



Fikri Mülkiyet Haklarının İhlaline Uygulanacak Hukukta “Soft Law” Tarafından Hukuk Seçimine Yer Verilmesi

The Choice of Law in the Infringement of Intellectual Property Rights by Soft Law Provisions

Ekin Ömeroğlu*

Öz

Haksız fiilin özel bir türü olan fikri mülkiyet haklarının ihlaline uygulanacak hukuk hemen hemen her hukuk sisteminde öncelikle ülkesellik prensibine bağlı tutulmuştur ve bağlama noktası olarak koruma ülkesi hukukunun uygulanacağı genel kural olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte fikri mülkiyet haklarına ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarını içeren hukuk kuralı niteliği taşıyan *soft law* metinlerinde ülkesellik prensibinin yanında özellikle fikri mülkiyet hakkının ihlalinden doğan taleplere uygulanacak hukukta taraflara hukuk seçimi imkânının tanındığı görülmektedir. Çalışmamızda ele alacağımız herhangi bir devlet hukukuna bağlı olmayan hukuk kuralları, Amerikan Hukuku Enstitüsü'nün Fikri Mülkiyete İlişkin Uluslararası Uyuşmazlıklarda Yetkili Yargı Mercii ve Kanunlar İhtilafı Prensipleri, Avrupa Max-Planck Grubu'nun Fikri Mülkiyet Haklarında Kanunlar İhtilafı Prensipleri, Fikri Mülkiyet Haklarında Yetkili Yargı Mercii, Kanunlar İhtilafı, Yabancı Hükümlerin Tanınması ve Tenfizine İlişkin Japon Şeffaflık Tasarısı, Kore ve Japon Waseda Üniversitesi Global COE Projesi'nin Milletlerarası Özel Hukuk Derneği tarafından düzenlenen Ortak Prensipleri ve Uluslararası Hukuk Derneği Fikri Mülkiyet ve Milletlerarası Özel Hukuk Komitesi tarafından hazırlanan Milletlerarası Özel Hukukta Fikri Mülkiyet Haklarına İlişkin Rehber Taslağı'dır. Çalışmamızda ele alacağımız hukuk kuralları, fikri mülkiyet haklarının ihlaline uygulanacak hukukta hukuk seçimine yer vermekle birlikte, hukuk seçiminin kapsamı, zamanı ve hukuk seçiminden etkilenecek kişiler bakımından farklı düzenlemeler içermektedir. Fikri mülkiyet haklarının ihlalinden doğan uyuşmazlıklarda hukuk seçimi sadece *soft law* tarafından kabul edilmemiştir. Türk milletlerarası özel hukukunun yanı sıra İsviçre ve Çin milletlerarası özel hukukunda da hukuk seçimine yer verilmiştir. Ancak Avrupa Birliği milletlerarası özel hukukunda fikri mülkiyet haklarının ihlalinden doğan uyuşmazlıklarda hukuk seçimi kabul edilmemiş olsa da bu husus doktrin tarafından eleştirilmektedir. Çalışmamızda gerek devlet hukuklarında ve gerek *soft law* hukuk kurallarında yer alan düzenlemeler incelenerek fikri mülkiyet haklarının ihlaline uygulanacak hukukta hukuk seçimine ne ölçüde yer verilebileceği incelenecektir.

Anahtar Kelimeler

Fikri mülkiyet hakları, Haksız fiil, Hukuk seçimi, Soft law, Uygulanacak hukuk

Abstract

This study deals with the party autonomy principle as a connecting factor in the infringement of intellectual property rights in the light of soft law provisions. The territoriality principle and the *lex loci protectionis* rule govern as the main doctrines of law applicable to intellectual property infringement disputes. However, several academic projects from all over the world (the Principles by the American Law Institute, the Principles by the European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, the Japanese Transparency Proposal, the Joint Principles drafted by members of the Private International Law Association of Korea, Japanese Waseda University Global COE Project and the Draft Guidelines on Intellectual Property in Private International Law of The International Law Association Intellectual Property

* Sorumlu Yazar: Ekin Ömeroğlu (Dr. Öğr. Üyesi), Kadir Has Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye.
E-posta ekin.hacibekiroglu@khas.edu.tr ORCID: 0000-0002-2656-5996

Atf: Ömeroğlu E, “Fikri Mülkiyet Haklarının İhlaline Uygulanacak Hukukta “Soft Law” Tarafından Hukuk Seçimine Yer Verilmesi” (2020) 40(1) PPIL 55. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.1.0001>



and Private International Law Committee) suggested the party autonomy principle for the infringement of intellectual property rights in contrast to Article 8(3) of the Rome II Regulation. All these principles have no legally binding effect, but they are a set of principles that could be used both by international and national legislative bodies and courts. Moreover, the party autonomy principle in intellectual property infringement cases has been accepted by Turkish Private International Law Act ("PILA"), Swiss PILA and Chinese PILA. The purpose of this study is to analyse both *soft law* and national law provisions comparatively. Although the common aspect of the legal principles is to accept the will of the party, all of the provisions differ in several aspects. This study attempts to analyse and evaluate the suggested developments of the choice of law for intellectual property infringement cases.

Keywords

Intellectual property rights, Torts, Choice of law, Soft law, Applicable law

Extended Summary

In the law applicable to the infringement of intellectual property rights, the principle of territoriality has been accepted by most countries. The principle of territoriality is normally derived from the national treatment provision as initially implemented in article 5 of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works. Both Turkish Private International Law Act and EU Regulation on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II) have also accepted the territoriality principle as a main principle. According to this principle, the rights of intellectual property are subject to the law of state according to whose law their protection is demanded. However, according to the Swiss IPRG and Turkish IPRG, in case of claims arising out of an infringement of intellectual property rights, parties may agree after the infringement has occurred, that the law of the forum shall be applicable. On the other hand, the application of different laws to the infringement of intellectual property disputes may cause uncertainty. The recognition of pre-determined rules prevents such a disadvantage and a neutral law may be applied to the case. For this reason, the party autonomy principle in the infringement of intellectual property rights has been accepted by soft law. The Principles by the American Law Institute (ALI Principles), the Principles by the European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP Principles), the Japanese Transparency Proposal, the Joint Principles drafted by members of the Private International Law Association of Korea, Japanese Waseda University Global COE Project (Joint JK Principles) and the Draft Guidelines on Intellectual Property in Private International Law of The International Law Association Intellectual Property and Private International Law Committee (Draft ILA Guidelines) suggested the party autonomy principle for the infringement of intellectual property rights in contrast to Article 8(3) of the Rome II Regulation. All these principles have no legally binding effect, but they are a set of principles that could be used both by international and national legislative bodies and courts. As stated in the preamble of CLIP Principles, they may assist parties in shaping their contractual and extra-contractual dealings including the resolution of disputes.

The purpose of this study is to analyse the soft law provisions comparatively. Although the common aspect of the legal principles is to accept the will of the party, all of the provisions differ in several aspects. For example, both CLIP Principles and ALI Principles counteract the distributive connection that arises in an international context and is due to the protection country principle by strengthening party autonomy. They differ from each other both conceptually and in terms of their scope. While CLIP Principles explicitly allow the choice of law only for the consequences of infringement of intellectual property rights, ALI Principles concede party autonomy by creating a basic norm through a subjective connection with a limiting negative catalogue and even allow the parties to dispose of protection-related aspects of the infringement. The principles are differed from the point of time when a choice of law agreement could be made. While ALI Principles, CLIP Principles and Joint JK Principles accepted that parties may choose the applicable law both before (*ex ante*) and after (*ex post*) the infringement of the intellectual property right, the Japanese Transparency Proposal allows a choice of law only after the infringement of the intellectual property right.

CLIP Principles also establish a pre-existing relationship rule. If the infringement is closely connected with a pre-existing relationship between parties (i.e. a contractual relationship), the law governing that pre-existing relationship shall also govern the remedies for the infringement unless parties have expressly excluded the application of the law governing the pre-existing relationship to the remedies or it is clear from all circumstances that the claim is more closely connected with another state.

If the party autonomy principle is recognized in the infringement of intellectual property rights, how will the party autonomy principle have an impact on the rights of third parties? In order to protect the third parties, most of the analysed principles suggest that choice of law for the infringement of intellectual property rights should not have an effect on the rights of third parties such as ALI Principles, the Japanese Transparency Proposal and Joint JK Principles. On the other hand, CLIP Principles do not contain any specific provision relating to the third parties.

In conclusion, in the law applicable to the disputes arising from the infringement of intellectual property rights, territoriality is the main principle. However, both national law provisions and soft law texts accept the party autonomy principle in a limited way due to the possibility of infringement of an intellectual property right in more than one country at the same time in the globalising world. Indeed, the party autonomy principle might be particularly useful in offline multistate infringement cases. Instead of applying many different state laws, the parties may agree on a single applicable law through the party autonomy principle. In our opinion, these

soft law provisions that are regulated by the leading institutes of law on intellectual property rights, should be taken into account by legislative bodies. Moreover, the current national rules relating to the law applicable on the infringement of intellectual property rights should be revised allowing the choice of law considering the rights of third parties.

