

SANAL ORTAMDA GERÇEKLEŞEN TELİF HAKKI İHLÂLLERİNE UYGULANACAK HUKUK

Yard. Doç. Dr. Şebnem AKİPEK / Dr. Esra DARDAĞAN***

GİRİŞ

Fikir ve sanat eserlerinin sınırlarını aşarak yayılma yeteneğine sahip olması, eser sahibinin haklarının milletlerarası plânda yararlanmaya açık olmasına yol açtığı gibi, bu hakların yine milletlerarası plânda ihlâlâle uğraması tehlikesini de arttırmaktadır. Bu açıdan, telif haklarının (fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakların) sadece milli hukuk düzenleri içinde korunması yeterli olmaz; bu korumanın milletlerarası topluma yayılması, başka bir ifade ile, milletlerarası bir rejimle tamamlanması, pekiştirilmesi gerekir. Kuramsal açıdan ise, sınırlarını aşarak yayılma özelliğinin Milletlerarası Özel Hukuku ilgilendiren yönü, fikir ve sanat hukuku alanındaki ilişkilerin birden fazla hukuk düzeni ile bağlantı içinde olması, dolayısıyla yabancı unsur içermesidir.

Fikir ve sanat eserlerinden yararlanma eylemi ile Milletlerarası Özel Hukuk arasındaki bu doğal bağlantıya rağmen, fikir ve sanat hukuku ilişkileri, ender olarak, kanunlar ihtilâfı açısından incelenmiştir. Fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakların "ülkesellik ilkesine" tâbi olduğu yönündeki yaygın kanı, belirtilen ilkenin kuramsal temelleri ve ne şekilde somutlaşacağı pek fazla irdelenmeden, fikrî haklar alanında kanunlar ihtilâfı tahlillerine yer olmadığı yönünde bir inanca zemin hazırlamış gibi görünmektedir¹. Ancak, teknolojik gelişmeler sonucunda, fikir ve sanat eserlerinin "milletlerarası akışının" dikkat çekecek derecede hızlanması ve yoğunlaşması, bu alandaki incelemelerde kanunlar ihtilâfı tahlillerinin ön plâna alınmasına yol açmıştır. Bu gelişmenin en yoğun olarak görüldüğü

(*) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

(**) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi.

¹ "Ülkesellik ilkesinin olduğu yerde kanunlar ihtilâfına yer olmadığı" yönündeki görüşün irdelenmesi bağımsız bir çalışmaya ihtiyaç gösterir. Telif hakları bakımından, konu üzerinde tartışma için bkz. Lucas, A./Lucas, H.J., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris 1994, s.783-784.

konulardan biri, eserlerin sanal ortamda kamuya sunulmasından doğan uyumsuzluklardır².

Telif haklarının milletlerarası rejiminin düzenlenmesi amacıyla çok taraflı andlaşmalar akdedilmesi, günümüze kadar süregelen bir olgudur. Buna karşılık, telif haklarının önemli milletlerarası düzenlemelere konu olması, bu hakların kanunlar ihtilâfı açısından tahlil edilmesini yararsız kılmaz; zira milletlerarası düzenlemeler soruna ayrıntılı ve kapsamlı çözüm getirmekten çok, bazı asgari standartları yaygınlaştırmayı hedeflemişlerdir³. Önemli ticari ve kültürel menfaatlerin çatıştığı sanal ortamın, fikir ve sanat hukuku açısından içerdiği sorunların kanunlar ihtilâfı çerçevesinde ele alınması, bu itibarla büyük önem taşımaktadır.

Sonuçta, fikir ve sanat eserlerinden sanal ortamda yararlanma olgusunun milletlerarası boyutlarını ele almayı amaçlayan incelememizde, sözleşme dışı sorumluluğa ilişkin kanunlar ihtilâfı sorunları ve bu sorunlara yönelik çözüm önerileri sunulup değerlendirilecek ve bu alanda maddî nitelikte Milletlerarası Özel Hukuk kuralları geliştirilip geliştirilmediği araştırılacaktır. Ancak incelemenin esasına geçmeden önce, telif haklarından doğan kanunlar ihtilâfı ve sanal ortamda gerçekleşen ihlâl fiilleri hakkında bazı genel açıklamalarda bulunmayı gerekli görmekteyiz.

I. KONU HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR

A. TELİF HAKLARINDAN DOĞAN KANUNLAR İHTİLÂFINA GENEL BAKIŞ

Yabancı unsurlu telif hakkı sorunlarına uygulanacak hukukun belirlenmesi için getirilen öneriler temelde iki ihtilâf kuralında odaklanmıştır: (a) Korumanın talep edildiği yer hukuku kuralı (*lex loci protectionis*); (b) Menşe yeri hukuku kuralı (*lex loci originis*).

Milletlerarası doktrinde baskın görüş⁴ ve telif haklarına ilişkin başlıca iki çok taraflı sözleşme olan Bern⁵ ve Cenevre Sözleşmeleri⁶ korumanın

² Lucas, A., "Aspects de droit international privé de la protection d'œuvres et d'objets de droits connexes trans mis par réseaux numériques mondiaux", *Colloque de l'OMPI sur le droit international privé et la propriété intellectuelle - Genève, 30 et 31 janvier 2001*, s. 8.

³ Ayrıntılı tahlil için bkz. Raynard, J., *Droit d'auteur et conflits de lois-Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Paris 1991, s.21-22.

⁴ Bkz. Desbois, H./Françon, A./Kerever, A., *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Paris 1976, s.153; Boytha, G., "Le droit international privé et la protection des droits d'auteur: Analyse de certains points spécifiques", *Le droit d'auteur*, 1988/10, s.433; Lucas/Lucas, s.891; Troller, A., *Das Internationale Privat-und*

talep edildiği yer hukuku kuralına (başka bir ifade ile, koruma ülkesi hukuku kuralına) yetki tanımıştır. "Korumanın talep edildiği yer hukuku" ibaresi, genel olarak, telif hakkı uyuşmazlığına yol açan eylemin (eserden yararlanma, eser üzerindeki hakkı ihlâl eylemi) gerçekleştiği yer hukuku olarak anlaşılmalıdır. Söz konusu ihtilâf kuralını savunan yazarlar sıklıkla "fikrî hakların ülkeselliği"ne göndermede bulunmuşlardır. Koruma ülkesi hukuku kuralı ile ülkesellik ilkesi arasındaki ilişki ayrı bir inceleme konusu teşkil ettiği için⁷, çalışmamızın kapsamı dışında kalmaktadır. Bununla birlikte, koruma ülkesi hukuku kuralını ülkesellik ilkesi ile destekleyen görüşe kısaca değinmek yerinde olacaktır. Belirtilen ihtilâf kuralının üstünlüğünü savunanlara göre, telif hakları, her ülkede, bu ülkenin hukuk düzeninin belirlediği sınırlar içinde ve hukukî varlık kazandığı ülke hukukundan bağımsız olarak mevcut olur; korumadan yararlanır. Şu halde, telif hakkının korunması sorununun meydana geldiği ülke hukuku bir çeşit yerel kanun (*lex loci*) sıfatıyla bu soruna uygulanmalı, telif hakkının kazanıldığı, doğduğu ülke hukukunun getirdiği düzenleme dikkate alınmamalıdır.

Daha az sayıda yazar tarafından savunulan ve sadece bazı Amerika Kıtası sözleşmelerinde pozitif düzenlemeye kavuşan⁸ "menşe yeri kuralı" ise, telif hakkının hukukî varlık kazandığı ülke hukukuna tâbi kılınmasını öngörür. Buna göre, menşe ülkesi hukuku uyarınca kazanılmış olan telif hakkı, dünyanın her yerinde, bu ülke hukuku kuralları çerçevesinde saygı görmeli ve tanınmalıdır. Menşe ülkesi, yayımlanma suretiyle alenîleşen eserler bakımından eserin ilk defa yayımlandığı ülke, diğer eserler

Zivilprozeßrecht im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Basel 1952, s.48-49; Spoendlin, K., "Der Internationale Schutz des Urhebers", UFITA, 1988, Bd. 107, s.19; Knörzer, T., **Das Urheberrecht im deutschen internationalen Privatrecht**, Mannheim 1992, s.86.

⁵ 9.10.1886 tarihinde imzalanan Sözleşme, 5.12.1887'de yürürlüğe girmiştir. Türkiye Bern Sözleşmesine 1951'de katılmıştır (28.8.1951 tarihli, 5777 sayılı Kanun; RG, 2.6.1951, S.7824). Sözleşme son olarak 1971'de Paris'de gözden geçirilmiş, Paris metni de 1979'da değişikliğe uğramıştır. Türkiye'nin son metne katılmasının onaylanması, 4117 sayılı ve 7.7.1995 tarihli Kanunla uygun bulunmuştur.

⁶ Telif Hakları Evrensel sözleşmesi olarak da anılan bu sözleşme, UNESCO öncülüğünde hazırlanmış ve o dönemde Bern Birliğine üye olmayan bazı devletlerin de aralarında bulunduğu pek çok devlet tarafından Cenevre'de imzalanmıştır. Türkiye bu sözleşmeye taraf değildir. Fransızca metin için bkz. Desbois/Fran- çon/Kerever, s.418-427.

⁷ Tartışma için bkz. Dardağan, E., **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilâfi**, Ankara 2000, s.141-146 (**Fikir ve Sanat Eserleri**); ülkesellik ilkesi hakkında geniş bilgi için bkz. Erdem, B., "Fikrî Haklarda Ülkesellik Prensipleri", **Prof.Dr. Nihal Ulucak'a Armağan**, İstanbul 1999, s.39-54.

⁸ Montevideo (1899), Caracas (1911) ve Havana (1928) Sözleşmeleri menşe yeri hukuku kuralını benimsemişlerdir: Bkz. Françon.A., "Propriété littéraire et artistique - Conventions internationales", *Juris-Classeur /Droit international-Fasc. 563-B*, s.36.

bakımından ise, eser sahibinin uyrukluk bağı ile bağlı olduğu ülke olarak belirlenmiştir⁹.

