

SANAL ORTAMDA TELİF HAKLARINA UYGULANACAK HUKUK

Nazlı TÖRE

I. SANAL ORTAM VE TELİF HAKLARI

A. SANAL ORTAMIN TANIMI VE NİTELİĞİ

Günümüzde, Amerika dışındaki ülkelerde henüz sanal ortamın (Internet) hukuki bir tanımı yapılmamıştır. Ancak, sanal ortam (Internet) denildiği vakit, en geniş anlamı ile, milyonlarca bilgisayarın on-line hizmet sunucular gibi çeşitli vasıtalarla birbirine bağlandığı elektronik bir ortam anlaşılır.¹ Bu ortamda kişiler, fiziksel yakınlık ve temas olmaksızın iletişim kurabilmekte ve bilgi alışverişinde bulunabilmektedir.

Sanal ortam, aslında, dünya bilgi ağlarının tamamı değildir ve fakat dünya çapında çok sayıda bilgisayara ve bilgisayar ağlarına bağlantı kurabilen ve bunu dünya çapında kabul edilen bilgi ağları protokolüne (TCP/IP)² bağlı olarak, özel bir ağ mimarının tanınması vasıtasıyla gerçekleştirerek bilgiye erişim sağlayan bir bilgi ağıdır.³

Sanal ortamı (Internet) “siberuzay” olarak da adlandırmak mümkündür.⁴

¹ Akipek, Ş./ Dardağan, E., “Sanal Ortamda Telif Hakları”, *BATİDER*, c. 21, Ankara, 2001-2002, s. 47.

² Transmission Control Protocol/ Internet Protocol.

³ Kaplan, Y., “İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk”, Ankara, 2004, s. 33.

⁴ “Bu terim ilk olarak, 1980’lerin başında William Gibson tarafından yazılan ve bir bilim kurgu romanı olan “Neuromancer” isimli eserde kullanmıştır. Burada siberuzay, fiziksel bir ortam olarak görünen ve hissedilen, ama aslında, soyut veriyi temsil eden bilgisayar temelli,

Siberuzayda, insanlar arasında fiziksel yakınlık ve temas gerektirmeyen iletişim ve bilgi alışverişi bilgisayar ağları vasıtasıyla gerçekleştirilmektedir. Esasen, siberuzay, bu iletişimi ve bilgi alışverişini sağlayan birden fazla bilgisayar ağından oluşmaktadır. Söz konusu ağlardan her biri, münferiden birbirinden farklı çok sayıda hükümet, üniversite ve ticari Internet hizmeti sunucusu tarafından finanse edilmekte ve yönetilmektedir. Bir kullanıcı, Internet'e erişim için, her şeyden önce bir Internet hizmeti sunucusuna bağlanmak zorundadır. Internet hizmeti sunucusu, kullanıcıya bölgesel ağlar (regional networks) üzerinden yahut yüksek kapasiteli ağlar (high capacity networks-backbones) üzerinden Internet'e erişim sağlar.⁵

Bugün için, bir bilgisayar ağı olan Internet'in fiziki sınırlarını tespit etmek mümkün değildir. Zira kullanıcılar, Internet hizmet sunucularının erişimini sağladığı ağlar üzerinden tüm dünyayla iletişim kurabilmektedir. Internet'e giren her bilgisayarın bir "Internet Protokol" (IP) numarası vardır. Bu IP numaraları bilgisayarın kimliği niteliğinde olup, hangi bilgisayarla Internet'e girildiğinin tespit edilmesini kolaylaştırır. Internet erişiminin sağlanması, verileri depolama kapasitesine sahip ve birbirleriyle bağlantı halinde bulunan binlerce sanal depo (host provider) tarafından temin edilmektedir. İşte, bu sebeple, Internet'in merkezi bir yönetiminin veya sahibinin bulunduğundan söz etmek mümkün değildir.⁶ Internet, ilk olarak, ileride meydana gelebilecek (müstakbel) bir felakete karşı, askeri bilgi, belgelerin yok olmaması ve askeri haberleşmenin sağlanması fikrinden yola çıkılarak geliştirilmiştir.⁷ Internet, 1969 yılında, ABD'de Amerikan hükümetinin yetkisi ve desteği sonucunda, ARPA⁸ tarafından askeri amaçlarla ve üniversitelerde kullanılmak üzere kurulmuştur.⁹ Ticari on-line hizmet sunucular da bunun tüm dünya için erişimini hızlandırmıştır. Bugün için, dünya üzerinde bir milyardan fazla insanın Internet kullanıcısı olduğu tahmin edilmektedir.¹⁰

sanal bir ortam olarak tanımlanmıştır. Bu ortam genel anlamda bilgisayar ağının oluşturduğu bir iletişim evrenini içermektedir." Akipek/Dardağan, a. g. e., s. 48.

⁵ Zizic, B., "Copyright Infringement Occuring Over The Internet: Choice of Law Considerations" (Yüksek Lisans Tezi), Ocak, 2000, s. 97-98.

⁶ Kaplan, a. g. e., s. 44

⁷ Zizic, a. g. e., s. 98.

⁸ Advanced Research Project Agency.

⁹ Akipek/Dardağan, a. g. e., s. 49; Kaplan, a. g. e., s. 33.

¹⁰ Zizic, a. g. e., s. 98.

Internet, diğer telekomünikasyon araçlarından çok daha hızlı bir şekilde bütün dünyaya yayılmıştır. Sayısal bir veriyle açıklamak gerekirse; radyonun elli milyon kişiye ulaşması 38 yıl, televizyonunki 13 yıl sürmesine karşılık; Internet'in, bu rakama ulaşması sadece 4 yıl içinde gerçekleşmiştir. Böylesine yaygın bir kullanıma sahip Internet'in ekonomik, sosyal ve hukuki boyutlarının ortaya çıkması da kaçınılmaz olmaktadır.¹¹

B. SANAL ORTAMDA TELİF HAKLARI

Internet, bir yandan, kişilerin birbirleriyle ve dünya ile olan mesafesini ortadan kaldırıp, iletişimin daha hızlı, kolay ve ucuz olmasını sağlarken, beri yandan, belki de bunun tabii bir sonucu olarak uluslararası nitelikteki telif hakları uyuşmazlıklarının artmasına vesile olmuştur. Zira, telif haklarının konusunu oluşturan resim ve metinler Internet yoluyla, yalnızca birkaç saniye içerisinde tüm dünyanın erişimine hazır hale getirilebilmektedir. Bu sebeple, Internet yoluyla yapılan telif hakları ihlalleri, dünyanın birden fazla noktasında aynı anda meydana gelebilmektedir.¹²

Bu noktada, Internet'in telif hakları üzerindeki etkisi konusunda çok çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Bir görüşe göre, Internet ortamında telif hakları ile korunmuş eserlerin kopyalanması ve yayılması konusunda getirilen alternatifler, böyle bir tartışmayı başından anlamsızlaştırmaktadır. Diğer bir görüşe göre, telif hakları, insanları bilişim toplumuna götüren yolun üzerindeki bir engeldir.¹³ Diğer bazı görüşler, telif haklarını bütünüyle demode bulmaktadır. Sözgelimi; Barlow gibi bazı medya teorisyenleri tarafından, ABD'de yeni medya iletişim araçlarına ilişkin olarak, telif hakları konusunda esaslı yeni

¹¹ Arikan, A. S., "İnternetin Fikri Haklar Üzerindeki Etkisi", Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, İzmir, 21-22 Mayıs 2001, s. 89; Özel, S., "Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Haklarının Korunması", Ankara, 2004, s. 147; Kaplan, a. g. e., s. 42.

¹² Driscoll, J. M., "It's a Small World After All: Conflict of Laws and Copyright Infringement on the Information Superhighway" U. Pa. J. Int'l Econ. L. <www.heinonline.org> 1999, s. 956.

¹³ Wittgenstein, P., "Über die negativen Auswirkungen einer Verstärkung des Urheberrechts auf die Entwicklung des Internet", UFITA 2000, s. 39 vd.; Kaplan, a. g. e., s. 61.

düzenlemeler yapılmasının gerekip gerekmediği tartışılmaktadır. Bu tartışmalardaki baskın görüş, telif haklarının, düşüncenin ve bilimsel araştırmaların serbest dolaşımı önündeki bir engel olduğu yönündedir. Yine, telif haklarının, telif haklarının korumasına giren eserlerin çoğalmasını teşvik edici fonksiyonunun işlediğine dair tereddütler de bulunmaktadır.¹⁴ Buna karşılık; diğer bir görüşe göre, İnternette telif haklarının korunması mutlaka öncelikli olarak göz önünde tutulmalıdır. Zira, uygun bir hukuki koruma olmadıktan sonra, eser sahiplerini, eserlerini İnternet ortamında yayımlamaya teşvik edecek başka bir makul vesile bulunmamaktadır.¹⁵

Kanımızca, bu görüşler arasındaki belirgin farklılık, “uluslararası toplumun bilgi edinme hakkı” ile “eser sahibinin hakları” arasında süregelen menfaat çatışmasından kaynaklanmaktadır.

Şayet, son görüşü yani telif haklarının İnternette korunması gerektiği yönündeki görüşe katılacak olursak –ki belli ölçüde katılıyoruz- bu sefer de karşımıza hangi fiillerin telif haklarını ihlal ettiği, hangilerinin telif haklarını ihlal etmediği sorusu çıkar. Bu anlamda, bir eserin sahibinin izni olmaksızın bilgisayar hafızasına alınarak kamuya açılması, bir web sitesi aracılığıyla yaygın biçimde kamuya sunulması, derleme bir eser olarak nitelendirilen bir web sitesinin kopyalanarak başka bir web sitesine aktarılmasının birer telif hakkı ihlali olduğu genel kabul görmüştür. Teknik açıdan; eser sahibinin izni alınmaksızın web sitesine dahil edilen eserin bir kullanıcı tarafından bilgisayara kaydedilmesi, yazıcı ile eserin çıktısının alınması, hatta İnternette “surf” yapılırken, eserin izinsiz olarak kamuya sunulduğu web sitesine girilmesi ve söz konusu eserin geçici olarak bilgisayar ekranında görüntülenmesi dahi ihlal olarak nitelendirilebilir.¹⁶

Gerçek bir örnekle açıklamak gerekirse; bilindiği gibi, Fransız eski Devlet Başkanı François Mitterand Ocak 1996’da öldü. Ancak, Mitterand’ın ölümünden yalnızca birkaç gün geçtikten sonra şahsi doktoru “Le Grand Secret” (Büyük Sır) adını taşıyan bir hatırat yayımladı. doktor, burada Mitterand’ın başkanlığa seçildiği ilk yıllarda kanse-

¹⁴ Bu konuda bkz. Kaplan, *a. g. e.*, s. 62.