Fikri Mülkiyet Haklarının İhlaline Uygulanacak Hukukta “Soft Law” Tarafından Hukuk Seçimine Yer Verilmesi

I. Giriş

Maddi olmayan eşya üzerinde kurulan mutlak olarak nitelendirilen fikri mülkiyet haklarına uygulanacak hukukta, ülkesellik prensibi hâkimdir. Bu prensip uyarınca, milletlerarası özel hukukta fikri mülkiyet haklarına ilişkin bir uyuşmazlık çıkması halinde, hangi ülkenin hukukuna göre koruma talep ediliyorsa, uyuşmazlık o hukuka göre çözümlenecektir. Koruma ülkesinin uygulanacak hukuk olarak kabul edilmesi (*lex loci protectionis*) ülkesellik prensibinin bir görünümüdür. Bununla birlikte gerek Türk milletlerarası özel hukukunda ve gerek karşılaştırmalı hukukta fikri mülkiyet haklarının ihlaline uygulanacak hukuk bakımından sınırlı bir hukuk seçiminin kabul edildiği görülmektedir. Milli hukuklardaki milletlerarası özel hukuk düzenlemelerinin yanında fikri mülkiyet haklarının ihlaline uygulanacak hukukta hukuk seçimine uluslararası metinlerde de yer vermeye başlanmıştır. Milletlerarası özel hukukta bağlayıcı olmayan, hükümetler ya da hükümet dışı organizasyonlar tarafından düzenlenen kurallar bütünü, *soft law* olarak adlandırılmaktadır¹. Çalışmamızda ele alacağımız *soft law* teşkil eden *de lege feranda* hukuk kuralları, Amerikan Hukuku Enstitüsü’nün Fikri Mülkiyete İlişkin Uluslararası Uyuşmazlıklarda Yetkili Yargı Mercii ve Kanunlar İhtilafı Prensipleri (“ALI Prensipleri”), Avrupa Max-Planck Grubu’nun Fikri Mülkiyet Haklarında Kanunlar İhtilafı Prensipleri (“CLIP Prensipleri”), Fikri Mülkiyet Haklarında Yetkili Yargı Mercii, Kanunlar İhtilafı, Yabancı Hükümlerin Tanınması ve Tenfizine İlişkin Japon Şeffaflık Tasarısı (“Japon Şeffaflık Tasarısı”) Kore ve Japon Waseda Üniversitesi Global COE Projesi’nin Milletlerarası Özel Hukuk Derneği tarafından düzenlenen Ortak Prensipleri (“Ortak Kore Japon Prensipleri”) ve Uluslararası Hukuk Derneği Fikri Mülkiyet ve Milletlerarası Özel Hukuk Komitesi tarafından hazırlanan Milletlerarası Özel Hukukta Fikri Mülkiyet Haklarına İlişkin Rehber Taslağı (“Taslak İLA Rehberi”), fikri mülkiyet haklarının ihlaline uygulanacak hukukta hukuk seçimine yer veren hükümler içermektedir. Tüm bu prensiplere rağmen Avrupa Birliği Hukukunda fikri mülkiyet haklarının ihlaline uygulanacak hukukta hukuk seçimi hala kabul edilmemekte ancak bu durum doktrinde eleştirilmektedir. Çalışmamızın amacı, fikri mülkiyet haklarının ihlaline uygulanacak hukukta gerçekleşen söz konusu prensipler ve tasarılar ışığında hukuk seçimine hangi ölçüde yer verildiğini tespit etmektir.

II. Fikri Hak Statüsü Olarak *Lex Loci Protectionis*

Dünya üzerindeki hukuk sistemlerinin çoğunda ve milletlerarası sözleşmelerde² fikri mülkiyet hakkının ihlaline uygulanacak hukukta *lex loci protectionis*, fikri hak statüsü olarak kabul edilmiştir³.

1 Bryan H. Druzin, ‘Why does Soft Law Have any Power Anyway?’(2016) Asian Journal of International Law 1, 1.

2 Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi m. 5(2), Telif Hakları Evrensel (Cenevre) Sözleşmesi m. 4

3 B. Bahadır Erdem, *Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk* (2nd edn, Beta 2002) 100; Esra Dardağan Kibar, ‘Fikri Haklar Alanında Uygulanacak Hukuk Sorunu’ in Bilgin Tiryakioğlu, Mesut Aygün and Ali Önal (eds), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu* (Yetkin 2016) 442.

Türk milletlerarası özel hukukunda da, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (“MÖHUK”)⁴ m. 23/1 uyarınca, fikri mülkiyete ilişkin haklar, hangi ülkenin hukukuna göre koruma talep ediliyorsa, o hukuka tabidir denilerek koruma ülkesi, diğer bir deyişle *lex loci protectionis* bağlama noktası olarak kabul edilmiştir. Böylelikle fikri mülkiyet hakkının varlığı, ortaya çıkması, elde edilmesi, içeriği, devri, sona ermesi ve diğer fikri mülkiyet hakkına ilişkin sorunlar, fikri hak üzerinde korumanın talep edildiği ülke olan koruma ülkesinin hukuku tarafından çözümlenecektir⁵.

Fikri mülkiyet hakları ile bu hakların bulunduğu ülke arasında doğal bir bağ bulunmakta ve ülkesellik prensibi de buradan doğmaktadır⁶. Korumanın talep edildiği ülke hukukunun uygulanması anlamına gelen ülkesellik prensibi, uluslararası hukuk alanında dolaylı yoldan ulusal hukuk yaklaşımını içinde barındırmaktadır⁷.

Burada kısaca “korumanın talep edildiği ülke hukuku” bağlama noktasından neyin anlaşılması gerektiği üzerinde durulmalıdır. Zira bu bağlama noktası, ilk etapta başvurulacak mahkemenin hukukuna işaret ettiği şeklinde anlaşılmaktadır. Bununla birlikte bizim de katıldığımız görüşe göre, korumanın talep edildiği ülke hukuku, fikri mülkiyet hakkının korunması için başvurulacak mahkemenin hukuku değildir. Söz konusu görüşe göre, korumanın talep edildiği ülke hukuku ile kastedilen, fikri mülkiyet hakkının varlığının tanındığı ülke hukukudur ve ancak bu şekilde ülkesellik prensibi ile fikri mülkiyet hakkı üzerinde koruma sağlanacaktır⁸.

İletişim teknolojisinde ve özellikle bilginin dijitalleşmesi uydu transferinde yaşanan değişiklikler fikri haklar ihlalini ve istismarını da etkilemiştir. Yazılım lisansları, müzik ve markalar saniyeler içinde tüm dünyada yayıldığı için, dünyanın herhangi bir yerinde yaşayan kullanıcılar izinsiz bir şekilde telifli içeriğe erişebilmekte ya da birçok ülkede korunan markayı veri indirmesi sonucu ihlal etmektedir. Böylelikle, fikri hakların birden çok ülkede dağıtılması, fikri hak ihlallerinin de internet üzerinde birden çok devlette gerçekleşmesi anlamına gelmektedir. Doktrinde, iletişim teknolojisinde aynı anda birden fazla yerde gerçekleşen fikri hak ihlallerinde ülkesellik prensibinin uygulanmasının giderek güçleştiği savunulmaktadır⁹.

4 Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5718, Kabul Tarihi: 27.11.2007, RG 12.12.2007/26728.

5 Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd edn, Beta 2017) 312; Aysel Çelikel and B Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15th edn, Beta 2017) 359; Gülören Tekinalp and Ayfer Uyanık, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları* (12th edn, Vedat 2016) 266; Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (7th edn, Beta 2019) 260; Rona Aybay and Esra Dardağan, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)* (2nd edn, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2008) 248; Günseli Öztekin Gelgel, *Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi* (Beta 2006) 179-180; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Savaş 2020) 395; Hacı Can and Ali Gümrak Tokar, *Milletlerarası Özel Hukuk* (3rd edn, Adalet 2018) 438; Yavuz Kaplan, *İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk* (Seçkin 2004) 171.

6 Erdem (n 3) 35-38; Öztekin Gelgel (n 5) 180.

7 Jürgen Basedow, ‘Foundations of Private International Law in Intellectual Property’ in Jürgen Basedow, Toshiyuki Kono and Axel Metzger (eds), *Intellectual Property in the Global Arena* (Mohr Siebeck 2010) 10.

8 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 5) 261.

9 Basedow (n 7) 11.

Avrupa Birliği milletlerarası özel hukukunda Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma II Tüzüğü’nde (“Roma II Tüzüğü”), fikri mülkiyet hakkının ihlaline uygulanacak hukuka ilişkin özel bir düzenleme getirilmiş ve ilgili düzenlemede fikri mülkiyet haklarının ihlalden doğan uyuşmazlıklarda koruma talebinde bulunulan devletin hukukunun uygulanacağı kabul edilerek ülkesellik prensibi benimsenmiştir¹⁰. Roma II Tüzüğü’nde haksız fiillere uygulanacak hukuku belirleyen genel kuralda hukuk seçimine imkân tanınmışken, fikri mülkiyet haklarının ihlaline uygulanacak hukukta söz konusu hukuk seçimine yer verilmemiştir. Roma II Tüzüğü m. 8(3) düzenlemesinde, hukuk seçimine ilişkin olan Tüzüğün 14’üncü maddesinin açıkça uygulanmayacağı kabul edilmiştir¹¹.

Avrupa Birliği Komisyonu’ndaki Roma II Tüzüğü hazırlık çalışmaları sırasında m. 8 düzenlemesinin hukuk seçimine uygun olmadığı belirtilmiştir. Fikri mülkiyet haklarının kamu düzeni ile yakın ilişkili olması ve ekonomik politikalarda önemli bir rol oynaması fikri mülkiyet haklarının ihlaline uygulanacak hukukta hukuk seçimine imkân tanınmamasının sebebi olarak gösterilmiştir¹². Bunun yanında, fikri mülkiyet haklarının ihlaline uygulanacak hukukta hukuk seçimine yer verilmesinin koruma yeri hukukuna ve de sonuç olarak ülkesellik prensibine aykırı olacağı doktrinde ifade edilmiştir¹³.

Roma II Tüzüğü’nde fikri mülkiyet haklarının ihlaline uygulanacak hukukta hukuk seçimine imkân tanınmaması doktrinde eleştirilmiştir. Bir fikri mülkiyet hakkının birden fazla Avrupa Birliği ülkesinde ihlal edilmesi halinde, uygulanacak hukuk olarak birden çok ülke hukuku gündeme gelecektir. Ortaya çıkacak bu durumun hem uyuşmazlığın tarafları hem de hakimler için kaos yaratacağı ifade edilmiştir, bu durumu önlemek amacıyla ise ihlal gerçekleşikten sonra hukuk seçimine imkân tanınması doktrinde önerilmektedir¹⁴.

