

# FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI VE GELENEKSEL (YEREL) BİLGİ VE FOLKLORUN HUKUKİ KORUNMASI

---

Arzu Oğuz \*

## ÖZET

---

\* Prof. Dr., Ankara Üniversitesi Fikri ve Sınai Haklar Araştırma ve Uygulama Merkezi (FİSAUM) Müdürü

## Giriş

Geçtiğimiz son birkaç yıl içerisinde genetik kaynaklar, geleneksel bilgi ve folklor kavramları, fikri mülkiyet çerçevesindeki tartışmalara dâhil olmuştur. Bu yeni tartışma konuları çeşitli faktörlere bağlı olarak doğmuştur. Özellikle batı biçimi endüstrinin giderek artan biçimde, yerel halka ait olduğuna inanılan genetik kaynaklara ve geleneksel bilgilere başvurdukları görülmektedir. Endüstri, bu bilgileri ve kaynakları ürünleri geliştirmek ve dünya pazarında yaymak amacıyla kullanmaktadır. Oysa 19. yüzyılda da batılı araştırmacılar, sanatçılar, müzisyenler benzer şekilde davranmışlardır. Günümüzde bu konular daha geniş bir alanda pazarlanmaktadır. Bunun en önemli nedenleri, pazarın giderek küreselleşmesi, rekabetin artması ve daha kısa aralıklarla değişik ürünlerin sunulması yoluyla yeni ürünlere karşı artan bir talep yaratılması olarak sıralanabilir. Bu da yeni melodiler, ritimler, tasarımlar, teknikler, genetik kaynaklar, tıbbi çareler ve benzerlerinin değerlendirilmesine bağlıdır. Batılı uygarlıkların kaybedilmiş değerlerin araştırılması ve yerel kültürlerdeki ruhun yakalanmasını çabalarını da içeren “Yeni Çağ (*New Age*)”<sup>1</sup> hareketi, modası geçmiş görünen yerel kültürlerin öneminin artmasına neden olmaktadır. Etnik ürünler hiç olmadıkları kadar moda olmakta, etnik motifler tasarımcılar tarafından kullanılmakta, bir havayolları firması, uçaklarının Avustralya yerel motifleri ile döşeyebilmekte<sup>2</sup>, şaman kültüründen kalma bazı şifa yöntemleri reiki adıyla sunulmaktadır.

Çoğu zaman endüstriler yerel bilgileri ve kaynakları herhangi bir izin almaksızın kullanmakta, pazarlamakta ve bu pazarlamadan elde ettikleri kazancı yerel halk ile paylaşmamaktadır. Bu güne kadar bu davranış, yerel bilginin kamuya mal olduğunu düşünen fikri mülkiyet hukuku ile bağdaşmaktaydı. Ancak yerel halklar, böyle bir davranışın adil olmadığından ve saygı sınırlarını zorlamasından zaman içerisinde şikâyetçi olmaya başlamışlardır. Bu görüşlerin çeşitliliğinin nedenlerinden biri de, kamu malının ne olması gerektiği konusundaki çeşitli yaklaşımlar ve geleneklere verilen önemin derecesidir. Yerel halk için yaşayan gelenekler hayatın tam olması için gereklidir ve kimlik, kendini tanımlama gibi kavramlar batı uygarlıklarında olduğundan çok daha önemlidir<sup>3</sup>.

Son olarak uluslararası alanda konunun güncelleşmesinin bir başka nedeni de yerel halkın giderek artan oranda bilinçlenmesi, kendi örgütlerini kurmaları ve temsilcilikleri aracılığıyla yerel konulara dünyanın dikkatini çeken etkinlikler düzenlemeleridir<sup>4</sup>. Bütün bunların sonucunda uluslararası örgütler de konuya eğilmiş, so-

1 Sandler, *Music of the Village in the Global Market Place: Self-Expression, Inspiration, Appropriation or Exploitation*, Dissertation, University of Michigan, 2001, 81 vd.

2 v. Lewinski, S. (ed.): *Introduction, Indigenous Heritage and Intellectual Property, Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, (v. Lewinski, S. ed.), The Hague/London/New York 2008, 1.

3 v. Lewinski (2004) 1.

4 Battiste and Henderson: *Protecting Indigenous Knowledge and Heritage*, Saskatoon 2000, 5 vd.

runa çözüm getirici faaliyetlere başlamışlardır. Özellikle fikri mülkiyet konusunda önemli bir rol üstlenen Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) bu konuda sonuç veren çalışmalar yapmaktadır. Özellikle “Fikri Mülkiyet ve Genetik Kaynaklar, Geleneksel Bilgi ve Folklor Konusunda Hükümetler Arası Komite”nin ilk toplantısında, mevcut fikri mülkiyet korumasının sonuçlarının, *sui generis* hakların korunmasının öneminin tartışılması, pek çok temsilci tarafından dile getirilmiştir<sup>5</sup>.

Bu konuların açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Öncelikle mevcut durumun *sui generis* koruma ve fikri mülkiyet açısından mevcut durumunun sistematik bir şekilde analiz edilmesi gerekmektedir. İkinci olarak açık ve objektif bir biçimde mevcut hukukun ve koruma modellerinin sonuçlarının açıklanması, böylece yasa koyma, uygulama ve diğer alanlardaki çözümler de dikkate alınarak karar verme mekanizması için önerilerde bulunulması gerekmektedir.

### 1. Geleneksel Bilgi Nedir, Yerel Halk Kimdir?

Geleneksel veya yerel (*indigenous*) bilgi kavramı batı kültürü tarafından çoğu kez ilkel, vahşi ve doğal kavramları ile ilintili görülmektedir. Kavramın bu şekilde tanıtılması batı dünyası tarafından daha az saygı uyandırmasına neden olmaktadır. Ancak özellikle Afrika, Latin Amerika, Asya ve Okyanus bölgesinde yaşayan milyonlarca yerel halk için yerel bilgiler, ya da doğuştan edinilmiş olan bilgiler, kendi yerel dünyasında yaşayan kişiler tarafından her gün uygulanmakta ve bireyin hayatını kolaylaştırmaktadır. Yerel bilgiler bölge halkının birbirini daha iyi anlamasını, kendi doğal ortamlarında iletişim kurmalarını sağlamaktadır. Ayrıca bitki örtüsü, iklim ve kültürel inançlar hakkındaki yerel bilgilerin bu kişilerin hayatlarını nasıl geliştirdiğini de göz ardı etmemek gerekir<sup>6</sup>.

Geleneksel bilgi denildiği zaman genellikle anlaşılan çevre ile ilintili bilgilerdir. Örneğin, sanat çalışmaları, el işleri ve folklor unsuru taşıyan diğer kültürel çalışma ve ifade biçimleri bunlar arasında sayılabilir. Bir uzmanın ifadesine göre geleneksel bilgi, kuşaklar boyu doğa ile yakın ilişki halinde yaşayan bir grup halkın bilgi birikimidir. Bu bilgi birikimi, bir sınıflandırma sistemine, yerel çevre hakkında gözleme dayanan bir dizi bilgi, kaynakların kullanımına hâkim olan bir kendi kendini yönetme sistemini içermektedir<sup>7</sup>.

Geleneksel bilgiler bütün toplumlarda, o toplumun modernleşme düzeyi ile ya da bilgilerin çoğunun geleneksel olup olmamasıyla ilgisi olmaksızın vardır. Bu açıklama, geleneksel bilgilerin her toplumda bulunduğu anlamını taşımamakla birlikte

5 WIPO docs. GRTKF/IC/1/13 of 23 May 2001 and GRTKF/IC/2/16 (Report of the First and Second Session, bkz. [www.wipo.int](http://www.wipo.int)).

6 Ladislaus, M.S./Kincheloe, J.L.: What is Indigenous Knowledge and Why We Should Study It?: What is Indigenous Knowledge, Ladislaus, M.S./Kincheloe, J.L. (ed.), New York/London 1999, 3 vd.

7 Johnson, M.: Research on Traditional Environmental Knowledge: its Development and its Role, in Johnson, M. (ed.) Lore: Capturing Traditional Environmental Knowledge, International Development Research Centre, Ottawa 1992, 3-20.

şehirleşme ve batılılaşma sürecinin dünyadaki pek çok toplumda geleneksel bilgilerin tamamen yok olmasına neden olduğundan kuşku duymak için bir neden yoktur. Bununla birlikte pek çok kişi geleneksel bilgi kavramını, kültürel hâkim çevrenin dışında yer alan ve maddi kültürleri yüzyıllar ve belki de milenyuma rağmen çok az değişen kabilelere ait görme eğilimindedir. Geleneksel bilgi kavramını sadece yerel halka ve kabilelere ait olan bilgi şeklinde anlama eğiliminde olan kişiler ILO'nun 169 No.lu "Bağımsız Ülkelerde Yerel ve Kabile Halkları Hakkında" Konvansiyonundaki yerel halk ve kabile halkı kavramlarına dayanmaktadırlar. Bu Konvansiyon kabile halkını şu şekilde tanımlamıştır: "sosyal, kültürel ve ekonomik şartları itibariyle ulusal topluluğun diğer bölümlerinden ayrılan ve statüleri tamamen ya da kısmen kendi alışkanlık, gelenek veya özel yasa veya düzenlemelerle tabi olan kişiler"<sup>8</sup>. Konvansiyon yerel halkları ise "işgal ya da sömürgeleştirilme döneminde veya mevcut devletin sınırları belirlenirken ülke veya coğrafi bölgede yerleşik olan nüfustan türedikleri kabul edilen ve hukuki statüleri ne olursa olsun kendi sosyal, ekonomik, kültürel ve politik kurumlarının bir kısmını ya da tamamını ayakta tutan kişiler" olarak tanımlamaktadır<sup>9</sup>. Geleneksel bilgilerin sahiplerinin bu şekilde tanımlanması, yerel bilgiler kavramı ile geleneksel bilgiler kavramının aynı anlamda kullanılmasına yol açmaktadır. Bununla birlikte "yerel bilgi" kavramı, özellikle akademisyenler tarafından bilginin yerel olduğunu ifade etmek için farklı bir anlamda kullanılmaktadır. Bu görüşte olanlara göre, yerel bilgi sahipleri, toplumun yerel olan ya da olmayan çeşitli sınıflarına ait veya sahip oldukları bilgi, belli bir yerle ilgili olan ve kuşaklar boyu devam eden geleneksel çiftçiler, botanik uzmanı, balıkçı veya göçebe kişiler olabilir. Çoğu zaman bu bilgi, genel olarak kabul edilen bilgiden ve şehirleşmiş ve batılılaşmış toplumun bilgisinden farklı değerlendirilir<sup>10</sup>.

Diğer bazı uzmanlar ise kavramı bu şekilde daraltmanın anlamsız olduğunu savunmaktadırlar. Bu görüşte olanlara göre geleneksel bilgi bölgesel ve resmi olmayan bir şey değildir. Aksi halde, güney Asya ülkelerindeki Ayurveda, Siddha ve Unani sağlık sistemleri gibi, ortaçağ metinlerinde doküman haline getirilmiş ve kültürel çoğunluğun bir parçası haline gelmiş olan resmi hale getirilmiş geleneksel bilgiler bu kavramın dışında kalacaktır. Bazı ülkelerde bu bilgiler sistematik hale getirilmiş, resmi olarak kabul edilmiş, hatta üniversitelerde okutulmakta olup, batı medikal sistemine göre daha fazla kabullenilmiştir. Hindistan'da bazı yorumcular bu bilgi sistemlerini, ağızdan ağza yayılan yerel halk bilgisinden ayırmakta, ancak

8 "Whose social, cultural and economic conditions distinguish them from other sections of the national community, and whose status is regulated wholly or partially by their own customs or traditions or by special laws or regulations."

9 Who are regarded as indigenous on account of their descent from the populations which inhabited the country, or a geographical region to which the country belongs, at the time of conquest or colonization or the establishment of present state boundaries and who, irrespective of their legal status, retain some or all of their own social, economic, cultural and political institutions."

10 Dutfield, G.: Intellectual Property, Biogenetic Resources and Traditional Knowledge, London 2004, 92.

buna rağmen bu çeşit bilgileri de geleneksel olarak nitelendirmektedirler<sup>11</sup>.

Geleneksel bilgiye sahip bireyler, gruplar kültürel olarak farklı kabile kişileri olabileceği gibi, ülkenin hâkim kültürel çoğunluğundan ayrı olmayan geleneksel kırsal kesim insanları da olabilirler. Geleneksel bilgiye sahip kişiler geliştirmekte olan veya gelişmiş bölgelerde oturabilirler. Bununla birlikte bu kişiler, daha çok yerel kişilerin geleneksel hayatlarını sürdürmelerine imkân veren, kültürel olarak farklı çeşitli geliştirmekte olan ülkelerde yaşamaktadırlar. Fakat geleneksel bilgi sahipleri uzak kırsal kesimlerde yaşamayı tercih ederlerken, bu halkın üyeleri veya cemaatleri şehirde yaşamayı tercih edebilirler ve buna rağmen geleneksel bilgilerini muhafaza edebilirler. Geleneksel bilgi, bu bilginin kaynaklandığı topluluklarla başka hiçbir ilgisi kalmamış kişiler tarafından, şehirleşmiş ve batılılaşmış toplumlarda kullanılmıyor olabilir<sup>12</sup>.

Sonuç olarak denilebilir ki, geleneksel bilgi sahipleri ve onların oluşturduğu topluluğun ne olduğu konusunda kesin bir tanım vermekten kaçınmak en doğrusudur. Fakat aynı zamanda geleneksel bilgi sahiplerinin oluşturduğu grupların farklı beklentilerini ve çıkarlarını bir araya getirmeye çalışmamak gereklidir. Kültürel olarak bastırılmış ve yine de kendi bilgilerini saklı tutan yerel halklar ve kabileler özel bir öneme sahiptir<sup>13</sup>.

Geleneksel bilgi kavramını tanımlamanın zor olması nedeniyle bazı uzmanlar bu bilgilerin anlamını onun ne olduğuyla değil, ne olmadığıyla açıklamaya çalışmaktadırlar. Bazen de geleneksel bilgilerin, laik, batılı, batılılaştırılmış ve şehirleşmiş toplumlarda anlaşılan bilimsel bilginin tam tersi şeklinde anlaşılmasına yol açan çeşitli özelliklerini saymaktadırlar. Geleneksel bilgilerin kaydedilmesi ve aktarılması sözlü olarak gerçekleştirilir; gözlem ve uygulamalı olarak deneyim yoluyla öğrenilir; edinilen bilgilerin hayati önemi haiz olduğuna inanılır; insan hayatının diğer hayvani olan ya da olmayan hayatlara göre baskın olmadığı, ancak bütün hayat biçimlerinin akraba ve bağımsız olduğuna inanılır; tümünden gelimden çok tüme dayalı olur; analitik olmaktan çok içgüdüsel, niceliksel olmaktan çok niteliksel; uzmanlaşmış bir grubun araştırmalarına dayanmaktan çok, kaynakların kullanılmasında yoluyla genelleştirilmiş veri tabanına dayanır; eşzamanlı verilerden çok tarihsel gelişim sonucu oluşur; dünyayı bütün hayat biçimleri arasında sosyal ve ruhsal ilişkilerden oluştuğu dünya görüşüne sahip olarak algılar ve çevre fenomenine dair açıklamalar, kümülatif, kolektif ve spirüel deneyimlere göre yapılır<sup>14</sup>.

Bu tanımlar tümüyle yanlış olarak kabul edilmese bile biraz daha somutlaştırılmaya ihtiyaç duymaktadır. Gerçekte ne kadar toplum tümüyle izole edilmiştir veya

11 Dutfield (2004) 93.

12 Dutfield (2004) 93.

13 Dutfield (2004) 93.

14 Johnson (1992) 94.

öyle ise bu durum ne kadar süredir böyle devam etmektedir? Bilginin kültürlerarasında değişimi ve bunun sonucu olarak melez kültürler doğması, bilginin çeşitli sistemler arasında çapraz etkileşim yaratması olgularına istisnai bir durum olarak değil, neredeyse olağan bir durum olarak bakmak gerekmektedir. Bu nedenle geleneksel bilgi sistemlerinin farklı, ilk durumlarında oldukları gibi ve hassas oldukları şeklinde genellenmeleri doğru değildir. Bütün bu genelleştirmeler veya tanımlamalar doğru bile olsa, geleneksel bilginin niteliği gereği bilimsellik dışı olduğu sonucunun çıkarılması doğru değildir. Aksine bu tür tanımlamalar bile göstermektedir ki, geleneksel bilgi gözlemsel, deneysel, sistematik ve bu nedenle de bilimseldir. Antropoloji ve diğer alanlardaki akademisyenlerin doğaya ilişkin geleneksel bilgiyi kullanmaları ve batıdaki bilimsel alanlarla bağdaştırılabilir görmeleri de bu savı destekler niteliktedir. Etnolojik biyoloji, etnolojik hayvan bilimi, etnolojik tıp bunun kanıtıdır. Tüm geleneksel bilgilerin bu kategori içerisine girmeyeceği açıktır, çünkü dünyanın hiçbir yerinde tüm bilgilerin bilimsel olduğu söylenemez. Bundan başka bazı geleneksel bilgiler kısmen bilimsel de olsa, sunuluş biçimleri bize bilimsel gelmeyebilir. Örneğin yerel bir kişi de, bir bilim adamı da sıtmanın kinin ile iyileştirilebileceğini bilir. Fakat her ikisi de bildiklerini, aynı dili konuşsalar bile, birbirlerini anlayamayacak kadar farklı şekillerde anlatırlar<sup>15</sup>.

Geleneksel bilginin mutlaka çok eski olması gerektiği, yaratıcılıktan ve yenileştirmeden uzak olduğu düşüncesi de tartışmaya açıktır. Geleneksel bilgiyi geleneksel yapan, onun eskiliği değil, elde edilme ve kullanılma şeklidir. Her yerel toplumda farklı görülen öğrenme ve paylaşma süreci bilginin geleneksel olup olmadığının ölçütüdür. Kısaca söylemek gerekirse, geleneksel toplumlar içerisinde elde edilen ve yayılan bilgi eski olabileceği gibi, yeni de olabilir. Bu görüşte olan kişiler geleneksel bilginin her zaman uyumlu olduğunu, çünkü uyumun güvenli olmayan çevre koşullarını aşmanın anahtarı olduğunu savunmaktadır. Bunun sonucu olarak geleneksel bilgi, bir kuşaktan diğerine aktarılmaktadır ve bir kuşak onu diğerine aktarırken üzerine yeni bir şeyler ekleyerek aktarmaktadır. Böylece geleneksel bilgi aşamalı olarak gelişmektedir<sup>16</sup>.

Benzer şekilde Çin, Hindistan, Japonya ve Kore'deki geleneksel sağlık sistemleri antik çağ metinlerine dayanır. Bu sistemler evrimleşmişler ve günden güne yenileşmişlerdir. Çin'deki geleneksel tıbbi formüllere yapılan eklemeler için alınan sayısız patent bu hususu ispat etmektedir.

Geleneksel toplumlarda bilgiyi kim elde etmektedir? Bilgiyi yaratan birey mi, yoksa elinde tutan kişi mi? Topluluğun liderleri mi? Ya da topluluğun bütünü mü? Ulus içerisinde bir grup halk, kabile veya klan ya da aile grubu mu? Veya alternatif olarak geleneksel bilgi özgürce paylaşılmaktadır çünkü geleneksel toplumlar mülkiyet

15 Dutfield (2004) 94.

16 Barsch, R.L.: Indigenous Knowledge and Biodiversity, Indigenous Peoples, Their Environments and Territories, Cultural and Spiritual Values of Biodiversity (ed. Posey, D.A.), IT Publications and UNEP, London and Nairobi (1999), 73.

bilincine sahip değildir, ya da en azından bu bilinci bilgi kavramına uyarlayamamaktadırlar.

