²'na dayanmaktadır. Bu davada eğence sektörünü temsil eden telif hakları sahipleri Betamax video kayıt cihazının dağıtımını engellemek amacını güderek Sony şirketi'ni dava etmişlerdir. Betamax A.B.D.'de "zaman kayması programlanması"na (*time shift programming*) dayanarak lanse edilmiş bir üründür. Bu özellikle birlikte kullanıcılara bir kanalda bir pogram izlerken o anda yayın da olmayan ve/veya o kanalda yayınlanmayan bir başka programı kaydetme ve sonradan izleme imkanı tanınmıştır. Davacılar, Universal ve Walt Disney şirketleri yayında olmayan bir programın bu teknolojik özellik nedeniyle kopyala nabilmesini yetkisiz kopya yarattığı gerekçesiyle THY'na aykırı olduğunu ileri sürmüşler, ancak mahkemeler bu davayı iki nedenden dolayı reddetmiştir; birinci neden davanın kendisinin teknolojik gelişmeyi engellemeye yönelik atıflarda bulunmasıdır. İkinci neden ise zaman kaymasının THY ile çelişmemesi, zira, bu eylemlerin tüketicinin özel alanıyla sınırlı olmasıdır. Bu anlamda tüketicilerin söz konusu davranışı adil kullanım kapsamına girmektedir (Litman, 2001: 61).

Dijital oğaltım teknolojilerinin ticarileşmesiyle birlikte müzik şirketleri kendilerini tehdit altında hissetmişlerdir. Bu yeni teknoloji nedeniyle orijinal kayıttan sınırsız bir şekilde mkemmek kayıtlar yapma olanağı sağlamaktaydı. Bu çeşit ürünleri üreten firmaların Japonya kökenli olması nedeniyle A.B.D.'deki müzik endüstrisi bu ürünlerin retimini ve ithal edilmesini yasaklamak zere harekete geçmiştir (Litman, 2001: 59). 1992 yılında "İşitsel rnlerin Evde Kaydedilmesi Yasası" (*Audio Home Recording Act*) müzik şirketlerinin lobi faaliyetleriyle Kongre'den geçmiştir. Bu kanun 1976 tarihli THY'nda düzenleme yaparak bu tür ürünlere ayrıcalıklı bir vergi koymuştur ancak bu ürünlerin üretimini ve it halini yasaklama konusunda bir tedbir getirmemiştir (Litman, 2001: 60).

1992 yılında Clinton yönetiminin seçimleri kazanmasıyla birlikte "Ulusal Enformasyon Altyapısı Planı" zerine çalışmalara başlanmıştır. Bu plana dayalı olarak kurulan "Lehman alışma Grubu" (LG), Internet ve Dijital Devrim ile başlayan MP3 dosyaları, e-kitap, arama motorları gibi düzenlenmemiş alanları ve

¹² *Sony v. Universal Studios* 464 US 417 (1984)

korsan yayıncılık ve dağıtım konularındaki çekinceleri yasal zemine oturtmak üzere faaliyete geçmiştir (Litman, 2001: 89-90) .

Tam bu dönemde ortaya çıkan bir dava yeni THY'nı savunan grupların eline önemli bir koz vermiştir. 1993 yılında açılan bu dava aslında bir anti-tröst dava sıdır¹³. Buna göre bir bilgisayar şirketi olan MAI Systems yetkililerinden birinin şirketinden ayrılması ve benzer bir şirkette işe başlaması nedeniyle MAI Systems söz konusu şirketi dava etmiştir. Bu davanın incelenmesi sırasında ortaya çıkan küçük bir detay Dijital Devrim'in daha önce bilinmeyen bir yönünü ortaya çıkarmıştır. Şöyle ki bir bilgisayar sahibi tarafından her açıldığında işletim sistemi yazılımı bilgisayarın RAM'ine (*Random Access Memory*) o yazılımı hiçbir onay almadan kopyalamaktadır. Bu gelişme ile birlikte THY'ye ilişkin yeni düzenleme talep eden gruplar büyük bir avantaj elde etmişlerdir.