Doktrinde Roma II Tüzüğü’nde fikri mülkiyet haklarının ihlalde hukuk seçimine yer verilmesi gerektiğini ileri süren bir görüş de, birden fazla Avrupa Birliği üye ülkesini ilgilendiren bir uyuşmazlıkta, taraflar arasında önceden bulunan bir sözleşme ilişkisi varsa, fikri mülkiyet hakkının ihlaline de sözleşmeye uygulanacak hukukun

10 Öztekin Gelgel (n 5) 175; Zeynep Derya Tarman, ‘Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma II Tüzüğü (AT 864/2007)’ in Işıl Özkan, Ceyda Süral, Uğur Tütüncübaşı (eds), *Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku* (Adalet 2016) 417.

11 Fügen Sargin, *İnternet Aracılığıyla Gerçekleşen Marka İhlalleri Hakkında Milletlerarası Yetkiyi Haiz Mahkemeler ve Uygulanacak Hukuk* (Yetkin 2005) 265.

12 Andrew Dickinson, *The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations* (Oxford University Press 2008) 470; Toshiyuki Kono and Paulius Jurcys, ‘General Report’ in Toshiyuki Kono (ed), *Intellectual Property and Private International Law* (Hart Publishing 2012) 152; Rati Matulionyte, ‘Calling for Party Autonomy in Intellectual Property Infringement Cases’ (2013) 9(1) *Journal of Private International Law* 77, 83; Katharina de la Durantaye, ‘Infringement of Intellectual Property Rights’ in Graf-Peter Calliess (ed) *Rome Regulations* (Wolters Kluwer 2015) 641.

13 Andreas Vogeler, *Die freie Rechtswahl im Kollisionsrecht der außervertraglichen Schuldverhältnisse* (Mohr Siebeck 2013) 116.

14 Dick van Engelen, ‘The Netherlands’ in Toshiyuki Kono (ed) *Intellectual Property and Private International Law* (Hart Publishing 2012) 866.

uygulanması gerektiğini ve Roma II Tüzüğü'nün bu yönde revize edilmesini önermektedir¹⁵.

Bunun yanında, fikri mülkiyet hakkının ihlalinden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukta hukuk seçiminin kabul edilmemesi yönünde ileri sürülen gerekçelerin hiçbirinin, Avrupa Birliği'nin yeknesak nitelikteki Topluluk fikri mülkiyet haklarına ilişkin uyuşmazlıklarda tarafların üye devlet ülke hukuklarını seçemeyecek olmasını açıklayamadığı ve bu alanda hukuk seçimine izin verilmesi ile Topluluk fikri mülkiyet haklarının cazip hale getirilerek, birden fazla üye devleti ilgilendiren ihtilafların kolaylıkla çözüme kavuşturulabileceği doktrinde ileri sürülmüştür¹⁶.

III. Fikri Mülkiyet Hakkı İhlallerine Uygulanacak Hukukta Hukuk Seçimine Yer Verilmesi

A. Hukuk Seçimine Yer Verilmesinin Nedenleri

Doktrinde, fikri mülkiyet haklarının ihlalinden doğan taleplere uygulanacak hukukta hukuk seçimine yer verilmesi öncelikle haksız fiillere uygulanacak hukukta hukuk seçimi imkânı tanınması ile açıklanmaya çalışılmıştır. Haksız fiillere uygulanacak hukukta hukuk seçimine imkân tanınması yönünde doktrinde görüşler bulunduğu gibi, hukuk seçimine izin verilmemesi yönünde de görüşler bulunmaktadır.

Haksız fiillere uygulanacak hukukta hukuk seçimine izin verilmemesini savunan görüş bunu üç gerekçe ile açıklamaktadır. Birincisi, haksız fiil ilişkisinde taraflar haksız fiil gerçekleşmeden önce çoğunlukla birbirlerine yabancı olmaları nedeniyle hukuk seçiminde bulunamayacaklardır. İkinci gerekçe ise aralarında önceden mevcut olan bir hukuki ilişkinin varlığı (özellikle sözleşmenin) halinde de mevcut hukuki ilişkiye uygulanacak hukukun haksız fiile de uygulanacak olması halidir¹⁷. Son olarak da fikri mülkiyet haklarının kamu düzenini ilgilendirmesinden dolayı, ihlalinden doğan tüm uyuşmazlıklar hakkında hukuk seçimine imkân tanınmaması gerektiği de ileri sürülen gerekçeler arasındadır¹⁸.

Bu görüşlerin yanında, haksız fiillere uygulanacak hukukta hukuk seçimine yer verilmesi gerektiğini savunan yazarlar da bulunmaktadır. Bu yazarlara göre haksız fiil gerçekleştiikten sonra zarar görenin her zaman zarar veren ile bir hukuk seçme imkânı vardır. Bunun yanında taraflar hukuk seçiminde bulunarak, uygulanacak hukuka

15 Axel Metzger, 'Community IP Rights&Conflict of Laws – Community Trademark, Community Design, Community Patent – Applicable Law for Claims for Damages' in Josef Drexl and Annette Kur (eds), *Intellectual Property and Private International Law – Heading for the Future* (Hart Publishing 2005) 223.

16 Dickinson (n 12) 470; de la Durantaye (n 12) 641; Eike Schaper, 'Choice-of-Law Rules in the EU – Special Issues with Respect to Community Rights – Infringement of Community Trade Marks and Applicable Law' in Josef Drexl and Annette Kur (eds), *Intellectual Property and Private International Law – Heading for the Future* (Hart Publishing 2005) 212.

17 Thomas Kadner Graziano, 'Freedom to Choose the Applicable Law in Tort – Articles 14 and 14(3) of the Rome II Regulation' in John Ahern, William Binchy (eds), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-contractual Obligations: A New International Litigation Regime* (Martinus Nijhoff Publishers 2009) 114.

18 Matulionyte (n 12) 82.

ilişkin şüpheleri ortadan kaldırarak hukuki kesinliği sağlayabileceklerdir. Son olarak da taraflar hukuk seçiminde bulunarak gerek sözleşmesel ve gerekse sözleşme dışı borç ilişkilerini tek bir hukuk sistemine bağlı kılabileceklerdir¹⁹.

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında haksız fiillere uygulanacak hukukta genellikle taraflara hukuk seçme imkânının tanındığı görülmektedir. Çalışmamız kapsamında incelediğimiz Roma II Tüzüğü, bir haksız fiil türü olan fikri mülkiyet haklarının ihlaline uygulanacak hukukta hukuk seçimine yer vermemekle beraber haksız fiillere uygulanacak hukukta hukuk seçimini kabul etmiştir. Roma II Tüzüğü'nün m. 14 düzenlemesine göre, taraflar haksız fiilin meydana gelmesinden sonra (*ex post*) uygulanacak hukuku seçebileceklerdir. Roma II Tüzüğü taraflara sadece *ex post* hukuk seçme imkânını tanımakla yetinmemiş, bunun yanında tarafların ticari bir faaliyet ilişkisi içinde olması halinde, haksız fiilin meydana gelmesinden önce de (*ex ante*) hukuk seçiminde bulunabileceklerini kabul etmiştir²⁰.

Bir haksız fiil türü olarak fikri mülkiyet hakkının ihlalinden doğan taleplere uygulanacak hukukta hukuk seçimine yer verilmesi gerektiğini ileri süren görüş de kaynağını haksız fiillere uygulanacak hukukta hukuk seçimi imkânından almaktadır. Japon Şeffaflık Tasarısı'ni hazırlayan grup, fikri mülkiyet hakkının ihlalinden doğan taleplerin kamu düzeni ile ilgisinin zayıf olmasından dolayı tarafların bu tip uyuşmazlıklarda hukuk seçme imkânına sahip olması görüşündedir²¹. ALI Prensipleri'nin raportör notunda da fikri mülkiyet hakkının ihlalinden doğan taleplerin en etkin tarafların iradeleri doğrultusunda seçtikleri hukuk tarafından karşılanabileceği belirtilmiştir²². Böylelikle, haksız fiillere uygulanacak hukukta olduğu gibi fikri mülkiyet hakkının ihlalinden doğan taleplere uygulanacak hukukta da taraflara hukuk seçme imkânı tanınarak hukuki kesinlik, açıklık ve öngörülebilirlik sağlanabilecektir²³. Bunun yanında taraflar arasında birden fazla hukuki uyuşmazlık bulunması halinde, bu uyuşmazlıklara tek bir hukukun uygulanmasının daha uygun, etkili ve ekonomik olacağı da doktrinde ifade edilmektedir²⁴.

B. Milli Kanunlarda Hukuk Seçimine Yer Verilmesi

1. İsviçre Hukuku

Gerek milletlerarası sözleşmelerde ve gerekse karşılaştırmalı hukukta fikri mülkiyet hakkının ihlaline ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarında koruma ülkesi hukuku bağlama

19 Graziano (n 17) 115; Matulionyte (n 12) 81; Th.M. de Boer, 'Party Autonomy and Its Limitations in the Rome II Regulation' (2007) 9 Yearbook of Private International Law 19, 19-20.

20 Öztekin Gelgel (n 5) 116; Zeynep Derya Tarman, *Haksız Rekabetten ve Aldatıcı Reklamlardan Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk* (Beta 2011) 74.

21 Matulionyte (n 12) 82.

22 *The American Law Institute, Principles of the Law, Intellectual Property* (American Law Institute Publishers 2008) 133.

23 Matulionyte (n 12) 82.

24 Rita Matulionyte, *Law Applicable to Copyright* (Edward Elgar 2011) 232.

noktası genellikle kabul edilmiş olsa da bazı kanunlar ihtilafı kurallarında fikri hak ihlallerine uygulanacak hukukta hukuk seçimine de yer verilmektedir. Bunun en eski örneğini İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m.110(2)'de yer alan hüküm oluşturmaktadır. Doktrinde bu hüküm, tamamlayıcı nitelikte hukuk seçimi olarak ifade edilmektedir²⁵. Söz konusu hükme göre, fikri mülkiyet hakkın ihlaline ilişkin haksız fiilden doğan taleplerde taraflar her zaman, haksız fiil teşkil eden olaydan sonra, mahkemenin hukukunun uygulanmasını kararlaştırabileceklerdir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, hukuk seçiminin sadece fikri mülkiyet hakkının ihlalinden doğan talepler hakkında geçerli olacaktır. Yoksa fikri mülkiyet hakkının ihlaline uygulanacak hukukta hukuk seçimi söz konusu olamayacaktır²⁶.