Bu soruların yanıtları genellikle eğilimlere göre değişmekte ve bazı yanlış yönlendirmelere yol açabilmektedir. Açıklamalarımızı Amazonlar, Sibiryaya veya Pasifik halklarını da içerisine alacak şekilde genişletirsek bu soruların kolay yanıtlanması mümkün değildir. Geleneksel toplulukların çoğu paylaşma konusunda etik bir değere sahip olsalar da, bu her şeyin herkesle paylaşıldığı anlamına gelmez. Bu husus pek çok antropoloji kitabında vurgulanmıştır. Gerçekte birçok geleneksel toplumda kendi mülkiyet anlayışlarına uygun, ancak çoğu zaman karmaşık bir fikri mülkiyet sistemi olduğu da görülmektedir. Bilgiye ulaşma ve onu kullanma konusundaki geleneksel kurallar batı sistemlerindeki fikri mülkiyet kurallarından önemli ölçüde ayrılmamakla birlikte olayların çoğunun farklı olduğunu görmek de mümkündür.

Bunlarla birlikte geleneksel bilginin, serbestçe paylaşıldığına ve batıdaki bireyselliğin aksine kolektif bir niteliğe sahip olduğuna dair yaygın bir inanç vardır. Bu görüş, geleneksel toplumlar tarafından geleneksel bilgilerin suiistimal edileceği endişesini yaşamalarına neden olmaktadır. Geleneksel bilgiler, halkın bir grubunun ya da küçük topluluğun üyesi olmayan kişilere de açılrsa, bu paylaşım, güveni kötüye kullanma ya da yasa dışı ve hile yoluyla olmadıkça, bu bilgilerin kamu malı olduğu düşünülmektedir. Eğer bu bilgiler, bir mülkiyet konusu değilse, o zaman bu bilgilerin yayınlanması, ticari dağıtımının yapılması veya herhangi bir şekilde suiistimal edilmesiyle kimin hakkı ihlal edilmiş olur? Bu durumda kimsenin hakkı ihlal edilmiş olmaz. Geleneksel bilginin yaratıcının, elinde tutanın ya da topluluğun malı olup olmadığına bakılmaksızın böyle bir davranışın haksız olduğu söylenebilir. Ancak geleneksel bilginin herhangi bir sınırlama olmadan kullanılacağını savunursak bunun kullanılmasının haksız olduğu durumları belirlemek de imkânsızlaşır<sup>17</sup>.

Bu noktada diğer görüşlerin tartışılmasında yarar vardır. Bu görüşlerden biri kamu malı kavramının açık olmayan niteliğinden kaynaklanmaktadır. Pek çok geleneksel toplumda, kabile reislerinin bilgileri, bilgilerin gizli olup, sadece bazı kişilerce ya da dünya üzerinde pek çok kişi tarafından bilinip bilinmediği önemsenmeksizin koruma yükümlülükleri vardır. Bu gözetim ve koruma yükümlülüğü geleneksel bilginin kamu malı olarak ilan edilmesiyle sona eren bir yükümlülük değildir. Yeryüzündeki sayısız geleneksel bilgi, bu bilgiyi elinde tutanlar tarafından herhangi bir yetki olmaksızın yıllar boyunca yayılmış ve paylaşılmıştır. Yerel toplumlar, üyelerini birbirinden ayrılmaz bir şekilde hem bireysel haklara, hem kolektif yükümlülüklerle sahip olarak görmektedir. Aslında şekli fikri mülkiyet sisteminin geleneksel bilgilere uygulanamaması bu bireysel yükümlülükler olduğu kadar, geleneksel bilgilerin kolektif niteliği de olabilir. Sonuçta geleneksel toplumlarda bilgiler üzerinde belirli bir mülkiyet hakkı vardır, ancak bunların yanında belirli yükümlülükler vardır<sup>18</sup>.

---

17 Dutfield (2004) 95.

18 Dutfield (2004) 95.

Geleneksel bilgi ya da folklor günümüzde her ulusun kültürel mirasının önemli bir unsuru olarak kabul edilmektedir (WIPO 1998a). Folklor, insan yaratıcılığının top yekûnu olarak tanımlanmaktadır<sup>19</sup>. Alışkanlıklar, oyunlar, inanışlar, festivaller ve uygulamalar gibi insan topluluklarının kuşaktan kuşağa aktardıkları kültür varlıkları folklor içinde değerlendirilir. Efsaneler, masallar, anekdotlar, kısa hikâyeler, atasözleri, bulmacalar, ritimler de folklor kavramına dâhildir. Halkın inanışları, batıl inançlar, ayinler ve ayinle ilgili halk oyunları ve sporlar da folklor kavramının içerisine girer. Folklor, bunlardan başka halk dansları, davranış biçimleri, nakış ve işleme sanatları, dokuma, halıcılık ve yerel kostümler gibi sanat eserlerini de kapsar. Halk arasında kocakarı ilacı denilen ilaçlar, süt ürünlerinin hazırlanması, gübre, tarım metotları, halk mimarisi, oyuncak yapma, oymacılık ve çömlekçilik gibi halk bilimi veya teknolojisi olarak adlandırılan hususlar da folklor kavramı içerisinde yer alır<sup>20</sup>. Ayrıca resim, çizim, heykel, mücevher, sepetçilik, iğne oyları, tekstil, müzik çalgı aletleri de folklor içerisine girer<sup>21</sup>. Folklor, bir toplum içerisinde kuşaklar boyunca özellikle sözlü ya da görsel olarak yayılır. Birçok ülkede folklor, geçmişte kalan değil, yaşayan ve gelişen bir gelenektir<sup>22</sup>.

## 2. Geleneksel Bilgilerin Ticari Ürün Haline Dönüştürülme Biçimleri

Yerel bilgi ve folklorun pazarda ürün olarak kullanılmasının örnekleri sayılamayacak kadar çoktur. Yerel el sanatlarının hatıra mağazalarındaki satışı, tişörtlere, halılara ve bloknolara basılması folklorun pazarlarda meta haline getirilmesi anlamına gelmektedir. Bunun en çarpıcı örnekleri *DaimlerChrysler* otomobil firmasının bir araba çeşidine bir Kızılderili Kabilesi adı olan *Cherokee* adını vermesi, ulusal bir futbol takımının *redskins* adını kullanması, malt likörüne *Crazy Horse* adının verilmesi, tişörtlerin üzerine karikatürize edilmiş Kızılderililerin basılması olarak gösterilebilir. Bütün bunların folklorun sıradan bir biçimde ticarileştirilmesi olamayacağı, aslında büyük paralar kazanma aracı olarak görüldüğü açıktır<sup>23</sup>.

Bu konuda en büyük kazanç belki de müzik sektöründe yapılmaktadır. *Paul Simon*'ın *Graceland* (1986) ve *Rhythm of the Saints* (1990) adlı şarkıları Afrika ve Latin Amerika ezgilerini içermektedir. 1995'te gruba *Boehme* adını veren iki Fransız müzisyenin Batı Avrupa, Moğol, Doğu Asya ve Amerikan müziklerinden oluşan

19 Morolong, S.: Protecting Folklore under Modern Intellectual Property Regimes: Limitations and Alternative Regimes for Protection, Indigenous Knowledge Systems and Intellectual Property in the Twenty-First Century (ed. Isaac Mazonde and Paradip Thomas), Dakar 2007, 48.

20 Morolong (Limitations and Alternative Regimes for Protection, Indigenous Knowledge Systems and Intellectual Property in the Twenty-First Century) 2007, 49.

21 Kiggundu, J.: Intellectual Property Law and the Protection of Indigenous Knowledge: Limitations and Alternative Regimes for Protection, Indigenous Knowledge Systems and Intellectual Property in the Twenty-First Century, Dakar 2007, 26.

22 Morolong (Limitations and Alternative Regimes for Protection, Indigenous Knowledge Systems and Intellectual Property in the Twenty-First Century) 2007, 49.

23 Lucas-Schlotter, A.: Folklore, Indigenous Heritage and Intellectual Property, Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, (v. Lewinski, S. ed.), The Hague/London/New York 2008, 341.



ezgileri tekno tarzında düzenleyerek çıkardıkları albüm burada başka bir örnektir. Yine aynı şekilde Alman müzik topluluğu *Enigma Return to Innocence* başlıklı albümlerinde, Tayvanlı yerel topluluk *Ami*'nin müziğini kullanmıştır. Bu müzik önce 1978 yılında sadece özel ilgi nedeniyle ziyaretçiler tarafından kayıt edilmiştir. Daha sonra Çin halk müziği derlemesi olarak bulunmuş ve albüm Fransa'da piyasaya çıkmıştır. Bunlar geleneksel müziğin günümüzün ticari müzik endüstrisinde ne kadar yeri olduğuna birkaç örnektir. Ticari ürün konusu olan folklor ürünleri sadece el sanatları olmayıp, geleneksel toplumun hikâye ve inanışları da ticarileştirilebilmektedir. Buna örnek ise, *Walt Disney* tarafından kullanılan *Pocahontas* ve *Mulan* karakterleri olduğu gibi, *Maori* dünyası ve bazı tarihi kişilikleri kullanan *Bionicle Lego*'sunu örnek olarak gösterebiliriz. Daha az anlaşılacak şekilde “*New Age*” hareketi de geleneksel toplumların ruhani özelliklerini kullanmaktadır<sup>24</sup>.

### 3. Yerel Halkların Uluslararası Hukuktaki Durumu

Yerel halklar bilinmeyen bir zamandan bu yana bütün kıtalarda yaşamaktadırlar. Bu kişiler genellikle kendi kutsal dünyalarında yaşar, kendi ruhsal ve kültürel değerlerini besleyip büyütür, kendi çevrelerini muhafaza eder ve geliştirir, yüzyıllar boyunca geleneklerini yaşatırlar. 16. yüzyılda Avrupa sömürgeciliğinin başlamasıyla bu kişiler kendilerini daha aşağı bir pozisyonda bulmuşlardır. Bu kişiler yeni gelenler tarafından yenilmiş, kaynakları ellerinden alınmış, geleneksel ülkelerinden çıkarılmış ve hâkim topluluk tarafından kendilerine verilen küçük bir bölgede yaşamak zorunda bırakılmışlardır. Kendi toplumlarında azınlıkta kalan bu kişiler kendi alıştıkları toplum biçiminden tamamen farklı bir topluma zorla asimile edilme gerçeği ile yüz yüze gelmişlerdir. Yerel halk, politik açıdan da azınlıkta kalmış, ekonomik, kültürel ve dinsel varlıkları ellerinden alınmıştır. Üstelik bu durum günümüzde de varlığını büyük ölçüde sürdürmektedir<sup>25</sup>.

Avrupalıların yeni keşfedilen bölgelerdeki işgali ve yerleşimi, bu bölgeler üzerindeki taleplerin hukukiliği ve etikliği hakkında soruların ortaya çıkmasına da neden olmuştur. 20. yüzyılın ortalarına kadar uluslararası hukuk, yerel halkın haklarını tanıma yönünde bir adım atmamıştır<sup>26</sup>.

Latin Amerika bölgesinin İspanyollar ve Portekizliler tarafından işgali sırasında yerel halk krallığa haraç ödemek zorunda bırakıldı<sup>27</sup>. İngiliz sömürge güçleri anlaşma ve ikna etme yolları geliştirdiler<sup>28</sup>. Örneğin, Kuzey Amerika'daki yerleşim

24 Lucas-Schlotter (Indigenous Heritage and Intellectual Property), 342.

25 Wiessner, S.: Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Legal Analysis, Harvard Human Rts j: 12 [1999], 57-128, (58).

26 Stoll, P.T./Hanh, A.: Indigenous Peoples, Indigenous Knowledge and Indigenous Resources in International Law, in: *Indigenous Heritage and Intellectual Property, Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, ed. v. Lewinski (2008), 7.

27 Grote, R.: The Status and Rights of Indigenous People in Latin America, Heidelberg J. Int'l L. 59 [1999], 497-528, (498 et seq.).

28 Wiessner (1999) 59, dn. 1.

yerlilerle yapılan toprakların gönüllü olarak terk edilmesine ve arazilerin sınırlandırılmasına yönelik sözüm ona dostluk ve barış anlaşmaları sayesinde değil, yerlilerin durumunu düzenleyen federal yasaların gücü ile gerçekleştirilmiştir<sup>29</sup>. Yeni Zelanda'da 1840 yılında yerel *Maori*'lerle İngiliz Krallığı arasında bir anlaşma yapılarak yerel halktan İngiliz Krallığı'na mülkiyetin devredilmesi kararlaştırılmıştır. Bunun karşılığında *Maori* toprakları, mülkleri, ormanları, balıkçılık yerleri ve diğer bütün taşınmazlar garanti altına alınmıştır<sup>30</sup>. Birleşik Devletler, Kanada ve Yeni Zelanda'nın aksine Avustralya yerel halk ile anlaşma yoluna gitmemiştir. Aksine yeni keşfedilen bölgeler *terra nullius* olarak açıklanmış ve Avrupalıların yerleşimine açık kabul edilmiştir<sup>31</sup>.

Avrupalıların Amerika, Avustralya ve kuzey ülkelerde<sup>32</sup> yerleşimi sırasında dünyanın diğer taraflarındaki yerel halk ile herhangi bir ilgisi yoktu. Günümüzde ise geçtiğimiz yüzyıllarda Avrupa sömürgeciliği ile yüz yüze gelmeyen bölgelerdeki yerel halk da konumuz dâhilinde yer almaktadır. Bununla birlikte Asya ve Afrika'daki yerel gruplar kendilerini Avrupalı çoğunluğa değil, Asyalı ya da Afrikalı azınlığa ait gördüler<sup>33</sup>.

Yerel halkların durumu 20. yüzyılın ikinci yarısında sömürgeciliğin bitmeye başlaması ile birlikte değişmeye başladı. Bununla birlikte yerel toplulukların bu durumdan doğrudan doğruya yararlandıklarını söylemek de oldukça zordur. Ancak uluslararası alanda konu dile getirilmeye başlanmış, bu konuda bazı örgütler bazı çalışmalar yürütmeye başlamışlardır. Bunlardan bazıları, Birleşmiş Milletlerin uzmanlaşmış bir temsilciliği olan Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO), *ILO Convention Concerning the Protection and Integration of Indigenous and Other Tribal and Semi-Tribal Populations in Independent Countries of 1957*<sup>34</sup>, yi hazırlamıştır. Her ne kadar yerel halkların zor durumları kabul edildi, bu kişilerin sosyal ve ekonomik durumlarının geliştirilmesi için özel bir takım önlemler alınması gerektiği bilirse de, bu Konvansiyon, yerel halkın çoğunluğa asimile edilmesi politikasının güncel olduğu bir zamanda hazırlanmıştır. Bundan ötürü Konvansiyonun asıl felsefesinin yerel halkların çoğunluğun sahip olduğu geniş sosyal ve politik düzene uyum sağlamaları olduğunu belirtmek gerekir<sup>35</sup>.

1970'lerin başında Birleşmiş Milletler yerel halkların meselelerine işaret etmiştir.

29 Frickey, P.P.: The Status and Rights of Indigenous Peoples in the United States, Heidelberg J. Int'l L. 59 [1999], 383-404.

30 MacHug, P.: The Maori Manga Carta: New Zealand and the Treaty of Waitangi, Auckland 1991.

31 Schillborn, K.: The Status and Rights of Indigenous Peoples in Austria, Heidelberg J. Int'l L. 59 [1999], 443-462.

32 Alfredsson, G.: The Rights of Indigenous Peoples with a Focus on the National Performance and Foreign Policies of the Nordic Countries, Heidelberg J. Int'l L. 59 [1999], 529-542.

33 Kinsbury, B.: Indigenous People in International Law: A Constructivist Approach to the Asian Controversy, AJIL 92 [1998], 414-457, (414).

34 ILO Convention No. 107 of 26 June 1957, into force on 2 June 1959, U.N.T.S. 328, 247.

35 Stoll/Hanh (Indigenous Heritage and Intellectual Property) 9.

Aynı zamanda yerel halk yerel lobilerin gelişmesi ile sorunlarını uluslararası alanda daha iyi dile getirebilmeye başlamışlardır. 1971 yılında Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi, yerel nüfusun dışlanması sorununa karşı çalışma yürütmek üzere bir alt komite kurmuş ve dışlamalara engel olmak için bazı önlemler geliştirilmesini tavsiye etmiştir<sup>36</sup>. Komitenin raporunun nihai hali 1986'da tamamlanmıştır<sup>37</sup>. Bundan öncesinde 1982 yılında Alt Komite, Yerel Nüfusun temel hak ve özgürlüklerinin korunması ve geliştirilmesi ve bu türlü azınlık nüfuslarının haklarını dikkate alan ölçütlerin geliştirilmesine dikkat çekilmesine yönelik çalışmak üzere Yerel Halklar Çalışma Grubunu kurma konusunda yetkilendirilmiştir<sup>38</sup>. Çalışma Grubu 1994 yılında Yerel Halkların Hakları Konusunda Bildiri Taslağı hazırlamıştır. Söz konusu Taslak hâlihazırda Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nde gözden geçirilmek ve kabul edilmek üzere beklemektedir. Çalışma Uluslararası Çalışma Örgütü içerisinde tamamlanmıştır. ILO 1957 tarihli Konvansiyonu, 1986 yılında, "107 No.lu Konvansiyonun uyumlaştırılmış dili eskimiştir ve... bu ilkenin uygulanması modern dünya için yıkıcıdır" kararını vermek suretiyle revize etmeye başlamıştır<sup>39</sup>. 1989 yılında 169 No.lu Konvansiyon "*Concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries*" kabul edilmiştir<sup>40</sup>. Kendisinden önceki Konvansiyonların asimilasyoncu yaklaşımlarının aksine Konvansiyon 169 *inter alia* yerel halkların değer ve uygulamalarının özel olarak korunmasını özellikle vurgulamıştır<sup>41</sup>.

Her ne kadar uluslararası alanda yerel halkların haklarının ve geleneksel kültürlerinin korunması yönünde eğilim artsa da, uluslararası hukukun yerel halkların hakları konusunda bir sistem yaratmayı tamamlayabildiği söylenemez<sup>42</sup>. Yerel halkların uluslararası alanda 70'li yılların başından beri giderek daha fazla tanınmış olmaları "yerel halklar" kavramının ne olduğunun tam olarak açıklığa kavuşmasını sağlayamamıştır. Bu konuda uluslararası alanda genel olarak kabul edilen bir tanım yokken, ulusal alanda yerel halklar devletin tanınması veya kaydetmesi ile belirlenir<sup>43</sup>.

36 United Nations Economic and Social Council, ECOSOC Res. 1589 (L), of 21 May 1971.

37 The Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7.

38 ECOSOC Res. 1982/34, of May 1982; Pritchard, S.: Working Group on Indigenous Population: mandate, standar-setting activities and future perspectives", Sarah Pritchard (ed.), *Indigenous Peoples, the United Nations and Human Rights* (London etc., 1998), 40-62.

39 Report of the Meeting of Experts, para. 46, reprinted in: *Partial Revision of the Indigenous and Tribal Populations Convention, 1957 (No. 107)*, Report 6 (1), International Labour Conference, 75th Sess. 1988, 100-118.

40 ILO Convention No. 169 of 27 June 1989, into force on 5 September 1991, U.N.T.S. 1650, 383.

41 Stoll/Hanh (*Indigenous Heritage and Intellectual Property*) 9-10.

42 Wolfrum, R.: *The Protection of Indigenous Peoples in International Law*, Heidelberg J. Int'l L. 59 [1999], 369-382, (369).

43 Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde federal düzeyde tanıma, Birleşik Devletler ile yerli kabile arasında önceden yapılmış bir anlaşmaya ya da sadece tek taraflı bir yasa ya da idari işleme dayanır; bkz. Frickey (1999) 385, dn.5; örneğin Kanada'da kayıt *Indian Act*'a dayanmaktadır; bkz. Benedict, K.: "Indigenous Peoples" in *International Law: A Constructivist Approach to the Asian Controversy*, AJIL 92 [1998], 414-457, (414).