¹⁵ Röhm, A./wilop K., “Urheberrechtlicher Schutz im Internet”, DuD 1998, s. 251; Kaplan, *a. g. e.*, s. 62.

¹⁶ Akipek, Ş./ Dardağan E., “Sanal Ortamda Gerçekleşen Telif Hakkı İhlallerine Uygulanacak Hukuk”, AÜHFHD, c. 50, S.3, Ankara, 2001, s. 120.

re yakalandığını ve başkanlığının ikinci döneminin son zamanlarında başkanlık görevlerini dahi yerine getiremeyecek kadar hasta olduğunu açıklamıştı. Böyle bir kitabın yayımlanmasını Mitterand'ın ailesi büyük bir öfkeyle karşıladı ve Fransız hukukuna göre, eski başkanın özel hayatının gizliliğine ilişkin ölüm sonrası haklarına (post mortem rights) dayanarak bir dava açtı. Davanın sonunda, mahkeme Mitterand ailesini haklı görerek, kitabın yayımının durdurulmasına karar verdi. Bu kararın ardından söz konusu kitap vakit geçirilmeksizin piyasadan toplatıldı.

Ancak, bütün kopyalar kitapçıların raflarından indirilmeden önce Fransa'da taşrada bulunan bir Internet kafenin işletmecisi, hatıratın bilgisayara aktarılmış (scan edilmiş) 190 sayfalık bir kopyasını elde etti ve bunu bir Internet sitesine yolladı. Bu olay, kuşkusuz Internet'in Fransa'daki en büyük reklamı oldu. Zira, otuz binden fazla insan aynı anda siteye hücum etti ve bu durum doğu Fransa'da telefon servisinin çökmesine neden oldu. Mitterand ailesinin ağır tehditlerine maruz kalan işletmeci, eğer bu tehditler devam ederse, rahatlıkla hatıratın metnini Fransa'daki sunucudan çıkartarak Birleşik Devletler' deki bir web sitesine yollayabileceğini bildirdi.

Bu olayda asıl telif hakkı sahibi olan ve dolayısıyla telif hakkı ihlal edilen, hatıratın yazarı doktor ile yayıncının hiçbir müdahalesi olmadı. Onlar sessizce köşelerine çekildiler. Aslında işletmecinin fiili en çok onların hakkını ihlal etmişti. Doktor ile yayıncının bu ihlale mani olmamasının temel nedeni telif hukuku değil ve fakat bizatihi içinde bulundukları politik durumdu. Onlar, zaten kitabın toplatılmasına karşı çıkarak bir anlamda haklarını korumaya çalışmışlardı. Burada en kârlı çıkan Internet kafe işletmecisi oldu. Zira, işletmeci, telif haklarını önemsemeyerek ihlal ettiği gibi; Mitterand ailesinin sansüründen de kurtulmuş oldu.¹⁷

Bir an için işletmecinin dediğini yaptığını ve Fransa'da piyasadan toplatılmasına karar verilen kitabın bilgisayara aktarılmış bir kopyasını Birleşik Devletler'deki bir web sitesine göndermiş olduğunu ve bunun da dünyanın dört bir yanındaki kullanıcılar tarafından indirildiğini varsayalım. Böyle bir durumda telif hakları ihlalinden kimi sorumlu

¹⁷ Ginsburg, J. C., "Copyrights Without Borders? Choice of Forum and Choice of Law for Copyright Infringement in Cyberspace," Cardozo Arts&Ent.L.J., <www.hei-nonline.org> ,1997, s. 153-154.

tutabiliriz? Kitabı Internet'e aktaran kişi mi, kendisine ulaşan kopyayı bir web sitesine yollayan kişi mi, bunu kullanan web sitesi mi, yoksa nihai kullanıcılar mı sorumlu olacaktır? Bu soruya cevap vermek bir hayli güçtür. Ama herhalde bu kişilerin hep birlikte bir telif hakları ihlali gerçekleştirmiş oldukları düşünüldüğünde, bunların müteselsilen sorumluluğunun gündeme gelmesi en mantıklısıdır. Yine de bunların içinde, telif hakları ihlali en az sorumlu tutulması gereken nihai kullanıcılarıdır.

Çünkü, nihai kullanıcılar bir iki tuşa basarak gerçekleştirdikleri olağan Internet işlemlerinin aslında birer telif hakları ihlali olduğundan çoğu zaman haberdar değillerdir.¹⁸ Dolayısıyla, fiillerinin sonucunu öngörme yetisini haiz değillerdir. İngiliz ve Amerikan mahkemele-ri önlerine gelen bu tür uyuşmazlıklarda, aynı mülahazalarla aslında eser sahibi ile karşı karşıya gelen tarafın kullanıcılar olmadığını; bilakis, sanal ortama erişimi mümkün kılan hizmet sunucuları olduğunu ifade etmişlerdir.¹⁹

Bu durumda, yukarıdaki kurgusal Mitterand davası bir Amerikan mahkemesinin önüne gelmiş olsaydı, Fransa'da yasaklanmış bulunan ve eski Başkanlardan François Mitterand'ın hayatını konu edinen "*Le Grand Secret*" adlı eserin bir Amerikan web sitesinde yayımlanarak, söz konusu eser üzerindeki telif haklarının ihlal edilmesine ilişkin olarak, mahkeme, bu siteye girip, eseri indiren (download eden) kullanıcıları sorumlu tutmayacaktı; aksine, bu eseri söz konusu eseri web sitesine yükleyenlerin (upload eden) sorumluluğuna gidecekti. Zaten, coğrafi olarak bulundukları yerin tespiti bir hayli güç olan çok sayıdaki kullanıcının sorumluluğuna gitmek de mantık dışı bir davranış olacaktır.

Sonuç olarak; fikir ve sanat eserlerinden sanal ortamda yararlanılması düzenleyen kuralların meydana getirilmesi ve yorumlanmasında dikkat edilecek husus; Internetteki tüm aktörlerin bu anlamda; içerik sağlayıcı eser sahiplerinin, hizmet sağlayıcı girişimcilerin ve nihai kullanıcıların karşılıklı olarak menfaatlerinin düzenlenmesi zaruretidir.²⁰

¹⁸ Zizic, a. g. e., s. 99.

¹⁹ Akipek/Dardağan, a. g. e., AÜHFD, s. 120.

²⁰ Akipek/Dardağan, a. g. e., AÜHFD, s. 121.

II. SANAL ORTAMDA TELİF HAKLARINA UYGULANACAK HUKUK

Günümüzde teknolojik gelişmeler ve Internet kullanımının yaygınlaşması, insanlar arasındaki sınırları ortadan kaldırmış ve bilgiye erişimi oldukça kolaylaştırmıştır. Bunun sonucu olarak Internette yaşanan hareketlilik ve hızlı bilgi akışı, bu alanın hukuki açıdan düzenlenmesi gerekliliğini ortaya koymuştur. Hukuki açıdan düzenlenmesi gereken alanların en başında, hiç kuşkusuz, fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar gelmektedir. Zira, günümüzde bir fikir ve sanat eseri bilgisayar ağları vasıtasıyla dünyanın bir çok yerindeki kullanıcılara, yalnızca bir iki saniye içerisinde ulaşabilmektedir. İşte; bu eylemlerin bir ihlal teşkil edip etmediğini, ihlal teşkil ediyorsa bunların yaptırımının ne olacağını, bu yaptırımın kimlere uygulanacağını çok iyi analiz etmek gerekir. Bunun için de, her şeyden önce bu eylemlere uygulanacak hukuku tespit etmek gerekir.²¹

Bilindiği üzere, dünya çapında birbirinden farklı çok sayıda fikri mülkiyet hukuku sistemi mevcuttur. Bu nedenle, Internet yoluyla gerçekleştirilen fikri hak ihlallerine (bunların tespiti ve bunlara uygulanacak yaptırımlar hususunda) bunlardan hangisinin uygulanacağı önemli bir sorundur. Bu konu her şeyden evvel “Devletler Özel Hukukunun ve Kanunlar İhtilafının” yetki alanına girer. Hangi devletler özel hukuku sisteminin uygulanacağına da, uluslararası yetkili mahkeme karar verecektir. Bu durumda uygulanacak hukukun tayininde, evvel emirde yetkili mahkemenin belirlenmesi gerekir.²² Yetkili mahkemenin tayini konumuzun sınırlarını aştığından, yetkili mahkemenin tayinine burada değinmiyoruz.

A. ÜLKESELLİK İLKESİ EVRENSELLİK İLKESİNE KARŞI

“Ülkesellik İlkesi” farklı hukuk sistemlerine sahip ülkelerde farklı anlamlara gelebildiği gibi, aynı hukuk sistemi içerisindeki farklı branşlarda da farklı anlamlara gelebilmektedir.

Uluslararası fikri mülkiyet hukukunda, ülkesellik ilkesi, fikri mül-

²¹ Akipek/Dardağan, a. g. e., AÜHFD, s. 121-122. Aynı yönde: Tydniouk, A., “From Itar-Tass to Films by Jove: The Conflicts of Laws Revolution in International Copyright”, Brook. J. Int’l L. <www.heinonline.org>, 2003-2004, s. 899.