Türk hukukunda, telif haklarının milletlerarası rejimine ilişkin başlıca pozitif hukuk kuralı FSEK m.88'dir.FSEK m.88 şu hükümleri içerir:

"Bu kanun hükümleri;

1. Eser sahibinin vatandaşlığı gözetilmeksizin Türkiye'de ilk defa umuma arz edilen ve Türkiye'de bulunup da henüz umuma arz edilmemiş olan bütün eserlerle Türkiye'de bulunan mektup ve resimlere;

2. Türk vatandaşlarının henüz umuma arz edilmemiş yahut ilk defa Türkiye dışında umuma arz edilmiş bütün eserlerine;

3. Türkiye Cumhuriyetinin bağlı bulunduğu milletlerarası bir antlaşmada uygun hükümler bulunmak şartıyla yabancıların henüz umuma arz edilmemiş veya ilk defa Türkiye dışında umuma arz edilmiş bütün eserlerine uygulanır.

Eser sahibinin mensup bulunduğu devletin, Türk eser sahiplerinin haklarını kâfi derecede korumaması veya milletlerarası bir andlaşmanın yabancı eser sahiplerine taallük eden hususlarda istisna ve tahditlere cevaz vermesi hallerinde Bakanlar Kurulunca bu maddenin 1 inci ve 3 üncü bentleri hükümlerinden istisnalar yapılması kararlaştırılabilir."

FSEK m.88 hükümleri, Türk doktrininde, genellikle ülkesellik ilkesi esas alınarak, koruma ülkesi hukuku bağlama kuralının öngörüldüğü yönünde yorumlanmıştır¹⁰. Buna karşılık, bu maddenin kanunlar ihtilâfi çözümü getirmekten çok, eserin menşe ülkesini belirleyen kıstaslar ortaya koymayı amaçladığı ve Türk hukukunun "menşe ülkesi hukuku" sıfatıyla uygulandığı halleri belirttiği, daha çok bir yabancılar hukuku düzenlemesi

⁹ Milletlerarası doktrinde menşe yeri kuralının savunulması için bkz. Cijog, S., "Internationalesprivatrechtliche Aspekte der Urheberrechte". **Festschrift für Karl Firsching**, München 1985, s.75-76; Neuhaus, P.H., "Freiheit und Gleichheit im Internationales Privatrecht", **Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)**, 1976, 40, Heft 2, s.191 vd.; Dröbnig, U., "Originäre Erwerb und Übertragung von Immaterialgüterrechten im Kollisionsrecht", **RabelsZ** 1976, 40, Heft 2, s.195; Schack, H., **Zur Anknüpfung des Urheberrechts im internationalen Privatrecht**, Berlin 1979, no. 66vd.; Koumantos, G., "Sur le droit international privé du droit d'auteur", **Il diritto di autore**, 1979/2-3, s.616 vd.

¹⁰ Bkz. Nomer, E., **Devletler Hususî Hukuku**,B.10, İstanbul 2000, s.258; Tekinalp, G., **Milletlerarası Özel Hukuk**, B.6, İstanbul 1999, s.245; Arslanlı, H., **Fikri Hukuk Dersleri II, Fikir ve Sanat Eserleri**, İstanbul 1954, s.229.

niteliği taşıdığı yönünde görüşler de vardır¹¹. Türkiye'nin de katıldığı Bern Sözleşmesinin 5. maddesinin 2. paragrafında koruma ülkesi hukukunun yetkili kabul edilmesi, bu alandaki tartışmaları "salt teorik" kılabilen bir husustur. Ayrıca, telif haklarının, eserden yararlanan devletin ekonomik politikası ile yakın bağlantı içinde bulunması, koruma ülkesi hukukunun gerçekçi bir çözüm olarak benimsenmesini kolaylaştırıp, anılan bağlama kuralının "olması gereken hukuk" açısından da savunulmasını destekleyebilir. Koruma yeri kuralının sözleşme dışı telif hukuku uyuşmazlıklarını düzenlediğini de belirtmek gerekir. Sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar (sadece sözleşmenin tarafları arasındaki ilişkiyi ilgilendiren konular) MÖHUK m.24'de düzenlenen "akit statüsü"ne tâbidir. Koruma yeri hukuku kuralının uygulama alanına giren konular ise, telif haklarının doğumu, içeriği, sınırlandırılması, ihlâli, sona ermesi gibi, deyim yerindeyse, telif haklarının özüne, esasına ilişkin, onun maddî hukuk statüsü ile bağlantılı konulardır.

Sonuçta, koruma yeri hukuku kuralının, Milletlerarası Özel Hukuk metodolojisi içinde önemli bir ağırlığa sahip olan "*lex loci delicti commissi*" (haksız fiilin işlendiği yer hukuku kuralı) olarak somutlaştığını belirtmek yanlış olmayacaktır. Sanal ortamda yararlanan fikir ve sanat eserlerinin yol açtığı kanunlar ihtilâfı sorunlarının çözümünde en fazla zorluk çıkaran unsur, "ihlâl yerinin" belirsizlik arz etmesidir. Dolayısıyla bu konuda getirilen çözüm önerileri de, ya bu belirsizliği giderme noktasında odaklanmakta, ya da bu belirsizliği bertaraf etmek için, *lex loci delicti commissi*'ye alternatif sunma çabasını yansıtmaktadır.

B. FİKİR VE SANAT ESERLERİNDEN SANAL ORTAMDA YARARLANILMASI

Teknolojik gelişmeler, kişilerin birbiriyle ve dünya ile çok uzak mesafelerden, süratli ve kolay biçimde iletişime girmelerini sağlamıştır. Sanal ortamdaki bilgi akışı ile bağlantılı hukukî taleplerin tâbi olacağı kanunun belirlenmesi, söz konusu ortamın dinamik yapısı nedeniyle son derece zorlaşmıştır. Bu belirsizliğin en yoğun biçimde kendini gösterdiği alanlardan biri fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklardır.

Fikir ve sanat eserinin, sahibinin izni olmaksızın, dijital bilgi ağları vasıtasıyla dünyanın pek çok ülkesindeki kullanıcılara ulaşmasından kaynaklanan telif hakkı uyuşmazlıkları, "bilgi edinme hakkı" ile "eser sahibinin hakları" arasındaki hassas dengenin bir kez daha ele alınmasını gerektiren ve çok önemli ekonomik ve kültürel menfaatlerin çatışmasına

¹¹ Bkz. Dardağan, s.157vd.; Okutan, G., "Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Fikir ve Sanat Eserleri", Prof.Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, s.240.

sağne olan sorunlar olarak karşımıza çıkar. Fikir ve sanat eserlerinden sanal ortamda yararlanmanın hukukî boyutunu ele alan incelemelerde, bir eserin, sahibinin izni olmaksızın bilgisayar hafızasına alınarak kamusal yararlanmaya açılması, web sitesi aracılığıyla yaygın biçimde kamuya sunulması, derleme eser olarak nitelendirilen bir web sitesinin kopyalanarak başka bir web sitesine aktarılması telif hakkı ihlâli olarak nitelendirilmiştir. Konu teknik açıdan ele alındığında, eser sahibinin izni alınmadan web sitesine dahil edilen bir eserin kullanıcı tarafından bilgisayara kaydedilmesi, yazıcı ile eserin çıktısının alınması, hattâ İnternette "surf" yapılırken, eserin izinsiz olarak kamuya sunulduğu web sitesine girilmesi ve söz konusu eserin geçici olarak bilgisayar ekranında görüntülenmesi dahi ihlâl olarak nitelendirilebilir¹². Buna karşılık, İngiliz ve Amerikan mahkemelerinin önüne gelen uyuşmazlıklarda, eser sahibi ile karşı karşıya gelen tarafın, nihai kullanıcılar değil, sanal ortama erişimi mümkün kılan "hizmet sağlayıcılar" olduğu dikkati çekmektedir¹³. Konuya ilişkin mahkeme kararlarında, genel olarak, telif haklarının ihlâl edilmesi suretiyle elde edilen "içeriğin" İnternette hizmet sağlayıcıları tarafından kamuya sunulması durumu ile bu girişimcilerin sadece "bilgi ağı" işlevlerini sağlamakla yetinmesi arasında ayırım gözetilmekte ve ikinci durumda, söz konusu kişilerin ihlâlden haberdar olması/ haberdar edilmesi ve bu içeriğin dağıtılmasını denetleme, imkânına sahip olması söz konusu değilse, telif hakkı ihlâlinden dolayı sorumluluğun bulunmadığına hükmedilmektedir¹⁴.

Dijital bilgi ağlarına erişimi sağlayan girişimcilerin, telif hakkının ihlâl edilmesi suretiyle elde edilen "içeriğe" erişimi sağlamaktan sorumlu tutulması, fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar ile bilgi edinme hakkı arasındaki zıtlığı bir defa daha gündeme getirir. Fikir ve sanat eserlerinin, onları meydana getiren kişilere hasredilen birtakım tekeli yetkilerle korunması, sonuçta, bu ürünlere serbestçe erişilip, bunlardan yararlandırılmasını zorlaştıran bir durumdur. Sanal ortamın bilgiye erişimi dikkat çekecek derecede dinamikleşmesi, bilgi edinme hakkı ile telif hakları arasındaki gerilimli ilişkiyi daha da belirgin hale getirmektedir. Telif hakkı konusu eserlerin, sahiplerinin izni olmaksızın dijital ortamda kullanıcıların emrine sunulması, "içerik sağlayıcı" konumundaki eser sahiplerinin fikir ürünlerini bu ortamda kamuya sunmakta isteksiz

¹² Geniş inceleme için bkz. MacQueen, H.L., "Copyright and the Internet" in Edwards, L./Waelde, C., **Law and the Internet Regulating Cyberspace**, Oxford 1997, s.80; Ginsburg, J., "Putting Cars on the 'Information Superhighway': Authors, Exploiters and Copyright in Cyberspace", *Columbia Law Review*, V.95 (1998), s.1476 vd. ("Superhighway"); Smith, B.L., "The Third Industrial Revolution", *Recueil des Cours*, 2000, T.282; s.306-309.

¹³ Geniş inceleme için bkz. Harrington, M., "On-line Copyright Infringement Liability for Internet Service Providers: Context, Cases & Recently Enacted Legislation", http://www.bc.edu/bc_org/avp/law/st/org/ipl/articles/index.html (15.12.1999); Stolowitz, M.D., "Copyright in the Internet: A Short Primer for Business Lawyers", <http://www.techlaw.com/TextOnly/WhatsNew/copyright.html> (31.3.2000).