Bununla beraber bazı devletler kendi ulusal hukuklarında, hatta doğrudan anayasalarında söz konusu grubun kendi kendilerini tanımlamalarını da dikkate almak suretiyle kesin bazı tanımlar yapıyorken, başka devletler yerel halkların ülkelerindeki varlığını tümüyle reddetmektedirler. Örneğin Yerel Halkların Hakları Hakkındaki Taslak Bildiri'nin müzakereleri sırasında pek çok Latin Amerika ülkeleri herhangi bir tanıma ihtiyaç olmadığı kanısında iken, Asya ve Afrika ülkeleri böyle bir tanımın gerekli olduğunu savunmuşlardır<sup>44</sup>. Sonuçta uluslararası hukuk alanında yerel halklar hakkında üzerinde anlaşmaya varılmış bir tanım yoktur.

#### 4. Geleneksel Bilgilerin Korunmasının Nedeni

Uluslararası anlaşmaları ve bu konudaki uluslararası normların gelişimini bir yana bırakacak olursak geleneksel bilgilerin korunmasını gerektiren pek çok etik neden sıralanabilir. Ayrıca gelişmekte olan ülkelerin geleneksel bilgilerini korumaları için de pek çok neden vardır. Bunlardan bazıları şunlardır:

##### A. Geleneksel Bilgiyi Elinde Tutanların ve Toplulukların Geçinme Yolu

Yerel halkların pek çoğu hayatlarını ve varlıklarını geleneksel bilgilerin varlığına borçludur. Çünkü bu bilgiler genellikle, yerel ekolojik sistemin sürdürülmesi ve ticari hale getirilmesi için kullanılmaktadır. Dünya Sağlık Örgütü'nün verilerine göre yeryüzünde yaşayan kişilerin % 80'i birincil tıbbi ihtiyaçlarını geleneksel ilaçlarla karşılamaktadır. Böylece gelişmekte olan ülkelerin fakir bölgelerinin halkı için geleneksel bilgiler hayatta kalabilmelerinin bir koşuludur<sup>45</sup>.

Geleneksel bilgiler, sürdürülebilir kalkınma ve fakirliğin önlenmesinde giderek daha fazla önem kazanmaktadır. 1970'lere kadar kalkınma planları ve koruma politikaları geleneksel kırsal toplumlar konusunda son derece negatif bir görüşe sahipti. Fakir kırsal kesim geri kalma olarak yorumlanmakta, gelişmenin önünde engel olarak görülmekte ve onların günlük hayat deneyimleri etkisiz, verimsiz hatta çevreye zararlı görülmekteydi. Gelişmekte olan ülkelerin kırsal kesiminin geçim kaynağı olan bu bilgi ve yeteneklere bakışı yetmişli yıllarda değişmeye başladı. Bazı yazarlar bu değişimi kırsal kesimin uygulamalarına karşı teknolojik egemenliğin başarısızlığına karşı liberal ve halkçı bir tepki olarak yorumladılar<sup>46</sup>. Bu tavır akademik çevrede, uluslararası gelişmelerde ve koruyucu kuruluşlarda da bir politika haline geldi. Dünya Bankası, Birleşmiş Milletler ve FAO; UNESCO, UNEP ve Uluslararası Tarım Araştırma Merkezi dâhil olmak üzere, çok taraflı ve tek taraflı yardım kuruluşlarının, sürdürülebilir kırsal kesim gelişimi için geleneksel bilgilerin rolünü kabul ettikleri ve bu bilgileri aktif bir şekilde destekledikleri görülmektedir<sup>47</sup>.

44 Barsch, R.L.: Indigenous Peoples and the UN Commission on Human Rights: A Case of the Immovable Object and the Irresistible Force, Human Rights Quarterly 18 [1996], 782-813, (791 et seq.).

45 United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) 2000.

46 Adams, W.M.: Green Development: Environment and Sustainability in the Third World, Routledge, London 1990, 169.

47 Warren, D.M.: The Interface between and the Integration of Indigenous Knowledge Systems

Geleneksel bilgilerin desteklenmesinin yerel halkın gündelik hayatını güvence altına aldığı ve ekonomik gelişmenin olanaklarını desteklediği için fiziksel refahını sağladığı artık kabul edilen bir gerçektir. Diğer yandan da geleneksel bilgilerin bugüne kadar hiç olmadığı kadar kabul gördüğü bir zamanda, insan kültürel çeşitliliği, dünyanın biyolojik ve kültürel açıdan yeknesak hale gelmesiyle aşınmaya başlamıştır. IUCN *Inter-Commission Task Force on Indigenous Peoples* (1997, p. 60) kültürlerin, insanlar onlarla iletişim kurmadan hızla öldüklerini belirtmektedir. Bu rapora göre öyle tahmin edilmektedir ki dünyanın yarısında dil, fikri miras ve insanların hayat hakkındaki anlayışları içinde bulunduğumuz yüzyıl içerisinde kaybolacaktır. Rapora göre soykırım, kontrol edilemeyen sınır savaşları, askeri yıldırma teknikleri, hükümet denetiminin yaygınlaşması, haksız toprak politikası, kültürel ıslah politikaları ve uygunsuz koruma yöntemleri başlıca tehditler olarak ortaya çıkmaktadır. Bütün bu olgular karşısında geleneksel bilgilerin, geleneksel bilgiyi elinde bulduranların ve onların oluşturdukları toplulukların korunması için gereken önlemlerin bir an önce alınması zorunluluğu kendiliğinden ortaya çıkmaktadır<sup>48</sup>.

## B. Ulusal Ekonomilerin Yararı

Geleneksel bilgiler ulusal ekonomilerin gelişimine yardımcı olacağı gibi ilerisi için de önemli bir potansiyel oluşturmaktadır. Geleneksel bilgiyi temel alan el işlemleri, tıbbi bitkiler, zirai ürünler ve tahta olmayan orman ürünleri (NWFPs) hem iç hem uluslararası pazarda ticaret konusu olarak, ihraç eden ülke açısından ciddi bir gelir kaynağı yaratır. Örneğin bazı 150 NWFP'ler önemli ölçüde uluslararası ticaret yapmaktadır (UNCTAD, 2000). NWFP'nin toplam dünya ticaret hacmi 11 milyar dolardır (FAO, 1995)<sup>49</sup>.

İlaç endüstrisi, kozmetik, tarım, ek besinler, endüstriyel enzimler, biyolojik zirai ilaçlar ve kişisel bakım ürünleri gibi modern endüstriler geleneksel bilgilerden yararlanmaktadır. Gerçekte birçok durumda bilimsel, teknik ve pazarlama kapasitele-ri açısından daha avantajlı durumda olan gelişmiş ülkelerde yer alan firmalar katma değer üzerinde daha çok pay sahibi olabilmektedir. Gelişmekte olan ülkelerin de bu katma değerden pay almaları gerekmektedir. Yine de endüstrinin yerinde bulunan genetik kaynaklara ve geleneksel bilgilere bağlılığı çok fazla abartılmamalıdır. Doğal ürünlerin verimliliğini artırmak için yapılan işlemler ve onların DNA'larının analiz ve manipüle edilmesi biyoteknolojik ve keşfetmeye yönelik araştırmaların daha popüler olmasına yol açabilir. Böylece uzun vadede yiyecek, tarım ve sağlık konularında ve bunlarla bağlantılı olarak geleneksel bilgiler konusunda endüstriyel ilginin azalmasına neden olabilir. Diğer yandan da yiyecek güvenliği ve DNA'sı ile

---

and Modern Technologies, Paper presented at XIII International Plant Protection Congress, 2-7 July, The Hague 1995.

48 Dutfield (2004) 98.

49 Dutfield (2004) 98.

oynanmış ürünlerin diğer bilinmeyen etkileri üzerindeki endişeler, doğal ürünler hakkındaki araştırmalara, özellikle organik tarım ürünleri hakkındaki araştırmalara daha çok ilgi duyulmasını sağlayabilecektir (UNCTAD, 2000)<sup>50</sup>.

Aslında son zamanlarda özellikle biyolojik çeşitlilik konusu ile ilgili geleneksel bilgilerin modern endüstriye ve tarıma olan katkısı daha çok ilgi çekmektedir. Bu durum, geleneksel bilgilerin ekonomik potansiyelinin oldukça yüksek olduğunu göstermektedir. Bununla birlikte geleneksel bilgilerin ekonomik değerini somut olarak belirlemek çok zor, belki de imkânsızdır. İlk olarak geleneksel bilgi diğer ürünlerin gelişiminde başlıca unsurdur. İkincisi, geleneksel bilgiye dayanılarak çıkarılan ürünler modern pazarlara ulaşmaz ya da sektörel ve GNP dağıtım göstermelerinde yer almaz. Bununla birlikte eğer geleneksel bilgi ile üretilen ürünlere bağımlı olan kişiler bundan yoksun bırakılırlarsa, onların yerine ikame edecekleri ürünler muhtemelen onlar için çok pahalı olacak, gelirlerinin önemli bir kısmını harcamalarına neden olacaktır (UNCTAD, 2000)<sup>51</sup>.

Geleneksel bilgilerin ekonomik değeri hakkındaki az sayıda istatistiksel çalışmalardan biri Avustralya'da yapılmıştır. Avustralya'da Avustralya yerli sanata turistlerin yaptığı harcama yılda 46 milyon Avustralya Doları olarak saptanmıştır. Muhtemelen 2000 yılında Sydney'de yapılan Olimpiyat Oyunları'ndan sonra bu rakam çok artmıştır. Ayrıca Ulusal Yerel Sanatlar Temsilcileri Derneği, Avustralya yerlilerinin sanat eserlerinin yılda 200 milyon Avustralya dolarına denk geldiğini açıklamıştır. Benzer bir şekilde Yeni Meksika'da Kızılderili el sanatları ve halılar yılda 800 milyon Avustralya dolarına tekabül etmektedir. Bundan dolayı, Kızılderili el sanatları veya halıların taklitlerinin önlenmesi hususunun, hem Kızılderili halkı hem devlet ekonomisi için son derece kritik bir önem taşıdığı belirtilmektedir<sup>52</sup>. Ayrıca bu istatistiklerin sadece resmi satış rakamlarını içerdiği, korsan olarak üretilen mallardan ulusal sınırların dışında ne kadar kazanç sağlandığına dair bir bilgi yoktur. Bundan başka yerel sanatçılar ve topluluklar sanatlarının pazarda satışından çok küçük bir miktar kazanabilmektedirler. 1989 yılında *Review of the Arts and Crafts Industry* yerel halkın, el sanatlarının satışından yılda sadece 7 milyon dolar kazandıklarını tahminen açıklamıştır. Yine bu kuruluş tarafından açıklandığına göre satıştan elde edilen kazancın çoğu tacirler tarafından elde edilmektedir<sup>53</sup>.

Kısaca belirtmek gerekirse geleneksel bilgilerin korunması, biyolojik varlıklarının ticari kullanımı ve geleneksel bilgilerin kullanılması yoluyla üretilmiş ürünlerin ihraç edilmesi yoluyla, gelişmekte olan ülkelerin ekonomilerine önemli ölçüde katkıda bulunacaktır. Fakat aynı zamanda geleneksel bilgilerin ekonomik potansiyelini çok abartmamak gerekir.

50 Dutfield (2004) 98.

51 Dutfield (2004) 98.

52 Lucas-Schlotter (Indigenous Heritage and Intellectual Property), 340.

53 Lucas-Schlotter (Indigenous Heritage and Intellectual Property), 341.

### C. Çevrenin Korunması

Günümüzde hala var olan geleneksel ya da yerel halkın ve geleneksel toplulukların geçim kaynaklarını korumanın etik bir yaklaşım olduğu pek çok çalışmanın konusu olmakla birlikte<sup>54</sup>, çoğu zaman da gerçekçi olmayan bir yaklaşım olarak değerlendirilmiştir. Bazı antropologlar böyle bir yaklaşımın bazı toplumlarda ne etik olarak kabul edildiğinden, ne dikkate alındığından hatta tamamen yok farz edildiğinden şikâyet etmektedirler<sup>55</sup>. Pek çok geleneksel toplumun çevreyi koruma konusunda, küçük ve izole edilmiş topluluklar olmaları nedeniyle gayret gösterdiklerini savunan görüşler vardır<sup>56</sup>. Yerel halkın veya geleneksel toplulukların çevre bilincini çok abartmanın doğru olmadığını savunan görüşler de vardır<sup>57</sup>. Aynı yazarlar ayrıca, yerel halktan geleneksel teknolojilerini kullanmalarının devamını ve geçim kaynaklarının mütevazı kalmasını beklemenin, onlara haksız bir yük ve aşırı sorumluluk yüklemek anlamına geleceği gibi, onların haklarının zımnen sınırlandırılması anlamına da geldiğini savunmaktadırlar.

Bununla birlikte akademik çalışmalar, geleneksel bilgilerin korunmasının çevre açısından belirgin faydaları olduğunu göstermektedir. Örneğin pek çok orman bölgesinde, yerel toplumların üyeleri, orman bahçeleri yaratmakta ve çalılarının süyunun tükenmemesi için çaba harcamakta, doğal ormanların biyolojik çeşitliliğini korumak için doğal bir süreç yaratmaktadırlar. Araştırmacılar giderek artan bir biçimde geleneksel doğal kaynakların idaresinin biyolojik çeşitliliği nasıl artırdığı ve el değmemiş tropik ormanların içerisinde antropolojik alanın nasıl genişlediği konusunda bilinç sahibi oldular<sup>58</sup>.

### D. Biyoloji Korsanlığının Önlenmesi

Biyoloji korsanlığının önlenmesi hususu pek çok ülke için, geleneksel bilgilerin korunması konusunda yönlendirmektedir. Bununla birlikte geleneksel bilgilerin korunması, geleneksel bilgiyi elinde tutan kişilerin temel gereksinimleri, menfaat-

54 Bodley, J.: *Anthropology and Contemporary Human Problems*, Menlo Park 1976; Clad, J.: *Conservation and Indigenous Peoples: A Study of Convergent Interests*, *Cultural Survival Quarterly* (1984) Vol. 8, 69-73; Martin, C.: *Keepers of the Game*, University of California Press, Berkeley 1978; Reichel-Domatoff, G.: *Cosmology as Ecological Analysis: A View from the Rain Forest*, *Man* (1976) Vol. 11, 307-318.

55 Hames, R.: *Wildlife Conservation in Tibet Societies*, in Oldfield M L and Alcorn J B (eds) *Biodiversity: Culture, Conservation and Ecocodevelopment*, Westview Press, Boulder, San Francisco and Oxford (1991) 172-199; Kalland, A.: *Indigenous- Local Knowledge: Prospects and Limitations*, in Hansen, B V (ed) *Arctic Environment: Report on the Seminar on Integration of Indigenous Peoples Knowledge*, Reykjavik, September 20-23, 1994, Ministry for the Environment (Iceland), Ministry of the Environment (Denmark) and The Home Rule of Greenland (Denmark Office), Reykjavik and Copenhagen (1994) 150-167.

56 Ellen, R.: *What Black Elk Left Unsaid: On the Illusory Images of Green Primitivism*, *Anthropology Today* (1986), Vol. 2, 8-12.

57 Redford, K.H.: *The Ecologically Noble Savage*, *Cultural Surviving Quarterly* 15 (1991), 46-48.

58 Hecht, S.B. and Posey, D.A.: *Preliminary Results on Soil Management Techniques of the Kayapo Indians*, *Advances in Economic Botany* 7 (1989) 174-188; Posey, A.A.: *The Science of the Mebengokre*, *Orion*, summer 1990, 16-23.

leri ve haklarından tamamen ayrı bir şekilde ele alınamaz<sup>59</sup>.

## 5. Geleneksel Bilgilerin Fikri Mülkiyet Hukuku İle Korunması

Geleneksel bilgilerin korunması söz konusu olduğunda, bu bilgilerin telif hakları, patent, marka veya ticari sırların korunması esaslarına göre korunabileceği savunulmuştur. Ancak bu konuda ortaya çıkan teorik ve uygulamaya ilişkin zorluklar üzerinde durmak gerekmektedir.

### A. Geleneksel Bilgilerin Telif Hakları İle Korunması

Geleneksel bilgilerin korunmasında fikri mülkiyet hakları türlerinden ilk akla geleni telif haklarıdır. Bilindiği üzere telif hakları, patent, marka, faydalı model gibi sınai mülkiyet haklarından tümüyle farklıdır. Telif haklarında eser, herhangi bir tescil sistemi olmaksızın korunur. Geleneksel toplumlar ve halkların sahip oldukları dâhil olmak üzere, gayri maddi kültürel ifadelerin telif hakları ile korunması düşüncesi 1960'lara kadar geriye gider. Bu şekildeki kültürel açıklamalar için kullanılan terim de o yıllarda geleneksel bilgi olmayıp, folklordu. Folklorun telif hakları kapsamında korunması ilk kez 1967 yılında Bern Konvansiyonu'nun Stockholm'de revize edilmesi için düzenlenen Diplomatik Konferans sırasında dile getirilmiş, ancak tam olarak çözüme kavuşturulamamış ve Stockholm Sözleşmesi'nin 15. 4'üncü maddesinde yetersiz bir ifade ile kaleme alınmıştır. Bu ifade daha sonra 1971 yılında Paris'te yapılan en son değişiklikte de aynen kabul edilmiştir:

(a) Yayınlanmamış eserlerin yazarının kimliğinin bilinmediği ancak olayın tüm özelliklerinin yazarın tabiiyetinin Birlik ülkelerinden birinde olduğuna karine teşkil etmesi durumunda, Birlik ülkelerinde yazarı temsil edecek ve yazarın haklarının korunması ve uygulanmasına hak kazandıracak yetkili merciinin belirlenmesi o ülkenin yasama alanına konu olacaktır.

(b) Bu hükümler uyarınca söz konu belirlemeyi yapacak Birlik ülkeleri belirlenen makama ilişkin tüm bilgileri içeren yazılı bir beyanla Genel Müdürlüğe bildirimde bulunacaktır. Genel Müdürlük derhal bu beyanı diğer Birlik ülkelerine iletacaktır<sup>60</sup>.

Yıllar boyunca birçok geleneksel halk ve topluluğun yazılı hale getirilmiş olsun ya da olmasın güzel sanat eserleri, el sanatları, tasarımlar, danslar (koreografi), müzikal ve dramatik performansları gibi eserleri yetkisiz bir biçimde çoğaltılmıştır.

59 Greene, S.: *Intellectual Property, Resources or Territory? Reframing the Debate over Indigenous Rights, Traditional Knowledge, and Pharmaceutical Bioprospection*, Bradley, M.P./Petro, P. (eds.), *Truth Claims: Representation and Human Rights*, Rutgers University Press, New Brunswick (2002) 229-249.

60 (a) In the case of unpublished works where the identity of the author is unknown, but where there is every ground to presume that he is a national of a country of the Union, it shall be a matter for legislation in that country to designate the competent authority which shall represent the author and shall be entitled to protect and enforce his rights in the countries of the Union.

(b) Countries of the Union which make such designation under the terms of this provision shall notify the Director General by means of a written declaration giving full information concerning the authority thus designated. The Director General shall at once communicate this declaration to all other countries of the Union.



Sadece grubun üyesi olmayan kişilerin bu eserleri herhangi bir izin almadan çoğaltması söz konusu olmamış, aynı zamanda kendileri de sahip oldukları kaynakların değerini tam olarak algılamamış ve otantik eser ve yazıları öyle olmasalar bile öyleymiş gibi satışa sunmuşlardır. Şimdi geleneksel halk ve toplulukların bu uygulamalara engel olmaları zorlaşmıştır. Bu noktada TRIP Anlaşmasının telif hakları ile ilgili maddelerinin bir çözüm getirip getiremeyeceği üzerinde durulmaktadır<sup>61</sup>.

Avustralya'da yerliler, telif haklarının ihlali iddiasını başarılı bir şekilde dava konusu yapabilmişlerdir. Telif hakları daha sonra Kanada yerlileri ve yeryüzündeki diğer yerel halklar tarafından geleneksel bilgilerinin başkaları tarafından derlenmesinin denetlenmesi konusunda başarılı bir şekilde kullanılmıştır<sup>62</sup>. Bu durum, TRIP's anlaşmasının gereklerine uyma taahhüdünde bulunan gelişmekte olan ülkelerin yerel halk ve topluluklarının, giderek artan oranda telif hakları korumasından yararlanmakta olduklarına işaret etmektedir<sup>63</sup>.

