

TC.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

İNTERNETTE FİKRÎ HAKLARIN KORUNMASI

Yüksek Lisans Tezi

Doğın KOCABEY

Ankara 2004

TC.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

İNTERNETTE FİKRÎ HAKLARIN KORUNMASI

Yüksek Lisans Tezi

Doğın KOCABEY

Tez Danışmanı

Doç. Dr. Veysel BAŞPINAR

Ankara 2004

TC.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

İNTERNETTE FİKRÎ HAKLARIN KORUNMASI

Yüksek Lisans Tezi

Doğan KOCABEY

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Veysel BAŞPINAR

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

Tez Sınavı Tarihi:

§ 1. GİRİŞ

I. Konunun Takdimi ve Önemi

İnsanın yaratıcı bir çabasının ürünü olarak, ortaya çıkan eserlerin korunması, zaman içinde giderek gelişen bir sistem ortaya çıkarmıştır. Bu sistem, özellikle sanayi devriminden sonra, basım tekniklerinin gelişimi ile önem kazanmaya başlamıştır. Fikrî hak kavramı, ondokuzuncu yüzyıldan itibaren giderek gelişen ve karmaşık hale gelen bir sisteme dönüşmüştür. Özellikle küreselleşmenin hız kazanması ile korumanın boyutları çok ileri seviyeye ulaşmıştır.

Fikrî haklarla ilgili dersler başlangıçta hukuk fakültelerinin müfredat programlarında yer almamıştır. Gerçekten de, fikrî haklar, bu yerlerde önce seçimlik birer ders haline gelmiş; zamanla bunların artan önemi ile zorunlu ders haline gelmiştir. Günümüzde bu alan, gerek bilim adamlarının ve gerekse öğrencilerin önemli uğraş konularından biri haline gelmiştir.

Bilim ve sanatta yaratıcılık, şüphesiz, buna uygun bir ortamın varlığını gerektirir. Yeterli alt yapı ve bu alt yapı üzerindeki faaliyetleri düzenleyen kurallar, böyle bir ortamın en temel unsurlarındandır. Çünkü, fikrî mülkiyet rejimleri bir ülkede sağlam bir ekonominin alt yapısını oluşturur. Gerçekten de, sağlıklı bir uluslararası ticaret ancak, bu alanda sıkı bir fikrî mülkiyet rejimiyle gerçekleşebilir. ABD'nin dünyanın en sıkı fikrî mülkiyet rejimlerini uygulayan ülkesi olduğu bir gerçektir. Bu sebeple, adı geçen ülkenin, dünyanın en güçlü ekonomisi olma statüsüne de bu sayede eriştiği söylenebilir. Bunun sonucu olarak ABD ve Çin, fikrî hakların korunması konusunda ciddi krizler yaşamış ve Dünya Ticaret Örgütü (WTO) bu ülkenin baskısıyla Çin'e yaptırım uygulama noktasına gelmiştir. En sonunda Çin, fikrî haklar alanında gereken koruma sistemlerini getireceğini ve korsanlıkla mücadele edeceğini taahhüt etmiş ve böylece uluslararası bir krizden dönülmüştür.

Fikrî hakların korunması, Avrupa Birliği açısından da, çok önemli bir yer işgal eder. Gerçekten de, AB Adalet Divanı'nın en yoğun uğraştığı alanlardan biri, fikrî hakların korunması ile ilgilidir. AB etkisi ile Türkiye'de de fikrî haklar önem kazanmış ve bu alanda ilgili özel mahkemelerin kurulması aşamasına gelinmiştir.

Fikrî hak koruması alanında, klâsik anlamda, gerek devletlerin gerek uluslararası örgütlerin çabası sonucu ciddi koruma sistemleri geliştirilmiş ve uygulamada önemli

aşamalara gelinmiştir. Fakat 90'lı yıllardan itibaren, İnternetin kullanılmaya başlaması ile, bu klâsik koruma sistemleri yetersiz kalmıştır. Çünkü İnternet, dünyanın “küresel köy (global village)” haline gelmesine sebep olmuştur. Gerçekten de, bugün için ağlara verilen bir bilginin, kısa sürede ve basit bir şekilde, dünyanın her yerinden alınması mümkün hale gelmiştir. Bu sebeple, mevcut koruma sistemleri ihtiyaca cevap vermez hale gelmiştir. Zira bilgisayar ve iletişim teknolojisi alanında meydana gelen baş döndürücü gelişmeler, klâsik sistemleri zorlamıştır. Çünkü kitap, fotoğraf, film, plak, kaset gibi fizikî ortamlar üzerinde taşınabilen ve saklanabilen fikrî eserler, dijital ortamlarda saklanmaya ve iletmeye başlanmıştır. Bu dijitalleştirme, hem eserlerin iletimini, hem de kopyalanmasını kolaylaştırmıştır. Bu şekilde dijitalleştirilen iletiler, İnternet ağlarında dünyanın bir ucundan diğer bir ucuna, çok kısa sürede iletilmekte ve kullanıcıların bilgisayarına kopyalanabilmektedir. Böylece eserler, kullanıcılar arasında kolayca el değiştirmektedir.

İnternetin kullanımı ile, bilginin kısa sürede ve düşük maliyetle iletimi sağlanabilmesine rağmen, klâsik anlamdaki koruma sistemlerinin yetersiz kalması sebebiyle, eser sahiplerinin hakları yeterince himaye edilmemektedir. Sanal ortamdaki bu iletişim, fikrî hakların ihlâl potansiyelini hem arttırmış, hem de klâsik ihlâl yöntemlerinden çok daha vahim hale getirmiştir. Bu alanda ortaya çıkan sorunların çözümü mevcut fikrî hukuk alanında çalışan kurumların ve bilim adamlarının en önemli uğraş alanı haline gelmiştir.

İnternet, statüsü gereği, sahibi olmayan bir alandır. Bu sebeple de, bu alanının denetlenmesi son derece zordur. Çünkü İnternet yapısı gereği özgür bir ortamdır. İnternetin özgür karakterini bozmamak, yani bilginin insanlar arasında paylaşımını engellemek gerekir. Yine İnternet alanında yatırım yapan yatırımcıları engellemek yerine, teşvik etmek gerekir. Diğer taraftan da, fikrî hakların sahiplerine verdiği münhasır haklar güvence altına alınmalıdır. Fikrî hak sahiplerinin yaratıcı çabalarının korunması, bu alanda yaratıcı çalışmalarını teşvik edecektir. Ayrıca fikrî ürünlere büyük boyutlarda yatırımlar yapılmaktadır. Özellikle malî hakların güvence altına alınması ile, yatırımların karşılığını alma imkânı doğar. Fikrî hakların sahiplerine verdiği münhasır hakların güvence altına alınması ile İnternetin özgür doğası arasında bir dengenin kurulması bu alandaki tartışmaların odak noktasını oluşturmaktadır.

Yukarıda kısaca açıklanan sorunların çözümü için, hem millî devletler, hem de uluslararası kurumlar yoğun çaba harcamaktadırlar. Bunlardan birinin konu ile ilgili tek başına bulacağı çözüm yeterli olmayacaktır. Çünkü, fikrî hakların “yerel” ve İnternetin “küresel” özelliğinden dolayı, bulunacak çözümün devletlerin bir araya gelip, bu ikisi arasında makûl bir denge kurması ile mümkündür. Zaten bu alanda yeterince aşama

kaydedilememesinin sebebi de burada yatmaktadır. Yine, Internetin bir sahibinin olmaması da çözümlü yavaşlatmaktadır.

Internet, bilim ve sanat alanındaki faaliyetlerin alt yapısı olarak, bütün dünyada hızlı bir gelişme göstermektedir. Bu sistemin iletişim, bilgi erişim ve yayımında sağladığı avantajlar dolayısıyla, bütün gelişmiş ülkeler Internet'in büyümesi için gerekli yatırımları yapmaktadır. Çünkü, bu konudaki temel amaç, bilim ve sanatta gelişmeyi hızlandırmaktır. Telif hakları kanunları ise, bilim ve sanat alanındaki faaliyetleri düzenleyen kurallar öngörmektedir. Bu kurallar, bir yandan yazarlar ve sanatçıların özgün eserleri üzerindeki menfaatlerini koruma altına alırken, diğer yandan da başkalarının bu eserlerdeki fikir ve bilgileri kullanmalarını teşvik eder. Burada da temel amaç, yine bilim ve sanatın gelişmesidir.

Internet'in iletişim, bilgiye erişim ve yayımında avantaj sağlayan bazı özellikleri, telif haklarının korunması açısından bazı problemlere sebep olmaktadır. Gelişmiş ülkelerde, bu problemlerin nasıl çözüleceği, başka bir ifadeyle, Internet ve telif haklarının nasıl bağdaştırılacağı konusu yoğun olarak tartışılmıştır. Bu tartışmalar sonucunda, telif hakları kanunlarında önemli değişiklikler yapılmış veya halen yapılmaktadır. Türkiye'de ise konu deyim yerindeyse henüz emekleme aşamasındadır.

Tezin amacı, yukarıda belirtilen sorunlara cevap aramak, bu alanda mesafe almış ülkelerin tecrübelerinden yararlanmak, Türk hukukunda yapılması gereken değişiklik ve düzenlemelere yardımcı olmaktır. Yine gelecekte neler yapılması gerektiği konusunda fikirler ileri sürmektir. Bunu sağlamanın araçlarından biri Internetin kullanım alanlarının genişletilmesi, diğeri Internet ve fikrî haklarının bağdaştırılmasıdır.

II. Konunun Sınırlandırılması

İnceleme konumuz, teknik bir alan olduğundan, öncelikle birinci bölümde, teknik kavramların açıklanmasına önem verilmiştir. Bununla birlikte, başlangıçta fikrî hakların kısa bir tarihçesi incelenmiş, fikrî hakların dünü ve bugünü üzerinde durulmuştur. Uluslararası ve uluslararası kurumlar ve bu kurumların katkısıyla yapılan düzenlemelere yer verilmiştir.

Birinci bölümde ayrıca, Internetin tarihçesi üzerinde durulmuş ve bu alandaki faaliyetler ele alınmıştır. Bu yapılırken özellikle, fikrî haklar bakımından önemli olan faaliyetlere ağırlık verilmiştir. Internet üzerinde hak sahipliği konusu incelenirken, sanal ortamda eser sahipliğinin türleri, hüküm ve sonuçları ile, fikrî hakların genel olarak sahiplerine vermiş olduğu münhasır haklar incelenmiştir. Burada özellikle, Internet ortamında ihlâl potansiyeli olan haklar daha ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Bununla birlikte, inceleme konumuz ile ilgisi olmayan haklara yeri geldikçe gereği kadar değinilmiştir.

Çalışmamızın, ikinci bölümünde, İnternet ortamında fikrî hakların ihlâl şekilleri derinlemesine incelenmiş, ihlâlin hüküm ve sonuçları üzerinde ayrıntılı bir şekilde durulmuştur. Konunun incelenmesinde sorumluluğu sınırlayan ve ortadan kaldıran, fikrî hak ihlâli sayılmayan istisna hükümlerine yer verilmiştir. Yine bu bölüm içerisinde sorumluluk sùjeleri üzerinde durulmuştur. Sorumluluk sùjeleri üzerinde durulurken, İnternet servis sağlayıcıların sorumluluğuna yeteri kadar yer verilmiştir. Konu aslında çok kapsamlı olmakla birlikte, tezimizin boyutlarını aşacağından burada kısaca incelenmiştir.

Üçüncü bölümde, sorumluluk sùjeleri olarak link atma imkânı veren site işletenlerin sorumluluğu üzerinde durulmuştur. Bu bölümde ayrıca sanal ortamdan yararlanan kullanıcılar açısından sorumluluk şartları incelenmiştir. Yine link atma imkânı sağlayan site işletenlerin ve kullanıcıların sorumluluktan kurtulma şartları ele alınmıştır. Bu bölümünde ayrıca, İnternette fikrî hak ihlâllerine uygulanacak hukuk problemine yer verilmiştir. Bu konu aslında devletler özel hukuku ile doğrudan ilgilidir. Çünkü günümüzde, İnternet üzerindeki fikrî hak ihlâllerine, hangi ÷lke hukukunun uygulanacağı, bu alanda çözümlenmesi gereken en ciddi sorunlarından biridir. Bu sebeple söz konusu alandaki ihlâllerin nasıl takip edileceğı son derece önemlidir. Gerçekten de, fikrî hak ihlâllerine, ihlâlin yapıldığı ÷lke hukukunun mu, ihlâlin sonuçlarını doğurduğu ÷lke hukukunun mu, yoksa hak sahibinin bulunduğu ÷lke hukukunun mu uygulanacağı, bu alanın en güncel problemidir.

Fikrî hakların “÷lkeselliğı” karakterinden dolayı, devletler, bu alanı düzenlemeyi kendi uhdesinde bırakma eğilimindedir. Fakat son zamanlarda uluslarüstü (supranationalite) düzenlemelerin ve örgütlerin giderek çoğaldığı bir gerçektir. Bu konuda Dünya Ticaret Örgütü’nün (WTO), Dünya Fikrî Mülkiyet Örgütü’nün (WIPO), Avrupa Birliğı’nin (EU) çalışmaları sözkonusu alanda önemli aşamalar katedilmesini sağlamıştır. Fikrî hak ihlâllerine uygulanacak ÷lke hukukunun, uluslarüstü düzenlemenin veya uluslararası düzenlemenin tespiti bu alanın en problemlili konularındandır. Bu konunun tartışması çalışmamızda yapılmakla birlikte, çok geniş tutulmamış, sınırlı bir şekilde incelenmiştir.

Konunun incelenmesinde üçüncü bölümün sonunda, sanal ortamda hak ihlâllerinin takibi bakımından önem arz eden sorunlar üzerinde durulmuştur. Etkin bir fikrî hak koruma sisteminin kurulması için yapılması gerekenler üzerinde durulmuş, bu konuda bazı tavsiyelerde de bulunulmuştur.

Sonuç kısmında ise, incelememiz esnasında vardığımız kanaatler toplu olarak ortaya konulmuştur.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK FİKRÎ HAKLAR, İNTERNET, İNTERNETTE HAK SAHİPLİĞİ KAVRAMLARI

§ 2. FİKRÎ HAKLARA KISA BİR BAKIŞ

I. Kavram Olarak Fikrî Haklar

Fikrî hukuk alanında koruma “eser” kavramına yönelmiştir¹. Eser, FSEK m. 3/a bendinde; “Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri” olarak tanımlanmıştır. Eser, yaratıcısının özelliklerini taşıyan, onun fikrî çalışmasının ürünü olarak koruma kapsamına girer. “Fikrî haklar” kavramı, yaratıcı düşünce ürünü olan eserler üzerindeki hakları anlatan bir ifadedir. Bu sebeple kavram, İngilizce’de “fikri mülkiyet (Intellectual Property)” terimi ile ifade edilir.

Fikrî haklar kavramı, dar ve geniş anlamda kullanılmaktadır. Dar anlamda fikri haklar, FSEK’te sınırlı şekilde sayılan ilim edebiyat, müzik, güzel sanat ve sinema eserleri, yani telif haklarını, ifade eder. Buna karşılık, geniş anlamda fikrî haklara ise dar anlamda fikrî hakların yanında, sınaî mülkiyet hakları olarak da adlandırılan, patentler, markalar, endüstriyel tasarımlar, faydalı modeller ve diğer türler de dahildir². Bugün ise, böyle bir ayrım çok fazla kullanılmamakta ve dar anlamda telif hakları ile, geniş anlamda sınaî hakları kapsayacak şekilde “fikrî hak” kavramı kullanılmaktadır³.

Fikrî haklar, sahiplerine münhasır haklar verir. Bundan dolayı, sıradan fikrî çalışmalar değil, sahibinin hususiyetini taşıyan ve toplumun gelişmesine katkıda bulunan zihinsel ürünler fikrî hak koruması kapsamındadır⁴.

İnsanın yaratıcı çalışmasının ürünlerinin, eser olarak kabul edilmesinde, objektif ve sübjektif olmak üzere iki kriter vardır. Objektif kriter, fikrî çalışmanın ekonomik olarak faydalanmaya elverişli olması, ticarî mal olarak kamuya sunulma imkânının olmasıdır. Fakat, bu, doktrinde gerçek bir kıstas olarak kabul edilmemektedir. Çünkü, eser sahiplerinin malî faydalarının yanında manevî hakları da fikrî hak koruması kapsamındadır⁵. Sübjektif kritere göre ise, sahibinin hususiyetlerini taşıyan ürünler eser niteliğini kazanır. Bern Konvansiyonu (Convention) ve diğer yabancı hukuk sistemlerinde “şahsî yaratıcılık”, “yaratıcı fikrî eserler” veya “orijinal fikrî yaratıcılık” gibi kriterler kullanılarak, sübjektif unsur ağırlıklı olarak eser kavramını belirlemektedir⁶.

II. Fikrî Hakların Kısa Tarihçesi

¹ Erel, Ş. N; Fikrî Hukukta Bilgisayar Programlarının Korunması, AÜSBFD (İlhan Öztrak Armağanı) C. 49, S. 1 -2, s. 142 .

² Wyatt & Dashwoods; Intellectual Property, European Community Law, Third Edition , Sweet & Maxwell Ltd. , London 1994, s. 570.

³ Wyatt & Dashwoods, s. 570.

⁴ Topaloğlu, M; Elektronik Ticaret Hukuku (Yayımlanmamış Doçentlik Tezi), Adana 2001, s. 90.

⁵ Topaloğlu, s. 92

⁶ Topaloğlu, s. 93

Matbaanın icadından önce, daha çok sözlü kültür yapısı egemen olduğundan, fikrî hakların gelişimi söz konusu olmamıştır. Yaratılan eserin şöhreti yaratıcısına ait olmakla birlikte, onu elle yazan kişi, eserin maddi varlığı üzerinde mülkiyet sahibi oluyordu ⁷.

Matbaanın icadından sonra, basım tekniğinin gelişmesi ile birlikte, eserlerin basımı kolaylaşmış ve bu alanda bir sektör oluşmaya başlamıştı. Basım alanına yatırım yapanlar büyük kazançlar elde etmeye başlamışlardı. İngiltere’de 1557 yılında “ Kitapçılar Loncası (Stationers Company) ” kurulmuş ve buraya kayıtlı olanlar, kitap basımı konusunda münhasır yetkiye sahip olmuşlardır. İngilizce’de bugün de kullanılan “Copyright ” terimi, o dönemde “kitap basma konusundaki imtiyazı” ifade ediyordu. Bu hak, başlangıçta bugünkünden farklı olarak yazarın kitabı üzerindeki hakkı değil, matbaacıların diğer matbaacılara karşı sahip olduğu hakları ifade için kullanılmaktaydı ⁸.

Eser basımı konusundaki tekeller zamanla, yazarlar bakımında olumsuz sonuçlar doğurmuş, onların sefillik içinde yaşamaları sonucunu doğurmuştur. 17 nci yüzyıldan itibaren, yazar hakları korunmaya başlanmıştır. Gerçekten de, 1709 yılında tarihte ilk kez yazarların hakkını koruyan bir Copyright Kanunu olan Kraliçe Anne Kanunu yürürlüğe girmiştir. Bu Kanunun giriş kısmında “... mevcut durum, hak sahiplerinin ve ailelerinin yıkımına yol açmakta, bundan böyle yararlı eserlerin üretilmesi ve eğitim görmüş insanların teşviki için bu yasa çıkarılmıştır...” şeklindeki ifade bugün bile, fikrî haklar alanında yapılan düzenlemelerin felsefi temelini oluşturmaktadır ⁹. Bu Kanun ile telif hakkı kişisel bir mülkiyet hakkı kabul edildi ve mevcut eserler için 21 yıl, basılmamış eserler için ise, 14 yıllık bir koruma benimsedi.

İngiltere’deki bu tarihi temellerin üzerine, bundan etkilenecek ABD’de ilk biçimiyle telif hakkı yayıncıların ekonomik bir hakkı olarak kabul ediliyordu. İlk Federal “Copyright” Kanunları, Amerikan vatandaşlarına koruma sağlarken, yabancılara bu hakkı tanıımıyordu. Fakat 1909 yılında yapılan değişiklik ile, yabancılara da bu haklar tanınmaya başladı ¹⁰.

III. Fikrî Haklar Alanında Son Zamanlarda Meydana Gelen Gelişmeler

A. WTO TRIPS Antlaşmaları

⁷ Yüksel, M.; Fikrî Mülkiyet Haklarının Tarihsel Temelleri, FMR Dergisi, Y. 1 (2001), S. 2, 2001, s. 46.

⁸ Yüksel, s. 46.

⁹ Yüksel, s. 46.

¹⁰Yüksel, s. 48.

Dünya Ticaret Örgütü Sözleşmesinin (WTO), eki olarak kabul edilen TRIPS Anlaşması, hem fikrî hak korunması alanında hükümler getirirken, bunların serbest ticareti engellemeyecek şekilde düzenlenmesini göz önüne almıştır¹¹. TRIPS Anlaşmalarını imzalayan devletler fikrî hukuk alanında daha önceden var olan anlaşmaları Dünya Ticaret Örgütü üyesi ülke vatandaşlarına uygulamayı kabul etmişlerdir¹². TRIPS Anlaşması bazı yenilikler getirmiştir. Bunları şöyle sıralamak mümkündür:

Sınai ve edebî mülkiyet ayrımını kaldırarak “fikrî mülkiyet” kavramı altında geniş üst bir kavram olarak kabul edilmiştir. Bilgisayar programı ve veri tabanlarının Bern Konvansiyonu¹³ hükümlerine göre, edebiyat eseri olarak korunacağı kabul edilmiştir. Kiralama hakkı ve kullanım şartları belirlenmiştir ve koruma süresinin alt sınırı tespit edilmiştir. Markaların tescil, kullanım şartları, asgari koruma süreleri ve sağladığı haklar açıkça belirtilmiştir. Coğrafi işaretlerle ilgili tescil ve koruma şartları düzenlenmiştir. Endüstriyel tasarımlarla ilgili tescil ve koruma şartları ile asgari süreleri hüküm altına alınmıştır. Yine, patentlerle ilgili tescil şartları, sağladığı haklar, kullanım şartları, koruma süreleri ve yöntemlerine yer verilmiştir. Aynı düzenlemede, rekabet hukukunda lisans sözleşmelerinin ve uygulamalarının serbest rekabeti engellememesi için özel düzenlemeler yapılmıştır. Anlaşmanın uygulanmasını takip ve bunu kontrol konusunda TRIPS Konseyi görevli ve yetkili kılınmıştır¹⁴.

B. WIPO Anlaşmaları

Bilgisayar ve Internetin yaygın olarak kullanılmaya başlamasıyla, fikrî hakların korunmasında, yeni yöntemlerine ihtiyaç duyulmaktadır. Yeni ihtiyaçlara cevap bulmak için “Dünya Fikrî Mülkiyet Örgütünün (WIPO)” himayesinde toplantılar yapılmıştır. 1996 yılı Aralık ayında “Internet sözleşmeleri” olarak da bilinen WIPO “Telif Hakları Sözleşmesi (WCT)” ve WIPO “İcralar ve Fonogramlar Sözleşmesi (WPPT)” adlı iki anlaşma imzalanmıştır¹⁵.

¹¹ Türkekul, E.; Internet ve Fikrî Haklar , Hak İhlalleri, Internet ve Hukuk Konferansı, İstanbul, Swiss Otel 2000, s. 15.

¹² Topaloğlu, s. 93.

¹³ “Convention” terimi, Türkçe Uluslararası Sözleşme olarak çevrilmekle birlikte “kongre”, “gelenek” anlamlarına da gelmekte, zaman zaman “Antlaşma” anlamına gelen “Treaty” ile karıştırılmaktadır. Bu sebeple karışıklıklara sebep olmamak için tezde “Konvansiyon” kavramı tercih edilmiştir.

¹⁴ Yüksel, M.; Küreselleşme Sürecinde Fikrî Mülkiyet Hakları, Bilişim Toplumuna Giderken Psikoloji, Sosyoloji ve Hukukta Etkiler Sempozyumu 2001, 23-24 Mart 2001, Ankara, s. 242 vd.; Türkekul, s. 16; Topaloğlu, s. 95.

¹⁵ Topaloğlu, s. 95.

WIPO Telif Hakları Sözleşmesinin en önemli özellikleri şunlardır: Dijital iletim hakkı tekelci ve mutlak bir hak olarak kabul edilmiş ve sanatsal ve edebî eserlerin kablolu veya kablosuz umuma iletimi eser sahibinin iznine bağlanmıştır. Eser sahibinin meşru menfaatleri ihlâl edilmeksizin ve eserden normal faydalanmayı engellemeksizin, fikrî haklar alanında üye ülkelerin istisna getirmelerine imkân tanımıştır. Yine aynı şekilde, üye ülkelerin kopyalama teknolojilerinin kötüye kullanımı altında etkin koruma getirme zorunluluğu getirilmiştir.

Sözleşme metnine ittifakla; “... korunan eserlerin dijital şekilde elektronik ortamda depolanmalarının Bern Konvansiyonu’nun 9. maddesinde belirtilen çoğaltma anlamına geldiği konusunda anlaşılmiştir...”¹⁶, ifadesi eklenmiştir.

Bu anlaşma Türk Hukukunu da etkilemiş, FSEK m. 25’te değişiklik yapılarak “dijital iletim hakkı” malî haklar kapsamına alınmıştır.

C. Uluslararası Siber Suç Sözleşmesi

Siber Suç Sözleşmesi’nin (Sybercrime Treaty) Açıklayıcı Memorandumu’nda telif haklarının düzenleme gerekçesi vurgulanmıştır. Memorandum’un Ek-2, Başlık 4- “Telif Haklarının ve Benzer Hakların İhlâllerine İlişkin Suçlar” ifadesi ve Sözleşmenin 10. maddesinin açıklanmasında;

“...Fikrî mülkiyet haklarının, özellikle de telif haklarının ihlâli, Internet’te en yaygın olarak işlenen suçlar arasındadır. Bu durum, hem telif hakkı sahipleri, hem de bilgisayar ağları üzerinde profesyonel olarak çalışan kişiler için rahatsızlık yaratmaktadır. Koruma altındaki eserlerin, telif hakkı sahibinin onayı olmadan Internet üzerinde, yeniden üretimi ve yayımı son derece yaygındır. Koruma altındaki eserler arasında edebiyat, fotoğraf, müzik eserleri, görsel-ışitsel eserler ve diğer eserler bulunmaktadır. Dijital teknolojiler aracılığıyla izinsiz kopya çıkarmanın kolaylığı ve elektronik ağlarda yeniden üretim ve yayımın boyutları ceza hukuku hükümleri eklemeyi ve bu alandaki uluslararası işbirliğini genişletmeyi zorunlu hale getirmiştir... “¹⁷ .

Siber Suç Sözleşmesi m. 10’nun metninde de telif hakları ile ilgili düzenleme yapılmıştır. Buna göre;

¹⁶ Topaloğlu, s. 95.

¹⁷ www.c4group.net.ivhp/ek1_2.php

“Taraflardan her biri, kendi kanunlarında tanımlandığı şekliyle telif haklarının ihlâli fiilinin, Edebî ve Sanatsal Eserlerin Korunmasına Yönelik Bern Konvansiyonu çerçevesindeki 24 Temmuz 1971 tarihli Paris Kanunu, Fikrî Mülkiyet Haklarının Ticarî Yönlerine İlişkin Sözleşme ve WIPO Telif Hakları Sözleşmesi uyarınca, kötü niyetli olarak, ticarî ölçekte ve bir bilgisayar sistemi aracılığıyla yapıldığında, kendi millî mevzuatı kapsamında cezaî bir suç olarak tanımlanması için gerekli olabilecek yasama işlemlerini ve diğer işlemleri yapacaktır. Sözü geçen Konvansiyonlar çerçevesinde verilen ahlakî haklar bu hükme tabi değildir.

Taraflardan her biri, kendi yasalarında tanımlandığı şekliyle telif haklarına benzer hakların ihlâli fiilinin, Roma'da imza edilen “Oyuncuların, Fonogram Yapımcılarının ve Yayım Kuruluşlarının Korunması Hakkında Konvansiyon (Roma Konvansiyonu)”, “Fikrî Mülkiyet Haklarının Ticarî Yönlerine İlişkin Sözleşme” ve “WIPO İcralar ve Fonogramlar Sözleşmesi” uyarınca, kötü niyetli olarak, ticarî ölçekte ve bir bilgisayar sistemi aracılığıyla yapıldığında, kendi millî mevzuatı kapsamında cezaî bir suç olarak tanımlanması için gerekli olabilecek yasama işlemlerini ve diğer işlemleri yapacaktır.¹⁸”

Siber Suç Sözleşmesi m. 10'a göre, sanal ortamda müzik sunumlarının cezalandırılabilmesi için **kötü niyetli olarak, ticarî ölçekte ve bir bilgisayar sistemi aracılığıyla** yapılması gerekir. Bunun için tarafların, kendi millî mevzuatı kapsamında cezaî bir suç olarak tanımlanması için gerekli olabilecek yasama işlemlerini ve diğer işlemleri yapma yükümlülüğü vardır. Burada üç şart kümülatif olarak sayılmıştır. Buna göre, sanal ortamda yapılan müzik sunumlarından ceza sorumluluğunun doğması için bu şartların birlikte gerçekleşmesi gerekir.

Sözleşme'de diğer maddi hukuk düzenlemelerinde yer alan “kasıtlı olarak” kavramı yerine TRIPS Telif Hakları Sözleşmesi'ne paralel olarak “kötü niyetli olarak” ifadesine yer verilmiştir. Sözleşmeye göre, ceza sorumluluğunun doğması için, yapılan müzik sunumlarının “ticarî ölçekte” olması gerekir. Bu hüküm, cezai sorumluluğun doğması için TRIPS Telif Hakları Sözleşmesi m. 61' de öngörülen “ticarî ölçekte korsanlık” kavramı ile paralellik göstermektedir. Ceza sorumluluğunun doğması için, Sözleşme'nin aradığı son şart, bunun bilgisayar vasıtasıyla yapılmasıdır.

D. ABD Hukukundaki Düzenlemeler

¹⁸ Bkz., www.c4group.net.ivhp/sibersuçsozlesmesi.php

ABD Hukukunda “Copyright”, her hangi bir şekilde ifade edilmiş veya asgarî seviyede orijinal olan eserlerde mümkündür. Buna karşılık, fikirler copyright dışındadır. Copyright sahibi eserini devretme, lisans verme, işleme, kamuya iletme, temsili konusunda tekeli bir hakka sahiptir. Bu hak, mutlak nitelikte bir hak olup “adil (dürüst) kullanım (fair use) serbestisi” bu tür mutlak hakların istisnasını oluşturur¹⁹.

1998 Tarihli “Dijital Çağ Telif Hakları Kanunu (DMCA) ”, dijital ortamlarda ortaya çıkabilecek sorunlara cevap olarak, WIPO Telif Hakları Sözleşmesinin (WCT) bir karşılığı olarak kabul edilmiştir. Bu Kanun amacını aştığı, Amerikan eğlence sektörünün baskısı sonucu çıkarıldığı yönünde eleştiriler yapılmıştır²⁰.

Yukarıda sözü edilen Kanun, telif hakkı çerçevesinde korunan bir çalışmaya erişimi, verimli şekilde kontrol altında bulundurulmasını sağlayan teknolojik önlemlerin atlatılmasına ilişkin davranışlar yasaklamaktadır. Bunlar; sahibinin iznini almayı sağlayan şifreleme gibi, metodların aşılaraq izinsiz erişimi ve kopyalamayı engelleyen faaliyetlerdir²¹. Kanunun kabul edilmesinde bilgisayar firmaları ve İnternet firmalarının etkili olamadığı; geniş kapsamlı engelleyici hükümlerin getirilmesini isteyen eğlence sektörünün zaferle çıktığı ve e- ticaretin engelleneceği ve eğlence sektörüne İnternetin feda edildiği yönünde eleştiriler gelmiştir²². Telif hakkı sahiplerinin DMCA tarafından desteklenen teknolojik tedbirleri yaygın biçimde uygulanan “clickwrap licence” ile birleştirerek, bilgi üzerinde sahip oldukları tekeli daha da genişleteceğinden korkulmaktadır²³.

DMCA, ayrıca, İnternet servis sağlayıcıları (IPS) bakımından da önemli hükümler getirmiştir. IPS’lerin telif hakkı bürosu kurmaları ve telif hakkının ihlâl edildiğini iddia edenin, IPS’ye başvurarak, hakkını ispat etmesi durumunda, başvuruyu alan IPS’nin, söz konusu fikrî ürüne ulaşmayı engellemesi gerekir. Aksi durumda IPS sorumlu olur²⁴.

E. Avrupa Birliğindeki Gelişmeler

¹⁹ K Friedland, D. K., Computer Software Patentability: Dilemma of Defining on Algorithm, Software Law Journal, Vol. II 1987, s. 545.

²⁰ Bone, s. 49 vd.

²¹ R.G. Bone, Linking, Aggregating and Innovating: The Role of Property, Contract, and Tort in Regulating Access to Websites and Their Content, Uluslararası İNTERNET Hukuku Sempozyumu 21-22 Mayıs İzmir, 2001, s. 50.

²² Bone, s. 52.

²³ Bone, s. 52, “clickwrap” kelimesinin Türkçe bir karşılığı henüz bulunmadığından, çalışmamızda bu şekilde kullanılmıştır.

²⁴ Martens/ Halpern , Copyright Law in Cyberspace, 27 IBL 1999, s. 155 .

Avrupa Birliği Kurucu Anlaşmasında, fikrî haklar, serbest dolaşımın bir istisnası olarak kabul edilmiştir. AB Hukukunun kuramsal yapısını içtihatları ile inşa eden Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın (ATAD) en fazla uğraştığı alanlardan biri; Topluluk içi malların serbest dolaşımı ile fikrî hakların nasıl bağdaşacağı konusudur. Çünkü fikrî hakların "lkesel", "yerel" karakteri ile "serbest dolaşımı" bağdaştırmak kolay olmamıştır. ATAD, bu problemle ilgili olarak şoyle bir çözüm bulmuştur: Fikrî mülkiyet haklarının "varlıkları" ile "kullanımları" doktrinini (existing and exercises doctrin) geliştirmiştir. Bu doktrine göre, fikrî mülkiyet haklarının varlığı millî hukuk sistemleri, kullanımları yani Topluluk içi serbest ticaret ile bağdaşması konusu Topluluk Hukuku tarafından düzenlenmelidir. Böyle bir sonuçla söz konusu alanda, bir yetki paylaşımının yapıldığı grlmektedir ²⁵.

Avrupa Birliği her konuda olduğu gibi, fikrî haklar alnında da, ye Devletlerin hukukunu uyumlulaştırma çalışmalarına devam etmektedir. Burada en büyük engellerden biri, fikrî hakların "lkesel (nationality)"²⁶ niteliğidir.

Avrupa Birliği'nde fikrî hakların bilgisayar çağında korunması ile ilgili yapılan önemli çalışmalardan biri, 9 Nisan 2001 tarihinde onaylanan "AB Bilgi Toplumu Direktifi olarak da adlandırılan "Bilgi Toplumunda Telif Hakları ve Bağlantılı Hakların Uyumlulaştırılması Direktifidir (The Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Right in the Information Society)". Bu Direktifin 3/1 maddesinde, Internet aracılığı ile, Interaktif bir şekilde umuma iletim, iletim hakkı kapsamında sayılmış ve eser sahibinin tekelci bir hakkı olarak kabul edilmiřtir²⁷.

F. Türkiye'de Meydana Gelen Gelişmeler

Türkiye'de, AB'ye üyelik için 1990'lı yıllardan sonra ve özellikle de, son zamanlarda, fikrî haklarla ilgili önemli gelişmeler olmuştur. Fikrî hakların korunması alanında mevzuat bakımından büyük değişiklikler yapılmıştır. AB-Türkiye Ortaklık Konseyi'nin 8 sayılı Ek 2. maddesine; "Türkiye AB'de yürürlükteki koruma seviyelerini teminat altına almak için uygun tedbirleri alır" alır hükmü yer almaktadır. Bu kapsamda meydana gelen son gelişmelere paralel olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda (FSEK) 21.02.2001 tarih ve 4630 sayılı kanunla değişiklikler yapılmış ve eserlerin Internet yoluyla iletiminde de yeni düzenlemeler

²⁵ Tekinalp, ./ Tekinalp, G.İ., Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul 1997, s. 520.

²⁶ Fikrî hakların lkeselliği, fikrî hakkın varlığı kapsamı ve korunmasının bağlantılı olduğu ülkenin kanunun kuralları çerçevesinde belirlenmesini ifade eder.

²⁷ Arıkan, A. S. ; Internetin Fikrî ve Snaî Haklar zerindeki Etkisi, Uluslararası Internet Hukuku Sempozyumu, 21-22 Mayıs İzmir, 2001, s. 46.

getirilmiştir. FSEK m. 25’de özel olarak İnternet yoluyla kamuya iletim hakkını düzenlenmiştir. Nihayet 2004 yılı Mart ayında 5101 sayılı Kanunla İnternet ortamında fikri hakların korunması ile ilgili önemli düzenlemeler yapılmıştır. Bu konu daha sonraki bölümlerde ayrıntılı olarak incelenecektir.

§ 3. İNTERNET

I. İnternetin Doğuşu

İnternet,1969 yılında ABD Hükümeti tarafından “ARPANET” adı altında, askerî birimler, devlet kurumları ve araştırma enstitüleri arasında haberleşmeyi sağlamak amacıyla kurulmuştur²⁸. Bu kurum, asıl olarak savunma amacıyla daha önceden kurulan ağ sayesinde, iletişim hatlarının zarar görmesi durumunda, devreye girmek ve bilgi iletimini sağlamak amacıyla tasarlanmıştır. Sistemin büyük faydaları görülünce hizmet, sivil kullanıma da açılmış ve hızla yaygınlaşmıştır²⁹. Bu anlamda İnternet, sanal ortamda bilgi akışının en basit ve hızlı şekilde sağlandığı ortama verilen isimdir.

“Dünyayı saran ağ (www)”, 1990’larda İsviçre’de CERN araştırma merkezinde “Tem Berners-Lee” tarafından geliştirilen bu sistem İnternetin diğer adı olmuştur³⁰. “Siberuzay” olarak da adlandırılan bu ortamda, insanlar arasındaki iletişim ve bilgi akışı, bilgisayar vasıtasıyla coğrafi anlamda fiziksel bir işlem olmaksızın gerçekleşmektedir. Belli bir bölgeyi veya geniş alanı kapsayacak şekilde işleyen birden fazla bilgisayar ağını birbirine bağlayan, ağlararası iletişim ağına “İnternet” adı verilir³¹.

Teknik anlamda İnterneti belirleyen , “Transfer Kontrol Protokolü/ İnternet Protokolü-Transmission Control Protocol/ İnternet Protocol (TCP/IP)” dir. Buna göre İnternet, bilgisayar ile veri alışverişini sağlayan birimler arasında örgütlü şekilde birlikteliği gerçekleştiren, dolayısıyla bilgisayarlararası veri iletişimde kuralları koyan protokoller bütününe verilen isimdir ³².

İnternet, Türkiye’ye Ortadoğu Teknik Üniversitesi’nin (ODTÜ) çalışmalarıyla 1993 yılında girmiş ve hızlı bir gelişme göstermiştir. Özellikle Türkiye Bilimsel Araştırma Kurumu’nun (TÜBİTAK) ULAKNET projesi ile üniversitelerin tamamına yakını İnternete

²⁸ Akipek, Ş./Dardağan, E. ; Sanal Ortamda Telif Hakları, BATİDER, Haziran 2001, C. XXI, S. 1, s. 49.

²⁹ Memiş, T. Fikrî Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu Ankara 2002, s. 21.

³⁰ Memiş, s.23.

³¹ Akipek/Dardağan, Telif , s. 49.

³² Akipek./Dardağan, Telif, s. 49

bağlanmış durumdadır. Türkiye’de Internetin gelişimine katkıda bulunmak amacıyla, Internet Üst Kurulu kurulmuştur³³.

II. Internet İle İlgili Temel Kavramlar

A. Dünyayı Saran Ağ (World Wide Web=www) : Ses, yazı, resim gibi farklı yapıdaki verilerin bilgisayar ağları arasındaki erişimine imkân veren sistemdir. 1990’larda İsviçre’de CERN araştırma merkezinde Tem Berners-Lee tarafından geliştirilen bu sistem Internetin diğer adı olmuştur³⁴.

B. Alan Adı (Domain Name) : Internet ağına giren her katılımcı, teknik olarak kendisinin serbestçe seçeceği harflerle ve sayısal kombinasyonla ifade edilen bir IP adresi almak zorundadır. Türkiye’de alan adı ODTÜ Bilgi İşlem Merkezî tarafından yerine getirilmektedir³⁵.

C. Web Sitesi-Sayfası (Web Page) : Web tarayıcısı yardımı ile Internete bağlandıktan sonra, karşımıza çıkan yazı, resim, ses gibi unsurları içeren ve belli bir konudaki belge ve bağlantılardan oluşan bir bütündür³⁶.

D. Arama Motoru (Search Engine) : Sanal ortamda belli bir konuda araştırma yapan kullanıcılara, araştırmalarında kolaylık sağlayan ve hız kazandıran sisteme denilir. Bugün için en meşhur arama motorları Yahoo, Alta Vista, Google ve Lycos’dur³⁷.

E. E-Posta : Verilerin bir bilgisayardan Internet üzerinden bir başka elektronik posta kutusuna gönderilmesinde kullanılan programdır. Internetin en yaygın kullanım alanlarından biri olan e-mail kullanıcı açısından pratik ve hızlı bir iletişim yöntemidir. Sanal ortamda benzer konulara ilgi duyan birden fazla kişinin bir araya gelip, E-Posta grupları kurmaları sıkça kullanılmaktadır³⁸.

F. Dosya İndirmek (Download) : Internet üzerinden, herhangi bir verinin kullanıcı tarafından kendi bilgisayarına kopyalanmasına denilir³⁹.

G. Dosya Yükleme (Upload) : Kullanıcının Internette girmiş olduğu bir sayfaya veri ekleyip kopyalamasına denilir. Bu tür kopyalama için genellikle Dosya Aktarım Protokolü (File Transfer Protocol=FTP) kullanılır⁴⁰.

³³ Acun R., Internet ve Telif Hakları; Bilgi Dünyası ,1 Nisan 2000, s.3 , [http:// www.yunus.hacettepe.edu.tr/acun](http://www.yunus.hacettepe.edu.tr/acun)

³⁴ Eroğlu, S. , Internette Telif Hakları, Uluslararası Internet Sempozyomu, 21-22 Mayıs 2001 , s. 65.

³⁵ Memiş, s. 23.

³⁶ Memiş, s. 22.

³⁷ Memiş, s. 22.

³⁸ Memiş, s. 21

³⁹ Memiş, s. 22

H. Sunucu (Server) : Belli bir kapasitesi olan ve diğler bilgisayarlarla hizmet sağlayan bilgisayarlarla denilir. Bu hizmeti vermek için kullanılan bilgisayar yazılımlarına ise, sunucu yazılımı (sunucu software) adı verilir. Sunucu, aynı zamanda dijital bilgilerin saklandığı manyetik ortam olarak, kendisine veya başkasına ait verileri depolamakta ve verileri diğler bilgisayar kullanıcılarının erişimine sunmakta ve yayınlamaktadır⁴¹.

İ. Mp3 : Dijital hale getirilmiş olan müzik verilerinin sıkıştırma programları yoluyla hacimlerinin azaltılmasına Mp3 denilir. Bu teknik program Almanya'nın Fraunhofer Enstitüsü'nde geliştirilmiştir. Söz konusu program sayesinde, müzik parçalarının bilgisayarda işgal ettiği hacim on kata yakın oranda azalmaktadır. Bu şekilde müzik parçaları daha kolay ve hızlı bir şekilde indirilebilmekte ve böylece hak sahiplerinin haklarının ihlâl potansiyeli artmaktadır⁴².

J. İnternet Servis Sağlayıcısı (İnternet Service Provider=ISP) : Sanal ortamda kullanıcıların salt bir bilgisayarla İnternet ortamına erişmeleri mümkün değildir. Sanal ortama erişimi mümkün kılan, İnternetin altyapısını oluşturan sunuculara “İnternet servis sağlayıcısı” denilir⁴³. Bu sistem sanal ortamdaki fikrî hak ihlâllerinden sorumluluk konusunda ayrıntılı olarak incelenecektir.

III. İnternetin Özellikleri

Bugün, dünyanın her yanında kullanılmakta olan İnternetin yapısına bağlı olarak kendine has bazı özellikleri vardır. Bunları şöyle sıralayabiliriz.

İnternetin bir işletmecisi ve sahibi yoktur. Bu sebeple, İnternet üzerindeki işlemlerden sorumlu olacak bir sahibi bulunmamaktadır. Gerçekten de, İnternet evrenseldir. Çünkü, bir veri paketi aynı zamanda, farklı adreslere farklı yönlerde, ülkelere dağılacak şekilde biçimlenmiştir. Bir verinin İnternet sitesine erişme imkânı olan, başka birine ulaşımına engel olmak kural olarak mümkün değildir. Yine İnternet interaktif özelliğe sahip olduğundan, karşılıklı etkileşim imkânı tanır. Bu sistemde iletişim tek yönlü değildir. Çünkü bu sistemde veriyi alıcı konumunda olan, bir sonraki aşamada verici konuma gelebilir. Nihayet, İnternet multimedya'dır. Gerçekten de bu sistemde, resim, yazı, hareketli görüntüler, sesler gibi pek çok unsurdan oluşan ürünler, tek bir işlem ile iletilebilmektedir. Dijital hale getirildikten

⁴⁰ Memiş , s. 23

⁴¹ Memiş , s. 20.

