

## İNTERNET ORTAMINDA İŞLENEN HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNA UYGULANACAK HUKUK

Yard. Doç. Dr. Ayfer UYANIK-ÇAVUŞOĞLU\*

### Giriş

Teknik gelişmeler çoğu zaman ihtiyaçlara cevap verebilmek için hukuk kurallarını zorlamaktadır. Hatta teknik gelişmelerin, şimdiye kadar mehenkten geçmiş hukuki düzenlemelerin gelecek zaman için de elverişli olup olmadıklarını belirlemek için birer kontrol mekanizması görevine sahip olduklarını söylemek herhalde yanlış olmaz. Bu gelişmelerin en hızlısı ise enformasyon alanında yaşanmaktadır. Artık neredeyse herkes internet'den bahsetmektedir. İnternet, milletlerarası enformasyon toplumunun bir sembolü haline gelmiştir. Şu anda hukukun ve toplumun en büyük itici gücü, endüstri sonrası devirdeki enformasyon toplumunun gelişimidir. Teknoloji alanındaki gelişmelerin hukuksal açıdan yeni problemler yaratması sebebiyle, dünyada olduğu gibi, Türkiye'de de hukukçuları, dünyada popülerite kazanmış olan internet'i hukuki açıdan incelemek zorunda bırakmıştır.<sup>1</sup>

---

\* Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: ayferuyanik@yahoo.de

1 Özellikle son iki yılda Türkiye'de de internet ve hukuki sorunları ile ilgili birçok makale ve az sayıda da olsa kitap yayınlanmıştır. Bunlardan bazıları: Yard.Doç.Dr.Çiğdem Kırca, İnternette Sözleşme Kurulması; Yard.Doç.Dr.Gülin Güngör, İnternet Yoluyla Girişilen Elektronik Tüketici Akitleri ve Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması; Yrd.Doç.Dr.İbrahim Kırçova/Araş.Gör. Pınar Öztürk, İnternette Ticaret ve Hukuksal Sorunlar; Hasan Sınar, İnternet ve Ceza Hukuku; Yard.Doç.Dr.N.Fusun Nomer, İnternet Alan Adının (Domain Name) Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı gibi

Dünya'da internet'e bir çok *imaj* yakıştırılmıştır. Bazıları, iletişim ağlarının arasında internet'in "*Cyberspace*"<sup>2</sup> imajına sahip olduğunu savunmaktadır. Yani internet ağı bir iletişim aracı olarak kabul edilme-yip, kendine has geleneklere sahip bir "*dünya*" olarak görülmektedir.<sup>3</sup> Son yıllarda Amerikan hukuk doktrini, internet için ayrı bir hukuk düzeninin oluşturulmasını savunmaktadır.<sup>4</sup> Yine Amerikan hukukçuları, internet için ülke genelinde bir "*serbest bölge*" oluşturulması fikrini ileri sürmüşlerdir.<sup>5</sup> İnternet için ileri sürülen düşünceler bunlarla sınırlı kalmamıştır. İnternet'in sistemi gereği milli sınırlar tanı-maması, bazı hukukçuların internet'den "*milletlerarası medyanın genuin*"<sup>6</sup> veya bazı hukukçular tarafından "*milliyetsiz*"<sup>7</sup> olarak bahsetmelerine yol açmıştır.

İnternet'in prensipte milletlerarası niteliğine sahip olması, çıkan hukuki uyuşmazlıklarda özellikle devletler özel hukukunu (DÖH) harekete geçirmektedir. İnternet'in, "*milli hakimiyetin değişime uğramasını zorunlu kılarak, hukukun uluslararası bir niteliğe kavuşmasını gerektirmekte*" olduğu da savunulan fikirler arasında yer almakta-

---

Ayrırt Edici Ad ve İşaretler ile Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar.

<sup>2</sup> Bu 80'li yılların bir bilimkurgu romanında geçen bir tanımlamadır. Nasıl Jules Verne, denizaltı icat edilmeden önce romanında bahsettiği gibi, William Gibson adlı bir bilimkurgu yazarı da *Neuromancer* adlı romanında, teknolojinin çok ileri bir aşamasındaki tüm dünya üzerinde kurulmuş olan "matrix" isimli bir bilgisayar ağından bahsetmektedir. Siberuzay (Cyberspace) da, bildiğimiz mekanlar dışında, bilgi ağlarının üzerindeki sanal mekanları anlatmak için kullanılıyor, Ahmet Turan KÖKSAL, *İnternet*, 20; David ROSENTHAL, *Das auf unerlaubte Handlungen im Internet anwendbare Recht* (AcP 11/97), 2.

<sup>3</sup> ROSENTHAL (dn.2), 2.

<sup>4</sup> D.R. JOHNSON/D.POST, *Law And Borders – The Rise of Law in Cyberspace*, Stanford Law Review 1996, İnternet: <http://www.cli.org/XOO25 LBF-FIN. Html> (4.8.1997 itibariyle).

<sup>5</sup> ROSENTHAL (dn.2), 2, dip not 6.

<sup>6</sup> Peter MANKOWSKI, *Das Internet im Internationalen Vertrags-und Delikt-srecht*, 207. Latince bir terim olan "genuin" türkçeye doğuştan, gerçek veya doğal olarak tercüme edilmektedir.

<sup>7</sup> G.POST, David, *Anarchy, State and the Internet*, An Essay on Law-Making in Cyberspace: JOL 1995 art.3 para 36 <http://www.law.cornell.edu/jol/post/html>.

dır.<sup>8</sup> Milletlerarası düzenlemeye sahip olan “*dijital köy*”, 19.yüzyılın ulusal düşüncenin temel alındığı hukuk düzeninden uzaklaşmış kabul edilmektedir.<sup>9</sup> Sadece global çözümlerin, bu *global village*'ı hareketlendirebilmekte olduğu savunulmaktadır.<sup>10</sup> Geleneksel kuralların, internet'in milletlerarası niteliğe sahip olması sebebiyle özellikle bazı alanlarda önemli uygulama gücü gösterdiği ifade edilmektedir.<sup>11</sup>

Ancak şimdiye kadar, ne milli, ne de milletlerarasında alanda, “internet hukuku” mevcut değildir. Sadece internet'in toplum hayatımızdaki önemi nedeniyle değil, internet'in *karakteristik özelliği* sebebiyle de, internet'e özel kuralların ihdas edilmesi üzerinde bir çok ülkede çalışmalar başlamıştır. Devletler özel hukukunda uzmanlaşmış olan hukukçular<sup>12</sup> da bu gelişmelere paralel şimdilerde şu sorulara cevap aramaktadırlar: Cyberspace, DÖH'nun klasik kuralları ile düzenleme altına alınabilir mi? Yoksa, DÖH'nun klasik yapısı teknik gelişmeler karşısında teslim mi olmalıdır? İnternet, DÖH'nu internet ile baş edemediği için “istifa”etmeye mi zorlamaktadır? Hoş geldin internet, hoşcakal kanunlar ihtilafı hukuku mu? Ya da tam tersine, *DÖH internet sayesinde daha da mı önem kazanmaktadır?*

Çalışmamızda öncelikle internet aracılığı ile yapılan haksız fiillere<sup>13</sup>

<sup>8</sup> Thomas HOEREN, *Kredit Institute im Internet, Eine digitale Odyssee im juristischen Weltraum*: WM 1996, 2006.

<sup>9</sup> HOEREN (dn.8), 2006; Heinz-Christian HAFKE, *Währungsunion und Internet*: WM 1997, 1729-1732; (1731).

<sup>10</sup> Axel NORDEMANN/Heinz GADDAR/Marion TONHARDT/Christian CZYCHOWSKI, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht im Internet*, CR 1996, 645-657, 656.

<sup>11</sup> MANKOWSKI (dn.6), 206.

<sup>12</sup> Thomas HOEREN, *Cybermanners und Wettbewerbsrecht, Einige Überlegungen zum Lauterkeitsrecht im Internet*, WRP 1997, 993-998, 988. Dünya'da bütün ülkeler için genel bir geçerliliğe sahip olan bir internet hukuku bulunmamakla beraber, gelecekte “lex internet” in oluşması için hiçbir engel bulunmamaktadır. Bu bağlamda WIPO (World Intellectual Property Organisation) örn. İnternet'deki Müzik Haklarına Dair Milletlerarası Sözleşme'ye ve Bilgisayar Programların (kısmen de olsa) Korunmasına ilişkin bazı çalışmalara öncülük etmiştir.

<sup>13</sup> İnternet sayfalarının fikri haklar kapsamında korunması; ayırt edici ad ve işaretler/domain name sorunu; haksız rekabet; kişilik haklarının ihlali; imalatçının sorumluluğu, menkul mallara kasten ve haksız olarak zarar vermek

uygulanacak hukuk hakkında genel bir bakış açısı sağlanacaktır. Ardından Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun (MÖHUK)<sup>14</sup> internet üzerinden işlenen haksız fiil sorumluluğuna uygulanacak olan hukuku belirleme görevini üstlenip üstlenemeyeceği üzerinde durulacaktır. Bu arada özellikle Amerikan<sup>15</sup>, Alman, İsviçre ve Fransız<sup>16</sup> hukukçuların tartışmalarına yer verilecektir.

## I. İnternet Süjeleri ve İletişim Çeşitleri<sup>17</sup>

İnternet üzerinden işlenen haksız fiillere uygulanacak hukukun belirlenebilmesi için öncelikle internet işlevlerini ve bu işlevleri yerine getiren sistemleri belirleyip açıklamak gerekmektedir.

### 1. İnternet Hukuk Süjeleri

#### a) Server (Sunucu)

Server belli kapasiteye sahip olan ve diğer bilgisayarlara hizmetde bulunan bir bilgisayar veya bir programdır.<sup>18</sup> Diğer bir ifade ile, ser-

---

*gibi haksız fiillerin özel türleri münferiden ele alınmayarak, genel anlamda internet aracılığı ile yapılan haksız fiil sorumluluğuna uygulanacak hukuk üzerinde durulacaktır.*

<sup>14</sup> Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, No. 2675 , Kabul tarihi: 20/5/1982, RG. 22 Mayıs 1982 –17701. Bundan sonra kısaca MÖHUK olarak anılacaktır.

<sup>15</sup> Amerikan hukukuna yer verilmesinin sebebini şu şekilde açıklamak mümkündür: İnternet Amerikalıların bir keşfidir. Amerika'da internet ile ilgili çok sayıda yayın bulunmaktadır ve bu yayınlarda internet'den doğan hukuki problemler üzerinde çok yoğun tartışmalar yer almaktadır.

<sup>16</sup> Almanya ve Fransa (ve yeri geldikçe diğer Avrupa ülke hukukları) da ABD'deki internet sektöründeki gelişmeyi takip etmek için çok büyük gayret sarf etmektedirler. Ancak aralarında Fransa 80'li yılların başından itibaren Minitel-sistem sayesinde toplum içerisinde yaygın olan ve çok kullanılan interaktif bilgisayar sistemi sayesinde hangi hukuki problemlerin doğabileceğini tecrübe edinmiştir.

<sup>17</sup> Daha detaylı teknik açıklamalar için bakınız: Ahmet Turan KÖKSAL, *İnternet*, 2.Bası 1997.