²² Kaplan, a. g. e., s. 167.

kiyete konu olan bir eserin belirli bir coğrafi bölgeye lokalizasyonunu sağlamak amacı doğrultusunda kullanılan bir araçtır. Bu anlamda, ülkesellik ilkesi, söz konusu eserin, kendisi için “*korumanın talep edildiği yer*”e (lex loci protectionis) bağlanmasını ifade eder.²³ Ülkesellik ilkesi uyarınca, her devlet fikri mülkiyete konu olan eseri sadece kendi ülkesinin sınırları içinde korur, ülkesi içinde meydana gelen ihlallerde, tecavüze uğrayan ve kendi kanunlarına göre hak sahibi olan kişinin, ülkesindeki hukuk yollarını kullanmasına olanak sağlar.²⁴

Ülkesellik ilkesinin karşıtı: “*Evrensellik İlkesi*”dir. Evrensellik ilkesi, fikri mülkiyete konu olan bir eserin “*menşe yeri*”ne (lex loci originis) yerleştirilmesi ifade eder. Menşe yerini belirleyen başlıca kıstaslar, eser sahibinin uyrukluğu ve eserin yayımlandığı ülke’dir.²⁵

Uluslararası alanda fikri hakların korunması bağlamında ülkeselliğin kabul edilmesi, fikri hakların etki alanının sınırlandırılması anlamını taşır. Bu açıdan somut olayda ilgili sübjektif fikri haklar, sadece bu hakların ülkesellik esasına dayalı olarak etki ve sonuç doğurabileceğini yasal olarak kabul eden ülkelerde ileri sürülebilir. Tersine, evrensellik ilkesini kabul eden ülkelerde, ülkesellik esasına göre yapılan talepler kabul görmeyecektir. Evrensellik ilkesi mucibince, bir eser, kaynaklandığı ülke tarafından fikri mülkiyet kapsamında kendisine bahşedilen korumadan, diğer ülkelerde de aynı şekilde yararlanabilecektir. Dolayısıyla, fikri hakları belirli bir ülkenin hukuk sistemi içerisinde elde eden hak sahibi, söz konusu hakların kapsam ve niteliğine paralel bir korumayı dünyanın her yerinde talep etme hakkına sahip olacaktır.²⁶

Konumuza dönecek olursak, günümüzde, Internet yoluyla işlenen telif hakları ihlallerine uygulanacak hukuku tayin ederken yetkili mahkemelerin, geleneksel olarak, ülkesellik ilkesinin yansıması olan “*koruma yeri*” bağlama kuralından yararlandığı görülmektedir. Ancak, bu durum, Internet’in fiziksel olarak tespitinin güçlüğü mülahazasıyla eleştiriye açıktır. Dolayısıyla ülkesellik ilkesinin bir ifadesi olan koru-

²³ Kaplan, a. g. e., s. 172.

²⁴ Tekinalp, Ü., *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Güncelleştirilmiş, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Dördüncü Bası, İstanbul, 2005, s. 47.

²⁵ Dardağan, E., *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilafı*, 1. Baskı, Ankara, 2000, s. 110.

²⁶ Kaplan, a. g. e., s. 172.

ma yeri hukukunun sanal ortamda gerçekleşen telif hakları ihlallerine tatbiki bir hayli güçleşecektir.

Ülkesellik ilkesinin haklılığını savunan müelliflerden biri olan Ryan Yagura, genel kanının aksine Internetin fiziksel bir mahale yerleştirilmesinin mümkün olduğunu belirtmektedir. Yazara göre bu durum mahkemelere ülkesellik prensibi çerçevesinde karar verme imkanını tanımaktadır. Bu yazar, Interneti, telefon sistemine benzetmektedir. Bu anlamda, Internetin tıpkı bir telefon sistemi gibi, kişiler arası iletişimi sağlayıcı hatları ve tüm dünyayı birbirine bağlayan bilgisayar aksamı vardır. Web siteleri, belki Internet üzerinde yerleştirilemez ve fakat pekâlâ somut bilgi depolama araçları üzerine yerleştirilebilir. Bunun dışında kullanıcıların Internet'e bağlandıkları ve başkalarıyla iletişim kurdukları fiziksel bir yer mutlaka olacaktır. Internet en basit şekilde, teknolojik olarak geliştirilmiş iletişim ağlarının toplamıdır. Bu nedenle, mahkemeler Internet ile ilgili hukuki analiz yaparken, Interneti öteki kitle iletişim araçlarından daha farklı olarak değerlendirmemelidirler.²⁷

Kanaatimizce, bugünün şartlarında, Internet yoluyla işlenen telif hakları ihlallerine uygulanacak hukukun tespitinde ülkesellik ilkesine sığınmak kabul edilebilir bir durum değildir. Zira Internetin gelişimi, telif hakları konusunda geleneksel ülkesellik ilkesinin uygulanabilirliğini bertaraf etmiştir.²⁸ Bunun altında yatan temel neden, Internetin aynı anda, dünyanın değişik noktalarında bulunan kullanıcılara erişiminin mümkün olmasıdır. Bu açıdan bakıldığında dünyanın birçok yerinde aynı eser üzerindeki telif haklarının ihlal edilmesi kuvvetle muhtemeldir. Böyle bir durumda, kabul etmek gerekir ki, ülkesellik ilkesinin katı bir biçimde uygulanması mümkün olamayacaktır.

B. UYGULANACAK HUKUK PROBLEMİ

Jane Ginsburg'un da haklı olarak belirttiği gibi, "*Çok sayıdaki ulusal telif hakları rejiminin yerine tek bir uluslararası telif hakları sistemi-*

²⁷ Yagura, R.: "Does Cyberspace Expand the Boundaries of Personal Jurisdiction?" (1998) 38 IDEA; J.L. & Tech. 301 at 1; Zizic, a. g. e., s. 101.

²⁸ Geller; P. E., "Conflict of Law in Cyberspace: International Copyright in a Digitally Networked World " in 4 Information Law Series, The Future of Copyright In A Digital Environment 27,28 (P. Bernt Hugenholtz ed.,1996); Tydniouk, a. g. e., s. 899, dn..7

nin varlığı arzu edilmektedir.”²⁹ Bu düşünce günümüzde, maalesef bir ütopyadır. Bu sebeple, Internet yoluyla işlenen telif hakları ihlallerine, dünya üzerinde mevcut pek çok hukuk sisteminin hangisinin tatbik edileceği probleminin öncelikle halledilmesi gerekir. Bu açıdan Bern Sözleşmesi’nin 5. maddesinin 2. paragrafı dikkat çekicidir. Anılan hükümde, “Sonuç olarak, bu sözleşme hükümleri haricinde, korumanın kapsamının ve eser sahibinin haklarının korunması için başvurduğu yolların münhasıran korumanın talep edildiği ülkenin hukuku tarafından idare edileceği...” bildirilmektedir.

Bern Sözleşmesi’nin 5. maddesinin 2. paragrafı müphem olarak, bir bağlama kuralı öngörmüştür. Buna göre, bu Sözleşme kapsamına giren eserlere, bunlar için korumanın talep edildiği yer hukuku uygulanacaktır. Ancak doktrinde “korumanın talep edildiği yer”in neresi olduğu ve dolayısıyla hangi ülkenin hukukunun uygulanacağı konusunda birlik yoktur. Bu konuda çok çeşitli görüşler mevcuttur.³⁰

1. FORUM HUKUKU

Bir görüşe göre; korumanın talep edildiği yerden anlaşılması gereken, davaya bakan mahkemenin bulunduğu yerdir. Bu açıdan; koruma yeri hukuku davaya bakan mahkemenin hukuku olarak somutlaşacaktır. Bu görüşün savunucularından Parant’a göre, milletlerarası unsurlu telif hakları taleplerine daima talebin yapıldığı mahkemenin hukuku uygulanır. Bu çözüm tarzı belki de Bern Sözleşmesi’nin 5. maddesinde ifadesini bulan koruma yeri hukukunun en gerçekçi yorumu olacaktır.³¹ Öte yandan, davaya bakan hakimin kendi hukukunu yabancı hukuklara nazaran daha iyi tanıyıp, daha adil biçimde uygulayacağı düşüncesi, mahkemenin hukukunun tatbikini haklı kılan bir nedendir. Ayrıca telif haklarının ihlali medeni hukuk yaptırımları kadar ceza hukuku yaptırımlarını da kimi zaman gerektirebilmektedir. Bu durum, lex fori’ ye bağlanma lehinde sayılabilecek başka bir husustur. Son olarak, bir çok olayda, ihlalin meydana geldiği ülkede dava

²⁹ Ginsburg, J. C., “Global Use/ Territorial Rights: Private International Law Question of the Global Information Infrastructure”, J.Copyright Soc’y U.S.A., 1995, 318 at 3; Zizic, a. g. e., s. 106.

³⁰ Zizic, a. g. e., s. 107.

³¹ Parant, V. L., “Thwarting Internet Pirates in Intellectual Property Havens”, 15-Fall Ent.&Sports Law, 1997, 20 at 2; Zizic, a. g. e., s. 107.

açıldığından, ihlalin meydana geldiği yer ile (lex loci delicti commissi) ile hakimın hukuku (lex fori) iç içe geçmektedir.³²

Forum hukukunun uygulanmasını idare eden bir bağlama kuralı, aynı zamanda Internet yoluyla gerçekleştirilen telif hakları ihlallerine bakacak uygun mahkemenin neresi olduğu sorusuna da kendiliğinden cevap vermektedir. Geleneksel yetki kriteri uyarınca davalının mahkemenin kişisel yargılama yetkisi altında bulunmalıdır. Bu bakış açısına göre, Ginsburg'un da vurguladığı gibi, mahkemenin yetkisi, uygulanacak hukuka ilişkin mülahazalardan tamamen bağımsız olacaktır.³³

Bununla birlikte, forum hukukunun uygulanmasını sağlayan bir bağlama kuralı, en uygun hukuka sahip mahkemede dava açmak isteyen davacıların forum shopping yapma ihtimalini kuvvetlendirir. Benzer şekilde davalının da söz konusu bağlama kuralını manipüle edip, herkesten önce yetkili mahkemeyi ve dolayısıyla uygulanacak hukuku seçebilme imkanı olacaktır.³⁴

2. İHLALİN GERÇEKLEŞTİĞİ YER HUKUKU -LEX LOCI DELICTI COMMISSİ

a. GENEL OLARAK

Her şeyden önce “*korumanın talep edildiği yer*” formülünün değişik yorumlara açık olduğunu kabul etmek gerekir. Nitekim bazı müellifler³⁵ Bern Sözleşmesi'nin 5. maddesinin 2. paragrafının forum ülkesini işaret etmediği kanısındadır. Bu müelliflere göre, korumanın talep edildiği yerden anlaşılması gereken, koruma talebinin konusu teşkil eden ihlal fiilinin işlendiği yerdir. Bir başka deyişle, *lex loci delicti commissi*.