⁴² Memiş , s. 38.

⁴³ Akipek/Dardağan, Telif, s. 65.

sonra, tüm eserler İnternet üzerinden iletilebilir. Farklı ürünlerin iletildiği yöntemler, artık PC ile dinlenebilir, görülebilir hale gelerek, ortak bir iletim yöntemi haline gelir⁴⁴.

§ 4. İNTERNETTE FİKRÎ HAK KAVRAMI VE HAK SAHİPLİĞİ

I. Sanal Ortamda Başlıca Faaliyetler

Sanal ortamda en yaygın faaliyetlerden biri, elektronik postadır (e-mail veya electronic-mail). Bu, bilgisayarlarda depolanmış olan verilerin, bilgi ağları vasıtasıyla kullanıcılar arasında iletilmesinden ibaret olan bir faaliyettir⁴⁵. Yine bu ortamda birden fazla kişinin sanal ortamda bir araya gelip, elektronik tartışma grupları oluşturması da diğer bir faaliyettir. Burada gruba üye olan kişiler arasında, bilgisayarlar vasıtasıyla veriler iletilmektedir.

Sanal ortamda günümüzde giderek önemi artan ve telif hakları bakımında klâsik yöntemleri zorlayan en önemli faaliyet elektronik yayıncılıktır. Gerçekten de, bu ortamda eserin maddî varlığına gerek duyulmadan, eser dijital hale getirildikten sonra bilgi ağları yoluyla birkaç klavye tuşu ile, dünyanın her yanından erişilebilir hale gelmektedir. İnternet üzerinden, herhangi bir gazete veya dergiye abone olmak mümkündür. Yine film, müzik, video kasetlere sanal ortamda ulaşabilmektedir⁴⁶.

Sanal ortamda ticarî reklâmlar, bilgisayar oyunları eğitim hizmetleri ve çet (chat) hizmeti de verilmektedir. İnternet üzerinde eğitimin kavramı ile birlikte bu Web sayfalarından verilen bilgiler, kitaplar, sözlükler, bu eserlerin sahiplerinin haklarının korunması bakımından büyük önem arz etmektedir.

Sanal ortamda kullanıcıların hizmetine sunulan arama motorları önemli bir faaliyet olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁷. Arama motorları yoluyla kullanıcılar, anahtar kelimeler kullanarak istedikleri alanda, istedikleri verilere kolayca ulaşabilmektedir. Fakat arama motorları yoluyla İnternet üzerinde telif hakların ihlâl potansiyeli artmaktadır. Özellikle, İnternet üzerinde yapılan müzik sunumlarına erişmek için arama motorları kullanıcılara büyük kolaylık sağlamaktadır.

II. İnternette Fikrî Haklarla İlgili Yeni Kavramlar

⁴⁴ Eroğlu, İnternette Telif, s. 66-67.

⁴⁵ Akipek/Dardağan, Telif, s. 51.

⁴⁶ Akipek/Dardağan, Telif, s. 52.

⁴⁷ Akipek/Dardağan, Telif, s. 52.

A. Eserin Dijitalleştirilmesi

Dijitalleştirme, saklanma ve aktarılma aşamalarında bilgilerin ve verilerin sayısal biçimlere dönüştürülmesidir. İnternet ortamında veriler bu şekilde, daha kolay ve hızlı bir şekilde başkalarına aktarılabilir. Dijitalleştirme, eserde bir değişiklik meydana getirmemekte, sadece onda teknik anlamda bir yenilik yapılmaktadır⁴⁸. Dijitalleştirme, eserin hızlı bir şekilde yayılmasına imkân vermek suretiyle, fikrî hak ihlallerini kolaylaştırmakta ve çabuklaştırmaktadır. Gerçekten bilgisayarın klavyesindeki birkaç tuşa basmak suretiyle, dijital hale getirilen eser üzerindeki haklar kolayca ihlâl edilebilmektedir. Bu ihlâllere engel olmak için, hukukî mekanizmalar yanında, teknik imkânlar da geliştirilmektedir. Teknolojinin sunduğu bu imkânın kötüye kullanılmasının önlenmesi için dijital eserler, deyim yerindeyse “su üstüne yazılan yazı” gibi kopyalanamaz hale getirilmeye çalışılmaktadır⁴⁹.

B. Multimedya Eser

“Multimedya” kavramı, tam olarak işlenmiş bir sözcük değildir. Fakat bu deyim, kavram olarak “iletişim alanında var olan yöntemlerin birkaçının bir arada sunulması” şeklinde tanımlanabilir. Gerçekten de, diğer iletim yöntemlerinden farklı olarak Multimedya, ses, görüntü, yazı, film, müzikler aynı anda karışık olarak bir arada sunulmaktadır. Burada zamana bağlı olmaksızın, dileyenin her istediği anda, sunulan içeriğe ulaşma imkânı sağlanmaktadır. Hizmetten yararlanan belli bir anda, bir programa bağlı olarak erişimden ziyade, istediği zaman içeriğe kavuşmaktadır⁵⁰.

C. Mp3

Mp3, müzik parçalarının teknik bir yöntemle sıkıştırılması anlamında kullanılmaktadır. Yukarıda da belirtildiği gibi, bu yöntemle müzik parçaları onda birine kadar sıkıştırılarak, hem İnternet üzerinden daha kolay iletilmekte, hem de bilgisayarlarda daha az yer kaplamak suretiyle, kullanıcılara kolaylık sağlamaktadır. Bu şekilde müzik eserlerinin sıkıştırılması Almanya'nın Frauenfoher Enstitüsü'nde geliştirilmiş ve dünyada hızla

⁴⁸ Memiş , s. 35

⁴⁹ Memiş, s. 36

⁵⁰ Memiş , s. 37

yayılmıştır. Günümüzde müzik eserlerinin büyük kısmı Mp3 formatına çevrilerek, Internet üzerinden yayılmaktadır. Söz konusu sistem, fikrî haklar bakımından ciddi bir ihlâl potansiyeli taşımaktadır. Gerçekten de, günümüzde arama motorlarına verilen kavramlar arasında müzik sunumları, ilk sıraya yükselmiştir⁵¹.

⁵¹ Memiş, s. 39.

III. Internette Fikrî Hak Sahipliği

Eser üzerinde fikrî hak, ona kişisel özelliğinin verilmesiyle, yani eserin yaratılmasıyla ortaya çıkar. FSEK m. 8/1 'e göre "Bir eserin sahibi onu meydana getirendir" ifadesi yer almaktadır. Eser birden fazla kişinin katılımı ile oluşturulmuşsa, hak sahibi, onu meydana getirenlerin birliğidir. İnternet ortamında meydana getirilen eserler de, birden çok kişinin katılımıyla meydana getirilirse eserin sahibi, onu meydana getirenlerin birliğidir. FSEK m. 10'a göre, böyle bir birliğe BK'nın adi şirkete ilişkin m. 520 -542 arası hükümleri uygulanır.

FSEK m. 10'a göre eserin meydana getirilmesinde yapılan teknik hizmetler veya teferruata ait yardımlar, iştirake esas teşkil etmez. Bu hüküm, eserin Internette aktarılmasında teknik yardımlar zorunlu olduğundan ortaya çıkabilecek sorunları engelleme bakımından son derece yerindedir ve önemlidir⁵².

Kanımızca, Internette fikrî hak sahipliğini belirlerken, ikili bir ayırım yapmak gerekir. Bunların birincisi, Web sayfasının kendisinin eser olarak, diğeri ise içeriğinde bulunan eserlerin korunmasıdır.

A. Web Sayfasının Eser Olarak Korunması

Çeşitli görüntü, ses, yazı ve şekillerden oluşan Web sayfaları, içeriklerinden bağımsız olarak, kendileri eser niteliği taşıdıkları takdirde, korumadan yararlanır. Web sayfaları değişik türlerdeki eser tiplerinin bir araya gelmesi sonucu oluşan multimedya ürünler niteliğinde olup, veri tabanı olarak kabul edilmektedir. Bu sebeplerle, web sayfası derleme eser olarak koruma kapsamında yer alabilir. Gerçekten de, derleme eser, birden fazla eserin belli bir plân ve programa çerçevesinde seçilip düzenlenmesiyle oluşturulan ve kendisini meydana getiren içerikten bağımsız eser olarak kabul edilmektedir. Web sayfaları veri tabanı olarak, derleme eser kabul edildiğinden, bu alandaki korumadan bağımsız olarak yararlanabilir⁵³.

⁵² Topaloğlu, s. 108

⁵³ MacQueen, H. L.; Copyright and the Internet, Law and Internet Regulating Cyberspace, Lilian Edwards and Charlotte Hart Publishing, Oxford,1997, s. 79-80.

B. Web Sayfasının İçerik Olarak Korunması

Web sayfaları, kendileri veri tabanı olarak kabul edilmekle beraber, içerikleri değişik türdeki fikrî ürünlerden oluşur. Bu içerikte bir e-mail, makale, kitap, film, müzik eseri kullanıcılara sunulabilir. Buna “web sayfalarının içeriği (content)” adı verilir. Burada bağımsız olarak, her eser, türüne göre değişik korumalardan yararlanır. Söz konusu koruma niteliği itibarıyla, içerik üzerindeki korumadır.

Fikrî hak ihlalleri, daha çok bu alanda, yani içeriklerde meydana gelmektedir. Burada ihlaller genellikle iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Bunlardan birincisi, elektronik yayıncılık olarak adlandırılan ve giderek yaygınlaşan methodur. Bu methodda, hak sahiplerinin rızası ile meşru bir şekilde web sayfalarında kullanıcıların erişimine sunulan ürünlerin haksız yöntemlerle elde edilmektedir. Söz konusu ihlâl, erişimin üyelik sistemine göre veya belirli bir ücret karşılığı yapılmasını sağlayan sistemin bertaraf edilerek içeriğe gayri meşru erişmek ve bundan karşılıksız yararlanmak şeklinde ortaya çıkmaktadır. Ayrıca, içeriği hak sahibinin izni olmadan Internet yoluyla başkalarına iletme, bilgisayarın hafızasına kayıt etmek, yazıcıdan izin verilmediği halde çıktı alma ve CD, disket veya benzeri şeylere kayıt etmek şeklinde de gerçekleşmektedir. İkinci ihlâl metodu ise, hak sahibinin izni dahi olmadan, onu Internet üzerinden erişime imkânı olacak şekilde ağlara vermektir. Böyle bir halde açık bir şekilde hak sahibinin hakları ihlâl edilmekte, Internetin küresel erişim özelliği ve verilere hızlı bir şekilde dünyanın her yanından erişilme imkânı da göz önüne alındığında, ne oranda büyük bir ihlâl potansiyelinin bulunduğu ortadadır⁵⁴.

IV. Internette Fikrî Hak Türleri

FSEK, eser sahibinin haklarını malî haklar ve manevî haklara olarak ikiye ayırarak sınırlı bir şekilde belirlemiştir. Genel olarak, eser sahibinin hakları Internette hak sahipliği bakımından da geçerlidir. Farklı bir yöntemle eserle üzerindeki haklar ihlâl edilse bile, eser sahibinin hakları yine FSEK’te m. 13 ile 25 nci maddeler arasında sınırlı bir şekilde sayılan haklardan ibarettir. Kanunun bu sınırlayıcı hükümleri karşısında, eser sahiplerine yeni hakların ihdas edilmesi mümkün değildir. Aşağıda FSEK’in eser sahiplerine tanıdığı haklar kısaca incelenmiştir.

A. Manevî Haklar

⁵⁴ Acun, s. 12.

Manevî haklar, eser sahiplerinin eserleri ile manevî ve şahsî ilişkisini korumayı amaçlamaktadır. Manevî haklar, Kara Avrupası hukuk sistemlerinde, önemli bir yere sahiptir. Buna karşılık, Anglo-Amerikan hukuk sisteminde malî haklar daha ön plândadır. Amerikan hukukunda son zamanlarda manevî haklar da düzenlenmiştir ⁵⁵.

FSEK' e göre manevî haklar; eseri kamuya sunma hakkı, eserde adını belirtme hakkı, eserde değişiklik yapılmasına engelleme hakkı ve eser sahibinin zilyet ve malikine karşı hakları olarak sınırlamaktadır. Konumuz bakımından önemi sebebiyle, aşağıda manevî hakları kısaca incelemekte fayda görmekteyiz.

1) Umuma arz yetkisi

Eserin umuma arzı, FSEK m. 14'te düzenlenmiştir. Bu kavram eser sahibinin eserini umuma arz edip etmeyeceği, yayımlanma zamanına ve tarzına ilişkin olarak sahip olduğu münhasır yetkiyi anlatır. Eserini alenileştirme ticaret mevkiine koyma yetkisi eser sahibine aittir. Bunun ihlâl edilmesi FSEK m. 66 ve devamında düzenlenen ve ilerideki bölümlerde incelenecek olan yaptırımların uygulanması sonucunu doğurur.

2) Eserde adının belirtilmesini isteme hakkı

FSEK m. 15'te, eser sahibinin eserde adının belirtilmesini isteme hakkı, düzenlenme altına alınmıştır. Eser sahibinin eserin kendisine ait olduğunu kamuya ilân etmesi gerçek veya müstear adının eser üzerinde belirtilmesi ile mümkündür. Eser sahibinin bu konuda münhasır yetkisi vardır. Klâsik fikrî yaratıcılık ürünlerinin üzerinde cisimleştiği, alenileştiği kitap, CD, kaset vb. ürünler üzerinde, eser sahibinin adının değiştirilmesi, bazı fizikî değişiklikler, zorluklar ve maliyetler gerektirmektedir. Buna karşılık, Internet üzerinde klavye yardımıyla bu değişikliği kolayca yapmak ve eseri başkasının eseri gibi göstermek oldukça basit ve ucuzdur⁵⁶. Gerçekten de, Internet üzerinde dijital yararlanma sayesinde, eserler en kolay şekliyle değiştirilebilmekte ve eser bütünlüğü ciddi bir şekilde tehdit edilmektedir ⁵⁷.

3) Eserin bütünlüğünü koruma hakkı

⁵⁵ Akipek/Dardağan, Telif, s. 62

⁵⁶ Akipek/Dardağan, Telif, s. 63.

⁵⁷ Fujita,A.K., "The great Internet Panic:How Digitizasyon Is Deforming Copyrigt Law ? " Journal of Tecnology Law and Policy , Fall 1996, V.II, Issue 1 , s. 6.

FSEK m. 16'da, eserin içeriği ve şekli ile oluşturduğu bütünlüğün bozulmasını engelleme hususunda eser sahibinin münhasır yetkisi düzenlenmiştir. Çünkü, eser sahibinin eserin bütünlüğünü koruması bakımından manevî menfaati vardır⁵⁸. Yine aynı şekilde klâsik fikrî ürünlerin cisimleştiği ortamlardan daha kolay ve ucuz bir şekilde Internet ortamında da eser üzerinde değişiklik yapmak, dolayısıyla, eser sahibinin manevî haklarının ihlâl potansiyeli yüksektir⁵⁹.

Eserin üzerinde değişiklik yapmak, bazen eser sahibinin münhasır haklarından olan işleme hakkı ile bazı hallerde eserde adın belirtilmesi hakkı ile çakışabilir.

Eser sahibinin münhasır yetkilerinden olan manevî haklardan, FSEK m. 17'de düzenlenen eser sahibinin eserin zilyet ve malikine karşı sahip olduğu hakları, inceleme alanımız dışında kaldığından, burada söz konusu hususa yer verilmemiştir.

FSEK eser sahiplerinin manevî haklarını koruyucu yeterli yaptırımları barındırmasına rağmen, Internetin global boyutu nedeniyle takip edilebilirlik sorunu vardır⁶⁰. Internetteki manevî hak ihlâllerin yaptırımları ve uygulanacak hukukun belirlenmesi ilerde ayrıntılı incelenecektir.

B. Malî Haklar

Eserden ekonomik olarak faydalanma yetkisi, eser sahibine tanınmış münhasır yetkilere aittir. Üçüncü kişiler, ancak eser sahibinin izniyle eserden faydalanabilirler. Türk hukukunda, malî haklar sınırlı sayı ilkesine göre, FSEK m. 20 ile 25 arasında sayılmıştır. FSEK'te, 4630 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonucu malî haklar; işleme hakkı, çoğaltma hakkı, yayma hakkı, yayma hakkı, temsil hakkı ve Internet hukuku alanındaki son gelişmelerle birlikte 25. maddedeki işaret, ses ve/ veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı olarak düzenlenmiştir. Ayrıca 5101 sayılı Kanunla Internet servis sağlayıcıların sorumluluklarına ilişkin FSEK Ek 4 ncü maddede düzenleme yapılmıştır. Bu konu ilerde ayrıntılı incelenecektir.

1) İşleme hakkı

⁵⁸ Erel, s. 122.

⁵⁹ Fujita, s. 6.

⁶⁰ Eroğlu, Internette Telif, s. 79.

FSEK m. 1/B-c bendinde; işleme eser, “diğer bir eserden istifade suretiyle vücuda getirilip de, bu esere nispetle müstakil olmayan ve işleyenin hususiyetini taşıyan fikir ve sanat eseri” olarak tanımlanmıştır. FSEK m. 21’de de işleme yetkisi münhasır bir yetki olarak eser sahibine tanınmıştır. Bir romanın, şiirin, tiyatro eserinin bir diğerine çevrilmesi, müzik eserleri ve edebî eserlerin film haline getirilmesi vb. şekillerde ortaya çıkan öncekinden bağımsız olmayan, fakat sonradan bunu işleyen kimsenin de hususiyetini taşıyan eserlerdir. İşlenme eser, birden fazla anlam taşımaktadır; bir taraftan mevcut bir eseri işleyen yaratıcı bir faaliyetini, diğer taraftan bu yaratıcı faaliyet sonucu ortaya çıkan eseri adlandırmak için kullanılmaktadır⁶¹.

İnternet üzerinde çok yaygın olan müzik eserlerinin, Mp3 formatına çevrilerek yayınlanmasının, işlenme eser sayılıp sayılamayacağı ve işleme hakkının ihlâli olup olmadığı konusu doktrinde tartışmalıdır. Yukarıda da belirtildiği gibi, müzik eserlerinin Mp3 formatına çevrilmesi teknik anlamda eserin yaklaşık olarak onda biri civarında sıkıştırılarak bu şekilde iletilmesidir. FSEK m.10/3’e göre, eserin meydana getirilmesinde yapılan teknik yardımlar eserin sahipliğine iştirak imkânı vermez. Bu hüküm geniş olarak yorumlandığı taktirde, Mp3 formatına çevirme teknik bir yardım olarak kabul edilebilir ve işleme eser olarak kabul edilemez. Çünkü eserin büyüklüğünde veya boyutlarında yapılan değişiklik işleme değil çoğaltmadır⁶². Gerçekten de bu sistemde, eserde yapılan değişiklik, esere yaratıcı bir katkı değil, nakline teknik olarak yapılan bir katkıdır. Bu sebeple, eserin salt Mp3 formatına çevrilmesi işlenme eser kabul edilemez ve işleme hakkının ihlâli anlamına gelmez. Böyle bir çalışma olsa olsa eser sahibine ait olan çoğaltma hakkının ihlâli anlamına gelebilir⁶³.

İnternet ortamında bir müzik eserine erişen ve meşru yollardan onu bilgisayarının kalıcı hafızasına kaydeden kullanıcının, bu eseri sırf şahsî kullanımı ve bilgisayarında fazla yer tutmaması için Mp3 formatına çevirmesi, eser sahibinin haklarını ihlâl etmez. FSEK m. 38’de kâr amacı gütmeyen, şahsî kullanımlara mahsus çoğaltmalara izin vermektedir⁶⁴. Burada eser sahibinin hakları ancak, şahsî kullanım dışında başkalarının erişimine imkân verecek şekilde, korunan eseri İnternet ortamına izinsiz vermekle ihlâl edilmektedir.

2) Yayma Hakkı

⁶¹ Öztan, F. ; Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara 1998, s. 222.

⁶² Öztan, s. 229 vd .

⁶³ Memiş, s. 108 vd .

⁶⁴ Memiş, s. 109 vd .

Yayma hakkı, bir eserin aslının veya çoğaltılmış nüshalarının, kiralamak, ödünç vermek, ilk olarak satışa sunmak veya diğer yolla ticaret konusu yapılmak suretiyle kamuya sunulması olarak tanımlanabilir⁶⁵. FSEK m. 23'te, yayma hakkı, eser sahibine verilen münhasır bir hak olarak hüküm altına alınmıştır.

Yayma hakkı, doktrinde eserin ticaret mevkiine konulması olarak tanımlanmaktadır. Bu hak, satma, ödünç verme, kiralama şeklinde gerçekleşebilir. Eserin ticaret mevkiine konulması, sadece kâr amaçlı olarak değil, herhangi bir ticarî amaç için konulması şeklinde yorumlanmalıdır⁶⁶.

Yayma hakkı, genellikle çoğaltma hakkını izleyen, önce eserin çoğaltılmasına izin verilmeli ki, sonra yaymak mümkün olsun, şeklinde düşünülen bir hak olsa da, bu zorunlu değildir⁶⁷. Gerçekten de, eserin hiç çoğaltılmadan yayma hakkının konusu olması mümkündür. Meselâ, bestecinin eserin orijinal nüshalarını icracılara devretmesi durumu böyledir.

Türk hukukunda bir görüşe göre, çoğaltma olmadan yayma mümkün değildir. Yayma hakkının konusu; çoğaltma ile elde edilen eserin maddi nüshalarıdır⁶⁸. Eserin doğrudan doğruya çalındığı, okunduğu ve eserin çoğaltılmış nüshalarının kullanılmadığı durumlarda yayma söz konusu olamaz⁶⁹.

Yayma hakkı eserin maddi nüshalarını kapsar. Maddî olmayan içerik, yayma kavramına dahil değildir. Bu sebeple, bir eserin televizyon ile yayınlanması yayma hakkı içerisinde değerlendirilemez⁷⁰.

FSEK m. 38'e göre, kâr amacı gütmeyen, şahsî kullanım amaçlı çoğaltmalar yayma olarak kabul edilmez ve fikrî hak ihlâli teşkil etmez.

Sanal ortamda esere erişen kullanıcıların, onu kendi bilgisayarlarına kopyalamaları teorik olarak yayma hakkının kullanılması anlamına gelebilir. Fakat, sanal kopyaların klâsik yayma hakkı olarak kabul edilmesi oldukça güçtür. Çünkü, sanal ortamda yayma süreci eserin İnternet ağına verilmesi, yani başkalarının erişimine sunulması ile başlar. Bundan sonra

⁶⁵ MacQueen, s. 81,

⁶⁶ Erel, Ş.; Fikir ve Sanat Hukuku, s. 146 vd.

⁶⁷ Tekinlp, Ü.; Fikrî Mülkiyet Hukuku, İstanbul 1999, s. 176.

⁶⁸ Erel, Ş.; Fikrî Haklarda Korumanın Doğuşu ve Kapsamı, İlim Edebiyat Eserlerinde Çoğaltma-Yayma Hakkının İhlâli ve Bunun Sonuçları Paneli, 30 Kasım 2000, Ankara 2000, s. 43.

⁶⁹ Erel, Çoğaltma, s. 43 vd.

⁷⁰ Memiş, s. 110 .

kullanıcıların buna ulaşmaları tamamen tesadüfî bir süreçtir. Esere ulaşan kullanıcının onu, Internet ortamında başkalarına göndermesi yayma fiili olarak kabul edilemez⁷¹.

Alman Fikrî Haklar Kanununun 15 nci maddesindeki (UrhG § 15) ifadeden hareketle, yayma hakkının ancak maddî nüshaları kapsadığı ileri sürülmektedir. Bu sebeple, adı geçen ülkede, dijital iletimin, yayma kapsamında olmadığı ileri sürülmüştür. Eserin sadece Internet ortamında sanal olarak gayrî maddî olarak sunulması yayma kavramına girmez⁷².

Yayma hakkı, alanında geçerli olan, hakkın tükenme ilkesinin⁷³ bu konuda sorumluluğu ortadan kaldıracığı ileri sürülmektedir. Yayma hakkı, eseri ilk kez tedavüle sokmak için kullanılan ve bir kere devredildikten sonra tükenen bir haktır. Buna göre, sanal ortama hak sahibinin izni ile verilen bir eseri, meşru yollardan alıp, bir başkasına kopyalayan veya e-mail yoluyla gönderen kimsenin fiili, yayma hakkının ihlâli olarak değerlendirilemez. Bu sonuç olsa olsa, çoğaltma veya temsil hakkının ihlâli olarak kabul edilebilir⁷⁴. Fakat maddi varlığı olan klâsik bir eseri, meşru olarak devralma ile hakkın tükenmesi ilkesini Internet ortamında geçerli saymak hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir. Çünkü, birden fazla kişiye aynı anda veya farklı zamanlarda, hızlı ve kolay biçimde bir eseri iletmek mümkün ve sonuçta eser sahibinin haklarının ihlâl edilmesi tehlikesi bulunmaktadır. Bu sebeple, burada dengenin çok iyi kurulması gerekir. Sanal ortama verilen bir eserin çok yaygın olarak kopyalanması ihtimali vardır.

Türk hukukunda, sanal ortamda iletimin yayma hakkı kapsamında olup olmadığı fazla incelenmemiştir. Alman hukukundan hareketle ve FSEK m. 23'te yaralan "bir eserin aslı veya çoğaltılmış nüshaları" lâfzından hareketle, yayma kavramının sanal ortamdaki sunumları içine alacak şekilde genişletilemeyeceğini söylemek mümkündür. Eser sahibinin izni olmadan bir eserin alınıp sanal ortama verilmesi ise yayma hakkının ihlâli olarak kabul edilmektedir⁷⁵.

3) Çoğaltma hakkı

⁷¹ MacQuen, s. 81 vd.

⁷² Memiş, s. 111'den naklen. Alman Hukukundaki düzenlemeler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Memiş, s. 111 vd.

⁷³ Hakkın Tükenmesi İlkesi: Eserin bir kere ticaret mevkiine konulması, yani satılması veya kiralanması sonrası hak sahibinin o devredilen nüshalar üzerinde hakkını kaybetmesidir. Buna göre bir eserin nüshasını meşru olarak elde eden kişi eser sahibinin izni olmadan tasarrufta bulunabilir, onu tekrar satabilir, kiraya verebilir. Bir kere kullanılmakla hak sona erer. Özellikle Avrupa Topluluğu Adalet Divanı tarafından Topluluk içinde malların serbest dolaşımına engel olacak nitelikte sahibine münhasır ve mutlak haklar veren fikrî hakların kullanılmasında bu ilke çokça kullanılmıştır.

⁷⁴ MacQueen, s. 82.

⁷⁵ Memiş, s. 112

FSEK m. 23'te, çoğaltma hakkı, bir eserin aslının veya kopyalarının, herhangi bir şekilde tamamen veya kısmen, doğrudan veya dolaylı, geçici veya sürekli olarak çoğaltılması şeklinde tanımlanmıştır. FSEK m. 23'te, çoğaltma hakkı, eser sahibinin münhasır bir hakkı olarak düzenlenmiştir.

Çoğaltma, klâsik anlamda bir eserin maddi varlığı olan bir şey üzerinde somutlaşması suretiyle bir nüshasının elde edilmesidir. Fakat bugün, sanal ortamda da bir eseri çoğaltma mümkün hale gelmiştir. Gerçekten de günümüzde, klâsik anlamdaki yorumun yanında, eserin herhangi bir elektronik ortamda depolanması, bilgisayar hafızasına alınması, çoğaltma kavramı içinde kabul edilmektedir⁷⁶.

Dünya Fikrî Mülkiyet Teşkilatının (WIPO) bünyesinde 1996 yılında hazırlanan ve Internet sözleşmeleri olarak anılan ikiz sözleşmeler, “WIPO Eser Üzerindeki Haklar Sözleşmesi (WCT)” ve “WIPO İcralar ve Fonogramlar Sözleşmesi (WPPT)” sonuna eklenen Mutabakat Metinlerinde “çoğaltma kavramının” dijital ortamdaki şeklini de kapsadığı vurgulanmıştır⁷⁷.

Avrupa Birliği Konseyi tarafından 09 Nisan 2001 tarihinde onaylanan “Bilgi Toplumunda Eser Üzerindeki Haklar ve Komşu Hakların Uyumlaştırılması” Direktifinin 2 nci maddesinde aynı yaklaşım benimsenmiş, hangi şekil ve araçla olursa olsun geçici veya sürekli, doğrudan veya dolaylı çoğaltma yetkisinin hak sahibinde olduğu vurgulanmıştır⁷⁸. Ayrıca aynı Direktifin m. 5, f. 1'de, çoğaltma hakkının ihlâli sayılmayan fiiller tek tek sayılmıştır⁷⁹. Bunlar çalışmamızın ileriki sayfalarında ayrıntılı biçimde ele alınacaktır.

Teknolojik alandaki gelişmeler ile AB ve ABD mevzuatının bu şekilde değişimine paralel olarak FSEK m. 22 yeniden düzenlenmiştir. FSEK m. 22/1'de, bir eserin aslının veya kopyalarının, doğrudan veya dolaylı, tamamen veya kısmen, geçici veya sürekli herhangi bir şekilde çoğaltma hakkını eser sahibine münhasır bir hak olarak vermiştir. Ayrıca FSEK m. 22/2'de, “Eserlerin aslından ikinci bir kopyanın çıkarılması ya da eserin ses, işaret veya görüntü nakil ve tekrarına yarayan, bilinen yada ileride geliştirilecek olan her türlü araca kayıt edilmesi, her türlü müzik ve ses kayıtları ile mimarlık eserlerine ait plan, proje krokilerin uygulanması da çoğaltma sayılır” hükmü yer almaktadır.

⁷⁶ MacQueen, s. 80-81

⁷⁷ Agreed Statements Concerning WCT , madde ¼ ; Agreed Statements WPPT, m. 7, 11, 14, <http://www.wipo.int> .

⁷⁸ Direktive 2001/29/EC of European Parliament and of the Council on Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in Information Society, Official Journal of the European Communities, 22.06.2001 , L,167/10 ; Reproduction Right, başlıklı ikinci maddede bu vurgulanmıştır. İlgili metnin İngilizcesi. Ayrıca bkz. <http://www.europa.eu.int>.

⁷⁹ Bahse konu Direktifin ilgili maddesinin İngilizce metni için bkz. <http://www.europa.eu.int>.

Çoğaltma kavramının içeriği, gün geçtikçe bilgisayar teknolojisinde meydana gelen gelişmelere paralel olarak genişlemektedir. Bugün için, diskete kaydedilmiş olan eserin bilgisayar ekranında geçici olarak görünmesi, yani RAM denilen geçici hafızaya kaydedilmesi bile çoğaltma sayılmaktadır. Kanun 22 nci maddesi sınırlayıcı değil, gelecekteki teknolojik gelişmeleri bile kapsayacak şekilde geniş kaleme alınmıştır⁸⁰.

Çoğaltma hakkının ihlâli, değişik şekillerde karşımıza çıkabilir. Her şeyden önce, web sitesine dahil edilen eserler üzerindeki haklar ihlâl edilebilir. Bir eser, sahibinin izni olmadan Internet ortamında, eser sahibinin haklarını ihlâl edecek şekilde çoğaltılabilir. Meselâ, Fransız ilk derece mahkemesinin bir kararında, sanatçılar Jacques Brel ve Michel Sardou'nun şarkı sözlerinin bir web sitesi aracılığıyla kamuya sunulması, çoğaltma ve eserden toplu yararlanma sayılmıştır. Mahkeme bu fiilin, hak sahibinin sayılan haklarının ihlâli anlamına geldiğine karar vererek, web sitesinde yayınlanmasını yasaklamıştır⁸¹.

Başka bir şekilde derleme eser olarak kabul edilen ve telif hakkının konusunu oluşturan web sitesinin kendisi bakımından çoğaltma hakkının ihlâli söz konusu olabilir. Web sitesinde somutlaşmış olan derlemenin kopyalanması durumunda ihlâl söz konusu olur. Buna verilen en klâsik örnek Shetland v. Times davasıdır. Burada davacı operatör tarafından işletilen web sayfasının içindeki bazı sayfalar davalı operatör tarafından kendi sayfasının içine aktarılmıştır. Davalının sitesine giren kullanıcılar, davacının ana sayfasını atlayarak sanki davalının web sitesinin içeriği gibi bu verilere ulaşmaktadır. Hâkim bu fiilin, hak ihlâli oluşturduğuna sonucuna varmış ve telif sorumluluğu doğurduğuna karar vermiştir⁸².

Kanımızca konu bakımından hak ihlâli olan ve incelememizi ilgilendiren, dijital ortamdaki eserler bakımında çoğaltma sayılan bazı fiiller ayrıca ve ayrıntılı açıklamak gerekir.

a) Geçici hafızaya kayıt (Caching)

Herhangi bir şekilde Internet ortamında erişilen bir eserin bilgisayarın RAM'inde görünmesi, yani geçici hafızaya alınması, çoğaltma olarak kabul edilmektedir. Burada geçici hafızaya geçici olarak alınan veriler, bilgisayarın kapatılması ile ortadan kaybolmaktadır. Bu şekildeki bir çoğaltma zorunlu teknik bir çoğaltma olarak kabul edilmektedir⁸³.

⁸⁰ Memiş, s.112

⁸¹ Akipek/Dardağan, Telif, s. 57 .

⁸² Akipek/Dardağan, Telif, s. 59 ; MacQueen, s. 81 vd.

⁸³ MacQueen, s. 82 ; Memiş, s. 113 .

Eserini kullanıcıların erişimine İnternet ortamında sunan eser sahibinin, eserine kullanıcıların erişeceğine dair zımnî bir rızası vardır. Yeter ki, eser, sahibinin izni ile İnternet ortamına verilmiş olsun. Burada kullanıcı açısından eserden bu şekilde yararlandığı sürece ihlâl yoktur. Fakat bu şekilde eriştiği eseri, bir şekilde şahsî kullanım dışında eser sahibinin rızasına aykırı, telif ücreti ödenmesine engel olacak şekilde, üçüncü kişilere iletmesi veya iletmeye hazır İnternet ortamına vermesi durumunda eser sahibinin çoğaltma hakkı ihlâl edilmiş olur. Fikrî hak ihlâli sayılan fiiller ileride ayrıntılı olarak ayrıca incelenecektir.

b) Routing

“Routing”, bir bilginin İnternetten kullanıcının bilgisayarına gelene kadar, değişik duraklarda kaydedilmesidir. Web, birbirine bağlı çok sayıda bilgisayardan oluşmaktadır. Bir veri bilgisayarlar arasında değişik yollardan geçerek bir diğer bilgisayara ulaşmaktadır. Bilginin vardığı birçok durak vardır. Bu verileri alıp, başka bilgisayarlara aktaran duraklara “router” adı verilir. Bu aşamaları kateden veriler, her aşamada kayıt edilmektedir. İstenilen bilgiler İnternet ağında küçük parçalara ayrılmaktadır. Bu veriler, hedef bilgisayarda birleştirilmektedir. Duraklarda yapılan kayıtlar, başka bilgisayarlara transfer için yapılan kayıtlardır⁸⁴. Bir görüşe göre routing, ekonomik bir amaç taşımadığı, verilerin iletilmesi için teknik zorunlu bir süreç olduğu için, çoğaltma sayılmamalıdır. Routing ile sadece bir transfer işlemi gerçekleşmekte, ayrıca veriler küçük parçalara ayrılmakta, her bir parça eser niteliği taşımamaktadır. Bu sebeple, adı geçen işlemde gerçek anlamda bir çoğaltmadan bahsedilemez.

Başka bir görüşe göre, veri göndericileri arada bulunan routerleri ekonomik amaçla kullanmaktadır. Bu sebeple söz konusu durum çoğaltma sayılır⁸⁵.

Kanaatimizce, router işlemi, verilerin iletilmesi için kullanılan zorunlu ve teknik bir aşama olarak kullanılsa da, çoğaltma kavramı içinde değerlendirilmelidir. Fakat router işleminden dolayı bu duraklarda yapılan fiiller çoğaltma olsa da, çoğaltma hakkının ihlâli niteliğini taşımaz. Bu sebeple, bunlara eser sahibinin çoğaltma hakkını ihlâlden ayrı bir yaptırım uygulanmamalıdır.

c) Ana hafızaya kayıt (Harddiske kayıt)

⁸⁴ Memiş, s. 114.

⁸⁵ Memiş, s. 114.

Anahafıza, bilgisayarın gerçek hafızasıdır. Buraya kaydedilen veriler, bilgisayar kapatılsa bile, silinmezler ve hafızada sürekli olarak kalırlar. Anahafızaya kaydedilen veriler, İnternet ortamında başka web sitelerine veya e-mail yoluyla başka kullanıcılara iletilebilir⁸⁶. Bundan başka elektronik veri taşıyıcıları olan CD, disket, veya başka araçlara kaydedilebilir. Geçici hafızaya kayıt işleminin bir adım ötesi olan anahafızaya kayıt, fikrî haklar bakımından tartışmasız olarak çoğaltma sayılır.

d) CD, disket veya diğer elektronik veri taşıyıcılara kayıt

İNTERNET ortamında erişilen bir eserin seçilip, CD, disket veya diğer elektronik veri taşıyıcılara kayıt edilmesi fikrî hukuk bakımından çoğaltma sayılmaktadır. Bu ortamlara yapılan kayıtlar sürekli kayıtlardır⁸⁷. İnternet ortamında erişilen eserin, yazıcıya gönderilmesi suretiyle çıktısının alınması yine çoğaltma olarak kabul edilmelidir.

e) Değişim (Filesharing)

“Değişim (Filesharing)” ile çoğaltma iki aşamadan oluşmaktadır. İlk aşamada İnternet ortamında erişilen Mp3 formatındaki bir müzik parçası kullanıcı tarafından kendi bilgisayarına kayıt edilmelidir. İkinci aşamada değişim programları sayesinde kullanıcı tarafından bilgisayara kaydedilen bu veriler, üçüncü bir kişinin işlemi ile kendi bilgisayarına indirilebilmektedir. Burada hem verileri kendi bilgisayarına kaydeden kişinin fiili, hem de değişim programı (filesharing) ile verileri kendi bilgisayarına indiren kullanıcıların fiilleri çoğaltma olarak kabul edilmektedir⁸⁸.

Müzik parçalarının web sayfalarında sunumu için sitelere yüklenmesi (upload) çoğaltma olarak kabul edilmektedir.

FSEK m. 38’de, şahsî kullanım ile değişim programlarının kullanılması arasında önemli farklar vardır. İnternet ortamındaki yaygın kullanım dikkate alındığında, bunu şahsî kullanım ile bağdaştırmak zordur. Bu konu ileride ihlâl sayılan davranışlar ve istisnaları konusunda ayrıca incelenecektir.

4) Umuma iletim hakkı

⁸⁶ Memiş, s. 115.

⁸⁷ Memiş, s. 115.

⁸⁸ Memiş, s. 115-116.

(İşaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı)

FSEK, 4630 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce eserin, radyo-tv, ses ve resim nakline yarayan teknik tesislerden yararlanmak suretiyle, umuma iletilmesi olarak düzenlenmişti. Bu şekilde klâsik anlamda yayınlardan yararlanan kullanıcılar pasif konumda idi ve yayın akışına bağlı olarak, kendilerine sunulan programları izlemekte durumundaydılar. Fakat Internetin kullanımı ile birlikte insanlar, diledikleri zaman web sayfası içeriklerine ulaşma imkânı buldular. Internetin bu Interaktif yapısı, klâsik yayın kavramından ayrı düzenlemeleri zorunlu kılmıştır. Internetin kullanımına paralel olarak FSEK m. 25 yeniden düzenlenmiş ve Internet aracılığıyla umuma iletim hakkını eser sahibinin münhasır bir hakkı olarak düzenlemiştir⁸⁹. Böylece Türk Hukuk Sisteminde, işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı özel bir düzenleme ile kabul edilmiştir. FSEK m. 25 umuma iletim hakkını, eser sahibinin münhasır bir hakkı olarak düzenlemesine rağmen, “umuma iletim” kavramını tanımlamamıştır. Alman Telif Hakları Kanun m. 15/III’e (UrhG § 15/III) göre “umum”, belirli bir çevre ile sınırlı olmayan, birbirine karşılıklı ilişkiler içinde bağlı bulunmayan veya belirli bir organizasyonla birbirine bağlanmayan birden fazla kimsedir⁹⁰.

Fikrî hakların konusunu oluşturan eserin Internet üzerinde kullanıcının seçeceği yer ve zamanda erişimi ile ilgili yetkinin, özel olarak vurgulanması suretiyle düzenlenmesi Internet sözleşmeleri olarak da bilinen WIPO ikiz sözleşmelerinde WCT m. 8 ve WPPT m. 14’te düzenlenmiştir. WIPO Copyrigt Sözleşmesinin “Kamuya İletim Hakkı” başlığı taşıyan 8. maddesi, hak sahiplerinin kablolu veya kablosuz, diledikleri zamanda ve yerde kullanıcıların erişimine imkân verecek şekilde münhasıran kamuya iletim hakkına sahip olduklarını düzenlemiştir⁹¹. Yine aynı şekilde WIPO İcralar ve Fonogramlar Sözleşmesinin 14. maddesinde hak sahibinin kablolu veya kablosuz olarak dilediği zaman veya yerde çalışmalarını kullanıcıların erişimine sunma konusunda münhasır hakkı düzenlenmiştir⁹².

Avrupa Birliği’nin 2001/29 EC sayılı Bilgi Toplumunda Telif Haklarının ve Komşu Hakların Uyumlulaştırma Direktifi’nin “Kamuya İletim Hakkı” başlığını taşıyan 3.

⁸⁹ Arıkan, s. 94 vd.

⁹⁰ Memiş, s. 115-116.

⁹¹ <http://www.wipo.int> ,WIPO Copyright Treaty Geneva,December,2 to 20, 1996.

⁹² <http://www.wipo.Int> , WIPO Performans and Phonograms Treaty, Geneva, Dcember 2 to 20 , 1996 , bkz.ilgili sözleşmenin 14. maddesinin İngilizce metni için bkz.

maddesinde, yine aynı şekilde eser sahibinin kablolu veya kablosuz şekilde eserini dilediği zaman ve biçimde kamuya iletim konusunda münhasır hakkının olduğu hükme bağlanmıştır⁹³.

Yukarıda anılan tüm bu düzenlemelerde, hak sahibinin yeni teknolojik imkânlarla paralel olarak çalışmalarını İnternet üzerinden İnteraktif bir biçimde kamuya iletmeye konusunda münhasır yetkilere sahip oldukları hüküm altına alınmıştır.

Bilgisayar ortamında yaratılmış bir eserin veya dışarıda yaratılan bir eserin dijital hale getirildikten sonra, İnternet üzerinden kullanıcılara gönderilmesi veya kullanıcıların kullanımına hazır hale getirilmesi, dijital iletim hakkı olarak tanımlanabilir⁹⁴. Burada yapılan eylemin kamuya yönelik olarak yapılması gerekir.

Eserin İnternet üzerinde hazır tutulması umuma iletim sayılır. Yayın ile kamuya iletim çoğu zaman birbiri ile karıştırılmakta olan hususlardır. Yayında, yayın ile bundan yararlanan kişilerin fiilleri arasında eş zamanlılık vardır. Yayın yapıldığı anda, izleyici tarafından alınmaktadır. Oysa İnternet, yapısı gereği “interaktif” . Kullanıcı dilediği zaman, istediği içeriğe ulaşabilir. Bu sebeple, burada eş zamanlılık yoktur. İçerik kullanıcının erişimine hazır olarak bekletilmektedir . Bu sebeple İnternette eserlerin kullanıcılar tarafından çağırılması için hazır tutulması yayın olarak kabul edilemez⁹⁵.

FSEK m. 25 ile getirilen düzenleme ile, İnternet üzerinde eserlerin kullanıcıların erişimine hazır olarak tutulması konusunda diğer malî hakların kıyasen uygulanmasına gerek kalmamıştır. Eserin İnternette kullanıcılar tarafından çağırılması için hazır bekletilmesi özel düzenleme ile eser sahibinin münhasır bir hakkı olarak düzenlenmiştir.

FSEK m. 25 açıkça belirtmemiş olsa da, eser sahibinin umuma iletim hakkının konusunu eserin maddi içeriği değil, maddi olmayan içeriği oluşturur. Maddedeki teknik imkânlar kullanılıncaya, ancak maddi olmayan içerik iletilebilir. Dijital iletim ile maddî muhteva iletilemez. Alman Telif Hakları Kanunu (UrhG § 15/1) bunu açıkça düzenlemiş ve umuma arzın ancak gayrî maddî içerik ile yapılabileceğini düzenlemiştir⁹⁶.