Ancak folklor söz konusu olduğunda tüm bu başarı örneklerine rağmen telif hakları konusunda bazı sınırlar vardır. Birincisi telif koruması kimliği belirli bir eser sahibinin, yazarın olmasını şart koşar. İkincisi telif haklarının korunması zamanla sınırlıdır, ancak toplulukların kültürel kimliği anlamına gelen folklorik ifade biçimlerinin sürekli korunması bu olguların yapısı ile daha fazla bağdaşmaktadır. Üçüncü olarak telif hakları koruması, normal koşullarda eserin tespit edilmiş olmasını arar. Folklorik ifade biçimleri ise yazılı olarak tespit edilmiş olmazlar, kuşaklardan kuşaklara sözlü olarak aktarılmak yoluyla varlıklarını sürdürür. Özellikle bu son özellik, geleneksel bilgilerin telif hakları korumasından yararlanmasını önünde önemli bir engel teşkil etmektedir. Telif hakkı eserin özgün olmasını şart koşar. Oysa folklor, geleneksel bilgi, etnik bir toplum içerisinde birbirini izleyen tekrarlarla şahsi olmayan sürekli ve istikrarlı yaratıcılık süreci ile oluşur<sup>64</sup>.

Bir eserin özgün olabilmesi için de belirli bir sahibinin bulunması gerekir<sup>65</sup>. Batı toplumlarında yaratıcılığın bireysel bir süreç olması, eser sahibinin de yaratıcılık sonucunda esere son olarak sahip olan kişi olmasına karşın, geleneksel toplumlarda yaratıcılık kolektif bir süreçtir<sup>66</sup>. Geleneksel bilgi ve folklor kuşaktan kuşağa aktarılmak suretiyle yaşar ve sürekli bir evrim halindedir. Ayrıca pek çok etnik toplumda sanat tarihsel bağları ve klan ya da topluluğun dinsel inançlarını devam ettirmek anlamına gelmekte olup, sanatçı, geleneklerle bağlıdır ve esinlenmeleri serbest değildir. Örneğin müzik alanında şarkıcının veya çalgıcının duyarlılığı gru-

61 Dutfield (2004) 101.

62 Graeves, T.: Tribal Rights, in Brush, S. B. and Stabinsky, D. (eds.) Valuing Local Knowledge: Indigenous Peoples and Intellectual Property Rights, Island Press, Washington DC and Covelo 1996, 31.

63 Dutfield (2004) 101.

64 Masouye, The protection of expressions of folklore, RIDA 115 (1983), 10.

65 Morolong (Limitations and Alternative Regimes for Protection, Indigenous Knowledge Systems and Intellectual Property in the Twenty-First Century) 2007, 54.

66 Dutfield (2004) 101; Lucas-Schlotter (Indigenous Heritage and Intellectual Property), 384.

bun duygularını yansıtır. Çıkardığı sesler kolektiftir ve yaratıcı olmaktan çok ona öğretilen kültürel mirasın korunması yönündedir. Folklor kavramının yapısında olan geleneklere bu derece bağlılık, yaratıcılık ile zıt düşebilir. Çünkü yaratıcılık, eserin özgün olması, eser sahibinin şahsiyeti ile yakından ilgilidir. Folklor ise kaynaklandığı, beslendiği toplumun geleneksel değerleri ile biçimlenir. Geleneksel değerlerden sapma olduğu zaman bu, bireyin kendi kendini ifade etmesi olarak değerlendirilir<sup>67</sup>.

Bununla birlikte eserin özgün olması koşulu her fikri mülkiyet yasasında aynı yoğunlukta aranmamaktadır. Ayrıca eser sahibinin, eserini geleneklerden çıkarmış olması, bu eserin telif hakları korumasından yararlanmasının önünde bir engel oluşturmamaktadır. Çünkü geleneklerden yararlanarak ortaya bir eser çıkarılması durumunda da eser sahibi buna kendinden bir şeyler katmaktadır. Sonuçta folklor ile folklorlara dayanılarak bir eser oluşturulması durumları birbirinden ayrılmalıdır. Pek çok folklorik eser, mevcut esere yoğun benzerliğinden ötürü özgün sayılmayıp, telif hakları korumasından yararlanamazken, folklordan esinlenilerek bireysel bir sanatçı tarafından oluşturulmuş bir eser, türetilmiş eser kavramına dayanılarak telif hakları korumasından yararlanabilecektir<sup>68</sup>.

Eserin özgün olması zorunluluğu eser sahibinin belirli olması zorunluluğunu da beraberinde getirir. Geleneksel bilgi ve folklorun evrimleşme süreci içerisinde gelişmesi onu, belirli bir kişi ya da kişi grubuna ait görmeyi imkânsız kılar. Geleneksel bilginin kaynağının izini sürmek oldukça zordur, çünkü hem eser sahibi belli değildir hem de bilgi toplulukta iki veya daha fazla kişi tarafından paylaşılmaktadır. Ayrıca geleneksel toplumların bazılarında eser sahipliği iddiası kibirlilik olarak yorumlanmaktadır. Ayrıca unutulmamalıdır ki sanat eserlerinin dağıtımı, kullanımı ve geliştirilmesi ile ilgili olarak topluluk içerisinde liderlerle sanatçılar arasında anlaşmazlık çıkabilir<sup>69</sup>.

Folklor söz konusu olduğunda belirli bir eser sahibinin olması yerine getirilmesi imkânsız bir şarttır. Bununla birlikte geleneksel bilgilerin korunması hususunda telif hakkı kavramından yararlanılmasından tümüyle vazgeçmek söz konusu değildir. Aslında telif hakkı korumasından yararlanmak için yazarın adının zikredilmesi gerekli değildir<sup>70</sup>. Ulusal telif hakları yasalarının çoğu, gizli kalmak isteyen bir eser sahibi tarafından meydana getirilmiş eserin de telif hakları korumasından yararlanmasını mümkün kılmaktadır<sup>71</sup>. Bazı yazarlara göre aynı hükümler geleneksel

67 Lucas-Schlotter (Indigenous Heritage and Intellectual Property), 385.

68 Lucas-Schlotter (Indigenous Heritage and Intellectual Property), 386.

69 Dutfield (2004) 101.

70 Dutfield (2004) 101.

71 Örneğin Fransız Telif Hakları Yasası'nda Art. L. 113-6'ya göre anonim ya da namı müstear ad kullanan yazarlar da telif hakları korumasından yararlanabilmektedir. Bu kişilerin hakları editör ya da yayıncı tarafından kimliklerini açığa vurmaya karar verinceye kadar temsil edilir.

bilgilere dayanan anonim eserlere de uygulanabilir<sup>72</sup>. Ancak bu hükümlerin folklorun yapısına tümüyle uyduğu söylenemez. Bu uygulamadan her şeyden önce Bern Konvansiyonu'nda anonim ya da müstear adlı eserlerin korumasından, yazarın ölümünün üzerinden 50 yıl geçmiş olduğuna inanılması için yeterince neden olduğu durumlarda vazgeçilebilmesini mümkün kılan md. 7 para. 3 hükmünü kabul eden ülkelerde sarfı nazar edilebilir. Bununla birlikte bu hüküm folklorla sınırlı bir biçimde uygulanabilir. Bu kurallar belki anonim eserlere uygulanabilir, ancak bir eserin korunması için mutlaka basılmış olmasını şart koşan hukuk düzenlerinde değişim olmadıkça etkili olmayacaktır. Sonuç olarak geleneksel toplumun bir üyesi olmayan editör tarafından temsil edilmek ve anonim kalmak isteyen bir yazar, kendisi için mahzurlu olabilecek bazı hukuki sonuçlara da katlanmak zorunda kalabilir. Folklor söz konusu olduğunda yayıncı, gerçek eser sahibi gibi davranır. Bu husus, geleneksel anonim eser ile folklor arasındaki temel farkı da ortaya koyar. Birinci durumda eser sahibi adını gizli tutar, istenildiğinde kim olduğu açığa çıkarılır. İkinci durumda eser sahibinin kim olduğu hiçbir şekilde bilinemez<sup>73</sup>.

Anonim eserler için getirilen kuralların folklorla uygulanması mümkün değildir. Bununla birlikte bu kuralların mutlaka uygulanması gerekiyorsa bu uygulamanın yayıncıya değil, klan ya da topluluğa yapılması gerekir<sup>74</sup>.

Folklorik eserlerin sahibinin belirli olmaması, eserin yaratılması sürecinin kolektif bir süreç olması, ulusal kanunlarda birden fazla eser sahibinin varlığı ya da ortak eser sahipliği durumu için öngörülmuş kuralların uygulanıp uygulanmayacağı sorusunu gündeme getirir. Genel olarak bir eserin ortak eser ve eser sahiplerinin her birinin birlikte eser sahibi olarak nitelendirilebilmesi için, her bir eser sahibinin eserde yaratıcı bir katkısının olmasını gerektirir. Ortak eserin bu şekilde nitelendirilebilmesi için aranan başka bir koşul, her bir eser sahibinin katkısının belirlenebilir, ayrılabilir olmamasıdır<sup>75</sup>.

Ortak eser sahipliğinin folklorik eserlere uygulanması da mümkün görülmemektedir. Çünkü kültürel mirasın yüzyıllar boyunca kuşaktan kuşağa aktarılması olgusu, ortak eser sahipliği kavramı ile bağdaşmamaktadır. Modern telif hakları sisteminde ortak eser sahipliği, iki veya daha fazla yazarın bir araya gelerek, katkılarının ayrılamayacağı tek bir eser meydana getirmeleri suretiyle gerçekleşir<sup>76</sup>.

72 Moreira da Silva, Folklore and Copyright, EBU Review 101 (1967) 53.

73 Lucas-Schlotter (Indigenous Heritage and Intellectual Property), 387.

74 Lucas-Schlotter (Indigenous Heritage and Intellectual Property), 387.

75 İngiliz Telif Hakları, Tasarım ve Patent Kanunu 1988 (UK Copyright, Designs and Patent Act 1988), Section 10 (1)'e göre "iki veya daha fazla eser sahibi tarafından ortaya çıkarılan ve eser sahiplerinin katkısının birbirinden ayıramayacağı bir eser ortak eserdir"; ABD Telif Hakları Kanunu 1976 (US Copyright Act 1976) Section 101'e göre ortak eser "iki veya daha fazla eser sahibinin katkıları ayrılmaz ve birbiri içerisine geçmiş ve bir bütün oluşturacak şekilde hazırladıkları eserdir"; Alman Telif Hakları Kanunu Art. 8 (1)'e göre ortak eser sadece birden fazla kişinin biraraya gelerek meydana getirdikleri eser olup, her bir eser sahibinin katkısı ayrıca kazanç konusu yapılamaz".

76 Lucas-Schlotter (Indigenous Heritage and Intellectual Property), 388.

Telif hakları kavramını destekleyen kanunlaştırmaların yardımıyla eser sahibinin belirsiz yapılmasını mümkün kılan çeşitli yollar bulunabilir. Örneğin ABD hukukunda ivaz karşılığı çalışma (*work-for-hire*) yolu kullanılmak suretiyle, İngiliz hukukunda ise eser sahibinin manevi haklarından vazgeçmesi suretiyle bu noktaya varılabilir<sup>77</sup>. Sonuç olarak topluluk ya da örgüt, ortada bir eser sahibi olmaksızın da topluluktan kaynaklanan eserin telif hakkı sahibi olarak ortaya çıkabilir<sup>78</sup>.

Telif haklarının bireysel doğası, folklorik eserlerin kolektif ve anonim doğası bir-biriyle bağdaşmamaktadır. Bu nedenle bireysel bir koruma öngören telif hakları ile folklorik eserlerin korunması her zaman uygun sonuçlar vermeyecektir.

Geleneksel bilgilerin korunması konusunda telif haklarının kullanılmasında diğer bir sorun, telif hakkı korumasının belirli bir süre ile sınırlı tutulmasıdır<sup>79</sup>. Geleneksel bilgiler ise çoğu geleneksel toplumların kültürel kimliklerinin ayrılmaz bir parçası olup, geleneksel toplumlar bunları asla herkesin kullanımına açmak istemezler<sup>80</sup>.

Telif hakları korumasının folklorik ifade biçimlerine devamlı olarak uygulanabilmesi mümkün değildir demek zordur. Ancak telif korumasının geleneksel bilgilerin korunması konusunda yeterli bir koruma sağlamadığı da açıktır.

Ayrıca telif hakkı korumasından yararlanacak eserin fiziki bir varlığının olması yani herhangi bir şekilde söz ve yazıya dökülmüş olması gerekmektedir<sup>81</sup>. Yerel topluluklar ise çoğu zaman kültürel ifade biçimlerini yazıya dökmezler. Bu durum onların telif korumasından yararlanmalarına engel olur. Bununla birlikte eserin tespit edilmiş olması koşulunun sadece *common law* sisteminde sorun olduğunu, kıta Avrupa'sı sisteminde bu koşulun bu kadar katı aranmadığını söylemek mümkündür<sup>82</sup>. Kıta Avrupa'sı sistemleri telif hakları korumasından yararlanmak için maddi şekilde tespit edilmiş olma şartını aramamaktadır. Ancak ABD ve İngiliz hukuku eserin telif hakları korumasından yararlanması için maddi bir formda tespit edilmiş olması koşulunu aramaktadır<sup>83</sup>. Bern Konvansiyonu üye ülkelere yasal düzenle-

77 ABD Hukukunda The Work Made for Hire and Copyright Corrections Act of 2000' göre, İngiliz Telif Hakları, Tasarım, Patent Yasası md. 6 paragraf I: "Eser sahibinin ekonomik haklarından bağımsız olarak, bu ekonomik haklar devredildikten sonra bile eser sahibi, eser üzerinde eser sahipliğinden doğan hakları ileri sürebilir ve eserin tahrif edilmesi, bozulması ya da söz konusu esere karşı kendi onur ve saygınlığına zarar verebilecek herhangi bir şekilde küçültücü davranışta bulunulması halinde dava açabilir". İngiliz hukukunda eser sahibinin manevi haklardan vazgeçebilmesi hakkında bkz., Prime, T.: The Law of Copyright, London 1992, 220.

78 Dutfield (2004) 103.

79 Morolong (Limitations and Alternative Regimes for Protection, Indigenous Knowledge Systems and Intellectual Property in the Twenty-First Century), 2007, 54.

80 Lucas-Schlotter (Indigenous Heritage and Intellectual Property), 389-390; Dutfield (2004) 103.

81 Morolong (Limitations and Alternative Regimes for Protection, Indigenous Knowledge Systems and Intellectual Property in the Twenty-First Century), 2007, 54.

82 Lucas-Schlotter (Indigenous Heritage and Intellectual Property), 383.

83 Sterling, World Copyright Law, London 1999, No. 7.03, 247; Goldstein, International Copyright, Oxford 2001, 197.

melerini yaparken, telif hakları çerçevesinde korunacak edebi eserin veya sanat eserinin maddi biçimde tespit edilmiş olmasını arayıp aramama konusunda serbest bırakmıştır (Bkz., md 2 para. 2).

Telif hakları korumasından yararlanmak için eserin yazıya dökülmüş olması koşulunu getiren sistemler için söz konusu engelin bu konuda karar alınması yoluyla aşılması mümkündür. Birçok ülke, geleneksel bilgilerinin korunması hususunu iç telif hakları sistemine almıştır. Örneğin Tunus 1967, Bolivya 1968 ve Kenya 1975 yılında çıkardıkları yasalarda bu hususu gözetmişlerdir. Uluslararası fikri mülkiyet aktörleri, bu konuda yapılan görüşmelerde, uluslararası fikri mülkiyet kurallarının folklorun korunmasını da içerisine alacak şekilde genişletilmesi yönünde görüş bildirmektedirler. Ancak gelişmekte olan ülkelerin TRIP'in geleneksel bilgileri de koruyacak şekilde reforma tabi tutulması talepleri çok dikkate alınmamaktadır<sup>84</sup>.

Yazıya dökülmemiş olan kültürel açıklamalar, icraların ilk icracının izni alınmaksızın tespit edildiği hallerle sınırlı kalmak koşuluyla icracıların hakları çerçevesinde korunabilir. İcracı Sanatçıların, Yapımcıların ve Yayıncıların Haklarının Korunması'na Dair 1961 Roma Konvansiyonu'nun, icracı sanatçılara icralarını fonograflarla tespit etmeleri ve çoğaltmaları, yayınlamaları ve canlı olarak kamuya sunmaları haklarını vermesiyle kısmen TRIP ile uyumlu olmuştur. Ancak ne Roma Konvansiyonu ne de TRIP, folklor konusuna değinmişlerdir. Nihayet 1996 tarihli WIPO İcracılar ve Fonograflar Anlaşması, icracıları, oyuncular, şarkıcılar, müzisyenler, dansçılar ve oynayan, şarkı söyleyen, derleyen, belagatle anlatan, sahneye çıkan, yorumlayan ya da edebiyat ve sanat eserlerini veya folklorik eserleri bir şekilde icra eden kişiler olarak tanımlamıştır. TRIP'in gelecekte düzeltilmesi sırasında bu anlaşmanın dikkate alınması gereklidir. Her şeye rağmen şu anda geleneksel bilgilerin korunmasının kapsamının son derece dar olduğu görülmektedir<sup>85</sup>.

Sonuçta folklor ifadelerinin ticari ürün haline getirilmeleri durumunda herhangi bir şekilde tespit edilmiş oldukları da gözden uzak tutulmamalıdır. Ayrıca tespit edilmemiş eserlerin de korunacağı, yasalarca kabul edilse bile uygulamada kolayca gerçekleştirilebilecek bir husus değildir<sup>86</sup>.

Geleneksel bilgilerin telif hakları ile korunmasının teorik zorluklarının yanı sıra uygulamada çıkaracağı bazı zorluklara da değinmek gerekir. Örneğin, dava açmak için hukuki bir şahsiyete sahip olmak gereklidir. Kırsal kesim ya da küçük bir gruptan oluşan toplulukların çoğu ulusal sistemde hukuki bir şahsiyete sahip olmadığı açıktır.

## **B. Geleneksel Bilgilerin Patent İle Korunması**

Geleneksel bilgilerin telif hakları ile korunmasının zorluğu dikkate alınarak, patent

---

84 Dutfield (2004) 103.

85 Dutfield (2004) 104.

86 Lucas-Schlotter (Indigenous Heritage and Intellectual Property), 384.

ve özellikle biyolojik çeşitlilik konusu ile korunmasının doğru olacağı yönünde görüşler ortaya atılmıştır. Bu konudaki bütün savlara rağmen genel görüş, geleneksel bilgilerin patent ile korunamayacağı yönündedir. Bunun nedenleri de dört ana başlıkta toplanmıştır. Patent hukuku buluş sahibinin bireysel çabasını korumaktadır. Geleneksel bilgiler, kolektif olarak kullanılıp yayılır. Patent sahibi, buluşunun ilk olduğunu ispatlamak zorundadır; patent alacak olan buluşun teknik özellikleri, inceleyen kişilerin anlayacağı şekilde yazılmalıdır; ayrıca patent başvurusu ve uygulanması, patent sahibi ondan yararlanmaya başlayıncaya kadar aşırı derecede maliyetlidir<sup>87</sup>.

Geleneksel bilgilerin kolektif olarak kullanılması ve yayılmasının, patent hukuku ile korunmasının mümkün olmadığı savunulmaktadır. Çünkü patent kimliği belirli bir buluş sahibinin bireysel çabasının varlığını gerekli kılar. Geleneksel bilgiler ise kamu malı oldukları sürece, herhangi bir birey tarafından bu bilgilerin yeni ve açık olmayan bir düzenlemesi yapıldığında, bu düzenleme patent başvurusuna konu olabilir. 19. yüzyılın sonlarından bu yana modern patent hukukunun bulun kolektif niteliği ile bağdaştırılmış olmasına rağmen, patent başvuru sahibinin kimliğinin belirli olmasından vazgeçilmemiştir. Aslında, geleneksel bilgilerin kamu malı olduğu, kolektif olarak kullanıldığı ve yayıldığı doğru değildir. Hindistan'da bulunan *Honey Bee Network* tarafından yazıya dökülmüş olan 10.000'in üzerinde çim tohumu buluşu, bireyler tarafından dava edilmiştir. Bununla birlikte buluş sahibinin adının talep edilmesi pek çok olayda ciddi bir engel oluşturmaktadır<sup>88</sup>.