Bu yorum çerçevesinde, koruma yeri hukukunun uygulama alanı bulabilmesi için, telif hakları ihlalinin söz konusu ülkede işlenmesine

³² Dardağan, *a. g. e.*, s. 132.

³³ Ginsburg, “Global Use/Territorial Rights: Private International Law Questions of the Global Information Infrastructure”, 318 at 11; Zizic, *a. g. e.*, s. 107.

³⁴ Zizic, *a. g. e.*, s. 108.

³⁵ Ginsburg, J. C./Janklow, M. L., “Group of Consultants on the Private International Law Aspects of the Protection of Works and Objects of Related Rights Transmitted Through Global Digital Networks”, WIPO Forum on Private International Law and Intellectual Property, Geneva, 1998.

bağlıdır.³⁶ Bu sebeple, *lex loci delicti commissi* kuralının Internet yoluyla işlenen telif hakları ihlallerine uygulanması bir hayli güçleşecektir. Zira bu kural söz konusu ihlallerde birden fazla ülkeyi gösterdiğinden çoğalmaya elverişlidir. Bu açıdan, ihlalin gerçekleştiği yer bağlama kuralı farklı isimler altında yeniden yorumlanmaktadır. Temel ihlal fiilinin gerçekleştiği yer hukuku, yüklemenin yapıldığı yer hukuku, hatta menşe yeri hukuku gibi, çeşitli yazarlarca yapılan yorumlar, netice itibariyle ihlal fiilinin gerçekleştiği yer hukukunu işaret etmektedir.³⁷

Öte yandan, hiçbir uluslararası konvansiyonda *lex loci delicti commissi*'den ne anlaşılması gerektiği ve bunun nasıl tanımlanabileceği hakkında en ufak bir hüküm yer almamaktadır.³⁸ Buna karşılık, yayın yeri bağlama kuralı, diğer bağlama kurallarına göre biraz daha ön plandadır.

b. YAYIN YERİ HUKUKU

İhlalin '*gerçekleştiği yer*', yayının gerçekleştiği yer olarak yorumlamak, her şeyden önce görünürde bir sadeliğin ve göreceli de olsa kesinliğin sağlanması amacına hizmet eder. Bu yorum tarzı, aynı zamanda, mahkemelerin çok uluslu telif hakları ihlali davalarına tek bir hukuku uygulamalarını da kolaylaştırır.

Yayın yeri bağlama kuralının, Internet yoluyla işlenen telif hakları ihlallerine uygulanması düşüncesi esas itibariyle, uydu yayınlarının iletilmesi ile Internette veri aktarım sürecinin birbirine olan benzerliğinden hareketle ortaya atılmıştır. Gerçekten, uydu yayınlarında, yayıncı-uydu vericisi-kullanıcı arasındaki ilişki, Internette de, eserini Internet ortamına koymak isteyen eser sahibi-hizmet sunucu-kullanıcı arasında söz konusudur.³⁹

Uydu yayınına uygulanacak hukukun tayininde başlıca iki temel yaklaşımın varlığı söz konusudur: İlk yaklaşım uyarınca, radyo ile yayın hakkı, yayın kuruluşu tarafından programın yapılması, sinyalin uyduya gönderilmesi aşamasında ileri sürülebilir. Bu açıdan, uydu yayınlarından doğan telif hakları ihtilaflarına uygulanacak hukuk, sinyalin gönderildiği ülkenin hukukudur.

³⁶ Dardağan, *a. g. e.*, s. 132.

³⁷ Bu konuda bkz., Akipek/Dardağan, *a. g. e.*, *AÜHFD*, s. 123, dn. 19,20,21

³⁸ Zizic, *a. g. e.*, s. 109.

³⁹ Kaplan, *a. g. e.*, s. 190.

Diğer yaklaşıma göre ise, uydu vasıtasıyla yayın, sinyallerin uyduya gönderilmesinden sonra yayının alınmasına kadar geçen bütün evreleri kapsar. Netice itibariyle, yayıncı, uydunun etki alanı içindeki bütün ülkelerin hukuklarına riayet etme yükümlülüğü altındadır. Sonuçta, yayının alındığı ülkelerin hukukları, bu yaklaşım uyarınca, kümülatif olarak uygulanacaktır.⁴⁰

Gönderme/yayın teorisi olarak da adlandırılan ilk yaklaşımı, Internet yoluyla işlenen telif hakları ihlallerine uyarladığımızda; ihlal fiilin gerçekleştiği yer, fikir ve sanat eserlerinin ilk kez bir web sitesine yüklendiği ülke olarak tezahür eder.

Bogsch teorisi olarak adlandırılabilir ikinci yaklaşım ise, yayının alındığı bütün ülke hukuklarına yetki tanınması sonucunu doğurur. Dolayısıyla, ikinci yaklaşım uyarınca, sonuç yeri hukuku uygulanacaktır.⁴¹

Bu yaklaşımlardaki farklılıkların da gösterdiği üzere, yayın yerini *lex loci delicti commissi* olarak kabul etmek, Internet yoluyla gerçekleştirilen telif hakları ihlallerinde, yayın yerinin neresi olduğu tartışmasını da beraberinde getirir.

i. Fikir Sanat Eserinin Web Sitesine Yüklendiği Yerin Yayın Yeri Olarak Kabulü: Birden Fazla Web Sitesinin Bulunması Durumu

Internet yoluyla işlenen telif hakları ihlallerinde, yayın yerinin neresi olduğu tartışmasında, daha önce de ifade edildiği üzere, gönderme/yayın teorisine göre, ihlale maruz kalan eserin web sitesine aktarıldığı ülkenin yayın yeri olarak kabul edilmesi ve bu ülkenin hukukunun uygulanması gerekir.

Ancak Internet yoluyla kurulan basit bir iletişim bile, dünyanın farklı noktalarında bulunan farklı web siteleri tarafından sağlanmaktadır. Eğer, bu web sitelerinin bulunduğu her bir ülkeyi yayın yeri olarak kabul edersek, (söz konusu ihlale potansiyel olarak uygulanma iddiasını taşıyan) bu ülkelerin sayısı kadar hukukla karşılaşırız. Bu hukukları sayıca sınırlamak ve *"bir fikir-sanat eserinin web sitesine*

⁴⁰ Akipek/Dardağan, a. g. e., AÜHFD, s. 123-124.

⁴¹ Akipek/Dardağan, a. g. e., AÜHFD, s. 124.

yüklendiği yer” bağlama kuralının çoğalmasının önüne geçmek üzere, söz konusu yayın yerini, eserin belirli bir kopyasının ilk olarak yayınlandığı yere hasretmek uygun bir davranış olacaktır.⁴² Ancak, Geller’ in de haklı olarak belirttiği gibi, telif haklarına konu olan bir fikir ve sanat eseri birden fazla ülkede aynı anda web sitelerine yüklenebilir. Böyle bir durumda, bu ülkelerden hangisi ilk yayın yeri olarak mütalaa edilecektir. Şayet bu ülkelerden her biri ilk yayın yeri olarak kabul edilecekse; bu takdirde önümüzde çözülmesi gereken yeni bir kanunlar ihtilafı problemi oluşacaktır.⁴³

ii. Fikir Sanat Eserinin Web Sitesine Yüklenmeye Başlandı- ğının Yayın Yeri Olarak Kabulü

Yayın yerinin neresi olduğu tartışmasında, önerilen çözüm yollarından birisi de, söz konusu eserin web sitesine yüklenmeye başlandı-ğının yayın yeri olarak kabulüdür.

Nitekim Internet yoluyla işlenmiş olsun olmasın, uluslararası nitelikli her telif hakları ihlaline kendi hukukunu uygulamak isteyen Amerikan mahkemeleri, Birleşik Devletler’ deki bir web sitesinden telif hakkıyla korunan bir eserin indiren yabancı kullanıcılara da Birleşik Devletler hukukunu tatbik etmek maksadıyla “*root copy theory*” olarak adlandırılan kuralı yeniden yorumlamışlardır.

Root copy theory, esasen, ihlal fiilinin işlenmeye başlandı-ğının hukukunun uluslararası telif hakları ihlallerine uygulanmasından ibarettir.

Ancak root copy theory kuralının yorumlanması ve uygulanması konusunda Amerikan mahkemeleri, özellikle de 2. Bölge Mahkemesi ile 9. Bölge Mahkemesi, arasında ciddi bir farklılık göze çarpmaktadır. 2. Bölge Mahkemesi’nin, özellikle 1930’lu yıllarda verdiği kararlara baktığımızda,⁴⁴ yabancı ülkelerde sonuçlarını meydana getiren telif hakkı ihlallerine dahi kendi hukukunu tatbik ettiğini görüyoruz. Buna

⁴² Zizic, a. g. e., s. 110-111.

⁴³ Geller, P.E., “Conflicts of Laws in Cyberspace: Rethinking International Copyright in a Digitally Networked World”, Colum. B VLA J. L. & Arts. , 1996, 571 at 12; Zizic, a. g. e., s. 111.

⁴⁴ Özellikle: Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures, Corp., 106 F. 2d 45 (2d Cir. 1939); Update Art Inc. V. Modiin Publ’g Ltd., 843 F. 2d 67 (2d Cir. 1988)

karşılık; 9. Bölge Mahkemesi, yabancı unsurlu telif hakları ihlallerine kendi hukukunu uygulamakta daha gönülsüz davranmaktadır. Nitekim, 9. Bölge Mahkemesi, son zamanlarda vermiş olduğu Beatles grubunun Yellow Submarine adını taşıyan filminin video kasetleri üzerindeki telif haklarına ilişkin bir kararında,⁴⁵ söz konusu filmin video kasetlerini yurtdışında çoğaltma ve dağıtım haklarını elinde bulunduran Birleşik Devletler vatandaşı davalıya, dava konusu video kasetler Birleşik Devletler’de imal edilmediği ve satılmadığı gerekçesiyle Amerikan hukukunu uygulamayı reddetmiştir.⁴⁶

Netice itibariyle, “*root copy theory*”, yayın yerinin, bir fikir sanat eserinin Internetteki bir web sitesine yüklendiği yer olarak mütalaa edilmesine dayanak olmuştur. Bu sayede Amerikan mahkemeleri, özellikle de 2. Bölge Mahkemesi, Internet yoluyla işlensin işlenmesin bütün sınır aşıcı telif hakları ihlallerine kendi ülkelerinde etki doğurduğu gerekçesiyle kendi hukuklarını uygulama imkanına kavuşmuşlardır.