İnternet üzerinden e-mail yoluyla veya Peer-to-Peer veri iletim yöntemi ile eserlerin başkalarına gönderilmesi veya başkalarının erişimine hazır tutulması veya filesharing değişim programları ile başkalarına iletilmesi umuma iletim hakkını ihlâl edebilir. Bu ihlâl şekilleri ve yaptırımları ileriki sayfalarda ayrıntılı olarak incelenecektir.

⁹³ Direktive 2001/29/EC of European Parliament and of the Council on Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in Information Society, Official Journal of the European Communities, 22.06.2001, L, 167/10.

⁹⁴ Topaloğlu, s. 113.

⁹⁵ Eroğlu, İnternette Telif , s. 75.

⁹⁶ Memiş, s. 116.

İKİNCİ BÖLÜM

İNTERNETTE FİKRÎ HAK İHLÂLLERİ

§ 5. İNTERNETTE FİKRÎ HAK İHLÂLİNE YOL AÇAN DAVRANIŞLAR

I. Online Çoğaltma

İnternet üzerinde kullanıcıların erişimine hazır olarak sanal ortamda bekletilen içeriklere kullanıcıların erişimi ile online olarak eserin çoğaltılması söz konusudur. Yerel bilgisayar kullanıcısının web sayfasına her girişinde bu kullanıcının bilgisayarının RAM'ine geçici olarak kayıt edilir. Kullanıcının sadece bu site içeriğini RAM'de tutup, bilgisayarın anahafızasına kayıt yapmadığı zaman bunun fikrî hak ihlâli olup olmadığı tartışılmaktadır ⁹⁷.

Online çoğaltmada, bağlanan bilgisayar, bağlanılan sitenin sunucusuna belirli bir web sayfasının kopyasını talep eden bir sinyal gönderir. Sunucu bu talebi karşılamayı kabul ederse, bağlanan bilgisayarın web sayfasını yeniden düzenlemekte kullanacağı elektronik bir sinyal ile karşılık verir. Sonuç olarak, orijinali sunucuda kalmak üzere sayfanın bir kopyasının bağlanan bilgisayarda görülmesi ile online çoğaltma meydana gelmektedir ⁹⁸.

Kullanıcıların siteye bağlanma ve site içeriğini bilgisayarının RAM'inde görüntülemesinden daha ileri faaliyetlerde bulunması fikrî hak ihlâli teşkil etmektedir. Kullanıcının, erişilen sitedeki bilgileri almasının ve kullanmasının ihlâl teşkil edip etmeyeceği, kopyalanan verilerin telif kanunlarınca korunan değerde olup olmadığına göre değerlendirilmektedir. Orijinal bir biçimde seçilmiş, koordine edilmiş ve düzenlenmiş olmaları durumunda bunlar korunur. Web sitesinden, sadece gerçekleri yansıtan verilerin elde edilmesi, kendi başına bir fikrî hak ihlâli oluşturmaz. Ancak, erişen kişi bu çıplak gerçeklerin

⁹⁷ Topaloğlu, s. 114

⁹⁸ Bone, s. 38.

yanında, korunmaya hak kazanacak derecede orijinal ve yaratıcı olan seçim, koordinasyon ve düzenlemeleri de alırsa fikrî hak ihlâli söz konusu olur⁹⁹.

Internet ortamında, web sitesi sahiplerinin sözleşme hukuku kapsamında “clickwrap licence” adı altında geliştirdikleri bir sistem, site sahiplerinin haklarını koruyucu bir sistemdir. “Click” , Türkçe’ye Internet alanında kullanılan “tıklamak” yani site içeriğine erişmek için ikona basmak anlamında çevrilebilir. “Wrap” ise , bir şeyi sarmalamak, kuşatmak, çevrelemek anlamında çevrilebilir. Fakat burada kullanılış anlamı, web sitesini sarmalayan bir telefon ambalaj gibi site sahibinin koyduğu ve giriş için kabul edilmesi gereken kurallar anlamındadır. Site sahibinin koyduğu bu kuralları kabul eden kullanıcı bu şartları kabul ettiğini gösterecek şekilde ikonu tıklamak suretiyle iki taraf arasında sözleşme kurulmuş olmaktadır. Telefon ambalaj ile sarılan bir paketin açılması ile, nasıl bir ürüne sahip olunuyorsa burada da ikonun tıklanması ile iradeler uyuşmuş sayılmaktadır. “Clickwrap lisans” ile site içeriğine erişmek isteyen kullanıcı ikonu tıklamakla koşulları kabul eder ve site içeriğine erişmesi fikrî hak ihlâli teşkil etmez¹⁰⁰.

“Clickwrap lisans” oldukça yaygın bir sistemdir. Bu alanda geçerli olan “ kabul et veya terket (take it or leave it)” kuralı ile site sahiplerine site üzerinde güçlü kontrol imkânları vermektedir. Bu ilişkide kullanıcılar ya site sahibinin koyduğu kuralı kabul eder ikonu tıklar veya siteye erişmeden siteyi terk eder. Uygulamada ziyaretçilerin sitenin girişine konulan bu lisans şartlarını okumadan ikonu tıklamaktadırlar. Burada site kullanıcıların onların şartlarına itiraz etme, pazarlık etme hakları yoktur. Bu da iradelerin karşılıklı ve birbirine uygun olması (BK. M. 1) temeline dayalı olan sözleşme kavramına pek uymayan bir durumdur¹⁰¹.

Clickwrap lisansı eleştirenler, bu sözleşme ile site sahiplerine bilgiyi kontrol etme ve kendi tekellerine alma yetkisinin verildiğinden endişe duymaktadırlar. Site ziyaretçileri için Internet ortamında araştırma yapmanın, bilgiye ulaşmanın maliyetinin her geçen zamanda artacağı yönünde eleştiriler vardır¹⁰². Clickwrap lisansın yaygın kullanımı ile site sahiplerine kendi belirleyecekleri sınırlar doğrultusunda tartışılmaz standartlar empoze etme imkânı vermektedir. Böylece yasal fikrî hak mevzuatı yanında “özel yasalaştırılmış bir fikrî haklar sistemi”nin yaratılabileceği endişesi vardır¹⁰³.

⁹⁹ Bone, s. 38-39.

¹⁰⁰ J. H. J Reichman & Jonathan A. Franklin, Privately Legislated Intellectual Property Rights: Reconciling Freedom of Contract With Public Information, University Pensilvanya Law Review , 1999, s. 9. <http://www.law.upenn.edu /journal/Irev/back Issue/html .>

¹⁰¹ Reicman& J.Franklin. s. 910.

¹⁰² Reicman& J.Franklin. s. 910.

¹⁰³ Bone, s. 50; Reicman& J.Franklin. s. 906

Web sayfası içeriğine ulaşmak şeklindeki kopyalamanın, fikrî hak ihlâli teşkil edip etmediği, bu elektronik transferin gerçek anlamda kopyalama olup olmadığı tartışılmaktadır. Burada iki temel doktrinin tartışması yapılmaktadır. Bunlar dürüst (adil) kullanım, (fair use-fair deal) ve zımnî onay (Implied licence) doktrinleridir.

A. Dürüst Kullanım (Fair Use – Fair Deal)

Dürüst kullanım, Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde telif haklarına getirilen en önemli sınırlamalardan biridir. Bu ilke, Amerikan hukukunda “fair use” ; İngiliz hukukunda “fair deal” olarak bilinen ilkedir. Sözkonusu ilke, Amerikan hukukunda oldukça kesin çizgilerle belirlenmiş olmasına rağmen, İngiliz hukukunda genel bir ilke olarak kabul edilmektedir¹⁰⁴. Dürüst (adil) kullanım ilkesi ile eserlerin haber, eğitim, yorum, eleştiri ve araştırma amaçlı olarak kullanımının fikrî hak ihlâli teşkil etmeyeceği kabul edilir.

Burada dürüst kullanım için kabul edilen bazı temel kriterler kısaca incelenecektir. Bu kuralın uygulanabilmesi için; kullanmanın amacı ve niteliği, bu kullanımın ticarî amaç taşıyıp taşımadığı ve eserin niteliği önemlidir. Bunların yanında, fikrî hak konusu eserden yararlanılan kısmın miktarı, önemi ve tüm esere oranı, ve kullanmanın fikrî hak konusu eserin pazar payı ve değeri üzerindeki etkisi dürüst kullanımın tespitinde yol göstericidir¹⁰⁵.

Yukarıdaki kriterlere uygun olarak, sanal ortamda web sitesinin yerel bilgisayarın RAM’inde görüntülenmesinin fikrî hak ihlâli olmayacağı kabul edilmektedir. Bu konu çeşitli biçimlerde Amerikan mahkemelerin önüne gelmiştir.

Dürüst kullanıma ilişkin Amerikan hukukunda verilen en önemli kararlardan biri Playboy Enterprises Inc.v Frena davasıdır. Burada davalı Frena Davacı Playboya ait resimleri kendi sitesinden izin almadan kamuya sunmuş ve olayda davalı tarafından dürüst (adil) kullanım savunmasını ileri sürülmüş, fakat mahkeme bunun ticarî amaçlı bir kullanım olduğunu, dürüst (adil) kullanım kapsamında değerlendirilemeyeceği sonucuna varmıştır¹⁰⁶.

Türk hukuku bakımından FSEK 38. maddede düzenlenen kişisel amaçlı çoğaltmanın, fikrî hak ihlâli oluşturmayacağı kuralının, dürüst (adil) kullanım kuralına benzer bir istisna olduğu kanaatindeyiz. Burada eser sahibinin menfaatlerine zarar vermeksizin, ticarî amaç olmaksızın bir web sitesine girilip buradaki unsurların çoğaltılmasının fikrî hak ihlâli teşkil etmeyeceği düşüncesindeyiz.

¹⁰⁴ MacQueen, s. 87.

¹⁰⁵ MacQueen , s. 83; Bone, s. 38-39; Akipek/Dardağan, Telif, s. 75

¹⁰⁶ Akipek/Dardağan, Telif, s. 65 .

B. Zımnî Onay (Lisans) (Implied Licence)

Zımnî onay (lisans), bir web sayfası kurarak, bunu kamuya açık, herkesin erişimine imkân verecek şekilde işleten kimse Internet kullanıcıları tarafından bu site içeriğine erişilmesine ve içeriğin bilgisayarlarda görüntülenmesine zımnî lisans vermesi olarak tanımlanabilir. Bu ilke Anglo-Amerikan doktrininde, tartışılmış fakat Türk doktrininde henüz ele alınmamıştır¹⁰⁷. Internet kullanıcıları bakımından site içeriğinden aksi anlaşılmadıkça, eserini web sitesine koyan kimsenin, eserine erişilmeyi veya şahsî kullanımla sınırlı olarak çoğaltılmaya zımnî izin verdiği kabul edilebilir. Yeter ki, kullanıcılar tarafından şahsî kullanım veya adil kullanımın ötesinde şekillerde eserden yararlanılmamış olsun. Meselâ; Religious Tec.Center v. Netcom davasında mahkeme tarayıcının web sayfasının bilgisayarın RAM'nde geçici görüntülenmesini içinde bulunan dijital medyanın okunması ile eşdeğer olduğuna karar vermiştir. Mahkemece eylemin dijital ortamın okunması için zorunlu olduğunu ve fikrî hak ihlâli teşkil etmeyeceğine karar vermiştir¹⁰⁸.

Türk hukuku bakımından FSEK 22. maddesinde mutlak bir anlatımla web sayfasının içeriğinin bilgisayarın RAM'ine geçici dahi olsa kaydedilmesi, çoğaltma olarak kabul edilmekte ve eser sahibinin iznine bağlanmaktadır. Fakat Türk hukuku bakımından da, web sitesi işletmecisi veya eser sahiplerinin, sitenin içeriğine erişimi açık olarak yasaklamadıkları sürece, kullanıcıların içeriğe erişimine zımnî onay verdikleri söylenebilir. Bununla birlikte, web sayfasına girmek, üye olmaya ücret ödeme şartına bağlanmışsa ve kullanıcılar tarafından bu engeller aşılarak site içeriğine girilmişse bu kesin olarak fikrî haklardan çoğaltma hakkının ihlâli sayılmalıdır¹⁰⁹.

II. Linkler

Link, Türkçe'ye “çengel” olarak çevrilebilir. Link verme, özel olarak bir bilgisayar programı ile gerçekleştirilebilen ve bir web sayfasından diğerine geçişi mümkün kılan

¹⁰⁷ Akipek/Dardağan, Telif, s. 76.

¹⁰⁸ Topaloğlu, s. 114.

¹⁰⁹ Topaloğlu, s. 115.

teknik adıdır¹¹⁰. Linkler sayesinde Internet üzerinde istediğimiz site içeriklerine ulaşmak daha kolay olmaktadır. Kullanıcı link verilen sayfada bulunan linkleri tıklamakla diğer sayfaya geçmektedir. Bir linki kullanmak için yapılacak olan mouse ile link verilen siteye tıklamaktır. Linkler URL¹¹¹ ile teşhis edilen web sayfaları üzerinde dolaşmayı sağlar. Linkler sayesinde, başka bir işlemci üzerine yüklenmiş ve başkasına ait olan içerikle de bağlantı kurulabilmektedir¹¹². Link atma, bir siteden diğerine geçiş şeklinde, yani diğer sitenin anasayfasına (home page) olabileceği gibi; başka sitelerin içerisinde bulunan iç sayfalara da olabilir. Link atma doktrinde çeşitli şekillerde yapılan link türüne göre, türlere ayrılarak incelenmektedir. Çalışmamızda, Basit-Yüzeysel Link (Surface Link) ve Derin-Dahili Link (Deep Link) incelenmekle yetinilecektir.

A. Basit -Yüzeysel Link (Surface Link)

Internet kullanıcısı, link verilen sayfada bulunan linklerin tıklanması ile diğer sayfalara ulaşmaktadır. Bu erişim doğrudan diğer sayfanın ana sayfasına olmaktadır. Buna basit veya yüzeysel ya da olağan link denilmektedir. Basit link, kitaplardaki arama indeksine benzetilebilir¹¹³.

Link verme çoğaltma olarak kabul edilir. Web sayfasının çağrılması, FSEK 22 anlamında çoğaltma sayılır. Fakat sadece harici olarak link atma, eser sahibinin çoğaltma hakkının ihlâli anlamına gelmez. Çünkü, link atma ile yalnız sayfanın adresinin verilmesi veya o sayfaya kullanıcıların erişmesi kolaylaşmaktadır. Burada bağlanma bakımından kolaylık getirilmekte, link atılan sitenin içeriğinin aidiyeti bakımından herhangi bir ihlâl edici davranışta bulunulmamaktadır¹¹⁴. Zira burada web sayfası işleteninin veya eser sahibinin eseri web sayfasında sunması, en azından başkaları tarafından kendi sitesine link verilmesini zımnî olarak kabul ettiği söylenebilir. Bu işlemde, web sayfasının verdiği bir teknik kolaylık söz konusudur.

¹¹⁰ Memiş, s. 134.

¹¹¹ Internet ortamında her dosyanın Uniform Resource Locator (URL) adı verilen bir adresi vardır. Böylece URL vasıtasıyla Internet üzerinde ulaşılan yerin kimliği belirlenir.

¹¹² Eroğlu, S. ; Internette Aktif Linkler Yoluyla Fikrî Haklara Müdahale , Bilgi Toplumunda Hukuk , Ünal Tekinalp'e Armağan , C. II , s. 212 .

¹¹³ Eroğlu , Aktif Linkler, s. 213.

¹¹⁴ Memiş, s. 135.

1) Eser sahibinin malî haklarının ihlâl edilmesi

Eser sahibinin malî haklarından olan yayma hakkı, İnternetle umuma iletim hakkı ve işleme hakkı nitelikleri gereği link atma ile ihlâl edilemez. İnternet ortamında yayma hakkı ve umuma iletim hakkı zaten ihlâl edilemez. Çünkü, sanal ortamda zaten eserin yayımı mümkün değildir. Yine eser sahibi tarafından kendi rızası ile, eser İnternet ortamına verilmekle umuma iletilmiş olmaktadır. Bu durumda ise hak ihlâli bulunmamaktadır. Sahibinin rızasına aykırı olarak, sanal ortama verilmesi ise, eserin İnternet üzerinden umuma iletim hakkının ihlâlidir. Eser sahibinin rızası ile sanal ortama verilen eserlere salt link atma ile bu hak ihlâl edilmez. Basit link ile bir sitenin anasayfası atlanmamaktadır. Bu link ile site içeriği üzerinde işleme sayılabilecek bir değişiklik yapılmamaktadır. Bu sebeple, sözkonusu haklar basit link ile ihlâl edilmemektedir. Burada asıl tartışılması gereken husus, çoğaltma hakkının ihlâl edilip edilmeyeceğidir.

Kullanıcı eser sahibinin veya site sahibinin başka bir hakkını ihlâl etmemişse, yalnız link atma (FSEK 22 anlamında çoğaltma olsa da) çoğaltma hakkının ihlâli olarak değerlendirilemez ve yasaklanamaz¹¹⁵. Burada eser sahibinin izni ile eser sanal ortama verildiği için, esere link atma ile, erişimi hak sahibinin zımnen kabul ettiği söylenebilir. Fakat, hak sahibinin rızası olmadan, sanal ortama verilen eserlere erişimin, hak sahibinin haklarını ihlâl ettiğinden şüphe yoktur. Buna karşılık eseri İnternette indirip, başka veri taşıyıcılarına kayıt ettikten sonra bunu e-mail yoluyla başkalarına gönderilmesi, çoğaltma hakkının ihlâlidir¹¹⁶. Çünkü, burada kullanıcılar, kendilerine tanınan eserden yararlanma yetkilerini aşacak şekilde eseri çoğaltmakta ve çoğaltma hakkının ihlâline sebep olmaktadır. Buna karşılık, sadece aktif linkin tıklanması ile link verilen sitenin içeriğine ulaşılması hak ihlâli değildir. Kullanıcının bu içeriği kendi şahsî kullanım amacıyla, FSEK m. 38/I sınırları içinde kalmak şartıyla bilgisayarın anahafızasına kaydetmesi veya veri taşıyıcıya kaydetmesi çoğaltma olmakla birlikte çoğaltma hakkının ihlâli anlamına gelmez¹¹⁷.

¹¹⁵ Memiş, s. 136.

¹¹⁶ Eroğlu, Aktif Linkler, s. 224.

¹¹⁷ Eroğlu, Aktif Linkler, s. 225.

2) Eser sahibinin manevî haklarının ihlâl edilmesi

Eser sahibinin basit link ile manevî haklarının ihlâl edilme ihtimali onun diğer haklarına göre çok daha yüksektir. Manevî haklar ile korunan değer, eser sahibinin eserine özgülenmiş fikrî kişiliğidir. Manevî haklar özellikle eser ile sahibi arasında kurulan bağ sebebiyle tanınmaktadır¹¹⁸. İnternet ortamında eserin dijital iletimi ile birlikte eserlerin hem yayılma imkânı artmış hem de eser üzerinde değişiklik yapma imkânı artmıştır¹¹⁹. Yukarıda açıklanan manevî haklardan “eser sahibinin eserde adının belirtilmesini talep hakkı”, basit link ile ihlâl edilmemektedir. Çünkü link atan kimse, sözkonusu sitenin doğrudan anasayfasına girmektedir. Eserin bulunduğu sitenin derin sayfalarına link atılmadığı için, eserin veya web sayfasının aidiyeti konusunda tereddütler meydana gelmemektedir. Kullanıcı girdiği sitenin anasayfasından eserin kime ait olduğunu öğrenebildiği için, FSEK m. 15’de belirtilen hakkın ihlâl edilmesi söz konusu olmamaktadır. Eser sahibinin eserde değişiklik yapılmasını engelleme hakkı bakımından ise yine basit link ile girilen sitenin anasayfası geçilerek, derinlere girilmediği için eserde değişiklik yapılmamaktadır. Basit link ile sadece sitenin içeriği görüntülenmektedir. Eser üzerinde herhangi bir tahribat yapılmamaktadır.

Konumuz bakımından diğer manevî haklar olan FSEK m. 14’deki umuma arz hakkı ile, FSEK m. 17’deki zilyet ve malike karşı eser sahibinin hakları, inceleme konumuzla çok fazla ilgisi olmadığından burada üzerinde durulmamıştır.

Doktrinde link atma, bazı hallerde atıf hakkı ve kaynak gösterme hakkı ile karşılaştırılmaktadır. Nasıl ki, bir eserden makul ölçülerde atıfta bulunarak veya kaynak göstererek yararlanma engellenmezse, link atma da, bu mantıkla engellenemez. Bu durumu dikkate alan Amerikan hukukunda, link atma bir hak olarak tanınmıştır¹²⁰.

B. Derin Link-Dahili Link-(Deep Link)

¹¹⁸ Eroğlu, Aktif Linkler, s. 229.

¹¹⁹TRIPS fikrî hakları düzenlerken daha çok uluslar arası ticaretin ekonomik yönlerini düzenlediği için manevî hakları düzenlememiştir. Yine Avrupa Birliği’nin 2001/29 EC sayılı Bilgi Toplumunda Telif Haklarının ve Komşu Hakların Uyumlaştırma Direktifinde de manevî hakların düzenlenmesi üye devletlere bırakılmıştır. Buna karşılık Bern Konvansiyonu’nun Mükerrer 6. maddesinde manevî haklar düzenlenmiştir.

¹²⁰ Memiş, s. 136.

Derin (dahili) linkte bir siteden diğere link atılırken, link verilen sitenin anasayfası atlanarak, sitenin iç sayfalarına girilmektedir. Burada HTML kodları veya Java programlama dili kullanılarak, link verilen sitedeki reklâmlar ve sitenin anasayfasındaki bilgiler atlanmak suretiyle doğrudan sitenin alt kısımlarında bulunan metin kısmına bağlanılmaktadır¹²¹.

Derin linkte, link verilen sayfa bağımsız bir sayfa olarak açılmamakta, link veren sayfanın içinde açılmaktadır. Bu durumda link veren sayfanın bir görünümü verilmektedir. Derin link atmada, sitenin kökeni bakımından yanılma tehlikesi büyüktür¹²². Burada link veren site, link atılan site içeriğini sanki kendi içeriği gibi yansıtmaktadır. Çünkü, link verilen sitenin, yani eserin asıl sahibi olan sitenin anasayfası atlanmak suretiyle doğrudan metin sanki kendi eseriymiş gibi görüntülenmektedir¹²³.

Derin link konusunda görülen ilk davalardan biri İskoçya'daki Shetland Times v. Shetland News davasıdır. Shetland Times İskoçya'da yayınlanan bir gazetedir. Bu gazetenin aynı zamanda <http://www.shetland-times.co.uk> adlı bir Internet sitesi vardır. Gazete anasayfasında günlük haberleri ana başlıklar halinde vermekte ve kullanıcılar bu başlıkları tıklamak suretiyle alt sayfalardaki içeriğe erişmektedir. Shetland News ise Shetland Times'ın eski editörü olan Dr. J. Wills tarafından kurulan ve <http://www.shetland-news.co.uk> adresinden yayın yapan bir gazetedir. Davalı, 1996 yılından itibaren Shetland Times link atma yöntemi ile Shetland Times gazetesinin anasayfasındaki başlıkları aynen kendi sitesine almakta ve kullanıcıların bu başlıkları kullanarak Shetland Times'ın haberlerine link atma imkânı vermektedir. Burada davalı operatör, davacının anasayfasını by-pas etmek suretiyle kullanıcıların doğrudan haber metinlerine ulaşmasına imkân veren derin link atma yöntemini kullanmaktadır. Davacı anasayfasının atlanarak derin link atma yoluyla kendi anasayfasındaki reklâmların görülmesinin engellediğini, reklâm kaybına uğramak şeklinde zarar ettiğini dava etmiştir¹²⁴. Ayrıca davalının derin link atma yoluyla sanki haberler kendi ürünüymüş gibi bir izlenim yarattığını iddia ederek, ihtiyati tedbir de içeren bir dava açmıştır.

Mahkeme davayı 1997 yılında sonuçlandırmış ve davalının bu eyleminin fikrî hakların ihlâli olduğuna karar vermiştir. Davanın sonunda verilen linklerin her biri için davacının logosu ile birlikte "A Shetland Times Story" ilavesi yapılacak ve "Shetland Times"ın anasayfası için ayrı bir link konulacaktır¹²⁵.

¹²¹ Topaloğlu, s. 116.

¹²² Erdoğan, Aktif Linkler, s. 213.

¹²³ Memiş, s. 136.

¹²⁴ MacQueen, s. 70-71.

¹²⁵ <http://www.shetland-times.co.uk/st/daily/dispute.html>; Memiş, s. 137.

Derin bağlantı konusunda ABD'deki en önemli davalardan biri Ticketmaster Corp. v. Microsoft Corp. davasıdır. Buradaki olayda Microsoft "sidewalk.com" adı altında bir web sayfası yaratmıştır. Site ABD'de çeşitli şehirler için planlanmış bir serinin bölümü olarak Seattle ve Washington şehirlerindeki restoran, lokanta, eğlence ve kültür olaylarını içeren faaliyetlere ilişkin çeşitli bilgiler sunmaktadır. Bu faaliyetlerin büyük çoğunluğu bilet gerektirmektedir. ABD'deki en büyük bilet satıcılarından biri Ticketmaster firmasıdır. Microsoft burada, Ticketmaster firması tarafından işletilen siteye bağlantı yapmak suretiyle, bilet alımlarını kendi sitesinden mümkün hale getirmiştir. Microsoft tarafından işletilen siteye erişen kullanıcılar yapmak istedikleri faaliyetlere ilişkin olarak direkt bilet alabilmekte, Ticketmaster'ın iç sayfalarına derin linkler yapabilmektedirler.

Ticketmaster firması böyle bir uygulamaya marka hukuku kapsamındaki üç sebebe dayanarak itiraz etmiştir. Birinci olarak, Microsoft'un derin bağlantılarının, Ticketmaster'ın anasayfasın atlayarak, reklâm gelirlerinden yoksun kalmasına sebebiyet olduğudur. İkinci olarak, Microsoft'un web sitesine bağlantı yaptığı Ticketmaster'ın ünü ve ticarî sırları üzerinde serbestçe tasarruf ederek, kendi sitesinin değerini arttırdığıdır. Üçüncü ve son olarak da, Microsoft'un izinsiz bağlantısının, Ticketmaster'ı lisans ve izin gelirlerinden mahrum bıraktığıdır. Bu esas iddialar yanında Ticketmaster, Microsoft'u marka hakkının ihlâli ve markanın etkisini azaltma iddiaları ile de dava etmiştir. Bu dava sürecinde taraflar anlaşmak suretiyle davaya son vermişlerdir. Microsoft bu anlaşmanın bir şartı olarak, Ticketmaster'ın anasayfasını by-pas etmek suretiyle derin linkleri sona erdirmeyi kabul etmiştir¹²⁶.

Yukarıdaki tip linklerin fikrî hakların ihlâli olduğu tartışmasıdır. Doktrindeki bir görüş, bu tür olaylardaki hukuka aykırılığı, başkasının malına kasten ve haksız olarak zarar vermek anlamına gelen haksız fiil olarak kabul etmektedir¹²⁷. Başka bir görüş, bu şekildeki bir yorumun haksız fiille ilgisinin olmadığını, haksız fiillerin daha çok menkul mallara kasten ve haksız olarak zarar verilmesi halinde mümkün olabileceğini ileri sürmektedir¹²⁸. Bu görüşü savunanlara göre, haksız fiil kavramı kuralları ile ulaşılmak istenen amaç yeterince belirlidir. Maddî şeyler ve bunlara karşı gerçekleştirilen fizikî müdahaleler bağlamında geliştirilmiş bir kavramdır. İnternet dünyası ise, bu belirli yapıdan oldukça uzaktır. İnternet üzerindeki verilerin maddî bir varlığı olmadığı gibi, henüz kodifiye edilmiş ve belirginliğe ulaşmış bir hukukî yapısı olmadığından, halâ tartışmaların olduğu bir alandır¹²⁹. Ayrıca

¹²⁶ M.Tedeschi, Ticketmaster and Microsoft Settle Suit on Internet Linking , N.Y.TIMES, 1999 , February 15, s. 6 ; Bone, s. 44.

¹²⁷ Topaloğlu, s.116.

¹²⁸ Bone, s. 39-40.

¹²⁹ Bone, s. 40 vd.

hâkimler tarafından haksız fiile ilişkin kuralların örf adet hukuku çerçevesinde Internete uygulanması doğru bir yaklaşım değildir. Bu konu ancak özel olarak düzenlenmesi gereken bir alandır¹³⁰.

Kanımızca, yukarıda kısaca özetlenen görüşe fikrî hak ihlâlini doğrudan doğruya işleyen bakımından katılmak mümkün değildir. Başkasına ait şeye kasten ve haksız olarak zarar verenler bu fiillerinden sorumlu olmalıdır. Ayrıca haksız fiil, sorumluluk hukuku açısından genel bir sorumluluk türü olup, kusursuz sorumluluk gibi, özel olarak düzenlenmesi gereken bir sorumluluk türü değildir. Bununla birlikte, daha sonraki sayfalarda daha da ayrıntılı işlenecek olan Internet servis sağlayıcıların sorumluluğu konusunda haksız fiile ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün olmayabilir.

1) Eser sahibinin malî haklarının ihlâl edilmesi

Malî haklar, eser sahibine, eserinden ekonomik olarak yararlanma ve bunun şeklini belirleme ve aynı zamanda başkalarının yararlanmasını engelleme imkânı veren mutlak haklardandır.

Çoğaltma hakkı, derin link yoluyla ihlâl potansiyeli taşıyan haklardandır. FSEK m. 22 anlamında bir eserin aslının veya kopyalarının herhangi bir şekilde geçici veya sürekli olarak çoğaltılması eser sahibine verilen mutlak haklardandır. Yine eserin veri taşıyıcılara kaydedilmesi çoğaltma olarak kabul edilmektedir. FSEK m. 22'ye göre, Internet ortamında dijital çoğaltma hakkı, eser sahibinin münhasır haklarındanır. Çünkü, link atma ile link atılan site içeriği bilgisayarın geçici hafızasına gelmektedir. Burada derin link verme imkânı olan site başkasına ait bir içeriği doğrudan kendi sitesi içerisinde görüntülemekte, sanki site kendi ürünüymüş gibi bir izlenim uyandırmaktadır. Her ne kadar, eser sahibinin eserini kamuya ilettiği site içeriğine kullanıcı tarafından erişilmesi çoğaltma hakkının ihlâli sayılmasa da, sözkonusu faaliyet eser sahibinin rızasına bağlı olmaktadır. Burada ise, eser sahipliği konusunda tereddüt doğuracak şekilde sitenin anasayfası atlanarak sitenin derinlerinde bulunan eserlerin kullanıcıların bilgisayarlarında görüntülenmesi imkânı verilmektedir. Bu gerekçelerle, eser sahibinin dijital çoğaltma hakkı ihlâl edilmektedir. Burada eser sahibinin rızasının kapsamına aykırı olarak eseri başkalarının bilgisayarlarının ekranlarında görüntülenmekte dolayısıyla dijital olarak çoğaltılmaktadır.

¹³⁰ Bone, s. 41-42.

Derin linkte, link atma imkânı veren site, eserin aidiyeti bakımından tereddütleri ortadan kaldıracak şekilde link atma imkânı verirse sorumluluktan kurtulabilir¹³¹. Çünkü sadece link atma, eser sahibinin başka hakları ihlâl edilmemişse, çoğaltma hakkının ihlâli sayılmaz¹³².

İşleme hakkı, ihlâl potansiyeli taşıyan haklardandır. Eserin sanal ortamda iletilmesi için dijital hale getirilmesi işleme değil, çoğaltma olarak kabul edilmektedir. Zira burada eserin iletilmesi için teknik bir katkı yapılmaktadır. Buna karşılık, eserin iletimi için yapılan teknik yardımlar işleme olarak kabul edilmemektedir. Bu sebeple, link atma ile işleme hakkının ihlâli istisnai durumlarda sözkonusu olmaktadır¹³³. Bu daha çok, link atma imkânı veren sitenin, başka bir site içeriğinin kısmen, sanki kendi site içeriği gibi göstermesinde sözkonusu olmaktadır. Çünkü, alınan kısım ile oluşturulan yeni site içeriğinin korumaya değer bir eser niteliğinde olması gerekir. Kısmen alınan site içerikleri ile yeni bir esere vücut verilmelidir. Eser niteliği taşımayacak kısmî alıntılar, yeni bir esere vücut vermiyorsa, bu durum çoğaltma hakkının veya manevî haklardan olan adının eserde belirtilmesini talep hakkının ihlâli sayılabilir. Bu sebeple, söz konusu hakkın sanal ortamda link atma ile ihlâl edilmesi istisnai bir durumdur.

FSEK m. 25’de, Internette umuma iletim hakkı özel olarak düzenlenmiştir. Link atma umuma iletim hakkını, genel olarak ihlâl etmeyebilir. Sahibinin rızası ile, sanal ortama verilen bir esere link atma ile ulaşmak umuma iletim hakkını ihlâl etmez. Zaten eser sahibi tarafından sanal ortama rıza ile verilen esere link atılmasını zımnen kabul ettiği söylenebilir. Eser sahibinin amacı eserin daha fazla kimseye ulaştırmaktır¹³⁴. Yeter ki kullanıcı ileriki bölümlerde ayrıntılı olarak incelenecek olan hak ihlâllerinin istisnası sayılan FSEK m. 38 anlamında şahsî kullanım sınırları içerisinde kalmış olsun.

Hak sahibinin rızası olmadan sanal ortama verilen eserlere link atma imkânı vermek umuma iletim hakkının ihlâli sayılır. Zira böyle bir imkânı veren site, başkalarına iletme yetkisine sahip olmadığı bir hakkı, başkalarına iletmektedir. Roma hukukundan günümüze kadar geçerli olan en temel ilkelerinden birisi de; “Hiç kimse sahip olmadığı veya başkalarına ait bir hakkı yetkisiz olarak başkasına devredemez” hükmüdür. Bu hükümden hareketle, izinsiz olarak alınan bir esere link atma imkânı verme, umuma iletim hakkının ihlâlidir. Aşağıda sorumluluk sujeleri ele alınırken, izinsiz olarak sanal ortama verilen eserlere link atma imkânı veren site işletenlerin ve link atan kullanıcıların sorumluluğu ayrıntılı olarak incelenecektir.

¹³¹ Memiş, s. 135.

¹³² Eroğlu, Aktif Linkler, s. 225 vd.

¹³³ Eroğlu, Aktif Linkler, s. 227 vd.

¹³⁴ Eroğlu, Aktif Linkler, s. 227.

2) Eser sahibinin manevî haklarının ihlâl edilmesi

Manevî haklar, özellikle, eser ile sahibi arasında kurulan bağ nedeniyle tanınmaktadır. Manevî haklar ile korunan değer, eser sahibinin eserine özgülenmiş fikrî kişiliğidir. İnternet ortamında dijital iletim ile birlikte eserlerin hem yayılma imkânı hem de eser üzerinde değişiklik yapma imkânı artmıştır. Özellikle manevî hakların¹³⁵ ihlâli potansiyeli çok yüksektir¹³⁶. Manevî haklar, FSEK'te sınırlı sayı ilkesine göre düzenlenmiştir. Konumuz bakımından önemli olan ve ihlâl potansiyeli taşıyan manevî haklar aşağıda tek tek ele alınacaktır.

FSEK m. 15'te, eser sahibinin eserde adının belirtilmesini talep hakkı düzenlenmiş olan ve ona verilen münhasır haklardandır. Eserle sahibi arasındaki bağ, onun adının eserde belirtilmesi suretiyle mümkün olmaktadır.

Derin link atma ile ortalama seviyedeki kullanıcılar üzerinde, eser sahipliği konusunda tereddüt yaratma ihtimali son derece yüksektir. Çünkü, link kuran başkasına ait içeriğin kendi web sitesine katılması yoluyla yeni bir kombinasyon yaratmaktadır¹³⁷. Yukarıda ifade edildiği gibi, derin link ile başkasına ait sitenin anasayfası atlanmak suretiyle doğrudan alt sayfalarına girilmektedir.

Dahili veya derin linklerde link atılmasına imkân tanıyan, fikrî hukuk bakımından korunan içeriği, kullanıcının bunu baş satırdan (adres satırından) anlaması mümkün olmaksızın, kendi içeriği olarak tanıtır. Bu sebeple sözkonusu halde FSEK m. 15 hükmü çok açık biçimde ihlâl edilmektedir¹³⁸.

Derin link atma konusunda en önemli davalardan biri yukarıda açıklanan Shetland Times & Shetland News davasıdır. Daha önce de ifade edildiği gibi, bu davada, İskoç Mahkemesi, Shetland News tarafından Shetland Times'ın anasayfasının by-pas edilerek doğrudan alt metinlere link verme imkânı tanımamasını fikrî hak ihlâli olarak değerlendirmiştir¹³⁹.

¹³⁵ Web sayfalarına link atma yoluyla site sahibinin kişilik haklarına da müdahale söz konusu olabilir. Kişilik hakları, Medeni Kanun 24, 25, 26 maddelerinde düzenlenmiştir. Link yoluyla bağlantı kurulan site içeriği kişinin onur ve saygınlığını zedeleyici özellik taşımakta ise kişi haklarının ihlâli söz konusu olabilir. Meselâ; pornografik içeriğe sahip bir sitenin dinî içeriğe sahip bir siteyi içeriğinde link atma yoluyla, kendi sitesinin bir parçası gibi görüntüleme imkânı vermesinde durum böyledir. Yine siyasi liderlerin İnternet üzerinden link atma yoluyla toplum gözünde küçük düşürücü içeriği sahip site içeriklerinde görüntülenmesinin sağlanması durumunda kişilik haklarının ihlâli söz konusu olmaktadır. Bkz. (Eroğlu, Aktif Linkler, s. 229, dipnot 95)

¹³⁶ Memiş, s. 136

¹³⁷ Bone, s. 25 vd.

¹³⁸ Eroğlu, Aktif Linkler, s. 231 vd.

¹³⁹ MacQueen, s. 71.

Derin link atma ile ilgili olarak, 1996 yılında ABD’deki bir davada, Mahkeme davalının, davacının hakkını ihlâl ettiği sonucuna varmıştır. Dava konusu olayda “Dilbert” adındaki komik, popüler figür, derin link atma imkanı verilerek, özel bir web sayfası tarafından kullanılmıştır. Bu figürü günlük olarak “United Media” firması, kendi web sayfasında yenilemekte ve umuma sunmaktadır. Fakat aynı figürleri derin linklerle bu özel şahıs da kendi sayfasına eklemek suretiyle kullanmaktadır. Mahkeme bu durumun, hak ihlâli olduğu sonucuna varmıştır. Çünkü, burada başkasına ait bir figür davalı tarafından, sanki kendi sitesinin bir parçasıymış gibi kamuoyuna sunulmaktadır¹⁴⁰.

Link atma imkânını kullanıcılara veren bir sitenin, site sahibinin veya sitede eserini kamuya sunan hak sahiplerinin, bu haklarının ihlâlüne neden olmamak için, yapması gereken şey; eserin sahibinin, gerçek sahibini belirten tedbirleri almasıdır¹⁴¹. Eser sahibinin kimliği veya eserin aidiyeti konusunda kullanıcılar doğru bilgilendirildiği sürece, sadece derin link, eser sahibinin eserde adının belirtilmesi hakkını ihlâl etmez. Çünkü, buradaki kullanıcı, ortalama seviyedeki bir kullanıcıdır¹⁴². Ancak çok iyi ve Internet bilen bir kimse link atma yoluyla link attığı sitenin, gerçek sahibini adres satırını dikkatli ve ayrıntılı incelemek suretiyle bulabilir. Orada başka bir siteye link verildiği yazılı olmakla birlikte, ortalama bir kullanıcı bunu bilmeyebilir veya onun için eserin sahibinin kim olduğu önemli olmayabilir. Uygulamada kullanıcı için, aradığı site içeriğine ulaşması önemlidir. Üstelik Internetin ileri teknolojisini bilmesini herkesten beklemek mümkün değildir. Bu sebeple söz konusu kullanıcı, ortalama seviyede bir kimsedir. Eserin aidiyeti konusunda, link atma imkânı veren site işletenin yükümlülüğü ağırdır. Söz konusu yükümlülük, ortalama seviyedeki bir kullanıcının kafasında tereddütleri ortadan kaldıracak seviyededir.

FSEK m. 16’da, eser sahibinin, eserde değişiklik yapılmasını engelleme hakkı, düzenlenmiştir. Bu, eser sahibine verilmiş mutlak haklardandır. Derin link atma yoluyla eser kısmen alınabilir. Kısmen eseri alarak başkalarının erişimine bu şekli ile sunma, sahibinin bu hakkını ihlâl eder. Çünkü, eserde yapılacak bir değişiklik eserin bütünlüğünü bozabilir. Gerçekten de, söz konusu işlem, sahibinin esere yansıyan özelliklerini ortadan kaldırabilir¹⁴³. Öte yandan, sitenin anasayfasının by-pas edilerek, doğrudan alt sayfalara erişimi mümkün kılmak, hak ihlâli sonucunu doğurabilir. Ayrıca, bizatihi eser niteliği taşıyan web sayfalarının, bu şekilde anasayfalarını atlayarak, doğrudan metin kısmına erişimi mümkün kılma, site sahibinin eserde değişiklik yapılmasını engelleme hakkını ihlâl edebilir. Kendisi eser

¹⁴⁰ Memiş, s. 137.

¹⁴¹ Eroğlu, Aktif Linkler, s. 231.

¹⁴² Eroğlu, Aktif Linkler, s. 230.

¹⁴³ Eroğlu, Aktif Linkler, s. 232.

niteliğinde olmasa bile, fikrî bir ürünün kamuya iletildiği (yani içeriğindeki materyalin eser niteliğinde olduğu) siteye link atma yoluyla erişimin mümkün kılındığı durumlarda da aynı kural geçerlidir. Yine eserin metin kısmına kısmen doğrudan erişimi mümkün kılmak, eser sahibinin eserde değişiklik yapma hakkını ihlâl eder ¹⁴⁴.

Eser sahibinin diğer manevî hakları olan, umuma arz hakkı ile, eser sahibinin eserin sonraki malik ve zilyetlerine karşı olan haklarının konumuz açısından ilgisi bulunmadığından burada incelenmemiştir.

III. Çerçeve İçine Alma (Frame)

Çerçeve içine alma, HTML'nin web sitesi hazırlayıcılarına ekranı çeşitli bölümlere ayırmak için verdiği imkânlardan biridir. Daha önce de açıklandığı gibi, Web sitesi çeşitli bölümlere ayrılmaktadır. Böylece ekran üzerinde, aynı zamanda birden fazla içerik görüntülenebilmektedir. Başkasına ait içerik çerçeve içerisinde gösterilse bile, umuma arz eden sitenin URL'si ¹⁴⁵ değil, sadece bağlantı kuran sitenin URL'si görülmektedir. Burada, deyim yerindeyse, “resim içerisinde resim” görüntüsü yaratılmaktadır. Çünkü bu işlemde kullanıcı girdiği sitenin içerisinde kalmaktadır. Fakat başkalarına ait olan içerik çerçeve içerisine alınmaktadır. Böylece, bağlantı yapan sitenin içinde bir çerçeve içerisinde, sanki onun bir parçasıymış gibi görüntülenmektedir ¹⁴⁶. Bugün gelinen teknolojik seviyede, Internet browserleri, kullanıcıların ekranının bölünebilmesini sağlamaya elverişlidir. Çerçeve içine alma ile, çerçeve içine alınan yabancı web sayfası, kullanıcıların ekranında görülmektedir ¹⁴⁷. Bu teknik ile, web sayfası işleteni, bir başkasına ait web sayfasını kendi sayfası içine monte etme imkânını elde etmektedir ¹⁴⁸. Her çerçeve içine alma işleminde, başkasına ait site içeriği, bu tekniğin sağladığı imkânla, bir başka kullanıcının bilgisayarlar ekranında görüntülenmektedir. Bu teknik kullanılarak, çerçeve içine alma imkanı veren, sanki başkasına ait içerik kendisinin sitesinin içinden geldiği şeklinde bir izlenim uyandırmaktadır ¹⁴⁹. Kullanıcının aktif bir hareketine gerek yoktur.

¹⁴⁴ Daha önceki bölümlerde açıklandığı üzere, eserin sanal ortamda iletimi için dijital hale getirilmesi işleme veya eserde değişiklik yapma anlamına gelmez. Burada yapılan eserin iletimi için yapılması gereken zorunlu teknik bir işlemdir. Zorunlu teknik çalışmalar bu hakkın ihlâline yol açmamaktadır. Ayrıca burada yapılan bir format değişikliğinden ibaret olup, eserin içeriği üzerinde her hangi bir değişikliğe de yol açmadığından işleme hakkı veya eser sahibinin eserde değişiklik yapılmasını engelleme hakkını ihlâl etmez.

¹⁴⁵ Internet ortamında her dosyanın Uniform Resource Locator (URL) adı verilen bir adresi vardır. Böylece URL vasıtasıyla Internet üzerinde ulaşılan yerin kimliği belirlenir.

¹⁴⁶ Eroğlu, Aktif Linkler, s. 213.

