

DR. JUR. SAVAŞ BOZBEL (LL.M.)

BALIKESİR ÜNİVERSİTESİ
BANDIRMA İKTİSADİ VE İDARİ BİLİMLER FAKÜLTESİ
ÖĞRETİM GÖREVLİSİ

TEL: 0266 714 35 75 (-31)

E-POSTA: SAVAS@BOZBEL.ORG

**AB MEVZUATI VE MAHKEME KARARLARI IŞIĞINDA TELİF
HAKLARI AÇISINDAN
İNTERNETTE VERİ PAYLAŞIMI
(PEER-TO-PEER FILE SHARING)
(ÖZET)**

DR. JUR. SAVAŞ BOZBEL (LL.M.)*

I. Giriş

Günümüzde internet kullanımının¹ ve buna paralel olarak hızının² artması birçok imkanı ve problemi de beraberinde getirmiştir. İnternetin ilk dönemlerinde saniyede indirilen veri hızı ancak bir KB³'ları bulurken, bugün 120 KB'ları bulmaktadır⁴. Her geçen gün internetin yeni bir uygulama alanı ile karşılaşmak mümkündür. Kullanım alanları öylesine yaygınlaşmıştır ki, *Application Service Providing*'den⁵ tutun, internet üzerinden televizyon izleme veya film kiralayıp bilgisayar ortamında o filmi izleme mümkün hale gelmiştir⁶. Fakat şüphesiz bu

* Balıkesir Üniversitesi Bandırma İİBF Öğretim Görevlisi

¹ Değişik istatistiki verilere göre 2001 yılının sonunda dünyada yarım milyar internet kullanıcısı mevcuttur. Sadece Almanya'da internet kullanıcılarının sayısı 29 milyona ulaşmaktadır. Türkiye'de ise kullanıcı sayısının yaşanan ekonomik krize bağlı olarak 600 binlere düştüğü ifade edilmektedir.

² İnternetin daha emekleme çağında internette data hızı ancak 9.6 Kbps (Kbps = Kilobit per second), yani 9600 bps=1200 Byte=0,9375 KB/s ulaşırken, şimdi kullanılan standart analog modemlerde (56 Kbit/s-Modems) bu 56 Kbps'dir. Yani internette bir programın indirilmesindeki hız ideal şartlarda 6,83 KB/s olmaktadır. ISDN ile bu hız 64.000 bps (yani 64.000 bps=8000 Byte=7,8125 KB/s) 'ye çıkmaktadır. Bugünkü tekniklerle özellikle Kablo Modem ve ADSL tekniği ile internete erişim hızı ise yaklaşık bunun oniki katına kadar çıkmaktadır. Türk Telekom'un büyük şehirlerde uygulamaya koyduğu ADSL üzerinden internete girişlerde ki, 128 Kbps download ve 64 Kbps upload hızına ulaşmaktadır, 'flatrate' olarak aylık bağlantı ücreti 31 milyondur. Yani aylık sabit bir ücret karşılığında, 24 saat süre ile internete erişim imkanı sunulmaktadır. Almanya'da Deutsche Telekom tarafından verilen ADSL hizmetinde ise aylık yaklaşık 70 EUR karşılığında 768 Kbps Download, 128 Kbps Upstreami mümkün kılan ISDN hattı ve ADSL Flatrate sahibi olmanız mümkün. Önümüzdeki aylarda Deutsche Telekom bu hızı download olarak 1500 Kbit/s'ye çıkartmayı planlamaktadır, ki bu da 183 KB/s ye tekabül etmektedir. Data indirmedeki hızları karşılaştırma açısından, 4 MB büyüklüğündeki bir müzik parçası, 9600 bps bir modem ile 73 dakikada indirilebilirken, 768 Kbit/s hızındaki bir ADSL bağlantısı ile 43 saniyede indirilebilecektir.

³ Karşılaştırma açısından DIN A4 formatındaki grafik içermeyen bir metin sayfası ortalama 25 KB bir büyüklüğe tekabül eder. **Bit** (binary digit): Veri büyüklükler bakımından en küçük birimi teşkil eder, iki değer alabilir, 'b' kısaltması ile gösterilir. **Byte** (Binary term): 8 Bitden oluşur ve 'B' ile gösterilir. Daha büyük verileri göstermek için **Kilobyte** (=KB=1024 Byte), **Megabyte** (=MB = 1024 KB), **Gigabyte** (=GB=1024 MB) ve **Terabyte** (=TB = 1024 GB) kullanılmaktadır.