Patent başvurusu yapılacak olan buluşun, yeni olması, sanayiye uygulanabilir olması, buluş basamağına sahip olması gerekmektedir. Bu kriterlerin geleneksel bilgilere uygulanması, geleneksel bilgilere patent verilememesi sonucunu doğuracaktır. Ancak aynı durum, patent alma kriterlerini yerine getiremeyen batılı bilgiler için de söz konusudur<sup>89</sup>.

Patent başvurularının inceleyen kişilerin anlayacağı şekilde teknik özellikleri belirtilerek yazılması gereklidir. Geleneksel bilgileri elinde tutanlar için bu, çok pahalı olan ve bilgileri teknik bir şekilde açıklayarak başvuru yazacak olan bir patent vekili ile anlaşmaları anlamına gelmektedir<sup>90</sup>.

Pek çok geleneksel topluluğun ekonomik olarak kendi kendilerine yetemeyecek olmaları, aralarındaki eşitliğe dayanmayan ilişkiler, yüksek dava masrafları bu bilgilerin mevcut patent sistemi içerisinde korunmasına ve dava edilmesine engel olmaktadır. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde bir patent başvurusunun hazırlanması ve takip edilmesi, hukuki danışmanlık ve dosya hazırlama hizmetleri ile

87 Dutfield (2004) 104.

88 Dutfield (2004) 104.

89 Dutfield (2004) 104; Morolong (Limitations and Alternative Regimes for Protection, Indigenous Knowledge Systems and Intellectual Property in the Twenty-First Century) 2007, 55.

90 Dutfield (2004) 105.

birlikte 20.000 doları bulabilmektedir. Bu meblağ, birçok geleneksel topluluk için ciddi bir meblağdır. Bununla birlikte küçük ve orta ölçekli işletmeler için patent başvurusu masrafları biraz indirilebilir<sup>91</sup>.

Patent hukukunun geleneksel bilgilerin korunmasında kullanılması bazı durumlarda mümkün görünmektedir. Yerel halk, topluluk ya da temsilcileri patent için başvurabilirler, adlarına başvurdukları şirketlerle mülkiyeti paylaşabilirler. Başka bir çözüm de şirketlerin patent başvurusunu yapması, fakat buluş sahibi olarak adlandırılan topluluk üyeleri ile imzalayacakları anlaşma ile hakların belirlenmesidir. Bununla birlikte pek çok geleneksel halk ve topluluk patente tümüyle karşı çıkmakta, sadece bazıları başvurularını yapmak üzere patent ofislerine gitmektedirler. Geleneksel toplumların, patent hukukunun, onların haklarını koruması konusunda şüpheli olmalarının çeşitli nedenleri vardır. Yerel halkı patent başvurusu yapmaktan alıkoyan başlıca neden yüksek masraflardır. Nitekim patent vekilinin ücreti, dosyalama, takip ve yenileme ücretleri vardır. Patent haklarının herhangi bir ihlal durumunda hukuki açıdan takip edilmesi ise çok daha pahalıya mal olabilmektedir<sup>92</sup>.

### C. Geleneksel Bilgilerin Ticari Sır Hükümleri Çerçevesinde Korunması

Birçok geleneksel toplumda bilginin paylaşılması olağan bir durum olmakla birlikte, şifacılar ve diğer uzman bilgi sahipleri, klanlar ve aşiretlerin sahip oldukları bilgiyi kimse ile paylaşmaya sıcak yaklaşmayacakları ortadadır. Ticari sır koruması bilginin, sadece küçük bir halk grubu tarafından biliniyor olması şartını aramaz. 1993 tarihli *Congressional Research Service*'in raporuna göre, bir şaman ya da başka bir birey gruptaki özel statüsü nedeniyle bilgiye ulaşmakta serbesttir. Bu birey ve grup birlikte ticari bir sır sahiptir (Axt et al, 1993, 63). Eğer bir şirket illegal yoldan bu bilgiyi ele geçirecek olursa, şirkete karşı hukuki koruma yollarına başvurulabilir ve şirket tazminat ödemek zorunda bırakılabilir. Bütün bu açıklamalardan geleneksel bilgilerin önemli bir bölümünün ticari sır hükümleri çerçevesinde korunmasının mümkün olduğu sonucuna varılabilir<sup>93</sup>.

Ekvator'da deneme niteliğinde başlatılan ve *InterAmerikan Development Bank* tarafından desteklenen bir proje, geleneksel bilgileri ticari sır olarak korumaktadır<sup>94</sup>. Proje "Geleneksel Bilgilerin Ticari Sır Dönüştürülmesi (*transforming traditional knowledge into trade secrets*)" adını taşımakta ve geleneksel halk ve toplulukları, bilgilerini ticari sır kapsamında koruma altına almak suretiyle biyolojik maden arama işinden yararlandırmayı amaçlamaktadır. *Ecociencia* adında bir sivil toplum örgütü katılan yerel grupların botanik bilgilerini yazıya dökmekte ve herkese açık olmayan bir veri tabanına işlemektedir. Böylece bilginin hâlihazırda kamuya

91 Dutfield (2004) 105.

92 Dutfield (2004) 105; Kiggundu (Limitations and Alternative Regimes for Protection, Indigenous Knowledge Systems and Intellectual Property in the Twenty-First Century) 2007, 30.

93 Dutfield (2004) 105.

94 Vogel, 1997b.

mal olup olmadığı veya diğer toplulukların da bu bilgiye sahip olup olmadıkları anlaşılmaktadır. Eğer kamuya mal olmuş değilse, topluluk veya topluluklar ticari sırda sahiptir. Bu durumda ticari sır, standart bir sözleşme ile karın garanti edilmesi şartıyla şirket ile paylaşılabilir. Bu karlar, ticari sırda sahip topluluklar ve Ekvator Hükümeti arasında dağıtılmaktadır. Mevcut durumda veri tabanı, altı geleneksel toplum tarafından getirilmiş 8000 veriye sahiptir. Bugüne kadar üç şirket veri tabanına ulaşma konusu ile ilgilenmişlerdir<sup>95</sup>.

TRIP md. 39 ticari sırrın hukuka aykırı olarak elde edilmesi, ifşa edilmesi veya dü-rüstlüğe aykırı bir şekilde ticari kullanımına karşı koruma öngörmektedir. Bir fiilin ticari sırrın ihlal edilmesi olarak nitelendirilebilmesi için üç şartı yerine getirmesi gerekir. İlk olarak, bilgi güvene dayalı olmalı, ikincisi bu bilgiyi gizli tutma konusunda bir taahhüt olmalı, üçüncüsü bilginin yetkisiz kullanımı söz konusu olmalıdır<sup>96</sup>. Nitekim TRIP'in gelişmekte olan ülkeler tarafından uygulanmasıyla geleneksel bilgilerin korunması ve geleneksel bilgilerin ticari potansiyelinin bilgiyi elinde tutanlar veya ait oldukları topluluklar tarafından kullanılması mümkün olabilir<sup>97</sup>.

#### **D. Geleneksel Bilgilerin Ticari Marka Hukuku İle Korunması**

Marka, küçük işletmelerde tüketicilere malların orijinal olduğunu, ürünün kalitesinin sürdürüldüğünü garanti etmek amacıyla kullanılır. Marka başvurusu, başvuruda bulunan birey ya da malları satan firmadan farklı ve bağımsız bir otorite tarafından incelenir ve değerlendirilir. Bu otorite her ülkede marka birliği, patent enstitüsü gibi kurumlardır. Örneğin İngiltere'de *Stilton* peyniri üretenlere, ürettikleri peynirlerde kullanmak üzere "*Stilton*" markasını tescil ettirme hakkı verilmiştir. Peynirin *Stilton* köyünde ya da oraya yakın bir yerde, geleneksel üretme tekniklerine uygun bir biçimde, geleneksel malzemeler kullanılarak üretilmesi gerekmektedir. Üreticiler, bu tekniklere uygun bir üretim yapmaz iseler, bu markayı kullanamazlar. ABD'de *Intertribal Agriculture Council* yılda bir kez yenilenmesi gereken "*Made by American Indians*" markasını kayıt altına almaktadır. Bunun nedeni, tanınan ve kabul edilen kabilelerin üyeleri tarafından üretilen tarım veya diğer Kızılderili ürünlerini desteklemektir<sup>98</sup>.

Bununla birlikte bazı ABD eyaletlerinde markanın korunması Kızılderili ürünlerinin korunması söz konusu olduğunda çok yeterli olamamaktadır. Bunun nedeni tüketicilerin bilinçli olmaması ve satın aldıkları ürünlerin gerçek olup olmadıklarını önemsememeleri olabilir (Axt et al, 1993, 46). Hatta markanın kişilerin kafalarını karıştırdığı bile düşünülmektedir. Bu problemler sonucunda geleneksel bilgilerin korunması konusunda ticari marka hukukuna başvurmanın da oldukça zor olduğu görülmektedir.

95 Dutfield (2004) 106.

96 Morolong ((Limitations and Alternative Regimes for Protection, Indigenous Knowledge Systems and Intellectual Property in the Twenty-First Century) 2007, 57.

97 Dutfield (2004) 106.

98 Dutfield (2004) 106.



Bununla birlikte iyi bir pazarlama stratejisi ile özellikle tacirlerin, neden halkın bu ürünleri satın aldığına dair bilinçlendirilmeleriyle bu sorun aşılabilir<sup>99</sup>.

Ancak geleneksel bilgilerin tümünün marka korumasından yararlanması söz konusu değildir<sup>100</sup>. Ayrıca geleneksel ürünlerinin kullanılmasına engel olmak isteyen, ancak onları, ticarete kullanmak istemeyen geleneksel toplumların ticari marka hükümlerinden yararlanması söz konusu olmayacaktır<sup>101</sup>.

### E. Geleneksel Bilgilerin Coğrafi İşaretler İle Korunması

Geleneksel bilgi kavramının içerisine giren kültür değerleri, telif hakları kapsamında korunan eserlerden sonra en çok coğrafi işaretler ile benzerlik göstermektedir. Bu nedenle geleneksel bilgiler ile coğrafi işaretler arasındaki ilişkinin ayrıntılı bir biçimde ortaya konulması gerekir.

Coğrafi işaret konusunda mahreç işareti, bir ürünün, sözü edilen coğrafi bölgeden kaynaklandığını gösteren bir işarettir. Menşe işareti ise coğrafi işareti daha net bir biçimde belirtir ve ürünün hangi bölgede üretildiğini gösterir<sup>102</sup>.

Coğrafi işaretler işaret ettikleri kaynağa göre “*appellations of origin*” yani menşe adı ve “*indication of source*” yani mahreç işaretleri olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır.

Menşe adları ve mahreç işaretlerinin her ikisi de kullanıldıkları ürün veya hizmetlerin orijin ve kaynaklarını göstermek için kullanılırlar. Mahreç işaretleri sadece ürünün kaynağını gösterirken, menşe adları buna ek olarak, coğrafi bölgenin beşeri karakteristik özelliklerini ve o bölgedeki insan faktörlerini de göstermektedir.

Kısacası eğer ürün tümüyle adının anıldığı yörede üretilebiliyorsa ve başka yerde üretildiğinde aynı nitelikler kazandırılmıyorsa bu tür korumanın adı “menşe adı” olarak adlandırılmakta, bu aşamalardan sadece birinin belirli bir yörede gerçekleşmesi yeterli oluyorsa, “mahreç işareti” söz konusu olmaktadır. Coğrafi işaretlerin belirtilmesi, ürün ve hizmetlerin kökenini belirtmek için elverişli bir yöntemdir. Coğrafi işaret belirtilmesinin en önemli nedenlerinden biri tüketiciyi, ürünün kökeni hakkında bilgilendirmek suretiyle ürünün ticari değerini artırmaktır. Ürünün coğrafi kökeninin belirtilmesi, tüketicinin aradığı özelliklerin üründe mevcut olduğunu düşündüreceği için, üründe belirli bir kalitenin varlığını garanti eder. Bunun en önemli örneği alkollü içeceklerde görülmektedir. Örneğin coğrafi işaret olarak kullanılan “*Champagne*” köpüklü şarabın Fransa’daki *Champagne* bölgesinden

99 Dutfield (2004) 106.

100 Kiggundu (Limitations and Alternative Regimes for Protection, Indigenous Knowledge Systems and Intellectual Property in the Twenty-First Century) 2007, 30.

101 Morolong (Limitations and Alternative Regimes for Protection, Indigenous Knowledge Systems and Intellectual Property in the Twenty-First Century) 2007, 56.

102 Coğrafi işaretler hakkında bkz., Gündoğdu, G.: Türk Hukukunda Coğrafi İşaret Kavramı ve Korunması, İstanbul 2006, ...

kaynaklanan özel bir şarap türü olduğunu ifade eder. Benzer şekilde “Cognac” Fransa’da *Cognac* şehrinin çevresinde kullanılan bir çeşit konyaktır<sup>103</sup>.

Coğrafi işaret ile marka arasındaki en büyük fark, markanın bireysel bir kullanıcıya ait olması ve bu kullanıcının mal ve hizmetlerini aynı tür mal ve hizmet üreten diğer bireylerin mal ve hizmetlerinden ayırt etmeye hizmet etmesi iken, coğrafi işaretlerin belirli ürünlerin belirli bir coğrafi bölgeden kaynaklandığını göstermesi ve bu bölgede üreticilik yapan bütün üreticiler tarafından kullanılabilmesidir. Örneğin, *Stellenbosch* marka şarap, Güney Afrika’da *Stellenbosch* bölgesindeki bütün üreticiler tarafından kullanılabilir. Bu nedenle coğrafi işaret ülkenin belirli bir bölgesinde ya da belirli bir ülkede yerel bilgilerle üretilen ürünlerin korunması için etkin bir biçimde kullanılacak bir fikri mülkiyet hakkı türüdür<sup>104</sup>.

Coğrafi işaretler ulusal olduğu kadar uluslararası alanda da korunmaktadır. Ulusal alanda coğrafi işaretler birçok ülkede yasal düzenlemeler ve ulusal bir tescil sistemi ile korunmaktadır. Coğrafi işaretlerin haksız rekabet veya haksız fiil hükümlerine göre korunması da mümkündür. Bir tacir coğrafi işareti, o bölge ile ilgisi olmayan bir üründe kullanacak olursa haksız rekabetle ticaret yapmış sayılır ve bunun müeyyidelerine katlanır.

Coğrafi işaretlerin ortak markalar ve garanti markaları ile korunması da mümkündür. Bireysel markaların aksine ortak marka bir grup tacir ya da üreticiye aittir. Garanti markası ise belirli koşulları yerine getiren herkes tarafından kullanılmak üzere tescil edilir. Ortak marka veya garanti markasının her ikisi de geleneksel bilgilerin korunması hususunda yardımcı olabilir. Belli bir toplumun el sanatları, ilaçlar, içecekler, el işleri, müzik, yemek gibi ürünleri ortak marka veya garanti markası olarak tescil edilebilir ve bu tescilli marka ulusal veya uluslararası ihlallere karşı korunabilir. Örneğin belirli bir cins halı veya çömlek üreticileri markalarını bu şekilde tescil ettirerek koruma altına alabilirler<sup>105</sup>.

Uluslararası alanda coğrafi işaretlerin iki ya da çok taraflı anlaşmalarla korunduğunu görmekteyiz. İkili anlaşmalar genellikle iki devlet arasında korunacak coğrafi işaretlerin bir listesinin yapılması ile gerçekleştirilir. Çok taraflı anlaşmalar ise birden fazla devlet arasında akdedilir. Bunun en önemli örneği Lizbon Anlaşması’dır.

Sonuçta coğrafi işaretlerin korunması belirli yiyecek ve içeceklerle sınırlandırılmış olsa da, coğrafi işaret korumasının belirli kuralları, geleneksel bilginin hukuki korunması konusunda yol gösterici olabileceği gibi, yerel üretimle üretilmiş mallardan ve bitkisel formüllerden nasıl kazanç sağlanacağı hususlarında yardımcı ola-

103 Kiggundu (Limitations and Alternative Regimes for Protection, Indigenous Knowledge Systems and Intellectual Property in the Twenty-First Century) 2007, 31.

104 Kiggundu (Limitations and Alternative Regimes for Protection, Indigenous Knowledge Systems and Intellectual Property in the Twenty-First Century) 2007, 32.

105 Kiggundu (Limitations and Alternative Regimes for Protection, Indigenous Knowledge Systems and Intellectual Property in the Twenty-First Century), 2007,32.

bilir. Örneğin basmati pirincinin korunması bu konuda fikri mülkiyet korumasının nasıl olacağını tasavvur etmemize yardımcı olacaktır<sup>106</sup>.

Coğrafi işaretler ayrıca geleneksel bilginin ya da folklorun kendisini değil, coğrafi kökenin belirtilmesini korur. Ayrıca coğrafi işaret, marka belki pazarda ekonomik avantajlar sağlar. Bundan başka geleneksel bilgilerin korunmasının uygulamaya geçirilebilmesi için hukuki kişiliğe sahip bölgesel kuruluşlar ve yerel topluluklar oluşturulabilmesi için finansal ve teknik yardıma gerek vardır<sup>107</sup>.

## F. Geleneksel Bilgilerin Yeni Bitki Çeşitleri Hükümleri İle Korunması

Geleneksel çiftçilerin de üretici olmaları nedeniyle yeni bitki çeşitleri korumasının onlara da kullanılabileceği savunulmaktadır. Yeni bitki çeşitleri koruması sağlamak, patent koruması sağlamaya göre daha kolay ve ucuz olması nedeniyle kolaylık sağlamaktadır. Bununla birlikte yeknesaklık ve istikrar gibi şartlar, sadece genetik olarak yeknesak çeşitlerin üreticilerinin bu korumadan yararlanabileceğini düşündürmektedir. Oysa köy çeşitleri genetik olarak farklı olma eğilimi göstermektedir. Bu da onları “çeşit” olarak sınıflandırma konusunda zorluk yaratmaktadır. *International Code of Nomenclature for Cultivated Plants*’e göre, “geliştirilmiş (*cultivar*)” farklı, yeknesak ve istikrarlıdır. Yine aynı şekilde Avrupa’daki pek çok yasaya göre bir tür, farklı, yeknesak ve istikrarlı değilse en azından hukuki anlamda bitki çeşidi değildir. Ayrıca yerel toplulukların kendi ürünlerine yeni bitki türleri korumasının uygulanması konusunda ilgili davranmadıkları görülmektedir<sup>108</sup>.

## G. Geleneksel Bilgilerin Faydalı Model Hükümlerine Göre Korunması

Bilindiği üzere faydalı model, patentlenebilirlik kriterlerini yerine getirmeyen bazı teknik fikir ve buluşları korumak üzere geliştirilmiş bir fikri mülkiyet türüdür. Patentten ayrılan en önemli tarafı buluş basamağını atlama koşulunun aranmaması, koruma süresinin daha kısa olması, yenilik incelemesinin yapılmamasıdır. Ayrıca faydalı model hakkındaki ulusal sistemler birbirinden oldukça farklıdır, çünkü bu konuda yeknesaklık sağlamak üzere hazırlanmış uluslararası bir anlaşma ya da konvansiyon yoktur. TRIP de faydalı modele herhangi bir atıf yapmamaktadır<sup>109</sup>.