Görüldüğü üzere İsviçre MÖHUK m. 110(2) düzenlemesi ile fikri hak ihlallerinden doğan taleplere uygulanacak hukukta hukuk seçimi iki yönden sınırlandırmıştır. Taraflar bu konuda hukuk seçme imkânına sahip olmakla beraber, sadece *lex fori* ile sınırlı bir hukuk seçiminde bulunabileceklerdir. Doktrinde, yabancı bir fikri mülkiyet hakkı ihlaline ilişkin hukuk seçiminin sadece ilgili uyumsuzluğun İsviçre mahkemeleri önünde görülmesi halinde bir anlam taşıyacağı ileri sürülmüştür²⁷.

İsviçre MÖHUK m. 110(2) düzenlemesinde, hukuk seçiminin zamanı bakımından da bir sınır getirilmiştir. Taraflar ancak zararın meydana gelmesinden sonra mahkemenin hukukunun uygulanmasını kararlaştırabileceklerdir. Doktrinde bu hükmün, taraflar bakımından güvenliğin sağlanması nedeniyle getirildiği belirtilmiştir²⁸. İsviçre MÖHUK'da yer alan söz konusu düzenleme doktrinde, aynı davada birden fazla koruma ülkesi hukukunun ihlal edilmesi halinde, tek bir hukukun uygulanması bakımından hâkime kolaylık sağlayabilecek bir düzenleme olarak değerlendirilmiştir²⁹.

2. Çin Hukuku

İsviçre MÖHUK'un yanında Çin hukukunda da 2010 yılında kabul edilen Yabancılık Unsuru Taşıyan Özel Hukuk İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Kanun (*The Law of the People's Republic of China on the Application of Laws to Foreign-related Civil Relations*) ile İsviçre MÖHUK m. 110(2) hükmüne paralel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Söz konusu kanunun m. 50(2) hükmüne göre taraflar, fikri mülkiyet hakkının ihlalinden sonra mahkemenin hukukunu uygulanacak hukuk olarak seçebileceklerdir. Çin hukukunda yer alan bu düzenlemenin İsviçre MÖHUK m. 110(2)'dan farkı, hukuk seçiminin hangi kapsamda etki doğuracağı yönündedir.

25 Öztekin Gelgel (n 5) 187.

26 Frank Vischer, 'Art. 110' in Daniel Girsberger, Anton Heini and Max Keller (eds), *Zürcher Kommentar zum IPRG* (2nd edn, Schulthess) 1154; Marta Pertegas Sender, *Cross-Border Enforcement of Patent Rights* (Oxford University Press 2002) 237.

27 Vischer (n 26) 1154.

28 Erdem (n 3) 121.

29 ibid 123.

Nitekim Çin hukukuna göre hukuk seçimi hem fikri mülkiyet hakkının ihlaline hem de fikri mülkiyet hakkına ilişkin tüm hususlarda sınırlama olmaksızın geçerli olacaktır³⁰.

3. Türk Hukuku

Türk milletlerarası özel hukukunda MÖHUK m. 23(2) düzenlemesi ile fikri mülkiyet hakkının ihlaline uygulanacak hukukta, İsviçre MÖHUK düzenlemesinde olduğu gibi sınırlı hukuk seçimine yer verilerek, ihlalden sonra mahkemenin hukukunun uygulanmasına imkân tanınmıştır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, hukuk seçiminin fikri hakkın ihlal edilip edilmediği hususunda değil, fikri hak ihlalinden doğan talepler bakımından geçerli olacağıdır³¹. Fikri mülkiyet hakkının ihlalinden doğan taleplere örnek olarak tazminata, zararın giderilmesine, ihlalin önlenmesine ya da durdurulmasına yönelik talepler gösterilebilir³².

C. *Soft Law* Tarafından Hukuk Seçimine Yer Verilmesi

1. CLIP Prensipleri'nde Hukuk Seçimi

Avrupa Max-Planck Grubu'nun Fikri Mülkiyet Haklarında Kanunlar İhtilafı Prensipleri'nin m. 3:102 düzenlemesinde, fikri mülkiyet hakkının varlığına, geçerliliğine, kapsamına ve süresine ve fikri mülkiyet hakkına ilişkin bütün diğer hususlara koruma ülkesi hukukunun (*lex protectionis*) uygulanacağı kabul edilmiştir. Bununla birlikte CLIP Prensipleri'nin m. 3:103 düzenlemesinde tarafların hukuk seçiminde bulunabileceği haller sayılmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre taraflar fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukukta (m. 3:501), fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelerde işçi ile işveren arasında bir iş ilişkisinin bulunması halinde uygulanacak hukukta (m. 3:503), fikri mülkiyet hakkının ihlal edilmesi durumunda tarafların bulunacağı taleplere uygulanacak hukukta (3:606) ve de fikri mülkiyete ilişkin teminat haklarına uygulanacak hukukta (3:801) hukuk seçiminde bulunabileceklerdir. Çalışmamızda sadece fikri mülkiyet hakkının ihlaline uygulanacak hukuk konu edindiğinden burada m. 3:606 düzenlemesi üzerinde durulacaktır.

CLIP Prensipleri incelendiğinde, fikri mülkiyet hakkının ihlalinden doğan taleplere uygulanacak hukukun kapsamı bakımından hukuk seçiminin sadece fikri mülkiyet hakkının ihlalinde başvurulacak yasal yollar kabul edildiği görülmektedir. Bunun yanında doktrinde CLIP Prensipleri'nin, Avrupa Birliği milletlerarası özel hukukundan ve İsviçre MÖHUK düzenlemesinden de ileri giderek hukuk seçimi konusunda yenilikçi hükümler getirdiği ileri sürülmektedir³³.

30 Matulionyte (n 12) 79; Alex Mills, *Party Autonomy in Private International Law* (Cambridge University Press 2018) 436.

31 Nomer (n 5) 313; Doğan (n 5) 396.

32 Erdem (n 3) 120.

33 Matulionyte (n 12) 89; Thomas Richter, *Parteiautonomie im Internationalen Immaterialgüterrecht: Eine rechtsvergleichende Untersuchung de lege lata und de lege ferenda* (Mohr Siebeck 2017) 203.

CLIP Prensipleri'nin m. 3:601 düzenlemesinde, ihlal ve hukuki imkânlar başlıklı bölümde aksi öngörülmedikçe, fikri mülkiyet hakkının ihlaline, korumanın talep edildiği her bir ülke hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir. Bununla birlikte, CLIP Prensipleri liberal bir bakış açısı benimseyerek 3:606(1) düzenlemesinde fikri mülkiyet hakkının ihlaline dair uyuşmazlıkta tarafların, ihlale ilişkin başvurulacak hukuki imkânlarla uygulanacak hukukta ihlal gerçekleşmeden önce ya da gerçekleşikten sonra hukuk seçiminde bulunabilecekleri kabul edilmiştir³⁴. Fikri mülkiyet hakkının ihlalinde hukuki imkânların neler olduğu CLIP Prensipleri'nin 3:605 düzenlemesinde belirtilmiştir³⁵. CLIP Prensipleri uyarınca taraflar, uygulanacak hukuk olarak istedikleri hukuku seçebileceklerdir. Burada seçilen hukuk ile uyuşmazlık arasında bir bağlantı aranmadığı gibi *soft law* hukuk kurallarının da hukuk seçimine dahil olduğu doktrinde kabul edilmektedir³⁶.

CLIP Prensiplerinin 3:606(2) düzenlemesine göre fikri mülkiyet hakkı ihlalinin, taraflar arasındaki sözleşme gibi önceden bulunan bir ilişki ile sıkı irtibatlı olması durumunda, fikri mülkiyet hakkı ihlalinin de önceki ilişkiye uygulanacak hukuka tabi olacağı kabul edilmiştir. Ancak taraflar arasındaki ihalden önce bulunan hukuki ilişkiye uygulanacak hukukun fikri mülkiyet hakkının ihlaline de uygulanabilmesinin iki istisnası bulunmaktadır. Bunlardan ilki tarafların, aralarındaki önceki hukuki ilişkiye uygulanan hukukun fikri hak ihlaline uygulanmayacağı yönünde açıkça anlaşmış olmalarıdır. İkinci istisna ise, halin şartlarından açıkça anlaşıldığı üzere ihlal talebinin başka bir ülke ile daha sıkı irtibatlı olması durumudur. Bu iki olasılıktan birinin bulunması halinde taraflar arasında önceden bulunan hukuki ilişkiye uygulanacak hukuk uygulama alanı bulamayacaktır.

CLIP Prensiplerinin 3:606(2) düzenlemesinde tarafların aralarında daha önceden bulunan hukuki ilişki ile fikri hak ihlalinin sıkı ilişkili olması ve bu ilişkinin de sözleşmeden kaynaklanması halinde, sözleşmeye uygulanacak hukukun fikri mülkiyet hakkının ihlalinden doğan taleplere de uygulanacağını kabulü, bu konuda dolaylı bir hukuk seçimi ifade etmektedir. Nitekim taraflar doğrudan bir hukuk seçiminde bulunmamakta, ancak fikri mülkiyet hakkı ihlalinin önceki hukuki ilişki ile sıkı ilişki içinde bulunması halinde, o ilişkiye uygulanacak hukukta subjektif bağlama noktası kabul edilmesi halinde fikri mülkiyet hakkının ihlalinden doğan taleplere uygulanacak hukukta da hukuk seçimi geçerli olacaktır.