⁴ Teorik olarak 1500 Kbps download hızına sahip bir sistemde yaklaşık saniyede 183 KB data indirmeniz mümkündür. Yine aynı şekilde Türk Telekom'un da sunduğu kablo modem üzerinden, kablolu yayın hizmetlerinin verildiği yerlerde internete erişim hızı teorik olarak 10 MB/s çıkabilmektedir. Ancak bu sistemde bir erişim noktasına bağlanan kullanıcılar bu hızı paylaştıklarından hız genelde o anda bu hizmetten yararlananların sayısı ile ters orantılı olmaktadır.

⁵ "Application Service Providing" sisteminde, yazılım programları internet üzerinden sunulmakta, programların bilgisayar üzerine kaydedilmeden internet üzerinden kullanılması temin edilmektedir. Bu sistem aylık abonman sistemi şeklinde işlemekte ve programlar devamlı surette güncelleştirilmektedir.

⁶ *Video on demand* denilen bu sistemde, kullanıcı, bu hizmeti veren yerlere üye olarak veya olmadan kredi kartı vasıtasıyla filmi belirli bir ücret karşılığında, bilgisayara indirerek veya *stream* denilen yöntemle bilgisayara indirmeden izleyebilmektedir. Mesela Real Player programının en büyük özelliği, bir ses veya görüntü datasını bilgisayara yüklemeyen (sabit disk üzerine kaydetmeden) internete bağlı olduğu sürece stream yaparak tekrar çalabilmesidir.

konuda en büyük gelişme ‘internette müzik’, yani MP3 alanında görülmüş ve internette aranan en çok kelime olan ‘seks’ kelimesini geçmiştir⁷. Biz de bu çalışmamızda özellikle internette müzik, yazılım ve sinema eserleri paylaşımında en çok kullanılan ‘file sharing tools’ *Kazaa* ve *EMule* örneğinde, P2P file sharing, yani kullanıcılar arası veri paylaşımı ve telif haklarını ele aldık.

II. TEKNİK BİLGİLER

1. Müzik Parçalarının MP3 formatına dönüştürülmesi

1990’lı yıllarda internet kelimesinin zihinlere yerleşmesinden sonra, takip eden yıllarda *Bulletin Board System* (BBS), *Internet Relay Chat* (IRC) vasıtasıyla internet kullanıcıları arasında dijital olarak veri alışverişi başlamıştı. O zamanki imkanlarla modem bağlantısı 33.6 Kbps olduğu için müzik endüstrisi, bu gelişmeyi henüz bir tehlike olarak görmüyordu. Bu konuda da haklı idi, çünkü o zamanki imkanlarla WAV⁸ veya AIF⁹ formatındaki bir müzik parçası 26 MB ila 40 MB gibi bir büyüklüğe sahipti. Bunun internette indirilmesi ise 33.6 Kbps’lik bir modemle saatler sürüyordu¹⁰, ve bu da pratik değildi. Ancak 90’lı yılların sonunda internet hızının analog modemlerle 56 Kbps, ISDN ile 64 Kbps hatta ADSL tekniği ile 1500 Kbps hızına ulaşması yanında, müzik data sıkıştırma tekniği MP3¹¹ da internette data indirmenin cazibesini artırmıştır. MP3 tekniği 80’li yılların sonlarında Almanya’nın Erlangen şehrindeki Fraunhofer Institut’de Prof. *Karlheinz Brandenburg* yönetimindeki bir grup tarafından geliştirilmiştir¹². Bu teknik sayesinde, 40 MB büyüklüğündeki bir müzik parçası yaklaşık 10-12 kat oranında özel kodlama tekniği sayesinde, insan kulağının algılayamayacağı orandaki bir kayıpla 4-5 MB data büyüklüğüne dönüştürülmektedir¹³. WAV veya başka data formatındaki müzik CD’leri, genelde ücretsiz olarak internette sunulan programlar¹⁴ yardımı ile MP3 formatına dönüştürülmekte ve daha sonra da, ya bilgisayarın sabit diskine veya tekrardan MP3 formatında CD’ye çekilmektedir¹⁵. Bu şekilde sabit diskte

⁷ Bkz. *Sandburg*, The Online Freeway Jam, <http://www.victorsirker.com/2001/IP%20Magazine.htm> (31.10.2001 tarihi itibarı ile)

⁸ *WAV* Microsoft için geliştirilmiş olup, genelde Windows işletim sisteminde *Windows Media Player* tarafından çalışmaktadır.