<sup>18</sup> GÜRAN/AKÜNAL/BAYRAKTAR ve diğerleri, *İnternet ve Hukuk*, 2.

ver, kullanıcıların internet'e bağlanabilmelerine, yani internet üzerinde bulunan içeriklere ulaşılmasına yardımcı olmaktadır. Server hizmetini bir özel kişi verebileceği gibi, tüzel kişi de verebilir. Ancak internet servis sağlayıcıları aynı zamanda server olarak da hizmet verirler. Server'ın diğer bir özelliği ise, dijital bilgilerin depo edildiği bir manyetik ortama sahip olmasıdır.

### *b) İnternet Servis Sağlayıcıları (İSS)*

İnternet servis sağlayıcıları kendi bilgisayarlarını özel kişilerin ve özel hukuk veya kamu hukuku tüzel kişilerinin internet'e erişebilmeleri için bir geçiş sunucusu (gateway) olarak hizmet sunan araçlardır. İSS, kullanıcı adı ve şifreyi belirtmek şartıyla internet'e ulaşma olanağı sunmaktadır.

İnternet servis sağlayıcıların verdikleri önemli hizmetler arasında, başkalarına ait bilgileri kendi server'lerinde depolayabilme ve gerektiğinde bunları internet bağlantılarını kullanarak siber uzaya aktarmak da yer almaktadır. İşte internet servis sağlayıcının bu hizmeti, özellikle hukuki sorumluluk açısından önem taşımaktadır. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, İSS şirketleri yapmış oldukları hizmetin bir gerekliliği icabı server de kullanmaktadırlar.

### *c) İçerik Sağlayıcılar (Content Providers)*

İçerik sağlayıcı, internet yayınının içeriğini hazırlayan süjelerdir. Bu anlamda örneğin web sayfasının sahibi içerik sağlayıcıdır. Bunun yanında "downloading" yolu ile elde edilebilecek dosyaları hazırlayıp sunanlar da içerik sağlayıcıdır. Bu anlamda internet ortamında erişilebilen serverler de, mantıken birer içerik sağlayıcıdır.

## **2. İnternet'deki İletişim Çeşitleri**

### *a) Elektronik Posta [E-Posta (Mail)]*

"Siberuzay" ortamında işlev gören "kağıtsız" dijital bir posta sistemidir.<sup>19</sup> Bu posta hizmetinden yararlanabilmek için, kullanıcıların bir e-posta adresine sahip olmaları gerekmektedir. Bu e-posta adresini kullanıcılar kendilerine erişim sağlayan servis sağlayıcılardan veya in-

ternet üzerindeki e-posta sistemlerinden temin edebilirler. Bu hizmetler ücretsiz sağlanmaktadır. E-posta hizmeti sadece kişisel mesajlar açısından düşünülmemelidir. E-postanın içeriği metin dosyası içinde depolanabilecek örneğin bilgisayar programları, duyurular, elektronik dergi vs. olabileceği gibi, multimedya dosyaları (resim, görüntü, ses, grafik gibi) da olabilir.<sup>20</sup>

Konumuz itibariyle önemli olan husus ise, e-postanın gönderildiği yerin her zaman gerçeği yansıtmadığıdır, yani ileti adresi ve alıcı adresi, şahıs ve bulunma yeri hakkında açık bilgi içermeyebilir.<sup>21</sup> Ayrıca "Mail-Server" in sadece iletiyi gönderen ve kabul eden kompüterler arasında "ara durak" fonksiyonuna sahip olduğunu belirtmek gerekir.

#### b) World Wide Web (WWW)

"Dünya'yı saran ağ" anlamına gelen web, internet üzerinden sunulan bilgilere kolayca ulaşılmasını sağlayan bir araçtır. Diğer bir ifadeyle, web, yazı, ses, video, animasyon, ses vs. içerikli verilere çoklu bir hiper ortam sistemi içerisinde ulaşmamızı sağlamaktadır.<sup>22</sup> Sözü edilen "hiper ortam" (hypertext) sayesinde bir dokümandan, diğer dokümana (link etmek) geçiş imkanı bulunmaktadır. Bu ortamdaki her işaret diğer işareti çağırabilir.

Milletlerarası haksız fiil olaylarında, Web-server'in fiziksel konumu, istemci için önemli değildir. İstemci doğru adresi yazarak ilgili sayfaya bağlanacaktır. Türkiye'de bulunan bir içerik sağlayıcı, internet teklifini yüklemek için, İrlanda'da bulunan bir web-server'i "off-shore" olarak kullanabilir. Hukuka aykırı bilgi içeren web-sayfası, sadece içerik sağlayıcının teklifini yüklediği web-server'den değil, pekala başka bir yerde bulunan proxy-server'den de çağrılabilir.

19 Hasan SINAR, *İnternet ve Ceza Hukuku*, 34.

20 Aslan İNAN, *İnternet El Kitabı*, 3.Baskı, İstanbul 1999, 262; SINAR (dn.19), 34.

21 Burada örnek olarak Türkiye'de ikamet ettiğim halde, Almanya Yahoo (Yahoo.de) arama motoru üzerinden, hesap ismi ayferuyanik olan e-posta adresini (ayferuyanik@yahoo.de) gösterebiliriz.

22 İNAN (dn.20), 72.

## b) Usenet

“User’s Network” kelimelerinin kısaltılması olan Usenet (Dünya Çapında Çoklu Tartışma ve İletişim Platformu) bir bilgisayar ağı değildir, sadece kişisel makalelerin tüm dünyaya yayıldığı bir “tartışma grupları sistemi/Newsgroups”dir. Usenet ileti trafiği, internet hatlarının yanında, örneğin UUCP<sup>23</sup>, BITNETT<sup>24</sup> gibi hatlar üzerinden de gerçekleşebilir. Usenet üzerindeki haber akışı kimse tarafından kontrol edilemese de, yerel Usenet servis sağlayıcılar, usenet tartışma gruplarını sistemine alıp almayacağına karar verir. Bazı Usenet grupları *moderated*’dir, yani iletilen haber grubundan sorumlu bir kişiye gönderilmekte, o ise toplu olarak onları dağıtıma sokmaktadır. İletilere amaca uygunluk açısından doğal olarak bir denetim uygulanmaktadır. *Unmoderated* usenet gruplarında<sup>25</sup> ise böyle bir denetleme yolu yoktur.

## II. Bağlama Kuralı

## 1. Yabancılık Unsuru

Türk mahkemeleri, internet üzerinden işlenen bir haksız fiil olayı ile karşılaştığında, milletlerarası yetki meselesinin hallinden sonra, meseleye uygulanacak olan ülke hukukunu görevinden ötürü incelemek zorunda kalacaktır.

İnternet aracılığı ile işlenen haksız fiile Türk Kanunlar İhtilafı Hukukunun uygulanabilmesi için, olayın yabancı bir veya birden çok hu-

<sup>23</sup> (Unix-to Unix Copy): İnternet dışında yaygın olarak kullanılan bir ağ olup, UUCP protokolü ile haberleşen sistemleri bünyesinde bulundurur. Bu protokolde, iki sistem belirli aralıklarla birbirlerine bağlanır ve bu iki sistemden herhangi biri üzerinde birtakım planlı programlar çalıştırılır (posta aktarımı, dosya aktarımı), İNAN (dn.20), 530.

<sup>24</sup> (Because It’s Time Network): Birbirlerine NJE protokolü ile bağlı sistemlerden oluşur. BITNET esas olarak ağaç şeklinde bir yapıya sahiptir, statik bir yönlendirme vardır. Posta, sınırlı şekilde FTP ve Telnet desteği vardır, İNAN (dn.20), 502.

<sup>25</sup> İzin verilmeyen içerikler (özellikle pornografik ve ırkçılık) bu yolla geniş alana iletilmektedir.

kuk düzeni ile temas halinde bulunması, yani bir *yabancılık (milletlerarası)* unsuru taşıyor olması gerekiyor (MÖHUK madde 1). Ancak yabancılık unsurunun, uluslararası bilgi ağı anlamına gelen internet’de mutlaka bulunması gerekmiyor. Kanunlar ihtilafı kuralının uygulama alanı bulabilmesi için gerekli olan yabancılık unsuru somut olayın içerisinde yer almalıdır. Yani, sadece internet’in milletlerarası alanda yaygın işleve sahip olması, yabancılık unsurunu oluşturmaktadır. Örneğin İstanbul’da internet’de oluşturulan web sitesi, Ankara’da oturmakta olan şahsın kişilik haklarını ihlal etmekteyse, Türk maddi hukuk hükümleri uygulanacaktır. Web sitesindeki bilgilere, Türkiye dışındaki ülkelere de ulaşmış olması durumunda yabancılık unsurunun varlığından ve dolayısıyla Türk kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanabilirliğinden bahsedilebilir.

## 2. Haksız Fiil Statüsü

### a) Genel Olarak

MÖHUK, internet aracılığı ile işlenen haksız fiillerden doğan borçlara uygulanacak olan hukuk hakkında özel bir bağlama kuralına sahip değildir. Bu nedenle internet’de işlenen haksız fiil olaylarının da, kural olarak haksız fiillere ilişkin genel prensip<sup>26</sup> niteliğine sahip olan, MÖHUK madde 25’in uygulama alanına dahil olduğundan tereddüt edilmemelidir. Hukuk sistemimizde haksız fiillerde “lex loci delicti commissi” (haksız fiil yeri hukuku) kuralı dikkate alınmaktadır.<sup>27</sup> Bu kural, *birinci derecede* bağlama kuralıdır. Şayet fiilin ika yeri ile zararın meydana geldiği yer farklı ülkelerde ise, MÖHUK madde 25.2’ye göre *zarar yeri* hukuku esas alınmaktadır. MÖHUK, haksız fiilden doğan borç ilişkisinin haksız fiil yerine nazaran başka bir ülke ile daha yakın irtibatlı olması halinde, bu ülke hukukunun uygulanabileceği-

<sup>26</sup> Türk hukukunda haksız fiiller alanında genel prensip niteliğine sahip olan MÖHUK md. 25’in yanında 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun, haksız fiilin özel bir çeşidi olan haksız rekabete uygulanacak olan hukuku özel olarak düzenlemektedir. Bu konuya ilişkin bakınız Bilgin TIRYAKIOĞLU, *Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı*, 1997.

<sup>27</sup> MÖHUK madde 25 I: “Haksız fiilin işlendiği yer” hukuku. Alman ve İsviçre (IPRG Art. 133) Kanunlarında haksız fiil alanında kabul edilmiş olan hukuk seçimine Türk Hukukunda yer verilmemiştir.



ni öngörerek, fiil yeri kuralını, “*en sıkı ilişki kanunu*” lehine sınırlanabileceğini benimsemiştir. Şöyle ki, Türk hukuk sistemimiz katı kuralara bağlılığın bazı özel durumlarda adaletsizliklere sebep olduğu gerekçesi ile<sup>28</sup> haksız fiilden doğan borç ilişkisi ile daha yakın irtibatlı bir hukuk var ise, o hukukun uygulanması imkanını sunmaktadır. Buna göre, en sıkı ilişkiyi temsil eden kanun sadece ortak vatandaşlık, ikametgah ve mutad mesken değil, tek mil irtibat noktaları da dikkate alınarak değerlendirilmelidir. MÖHUK madde 25/III, bütüncül bir bağın belirlenmesi olanağını Türk hakimine tanıyacak şekilde kaleme alınmıştır.<sup>29</sup> Böylece zarar yeri hukukunun belirlenmesinde karşılaşılan zorluklar da, sıkı bağlantılı olan hukukun uygulanması ile giderilebilir.