Yayın yerinin, web sitesine yüklenen (upload) yer olarak mütalaa edilmesinin altında yatan bir diğer neden: bu şekilde bir bağlama kuralının çoğalmaya elverişli olmaması ve tek bir hukuku göstererek uygulayıcılara kolaylık sağlamasıdır.

Bununla birlikte söz konusu bağlama kuralı, doktrinde bazı müellifler tarafından eleştirilmektedir. Austin’e göre, telif hakkı ile korunan eserin web sitesine yüklenmeye başlandığı yerin Birleşik Devletler’de bulunduğu durumlarda, Birleşik Devletler yargıcının kendi hukuku yerine bu eserin indirildiği (download) yer hukukunu uygulaması icap etmektedir.⁴⁷ Buna ek olarak, bazı Amerikan mahkemelerinin kendi hukuklarını tatbik etmek maksadıyla *root copy theory*’yi manipüle etmeye çalışmaları da bir hayli eleştiri almıştır. Prof. Janklow’un da haklı olarak belirttiği üzere, Amerikan mahkemeleri, *root copy theory*, başka bir ülkenin hukukunu gösterdiği zamanlarda bu kurala dayanmak hususunda oldukça isteksiz davranmaktadır.⁴⁸

⁴⁵ Subafilms, Ltd. v. MGM-Pathe Communications Co., 24 F.3d 1088 (9th Cir.1994)

⁴⁶ Ginsburg, J.C., “Copyright Without Borders? Choice of Forum and Choice of Law for Copyright Infringement in Cyberspace”, Cardozo Arts& Ent. L.J., <www.hei-nonline.org>, 1953, s. 168-170.

⁴⁷ Bu görüş için bkz., Ibid; Zizic, a. g. e., s. 112.

⁴⁸ Bu görüş için bkz., Ibid; Zizic, a. g. e., s. 112.

iii. Eser Sahibinin Vatandaşı Bulunduğu Ülkenin Yayın Yeri Olarak Kabulü

Bazı müellifler, yayın yeri olarak, eserin yaratım sürecinin gerçekleştirildiği ülkeyi kabul ediyorlar. Bu görüşlerine gerekçe olarak da, bir eser üzerindeki telif haklarının ihlal edilebilmesi için, o eserin yaratım sürecinin tamamlanmış olması gerektiğini ileri sürüyorlar. Bir başka deyişle, bir eser üzerindeki telif hakkı ihlallerinin başlangıç noktasının, söz konusu eserin yaratım sürecinin tamamlanması noktası olduğu savunuyorlar.⁴⁹

Ancak, bu çeşit bir bağlamda temel zorluk, eser sahibinin eserini yaratım sürecini değişik ülkelerde geçirmesi ihtimalinde yaşanmaktadır. İşte bu noktayı göz ardı etmeyen müellifler, yayın yeri olarak, eser sahibinin vatandaşı bulunduğu ülkeyi kabul ediyorlar. Ancak bu kural da, eser sahipliği ile ihlale yol açan eylemlerin birbirinden farklı şeyler olduğu ve dolayısıyla Internet yoluyla işlenen bir telif hakkı ihlaline eser sahibinin vatandaşı bulunduğu ülkenin hukukunu uygulamanın rasyonel bir davranış olmadığı mülahazasıyla eleştiriye açıktır.⁵⁰

Ayrıca, söz konusu bağlama, bir eserin birden fazla ve faklı uyruklığa sahip kişi tarafından meydana getirilmesi durumunda da çoğalmaya elverişli bulunduğundan, çözümünden ziyade yeni bir ihtilafın çıkmasına vesile olacaktır.

iv. Yayın Yeri ve Telif Hakları Cenneti

Telif hakları ihlalinde bulunan kimseler, ihlal teşkil eden eylemlerinin ağır sonuçlarından kurtulmak maksadıyla, söz konusu eylemlerini “telif hakları cenneti” olarak adlandırabileceğimiz yerlerde icra edebilmektedir. Bu davranış tarzına, özellikle sanal ortamda işlenen telif hakları ihlallerinde sıklıkla rastlanmaktadır. Zira eğer ihlalin gerçekleştiği yer yayın yeri olarak kabul edilirse ve yayın yeri de ihlale maruz kalan eserin Internete ilk yüklendiği yer olarak kabul edilirse; bu takdirde, ihlali gerçekleştiren kimselerin, bu eylemlerinin sonuçlarını bertaraf etmek için, bir telif hakları cennetinde kendi lehlerine olan mahkemeyi ve hukuku seçmelerinin önü açılacaktır.⁵¹

⁴⁹ Zizic, a. g. e., s. 112.

⁵⁰ Zizic, a. g. e., s. 113.

⁵¹ Zizic, a. g. e., s. 114.

Parant, bu duruma mani olmak için, yayın yeri'nin, eserin Internet'e yüklenmesini sağlayan hizmet sunucusunun bulunduğu ülke olarak kabulünü savunmuştur. Bu çözüm yolunun, eser sahibini yeterince koruyamadığı bazı durumlarda, Parant, bu sefer kamu düzeni müdahalesini öngörmüştür⁵²

3. SONUÇ YERİ HUKUKU

Sanal ortamda meydana gelen telif hakları ihlallerine, söz konusu ihlallerin zararlı sonuçlarını meydana getirdiği yerin hukukunun uygulanması, Bern Sözleşmesi'nin 5. maddesinin 2. paragrafında ifadesini bulan "koruma yeri hukukunun uygulanması" yönündeki kuralın alternatif bir yorumudur.

Bu bağlama kuralının Internet ortamında doğurduğu en önemli sorun, zararlı sonuçların meydana geldiği yerin birden fazla olmasıdır. Ayrıca bir fikir-sanat eserinin, ihlale maruz kalacak ölçüde, geçerlilik kazandığı ülkeden başka bir ülkede Internet ortamına aktarılması ve bundan dünyanın farklı ülkelerindeki kullanıcıların istifade etmesi halinde sonuç yeri hukukunun ne şekilde tayin edileceği önem kazanır. Burada, başka bir ülkede Internet ortamına aktarma fiilini esas alırsak; sonuç yeri, global olarak, eserin Internet'e aktarıldığı ülke olacaktır.

Buna karşılık; bu aktarımdan yararlanma fiillerini esas alırsak; sonuç yeri, bireysel olarak, söz konusu yararlanmaların gerçekleştiği ülke(ler) olacaktır.⁵³ Ancak; belirtmek gerekir ki, bireysel yararlanmaların tespit edilmesi ve kanıtlanması hiç de kolay değildir. Buna rağmen, doktrinde, bir fikir sanat eserinin Internet'e aktarımı fiilinin değil ve fakat bundan yararlanma fiillerinin sonuç yerinin tespiti bakımından dikkate alındığı görülmektedir.⁵⁴

Bununla birlikte; genel kabule uygun olarak, ihlal teşkil eden yararlanma fiillerinin vuku bulduğu bütün ülke hukuklarının tek bir davada uygulanmasının, for devletinin yetki kurallarının buna müsaade ettiği durumlarda bile, bir karmaşa yaratacağı açıktır. Zira tek bir ihlal davasında, aynı ihlal fiilleri için farklı düzenlemelere sahip farklı hu-

⁵² Parant, *a. g. e.*, 20 at 2.

⁵³ Kaplan, *a. g. e.*, s. 192.

⁵⁴ Akipek/Dardağan, *a. g. e.*, AÜHFD, s. 127.

kukların uygulanmasının eşitliğe aykırı, haksız sonuçlara yol açacağı kesindir.⁵⁵

4. ESER SAHİBİNİN MUTAD MESKENİ / İŞYERİNİN BULUNDUĞU YER HUKUKU

Sanal ortamda telif hakları ihlallerinde, sonuç yerinin tayininde yaşanan güçlük, söz konusu ihlalden zarar gören eser sahibinin mutad meskeni hukuku ile işyerinin bulunduğu ülkenin hukukunun uygulanmasını tartışılmaya değer bir hale getirmektedir. Her şeyden önce, Internet yoluyla işlenen telif hakkı ihlalleri eser sahibinin kişilik haklarını rencide etmektedir. Bu sebeple, söz konusu ihlallere eser sahibinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun uygulanması mantıklıdır... Diğer yandan, Internet yoluyla işlenen telif hakları ihlalleri eser sahibinin mali durumunu etkiler, onu kazanç kaybına uğratar. Bu anlamda, eser sahibinin işyerinin bulunduğu ülke hukukunun uygulanması da gündeme gelecektir.⁵⁶

Doktrinde, birçok müellif, bu bağlama kurallarının oldukça basit olduğu konusunda hem fikir olsa da, bunların tatbik kabiliyetinin iki nedenle zayıf olduğunu bildirmektedir. Bu nedenlerden birincisi, bu kurallar eser sahibinin mutad meskeninin veya işyerinin bilinmemesi, sonradan değişmesi yahut tamamen tesadüfi olması durumunda uygulama alanı bulamayacaktır. Dolayısıyla taraflar, söz konusu ihlalle ilgili olarak sorumluluklarının kapsam ve derecesini öngöremeyecektir. İkincisi, eser sahibinin mutad meskeni veya işyerinin, eserin yayınlandığı, ihlalin sonuçlarını doğurduğu yahut forum yeriyle hiçbir ilişkisi mevcut değilse; bu takdirde yine de bu kuralları uygulamak paradoksal olacaktır.⁵⁷

5. FAİLİN MUTAD MESKENİ / İŞYERİNİN BULUNDUĞU YER HUKUKU

İhlal fiilini gerçekleştiren kişinin mutad meskeninin veya işyerinin bulunduğu yer kuralı da, diğer bağlama kurallarının yaratacağı

⁵⁵ Zizic, *a. g. e.*, s. 116.

⁵⁶ Akipek/Dardağan, *a. g. e.*, *AÜHFD*, s. 128; Zizic, *a. g. e.*, s. 116.