⁹ *AIF* (Audio Interchange File) formatı Apple bilgisayarlar için geliştirilmiştir.

¹⁰ Teorik olarak ideal şartlarda saniyede 4,2 KB indirildiği düşünülürse, 40 MB’lık bir müzik parçası yaklaşık 2,7 saat sürecektir ki, bu da internet ve telefon masrafları düşünüldüğünde, bunun pratik olmadığı hatta, müzik CD’sinin satın alınmasının daha ucuza geleceği aşikardır.

¹¹ MP3=MPEG Audio Layer 3. MP3, diğer ses ve görüntü tekniği olarak kullanılan MPEG (Moving Picture Experts Group) aksine, sadece ses sıkıştırmasında kullanılır. MP3 formatındaki bir müzik (veya ses) datasının alınabilmesi için, ya bilgisayarda MP3 çalar programının (mes. Windows Media Player, WinAmp, Real Player) yüklü olması, ya da bu formatı destekleyen bir ağıza ihtiyaç vardır. Günümüzde üretilen çoğu taşınabilir CD-Çalar, Ototeypler ve DVD-Çalarlar da bu formatı desteklemektedir. MP3 formatının bir başka özelliği ise, bu formattaki bir datanın, hepsinin indirilmesine gerek kalmadan, bilgisayara indirilme esnasında alınabilmesidir. (Streaming).

¹² Ayrıntılı bilgi için bakınız <http://www.emt.iis.fhg.de/>

¹³ Ses kalitesinin muhafaza etmek için bu halde genelde sıkıştırmada 128 Kbps tercih edilmektedir. Yani müzik parçası saniyede 16 KB’lık bir data kullanılarak CD kalitesinde 40 MB olan beş dakikalık bir müzik parçası 4800 KB, yani yaklaşık 5 MB’lık bir dataya eşit olarak sıkıştırmaya tabi tutulmaktadır.

¹⁴ Mesela bunlardan bir tanesi ‘*CD to MP3 Maker*’denilen programdır. Bu program yardımı ile WAV dataları MP3 formatına veya tersine dönüştürülmektedir.

¹⁵ 40 GB büyüklüğündeki bir bilgisayar sabit diskine yaklaşık 8 binin üzerinde MP3 formatında müzik parçası kaydedilmesi mümkündür. 700 MB büyüklüğündeki bir CD üzerine ise, 140 civarında MP3 formatında müzik parçası

bulunan müzik parçalarının artık internette herhangi bir servere gönderilmesi (upload) veya tersine serverden bilgisayara indirilmesi (download) artık saatler değil, sadece dakikalar sürmektedir. İşte bu teknolojik gelişmeler sonucunda P2P (Peer-toPeer) teknolojisi denilen, buna uygun yazılım programının kurulmuş olduğu ve internet bağlantısı olan herhangi bir bilgisayarla her tür data¹⁶ paylaşımı (file sharing) imkanı sağlayan, internetin yeni bir kullanım alanı ortaya çıkmıştır.

2. Diğer Eserlerin Paylaşımında Kullanılan Yöntemler

Müzik eserlerinin paylaşımında MP3 formatının önemi ne kadar büyükse, sinema eserlerinin paylaşımında da DivX formatının önemi de o kadar büyüktür. DivX ile Yaklaşık 4,7 GB büyüklüğündeki bir sinema eserinin özel sıkıştırma teknikleri sayesinde 700 MB büyüklüğündeki bir tek CD'ye sığdırılması mümkün olmuştur. Üstelik bu formattaki filmlerin, sadece bilgisayarda değil, son çıkan DVD-Çalarlarda da seyredilmesi mümkün olmaktadır¹⁷. Filmler açısından kullanılan başka bir teknik ise, DVD üzerindeki filmlerin özel tekniklerle (ripped) sıkıştırılmak suretiyle ya SuperVCD (SVCD) denilen formatta 700 MB lık iki CD'ye veyahut da MiniVCD (MVCD) formatında görüntü ve ses kalitesinin daha kötü olduğu tek CD'lere sığdırılmasıdır. Bu sayede filmler daha vizyona girmeden bile internetten Emule serverleri üzerinden indirilebilmektedir.