¹⁴⁷ Memiş, s. 214 vd.

¹⁴⁸ Eroğlu, Aktif Linkler, s. 213.

¹⁴⁹ Eroğlu, Aktif Linkler, s. 214.

Çerçeve içine alma aslında dahili link atmanın değişik bir uygulamasından ibarettir. Çerçeve içine alma verme, biraz farklıdır. Dahili linklerde bir web sayfasının sadece belirli bir metni veya grafiği görüntülenmektedir. Fakat çerçeve içine alma vermede, link verilen tüm sayfa görüntülenmektedir¹⁵⁰. Fakat konunun önemi bakımından konu incelenirken çerçeve içine alma konusu link atmadan ayrı olarak incelenmiştir.

Çerçeve içine alma ile, çerçeve içine alınan sitenin “reklâm bandı (banner)” denilen reklâm kısımları görülmediği için büyük reklâm kayıpları ortaya çıkabilmektedir¹⁵¹. Çerçeve içine alma, yine eser sahiplerinin özellikle manevî hakları bakımından ciddi ihlâl potansiyeli taşımaktadır. Burada başkasına ait içerik izinsiz olarak çerçeve içine alma imkânı veren tarafından, özellikle sanki kendi sitesinin bir parçası imiş gibi bir izlenim yaratılarak verildiğinden, haksız rekabet de teşkil etmektedir¹⁵².

Çerçeve içine alma konusu, ABD’deki Washington Post v. Total News davasında tartışılmıştır. Total News adlı on-line haber sağlayıcısı, aralarında davacı, Washington Post ile CNN ve TIME’ın da bulunduğu medya kuruluşlarına ait web sayfalarının adlarını kendi web sayfasına link olarak yerleştirmiştir. Bu linklerden davacı Washington Post’un adı tıkladığında, adı geçen gazetenin içeriği davalı Total News’in alan adının ve reklâmlarının bulunduğu çerçeve içerisinde görünmektedir. Mahkeme, Total News’in bu şekilde başkasına ait haberleri kendi adının ve reklâmının bulunduğu çerçeve içerisinde kullanıcılara sunmasını haksız rekabet olarak değerlendirmiştir¹⁵³.

Fikrî haklar bakımından özellikle eserin aidiyeti konusunda ciddi tereddütlere ve karışıklıklara sebep olabilmektedir. Bunun sonucunda eser sahibinin manevî haklarının ihlâl potansiyeli dikkate değerdir. Bu sebeple aşağıda, çerçeve içine almanın eser sahibinin malî ve manevî haklarının ihlâli incelenmiştir.

A. Çerçeve İçine Alma Yoluyla Eser Sahibinin Malî Haklarının İhlâli

Yukarıda da ayrıntılı olarak anlatıldığı gibi malî haklar, sahibinin eserden ekonomik olarak yararlanmasını ve üçüncü kişilerin bu tarzda faydalanmalarını engellemek için tanınan münhasır haklardır.

FSEK m. 22’de düzenlenen çoğaltma hakkı, eser sahibinin münhasır haklarından biri olarak, çerçeve içine alma yoluyla ihlâl edilebilir. FSEK m. 22’ye göre, eserin herhangi bir

¹⁵⁰ Eroğlu, Aktif Linkler, s. 214.

¹⁵¹ Eroğlu, Aktif Linkler, s. 214.

¹⁵² Topaloğlu, s. 117 vd.

¹⁵³ Topaloğlu, s. 117-118.

şekilde geçici veya sürekli olarak çoğaltılması veya dijital olarak çoğaltılması eser sahibine ait mutlak, münhasır haklardandır. Adı geçen Kanun'un ifadesine göre, sanal ortamda kamuya sunulan bir eseri, çerçeve içine alınması sonucu, eserin kullanıcının bilgisayarının ekranında görüntülenmesi eserin çoğaltılması anlamına gelmektedir¹⁵⁴. Burada çerçeve içine alma imkânı veren, kendi web sayfası ile çerçeve içine alma verilen web sayfası arasında bağlantı kurmaktadır. Çerçeve içine alan bunu kendi web sayfasına monte ederek kullanıcıların erişimine hazır hale getirmektedir. Kullanıcının çerçeve içine alma imkânı veren siteye her girişinde, çerçeve içine alınan site içeriği, çerçeve içine alan sitenin bir parçası gibi görüntülenmektedir. Bu sebeple kullanıcıların bilgisayarlarının ekranlarındaki her görüntülenme çoğaltma niteliğindedir. Eser sahibi eserini, sanal ortamda kamuya sunmakla mümkün olduğunca fazla sayıda kimsenin erişimini arzulamakla beraber bu şekilde bir erişime izin verdiği söylenemez¹⁵⁵.

Almanya'da çerçeve içine alma imkânı vermenin çoğaltma hakkını ihlâl edip etmediği ile ilgili bir uyuşmazlık Hamburg Mahkemesi'nin önüne gelmiştir. Uyuşmazlık konusu olayda, on-line ortamda sunulan bir sözlüğe link verilmekte ve bu sözlük çerçeve içine alan tarafından kullanılan yöntemle kullanıcı tarafından sanal ortamda bu link tıklandığında çerçeve içine alanın web sayfasında görüntülenmektedir. Mahkeme, bu şekilde çerçeve içine alan tarafından kullanılan çerçeve içine alma tekniğinin, bilgi bankası olan sözlüğün çoğaltılması anlamına geldiği yorumunu yapmıştır. Sonuçta bu tür işlemde Mahkeme eser sahibinin çoğaltma hakkının ihlâl edildiğini kabul etmiştir. Yine Mahkeme kararında, eserini sanal ortamda, kamuya sunan eser sahibinin, link atılmasını zaten zımnen kabul ettiği şeklindeki savunmaya itibar etmemiştir. Eser sahibinin, zımni kabulü link atılması noktasında, kabul edilebilir fakat çerçeve içine alma ile eserinin başkalarına ait web sayfalarında görüntülenmesine rıza gösterdiğinin kabulü mümkün değildir¹⁵⁶.

FSEK m. 21'de düzenlenen eser sahibinin işleme hakkının çerçeve içine alma verme ile ihlâl edilmesi istisnai durumlarda sözkonusu olmaktadır. Çünkü, başkasına ait web sayfasının veya eserin içeriğinde eser niteliğinde korumaya değer bir değişiklik yapılmamaktadır. Burada yapılan eserin hacminde bir değişiklik olmaktadır. Bu sebeple çerçeve içine alma vermenin, işleme hakkı ile ilgisi yoktur. Buna karşılık bazı istisnai durumlarda, özellikle çerçeve içine alma imkânı verenin kendi web sayfası ile başkasına ait

¹⁵⁴ Eroğlu, Aktif Linkler, s. 221.

¹⁵⁵ Memiş, s. 137.

¹⁵⁶ Memiş, s. 138.

içeriği eser sayılabilecek nitelikte birlikte görüntülenmesine imkân tanınması durumunda, işleme hakkının ihlâl edildiği söylenebilir. Çünkü, işleme, eserden bahsetmek için, çerçeve içine alınan site içeriğine sadık kalınması yanında, çerçeve içine alanın oluşturduğu web sayfasının da, eser niteliğinde olması gerekir. Başkasının web sayfası ile, kendi web sayfası ile oluşturduğu kurgu eser niteliğinde ise, çerçeve içine alma, işleme hakkının ihlâl eder.

FSEK m. 25'te özel olarak düzenlenen, eseri Internet ile kamuya iletim hakkının, çerçeve içine alma ile, ihlâl edilmesi uygulamada pek mümkün değildir. Çünkü, eser sahibi zaten eserini kendi rızası ile sanal ortamda kamuyu sunmuştur. Kamuya sunulan eseri, izinsiz olarak çerçeve içine alma, eserin tekrar kamuya iletimi sayılmaz. Bu şekilde çerçeve içine alma, olsa olsa yukarıda açıklandığı üzere, çoğaltma hakkının ihlâli sayılabilir¹⁵⁷.

Sahibinin rızası olmadan sanal ortama verilen eserleri çerçeve içine alma, umuma iletim hakkının ihlâlidir. Zira burada çerçeve içine alan site, başkalarına iletmeye yetkisine sahip olmadığı bir hakkı, çerçeve içine alma tekniği ile üçüncü kişilere iletmektedir. Yukarıda da açıklandığı üzere, hukukun en temel ilkelerinden olan “hiç kimse sahip olmadığı veya başkalarına ait bir hakkı yetkisiz olarak başkasına devredemez ” kuralından hareketle, izinsiz olarak sanal ortama verilen bir esere çerçeve içine alma verme umuma iletim hakkını ihlâl olduğunu sonucunu çıkarılabilir.

B. Çerçeve İçine Alma Yoluyla Eser Sahibinin Manevî Haklarının İhlâl Edilmesi

FSEK, eser sahibinin eserinde somutlaşan fikrî kişiliğinin korunmasına yönelik olarak manevî haklar düzenlenmiştir. Eserin sanal ortamda iletimi için dijital hale gelmesi ile birlikte, çoğaltılması kolay hale gelmiştir. Aynı şekilde bugün gelinen noktada, eser üzerinde değişiklik yapmak çok kolay hale gelmiştir. Bu teknik imkânlar, özellikle manevî haklar bakımından ciddî ihlâller getirmektedir. Aşağıda inceleme konumuz bakımından önem taşıyan manevî hak ihlâlleri üzerinde durulacaktır.

FSEK m. 15'de, eser sahibinin, eser sahibi olarak tanıtılması hakkı düzenlenmiştir. Çerçeve içine alma yoluyla web sayfalarından yararlanan yukarıdaki bölümde açıklanan ortalama kullanıcı üzerinde eserin aidiyetine ilişkin yanıltıcı bir etki yaratılırsa, bu sahibinin eser sahibi olarak tanıtılması hakkını ihlâl eder¹⁵⁸.

Çerçeve içine alma, tekniği kullanarak başkasına ait içeriği kendi web sayfasında çerçeve içinde kullanıcılara sunmaktadır. Çerçeve içine alan burada, başkasına ait içerik ile

¹⁵⁷ Eroğlu, Aktif Linkler, s. 224.

¹⁵⁸ Eroğlu, Aktif Linkler, s. 230.

kendi içeriğini bir araya getirerek koordinasyon meydana getirmektedir. Böyle bir olayda, başkasına ait içeriğin sunulmasında eser sahibi gizlenirse, eserin aidiyeti konusunda kullanıcı yanıltılmış, dolayısıyla hak sahibinin eser sahibi olarak tanıtılma hakkı ihlâl edilmiş olur¹⁵⁹.

Internet kullanıcısı, kendisine lazım olan siteye girdiğinde, bu sitenin aidiyeti konusunda bir çabanın içerisinde olmaz. O, ulaşmak istediği sayfaya girerken bu sitedeki eserlerin kimin olduğu kullanıcıyı ilgilendirmez¹⁶⁰. Ortalama bir kullanıcı ayrıca Internetin teknik yapısının karmaşık olmasından dolayı, çaba gösterse bile, çoğu zaman site içeriğinin aidiyeti konusunda doğru sonuçlara ulaşamaz.

Çerçeve içine alma tekniğinin kullanılması halinde sanal ortamda dolaşan kullanıcının sayfanın baş satırından, girmiş olduğu site içeriğinin başkasına ait olduğunu öğrenmesi mümkün değildir¹⁶¹. Bu sebeple, çerçeve içine alma durumunda, eser sahibinin eser sahibi olarak tanıtılma hakkı açık bir şekilde ihlâl edilmiş olacaktır.

FSEK m. 13'te, eser sahibinin eserde değişiklik yapılmasını engelleme hakkı düzenlenmiştir. Çünkü, eserde yapılan bir değişiklik, eserin bütünlüğünü bozarak, eser sahibinin esere yansıyan fikrî kişiliğinin zarar görmesine sebep olmaktadır. Değiştirme, web sayfası üzerinde gösterilen eserin sadece kısmen görüntülenmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Meselâ; bir web sayfasında görüntülenen resimler bir çerçeve içine alma içerisinde daraltılan alan sebebiyle sadece parçalar halinde kullanıcılara sunulursa, eserin değiştirilmesi dolayısıyla hak ihlâli söz konusu olur¹⁶². Zira, çerçeve içine alma imkânı veren, başkasına ait web sayfası veya web sayfasında kamuya sunulan eseri, çerçeve içine alma tekniğini kullanarak kendi web sayfası içerisine monte etmektedir. Kendi hedef kitlesine göre, başkasına ait web sayfasını kısmen kendi içeriği ile yeni bir birleşim oluşturarak kullanıcıların yararlanması için sanal ortamda hazır tutmaktadır. Böylece başkasına ait içerik kendi web sayfasında değişikliğe uğramakta, kısmen kullanıcılara sunulabilmektedir. Ancak burada yapılan eserin kamuya sunulması için yapılması gereken zorunlu bir teknik değildir¹⁶³. Çünkü zorunlu teknik değişiklikler eser sahibinden izin alınmadan yapılabilir. Sadece format değişikliği hak ihlâli sayılmaz¹⁶⁴.

Kullanıcılar tarafından esere link atıldığında, çerçeve içine alma imkânı veren kullanıcının hakkını ihlâl etmiş olur. Çerçeve içine almada web sitesi işleteni, hiçbir katkı

¹⁵⁹ Eroğlu, Aktif Linkler, s. 230.

¹⁶⁰ Eroğlu, Aktif Linkler, s. 231.

¹⁶¹ Eroğlu, Aktif Linkler, s. 231.

¹⁶² Eroğlu, Aktif Linkler, s. 232.

¹⁶³ Eserin sanal ortamda kamuya sunumu için dijital hale getirilmesi yapılması gereken zorunlu teknik değişiklik olduğundan eser sahibinin eserde değişiklik yapılmasını engelleme hakkını ihlâl etmez.

¹⁶⁴ Eroğlu, Aktif Linkler, s. 232.

yapmadan başkalarına ait web sayfalarını kendi sayfasında bir demet haline getirerek kullanıcıları sunabilir. Bu durumda her çerçeve içine alma verilen site bakımından eserleri kısmen alınmak suretiyle hak sahiplerinin eserde değişiklik yapılmasını engelleme hakkı ihlâl edilmiş olmaktadır.

Eser sahibinin diğer manevî haklarından biri de, umuma arz hakkıdır. Yine eser sahibinin eserin sonraki zilyet ve malikine karşı olan hakları da manevî haklardandır. Fakat her ikisinin de inceleme konumuz açısından önemi bulunmadığından burada incelenmemiştir. Çünkü, bu haklar sanal ortamda ihlâl potansiyeli taşımamaktadır.

Sanal ortamda en yoğun faaliyet alanlarından biri, Internet üzerinden müzik yayınlarıdır. Özellikle, Mp3 teknolojisinin icadı ile Internet üzerinden müzik sunumu oldukça yaygın bir hale gelmiştir. Hatta Mp3 ile müzik sunumları, arama motorlarına verilen kavramlar arasında porno sunumların önüne geçmiştir. Internet üzerinden müzik sunumları, müzik değişim programları ve özellikle fikrî haklar bakımından getirdiği sorunlar, aşağıda konunun önemi bakımından ayrıntılı olarak incelenecektir.

IV. Internette Müzik Değişim Programları ve Sorunları

A. Müzik Eserlerinin Mp3 Biçimde Sunulması İle Getirilen Yenilikler

Daha önce de ifade edildiği gibi, müzik parçalarının sıkıştırılmış hali Mp3 olarak adlandırılır. Bu sıkıştırma sayesinde müzik parçalarının CD gibi veri taşıyıcılar veya bilgisayarlarda işgal edeceği yer onda bire kadar inmektedir. Böyle bir işlemle, hacmi on kata kadar düşen müzik parçalarının, Internet ortamında iletimi daha kolay ve hızlı hale gelmiştir. Tüm bu kolaylıklar sonucu, sanal ortamda müzik iletimi son derece yaygın olarak kullanılmaktadır. Aynı şekilde müzik değişim programları sayesinde müzik verilerinin tekrar iletimi oldukça kolay hale gelmiştir ¹⁶⁵.

Mp3 formatına çevrilmiş müzik parçalarının, bilgisayar ortamında kayıt imkânının artması, diğer müzik sunum şekillerine göre, eser sahiplerinin hakları bakımından büyük riskler getirmektedir. Çünkü, Mp3 formatına çevrilen müzik eserleri bilgisayarlara çok kolay kayıt edilmektedir. Ayrıca bu müzik verileri bilgisayarda çok az yer kaplamaktadır. Bu avantajları sebebiyle, Mp3'ü kullanıcılar için çok cazip hale gelmiştir. Bu sebeple, piyasaya yeni çıkan bir müzik eserleri, çok kısa sürede sanal ortama verilmektedir. Müzik değişim programları sayesinde kullanıcılar arasında hızla kopyalanmaktadır. Kullanıcılar bu parçaları

¹⁶⁵ Memiş, s. 38.

indirmek (download) etmek suretiyle muazzam müzik arşivleri oluşturmaktadır. Bütün bu teknik kolaylıklar eser sahiplerinin hakları bakımından ciddi ihlâllere neden olmaktadır¹⁶⁶.

İnternet ortamında kullanılan müzik değişim programları, sadece müzik eserleri için değil, aynı zamanda film ve yazılım programları için de ciddi tehlikeler barındırmaktadır. Video verilerinin sıkıştırılmasında kullanılan “DivX” denilen tekniklerle video filmlerin sanal ortama verilmesi ve kullanıcılara sunulması kolaylaşmıştır¹⁶⁷. Meselâ, 350 megabaytlık bir veri transferi, İnternet ağlarında iki saat içerisinde gerçekleşebilmektedir. Amerika’da günde beşyüzbinin üzerinde video filmin sanal ortamda sözkonusu programlar vasıtasıyla değiştirilmektedir. Film ve müzik sektörleri bu tür faaliyetlerden büyük zararları görmektedir. Yapılan tahminlere göre, yakın zamanda İnternet kullanıcılarının % 50’sinin bu tür programlar yoluyla müzik eserlerini dinleyeceği hesaplanmaktadır¹⁶⁸.

B. İnternet Üzerinden Mp3 Müzik Değişim Programlarının Özellikleri

Sanal ortamda Mp3 formatındaki müzik parçalarının değişimi bilgisayar programları vasıtasıyla gerçekleştirilmektedir. Değişim programları (filesharing) olarak adlandırılan bu metod ile kullanıcılar, verileri birbirlerine aktarmaktadırlar. Günümüzde bu değişim programları İnternette ücretsiz olarak sunulmaktadır. Programın temeli, arama motoru ile e-posta fonksiyonlarının birleştirilmesinden ibarettir¹⁶⁹. Kullanıcı, aradığı müziğin sanatçı adı, parçanın adı gibi belirleyici unsurlarını vererek arama yapmaktadır. Bu arama sonucunda karşısına bir tablo çıkmaktadır. Kullanıcılar programlar sayesinde, bu listeden karşılıklı olarak müzik parçalarını değiştirmektedir. Sanal ortamda Mp3 formatında müzik değişimleri farklı programlar ile sağlanmaktadır. Bunlardan Napster gibi bazıları merkezî sisteme, Gnutella gibi bazıları ise, merkezî olmayan sistemler kullanmaktadır¹⁷⁰.

1) Merkezî sisteme dayanan mp3 değişim programları

Merkezî sisteme dayanan Mp3 değişim programlarında, kullanıcının, sistemden yararlanması için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. Bunlardan birincisi sisteme daha önceden kayıt yaptırarak değişim programını kendi bilgisayarına indirmesi (download)

¹⁶⁶ Memiş, s. 39.

¹⁶⁷ Memiş, s. 40.

¹⁶⁸ Memiş, s. 40 vd.

¹⁶⁹ Topaloğlu, s.101 vd.

¹⁷⁰ Memiş, s. 45

gerekir. İkincisi, kendi bilgisayarlarında Mp3 formatındaki müzik parçaları bulunması gerekir. Yine değişimin yapılacağı anda kullanıcıların on-line olması, başka bir deyişle, kullanıcıların Internet'e bağlı olması gerekir. Ayrıca kullanıcılara ait bilgilerin, bu programın sunulduğu sistemdeki sunucularda bulunması gerekir. Herhangi bir kullanıcı gerekli verilerle arama yaptığında on-line olan müzik veri listeleri ekrana gelmektedir. Kullanıcı buradan dilediği müzik parçasını alabilmektedir. Aradaki değişim on-line ortamda Mp3 formatında müzik verilerini tutan ile kullanıcı arasında yapılmaktadır. On-line ortamda müzik verilerini tutan dilerse kopyalamaya izin vermeyebilir¹⁷¹.

Merkezî sisteme dayanan değişim programlarının en meşhuru Napster'dır¹⁷². Herhangi bir merkezî veri saklayıcı olmadan bilgisayarlar arası bir aktarımı öngören bu programda veriler, bir bilgisayardan diğerine transfer edilmektedir. Peer-to-peer olarak da adlandırılan bu program sayesinde sanal ortamda müzik parçalarının değiş tokuş edilebilmesi imkânı doğmuştur¹⁷³. Program geliştiricisi, lisedeki lakabını bu programa ad olarak vermiş ve her gün giderek artan bir hızla kullanımı yaygınlaşmaktadır. Program bugün dünya üzerinde 80 kadar sunucu ile hizmet etmektedir.

Napster, bu 80 sunucu üzerinden kullanıcılara hizmet verirken, müzik parçalarını içerik olarak hafızasında tutmamaktadır. Napster'ın yaptığı, sadece kendisine kayıt yaptıran kullanıcılardan, kimde hangi verilerin olduğu ve erişim anında kimlerin on-line olduğunu kullanıcılara bildirmekten ibarettir. Kullanıcı sorgulama sonucunda on-line olan başka bir kullanıcı ile müzik değişimi yapılmaktadır. Değişim kullanıcılar arasında olmakta, Napster aktif olarak bu değişime katılmamakta, sadece kullanıcıların arasında yapılan değiş tokuşa bir bakıma aracılık etmektedir. Kullanıcılar Napster'ın sunucuları vasıtasıyla arama yapılan bilgilerin kimde olduğunu ve kullanım anında kimlerin on-line olduğunu öğrenebilmektedir¹⁷⁴. İleriki bölümde açıklanacağı üzere, Napster'a karşı bu aracılık faaliyetlerinden dolayı davalar açılmıştır. Napster bugün gelinen noktada, eser sahiplerinin haklarına karşı daha saygılı bir tutum geliştirmiştir.

2) Merkezî olmayan sisteme dayalı Mp3 değişim programları

¹⁷¹ Memiş, s. 46

¹⁷² Napster, S. Fanning adlı bir öğrenci tarafından geliştirilen bir sistemdir. Chat programlarının mesaj yollama sistemini, Windows'un dosya paylaşım fonksiyonları ve arama motorlarını gelişmiş arama yeteneği ile birleştirmiştir. Bu sistem hızla yaygınlaşmaya başlamıştır. 2000 yılında 20 milyon kişi kullanırken 2001 yılında kullanıcı sayısı 70 milyona çıkmıştır.

Napster'ın yanında www.opennap.sourceforge.net; www.imesh.com; www.filetopia.com gibi çeşitli müzik değişim siteleri vardır.

¹⁷³ Memiş, s. 47

¹⁷⁴ Memiş, s. 47.

Merkezî olmayan sisteme dayalı Mp3 müzik değişim programlarında, yukarıda kısaca açıklanan sistemin aksine, merkezî bir sunucu sistemleri yoktur. İnternetten ücretsiz olarak indirilebilen bu tür programları kullanıcılara sunan sistemlerin sayfalarında, site tarihi ve sistem hakkında bilgi verilmektedir. Yine bu sistemdi, Napster’da olduğu gibi kullanıcılar için bir müzik katalogu ve bunların tutulduğu sunucular bulunmamaktadır. Programı bir kere kendi bilgisayarına indiren kimse, artık site ile hiçbir bağlantı kurmadan, müzik değişimleri yapabilmektedir. Bu sistem arama motorları ve e-posta sistemlerini temel almıştır. Burada değişimlerin yapılması, nelerin değiştirildiği konusunda programı yapanların ve sunanların herhangi bir ilgisi ve denetimi bulunmamaktadır¹⁷⁵.

Merkezî olmayan müzik değişim programlarının en tanınmışları Gnutella ve Mojo Nation’dur. Bunların merkezî olmayan yapısı sebebiyle, ihlâllerin takibi oldukça zorlaşmaktadır. Merkezî sisteme dayanan değişim programlarından farklı olarak, veriler toplayan merkezî sistem ve kurumsal bir muhatap bulunmamaktadır. Bu sebeple, sözkonusu programda, ne ihlâllerin hesabı sorulabilmekte, ne de ihtiyatî tedbir ile yayınlar durdurulabilmektedir.

Gnutelle programında, bilgisayarlar Napster’da olduğu gibi, merkezî sunucularla birbirine bağlı değildir. Burada müzik parçalarının değişimi yine “peer-to-peer” metodu ile olmaktadır. Ancak, sorgulayarak müzik verileri arayan kimse gelecekte değiş tokuş yapacağı kimsenin IP adresini elde etmektedir. Kullanıcılar kendi aralarında iletişim kurmaktadır. Bu sistemde, İnternete bağlı olmak, diğer kullanıcıyı bulmak için yeterli olmaktadır. Bu sebeple, Napster’da olduğu gibi kimlerin on-line olduğunun tespiti için merkezî bir sunucuya ihtiyaç duyulmamaktadır. Bu sistemde her kullanıcı, aynı zamanda hem veri yollayıcısı, hem de veri alıcısı olabilmektedir¹⁷⁶. Gnutella’nın bu merkezî olmayan sistemi ihlâllerin takibini son derece zorlaştırmaktadır. Ortada yayınların yapıldığı bir merkez kurumsal yapı yoktur. Bu tür yeni programlar deyim yerinde ise, eser sahiplerinin korkulu rüyası haline gelmiştir. Çünkü, İnternet alanında geliştirilen her yeni teknoloji, adeta fikrî hak sahipleri için, yeni risk alanları oluşturmaktadır. Bu konuda yapılması gereken teknoloji ile hukuk arasında dengenin iyi kurulmasıdır. Bunun için İnternetin özgür yapısı zedelenmeden çözümlerin bulunması gerekir.

C. Müzik Değişim Programlarının Bazı Hukuk Sistemlerindeki Düzenlenişi

¹⁷⁵ Memiş, s. 47.

¹⁷⁶ Memiş, s. 48.

İnternetin sınırlar üstü yapısı ve fikrî hakların ülkesel karakterinin birleştirilmesi çalışmaları, dünya düzeyinde hızla devam etmektedir. Sanal ortamın kontrol altına alınması çalışmaları uluslararası düzeyde işbirliğini zorunlu kılmaktadır. Gerçekten de, bir ülkenin tek başına yapacağı düzenlemeleri, İnternetin sınırlar üstü yapısı sebebiyle etkisiz kalmaktadır. Aşağıda müzik değişim programları alanında bazı hukuk sistemlerinde var olan düzenlemeler ve bu konudaki yargı kararları üzerinde durulacaktır.

1) Uluslararası Siber Suç Sözleşmesi

Siber Suç Sözleşmesi'nin Açıklayıcı Memorandumu'nda telif haklarının düzenleme gerekçesi vurgulanmıştır. Memorandum'un Ek-2, Başlık 4- "Telif Haklarının ve Benzer Hakların İhlallerine İlişkin Suçlar" başlıklı ve Sözleşmenin 10. maddesinin açıklanmasında;

"Fikrî mülkiyet haklarının, özellikle de telif haklarının ihlâli, İnternet'te en yaygın olarak işlenen suçlar arasındadır ve bu durum hep telif hakkı sahipleri hem de bilgisayar ağları üzerinde profesyonel olarak çalışan kişiler için rahatsızlık yaratmaktadır. Koruma altındaki eserlerin, telif hakkı sahibinin onayı olmadan İnternet üzerinde yeniden üretimi ve yayımı son derece yaygındır. Koruma altındaki eserler arasında edebiyat, fotoğraf, müzik, görsel-ışitsel eserler ve diğer eserler bulunmaktadır. Dijital teknolojiler aracılığıyla izinsiz kopya çıkarmanın kolaylığı ve elektronik ağlarda yeniden üretim ve yayımın boyutları ceza hukuku hükümleri eklemeyi ve bu alandaki uluslararası işbirliğini genişletmeyi zorunlu hale getirmiştir.¹⁷⁷" Ayrıca Siber Suç Sözleşmesi m. 10 metninde de, telif hakları ile ilgili düzenleme yapılmıştır. Buna göre;

"Taraflardan her biri, kendi kanunlarında tanımlandığı şekliyle telif haklarının ihlâli fiilinin, "Edebî ve Sanatsal Eserlerin Korunmasına Yönelik Bern Konvansiyonu" çerçevesindeki 24 Temmuz 1971 tarihli Paris Yasası, Fikrî Mülkiyet Haklarının Ticarî Yönlerine İlişkin Sözleşme ve WIPO Telif Hakları Anlaşması uyarınca, kötü niyetli olarak, ticarî ölçekte ve bir bilgisayar sistemi aracılığıyla yapıldığında, kendi milli mevzuatı kapsamında cezaî bir suç olarak tanımlanması için gerekli olabilecek yasama işlemlerini ve diğer işlemleri yapacaktır. Sözü geçen Konvansiyonlar çerçevesinde verilen ahlakî haklar bu hükme tabi değildir.

¹⁷⁷ www.c4group.net.ivhp/ek1_2.php

Taraflardan her biri, kendi kanunlarında tanımlandığı şekliyle telif haklarına benzer hakların ihlâli fiilinin, Roma'da imza edilen Oyuncuların, Fonogram Yapımcılarının ve Yayım Kuruluşlarının Korunması Hakkında Konvansiyon (Roma Konvansiyonu), Fikrî Mülkiyet Haklarının Ticarî Yönlerine İlişkin Sözleşme ve WIPO Oyunculuk ve Fonogramlar Anlaşması uyarınca, kötü niyetli olarak, ticarî ölçekte ve bir bilgisayar sistemi aracılığıyla yapıldığında, kendi milli mevzuatı kapsamında cezaî bir suç olarak tanımlanması için gerekli olabilecek yasama işlemlerini ve diğer işlemleri yapacaktır.¹⁷⁸”

Yukarıdaki ifadelerden anlaşılacağı gibi, Siber Suç Sözleşmesi m. 10'a göre, sanal ortamda müzik sunumlarının cezalandırılabilmesi için **kötü niyetli olarak, ticarî ölçekte ve bir bilgisayar sistemi aracılığıyla** yapılması gerekir. Bunun için tarafların kendi milli mevzuatı kapsamında cezaî bir suç olarak tanımlanması için gerekli olabilecek yasama işlemlerini ve diğer işlemleri yapma yükümlülüğü vardır. Burada üç şart kümülatif olarak sayılmıştır. Buna göre sanal ortamda yapılan müzik sunumlarından ceza sorumluluğunun doğması için sözkonusu şartların koşulların birlikte gerçekleşmesi gerekir.

Sözleşme'de diğer maddi hukuk düzenlemelerindeki “kasıtlı olarak” kavramı yerine TRIPS Telif Hakları Sözleşmesine paralel olarak “kötü niyetli olarak” kavramı kullanılmıştır. Ceza sorumluluğunun doğması için yapılan müzik sunumlarının “ticarî ölçekte” olması gerekir. Bu hüküm yine aynı şekilde cezai sorumluluğun doğması için TRIPS Telif Hakları Sözleşmesi m. 61' de kullanılan “ticarî ölçekte korsanlık” kavramı ile paralellik göstermektedir¹⁷⁹. Ceza sorumluluğunun doğması için Sözleşme'nin aradığı son şart ise, bunun bilgisayar vasıtasıyla yapılmasıdır.

Sanal ortamda müzik değişim programları aracılığıyla gerçekleştirilen müzik sunumlarının çoğunlukla ticarî bir amaçları bulunmamaktadır. Bu sebeple, Sözleşme'nin kapsamı dışında kalmaktadırlar. Meselâ; Gnutella kendi müzik değişim programının ücretsiz olarak kullanıcılar tarafından indirilmesine izin vermektedir. Bu site kendi sayfasında tarihçe ile sistemin özellikleri dışında herhangi bir veri taşımamakta ve reklâmlara da yer vermemektedir.

Napster başlangıçta bu değişim programlarından yararlanan kullanıcılardan herhangi bir ücret almadığı gibi, sitesine reklâm da almamaktaydı. O dönemlerde değişim programının ticarî bir amacı olmadığı için, Sözleşme kapsamı dışında kalmaktaydı. Fakat son dönemlerde, aleyhine açılan dava baskısından kurtulmak ve meşru hale gelmek için Napster sitesine filtre

¹⁷⁸ www.c4group.net.ivhp/sibersuçsozlesmesi.php

¹⁷⁹ Memiş, s. 56.

koymuştur. Ayrıca korunan eserleri indirmeyi ücretli hale getirdiği görülmüştür. Bu durumda Napster'ın, merkezî sisteme dayanan değişim programı aracılığıyla yaptığı müzik değişiminin, ticarî boyuta ulaştığı söylenebilir.

Kanımızca, Napster, değişim programlarından yararlandığı kullanıcılardan, parça indirme karşılığında aldığı ücreti, yani ticarî kazancı, eser sahipleriyle paylaşmadığı taktirde Siber Suç Sözleşmesini ihlâl etmiş olur.

2) Amerikan hukuku

Amerika Birleşik Devletleri, Internetin hem doğduğu, hem de en üst seviyeye ulaştığı ülkedir. Bugün tüm dünyadaki Internet servis sağlayıcılarının yaklaşık dörtte üçü bu ülkededir¹⁸⁰. Dünyanın en tanınmış müzik değişim programı olan Napster'a karşı açılan dava ve bu davanın gelişim süreci son derece önemli ayrıntılarla doludur. Napster çok kısa sürede tüm dünyada yayılmaya ve peer-to-peer denilen müzik değişim programı ile fikrî haklar bakımından büyük tehdit potansiyeli doğurmaktadır.

Napster'ın hızla büyüyen yapısı karşısında, 1999 yılında Amerikan Kayıt Enstitüsü bünyesinde bir araya gelen müzik yapımcıları, kendi haklarının ihlâl edildiğinden bahisle olayı Mahkeme önüne getirmişlerdir. Söz konusu örgüt, Napster tarafından yapılanın, “kültür hırsızlığı” olduğunu ve şimdi müzik eserlerine yönelik yapılanın, ileride tüm dosyalarda kullanılacağını ileri sürmüştür. Ayrıca adı geçen örgüt, Napster'ın fikrî hakların ihlâli ile değil, fikrî hak ihlâllerine yardım ve sebebiyet verdiğini iddia etmiştir¹⁸¹. Davada ilk duruşma 2000 yılında yapılmış (San Fransisco US District Court'ta) ve Mahkeme Napster'ın, eser sahiplerinin haklarını ihlâl ettiğinden bahisle ihtiyati tedbir kararı vermiştir. Fakat sadece tedbir kararı Napster tarafından temyiz edilmiş ve 9 ncu Bölge Temyiz Mahkemesi tarafından (US 9th Circuit Court of Appeal) bozularak kaldırılmıştır¹⁸².

Mahkeme, Napster'ın fikrî hakları ihlâl ettiğine karar verirken, çeşitli gerekçelere dayanmıştır. Bunlar; sorumluluğun ilk aşamasında, Napster'ın fikrî hakların ihlâlinden kullanıcılarla birlikte müşterek ihlâlinin olduğunu, ikinci aşamasında ise Napster'ın fiilinin dolaylı ihlâl sebepleri olduğudur. Çünkü, Napster, kurduğu sistem ile fikrî hakları bakımından korunan eserlerin hak sahiplerinin izni olmadan yayılabileceğini bilmekte ve tahmin etmektedir. Bu sebeple Napster, söz konusu ihlâllere yardımcı olmuştur. Karara göre,

¹⁸⁰ Memiş, s. 56-57.

¹⁸¹ Memiş, s. 57.

¹⁸² Memiş, s. 58.

Napster'in sorumluluğu ancak, fikrî haklar bakımından korunan eserlerin ihlâlini bilmesi veya bilmesinin gerekmesine karşılık, buna engel olmaması halinde söz konusu olur. Dolaylı ihlâl ise, kendi arama listesinde fikrî haklar bakımından korunan eserlerin bulunup bulunmadığı konusundaki gözetim görevinin ihmal edildiği durumlarda ortaya çıkar¹⁸³.

Temyiz Mahkemesi, ilk derece Mahkemesi'nin kararını büyük ölçüde onamıştır. Mahkeme, Napster kullanıcılarının eser sahiplerinin haklarını ihlâl ettiğini, Napster'ın ise bunu müzik bilgisi verilerini sunmakla teşvik ettiği ve bu sebeple kullanıcılar ile birlikte sorumlu olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, Napster burada kullanıcıların fikrî hakların ihlâlüne yol açan korunan müzik eserlerinin denetimi konusunda üzerine düşeni yapmadığı görüşüne varmıştır.

Temyiz Mahkemesinin bozduğu tedbir kararı ilk derece Mahkemesi tarafından tekrar ele alınmıştır. İlk derece Mahkemesi, eser sahiplerinin haklarının ihlâl edilmediği, koruma kapsamı dışında olan eserler için tedbir kararını kaldırmıştır. Ayrıca, üç iş günü içinde eser sahiplerinin haklarının ihlâl edildiği parçalar için Napster'ın filtre kurmasına karar vermiştir. Karara göre, Napster kendi sistemi içinde korunan eserlerin kopyalanmasına engel olma yükümlülüğü altındadır. Buna karşılık, müzik endüstrisi de korunan müzik eserlerini Napster'a bildirmekle yükümlüdür. Bu karardan sonra Napster, dava baskısından kurtulmak ve fikrî haklar bakımından koruna eserlerin kopyalanmasına engel olmak için filtre sistemi geliştirmiştir. Bu filtreleme sisteminin etkili çalışması için eser sahiplerinin şu bilgileri Napster'a vermeleri gerekir: Bunlar; eserin ismi, sanatçının ismi, Napster'da değişimi yapılan Mp3 müzik datalarının isimleri ve nihayet, müzik dataları için hak sahipliğini gösteren belgelerdir.

Mahkemede dava devam ederken taraflar, uyuşmazlığın mahkeme dışı çözümü için anlaşmaya varmışlardır. Bunun üzerine Napster, artık müzik endüstrisinin isteği doğrultusunda sistemini paralı hale getirmiştir¹⁸⁴.

Napster ile müzik sektörü arasındaki dava sürecinde, davalı tarafından ciddi savunmalar yapılmıştır. Bunun sonucunda Mahkeme, Napster'ın doğrudan, fikrî hakları ihlâl etmediğine karar vermiştir. Çünkü, Napster, müzik parçalarını kendi sistemi üzerinden kopyalamamaktadır. Onun yaptığı sadece, sağladığı programla, kurmuş olduğu sunucularla kullanıcılarına arama ve Peer-to-Peer teknolojisi ile müzik değişim imkânı sağlamaktır. Bu sebeple ortada aktif bir eylem yoktur. Napster, dava sürecindeki savunmasında bu konuda önemli bazı hususlara yer vermiştir. Söz konusu hususlar, dürüst kullanım görüşü, Amerikan

¹⁸³ Memiş, s. 58.

¹⁸⁴ Memiş, s. 59.

Telif Kanunu m. 512 savunması ve sonuncu olarak fikrî hak ihlâli amacı taşımadığıdır. Aşağıda bunlar sırasıyla ele alınmıştır.

a) Dürüst kullanım doktrini (Fair Use-Fair Dealing)

Dürüst kullanım doktrini, Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde telif haklarına getirilen en önemli sınırlamalardandır. Dürüst kullanım doktrinine göre, eserlerin haber, eğitim, yorum, eleştiri ve araştırma amaçlı olarak kullanımının fikrî hak ihlâli teşkil etmez. Bu kuralın uygulanabilmesi için; kullanmanın amacı ve niteliği, bu kullanımın ticarî amaç taşıyıp taşımadığı, eserin niteliği, fikrî hak konusu eserden yararlanılan kısmın miktarı, önemi ve tüm esere oranı, kullanmanın fikrî hak konusu eserin pazar payı ve değeri üzerindeki etkisi önemlidir¹⁸⁵.

Napster tarafından dava sürecinde ileri sürülen Amerikan Telif Hakları Kanunu'nun 107 nci maddesindeki bu ilke, Mahkeme tarafından kabul edilmemiştir. Amerikan Yüksek Mahkemesi (US Supreme Court) de, bu konuda sanal ortamda dijital kopyalamanın bu doktrinle açıklanamayacağına karar vermiştir. Yüksek Mahkemeye göre, daha önceden satın alınan bir CD veya kasetten şahsî kullanım amacıyla yapılan kopyaların “dürüst kullanım” kapsamında olabilir. Fakat milyonlarca kullanıcıya sahip sanal ortamda, bu tip çoğaltmalar “dürüst kullanım” kapsamında değerlendirilemez. Peer-to-Peer teknolojisi ile dünyanın her yanındaki kullanıcılar, esere kısa sürede erişeceğinden, eser sahipleri büyük kayıplara uğramaktadırlar. Davaya bakan Mahkeme kanundaki “dürüst kullanım” ilkesinin dar yorumlanması gerektiğine karar vermiştir. Mahkeme kararına göre, milyonlarca kullanıcının kısa sürede erişebileceği Internet üzerinde müzik değişim programlarından yararlanan kullanıcıların eylemlerin bu kapsamda değerlendirilmesi mümkün değildir¹⁸⁶. Çünkü, burada eser sahiplerinin hakları bakımından ciddi ihlâl potansiyeli vardır. Bu sebeple eser sahibinin izni olmadan sanal ortamda eserinin değişim programları yoluyla değiş tokuşuna imkân veren bu faaliyet “dürüst kullanım” kapsamında değerlendirilemez.

¹⁸⁵ MacQueen , s. 83, Bone, s. 38-39; Akipek/Dardağan, Telif, s. 75

¹⁸⁶ Memiş, s. 63.

b) Amerikan Telif Hakları Kanunu m. 512 (US Copyright Act) savunması

Internet servis sağlayıcıların sorumluluklarının şartlarının düzenlendiği ve geniş istisnaların olduğu 512 nci maddeden Napster da yararlanmak istemiş ve davada bu savunmayı ileri sürmüştür. Çünkü söz konusu maddeye göre, Internet servis sağlayıcılarının sorumluluğu, üç şartın varlığı halinde ortadan kalkmaktadır. Bunlardan birincisi, servis sağlayıcı kanuna aykırı eylemi bilmemelidir. İkinci olarak bu kanuna aykırı eylemden servis sağlayıcının finansal bir çıkarı bulunmamalıdır. Üçüncü şart olarak da servis sağlayıcı kendisine haber verilen kanuna aykırı eylemleri derhal engellemelidir.

Mahkeme, dava sırasında davalı tarafından ileri sürülen bu savunmaya itibar etmemiştir. Gerçekten de, Mahkeme, öncelikle, Napster'ın Internet servis sağlayıcısı olmadığından bahisle bu konudaki savunmasını reddetmiştir. Ayrıca Napster tarafından sunulan arama hizmeti sayesinde, Napster'ın ihlâli bildiğini ve bu sebeple m. 512'deki istisna hükmünden yararlanamayacağı sonucuna varmıştır¹⁸⁷.

c) Napster programının fikrî hakların ihlâlini amaçlamayacağı savunması

Napster, Mahkeme sürecinde yeni, önemli bir teknoloji geliştirdiğini, iyiniyetle geliştirilen bu teknolojinin, kullanıcılar tarafından hak ihlâline yol açacak şekilde kullanımından kendilerinin sorumlu olmadıklarını ileri sürmüştür¹⁸⁸.

Napster savunmasında daha önceden Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin 1984 tarihli “Sony v. Universal Studio kararına dayanmıştır. Söz konusu uyuşmazlıkta, Universal Studid, Sony tarafından üretilen kayıt cihazlarından dolayı eserlerin kopyalandığını ve Sony'nin kayıt cihazlarını piyasaya sürmesi sebebiyle haklarının ihlâl edilmesine yol açtığını ileri sürmüştür. Davaya bakan Mahkeme, Sony'nin bundan sorumlu olamayacağını, çünkü, Sony'nin, hak ihlâli için bu teknolojiyi geliştirmede gerekçesine dayanmıştır. Kayıt cihazları, büyük oranda kullanıcı tarafından fikrî hak ihlâli için kullanılsa da, bunların hak ihlâline yol açılmadan kullanımı mümkündür¹⁸⁹.

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, Napster, Sony'nin sorumlu olmadığı şeklindeki bu içtihattan yararlanmak istemiştir. Temyiz Mahkemesi, Napster'ın teknik yapısı ile sunduğu imkânlar arasında ayırım yapmıştır. Mahkemeye göre, Napster'ın geliştirdiği teknik imkânlar,

¹⁸⁷ Memiş, s. 66.

¹⁸⁸ Memiş, s. 65.