⁵⁷ Zizic, *a. g. e.*, s. 116.

adaletsiz sonuçları bertaraf edici alternatif bir bağlama kuralı olarak ileri sürülmüştür. Her şeyden önce, sanal ortamda gerçekleşen telif hakları ihlallerinin fiil yeri hukukuna (yani eserin bilgi ağına konulduğu-upload edildiği-) tabi kılınması, eser sahibi aleyhinde kötüye kullanmalara müsaittir. Bu açıdan, bu ihlallere failin mutad meskeni veya işyeri hukukunun uygulanması, dijital ortamdaki muhtemel manipülasyonların, özellikle de eserin kötü niyetli failer tarafından bir fikri haklar cennetinde Internete aktarılmasının, önüne geçecektir. Failin mutad meskeninin veya işyerinin bulunduğu ülkenin hukukunun uygulanması, bu anlamda sabit bir bağlama kuralıdır ve daha belirgin bir koruma sağlar. Ayrıca söz konusu bağlama kuralının uygulanması, Internete erişimi sağlayan girişimciler bakımından öngörülebilirlik gibi önemli bir avantaj sağlar.⁵⁸

Belirtmek gerekir ki, hem eser sahibinin mutad meskeni veya işyerinin bulunduğu yer hukukunun hem de failin mutad meskeni veya işyerinin bulunduğu yer hukukunun dünya çapında uygulanması durumunda, ülkesellik ilkesinin bir tezahürü olan koruma yeri hukukunun uygulanması yönündeki genel kabul gören ilkeye ters düşülmüş olunacaktır.

Öte yandan, fikir sanat eserlerinin sanal ortamda kamuya aktarılması her zaman profesyonel girişimciler tarafından gerçekleştirilebilir. Bu açıdan, sanal ortamda, her alıcı aynı zamanda potansiyel bir verici konumunda bulunduğu için, bir bağlama kuralı oluşturulurken failin mutad meskeninin veya işyerinin bulunduğu yerin belirleyici bir rol oynaması tartışmalı hale gelebilir. Ayrıca, failin profesyonel bir girişimci olması durumunda dahi, ekonomik gücü yüksek bu kişinin mutad meskeninin veya işyerinin bulunduğu yer hukuku uygulanacağı düşünüldüğünde, söz konusu bağlama kuralının tatbiki eseri üzerindeki hakları ihlal edilen eser sahibine adeta ikinci bir darbe niteliğinde olacaktır.⁵⁹

6. DİĞER ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Doktrinde birtakım müellifler, mevcut bağlama kurallarının katı uygulanmasının doğuracağı haksız sonuçları bertaraf etmek üzere tali

⁵⁸ Akipek/Dardağan, *a. g. e.*, *AÜHFD*, 129-130; Kaplan, *a. g. e.*, s. 194-195.

⁵⁹ Akipek/Dardağan, *a. g. e.*, *AÜHFD*, s. 130.

bağlama kuralları öngörmüşlerdir. Bu müelliflerden Dessemontet, evvel emirde failin mutad mesken hukukunun uygulanmasını, bunun olumsuz sonuçlara neden olması halinde terditli olarak, ihlal fiilinden doğan zararın meydana geldiği yer hukuku, haksız fiilin işlendiği yer hukuku vedavalının mutad meskeni hukukunun uygulanmasını önermiştir. Ginsburg ise, asıl bağlama kuralı olarak, web sitesi operatörünün, sanal ortamda iletimi başlatan kişi veya kuruluşun mutad meskeni ya da işyeri hukukunun uygulanmasını savunmakta, ancak söz konusu iletimin üçüncü bir devletle daha sıkı ilişkili olması halinde bu devletin hukukunun uygulanmasının daha doğru olacağını düşünmektedir.⁶⁰

7. MEVCUT BAĞLAMA KURALLARINA FARKLI BİR YORUM

Johnson ve Post, haklı olarak mevcut bağlama kurallarının Internet’le ilgili konulara uygulanıp uygulanmayacağı hususunda endişelidirler.⁶¹ Bu endişelerinin temel sebebi, mevcut bağlama kurallarının, genellikle, yersel bağlamayı esas almasıdır. Milletlerarası unsurlu ihtilaflar, söz konusu bağlama kurallarınca yersellik ilkesine uygun olarak, belirli bir konuyu idare etmesi için seçilen hukuka tabi olurlar.⁶² Ancak; Internet sınır tanımadığı için, sanal dünyada fiziki bir yerin tespiti imkansızdır. Bu durumda sanal ortamda işlenen telif hakları ihlallerine uygulanacak hukukun tespiti önem arz eder. Internetteki iletişimin nakledilmesi söz konusu bulunmadığından devletlerin bunu sınırlarında durdurma imkanı da yoktur. Zira Internet yayını, aynı anda birden fazla ülkede gerçekleştirilmektedir. Ginsburg, bu noktada fiziksel bir coğrafyaya sahip olmayan Internet için ülkesellik ilkesinin rehberliğinde tayin edilen bağlama kurallarının uygulanmasında ısrar edilmemesi gerektiğini ileri sürmüştür.⁶³

Biz de Ginsburg’un görüşüne katılıyor ve sanal ortamda gerçek-

⁶⁰ Bu görüşler için bkz., Akipek/Dardağan, *a. g. e.*, *AÜHFD*, s. 130-131.

⁶¹ Daha detaylı bilgi için bkz., JOHNSON, D.R./ POST, D.: “Law and Borders the Rise of Law in Cyberspace”, *Stan L Rev*, 1996.

⁶² Goldsmith, J. L., “Against Cyberanarchy”, *U. Chi.L. Rev*, 1998, 1199 at 1.

⁶³ Ginsburg, J. C., “Global Use/Territorial Rights: Private International Law Questions of the Global Information Infrastructure”, *J. Copyright Soc’y U.S.A.*, 1995, 318 at 2.

leşen telif hakları ihlallerine uygulanacak hukukun tespitinde yol gösterici yeni bağlama kurallarının oluşturulmasını gerekli görüyoruz. Bu yeni bağlama kurallarının her şeyden önce sanal ortamdaki tüm aktörlerin menfaatlerini en iyi şekilde dengelemesi gerekmektedir. Bu konu da en iyi çözüm yolu, bize göre, milletlerarası yeknesaklaştırma çalışmalarına hız verilmesidir.

C. YEKNESAKLAŞTIRMA ÇABALARI

Sanal ortamda meydana gelen telif hakları ile ilgili problemleri vesilesiyle ortaya çıkan kanunlar ihtilafı problemlerini kısmen veya tamamen sona erdiren birden fazla seçenek vardır. Bunlar:

- Yeknesak Internet Hukukunun Teşkili,
- Yeknesak Telif Hukukunun Teşkili,
- Bağlama Kurallarının Yeknesaklaştırılması, olarak sıralanabilir.

1. YEKNESAK INTERNET HUKUKUNUN TEŞKİLİ

Internet yoluyla işlenen telif haklarına uygulanacak hukukun tayini esnasında ortaya çıkan kanunlar ihtilafı problemlerinin önüne geçmenin birinci yolu, yeknesak bir Internet hukukunun yaratılmasıdır. Bu, doktrinde “*lex cyberalty*” olarak ifade edilmektedir.⁶⁴ Kuşkusuz, böyle bir hukukun kapsamı, yalnızca telif hakları ihlalleriyle sınırlı olmayacaktır.

Lex Cyberalty’nin teşkilinde başlıca iki görüş söz konusudur. Bunlardan ilki, Internet hukukunun yaratımı sürecini mahkemelere bırakmayı önerirken; diğeri, bu hukukun teşkili amacıyla uluslararası bir konvansiyon yapılmasında ısrar etmektedir.⁶⁵

Kanaatimizce, bugün için, yeknesak bir Internet hukukunun teşkili mümkün değildir. Zira böyle bir hukukun teşkili, ancak, bu konuda geniş katılımın sağlandığı ve genel kabul gören uzun çalışmalar sonucunda gerçekleşebilir. Dolayısıyla, bu seçenek üzerinde fazla durmuyoruz.

⁶⁴ Beall, C. P., “The Scientological Defenestration of Choice-of-Law Doctrines for Publication Torts on the Internet”; J. Marshall J. Computer&Info L., 1997, 361 at 3.

⁶⁵ Zizic, a. g. e., s. 122.

2. YEKNESAK TELİF HUKUKUNUN TEŞKİLİ

Yeknesak bir telif hukukunun teşkili, teorik anlamda, ancak, tüm dünyayı bağlayıcı, uluslararası niteliği haiz yeni bir sözleşmenin veya kodun kabul edilmesiyle mümkün olabilir.⁶⁶ Tüm katılımcılar tarafından kabul edilen bu türden bir sözleşmenin ya da kodun, artık bağlama kurallarıyla ilgili bir hüküm içermesi gerekmez. Zira, bu andan itibaren, ortada Internet yoluyla işlensin yahut işlenmesin tüm telif hakları ihlallerine uygulanacak tek bir kural vardır.

Tam olarak yeknesak telif hukukunun birer örneği olamasalar da, kendilerini onaylayan devletlerin hukuklarında telif hakları konusunda aynı/benzer hükümlerin oluşmasını sağlayan Bern Sözleşmesi ile GATT-TRIPS Anlaşması'na, bu noktada kısaca değinmeyi uygun buluyoruz.

Bern Sözleşmesi olarak anılan 9 Eylül 1886 tarihli “*Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme*” bu alandaki ilk düzenlemedir.⁶⁷ Bern Sözleşmesi'ne katılan devletlerin temel amacı aslında git-tikçe büyüyen kitap pazarının baskısı karşısında, kendi yurttaşlarının eserlerinin yurtdışında korunmasını sağlamaktır; yoksa yeknesak bir telif hukuku yaratılması yönünde ortak bir irade mevcut değildi. Bern Sözleşmesi'nin hazırlık aşamasında, Alman delegasyonu ilk kez uluslararası yeknesak bir sistemin oluşturulması fikrini ortaya atmıştır. Ancak, bu fikir, ulusal hukuklarda geri dönüşü olmayan değişikliklerin yapılması anlamına geldiğinden çoğunluk tarafından reddedilmiştir.⁶⁸ Bunun yerine milli işlem (teba muamelesi) ilkesi hükme bağlanmış ve eser sahiplerine bazı alanlarda asgari haklar tanınmasıyla yetinilmiştir.⁶⁹

Bern Sözleşmesi, günümüze gelinceye kadar pek çok revizyona maruz kalmıştır. Fakat her defasında, pragmatik düşünceler baskın çıkmış ve Bern Sözleşmesi ile tam olarak yeknesak bir telif hukuku yaratılamamıştır.