Programlar, yani yazılımlar için ise, genelde cd yazıcılarla image-data denilen teknik kullanılmaktadır. Bu teknikte genelde CloneCD programı kullanılmak suretiyle .ccd uzantılı, bir yazılımdaki kodlamaların adeta resmini çeken bir image-datası oluşturulmakta, ardından da bu programlar sanal cd-sürücülerini vasıtasıyla problemsiz olarak kullanılabilir.

3. Kullanıcılar Arası Paylaşma (Peer-to-Peer File Sharing) Programlarının İşleyiş Tarzı

a) Gelişim Süreci

İnternette veri paylaşımının (file sharing) adının duyulması Napster¹⁸, Gnutella vb. Programlar sayesinde olmuştur. P2P (Peer-to-Peer)¹⁹ veri paylaşımı esasına dayanan bu

kaydedilmesi mümkündür. Normal bir müzik CD'sine ortalama 15 parçanın kaydedildiği düşünülecek olursa, MP3 formatının niçin bu kadar tutulduğu daha iyi anlaşılacaktır.

¹⁶ Çalışmamızın ağırlık konusu müzik parçaları olmakla birlikte, file sharing imkanı sağlayan programlar vasıtasıyla, ses, görüntü ve yazılım programları da bu noktada paylaşımına açıktır. Özellikle, internet erişim hızının 80-100 KB/s bulunduğu ADSL tekniği sayesinde, filmlerin tamamının dahi henüz vizyona girmeden bilgisayara indirilip seyredilmesi mümkündür. İnternette film indirmek için yaygın olarak kullanılan programlardan bir tanesi de 'Edonkey'dir. Bunun için bkz. www.edonkey2000.com, bu konudaki Türkçe bilgi veren resmi olmayan website için <http://edonkey.e-burda.com>. Türk filmlerinin sunulduğu site olarak da www.e-sipa.de gösterilebilir. Bu şekilde bütün bir filmin indirilmesi teorik olarak birkaç saatte gerçekleştirilmektedir. Ancak buradan indirilen sinema filmlerinin kalitesinin - genelde VCD şeklinde olduğu için - düşük olduğunu söylemek mümkün. Ancak burada müzik parçalarındaki MP3 tekniği benzeri 'DivX' devreye girmekte, normal olarak 4,5 GB büyüklüğündeki filmler ilk önce 12 katına kadar sıkıştırılmakta, daha sonra DivX programı yardımı ile çok az bir kalite kaybı ile neredeyse DVD kalitesinde, ancak sadece bilgisayarda seyredilebilmektedir; bkz. www.divx.com Yıl sonuna kadar DivX formatındaki filmlerin DVD-Çalarlar tarafından da seyredilmesine olanak sağlayan ürünlerin piyasaya sürüleceği bildirilmektedir.

¹⁷ Almanya'da yayınlanan ComputerBild dergisinin haberine göre, böyle bir DVD-Çalar 99 EUR'ya satılmaktadır; bkz. ComputerBild 2003, sayı 19.

¹⁸ Napster 1999 yılında faaliyete geçmiş, kısa sürede kullanıcı sayısı 30-40 milyon rakamına ulaşmış olduğu ifade edilmektedir; bkz. **Kreutzer**, GRUR 2001, S. 194.