Buna karşılık *Amerikan hukukunda* fiil yeri ile zararın meydana geldiği yer farklı devletlerde bulunuyor ise, mal varlığının eksikliğin meydana geldiği yer olarak “*last event rule*” yani son olay yeri (sonuç yeri) dikkate alınmaktadır. *Fransız hukuku* da sonuç yeri hukukunu esas almaktadır.<sup>30</sup> *Alman*<sup>31</sup> ve *İsviçre hukukları* ise farklı bir düzenlemeye sahiptir.

*Alman IPRG-1999*, haksız fiil alanında bilinçli olarak genel hükümlerle yetinmiştir. Kanunda, eski düzenlemeye uygun olarak fiil yeri, ana bağlama kuralı olarak muhafaza edilmiştir (EGBGB m.40 I 1). Ancak, zarar başka bir yerde doğuyor ise, fiil yeri ile zarar yeri arasındaki tercih hakkını zarar görene bırakmaktadır (EGBGB m.40 I 2). Fakat, tarafların haksız fiil sorumluluğun doğduğu anda, müşterek bir meskene sahip (lex domicilii communis) olmaları halinde, bu devletin hukukunun uygulanacağı hükme alınmıştır (EGBGB Art. 40 II). Ayrıca, bütün akit dışı borç ilişkilerinde uygulama alanına sahip olan

28 Gülören TEKİNALP, *Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları*, yenilenmiş 6.Bası, İstanbul 1999, 318.

29 Turgut TURHAN, *Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında İka Yeri Kuralı*, Ankara 1989, 377, 378.

30 Ergin NOMER, *Devletler Hususî Hukuku*, 11.Bası, İstanbul 2002, 275.

31 Alman Milletlerarası Özel Hukuku 21.5.1999 tarihli “Akit Dışı Hukuki İlişkiler ve Eşyalara İlişkin Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu” ile yeniden kaleme alınmıştır. Literatürde ve makalemizde bu yeni düzenleme IPRG 1999 olarak ifade edilmektedir.

"tashih klozunun" (Berichtigungsklausel)<sup>32</sup> (EGBGB m.41) veya irade muhtariyetinin (EGBGB m.42) esas alınmasının gerektiği hallerde, EGBGB m.40 I 1 2 hükümlerinin uygulanmasına gidilmez. Ve nihayet Alman IPRG-1999'da, zarara uğrayanın tazmin talebini (haksız fiil statüsüne veya mükellefin sigorta sözleşmesinin tâbi olduğu hukuka dayanarak) doğrudan doğruya mükellefin sigortacısına ileri sürebileceği (EGBGB m.40 IV) ve özel bir ordre public klozu (EGBGB m.40 III) düzenlenmiştir.

*İsviçre hukukunda* ise, taraflara mahkemenin hukukunu seçme imkanı sunulmuştur (İsviçre IPRG madde 132). Eğer taraflar böyle bir seçimde bulunmamışlar ise ve haksız fiilin özel çeşitlerine uygulanması lazım gelen hükümler de söz konusu değil ise, haksız fiillerden doğan borçlara uygulanacak olan kanunlar ihtilafı hükmü olarak İsviçre-IPRG m.133 dikkate alınmalıdır; tarafların daha önce kurmuş oldukları hukuki ilişki haksız fiil ile ihlal edilmiş ise, söz konusu hukuki ilişkiye uygulanacak olan hukuk, haksız fiil ilişkisine de uygulanmalıdır (İsviçre IPRG madde 133 fıkra 3). İsviçre IPRG m. 133 I' de, zarara uğrayan ile tazmin mükellefinin mutlak ikametlerinin aynı devlette olması halinde, bu devletin hukukunun uygulanacağı hükmü yer almaktadır. Ve nihayet haksız fiilden doğan taleplere ikincil kural olarak ika yeri hukuku (İsviçre IPRG madde 133 fıkra 2 cümle 1) uygulanmalıdır, fakat haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması halinde, zararın meydana geldiği yer hukuku uygulanır, ancak bu durumda "*zarar verenin bu ülkede zararın doğabileceğini öngörmüş olması*" gerekmektedir (cümle 2). Burada zararın doğacağına hesaba katılmasının mümkün olmadığını ispatı, zarar verene aittir.<sup>33</sup> Zarar veren bu durumu ispat edebilir ise, fiil yeri hukuku esas alınmaktadır.

Ancak gelişen teknolojinin ürettiği yeni haksız fiil tipi olan internet ortamında işlenen haksız fiil sorumluluğuna uygulanacak hukukun belirlenmesinde, fiil yerinin saptanması giderek zorlaşmaya başlamıştır. Aşağıda bu zorlukların sebepleri ve çözüm yolları incelenecektir.

<sup>32</sup> EGBGB'de ve Alman doktrininin bir kısmında bu kloz "Ausweichklausel" olarak da ifade edilmektedir. Bu kloza göre, yargıç, uygulanması gereken kanunlar ihtilafı normu yerine, hukuki olayla *daha sıkı irtibatlı* gördüğü bir hukuku uygulama yetkisine sahiptir.

## b) İnternet'de "fiil yeri"

Yukarıda da ifade edildiği gibi, haksız fiil olaylarında kural olarak haksız fiilin işlendiği yer hukuku uygulanmaktadır, fakat internet uygulamasından kaynaklanan özel sorunlar nedeniyle bu yerin hangi kriterlere göre belirleneceği meselesi doktrinde en çok tartışılan konulardan birisidir. Gerçi milletlerarası haksız fiil hukuku anlamında *fiil yerinin* tanımı şu şekilde yapılmaktadır: Failin potansiyel haksız fiili ika ettiği zaman bulunduğu<sup>34</sup> veya daha objektif açıdan bakılırsa, potansiyel haksız fiilin tamamının veya bir kısmının işlendiği yerdir,<sup>35</sup> yani haksız fiilin sonuçlarının doğmasında önemli bir unsur teşkil eden yerdir. Ancak, internet aracılığı ile ika edilen haksız fiillerde, bu fiil yerinin neresi olduğu konusunda bir saptama<sup>36</sup> yapmak ve açıklık getirmek ihtiyacı bulunmaktadır. Bunun için değişik ihtimaller göz önüne alınarak incelenmelidir.

## aa) İnternet'e Yükleme/Gönderme (Upload) İşleminin Yapıldığı Yer

Haksız fiil niteliğine sahip olan içeriğin internet'e yüklenmesi, hiç şüphesiz bir haksız fiil oluşturmaktadır. Bu durumda "yükleme yapılan yer", en azından fiil yeri olarak kabul edilmektedir.<sup>37</sup> Teknik esaslar da dikkate alındığında, bu yer yükleme yapılan yerdir (uploading-yeri); yani World Wide Web hizmetinden yararlanıldığı hallerde, bu yer bilgilerin web-server'e aktarıldığı yerdir.<sup>38</sup> Belirtmek gerekir ki,

33 R.P. UMBRICH, *Kommentar IPRG*, Art. 133 N.9.

34 Ulrike WOLF, *Deliktstatut und internationales Umweltrecht* (1995), 163.

35 Gerhard HOHLOCH, *Das Deliktstatut-Grundlagen und Grundlinien des internationalen Deliktsrechts* (1984), 104.

36 Werner, RIEGL, *Streudelikte im Internationalen Privatrecht*, 40. Tanım için bakınız A.HEINI, *IPRG Kommentar*, Md. 133 N.11; MANKOWSKI (dn.6), 257.

37 ROSENTHAL (dn.2), 1342; KRONKE, Herbert, *Applicable Law in Torts and Contracts in Cyberspace, Internet*, 65-87, 70; MANKOWSKI (dn.6), 257. NOMER (dn.30), internet aracılığı ile yapılan haksız fiillerde fiil yerinin, haksız fiil failinin bilgisayarını (kompüteri) kullandığı yer olduğunu ifade etmektedir, 279.

38 *Usenet*'e veri aktarımında da benzer esasların geçerli olduğu ileri sürülmektedir. Uygulanacak hukukun tespitinde, zarar veren kişinin haberini yaymak amacıyla ilettiği (ilk) Usenet-server'in bulunduğu yer esas alınacaktır.

internet üzerindeki bilgiler, web-server'in işleyişi ile değil, ilgili bilgisayarın/server'in açık olan sabit diskine yapılan yükleme ve hafızaya aktarma işlemi ile umuma arz edilmektedir.<sup>39</sup> Ancak bu bahsedilen işleminden sonra, bilgiler kural olarak üçüncü kişiler için erişilebilir durumdadır. Web-server'ler hafızalarındaki verileri, özellikle internet'in milletlerarası niteliğe sahip olması sebebiyle, ülkenin herhangi bir noktasından geniş alana iletebilme fonksiyonuna sahiptirler. Bu durumda, bağlama noktasının tespitinin, zarar verenin elinde olduğunu söylemek yanlış olmaz. Diğer bir ifadeyle, zarar veren, fiili için kendisini güvende hissettiği dünyanın herhangi bir ülkesini "off-shore" merkezi olarak seçebilir.<sup>40</sup>

Verilerin okunmaya hazır tutulduğu server'in fiziksel konumu ise burada herhangi bir öneme sahip değildir.<sup>41</sup> Çünkü örneğin Almanya'da bulunan bir server yabancı bir ülkenin adresine sahip olabilir.<sup>42</sup> Server, genellikle bir "İnternet Servis Sağlayıcısı" (Internet Service Provider) tarafından işletilmektedir; diğer bir anlatımla server, bilgileri hafızaya verenin etkileşim alanında bulunmamaktadır. Verileri hafızaya veren kişi, server'in konumu hakkında söz sahibi değildir, meğer ki söz konusu kişi bunu planlı olarak hedeflemiş olsun.<sup>43</sup> Kural olarak yükleme yapan kişi server'in bulunduğu yeri bilmek zorunda değildir. Durum böyle olunca, kişinin server'in bulunduğu yerin hukuk düzenine uygun davranması da söz konusu olamaz.<sup>44</sup> Ara Servis Sağlayıcının işletme yeri de dikkat dışı bırakılmalıdır, meğer ki bu Servis Sağ-

---

Bu yer, kural olarak zarar verenin sakin olduğu yerdir. *Elektronik posta* yoluyla yayın yapılması da söz konusu olabilir (örneğin Mailing-Lists yoluyla bir çok kişiye yapılan yayın). Bu durumda da öncelikle kullanılan mail-server'in bulunduğu yer değil, Mailing-Lists'in gönderme yeri gibi, müellifin sakin olduğu yer de esas alınmalıdır, ROSENTHAL (dn.2), 5.

39 ROSENTHAL (dn.2), 5.

40 ROSENTHAL (dn.2), 5.

41 ROSENTHAL (dn.2), 1342; BACHMANN, Birgit, *Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlungen im Internet*, IPRax 1998, 179-187, 182; MANKOWSKI (dn.6), 257. Aksi fikir için bkz. Yard.Doç.Dr. İbrahim KIRÇOVA/Araş.Gör. Pınar ÖZTÜRK, *İnternet'te Ticaret ve Hukuki Sorunlar*, 98.