⁶⁶ Geller, P. E., “Conflicts of Laws in Cyberspace: Rethinking International Copyright in a Digitally Networked World”, Colum. VLA Journal of Law&the Arts, 1996, at 15.

⁶⁷ Tekinalp, a. g. e., s. 67.

⁶⁸ Dinwoodie, G.B., “A New Copyright Order: Why National Courts Should Create Global Norms”, U. Pa. L. Rev., <www.heinonline.org>, 2000-2001, s. 490.

⁶⁹ Dardağan, a. g. e., s. 27-28.

Ticarette Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması olarak da bilinen GATT-TRIPS Anlaşması ise, GATT' ın Uruguay Roundu esnasında müzakere edilmiş ve 1994 yılında imzalanmıştır. GATT-TRIPS Anlaşması, mili işlemi kabul eden ve asgari hak standartları getiren Bern Anlaşması modeli üzerine kurulmuştur.⁷⁰ Bu nedenle, her ne kadar, teknolojik gelişmelerin ışığında yeni düzenlemeler getirmiş olsa da⁷¹ GATT-TRIPS Anlaşması da yeknesak bir telif hukuku yaratmaktan çok uzaktır.

3. BAĞLAMA KURALLARININ YEKNESAKLAŞTIRILMASI

İnternet yoluyla işlensin yahut işlenmesin, tüm telif hakları ihlallerinde uygulanacak yeknesak bir kuralın oluşumundaki güçlük, buna alternatif bir başka seçeneği karşımıza çıkartmaktadır; o da, telif hakları ihlallerine tatbik edilecek bağlama kurallarının yeknesaklaştırılmasıdır.

Özellikle, İnternet yoluyla işlenen telif hakları ihlallerin uygulanacak bağlama kurallarının yeknesaklaştırılması maksadıyla uluslararası bir sözleşme akdedilmesi uygun olur. Zira, bu durumda, söz konusu sözleşmeyi kabul eden devletler çok kısa süre içerisinde sözleşme hükümlerini iç hukuklarına dahil etmiş olurlar.

a. BAĞLAMA KURALLARININ YEKNESAKLAŞTIRILMASINA KARŞI GÖRÜŞLER

Telif hakları ihlallerine uygulanacak bağlama kurallarının uluslararası bir sözleşme ile yeknesaklaştırılmasına karşı başlıca iki görüş vardır:

Bu görüşlerden ilki, esasen bu çeşit bir sözleşmenin faydalı olacağına inanmakla birlikte, bu sözleşmede somutlaşan bağlama kuralına itiraz eden devletlere aittir. Kuşkusuz, her ülkenin farklı bir hukuk sistemi vardır. Dolayısıyla görünürde basitmiş gibi duran bu farklılıkların giderilmesi her zaman sanıldığı kadar kolay olmaz. Bu açıdan, uluslararası bir sözleşmede somutlaşan bağlama kuralına itiraz, as-

⁷⁰ Dinwoodie, *a. g. e.*, s. 495-497.

⁷¹ Bu konuda bkz., Akipek/Dardağan, *a. g. e.*, AÜHFD, s. 133.

lında söz konusu bağlama kuralının uygunluğuna yapılan itirazdır. Hangi devletin hukuki düzenlemesinin esas alınacağı tartışmasının bir tezahürü olan söz konusu itirazlar bağlama kurallarının uluslararası bir sözleşmeyle yeknesaklaştırılmasını zora sokar.⁷² Uluslararası sözleşmelere, çoğu kez ekonomik olarak üstün olan ülkeler, kendi bakış açılarını empoze etmeye çalışırlar. Bu da sorun yaratır.

Bu basitmiş gibi görünen farklılıklar, hele bir de farklı hukuki teori ve uygulamalar üzerine inşa edildiğinde, özellikle Internet alanındaki düzenlemeler hususunda gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler arasında ciddi uçurumlara yol açar. Sözgelimi, “*free rider*” olarak adlandırılan gelişmekte olan ülkeler, kendilerine uluslararası bir sözleşme çerçevesinde empoze edilen standartları kabule yanaşmayacaktır.⁷³

İkinci görüş ise, uluslararası bir sözleşme ile telif hakları ihlallerine uygulanacak bağlama kurallarının sabitleştirilmesine, kristalize edilmesine karşı çıkmaktadır. Bu görüşü benimseyenler için söz konusu bağlama kurallarının içeriği bir önem taşımamaktadır. Diğer yandan, uygulanacak bağlama kurallarının sabitleştirilmesiyle, ulusal mahkemelerin bağlama kurallarını manipüle etmesinin önüne geçilmiş olacağı da bir gerçektir.⁷⁴

b. BAĞLAMA KURALLARININ YEKNESAKLAŞTIRILMASININ LEHİNDE OLAN GÖRÜŞLER

i. Bağlama Kuralları Uluslararası Bir Sözleşmeye Konu Edilebilir mi?

Her şeyden önce, böyle bir sözleşmenin “*free rider*” üçüncü dünya ülkeleri tarafından kabul edilmesini beklemek safdillik olur. Ancak bu tür bir sözleşmeye geniş katılımın sağlanması için şu iki şartın gerçekleşmesi gerekmektedir: İlk olarak, seçilen bağlama kuralları üzerinde

⁷² Aoki, K., “Considering Multiple and Overlapping Sovereignities: Liberalism, Libertarianism, National Sovereignty, ‘Global’ Intellectual Property and the Internet”, *Ind. J. Global Legal Stud.*, 1998, 443 at 8.

⁷³ Bu konuda bkz., Rozek, P., “Protection of Intellectual Property Rights, Research and Development Decisions and Economic Growth”, F. Rushing&C. Ganz Brown, eds., *Intellectual Property Rights in Science, Technology, and Economic Performance*, San Francisco, Westview Pres, 1990; Zizic, a. g. e., s. 126.

⁷⁴ Zizic, a. g. e., s. 126.

bir konsensus sağlanmış olmalıdır. İkinci olarak da, gelişmiş ülkeler, gelişmekte olan ülkeler karşısında ekonomik güçlerini kullanmaktan vazgeçmiş olmalıdır. Bu iki şart gerçekleştiği takdirde, üçüncü dünya ülkeleri de, böyle bir sözleşmenin telif hakları ihlallerinden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak bağlama kurallarının tayininde etkili bir araç olduğu düşünülürse, buna katılmaya ikna olacaklardır. Zaten bu ülkeler, gelişmiş ülkelerin de bu sözleşmeye riayet ettiklerini ve illa kendi kurallarını uygulatmak maksadıyla mevcut kuralları manipüle etmeye çalışmadıklarını gördüklerinde, bu sözleşmeyi kendiliklerinden kabul edeceklerdir.⁷⁵

ii. Telif Hakları İhlallerine Uygulanacak Bağlama Kurallarının Yeknesaklaştırılması Neden Yeknesak Bir Telif Hukuku Yaratılmasından Daha İyi bir Çözümdür?

Bağlama kurallarının yeknesaklaştırılması, yeknesak bir telif hukuku yaratmaktan çok daha caziptir. Zira bağlama kurallarının yeknesaklaştırılması durumunda, devletler, kendi telif hukuklarını yaratma özgürlüklerini kaybetmemiş olacaklardır. Bir başka deyişle, bağlama kurallarının yeknesaklaştırılmasına ilişkin bir sözleşme, bu sözleşmeyi kabul eden devletlerin telif haklarına ilişkin düzenlemelerinin geri dönüşü olmayan şekilde değiştirilmesi sonucunu doğurmayacaktır. Bunun yerine, bu sözleşme, Internet yoluyla işlenen telif hakları ihlallerine uygulanacak hukuku gösterecektir.

iii. Öngörülebilirlik, Etkililik ve Basitlik Mülâhazası

Uluslararası telif hakkı ihlallerini idare eden bağlama kurallarının yeknesaklaştırılmasıyla öngörülebilirlik sağlanmış olacaktır. Öngörülebilirlik, insanların büyük ölçüde etkin risk taşıyan işlemleri yapmasını desteklemektedir.⁷⁶ Bir fikir sanat eserini kullanan, buna hangi hukukun uygulanacağını bilirse, söz konusu kullanımının bir ihlal teşkil edip etmediğini de öğörebilir. Dolayısıyla, şayet kullanımı bir ihlal teşkil ediyorsa, bundan kaçınma imkanına da sahip olmuş olacaktır.

⁷⁵ Zizic, a. g. e., s. 127.

⁷⁶ Burnstein, M. R., "Conflicts on the Net: Choice of Law in Transnational Cyberspace", Vand.J. Transnat'l L., 1996, 75 at 6.

Bağlama kurallarının, uluslararası bir sözleşme metninde yeknesaklaştırılmasının telif hakları ihlallerinden doğan ihtilaflarda, uygulanacak hukukun tayininde yaşanan zorlukları ortadan kaldıracağı bir gerçektir. Zira mahkemeler, söz konusu sözleşmenin gözetiminde önlerine gelen ihtilafa uygulanacak hukuku tayin edecek ve buna göre hüküm vereceklerdir. Bunun sonucunda, uluslararası nitelikli telif hakları ihlallerinden çıkan uyuşmazlıklarda saydamlık, ahenk ve ön-görülebilirlik sağlanmış olacaktır.⁷⁷

iv. Adalet, Hakkaniyet, Eşitlik Mülahazası

Bağlama kurallarının yeknesaklaştırılmasının lehinde olan görüşlerden birisi de, bağlama kurallarının yeknesaklaştırılmasının, taraflar arasında eşitliği sağladığını savunmaktadır. Ayrıca, yeknesak bağlama kurallarının uygulanması, buna ilişkin sözleşmeyi onaylayan bütün ülkelerde adaleti sağlamış olacaktır. Dolayısıyla, mahkemelerin de, kendi hukuklarının tatbikini sağlamak üzere aynı/benzer durumlara farklı bağlama kurallarını uygulamak konusundaki cüreti kırılmış olacaktır. Bu durumda, sözleşmenin tarafları aynı bağlama kurallarını uygulamayı taahhüt ettiklerinden ortaya eşitsiz yanlı sonuçlar çıkamayacaktır.⁷⁸

v. Uluslararası Karar Ahenginin Tesisi

Bir başka görüşe göre, bağlama kurallarının yeknesaklaştırılması, uluslararası karar ahenginin tesisine hizmet eder. Bu şekilde, uluslararası nitelikli telif hakları ihlallerine uygulanacak hukukun tayini hususunda ülkeler arasındaki görüş ayrılıkları da giderilmiş olur.

vi. Devletlerin Egemenliklerine Saygı

Diğer bir görüşe göre, bağlama kurallarının uluslararası bir sözleşmede yeknesaklaştırılması, paradoksal olarak, devletlerin ulusal egemenliğine duyulan saygının bir ifadesidir. Dolayısıyla, bir devletin böyle bir sözleşmeye katılması, o devletin telif hakkı sahiplerinin lehi-

⁷⁷ Zizic, *a. g. e.*, s. 129.