sistemde, her kullanıcı kendi bilgisayarına, veri paylaşım ağına katılmak için, genelde internette küçük bir program²⁰ indirmekte (download) bunu kendi bilgisayarına kurmaktadır (Setup). Bu şekilde kullanıcı aynı yazılım programını kullananların bilgisayarlarından data indirebildiği gibi, kendi datalarını da başkalarının kullanımına açmak sureti ile bir 'veri paylaşım ağı'²¹ oluşturulmaktadır. Bu noktada veri paylaşım sistemleri genelde, merkezi olmayan sistemlere dayanmakla birlikte, Napsterin işleyiş esası merkezi idi. Bu sistemde kullanıcılar önce bağlandıkları Napster serveri üzerinden araştırma yapıp, daha sonra bulduğu datayı (genellikle bir müzik parçası) diğer kullanıcının bilgisayarından kendi bilgisayarına indirebilmekte idi. Sadece Şubat-Temmuz 2000 tarihleri arasındaki % 345'lik bir artış, ABD'deki 'Recording Industry Association of America' kuruluşunu harekete geçirmiş, 2000 yılı başında Napster aleyhine dava açılmış, dava sonucunda 26.7.2000 tarihinde *District Court of San Francisco* tarafından ihtiyati tedbir kararı verilerek, Napster şirketinin telif hakları ihlalleri nedeni ile serverlerin işletimini yasaklamıştır²². Ancak verilen bu ihtiyati tedbir kararı birkaç gün sonra İstinaf Mahkemesi tarafından kaldırılmıştır²³.

b) KazaA Örneğinde Veri Paylaşım (File Sharing) Sisteminin İşleyişi

Veri Paylaşım programları (file sharing-tools) ses ve görüntü²⁴ dataları yanında, yazılım²⁵, MS Word dataları ve diğer programların paylaşımında da kullanılmaktadır. KazaA da diğer öncülere Napster, Gnutella gibi küçük bilgisayar yazılımları (protokol) olup, kullanıcılarına, internet üzerinden diğer kullanıcılarla veri paylaşımı imkanı vermektedir. Bu yazılım programlarının ücretsiz²⁶ olarak internette indirilebilmesi ve sisteme katılmak için başka

¹⁹ P2P (Peer-to-Peer) bu manada, her kullanıcının bu ağ içerisinde hem kullanıcı ve hem de sunucu olarak rol alması anlamında kullanılmıştır.

²⁰ Aslında bu teknik anlamda bir program değil, bir 'tools', bir 'file sharing-tools'dur.

²¹ KazaA veri paylaşım programının kendi sitesindeki verilere göre, dünya çapında 89 milyon kişi bu programı kurmuş ve kullanmaktadır. (Haziran 2002 verileri); bkz. www.kazaa.com

²² Bu karar üzerine IFPI (*International Federation of the Phonographic Industry*) Almanya Masası hemen harekete geçerek, Almanca P2P hizmeti sunan websitelere bir ihtarname göndermiş, ABD'deki mahkeme kararı dayanak gösterilerek, eser sahibinin haklarını ihlal eden içeriklerin serverden silinmesini veya kullanımlarının engellenmesini istemiştir; bkz. Heise Online, www.heise.de/tp/deutsch/inhalt/musik/8460/1.html

²³ Bu karara karşı yapılan itiraz üzerine dava sonuçta *US Court of Appeals for the Ninth Circuit* önüne gelmiş, mahkemede *District Court of California* mahkemesinin vermiş olduğu, Napster'in veri paylaşımı faaliyetlerini durdurmasına yönelik ihtiyati tedbir kararını (preliminary injunction) onamıştır; bkz. **Guibault**, CRİ 2002, 90.

²⁴ Filmlerin paylaşımında en çok kullanılan programın 'eDonkey' olduğunu ise yukarıda belirtmiştik. Bu program yardımı ile diğer datalar da indirilebilmekte ise de, daha çok filmler için kullanılmaktadır. Bu programın işleyişi Napster'e benzemekte, yani serverler üzerinden arama yapılmaktadır. Ancak bunlar eDonkey'in kendi serverleri değil kullanıcıların serverleridir. Kayıtlı olan kullanıcı, aynı anda birçok server üzerinden arama yapabilmekte, bulduğu datayı ise, yine kullanıcı üzerinden indirmektedir. Bu programın diğer bir özelliği ise, indirilecek film veya diğer bir datanın o kullanıcının bilgisayarında tamamının yüklü olmasının gerekmemesi. Yani bu sonuncusunun bizzat kendisi de indirmek üzere olduğu bir filmi, aynı anda onun üzerinden de bir başkasının indirebilmesi; bkz. www.edonkey2000.com, <http://edonkey.e-burda.com>.