LÇG kamusal alanda sergilenen korunmalı eserlerin iletimini de THY'na göre değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur (Litman, 2001: 93). İletime (*transmission*) dayalı bu sorunlar daha sonra ifade özgürlüğü ve adil kullanıma ilişkin tartışmaların odak noktası olmuştur. 1995 yılında LÇG "Dijital THY" (DTHY) üzerine taslak raporunu sunmuştur. Ancak akabinde "Digital Gelecek Koalisyonu" (*Digital Future Coalition*; DFC) ve benzeri sivil toplum örgütleri, eğitimciler, telefon şirketleri, kütüphane temsilcileri, hukukçular ve tüketici elektroniği üreticilerinden oluşan geniş bir koalisyon bu taslağa karşı harekete geçmiştir. DFC ağırlıklı olarak Japonya menşeli elektronik malları ithal eden bir başka lobi grubu tarafından finanse edildiği için Kongre'deki görüşmelerden Amerikan sanayi çıkarlarını göz ardı ettikleri gerekçesi ile DTHY üzerine yapılan görüşmelerin dışında tutulmuşlardır¹⁴.

Bu arada LÇG iki yeni girişimde bulunmuştur. Bunlardan ilki, tartışmalı DTHY'nın uluslararasılaştırılması yolunda merkezi Cenevre'de bulunan Dünya FMH Örgütü'nün bu konuda harekete geçmesini önermiştir. İkinci olarak, Bern Konvansiyonu ile eser sahibinin hayatı artı elli yıl şeklinde formüle edilen telif hakları süresinin uzatılmasını teklif etmiştir. Tam da bu dönemde Walt Disney Şirketi ünlü karakterleri Mickey Mouse'un 2003 yılında kamusal alana geçme olasılığına karşı lobicilik faaliyetlerinde bulunmuştur (Heins, 2004: 23).

1996 yılında gerçekleşen bir başka gelişme Avrupa Birliği'nden (AB) kaynaklanmıştır. Almanya'nın önderliğinde AB tek taraflı olarak telif haklarının koruma süresini eserin sahibinin hayatı artı 70 yıla uzatmıştır. Bunun akabinde A.B.D. de 27 Ekim 1998'de uluslararası uyumlaştırmayı bahane ederek Mickey Mouse Yasası olarak da bilinen "Telif Hakları Koruma Yasasının Uzatılmasına İlişkin Kanunu" kabul etmiştir. 28 Ekim 1998'de ise LÇG'nun önerisi sadece Amerikan kütüphanelerinin çekinceleri dikkate alınarak eğlence endüstrisinde faaliyet

¹³ *MAI Systems Corp. v. Peak Computer, Inc.*, 991 F.2d 511 (9th Cir. 1993)

¹⁴ www.hrrc.org

gösteren pek çok lobi Őirketlerinin desteğiyle ve aynı zamanda çıkacak yasanın Dünya FMH'ye emsal olmasını kabul ederek Kongre'den geçmiştir. Ancak bu geçen yasa da tartıŐmalđ adil kullanım ilkesine hiçbir Şekilde atıfta bulunulmamıŐtır (Litman, 2001: 140).