¹⁴ Smith, s.307.

olmalarına, dolayısıyla bilgi akışının zayıflamasına yol açacaktır. Diğer yandan, bilgi ağlarına erişimi mümkün kılan hizmet sağlayıcıların, denetlemelerinin çok zor olduğu bazı kullanıcı eylemlerinden sorumlu tutulmaları da, *online* hizmetlerin gelişmesine engel teşkil edip, bu alandaki yatırımlar üzerinde olumsuz etki doğurabilir¹⁵. Her iki durumda da, zarar görecektir, son tahlilde bilgi edinme hakkı olacaktır.

Şu halde, fikir ve sanat eserlerinden sanal ortamda yararlanılmasını düzenleyen kuralların meydana getirilmesi ve yorumlanmasında, dikkat edilecek husus, bu alandaki tüm "aktörlerin", yani "içerik sağlayıcı" eser sahiplerinin, "hizmet sağlayıcı" girişimcilerin, bilgiye hızlı ve kolay erişime ihtiyaç duyan bireysel kullanıcıların menfaatlerini dengelemenin gerekli olmasıdır¹⁶. Bu durum, sadece maddî hukuk kuralları açısından değil, Milletlerarası Özel Hukuk açısından da göz önüne alınmalıdır. Kanunlar ihtilâfı hukuku alanında önem taşıyan husus, birden fazla devletle irtibat halinde olan bir hukukî ilişkinin, "en sıkı, en yakın şekilde bağlı bulunduğu" devletin hukukuna tâbi kılınmasıdır. Bu amaca erişilmesi yeterlidir; söz konusu hukuksal ilişkiye "nihaî" olarak uygulanacak maddî hükümlerin içeriği ile, kural olarak ilgilenilmez¹⁷. Buna karşılık, yakın zamanlarda kaleme alınıp, fikrî hakların teknolojik gelişmeler karşısındaki durumunu milletlerarası unsurlu ilişkiler açısından inceleyen eserlerde, uyuşmazlığa nihaî olarak uygulanması söz konusu olan maddî hükümlerin içeriği de tartışma konusu edilmekte, bağlama kuralları önerilirken, uygulanacak kanunun eser sahibini koruma düzeyi gibi, maddî hukuku ilgilendiren sorunlar nazara alınmaktadır. Bu çalışmada, sanal ortamda gerçekleşen telif hakkı ihlâllerine uygulanacak hukukun belirlenmesinde esas alınması önerilen bağlama kuralları ele alınırken, bu husus mümkün olduğu nisbette göz önünde tutulacaktır.

II. KANUNLAR İHTİLÂFI ÇERÇEVESİNDE ÖNERİLEN ÇÖZÜMLER

A. GENEL BAKIŞ

Teknoloji alanındaki gelişmeler, kişilerin birbirleriyle ve dünya ile çok uzak mesafelerden, süratli ve kolay biçimde iletişime girmesini sağlamıştır. Sanal ortamdaki bilgi akışı ile bağlantılı hukukî taleplerin tâbi olacağı kanunun belirlenmesi, söz konusu ortamın dinamik yapısı nedeniyle oldukça zorlaşmıştır. Bu belirsizliğin en yoğun biçimde kendini gösterdiği alanlardan

¹⁵ Smith, s.307.

¹⁶ Bkz. bu yönde: Smith, s.307 vd.

¹⁷ "Devletler Özel Hukuku hakkaniyeti" olarak ifade edilen bu yaklaşım hakkında geniş açıklama için bkz. Nomer, s.13-14.

biri, fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklardır. Fikir ve sanat eserinin bilgi ağları vasıtasıyla dünyanın pek çok ülkesindeki kullanıcılara ulaşması eyleminin telif hakkı ihlâli teşkil edip etmediği, ihlâl teşkil ettiği takdirde, buna hangi yaptırımın uygulanacağı gibi konuları idare eden hukuk düzeninin, genel nitelikte telif hakkı ihlâllerinde benimsendiği şekilde, "haksız fiilin işlendiği ülke hukuku" olduğunu kabul etmek, sorunu çözmekte yetersiz kalır. Zira bir eserin sanal ortamda kamuya iletilmesi, bu eserin bir web sitesine konulup, dijital bilgi ağları aracılığıyla sanal ortama intikal ederek kullanıcıların bilgisayarlarında görüntülenmesine, diskete veya bilgisayarın hard diskine kaydedilmesine, hattâ yazıcı ile çıktılarının alınmasına kadar devam eden karmaşık bir teknik süreçtir. Bu sürecin hangi aşamasının haksız fiil olarak nitelendirileceği belli değildir. Eserden sanal ortamda yararlanılması sürecini kanunlar ihtilâfı açısından açık hale getirmek, tahlil etmek için, uydu yayınları bakımından benimsenen tahlil yöntemlerinin esas alınması düşünülebilir. Konu ile ilgili bazı incelemelerde de bu yöntemin tercih edildiği görülmektedir¹⁸. Buna karşılık, eserlerden sanal ortamda yararlanma sürecinin daha karmaşık ve dinamik bir yapı arz etmesi, bu konudaki çözüm önerilerinin çeşitlenmesine yol açmış, daha çok sayıda bağlama kuralı, en azından uygulanabilirlik açısından tartışma konusu edilmiştir.

Tartışılan çözüm önerilerinde "yersel" bağlamının, ileride açıklanacak sakıncalarına rağmen yine de ayrıcalıklı bir konuma sahip bulunduğu görülmektedir. Yersel bağlamının tercih edilmesi de, kaçınılmaz olarak, haksız fiillere uygulanacak hukuk alanında, "ika yeri" ile "sonuç yeri" arasında seçim yapılmasına ilişkin tartışmaları gündeme getirir. Her ne kadar, hemen her çözüm önerisinde, telif haklarına uygulanacak hukuk bakımından genel kabul gören "*lex loci protectionis*" kuralının uygulanma şansının az olduğu belirtilmekte olsa da, sonuçta sıklıkla bu kural çerçevesinde irdeleme yapılmaktadır. Diğer yandan, bu çözüm önerilerinin farklılaştığı önemli noktalardan biri, nihâî olarak olaya uygulanacak hukukun birden fazla olup olmamasıdır. Nihayet, sanal ortamda meydana gelen fikir ve sanat hukuku uyumsuzluklarının kanunlar ihtilâfı disiplininin çerçevesi dışında kalan çözüm önerilerine açık olup olmadığı, örneğin bu alanda bir tür "*lex mercatoria*" karşılığı olarak "*lex mediatica*"nm uygulanmasından söz edilip edilemeyeceği de önemli tartışma konularından biridir. Maddî nitelikte milletlerarası özel hukuk kurallarının uygulanabilirliği, farklı boyutlarda bir tartışmaya ihtiyaç gösterdiği için, ayrı bir alt-bölümde ele alınacaktır.

¹⁸ Bkz. Dreier, T., "Copyright Law and Digital Exploitation of Works", International Publishers Association - Copyright Law and Digital Exploitation, <http://www.ipa-ue.org/copyright/pub/dreier.html> (15.6.2000), s.29; Ginsburg, "Superhighway", s.1497-1498.

B- TARTIŞMA KONUSUNU TEŞKİL EDEN BAĞLAMA KURALLARI

a) FİİL YERİ HUKUKU KURALI

Sanal ortamda gerçekleşen telif hakkı ihlallerinin, söz konusu ihlâl fiilinin gerçekleştiği yer hukukuna göre çözülmesi, en fazla savunulan ve en fazla tartışılan çözüm önerilerinden birini oluşturur. Sanal ortamda, hangi fiilin ihlâl teşkil ettiği yerinde olarak sorulabilir. Esasen, bu alanda, fiil yeri hukuku bağlama kuralı farklı adlar altında da tartışmalara konu olmaktadır. Temel (çekirdek) ihlâl fiilinin (*root act*) gerçekleştiği yer hukuku¹⁹, yüklemenin (*upload, chargement*) gerçekleştiği yer hukuku²⁰, hattâ menşe yeri hukuku²¹ gibi, çeşitli yazarlarca zaman zaman kullanılan kavramlar, sonuçta, ihlâl fiilinin gerçekleştiği yer hukukuna işaret etmektedir. Üzerinde genel anlaşmaya varıldığı söylenebilecek husus, sanal ortamda fiil yeri hukukunun, uydu yayınlarından kaynaklanan telif hakkı uyuşmazlıklarında söz konusu olan "yayın yeri hukuku" (*la loi du pays d'émission*)²² esas alınarak belirlenecek olmasıdır.

Eserin sanal ortamda kamuya iletilmesine benzetilen, uydu yayını yoluyla bir eserden iktisaden yararlanma süreci, ses ve görüntü taşıyıcı sinyallerin uyduya gönderilmesi ile başlar ve sinyallerin *hertz* dalgaları yardımıyla çeşitli ülkelerde bulunan alıcılara ulaşması ile sona erer. Uydu yayınına uygulanacak hukukun belirlenmesinde temel iki yaklaşımdan yola çıkılmıştır. Birinci yaklaşıma göre, radyo ile yayın hakkı, yayın kuruluşu tarafından programın yapılması, sinyalin uyduya gönderilmesi aşamasında öne sürülebilir. Dolayısıyla uydu yayınlarından kaynaklanan telif hakkı sorunlarına uygulanacak hukuk, sinyalin gönderildiği ülke hukukudur²³. Bir

¹⁹ Bkz. Ginsburg, "Superhighway" s.1496.

²⁰ Bkz. Dessemontet, F., "Internet, le droit d'auteur et le droit international privé", Schweizerische Juristen-Zeitung. 1996, V.92, no.14, s.290-291; Ginsburg, J.C., "The Private International Law of Copyright", Recueil des Cours, 1998, T.273, s.325 vd. ("P.I.L.").

²¹ Bkz. Dessemontet, 290. Yazar, sanal ortamda gerçekleşen yararlanma fiilleri açısından, menşe yerinin, eserin yüklendiği, dolayısıyla veri tabanının, metin, ses ve görüntüyü kaydeden ilk hafızanın bulunduğu yer olduğunu ifade etmiştir. Karş. Ginsburg, "P.I.L.", 269-270.

²² Uydu yayınlarında, yayın yeri, gönderme yeri olarak da anılır.