²⁵ Yazılım programları için de tercih edilen genelde KazaA ve eDonkey olmaktadır. Yazılım programları CD-Rom' lar üzerinde olduğundan (CD-Rom üzerindeki bir yazılım programını kaideten CD'siz çalıştırmak mümkün değildir, meğer ki bir virtuel cd-rom sürücüsüne yüklenmiş olsun) CD-Image datası, yani genelde '.cue', '.bin', '.iso' uzantılı datalar olarak diğer kullanıcılara sunulmaktadır. Bunları kendi bilgisayarına indiren kullanıcılar, bir CD-Burn programı (Nero, CDRWin, CloneCD vb) yardımı ile Image datasını normal bir CD üzerine kaydetmek sureti ile yazılım programına kavuşmuş olmaktadır.

²⁶ Bu programların ücretsiz olarak sunulmasının en büyük sebebi, bu sitelerin ve programların reklam gelirleridir. Gerçektende siteler başta websiteye olan ziyaretçi sayısından faydalanarak büyük reklam gelirleri elde ederken, aynı zamanda veri paylaşım programlarına entegre edilen 'adware, spyware' protokoller sayesinde de bu programların kullanıcılarının hangi siteleri ziyaret ettiklerini tespit edip, daha sonra bu bilgileri büyük şirketlere pazarlamaktadırlar. Mesela KazaA'nın 'Lite' versiyonunda spyware bulunmazken diğer bütün versiyonlarında

herhangi birşey de²⁷ talep edilmediğinden kullanıcı sayısı da sınırlı değildir. Bu protokol sayesinde, bu sisteme katılmış olan diğer bütün bilgisayarlara ulaşılabilen²⁸ ve bu bilgisayarlar kendi aralarında veri paylaşımı yapabilmektedirler. Sistemdeki her kullanıcı, katılımcı, hem data indirebilmekte hem de kendi bilgisayarı üzerindeki dataları diğer bilgisayarların (kullanıcıların) kullanımına sunmaktadır. Ancak bu sisteme sadece pasiv, yani kendi datalarını başkalarının kullanımına sunmaksızın başkalarından data indirerek de, katılmak mümkündür. Programın sisteme yüklenmesinden sonra yapılması gereken tek şey, programın başlatılması ve aranacak datanın 'search' kısmına verilerek, tıpkı internette arama motorlarında olduğu gibi, aranmasını sağlamak. Hatta aramanın daha ayrıntılı yapılması, mesela sanatçının adına²⁹, parça adına veya albüm adına göre, data çeşidine (MP3, Audio, Video, Software) yapılması mümkündür.

Aktiv katılımı³⁰ temin için, programın kuruluşu esnasında, bilgisayardaki hangi klasörlerin, dosyaların diğer kullanıcıların hizmetine sunulacağı belirlenmektedir. Eğer böyle bir seçim yapılmamışsa, bu takdirde indirilen datalar, programın 'my shared folder' klasörüne gönderilmekte ve oradan da başkalarının kullanımına 'otomatik' olarak sunulmaktadır³¹.

III. FILE SHARING SİSTEMİNDE KULLANICILARIN HAREKETLERİNİN FSEK HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

a) FSEK 23. Madde Anlamında Yayıma Hakkı Açısından Değerlendirilmesi

b) FSEK 24. Madde Anlamında 'Temsil Hakkı' Açısından Değerlendirilmesi

c) FSEK 25. Madde Anlamında 'Umuma İletim Hakkı' Açısından Değerlendirilmesi

aa) 4630 Sayılı Kanunla Getirilen Değişiklikler

bb) 'Umuma İletim Hakkı'

'spyware''e (genelde cydoor) rastlamak mümkündür. Ancak hemen şunu da belirtmekte fayda var, bu tür spyware programları , yine başka bir program (mesela bunlardan biriside 'AdAware') tarafından tespit edilip yok edilebilmektedir. Bu spyware programları imha edildikten sonra da file sharing programları işlevlerine devam etmektedirler.

²⁷ Çoğu veri paylaşım programlarında kayıt gerekmele beraber, kullanıcılar genelde gerçek kimlikleri ile değil, 'Nickname' ile kayıtlarını yaptırduklarından bu bir problem teşkil etmemektedir.