Dijital Telif Hakları Yasasına İlişkin Davalar

Eylül 1999'da Norveç vatandaŐı Jon Johansen tersine mühendislik (*reverse engineering*) yoluyla lisanslı DVD oynatıcısının işletim sistemini Microsoft Windows'tan Linux'a dönüŐtürmek için bir yazılım geliŐtirmiŐtir. Bu program sayesinde de ŐifrelenmiŐ DVD'lerin kusursuz bir kopyasının yapılma imkanı dođmuŐtur. Bu bilgiler Johansen'in kendi web sayfası da dahil olmak üzere bir çok *hacker* (bilgisayar korsanı) sayfasında ve dergisinde (zellikle "2600: The Hacker's Quarterly") yayınlanmıŐtır. Bunun zerine Amerikan Film Birliği (*Motion Picture Association of America*) Ocak 2002'de Norveçli yetkililere baŐvurarak Johansen ve dergi hakkın da yasal iŐlem baŐlatılmasını talep etmiştir. Bu dava süresince adil kullanım ve ifade özgürlüğü konuları gündeme gelmiŐtir, sonuçta DTHY'nın ifade özgürlüğü günün yayın yoluyla aktarılmasının önünde bir engel teŐkil etmeyeceği ileri sürülmekle birlikte web sayfası vasıtayla bu bilginin teknolojik içeriğinden dolayı yayınlanması yasaklanmıŐtır¹⁵.

Bir diğer dava Princeton niversitesi'nde bilgisayar bilimi profesörü olan Edward Felten'in akademik konferansta sunmayı planladđı bir raporun "Amerikan Kayıt Endüstrisi Birliği" (*Recording Industry Association of America*) tarafından engellenmesi üzerinedir. Felten söz konusu raporda, Amerikan müzik endüstrisi tarafından desteklenen "Güvenli Dijital Müzik GiriŐimi"nde (*Secure Digital Music Initiative*) dijital içeriği koruyan ŐifrelenmiŐ (*encrypted*) algoritmalarında sorun olduğunu ortaya koymuştur. Bu dava ifade ve akademik araŐtırma hürriyeti göz önünde bulundurulurken dŐmŐtr¹⁶.

Bir başka davada Rus kökenli yazılım Şirketi olan Elcomsoft A.B.D. hkmeti tarafından dava edilmiştir. Elcomsoft'un çalıŐanlarından biri olan Dimitri Sklyarov Temmuz 2001'de Las Vegas'ta katıldığı bir *hacker* konferansında tez çalıŐmasının bir bölümünü sunmuştur. Bu alıŐmada Sklyarov Adobe firması'nın e-kitap programını tersine mühendislik yoluyla çözerek açıktan okunmasının yolunu göstermiŐtir. Bunun zerine Adobe firması Amerikan federal makamlarına baŐ vurarak Sklyarov'u tutuklattırmıŐtır. Ancak davanın sonucunda bu tür bilgi veya programların dağıtımının engellemesi yerine adil kullanım kavramı ön plana çıkmıştır ve Sklyarov serbest bırakılırken Elcomsoft firması da suçlu bulunmamıŐtır¹⁷.

¹⁵ *Universal City Studios Inc., v. Corley* 273 F.3d 429 (2d Cir. 2001); *Universal Studios v. Reimerdes* 111 F Supp. 2d 294,324 (S.D.N.Y 2000)

¹⁶ *Felten v. RIAA*; http://www.eff.org/IP/DMCA/Felten_v_RIAA/20011128_hearing_transcript.html

¹⁷ *USA v. Elcomsoft Co Ltd Northern District of California San Jose Division* (2002); <http://www.eff.org/IP/>

Bu konudaki en popüler dava, ünlü rock müzik grubu Metallica'nın Internet'teki paylaşım sitesi olan Napster firmasını dava etmesidir. Napster resmi olarak faaliyete geçmeden önce Shawn Fanning'in web sayfasında serbest yükleme için kullanıma sunulmuştur. Bu arada 400'e yakın Napster üyesinin yasa dışı yollardan Metallica şarkılarını içeren MP3 dosyalarını indirdiği tespit edilmiştir. Napster A.B.D.'deki üniversite kampüsleri çevresinde bulunan müzik mağazalarındaki satışların düşmesiyle ilgili olarak da suçlanmıştır. Ancak davanın sonucunda Napster, ticari olan müzik dosyalarının yasa dışı transfer ve kopya hakkı vermesi nedeniyle DTHY'na temelden aykırı olduğu gerekçesiyle suçlu bulunmuştur¹⁸.