Faydalı modelin özellikle gelişmekte olan ülkelerde neden önemli olduğuna ilişkin başlıca beş neden sayılmaktadır. Bunlardan birincisi, patent hukukunda katı bir şekilde uygulanan yenilik ve buluş basamağı kriterlerini yerine getirmeyen yeniliklerin sahibi olan zanaatçılara koruma imkânı tanımaktır. İkinci olarak geleneksel buluş sahiplerinin ve zanaatçıların ekonomik gelişmedeki rollerini artırmak ve yeni teknoloji yaratarak hayat kalitelerini yükseltmelerine yardımcı olmaktır. Üçüncüsü, faydalı modellerin buluşların yapılması konusunda bir adım olmasıdır. Dördüncüsü

106 Dutfield (2004) 107.

107 Lucas-Schloetter (Indigenous Heritage and Intellectual Property) (ed. Silke v. Lewinski), 407.

108 Dutfield (2004) 107.

109 Dutfield (2004), 107.

patent başvurusundan daha ucuz olmasıdır. Son olarak teknoloji yönetiminde yaratıcı eylemler ve deneyimler konusunda veri kaynağı olarak görev yapabilirler<sup>110</sup>. Ancak geleneksel bilgilerin ne derece faydalı model olarak tescil edilebileceği hususu tartışmalıdır<sup>111</sup>.

## 6. Geleneksel Bilgilerin Korunması Konusunda Bugüne Kadar Atılan Adımlar

Küresel fikri mülkiyet hukuku, enstitülerin forumların ve prosedürlerin gerçekleştirdikleri çeşitli düzeylerdeki çalışmalarının etkisi altında sürekli bir gelişme göstermektedir. Bu nedenle geleneksel bilgilerin korunması hususunda önemli bazı hükümetler arası çalışmalardan söz edilmesi gerekmektedir.

### A. Dünya Ticaret Örgütü

Bu başlıkta hem TRIP anlaşmasının işlevlerini gözden geçirmekle yükümlü olan TRIP Konseyi (*Council of TRIP*) ve Ticaret ve Çevre Komitesi (*Committee on Trade and Environment*)'nin çalışmalarına değinmek gerekmektedir. Biyolojik Çeşitlilik Konvansiyonu'nun çalışmalarının aksine, bu kuruluşların hiçbir çalışması kamuya açık olmayıp, sadece hükümetler tarafından görevlendirilen resmi memurlara yönelik yapılmaktadır. Bu resmi memurlar da genellikle Cenevre'de oturan diplomatlardır.

#### a) TRIP Konseyi

TRIP Konseyi'nin dört ana sorumluluğu vardır. TRIP'in işleyişini kontrol etmek, ticaretle ilişkili fikri mülkiyet hakları konusunda üye devletlere danışmanlık hizmeti sunulmasını sağlamak, bir ihtilaf ortaya çıktığında üye devletlere ihtilafı giderme konusunda yardım sağlamak, üye devletler tarafından imzalanan diğer görevleri yerine getirmek (md. 68). TRIP'in yerleşik ajandasına göre Konsey, 1999'da md. 27.3'ü gözden geçirmek, 2000 yılında ise maddenin tümünü yürürlüğe sokmak ve iki yıl aralıklarla bunu tekrarlamak yükümlülüklerine sahiptir. 1998'den bu yana TRIP Konseyi'ne ve WTO Genel Konseyine –ki bu organ Bakanlar Konseyi'nden sonra WTO'nun en önemli organıdır– md. 27.3(b) ile ilgili birçok öneri gönderilmiştir.

Başlangıçta ABD md. 27.3(b)'de patentleme konusunda caiz görülen istisnaların çoğunu iptal etmek zorunda kaldı. ABD hükümetinin WTO Genel Konseyine yazdığı 19 Kasım 1998 tarihli mektupta TRIP Konseyi'nin TRIP Anlaşmasının bitki ve hayvanların patentlenebilmesini yasaklayan hükmünün düzeltilmesinin ve yeni bitki çeşitlerini korumak için çıkarılan UPOV anlaşmasının anahtar hükümlerini uyumlaştırmanın gerekli olup olmadığını gözetmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu öneri md. 27.3(b)'nin değiştirilmeden bırakılması ve UPOV Anlaşmasının anahtar hükümleri ile uyumlu olmayan *sui generis* bir sistem geliştirilmesi seçeneklerini

110 Dutfield (2004), 107.

111 Kiggundu ((Limitations and Alternative Regimes for Protection, Indigenous Knowledge Systems and Intellectual Property in the Twenty-First Century) 2007, 30.

dikkate almamaktadır. ABD ve AB etik ve kamu düzeni istisnalarının sadece bi-reysel olaylarda ve seyrek olarak uygulanabileceğinden ve yeni bitki çeşitlerini patentten istisna tutan ülkelerin de UPOV'a gireceğinden emin olmak istemektedirler. Bu noktada gelişmekte olan ülkelerin UPOV'a girmek konusunda anlaştığı serbest ticaret anlaşmaları başarılı bir çözümdür ve biyoteknoloji dostu patent sistemleri gelişmekte olan pazara uyarlanmaktadır.

Bu girişimlerden dolayı gelişmekte olan ülkelerin TRIP Anlaşmasına çekince ile yaklaşımları nedeniyle, ABD çabalarını sınırlandırmak ve mevcut durumu sürdürmek ve gelişmekte olan ülkeleri md. 27.3(b)'nin revizyonundan, biyoteknolojik buluşların patentlenebilirliğini sınırlandırmak veya patent başvuru sahiplerine kökenin açıklanmasının zorunlu olması gibi ek yükümlülükler yüklenmesini öngörmek yoluyla alıkoymak amacıyla olan EC'ye katılmıştır.

1999 Ağustos'unda gelişmekte olan ülkeler fikri mülkiyet, biyogenetik kaynaklar ve geleneksel bilgi konuları ile ilgilenen Genel Konsey'e iki doküman sunmuşlardır. Bunlardan biri Venezuela'nın daimi temsilciliği tarafından yapılmış olup, TRIP'in bundan sonra gözden geçirilmesi durumunda diğer hususların yanı sıra, TRIP Anlaşmasının içerisinde etik ve ekonomik içerikte, yerel ve bölgesel halkların geleneksel bilgilerine de uygulanabilecek ve kolektif hak sahiplerinin haklarını tanımaya elverişli bir koruma sistemi geliştirilmesini önermiştir (WTO-GC, 1999a). Afrika Grubu da WTO Genel Konseyi'ne yeni bitki çeşitleri bağlamında md. 27.3(b)'nin değiştirilmesini ve özellikle gelişmekte olan ülkelerin yerel çiftçi topluluklarının korunması için, Biyolojik Çeşitlilik ve Bitki Genetik Kaynaklarının Uluslararası Girişimi Konvansiyonu'na uygun bir biçimde yeni bitki çeşitleri için *sui generis* bir koruma öngörülmesini önermiştir.

Bu önerinin özellikle sivil toplum örgütlerini de harekete geçiren dünya çapında etki uyandıran bir öneri olduğunu belirtmek gerekir. Bu öneri, tohumların, bitkilerin ve genetik, biyolojik kaynakların patentlenmesine olanak ve yetki verilmesinin, yerel toplulukların bilgi ve kaynaklarına ulaşılmasına olanak verdiği konusunda uyarılmaktadır.

Ekim 1999'da Asya'dan Afrika'dan ve Latin Amerika'dan 12 gelişmekte olan ülke Genel Konsey'e çözüm ricalarıyla birlikte yürütmeye dair ayrıntıları açıklayan ve TRIP'e dair önerilerin yer aldığı iki mektup göndermiştir. Bunlardan biri, TRIP'in Biyolojik Çeşitlilik Konvansiyonu ile uyumlu olmadığını, patentin Biyolojik Çeşitlilik Konvansiyonu'nun 15. md. si ile uyumlu olmadığını açıklanmasına gerek olduğunu, bu maddenin genetik kaynaklara ulaşılması konusunda ulusal hükümlere yetki verdiğini, bu hususun TRIP'de gözetilmediğini dile getirmektedir. Ayrıca pek çok öneri doğrudan TRIP md. 27.3(b)'yi hedef almış olup, bu maddenin hükümlerini gözden geçirmektedir. Bunlardan biri, paragrafın biyolojik çeşitliliğin sürdürülebilirliğini, korunabilirliğini ve yerel toplulukların bilgi ve haklarının korunmasını da dikkate alacak şekilde Biyolojik Çeşitlilik Konvansiyonu'na göre değiştirilmesi

gerektiğini savunmaktadır.

Yine Ekim 1999'da Bolivya, Kolombiya, Ekvator, Nikaragua ve Peru, Genel Konsey'e geleneksel bilgilerin hukuki çerçevesi ile ilgili detaylı bir öneri sundu. Bu belge WTO'nun gelecekte dünya ticaretinde üç hususa dikkat etmesi gerektiğini savunmaktadır. Bunlardan biri diğer uluslararası örgütlerle işbirliği halinde çalışmalar yürütmek, fikri mülkiyet haklarının bir konusu olarak geleneksel bilgilerin korunması ve tanınması hakkında tavsiyelerde bulunmaktır. Bir diğeri, bu tavsiyeler temelinde, geleneksel bilgilerin ortaya çıkarılması ve açıklanmasının etkin korunmasını sağlayacak çok uluslu bir hukuki çerçeve çizilmesi için görüşmeler başlatmaktır. Sonuncusu da dünya ticareti görüşmelerinin sonucu olarak söz konusu hukuki çerçevenin hazırlanmasını sağlamaktır.

2001 yılının Kasım ayında Doha'da yapılan WTO Bakanlar Konseyinin dördüncü toplantısında Bakanlar Açıklaması WTO üyesi devletlerin açıklamalarına uyarlandı. Buna göre; TRIP Konseyi, md. 27.3(b), 71.1 ve 12'nin gözden geçirilmesinde ibaret olan normal programının yanı sıra, TRIP ile Biyolojik Çeşitlilik Konvansiyonu ve folklor ile geleneksel bilgi arasındaki ilişkiyi de gözden geçirmek durumundadır (paragraf 19).

Bu incelemeye ek olarak Brezilya, Çin, Küba, Dominik Cumhuriyeti, Ekvator, Hindistan, Pakistan, Tayland, Venezüella, Zambiya ve Zimbabve birlikte Haziran 2002'de Genel Konsey'e bir mektup yazdılar. Bu mektup, TRIP'in WTO üye devletleri tarafından öngörüldüğü biçimde değiştirilmesi gerektiğini savunmaktaydı.

Biyolojik materyal veya geleneksel bilgi ile ilgili bir patent için başvuran kimse- nin, patent alabilmesi için bazı koşulları yerine getirmesi gerekmektedir. Bunlar; buluşta kullanılan geleneksel bilginin ve biyolojik kaynağın kökeni olan ülke ve kaynağın açıklanması, ilgili ulusal otorite tarafından onaylanmış olduğunu ispat etmek, köken ülke ile ulusal otorite arasında kar dağılımının haklı ve eşit olacağını ispatıdır. Doğrusu TRIP'in patenti bu şekilde engelleyecek biçimde revize edilmesini tahayyül etmek biraz zordur. Özellikle geleneksel bilgi konusunda bir hukuki çerçevenin TRIP içerisine alınması çok ihtimal dâhilinde değildir.

## **B. Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü**

Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü ve Birleşmiş Milletler Eğitim Bilim Kültür Örgütü (UNESCO) yerel bilgilerin korunması konusunda önemli çalışmalar yürütmektedir. WIPO'nun Yürütme Kurulu'nun 1978 yılında yaptığı toplantıda folklorun korunması için yapılanların yeterli olmadığı dile getirilmiş bulunmaktaydı<sup>112</sup>. Bu toplantının hemen arkasından WIPO Uluslararası Masası, folklorun, yetkisiz kullanımına ve tahrif edilmesine karşı fikri mülkiyet koruması tarzında bir korumayı

112 Ficsor, M.: *Indigenous Peoples and Local Communities: Exploitation of Issues Related to Intellectual Property Protection of Expressions of Traditional Culture*, in ATRIP, Collection of Papers Presented at the ATRIP Annual Meeting (Geneva 7-9, 1999) 35-40.

içeren model kanunun ilk taslağını hazırladı<sup>113</sup>.

1982’de Hükümet Uzmanları Komitesi WIPO ve UNESCO tarafından Cenevre’de toplantıya çağrıldı ve ”Folklor Açıklamalarının Hukuka Aykırı ve Diğer Zararlı Kullanımlara Karşı Korunması Hakkında Ulusal Hukuklar İçin Model Hükümler” hazırlandı. 1984 yılında WIPO ve UNESCO Paris’te Fikri Mülkiyet Hukukunda Folklor Açıklamalarının Uluslararası Korunması Hususunda Uzman Grubu toplantısı düzenledi. Katılımcılar model kanuna dayalı anlaşma tasarısı ve ulusal sistem bazında uluslararası sistemin ana hatlarını hazırladılar. Bununla birlikte katılımcıların çoğu uluslararası bir anlaşma imzalamak için daha erken olduğunu, folklor açıklamalarının korunması hususunda model kanunu iktibas eden yeterince ulusal sistem olmaması nedeniyle bu konuda yeterince deneyim olmadığını ileri sürdüler<sup>114</sup>. Uzmanlar Grubu tarafından başlıca iki sorun dile getirilmiştir. Korunması gereken folklor açıklamalarının tanınması için uygun kaynakların olmaması, belirli bir bölgede birden fazla ülkede bulunacak folklor açıklamalarında yaşanacak sorunlarla ilgili olarak çalışır bir mekanizmanın yokluğu<sup>115</sup>. Toplantıda bir anlaşmaya varılamaması üzerine uluslararası bir anlaşmanın hazırlanması belirsiz bir süre için askıya alınmıştır.

1997’de UNESCO-WIPO Tayland’ın Phuket adasında Folklorun Korunması Forumu toplanmıştır. Forumun sonunda UNESCO ve WIPO’nun görevli organlarına sunulmak üzere bir “Eylem Planı” hazırlanmıştır. Bu Eylem Planı WIPO ve UNESCO’ya folklorun uluslararası alanda etkin ve uygun bir biçimde korunması için gereken önlemleri almak ve faaliyetleri yürütmek görevlerini yüklemiştir. WIPO’nun 1998–1999 alt program 11–3 özel olarak folklorun korunması konusunu gündemine almıştır. Ayrıca bölgesel danışmanlık, uygun bir veri tabanı oluşturulması, bölgesel işbirliği sorunların baştan sona tespit edilmesi gibi bazı görevler de saptanmıştır<sup>116</sup>.

WIPO 1999 yılında UNESCO ile işbirliği halinde dört bölgesel danışmanlık toplantıları düzenlemiştir. Mart ayında Afrika ülkeleri toplantısı Pretoria’da, Nisan ayında Asya ve Pasifik ülkeleri toplantısı Hanoi’de, Mayıs ayında Arap ülkeleri toplantısı Tunus’ta, Haziran ayında Latin Amerika ve Karayip ülkeleri için Quito’da toplantılar yapılmıştır. Bu toplantıda katılımcılar, WIPO’ya UNESCO ile birlikte çalışmalara devam edilmesi ve folklor açıklamalarının korunması için, ulusal, bölgesel, bölgelerarası ve uluslararası düzeylerde uygun hükümlerin konulması ve uygulan-

113 Kiggundu (Limitations and Alternative Regimes for Protection, Indigenous Knowledge Systems and Intellectual Property in the Twenty-First Century) 2007, 36.

114 Ficsor (ATRIP, Collection of Papers Presented at the ATRIP Annual Meeting (Geneva 7-9, 1999) 46.

115 Ficsor (ATRIP, Collection of Papers Presented at the ATRIP Annual Meeting (Geneva 7-9, 1999) 47.

116 Ficsor (ATRIP, Collection of Papers Presented at the ATRIP Annual Meeting (Geneva 7-9, 1999) 48.

ması görevini yüklemiştir. Folklor ifadelerinin toplanması, sınıflandırılması, tanınması ve belgelere dökülmesinin sadece bunların korunması ve sömürülme kurtarılması amacıyla değil, fikri mülkiyet haklarının korunması amacıyla da yapılması gerektiğinin altı çizilmiştir<sup>117</sup>.

WIPO'nun 2000–2001 programı 1998–1999 programının ötesine geçmektedir. 11.3 sayılı alt program sonucunda, folklorun ulusal, bölgesel ve uluslar arası düzeylerde korunması için standartlar geliştirilmesi hususunda alternatifler üzerinde çalışma konusunda iki ya da üç uzmanlar toplantısı yapılması hakkında çağrıda bulunulması önerilmiştir. Alt program 11,4 kültürel mirasın ticarileştirilmesi ile ilgili elektronik ticarete fikri mülkiyetin muhtemel rolü konusunda bir pilot proje hazırlanmasını da içermektedir. Bu alt program gelişen küreselleşme karşısında folklor ifadelerinin korunması hususunda büyük önem taşıyan bir hareket olduğu gibi, enformasyon teknolojisi dikkate alındığında da büyük bir adımdır. 2000 yılında WIPO, WIPO Genetik Kaynaklar, Geleneksel Bilgi ve Folklor Hakkında Hükümetler Arası Komite'yi kurmuştur (IGC).

WIPO diğer uluslar arası örgütlerle işbirliği yapmak suretiyle geleneksel bilgi ve genetik kaynaklar ile fikri mülkiyet arasındaki etkileşim hakkında uluslararası politika forumu önerisinde bulunmuştur. WIPO geleneksel bilgi ve kaynak sahiplerinin fikri mülkiyet haklarının ve bu konudaki çıkarlarının geliştirilmesi için uygulamaya yönelik kurumlar yaratma sürecindedir.

Son üç yılda IGC, WIPO'nun bu konudaki çalışmalarında sağlam bir temel yaratmış ve Cenevre'de 2003 Temmuz ayında yapılan toplantıda gelecekte yapılması planlanan çalışmalarla ilgili fikirler geliştirmiş ve somut sonuçlar almak için yapılması gereken sürekliliği olan çalışmalar üzerinde durmuştur.

IGC fikri mülkiyet alanında acil çözüm bekleyen sorunları gündemine almış ve geleneksel bilgi sahibini, geleneksel kültürü muhafaza edeni, yerel ve bölgesel toplumların çıkarlarının fikri mülkiyet hakları çerçevesinde korunması ve desteklenmesini sağlamak için uygulamaya yönelik mekanizma ve araçları geliştirme konusunu görev edinmiştir. Geleneksel toplumların bilgilerinin ve kültürlerinin korunması ve geliştirilmesi için gerekli adımların derhal atılması konusunda anlaşmanın sağlandığı söylenebilir.

IGC çalışması bu konuya daha fazla dikkatlerin çekilmesini sağlamış ve geleneksel bilgi ile kültürel ifadelerin uygun olmayan tanıma ve korunmalarından nasıl kaçınılacağı konusunda olası yaklaşımları ortaya koymuştur. Kültürel kimlikleri ve ruhsal bütünlükleri geleneksel bilgileri ve kültürel ifadelerini nasıl kullandıkları ve yaydıklarına bağlı olan toplulukların endişeleri kısmen kabul edilmektedir. IGC yerel toplulukların IGC'nin çalışmalarına katılması konusunda da adım atmıştır.

117 Ficsor (ATRIP, Collection of Papers Presented at the ATRIP Annual Meeting (Geneva 7-9, 1999) 51.



IGC, bu konularda çalışmak için Genel Konsey tarafından yetkilendirilmiştir. WIPO Genel Konseyi bu yetkiyi uzattığı için IGC'nin beşinci oturumu gerçekleşmiştir. Bu oturumda IGC'nin ilerdeki iki yıl içinde somut sonuçlar elde etmesine ve geleneksel bilgi ve folklor ifadelerinin korunmasına uluslararası açıdan yaklaşılmamasına ağırlık verilmesine karar verilmiş, ancak bu hususun en uygun tarzda nasıl gerçekleştirileceği ve hukuki statüsü gibi konularda görüş farklılıkları vardı. Bazı delegasyonlar 2005 yılına kadar hukuki bağlayıcılığı olan bir çözüm üretmekten yana iken, diğer delegasyonlar kısa vadede uluslararası uyuşma sağlanacak biçimde tavsiye ve ilkeler yaratmaktan, uzun dönemde de bunları hukuki bağlayıcılığı olan araçlara dönüştürmekten yana idiler. Bazı sivil toplum örgütleri geleneksel bilgilerin örf ve adet hukuku çerçevesinde değerlendirilmesi hususunu ve bunun uluslararası düzeyde kabulünü, ayrıca yerel toplulukların temsilcilerinin bu uluslararası sürece dâhil edilmeleri gereğini gündeme getirmişlerdir.