42 ROSENTHAL (dn.2), dip not 8, 203 vd.

43 Bu konuda ayrıca bakınız MANKOWSKI (dn.6), 258.

44 MANKOWSKI (dn.6), 258.

layıcı yayımcı olarak vazife görüyor olsun.<sup>45</sup> Diğer bir ifadeyle, web-server'in (Usenet veya mail server) işleyişinin de sorumluluğunun bulunup bulunmadığı her somut olay içerisinde incelenmelidir. "Off shore" ve Usenet server'ler gibi, bir çok web-server'ler alışlageldiği gibi aynı şahıslar tarafından işletilmediği için, server'in bulunduğu yer, fiil yeri olarak ancak işletenin kendisinin de kusurlu olarak iştirak ettiği (örneğin yardımcı veya iştirakçi olarak) hallerde dikkate alınacaktır. FTP<sup>46</sup> (File Transfer Protocol /Dosya Aktarma Protokolü) server'in bulunduğu yer ise, bağlama noktası olarak hiçbir öneme sahip değildir.<sup>47</sup>

Ancak haksız fiile yol açan içeriğin hangi yerde hafızaya aktarıldığının tespiti, sürekli gelişen teknik imkanlar göz önünde tutulduğunda, hukuki açılarından büyük zorluklar doğurmaktadır. Haksız fiili işleyen fail, kimliğinin tespit edilememesi için kendisine sunulan bütün teknik imkanları kullanacaktır. Bu konuda ne kadar başarılı olacağı ise, bir taraftan yeteneğine, diğer taraftan şifreleme (Verschlüsselung/Encryption) ve anonimlik (Entschlüsselung/Anonymity) tekniklerinin rekabeti ve mağdurun yapacağı masraflarla doğru bağlantılıdır. Genelde bilgileri internet ortamına aktaran kişinin kimliği tespit edilememektedir<sup>48</sup>, edilirse de çok büyük masraflarla mümkündür. Diğer taraftan, failin kimliği bilinmiyor ise, milletlerarası haksız fiil hukukunda fiil yerinin tespiti pratikte hiçbir ehemmiyet arz etmeyen teorik girişimden öteye gidemeyecektir. Çünkü "potansiyel fail" uygu-

45 KRONKE (dn.37), 69.

46 FTP, internet'e bağlı bir bilgisayardan diğerine, iki yönlü dosya aktarımı yapabilmesini sağlayan uygulama protokollerine verilen isimdir. FTP, dosyaların merkezi bir bilgisayarda saklandığı ve bu bilgisayar ile diğer bilgisayarlar arasında dosya aktarımının yapıldığı istemci/sunucu (client/server) modelini kullanır. Merkezi bilgisayar FTP sunucusunu çalıştırır, diğer bilgisayardaki kullanıcılar da FTP istemci programları yardımıyla uzaktaki bu FTP sunucusuna bağlanır ve dosyanın sunucu tarafından gönderilmesi istenir. İki FTP istemcisi aralarında dosya transferi yapamazlar; arada mutlaka bir FTP sunucusuna ihtiyaç vardır, İNAN (dn. 20), 217, 232; SINAR (dn.19), 39.

47 Aksi fikir için bakınız Tobias STRÖMER, *Online-Recht, Rechtsfragen im Internet und Mailboxnetzen* (1997), 100.

48 Özellikle Hacker, Virüs yüklenmesi ve hakaret fiillerinde failerin, bugüne kadar tespit edilemeyen yöntemlerle, kimliklerini başarıyla gizledikleri gözlenmektedir.

lanması gereken hukukun tespitinde her hangi bir öneme sahip değildir. Hukukun uygulanabilmesi için delillere ihtiyaç duyulmaktadır. Bilindiği üzere deliller olmadan hukuk mekanizması işleyemez. Ancak bunun sadece kanunlar ihtilafına özgü bir problem olmadığını da belirtmek isteriz.

*bb) Geçiş Server'in (Gateway) Bulunduğu Yer*

Örneğin Fransa'da bulunan server'e aktarılan bir veri iki kere Almanya'da bulunan kullanıcı (user) tarafından okunmaktadır. Bilgi akışı *birincisinde* İngiltere, New York ve İsviçre'de, *ikincisinde* İtalya, İrlanda ve Danimarka'da bulunan server'ler üzerinden gerçekleşmektedir. Görüldüğü üzere ara iletişim yerlerinin (yani geçiş sunucularının) buldukları yerler tamamen tesadüfidir.<sup>49</sup> Ne server işletim sistemi, ne de içerik sağlayıcı bu güzergahta bir değişiklik yapabilir. Ayrıca sistemde bulunan verilerin tamamının aynı anda iletilmesi de gerekmiyor, bunların kısım kısım değişik yollardan, parselleme yolu ile nakledilmeleri de mümkündür.<sup>50</sup> Özellikle çok kapsamlı verilerin, ana server tarafından otomatik olarak, parselleme yolu ile iletilmesi mümkündür. İşte etkilemenin ve yönlendirmenin imkansız olması sebebiyle, geçiş server'lerin fiziksel konumları, milletlerarası haksız fiilde her hangi bir öneme sahip değildir.<sup>51</sup>

Son olarak ara iletişim yerleri arasında özel bir yere sahip olan Cache Servers tetkik edilmelidir: Cache Servers, orijinal bilgilerin kopyalanarak depolandığı yerdir. Tipik *geçiş server*'lerinden farklı olarak, bu server'lerden bilgilerin çağrılması mümkündür. Bu durum özellikle Proxy Cache Servers için geçerlidir. Hatta bu server'ler bazen sık başvurulanan bilgilere ulaşım kolaylığının sağlanması amacıyla özellikle devreye sokulmaktadır.<sup>52</sup> Kural olarak, Cache Servers'ler potansiyel failin doğrudan etkileşim alanında bulunmamaktadır. Daha doğrusu potansiyel fail, cache server'in devrede olup olmadığını ne bilebilir, ne de kontrol edebilir, devrede olduğunu bilse dahi, bunun fiziksel

<sup>49</sup> Ulrich SIEBER, *Kontrollmöglichkeiten zur Verhinderung rechtswidriger Inhalte im Computernetzen*, CR 1997, 581-598, 653-669, 591.

<sup>50</sup> SIEBER (dn.49), 591 ve devamı.

<sup>51</sup> Christopher KUNER, *Internationale Zuständigkeitskonflikte im Internet*: CR 1996, 458. BACHMANN (dn.41), 184.

<sup>52</sup> SIEBER (dn.49), 598 vd.

konumu yine bilgisi dışında olacaktır.<sup>53</sup> Cache servers'ler verileri, main server'in adresi üzerinden algılanmaktadır. Bunlar sadece yardım fonksiyonuna sahiptir. Sonuç itibariyle, cache server'in fiil yerinin tespiti için önem arz etmediği söylenebilir.<sup>54</sup>

#### cc) Verilerin Tasarlandığı ve Geliştirildiği Yer

Doktrinde haksız fiil niteliğine sahip verilerin yüklendiği/gönderildiği yerin dışında, haksız fiil niteliğine sahip olan içeriklerin tasarlandığı ve geliştirildiği yer de haksız fiil yeri olarak değerlendirilmektedir.<sup>55</sup> Bu görüşe göre, bağlama noktası olarak, sadece aktif yayımın *teknik hareket noktası* değil, verinin kaynağı olan *entellektüel hizmet* de dikkate alınmalıdır. Fiillerin birden çok hareketlerden ibaret olduğu bir gerçektir. Belirtmek istenilen, içeriğin tasarlanması ile ifade edilenin, birbirini takip eden unsurlar olmasıdır. Tipik beyana dayanan haksız fiillerde bu iki kademe iç içe geçmiştir. Burada failin yer değiştirmesine gerek yoktur. Ancak bu tipik beyana dayalı haksız fiiller, sözlü beyanlarda geçerlidir. Buna karşılık, bilginin cisimlendirildiği<sup>56</sup> durumlarda, fikrin tasarlandığı yer ile beyan edildiği yer ayrı düşebilir. Bu durumu basit bir örnekle açıklamak gerekirse: Bir kişi A ülkesinde bir mektup yazıyor ve ardından komşu (B) ülkesine geçip oradan mektubu postaya veriyor. B ülke hukukuna göre mektubun içeriği –A ülke hukukundan farklı olarak- haksız fiil niteliğini taşıyor. Bir kişi bir ülkede bir içerik hazırlayıp kasten onları başka bir ülkenin server'ine yükletiyor veya kendisi yüklüyor ise yukarıdaki klasik ders kitabı örneğinden farklı hareket etmemektedir. Burada da fail, her iki ülkede harekete geçmiştir ve birinci ülkenin hukukunun uygulanmaması için çaba göstermektedir. İlgili şahsın ulaşmak istediği sonuca engel olan bir (A ülkesinin) hukuk düzeninden kurtulmak ama-

53 BACHMANN (dn.41), 184.

54 MANKOWSKI (dn.6), 268; aksi fikre sahip olan Rosenthal'a göre, fail kendine ait bilgileri bir manyetik ortamda saklayarak server fonksiyonu görüyor ise veya server hizmetini veren İSS hakkın ihlal edilmesine kusurlu olarak iştirak etmiş ise, Cache Servers, fiil yerinin tespitinde dikkate alınabilir, ROSENTHAL (dn.2), 1344 vd..

55 MANKOWSKI (dn.6), 262.

56 İnternette de veriler cisimlendirilmektedir (örneğin verilerin sabit disk üzerine kaydedilmesi).

cıyla, diğer bir hukuk düzenine (B ülkesinin) tâbi olmayı mümkün kılan bağlantı noktası tesis etme denemesi, mektup örneğinde olduğu gibi, internet örneğinde de, başarıya ulaşmaması gerektiği görüşü ile sürülmektedir.<sup>57</sup> Burada teklifi sunan kişi, kullanılan server'in tespit edilemediği gerekçesinin arkasına saklanamaz. İnternet'in şifreleme ve anonimlik sistemine ilişkin teknik imkanlara sahip olması, internet'de hareket edenin fiil yerinin genelde tespit edilememesi sonucunu doğurduğu bir gerçektir. Ancak bu durum, hukukun uygulanması bakımından, diğer medya ve araçları kullananlar karşısında daha avantajlı bir konum sağlamamalıdır. Yükleme/gönderme yeri bilinçli olarak seçilebilir. Ancak veri yükleyen böyle bir "hukuk seçiminin" başarılı olabilmesi için, seçimin mantıklı olması da gerekmektedir. Yani, internet'e verileri yükleyen kişi, hazırlık çalışmalarını da aynı ülkede yapmalıdır. Her kim "liability heaven" in keyfini çıkartmak istiyorsa, en azından enformasyon oluşumunun tamamını aynı ülkede gerçekleştirmelidir.<sup>58</sup> Ancak hazırlık çalışmalarının yükleme yerinden başka bir ülkede gerçekleştirildiğinin *ispat* edilmesinin güç olduğu gözden uzak tutulmamalıdır.