Dijital Telif Hakları Yasasına İlişkin İstisnalar ve Bunlara Yönelik Eleştiriler

Adil Kullanım: "Getirilen istisna ve sınırlandırmalar, eğitim ve araştırmayı ve genel olarak toplumun bilgilenmeye olan ihtiyacını göz önüne alır. Buna "dürüst kullanım" veya "adil kullanım" (fair use) doktrini adı verilir. Böylece, fikir ve sanat eserleri kanunu, ilk bakışta birbiriyle çelişir görünen fert olarak yaratıcının hakları ile toplumun bilgi ve öğrenmeye olan ihtiyacını dengelemeye çalışır. Bu dengeyi kurmaktaki amaç yaratıcılığı teşvik etmek, bilim ve sanatları geliştirmektir (Acun, 2000)".

Ancak dijital dünyada adil kullanım hakkının uygulaması değişmektedir. Günümüzde bilgisayar kullanıcıları, telif hakları sahibi ile eser sahibinin izni/onayı olmadan kopyalamayı gerçekleştirebilmektedirler. Siva Vaidhyanathan'a (2002) göre adil kullanım hakkı dijital dünyada tüketicinin kullanım tercihlerine göre tanımlanabilmektedir (örneğin, kullanıcının MP3 toplamından CD oluşturması, sonradan izlenmek üzere programların kaydedilmesi ve bunların ticari olmayan dağıtımını gibi). Mitch Glazier (2002: 185) ise üretim ve dağıtım tanımlarını teknolojik değişimlerin hızlanması nedeniyle yeniden yapılmasını önermektedir. Çünkü, Dijital Devrim öncesi telif hakları sistemi, eser sahibi, dağıtımçı ve kullanıcı arasındaki üçlü ilişkiyi düzenlemekteydi. "Peer-to-peer" (paylaşım/ eşlerarası) etki leşim başladıktan sonra dağıtımıcının rolü etkisini kaybetmiştir.

Kamu Alanı (Public Domain): Kamusal alanın önemi DTHY ile getirilen koruma döneminin öncesine giden eserlere ücretsiz olarak ulaşımı sağlamasıdır. Bu sürenin sürekli olarak uzatılması özellikle artık hayatta olmayan eser sahiplerinin eserleri ile ilgili olarak isim hakkı (*royalty*) ödenmesi sorununu gündeme getirmektedir.

Rekabetçilik: DTHY'nın rekabetçiliği ciddi anlamda kısıtladığı öne sürülmektedir. Örnek olarak 2003 yılında bilgisayar yazıcısı şirketi Lexmark kendi

DMCA/US_v_Elcomsoft/

¹⁸ *A&M Records v. Napster*, 239 F3d 1004 (9th Cir. 2001)

rettiği tonerlerin/kartuşların tasdik (*authentication*) sıralamasını taklit eden mikro yonganın (*chip*) dağıtımını engellemek üzere tedbir koydurmuştur, çünkü, bu tasdik sırası telif haklarıyla korunmuş özel bir yazılımla hazırlanmıştır (Heins, 2004: 32).

Türkiye’de Telif Hakları

Osmanlı Döneminde 1857 tarihli “Telif Nizamnamesi” yürürlüğe girdikten sonra 1910 yılında “Hakkı Telif Kanunu” benimsenmiştir. Bu Kanun 1952 yılına kadar yürürlükte kalmıştır, 1952 yılında ise 5846 sayılı “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu” yürürlüğe girmiştir. 1995 yılında Türkiye 4067 sayılı yasayla TRIPS’e dahil olmuřtur¹⁹. Kınacıoğlu’na göre, 1995 yılında 4110 sayılı yasa ile yapılan değişiklikte eser sahiplerinin birden fazla meslek birliği kurmasına ve/veya ye olmasına olanak verilerek bu alanda tek meslek birliği tarafından yapılabilecek takip ve tahsil anlayışı zayıflatılmıştır. Bu yaklaşım 2001 yılında kabul edilen 4630 sayılı yasa ile zorlařtırılmıřtır²⁰.