34 Axel Metzger, 'Applicable Law under the CLIP Principles: A Pragmatic Reevaluation of Territoriality' in Jürgen Basedow, Toshiyuki Kono and Axel Metzger (eds), *Intellectual Property in the Global Arena* (Mohr Siebeck 2010) 176.

35 CLIP Prensipleri'nin 3:605 düzenlemesine göre fikri hak ihlalinde başvurulacak hukuki imkânlar şu şekilde sayılmıştır; 1) Tebdir kararları, zararlar ve zarara sebep olan bilgi hakkının ihlali de dahil olmak üzere doğan tazminatlar, 2) Hak ihlali kapsamına girmeden fikri mülkiyet hakkının ihlal edilmesinden doğan sözleşme dışı yükümlülükleri ilgilendiren ölçüde sebepsiz zenginleşmeye ve vekaletsiz iş görmeye (*negotiorum gestio*) dayanan talepler, 3) Miras dahil olmak üzere zararların ya da diğer yasal yolları talep etme hakkının başkasına devredilip edilemeyeceği hususu 4) Borcu sonlandıran çeşitli yollar, zamanaşımı ve hak düşürücü süre.

36 Matulionyte (n 24) 232.

2. ALI Prensipleri'nde Hukuk Seçimi

Hukukun yalınlaştırılması, aydınlatılması ve adaletin daha iyi gerçekleştirilmesi amacı ile kurulan Amerikan Hukuk Enstitüsü'nün³⁷, fikri mülkiyet hakkına ve hakkın ihlaline uygulanacak hukukta Avrupa ve Amerika yaklaşımlarını bir arada düzenleyen ve ALI Prensipleri olarak kısaltılan kuralları, her ne kadar bağlayıcı olmasalar da ulusal hukuklarda yer alan düzenlemeleri tamamlayıcı özelliğe sahiptirler³⁸.

ALI Prensipleri'nin temel özelliği, fikri mülkiyet hakkının ihlaline uygulanacak hukukta taraf iradesine yer vermiş olmasıdır. Bununla birlikte ALI Prensipleri hukuk seçiminden önce genel kural olarak ülkesellik prensibini kabul etmiş ve fikri mülkiyet hakkının varlığına, geçerliliğine, süresine, niteliğine, ihlaline ve ihlalden doğan taleplere tescil edilmiş fikri mülkiyet hakları için, tescilin yapıldığı yer hukukunun, bunun dışında kalan fikri mülkiyet hakları için ise korumanın talep edildiği ülke hukukunun uygulanacağı m. 301 düzenlemesinde belirtmiştir. Böylelikle ALI Prensipleri'ne göre fikri mülkiyet hakkının ihlaline uygulanacak hukukta sicile kayıtlı olan ve olmayan fikri mülkiyet hakları ayırımına yer verilmiştir³⁹.

ALI Prensipleri'nin m.302(1) düzenlemesinde ise fikri mülkiyet hakkının ihlaline uygulanacak hukukta tarafların hukuk seçiminde bulunabilecekleri kabul edilmiştir. Aynı düzenlemenin ikinci fıkrasında ise, tarafların hukuk seçiminde bulunamayacağı konulara ilişkin bir liste verilmiştir. Bu listeye göre; fikri mülkiyet hakkının geçerliliğine, varlığına, niteliğine, devredilebilirliğine, süresine, tescil edilip edilmediğine, lisanslara ve hakkının devrinin şekli geçerliliğine ilişkin ihtilaflarda taraflar hukuk seçiminde bulunamayacaklardır⁴⁰. Böylelikle, söz konusu liste dışında kalan her fikri mülkiyet hakkının ihlaline ilişkin konularda taraflar hukuk seçiminde bulunabileceklerdir⁴¹. Buna göre örneğin, fikri mülkiyet hakkının ihlalinden doğan sorumluluğa ilişkin internet servis sağlayıcısına karşı açılan davada birden fazla koruma devleti hukukun uygulama alanı bulması halinde, ALI Prensipleri uyarınca taraflar hukuk seçiminde bulunarak tek bir hukukun uygulanmasına karar verebileceklerdir. Bununla birlikte fikri mülkiyet hakkının varlığı, kapsamı, korumanın süresi gibi hususlar yine farklı koruma devleti hukukları tarafından belirlenecektir⁴².

3. Japon Şeffaflık Tasarısı'nda Hukuk Seçimi

Fikri Mülkiyet Haklarında Yetkili Yargı Mercii, Kanunlar İhtilafı, Yabancı Hükümlerin Tanınması ve Tenfizine İlişin Japon Şeffaflık Tasarısı'nın m. 301(1)

37 Ergun Özsunay, *Karşılaştırmalı Hukuka Giriş* (Sulhi Garan Matbaası 1976) 191.

38 Elisabeth Fiordalisi, 'The Tangled Web: Cross-Border Conflicts of Copyright Law in the Age of Internet Sharing' (2015) 12(2) *Loyola University Chicago International Law Review* 197, 210; Richter (n 33) 204.

39 Sargın (n 11) 275.

40 ALI Prensipleri'nin m. 302(2) düzenlemesinde yer alan bu sınırlamanın geniş olduğu ve irade serbestisi prensibinin etkisini daralttığı doktrinde ifade edilmiştir. Basedow (n 7) 13.

41 Matulionyte (n 24) 234; Mills (n 30) 434; Fiordalisi (n 38) 210.

42 Matulionyte (n 24) 238.

düzenlemesinde, fikri mülkiyet hakkının ihlalinin doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukta bağlama noktası olarak ihlalin sonuçlarının meydana geldiği ya da gelebileceği yer hukuku kabul edilmiştir⁴³. Bununla birlikte aynı düzenlemenin ikinci fıkrasında, fikri mülkiyet hakkı ihlalinin taraflar arasındaki sözleşmenin ihlalinin kaynaklanması halinde, sözleşmeye uygulanacak hukukun fikri mülkiyet hakkının ihlaline de uygulanacağı kabul edilmiştir.

Japon Şeffaflık Tasarısı, ilk etapta sübjektif bağlama noktası olarak taraf iradesine yer vermemekle birlikte, m. 304(1) düzenlemesinde, fikri mülkiyet hakkının ihlalinin sonra ihlalin oluşumuna ve ihlalden doğan taleplere uygulanacak hukukun taraflarca değiştirilebileceği kabul edilmiştir.

4. Ortak Kore Japon Prensipleri'nde Hukuk Seçimi

Kore ve Japon Waseda Üniversitesi Global COE Projesi'nin Milletlerarası Özel Hukuk Derneği tarafından düzenlenen Ortak Prensipleri'nde⁴⁴, tarafların her zaman fikri mülkiyet hakkının ihlaline uygulanacak hukuk konusunda hukuk seçiminde bulunabilecekleri kabul edilmiştir. Ortak Kore Japon Prensipleri'nde konu bakımından herhangi bir kısıtlama bulunmamakla birlikte, fikri mülkiyet hakkının varlığı, geçerliliği, devredilebilirliği gibi fikri mülkiyet hakkının özünü ilgilendiren konularda yapılan hukuk seçiminin sadece uyuşmazlığın tarafları arasında etki doğuracağı ayrıca düzenlenmiştir.

5. Taslak ILA Rehberi'ne Göre Hukuk Seçimi

Uluslararası Hukuk Derneği Fikri Mülkiyet ve Milletlerarası Özel Hukuk Komitesi tarafından hazırlanan Milletlerarası Özel Hukukta Fikri Mülkiyet Haklarına İlişkin Rehber Taslağı'nda, fikri mülkiyet hakkının ihlaline uygulanacak hukukta ana kural olarak ülkesellik prensibi kabul edilmekle beraber Taslağın m. 25(2) düzenlemesinde fikri mülkiyet hakkının ihlalinin doğan taleplere uygulanacak hukukta tarafların hukuk seçiminde bulunabileceği de kabul edilmiştir⁴⁵.

IV. Hukuk Seçiminin Sınırları

A. Uygulanacak Hukuk Bakımından

MÖHUK m. 23(2) düzenlemesine göre, fikri mülkiyet hakkının ihlaline uygulanacak hukukta hukuk seçimi ancak mahkemenin hukuku ile sınırlandırılmıştır. Yine İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m.110(2) düzenlemesinde göre de, fikri mülkiyet hakkının ihlaline ilişkin haksız fiilden doğan taleplerde taraflar her

43 Ryu Kojima, Ryo Shimanami and Mari Nagata, 'Applicable Law to Exploitation of Intellectual Property Rights in the Transparency Proposal' in Jürgen Basedow, Toshiyuki Kono and Axel Metzger (eds), *Intellectual Property in the Global Arena* (Mohr Siebeck 2010) 185-186.

44 Matulionyte (n 12) 91.

45 International Law Association, 'Sydney Conference' (2018) <https://www.ila-hq.org/images/ILA/DraftReports/DraftReport_IntellectualProperty.pdf> Erişim Tarihi 21 February 2020.

zaman, haksız fiil teşkil eden olaydan sonra, mahkemenin hukukunun uygulanmasını kararlaştırabileceklerdir. Çin hukukunda da, tarafların mahkemenin hukukunu uygulanacak hukuk olarak seçebilecekleri kabul edilerek, sınırlı hukuk seçimine yer verilmiştir.

Milli hukuklarda yer alan söz konusu sınırlı hukuk seçimi doktrinde eleştirilmiş ve hukuk seçimini mahkemenin hukuku bağlama noktası ile sınırlamanın gerekli olup olmadığı sorgulanmıştır. Doktrindeki bir görüşe göre, fikri mülkiyet hakkının ihlallerine uygulanacak hukukun kamu düzeni ile sıkı sıkıya bir ilişkisinin bulunmaması nedeniyle sadece mahkemenin hukuku ile sınırlı bir hukuk seçimine yer verilmemesi gerektiği ileri sürülmüştür. Aynı görüş, fikri mülkiyet hakkının ihlali gerçekleşmeden önce de taraflara hukuk seçimi imkânı tanınarak aralarındaki sözleşmesel ilişkiye uygulanacak hukuku seçebilme imkânının tanınması gerektiğini vurgulamaktadır⁴⁶.