¹⁸⁹ www.laws.findlaw.com/us/464/417.html; Supreme Court , Sony Corp. v. Universal City Studios, 464. US.

tıpkı Sony gibi kanunlara uygundur. Fakat Napster, sunduğu bu teknik imkânların eser sahiplerinin haklarını ihlâl ettiğini bilmesine rağmen, bunu engellemek için gerekli önlemleri almamıştır. Gerçekten de davalı kendi sunucuları üzerinden korunan eserlere ilişkin bilgileri sunmakta ve bunların değişimine engel olmak için herhangi bir önlem de almamaktadır. Napster, kullanıcıların hukukî olmayan faaliyetlerine yardım etmiştir. O halde, Sony v. Universal Studios kararı, Napster için emsal teşkil etmemektedir. Sonuç olarak, Napster kullanıcıların eylemlerinden sorumludur¹⁹⁰.

3) Avrupa Birliği hukuku

İnternetin yaygın olarak kullanımıyla birlikte, Avrupa Birliği'nde de fikrî hak ihlâlleri ciddi boyutlara ulaşmıştır. Bu konuda AB'de konu ile ilgili bir Direktif hazırlanmıştır. Yukarıda da açıklandığı üzere, AB'de fikrî hakların bilgisayar çağında korunması ile ilgili yapılan önemli çalışmalardan biri, 9 Nisan 2001 tarihinde onaylanan “AB Bilgi Çağında Telif Hakları ve Bağlantılı Hakların Uyumlaştırma Direktifidir (The Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Right in the Information Society).” Bu Direktifin 3/1 maddesinde İnternet aracılığı ile İnteraktif bir şekilde umuma iletimi, iletim hakkı kapsamında sayılmış ve eser sahibinin tekeli bir hakkı olarak kabul edilmiştir¹⁹¹.

Direktifin 5 nci maddesinde, eser sahiplerinin “çoğaltma hakkına” sınırlama getirilmiştir. Buna göre kullanıcıların, İnternet vasıtasıyla üçüncü kişilere verileri hukuka uygun ve ekonomik bir amaç olmaksızın göndermeleri olarak ortaya çıkan çoğaltmalar, eser sahibinin çoğaltma hakkını ihlâl etmez. Buradaki istisna, şahsî kullanım amacıyla getirilmektedir. Fakat Napster'ın müzik parçalarının kendi programı ile değiştirilmesine imkân sağlamaktadır. Bu sebeple, onun programının yaygın kullanımına imkân vermesi şahsî kullanım olarak kabul edilmez. Napster kendi sunucuları ile kullanıcılara aracılık ettiğinden, fiili hukuka uygun değildir. Bu sebeple söz konusu programlar, Direktif'in 5 nci maddesinin “b bendi” istisnasından yararlanamazlar¹⁹².

Napster kullanıcılarının, müzik eserlerini kendi bilgisayarlarında başkalarının kullanımına hazır tutmaları, Direktif'in 3 ncü maddesine göre, eserin “umuma arzı” sayılır. Direktif'in 3 ncü maddesine göre eseri telli veya telsiz vasıtalarla, umuma arz, eser sahibine ait haklardandır. Eser sahibi eserinin, umuma İnternet yoluyla bu şekilde değişim programları

¹⁹⁰ Memiş, s. 65.

¹⁹¹ Arıkan, s. 92.

¹⁹² Memiş, s. 69.

vasıtasıyla azına veya değiş tokuşuna bu sözkonusu hakkına dayanarak engel olabilir. Umuma arz hakkının, çoğaltma hakkında olduğu gibi, şahsî amaçlı çoğaltma veya benzer herhangi bir istisnası yoktur. Çünkü, eser sahibine tanınan söz konusu hak mutlak ve istisnasız haklardandır¹⁹³.

Avrupa Birliği hukuku açısından bakıldığında, AB Bilgi Çağında Telif Hakları ve Bağlantılı Hakların Uyumlaştırma Direktifi ile konunun özel olarak düzenlendiği görölmektedir. Buna göre, fikrî hukuk bakımından korunan müzik eserlerinin, Napster tarzı değişim programları ile Internet ortamında, eser sahiplerinin izni olmadan çoğaltılması, kopyalanması, değiştirilmesi veya umuma arz edilmesi onların haklarını ihlâl edebilir¹⁹⁴.

4) Alman Hukuku

Alman Fikrî Haklar Kanunu m. 16'ya (UrhG § 16) göre, eserin her ne biçimde olursa olsun, bir eserin çoğaltılması, sahibinin iznine bağlıdır. Çoğaltmanın sürekli veya geçici olması önemli değildir. Bir müzik eserinin Mp3 formatına çevrilmesi, CD veya bilgisayar hafızasında tutulması doktrinde tartışmasız bir şekilde çoğaltma olarak kabul edilmektedir¹⁹⁵.

Alman hukuku bakımından çoğaltma hakkının istisnası olarak kabul edilen “şahsî kullanım” kavramının Napster için geçerli olup olmadığı tartışılmıştır. Alman Fikrî Haklar Kanunu m. 53 (UrhG § 53) eserin şahsî kullanım için çoğaltılmasına izin vermektedir. Buna göre, kişi kendi kullanımı için, eserin kopyasını çıkarabilir. Bu sayının kaç olabileceği tartışılmış ve bunun üst sınırının şahsî kullanımın gerektirdiği kadar olması bu sayıyı aşamayacağı vurgulanmıştır. Şahsî kullanımın, kişinin kendisi, ailesi veya yakın dost çevresi şeklinde algılanması gerekir. Şahsî kullanım istisnası, dar yorumlanmalıdır. Ayrıca şahsî kullanım, kesinlikle kazanç sağlamak amacı taşımamalıdır.

Napster tarzı müzik değişim programlarını kullananlar müzik eserlerini bilgisayarlarının hafızasında hazır tutmakta, başkalarının kopyalamasına izin vermektedirler. Burada kullanıcının eseri başkalarının kopyalamasına hazır tutması, normal bir yakın dost çevresinden çok daha geniştir. Çünkü, bu sistemde, dünyanın her yanındaki Internet kullanıcıları, müzik değişim programını kullanarak, müzik eserini kopyalayabilir. Bu sebeple Napster tarzı müzik değişim programları vasıtasıyla eserlerin bilgisayara indirilmesi ve başkalarının erişimi için Internet ortamında hazır tutulması şahsî kullanım olarak kabul

¹⁹³ Memiş, s. 69.

¹⁹⁴ Memiş, s. 69.

¹⁹⁵ Memiş, s. 75.

edilemez. Tüm bu gerekçelerle Napster türü programlarla müzik değişimi yapılması, UrhG § 53'deki şahsî amaçlı kullanım için çoğaltma istisnası ile bağdaşmamaktadır¹⁹⁶.

Alman hukukunda tartışılan konulardan biri de, müzik eserlerinin yukarıda da bahsedilen şekilde değişimine imkân vermenin “umuma iletim¹⁹⁷” kavramı içinde kabul edilip edilmeyeceğidir. Yukarıda da açıklandığı üzere, müzik eserlerinin dijital hale gelmesi ve onun sanal ortamda kullanıcıların bilgisayarlarına çağırılması, fikrî hukuk bakımından çoğaltma olarak kabul edilmektedir. Fakat bu noktada eseri bilgisayarına çağırın kullanıcılar ile, buna aracılık edeler ve değişim için hazır tutanlar arasında bir ayırım yapmak gerekir. Mp3 formatındaki bir müzik parçasını şahsî bilgisayarına çağırın ve kopyalayan kullanıcı açısından, bu faaliyet, çoğaltma sayılır. Fakat Peer-to-Peer teknolojisi ile müzik eserlerinin değişimine imkân verecek şekilde Internet ortamında hazır bulunduran kimsenin fiili doktrinde “umuma arz” olarak kabul edilmektedir¹⁹⁸.

Alman Fikrî Haklar Kanunu m. 15'te (UrhG § 15) eserlerin kullanımında, onların maddi bir biçimde olup olmamasına göre ayırım yapmıştır. Maddî cisme bağlı eserlerde çoğaltma, yayma, sergi, teşhir gibi haklardan söz edilmektedir. Maddî bir cisme bağlı olmayan eserlerde ise “umuma iletim” söz konusu olmaktadır.

Alman pop şarkıcıları, Napster'a karşı, kullanılan değişim programının (filesharing) eserlerin Internette takasına-değişimine imkân verdiğini ve haklarının bu yolla ihlâl edildiğinden bahisle dava açmışlardır. Hamburg Mahkemesi, Napster'ın davacıların eserlerinin Internet ortamında üçüncü kişiler tarafından çoğaltılmasına imkân vermesini sağlayan yazılım programının sunulmasını yasaklamıştır.

Fikrî hukuk bakımından korunan bir eserin Napster tarafından sunulan program sayesinde Internet ortamında hazır bulundurulması, UrhG § 15' e göre “umuma iletim” hakkının ihlâlî oluşturmaktadır. Bu sebeple sözkonusu ihlâlden Napster sorumlu olmalıdır. Çünkü Napster, eser sahiplerinin haklarının ihlâlî için, gerekli olan programı sağlamakta ve arama motoru fonksiyonu ile bu parçaların listesini sunmaktadır. Mahkeme, kararında, Napster'ın fikrî hukuk bakımından korunan eserlerin değişimine engel olmak için filtre takması zorunluluğu getirmiştir¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Memiş, s. 77.

¹⁹⁷ Eser sahibinin manevî haklarından olan ve konumuz bakımından önemi olmadığından incelenmemiş olan “umuma arz” kavramı ile karışıklık olmaması için, ayrıca FSEK m. 25'de Internet yoluyla “umuma iletim” kavramı kullanıldığından burada “umuma iletim” kavramı kullanılmıştır.

¹⁹⁸ Memiş, s. 83.

¹⁹⁹ Memiş, s. 95.

Hamburg Mahkemesi kararına göre, müzik parçasının Peer-to-Peer programı aracılığıyla İnternette izinsiz indirilmesine yol açmak, eser sahibinin Urh § 15' de belirtilen "umuma iletim" hakkının ihlâli anlamına gelmektedir²⁰⁰.

5) Türk Hukuku

Müzik değişim programları ile, değişimlerin yapılabilmesi için önşart, müzik parçalarının Mp3 formatına dönüştürülmesidir. Yukarıda da açıklandığı gibi, müzik eserlerini Mp3 formatına dönüştürmek FSEK m. 6 anlamında işleme olarak kabul edilemez. Çünkü burada yapılan sanal ortamda iletim için bir teknik format değişikliğidir. Eserin hacmen küçültülmesinden başka, esere içerikle ilgili bir katkı yapılmamaktadır. Başka bir deyişle, yeni bir eser meydana getirilmemektedir.

Türk hukuku bakımından İnternet ortamında yapılan iletimlerin yayma hakkı ile ilgisi olmadığı yukarıda açıklanmıştır. Konumuz bakımından burada incelenmesi gereken noktalar, çoğaltma hakkı ve umuma iletim hakkı bakımından ihlâl potansiyeli taşıyıp taşımadığıdır.

Yukarıda da ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, FSEK m. 22'ye göre, eserin aslının veya kopyalarının kısmen veya tamamen, sürekli veya geçici olarak çoğaltılması eser sahibinin münhasır haklarındanır. Bu sebeple, eserin ikinci bir nüshasının çıkarılması eser sahibinin iznine bağlıdır²⁰¹.

Sanal ortamda eserin çoğaltılması çeşitli aşamalarda ve şekillerde olmaktadır. Bunlar yukarıda da ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, eserin bilgisayarın geçici hafızasına kaydedilmesi (Caching), routing, anahafızaya kayıt, CD veya diskete kayıt ve bilgisayar ekranında görüntülenmesidir²⁰². Sanal ortamda kullanıcılar tarafından yapılan bu faaliyetlerin hepsi şahsî kullanım için, kazanç amaçlı olmadığı sürece, hukuka uygundur. FSEK m. 38' e göre, şahsî kullanım amacı ile yapılan çoğaltmalarda, eser sahibinin hakları ihlâl edilmemektedir. FSEK m. 38'de bunun şartlarını belirlemiştir: "Bütün fikir ve sanat eserlerinin, ***kâr amacı güdülmeksizin şahsen kullanmaya mahsus çoğaltılması*** mümkündür. Ancak bu çoğaltma hak sahibinin meşru menfaatlerine, haklı bir sebep olmadan zarar veremez ya da eserden ***normal yararlanmaya*** aykırı olamaz." FSEK m. 38'deki şahsî kullanım amaçlı

²⁰⁰ Memiş, s. 84.

²⁰¹ Erel, s. 139 vd.

²⁰² Kaya, A. ; Bilgisayar Programlarının Şahsen Kullanmaya Mahsus Olarak Çoğaltılması Mümkün müdür ? Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul 2000, s. 440.

çoğaltma imkânının, Napster tarzı programlar yoluyla değişime uygulanıp uygulanmayacağı konusunu doktrinde tartışmalıdır.

Dosya değişimi (Filesharing) denilen bu programda müzik değişimleri yapılırken önce kullanıcı programı Napster tarzı bir siteden kendi bilgisayarına indirip programa kayıt yaptırmaktadır. Daha sonra, Mp3 formatına çevrilen müzik parçalarını sisteme katılan yeni kişilerle değiştirmek için kendi bilgisayarına kayıt etmektedir. Bu aşamada yapılan, yani müziği kendi bilgisayarına indiren kimsenin eylemi çoğaltma sayılmaktadır²⁰³. Burada yapılan eser sahiplerinin hakları bakımından büyük tehditler oluşturmaktadır. FSEK'teki bu hüküm eser sahiplerinin Peer-to-Peer değişim programları ile müzik değişimlerine engel olmak için oldukça elverişli bir hükümdür. Zira, şahsî kullanımın, kâr amacı gütmemesi ve normal kullanımın sınırlarını aşmaması gerekir. Kullanıcının eser sahibinin izni olmadan sanal ortamda değişim için sunulan müzik eserini indirmesi hukuka aykırıdır. Çünkü hukukî olmayan bir sunumdan çoğaltma yapılmaktadır. Ayrıca kullanıcı satın alacağı müzik eserine, para vermediği için harcamalarından tasarruf etmektedir. Yine buradaki kullanım eser sahibinin haklarına zarar veren, normal bir çoğaltma kavramının, çok ötesinde yaygın kullanıma sebep olarak eser sahipleri bakımından vahim sonuçlar doğurabilecek niteliktedir. Bu sebeple, müzik parçalarını değişim programları ile bilgisayarına indirme, FSEK m. 38 anlamında şahsî kullanım ile bağdaştırılamaz.

Yukarıda da ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, Internette umuma iletim hakkı özel olarak FSEK m. 25'de düzenlenmiştir. Umuma iletim hakkının kapsamını eserin maddi değil, maddi olmayan içeriği girmektedir. Sanal ortamda yapılan yayınlar umuma arz olarak kabul edilmektedir. Peer-to-peer teknolojisi ile kişiden kişiye yapılan veri transferleri ve özellikle de müzik paçalarının gönderilmesinin umuma iletim kavramı içinde olup olmadığı tartışılmaktadır.

Normal e-posta ile yakın çevreye veri gönderme umuma iletim kapsamı içinde değerlendirilemez. Müzik değişim programları her ne kadar e-posta temeline dayalı işlese de, bu normal e-posta haberleşmesinden oldukça farklıdır. E-posta belirli bir çevre ile sınırlıdır. Fakat Peer-to-Peer temeline dayanan müzik değişim programlarında değişime katılanlar arasında her hangi bir şahsî bağlantı yoktur. Kişiler arasındaki iletişim Napster tarzı programların sunduğu arama fonksiyonu ile sağlanmaktadır. Kullanıcılar arama sonuçlarına

²⁰³ Kaya, s. 440.

göre, mümkün olan en kolay şekilde müzik parçalarını kopyalayacak olan diğer kullanıcılarla iletişime girmektedir. Bu şekilde değişim programlarında müzik parçalarının diğer Internet kullanıcılarının kopyalamasına hazır tutulması, umuma iletim olarak kabul edilmelidir²⁰⁴.

Elektronik posta temeline dayalı müzik değişim programlarında, müzik sunumlarının yapılması, umuma iletim içinde değerlendirilmektedir. Fakat burada da, Alman hukukundaki ayrımı yapmak gerekir. Buna göre, müzik değişim programları ile başkalarından müzik parçalarını kendi bilgisayarına indiren kullanıcının eylemi umuma iletim kavramı içinde değerlendirilemez²⁰⁵. Böyle bir işlem, çoğaltma kavramı içinde değerlendirilmektedir. Fakat değişim programları yardımı ile, başkalarının kendi bilgisayarında kayıtlı olan müzik parçalarının kopyalamasına izin veren kimselerin davranışı, “umuma iletim” hakkı kavramı içinde değerlendirilmekte ve bu hakkın ihlâli olarak kabul edilmektedir.

V. Web Sitelerinde Müzik Sunumları

A. Genel Olarak

Yukarıda da açıklandığı üzere Internet, “çoklu-multimedya” özellik taşımaktadır. Bu sistem, resim, ses, müzik parçası, yazı gibi birçok verinin aynı anda sunumuna imkân verecek çoklu bir ortam sağlamaktadır. Müzik parçalarının Mp3 formatına çevrilmesinden sonra, sanal ortamda müzik değişim programları yanında, bu formatta müzik sunumlarını bizzat yapan çok sayıda web sayfası ortaya çıkmıştır.

²⁰⁴ Memiş, s. 117.

²⁰⁵ Memiş, s. 118.

B. Web Sayfalarında Yapılan Müzik Sunumlarının Nitelendirilmesi

Web sayfalarında müzik sunumu için, öncelikle sözkonusu verilerin sitelere “yüklenmesi (upload)” gerekir. Bu yükleme, başka bir Internet kullanıcıasına olabileceği gibi, Internet sunucusuna da (server) yapılabilir. Yukarıda da açıklandığı gibi, bir verinin sunuculara yüklenmesi, fikrî hukuk bakımından “çoğaltma”dır. Yükleme eserin maddî varlığının ticaret mevkiine sunulması olmadığı için “yayma” olarak kabul edilmemektedir²⁰⁶.

Yukarıda da ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, FSEK m. 22’ye göre “ bir eserin aslına veya kopyaların her hangi bir şekil veya yöntemle tamamen veya kısmen, doğrudan veya dolaylı, geçici veya sürekli olarak çoğaltma hakkı münhasıran eser sahibine aittir”. Türk hukuku bakımından web sayfalarına yapılan yüklemenin niteliği konusunda henüz bir mahkeme kararı bulunmamaktadır. Buna karşılık, konu Alman İstinaf Mahkemesi’nin bir kararında tartışılmıştır. Bu karara göre, web sayfalarına yapılan kayıt (yükleme) sürekli kayıttır ve çoğaltma içinde değerlendirilmelidir²⁰⁷.

Web sayfalarında müzik sunumları fikrî hukuk bakımından aynı zamanda “umuma iletim” olarak kabul edilmelidir. FSEK m. 25 umuma iletim hakkını, eser sahibinin münhasır bir hakkı olarak düzenlemesine rağmen, bu kavramı tanımlamamıştır. Alman Telif Hakları Kanun m. 15/III’e (UrhG § 15/III) göre “umum”, belirli bir çevre ile sınırlı olmayan, birbirine karşılıklı ilişkiler içinde bağlı bulunmayan veya belirli bir organizasyonla birbirine bağlanmayan birden fazla kimsedir²⁰⁸.

C. Web Sayfalarında Müzik Sunumlarına Karşı Hukukî Mücadeleler

Müzik eserlerinin sanal ortamda Mp3 formatında sunulması, sahiplerinin hakları ve bu alanda yatırımları olan girişimciler bakımından büyük tehditler getirmiştir. Özellikle müzik yapımcıları açısından sebep olduğu büyük maddî kayıplardan sonra, sunum yapan sitelere karşı davalar açılmaya başlanmıştır. Bugüne kadar Internette en tanınmış müzik sunan site olan Mp3.com sitesine karşı açılan dava konumuz açısından incelemeye değerdir.

²⁰⁶ Memiş, s. 126.

²⁰⁷ Memiş, s. 126.

²⁰⁸ Memiş, s. 126.

Mp3.com sitesi, 80.000 üzerinde müzik parçasını kullanıcıların ücret karşılığı dinlemelerine ve kopyalamasına imkân vermekteydi. Amerikan Müzik Endüstrisi Birliği (RIAA), sözkonusu siteye karşı davalar açmıştır. Açılan davada, RIAA müzik eserlerinin dijital hale getirilmesine değil, eser sahiplerinden izin alınmadan bu şekilde kullanıcılara sunulmasına itiraz etmiştir. Mahkeme, dava sonunda, Mp3 formatında müzik eserlerinin Internette bu şekilde eser sahiplerinden izin alınmadan yayınlanmasını açık bir fikrî hak ihlâli olarak kabul etmiřtir²⁰⁹.

²⁰⁹ Memiş, s. 128.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İNTERNETTE FİKRÎ HAK İHLÂLLERİNDEN SORUMLULUK

§ 6. SANAL ORTAMDA SORUMLULUK TÜRLERİ

I. Genel Olarak

Eser sahibinin münhasır hakları, sahibinin rızasına aykırı olarak kullanan kişiler, fikrî hak ihlâlinde bulunmuş kabul edilir. İhlâl fiilini işleyen kimsenin bu davranışından sorumlu olması gerekir. Hakları ihlâl edenler ile, hakları ihlâl edilenler arasında çoğu zaman bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Hatta, taraflar dünyanın farklı ülkelerinden, farklı iş kollarında olabilmektedir. Burada incelenecek olan sözleşme dışı sorumluluktur. Çünkü bu hallerde fikrî haklar ihlâl edilmektedir.

Fikrî haklar alanında, hak ihlâl edici davranış ortaya çıktığında bu ihlâlin durdurulması için açılacak davalarda, kural olarak kusurun varlığı aranmamaktadır²¹⁰. Fakat ihlâl karşılığında açılacak tazminat davaları için kusurun varlığı şarttır. Buradaki kusur, kast veya ihmâl şeklinde ortaya çıkabilir. Fikrî hukuk bakımından korunan eserleri alıp izinsiz olarak kasten kullanan kimselerin sorumluluğunun tespitinde sorun yoktur. Asıl sorun, kusurlu fikrî hak ihlâlleri ile kusursuz sorumluluğun sınırının nerede başladığıdır²¹¹. Burada özellikle değişim programları aracılığı ile müzik değişimlerine imkân veren Napster tarzı programlar veya İnternet servis sağlayıcıların sorumluluklarının tespiti bakımından sınırın nerede başladığıdır. Çünkü, her gün milyonlarca verinin iletildiği sanal ortamda, içerik sağlayıcılar veya İnternetin işleyişini sağlayan servis sağlayıcılar ne ölçüde, hangi davranışlardan sorumlu tutulacaktır?²¹²

Sözleşme dışı kusursuz sorumluluk, sanal ortamda gerçekleşen fikrî hak ihlâllerinde yaygın olarak kullanılmaktadır. Bu sonuç hak sahipleri bakımından avantajlı bir durumdur. Hakları ihlâl edilenler, bunu durdurmak için, failin kusurunu ispatlama külfetinden kurtulmaktadır. Aşağıda sanal ortamda sorumluluk türleri incelenmiştir.

A. Doğrudan Sorumluluk (Direct Liability)

²¹⁰ Erel, s. 290 vd.

²¹¹ Dreier, T.; Copyright Law and Exploitation of Works, International Publisher Association- <http://www.ipa-ue.org/copyright/copyright/pub/dreier.html>, s. 19 vd.

²¹² Dreier, s. 20.

Doğrudan sorumluluğun (Direct Liability) doğması için, doğrudan ihlâl (direct infringement) olarak nitelendirilebilecek bir fiilin varlığı şarttır. Doğrudan ihlâl, eser sahibinin kanunlarca korunan münhasır haklarının izinsiz olarak kullanılması sonucunda ortaya çıkmaktadır²¹³. Doğrudan ihlâlin unsurları olarak, öncelikle bir fikrî hakkın varlığı ve eser sahibinden farklı bir kişi tarafından gerçekleştirilen bir fiilin olması gerekir. Aynı zamanda başkaları tarafından işlenen bu fiilin eser sahibinin eseri üzerindeki münhasır haklarını ihlâl ettiğinin hak sahibi tarafından ispatlanması gerekir. Hak sahibi, ihlâl saiki veya amacının varlığını ispatlamak zorunda değildir. Çünkü buradaki sorumluluk kusursuz sorumluluktur. Hak sahibinin yapması gereken davalının davranışı ile ihlâl arasında uygun illiyet bağının varlığını ispatlamaktır²¹⁴.

Mahkemeler tarafından doğrudan sorumluluğun hüküm altına alındığı en önemli davalardan biri, Playboy Enterprises Inc. v. Frena davasıdır. Frena, BBS operatörüdür (Bulletin Board Service- Operatör) . Somut olayda, Playboy'a ait fotoğrafları, davacının izni olmadan kamuya sunmuştur. Fakat uyuşmazlık konusu olayda, fotoğrafları doğrudan BBS'ye yani, sanal ortama veren Frena değil, Frena'nın çağrıda bulunduğu kullanıcılarıdır. Doğrudan ihlâl edici davranışta bulunan Frena değildir. Florida Bölge Mahkemesi, Frena'nın davranışının, davacının haklarını ihlâl ettiği sonucuna varmıştır. Mahkeme Frena'nın sorumluluğunun doğrudan sorumluluk olduğuna karar vermiştir. Bu karar doktrinde tartışılmıştır. Gerçekten de doktrinde Frena'nın fotoğrafları, doğrudan sanal ortama yüklediği, Frena'nın çağrısının başlı başına fikrî hak ihlâli için yeterli olmadığı, ihlâl edici davranışın kullanıcılar tarafından yapıldığı ileri sürülmüştür. Burada Frena'nın sorumluluğunun ikincil (secondary) sorumluluk olan katılım yoluyla sorumluluk olması gerektiği savunulmuştur²¹⁵. Burada doğrudan sorumluluk doğuran fiil, fotoğrafların sanal ortama verilmesidir.

Doğrudan sorumluluk, sanal ortama fikrî hukuk bakımından korunan eserin, eser sahibinin izni olmadan verilmesi ile doğmaktadır. Korunan eseri sanal ortama veren kullanıcı veya içerik sağlayıcı BBS operatörü, olan girişimcilerin doğrudan davranışlarının olması gerekir. Doğrudan sorumluluk aslî bir sorumluluktur²¹⁶.

²¹³ Kline, M.F. ; Copyright Infringement and Liability on the Information Superhighway, <http://www.stetson.edu/course/mfcline.htm> , s. 3-4.

²¹⁴ Kline, M.F. ; s. 3-4.

²¹⁵ Kline, s. 4-5.

²¹⁶ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Kline s. 5.

B. Katılım Yoluyla Sorumluluk (Contributory Liability)

Katılım yoluyla sorumluluk (Contributory Liability), doğrudan sorumluluktan farklı olarak ikincil (secondary) bir sorumluluk olarak kabul edilmektedir. İhlâl konusu fiili bilerek, başka kimselerin bu yöndeki davranışına yol açan veya fiilen katkıda bulunan kişi, katılım yoluyla sorumlu kabul edilmektedir²¹⁷.

Katılım yoluyla sorumluluk konusu, Sega Enterprises v. Maphia davasında incelenmiştir. Davaya konu uyuşmazlıkta, davayı, aboneler arasında video oyunu dağıtmakta uzmanlaşmış olan bir içerik sağlayıcı sitenin sahibi ve operatörüdür. Davacı taraf ise, bilgisayar oyunları alanında faaliyet gösteren ve bu alana büyük yatırımlar yapmış bir girişimcidir. Davalının sahibi olduğu içerik sağlayıcı sitenin aboneleri, fikrî hukuk bakımından korunan bazı oyunları davalının bilgisi ve teşviki ile eser sahibi davalının izni olmadan “İnternete veri yüklemek (upload)” yöntemi ile siteye yüklemişlerdir. Daha sonra davalının aboneleri, siteye yüklenen edilen bu oyunları “İnternette veri indirmek (download)” etmek suretiyle kendi bilgisayarlarına aktarmışlardır. Buna ek olarak davalı sadece bir video oyununun kanun dışı kopyalanmasına imkân veren bir araç satmıştır. Mahkeme, davalının bu kanun dışı fiillerinin; bilgi sahibi olma, teşvik etme, kolaylık sağlama, yönlendirme gibi unsurlar taşıması sebebiyle katılım yoluyla sorumluluk kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varmıştır²¹⁸. Burada davalının doğrudan ihlâl edici davranıştan ücret almasa bile, bu oyunlar sayesinde, sitesine girenlerin sayısı artacak, sitesinin reklâm gelirleri ve dolayısıyla ekonomik değeri artacaktır.

Katılım yoluyla sorumluluğa başka bir örnek, Playboy Enterprises Inc. v. Hardenburg davasıdır. Somut olayda, Mahkeme davalıyı, hem doğrudan hem de katılım yoluyla sorumlu bulmuştur. Kararda katılım yoluyla sorumluluk, BBS operatörü olan davalının ihlâl fiilini bilmesine ve bu fiile aktif olarak katkıda bulunmasına dayandırılmıştır. Mahkemenin, katılım yoluyla sorumluluğu belirlemede “bilme” unsurunu dikkate alması ve bunun tespitinde objektif kıstaslara dayanması son derece yerinde bulunmuştur. Fakat, aynı olayda hem katılım yoluyla sorumluluğun hem de doğrudan sorumluluğun varlığına dayandırılması doktrinde eleştirilmiştir²¹⁹.

²¹⁷ Kline, s. 5.

²¹⁸ Jackson, M. Linking Copyright to Homep , Federal Communications Law Journal , L. J. 731, April 1997, <http://www.eon.law.harvard.edu> , s. 14.

²¹⁹ Akipek/Dardağan, Sanal Ortamda Telif Hakları, s. 71.

Bir web sitesi operatörü, eser sahibinin izni olmadan, onun eserini web sitesine dahil etmişse, bu fiil şüphesiz doğrudan sorumluluk gerektirir. Fakat bir web sitesi, başka site içeriklerine bu şekilde girme imkânı vererek, onların bu şekilde kullanıcılar tarafından alınacağını ve hukuka aykırı kullanılacağını biliyorsa, katılım yoluyla sorumluluk doğar. Bu konuda en yoğun ihlâllere, başka sitelere link atma imkânı veren siteler sebep olmaktadır²²⁰.

C. Başkasının Fiilinden Sorumluluk (Vicarious Liability)

Başkasının fiilinden sorumluluk (Vicarious Liability) kavramı, daha çok İngiliz hukukunda, esasen işverenin çalıştırdığı işçilerinin fiilleri nedeniyle doğan, kusursuz sorumluluğunu ifade etmektedir. Sanal ortam bakımından başkasının fiilinden sorumluluk denildiğinde, sorumluluk süjesinin doğrudan ihlâlde bulunan kişiyi veya kişinin bu davranışlarını denetleme hak ve yeterliliğine sahip olması ve buna ek olarak ihlâlden dolayı, doğrudan ekonomik bir çıkar elde etmesi anlaşılır. Bu sorumluluk da, niteliği itibarıyla ikincil bir sorumluluktur²²¹.

Başkasının fiilinden sorumluluk RTC v. Netcom davasında tartışılmıştır. Mahkeme, bu uyuşmazlıkta davalıyı sorumlu bulmamıştır. Kararda, davalı ile ihlâl edici davranışta bulunan operatör Erlich arasında malî açıdan bir bağın ispatlanamadığı vurgulanmıştır. Burada davalı, Erlich'ten Internet'e erişimini sağlamak için sabit bir ücret almaktadır. Mahkeme, davacı RTC'nin, davalı Netcom ile kullanıcı Erlich arasında, Internet'e erişim için alınan sabit ücret dışında, davacının haklarının Erlich tarafından ihlâl edilmesinden ekonomik yarar sağladığını ispatlayamadığı sonucuna varmıştır. Davalı Netcom, Erlich'in davranışlarını, kendi servis sağlayıcısı üzerinden yapılırken denetleme yeterliliğine sahiptir. Fakat, Mahkeme, davacının, davalının bu fiillerden ekonomik yarar sağladığını ispatlayamadığından, başkasının fiilinden sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir²²².

Netcom kararı, özet olarak, şunu göstermektedir ki, Internet servis sağlayıcılar ve BBS operatörleri, kullanıcılarla yaptıkları sözleşmede onların davranışlarını kontrol etme yeterliliğine sahiptir. Fakat servis sağlayıcılar ve BBS operatörleri, kullanıcıların ihlâl edici davranışlarından ekonomik yarar sağlamadıkları sürece başkalarının fiilinden sorumlu olmaktan kurtulabilirler. Servis sağlayıcılar veya BBS operatörlerinin kullanım için sabit bir ücret almaları sorumluluk için yeterli değildir. Fakat yukarıda da açıklandığı üzere, Maphia

²²⁰ Jackson, s. 14-15.

²²¹ Kline, s. 7.

²²² Kline, s. 8-9.

gibi kullanıcıların ihlâl edici davranışlarından ekonomik yarar sağlanması durumunda yukarıda açıklanan üç sorumluluk türünden de sorumlu olunabilir. Burada Maphia'nın sitesine girenlerin sayısının artması da sitenin ekonomik değerini arttıracığı için, doğrudan ihlâl edici davranıştan ücret almasa da, bu ekonomik fayda olarak kabul edilebilir²²³.

Başkasının fiilinden sorumluluğun tartışıldığı en önemli davalardan biri Playboy Enterprises Inc. v. Webbworld Inc. davasıdır. Uyuşmazlık konusu olayda davalı BBS operatörü değildir. Web sitesi temelli tartışma grubu işleticisidir. Bu grup başka web sayfalarından çeşitli resim, haber ve yazıları alarak, onları kendisine ait bir web sayfasına yani Webbworld'a göndermektedir. Kopyalanan ürünler arasında Playboy'un hak sahibi olduğu fotoğraflar da vardır. Davalı savunmasında, fotoğrafların başkalarına ait web sitelerinden alındığını, ihlâl fiilinde bulunanların kendisince tanınmayan üçüncü kişiler olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme bu tür bir savunmayı kabul etmemiştir. Kararda dikkate alınması gereken nokta, Webbworld'un, yararlandığı web sitelerine sözkonusu materyalleri koyan kişileri denetleyip denetlememesi değildir. Burada asıl önemli olan, kendi web sitesine koyduğu materyali denetleyip denetleme yeterliliğine sahip bulunup bulunmadığıdır. Mahkeme, burada davalıyı doğrudan sorumlu, buna karşılık davalının iki operatörünü başkasının fiilinden sorumlu bulunmuştur. Bu operatörler sözkonusu fotoğrafların web sitesine girmesini denetleme yeterliliğine sahip kabul edilmiştir. Mahkeme ayrıca bu kişilerin fikrî hak ihlâllerinden ekonomik yarar sağladığını da kararında açıkça belirtmiştir²²⁴.

Katılım yoluyla sorumluluktan farklı olarak başkasının fiilinden sorumlulukta, ihlâl fiilini "bilme" unsuru önem taşımamaktadır. Davalının hiç bilmemesi durumunda bile, şartlar gerçekleşmişse sorumluluğu doğabilir. Hem katılım yoluyla sorumluluk, hem de başkasının fiilden sorumluluk nitelik itibarıyla ikincil sorumluluk olarak kabul edilmektedir. İkincil sorumluluk, davalının ihlâl fiiline doğrudan katılmamakla beraber, ihlâl dolayısıyla sorumluluk üstlenmek durumunda olduğu hallerde uygulanmaktadır²²⁵.

§ 7 . SANAL ORTAMDA FİKRÎ HAK İHLÂLLERİNDE SORUMLU SUJELER

I. Genel Olarak

²²³ Kline, s. 9.

²²⁴ Akipek/Dardağan, Telif, s. 72.

²²⁵ Akipek/Dardağan, Telif, s. 72.

Sanal ortamda yapılan her eylemin ortak amacı, mümkün olduğunca çok kullanıcıya ulaşmaktır. İnternet, kamuya açılmada büyük kolaylıklar getirmektedir. İnternet yoluyla iletişim, klâsik iletişim yöntemlerine göre çok büyük avantajlara sahiptir. Gerçekten de, klâsik iletişim yöntemleri ile kamuya ulaşma, derece büyük mali kaynağın varlığını gerektirir. Bu çapta tüm dünyaya ulaşma için büyük teknik bir altyapı ve mali kaynak gerektirir. Ayrıca televizyon ve radyo gibi araçlardan yapılan yayın o anda kullanıcıya ulaşmadığı zaman boşa gitmektedir. Bunun önlenmesi için, yayının yapılma anı ile, tüketilme anının çakışması gerekir. Fakat İnternete, istendiği zaman, istenilen yerden ulaşılabilir. İnternetin sözkonusu özelliği ile son derece büyük kolaylıklar sağlamaktadır. Bu sebeple sözkonusu sistem çok büyük bir hızla yayılmaktadır.

Sanal ortamda işlenen fikrî hak ihlâllerinde birden fazla kişi farklı bir boyutta, aynı ihlâlden sorumlu olabilir. Sorumluluk sùjeleri olarak kullanıcılar, link sağlayıcılar, müzik değişim programı sağlayanlar ve İnternet servis sağlayıcılar sayılabilir. Aşağıda sùjeler ve sorumluluk halleri sırasıyla ele alınmıştır.

II. Kullanıcıların Sorumluluğu

İnternetin hedef kitlesi kullanıcılarıdır. İnternette fikrî hak ihlâller bakımından ilk akla gelen sorumluluk sùjesi kullanıcılarıdır. Çünkü, sanal ortamdan yararlanan sùje kullanıcılarıdır. Bu ortamda yapılan sunumların temel amacı mümkün olduğunca fazla kullanıcıya ulaşmaktır. Tüm sunumlar kullanıcılar için yapıldığında, onlar sanal ortamın en önemli aktörlerinden biri haline gelmektedir. Bu sebeple, sanal alemde gerçekleşen fikrî hak ihlâllerinin çoğu kullanıcılar tarafından yapılmaktadır. Aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek olan müzik değişim programları sunucuları, servis sağlayıcılar her fikrî hak ihlâl davasında, aktif davranışların kullanıcılar tarafından yapıldığını ileri sürmüşlerdir. Yine bunlar savunmalarında, kendilerini sadece teknik imkânlarını kullanıcıları sunan araçları olduklarını, sorumlunun kullanıcıları olması gerektiğini ileri sürmüşlerdir.

Müzik değişim programları ile gerçekleştirilen Mp3 değişimleri, hep kullanıcılar arasında yapılmaktadır. Mahkemeler bu konuda asıl hak ihlâlini işleyenini, kullanıcıları olduğuna karar vermiştir. Çünkü, kullanıcıları eser sahiplerinin izni olmadan Mp3'leri, sanal ortamda sisteme dahil edip, onları diğer kullanıcıları değişimine imkân verecek şekilde hazır tutmaktadırlar. Bu şekilde verileri sunucularda hazır tutup, değiştirmeleri, eser sahiplerinin çoğaltma ve İnternet yoluyla umuma iletim hakkının ihlâli anlamına gelmektedir. Burada FSEK m. 38'deki şahsî kullanım istisnasının uygulanması mümkün değildir. Çünkü,

İnternetin yaygın kullanımı eser sahiplerinin hakları bakımından ciddi ihlâl potansiyeli taşımaktadır. Ayrıca şahsen kullanma amacıyla yapılacak çoğaltmanın meşru olarak elde edilmiş nüshadan yapılması gerekir. Oysa Mp3 parçalarını eser sahibinin izni dışında sanal ortama veren veya sanal ortamda Napster tarzı müzik değişim programları yoluyla başkalarının erişimine hazır tutun kimsenin davranışı, İnternet yoluyla umuma iletim hakkının ihlâli sayılır. Mp3 verilerini izinsiz olarak başkalarından kendi bilgisayarına indiren kullanıcının davranışı ise, eser sahibinin çoğaltma hakkının ihlâli anlamına gelmektedir. Dolayısıyla burada sorumluluk sujesi, Mp3 parçalarını başkalarının değiştirmesine imkân verecek şekilde sanal ortama veren ve hazır tutan kullanıcı olabileceği gibi, bunları müzik değişim programları ile kendi bilgisayarına indiren kullanıcı da olabilir. Mahkemeler kararlarında aynı zamanda, müzik değişim programlarının da değişime zemin hazırlamaları gerekçesiyle ihlâlden sorumlu olduğu açıkça belirtilmişlerdir²²⁶.

Link verme hallerinde de, sorumluluk sujesi yine tek değildir. Gerçekten de böyle hallerde link kuran kullanıcı ile link vermeye imkân veren site işletmecisi sorumludur²²⁷. Burada link kuran kullanıcının sorumluluğu üzerinde durulacaktır. Yüzeysel link vermede kullanıcının her hangi bir sorumluluğu yoktur. Çünkü yüzeysel link sitenin anasayfasına girmek suretiyle yapılmaktadır. Böyle bir link atmada, ortada eser sahibinin ihlâl edilen bir hakkı yoktur²²⁸. Zira daha önce de ifade edildiği gibi, eserini İnternete veren kimsenin bu esere erişilmesini zımnen kabul ettiği konusunda görüş birliği vardır. Asıl sorun derin (deep) link verilmesi, yani sitenin anasayfası atlanarak, doğrudan alt sayfalarına girilmesinde ortaya çıkmaktadır. Derin link verilmesi halinde, eser sahibinin özellikle manevî haklarından, eser sahibinin eserde adının belirtilmesi hakkı ile eserde değişiklik yapılmasını engelleme haklarının ihlâl potansiyeli çok yüksektir. Ayrıca sayfanın bilgisayar ekranında görüntülenmesi çoğaltma sayılacağı için, kullanıcının eylemi çoğaltma hakkının ihlâli anlamına gelir²²⁹.

III. Müzik Değişim Programı Sunanlar ve Link Veren Sitelerin Sorumluluğu

Napster tarzı müzik değişim programlarının, fikrî hakları ihlâl ettiğine karar verilirken çeşitli gerekçelere dayanılmıştır. Bunlar; sorumluluğun ilk aşamasında, Napster'ın fikrî hakların ihlâlinden kullanıcılarla birlikte, müşterek ihlâlinin bulunduğu, ikinci aşamasında ise

²²⁶ Memiş, s. 58.

²²⁷ Link verme imkânı sunan işletmecinin sorumluluğu bir sonraki bölümde ele alınacaktır.

²²⁸ Eroğlu, Aktif Linkler, s. 239.

²²⁹ Topaloğlu, s. 114.

Napster'ın fiilinin dolaylı ihlâl sebepleri olduğudur. Napster, kurduğu sistem ile, fikrî hakları bakımından korunan eserlerin hak sahiplerinin izni olmadan yayılabileceğini biliyor ve tahmin ediyor olmasından hareketle ihlâllere yardımcı olduğuna karar vermiştir. Napster'ın sorumluluğu ancak fikrî haklar bakımından korunan eserlerin ihlâlini biliyor veya bilmesi gereken durumlarda buna engel olmaması halinde sözkonusudur. Dolaylı ihlâl ise, kendi arama listesinde fikrî haklar bakımından korunan eserlerin bulunup bulunmadığı konusundaki gözetim görevinin ihmal edildiği durumlarda ortaya çıkar²³⁰.

Link verme imkânı sunan site işletmecisi de kullanıcılara, başka sitelere giriş imkânı vermektedir. Yüzeysel link verilmesi halinde, buna imkân hazırlayanın her hangi bir sorumluluğu yoktur. Çünkü böyle bir halde, ihlâl edilen bir hak sözkonusu değildir. Fakat derin link verilmesi halinde, başkalarına ait sitelerin doğrudan alt sitelerine link verilmektedir. Burada eser sahipleri bakımından ciddi ihlâl potansiyelleri vardır. Özellikle böyle bir halde eserin aidiyeti konusunda, kafa karışıklığına sebep olunmaktadır. Derin link atılmasına imkân verilmesi ile, eser sahiplerinin özellikle manevî haklarından olan, eser sahibi olarak tanıtılma hakkı, eserde değişiklik yapılmasını engelleme hakları ihlâl edilmektedir. Derin link ile, eser sahibinin malî hakları da ihlâl edilebilir. Özellikle bu yolla eser sahibinin çoğaltma hakkı büyük oranda ihlâl edilebilir. Eğer link verilen eser, sahibinin izni olmadan daha önce İnternete verilmişse, ayrıca onun İnternetle umuma iletim hakkı da ihlâl edilmiş sayılır²³¹. Bu sebeple, link atma imkânı verenler derin link atma halinde sanal ortamda, fikrî hak ihlâllerinin en önemli sükelerden biridir.

IV. İnternet Servis Sağlayıcıların Sorumluluğu - Aracıların Sorumluluğu

A. Genel Olarak

Sanal ortamın işleme için gerekli olan teknik altyapı veya web sayfa içerikleri, araçlar tarafından sağlanmaktadır. Çünkü, sanal ortamda gerçekleşen veri iletimleri araçlar tarafından yapılmaktadır. Araçlar tarafından sağlanan teknik imkânlar olmadan, sanal alemin varlığından söz edilemez²³². Bir kullanıcının salt kendi bilgisayarını kullanarak sanal ortamdan yararlanması mümkün değildir. Kişilerin veya kurumların bilgisayarlarındaki veriler araçların sunduğu imkânlarla başkalarına iletilebilmektedir. Bu sebeple, sanal ortamda fikrî

²³⁰ Memiş, s. 58.

²³¹ Eroğlu, Aktif Linkler, s. 230 vd.