²⁸ Tabii bu bilgisayar internete bağlanmış, veri paylaşım programı sistemde çalışıyor ve ayrıca veri paylaşımı için de bilgisayardaki bu dataların serbest bırakılmış olması gerekir. Bilgisayara ulaşmanın ötesinde, bulunan bir müzik parçasından hareketle, bu parçanın bulunduğu bilgisayardaki diğer bütün serbest bırakılmış parçaları da 'browse' yapmak sureti ile monitorda görüntülemek ve icabında indirmek mümkündür.

²⁹ Mesela KazaA'da „Artist“ (sanatçı) kısmına Barış Manço ismi verildiği takdirde 80'in üzerinde parça bulunmaktadır. İsabet yüzdesinin bu kadar yüksek olmasında şüphesiz kullanıcı sayısının 90 milyona yaklaşmasının ve günün her saatinde ortalama 1,5 milyon Online-User, yani internette olan kullanıcı olmasının payı çok büyüktür.

³⁰ Aktiv katılımdan kastedilen, kullanıcının data indirmesi yanında kendi datasını da başkalarının kullanımına sunmasıdır.

³¹ Ancak indirilen datalar, 'my shared folder' klasöründen başka bir klasöre aktarıldığında, başkaları tarafından bu dataların indirilmesi mümkün olmamaktadır, meğer ki bu klasör de serbest bırakılmış olsun.

4630 sayılı Kanunla getirilen önemli değişikliklerden bir tanesi de, yeni bir kavram olarak ‘umuma iletim hakkı’ dır³². Bu maddenin ikinci fıkrasında ise eser sahibinin ‘umuma iletim hakkı’ tanzim edilmiştir. Buna göre, eser sahibi, *eserinin aslı ya da çoğaltılmış nüshalarının telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma dağıtılmasına veya sunulmasına ve gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda eserine erişimini sağlamak suretiyle umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak hakkına* da sahiptir³³. Mevzuat kaynaklardan, özensiz ve bu yeni müessesenin yapısı, içeriği dikkate alınmadan yapılan bu değişiklik bir takım soru ve sorunları da beraberinde getirecektir. Mesela kanunda ‘umum’ tabiri tarif edilmemiştir. Oysaki eser sahibinin ‘umuma iletim hakkı’ ile ilgili mevzuat kaynaklarda bu tanım yapıldığı gibi, kullanılan ifadelerden bu yeni müessesedeki ‘umum’ tabirinin daraltıldığı da anlaşılmaktadır³⁴.

Bu fıkra anlamında, internette bir website üzerinde eserlerin sunulmasını veya kendi bilgisayarının sabit diski üzerinde bulunan eserlerin başkasının kullanımına açık hale getirilmesini, KazaA örneğinde bu eserlerin bulunduğu klasörlerin serbest bırakılmasını, ‘gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda eserine erişimini sağlamak suretiyle umuma iletim’ olarak görmek gerekir³⁵. Gerçekten de file sharing sisteminde gerçek kişilerin – internete bağlanmak suretiyle – istedikleri yer ve zamanda eserlere ulaşma imkanları mevcuttur³⁶. Eserin bulunduğu bilgisayar kullanıcısı tarafından, bu eserlere başkalarının erişme imkanı tanınmıştır. Aktiv kullanıcı sabit diski üzerindeki eserleri ‘serbest bırakma’ yanında, başkaları tarafından bunun indirilmesine de müsaade etme ile bu unsurlar gerçekleşmiş olur. *Şu halde, bir KazaA kullanıcısı, sabit diski üzerindeki eserlerin bulunduğu bir klasördeki dataları mücerret olarak başkalarının kullanımına açmak³⁷ ile, FSEK 25 f. 2 anlamında, eser sahibinin haklarını ihlal etmiş olacaktır.*

³² Mevzuat kaynaklarda ingilizce ‘*making-available-right*’, almanca ‘*Recht der öffentlichen Zugänglichmachung*’ olarak geçen bu yeni kavramın tercümesinin isabetli olduğunu söylemek pek mümkün değildir. Belki ‘erişilebilir kılma hakkı’ terimi müesseseyi daha iyi ifade ederdi; bu konuda bkz. 2001/29/EG sayılı ve 22 Mayıs 2001 tarihli AB Direktifi, ABl. EG L 167, 22.06.2001; **Hoeren**, s. 118. <http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/hoeren/materialien> adresindeki ‘Internetrecht’ çalışmasından.