Bununla birlikte çalışmamız kapsamında ele aldığımız bütün *soft law* metinlerinde, tarafların seçecekleri hukuk bakımından bir sınırlandırılmanın yer almadığı tespit edilmiştir. Böylelikle CLIP Prensipleri, ALI Prensipleri, Japon Şeffaflık Tasarısı, Ortak Kore Japon Prensipleri ve Taslak ILA Rehberi'nde taraflar diledikleri hukuku seçebileceklerdir.

B. Hukuk Seçiminin Zamanı Bakımından

Fikri mülkiyet hakkının ihlalinden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukta hukuk seçimini öngören düzenlemeler, hukuk seçiminin ne zaman yapılacağı konusunda farklılık göstermektedir. Örneğin Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunumuz'un m. 23(2) hükmüne göre, fikri mülkiyet hakkının ihlaline uygulanacak hukukta taraflara tanınan hukuk seçimi imkânına, hukuk seçiminin zamanı bakımından bir sınırlama getirilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre ancak fikri mülkiyet hakkının ihlalinden sonra taraflar mahkemenin hukukunun uygulanmasını kararlaştırabileceklerdir. İsviçre ve Çin milletlerarası özel hukukunda da, fikri mülkiyet hakkının ihlalinden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukta hukuk seçimi yapılırken zaman bakımından Türk hukukunda olduğu gibi sınırlama getirilmiştir.

Çalışmamız kapsamında ele aldığımız *soft law* metinleri de fikri mülkiyet hakkının ihlalinden doğan uyuşmazlıklarda tarafların yapacağı hukuk seçiminin zamanı bakımından farklı düzenlemeler getirmektedir. CLIP Prensipleri, ALI Prensipleri ve Ortak Kore Japon Prensipleri'ne göre, fikri mülkiyet hakkının ihlalinden doğan uyuşmazlıklarda taraflar hem ihlalden önce hem de ihlalden sonra hukuk seçiminde bulunabileceklerdir. Bununla birlikte Japon Şeffaflık Tasarısı, zayıf tarafı korumak amacıyla sadece fikri mülkiyet hakkının ihlalinden sonra taraflara hukuk seçme imkânı tanımıştır.

46 Matulionyte (n 12) 91.

Haksız fiillere uygulanacak hukuka bakıldığında hukuk seçiminin genellikle haksız fiil gerçekleştirildikten sonra yapıldığı görülmektedir. Bunun gerekçesi doktrinde, haksız fiillerin aniden ortaya çıkması ve tarafların ilk defa haksız fiil gerçekleştikten birbirleri ile karşılaşması olarak açıklanmaktadır⁴⁷. Bununla birlikte, tarafların haksız fiil gerçekleşmeden önce hukuk seçiminde bulunmasını gerektiren durumlar da söz konusu olabilir. Örneğin, tarafların aralarında önceden satım ya da hizmet sözleşmesi gibi bir borç ilişkisinin mevcut ya da muhtemel olması ve bu borç ilişkisinden sözleşme dışı bir borcun doğma ihtimalinin bulunması durumunda, tarafların haksız fiile uygulanacak hukuku önceden seçme imkânı gündeme gelebilecektir⁴⁸. Böyle bir olasılıkta taraflar, sözleşmelerinde ileride haksız fiilden doğacak ihtilafların da sözleşmeye uygulanacak hukuka tabi olacağını belirterek önceden bir hukuk seçiminde bulunabileceklerdir. Bu nedenlerle Roma II Tüzüğü'nün m. 14(1)(b) düzenlemesinde, tarafların ticari bir faaliyet ilişkisi içinde olması halinde ve zarara sebep olan fiilin gerçekleşmesinden önce serbestçe müzakere etmek şartıyla, haksız fiilin meydana gelmesinden önce (*ex ante*) hukuk seçiminde bulunabilecekleri kabul edilmiştir. İlgili düzenlemede haksız fiilin meydana gelmesinden önce hukuk seçiminin tarafların arasında ticari bir faaliyet ilişkisinin bulunması hali ile sınırlanmasının, tüketici veya işçi gibi zayıf tarafın korunması amacıyla kabul edildiği doktrinde ifade edilmektedir⁴⁹.

Taraflar arasında bu yönde bir hukuk seçimi bulunmasa da Roma II Tüzüğü'nde haksız fiile uygulanacak hukuka ilişkin genel kuralda yer alan “daha sıkı ilişkili hukuk” kuralı ile haksız fiilin taraflar arasında önceden bulunan hukuki ilişki ile daha sıkı ilişkili olması halinde bu hukukun uygulanabileceği ileri sürülmektedir⁵⁰.

Roma II Tüzüğü'nde haksız fiillere uygulanacak hukuka ilişkin genel kural fikri mülkiyet haklarının ihlallerine uygulanacak hukuk bakımından geçerli olmadığı için, Avrupa Birliği milletlerarası özel hukukunda fikri mülkiyet haklarının ihlalinde istisna kuralına da yer verilemeyecektir.

Avrupa Birliği milletlerarası özel hukukunda fikri mülkiyet hakkının ihlaline uygulanacak hukukta istisna kuralına yer verilmemekle birlikte, uygulamada çoğunlukla fikri mülkiyet hakkının ihlalinin altında bir sözleşmenin yer aldığı görülmektedir. Bu nedenle CLIP Prensipleri'nde fikri mülkiyet hakkının ihlalinde taraflar arasında önceden bulunan hukuki ilişkinin fikri mülkiyet hakkının ihlali ile sıkı ilişkili olması halinde, önceki hukuki ilişkiye uygulanan hukukun, fikri mülkiyet hakkının ihlaline uygulanabileceği kabul edilmiştir. Böylelikle CLIP Prensipleri, fikri mülkiyet hakkının ihlaline uygulanacak hukukta önceden hukuk seçimine de dolaylı yoldan imkân tanımış olmaktadır⁵¹.

47 ibid 91; Uğur Tütüncübaşı, *Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçme Serbestisi* (Adalet 2018) 97.

48 ibid 97-98; Graziano (n 17) 117.

49 ibid 120-121.

50 Öztekin Gelgel (n 5) 117; Tarman, *Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk* (n 10) 406; Matulionyte (n 12) 92.

51 ibid 92.

Taslak İLA Rehberi'nde ise fikri mülkiyet hakkının ihlalinden doğan taleplere uygulanacak hukukta hukuk seçiminin ne zaman yapılacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

C. Hukuk Seçiminin Zayıf Tarafın Korunması ve Üçüncü Kişilere Etkisi Bakımından İncelenmesi

Fikri mülkiyet haklarının ihlaline uygulanacak hukukta hukuk seçimi tanıyan düzenlemelere getirilen en önemli eleştirilerden biri, bu alanda hukuk seçimine yer verildiği takdirde üçüncü kişilerin haklarının söz konusu hukuk seçiminden nasıl etkileneceği veyahut etkilenip etkileneceği yönündedir. Fikri mülkiyet haklarının ihlaline uygulanacak hukukta hukuk seçiminin üçüncü kişilere etkisi, zayıf tarafın korunması ve üçüncü kişilerin hakları bakımından iki yönlü incelenmelidir.

1. Zayıf Tarafın Korunması Bakımından Hukuk Seçimi

Çalışmamız kapsamında incelenen *soft law* düzenlemelerinde zayıf tarafı korumak amacıyla doğrudan uygulanan kurallara ve kamu düzeni istisnasına yer verilmiştir. Doğrudan uygulanan kurallar ile kamu düzeni istisnası, devletin kamu menfaatinin yoğun bir şekilde ön planda tutulduğu düzenlemelerdir. Bununla birlikte, çalışmamızda daha önce de bahsettiğimiz üzere, fikri mülkiyet haklarının ihlalinden doğan taleplere uygulanacak hukukta özellikle sorumluluğa ve maddi tazminata ilişkin ihtilafların kamu menfaatini ilgilendirmediği doktrinde kabul edilmektedir.

Kamu düzeni istisnasına açıkça CLIP Prensipleri ile Taslak İLA Rehberi'nde yer verilmiştir. CLIP Prensipleri'nin m. 3:902 düzenlemesinde, Prensiplere göre herhangi bir devlet hukukuna ait kural uygulanırken, söz konusu kuralın sadece *lex fori*'nin kamu düzenine aykırı olması halinde reddedilebileceği kabul edilmiştir. Taslak İLA Rehberi'nin m. 28 düzenlemesi de CLIP Prensipleri ile paraleldir.

Uygulanacak hukukun bir sınırı olarak doğrudan uygulanan kurallara CLIP Prensipleri'nde ve Taslak İLA Rehberi'nde yer verilmiştir. Söz konusu iki *soft law* metni de hem *lex fori*'nin doğrudan uygulanan kurallarına hem de üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin hükümler içermektedir. Her şeyden önce CLIP Prensipleri'nin m. 3:901 (2) düzenlemesinde doğrudan uygulanan kuralların ne olduğuna ilişkin bir tanıma yer verilmiştir. Buna göre doğrudan uygulanan kurallar; kamu menfaatini koruyan, devletin politik, sosyal ve ekonomik anlayışına ilişkin olan, içeriği itibariyle kapsamına giren her konuda uygulanan kurallardır.