Ayrıca WIPO'nun Biyolojik Çeşitlilik Konvansiyonu, Gıda ve Tarım Örgütü ve Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültürel Örgütü (UNESCO) gibi uluslararası anlaşma ve örgütleri dikkate alacak şekilde çalışmalarını yürütmesi gereği üzerinde durulmuştur.

### **C. 1982 WIPO-UNESCO Model Kanunu**

Folklor ve geleneksel bilgilerin fikri mülkiyet hukukunun mevcut türleri ile tam olarak korunamayacağına anlaşıldığı üzerine folklorun doğasına uygun *sui generis* başka bir fikri mülkiyet türü oluşturulması görüşleri ortaya atılmaya başlandı. Bilindiği üzere *sui generis* sistem, somut sorunun gerek ve ihtiyaçlarına cevap verecek şekilde hazırlanmış bir sistemdir. *Sui generis* sistemin örneği 1982 yılında WIPO/UNESCO tarafından hazırlanmış olan "Hukuka Aykırı Kullanımlara ve Diğer Zararlı Kullanımlara Karşı Folklorik İfadelerin Korunması İçin Ulusal Kanunlara Model Oluşturabilecek Hükümler"<sup>118</sup> hazırlanmıştır. Bu Model Kanun, folklorik ifadelerin hukuka aykırı ve zarar verici tarzda kullanılması halinde bir ulusun ekonomik ve kültürel olarak uğrayabileceği zararları önleme amaçlı olarak çıkarılmıştır. Bu Model Kanun, folklorun fikri mülkiyet hakkı türü olarak *sui generis* bir biçimde korunması için ulusal kanun koyucuya ışık tutacak ilk adım olarak değerlendirilebilir.

Model Kanun, folklorun ne olduğunu tanımlamamakla birlikte, 2. bölümünde folklor ifadelerini tanımlamıştır. Buna göre folklor ifadeleri:

Geleneksel sanatsal mirasın geliştirdiği karakteristik unsurları içerisinde barındıran ve bir ülke içerisinde bir topluluk veya bu topluluğun geleneksel sanat beklentilerini yansıtan birey tarafından sahip olunan ürünlerdir. Somut olarak ifade etmek gerekirse şu şekilde sayılabilir:

---

118 Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore against Illicit Exploitation and other Prejudicial Actions.

Somut olarak:

- (i) Halk masalları, bilmeceler gibi sözlü ifadeler,
- (ii) Halk şarkıları veya sözsüz müzik gibi müzik ifadeleri,
- (iii) Halk dansları, oyunları veya maddi bir biçime indirgensin indirgenmesin ritüellerin sanatsal biçimleri ve
- (iv) Duyularla algılanabilen ifadeler;
  - (a) Sanatsal ürünler, özellikle resim, çizim, yontma, heykel, biblo, çömlek, mozaik, tahtacılık, metal eşyalar, takı, dokuma, iğne oyları, tekstil, halı ve kostümler;
  - (b) Çalgı aletleri;
  - (c) Mimari biçimler.

Model Kanun'da eser yerine ürün ya da ifadeler kelimelerinin kullanılması ile bu Model Kanun'un telif haklarının bir parçası olmayıp, *sui generis* bir niteliğe sahip olduğunun altı çizilmeye çalışılmıştır<sup>119</sup>.

Model Kanun sadece sanatsal kültür mirasını kapsamaktadır. Geleneksel inanışlar, bilimsel görüşler veya sadece uygulamaya ilişkin gelenekler folklor ifadesi kavramının içerisine girmez. Sanatsal kültür mirasının anlamı ise oldukça geniş tutulmuştur ve sözlü ifadeler, davranışlarla yapılan ifadeler ve müzik tınları ile gerçekleştirilen ifadeleri kapsamaktadır.

Model Kanun sözlü, müzik ve davranış ifadelerinin duyularla algılanabilir bir şekle sokulmasına gerek olmadığını altını çizmektedir. Bununla folklorik ifadelerin maddi bir biçimde tespit edilmelerinin söz konusu olmadığı ve fakat buna rağmen yıllar boyu bilinen nispeten değişmeden kaldığı kabullenilmiş olmaktadır. Model Kanun folklor açıklamalarını hukuka aykırı kullanım ve diğer sakıncalı fiillerden korumayı amaçlamaktadır. Hukuka aykırı kullanım 3. Bölümde açıklanmaktadır. Buna göre yetkili makam ya da topluluktan herhangi bir izin alınmaksızın kazanç amacı güden ve folklorun geleneksel ve örf âdete dayanmayan her türlü kullanımı hukuka aykırı olarak tanımlanmıştır. Buradan anlaşılan, folklorun geleneksel ve örf âdete dayanan ve kazanç amacı gütmeyen bir şekilde kullanılması için izin almak zorunluluğu yoktur. Diğer yandan topluluk üyeleri tarafından kazanç amacı ile ve gelenekler çerçevesinin dışında izinsiz bir kullanım da hukuka aykırı kullanım kapsamına girer. Model Kanunun 3. Bölümü, gelenekler çerçevesinde kullanımı, topluluk içerisinde sürekli uygulanan sanatsal çerçevede kullanım olarak tanımlanmaktadır. Aynı bölüm, örf âdete dayanan kullanımı, topluluğun günlük hayatı ile uyum halinde olan folklor ifadeleri olarak açıklamaktadır.

Model Kanunun 1. Bölümü belli fiillerin izne tabi olması gerektiğini öngörmekte-

119 Ficsor (1999) 62.

dir. Bu fiiller, folklor ifadelerinin yayınlanması, kopyalanması ve dağıtılması, ayrıca kamuya sunulması, iktibas edilmesi veya internet, radyo veya başka herhangi bir şekilde yayınlanması olarak sayılabilir.

Model Kanun, topluluk üyelerine, kendi topluluklarına ait folklorun, geleneksel çerçeve ve örf adet kuralları içerisinde kalmak suretiyle kullanılmasına ve sunulmasına, kazanç amacı güdüp gütmemesine bakılmaksızın izin vermektedir. Model Kanunun 4. Bölümüne göre, folklorik ifadelerin kullanımı eğitim öğretim amaçlı ise veya orijinal eseri açıklamak için yapılıyorsa veya eser sahibi tarafından orijinal bir eser meydana getirmek amacıyla ödünç alınmışsa ve tesadüfî bir kullanım söz konusu ise önceden izin almaya gerek yoktur. Model Kanun'un 6. Bölümü, folklorik ifadelerin zarar verici farz edilen kullanım biçimlerine cezai müeyyide getirmiştir. Bunlar şunlardır:

- Kullanılan ifadenin çıkarıldığı coğrafi bölge veya topluluğun folklor ifade edilmesi sırasında belirtilmemesi;
- İzin alınmasının gerekli olduğu durumlarda izinsiz kullanım suç oluşturur;
- İzin alınmış olması durumunda da verilen iznin sınırlarını aşan veya şartlarına aykırı olan kullanım;
- Folklor açıklamasının şeklini ve biçimini değiştiren herhangi bir kamusal kullanım, kültürel menfaatlere zarar veren doğrudan ya da dolaylı bir tavır suç oluşturur.

Sayılan bütün bu fiillerin suç oluşturması için failin kasıtlı olarak yapması gerekir. Bununla birlikte kullanılan ifadenin çıkarıldığı coğrafi bölge veya topluluğun folklor ifade edilmesi sırasında belirtilmemesi ve izin alınmadan gerçekleştirilen bir kullanım hallerinde Model Kanun ihmal ile de bu suçların işlenebileceğini kabul etmektedir.

Model Kanun'un ulusal telif hakları yasalarının içerisinde alınacak şekilde iktibas edilmesi mümkün olduğu gibi, ayrı bir yasal düzenleme konusu yapılması da mümkündür. Bununla birlikte bu yasal düzenlemenin mutlaka yasa şeklinde olması gerekmeyip, tüzük ya da yönetmelik gibi bir düzenleme ile çıkarılması da mümkündür. Model Kanun'un sınırları da vardır. Model Kanun sadece sanatsal kültür mirasını konu edinmektedir, ulusal kültür mirasını kapsamamaktadır. Bundan dolayı Model Kanun'un folklorun yaşayan elementlerini korumakta yetersiz kaldığı söylenebilir. Bu nedenle Model Kanun'un yerel topluma ait her şeyi kapsayacak kadar genişletilmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>120</sup>.

## **7. Geleneksel Bilgi ve Folklorun Fikri Mülkiyet Hukuku Dışında Korunması**

Belki de geleneksel bilgiler, kendi doğalarına uygun ayrı bir sistem yaratılmak su-

---

120 Morolong (Limitations and Alternative Regimes for Protection, Indigenous Knowledge Systems and Intellectual Property in the Twenty-First Century) 2007, 64.

retiyile korunmak durumundadır. Çünkü görülmektedir ki, mevcut fikri mülkiyet hakları, geleneksel bilgileri korumakta yetersiz kalmaktadır.

### A. Örf Adet Hukuku

Üniversal olarak kabul edilen örf adet hukuku, geleneksel bilginin korunması için uygun bir yöntem olabilir. Örf ve adet hukuku çoğu zaman iç olaylarla sınırlıdır, örneğin Amerika'da Kızılderililer için, Kızılderililer için ayrılan bölgede yaşayan kabile üyelerinin birbirleri arasında ortaya çıkan anlaşmazlıklar örf ve adet hukukuna göre çözülür. Amerikan kabile mahkemesi kabile hukukunu uygular, ABD mahkemesi devlet hukukunu uygular. Eğer devlet mahkemeleri kabile hukukunu kabul etmişse, seyrek durumlarda devlet kabile hukukunu uygulayabilir. Avustralya hukukunda örf ve adet hukuku *common law* hukuku içerisinde mütalaa edilmektedir. Bu konuda uygulanan kanunlar ihtilafında, sadece devlet hukuku ve kabile hukuku değil, değişik kabile hukukları arasında da ihtilaf çıkabilmektedir. Bu nedenle bu konuda bir karmaşa olduğundan söz edilebilir<sup>121</sup>.

Eğer bir devlet veya uluslararası topluluk örf ve adet hukukunu, geleneksel toplumların yaşayan kültür mirasını korumak amacıyla tanımak istiyorsa uygulamada pek çok sorun ile karşılaşabilir. Bunlardan biri, hâlihazırda yürürlükteki örf ve adet hukukunun tespit edilmesinin son derece zor olmasıdır. Birçok kabilenin kendi örf ve adetlerini batılılarla paylaşmak istemediği görülmektedir. Tıpkı yaşayan kültürel miras gibi, örf ve adet hukuku da genellikle yazılı değildir ve daimi olarak değişim halindedir. Zaten örf ve adet hukukunun yazılı olması, onun dinamik niteliği ile bağdaşmaz. Ayrıca örf ve adet hukukunun, çözülmeyi bekleyen sorunlarla birlikte gelişmesi, yaşayan kültürel mirasla ilgili olarak ortaya çıkan sorunların çözülmesinde yetersiz kalmasına neden olur. Bundan başka örf ve adet hukuku her yerel toplumda farklılık göstereceği gibi, yeni durumlara göre farklı yönlerde gelişme gösterecektir<sup>122</sup>.

Dolayısıyla yerel bilgiyi korumak için uygun ve istikrarlı bir hukuk arayan potansiyel kültürel miras kullanıcılarının, bu hukuk sistemine ulaşması o kadar kolay değildir. Örf ve adet hukukunun yerel halk üyeleri tarafından uzun süre uygulanması da mümkün değildir. Mevcut örf ve adet hukukunun araştırılması, toparlanması, ulaşılabilir hale getirilmesi gerekmektedir<sup>123</sup>.

Örf ve adet hukukunun bu alanda uygulanabilmesi için iki yol akla gelmektedir. Bunlardan birincisi geniş anlamda kanunlar ihtilafını daha geniş anlamda dikkate almak, ikincisi, örf ve adet hukukunun çeşitli unsurlarını, yazılı hukuk kuralları yaratmak amacıyla yönelik olarak *sui generis* veya başka bir koruma sistemi kurmak. İkinci durumu gerçekleştirirken örf ve adet hukukunu durağan hale getirmeyip,

121 Indigenous Heritage and Intellectual Property (ed. Silke v. Lewinski), 516.

122 Indigenous Heritage and Intellectual Property (ed. Silke v. Lewinski), 516.

123 Indigenous Heritage and Intellectual Property (ed. Silke v. Lewinski), 517.

onun dinamik niteliğini muhafaza etmek önemli bir husustur. Ayrıca yerli halkı kendi örf ve adet hukuklarını uygulamaktan alıkoymak, onların kültürlerine saygı duymamak anlamına gelir. Bundan dolayı örf ve adet hukukunun oluşturulacak olan *sui generis* sistemin içerisine dâhil edilmesi en doğru yaklaşım olacaktır. Örneğin, geleneksel bilgi veya folklorun hak sahibinin kim olacağının kesin ifade biçimleri ile belirlenmesinden örf ve adet hukuku tarafından yapılmış bir tanıma atıf yapılabilir. Pasifik Topluluğunun Model Kanunu md. 4 bu konuda güzel bir örnektir. Madde “geleneksel sahip” kavramını şu şekilde tanımlamıştır: “grup, klan veya topluluk, ya da grup, klan ve topluluk tarafından birey olarak tanınmış olan birey, grup, klan veya topluluğun uygulama veya örf ve adet hukukuna uyumlu olmak koşuluyla kültürel ifade ve geleneksel bilginin korunması ve gözetilmesi emanet edilen kişi<sup>124</sup>. Yine aynı Model Kanun’dan alınan “göreneksel kullanım” tanımı da bir diğer güzel örnektir. Bu kavram haksız fiil ve özel hukuk sorumluluğundan muaf tutulmuştur.

## **B. Özel İhtiyaçların Giderilmesi İçin *Sui Generis* Koruma**

Fikri mülkiyet hakları kuralları, insan hakları, örf ve adet hukuku, kültürel miras hukuku küfre karşı koruma ve benzeri kurallardan etkilenerek yaratılacak bir *sui generis* koruma rejimi akla en yakın yöntem gibi gözükmektedir. Böyle bir sistem yaratılması, batı toplumları ile geleneksel toplumlar arasında bir uzlaşma sayılabilecektir. Bundan dolayı böyle bir sistem tümünden gelim şeklinde olmamalı, geleneksel toplumların yaşayan kültürel mirasına saygı duyan onların hukuk sistemleri ile uyumlu ve ihtiyaçlarını gideren bir sistem olmalıdır. Bu sistem yaratılırken batılı hukukçuların uygulamadaki deneyimleri de dikkate alınarak, ulusal istemlerin ötesinde fikri mülkiyet korumasından esinlenen bir kanunlaştırma olmasına dikkat edilmelidir. Fikri mülkiyet modellerinden esinlenme yaşayan kültürel mirastan kaynaklanan yaratıcı ve buluşçu etkinlikler arasındaki yakın ilişki ile gerekçelendirilebilir. Fikri mülkiyet hakları ve örf ve adet hukuku bağdaştırılarak gerçekleştirilecek bir yasama faaliyeti her iki dünyayı bağdaştıracaktır.

Yerel bakış açısından olaya yaklaşıldığında genetik kaynakların ve geleneksel bilginin korunmasının en iyi yolu, bu bilgiye ulaşmak ya da kullanmak isteyen topluluk dışından kişinin muvafakat almasını kontrol etmektir. Böylece yerel topluluğa, bu bilgileri kime, hangi kapsamda ve hangi koşullar altında açacağına karar vermesi mümkün kılınır. Bu şartların kapsamında bilgiye ulaşmanın ivazları ya da lisans ücretleri yer alabilir. Bu şekilde tündengelimci bir metot seçilmeyecek olursa yasa koyucular geleneksel toplumların değişik ihtiyaçlarını dikkate alabilecekler, kısmen mevcut fikri mülkiyet sisteminden etkilenmiş değişik hukuki araçlarla yardımcı olabileceklerdir.

Gizli ya da kutsal bazı geleneksel bilgiler ve folklorun korunması, geleneksel bil-

124 Geleneksel Bilgi ve Kültürel İfadenin Korunması Hakkında Model Kanun 2002.

gilerin yozlaştırılması, yok edilmesi veya geleneklere aykırı diğer kullanımının önlenmesi, yazarın eserinin korunmasına ilişkin yaklaşımlar örnek alınmak suretiyle düzenlenebilir. Geleneksel bilgi ve folklor ile onun içinden çıktığı geleneksel toplum arasında bağlantı kurulurken eser sahibinin hakları, bağlantılı hak sahipleri dikkate alınabilir. Zaten Model Kanun md. 13, eser sahibinin klasik manevi hakları örnek alınarak tasarlanmıştır. Özgünlük koşulu ise genellikle marka ve coğrafi işaretlere ilişkin hükümler dikkate alınarak gerçekleştirilmiştir.

Yerel halkların ekonomik çıkarları da dikkate alınarak çözümler toplu hak yönetimine benzer bir şekilde eserin, bireyin münhasır hakları dikkate alınarak önceden izin alınmak veya bunun için gereken ücretler ödenmek suretiyle kullanılması söz konusu edilerek düzenlenmelidir. Örneğin Model Kanuna göre eserin kopyasını çıkarmak geleneksel eser sahibinin rızasını gerektirir. Böyle bir rıza olmadan kullanım hali, men veya tazminat gibi müeyyidelere tabi kılınır. Biyolojik çeşitlilikte olduğu gibi uygun bir kar dağılımı veya teknoloji transferi durumlarında zorunlu lisanslar gündeme gelebilir. Yine bunun gibi kullanımın şeklini, kazancın dağılımını, kullanımın süresini gösteren bir sözleşme yapılmasıyla da geleneksel bilgilerin korunması söz konusu olabilir. Bu noktada kıta Avrupa'sı hukuk sisteminin eser sahibi haklarının sözleşme yoluyla korunması, örneğin dağıtımdan kazanılan kârın paylaşılması hususunda olduğu gibi, örnek alınabilir<sup>125</sup>.

#### a) Hak Sahipleri

*Sui generis* bir koruma öngörülmesiyle bu konuda uygulamaya yönelik bazı sorunlar ortaya çıkabilir. Örneğin belirli bir hakkın sahibi kim olacaktır, bir hakkın kullanılması izni kimden alınacaktır? Böyle yasalarla katı düzenlemelerden kaçınılmak istenirse ve örf ve adet hukukuna ağırlık verilmek istenirse, geleneksel bilgi veya folklorun sahibinin, örf ve adet hukukuna göre belirlenmesi uygun olur. Yerel toplumlara bu tür sözleşmeler yapacakları zaman sözleşmenin dezavantajlarından kaçınmak amacıyla nasıl görüşme yapacakları konusunda yardım sağlanabilir. Bu da Model Kanun'un 15. maddesinde öngörülmüştür. Ayrıca geleneksel bilgi ya da folklor açıklamalarının sahibinin kim olacağı konusunda ortaya çıkan uyuşmazlıklar, bir kurumun bu konuda yetkilendirilmesi suretiyle giderilebilir. Bu özellikle bölgesel düzeyde gündeme gelebilecek bir çözümdür. Zorluklardan biri de geleneksel bilgi veya folklorun kaynağını kesin olarak saptamaktır. Bu da ihtilafların çözümünün herhangi bir yolu kullanılmak suretiyle çözülebilir<sup>126</sup>.

#### b) Korumanın Konusu ve Kullanımın Kapsamı/Sınırları

*Sui generis* korumanın çerçevesi fikri mülkiyet hukukundan esinlenmek suretiyle çizildiği için, korumanın konusu insan yaratıcılığı ve bilgisi ile sınırlandırılabilir ve kolektif köken ve sahiplik ve kuşaktan kuşağa aktarılma ile karakterize edilebilir,

125 Indigenous Heritage and Intellectual Property (ed. Silke v. Lewinski), 519.

126 Indigenous Heritage and Intellectual Property (ed. Silke v. Lewinski), 520.

örneklerden oluşan bir liste ile tamamlanabilir. Bunlara ilaveten geleneksel bilginin ve folklorun başlıca işlevi topluluk üyelerinin diğer üyelerle bağını teyit etmek üzere korumanın konusunu belirten herhangi bir tanımda yer almalıdır<sup>127</sup>.