#### cc) Fiil Yeri Olarak "Verilerin Okunduğu Yer"

Server'lerde depolanmış bilgilerin erişilebilir olmaları başlangıçta sadece bir potansiyel oluşturmaktadır. Ancak erişimin gerçekleşmesi ile bu potansiyel aktif hale gelmektedir. Bu durum fiil yerinin tespiti açısından *erişim yerinin* dikkate alınıp alınmayacağı tartışmasını yaratmaktadır. Doktrinde WWW erişimlerinde veya FTP-hizmetlerinde, erişimin yapıldığı yer, yayın yeri olarak dikkate alınabileceği ileri sürülmektedir.<sup>59</sup> Bu durumda fiil yeri, öncelikle bilgilerin erişime hazır tutulduğu server'in bulunduğu yerdir. Sorumluluk doğuran fiil ise burada, erişim imkanının sağlanmış olmasıdır. Çünkü erişim imkanının sağlanması, internet'e veri aktarmanın beklenen sonucudur. Burada

<sup>57</sup> MANKOWSKI (dn.6), 262.

<sup>58</sup> MANKOWSKI (dn.6), 263; ayrıca bkz. Thomas HOEREN, *Rechtsoasen im Internet*, MMR 1998, 297-298.

<sup>59</sup> SPINLER, *Handbuch bei N. 682*; Alexander TRUNK, *Internet und Internationales Privatrecht-Anwendungsfragen des Internationalen Deliktsrecht*, IJVO 7 (1997/98), 58-68, 63; RIKLIN, *Information Highway und Strafrecht*, in: Highway 559-595 (584).



içerik sağlayıcı, verilerin erişime hazır tutulması amacıyla yükleme işlemini yaparak aktif davranmaktadır. Verilerin server'de hazır tutulması sadece yükleme işleminin bir sonucudur. Ancak bilgilerin erişime hazır tutulduğu server'in bulunduğu yerin, fiil yeri olarak kabul edilmesi, yukarıda da belirtmiş olduğumuz gerekçelerle, reddedilmiştir.<sup>60</sup>

#### dd) Değerlendirme<sup>61</sup>

Kanunlar ihtilafı hukukunda internet üzerinden işlenen haksız fiil olaylarında, hangi bağlama noktaları esas alınmalıdır? Bu sorunun cevabında öncelikle internet'in en önemli unsuru olan "dünya çapındaki etki alanı" dikkate alınmalıdır. İnternet'in bu "dünya çapındaki etki alanını" sınırlandırmak, ne bilgiyi yükleyen ve hizmeti sunan, ne de bu bilgileri bilgisayarından çağıran veya hizmetten yararlananlar için imkân dahilindedir.<sup>62</sup> Erişimin sınırlanmadığı internet kullanıcılarının bilgisi dahilindedir. Dünyanın her yerinden, internet'deki bilgilere erişim imkânı bulunmaktadır ve neticede dünyanın her yerinde kişilik (ve diğer korunan) haklarının ihlal edilmesi söz konusu olabilir. Bu nedenle, bu "zarar yeri hukuku" DÖH-ihtilaflarında daima dikkate alınması arzu edilmelidir.

İnternet'in diğer bir karakteristiği ise, verilerin çok sayıda alternatif ağlardan iletilmesidir. "Enformasyon Yöneltilme (Routing) Protokolleri" verilerin iletilmesi veya aktarılması hakkında bilgi verebilir. Ancak, DÖH için verilerin aktarımı bağlama noktası olarak bir değer taşımamaktadır. İnternet'e yüklenen veriler, yüklendiği yerden, çağrıldığı yere kadar değişik ağlardan geçmektedir. Diğer bir ifadeyle, veriler hareket halindedir (in transitu). İnternet servis sağlayıcıların veya iletişim ağlarına erişimi sağlayan aracı sistemlerin faaliyetleri de "bağlama noktası" olarak herhangi bir önem arz etmemektedir. Bunlar sadece verilerin nakledilmesinden sorumludurlar. Bu süjelerin ay-

<sup>60</sup> Bakınız II 2 b aa.

<sup>61</sup> Akademik kariyerimde olduğu gibi, bu çalışmada da fikirlerimin berraklaşması için bana ışık tutan, hocam Prof.Dr.Ergin NÖMER'e burada teşekkür etmek isterim.

<sup>62</sup> Teknik ara istasyonların, internet servis sağlayıcıların ve telefon/telekomünikasyon idarelerinin ve idari makamların da böyle bir sınırlama yetkisi bulunmamaktadır.

nı zamanda bilgilerin içeriğinden sorumlu tutulmaları -yukarıda da bahsedildiği gibi- prensip itibariyle doğru değildir. Bu sùjelerin sorumlulukları, ancak kendilerinin de zarar veren sıfatıyla hareket etmeleri halinde söz konusu olur.

Geriye iki önemli bağlama noktası kalmaktadır: *Birincisi*, haksız fiil oluşturan maddi içeriğin internet'e yüklendiği yerdir (yükleme yeri). Bu yer zarar veren kişinin mutad meskeni veya ikametgahı ile örtüşebilir. *İkincisi*, fiilin zarar verici etkisinin olduğu yerdir (zarar yeri). Bu yerde, çoğunlukla zarara uğrayan kişinin mutad meskeni veya ikametgahı bulunmaktadır. Fiil yeri ile zarar yerinin ayrı düşmesi halinde, ders kitabında yer alan kurşun ve mektup örneklerin yerini, e-mail yolu ile kişilik haklarını ihlal eden içeriğin gönderilmesi ve bir şirketin web sitesindeki haksız rekabet örnekleri alabilir. Çünkü internet üzerinden işlenen haksız fiiller genellikle "mesafe suçlarıdır". *Kanaatimizce* internet üzerinden işlenen haksız fiil sorumluluğuna, fiil yeri ile duruma göre zarar yeri hukukunun mu, yoksa en sıkı irtibatlı yer hukukunun mu uygulanması gerektiği tartışması bir kenara bırakılarak, şahsa ilişkin bağlanma noktasının uygulanabilirliği ile yersel bağlanma noktasının uygulanabilirliği arasında bir değerlendirme yapmak gerekiyor.

Yukarıdaki incelememizin sonucunda *haksız fiil yerinin* tespitinde özellikle üç bağlama noktası üzerinde durulduğunu görmekteyiz: (1). *Yükleme Yeri*; (2). *Tasarlama Yeri*; (3). *Erişim Yeri*. Şimdi, doktrinde özellikle üzerinde durulan bu bağlama noktalarının değerlendirilmesi yapılacak ve ardından kanaatimize uygun olan çözüm örneği teklif edilecektir.

Prensip olarak internet üzerinden işlenen haksız fiil sorumluluğuna fiil yeri olarak yükleme yeri hukuku uygulanmalıdır. Bu sonuca pekâlâ MÖHUK md.25 I ile gitmek mümkündür. Ancak internet'deki anonimlik ve şifreleme teknik imkanlar dikkate alındığında, fiil yeri olarak *yükleme yerinin* her somut olayda uygulanacak hukuku göstereceğinden tereddüt edilmelidir. Öncelikle bu yerin tespiti oldukça zordur. Bundan başka, yükleme yeri teknik açıdan bir öneme sahiptir. Şöyle ki, internet'e *bağlantı bulunan her yer* yükleme yeri olabilir. Ayrıca, internet üzerinden gerçekleştirilen zararların sorumlularının tespit edilmeleri mümkün olduğu hallerde<sup>63</sup>, yükleme yerinin önemi-

63 Politik organizasyonların (cyber angels) veri tabanları zarara uğrattıklarını

ni yitirmekte olduğu da dikkate alınmalıdır. Burada yükleme yerinin çoğu kez tesadüfi bir karakter taşıdığı da belirtilmelidir. Bu nedenle, yükleme yerinin tespit edilemediği durumlarda, yardımcı kriterlerin dikkate alınması zorunluluğu bulunmaktadır. Her ne kadar doktrin- de, zararlı içeriğin tasarlandığı (planlandığı) yerin de dikkate alınma- sı görüşü ileri sürülse de, bu görüşün hukuki açıdan eleştiriye maruz kalacağından hiç şüphe duymamak gerekir. Bir kere, haksız fiil oluş- turan bir içeriğin tasarlanmasının, bunun dış aleme yansıtılmadığı sürece, hiçbir yaptırımını bulunmamaktadır.

*Kanaatimizce*, haksız fiil niteliğine sahip olan içeriğin yüklendiği yer *tespit edilemediği* hallerde, "özgün bağlama kuralının" esas alınması savunulabilir. Bu kurala göre, haksız fiil niteliğine sahip olan içeriğin server'e yüklendiği yer ile zarar verenin ikametgah veya mutad mes- keninin örtüştüğü, karine olarak kabul edilmelidir. Uygulamada fail- lerin haksız fiil niteliğine sahip olan içeriği kendi ikametgahlarında veya mutad meskenlerinde server'e yüklemekte olduklarını görmek- teyiz. Tabii bunun aksi ispat edilebilir. MÖHUK md. 25 hükmü ile "öz- gün bağlama kuralını" bağdaştırmak mümkün değildir, fakat ileride yapılacak kanun değişikliklerinde bu kuralın dikkate alınması, yuka- rıda belirttiğimiz gerekçelerle, uygun olabilir.

İnternet üzerinden işlenen haksız fiilden doğan borç ilişkisi ile *daha yakın irtibatlı bir hukuk* tespit edilebiliyor ise (MÖHUK md. 25 III), tabii bu yer hukukunun uygulanmasına gidilir. İnternet üzerinden iş- lenen haksız fiillerde tercihen taraflar arasında müşterek milli hu- kuk, ikametgah veya mutad mesken hukuku, daha yakın irtibatlı hu- kuk olarak, uygulanır. Ancak, zarar veren şahsın ve haksız fiile ma- ruz kalanın ikametgah veya mutad meskeninin bulunduğu yer huku- ku da en sıkı irtibatlı hukuk olarak dikkate alınabilir. Taraflar arasın- da önceden bir hukuki ilişki bulunduğu hallerde, anılan ilişkinin tâbi olduğu hukukun, haksız fiile de uygulanması için, taraflar arasında özel ilişki bulunmalıdır ve haksız fiil ile bu özel ilişki arasında irtibat kurulabilmelidir.<sup>64</sup>

Son olarak da, verilere *erişim yerinin*, fiil yeri olarak dikkate alınıp

kabul etmeleri veya kürtaja karşı çıkan Amerikalı grubun, web-sitelerinde haksız kullandıkları resim veya bilgiler sebebiyle tazminatla sorumlu tutul- maları örneğinde olduğu gibi.

64 TEKİNALP (dn.28), 323.

alınmayacağı değerlendirilmelidir. Bu soru, prensip olarak olumsuz yanıtlanmalıdır, çünkü zarar veren şahıs, yükleme işleminden sonra kullanıcının bilgiye erişimi üzerinde artık bir etkiye sahip değildir. Verilere her zaman, her yerden erişim imkânının bulunduğu, zarar verenin bilgisi dahilindedir.

Uygulanabilirlik ve öngörülebilirlik açısından "özgün bağlama kuralı" belirli avantajlara sahiptir. Çünkü haksız fiil sorumluluğu, sadece hukuka aykırı davranışın özünün bulunduğu yer hukukuna göre değerlendirilmelidir. Böylece sadece tek ülke hukukunun uygulanması da sağlanmış olmaktadır.