CLIP Prensipleri'nin m. 3:901(3) düzenlemesinde, *lex fori*'nin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasının Prensipler tarafından hiçbir şekilde kısıtlanamayacağı kabul edilmiştir. CLIP Prensiplerinin m. 3:901(1) düzenlemesinde de üçüncü devletin

doğrudan uygulanan kurallarına yer verilmiştir. Söz konusu hükme göre, uyuşmazlık ile sıkı ilişki içerisinde bulunan başka bir devlet hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına da etki tanınabilecektir. Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilmesi için söz konusu kuralların niteliği, amacı ve uygulanmasının ya da uygulanmamasının sonuçları dikkate alınmalıdır. Taslak ILA Rehberi'nin m. 29(1) düzenlemesi de, CLIP Prensipleri'nde olduğu gibi *lex fori*'nin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasının hiçbir şekilde kısıtlanamayacağını kabul etmiştir. Taslak ILA Rehberi'nin m. 29(2) düzenlemesinde ise, Rehber'in gösterdiği hukuk uygulanırken uyuşmazlık ile sıkı ilişki içerisinde bulunan herhangi bir devlet hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına da etki tanınabileceği kabul edilmiştir.

ALI Prensipleri'nin m. 323 düzenlemesinde, uyuşmazlıkla ilgili ilişki içerisinde bulunan devletin doğrudan uygulanan kurallarına mahkeme tarafından etki tanınabileceği kabul edilerek zayıf tarafı korumak amacıyla getirilen kurallara etki tanıma imkânı sağlanmıştır⁵².

ALI Prensipleri'nin m. 302(5)(a) düzenlemesinde genel işlem şartlarında hukuk seçimine ilişkin yer alan düzenlemeler, sözleşmeyi düzenlemeyen zayıf taraf için ancak sözleşmenin yapıldığı esnada makul ise ve kolayca erişilebiliyorsa aynı zamanda mahkeme ve taraflar için sonradan atıf yapılması mümkünse geçerli olacaktır⁵³. ALI Prensipleri, hukuk seçimine ilişkin düzenlemenin makul olup olmadığının tespitinde dikkate alınacak kriterleri de aynı düzenlemenin (b) bendinde belirtmiştir. Buna göre; taraflar arasındaki yakın ilişki, sözleşmenin maddi içeriği, seçilen Devlet hukuku, tarafların yerleşim yeri ve menfaati, sözleşmenin düzenlenmesinde yer almayan tarafın olanakları ve kültürü dikkate alınarak belirlenecektir.

Bir tarafın zayıf taraf olduğu fikri mülkiyet hak ihlaline ilişkin ihtilaflarda, kamu düzeni istisnasına ve doğrudan uygulanan kurallara her durumda başvurulmayacağı doktrinde ifade edilmiştir. Söz konusu görüşe ancak koruma devletinin hukukunun hukuk seçiminden etkilenen zayıf tarafı koruyamaması halinde kamu düzeni istisnasına ve doğrudan uygulanan kurallara başvurulmalıdır⁵⁴.

Fikri mülkiyet hakkının ihlalden doğan taleplere uygulanacak hukukta tarafların hukuk seçiminde bulunması halinde, zayıf tarafı koruyucu bir diğer düzenlemeye Japon Şeffaflık Tasarısı'nda da yer verilmiştir. Japon Şeffalık Tasarısı'nın m. 301(2) düzenlemesine göre, fikri mülkiyet hakkı ihlalinin taraflar arasındaki sözleşmenin ihlalden kaynaklanması halinde, sözleşmeye uygulanacak hukukun fikri mülkiyet hakkının ihlaline de uygulanacağı kabul edilmiştir. Böylelikle sözleşmeye uygulanacak hukuk, fikri mülkiyet hakkının ihlalinin gerçekleşmesinden sonra uygulama alanı

52 ibid 160.

53 *The American Law Institute, Principles of the Law, Intellectual Property* (American Law Institute Publishers 2008) 132.

54 Matulionyte (n 12) 94.

bulduğu için, hukuk seçimi de ihlalden sonra gerçekleşmiş olacaktır. Doktrinde bu düzenlemenin zayıf tarafı korumak amacıyla kabul edildiği ileri sürülmektedir⁵⁵. Benzer bir yaklaşıma, çalışmamızda ele aldığımız üzere Roma II Tüzüğü'nde haksız fiillere uygulanacak hukukta hukuk seçimi bakımından da yer verilmiştir. Roma II Tüzüğü, her ne kadar fikri mülkiyet hakkının ihlaline uygulanacak hukukta hukuk seçimine yer vermese de, haksız fiile uygulanacak genel kuralın yanında m. 14 düzenlemesinde hukuk seçimine yer vermiş ve m.14(1)(b) düzenlemesinde de tarafların ticari bir faaliyet ilişkisi içinde olması ve zarara sebep olan fiilin gerçekleşmesinden önce serbestçe müzakere etmeleri şartıyla, haksız fiilin meydana gelmesinden önce (*ex ante*) hukuk seçiminde bulunabileceklerini kabul etmiştir. Sonradan hukuk seçimine ilişkin söz konusu sınırlamanın zayıf tarafı korumak amacıyla getirildiğine çalışmamızda değinmiştik. Bunun yanında doktrinde, Roma II Tüzüğü m. 14(1)(b) düzenlemesinin fikri mülkiyet haklarının ihlaline uygulanması olasılığında; söz konusu hükmün, lisanslı içeriği hem çevrimiçi hem de çevrimdışı kullanmak isteyen bireysel kullanıcıları koruyacağı savunulmaktadır⁵⁶.

2. Üçüncü Kişiler Üzerindeki Etki Bakımından Hukuk Seçimi

Fikri mülkiyet hakkının ihlaline uygulanacak hukukta hukuk seçimine yer veren düzenlemelerde en çok tartışılan hususlardan biri de bu hukuk seçiminin üçüncü kişilere karşı etkili olup olmadığıdır. Çalışmamızda incelediğimiz *soft law* metinlerinin çoğunda, hukuk seçiminin üçüncü kişilere karşı etki doğurmayacağı yönünde düzenlemelere yer verilmiştir.

ALI Prensipleri'nin m. 302(3) düzenlemesinde, tarafların hukuk seçimi yönünde yapacağı anlaşmanın üçüncü kişilerin hakları üzerinde aleyhe bir etki doğurmayacağı belirtilmiştir. ALI Prensipleri'nde yer alan bu düzenleme, irade serbestisi prensibine mümkün olduğunca yer vererek irade serbestisi prensibi ile kamu menfaati arasındaki dengeyi korumak yönünde değerlendirilmiştir⁵⁷.

Ortak Kore Japon Prensipleri'nin m. 302(2) düzenlemesinde, tarafların aralarında hukuk seçimine ilişkin yapacağı anlaşmanın, üçüncü kişilerin kazanılmış hakları üzerinde etki doğurmayacağı kabul edilmiştir. Japon Şeffaflık Tasarı'nın m. 304(1) düzenlemesine göre ise, fikri mülkiyet hakkının ihlaline ilişkin ihtilaflarda taraflar, fikri mülkiyet hakkının ihlali meydana geldikten sonra ihlalin oluşumuna ve ihlalden doğan taleplere uygulanacak hukuku değiştirebileceklerdir. Bununla birlikte uygulanacak hukukun değişmesi halinde üçüncü kişilerin hakları ihlal ediliyorsa böyle bir durumda hukuk değişikliğinin üçüncü kişiye karşı ileri sürülemeyeceği kabul edilerek üçüncü kişinin hakları koruma altına alınmıştır.

55 ibid 94.

56 ibid 95.

57 Kojima, Shimanami and Nagata (n 43) 204; Fiordalisi (n 38) 211.

Hukuk seçiminin üçüncü kişiler üzerinde etkili olmayacağı yönünde *soft law* metinlerde incelediğimiz kurallara yer verilmiş olmakla birlikte, bu konuda sessiz kalan düzenlemeler de vardır. Örneğin, CLIP Prensipleri’nde hukuk seçiminin üçüncü kişiler üzerindeki etkisine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Milli hukuk sistemlerine bakıldığında, fikri mülkiyet hakkının ihlalden doğan taleplere uygulanacak hukukta sınırlı hukuk seçime yer veren İsviçre hukuku, Çin hukuku ve Türk hukukunda, tarafların yapacağı hukuk seçiminin üçüncü kişilere etkisine ilişkin bir hükme yer verilmemiştir.

Hukuk seçiminin üçüncü kişiler üzerinde etkili olup olmayacağına ilişkin bir hükme yer verilmemesinin sebebi olarak doktrinde, genel olarak sözleşmelerin sadece taraflar arasında geçerli olacağı gösterilmiştir. Bunun yanında aynı görüş, hukuk seçiminin, zarar meydana gelmeden önce ya da sonra yapılacak hukuk seçiminin üçüncü kişiler üzerinde bir etki doğurmayacağını da ileri sürmektedir. Görüş iddiasını, sözleşmelere uygulanacak hukukta tarafların seçtiği hukukun üçüncü kişiler üzerinde etki doğurup doğurmayacağı meselesine ilişkin hükme Roma I Tüzüğü’nde yer verilmemiş olması ile açıklamaktadır⁵⁸. Roma I Tüzüğü m. 3(2)’ye göre, sözleşmenin kurulmasından sonra tarafların hukuk seçimine ilişkin bir değişiklik yapması halinde üçüncü kişilerin bu değişiklikten etkilenmeyeceği ifade edilmiştir. Bunun dışında tarafların seçtiği hukukun üçüncü kişiler üzerindeki etkisine ilişkin bir düzenlemeye verilmemiştir.

Sonuç

Fikri mülkiyet haklarının ihlaldine uygulanacak hukukta ülkesellik prensibi kabul edilerek koruma devletinin hukukunun uygulanacağı gerek Türk milletlerarası özel hukukunda ve gerekse karşılaştırmalı hukukta kabul edilmiştir. Bunun yanında başta İsviçre olmak üzere milli hukuk sistemlerinde sınırlı hukuk seçimi olarak koruma ülkesi hukukunun yanında mahkemenin hukukunun da seçilebileceği kabul edilmiştir. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunumuz’un m. 23 düzenlemesinde de İsviçre hukukunda yer alan sınırlı hukuk seçimine yer verilmiştir.