²³ "Gönderme/yayın teorisi" olarak anılan bu görüş, 27.9.1993 tarihli "Uydu Yayınları ve Kablo ile Yeniden İletime Uygulanan Telif Hukuku Kurallarının Koordinasyonu Hakkında Konsey Direktifi"(O.J.E.C. L 248/15)'nin 2. maddesinde ve 11.5.1994 tarihli "Sınır Ötesi Uydu Yayını Çerçevesinde Telif Hakları ve Komşu Haklara İlişkin Avrupa Sözleşmesinin" (European Treaty Series, 153, Strasbourg, 11.5.1994) 3. maddesinde pozitif düzenlemeye kavuşmuştur. Gönderme teorisi hakkında genel bilgi için bkz. Dardağan, E., "Kanunlar İhtilâfı Açısından Uydu Yayınlarından Kaynaklanan Telif Hakkı Sorunları", Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2, S.2, Kocaeli 1999, s.154-156; 159-161 ("Uydu"). Geniş inceleme için ayrıca bkz. Deliyanni, E., *Le droit de représentation des auteurs face à la télévision transfrontalière par satellite et par câble*, Paris 1993, s.86 vd.;

başka yaklaşıma göre ise, uydu vasıtasıyla yayın, sinyallerin uyduya gönderilmesinden yayının alınmasına kadar geçen bütün evreleri kapsar. Dolayısıyla yayıncı, uydunun etki alanı içindeki bütün ülkelerin hukuklarına riayet etme yükümlülüğü altındadır. Sonuçta, yayının alındığı ülkelerin hukuku, bu yaklaşım uyarınca kümülatif olarak uygulanmaktadır²⁴.

“Gönderme/yayın teorisi” olarak adlandırılan birinci yaklaşımın sanal ortamda gerçekleşen ihlâl fiillerinin incelenmesinde esas alınması, fikir ve sanat eserlerinin bilgi ağına ilk kez iletildiği, bir başka ifade ile hafızaya ilk kez kaydedildiği ülkenin, haksız fiilin işlendiği yer olarak kabul edilmesini gerektirir²⁵. “Bogsch teorisi” olarak adlandırılabilir olan ikinci yaklaşım ise, yayının alındığı bütün ülke hukuklarına yetki tanınması sonucunu doğurur. İkinci yaklaşımın, konumuz bakımından anlamı, “sonuç yeri hukuku”nun uygulanmasıdır. Sonuç yeri hukukunun sanal ortamda gerçekleşen telif hakkı ihlalleri alanında uygulanabilirliği ileride ele alınacaktır²⁶.

Amerikan mahkemelerinin pek çok kararında, sınır ötesi telif hakkı ihlallerine, ihlâl fiilinin başladığı ülke hukuku olarak Amerikan hukukunun uygulandığı görülmektedir. Yakın tarihlerde, Amerikan Temyiz Mahkemesinin 2. Dairesinin verdiği bir kararda, A.B.D. kaynaklı yayın sinyallerinin Kanadalı kullanıcılara ulaşmasından doğan uyuşmazlığa Amerikan hukukunun uygulanabileceği kabul edilmiştir²⁷. Çoğaltma hakkı açısından, esasen, ilk kopyalama fiilinin A.B.D.'nde gerçekleşmesi halinde, sonuç yeri neresi olursa olsun, telif hakkı ihlallerinin Amerikan hukukuna tâbi olacağı, doktrinde ve yargı kararlarında kabul edilmektedir²⁸. Diğer yandan, A.B.D. dışından yapılan yayınların bu ülkede alınması halinde,

Lucas/Lucas, s.771 vd.; Edelman, B., “Une loi substantiellement internationale – La loi du 3 juillet 1985”, *Clunet* 1988, s.606 vd.

²⁴ Bu görüş, “iz/Bogsch teorisi” olarak anılmakta ve içerdiği uygulama zorluklarına rağmen çok sayıda yazar tarafından kabul edilmektedir. Teori hakkında genel bilgi için bkz. Dardağan, “Uydu”, s.156-158; 161-163. Geniş inceleme için ayrıca bkz. Abada, S., “La transmission par satellite et la distribution par câble et le droit d’auteur”, *Le droit d’auteur*, 1989/10, s.316; Fabiani, M., “Le droit d’auteur face à la radiodiffusion directe par satellite”, *Le droit d’auteur*, 1988/1, s.19; Freegard, M.J., “Radiodiffusion directe par satellite, conséquence pour le droit d’auteur”, *Revue internationale du droit d’auteur*, 1986, no.136, s.73 vd.; Deliyanni, s.98 vd.

²⁵ Benzer yaklaşım için Dessemontet, s.290; fiil yeri hukuku, bir başka yönden, *server*'in yerleştiği yer olarak da açıklanabilir: Bkz. Gautier, P.-Y., “Du droit applicable dans le ‘village planétaire’, au titre de l’usage immatériel des œuvres”, *Recueil Dalloz Sirey*, 1996, s.132.

²⁶ Bkz. aşağı. İkinci Bölüm, II, B.

²⁷ “National Football League v. Prime Time 24” kararı, 2000 yılında verilmiştir. Ayrıntılı açıklama için bkz. Ginsburg, J.C., “Private International Law Aspects of the Protection of Works and Objects of Related Rights transmitted through Digital Networks”, *WIPO Forum on Private International Law and Intellectual Property - Geneva, January 30 and 31, 2001*, s.7 (“Digital Networks”).

²⁸ Geniş bilgi için bkz. Ginsburg, “Digital Networks”, s.7; Ginsburg, “P.I.L.”, s.338 vd.

Amerikan hukukuna yetki tanındığı da bir gerçektir²⁹. Esas olarak uydu yayınları ile ilgili olan, bazen yayınların web sitesinde görüntülenmesini de içeren uyuşmazlıklar hakkında verilen mahkeme kararlarından, kanunlar ihtilâfı sorunlarında yersel bağlantıların dikkate alındığı sonucu çıkarılabilir. Bu tahlilin, sanal ortamda gerçekleşen uyuşmazlıklar bakımından da geçerli kabul edildiği görülmektedir³⁰.

Sınır ötesi yayınlardan kaynaklanan telif hakları uyuşmazlıklarında, yayının yapıldığı, ses ve görüntü taşıyan sinyallerin gönderildiği yer hukuku (fiil yeri hukuku) bazı yazarlarca tercih edilen bir bağlama kuralıdır. Bu tercihi belirleyen mülâhazalar, sanal ortamda gerçekleşen ihlâllere de, fiil yeri hukukunun uygulanmasını ilk bakışta haklı gösterebilir. Esasen, konuya ilişkin incelemelerde, fiil yeri hukukunun uygulanabilirliği irdelenirken, genellikle sınır ötesi yayınlar bakımından söz konusu olan argümanlara atıf yapılmaktadır³¹. Sanal ortamda gerçekleşen telif hakkı uyuşmazlıklarının fiil yeri hukukuna tâbi olmasının sağlayacağı avantajların başında, pratik ve kolay bir çözüm teşkil etmesi gelir. Bu argüman, uydu yayınları ile ilgili olarak sıklıkla ileri sürülmüştür. Eserin *server*'a yüklendiği (*upload*), ilk kopyasının çıkarıldığı ülke hukukunun, sonuçları belki de dünyanın her yanında ortaya çıkacak olan bir iktisaden yararlanma eylemine uygulanması, şüphesiz uygulamada önemli kolaylık sağlayacaktır. Bu çözümün benimsenmesi halinde, eserlerin web sitesinde *surf* yapan her kullanıcıya ulaşmış olması, onlar tarafından kopyalanmaya müsait hale gelmesi dikkate alınmayacaktır. Bilgi ağlarını işleten, sanal ortama erişimi sağlayan girişimciler için de, bu çözüm “öngörülebilirlik” açısından büyük fayda sağlar. Bu kişiler, eylemlerinin sonuç doğuracağı ülkelerin (sonuç yeri, teorik olarak, sanal ortama erişimin mümkün olduğu her ülke olabilir) hukuklarını dikkate almaksızın, sadece eserlerin bilgi ağına yüklendiği ülkenin hukukuna riayet ederek işlerini yürütebileceklerdir. Diğer yandan, yine uydu yayınları ile sanal ortamdaki iletişim arasında paralellik kurularak, her iki durumda da tek bir yararlanma eyleminin mevcut olduğu, bunun da, uydu yayınları bakımından, “yayın” olgusu, sanal ortamda iletim bakımından da, eserin *ilk kez* hafızaya alınıp, bilgi ağına yüklenmesi olduğu ileri sürülebilir³².

Pratik bir çözüm ifade ettiği yadsınamayacak olan fiil yeri hukuku bağlama kuralı, eser sahipleri açısından adaletsiz sonuçlara yol açabilir. Eserin ilk kez bilgi ağına yüklendiği ülke hukukunun yetkili kılınması, söz konusu eylemin, eser sahiplerini en az koruyan ülkelerde gerçekleştirilmesini ve bu suretle eser sahiplerinin mağdur edilmesini

²⁹ Ginsburg, “P.I.L.”, s.343-345.

³⁰ Ginsburg, “Digital Networks”, s.8, 10.

³¹ Bu argümanlar için bkz. Dardağan, “Uydu”, s.154-156.

³² Bu argümanlar hakkında geniş değerlendirme için bkz. Lucas, s.21-22.

gündeme getirebileceği için, kötüye kullanmaya son derece açık bir çözümdür. Esasen bu çözüm önerisine yönelik en tutarlı eleştirilerde, belirtilen "kötüye kullanma tehlikesi" ön plânda zikredilmektedir³³. Diğer yandan, fikir ve sanat eserlerinin bilgi ağları vasıtasıyla kitlelere ulaşması, sonuç yerinin ihmal edilemeyecek kadar büyük bir öneme sahip olduğu bir yararlanma eylemi oluşturur. Uydu yayınlarında, yayın olgusunun asıl iktisaden yararlanma eylemine işaret ettiğini, buna karşılık, yayının çeşitli ülkelerde alınmasının ikinci plânda olduğunu kabul etmek daha kolaydır. Sonuçta, televizyon izleyicileri hizmeti tüketen pasif özne konumundadırlar. Oysa İnternet, sanal ortamdaki hizmetlerden yararlanmak isteyen aktif kullanıcıların bulunduğu "interaktif" bir ortamdır. Web sitesindeki metin, görüntü ve seslerde somutlaşan fikir ve sanat eserlerini kendi bilgisayarına kaydeden her münferit kullanıcı aynı zamanda potansiyel bir vericidir³⁴. Bu nedenle, yersel bağlamanın fiil yerinden çok sonuç yerini esas alması, pratiklik veya basitlik mülâhazaları bir yana bırakılırsa, sanal ortamın yapısına daha uygun olabilir.