Hukukun fail tarafından önceden bilinmesi ve dolayısıyla hukuki kesinlik ve güvenliğin sağlanması açısından ise herhangi bir sorunun bulunduğunu düşünmemekteyiz. Klasik haksız fiil sorumluluğunda, failin eyleme girişirken, bu eyleme giriştiği yerde geçerli olan hukuk kurallarını dikkate aldığı doğrudur. Fakat internet üzerinden işlenen haksız fiillerde bu prensibin geçerli olacağını düşünmemekteyiz, çünkü fail hukuka aykırı içeriğin internet üzerinden dünyanın herhangi bir yerinden çağrılmasının ve dolayısıyla zararların doğmasının mümkün olduğunu bilmektedir. Bu nedenle, fail tarafından hukuka aykırı davranışın, sonuçlarını doğurduğu ülkelerde de bir haksız fiil sorumluluğunu doğurup doğurmayacağı meselesinin cevaplandırılmış olması gerekmemektedir.

### c) İnternet'de "Zarar Yeri"

#### aaa) Genel Prensip

Haksız fiillerde zarar yeri, hukuki değeri olan bir varlığın doğrudan ihlal edildiği yerdir,<sup>65</sup> veya diğer bir ifadeyle, hakkın konusu olan varlığın bulunduğu mahaldir.<sup>66</sup> Ya da hukuken korunması gereken menfaatin ihlali nedeniyle "sonucun ortaya çıktığı yer"<sup>67</sup> dir. İnternet üze-

<sup>65</sup> Gerhard KEGEL, *Internationales Privatrecht*, 7. Auflage, 540; J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, Tübingen 1994, 442; BGE 113 II 479.

<sup>66</sup> NOMER (dn.30), 278. NOMER, zarar yerinin, "sorumluluğun belirleyicisi, hukuki değer taşıyan bir varlığın zarara uğramasıdır" şeklinde de ifade etmiştir, 279.

<sup>67</sup> TEKİNALP (dn.28), 316.

rinden işlenen haksız fiillerde zarar yeri, kullanıcının (user) bilgilere eriştiği (veya çağırdığı) yerdir.<sup>68</sup> İnternet'e aktarılan bilgilere kural olarak dünyanın her ülkesinde erişim imkânı bulunduğu için, zarar teorik olarak dünyanın her yerinde doğabilir, hatta bu zarar aynı anda birçok yerde de doğabilir.<sup>69</sup>

Milletlerarası haksız fiil hukukunda zarar yerinin tespitinin bu şekilde kabul edilmesi, ceza hukukundaki (yabancılik unsuru içeren hukuki olaylarda) zarar yerinin tespiti ile paralellik göstermektedir. Gerçekten de ceza hukukçularına göre suç, suç içerikli yayının izlenebildiği her ülkede işlenmiş olarak kabul edilmektedir.<sup>70</sup> Zarar yerinin tespitinde de, web (veya Usenet) server'lerin fiziksel konumları dikkate alınmamalıdır<sup>71</sup>, çünkü bunlar hukuki değer taşıyan varlığın zarara uğramasında esaslı bir fonksiyona sahip değildir. Bu itibarla, kullanıcının bilgilere doğrudan yabancı kaynaktan ulaşması ile ülke içerisinde bulunan ara server'den erişmesi arasında bir ayırım yapmanın da her hangi bir ehemmiyeti bulunmamaktadır.<sup>72</sup> Zarar yeri, daha çok *kullanıcıya göre* tespit edilmektedir.<sup>73</sup> Gerçi yukarıda sayılan teknik donanımlar aranan bilgiye erişimi sağlamaktadır. Bu açıdan bakıldığında, bunlar korunan hukuki varlığın zarara uğramasına katkıda da bulunmaktadırlar. Ancak söz konusu zarar, korunan hukuki varlığın bulunduğu yerde, bilgiye ulaşılmasıyla doğmaktadır. Bilgilerin "*erişilebilir*" olması, bunlardan yararlanılmadığı müddetçe, kanunlar ihtilafı hukuku açısından herhangi bir öneme sahip değildir.<sup>74</sup>

68 LG Berlin 21.5.1996, AfP 1996, 405; NJW-CoR 1997, 229 (230); KG 25.3.1997, NJW 1997, 3321=WM 1997, 2376 (2378) = CR 1997, 685; LG Düsseldorf 4.4.1997, WM 1997, 1444 (1446).

69 Bu çeşit "multistate- haksız fiiller" için bakınız, KEGEL (dn.61), 541.

70 Sulhi DÖNMEZER/Sahir ERMAN, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C:I, 12.Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 1997, 246.

71 Bilginin geçtiği (gateway) bilgisayarın veya bilgiyi yönlendiren (router) bilgisayarın bulunduğu yer gibi, web-sayfasının kaç kişi tarafından ziyaret edilmiş olduğu (reyting) da, sonuç yerinin tespiti açısından önemli değildir.

72 RIKLIN (dn.59), 581 vd.

73 BACHMANN (dn.41), 183.

74 MANKOWSKI (dn.6), 269; aksi fikir için bkz. BACHMANN (dn.41), 184; Nina DETHLOFF, *Marketing im Internet und Internationales Wettbewerbsrecht*: NJW 1998, 1596-1603, 1600.

*bbb) Literatürde yer alan görüşler*

*HEINI*, uygulanacak hukukun tespitinde, sadece *ilk zarar yerinin* esas alınması gerektiğini savunmaktadır.<sup>75</sup> Ancak internet üzerinden işlenen haksız fiillerde ilk zarar yerinin neresi olduğu meselesi cevaplandırılmaya muhtaçtır. İlk zarar yerinin, söz konusu bilgilerin ilk defa herhangi bir üçüncü kişi için *erişilebilir* olduğu ve böylece aleniyet kazandığı bilgisayarın bulunduğu yerin olduğu savunulmaktadır.<sup>76</sup> Bu görüşe göre, söz konusu yer, World Wide Web'de, Web-server'in bulunduğu yerdir. Usenet'de ise bu yer, bilgilerin ilk kez News-server'e ulaştığı yerdir. Sadece elektronik posta yolu ile işlenen haksız fiillerde, ilk sonuç yerinin tespiti bazı zorluklar doğurmaktadır. Aslında bu yer, bilgilerin üçüncü şahıs tarafından okunması için aktarıldığı ilk mail-server'in bulunduğu yerdir. Ancak bu yerin genelde tespit edilememekte olduğunu da belirtmek isteriz.

Bu açıdan bakıldığında, (ilk) zarar yerinin tespiti konusunda, internet üzerindeki bilgilere (hangi ülkeden erişilirse erişilsin) *gerçekte* erişilmiş olup olmadığının önemli olmadığını söyleyebiliriz. Bilgilerin server'den çağrılması, özellikle zararın doğması şeklinde etki gösterir. Ancak yukarıda savunulan görüşe göre bu durum kanunlar ihtilafı hukuku açısından bir önem taşımamaktadır.<sup>77</sup> Server'e herhangi bir üçüncü kişinin yönelebileme imkanının bulunmasıyla "*terimsel aleniyet*" oluşmaktadır. Deyim yerinde ise, bu "soyut" aleniyet, server'in bulunduğu yerde oluşmaktadır. Tabii bilgilerin değişik ülkelerden çağrılması sonucunda ilgili ülkelerde "somut aleniyet" in gerçekleştiğinden de bahsedilmektedir. Yani her somut olayda şartların gerçekleşmesiyle, başka zarar yerlerinden de bahsedilmesi mümkündür.

Ancak bu anlayışa göre, sadece ilk sonuç yerinin, uygulanacak hukuk açısından esas alınacağı reddedilmelidir, çünkü bu durumda zarar yeri gibi, fiil yerinin ve böylece uygulanacak hukukun da uygun internet

<sup>75</sup> HEINI, *IPRG Kommentar*, Art. 133, N 10. Aynı görüş, haksız fiil olaylarında mahkemelerin milletlerarası yetkisinin tespitinde de ileri sürülmüştür, bakınız EuGH 19.11.1995 Antonio Marianari v. Lloyds Bank plc. ve Zubaidi Trading Company, Rs.C-364/93 (=EuZW 1995, s. 765 vd.).

<sup>76</sup> ROSENTHAL (dn.2), 7.

<sup>77</sup> Zararın doğduğu yer mutlaka zarar yeri ve böylece bağlama noktası olarak bir önem taşımamaktadır, UMBRICHT (dn.33), Art. 129 N 17; KROPHOLLER (dn.65), 443.

sisteminin seçimi sonucunda (en azından World Wide Web ve Usenet'de) tamamen zarar verenin elindedir.

İnternet üzerinden gerçekleşen ve bir çok zarar yerinin söz konusu olduğu haksız fiil olayında, prensip olarak her zarar yerinin<sup>78</sup> bağlama noktası olarak dikkate alınabileceği görüşü bir an kabul edilse bile, zarar veren, her zaman, tek mil zarar yeri ülke hukuklarını dikkate almak mecburiyetinde olmamalıdır. *Rosenthal*, İsviçre IPRG Md. 133 Fıkra 2 hükmünü şu şekilde yorumlamaktadır: haksız fiil talepleri, "zararın, fiilin ika edildiği ülkede *de* doğmaması şartıyla, zarar yeri ülke hukukuna tabidir.<sup>79</sup> Fiil yeri, web veya ilk Usenet server'lerin yerleri ile aynı ise, zarar yeri ile fiil yeri (söylenenlere göre) örtüşmektedir ve fiil yeri ülke hukuku (diğer zarar yerleri dikkat dışı bırakılarak) esas alınmalıdır.<sup>80</sup> İnternet'de fiil yerinin tespit edilememesi mümkündür. Bu durumlarda zarar yerinin uygulanması gündeme gelmektedir.<sup>81</sup>

Literatür'de zarar yeri olarak, hukuken korunan kişinin malvarlığının bulunduğu yerin kabul edilmesi, ileri sürülen görüşler arasında yer almaktadır<sup>82</sup>. *Thomann*, bu görüşün kabul edilmesini, hile yapılmasına müsaait olması sebebiyle reddetmektedir.<sup>83</sup> Hukukçuya göre zarar yeri, zarara uğrayan şahsın ikametgah yeridir. Ancak bu durumda, hukuki değeri olan varlığın ihlal edildiği yere değil, zararın doğduğu yere bağlanılmaktadır. Gerçi zarar yeri ile hukuki değerin ihlal edildiği yer örtüşebilir, ama örtüşmeme ihtimali de dikkate alınmalıdır. Milletlerarası ağda bu yerlerin örtüşmeme ihtimali daha fazladır.

78 Burada İsviçre IPRG Art. 133 Fıkra 2 gibi bir alternatif bağlamanın mı yoksa kümülatif bağlamanın mı söz konusu olduğu haksız fiile bağlıdır, ROSENTHAL (dn.2), 7, dipnot 40. Ancak karşılaştır KEDEL (dn.65), 541.

79 ROSENTHAL (dn.2), 7.

80 ROSENTHAL (dn.2), 7.

81 Örneğin Web-Server'in veya ilk kullanılan Usenet-Server'in yeri tespit edilemiyor veya tespit edildiği halde bu yerler fiil yerleri değil ise, zarar yeri esas alınabilir. Felix H. THOMANN, *Freie Fahrt oder Verkehrssignale auf dem Informations-Highway?*, Aktuelle Rechtsfragen 1996, Liber amicorum Theodor Bühler, Zürich 1996, 184-200, 190.