2001 yılında kabul edilen 5846 sayılı “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu” Dijital Devrim’den kaynaklanan değişikliklere göre yürürlükteki kanunu güncelleme konusunda adım atmıştır. Bu yasa ile birlikte Türkiye 1996 yılında Dünya FMH rgt çatısı altında imzalanan ve 2007 yılı itibari ile 64 ülke tarafından imzalanan “Telif Hakları Antlaşması” (*WIPO Copyright Treaty*) ve 62 ülke tarafından imzalanan “İcracı Sanatçı ve Fonogram²¹ Antlaşması” (*WIPO Performances and Phonograms Treaty*) ile yapılan değişiklikleri ve AB’nin 2001/29 sayılı direktifleri ile birlikte kısmen yasalaaştırmıştır.

Ancak bu kanunlar Türkiye’nin DTH bağlamında temel problemi olan korsancılıkla mücadele konusunda varolan uygulama sorunlarının önüne tam olarak geçememiştir. TÜSİAD raporuna göre Türkiye FMH’nın korunması istatistiklerinde halen gerilerde yer almaktadır (Çetindamar, 2002: 98).

Bu bağlamda korsancılık ile ilgili olarak yasal mücadele başlatılmıştır. Günü müzde Türkiye’de müzik sektöründe korsan kullanım oranının ortalama olarak %70’ler civarında olduğu tahmin edilmektedir. Korsan kullanım oranı yayıncılık sektöründe %60 ve yazılım sektöründe %54 civarındadır. Korsan rn kullanımını bu üç sektörde ciddi ciro kaybına ve vergi kaçağına neden olmaktadır²².

¹⁹ www.ilesam.org.tr/sayfa1.asp?id=185

²⁰ Naci Kınacıoğlu, Telif Hukukunda Reform Yapma Gereği zerine, <http://www.ilesam.hacettepe.edu.tr/kinacioglureform.html>

²¹ Bir sesi veya ses dizimini belirten yazılı biçime verilen ad.

²² www.telifhaklari.gov.tr/BelgeGoster.aspx?F6E10F8892433CFFFE5C29E16A7D380839032A597340A38

Sonuç

Bu çalışmada son dönemlerin popüler tartışma konularından FMH ve DTHY farklı açılardan; kavram, kuram ve uygulama düzlemlerinde ele alınmıştır. FMH'nin yatırım ve yenilik için uygun ortam hazırlayan etmenlerden biri olması sebebiyle girişimcilik açısından önemi açıktır. Ancak, FMH'nin maddi olmayan/soyut doğası uygulamada; mübadele, tekelleşme ve kamusal mal tartışmaları açısından farklı yorumlara neden olmasının yanı sıra ifade özgürlüğü gibi iktisadi olmayan bazı değerlerle de ters düşebilmektedir. İktisadi kalkınma perspektifinden ele alındığında ise, FMH'na ilişkin uygulamaların gerek tarihsel süreç gerekse ampirik bulgular dolayımında değerlendirilmesinin çelişkili sonuçlar verebildiği görülmüştür.

FMH'nin bir parçası olan telif hakları Dijital Devrim'le birlikte A.B.D.'nin öncülüğünde güncellenmiştir. Ancak, yasama sürecinin olması gerektiği gibi nötr işlemesi yerine, çeşitli çıkar odaklarının (lobiler gibi) müdahil olmasıyla birlikte, birey hakları veya iktisadiyat açısından sorunlar doğurabildiği davalar bağlamında yapılan inceleme sonucunda rahatlıkla gözlemlenebilmektedir. DTHY'nin uluslararasılaştırılması sonucunda Türkiye de ilgili antlaşmaları kısmen benimsemiştir. Bununla birlikte teknik güncellemelere dayanan eksikliklerin yanı sıra karar alma mekanizmasındaki problemler ve/veya yasanın birey hakları üzerindeki etkileri hala tartışmaya açıktır.