Uydu yayınlarından kaynaklanan telif hakkı sorunlarında, yayın yeri hukukuna bağlanma, özellikle, milletlerarası belgelerde tercih edilen bir çözüm olarak kendini gösterir³⁵. Buna karşılık, yukarıda açıklamaya çalıştığımız gibi, sanal ortamda iletimin uydu yayınlarından yapısal açıdan farklı bir süreç içermesi, uydu yayınları konusunda kabul edilebilecek çözümlerin sanal ortamda da bütünüyle geçerli olmasını engellemektedir. Yol açabileceği uygulama zorluklarına karşın, sonuç yeri hukukunun sanal ortamda gerçekleşen yararlanma fiilleri açısından yetkili olup olamayacağının irdelenmesi gerekir.

b) SONUÇ YERİ HUKUKU KURALI

Sanal ortamda fikir ve sanat eserinden yararlanılmasından kaynaklanan telif hakkı ihlallerine, ihlâlin sonuç meydana getirdiği ülke hukukunun uygulanması, şu iki sorunun cevaplandırılmasını gerekli kılar: (i) Sonuç yeri nasıl saptanacaktır? (ii) Sonuç yerinin birden fazla olması halinde (sanal ortamda farklı bir durum esasen söz konusu olamaz) uyumsuzluk nasıl çözülecektir?

İlk soru bakımından, yapılabilecek ilk saptama, sanal ortamda ihlâlin meydana getirdiği sonuçların birden fazla olduğudur. İlk bakışta, eser

³³ Bkz. Lucas, s.23; Dessemonet, s.290; Gautier, s.132; Vivant, M., "Cybermonde: Droit et droits des réseaux", JCP (La Semaine Juridique), 1996, I, 3969, s.403; Ginsburg, "Digital Networks", s.10.

³⁴ Lucas, s.22.

³⁵ Bkz. yuk. dn. 23.

sahibinin izni olmaksızın bilgi ağına konulan bir eserin, web sitesinde *surf* yapan kullanıcı tarafından görüntülenmesi, bilgisayar hafızasına veya diskete kaydedilmesi (*downloading*), çıktısının alınması, aynı ihlâl fiilinin birbirini ardına meydana gelen sonuçlarıdır. Bu sonuçların esas olarak aynı ülkede meydana geldiği, esasen ihlâlın somut sonucunun bireysel kullanım için “içeriği” hafızaya yükleme fiili (*downloading*) olduğu kabul edilebilir. Örnek vermek gerekirse, A ülkesinde basılan bir eserin B ülkesinde *scanner* ile taranması ve İnternete konması halinde fiil yeri B ülkesidir. Eserin İnternete konması, bu eserin dünyanın her yanındaki kullanıcıların hizmetine sunulması anlamına gelir. Fiilen, bu eserin C, D ve E ülkelerinde hafızaya alınması durumunda, sonuç yeri olarak bu ülkeleri zikretmek gerekecektir. Ancak, burada bir soru akla gelebilir: Dijital iletişim, eserin bilgi ağı vasıtasıyla erişilir hale getirilmesi, somut plânda web sitesine dahil edilmesi ile gerçekleşir. Bu, deyim yerindeyse, ihlâl fiilinin global sonucudur. Web sitesine ulaşan kullanıcının eseri bilgisayar hafızasına kaydetmesi ise, ihlâlın bireysel sonucudur. Sonuç yeri global sonuç esas alınarak mı, yoksa bireysel sonuç esas alınarak mı saptanacaktır? Bireysel kullanımları tespit etmek ve kanıtlamak her zaman kolay olmaz. Oysa bir yazarın belirttiği gibi, dijital iletişimin özünde var olan ana sorun, bu iletişimin, telif hakları bakımından dünya çapında ve eş zamanlı olarak potansiyel tehlike arz etmesidir³⁶. Ancak konu ile ilgili incelemelerde, esere bireysel kullanıcılarca ulaştırılması durumunun, sonuç yerinin tespitinde esas alındığı görülmektedir³⁷.

Genel kabule uygun olarak, eserlerin bilgi ağında dağıtılması ve sanal ortamda kurulan bağlantılar aracılığıyla, bu eserlere bireysel kullanıcılar tarafından ulaştırılmasını, sanal ortamda gerçekleşen ihlâl fiilinin sonucu olarak kabul edecek olursak, bu sonucun, bilgisayar ile sanal ortama bağlantının sağlandığı her ülkede, neredeyse dünya çapında meydana geldiğini kabul etmemiz gerekecektir. Bu durumda, ihlâl fiilinin belli bir ülkede meydana gelen sonucunun, bu ülke hukukuna tâbi olması ve bu mantığın söz konusu fiilin her bir sonucu için aynı şekilde geçerli olması düşünülebilir. Bu da, aynı ihlâlın çeşitli ülkelerde meydana gelen sonuçlarına, ilgili ulusal hukukların paylaşılması olarak uygulanması anlamına gelir. Şüphesiz, belli bir ihlâl fiiline bağlı bütün tazminat taleplerine aynı mahkeme tarafından bakılması, *for* devletinin milletlerarası yetki kurallarının buna izin vermesine bağlıdır³⁸. Eğer dava açılan devletin milletlerarası yetki kuralları bütün tazminat taleplerinin kendi mahkemesince görülmesine müsaitse, hâkimin aynı ihlâl fiilinden doğan tazminat taleplerine çeşitli ülkelerin hukukunu uygulaması gerekecektir. Amerikan

³⁶ Ginsburg, “P.I.L.”, s.327.

³⁷ Bkz. Gautier, s.312; Lucas, s.22; Dessemontet, s.291.

³⁸ Bu konudaki çeşitli varsayımların tartışılması için bkz. Gautier, s.132-133.

mahkemelerinin bazı kararlarında, sınır ötesi telif hakkı ihlallerine, ihlalin sonuç doğurduğu ülke hukukunun uygulandığı görülmektedir³⁹

İlgili bütün ulusal hukuklara paylaştırmalı olarak yetki tanınması, uygulayıcı için, hem tazminatın hesaplanması açısından, hem de verilen kararın tanınması ve tenfizi açısından önemli zorluklara yol açar⁴⁰. Söz konusu çözüm, özellikle bilgi ağlarına erişimi sağlayan girişimciler, hizmet sağlayıcılar açısından olumsuz sonuçlar taşır. Girişimci, birbirinden farklı içerikte pek çok hukuk düzenine aynı anda riayet etme yükümlülüğü altında kalacaktır. Hakkaniyete aykırı bu sonuçların bertaraf edilebilmesi için, sonuç yeri hukukunun uygulanmasının, bu yerde meydana gelen zararlı sonucun (eser üzerindeki hakkın ihlalinin) fail tarafından öngörülebilir olması şartına bağlanması önerilmiştir⁴¹. Sonuçta, sonuç yeri hukukuna bağlanmanın eser sahipleri açısından olumlu, sanal ortamdaki girişimciler için olumsuz bir çözüm içerdiği söylenebilir⁴².

c) ESER SAHİBİNİN MUTAD MESKENİ/İŞYERİNİN BULUNDUĞU YER HUKUKU KURALI

Sanal ortamda gerçekleşen telif hakkı ihlallerinde, sonuç yerinin belirlenmesinin arz ettiği zorluk, fiilden zarar gören eser sahibinin mutad meskeni hukukunun uygulanmasını, tartışılmaya değer bir seçenek olarak karşımıza çıkarmaktadır. Yukarıda belirtildiği gibi, fikir ve sanat eserinin elektronik bilgi ağları ile kamuya sunulmasında, zararlı sonucun ne olduğu, farklı yorumlara açık bir husus teşkil eder. Söz konusu fiilin zararlı sonucunun, son tahlilde, eser sahibinin kazanç kaybına uğradığı, elem duyduğu yerde, dolayısıyla, onun mutad meskeni veya işyerinin bulunduğu yerde meydana geldiği kabul edilebilir. Özellikle ihlâl fiilinin ekonomik sonucu dikkate alındığı takdirde, eser sahibinin mutad meskeninin/işyerinin bulunduğu yerin, zararın meydana geldiği yer olarak belirlenmesi mümkündür. Yukarıda incelenen sonuç yeri hukuku bağlama kuralına kıyasla, eser sahibinin mutad meskeni hukuku kuralı daha pratik ve istikrarlı bir çözümü ifade eder. Eser sahibinin mutad meskeni hukukuna yetki tanınması halinde, pek çok ülkede sonuç meydana getiren ihlâl fiili, belirlenmesi kolay olan tek bir hukuka tâbi olacaktır. Bu nedenle, konu ile ilgili bazı incelemelerde, eser sahibinin mutad meskeninin veya işyerinin

³⁹ Geller, P.E., "Intellectual Property, Conflict of Laws and International Remedies" in *Intellectual Property and Information Law (Essays in Honour of Herman Cohen Jehorem)*, The Hague/London/Boston 1998, s.32, dn.17.

⁴⁰ Lucas, s.24.

⁴¹ Geniş bilgi için bkz. Lucas, 24-25.

⁴² Bu bağlamanın lehinde argümanlar için özellikle bkz. Lucas, s.23 vd.; Gautier, s.132.

bulunduğu yer hukuku, sanal ortamda gerçekleşen fikir ve sanat hukuku uyuşmazlıkları bakımından başlıca bağlama kuralı olarak teklif edilmiştir⁴³.