²³² Akipek/Dardağan, Telif, s. 64.

hak ihlalleri ile mücadelede başarılı olmak için, servis sağlayıcılarla işbirliği şarttır. Sanal ortamda yapılan veri iletimlerinin tümü servis sağlayıcıların üzerinden yapılmaktadır. Bu sebeple servis sağlayıcıların sorumluluğunun tespiti son derece hassas bir konudur.

Başlangıçta sanal ortamda yapılan telif hak ihlallerinden servis sağlayıcıların sorumlu tutulamayacağı ileri sürülmüştür. İnternette veri iletimini sağlayan girişimcilerin izinsiz çoğaltma ve iletme gibi fiilleri genellikle bizzat başlatmadıkları, bu fiilleri çoğunlukla kullanıcıların yaptığı gerekçe olarak ileri sürülmüştür. Girişimciler, sanal ortamdaki ihlâl fiillerini kolaylaştırmakta ve yayılmasını sağlayacak araç ile yöntemleri hizmete sunmaktadır. Girişimcileri, fotokopi makinesi üreticileri ile karşılaştırsak, nasıl ki onlar izinsiz çoğaltmalardan sorumlu tutulmamaktaysa, girişimcilerin de fikrî hak ihlallerinden doğrudan sorumlu olmaları mümkün değildir²³³. Bu konu özellikle, Amerikan hukukunda tartışılmış ve mahkemeler tarafından çözümler aranmıştır. Yukarıda da açıklandığı üzere, Amerikan mahkemeleri, Playboy Enterprises Inc. v. Frena davasında girişimci olan BBS operatörü Frena'nın fikrî hak ihlallerinden “doğrudan sorumlu” olduğuna karar vermiştir²³⁴. Buna karşılık yine daha önce açıklanan başka kararlarda, mahkemeler girişimcileri ikincil derecede sorumlu bulmuşlardır. Bu konu doktrinde halen tartışmalıdır. Çünkü, somut olaydaki ihlâlin şekline göre değişik olmaktadır²³⁵.

Her teknolojinin olduğu gibi, İnternetin de kötüye kullanılması mümkündür. Girişimcilerin hak ihlalleri için uygun teknik altyapıyı oluşturdukları durumlar da vardır. Burada girişimciler bakımından getirilen sorumluluğun dengeli bir sorumluluk olmasında fayda vardır. Zira servis sağlayıcıların her somut olayda ihlâl katkısı farklı boyutta olabilmektedir.

Servis sağlayıcılar sanal ortamda iletişim için değişik hizmetler sunmaktadırlar. Sundukları hizmete göre servis sağlayıcıları, bazı kategorilere ayırmak gerekir. Bunlar; İnternet ağının işleticisi (Network), İnternet ağına girişi sağlayan sunucu (Acces-provider), İçerik sağlayıcılar (Content provider) ve verileri hazırlamayan, ancak onları hafızasına kaydeden bilgisayar sisteminin işleticileridir. (Host service provider) .

Host provider, içerik sağlayıcılardan farklıdır. Bunlar, başkasına ait içeriği bulundurmakta ve sunmakta iken, içerik sağlayıcı kendi içeriğini sunmaktadır²³⁶.

²³³ MacQueen, s. 85.

²³⁴ Kline, s. 5.

²³⁵ Fujita, s. 4.

²³⁶ Memiş, s. 142.

Servis sağlayıcıları bu kategorilere ayırma fonksiyonel bir rol oynamaktadır. Fikrî hak ihlallerinden sorumluluğun tespitinde bu kategorilere göre, üstlendikleri rol belirleyici olmaktadır.

Internet ağının işleticisi ve erişim sağlayıcılar, sanal ortamda üzerlerinden yapılan verilerin içeriklerini kontrol etme ve hukuka aykırı veya hak ihlâline yol açacak olan verileri engellemeleri mümkün değildir. İnternetteki oldukça yoğun veri iletimi dikkate alındığında bu içeriği denetlemek teknik olarak da imkânsızdır. Öte yandan iki girişimcinin böyle bir yükümlülüğün altından kalkması da mümkün değildir. Ayrıca bunlara hukukî sorumluluk da yüklenmektedir. Zira farklı kategorilerdeki milyarlarca verinin denetlenmesinde bugünkü teknik yetersiz kalmaktadır. Yine, sanal ortamda her şeyi kontrol etmek, sırların çiğnenmesi, özgürlük alanlarının daraltılması sonucunu doğurmaktadır. Böyle bir uygulama ise, demokratik hukuk devleti anlayışı ile bağdaşmaz²³⁷. Fakat aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere bütün servis sağlayıcıların sorumlu tutulduğu haller sözkonusudur.

Kanımızca sorumluluğun düzenlenmesinde tüm Internet ağını denetleyecek çözümler yerine “host servis poviderleri²³⁸” denetlemektir. Çünkü, bunların hafızalarında büyük bilgiler yoktur. Burada yapılması gereken, host providerların suç sayılabilecek içerikleri uzun süreli kaydetmelerine yaptırımlar getirmektir²³⁹.

B. Karşılaştırmalı Hukukta Servis Sağlayıcıların Sorumluluğu

1. Amerikan Hukuku

Amerika Internetin ortaya çıktığı ve dünyaya yayıldığı, aynı zamanda bu sistemin en yaygın olduğu ülkedir. Bu sebeple, sanal alemle ilgili tartışmalar ilk önce orada başlamış, ilk düzenlemeler orada yapılmıştır. Yasal düzenlemeler yapılmadan önce, Amerikan Mahkemeleri konuyu tartışmış ve genel hükümlere göre, soruna çözümler bulmaya çalışmışlardır. Bu kararlar yeni kanunların çıkarılması için ilham kaynağı olmuştur. Yukarıda da ayrıntılı olarak açıklandığı gibi mahkemeler, bu konuda, ihlâlin şekline göre doğrudan

²³⁷ Memiş, s. 143.

²³⁸ Teknik bir terim olarak kullanılan “host servis provider”ın Türkçe karşılığı olmadığından bu şekilde kullanılmıştır.

²³⁹ Memiş, s. 143.

sorumluluk, katılım yoluyla sorumluluk ve başkasının fiilinden sorumluluk gibi sorumluluk türleri geliştirmişlerdir²⁴⁰.

a) Dijital Çağ Telif Kanunu (DMCA)

Amerikan hukukunda, eser sahipleri, servis sağlayıcılarını, fikrî hak ihlalleri için zemin hazırlamakla suçlamaktaydı. Buna karşılık servis sağlayıcılar, aracılık ettikleri veri sunumlarının hacimlerinin büyüklüğü dikkate alındığında, içerikleri denetlemelerinin mümkün olmadığını savunmuşlardır. Tüm bu tartışmalar arasında hukukî düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır. Amerika’da servis sağlayıcıların sorumluluğuna ilişkin en önemli düzenleme “Dijital Çağ Telif Hakları Kanunu (DMCA)” dır. Bu Kanun, “WIPO Telif Hakları Sözleşmesi’nin (WCT)” bir karşılığı olarak kabul edilmiştir²⁴¹. Kanun servis sağlayıcıların sorumluluklarını belirlemede dünyadaki ilk örnektir²⁴². Kanun, Amerikan eğlence sektörünün baskısı sonucu, onların istediği şekilde Telif Hakları Sözleşmesini aşarak, oldukça sınırlayıcı hükümler getirdiği gerekçesiyle eleştirilmiştir²⁴³. Söz konusu Kanun’un hazırlanması aşamasında bilgisayar ve İnternet sektörünün yeterince lobi faaliyeti yapamadığı, buna karşılık eğlence, film, müzik sektörünün etkili olduğu ve bu Kanunun e-ticaretin, İnternet sektörünün gelişimine engel olacağı ileri sürülmüştür. Ayrıca bu Kanunun sınırlayıcı hükümleri ile bilgi üzerinde tekellerin kurulacağı iddia edilmiştir²⁴⁴.

Yukarıdaki eleştirilere rağmen, Dijital Çağ Telif Hakları Kanunu ile birlikte İnternet servis sağlayıcıların sorumlulukları net biçimde belirlenmiştir. Buna göre, İnternet erişiminin altyapısını teşkil eden hizmetleri sunan ve sadece iletişim hizmeti sağlayan servis sağlayıcıların bu aracılık faaliyetlerinden dolayı kural olarak sorumlulukları bulunmamaktadır. Bu Kanun ile İnternet servis sağlayıcılara, kullanıcıların, abonelerinin veya kendileri üzerinden sanal ortama veri sunanların yaptıkları ihlallerden doğan malî zararlardan kendilerini muaf tutmalarına imkân vermektedir²⁴⁵. İnternet servis sağlayıcıları, başkalarına ait içerikleri aynı zamanda kendi sunucuları üzerinde saklıyor ve bunun yayınlanmasını sağlıyorsa (host provider) ve herhangi bir fikrî hak ihlali yapıyor ise bu durumda ancak bu

²⁴⁰ Batur, O, Wrenn, G, A Look Back at the Notice-Takedown Provision of the US Digital Millenium Copyright Act One Year After Enactment, Workshop on Service Provider Liability, Genova, December 9 and 10, s. 3 vd. , <http://www.wipo.int/documents/en/meetings/1999/osp/pdf/osp-lia2.pdf> .

²⁴¹ Batur/Wrenn, s. 4.

²⁴² Batur/Wrenn, s. 2.

²⁴³ Bone, s. 51.

²⁴⁴ Bone, s. 52.

²⁴⁵ Batur/Wrenn, s. 3.

aykırılığı bilmesi veya bu aykırılığın çok açık bir hal içermesi, yani aşikâr olması durumunda sorumlu tutulmaktadır²⁴⁶.

Dijital Çağ Telif Hakları Kanunu, İnternet servis sağlayıcılar için yeterli ve etkin güvenlik uyarıları ve sınırları sağlaması ve güvenlik uyarılarına, sınırlarına aykırı erişimlere ve müdahalelere yönelik teknik tedbirler alması ve gerektiğinde hizmeti sona erdirmeye standartları uygulaması yükümlülüklerini getirmiştir.

Dijital Çağ Telif Hakları Kanunu, oluşturduğu sisteme göre, servis sağlayıcılar, müşterileri tarafından fikrî hak ihlâline yol açacak şekilde eseri on-line sunmaları halinde “uyar ve kaldır (notice and takedown)” tedbirini uygulamak durumundadırlar²⁴⁷. Bu mekanizmayı çalıştıran servis sağlayıcı, malî sorumluluktan kurtulur. Söz konusu mekanizmanın varlığı için “uyarının” bazı şartları taşıması gerekir. Bunlar da sırası ile; eser hakkı ihlâllerinde erişimin engellenebilmesi için, resmi belgelere dayalı yazılı bir “uyarının (notification)” varlığını zorunludur. Bu uyarının, ihlâle uğramış materyali yeterli ölçüde tanımlayıcı, imzalanmış ve yazılı olması gerekir. Söz konusu imzanın elektronik imza olması da mümkündür. Ayrıca şikâyetçi tarafın adresini ve hak sahibi adına davranmaya yetkili olduğunu belirtir belgeleri kapsmalıdır. Son olarak, bu materyalin kullanımına ilişkin olarak hak sahibi tarafından veya kanunî olarak izin verilmediğini bildirir belgeleri içermelidir²⁴⁸. Buna göre, servis sağlayıcı hak ihlâline ilişkin uyarıyı alır almaz, ihlâle sebep olan materyali ortamından kaldırmak zorundadır²⁴⁹. Servis sağlayıcıların yukarıdaki uyarıları alacak etkin bir kurumsal yapı-ajans kurmaları gerekir. Söz konusu ajansın aynı zamanda servis sağlayıcının web sitesinde kamuya ilân edilmesi gerekir. Bu ajansın adı, adresi, telefonları, e-mail adresinin açıkça ilân edilmesi ve ayrıca Amerikan Patent Ofisine bildirilmesi gerekir²⁵⁰. Servis sağlayıcıların sorumluluktan kurtulmaları için, şu şartların yerine getirilmesi gerekir. Her şeyden önce, bu ihlâllerden servis sağlayıcıların herhangi bir kazancının bulunmaması gerekir. Yine kendisi üzerinden iletilen içeriğin fikrî hak ihlâline sebep olduğuna dair bilgiye sahip olmaması veya kendisine bunun iletilmemiş olması gerekir. Ayrıca fikrî hakların ihlâl edildiğini öğrenir öğrenmez, servis sağlayıcının derhal bu içeriği ortamından kaldırması veya buna erişimi engellemesi durumunda, sorumluluktan kurtulabilir²⁵¹.

²⁴⁶ Memiş, s. 144.

²⁴⁷ Koelman, K. , Hugenholtz, B.; Online Service Provider Liability for Copyright Infringement, Wipo Workshop on Service Provider Liability, Genova, December 9 and 10, s. 10 vd. http://www.wipo.int/documents/en/meetings/1999/osp/pdf/osp_lia1.pdf

²⁴⁸ Koelman/Hugenholtz, s. 6.

²⁴⁹ Koelman/Hugenholtz, s. 14.

²⁵⁰ Koelman/Hugenholtz, s.10 vd.

²⁵¹ Memiş, s. 144.

Yukarıdaki tedbirlerin yanında, sorumluluklarının doğmaması için, servis sağlayıcıların, uyarılara rağmen, ihlâli tekrar eden müşterilerinin hesaplarını sona erdirmeyi sağlayacak şartları oluşturmaları ve bunu müşterilerine bildirmeleri istenmektedir. Fakat bu ihlâli iyi niyetle yaptığına inandığı müşterisinin hesabını kapatıp kapatmamakta servis sağlayıcıya takdir hakkı tanınmıştır²⁵².

Uyarı sistemi, Internet servis sağlayıcıları için deyim yerindeyse “güvenli bir liman” niteliği taşımaktadır. Bu sistem, aynı zamanda telif hakkı sahiplerinin açıkça belirlenmesi açısından da önemlidir²⁵³. Bununla birlikte, sözkonusu sisteminin bazı problemleri beraberinde getirmesi kaçınılmazdır. Bunlardan biri Dijital Çağ Telif Hakları Kanunu’nun uyarı sistemi bakımından hak sahipliği için kabul ettiği “elektronik imzadır.” Elektronik imzanın normal e-mail şeklinde gönderilmesi, hak sahipliği bakımından karışıklıklara yol açabilir. Bunun yanında servis sağlayıcılar için uyarı sistemi için kurulacak ajansın ağır malî külfetleri olmaktadır. Yine kötü niyetli kişiler uydurma belgelerle servis sağlayıcıların sundukları içeriklerle ilgili engelleyici bildirimlerde bulunabilirler. Ayrıca sanal ortama verilen fikrî hak ihlâline yol açan içerik derhal kullanıcılar tarafından bilgisayarlarına kaydedilip, yapılan uyarı ve sunumdan kaldırmaları etkisiz hale getirebilir²⁵⁴.

b) Birleşik Devletler Kanunu (USC)

Amerika’da Internet servis sağlayıcıların sorumluluğunu tespit eden düzenlemelerden diğeri Birleşik Devletler Kanunudur (USC). Bu Kanun m. 223 e paragrafında, Internet servis sağlayıcıların sorumluluklarına ilişkin hükümler vardır. Buradaki hükümlerde Access providerlar için onlar sadece açık bir bilgisayar ağına girişi mümkün kıldıkları için herhangi bir sorumluluk öngörülmemiştir. Bu hükümlere göre Access providerın giriş için gerekli programı hazır bulundurması ve Proxy-cache sunucusunu işletmesine de kapsamaktadır. Fakat Access providerlar, bir eser sahibinin hukuka aykırı “korsanlık (conspiracy)” yolunda işbirliği yaparsa, bilerek hukuka aykırı bilgi sunumlarını reklâm eder veya girişini yapan bilgisayar sistemi kendi kontrolü altına bulunuyorsa bu taktirde sorumlu olurlar²⁵⁵.

Birleşik Devletler Kanunu m. 230’da yabancı içeriğin yayılmasını sağlayan erişim sağlayıcılarla host service providerlar için geniş kapsamlı bir sorumluluk sınırlaması bulunmaktadır. Bu hüküm Commen Law hukukundan kaynaklanan yayıncı sorumluluğu

²⁵² Memiş, s. 145.

²⁵³ Koelman/Hugenholtz, s. 15.

²⁵⁴ Koelman/Hugenholtz, s. 18.

²⁵⁵ Memiş, s. 145.

hükümü olup, erişim sağlayıcılar yabancı içerikten muaf tutmaktadır. Fakat iftira davası ile ilgili, Zeran America Online Inc. kararına göre, eğer host service provider hukuka aykırı içeriği biliyorsa, istenmeyen bilgilerin giderilmesini sağlamalıdır. Medeni hukuk açısından sorumluluktan muaf olmak için dürüstlük kuralına göre uygun kontrol tedbirlerinin alınmış olması gerekir (USC 130/C). Aynı maddenin d paragrafına göre Internet sunucuları, müşterileri ile yapacakları sözleşmelere çocukların korunmasını sağlayacak koruyucu hükümleri eklemelidir²⁵⁶.

Birleşik Devletler Kanunu m. 231' e göre, küçüklere ve gençlere zararlı materyalleri kasıtlı ve ticarî amaçlı sanal ortama veren herkes cezalandırılır. Buradaki ceza acces providerlar, network işleticileri için olduğu gibi arama motorları ve tüm araçlar için geçerlidir. Bu zararlı içeriklerin sunumunun engellenmesi için tüm girişimcilerin yeterli tedbiri almaları gerekir. Fakat bu sorumluluk fikrî hakların ihlâlinden kaynaklanan bir sorumluluk değildir.

Birleşik Devletler Kanunu m. 512 paragraf c 3 A'da fikrî hak ihlâli halinde, hakkı ihlâl edilen eser sahiplerine, servis sağlayıcılara karşı bazı yükümlülükler getirilmiştir. Eser sahiplerince, bir ihbarda bulunulması, fikrî hukuk bakımından korunan eseri bildirilmesi gerekir. Ayrıca servis sağlayıcılarınca tam bir tespit yapabilmesi için ihlâli gerçekleştiren materyali belirtilmesi, iletişim için şikayette bulununca kişisel bilgilerin bildirmesi ve kendi haklılığını gösterir belge ve bilgilerin bildirilmesi gerekmektedir²⁵⁷.

Yukarıdaki bildirimlerin tam olarak yapılması gerekir. Bunlar eksik olarak yapılırsa, servis sağlayıcısının hukuka aykırı içeriği öğrenemediği, bilmediği yolunda aksi ispatlanabilen bir karine kabul edilmektedir. Söz konusu bildirimde bazı eksikler olsa da, fikrî hak ihlâlinin yapıldığına dair bilgilerin tam ve şikayetçi ile iletişim yapılacak noktanın net olarak bildirildiği durumlarda, servis sağlayıcısının sorumluluktan kurtulabilmesi için eksikliklerin giderilmesi için elinden gelen gösterdiğini ispat etmesi gerekir²⁵⁸.

2) Avrupa Birliği hukuku

a) AB E-Ticaret Direktifi

²⁵⁶ Memiş, s. 145.

²⁵⁷ Memiş, s. 146.

²⁵⁸ Memiş, s. 146.

Avrupa Birliğine üye ülkelerde, geçmişte fikrî haklarla ilgili olduğu gibi, İnternet servis sağlayıcıların sorumlulukları konusunda da oldukça hukuk kuralları vardı. Bunu gören AB Komisyonu, hazırladığı E-Ticaret Direktifi'ne, İnternet servis sağlayıcıların sorumluluklarına ilişkin hükümleri de eklemiştir. Bu Direktif, geniş ölçüde Alman Multimedya Kanunu esas alınarak hazırlanmıştır. Fakat servis sağlayıcıların sorumluluklarının tespitinde, Dijital Çağ Telif Hakları Kanunu ve Alman hukukundan çok daha ayrıntılı hükümler içermektedir. Dijital Çağ Telif Hakları Kanunu'nun tersine, Direktif, fikrî hak ihlallerinin hem ceza, hem de medeni hukuk boyutunu düzenlemiştir. Ayrıca Dijital Çağ Telif Hakları Kanunu, fikrî hukuk ihlalleri konusunda kendi getirdiği hükümleri yegâne kural olarak düzenlemekte ve sorumluluk hukuku alanındaki genel düzenlemelere atıfta bulunmamaktadır. Buna karşılık Direktif, sorumluluk alanında kendi düzenlemeleri yanında bu alandaki genel hükümlere de atıfta bulunmaktadır. Gerçekten de, medeni hukuktaki haksız fiil sorumluluğu veya diğer sorumluluklara atıfta bulunmaktadır. Direktif, Dijital Çağ Telif Hakları Kanununun gibi, Access providerlar ve network işletmelerinin sorumluluklarını oldukça sınırlamıştır²⁵⁹.

Direktifte servis sağlayıcıların sorumluluğuna ilişkin şartlar şunlardır:

Direktif m. 12'ye göre, İnternet ağının işleticileri, müdahalenin men'i davası hariç verilerin aktırılmasından dolayı sorumlu değildirler. Bu sorumsuzluk hükmü, bir kullanıcıdan bilgileri alıp, bir başka iletişim ağına ileten veya ağa girişi sağlayan sunucular için uygulanır. Sunucunun gönderdiği bilgilerin adreslerini seçmemesi ve bilgileri değiştirmemesi, sorumluluktan muafiyetin şartlarındandır²⁶⁰. Bu madde kapsamına verilerin gönderilmesi ve ağa girişin sağlanması, bilgilerin olarak kısa bir süre kaydedilmesi hali, özellikle "routing"²⁶¹ fiili de girmektedir.

Direktif m. 13'e göre, teknik anlamda kaydın olmadığı sadece fonksiyonel anlamda bir göndermenin olduğu "Cache"²⁶² için özel bir düzenleme getirmiştir. Bu hükmün uygulama alanı, bir sunucunun otomatik ve geçici bir süre ile yayılan verilerin, kullanıcıların etkin güvenliği için kaydedilmesi halidir. Bu sunucular da müdahalenin men'i davası hariç, bu verilere müdahale edemiyor ve bunları değiştiremiyor, engelleyemiyorsa sorumlu değildir²⁶³.

Direktif m. 14 hostinglerin sorumluluklarını "sınırlı sorumluluk" olarak düzenlemiştir. Yabancı içerikleri sanal ortama iletim sunucu, müdahalenin men'i davası hariç olmak üzere

²⁵⁹Koelman/Hugenholtz, s. 24.

²⁶⁰ Memiş, s. 146.

²⁶¹ "Routing" kelimesi Türkçeye "izlenecek yol-takip edilen yol" olarak çevrilebilir. Kelime anlamı ise, verilerin, sunuculardan kullanıcıların kişisel bilgisayarlarına gelirken izledikleri yola denilir.

²⁶² "Cache" Türkçeye "gizleme-zula" olarak çevrilebilir.

²⁶³ Memiş, s. 147.

kaydettiği verilerden eğer kullanıcının faaliyetinin hukuka aykırı olduğu ve kendisine yöneltilen bir tazminat talebinde, olay tam net ve açık olmasa bile, olayın açıkça hukuka aykırı olduğu ve de hukuka aykırı faaliyetin yapılacağından haberdar değilse sorumlu olmamaktadır²⁶⁴.

Direktif m. 15'te , yine Direktif'in m. 12 ve 14 anlamında sunucuların, gönderdikleri veya kaydettikleri verileri kontrol mükellefiyetinin olmadığı düzenlenmiştir. Burada milli hukukun düzenlemeleri ile uyumlu olan ülkelerin adli merciler tarafından güvenlik, savunma veya kamu güvenliğini korumak, suçları engellemek, tespit ve takip etmek için düzenlenecek kontrol mükellefiyetleri göz önünde bulundurulmamıştır.

Direktif m. 15, üye ülkelere açık bir şekilde, sunuculara, yetkili makamları verdikleri hizmet ve katılım esnasında öğrendikleri ve kullanıcıların muhtemel hukuka aykırı faaliyet ve bilgileri hakkında derhal bilgilendirme yükümlülüğü getirme konusunda izin vermiştir. Burada kontrol sorumluluğunun sınırlandırılıp sınırlandırılmadığı ve hangi şartlar altında bunun yapılacağı net biçimde düzenlenmemiştir²⁶⁵.

b) AB Bilgi Toplumunda Fikrî Haklar ve Komşu Haklar Direktifi

AB Bilgi Toplumunda Fikrî Hakları ve Komşu Haklar Direktifi ile servis sağlayıcıları için özel bir sorumluluk getirilmiştir. Bu Direktifin servis sağlayıcıların yükümlülüklerini ilgilendiren hükümleri, çoğaltma hakkının on-line ortamda kullanımına ilişkindir. Direktifin giriş bölümünde bu hakkın kullanımı ile ilgili olarak bir hüküm getirilmiştir. Buna göre, geçici çoğaltmalara izin verilme istisnasının, bu kopyaların tek bir teknolojik prosesin bütünleşik ve ayrılmaz bir parçası olmak ve iletimin sadece ya bir ağ içinde ve taraflar arasında etkin bir şekilde yapılmasını sağlamak ya da eserin yasal bir şekilde kullanımını sağlamak amacını taşımaları halinde gerçekleşebileceğini belirtmektedir. Bu çoğaltma faaliyeti kendi başına ele alındığında her hangi bir ekonomik değere sahip olmaması gerekir. Burada servis sağlayıcı, bilgiyi değiştirmemeli, bilgiyi kullanmak için veri elde amacıyla teknolojinin yasal kullanımına müdahale etmemelidir. Bu tür kullanım hak sahibi tarafından izin verildiği ve kanun ile sınırlandırılmadığı sürece, yasal kullanım olarak değerlendirilmektedir²⁶⁶.

²⁶⁴ Memiş, s. 147.

²⁶⁵ Memiş, s. 147.

²⁶⁶ Memiş, s. 148.

Direktif m. 5 ile bu durum düzenlenmiş olup, fikrî hak ihlâli sorumluluğuna istisnalar getirilmiştir. Bunlar; geçici kopyalar, tek amacı üçüncü kişiler arasında bir ağ içinde iletimi sağlamak olan bir teknolojik prosesin bütünleşik ve ayrılmaz bir parçası olmalıdır. Ayrıca, bu çoğaltmaların bağımsız olarak ekonomik bir önemleri yoksa, bunlar çoğaltma hakkı ihlâli olarak değerlendirilemez. Bu hükmün temel yansıması, Internet servis sağlayıcılardan ve telekom işletimcilerinden, iletim aşamalarının (sürecinin, prosesinin) bir parçası olan kendi ağlarından giden geçici kopyalar için izin almaları ya da ödeme yapmalarının istenememesidir

267

3) Alman hukuku

Alman hukukunda servis sağlayıcıların sorumluluğunun düzenlenmesinde, alıcı ve gönderici kavramları karşılaştırılmaktadır. Sunucu kavramı altında içerik sağlayıcılar, servis sağlayıcılar ve erişim sağlayıcılar bulunmaktadır.

İçerik sağlayıcı hazırlamış olduğu içeriği ve bilgileri üçüncü kişilerin kullanımına sunan ve bu içerikten genel hükümlere göre sorumlu olan kimsedir. Bu sorumluluk, diğer kimselerin sanal ortama katılımından farklı bir sorumluluktur.

Başkalarının hazırlamış olduğu içeriği sunan servis sağlayıcının sorumlu olabilmesi için hukuka aykırı olan içerikten haberdar olması ve hukuka aykırı bilgileri teknik olarak engelleme imkânına sahip olması gerekmektedir. Alman Tele Hizmet Kanunu'na (TDG m. 5) göre, yabancı içeriği çok kısa bir süre ve otomatik olarak tutan kullanıcı için de aynı şeyler geçerlidir. Söz konusu Kanun m. 5 paragraf 4' e göre, bir servis sağlayıcı için herhangi bir engelleme yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Ancak servis sağlayıcı bu hükme dayanılarak kamu düzeni yetki normlarında konan şartlar altında rahatsızlık veren kimseye karşı engel olma yükümlülüğünü yerine getirmezse sorumlu olur. Servis sağlayıcının bu yükümlülüğü de onun içeriği bilmesi ve kontrol edebilmesine bağlıdır. Hamburg Mahkemesi'nin 2000/3 sayılı kararında, Internet servis sağlayıcısının Internette şans oyunlarının yasak olması sebebiyle yabancı bir girişimcinin, bu tür faaliyetlerinden dolayı, Alman girişimcinin bildirimleriyle artık bilgiye kavuştuğu ve rekabete aykırı bu faaliyeti ortak olması dolayısıyla sorumlu bulunmuştur²⁶⁸.

²⁶⁷ Memiş, s. 148.

²⁶⁸ Memiş, s. 149.

4) Türk hukuku

a) Genel olarak

AB, ABD ile karşılaştırıldığında, Türk hukukunda servis sağlayıcıların sorumluluklarının düzenlenmesi bakımından, bazı eksikliklerin bulunduğu görülür. Meselâ; Türkiye’de, Almanya’da olduğu gibi bir Tele Hizmet Kanunu bulunmamaktadır. Yine ABD’nde olduğu gibi, servis sağlayıcıların sorumluluklarını düzenleyen özel bir kanun henüz yürürlüğe girmemiştir.. Fakat, FSEK’te 5101 sayılı Kanunla²⁶⁹ yapılan bir değişiklikle servis sağlayıcıların sorumlulukları ilk kez özel bir hükümle düzenlenmiştir. Yeni Kanunla FSEK ek 4 üncü maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları değiştirilmek suretiyle servis sağlayıcıların sorumluluklarına yer verilmiştir. Aşağıda servis sağlayıcıların sorumluluklarına ilişkin özel düzenlemenin getirdiği yenilikler ve eksiklikleri üzerinde durulacaktır.

b) Türk hukukunda servis sağlayıcıların hukukî sorumluluğu

Servis sağlayıcıların cezai sorumluluğuyla ilgili olarak, FSEK ek m. 4’ de yapılan özel düzenleme ve araçların sorumluluğuna ilişkin FSEK m. 72/4 bendi soruna özel bir çözüm getirmektedir. Buna karşılık, Türk hukukunda, servis sağlayıcıların hukukî sorumluluklarına ilişkin hüküm bulunmamaktadır. Sorumluluk türleri olarak yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan hükümlerin Türk hukuku bakımından uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmalıdır²⁷⁰. Bu görüşte olanlar, yukarıda açıklanan sorumluluk türlerinin, daha çok Amerikan mahkemeleri tarafından somut olaylarda yapılan yorumlarla ortaya çıkan ve Türk hukukuna yabancı kavramlar olduğunu ve uygulanamayacağını ileri sürmüşlerdir²⁷¹.

FSEK sisteminde, fikrî hakların ihlâl edilmesi halinde, sorumluluğun doğması için genellikle kusur aranmamaktadır. FSEK m. 66/3, 69/2, tecavüzün ref’i ve men’i davalarında kusurun aranmadığı vurgulanmıştır. Fakat kusurun varlığı FSEK m. 66/4, 69/2 anlamında tecavüzün ortadan kaldırılması için alınacak tedbirlerin tespiti için ölçü olmaktadır. FSEK m. 70/1’e göre, manevî hakları ihlâl edilen tarafından açılacak tazminat davalarında, manevî hakları ihlâl edilen, failin kusuru bulunmasa bile, manevî tazminat talep edebilir. Fakat FSEK

²⁶⁹ Bkz. R.G. T. 12.03.2004, S. 25400.

²⁷⁰ Akipek/Dardağan, Telif, s. 67 vd.

²⁷¹ Memiş, s. 151.

m. 70/2'ye göre, eser sahibinin malî haklarına tecavüz edilmesi halinde, tecavüz edenin kusuru varsa haksız fiilleri ilişkin genel hükümlere göre tazminat istenebilir.

Bir görüş, Türk hukuku bakımından servis sağlayıcıların sorumluluğu bakımından da, BK m. 41 vd düzenlenen “haksız fiile” ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir²⁷². BK m. 41/1'e göre “gerek kasten, gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ıka eden şahıs, o zaman tazmine mecburdur”. BK m. 41 haksız fiilin şartlarını, fiil, hukuka aykırılık, kusur, illiyet bağı ve zarar olarak hükme bağlamıştır²⁷³. Haksız fiilin kurucu unsuru “kusur”dur. Kusur, kast ve ihmal şeklinde iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Burada kusurun ağırlığı BK m. 43/1 bakımından ödenecek tazminatın miktarının hesaplanmasında dikkate alınmaktadır²⁷⁴.

İnceleme konumuz açısından bütün sorun, haksız fiile ilişkin yukarıda açıklanan genel hükmün sanal ortama uygulanıp uygulanmayacağına tespitidir. Zira sanal ortamda kullanıcıların, Internet servis sağlayıcıları olmadan, onların teknik imkânlarından yararlanmadan fikrî hak ihlâli gerçekleştirmeleri mümkün değildir. Burada kullanıcının eylemi ile servis sağlayıcının sunduğu imkânlar örtüşmekte ve fikrî hak ihlâline neden olan sunum yapılmaktadır. Bu sebeple, hiç biri tek başına yeterli olmayıp, ancak bir araya gelmek suretiyle, sonucu doğurmaktadırlar. Sorumluluk hukukunda buna, “ortak illiyet” adı verilmektedir²⁷⁵.

Servis sağlayıcıyla, kullanıcının birbirini tamamlayan sunumlarında, eğer servis sağlayıcıya kusur isnat edilebiliyorsa bu taktirde müteselsil sorumluluktan söz edilir. Müteselsil sorumluluk, kanundan veya taraf iradelerinden doğar. Kanunun öngördüğü müteselsil sorumluluklardan en önemlisi haksız fiil alanındadır²⁷⁶. BK. m. 50'de birden fazla kimselerin müşterek kusurlarıyla sebebiyet verdikleri zararlardan sorumluluklarını, yani “tam teselsül” düzenlemiştir²⁷⁷. BK m. 50' de asıl fail ve fer'an methaldar kavramlarından söz edilmektedir. Asıl fail, kendi fiili ile fikrî hak ihlâlini işleyen kişidir. Fer'an methaldar ise, kusurlu davranışları ile başkasının haksız fiil işlemlerini kolaylaştıran, onun istediği neticeye ulaşmasında yardım eden kimsedir²⁷⁸.

²⁷² Akipek/Dardağan, Telif, s. 67 vd.

²⁷³ Haksız fiil ile ilgili geniş bilgi için bkz. Eren, F.; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, 6. Bası, İstanbul, 1998, s. 480 vd.

²⁷⁴ Eren, s. 527 vd.

²⁷⁵ Eren, s. 527 vd.

²⁷⁶ Eren, s. 806 vd.

²⁷⁷ BK m. 51'deki “eksik teselsül” bakımından Internet servis sağlayıcıların sorumluluğuna ilişkin özel düzenleme olmadığından dolayı uygulama burada uygulama alanı yoktur. Bu nedenle konu incelenmemiştir.

²⁷⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, s. 806 vd.

Bir zarara birlikte sebep olan asıl fail ile fer'an methaldar olanın işlenen fikrî hak ihlâlinden doğan zarardan müteselsilen sorumlu olmaları için ayrıca, ortak kusurlarından zararın doğması ve doğan zararın bunlar arasında taksim edilememesi gerekir²⁷⁹.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, İnternet ortamındaki kamuya iletimde, yayını gerçekleştiren kuruluşa "kast" ve "ihmal" şeklinde bir kusur yüklenebiliyorsa, hak sahibine karşı ihlâlde kusuru olanların müteselsil sorumluluğunun doğduğu söylenebilir. Zarar gören zararını dilediğinden talep edebilir²⁸⁰.

İnternet servis sağlayıcıların hukukî sorumluluğuna ilişkin şunları ifade etmek mümkündür:

İçerik sağlayıcılar bütün hak ihlâllerinden genel hükümlere göre sorumlu olurlar. Başkaları tarafından sağlanan içerikleri kendi sunucuları üzerinden sanal ortama sunan, onları barındıran host providerlar, eser sahibinin haklarının ihlâlinden haberdar ise ve bunu engelleyebilecek teknik imkâna sahipse, asıl faille beraber müteselsilen sorumludur. Böyle bir halde, asıl fail genellikle içerik sağlayıcı veya kullanıcılar olmaktadır. İnternetin altyapısını kuran erişim sağlayıcılar her hangi bir kusur isnat edilemeyeceğinden, bunların sorumluluklarından söz edilemez²⁸¹.

Doktrinde bazı yazarlar, sanal ortamda gerçekleşen fikrî hak ihlâllerine genel düzenleme niteliğindeki "haksız fiil" hükümlerinin uygulanamayacağı ileri sürmektedir. Bu görüşü savunanlara göre, haksız fiil, niteliği gereği daha çok maddî varlığı olan menkul mallara verilen zararlar bakımından sözkonusu olur. Bu sebeple sözkonusu hükümlerin hiçbir maddî varlığı olmayan sanal ortamdaki eserlerin üzerindeki hak ihlâllerinden doğan zararlar bakımından uygulanması mümkün değildir²⁸². Biz Türk hukuku bakımından ivedi olarak AB ve Amerikan hukuk sistemlerine benzer şekilde, İnternet servis sağlayıcılarının hukukî ve cezai sorumluluklarına ilişkin özel bir düzenlemenin yapılmasının gerektiği düşüncesindeyiz. Fakat böyle bir düzenleme yapılana kadar, BK m. 41 vd. düzenlenen haksız fiil hükümlerinin İnternet servis sağlayıcılarının hukukî sorumluluklarına uygulanmasında eser sahipleri ve fikrî hakların korunması açısından yerinde olacağı kanısını taşımaktayız. Bu

²⁷⁹ Bu Konuda geniş bilgi için bkz. Gürkanlar, Metin; Bir Zarara Birlikte Neden Olan Birden Çok Kişinin Sorumluluğu, Ankara, 1982, s. 33 vd. ; Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, İstanbul, 2000, s. 676 vd.

²⁸⁰ Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, Bası 5, s.1203 vd.

²⁸¹ Memiş, s. 154.

²⁸² Bone, s. 40 vd.

olmadığı takdirde, hâkime kıyas, yorum veya MK 1/II'ye göre hukuk yaratma yoluyla Internet servis sağlayıcıların sorumluluğuna ilişkin kural koyma yetkisi tanınmalıdır²⁸³.

ABD ve Avrupa Birliği hukuk sistemleri incelendiğinde, servis sağlayıcıların sorumluluklarına ilişkin özel kanunlarla düzenlemeler yapıldığı görülecektir. Özellikle ABD'de Dijital Çağ Telif Hakları Kanunu bu konuda çok önemli bir düzenlemedir. Türk hukuku bakımından daha önce, servis sağlayıcıların sorumluluklarına ilişkin hiçbir düzenleme mevcut değilken, FSEK'te 2001 yılında yapılan değişiklikle 72/2 bendinde genel hüküm getirilmiştir. Daha sonra 5101 sayılı Kanunla FSEK ek m. 4'te servis sağlayıcıların sorumluluğu konusunda, Dijital Çağ Telif Hakları Kanunu'ndaki "uyar ve kaldır sisteminin" oldukça basit bir şeklinin getirildiği görülmektedir. Getirilen bu başvuru-kaldırma sistemi, başlangıç olarak çok önemlidir. Fakat bu haliyle uygulamadaki problemlerin çözümünde yeterli olmayacaktır. Çünkü, bu sistemde hak sahiplerinin içerik sağlayıcılara başvuru yapmasından bahsedilmesine rağmen bu başvurulara hangi belgelerin ekleneceği, hak sahipliği konusunda hangi belgelerin karine oluşturacağı, başvuruların normal posta, noter veya iadeli taahhütlü mektupla mı yapılacağı belirtilmemiştir. Kanunda, uygulama ilgili ayrıntıların yönetmelikle düzenleneceğinin hüküm altına alınmıştır. Kanun'da ihlâl edici davranışta ısrar eden içerik sağlayıcılara hapis ve para cezalarını verileceği düzenlenmiştir. Hak sahipliği ve başvurunun esasları konusunda işi yönetmeliğe bırakmak bizce ceza hukukunun en temel ilkelerinden olan "suçların ve cezaların kanunîliği" ilkesine aykırıdır. Bu sonuç Anayasada yer alan temel haklardan olan haberleşme hürriyeti ile yakından ilgilidir. Anayasa m. 13'e göre ise temel hak ve hürriyetler ancak Kanunla sınırlanabilir. Ayrıca tek madde halinde yapılan düzenleme ile, hukukî sorumluluk ve cezaî sorumluluk birbirine girmektedir. Kanımızca, servis sağlayıcıların sorumluluklarını tespit eden özel bir kanunla bu alanın düzenlenmesi gerekmektedir.

c) Türk hukukunda servis sağlayıcıların cezai sorumluluğu

Yukarıda da açıklandığı üzere, 5101 Sayılı Kanun kabul edilinceye kadar bu konuda Türk hukukunda özel bir düzenleme yoktu. Türk hukukunda servis sağlayıcıların sorumluluklarına ilişkin olarak doktrinde, ceza hukukunun iştirake ilişkin hükümleri çözüm olarak ileri

²⁸³ Krş. Eren, s. 90 vd.

sürülmekte idi. Bu görüşü savunan yazarlara olanlara göre, ancak TCK m. 64 ve 65 sorumluluğun tesisi için dayanak noktası olabilir²⁸⁴.

5101 sayılı Kanunla FSEK ek m. 4' eklenen yeni bir hükümle servis sağlayıcıların sorumlulukları konusundaki tereddütlere bir çözüm bulunmaya çalışılmıştır²⁸⁵.

Servis sağlayıcılar ve özellikle de içerik sağlayıcılar²⁸⁶ konusunda yapılan bu düzenleme Amerikan Dijital Çağ Telif Hakları Kanunu'ndaki "uyar-kaldır sisteminin" Türk hukukuna yansımadır. Fakat sözkonusu düzenleme, Dijital Çağ Telif Hakları Kanunu'na göre oldukça basit ve genel bir düzenlemedir. Çünkü bu sistemin uygulanmasının nasıl olacağı konusunda hükümler getirilmemiştir. Sözkonusu hususların daha sonra çıkarılacak yönetmelikle²⁸⁷ düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Başlangıç olarak önemli bir aşama olmasına rağmen, düzenlemenin şu haliyle yetersiz olduğu kesindir.

5101 Sayılı Kanunla getirilen düzenlemede, servis sağlayıcılar ve özellikle içerik sağlayıcıların sorumluluklarının düzenlenmesinde cezaî sorumluluk ve hukukî sorumluluk bakımından bir ayırım yapılmamıştır. Gerçekten de, her iki sorumluluk hali tek bir madde içerisinde birbirine karışık bir şekilde düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile, bir dizi aşamalardan oluşan bir sistem getirilmiştir. İlk aşamada başvuru, ihlâl edici davranışta bulunan içerik sağlayıcısına yapılacaktır. Hakları ihlâl edilen eser sahipleri veya bağlantılı hak sahipleri, bu

²⁸⁴ Çeken, H. ; ABD'de İnternet Yoluyla İşlenen Suçlardan Doğan Ceza Sorumluluğunun Hukuk Esası, <http://www.jura.uni-sb.de/turkish/e-ktphane> , s. 5 vd.

²⁸⁵ "...Dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla servis ve bilgi içerik sağlayıcılar tarafından eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin bu Kanunda tanınmış haklarının ihlâli halinde, hak sahiplerinin başvuruları üzerine ihlâle konu eserler 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 ihlâle devam eden bilgi içerik sağlayıcısına verilen hizmetin durdurulması istenir. İhlâlin durdurulması halinde bilgi içerik sağlayıcısına yeniden servis sağlanır. Servis sağlayıcılar, bilgi içerik sağlayıcılarının isimlerini gösterir listeyi her ayın ilk iş günü Bakanlığa bildirir. Servis sağlayıcılar ile bilgi içerik sağlayıcıları, Bakanlıkça istendiği takdirde her türlü bilgi ve belgeyi vermekle yükümlüdür. Bu maddede belirtilen hususların uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlık tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir.

Birinci fıkrada bahsi geçen fiilleri kasten ve yetkisiz olarak işleyenler ile bu Kanunda tanınmış hakları ihlâl etmeye devam eden bilgi içerik sağlayıcılar hakkında bu Kanunun 72 nci maddesinin (2) numaralı bendi hükümleri uygulanır..."

²⁸⁶ 5101 Sayılı Kanun metninde "bilgi içerik sağlayıcılar" terimi kullanılmasına rağmen biz çalışmamızda "içerik sağlayıcılar" terimini kullanmayı tercih etmekteyiz. Çünkü, bu terim, daha kısa ve daha geneldir. Gerçekten de, içerik sağlayıcıların her ilettiği şey bilgi içermeyebilir. Bu bilgi içermeyen bir resim veya müzik parçası da içerik sağlayıcı tarafından iletilebilir. Bizce Kanunda "veri içerik sağlayıcı" terimi kullanılsa yerinde olurdu.

²⁸⁷ Bugüne kadar sözkonusu yönetmelik yayınlanmamıştır.

başvurudan itibaren derhal ve en geç üç gün içinde, hak sahibi oldukları materyalin içerikten çıkarılmasını içerik sağlayıcısından talep etmektedirler.