Milli hukuklarda yer alan bu sınırlı hukuk seçimi, bir devlet hukuku teşkil etmeyen milletlerarası hukuk kurallarında daha da genişleyerek kabul edilmeye başlanmıştır. Çalışmamızda ele aldığımız Amerikan Hukuku Enstitüsü tarafından hazırlanan ALI Prensipleri, Avrupa Max-Planck Grubu’nun Fikri Mülkiyet Haklarında CLIP Prensipleri, Japon Şeffaflık Tasarısı, Ortak Kore Japon Prensipleri ve Taslak ILA Rehberi’nde fikri mülkiyet haklarının ihlalden doğacak uyuşmazlıklarda tarafların hukuk seçiminde bulunabilecekleri kabul edilmiştir. Söz konusu metinler tarafları ve mahkemeleri bağlayıcı kurallar olmamakla birlikte yol gösterici hukuk kuralları içermektedir. Nitekim CLIP Prensipleri’nin önsözünde açıkça bu

58 Matulionyte (n 12) 95.

kuralların yorumlayıcı ve tamamlayıcı model kurallar olduğu, uyuşmazlıkların çözümünde mahkemeler ve hakemler tarafından milletlerarası özel hukukun fikri mülkiyet haklarına ilişkin genel prensipleri olarak dikkate alınabileceği ve tarafların aralarındaki sözleşmesel ve sözleşme ötesindeki ilişkilerini düzenlerken bu kurallara başvurabileceği belirtilmiştir.

Çalışmamızda incelediğimiz *soft law* düzenlemelerinin ortak yanı, fikri mülkiyet hakkının ihlalden doğan taleplere uygulanacak hukukta taraf iradesine yer verilmiş olmasıdır. Bununla birlikte, söz konusu kuralların hepsinde taraf iradesine getirilen sınırlamalar bakımından çeşitli farklılıklar mevcuttur. Örneğin CLIP Prensipleri sadece fikri mülkiyet hakkının ihlalden doğan taleplere uygulanacak hukukta hukuk seçimini kabul etmiş iken, ALI Prensipleri’nde hangi tür uyuşmazlıkların hukuk seçimine tabi olmadığı bir liste olarak verilmiş ve onun dışında kalan tüm fikri mülkiyet hakkına ilişkin uyuşmazlıklarda tarafların hukuk seçebileceği kabul edilmiştir. Hukuk seçiminin ne zaman yapılacağı da çalışmamızda ele aldığımız hukuk kurallarında farklı düzenlenmiştir. ALI Prensipleri, CLIP Prensipleri ve Ortak Kore Japon Prensipleri hem fikri mülkiyet hakkının ihlalden önce (*ex ante*) hem de sonra (*ex post*) tarafların hukuk seçiminde bulunabileceğini kabul etmiş iken, Japon Şeffaflık Tasarısı’nda sadece fikri mülkiyet hakkının ihlalden sonra hukuk seçiminin yapılabileceği kabul edilmiştir.

Fikri mülkiyet haklarının ihlalden uygulanacak hukukta hukuk seçimi tanınması halinde, söz konusu hukuk seçiminin üçüncü kişilerin haklarının üzerinde nasıl bir etki yaratacağı doktrinde irade serbestisi prensiplerine yöneltilen eleştirilerden biri olmuştur. Çalışmamızda ele aldığımız hukuk kurallarına bakıldığında gerek zayıf tarafın korunması ve gerekse üçüncü kişilerin hakların etkilenmemesi için çeşitli düzenlemeler kabul edilmiştir. Söz konusu metinlerde zayıf tarafın korunması amacıyla kamu düzeni istisnasına ve doğrudan uygulanan kurallara yer verilmiş ve CLIP Prensipleri dışındaki metinlerde üçüncü kişilerin yapılan hukuk seçiminden etkilenmeyeceği açıkça kabul edilmiştir.

Fikri mülkiyet haklarının ihlalden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukta gerek milli hukuklarda ve gerek çalışmamız kapsamında incelediğimiz *soft law* metinlerde öncelikle ülkesellik prensibi hâkim olmakla birlikte, globalleşen dünyada aynı anda birden fazla ülkede bir fikri mülkiyet hakkının ihlal edilmesi olasılığının bulunmasından dolayı taraflara sınırlı da olsa hukuk seçimi imkânı tanınması gereği ile karşılaşılmıştır. Kanaatimizce, fikri mülkiyet haklarına ilişkin hukukun önde gelen enstitüleri tarafından hazırlanmış olan bu metinler, kanun koyucular ve uygulayıcılar tarafından dikkate alınmalı ve mevcut milli düzenlemeler, ülkesellik prensibi yanında üçüncü kişilerin haklarını ihlal etmeyecek biçimde hukuk seçimine imkân tanıyarak revize edilmelidir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

The American Law Institute, Principles of the Law, Intellectual Property (American Law Institute Publishers 2008).

Aybay R and Dardağan E, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)* (2nd edn, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2008).

Basedow J, 'Foundations of Private International Law in Intellectual Property' in Jürgen Basedow, Toshiyuki Kono and Axel Metzger (eds), *Intellectual Property in the Global Arena* (Mohr Siebeck 2010) 3-29.

de Boer T M, 'Party Autonomy and Its Limitations in the Rome II Regulation' (2007) 9 Yearbook of Private International Law 19-29.

Can H and Toker A G, *Milletlerarası Özel Hukuk* (3rd edn, Adalet 2018).

Çelikel A and Erdem B B, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15th edn, Beta 2017)

Dardağan Kibar E, 'Fikri Haklar Alanında Uygulanacak Hukuk Sorunu' in Bilgin Tiryakioğlu, Mesut Aygün and Ali Önal (eds), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu* (Yetkin 2016) 439-454.

Dickinson A, *The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations* (Oxford University Press 2008).

Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Savaş 2020).

Druzin B H, 'Why does Soft Law Have any Power Anyway?' (2016) Asian Journal of International Law 1-18.

de la Durantaye K, 'Infringement of Intellectual Property Rights' in Graf-Peter Calliess (ed) *Rome Regulations* (Wolters Kluwer 2015) 626-642.

van Engelen D, 'The Netherlands' in Toshiyuki Kono (ed) *Intellectual Property and Private International Law* (Hart Publishing 2012) 851-875.

Erdem B B, *Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk*, (2nd edn, Beta 2002).

Fiordalisi E, 'The Tangled Web: Cross-Border Conflicts of Copyright Law in the Age of Internet Sharing' (2015) 12(2) Loyola University Chicago International Law Review 197-213.

Graziano T K, 'Freedom to Choose the Applicable Law in Tort – Articles 14 and 14(3) of the Rome II Regulation' in John Ahern, William Binchy (eds), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-contractual Obligations: A New International Litigation Regime* (Martinus Nijhoff Publishers 2009) 113-132.

Kaplan Y, *İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk* (Seçkin 2004).

Kojima R, Shimanami R and Nagata M, 'Applicable Law to Exploitation of Intellectual Property Rights in the Transparency Proposal' in Jürgen Basedow, Toshiyuki Kono and Axel Metzger (eds), *Intellectual Property in the Global Arena* (Mohr Siebeck 2010) 181-228.

- Kono T and Jurcys P, 'General Report' in Toshiyuki Kono (ed), *Intellectual Property and Private International Law* (Hart Publishing 2012) 1-216.
- Matulionyte R, *Law Applicable to Copyright* (Edward Elgar 2011).
- Matulionyte R, 'Calling for Party Autonomy in Intellectual Property Infringement Cases' (2013) 9(1) *Journal of Private International Law* 77-99.
- Metzger A, 'Community IP Rights&Conflict of Laws – Community Trademark, Community Design, Community Patent – Applicable Law for Claims for Damages' in Josef Drexl and Annette Kur (eds), *Intellectual Property and Private International Law – Heading for the Future* (Hart Publishing 2005) 215-225.
- Metzger A, 'Applicable Law under the CLIP Principles: A Pragmatic Reevaluation of Territoriality' in Jürgen Basedow, Toshiyuki Kono and Axel Metzger (eds), *Intellectual Property in the Global Arena* (Mohr Siebeck 2010) 157-178.
- Mills A, *Party Autonomy in Private International Law* (Cambridge University Press 2018).
- Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd edn, Beta 2017).
- Özsunay E, *Karşılaştırmalı Hukuka Giriş* (Sulhi Garan Matbaası 1976).
- Öztekin Gelgel G, *Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi* (Beta 2006).
- Pertegas Sender M, *Cross-Border Enforcement of Patent Rights* (Oxford University Press 2002).
- Richter T, *Parteiautonomie im Internationalen Immaterialgüterrecht: Eine rechtsvergleichende Untersuchung de lege lata und de lege ferenda* (Mohr Siebeck 2017).
- Sargın F, *İnternet Aracılığıyla Gerçekleşen Marka İhlalleri Hakkında Milletlerarası Yetkiyi Haiz Mahkemeler ve Uygulanacak Hukuk* (Yetkin 2005).
- Schaper E, 'Choice-of-Law Rules in the EU – Special Issues with Respect to Community Rights – Infringement of Community Trade Marks and Applicable Law' in Josef Drexl and Annette Kur (eds), *Intellectual Property and Private International Law – Heading for the Future* (Hart Publishing 2005) 201-213.
- Şanlı C, Esen E and Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (7th edn, Beta 2019).
- Tarman Z D, *Haksız Rekabetten ve Aldatıcı Reklamlardan Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk* (Beta 2011).
- Tarman Z D, 'Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma II Tüzüğü (AT 864/2007)' in Işıl Özkan, Ceyda Süral, Uğur Tütüncübaşı (eds), *Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku* (Adalet 2016) 399-427.
- Tekinalp G and Uyanık A, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları* (12th edn, Vedat 2016).
- Tütüncübaşı U, *Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçme Serbestisi* (Adalet 2018).
- Vischer F, 'Art. 110' in Daniel Girsberger, Anton Heini and Max Keller (eds), *Zürcher Kommentar zum IPRG* (2nd edn, Schulthess) 1156-1158.
- Vogeler A, *Die freie Rechtswahl im Kollisionsrecht der außervertraglichen Schuldverhältnisse* (Mohr Siebeck 2013).