Başlangıçta çok uygun görünen bu çözüm önerisinin fazla taraftar bulunduğu söylenemez. Herşeyden önce, genel olarak, fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklara ilişkin uyuşmazlıkların, bu hakların ihlâl edildiği yer hukuku olarak somutlaşan “koruma yeri hukuku”na tâbi kılınması, konunun, koruma sorununun ortaya çıktığı devletin ekonomi politikası ile yakın irtibat halinde olması ile gerekçelendirilmiştir. Bu durumda, sanal ortamda ortaya çıkan ihlâl fiillerinin, eser sahibinin kişisel hukukuna havale edilmesi, söz konusu bağlama kuralının kabulünün temelinde yatan düşünce ile çelişir⁴⁴. Ayrıca, tek bir ulusal hukukun neredeyse dünya çapında uygulanmasının, ulusal hukuk düzenleri arasında önemli farklılıkların görüldüğü telif hakları açısından önemli sakıncalar içerdiği açıktır. Özellikle, eser sahibinin mutad mesken veya işyerinin bulunduğu ülkenin, haksız fiilin işlendiği veya zararlı sonucun fiilen meydana geldiği ülkeden farklı olması halinde, söz konusu hukukun uygulanması, uyuşmazlığın, daha az bağlantılı olduğu hukuka göre çözülmesine yol açacaktır. Örneğin, ihlâl fiilinin gerçekleştiği ülkede dava açılması ve bu ülke mahkemesinin, eser sahibinin mutad meskeninin belirtilen ülkede bulunmaması sebebiyle, davaya kendi hukukunu uygulayamaması, kolaylıkla kabul edilemeyecek bir durumdur⁴⁵.

d) FAİLİN MUTAD MESKENİNİN VEYA İŞYERİNİN BULUNDUĞU YER HUKUKU KURALI

Eser sahibinin mutad meskeni/işyerinin bulunduğu yer hukuku kuralı, sonuç yeri hukuku bağlama kuralının yol açabileceği sakıncaları hafifletebilecek bir çözüm olarak görülmüştür. Aynı şekilde, ihlâl fiilini gerçekleştiren kişinin mutad meskeninin veya (asıl) işyerinin bulunduğu yer hukuku kuralı da, fiil yeri hukukunun uygulanmasının neden olacağı adaletsiz sonuçları ortadan kaldırabilecek bir çözüm önerisi olarak kendini gösterir. Buna göre, sanal ortamda gerçekleşen telif hakkı ihlallerinin, fiil yeri (eserin bilgi ağına konulduğu yer) hukukuna tâbi olması, eser sahibi aleyhine olarak kötüye kullanılmaya müsait bir bağlama niteliği taşır; ancak failin mutad meskeni veya işyeri hukukuna bağlanma, dijital ortamdaki muhtemel manipülasyonları bertaraf edebilir. Sabit bir bağlanmayı

⁴³ Bkz. Dessemontet, s.291. Yazar, atf yapılan makaleyi kaleme aldıktan sonra biraraya geldiği Jane Ginsburg ile birlikte hazırladığı örnek-düzenlemede, eserin milletlerarası bilgi ağlarında iletilmesinden doğan telif hakkı ihlallerinin, ihlâlden doğan zararın meydana geldiği ülke hukukuna tâbi olmasını öngörmüş, genel kural olarak, zararın, mağdurun mutad mesken veya asıl işyerinin bulunduğu ülkede meydana geldiğinin kabul edileceğini belirtmiştir. Örnek-düzenleme metni, anılan makalenin sonuna, *post-scriptum* olarak eklenmiştir: Bkz. Dessemontet, s.293-294.

⁴⁴ Bu konuda bkz. Dardağan, *Fikir ve Sanat Eserleri*, s.192.

⁴⁵ Bu yönde eleştiriler için özellikle bkz. Vivant, s.403-404; Ginsburg, “P.I.L”, s.329 vd.

öngörmesi, söz konusu çözüm önerisini çekici kılmaktadır⁴⁶. Ayrıca belirtilen çözümün sanal ortama erişimi sağlayan girişimciiler açısından “öngörülebilirlik” gibi önemli bir avantaj içerdiği de zikredilmelidir.

Buna karşılık, eser sahibinin mutad meskeni/işyerinin bulunduğu yer hukukunun uygulanmasının yol açabileceği bazı olumsuzluklar, failin mutad meskeni/işyerinin bulunduğu yer hukuku açısından da geçerlidir. Burada da, tek bir ulusal hukukun dünya çapında uygulanması, telif haklarından doğan kanunlar ihtilâfı alanında genel olarak kabul edilen ilkeye ters düşmektedir⁴⁷. Diğer yandan, fikir ve sanat eserlerinin sanal ortamda kamuya sunulması çilemi her zaman profesyonel işletmecilere izafe edilemeyebilir. İnternet ortamında, her “alıcı” (bireysel kullanıcı), aynı zamanda bir “verici” (fail) olabilir. Bu durum, bağlama kuralının belirlenmesinde, failin ağırlıklı konumda bulunmasını tartışmalı hale getirir. Ayrıca, failin sanal ortamda faaliyette bulunan girişimci olarak tespit edilmesi halinde de, ekonomik gücü elinde tutan kişinin veya kuruluşun kişisel hukukunun uygulanması, güçlü olan lehine bir tür “ekonomik emperyalizm”in hâkim olacağı yönünde yorumlanabilir⁴⁸.

e) DİĞER ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Her çözüm önerisinin bazı olumsuz yönler içermesi, esnek ve eklektik yaklaşımların benimsenmesini gündeme getirebilir. Nitekim bazı yazarlar önerdikleri bağlama kuralının yol açabileceği olumsuz sonuçları gidermek için telif bağlama kuralları öngörmüşlerdir. Örneğin, *Dessemontet*, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun genel olarak benimsemiş olduğu kurallardan esinlenerek, ilk plânda, ihlâlden zarar gören kişinin mutad meskeni hukukunun uygulanmasını, olumsuz sonuçların söz konusu olması halinde, basamaklı olarak, ihlâl fiilinden doğan zararın meydana geldiği yer hukuku, haksız fiilin işlendiği yer hukuku ve davalının mutad meskeni hukukuna yetki tanınmasını önermiştir. *Ginsburg* ise, başlıca bağlama kuralı olarak, web sitesi operatörünün/sanal ortamda iletimi başlatan kişi veya kuruluşun mutad meskeni/işyeri hukukunun uygulanmasını savunmakta, ancak sanal ortamda iletimin 3. bir devletle daha sıkı bağlantı içinde olması halinde, sıkı ilişki hukukunun uygulanması gerektiğini kabul etmektedir. Yazar, ayrıca, belirtilen devletlerin Bern Sözleşmesinin öngördüğü asgari

⁴⁶ Lucas, s.23; bu çözüm önerisi doğrultusunda bir inceleme için bkz. Reindl, A., “Choosing Law in Cyberspace: Copyright Conflicts on Global Networks”, 19 Michigan Journal of International Law (1998), s.799-852 (Ginsburg, “P.I.L.”, s.333, dn. 229’den naklen).

⁴⁷ Söz konusu bağlamanın fikri hakların yerselliğine aykırı olacağı yönünde ayrıntılı tahlil için bkz. Ginsburg, “P.I.L.”, s.334-336.

⁴⁸ Bkz. bu yönde: Lucas, s.23.

korumayı tanınaması halinde nazara alınacak başka bağlama kuralları da önermiştir⁴⁹.

Basamaklı bağlama kuralları yanında, eser sahibinin en fazla lehine olan hukukun uygulanması da, tartışma konusu edilebilecek bir seçenektir. Esasen, Alman ve İsviçre doktrininde, haksız fiiller alanında, fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yer hukuklarından hangisi mağdurun lehine ise, o hukukun uygulanmasına dayanan alternatif sistem belli bir ağırlığa sahiptir⁵⁰. Ancak, sanal ortamda ortaya çıkan telif hakkı ihlallerinde, bu seçimin belki de yüzlerce ulusal kanun arasından gerçekleşecek olması, şüphesiz söz konusu seçeneğin uygulanabilirliğini önemli oranda azaltacaktır⁵¹. Diğer yandan, mağdur eser sahibine bu derece geniş bir seçim imkânı tanınması, sanal ortama erişimi sağlayan işletmeciler açısından büyük bir belirsizliğe yol açar. Eser sahibinin en fazla lehine olan hukukun davaya bakan hâkim tarafından saptanması da, bu belirsizlik sorununu ortadan kaldırmaz; zira özellikle fikir ve sanat eserlerinden sanal ortamda yararlanılması konusunda, hangi hukuk düzeninin daha iyi koruma bahsettiğini belirlemek neredeyse imkânsızdır⁵².

Esnek nitelikte çözümler toplu olarak değerlendirildiğinde, bunların tutarlı bir tahlil çerçevesinde ileri sürülmediği, daha çok, konu ile ilgili incelemelerde dikkate alınabilecek unsurlar olarak sunulduğu görülmektedir.

C. DEĞERLENDİRME

a) GENEL OLARAK

Yukarıda özetlemeye çalıştığımız çözüm önerileri, sanal ortamın bütün aktörlerinin menfaatlerini dengeleyecek özden yoksundur. Yersel bağlamayı esas alan fiil yeri ve sonuç yeri hukuku bağlama kuralları, belirgin şekilde, belli bir kesimin (sanal ortamdaki girişimciler, kullanıcılar veya eser sahipleri) yararına sonuç doğurmaya müsaittir. Buna karşılık, fikrî haklardan doğan kanunlar ihtilâfı alanındaki genel düşüncüyü yansıtmaları itibariyle, söz konusu bağlama kuralları, belli bir fikrî tutarlılığa sahiptir. Eser sahibi veya işletmecinin kişisel hukuku olan “mutad mesken” veya “işyeri” hukukunun esas alınması, ihlâl fiili ile yersel bağlantısı mevcut olmayabilecek bir hukuka çok geniş bir etki alanı bahsetmesi sebebiyle fazla onay görmemiştir. Tespit edilebildiği kadarıyla, uygulanma açısından önemli

⁴⁹ Bkz. Ginsburg, “Digital Networks”, s.11.

⁵⁰ Geniş bilgi için bkz. Turhan, T., **Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilâfı Alanında İka Yeri Kuralı**, Ankara 1989, s.184 vd.

⁵¹ Gautier, s.132.

⁵² Lucas, s.26.

belirsizlikleri beraberinde getirebilecek olan “sonuç yeri hukuku” bağlama kuralı, eser sahiplerinin menfaatlerini daha iyi koruması bakımından özellikle ileride daha fazla ağırlık kazanabilecek bir çözüm önerisi olarak ortaya çıkmaktadır.

Buna karşılık, söz konusu tahlilleri tartışmalı kılabilen bir durum, sanal ortamdaki bilgi akışının dinamik yapısına bağlı olarak, bilgi ağları vasıtasıyla kamuya iletilen eserlerin her yerde olma özelliğidir. Bu derece karmaşık bir teknik süreci, son tahlilde, “haksız fiilin işlendiği yer/zaman, zararın ortaya çıktığı yer/zamanı belirleyebilmek için bölümlere ayırmak ne derece mümkün ve ne dereceye kadar isabetlidir? Karışıklığı önlemek için, eserin “bilgi ağına yüklendiği ülke hukuku”nu yetkili kabul etmek bir çözüm olarak benimsense bile, hukukî denetimin etkili biçimde sağlanması, eserin bilgi ağında takip ettiği yolun tespitine, gerekirse iletimin durdurulmasına bağlıdır⁵³.