5101 Sayılı Kanunla getirilen düzenlemeye göre, ikinci aşamada, Cumhuriyet Savcılığı devreye girmektedir. Buna göre, içerik sağlayıcısı, ihlâl edici davranışına devam ederse, hak sahipleri Cumhuriyet savcısına başvurarak, servis sağlayıcı tarafından içerik sağlayıcısına verilen hizmetin durdurulmasını talep eder. Bunun üzerine, içerik sağlayıcının sitesinin umuma iletimi, servis sağlayıcı tarafından durdurulur. Üçüncü aşamada ise içerik sağlayıcı, hak ihlâlüne sebep olan materyali içeriğinden çıkarırsa, servis sağlayıcı tarafından tekrar kendisine hizmet verilir. Servis sağlayıcıların her ay düzenli olarak içerik sağlayıcıların listelerini Kültür Bakanlığına vermesi ve Bakanlık ile işbirliği yapması hüküm altına alınmıştır. Ayrıca bu sistemin uygulanması konusunda yönetmelikle düzenleme yapılacağı vurgulanmıştır.

Yukarıda açıklanan fiilleri “kasten” ve “yetkisiz” olarak işleyenler ile FSEK’teki hakları ihlâl etmeye “devam” edenler FSEK’ in 5101 sayılı Kanunla değişik 72 nci maddesinin ikinci fıkrasına göre cezalandırılacaktır. Burada servis sağlayıcıların ve özellikle de içerik sağlayıcıların cezaî sorumlulukları düzenlenmiştir.

Servis sağlayıcıların sorumluluğu konusunda 2001 yılında oldukça genel düzenleme yapılmış bu düzenleme, 5101 sayılı Kanun aynı hükmü FSEK’te korumuştur. “Eser sahibinin malî haklarına tecavüz” başlığını taşıyan FSEK m. 72/ilk fıkrasında “ Bu Kanuna aykırı olarak kasten” atfıyla 72/ ilk fıkra “e” bendinde yapılan düzenlemede “Bir eseri topluma açık yerlerde gösteren veya temsil eden, bu gösterimi düzenleyen veya dijital iletim de dahil olmak üzere her nevi işaret, ses ve/veya görüntü iletimine yarayan araçlarla yayın veya yayımına aracılık eden kişiler hakkında iki yıldan dört yıla kadar hapis veya ellimilyar liradan yüzellimilyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden hükmolunur.”

FSEK, yukarıdaki düzenlemesi ile, servis sağlayıcılar arasında bir ayırım yapmadan, aracılık edenlerin sorumluluğunun doğmasını, “kast” unsuruna bağlamıştır. Bunun sonucu olarak servis sağlayıcıların sorumluluğu hakkında karar verilirken, erişim sağlayıcılar, host service providerlar ve içerik sağlayıcıların sorumlulukları farklı olacaktır.

İnternetin altyapısını sağlayan Türk Telekom A.Ş., benzeri erişim sağlayıcıların kasten fikrî hak ihlâli yapacak şekilde davranmaları mümkün değildir. Çünkü, servis sağlayıcılar eğer fikrî hak ihlâlüne yol açan materyalin iletilmesine kasten aracılık ediyorsa sorumludur. Host providerlar ise, içerik sağlayıcının sağlamış olduğu içeriğin fikrî hak ihlâlüne yol açtığını biliyor ve bunu teknik olarak engelleme imkânına sahip olmasına rağmen bunu

engellemiyorlarsa, hak ihlâlinden sorumlu olacaklardır. İçerik sağlayıcı, fikrî hak ihlâline yol açan içeriği kasten, sitesinden umuma iletiyorsa bundan sorumlu olacaktır²⁸⁸.

§ 8. İNTERNETTEKİ FİKRÎ HAK İHLÂLLERİNE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

I. Genel Olarak

Fikir ve sanat eserlerinin sınır ötesine yayılma yeteneğine sahip olması ve küreselleşmenin bir sonucu olarak dünya üzerinde kültürün giderek yeknesaklaşması sonucunu yaratmaktadır. Dinlenen müzik, izlenen filmler, okunan kitaplar giderek yeknesaklaşmaya başlamıştır. Bu sebeple sözkonusu eserlerin dünya üzerinde, ihlâle uğrama potansiyeli artmaktadır. İşte bu noktada Internetin küreselleşmeye getirdiği ivme, dinamizm ile sınırların bir önemi kalmamıştır. Internetin sınırötesi niteliği gereği, dünyanın herhangi bir ülkesinde sanal ortama verilen bir eser kısa sürede değişik yerlerden, kanuna aykırı olarak çoğaltılabilmektedir.

Fikrî haklar alanında “ülkesellik” ilkesi geçerlidir. Buna göre, fikir ve sanat eserleri üzerinde haklar, sadece ülkenin millî hukukuna göre korunmalıdır. Klâsik fikrî hak koruması alanında geçerli olan ülkesellik ilkesi, Internetin ortaya çıkması ile birlikte yetersiz hale gelmiştir. Yine Internetin sınırötesi niteliği, artık klâsik koruma yöntemlerinin bu alanla ilgili olarak yetersiz hale gelmesine yol açmıştır. Artık günümüzde ortak kabul gören düşünceye göre, etkili ve yeterli bir fikrî hak koruma sisteminin kurulması için, bunun milletlerarası bir rejimle tamamlanması gerekir. Fikrî hakların korunması için uluslararası bir rejimin kurulması için yoğun çalışmalar yapılmaktadır. Bu çalışmalarda WTO, WIPO, gibi uluslararası kuruluşların ve AB gibi uluslararası kuruluşların ve ATAD’ın önemli katkıları vardır. AB, üye ülke fikrî hukuklarının uyumlulaştırılması için sürekli olarak düzenlemeler yapmaktadır. ATAD, yukarıda da ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, yorumlarıyla buna katkıda bulunmaktadır. WTO ve WIPO gibi örgütlerin de TRIPS sözleşmeleri ile bu alana ciddi

²⁸⁸ Çeken, s. 6.

katkıları vardır. TRIPS Anlaşmasına göre, ticaretle bağlantılı fikrî mülkiyet haklarının varlığı, kapsamı ve kullanımına ilişkin yeterli standartlar, ilkeler ve millî hukuk sistemleri arasındaki farklılıklar göz önüne alınarak, ticaretle bağlantılı fikrî mülkiyet haklarının uygulanabilmesi için etkin ve uygun araçlar sağlanmalıdır²⁸⁹.

II. Fikrî Hakkı İhlâllerine Kanunlar İhtilâfının Kapsamında Çözüm Önerileri

Yabancı unsurlu fikrî hak sorunlarına uygulanacak hukukun belirlenmesi için getirilen öneriler temelde iki ihtilâf kuralına odaklanmaktadır. Bunlar; “korumanın talep edildiği yer hukuku (lex loci protection) ve menşe yeri hukuku kuralıdır (lex loci originis)”. Fikrî haklara ilişkin çok taraflı iki sözleşme olan Bern Konvansiyonu ve Cenevre Sözleşmesi²⁹⁰, korumanın talep edildiği yer hukuku kuralına, yani koruma ülkesi hukukuna yetki tanımıştır. Doktrinde de hakim görüş budur²⁹¹.

Korumanın talep edildiği yer hukuku, genel olarak, telif hakkı uyuşmazlığına yol açan eylemin gerçekleştiği yer hukukudur. Bu düşüncüyü savunan yazarlar, aynı zamanda fikrî haklar alanında geçerli olan “ülkesellik” kavramına da atıfta bulunmaktadır. Söz konusu görüşe göre, telif hakları, her ülkede, bu ülkenin hukuk düzeninin belirlediği sınırlar içinde ve hukukî varlık kazandığı ülke hukukundan bağımsız olarak mevcut olur ve korumadan yararlanır²⁹². Telif hakları, telif hakları sorununun ortaya çıktığı ülke hukukuna göre çözülür. Burada fikrî hak sorununun meydana geldiği ülke hukuku “yerel hukuk (lex loci)” sıfatıyla soruna uygulanmalı, fikrî hakkın doğduğu ülke hukuku dikkate alınmamalıdır²⁹³.

Doktrinde azınlık tarafından ileri sürülen ve Amerika Kıtası sözleşmelerinde pozitif hukuka da yansıyan bir görüşe göre ise, fikrî hakkın varlık kazandığı ülke hukuku olan “menşe yeri kuralı” fikrî hak ihlâllerine uygulanmalıdır²⁹⁴. Bu düşünceye göre, menşe ülke hukukuna göre varlık kazanmış fikrî haklar dünyanın her yanında tanınmalıdır.

Türk hukukunda, fikrî haklarının milletlerarası rejimine ilişkin başlıca pozitif hukuk kurallarından biri, FSEK m. 88’dir. Bu hükme göre;

²⁸⁹ Eroğlu, s. 83.

²⁹⁰ Telif Hakları Evrensel Sözleşmesi olarak bilinen ve UNESCO öncülüğünde imzalanan bu sözleşmeye Türkiye taraf değildir.

²⁹¹ Akipek/Dardağan, Sanal Ortam-Telif Hakkı İhlâlleri-Uygulanacak Hukuk, AÜHF Dergisi, C. 50, S. 3, 2001, s. 116.

²⁹² Erdem, B. ; Fikrî Haklarda Ülkesellik Prensipleri, Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan, İstanbul, 1999, s. 39 vd.

²⁹³ Akipek/Dardağan, Sanal Ortam, s. 117.

²⁹⁴ Erdem, s. 39 vd.

“Bu kanun hükümleri; eser sahibinin vatandaşlığı gözetilmeksizin Türkiye’de ilk defa umuma arz edilen ve Türkiye’de bulunup da henüz umuma arz edilmemiş olan bütün eserlerle Türkiye’de bulunan mektup ve resimlere, Türk vatandaşlarının henüz umuma arz edilmemiş yahut ilk defa Türkiye dışında umuma arz edilmiş bütün eserlerine, Türkiye Cumhuriyetinin bağlı bulunduğu milletlerarası bir antlaşmada uygun hükümler bulunmak şartıyla yabancıların henüz umuma arz edilmemiş veya ilk defa Türkiye dışında umuma arz edilmiş bütün eserlerine uygulanır.”

FSEK m. 88 hükümleri, Türk doktrininde, genellikle ülkesellik ilkesi esas alınarak, koruma ülkesi hukuku bağlama kuralının öngörüldüğü yönünde yorumlanmaktadır ²⁹⁵.

Türkiye’nin de taraf olduğu Bern Konvansiyonu m. 5 paragraf 2’ de koruma ülkesi hukuku yetkili kabul edilmiştir. Buradaki koruma yeri kuralı, sözleşme dışı fikrî hukuk uyuşmazlıklarına uygulanmaktadır. Sözleşmeden doğan uyuşmazlıklara Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m. 24’de düzenlenen “akıt statüsü” ne tâbidir ²⁹⁶.

Koruma yeri hukuku kuralının, milletlerarası hukuk doktrini içinde önemli bir yeri olan “haksız fiilin işlendiği yer hukuku kuralı (lex loci delicti commissi)” olduğu söylenebilir. İnternet ortamında yararlanılan, fikir sanat ürünlerinin, yol açtığı kanunlar ihtilâfi sorunlarının çözümünde en fazla zorluk çıkaran unsur, “ihlâl yerinin” belirsizlik arz etmesidir. Çünkü, İnternetin kullanımı ile verilerin dünya üzerindeki serüveni oldukça hızlanmış ve kolaylaşmıştır. Bu sebeple, İnternetteki veri akışı ile bağlantılı sorunlara uygulanacak hukukun tespiti de zorlaşmaktadır. Korunan bir eserin, sahibinin izni olmadan İnternete verilmesi, kullanıcılar tarafından bilgisayarın hafızasına kaydedilmesi, yazıcıdan bir suretinin alınması, veri kaydedici araçlara kaydı gibi faaliyetler, fikrî hakların ihlâli olarak nitelendirilir. Bu faaliyetler tek kişi değil, kullanıcılar, servis sağlayıcılar, içerik sağlayıcılar tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu konuda bulunacak çözüm, kuralı uygulayacak olan mahkemeler, hak sahipleri, ihlâlin sùjeleri açısından dengeli olmalıdır. Ayrıca sözkonusu düzenleme, ihlâllerin takibi açısından karmaşık olmamalıdır. Zira sorumluluk sùjeleri ve hak sahipleri, dünyanın değişik ülkelerinde olabilir. Bu sebeple, ihlâllere uygulanacak olan hukukun tespiti önemlidir. Bu konuda kanunlar ihtilâfi çerçevesinde öneriler bazı çözüm önerileri vardır. Bunlar, fiil yeri hukuku kuralı, sonuç yeri hukuku kuralı, eser sahibinin mutad meskenin/işyerinin bulunduğu ülke hukuku kuralı ve diğer çözüm önerileridir. Aşağıda bunlar sırasıyla incelenmiştir.

²⁹⁵ Nomer, E, ; Devletler Hususî Hukuku, 10. Bası, İstanbul, 2000, s. 258.

²⁹⁶ Akipek/Dardağan, Sanal Ortam, s. 119.

A. Fiil Yeri Hukuku Kuralı

İnternette gerçekleşen fikrî hak ihlâllerine, sözkonusu ihlâlin gerçekleştiği yer hukukunun uygulanması gerektiği düşüncesi en fazla taraftar bulan öneridir. İnternette gerçekleşen fiillerden hangisi ihlâl kabul edilecektir? Bu konuda ihlâlin temel çekirdeği (root act) olarak kabul edilen “fiil” esas alınmalıdır. Meselâ; yükleme, kopyalama, kayıt fiilleri bunlardandır. İnternette fiil yeri hukukunun, uydu yayınlarından kaynaklanan fikrî hak uyuşmazlıklarında sözkonusu olan “yayın yeri hukuku” esas alınarak belirlenmektedir. Uydu yayınlarında, yayın yeri, “gönderme yeri” olarak da anılmaktadır²⁹⁷. Uydu yayınları ile eserden ekonomik olarak yararlanma süreci, ses ve görüntü taşıyıcı sinyallerin uyduya gönderilmesi ile başlar ve sinyallerin “hertz dalgaları” yardımıyla çeşitli ülkelerde bulunan alıcılara ulaşması ile sona erer. Uydu yayımına uygulanacak hukukun belirlenmesinde iki temel yaklaşım vardır. Bunlardan birincisi, uydu yayınlarından kaynaklanan fikrî hak ihlâli sorunlarına uygulanacak hukuk, sinyalin gönderildiği ülke hukukudur²⁹⁸. İkincisi ise, sinyalin gönderilmesinden yayının alınmasına kadar geçen bütün evreleri kapsar. Bu sonuç “İz (Bogsch)” teorisi olarak da adlandırılır. Sonuçta yayının alındığı ülkelerin hukuku, buna göre kümülâtif olarak uygulanır²⁹⁹.

Gönderme teorisinin ilk yaklaşımı esas alınır, fikir ve sanat ürünlerinin İnternete ilk kez verildiği, başka bir deyişle hafızaya ilk kez kaydedildiği ülke “haksız fiilin işlendiği yer” olarak kabul edilmektedir. Buna karşılık, “İz (Bogsch) Teorisi” olarak adlandırılan ikinci yaklaşım esas alınır, sanal ortamda ihlâlin yapıldığı her ülke hukukuna yetki verilmiş olur. Bu aslında sonuç yeri hukuku kuralından başka bir şey değildir. Sözkonusu yaklaşım aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Fikrî haklardan kaynaklanan sorunlara, Amerikan mahkemeleri pek çok kararında, sınır ötesi fikrî hak ihlâllerine, ihlâl fiilinin başladığı ülke hukuku olarak Amerikan hukukunu uyguladıkları görülmektedir³⁰⁰. Amerikan Temyiz Mahkemesi 2. Dairesinin kararlarında, ABD kaynaklı yayın sinyallerinin Kanadalı kullanıcılara ulaşmasından doğan uyuşmazlığa Amerikan hukukunun uygulanabileceği kabul edilmektedir³⁰¹. İnternette çoğaltma hakkı açısından, ilk kopyalama fiilinin ABD’nde gerçekleşmesi halinde, sonuç yeri neresi olursa

²⁹⁷ Akipek/Dardağan, Sanal Ortam, s. 123.

²⁹⁸ Dardağan, E. ; Kanunlar İhtilâfi Açısından Uydu Yayınlarından Kaynaklanan Telif Hakkı Sorunları, KÜHFD, Yıl 2, S. 2, s. 154 vd.

²⁹⁹ Dardağan, s. 156.

³⁰⁰ Akipek/Dardağan, Sanal Ortam, s. 124.

³⁰¹ National Football League v. Prime Time, 2000. Akipek/Dardağan, Sanal Ortam, dipnot 27’den naklen.

olsun, fikrî hak ihlâllerinin Amerikan hukukuna tabi olacağı, doktrinde ve mahkeme kararlarında kabul edilmektedir³⁰².

Internet ortamında gerçekleşen fikrî hak ihlâli uyuşmazlıklarının fiil yeri hukukuna tabi olmasının olumlu ve olumsuz yönleri vardır. Fiil yeri hukuku kuralının olumlu yanları, bu çözümün basit ve pratik olmasıdır. Buna göre fikrî hukuk bakımından korunan eserin sunucuya yüklendiği ve ilk kopyasının bu şekilde çıkarıldığı ülke hukuku, ihlâl edici sonuç dünyanın neresinde çıkarsa çıksın uygulanacaktır. Bu sistemde Internete yüklenen esere kullanıcıların nerede eriştiklerinin önemi yoktur. Böyle bir sonuç, uygulanacak hukukun tespitinde en pratik yoldur. Bu çözümün Internete erişimi sağlayan aracı kurumlar olan servis sağlayıcılar için “öngörülebilirlik” açısından getirdiği kolaylıklar da vardır. Buna göre servis sağlayıcılar sonuç yeri hukukuna bakmadan, eserin Internete ilk kez yüklendiği ülke hukukuna uygun hareket etmekte sorumluluktan kurtulurlar³⁰³. Kolay bir çözüm olarak ileri sürülen fiil yeri hukuku bağlanma kuralı, eser sahipleri açısından haklarının da basitçe ihlâl edildiği bir çözüm haline de gelebilir. Bu sistemin olumsuz noktası ise, onun “kötüye kullanılması” tehlikesidir. Zira eserin Internete ilk kez yüklendiği ülke hukukunun yetkili kılınmasıyla, kötü niyetli kişiler, eserleri fikrî hak korumasının en zayıf olduğu ülkede Internete yüklemek isterler. Bunun sonucu olarak hak sahipleri yaygın hak ihlâlleri ile karşılaşır. Yayın yeri hukukunun yetkili kılınması, bu olumsuzluklarına rağmen, uluslararası doktrinde ve düzenlemelerde tercih edilen bir çözüm yoludur³⁰⁴.

B. Sonuç Yeri Hukuku Kuralı

Internetin interaktif özelliği sebebiyle, kullanıcılar, eriştikleri ve kendi bilgisayarına kaydettikleri fikir sanat ürünlerini, aynı zamanda başkalarına iletebilecek potansiyel bir vericidir. Bu sebeple doktrinde yerel, yani her ihlâl edici sonucun doğduğu ülke hukukunun uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür. Bununla birlikte, Internette fikir sanat eserlerinin kullanılmasından kaynaklanan fikrî hak ihlâllerine sonucun meydana geldiği ülke hukukunun uygulanması, cevaplanması gereken sorulara da beraberinde getirmektedir. Bunlar; sonuç yerinin nasıl tespit edileceği ve sonuç yerinin birden fazla olması halinde, uyuşmazlığın nasıl çözüleceğidir.

³⁰² Akipek/Dardağan, Sanal Ortam, s. 125.

³⁰³ Akipek/Dardağan, Sanal Ortam, s. 125.

³⁰⁴ Akipek/Dardağan, Sanal Ortam, s. 126.

İnternete verilen eserin eşzamanlı olarak birden fazla sonucu olabilir. Sonuç süreci, yani ihlâl edici davranışlar çok çeşitli biçimlerde karşımıza çıkabilir. Gerçekten de, ihlâl türleri, eserin İnternete yüklenmesi, kullanıcı tarafından görüntülenmesi, link verilmesi, değişim programları vasıtasıyla değiştirilmesi, bilgisayara kaydedilmesi, yazıcıdan bir suretinin alınması, veri kaydedici araçlara kaydı gibi çok değişik biçimlerde gerçekleşebilir. Hakim görüşe göre, eserlerin İnternete verilmesi ve İnternet kullanıcılarının bağlantı sayesinde bunlara erişmeleri “sonuç” olarak kabul edilmektedir³⁰⁵.

Esere dünyanın her yanından eşzamanlı olarak erişim imkânının olduğu dikkate alınır, fikrî hak ihlâlinin dünya çapında gerçekleştiği görülür. Bu durumda eser sahibinin açacağı davada, dünyanın değişik ülkelerindeki tazminat taleplerini ya tek bir ülke mahkemesinin önünde talep etmesi veya tek tek ihlâlin yapıldığı ülkelerde dava açması gibi bir sonuç doğar. Her ihlâl edici davranış için, ihlâlin yapıldığı ülkede dava açmak eser sahibi için uygulanması imkânsız bir yoldur. Bu sebeple eser sahibi tarafından tercih edilmez.

Dünyanın her yanındaki ihlâller için tek bir ülke mahkemesine dava açılması halinde ise, talebin yapıldığı ülke hukuku bu tür davalara imkân tanısa bile, kararın tanınması ve uygulanması sorun yaratır. Ayrıca davanın açıldığı ülke mahkemesinin dünya çapında, ihlâlin yapıldığı tüm ülke hukuklarını tespit edip buna göre tazminat hesabı yapması içinden çıkılmaz sorunlara sebep olur³⁰⁶. Bu kabul edildiği takdirde, İnternete erişimi sağlayan servis sağlayıcılar ve girişimciler bakımından da, olumsuz sonuçlar doğar. Gerçekten de, girişimci, değişik içeriğe sahip, değişik ülke hukuklarına uymak gibi bir yükümlülük altına sokulmuş olur ki, bu hakkaniyetle bağdaşmaz. Görüldüğü gibi, sonuç yeri hukukuna bağlanma, eser sahipleri bakımından olumlu, girişimciler ve mahkemeler bakımından olumsuz sonuçlar doğuracaktır³⁰⁷.

C. Eser Sahibinin Mutad Meskeninin/İşyerinin Bulunduğu Yer Hukuku Kuralı

Doktrinde, İnternette sonuç yerinin tespiti ve sonuç yeri hukukuna bağlanmanın yarattığı zorluklar sebebiyle, ihlâlden zarar gören eser sahibinin mutad meskeni hukukunun uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu görüşü savunan yazarlara göre, fikir ve sanat eserlerinin sanal ortamda ihlâl edilmesi sonucunda, eser sahibinin kazanç kaybına uğradığı yer, manevî haklarının ihlâl edilmesinden doğan üzüntüyü yaşadığı yer, eser sahibinin mutad

³⁰⁵ Akipek/Dardağan, Sanal Ortam, s. 127.

³⁰⁶ Akipek/Dardağan, Sanal Ortam, s. 128.

³⁰⁷ Akipek/Dardağan, Sanal Ortam, s. 128.

meskeni ve işyerinin bulunduğu yerdir. Özellikle ihlâlin ekonomik sonucu dikkate alındığında, eser sahibinin mutad meskeninin/işyerinin bulunduğu yerin, zararın meydana geldiği yer olarak belirlenmesi mümkündür. Bu yetki kuralının kabul edilmesi ile, sonuç yeri hukukunun yaratacağı karmaşıklık ortadan kalkmakta, eser sahibine bağlı olarak, tek bir ülke hukuku yetkili olmaktadır³⁰⁸.

Kanaatimizce, eser sahibinin mutad mesken/işyerinin bulunduğu ülke hukukunun kabulü bazı sorunları da beraberinde getirmektedir. Çünkü bu halde, fikrî haklar alanında tüm yetkinin eser sahibinin inisiyatifine bırakılması ve tüm dünyada buna uyma mecburiyeti yaratmak gibi bir sonuç doğmaktadır. Bu aynı zamanda, fikrî hakların yerelliği ile de bağdaşmaz. Bu sebeple ihlâle, fiilin gerçekleştiği yer devletinin, eser sahibinin mutad mesken hukukunun uygulanmasını kabul etmesi pek mümkün değildir.

D. Diğer Çözüm Önerileri

Yukarıda incelenen tüm çözüm önerilerinin olumlu veya olumsuz yönleri vardır. Bunlardan birisinin benimsenmesi durumunda, sanal ortamın aktörlerinden biri lehine diğerlerinin aleyhine sonuçlar doğmaktadır. Sanal ortamın başlıca aktörleri olan kullanıcılar, eser sahipleri, servis sağlayıcılar ve ihlâlin tartışıldığı mahkemelerdir. Yukarıda ayrıntılı olarak incelenen çözüm yollarından birinin benimsenmesi bazı aktörleri mağdur ederken, bazıları lehine çok büyük avantajlar doğurmaktadır. Bu sebeple, bulunacak olan çözümün bunlar arasında dengeli ve uygulanabilir nitelikte olması gerekir.

Kanaatimizce, İnternette kamuya iletilen eserler üzerinde tüm dünyada etkili ve yeterli bir koruma sisteminin temini ve tarafların menfaatlerinin dengelenmesi, büyük oranda milletlerarası yeknesaklaştırma çalışmalarına bağlıdır. Klâsik ihtilâf kurallarının getirdiği çözümlerin yetersiz kaldığı noktada, maddî nitelikli milletlerarası sözleşme hükümleri getirilmelidir.

³⁰⁸ Akipek/Dardağan, Sanal Ortam, s. 128.

E. Türk Hukuku Açısından Çözüm

Türk kanunlar ihtilâfi hukuku, MÖHUK m. 25’de, haksız fiilleri, klâsik çözüme paralel olarak, işlendiği yer hukukuna tabi tutmuş, haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı olması halinde, zararın meydana geldiği hukukuna yetki tanımıştır. İnternette fikir sanat ürünlerinin kamuya sunulmasında, haksız fiilin, eserlerin sanal ortama iletilmesi, haksız fiilin sonucunun ise, sözkonusu eserin bu yolla kamuya sunulması olduğu kabul edilecek olursa, fiilin işlendiği yerin tek, zararın meydana geldiği yerin ise birden fazla olduğu bir durum sözkonusu olmaktadır³⁰⁹.

Zarar yerinin birden fazla olduğu haksız fiiller konusunda ileri sürülen çözüm önerileri dikkate alınarak, MÖHUK m. 25 ışığında, yukarıda da açıklandığı üzere eser sahibinin en fazla yararına olan “sonuç yeri hukukunun” sanal ortam açısından “zararın gerçekleştiği yer hukuku” sıfatıyla uygulanabileceği söylenebilir. Fakat bu konuda da yukarıda açıklanan sorunlar gözden uzak tutulmamalı ve bunlar arasında korunmak istenen menfaate göre bir tercih yapılmalıdır³¹⁰.

III. Fikrî Hak İhlâllerine Kanunlar İhtilâfi Dışında Çözüm Önerileri

A. Milletlerarası Yeknesaklaştırma Çalışmaları

Fikrî haklar alanındaki en önemli çok taraflı metinlerden olan Bern Konvansiyonu, fikir ve sanat ürünlerinin İnternette sunulmasına ilişkin hükümler içermemektedir. Fikrî hakların korunması bakımından güçlü bir milletlerarası sistem kurmak isteyen en önemli örgütlerden biri Dünya Fikri Mülkiyet Örgütüdür (WIPO). Bu örgütün öncülüğünde düzenlenen 1996 yılındaki konferansta İnternet sözleşmeleri olarak da adlandırılan iki Antlaşma kabul edilmiştir. Bu Antlaşmalar; WIPO Telif Hakları Antlaşması ve WIPO İcralar ve Fonogramlar Antlaşmasıdır³¹¹.

WIPO Telif Hakları Antlaşmasına göre, taraflar fikir ve sanat eseri sahiplerinin haklarının etkili ve ortak bir şekilde korunmasını sağlamak ve bu hakları geliştirmek konusunda anlaşmışlardır. Ayrıca devletler millî hukuk sistemlerinde, eser ve eser sahibine ait hakların korunmasına ilişkin etkili ve ihlâl durumunda uygun yaptırım uygulama

³⁰⁹ Akipek/Dardağan, Sanal Ortam, s. 132.

³¹⁰ Akipek/Dardağan, Sanal Ortam, s. 133.

³¹¹ Arıkan, s. 92.

yükümlülüğü altındadır³¹². Fakat her iki Antlaşmada da, sanal ortamda gerçekleşen hak ihlallerine uygulanacak hukuk ve yargılama yetkisi konusunda bir sistem geliştirememiştir³¹³. Çünkü yargı yetkisi devletler tarafından egemenliğin zorunlu bir unsuru olarak kabul edilmekte ve kıskançlıkla korunmaktadır.

AB’de fikrî hakların Internette korunmasına ilişkin olarak, üye ülke hukuklarının uyumlulaştırılması çalışmaları önemli boyutlara varmıştır. Fikrî haklar alanında yapılan tüm çalışmalara rağmen, üye devletlerin yargılama yetkisi ve uygulanacak hukuk konusunda bugün bile oldukça katı davrandıkları söylenebilir.

B. Lex Mercatoria’nın Uygulanabilirliği

Lex mercatoria³¹⁴, milletlerarası ticaret alanında, millî hukuk düzenleri dışında, hakkaniyet ilkeleri çerçevesinde gelişen ve kullanılan genel ilkeler, teamül kurallarından meydana gelen hukuktur. Bu hukuk daha çok milletlerarası unsurlu sözleşmeler alanında tahkim tarafından kurallar içerisinde kendisine yer bulmaktadır.

Lex mercatoria, daha çok sözleşmeler alanında uygulanmaktadır. Oysa sanal ortamda gerçekleşen fikrî hak ihlalleri daha çok sözleşme dışı olarak işlenmektedir. Buna rağmen Internette gerçekleşen fikrî hak ihlallerine lex mercatoria’nın uygulanmasının büyük yararları vardır. Bunun en büyük yararı, fikrî hakların korunması bakımından birbirinden çok farklı olan değişik ve belirsiz ülke hukuklarından kaynaklanan uygulamadaki zorlukları ortadan kaldırmasıdır³¹⁵.

Fikrî hakların Interne üzerinden kamuya sunulmasıyla beraber, klâsik koruma yöntemleri yanında, klâsik kanunlar ihtilâfi kuralları da sorunu çözmeye yetersiz gelmeye başlamıştır. Yukarıda açıklanan tüm bu çözüm önerileri gözden geçirildiğinde, daha çok ön plana çıkan öneriler arasında fiil yeri hukukunun ve sonuç yeri hukukunun genel kabul gören bağlanma kuralları olduğu görülür.

Kanaatimizce, Internette gerçekleşen fikrî hak sunumlarından kaynaklanan fikrî hak ihlalleri konusunda milletlerarası yeknesaklaştırma çalışmaları hızla sonuçlandırılmalıdır. Sanal ortamın tüm aktörlerinin durumları göz önüne alınarak hak sahipleri ve dolayısıyla, fikrî hakların korunması açısından etkili ve gerçekçi bir sistem kurulmalıdır. Ülkelerin tek tek yapacağı düzenlemelerin, Internetin sınır ötesi eş zamanlı erişilme özelliği sebebiyle yetersiz

³¹² Akipek/Dardağan, s. 134.

³¹³ Arıkan, s. 92.

³¹⁴ “Lex Mercatoira” teriminin henüz Türkçe bir karşılığı bulunmadığından çalışmamızda bu şekliyle kullanıştır.

³¹⁵ Akipek/ Dardağan, Sanal Ortam, s. 135.

kalmaya mahkumdur. Bu sebeple sözkonusu alanda yapılması gereken, yargılama yetkisi ve uygulanacak hukukun tespiti bakımından milletlerarası bir sistemin kurulmasıdır.

§ 9. İNTERNETTE FİKRÎ HAK İHLÂLLERİNE KARŞI FSEK'TEKİ DÜZENLEMELER

FSEK 5 nci bölümde, hukuk ve ceza davaları düzenlenmiştir. “A” bölümünde hukuk davaları, FSEK m. 66 ve devamında; “B” bölümünde FSEK m. 71 ve devamında ise, ceza davalarına yer verilmiştir. Aşağıda bunlar sırasıyla incelenmiştir.

5101 sayılı Kanun ile FSEK Ek 4 ncü maddede yapılan değişiklikle hem cezaî hem de hukukî niteliği olan karma bir sistem getirilmiştir. Aşağıda yeri geldikçe yeni düzenleme üzerinde de durulacaktır.

I. Fikrî Hak İhlâllerine Karşı Açılabilir Hukuk Davaları

A. Genel Olarak

Eser sahibinin malî ve manevî haklarına İnternet üzerinden tecavüz edilmesi halinde “tecavüzün ref'i (kaldırılması”, “tecavüzün men'i (önlenmesi)” ve “tazminat” davaları açılabilir. Bunlar FSEK m. 66 ile 70 arasında düzenlenmiştir.

Tecavüzün kaldırılması davası, FSEK m 66'da genel olara düzenlendikten sonra, FSEK m. 67'de manevî hakların ihlâl edilmesi halinde açılacak dava ve FSEK m. 68'de malî hakların ihlâli halinde açılacak dava olmak üzere özel olarak düzenlemiştir.

Tecavüzün kaldırılması davası, başlamış ve devam eden fikrî hak ihlâlinin sona erdirilmesi için açılır. FSEK m. 66/3'e göre, bu davanın açılması için mütecavizin kusurlu olması şart değildir³¹⁶. İnternet üzerinden fikrî haklar bakımından korunan bir eserin üzerindeki hakları ihlâl edilen hak sahibinin mahkemeye tecavüzün kaldırılması için dava açmasından sonra, FSEK m. 66/4'e göre, mütecavizin kusuru ve ağırlığına göre, ihlâlin ortadan kaldırılması için gerekli tedbirleri alır. Burada mahkeme, ilk olarak eserin İnternet ortamından kamuya sunulmasını durduracak tedbirleri almalıdır. Çünkü eser İnternette kaldığı sürece ihlâl edilmeye devam eder.

³¹⁶ Erel, s. 292 vd.

Tecavüzün önlenmesi davası, fikrî haklara tecavüz tehlikesi veya tecavüzün başlaması ihtimalinin yüksek olduğu durumlarda, bu tecavüzün önlenmesi için açılabilir³¹⁷. Bu dava FSEK m. 69'da düzenlenmiştir. Sözkonusu davanın açılması için, zararın doğmasına gerek olmadığı gibi yine mütecavizin kusurunun da bulunması şart değildir. FSEK m. 69/II, 66/II,III ve IV fıkralarına atıfta bulunmak suretiyle kusurun aranmadığını vurgulamış ve yine önlenme talebinin bulunduğu davanın açıldığı mahkemenin, bu tecavüzün doğmaması için gerekli önlemleri alması gerektiğini vurgulamıştır³¹⁸.

FSEK m. 70'de tazminat davası düzenlenmiştir. Tazminat davasından amaç, eser sahibinin malvarlığında meydana gelen azalmayı ve manevî yıpranmayı gidermektir. Bu konu aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

5101 sayılı Kanun ile FSEK Ek 4 ncü maddede yapılan değişiklikle, tam anlamı ile dava özelliği taşımasa da, Internet ortamında, içerik sağlayıcılar ve servis sağlayıcıların hak ihlallerine karşı hukukî bir çare olarak getirilmiştir.

B. Manevî Haklara Tecavüz Halinde Tecavüzün Kaldırılması Davası

Internette ihlâl potansiyeli yüksek olan manevî haklar yukarıda ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bu haklar, FSEK m. 14'de düzenlenen umuma arz yetkisi, FSEK m. 15'de düzenlenen eser sahibi olarak tanıtılma hakkı ve FSEK m. 16'da düzenlenen eserde değişiklik yapılmasını engelleme yani eser bütünlüğünü koruma haklarıdır. Sanal ortamda, özellikle link verme ile eserin aidiyeti konusunda karışıklıklara neden olunmakta, ayrıca eserin doğrudan metin kısmına link verme sebebiyle, eserin kısmen görüntülenmesi yoluyla eser sahibinin hakları ihlâl edilmektedir.

FSEK m. 67'de eser sahibinin manevî hakların tecavüz halinde tecavüzün kaldırılması davasının açılabileceği düzenlenmiştir. Kanun metni oldukça ayrıntılı olarak ihlâl edilen her hak türüne göre hak sahibince ileri sürülebilecek talepleri düzenlemiştir.

Eser sahibinin eserde adının belirtilmesi hakkı ihlâl edilmişse, eser sahibi, bunun telafisi için, esere adının konulmasını, yanlış olarak verilen ismin düzeltilmesini, iltibasın ortadan kaldırılmasını isteyebilir. Kanaatimizce, sanal ortamda sözkonusu hüküm şu şekilde uygulanabilir. Eser sahibinin web sayfasına, derin link verilmek suretiyle, doğrudan alt sayfalara verilen linklerin engellenerek, web sayfasının anasayfasına girildikten sonra, alt

³¹⁷ Yasaman, H. ; Fikrî Haklarda Tazminat İle İlgili Bazı Sorunlar, Prof. Dr. Ömer Teoman'a Armağan, Cilt I, İstanbul 2002, s. 807.

³¹⁸ Yasaman, s. 806.

sayfalara girilmesini, yani eserin aidiyeti konusunda iltibasa neden olunmaması engellenebilir. FSEK m. 67/2 ayrıca mahkeme hükmünün üç gazete yayınlanabileceğini hükme bağlamıştır. Burada gazete yayını yerine, ihlâli yapan web sayfasında hükmün yayınlanmasına da karar verebilmelidir.

Eserde değişiklik yapılmasını ortadan kaldırmak, eser sahibinin manevî haklarından biridir. Eser sahibinin izni olmadan eser, haksız olarak değiştirilmiş ise, eser sahibi bunların bu haliyle çoğaltılmasını, yayın ve temsilini, radyo ile yayını önleyebilir. Bu eser sahibi tedavülde bulunanların düzeltilmesini, eski hale getirilmesini talep edebilir.

C. Malî haklara Tecavüz Halinde Tecavüzün Kaldırılması Davası

Yukarıda da ayrıntılı olarak incelendiği gibi, FSEK eser sahibinin malî haklarını sınırlı sayı ilkesine göre saymıştır. Konumuz açısından Internette ihlâl potansiyeli yüksek olan malî haklar yukarıda incelendiğinden, burada sadece adlarının belirtilmesi ile yetinilecektir. Bu haklar, FSEK m. 21’de düzenlenen işleme hakkı, FSEK m. 22’de düzenlenen çoğaltma hakkı, FSEK m. 25’de düzenlenen Internet yoluyla kamuya iletim hakkıdır.

FSEK m. 68’de, malî haklara tecavüz halinde, eser sahibine verilen hukukî imkânları iki kategoriye ayırmıştır. Bunlar;

FSEK 68/1’de düzenlenen ve eser sahibinin malî haklarının ihlâl edilmesi halinde, kendisinden izin alınmadan icra edilen ihlâl edici davranışı, kendisi sözleşme yapsaydı isteyebileceği bedeli veya emsal ya da rayiç bedel itibarıyla uğradığı zararın en çok üç kat fazlasını isteyebilir.

FSEK m. 68/2’a göre izinsiz olarak çoğaltılmış nüshalar henüz satışı sunulmamışsa, eser sahibinin bazı seçimlik hakları vardır. Bunlardan birincisi, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların imhasını, ikincisi ise, çoğaltılmış nüshaların, film ve kalıpların maliyetini aşmayan bir bedelle kendisine devrini talep edebilir. Nihayet eser sahibinin bu konudaki haklarından üçüncüsü, mütecaviz ile sözleşme yapsaydı isteyebileceği bedelin üç katı fazlasını talep etmektedir.

Mütecavizin sözleşme bedelinin üç katını ödemesinin niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş bunun, fikrî hakların korunmasında etkili bir sistemin kurulması için öngörülen ceza niteliğinde bir tazminat olduğunu savunmaktadır³¹⁹. Buna karşılık diğer bir görüş, bedel talep edilip ödendiğinde, hak sahibinin mütecaviz ile münhasır nitelik taşımayan ve çoğaltılan

³¹⁹ Yasaman, s. 811.

kopya adedi ile sınırlı olan bir lisans sözleşmesi yapmış bulunduğunu ileri sürmektedir. Buna göre böyle bir halde, lisans sözleşmesi yapıldığı kanunen kabul olunmakta ve hak sahibinin aldığı bedel yanında, bir sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlara sahip bulunduğunu ileri sürmektedirler. Türk hukukunda bu görüş özellikle Tekinalp tarafından savunulmaktadır.³²⁰

Yargıtay 11 nci Hukuk Dairesi bir kararında³²¹ Tekinalp'in görüşüne benzer içtihatla bulunmuştur. "... olayda davacı bedel istemiş ve zikredilen madde hükmü gereğince, davacı lehine buna hükmedilmesi halinde, artık tecavüzün ref'i talebinde bulunulamaz. Mahkemece, davacının FSEK m. 68'deki tazminat talebine karar verilmiş ve davacı tarafından bu alınmakla, taraflar arasında, sözleşme yapılmış gibi bir durum hasıl olmakta ve davalının kullanma ve çoğaltma durumu yasal hale gelmektedir. 68 nci maddenin düzenleme amacı budur...³²²" şeklinde ifadelere yer vermiştir. Biz de bu konuda, gerekçelerini haklı bulduğumuz Yargıtay ve Tekinalp'in görüşüne katılmaktayız. Zira başka türlü düşünüldüğünde, denge hak sahibi lehine aşırı oranda bozulmaktadır.

D. Fikrî Haklara Tecavüz Halinde Tecavüzün Önlenmesi Davası

FSEK m. 69'da fikrî haklara tecavüz halinde tecavüzün önlenmesi için düzenlenmiştir. Tecavüzün önlenmesi davası, malî veya manevî haklara bir tecavüz tehlikesinin ortaya çıkması ile açılabilir bir davadır. Davanın açılması için, mütecevizin kusuru aranmadığı gibi, hak sahibinin zararının doğmuş olması da gerekmez. FSEK m. 69/2'de, 66 ncı maddenin 2, 3 ve 4 ncü fıkralarının burada da uygulanacağını belirtilmekle yetinmiştir.

³²⁰ Tekinalp, s. 303.

³²¹ 11. Hukuk Dairesi'nin 07.07.1987 tarih ve 1987/1836-4331 sayılı kararı için bkz. Yasaman, s. 810.

³²² Yasaman, s. 810.

E. Tazminat Davası

FSEK m. 70'de tazminat davası üç ayrı duruma göre düzenlenmiştir. Bunlar, manevî tazminat davası, maddî tazminat davası ve vekaletsiz iş görmeye dayalı olarak elde edilen kârın devredilmesi davasıdır. Aşağıda sözkonusu davalar sırasıyla ele alınmıştır.

1) Maddî tazminat davası

FSEK m. 70/2'ye göre, malî hakları ihlâl edilen kimse, tecavüz edenin kusuru varsa, haksız fiillere ilişkin hükümlere göre, tazminat davası açabilir. Burada açıkça haksız fiille atıfta bulunulduğu için, Borçlar Kanununun haksız fiile ilişkin m.41 ve devamı maddeleri uygulanır. Malî haklara tecavüz, hak sahibinin malvarlığında fiilî bir azalma olabileceği gibi, kârdan mahrumiyet olarak da ortaya çıkabilir.

2) Temin edilen kârın devri davası

FSEK m. 70/3'e göre, maddî ve manevî hakları ihlâl edilen hak sahibi, tazminattan başka, temin edilen kârın kendisine verilmesini talep edebilir. Tazminat niteliğinde olmayan bu talebin temeli, BK 412/2'de düzenlenen, gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeden³²³ kaynaklanmaktadır. Böyle bir talepte bulunmak için, tecavüz edenin kusurunun varlığı şart değildir. Yapılan ihlâl edici davranış, hak sahibinin yararına olmasa bile bu düzenleme ile, eser sahibi, yapılan işten elde edilen kârı temellük etme hakkına sahip olmaktadır³²⁴.

Kârın devri ile, eser sahibinin fiilî zararı veya mahrum kaldığı kârı karşılanabiliyorsa, maddî tazminata hükmedilemez. Çünkü malvarlığında tazmini gerektiren bir sebep kalmamıştır. FSEK m. 70/3'ün son cümlesine göre, m. 68' göre bir bedel tahsil edilmişse, bu temin edilen kârdan mahsup edilir. Hak sahibinin FSEK m. 68 veya m. 70/3 meddesine dayanan taleplerden hangisi yüksekse onu talep etme hakkı vardır. Nitekim Yargıtay bir kararında³²⁵: "... Davacının FSEK 68 ve 70/3 maddelerine dayanan taleplerinden en yüksek olanı isteme hakkı olduğu..." ifadesine yer vermiştir.

3) Manevî tazminat davası

³²³ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Akbıyık, Azra Arkan; Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme, İstanbul 1999, s. 61 vd.

³²⁴ Yasaman, s. 816.

³²⁵ 11. Hukuk Dairesi'nin 31.03. 1997 tarih ve 1997/1850-2313 sayılı karar, bkz. Yasaman, s. 817.

Manevî hakları ihlâl edilen hak sahibi, bu konuda uğradığı zarara karşılık olarak kendisine tazminat ödenmesini talep edebilir. Manevî tazminat davası, FSEK m. 70'de düzenlenmiş ve düzenlemede mütecevizin kusurlu olması aranmamıştır. Buna rağmen sözkonusu dava, haksız fiil esasına dayandığından, davada kusur unsurunun aranması gerektiği doktrinde bir görüş tarafından savunulmaktadır³²⁶. Buna karşılık diğer bir görüş, FSEK sisteminde manevî tazminat için kusur aranmayacağını ileri sürmektedir. Bu görüşü savunan yazarları göre, FSEK kusursuz sorumluluk sistemini kabul etmiştir³²⁷. Bu görüşü savunan Tekinalp'e göre, FSEK 70/1'de yapılan düzenleme ile, fikrî hakların ihlâli halinde mütecevizin kusurunun aranmaz³²⁸.