82 UMBRICHT (dn.33), Art.133, N.11.

83 THOMANN (dn.81), 191 vd..

*Rosenthal*, zararın bir hukuki varlığın ihlal edilebilme imkanının bulunması halinde değil, hukuki varlığın gerçekten ihlal edilmesi halinde doğduğunu kabul etmektedir.<sup>84</sup> Zarar yeri olarak hangi ülkelerin söz konusu olacağı, haksız fiilin cinsine ve de şartlara bağlıdır.<sup>85</sup> Örneğin bir kişi internet üzerinden belirli bir şehrin otopark otomatiklerinin nasıl kırıldığına ilişkin bir kılavuz açıklıyor ise, sonuç yeri olarak sadece söz konusu şehir ve çevresi dikkate alınabilir. Buna karşılık kılavuz, Visa veya Mastercard şifrelerinin ele geçirilmesine ilişkin ise, dünya üzerindeki bütün ülkeler zarar yeri olarak dikkate alınabilir. Aynı şekilde, web-server'den onur kırıcı bir içerik açıklanıyor ise, sonuç (zarar) sadece onuru kırılan şahsın tanındığı yerlerde doğacaktır. Bunun hangi yer olduğu ise, kolayca tespit edilir. Söz konusu onur kırıcı beyanatlardan bilgi edinilip edinilmediği ise önemli değildir.<sup>86</sup>

Doktrinde<sup>87</sup> sonuç yerinin bağlama noktası olarak hiç dikkate alınmaması gerektiği fikri ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, internet'e bilgi aktaran kişiler, prensipte bilgilerine erişim imkânının bulunduğu bütün ülke hukuk düzenlerini dikkate almak zorunluluğu ile karşı karşıya kalmaktadırlar. *Kanaatimizce* dünya çapında etki alanına sahip olan bir iletişim sisteminden faydalanan fail, hukuka aykırı fiilinin sonuçlarına katlanmalıdır.

#### d) Değerlendirme

"Özgün bağlama"nın dezavantajı, uygulanacak hukukun zarar verenin çevresi ile sınırlandırılmış olmasıdır. Ancak, doğrudan etkilenen hukuki değer, ihlale uğradığı an muayyen bir yere inhisar ettirilmesi mümkün ise, bu şüphelere yer yoktur. Zarar yeri, genellikle zarara uğrayan kişinin mutad meskeni veya ikametgahı olacaktır. Zarar yerine bağlanmada da, *kanaatimizce* erişimi mümkün kılan ara istasyonlar önemli değildir, meğer ki kendileri de veri tabanlarına yapılan müdahale sonucu veya erişimin sağlanması sebebiyle zarara uğrasınlar.

<sup>84</sup> ROSENTHAL (dn.2), 8.

<sup>85</sup> ROSENTHAL (dn.2), 8.

<sup>86</sup> Basın yoluyla işlenen kişilik haklarının ihlalinde de, şahsın tanındığı ilgili ülkede gazetenin dağıtılmış olması yeterlidir, hukuka aykırı içeriğin birileri tarafından okunmuş olmasının ispatına gerek yoktur.

<sup>87</sup> MANKOWSKI (dn.6), 270 vd.



Burada özellikle, internet üzerinden işlenen haksız fiillerde, zarara uğrayan kişinin hukuki değerlerinin aynı zamanda başka hukuk düzenleri tarafından da korunup korunmadığı, korunuyorsa nasıl korunduğu ve bu hukuk düzenlerinin zarar yeri olarak dikkate alınıp alınmayacağı üzerinde durulması gerekiyor. İnternet üzerinden işlenen haksız fiillerin çoğunda zarar birden fazla ülkede doğmaktadır; böylece sadece mağdurun hukuka aykırı bilgilere kendi bilgisayarından eriştiği yer, zarar yeri olarak kabul edilmemelidir. Erişim yerinin dışında da, zarara uğrayan için mağduriyet söz konusu olabilir. Aca- ba bu durumda, zarar veren dünya çapında davalı konumuna gelip, bir çok hukuk düzeninin uygulanması söz konusu olur mu? Bu risk zarar verene yüklenebilir mi? Prensip olarak bu sorulara olumlu ce- vap verebiliriz. Şöyle ki, zarar veren dünya çapında etkiye sahip olan bir iletişim sisteminden yararlanmaktadır. Her kim internet'e kişilik haklarının ihlali sonucunu doğuracak veri yüklüyor ise, karşısında hukuka aykırı içerikten haberdar olacak (dünya çapında) bir toplulu- ğu bulacaktır. Her kim, virüs içeren arama programı yazıyor ise, bir çok kullanıcıya zarar vermek amacını taşımaktadır. Her kim veri ta- banına müdahale ediyor ise, sadece bu bilgilerin yeniden oluşturul- ması gerektiğini değil, aynı zamanda bu bilgilere artık hiç kimsenin erişemeyeceğini de bilmektedir.

Zarara uğrayan kişi, inandırıcı bir biçimde, ikametgah yerinin dışın- da da zarara uğradığını *ispatlamalıdır*. Ancak bu şekilde yan yana bir çok hukukun uygulanmasına engel olunabilir. Çünkü zarar yerinin tespitinde, zarar yeri ile somut korunan hukuki değer arasında *asga- ri bir ilişkinin* bulunması mutlaka aranmalıdır. Zarar bir çok yerde doğmuş ve bunlar da zarara uğrayan tarafından ispatlanmış ise, bir çok hukuk düzeninin uygulanması söz konusu olabilir. Fail tarafın- dan söz konusu olan bu dezavantaj ise göze alınmalıdır. Ancak bura- da zararların tazmini taleplerini bir bütün olarak tek ülke hukukuna (örneğin en sıkı irtibatlı yer hukuk olarak, mağdurun ikametgah ve- ya mutad mesken hukukuna) tabi tutmak da düşünülebilir.

Bütün bu anlatılanların sonucunda, internet üzerinden işlenen hak- sız fiillere uygulanacak hukuk hakkında şu söylenebilir: Fiil yerinin şahsın hareketlerini esas alan bir bağlama noktası olması sebebiyle, her zaman fonksiyonel değildir. Bu nedenle haksız fiilin sonuçları fiil yerinin dışında doğuyor ise, MÖHUK md. 25 II'ye uygun olarak, zarar yeri hukuku uygulanmaktadır. İnternet üzerinden işlenen haksız fiil

sorumluluğunda zarara uğrayanın menfaatlerinin hukuken koruma altına alan *zarar yeri* hukuku (yükleme yerinin aksine) daha kolay tespit edilebilmektedir ve zarara uğrayana en yakın olan hukuktur, çünkü bu yer mağdurun kendisini güvende hissettiği hukuktur. Kısaca, mağdurun menfaati ve delillere yakınlık esasları, zarar yerinin uygulanmasını kolaylaştırmaktadır. Zararın tamamı, zarar yerinde talep edilebilmelidir.

### III. İnternet'e Özgü Somut Haksız Fiil Çeşitleri

Bazı fiiller doğrudan doğruya internet'in işleyişi ve yayıncılığı ile ilgilidir. Buna göre internet'deki bir yayını bozmak, yayının anlamını değiştirecek eklemeler yapmak, yayını etkisiz hale getirmek, bir takım elektronik şifreler ile bilgisayarı çalışamaz hale getirmek, virüs bulaştırmak gibi eylemler bu tür hareket tarzlarının bazı örneklerini teşkil edebilmektedir.<sup>88</sup> Bu özel haksız fiil çeşitlerinde, fiil yerinin ve zarar yerinin saptanmasında bazı zorluklarla karşılaşmaktadır.

#### 1. İnternet Alan Adı'nın (Domain Names) korunması

Bilindiği üzere ağda bilgisayarlar arasında iletişim, İnternet Protokolü (IP) denilen ve rakamlara dayalı olan adresler aracılığı ile yapılmaktadır. Ancak bizler daha anlaşılabilir sözcükleri tercih etmekteyiz. Bu nedenle bu sayısal adresler alan adlarına dönüştürülmüştür. İnternet alan adları, int, com, net, mil, org, edu, gov alan ismi ile, ülke kodundan oluşan adlandırma sistemine dayanmaktadır. Alan adı birinci derece ve ikinci derece alan adları olmak üzere iki dereceli bir alan adına sahiptir. Diğer bir ifadeyle, her bir internet kullanıcısının adresi anlamına gelen "alan adı" ile internet kullanıcılarına ulaşmak mümkündür. "alan adı" öncelikle "kimliği tespit etmek" fonksiyonuna sahiptir.<sup>89</sup> Çünkü alan ismi her zaman kimin, hangi adres altında hangi yöne doğru verileri yaymakta olduğu hakkında bilgileri içermektedir. Uygulamada kullanıcı adı, alan adın en önemli unsuru olarak ele alınmaktadır. Bu sebeple örneğin Alman Hukukunda öncelikle adın korunacağı, yani kişiler hukukunun uygulama alanına girdiği

<sup>88</sup> GÜRAN ve diğerleri (dn.18), s.1/4.

<sup>89</sup> Bakınız, OLG Hamm 13.1.1998, MMR 1998, 214, (215).

savunulmaktadır.<sup>90</sup> Oysa İsviçre<sup>91</sup>; Hollanda<sup>92</sup>, İngiltere<sup>93</sup> ve ABD<sup>94</sup>de kullanıcı adının korunması, Marka Hukuku üzerinden (Trade Mark), Avusturya<sup>95</sup>'da ise ayırt edici ad ve işaretler üzerinden yapılmaktadır.<sup>96</sup> Kanunlar ihtilafı hukuku açısından bakıldığında da, alan adının ihlal edildiğinde, kişilik hukuku veya marka hukuku uygulama alanı bulacaktır. Ancak burada "alan adını koruma altına alan hukuk ile ülkesellik prensibinin" nasıl bağdaştırılacağı meselesi ile karşı karşıya kalınmaktadır.

Öncelikle potansiyel olarak ihlal edilen hakkın gerçekte mevcut olup olmadığı, mevcut ise varlığının hangi hukuka göre karar verileceğine ilişkin önmelele cevaplandırılmalıdır. Yani, öncelikle ayırt edici işaret/isim üzerinde hak sahibi olan kişinin, internet adresini kendi adına tescil ettiren kişiye karşı, ismi/işareti koruyan hükümlere göre (örneğin, marka hukuku, haksız rekabet hükümleri, ticaret unvanı, iletme adı ya da kişisel adı koruyan diğer hükümlere göre) bir başvuru hakkının olup olmadığı cevaplandırılmalıdır. Ayırt edici ad ve işaretler koruma altına alınan haklardır ve geleneksel olarak ülkesellik prensibine göre koruma altına alınmaktadır.

Türk Hukukunda kişilik hakları arasında yer alan "ad"ın hukuki korumadan yararlanmasında üç meselenin cevaplandırılması gerekmektedir. Birincisi, kişi hangi isme sahiptir? İkincisi, isim üzerinde hakka sahip midir? Üçüncüsü, hangi ülke hukukuna göre isim hakkı korunmaktadır? Birinci soru gerçek anlamda bir önsorundur. Bu durumda önmelele için uygulanacak olan hukuk, ya lex fori bağlanma, ya da lex causae bağlanma ile tespit edilecektir.<sup>97</sup> Diğer iki sorunun

<sup>90</sup> MANKOWSKI (dn.6), 277; LG Mannheim 8.3.1996, NJW 1996, 2736; Detlev GABEL, *Internet: Die Domain-Namen*: NJW-CoR 1996, 322-326.

<sup>91</sup> Rolf H.WEBER, *Schutz von Domainnamen im Internet*: SJZ 92 (1996) 405-409.