Şu halde, sanal ortamda kamuya iletilen eserler üzerinde milletlerarası plânda etkili bir koruma sağlanması ve tarafların menfaatlerinin dengelenmesi, büyük ölçüde, milletlerarası yeknesaklaştırma çalışmalarına ihtiyaç göstermektedir. Klâsik ihtilâf kurallarının getirdiği çözümlerin yetersiz kaldığı noktada, maddî nitelikli milletlerarası sözleşme hükümlerinin ele alınması, tahlil edilmesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Ayrıca, sanal ortamda gerçekleşen telif hakkı uyuşmazlıklarında bir tür *lex mercatoria*’ dan söz edilip edilmeyeceğinin de araştırılması gerekir.

b) TÜRK HUKUKU AÇISINDAN

Türk kanunlar ihtilâfı hukuku, haksız fiilleri, klâsik çözüme paralel olarak, işlendiği yer hukukuna tâbi tutmuş, haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin birbirinden farklı olması halinde, zararın meydana geldiği yer hukukuna yetki tanımıştır (MÖHUK m.25). Fikir ve sanat eserlerinden sanal ortamda yararlanılmasında, haksız fiilin, eserlerin dijital bilgi ağına yollanması, haksız fiilin sonucunun ise, söz konusu eserin bu vasıtayla kamuya sunulması olduğu kabul edilecek olursa, fiilin işlendiği yerin tek, zararlı sonucun meydana geldiği yerin ise birden fazla olduğu bir durumla karşı karşıya olunduğu söylenebilir. Dolayısıyla, zarar yerinin birden fazla olduğu haksız fiiller konusunda ileri sürülen çözüm önerileri dikkate alınarak, MÖHUK m.25 ışığında, eser sahibinin en fazla lehine hüküm içeren sonuç yeri hukukunun, sanal ortam açısından “zararın gerçekleştiği yer hukuku” sıfatıyla uygulanabileceği öne sürülebilir. Ancak, yukarıda belirtildiği gibi, bu çözüm de, önemli tespit zorlukları içermekte,

⁵³ Dreier, s.29-30.

keyfi uygulamalara geçit verecek nitelik taşımaktadır. Diğer yandan, fikir veya sanat eserinin bilgi ağı vasıtasıyla her bir ülkede erişilir hale gelmesinin, bu ülkeler açısından, ayrı ayrı haksız fiil olarak kabul edilmesine ve bu fiillerden doğan tazminat taleplerinin zararlı sonucun meydana geldiği ilgili ülke hukuklarına göre müstakilen tazmin edilmesine de, kanaatimizce bir engel yoktur. Ayrıca, fiil yeri hukukunun, sanal ortamda gerçekleşen telif hakkı ihlâlinin daha yakın irtibatlı bulunduğu hukuk sıfatıyla uygulanabileceğini kabul etmek de mümkündür.

Yukarıda irdelenen çözüm önerilerinin olumlu ve olumsuz yönleri dikkate alınarak, Türk hukuku bakımından geçerli kabul edilebilecek çözümün belirlenmesi bir tercih sorunudur. Bu noktada, taraf menfaatlerinin ve ekonomik şartların da göz önünde bulundurulması gerekir.

III. KANUNLAR İHTİLÂFI HARİCİ ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

A. MİLLETLERARASI YEKNESAKLAŞTIRMA ÇALIŞMALARI

Telif hakları alanında akdedilmiş en önemli, çok taraflı sözleşme olan Bern Sözleşmesi, fikir ve sanat eserlerinin dijital ortamda iletilmesine ilişkin özel hüküm içermemektedir. Yakın zamanlarda imzalanıp, çok sayıda devletin iç hukukuna dahil edilen, Fikri Mülkiyetin Ticaretle Bağlantılı Yönlerine İlişkin Anlaşma (GATT-TRIPS)'nin 10.maddesinin 2. paragrafı veri tabanlarını fikir eseri sayarak koruma altına almıştır⁵⁴. Ancak, Anlaşma, eserleri dijital ortamda kamuya iletme hakkına ilişkin bir düzenleme getirmemiştir. Buna karşılık, Anlaşma'nın Giriş bölümünde, tarafların "ticaretle bağlantılı fikrî mülkiyet haklarının mevcudiyeti, kapsamı ve kullanımına ilişkin yeterli standartların ve ilkelerin sağlanması; ... fikrî mülkiyet haklarının uygulanması için etkin ve uygun araçların sağlanması" hususlarında yeni kural ve disiplinler gerektiği kabul edilmiştir. Burada oldukça geniş ve belirsiz bir ifade tarzı tercih edilmiş olsa da, teknolojik gelişmelerin ortaya koyduğu yeni yararlanma yolları dikkate alınarak eser sahiplerinin menfaatlerinin gözetilmesinin, söz konusu ilkeler vasıtasıyla bir nebze sağlanacağı söylenebilir⁵⁵.

Fikri hakların korunmasını milletlerarası plânda yaygınlaştırma amacıyla faaliyet gösteren en önemli örgüt *WIPO (World Intellectual Property Organization: Dünya Fikrî Mülkiyet Örgütü)*'dür⁵⁶. Bu örgüt

⁵⁴ RG, 25.2.1995, 22213 Mükerrer.

⁵⁵ Geller, s.33-34.

⁵⁶ Bu örgüt, 1967'de toplanan Stockholm Konferansı ertesinde kurulmuştur ve Bern Sözleşmesi ile Sınai Haklara İlişkin Paris Sözleşmesi'nin yürütülmesini sağlamayı

tarafından, 20 Aralık 1996 tarihinde düzenlenen milletlerarası konferansta fikri hakların korunması açısından büyük önem taşıyan iki Anlaşma kabul edilmiştir. Bunlardan ilki, *WIPO Telif Hakları Antlaşması (World Copyright Treaty)* ; ikincisi, *WIPO İcralar ve Ses Taşıyıcı Araçlar Antlaşması (Performance and Phonograms Treaty)*'dir.

WIPO Telif Hakları Antlaşması'na göre, âkit devletler, fikir ve sanat eseri sahiplerinin haklarını etkili ve ortak bir şekilde korunmasını sağlamak ve bu hakları geliştirmek konusunda anlaşmışlardır. Ayrıca bu devletler milli hukuk sistemlerinde, eser ve eser sahibine ait hakların korunmasına ilişkin etkili tedbirler alma ve ihlâl durumunda uygun yaptırım uygulama yükümlülüğü altındadırlar. Diğer yandan Antlaşma'nın 8.maddesine göre, eser sahipleri eserlerinin tel vasıtasıyla veya telsiz olarak kamuya iletilmesine izin verme konusunda tekeli bir hakka sahiptirler. Milletlerarası doktrinde söz konusu hükmün, İnternet vasıtasıyla iletimi de kapsadığı tereddütsüz olarak kabul edilmiştir⁵⁷.

Avrupa Birliği çerçevesinde sanal ortamda telif haklarının korunmasına yönelik en önemli düzenleme, 11 Mart 1996 tarihli "Veri Tabanlarının Korunmasına İlişkin Avrupa Birliği Direktifi"dir. Bu Direktif'de de, eserlerin sanal ortamda iletilmesi bakımından ayrıntılı bir düzenleme getirilmemiştir. Direktif'in amacı, içerdiği malzemenin seçimi ve bir araya getirilmesi itibarıyla özgünlük taşıyan veri tabanlarının telif hakkı korunmasından yararlanmasıdır⁵⁸.

Telif haklarına ilişkin, milletlerarası düzenlemelerin sanal ortama yönelik ayrıntılı ve bağımsız bir koruma rejimi getirmediği açıktır. Konunun özellikle milletlerarası boyut taşıdığı dikkate alınarak, bu alanda acil bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç vardır.

B. LEX MERCATORIA'NIN UYGULANABİLİRLİĞİ

Kanunlar ihtilafı alanındaki çözümler dışında, tartışılabilecek bir diğer çözüm yolu da *lex mercatoria*'dır. *Lex mercatoria*, milletlerarası ticaret alanında, milli hukuk düzenleri dışında, hakkaniyet ilkeleri çerçevesinde kendiliğinden gelişen ve kullanılan genel ilkeler ve teamül kurallarından meydana gelen bir bütündür⁵⁹. *Lex mercatoria*, daha ziyade, milletlerarası

amaçlamaktadır (Ayrıntılı bilgi için bkz. Beşiroğlu, A.: Düşünce Ürünleri Üzerinde Haklar, Ankara 1999, 13 vd.; <http://www.wipo.org>).

⁵⁷ Mac-Queen, s.92; Dreier, s.32.

⁵⁸ Dreier, s.32.

⁵⁹ Ginsburg, "P.I.L.", s.379.

unsurlu sözleşmelerin hükümleri arasında ve milletlerarası tahkimde uygulanan kurallar içinde karşımıza çıkar⁶⁰.

Lex mercatoria'nın yukarıdaki tanımdan da anlaşılacağı gibi, *lex mercatoria* kuralları daha ziyade sözleşmeler alanında geniş bir uygulanabilirliğe sahiptir. Ancak sanal ortamdaki uyuşmazlıkların önemli bir kısmını oluşturan telif hakkı ihlalleri bakımından da, bu kuralların uygulanması mümkündür⁶¹. *Lex mercatoria* kurallarının, sanal ortamda uygulanması, bu kuralların milletlerarası ticaret hukuku alanındaki uygulamasına benzer bir nitelik taşır. Böyle bir çözüm yolu, birbirinden farklı içerikteki milli kanunların, bu içerik farklılığından kaynaklanan uygulama zorluklarının aşılmasına katkıda bulunacaktır⁶².