Geleneksel bilgiler söz konusu olduğunda olağan fikri mülkiyet sisteminden farklı olan diğer bir olgu da geleneksel bilginin sözlü niteliğidir. Bu nedenle geleneksel bilginin korunması için kayıt, tespit veya diğer şekli koşullardan biri aranmamalıdır. Ayrıca bu hakların devredilemez olması da önemli bir noktadır. Müeyyideler düzenlenirken örf ve adet hukukunun daha çok dikkate alınması gerekir. Geleneksel toplumdaki hukuki müeyyideler genellikle ilişkinin yeniden düzenlenmesine, yani uzlaşmaya yöneliktir. Örneğin, yanlış yapan kişinin özür dilemesini sağlamak ya da onu utandırmak bazen para ile tazminattan daha çok tercih edilen bir durumdur. Örf ve adet hukukuna göre şekli olmayan çözüm yollarını, uzlaşma yolları gündeme gelebilir<sup>128</sup>.

### c) *Sui Generis* Korumanın Hedefleri: Kamu Malı

Geleneksel bilgi ve folklorun yaratıcılığı desteklemek için kamu egemenliği altında kalması gerektiği düşüncesine göre fikri mülkiyet haklarının yaratıcılığı ve yeniliği desteklemeye hizmet ettiği düşünülmektedir. Ancak bu hizmet belirli bir süre ile sınırlıdır. Bir yaratıcılığın koruma süresi dolmuşsa ve artık korunmuyorsa yeni gelişmelere ve yaratıcılığa hizmet etmesi amaçlanmaktadır. Bu durumda geleneksel bilgi veya folklor diye adlandırılan kolektif yaratıcılık marka ve coğrafi işaretlerle gerçekleştirilen dolaylı koruma dışında korumasız kalmaktadır, çünkü koruma için öngörülen koşulları tam olarak yerine getirememektedir. Bununla birlikte kamu malı kavramının fikri mülkiyet hukukunda çok katı bir kural halinde düşünülmediğini de belirtmek gerekir. Bu bağlamda icracı sanatçıların bağlantılı hakları, yayıncıların hakları ve son olarak 96/9 numaralı AB direktifi ile kabul edilen veri tabanlarının *sui generis* koruması örnek verilebilir<sup>129</sup>. Bunlara ilaveten mevcut örf ve adet hukukunda, geleneksel bilgiler ve folklor “mülkiyet” kavramı içerisinde mütalaa edilir. Bunun sonucu olarak kamuya mal olma kavramının kavrayışı dikkate alınmalıdır. Bu kavram batı kültürünün fikri mülkiyet hakkı mı yoksa geleneksel toplumların örf ve adet hukukuna göre mi anlaşılacaktır? Fikri mülkiyet hukukundaki kamuya mal olma kavramının, geleneksel bilgi ve folklorun korunmasına engel teşkil etmesi düşünülmemelidir. Ayrıca koruma süresi geçmiş veya hiçbir zaman koruma altına alınmamış bir fikri mülkiyet hakkı serbestçe erişime açıktır. Ancak aynı şey geleneksel bilgi ve folklor için söylenemez. Çünkü bu bilgiler çoğu zaman sır olarak saklanır veya bu bilgileri elde etmek için bilgilerin yer aldığı bölgelere gitmek kolayca gerçekleştirilebilecek bir eylem değildir. So-

127 Indigenous Heritage and Intellectual Property (ed. Silke v. Lewinski), 520.

128 Indigenous Heritage and Intellectual Property (ed. Silke v. Lewinski), 521.

129 Art. 7 of the Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases, OJ EC L77/20 of 27 March 1996.

nuç olarak kamuya mal olma kavramının geleneksel toplumların geleneksel bilgi ve folklorlarını korumadan yoksun bırakmak için yeterli neden olmadığını kabul etmek gerekir<sup>130</sup>.

#### **d) Hukuki Koruma İçin Uygulamada Öngörülenler: Veri Tabanı ve Toplu Hak Arama**

##### **aa) Veri Tabanı**

Hâlihazırda bir veri tabanı kurulmuştur ve çeşitli alanlarda farklı amaçları yerine getirmektedir. Ancak veri tabanının bazı sonuçları yerel halk tarafından istenmemektedir. İlk önce uygun olmayan bir kullanıma karşı koruma, kullanıma karşı bir bedel ödemenin hukuk tarafından korunduğu ve hakların yönetiminin öngörüldüğü hukuk sistemlerinde, genetik kaynakların, folklorun ve geleneksel bilgilerin dağıtımını sırasında korunması için veri tabanı yaratmak suretiyle dokümanlara dökülmesi uygun bir araçtır. Örneğin kullanım için belirli bir ücretin öngörülmesi ve önceden verilmiş bir rızanın aranması durumlarında folklor ve geleneksel bilgilerin bir müze ya da arşivde toplanması, hakların yönetimi açısından uygun bir ortam sağlayacaktır. Aynı zamanda geleneksel toplum bilgilerinin dağıtılması konusunda ilgili değillerse bu bilgiyi kendi hayatları ve yaşayan kültürleri için saklamak istiyorlarsa, ticari hayatta herhangi bir etkisi yoktur ve bu bilgilerin veri tabanının çıkarılması yerel halkın işine yaramayacaktır. Sonuçta veri tabanı ilerde muhtemel kullanıcılar için veri tabanında yer alan bilgilerin dağıtımını sağlayacak bir teklif olarak değerlendirilebilir. Bu nedenle veri tabanının kesinlikle geleneksel toplumların rızasının alınarak ve sadece bazı kurumların erişebileceği şekilde hazırlanması gerekir.

İkinci olarak geleneksel bilgi ve folklorun hukuki koruma altına alınmadığı bir sistemde veri tabanı savunmacı koruma için yararlı olabilir. Örneğin dışarıdan bir kimsenin geleneksel bilgiyi kullanarak patent alması engellenebilir. Bundan başka yerel halklar geleneksel bilgi ve folklorlarının veri tabanı şeklinde belgelenmesinin sonuçları hakkında bilgilendirilmelidir. Geleneksel bilgi veya folklorun veri tabanı şeklinde belgelenmesi yerel toplum dışındaki kişilerin de bu bilgilere ulaşabilmesi anlamına gelip, ticari sır ve güvene dayalı bilgi korumasının kaybı sonucunu doğurabilir. Özellikle telif hakları bakış açısından geleneksel bilgi ve folklorun kamu malı haline geldiği ve artık sır olmaktan çıktığı durumlarda bu bilgilerin veri tabanına aktarılmak yoluyla kamuya açılması, bu bilgiler temelinde buluşlar yapılarak batılı endüstriler tarafından patent alınmasına yol açabilir. Bu durumun dolaylı başka bir olumsuz etkisi de geleneksel bilginin kendi içerisinde gelişimine engel olması ihtimalidir<sup>131</sup>.

Veri tabanının olumsuz sonuçları dışarıdan kişilerin erişiminin sınırlandırılması yoluyla hafifletilebilir. Örneğin, sır şeklindeki geleneksel bilgiler sınırlı erişimin

130 Indigenous Heritage and Intellectual Property (ed. Silke v. Lewinski), 524.

131 Indigenous Heritage and Intellectual Property (ed. Silke v. Lewinski), 524.



mümkün kıldığı bir veri tabanına aktarılır ve sadece ilgili geleneksel toplumdaki izin alan kişiler bu veri tabanına girebilirler. Artık kamu malı olmuş ve sır olmaktan çıkmış geleneksel bilgilerin veri tabanına aktarılması durumunda ortaya çıkabilecek olumsuz sonuçlar, belki olumlu sonuçlar ile dengelenebilir. Örneğin, geleneksel bilgiler temelinde endüstri tarafından elde edilen patentler hükümsüz kılınabilir. Bu şekilde çevrimiçi bir veri tabanı oluşturmak için çeşitli çalışmalar başlatılmıştır<sup>132</sup>.

Sonuç olarak geleneksel bilgi ve folklorun veri tabanına aktarılmasının kültürel çeşitliliği destekleyecek bir husus olduğu söylenebilir. Günümüzde genç kuşakların geleneksel bilgileri uygulamak hususunda çok istekli olmadıklarını görmek mümkündür. Bu nedenle bilgilerin veri tabanına aktarılması onların yaşaması açısından sözlü olarak aktarılmasından çok daha etkili olacaktır. Bununla birlikte geleneksel bilgilerin yazılı hale getirilmesi, yazılı hale getirildikleri zaman için sabitlenmiş hale gelmeleri anlamına gelecektir. Oysa geleneksel bilgilerin en önemli özelliklerinden biri onların her zaman gelişim içerisinde olmalarıdır. Bu nedenle veri tabanının sürekli güncellenmek suretiyle geleneksel bilgi ve folklorun gelişimine engel olunmamalıdır. Geleneksel toplumlar her zaman veri tabanı olgusuna şüphe ile yaklaşmış, güvensizlik duymuşlardır. Bu nedenle veri tabanı olsun başka hukuki araçlar olsun, her zaman önceliği alması gereken olgu, geleneksel toplumların buna rıza göstermesidir<sup>133</sup>.

## bb) Toplu Hak Arama Örgütleri

Geleneksel bilgi ve folklorun korunduğu hukuk sistemlerinde toplu hak arama örgütleri, geleneksel bilgi hak sahibi adına hakların yönetiminde çok önemli bir rol oynamaktadır. Halen telif hakları ve komşu haklar alanlarında çalışan mevcut toplu hak arama örgütleri bireysel lisanslamanın karşısında sayısız bireysel hakkın yönetimi ile uğraşmaktadır. Geleneksel bilgi ve folklor alanında da geleneksel bilgi sahipleri adına hareket etmeye toplu hak arama örgütleri kurulması söz konusu olabilir. *Domaine public* payant şeklinde ödemelerin yapılmasını bu kuruluşlar aracılığı ile düzenlenebilir. Önceden alınmış rıza yöntemi geleneksel bilgilerin korunması için en iyi yöntem gibi gözükmektedir. Çünkü geleneksel bilgi sahipleri genellikle her somut olayda kime izin vereceklerine ve ne kapsamda izin vereceklerine kendileri karar vermek isterler. Oysa toplu hak arama örgütleri veya benzer kuruluşlar hukuki konularda belirli bir bilgiye sahip olup, görüşmeler yapma konusunda da deneyimli oldukları için, bu konuda pazarlık yapma gücünü ellerinde bulundurmak isterler. Bu konularda yolsuzluk sık karşılaşılan bir tehlike olduğu için toplu hak arama örgütlerinin özel kuruluşlar olması da önerilmektedir<sup>134</sup>.

132 Owens, *Digital Rights Management and Documentation of Traditional Knowledge: Strange Bed Fellows*, Grosheide&Brinkhof (eds.): *The Legal Protection of Cultural Expressions and Indigenous Knowledge*, Antwerp 2002, 204.

133 *Indigenous Heritage and Intellectual Property* (ed. Silke v. Lewinski), 525.

134 *Indigenous Heritage and Intellectual Property* (ed. Silke v. Lewinski), 526.

## 8. Geleneksel Bilgilerin Folklorun Korunması ve Türk Fikri Mülkiyet Sistemi

Tıpkı coğrafi işaretler konusunda olduğu gibi geleneksel bilgi ve folklor alanlarında da Türkiye'nin uzun tarihsel geçmişine bağlı olarak zengin kaynaklara sahip olduğu açıktır. Yukarıda geleneksel bilgilerin şu an için kabul edilen tanımına bakılırsa, Anadolu topraklarında yüzyıllardır kullanılan kocakarı ilaçları olarak tabir edilen bitkisel karışımlar, tedavi yöntemleri, dokumacılık, halıcılık, her biri bir hikâyeye dayanan halı desenleri, yerel kıyafetler, efsaneler, Dede Korkut hikâyeleri, Karagöz-Hacivat, meddah, orta oyunu gibi gösteri eserleri, kanto veya türkü gibi ezgiler, halk oyunları sadece örnek olarak verilebilir. Esasen geleneksel bilgi ve folklor niteliğini taşıyabilecek kültür değerlerinin Kültür ve Turizm Bakanlığı bünyesinde tespit edilip belirlenmesi öncelikle ele alınmalıdır. Özellikle son zamanlarda bazı çaresiz hastalıkların artış göstermesi sonucu geleneksel bitki karışımları ve tedavi yöntemlerinin Batı usulü tıp eğitimi görmüş doktor ve bilim adamları tarafından büyük ölçüde kullanıldığı ve hatta ticari bir kazanç aracı haline getirildiği görülmektedir. Bu yolla elde edilen kazancın da herhangi bir yöre, kuruluş daha başka bir deyimle geleneksel bilginin asıl hak sahipleri ile paylaşıldığı yönünde bir bilgi yoktur. Aynı şekilde gösteri oyunları, halk dansları, çeşitli tiyatro grupları tarafından kullanılmakta, halk ezgileri yeni bir yorumla dinleyiciye sunulmakta, modacılar yerel giysi ve motiflerden esinlenerek marka yaratabilmekte, halı motifleri ticari üretimde kullanılmaktadır. Bütün bunlardan elde edilen gelir ise gerçek hak sahipleri ile paylaşılmamaktadır.

Bütün bu değerlerin mevcut fikri mülkiyet sistemi çerçevesinde korunması da her zaman mümkün görünmemektedir. FSEK md.'de dünya fikri mülkiyet hukukunda olduğu gibi eser sahibinin belirli bir kişi olması şartı yer almaktadır. Geleneksel eserlerde ise yukarıda da belirtildiği gibi, belirli bir eser sahibi bulunmaz. Telif hakları ile korunacak olan eserin sahibinin belirli olması, eserin özgün olmasını da gerektirir. Oysa geleneksel eserlerde toplumun ortak duygu ve düşünceleri ifade edilip, kadim bilgilerden esinlenme, eserin özgün olup olmadığı tartışmasını beraberinde getirecektir. Ayrıca korumanın belli bir süre ile sınırlı tutulması da geleneksel bilginin doğası ile bağdaşmamaktadır. Geleneksel bilginin kuşaktan kuşağa aktarılması ve yüzyıllar boyunca yaşaması gerekmektedir.

Geleneksel bilgilerin patent hukuku ile korunması da benzer sorunları ortaya çıkarabilecektir. Patent de telif haklarında olduğu gibi kimliği belirli bir buluş sahibinin bireysel çabasının varlığını gerekli kılar. Türk hukukunda da patent başvurusu yapılacak olan buluşun, yeni olması, sanayiye uygulanabilir olması, buluş basamağına sahip olması gerekmektedir. Bu kriterlerin geleneksel bilgilere uygulanması, geleneksel bilgilere patent verilememesi sonucunu doğuracaktır. Patent başvurusu, patent alınmak istenen buluşun teknik özelliklere sahip olması nedeniyle ülkemizde de oldukça pahalıya mal olabilmektedir. Bu da geleneksel bilgilerin patent ile korunmasının önünde önemli bir engel oluşturmaktadır.

Geleneksel bilgilerin ticari sır hükümleri çerçevesinde korunması mevcut Türk Ticaret Kanunu'nun "Haksız Rekabet"i düzenleyen md. 56 ve özellikle md. 57/8 uyarınca mümkün olabilir. Özellikle md. 57/8 "hüsnüniyet kaidelerine aykırı bir şekilde elde ettiği veya öğrendiği imalat veya ticaret sırlarından haksız yere faydalanmak veya onları başkalarına yaymak" fiilini iyi niyet kurallarına aykırı haksız rekabet oluşturan fiillerden biri olarak saymıştır. Buna göre TRIP Anlaşması md. 39'un aradığı koşullardan bilginin güvene dayalı olması, ikincisi bu bilgiyi gizli tutma konusunda bir taahhüt olması, üçüncüsü bilginin yetkisiz kullanımının söz konusu olması durumlarında geleneksel bilgi TTK haksız rekabet hükümleri çerçevesinde sınırlı da olsa korunabilecektir.

Geleneksel bilgilerin bazen garanti markası ya da ortak marka olarak tescil edilip korunmaları mümkün ise de, marka hukukunda markanın bir mal ve hizmeti başka mal ve hizmetlerden ayırt etmeye yarayan işaret olarak algılanması, geleneksel bilgilerin niteliği ile tam olarak bağdaşmamaktadır. Ayrıca geleneksel bilgilerini ticarileştirmek istemeyen ama buna rağmen kötü niyetli kullanımlara engel olmak isteyen geleneksel toplumların gereksinimleri de bu şekilde giderilememektedir.

Geleneksel bilgi olarak kabul edilen değerlerin pek çoğunun coğrafi işaret sınaî hak türü çerçevesinde mütalaa edilmesi mümkündür. Ancak bu değerlerin kültür varlıklarının tümü, örneğin hikâyeler, gösteri eserleri, halk ezgileri, yerel motifler, bitkisel karışımlar, tedavi yöntemleri coğrafi işaret kavramına girmemektedirler. Coğrafi işaretler, daha çok yiyecek, içecek ve kısmen tekstil ürünlerini kapsayabilmektedir. Bununla birlikte coğrafi işaretlerin korunması belirli yiyecek ve içeceklerle sınırlandırılmış olsa da, coğrafi işaret korumasının belirli kuralları, geleneksel bilginin hukuki korunması konusunda yol gösterici olabileceği gibi, yerel üretimle üretilmiş mallardan ve bitkisel formüllerden nasıl kazanç sağlanacağı hususlarında yardımcı olabilir.

Coğrafi işaretler ayrıca geleneksel bilginin ya da folklorun kendisini değil, coğrafi kökenin belirtilmesini korur. Ayrıca coğrafi işaret, marka belki pazarda ekonomik avantajlar sağlar. Bundan başka geleneksel bilgilerin korunmasının uygulamaya geçirilebilmesi için hukuki kişiliğe sahip bölgesel kuruluşlar ve yerel topluluklar oluşturulabilmesi için finansal ve teknik yardıma gerek vardır.

Geleneksel bilgilerin yeni bitki çeşitleri ile korunması hususunda da ıslahatçı hakları hakkındaki kanun hükmünde kararname incelendiğinde bir türün, farklı, yeknesak ve istikrarlı değilse en azından hukuki anlamda bitki çeşidi değildir. Ayrıca bitkiler dışında kalan geleneksel bilgilerin korunması hususu yine boşlukta kalacaktır.

Faydalı modelin geleneksel bilgilerin korunması hakkında çözüm olup olamayacağı da tartışılmış bir konudur. Faydalı model, patentlenebilirlik kriterlerini yerine getirmeyen bazı teknik fikir ve buluşları korumak üzere geliştirilmiş bir fikri mülkiyet türüdür. Patentten ayrılan en önemli tarafı buluş basamağını atlama koşulunun aranmaması, koruma süresinin daha kısa olması, yenilik incelemesinin yapıl-

mamasıdır. Yine de patent konusundaki sakıncalar, faydalı model için de geçerli olsa gerektir. Ayrıca faydalı model hakkındaki ulusal sistemler birbirinden oldukça farklıdır, çünkü bu konuda yeknesaklık sağlamak üzere hazırlanmış uluslararası bir anlaşma ya da konvansiyon yoktur. TRIP de faydalı modele herhangi bir atıf yapmamaktadır.

Sonuç olarak Türk hukukunda da mevcut fikri mülkiyet sistemi içerisinde geleneksel bilgileri tümüyle korumak imkânsızdır. Geleneksel bilgiler, çeşitli fikri mülkiyet türleri ile kısmen koruma altına alınabilirlerse de farklı doğa ve niteliklerinden ötürü, tam anlamıyla korunamayacaklardır. Bu nedenle Türk hukukunda da bu konuda Model Kanun örnek alınmak suretiyle ulusal bir yasa çıkarılması uygun olacaktır.