Kanaatimizce, haksız fiil esasına dayanan bu davada kusurun varlığının aranması gerekir. Çünkü, Türk hukukunda asıl olan BK 41'da düzenlenen "kusur sorumluluğudur". Kusursuz sorumluluğun sözkonusu olması için kanunlarda özel düzenleme olması gerekir³²⁹. Başka bir deyişle, kusursuz sorumluluk hali için, kanununun açık bir ifadesi ile, kusur aranmadığının düzenlenmesi gerekir. FSEK m. 66 ve 69'da açık bir ifade ile, kusurun aranmadığı vurgulanmıştır. Buna karşılık, manevî tazminatı düzenleyen FSEK m. 70'de bu konuda açık bir hüküm yoktur. Gerçekten de sözkonusu hükümde, kusurun aranmadığı açıkça düzenlenmemiş hatta kusurdan bahsedilmemiştir. Bu durumda Türk hukuku bakımından kusurun arandığını söyleyebiliriz. Mahkeme, manevî tazminat olarak bir miktar para³³⁰ ödenmesine karar verebileceği gibi, ek olarak veya para yerine başka yaptırımlara da hükmedebilir. Bunlar, para yerine veya parayla birlikte özür dileme, İnternetteki ihlâli işleyen kişinin web sayfasında bunun ilanı gibi yaptırımlardır³³¹.

II. Fikrî Hak İhlâllerine Karşı Açılacak Ceza Davaları

Fikrî hak ihlâllerine karşı açılacak ceza davaları, FSEK m. 71 ve devamında düzenlenmiştir. Fikir ve sanat hakları alanında işlenen ihlâller için yaptırımlarda paralelliği sağlamak ve TRIPS m. 63'deki, ihlâllere uygulanacak cezaların caydırıcı olması yükümlülüğünü yerine getirmek için FSEK'teki hapis ve para cezaları 2001 yılında yapılan

³²⁶ Yasaman, s. 812.

³²⁷ Tekinalp, s. 309 vd.

³²⁸ Tekinalp, s. 309 vd.

³²⁹ Yasaman, s. 813.

³³⁰ Buna karşılık TMK m. 121'e göre, nişanın bozulmasından doğan manevi tazminat ancak para olarak hükmedilebilir.

³³¹ Tekinalp, s. 309 vd.

değişikliklerle ağırlaştırılmıştır . Fakat bu cezalar oldukça ağır hapis ve para cezaları idi. Daha makûl ve uygulanabilir ceza hükümleri getirmek için 5101 sayılı Kanun ile, hapis cezaları azaltılmış, para cezaları ek ceza olarak değil alternatif ceza olarak düzenlenmiştir. Böylece hâkime dilerse para, dilerse hapis cezası verme, ayrıca ihlâl fiili ağırsa, her ikisine birden karar verme yetkisi tanınmıştır.

FSEK ceza hükümlerini düzenlerken m. 71’de manevî haklara tecavüz halinde uygulanacak yaptırımları, m. 72’de, malî haklara tecavüz halinde uygulanacak yaptırımları, m. 73’de ise değişik suç tipleri düzenlemiştir. Fakat sözkonusu yaptırımların konumuz bakımından uygulanma ihtimali bulunmadığından burada incelenmemiştir.

A. Manevî Hakların İhlâli Halinde Ceza Davası

FSEK m. 71’de ihlâl edilen hak türüne göre ayırım yapmak suretiyle, cezalar öngörülmüştür. Buna göre ***kasten***, eser sahibi veya halefinin yazılı izni olmadan, bir eseri umuma arz etmek veya yayımlamak yasaktır. Yine eser sahibinin veya halefinin yazılı izni olmadan, bir esere veya nüshalarına ad koyan, başkasının eserini kendi eseri veya kendisinin eserini başkasının eseri olarak gösteren veya 15 nci maddeye aykırı hareket eden, kaynak göstermeyen veya yanlış veya kifayetsiz aldatıcı kaynak gösteren, eser sahibinin yazılı izni olmadan eseri değiştirenler Kanunun son fıkrasına göre cezalandırılır.”

Kanun, cezalandırıcı sonucun doğması için, “kasıt” unsurunu, mutlak surette aramıştır. İnternet ortamında, bu cezalandırıcı sonuçlar, fikrî hak ihlâllerinin sujelerinden olan kullanıcılar ve içerik sağlayıcılar bakımından doğar. Çünkü İnternet ortamında aktif olarak hareket edenler, sanal ortama fikir sanat eserlerini veren içerik sağlayıcılar ve bunlardan hukuka aykırı olarak yararlanan kullanıcılarıdır. Servis sağlayıcılar genellikle, aracı kurumlar olarak ihlâl edici davranışı aktif olarak icra etmeyip, sadece teknik altyapıyı sunmak suretiyle ihlâl edici sonucun doğmasına katkıda bulunmaktadırlar.

B. Malî Hakların İhlâli Halinde Ceza Davası

5101 Sayılı Kanunla FSEK m. 72 yeniden düzenlenmiştir. Buna göre, bu Kanuna aykırı olarak, kasten, bir eseri her hangi bir şekilde işleyen, herhangi bir şekilde çoğaltan, çoğaltılan nüshaları satan veya satışı veyahut tedavüle arz eden ve konumuz bakımından önemli olan, dijital iletim de dahil olmak üzere her nevi işaret, ses, ve/veya görüntü iletimine yarayan araçlarla yayan veya yayına aracılık edenler, maddenin son fıkrasındaki cezalara çarptırılır.

Yukarıdaki fiilleri işleyen fail hakkında cezai sorumluluğun doğması için, Kanun “kast” unsurunu aramıştır. İnternette kamuya iletim hakkı bakımından aracı kurum veya kişilerin sorumluluklarına ilişkin bir hükümdür. Kanun bu düzenleme ile, İnternet servis sağlayıcılarının, sanal ortamda fikir ve sanat ürünlerinin kullanılmasından fikrî hak ihlâli doğması halinde, sorumlu olacaklarını açıkça hükme bağlamıştır. Sorumluluğun doğması için, aracılardan fikrî hak ihlâline neden olan fiilî kasten yapmaları, yani aracılık faaliyetini bilerek isteyerek yapmaları, bundan hak sahibinin zararının doğması, zarar ile aracılık faaliyeti arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir. Belirtmek gerekir ki, bu sorumluluk için, eylemin hukuka aykırı da olması gerekir. Fikrî hak ihlâline yol açan davranış bakımından bir hukuka uygunluk sebebinin bulunmaması gerekir. Hukuka uygunluk sebebi olarak, FSEK m. 38’deki şahsî kullanım istisnası veya Amerikan hukukunda geçerli olan dürüst (adil) kullanım (fair use) gibi hallerin bulunmaması gerekir.

C. FSEK Ek 4 ncü Madde Düzenlemesi

Yukarıda belirtildiği gibi 5101 Sayılı Kanunla FSEK EK 4 ncü maddede yapılan değişiklik sonucu, Türk hukukunda Amerikan Dijital Çağ Telif Hakları Kanunundaki “uyarı kaldırma” sisteminin basit bir şekli getirilmiştir. İnternet ortamında özellikle, içerik sağlayıcılar ve servis sağlayıcılar tarafından işlenen fikri hak ihlâllerine karşı bir çare olarak getirilmiştir. Burada fikri hakları ihlâl edilen hak sahiplerinin öncelikle içerik sağlayıcıya üç gün içinde ihlâle son verilmesi istenir. İçerik sağlayıcı ihlâle son vermediği zaman Cumhuriyet Savcılığına başvurulur ve servis sağlayıcıdan, içerik sağlayıcıya verdiği hizmeti durdurması istenir. İçerik sağlayıcı, eğer fikri hak ihlâline son verirse, servis sağlayıcı tekrar hizmet vermeye başlar. FSEK Ek 4 ncü maddenin son fıkrasına göre, kanunun sağladığı hakları ihlâl etmeye devam eden bilgi içerik sağlayıcılar hakkında FSEK m. 72 nci maddesinin 2 nci bendi hükümlerine göre cezalandırılır. Bu sistem, fikri hak ihlâllerine karşı,

hak sahiplerine tanınan ceza hukuku karakteri ağır basan bir kurumdur. Fakat yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan bazı eksiklikleri vardır.

SONUÇ

Fikrî haklar, eser sahiplerinin yaratıcı çalışmalarının bir ürünü olarak, korunmaktadır. Matbaanın icadından itibaren, giderek gelişen bir fikrî hak koruma sistemi kurulmuştur. Etkili fikrî hak koruma sistemi kurulması ile, hem eseri meydana getirenler hem de fikrî haklar alanında büyük yatırımları olan girişimciler bunun karşılığını alabilirler. Dünyadaki en etkili koruma sistemi ABD ve AB bünyesinde kurulmuştur. Hatta ABD ekonomisinin, etkili fikrî hak koruma sistemi sayesinde büyüdüğü ileri sürülmektedir. Yine AB fikrî hakların korunmasına büyük önem vermiştir. AB hem üye ülke hukuk sistemlerinin uyumlulaştırılmasına büyük önem vermekte, hem de uluslararası sistemin kurulması çalışmalarına devam etmektedir. Yine WTO ve WIPO gibi kuruluşların da büyük katkıları olmuştur. Bu çalışmalar sonunda klâsik anlamda fikrî hakların korunması için önemli düzenlemeler yapılmıştır.

90'lı yıllarda Internetin kullanılmaya başlaması ile birlikte, dünya hızla küreselleşme sürecine girmiştir. Internet, ABD'de ARPANET olarak adlandırılan askeri haberleşme sisteminden ilham alınarak; İsviçre'nin CERN araştırma merkezinde Tem Berner Lee tarafından geliştirilmiştir.

Sanal ortamda fikir ve sanat ürünü iletimlerinde, eserin fizikî varlığına ihtiyacı ortadan kaldırmıştır. Sanal ortama verilen eserlerin dijital hale gelmesi ile, hem iletimleri hem de kopyalanmaları kolaylaşmıştır. Gerçekten de, Internete verilen eserlerin, klavyedeki bir tuşu veya mouse tıklamakla kopyalanma imkânı doğmuştur. Fikir ve sanat eserlerinin Internet üzerinden iletmeye başlamasıyla birlikte, klâsik koruma yöntemleri yetersiz hale gelmiştir. Fikrî haklar alanında geçerli olan ülkesellik ilkesi, Internette fikrî hakların iletmeye başlamasıyla sorunlara çözüm olmak yerine sorun olmaya başlamıştır. WIPO gibi kuruluşlar, fikrî hakların korunması için, uluslararası bir sistemin kurulması için yoğun çalışmalar içine girmişlerdir.

WIPO bünyesinde yapılan toplantılar sonucunda, 1996 yılında, Internet sözleşmeleri olarak da adlandırılan WIPO Telif Hakları Sözleşmesi ve WIPO İcralar ve Fonogramlar Sözleşmesi imzalanmıştır. WIPO Telif Hakları Sözleşmesi ile, dijital iletim hakkı, eser sahibinin tekeli ve mutlak bir hak olarak düzenlenmiştir. Eserin Internet yoluyla kamuya iletimi sahibine tanınan bir hak olarak düzenlenmiştir.

AB'nin Internette iletim hakkı ile ilgili olarak yaptığı düzenleme 9 Nisan 2001 tarihli AB Bilgi Toplumunda Telif Hakları ve Bağlantılı Hakların Uyumlaştırma Direktifidir.

Direktif'in 3/1 maddesinde, Internet aracılığıyla umuma iletim hakkı, hak sahibinin tekeli ve mutlak bir hakkı olarak düzenlenmiştir.

Türkiye'de AB uyum sürecinde, fikir ve sanat eserlerinin korunması alanında önemli gelişmeler meydana gelmiştir. FSEK'te 4630 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerle, m. 25'te, Internet aracılığıyla kamuya iletim hakkı özel olarak, sahibinin tekeli ve mutlak bir hak şeklinde düzenlenmiştir.

Internet ortamında fikrî hakların iletilmesiyle, manevi haklardan, eser sahibi olarak tanıtılma hakkı ile, eserde değişiklik yapılmasını engelleme hakkı açısından, ciddi ihlâl potansiyeli vardır. Malî haklar alanında ise çoğaltma hakkı, işleme hakkı ve özel olarak da düzenleme altına alınan Internet ile umuma iletim hakkının ihlâl potansiyeli oldukça yüksektir.

FSEK m. 25'e göre, eserin Internet üzerinden kamuya iletim hakkı, eser sahibinin haklarından. Eser sahibinin izni olmaksızın, eserin Internet üzerinden kamuya sunulması, bu hakkının ihlâli sonucunu doğurur. Ayrıca, sanal ortamda erişilen eserin, bilgisayar ekranında görüntülenmesi, yani geçici görüntülenme bile, FSEK m. 22'ye göre, çoğaltma sayılır. Fakat bu görüntülenme, sanal ortamın okunması için zorunlu bir aşama olduğundan, çoğaltma hakkının ihlâli olarak kabul edilmektedir. Kullanıcıların eriştikleri eseri görüntüleme dışına çıkan, bilgisayarın kalıcı hafızasına kayıt, yazıcıdan bir suretini alma, e-mail yoluyla başkalarına gönderme, veri taşıyıcı araçlara kaydedilmesi hak ihlâline sebep olabilir.

Internette müzik değişim programları ile, Mp3 müzik verilerinin değişimine imkân sağlamak, bu müzikleri bilgisayarına indiren kullanıcı açısından çoğaltma hakkının, Mp3 parçalarını başkalarının değişimine yol açan veren kullanıcıların eylemi umuma iletim hakkının ihlâli olarak kabul edilmektedir. Müzik değişim programlarının eylemi ise, hukuka aykırı eyleme yardımcı olmak suretiyle, bu hakların ihlâline sebep olmak olarak kabul edilmektedir.

Sanal ortamda web sayfalarına, derin link verme sonucu, özellikle eser sahibinin manevî haklarından olan, eser sahibi olarak tanıtılma hakkı ve eserde değişiklik yapılmasını engelleme haklarının ihlâline sebep olmaktadır. Derin link verme, aynı zamanda, eser sahibinin malî haklarından, çoğaltma hakkı, işleme hakkı bakımından ciddi hak ihlâllerine sebep olmaktadır.

Internette fikrî hak ihlâllerinden sorumlu olanlar, kullanıcılar, içerik sağlayıcılar, servis sağlayıcılar ve link verenlerdir. Kullanıcılar sanal ortamdaki tüm sunumların hedef kitlesi ve aktif sujeleridir. Genellikle fikrî hak ihlâllerini, aktif olarak kullanıcılar işler ve

doğrudan sorumlu olurlar. İçerik sağlayıcılar, aynı şekilde kendilerine veya başkalarına ait sunucular üzerinden, kendilerine ait içerikleri kullanıcılara iletmektedirler. İçerik sağlayıcılar da İnternette fikrî hak ihlallerinin genellikle aktif sujesidirler. İnternet servis sağlayıcılar ise, İnternetin işlemleri için teknik altyapı imkânı sunarlar. Bunlar genellikle, başkalarına ait içerikleri sunarlar. Servis sağlayıcıların sorumlulukları uzun süredir tartışılmaktadır. Sonuç olarak bunların, gözetim ve denetim yükümlülüklerini yerine getirmedikleri zaman dolaylı olarak sorumlu olmaları gerektiği kabul edilmektedir. Türk hukukunda servis sağlayıcıların sorumluluklarına ilişkin özel bir düzenleme yoktur. Sadece FSEK m. 70/2’de aracılarn sorumluluklarına ilişkin özel bir hüküm vardır. Başkalarına ait web sayfalarına derin link verilmesi durumunda, bunu sağlayanlar da sorumlu olurlar.

İnternetin en büyük sorunlarından biri, sözkonusu ortamda fikrî hak ihlallerinin takibindeki zorluklardır. İhlâl halinde uygulanacak hukukun tespiti ve yargılama yetkisi konusunda, bugün bile aşılamayan sorunlar vardır. Bu konuda ileri sürülen görüşlerden hakim olan, korumanın talep edildiği yer hukukudur. Korumanın talip edildiği yer hukuku, genel olarak, telif hakkı uyuşmazlığına yol açan eylemin gerçekleştiği yer hukukudur. Bu düşünceyi savunan yazarlar, aynı zamanda, fikrî haklar alanında geçerli olan “ülkesellik” kavramına da atıfta bulunmaktadır. Bu düşünceye göre, telif hakları, her ülkede, bu ülkenin hukuk düzeninin belirlediği sınırlar içinde ve hukukî varlık kazandığı ülke hukukundan bağımsız olarak mevcut olup, korumadan yararlanır. Bu sebeple telif hakları, bu sorununun ortaya çıktığı ülke hukukuna göre çözülür. Burada fikrî hak sorununun meydana geldiği ülke hukuku yerel hukuk (lex loci) sıfatıyla soruna uygulanmalı, fikrî hakkın doğduğu ülke hukuku dikkate alınmamalıdır .

FSEK m. 88 hükümleri incelendiğinde, Türk doktrininde, genellikle ülkesellik ilkesi esas alınarak, koruma ülkesi hukuku bağlama kuralının öngörüldüğü kabul edilebilir. Türkiye’nin de taraf olduğu Bern Konvansiyonu m. 5 paragraf 2’de koruma ülkesi hukuku yetkili kabul edilmiştir.

Kanaatimizce, İnternette gerçekleşen fikrî hak sunumlarından kaynaklanan fikrî hak ihlalleri konusunda milletlerarası yeknesaklaştırma çalışmaları hızla sonuçlandırılmalıdır. Sanal ortamın tüm aktörlerinin durumları göz önüne alınarak hak sahipleri ve dolayısıyla, fikrî hakların korunması açısından etkili ve gerçekçi bir sistem kurulmalıdır.

İnternette fikrî hakların sunulmaya başlanmasıyla klâsik koruma sistemleri yetersiz gelmeye başlamıştır. İnternetin sınır tanımayan niteliğinden dolayı, etkili bir fikrî hak koruma sisteminin kurulması, devletlerin tek başına yapacakları düzenlemeler oldukça zordur. Kanaatimizce yapılması gereken, devletlerin tek başlarına yapacakları düzenlemeler yerine,

fikrî hakların korunması ve ihlâllerin etkili bir biçimde takibi için uluslararası bir sistemin kurulmasıdır. WIPO'nun bu konudaki çalışmaları oldukça dikkat çekici olmasına rağmen, devletlerin bu konuyu egemenliğin bir yansıması olarak görmesi ve kıskançlıkla uhdelerinde bırakma düşünceleri nedeniyle, henüz istenilen düzeye ulaşamamıştır. İnternette fikrî hakların sunulmasıyla birlikte, bu alanın başlıca aktörleri olan, kullanıcılar, servis sağlayıcılar, eser sahipleri, içerik sağlayıcılar açısından dengeli, yeterli, etkili bir sistemin kurulmasıdır. Bu sistem kurulurken, İnternetin sınırlarüstü niteliğinden dolayı, ihlâllerin dünya çapında etkili bir şekilde takibi için uluslarüstü bir fikrî hukuk sistemi getirilmelidir.

SUMMARY :

The development and use of new communications and information technology progresses rapidly. In a number of years one may expect a convergence of computer and telecommunications technology.

The Internet is rapidly becoming an important feature of modern life. The Internet is growing fast world-wide because of its advantage in communications, in information access and publishing. It is evolving into a medium which integrates all the other technologies of communication, publishing and distribution. Many people are accustomed to using the Internet

to converse, do research, explore, shop, listen to music, watch videos, trade stocks, and engage in a host of other activities. The interconnectivity and digital nature of the new medium makes communicating and transacting extremely easy and creates the potential for radically new forms of interaction and new products and services.

However, technological change almost always creates new problems as well as possibilities. The Internet also brings with it, the problem of intellectual property protection. The features of the Internet such as the replication, reproduction and distribution of works. Some authors even claim that the copyright regimes of the area for printing press have become unworkable in the Internet. The majority, believes that with appropriate changes, the existing copyright regimes apply to Internet as well. Indeed the parts of the world where the Internet is used widely, such as the USA and EU have made changes or about to make changes to their copyright laws regarding the Internet following extensive discussions with all the parties concerned.

These developments emphasize the importance of the enforcement of intellectual property rights in general and of copyright in particular. Copyright ensures authors and producers the control over and participation in the proceeds of the commercial exploitation of their works. Yet how is it possible to provide effective protection for intellectual property and acquired rights if just a few mouse clicks are necessary in order to make perfect copies of works by using digital technology and to distribute them throughout the world? Authors, rights holders and politicians are called upon to respond to this situation. Legislation must provide sufficient legal certainty to promote creative activities and investments in this field. The author views copyright law as an essential instrument of cultural and economic control in the digital environment.

It is important to obtain clear guidelines not only at a national level; the participating circles are called upon to work towards achieving a global harmonization of copyright law. It should be noted that the necessity for global harmonization of laws owing to developments in technology leads to a drastic reduction in the scope for national regulatory policy.

An additional problem arises in cases of cross-frontier infringement in finding a court which accepts international jurisdiction to take on the case and, possibly, to hand down a corresponding judgement. Even where a national court has jurisdiction under the applicable national procedural law, in many cases this court will not render a judgment on the entire cross-frontier case but only on the relevant national part thereof.

An indication of the urgency of the current problems is the fact that it was possible to conclude two new international Treaties within the framework of the World

Intellectual Property Organization (WIPO). Neither Berne Convention, nor the so-called Rome Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations, contained provisions tailored specifically towards the exploitation of works and achievements in digital form.

The new WIPO Copyright Treaty (WCT) - obliges its contracting parties to grant a right of communication to the public, "including the making available to the public of ... Works in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them.

The new WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT) contains corresponding provisions for the benefit of performing artists and phonogram producers. In this Treaty, however, the interactive making available to the public of fixed performances and phonograms is expressly distinguished from other kinds of public communication. Right holder entitled to an exclusive right with respect to digital making available on-line.

The WIPO Copyright Treaty namely aims to provide solutions to the questions raised by new technologies, particularly the protection of literary and artistic works on the Internet and other networks to be developed in the future.

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	I
KISALTMALAR CETVELİ.....	VII
YARARLANILAN KAYNAKLAR.....	IX
§ 1 . GİRİŞ.....	1
I. Konunun Takdimi ve Önemi.....	2
II. Konunun Sınırlandırılması.....	3

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK FİKRİ HAKLAR, İNTERNET, İNTERNETTE HAK SAHİPLİĞİ KAVRAMLARI

§ 2. FİKRİ HAKLARA KISA BİR BAKIŞ.....	6
I. Kavram Olarak Fikri Haklar.....	6
II. Fikri Hakların Kısa Tarihçesi.....	7
III. Fikri Haklar Alanında Son Zamanlarda Meydana Gelen Gelişmeler.....	8
A. WTO TRİPS Antlaşmaları.....	8
B. WIPO Antlaşmaları.....	9
C. Uluslararası Siber Suç Sözleşmesi.....	9
D. ABD Hukukundaki Düzenlemeler.....	11
E. Avrupa Birliğindeki Gelişmeler.....	12
F. Türkiye’de Meydana Gelen Gelişmeler.....	13
§ 3. İNTERNET.....	13
I. İnernetin Doğuşu.....	13
II. İnernet İle İlgili Kavramlar.....	14
A. Dünyayı Saran Ağ-World Wide Web (www).....	14
B. Alan Adı (Domain Name).....	14
C. Web Sitesi-Sayfası (Web Page).....	15
D. Arama Motoru (Search Engine).....	15
E. E-Posta.....	15
F. Dosya İndirmek (Download).....	15

G. Dosya Yükleme (Upload).....	15
H. Sunucu (Server).....	15
I. Mp3.....	15
J. İnternet Servis Sağlayıcısı.....	16
III. İnternetin Özellikleri.....	16
§ 4. İNTERNETTE FİKRİ HAK KAVRAMI VE HAK SAHİPLİĞİ.....	16
I. Sanal Ortamda Başlıca Faaliyetler.....	16
II. İnternette Fikri Haklarla İlgili Yeni Kavramlar.....	17
A. Eserin Dijitalleştirilmesi.....	17
B. Multimedya Eser.....	18
C. Mp3.....	18
III. İnternette Fikri Hak Sahipliği.....	19
A. Web Sayfasının Eser Olarak Korunması.....	19
B. Web Sayfasının İçerik Olarak Korunması.....	20
IV. İnternette Fikri Hak Türleri.....	20
A. Manevî Haklar.....	21
1) Umuma Arz Yetkisi.....	21
2) Eserde Adının Belirtilmesini İsteme Hakkı.....	21
3) Eserin Bütünlüğünü Koruma Hakkı.....	22
B. Malî Haklar.....	22
1) İşleme Hakkı.....	23
2) Yayma Hakkı.....	24
3) Çoğaltma Hakkı.....	26
a) Geçici hafızaya kayıt (Caching).....	28
b) Routing.....	28
c) Ana hafızaya kayıt (Harddiske kayıt).....	29
d) CD, disket veya diğer elektronik veri taşıyıcılara kayıt.....	29
e) Değişim (Filesharing).....	29
4) Umuma İletim Hakkı (İşaret, Ses, ve/veya Görüntü Nakline Yarayan Araçlarla Umuma İletim Hakkı.....	30

İKİNCİ BÖLÜM

İNTERNETTE FİKRİ HAK İHLÂLLERİ

§ 5. İNTERNETTE İKRİ HAK İHLÂLINE YOL AÇAN DAVRANIŞLAR.....	33
I. Online Çoğaltma.....	33
A. Dürüst Kullanım (Fair Use- Fair Deal).....	35
B. Zımnî Onay (Lisans) (Implied Lisence).....	36
II. Linkler.....	36
A. Basit-Yüzeysel Link (Surface Link).....	37
1) Eser Sahibinin Malî Haklarının İhlâl Edilmesi.....	38
2) Eser Sahibinin Manevî Haklarının İhlâl Edilmesi.....	39
B. Derin Link (Deep Link).....	40
1) Eser sahibinin malî haklarının ihlâl edilmesi.....	42
2) Eser sahibinin manevî haklarının ihlâl edilmesi.....	44
III. Çerçeve İçine Alma (Frame)	46
A. Çerçeve İçine Alma Yoluyla Eser Sahibinin Malî Haklarının İhlâl Edilmesi... ..	48
B. Çerçeve İçine Alma Yoluyla Eser Sahibinin Manevî Haklarının İhlâl Edilmesi... ..	50
IV. İnternette Müzik Değişim Programları ve Sorunları.....	52
A. Müzik Eserlerinin Mp3 Biçiminde Sunulması İle Getirilen Yenilikler.....	52
B. İnternet Üzerinden Mp3 Müzik Değişim Programlarının Özellikleri.....	53
1) Merkezi Sisteme Dayanan Mp3 Değişim Programları.....	53
2) Merkezi Olmayan Sisteme Dayalı Mp3 Değişim Programları.....	54
C. Müzik Değişim Programlarının Bazı Hukuk Sistemlerindeki Düzenlenişi.....	55
1) Uluslararası Siber Suç Sözleşmesi.....	56
2) Amerikan hukuku	58

a) Dürüst kullanım doktrini (Fair Use-Fair Dealing).....	60
b) Amerikan Telif Hakları Kanunu m.512 (US Copyright Act) savunması.....	61
c) Napster programının fikri hakların ihlâlini amaçlamayacağı savunması.....	61
3) Avrupa Birliği hukuku	62
4) Alman hukuku	63
5) Türk hukuku	65
V. Web Sitelerinde Müzik Sunumları.....	67
A. Genel Olarak.....	67
B. Web Sayfalarında Yapılan Müzik Sunumlarının Nitelendirilmesi.....	68
C. Web Sayfalarında Müzik Sunumlarına Karşı Hukuki Mücadeleler.....	68

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İNTERNETTE FİKRİ HAK İHLÂLLERİNDEN SORUMLULUK

§ 6. SANAL ORTAMDA SORUMLULUK TÜRLERİ.....	70
I. Genel Olarak.....	70
A. Doğrudan Sorumluluk.....	71
B. Katılım Yoluyla Sorumluluk (Contributory Liability).....	72
C. Başkasının Fiilinden Sorumluluk (Vicarious Liability).....	73
§ 7. SANAL ORTAMDA FİKRİ HAK İHLÂLLERİNDE SORUMLULUK SUJELERİ	75
I. Genel Olarak.....	75
II. Kullanıcıların Sorumluluğu.....	75
III. Müzik Değişim Programı Sunanlar ve Link Veren Sitelerin Sorumluluğu.....	77
IV. İnternet Servis Sağlayıcıların Sorumluluğu-Aracıların Sorumluluğu.....	78
A. Genel Olarak.....	78
B. Karşılaştırmalı Hukukta Servis Sağlayıcıların Sorumluluğu.....	80

1) Amerikan Hukuku.....	80
a) Dijital Çağ Telif Kanunu (DMCA).....	80
b) Birleşik Devletler Kanunu (USC).....	83
2) Avrupa Birliği hukuku	84
a) AB E-Ticaret Direktifi.....	84
b) AB Bilgi Toplumunda Fikrî Haklar ve Komşu Haklar Direktifi	86
3) Alman hukuku	87
4) Türk hukuku.....	87
a) Genel olarak	87
b) Türk hukukunda servis sağlayıcıların hukukî sorumluluğu.....	88
c) Türk hukukunda servis sağlayıcıların cezaî sorumluluğu.....	91

§ 8. İNTERNETTEKİ FİKRİ HAK İHLÂLLERİNE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ.....94

I. Genel Olarak.....	94
II. Fikri Hakkı İhlâllerine Kanunlar İhtilâfı Kapsamında Çözüm Önerileri.....	95
A. Fiil Yeri Hukuku Kuralı.....	97
B. Sonuç Yeri Hukuku Kuralı.....	98
C. Eser Sahibinin Mutad Meskeni/İşyerinin Bulunduğu Yer Hukuku Kuralı.....	99
D. Diğer Çözüm Önerileri.....	100
E. Türk Hukuku Açısından Çözüm.....	101
III. Fikri Hak İhlâllerine Kanunlar İhtilâfı Dışında Çözüm Önerileri....	101
A. Milletlerarası Yeknesaklaştırma Çalışmaları.....	101
B. Lex Mercatoria'nın Uygulanabilirliği.....	102

§ 9. İNTERNETTE FİKRİ HAK İHLÂLLERİNE KARŞI FSEK'TEKİ DÜZENLEMELER.....103

I. Fikri Hak İhlâllerine Karşı Açılabilir Hukuk Davaları.....	103
A. Genel Olarak.....	103
B. Manevî Haklara Tecavüz Halinde Tecavüzün Kaldırılması Davası.....	104
C. Malî Haklara Tecavüz Halinde Tecavüzün Kaldırılması Davası.....	105
D. Fikri Haklara Tecavüz Halinde Tecavüzün Önlenmesi Davası.....	106

E. Tazminat Davası.....	107
1) Maddî Tazminat Davası.....	107
2) Temin Edilen Kârın Devri Davası.....	107
3) Manevî Tazminat Davası.....	108
II. Fikri Hak İhlâllerine Karşı Açılabilir Ceza Davaları.....	108
A. Manevî Hakların İhlâli Halinde Ceza Davası.....	109
B. Malî Hakların İhlâli Halinde Ceza Davası.....	110
C. FSEK Ek 4 ncü Madde Düzenlemesi	110
§ 10. SONUÇ.....	112
SUMMARY	116

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
age	: Adı Geçen Eser
ATAD	: Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Dergisi
BBS	: Bulletin Board Service
BK	: Borçlar Kanunu
C.	: Cilt
CD	: Compact Disc
DMCA	: Digital Millenium Copyrihgt Act (Dijital Çağ Telif Hakları Kanunu)
E-Posta	: Elektronik-Posta
FMR	: Fikri Mülkiyet ve Rekabet Dergisi
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
FTP	: File Transfer Protocol
KÜHFD	: Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
IPS	: Internet Provider Service
m.	: Madde
ODTÜ	: Ortadoğu Teknik Üniversitesi
P2P	: Peer-to-Peer
RAM	: Random Access Memory
RIAA	: Recording Industry Association of America

s.	: Sayfa
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TCP/IP	: Transmission Control Protocol/ Internet Protocol
TDG	: Telediensgesetz
TRİPS	: Agreement on Trade- Related Aspects of Intellectual Property Rights
TÜBİTAK	: Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu
UrhG	: Urhebergesetz (Alman Fikri Haklar Kanunu)
URL	: Uniform Resource Locator
USC	: United States Code
vd.	: ve devamı
WCT	: WIPO Copyright Act
WIPO	: World Intellectual Property Organization
WPPT	: WIPO Performances and Phonograms Treaty
WTO	: World Trade Organisation
WWW	: World Wide Web

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- Acun, R.; :Internet ve Telif Hakları, Bilgi Dünyası, Ankara, Nisan 2000, www.yunus.hacettepe.edu.tr/acun .
- Akbıyık,A.A.; : Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme, İstanbul 1999,
- Akipek, Ş/
Dardağan, E. ; :Sanal Ortamda Gerçekleşen Telif Hakkı İhlâllerine Uygulanacak Hukuk, AÜHFD., C. 50, S. 3, s.115-139 (Kısaltılmışı: Akipek/Dardağan Uygulanacak Hukuk).
- : Sanal Ortamda Telif Hakları, BATİDER, C. XXI, S. 1, s. 47-77 (Kısaltılmışı: Akipek/Dardağan Telif).
- Arıkan, A.S. ; : İnternetin Fikri ve Sınaî Haklar Üzerindeki Etkisi, Uluslar arası İnternet Hukuku Sempozyumu, 2001, İzmir, s. 89-118.
- Batur, O./ Wrenn, G.A. ; A Look Back at the Notice-Takedown Provision of the US Digital Millenium Copyright Act One Year After Enactment, Workshop on Service Provider Liabilty, Genova, 1999, www.wipo.int/documents/en/meetings/1999/ops/pdf/osp-lia2.pdf .
- Bone, R.G.; : Linking, Agregating and Innovating: The Role of Property, Contracy and Tort in Regulating Access to Websites and Their Content, Uluslar arası İnternet Hukuku Sempozyumu, 21-22 Mayıs 2001, İzmir, s 3-30.
- Çeken, H.; : ABD’de İnternet Yoluyla İşlenen Suçlardan Doğan Ceza Sorumluluğunun Hukuk Esası, www.jura.uni-sb.de/turkish/e-ktphane
- Dardağan, E. ; : Kanunular İhtilâfı Açısından Uydu Yayınlarından Kaynaklanan Telif Hakkı Sorunları, KÜHFD, Y, 2, S.2,1999, s 154-161.
- Drier, T. : Copyright Law and Explotion of Works, International Publiser Assocation www.ipa-uie.org .
- Erdem, B. ; : Fikri Haklarda Ülkesellik Prensipleri, Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan, İstanbul, 1999, s 39-54.

- Erel, Ş. N. ; : Fikri Haklarda Korumanın Doğuşu ve Kapsamı, İlim Edebiyat Eserlerinde Çoğaltma-Yayma Hakkının İhlâli ve Bunun Sonuçları Paneli, 30 Kasım 2000, Ankara, 2000, s. 43 vd. (Kısaltılmışı: Erel, İhlâl).
- : Fikri Hukukta Bilgisayar Programlarının Korunması, AÜSBFD, (İlhan Öztrak Armağanı), C. 49, S.1-2, 1994, s.145 vd. (Kısaltılmışı: Erel, Bilgisayar)
- :Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Ankara, 1998 (Kısaltılmışı: Erel Fikir).
- Eren, F.;; :Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, 6. Bası,İstanbul, 1998.
- Eroğlu, S. ; : İnternette Aktif Linkler Yoluyla, Fikri Haklara Müdahâle, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II, İstanbul, 2003, s. 209-247 (Kısaltılmışı: Eroğlu, Linkler).
- :İnternette Telif Hakları, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, İzmir, 2001, s. 65-88. (Kısaltılmışı: Eroğlu, İnternette Telif).
- Friedland, D.K.; :Computer Software Patentability; Dilemma of Defininnig on Algoritm, software Law Journal, Vol. II, 1997.
- Fujita, A.K.; :The Great İnternet Panic: How Digitizasyon Is Deforming Copyright Law? , Journal of Tecnology Law and Policy, Fall, 1996, V. II, Issue 1.
- Gürkanlar, M. : Bir Zarara Birlikte Neden Olan Birden Çok Kişinin Sorumluluğu, Ankara 1982.
- Kaya, A. ; :Bilgisayar Programlarının Şahsen Kullanmaya Mahsus Olarak Çoğaltılması Mümkün müdür? Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul, 2000, s. 431-458.
- Kline, M.F.; :Copyright Infringement and Liability on the Information Superhighway, www.stetson.edu/course/mkfline.html .
- Koelman, N, K./ Hugenholtz, B.; : Online Service Provider Liability for Copyright Infringement, Wipo Workshop on Service Provider Liability, Genova, 1999,

www.wipo.int/documents/en/meetings/1999/ops/pdf/osp-lia1.pdf .

Jackson, M. ; :Linking Copyright to Homepage, Federal Communication Law Journal, L. J., 731, 1997, www.eon.law.harward.edu .

Macqoen, H., L.; :Copyright and the Internet, Law and Regulating Cyberspace, Lilian Edwards and Charlotte Hart Publising, Oxford, 1997.

Matens, /Halpern, :Copyright Law in Cyberspace, 27 IBL 1999,

Memiş, T.; :Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu, Ankara, 2002.

Nomer, E.; :Devletler Hususî Hukuku, 10. Bası, İstanbul, 2000.

Oğuzman, K/ Öz,T; : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, İstenbul 2000.

Öztan, F. ; :Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara, 1998, s. 221-242.

Reichman, J. H. J.; /
Jonathen Franklin, A. ; Privately Legisleted Intellectual Property Rights: Reconciling Freedom of Contract With Public Information, University Pensilvanya Law Review, 1999.

Tedeschi, M. ; :Tickmaster and Microsoft Setle Suit on İnternet Linking, N.Y. TIMES, February 15.

Tekinalp, Ü.; :Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 1999.

Tekinalp, Ü./
Tekinalp, G. İ.; : Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul 1997.

Topaloğlu, M.; : Elektronik Ticaret Hukuku, (Yayımlanmamış Doçentlik Tezi, Adana, 2001.

Türkekul, E. ; : İnternet ve Fikri Haklar, Hak İhlâlleri, İnternet ve Hukuk

Konferansı, Swis Otel, İstanbul 2000

Wyaat,/Dashwood, :Intellectual Property, European Community Law, Third Edition, Sweet&Maxwell Ltd., London, 1994.

Yasaman, H.; : Fikri Haklarda Tazminat ile İlgili Bazı Sorunlar, Prof. Dr. Ömer Teoman'a Armağan, Cilt I, İstanbul, 2000, s. 585-604

Yüksel, M.; : Fikri Mülkiyet Haklarının Tarihsel Temelleri, FMD., Y.1, S. 2, s.12-21 (Kısaltılmışı: Yüksel, Temel).

----- : Küreselleşme Sürecinde Fikri Mülkiyet Hakları, Bilişim Toplumuna Giderken Psikoloji, Sosyoloji ve Hukukta Etkiler Sempozyumu 2001, Ankara, 23-34 Mart 2001, s. 106-123 (Kısaltılmışı: Yüksel, Küreselleşme).

YARARLANILAN İNTERNET SİTELERİ

www.c4group.net.ivhp/ek1_2.php

www.c4group.net.ivhp/sibersuçsozlesmesi.php

<http://www.eon.law.harvard.edu>

<http://www.europa.eu.int>

<http://www.ipa-uie.org/copyright/copyright.pub/drier.html>

<http://www.jura.uni-sb.de/turkish/e/ktphane>

<http://www.law.findlaw.com.us/464/417.html>

<http://www.law.upenn.edu/journal/Irev/backIssue/html>

<http://www.shetland-times.co.uk/st/daily/dispute.html>

<http://www.stetson.edu/course/mkfline.html>

<http://www.yunus.hacettepe.edu.tr/acun>

<http://www.wipo.int>

<http://www.wipo.int/documents/en/meetings/1999/osp/pdf/osp-lia1.pdf>

<http://www.wipo.int/documents/en/meetings/1999/osp/pdf/osp-lia2.pdf>

Kocabay, Doğan, İnternette Fikrî Hakların Korunması, Yüksek Lisans Tezi,

Danışman: Doç. Dr. Veysel Başpınar, 117 s.

ÖZET

Sanal ortamda fikir ve sanat ürünü iletimlerinde, eserin fizikî varlığına ihtiyacı ortadan kaldırmıştır. Fikir ve sanat eserlerinin İnternet üzerinden iletmeye başlamasıyla birlikte, klâsik koruma yöntemleri yetersiz hale gelmiştir.

Türkiye’de AB uyum sürecinde, yapılan değişikliklerle, FSEK m. 25’te, İnternet aracılığıyla kamuya iletim hakkı özel olarak, sahibinin tekeli ve mutlak bir hak şeklinde düzenlenmiştir.

İnternette fikrî hak ihlâllerinden sorumlu olanlar, kullanıcılar, içerik sağlayıcılar, servis sağlayıcılar ve link verenlerdir. Kullanıcılar sanal ortamdaki tüm sunumların hedef kitlesi ve aktif sujeleridir. Genellikle fikrî hak ihlâllerini, aktif olarak kullanıcılar işler ve doğrudan sorumlu olurlar. İçerik sağlayıcılar, aynı şekilde kendilerine veya başkalarına ait sunucular üzerinden, kendilerine ait içerikleri kullanıcılara iletmektedirler. İçerik sağlayıcılar da İnternette fikrî hak ihlâllerinin genellikle aktif sujesidirler.

İnternet servis sağlayıcılar ise, İnternetin işlenmesi için teknik altyapı imkânı sunarlar. Sonuç olarak bunların, gözetim ve denetim yükümlülüklerini yerine getirmedikleri zaman dolaylı olarak sorumlu olmaları gerektiği kabul edilmektedir.

İhlâl halinde uygulanacak hukukun tespiti ve yargılama yetkisi konusunda, bugün bile aşulamayan sorunlar vardır. Bu konuda ileri sürülen görüşlerden hakim olan, korumanın talep edildiği yer hukukudur. Korumanın talep edildiği yer hukuku, genel olarak, telif hakkı uyumsuzluğına yol açan eylemin gerçekleştiği yer hukukudur. Burada fikrî hak sorununun meydana geldiği ülke hukuku yerel hukuk (lex loci) sıfatıyla soruna uygulanmalı, fikrî hakkın doğduğu ülke hukuku dikkate alınmamalıdır .

FSEK m. 88 hükümleri incelendiğinde, Türk doktrininde, genellikle ülkesellik ilkesi esas alınarak, koruma ülkesi hukuku bağlama kuralının öngörüldüğu kabul edilebilir.

Kanaatimizce, İnternette gerçekleşen fikrî hak sunumlarından kaynaklanan fikrî hak ihlâlleri konusunda milletlerarası yeknesaklaştırma çalışmaları hızla sonuçlandırılmalıdır. Sanal ortamın tüm aktörlerinin durumları göz önüne alınarak hak sahipleri ve dolayısıyla, fikrî hakların korunması açısından etkili ve gerçekçi bir sistem kurulmalıdır.

Kocabay, Doğan, The Protection of Intellectual Property on İnternet, Master’s Thesis,

Advisor: Assoc. Prof. Veysel Başpınar, 117 p.

SUMMARY :

The development and use of new communications and information technology progresses rapidly. In a number of years one may expect a convergence of computer and telecommunications technology.

The Internet is rapidly becoming an important feature of modern life. The Internet is growing fast world-wide because of its advantage in communications, in information access and publishing. Many people are accustomed to using the Internet to converse, do research, explore, shop, listen to music, watch videos, trade stocks, and engage in a host of other activities.

However, technological change almost always creates new problems as well as possibilities. The Internet also brings with it, the problem of intellectual property protection. The features of the Internet such as the replication, reproduction and distribution of works. Indeed the parts of the world where the Internet is used widely, such as the USA and EU have made changes or about to make changes to their copyright laws regarding the Internet following extensive discussions with all the parties concerned.

These developments emphasize the importance of the enforcement of intellectual property rights in general and of copyright in particular. Copyright ensures authors and producers the control over and participation in the proceeds of the commercial exploitation of their works.

An additional problem arises in cases of cross-frontier infringement in finding a court which accepts international jurisdiction to take on the case and, possibly, to hand down a corresponding judgement.

An indication of the urgency of the current problems is the fact that it was possible to conclude two new international Treaties within the framework of the World Intellectual Property Organization (WIPO).

The new WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT) contains corresponding provisions for the benefit of performing artists and phonogram producers. In this Treaty, however, the interactive making available to the public of fixed performances and phonograms is expressly distinguished from other kinds of public communication. Right holder entitled to an exclusive right with respect to digital making available on-line.

The WIPO Copyright Treaty namely aims to provide solutions to the questions raised by new technologies, particularly the protection of literary and artistic works on the Internet and other networks to be developed in the future.