Sağlayacağı bu kolaylığa karşılık, *lex mercatoria* kurallarının sanal ortamda uygulanması bazı sakıncaları da beraberinde getirir. *Lex mercatoria*'nın sanal ortamda yaygınlaşması, büyük ölçüde bu ortamda bağlantı kuranların hepsini kapsamına alabilecek şekilde düzenleme getiren sözleşmelerin yapılmasını gerektirir⁶³. Bu durumda, söz konusu hükümlerden en çok nihai kullanıcılar etkilenecektir. Nihai kullanıcılar da genellikle ticaret hayatından uzak kişiler olacağından, sözleşmenin daha güçlü tarafınca hazırlanmış hükümlerden zarar görmeleri olasılığı daha büyük olacaktır. Bütün hukuk dallarında olduğu gibi, milletlerarası özel hukuk alanında da, zayıf tarafın korunması bir öncelik teşkil etmektedir. Bu nedenle, *lex mercatoria*'nın sanal ortamdaki uygulanırılığı tahlil edilirken, zayıf tarafın korunması hususu da öncelikle dikkate alınmalıdır⁶⁴.

SONUÇ

Taşıdığı milletlerarası boyutları nedeniyle sanal ortamda gerçekleşen telif hakkı ihlallerinin, kanunlar ihtilâfı çerçevesinde incelenmesi bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Sanal ortamda eserlerden yararlanma sürecinin dinamik ve karmaşık bir yapı taşıması nedeniyle uygulanacak hukukun belirlenmesi konusunda bazı güçlüklerle karşılaşmaktadır.

Konu ile ilgili çözüm önerileri gözden geçirildiğinde, ön plana çıkan öneriler arasında özellikle fiil yeri hukuku kuralının, sonuç yeri hukuku kuralının, eser sahibinin mutad mesken/iş yeri hukuku kuralının,

⁶⁰ Goldman, B., "La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalités et perspectives", 106 J.dr.int., 1979, s.475 vd.

⁶¹ Ginsburg, "P.I.L.", s.384.

⁶² Lucas, s.26.

⁶³ Bu sözleşmeler ya iltihaki sözleşme şeklinde yapılacaktır ya da taraflar arasında akdedilecek sözleşmenin büyük kısmı önceden hazırlanmış genel işlem şartlarından oluşacaktır. İltihaki sözleşme hükümlerini ve genel işlem şartlarını büyük ölçüde *lex mercatoria* kuralları belirleyecektir. Bu konuda ayrıca bkz. Ginsburg, "P.I.L.", s.385 vd.

⁶⁴ Bu konuda ayrıca bkz.Lucas, s.26; Ginsburg, "P.I.L.", s.385.

mutad mesken/ iş yeri hukuku kuralının yer aldığı söylenebilir. Fiil yeri hukuku kuralı ile sonuç yeri hukuku kuralı, genel olarak haksız fiiller alanında kabul edilen başlıca bağlama kurallarıdır. Haksız fiiller alanında geçerli olan klâsik kuralların sanal ortamın yapısına uymadığı, pek çok kez ileri sürülse de, bu çerçevede öneriler sanal ortamda gerçekleşen fiiller açısından ağırlığını korumaktadır. Zira diğer çözüm önerilerinin de faydalarının yanı sıra pek çok sakıncası bulunmaktadır.

Kanaatimizce, sanal ortamda gerçekleşen ihlâl fiilinin sonucunda ne anlaşılması gerektiğinin kesin olarak belirlenmesi kaydıyla, Türk mahkemesi önüne gelebilecek bu tür bir soruna sonuç yeri hukukunun uygulanması eser sahibinin menfaatinin korunması açısından daha olumlu görünmektedir. Ancak böyle bir çözümün işlerlik kazanması için milletlerarası yetki kurallarının buna olanak tanınması gerekir. Bu çözüm önerisinin yol açabileceği uygulama zorlukları kuşkusuz vardır. Uygulama zorluklarının başında, aynı fiilden kaynaklanan tazminat taleplerinin çok sayıda ülke hukukuna göre tespit edilmesi ve çözülmesi zorunluluğu gelir. Bununla birlikte, bütün bu taleplerin tek bir ülke mahkemesi önünde ileri sürülmesi de kolay kolay karşılaşılmayacak bir durumdur.

Kuşkusuz sanal ortamda bulunan bütün aktörlerin menfaatlerinin dengelenmesi, sanal ortamda girilen fiillerin henüz ihlâl oluşmadan kaynağında engellenmesi büyük ölçüde maddi nitelikli kuralların geliştirilmesine bağlıdır. Ancak milletlerarası yeknesaklaştırma çalışmalarının bu alanda henüz çok yetersiz kaldığı görülmektedir. Bu konuya önem verilmesi ve çalışmaların hızlandırılması bir zorunluluktur.

BİBLİYOGRAFYA

Abada, S., "La transmission par satellite et la distribution par câble et le droit d'auteur", *Le droit d'auteur*, 1989/10, s. 307-317.

Arslanlı, H., **Fikrî Hukuk Dersleri II, Fikir ve Sanat Eserleri**, İstanbul 1954.

Boytha, G., "Le droit international privé et la protection des droits d'auteur: Analyse de certains points spécifiques", *Le droit d'auteur*, s. 1988/10, 208-221

Cijog, S., "Internationalesprivatrechtliche Aspekte der Urheberrechte", **Festschrift für Karl Firsching**, München 1985, s. 53-76.

Dardağan, E., **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilâfı**, Ankara 2000.

Dardağan, E., "Kanunlar İhtilâfı Açısından Uydu Yayınlarından Kaynaklanan Telif Hakkı Sorunları", *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2, S.2, Kocaeli 1999, s. 147-167.

Deliyanni, E., **Le droit de représentation des auteurs face à la télévision transfrontalière par satellite et par câble**, Paris 1993.

Desbois, H./Françon, A./Kerever, A., **Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins**, Paris 1976.

Dessemontet, F., "Internet, le droit d'auteur et le droit international privé", *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 1996, V.92, no.14, s. 285-295.

Dreier, T., "Copyright Law and Digital Exploitation of Works", *International Publishers Association - Copyright Law and Digital Exploitation*, <http://www.ipa-ue.org/copyright/pub/dreier.html> (15.6.2000).

Drobnig, U., "Originäre Erwerb und Übertragung von Immaterialgüterrechten im Kollisionsrecht", *RabelsZ* 40, 1976, s. 195-208.

Edelman, B., "Une loi substantiellement internationale – La loi du 3 juillet 1985", *Clunet* 1988, s. 555-609.

Erdem, B., "Fikrî Haklarda Ülkesellik Prensipleri", **Prof.Dr. Nihal Ulucak'a Armağan**, İstanbul 1999, s. 39-54.

Fabiani, M., "Le droit d'auteur face à la radiodiffusion directe par satellite", *Le droit d'auteur*, 1988/1, s. 17-26.

Françon, A., "Propriété littéraire et artistique - Conventions internationales", *Juris-Classeur Droit international-Fasc. 563-B*.

Freegard, M.J., "Radiodiffusion directe par satellite, conséquence pour le droit d'auteur", *Revue internationale du droit d'auteur*, 1986, no.136, s. 63-135.

Gautier, P.-Y., "Du droit applicable dans le "village planétaire", au titre de l'usage immatériel des œuvres", *Recueil Dalloz Sirey*, 1996, s. 131-135.

Geller, P.E., "Intellectual Property, Conflict of Laws and International Remedies" in **Intellectual Property and Information Law (Essays in Honour of Herman Cohen Jehore)**, The Hague/London/Boston 1998, s. 29-37.

Ginsburg, J.C., "Private International Law Aspects of the Protection of Works and Objects of Related Rights transmitted through Digital Networks", **WIPO Forum on Private International Law and Intellectual Property - Geneva, January 30 and 31, 2001**, ("Digital Networks").

Ginsburg, J., "Putting Cars on the 'Information Superhighway' : Authors, Exploiters and Copyright in Cyberspace", *Columbia Law Review*, V.95 (1998) ("Superhighway"), s. 1466-1499.

Ginsburg, J.C., "The Private International Law of Copyright", *Recueil des Cours*, 1998, T.273 ("P.I.L."), s.253-405.

Goldman, B., "La Lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux= réalités et perspectives, *J. dr. int.*, 1979, s.475 vd.

Harrington, M., "On-line Copyright Infringement Liability for Internet Service Providers: Context, Cases & Recently Enacted Legislation", http://www.bc.edu/bc_org/avp/law/st_org/iptf/articles/index.html (15.12.1999).

Knörzer, T., **Das Urheberrecht im deutschen internationalen Privatrecht**, Mannheim 1992.

Koumantos, G., "Sur le droit international privé du droit d'auteur", *Il dritto di autore*, 1979/2-3, s. 616 vd.

Lucas, A., "Aspects de droit international privé de la protection d'œuvres et d'objets de droits connexes trans mis par réseaux numériques mondiaux", **Colloque de l'OMPI sur le droit international privé et la propriété intellectuelle - Genève**, 30 et 31 janvier 2001.

Lucas, A./Lucas, H.J., **Traité de la propriété littéraire et artistique**, Paris 1994.

MacQueen, H.L., "Copyright and the Internet" in Edwards, L./Waelde, C., **Law and the Internet Regulating Cyberspace**, Oxford 1997, s. 67-93.

Neuhaus, P.H., "Freiheit und Gleichheit im Internationales Privatrecht", *RabelsZ* 40, 1976, s. 191-195.

Nomer, E., **Devletler Hususî Hukuku**, B.10, İstanbul 2000.

Okutan, G., "Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Fikir ve Sanat Eserleri", **Prof.Dr. Nihal Uluocak'a Armağan**, İstanbul 1999, s. 199-250.

Raynard, J., **Droit d'auteur et conflits de lois-Essai sur la nature juridique du droit d'auteur**, Paris 1991.

Schack, H., **Zur Anknüpfung des Urheberrechts im internationalen Privatrecht**, Berlin 1979.

Smith, B.L., "The Third Industrial Revolution", *Recueil des Cours*, 2000, T.282, s. 241-464.

Spoendlin, K., "Der Internationale Schutz des Urhebers", *UFITA*, 1988, Bd. 107, s. 11-54.

Stolowitz, M.D., "Copyright in the Internet: A Short Primer for BusinessLawyers", <http://www.techlaw.com/TextOnly/WhatsNew/copyright.html> (31.3.2000).

Troller, A., **Das Internationale Privat-und Zivilprozeßrecht im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht**, Basel 1952.

Turhan, T., **Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilâfı Alanında İka Yeri Kurah**, Ankara 1989.

Vivant, M., "Cybermonde: Droit et droits des réseaux", *JCP (La Semaine Juridique)*, 1996, I, 3969, s. 401-405.