Sonuç olarak, FMH ve özellikle DTH hukuk, iktisat, işletme, bilişim teknolojisi ve siyaset bilimi disiplinlerinin kesişim noktasında araştırmacılar için zengin bir alan sunmaktadır.

Kaynakça

- ACUN, Ramazan, 2000, "İnternet ve Telif Hakları", *Bilgi Dünyası* 1/1 Nisan, 5 [26www.history.hacettepe.edu.tr/archive/InternetTelif.html](http://www.history.hacettepe.edu.tr/archive/InternetTelif.html), (13.09.2007).
- BELL, Tom, 2002, "Indelicate Imbalancing in Copyright and Patent Law" *Copyrights: The Future of Intellectual Property in the Information Age*, THIERER, A. ve C.W. Jr. CREWS (Eds.), Washington D.C.: CATO Institute, 1-17.
- BUGBEE, Bruce 1967, *Genesis of American Patent and Copyright Law*, Washington D.C: Public Affairs Press.
- CHANG, Ha-Joon 2003, *Kalkınma Reçetelerinin Gerçek Yüzü*, (2001) (çev.) T.A.ONMUŞ, İstanbul: İletişim Yayınları.
- CHARTRAND, Harry M. 2000, "Copyright C.P.U.: Creators, Proprietors and Users", *The Journal Of Arts Management. Law and Society*, Vol 30, Issue:3.
- ÇETİNDAMAR, Dilek 2002, *Türkiye'de Girişimcilik*, TÜSİAD, 12/340, İstanbul.
- DELONG, Jim 2002, "Defending Intellectual Property" *Copyrights: The Futu-*

re of *Intellectual Property in the Information Age*, THIERER, A. ve C.W. Jr. CREWS (Eds.), Washington D.C.: CATO Institute, 18-37

FINK, Carsten ve BRAGA Carlos A. Primo 2005, "How Stronger Protection of Intellectual Property Rights Affects International Trade Flows", FINK, Carsten and MASKUS, Keith E.(eds.), *Intellectual Property and Development: Lessons from Recent Economic Research*, Washington DC: World Bank (içinde), 19-40.

FINK, Carsten ve MASKUS, Keith E. 2005, "Why We Study Intellectual Property Rights and What We Have Learned", FINK, Carsten and MASKUS, Keith E. (eds.), *Intellectual Property and Development: Lessons from Recent Economic Research*, Washington DC: World Bank (içinde), 1-18.

GLAZIER, Mitch 2002, "Copyrights: The Future of intellectual property in the Information Age", *Life after the DMCA*, A. Thierer and C.W. Crews Jr. (Eds.), Washington D.C.: CATO Institute, içinde, 185-188.

HEINS, Marjorie, 2004, "The Progress Of Science And Useful Arts": *Why Copyright Today Threatens Intellectual Freedom: A Public Policy Report*, <http://www.fepproject.org/policyreports/copyright2dexsum.html>, (09.09.2007)

LITMAN, Jessica 2001, *Digital Copyright*, Prometheus Books, Amherst, New York.

MASKUS, Keith E. 2005, "The Role of Intellectual Property Rights in Encouraging Foreign Direct Investment and Technology Transfer", FINK, Carsten and MASKUS, Keith E. (eds.), *Intellectual Property and Development: Lessons from Recent Economic Research*, Washington DC: World Bank (içinde), 41-74.

POSNER, R. ve LANDES, W. 2003 *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge.

SELTZER, Leon 1978, *Exemptions of Fair Use In Copyright*, Harvard University Press Cambridge MA

VAIDHYANATHAN, Siva 2002, Copyright as cudgel, [Elektronik Veri Tabanı], *The Chronicle of Higher Education*.