⁷⁸ Zizic, *a. g. e.*, s. 130.

ne kendi egemenliğinin bir parçasından taviz vermesi anlamına gelir. Bununla birlikte, uzun vadede bu çeşit bir sözleşme, Birleşik devletler gibi gelişmiş ülkelerin kendi lehlerine mevcut bağlama kurallarını manipüle etmelerinin önüne geçmiş olur. Nitekim Hindistan ve Çin gibi ülkeler de, telif hukuku alanında Amerikan emperyalizmini katlanılmaz bulmaktadır.⁷⁹ Adı geçen ülkeler, Amerikan telif hakları standartlarının bir ur gibi dünyaya yayılmasından endişe etmektedir. Bu ülkeler, bağlama kurallarını yeknesaklaştıran bir uluslararası sözleşmenin imzalanmasına bu açıdan olumlu bakmaktadır. Zira böyle bir durumda aynı/benzer ihtilaflara aynı bağlama kuralları tatbik edilmiş olacaktır.⁸⁰

vii. Telif Haklarını İhlal Edenin Sorumluluğunu Arttırırken, Telif Hakları Sahibinin Menfaatlerini Daha Fazla Koruması

Bağlama kurallarının yeknesaklaştırılması, özellikle Internet yoluyla işlenen telif hakları ihlallerinde, ihlalde bulunanın sorumluluktan kurtulmasına müsaade etmez. Zira, iki farklı ülkede, farklı bağlama kurallarının uygulanması durumunda, ihlalcinin, ihlal teşkil eden fiilinin sorumluluğundan rahatlıkla kurtulması mümkündür.⁸¹

III. SONUÇ

Gelişen teknolojinin de etkisiyle, telif hakkı sahipleri günümüzde, geçmiştekine nazaran daha fazla korunma talep etmektedirler ve bunda da haklıdırlar. Zira Internette birkaç tık' la, yalnızca bir iki saniye içerisinde telif hakları ihlal edilebilmektedir. Üstelik ihlal fiilinde bulunanlar, çoğu kez ne yaptıklarının farkında dahi olmayan nihai kullanıcılarıdır. Dolayısıyla, bunlara bilmeyerek işledikleri ihlal fiilinin ağır sorumluluğunu yüklemek adil bir tutum olmayacaktır. Diğer yandan telif hakkı sahibinin de ihlal fiili dolayısıyla mağdur olması kabul edilemez. İşte bu noktada, her şeyden önce tarafların menfaatlerini en iyi şekilde dengeleyici maddi bir hukuk sisteminin teşkili akla gelir. Ancak tüm dünyada kabul edilen maddi bir hukuk sisteminin teşkili

⁷⁹ Aoki, *a. g. e.*, 443 at 7.

⁸⁰ Zizic, *a. g. e.*, s. 131.

⁸¹ Zizic, *a. g. e.*, s. 131.

günümüz şartlarında ne yazık ki gerçekleşemeyecek güzel bir hayalden ibarettir. Zira, bu türden bir sistemin yaratılması için her şeyden önce uluslararası bir komisyon kurulmalıdır. Dünya üzerindeki tüm devletlerin temsil edildiği ve tarafsızlığına dair en ufak bir şüphe duyulmayacak bu komisyon bir sistem oluşturmali ve bu, tüm dünyada onaylandıktan sonra yürürlüğe sokulmalıdır. Bugün için dünya üzerinde bulunan devletler bu türden bir sistemi, ulusal egemenliklerine bir tehdit olarak algıladıklarından denemeye yanaşmamaktadırlar. Bu sebeple, haiz olduğu uluslararası niteliği de dikkate alındığında, sanal ortamda gerçekleşen telif hakkı ihlallerinin kanunlar ihtilafı çerçevesinde incelenerek çözüme bağlanması bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu sefer de bu ihlallere uygulanacak hukukun tayininde güçlüklerle karşılaşmaktadır. Konu ile ilgili bağlama kurallarına baktığımızda; ihlalin işlendiği yer (fiil yeri) bağlama kuralı, sonuç yeri bağlama kuralı, eser sahibinin veya failin mutad meskeni/işyeri bağlama kurallarının ön plana çıktığı söylenebilir. Bunlardan fiil yeri bağlama kuralı ile sonuç yeri bağlama kuralı, haksız fiiller alanında da istifade edilen klasik bağlama kuralları olduklarından, bunlar sanal ortamın sofistike yapısına uymadıkları mülahazasıyla eleştirilere maruz kalmışlardır. Bunun sonucunda, sanal ortamda gerçekleşen ihlallerde, ihlal yerinin ve bunun sonuçlarını doğurduğu yerin neresi olduğuna dair doktrinde değişik görüşler ortaya atılmıştır. Bunların içinde en dikkat çekici olanı, ihlalin işlendiği yer yayı yeri olarak kabul eden görüştür. Bu görüş, esas itibariyle, uydu yayınlarının iletilmesi ile İnternette veri aktarım sürecinin birbirine olan benzerliğinden hareketle ortaya atılmıştır. Bu görüş de beraberinde yayı yerinin neresi olduğu sorusunu getirmiş ve bu konuda da doktrinde birbirinden farklı görüşler ortaya atılmıştır.

* * *

Kanaatimizce, sanal ortamda bulunan bütün aktörlerin menfaatlerinin dengelenmesi ve İnternet yoluyla işlenen 'ihlal' daha doğmadan kaynağında engellenmesi, büyük ölçüde maddi nitelikli kuralların teşkiline bağlıdır. Ancak bugün için, böyle bir durum söz konusu olamayacağına göre, sanal ortamdan doğan telif hakları ihlallerine uygulanacak hukukun tayini için kanunlar ihtilafına gidilmesi bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çalışmamızda uzun uzun yer verdiğimiz bağlama kuralları arasında da klasik bağlama kurallarının ağırlığını koruduğunu kabul etmek zorundayız. Zira, önerilen diğer

bağlama kurallarının faydalarının yanı sıra, bir o kadar da zararının bulunduğu bir gerçektir.

KAYNAKÇA

- AKİPEK, Ş./ DARDAĞAN, E., "Sanal Ortamda Telif Hakları", *BATİDER*, c.21, Ankara, 2001-2002.
- AKİPEK, Ş./ DARDAĞAN E., "Sanal Ortamda Gerçekleşen Telif Hakkı İhlallerine Uygulanacak Hukuk", *AÜHFD*, c. 50, S.3, Ankara, 2001.
- ARIKAN, A.S., "İnternetin Fikri Haklar Üzerindeki Etkisi", *Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu*, İzmir, 21-22 Mayıs 2001.
- BEALL, C.P., "The Scientological Defenestration of Choice-of-Law Doctrines for Publication Torts on the Internet"; J. Marshall J. Computer&Info L., 1997.
- DARDAĞAN, E., "Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilafı", 1. Baskı, Ankara, 2000.
- DINWOODIE, G.B., "A New Copyright Order: Why National Courts Should Create Global Norms", U. Pa. L. Rev., <www.heinonline.org>, 2000-2001.
- DRISCOLL, J. M., "It's a Small World After All: Conflict of Laws and Copyright Infringement on the Information Superhighway" U. Pa. J. Int'l Econ. L. <www.heinonline.org> 1999.
- GELLER; P.E., "Conflict of Law in Cyberspace: International Copyright in a Digitally Networked World " in 4 Information Law Series, The Future Of Copyright In A Digital Environment 27,28 (P. Bernt Hugenholtz ed.,1996)
- GINSBURG, J.C., "Global Use/ Territorial Rights: Private International Law Question of the Global Information Infrastructure", J.Copyright Soc'y U.S.A., 1995.
- GINSBURG, J.C., "Copyrights Without Borders? Choice of Forum and Choice of Law for Copyright Infringement in Cyberspace,", *Cardozo Arts&Ent.L.J.*, <www.heinonline.org> ,1997.

- GINSBURG, J.C.&JANKLOW, M.L., "Group of Consultants on the Private International Law Aspects of the Protection of Works and Objects of Related Rights Transmitted Through Global Digital Networks", WIPO Forum on Private International Law and Intellectual Property, Geneva, 1998.
- GOLDSMITH, J.L., "Against Cyberanarchy", U. Chi.L. Rev, 1998.
- JOHNSON, D.R./ POST, D., "Law and Borders the Rise of Law in Cyberspace", Stan L Rev, 1996.
- KAPLAN, Y., "İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunmasına Uygu-
lanacak Hukuk", Ankara, 2004.
- ÖZEL, S., "Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Haklarının
Korunması ", Ankara, 2004.
- RÖHM, A./WILOP K., "Urheberrechtlicher Schutz im Internet", DuD
1998.
- PARANT, V.L., "Thwarting Internet Pirates in'Intellectual Property
Havens'", 15-Fall Ent.&Sports Law, 1997.
- TEKİNALP, Ü., "Fikri Mülkiyet Hukuku", Güncelleştirilmiş, Gözden
Geçirilmiş ve Genişletilmiş Dördüncü Bası, İstanbul, 2005.
- TYDNIUK, A., "From Itar-Tass to Films by Jove: The Conflicts of
Laws Revolution in International Copyright", Brook. J. Int'l L.
<www.heinonline.org>, 2003-2004.
- WITTGENSTEIN, P., "Über die negativen Auswirkungen einer Verstär-
kung des Urheberrechts auf die Entwicklung des Internet", UFITA
2000.
- YAGURA, R., "Does Cyberspace Expand the Boundaries of Personal
Jurisdiction?" (1998) 38 IDEA; J.L.& Tech.
- ZIZIC, B., "Copyright Infringement Occuring Over The Internet: Choi-
ce of Law Considerations " (Yüksek Lisans Tezi), Ocak, 2000.