<sup>92</sup> Bakınız MANKOWSKI (dn.6), dip not 315.

<sup>93</sup> Kenton K.Yee, location. Location.location, A Snapshot of Internet Addresses as Evolving Property: JILT 1997 (1) sub 7.1. <[http://elj.warwick.ac.uk/jilt/int-prop/97\\_1\\_yee/default.html](http://elj.warwick.ac.uk/jilt/int-prop/97_1_yee/default.html)>.

<sup>94</sup> Bakınız MANKOWSKI (dn.6), dipnot 317.

<sup>95</sup> OLG 24.2.1998, Öbl. 1998, 241 (242f.).

<sup>96</sup> MANKOWSKI (dn.6), 278.

<sup>97</sup> Bu konuda bakınız NOMER (dn.30), 126 vd.

çözümü ise, koruma statüsü olarak haksız fiil statüsüne göre olacaktır.<sup>98</sup> Diğer kişilik hakları bakımından ise, haksız fiil statüsü çoğunlukla kişilik haklarını koruyan statü olarak da kabul edilmektedir ve kişilik hakkının varlığına ilişkin sorunun cevabı da haksız fiil statüsüne göre cevaplandırılmaktadır.<sup>99</sup>

## 2. Hacking

Bir "Hacker", bilgisayar sistemlerini kurcalayarak tahrifatta bulunmaktadır. Hacker'ler, bilgisayar sisteminin yanlışlarını bulup çalışmadıkları durumları zevk için ortaya çıkarmaktadırlar. Bilgisayar sistemindeki bazı verileri değiştirerek veya yok ederek büyük zararlara yol açmaktadırlar. Müdahalede bulunulan bilgisayara dışarıdan giriş yapılamamaktadır. Kullanıcıya "denial of service" bilgisi verilmektedir. Bu server işlemcisini çökertecek sonuçlara götürebilir.

Kanunlar ihtilafı açısından bakıldığında, Hacking'de sonuç yerinin tespiti büyük sorun yaratmamaktadır. Sonuç yeri, veri tabanlarına müdahale edinildiği, silindiği veya diğer şekillerde etkilendiği yerdir. Bu yer, ilgili veri tabanlarının hafızaya yüklendiği veri bankasını, yani ilgili ana bilgisayarın (Hauprechner) bulunduğu yeri tanımlamaktadır.<sup>100</sup> Veri tabanları üzerinde hukuki tasarruf yetkisine sahip olan kişinin milliyeti önemli değildir. Veri tabanına müdahale kötü amaçla yapılmaktadır. Fail veri tabanlarının konumunu bulduğu gibi kabul etmelidir; daha sonra bunların konumunu bilmediğine dair açıklamanın arkasına saklanamaz.

Hacking'de fiil yerinin tespiti ise problemlidir. Hacker'ler genelde sahip oldukları çok iyi teknik bilgileri, izlerini silmek için kullanacaklardır. Hacker'in kimliği tespit edilmiş ise, hacker'in mutad meskeninin bulunduğu yerde harekete geçtiği karinesi hakimdir. Diğer bir ifadeyle, fiil yeri olarak failin mutad meskeninin bulunduğu yerin dikkate alınması mümkündür. Fiil yeri olarak "hedef bilgisayarın" bulunduğu yerin de dikkate alınması ileri sürülen görüşler arasında yer alı-

<sup>98</sup> Rolf WAGNER, *Das deutsche internationale Privatrecht bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen – Unter besonderer Berücksichtigung der Eingriffe durch die Massenmedien* (1996), 99 vd.

<sup>99</sup> BGH 3.5.1977, NJW 1977, 1590 (1591); OLG Oldenburg 14.11.1988, NJW 1989, 400; LG Heidelberg 4.12.1990, IPRax 1992, 97.

yor. Bu görüşü savunan hukukçuya göre, hacker "hedef bilgisayar" elektronik kol ile birlikte kullanmaktadır.<sup>101</sup> Kanaatimizce de bu görüş tutarsızdır, çünkü zarar verici değişiklik başka bir yerden yapılmaktadır.<sup>102</sup>

### 3. Virüs Yüklenmesi

İnternet'e yüklenen virüsler, verilere ve dolaylı olarak mallara yapılan haksız bir tecavüzdür. İnternet üzerinden bulaştırılan virüsler, internet yoluyla yayılmaktadır ve sistemde saklanan bilgilere, sistemin donanımlarına ait bilgileri tutan ve ana donanımın bir parçası olan BIOS'a zarar vermektedir. Virüslerin yüklenmesi, uygulanacak hukuka göre bir haksız fiil teşkil etmektedir.

Kanunlar ihtilafı hukuku açısından virüslerin yüklenmesi prensipte Hacking'deki esaslara göre çözümlenmektedir. Bu esas en azından sonuç yerinin tespiti açısından geçerlidir. Virüslerin yüklenmesinde sonuç yeri, zarar gören veri tabanının bulunduğu yerdir.<sup>103</sup>

### 4. Cookies

Çerez (Cookie), kullanmakta olduğumuz internet gezginimize (browser) (Netscape Navigator, Microsoft Explorer vs.), gezinmekte olduğumuz web sitelerinin server'leri tarafından gönderilen bilgi paketleridir. Bu bilgiler bizim hangi ülkeden geldiğimizden, hangi tarihte hangi sayfaları (sadece o sunucudaki) gezdiğimizize, eğer daha önce o siteyi ziyaret ettiysek bizim web sunucu tarafından tanınmamıza kadar olabilecek küçük bilgiciklerden ibarettir.

Kanunlar ihtilafı hukuku açısından, cookies'in yerleştirilmesine ilişkin kararın verildiği yer, cookies'lerle web siteleri arasında bağlantı-

<sup>100</sup> ROSENTHAL (dn.2), 1346; TRUNK (dn.59), 62 vd. ; MANKOWSKI (dn.6), 281. Alternatif bağlanma olarak verilerin sosyal içeriği ileri sürülmektedir. Bu durumda verilerin tasarruf yetkisine sahip olan kişiye aidiyeti ve normatif olarak onun ikametgahı esas alınmaktadır, TRUNK (dn.59), 63.

<sup>101</sup> TRUNK (dn.59), 63.

<sup>102</sup> MANKOWSKI (dn.6), 281.

<sup>103</sup> MANKOWSKI (dn.6), 282.

nın kurulduğu yer ve cookie'lerin yerleştirildiği yer, fiil yeri olarak kabul edilebilir.<sup>104</sup> Zarar yeri ise verilere ulaşıldığı yerdir.<sup>105</sup>

### 5. Yabancı E-Mail'lerin Yakalanması

Normal mektuplarda olduğu gibi, E-Mail'ler de bazen 3.kişiler tarafından, bazen sadece içeriği hakkında bilgi almak, veya içeriğin değiştirilmesi ve hatta tamamen silinmesi amacıyla ele geçirilmektedir.<sup>106</sup> Fiil yeri, E-Mail'i ele geçirmek isteyen kişinin faaliyette bulunduğu yerdir. Aynı zamanda haksız olarak e-mail'in hafızaya alındığı yer de fiil yeri olarak dikkate alınmalıdır.<sup>107</sup> Belirli bir yer tespit edilmekte ise, (örneğin müdahalenin gerçekleştirildiği bilgisayar tespit edilebiliyor ise), o yer de fiil yeri olarak dikkate alınmaktadır. Sonuç yeri olarak burada zarar veren kişinin mutad meskeninin bulunduğu yerin esas alınması savunulmaktadır.<sup>108</sup> Çünkü elektronik postada, adresine gönderilenin (kabul edenin) elektronik postayı açmasıyla zarar meydana gelmektedir.<sup>109</sup>

## IV. Sonuç

İncelememizin sonucunda hukukçuların büyük bir kısmının, internet ile ortaya çıkmış olan veya internet tarafından yaratılmış olan internet'deki hukuki sorunlara, internete özgü olmayan genel düzenlemeler ile yaklaşmaya daha çok çaba göstermekte olduğunu görüyoruz. *Kanaatimizce* de, geleneksel kanunlar ihtilafı hukukunun bağlama kuralı teknikleri ile, internet üzerinden gerçekleştirilen haksız fiil olaylarının çözüme kavuşturulması pekala mümkündür. Ancak hemen belirtmem gerekir ki, internet haksız fiil olaylarında da taraflara "hukuk seçimi" imkanının tanınması yerinde olacaktır. Ancak tekniğin, elektronik hukuk seçiminin yapılmasına ve geçerliliğine bir engel teşkil etmeyecek biçimde yapılandırılması da arzu edilmektedir.

104 MANKOWSKI (dn.6), 283.

105 MANKOWSKI (dn.6), 283.

106 TRUNK (dn.59), 65, N.20.

107 KRONKE (dn.37), 70.

108 TRUNK (dn.59), 65; KRONKE (dn.37), 70.

109 NOMER (dn.30), 279, dn.162a.

Netice itibariyle şu sonuçlara varılmıştır:

1. İnternet sadece teknik bir sistem değil, aynı zamanda sosyal bir sistemdir. Her sosyal yapı gibi internet de kendine has unsurlara, yapıya ve "kültüre" sahiptir.
2. Ne milli, ne de milletlerarası alanda ayrı bir hukuk dalı olarak "internet hukuku" bulunmaktadır. Ancak bu alana ilişkin milletlerarası sözleşmeler, model kanunlar, direktifler gelecekte bir yeknesaklık sağlayabilir.
3. Elektronik iletişim teknolojilerinin hızlanması ve kolaylığı ileride internet kullanımını daha da arttıracaktır. Bu durum milletlerarası özel hukuk problemlerinin sayısını arttırarak, devletler özel hukukunun daha da önem kazanması sonucunu doğuracaktır.
4. Milletlerarası haksız fiil hukukunda, internet'in şifreleme ve anonimlik teknik imkanlarının da dikkate alındığında, *yükleme yerinin*, fiil yeri hukuku olarak, her olayda uygulanacak hukuku göstereceğinden tereddüt edilmelidir. Kanaatimizce *özgün bağlama* olarak da ifade edilebilecek kurala göre, haksız fiil niteliğine sahip olan içeriğin server'e yüklendiği yer ile zarar verenin ikametgah veya mutad meskeninin örtüştüğü, *karine* olarak kabul edilebilir.
5. İnternet üzerinden işlenen haksız fiilden doğan borç ilişkisi ile daha yakın irtibatlı bir hukukun tespit edilmesi mümkün ise, bu yer hukukunun uygulanmasına gidilmesi mümkündür. İnternet üzerinden işlenen haksız fiillerde zarar veren şahsın veya haksız fiile maruz kalanın ikametgah veya mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku, daha yakın irtibatlı hukuk olarak esas alınabilir.
6. Sonuç yerine bağlanma, internet üzerinden işlenen haksız fiil failini prensip olarak dünya çapında davalı konumuna sokmaktadır ve bir çok hukukun uygulanması ihtimalini gündeme getirmektedir. Ancak burada zarar gören şahsın, hukuki menfaatinin ikametgahının bulunduğu yerin dışında da ihlal edildiğini kabul edilebilir şekilde ispat etmelidir.
7. İnternet üzerinden işlenen haksız fiillerde, sonuç yeri kanunları olayla ve taraflarla asgari bir ilgi içinde bulunmalıdır.