³³ 50 nolu dipnotta anılan Direktifin 3. maddesinin İngilizce metni: ‘to authorise or prohibit the making available to the public by wire or wireless means in such way that members of the public may access to them from a place and at a time individually chosen by them’. Almanca metni ise: “Den Urhebern steht das ausschliessliche Recht zu, die drahtgebunden oder drahtlose öffentliche Wiedergabe ihrer Werke einschliesslich der öffentlichen Zugänglichmachung der Werke in der Weise, daß sie Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich sind, zu erlauben oder zu verbieten”; ayrıca Bkz. WIPO Copyright Treaty (WCT) ve Performances and Phonograms Treaty (WPPT). Art. 8 WCT, Artt. 10, 14 WPPT; www.wipo.org.

³⁴ ‘members of the public’ veya ‘Mitglieder der Öffentlichkeit’, ‘Angehörige der Öffentlichkeit’ tabirlerinin yanında, Alman taslağında, ‘eserin umuma dahil kişiler için (für Angehörige der Öffentlichkeit) erişilebilir veya aynı anda algılanabilir yapılması ile eseri umuma sunulmuş addetmek gerekir’ denilmektedir. Bu anlamda, şu kişiler haricindeki herkesi umuma dahil kişilerden saymak gerekir.

- eserden faydalanan ile veya

- eserin maddi olmayan şekilde erişilebilir veya algılanabilir yapıldığı kişilerle şahsi münasebetleri olmayan her kişi.

³⁵ AB Direktifi açısından **Kreutzer**, GRUR 2001, 199; **Spindler**, JZ 2002, 60, 66.

³⁶ Burada esaslı olan unsur, ‘istenilen zamanda’ seyretmedir. Pay-TV denilen aylık belirli bir ücret karşılığında birçok yayınları içeren program paketine abone olma halinde de, ek ücret karşılığında istenilen filmi veya programı istenilen saatte, zamanda seyretme imkanı mevcuttur, ama bu istenilen zamanda seyretme bir defalığa mahsustur.

³⁷ Bu fiil başkasının kendi bilgisayarından data indirmesine (upload) müdahale etmeme ile değil, ki bunu her zaman için kesme imkanı mevcuttur, mücerret bu dosyaları başkalarının kullanımına açma ile gerçekleşir. Gerçekten bu dosyaların başkaları tarafından indirilip indirilmemesi önem arzetmez.

3. File Sharing Kullanıcılarının FSEK 38. Madde Anlamında Şahsi Kullanım Amacı ile Eserleri Çoğaltma Hakkı

IV. ALMAN TELİF HAKLARI KANUNUNDAKİ SON DEĞİŞİKLİKLER

Almanya’da 10 Eylül 2003 tarihinde yürürlüğe giren Alman Telif Hakları Kanununda (UrhG) değişiklik yapan „Bilgi Toplumunda Telif Hakları Kanununun Düzenlenmesi Hakkında Kanun³⁸“ la bir takım yeni düzenleme eklemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelerin başlıcası ise, internette veri paylaşımı ile ilgili olarak kanuna eklenen „§ 19a“ maddesi ile getirilen umuma iletim hakkı (Recht der öffentlichen Zugänglichmachung) ve bununla bağlantılı olarak § 53 UrhG’da yapılan şahsi kullanım amacıyla eserlerin çoğaltılmasına getirilen sınırlamalardır. Bildiride bu değişiklik ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

V. AMERİKAN TEMYİZ MAHKEMESİNİN VERMİŞ OLDUĞU 25 NİSAN 2003 TARİHLİ KARAR

U.S. District Court for the Central District of California verdiği 25 Nisan 2003 tarihli kararında³⁹ KazaA, Grokster gibi veri paylaşımında programlarıyla altyapı hizmeti sunan şirketlerin, veri paylaşımı esnasında meydana gelen telif hakları ihlallerinden sorumlu tutulamayacakları sonucuna varmıştır. Bildiride bu karar üzerinde de ayrıntılı olarak durulacaktır.

³⁸ Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, BGBl I 46, S. 1774 vom 12. September 2003.

³⁹ *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc., et al. v. Grokster, Ltd., et al.* Jerry Lieber, et al. v. Consumer Empowerment BV a/k/a Fasttrack, et al. karar metni için bkz. CRI (Computer und Recht International), 2003, s. 116 vd.