



**MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA TELEVİZYON PROGRAMLARI
VE SİNEMA YAPIMLARINDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARA
UYGULANACAK HUKUK**

Doktora Tezi

Cansu KAYA ÜLKEN

Eskişehir 2023

**MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA TELEVİZYON PROGRAMLARI
VE SİNEMA YAPIMLARINDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARA
UYGULANACAK HUKUK**

Cansu KAYA ÜLKEN

DOKTORA TEZİ

Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı

Danışman: Doç. Dr. Mesut AYGÜN

Eskişehir

Anadolu Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Ocak 2023

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI

Cansu Kaya Ülken'in "Milletlerarası Özel Hukukta Televizyon Programları ve Sinema Yapımlarından Doğan Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukuk" başlıklı tezi .../02/2023 tarihinde aşağıdaki jüri tarafından değerlendirilerek Anadolu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nin ilgili maddeleri uyarınca, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim dalında Doktora tezi olarak kabul edilmiştir.

	<u>Unvanı Adı Soyadı</u>	<u>İmza</u>
Üye (Tez Danışmanı):		
Üye :		
Üye :		
Üye :		
Üye :		

ÖZET

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA TELEVİZYON PROGRAMLARI VE SİNEMA YAPIMLARINDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARA UYGULANACAK HUKUK

Cansu KAYA ÜLKEN

Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı

Anadolu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Şubat 2023

Danışman: Doç. Dr. Mesut AYGÜN

Teknolojinin gelişmesi ile birlikte sanatın da ülke sınırlarını aşması kolaylaşmıştır. Özellikle neredeyse her eve girebilen televizyon ve internet sayesinde sinema yapımları ve televizyon programları kolaylıkla milletlerarası niteliğe haiz olmaktadır. Yabancı sinema oyuncularının yer aldığı sinema filmleri veya bir devletin televizyonlarında çok beğenilen programların başka devletlerdeki televizyon kanalları veya yapımcılar tarafından talep görmesi günümüzde artık çok sık karşılaşılan bir durumdur. Bu çalışmanın konusunu da sinema yapımları ve televizyon programlarından doğan ve yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar oluşturmaktadır. Çalışmanın giriş bölümünde uluslararası ve bölgesel düzenlemelerde konunun nasıl ele alındığı anlatıldıktan sonra Türk hukukunun ve karşılaştırmalı hukukun maddi hukuk hükümleri anlatılmaktadır. Çalışmanın birinci bölümünde sinema yapımları ve televizyon programlarından doğan ve yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk hak statüsü ve sözleşme statüsü bağlamında anlatılmaktadır. Çalışmanın ikinci bölümünde ise Türk mahkemelerinin sinema yapımları ve televizyon programlarından doğan ve yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkları nasıl vasıflandırdığı ve uygulanacak hukuk anlatılmaktadır.

Anahtar Sözcükler: Sinema yapımları, Televizyon program formatları, Fikri haklar, Telif hakları, Kanunlar ihtilafı

ABSTRACT

APPLICABLE LAW TO DISPUTES ARISING FROM TELEVISION PROGRAMS AND CINEMA PRODUCTIONS IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Cansu KAYA ÜLKEN

Department of Private International Law,

Anadolu University, Graduate School of Social Sciences, February 2023

Along with the new developments in technology, it has ceased to be an exception for art Works to be accessible to people from all around the world. Especially through the Internet and television, which can enter almost every home, cinema productions and television shows can have a global character. At the present, it is a very common situation that the popular programs on the television channels of a country or the movies featuring foreign actors are in demand by the television channels or producers in other countries. In this context, The subject of this study consists of the conflicts, which have elements of foreignness, arising from cinema productions and television shows. In the introduction part of the study, after explaining how the issue is discussed in international and regional regulations, the substantive law provisions of Turkish law and comparative law are described. In the first chapter of the study, the applicable law in disputes arisen from foreign elements in cinema films and television programmes are examined based on lex fori and lex causae. In the second chapter of the study, how the Turkish courts evaluate the disputes arisen from foreign elements in cinema films and television programmes and applicable law are illuminated.

Keywords: Cinema production, Television program formats, Intellectual property rights, Copyright, Conflict of laws

ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ

Bu tezin bana ait, özgün bir çalışma olduğunu; çalışmamın hazırlık, veri toplama, analiz ve bilgilerin sunumu olmak üzere tüm aşamalarında bilimsel etik ilke ve kurallara uygun davrandığımı; bu çalışma kapsamında elde edilen tüm veri ve bilgiler için kaynak gösterdiğimi ve bu kaynaklara kaynakçada yer verdiğimi; bu çalışmanın Anadolu Üniversitesi tarafından kullanılan “bilimsel intihal tespit programı”yla tarandığını ve hiçbir şekilde “intihal içermediğini” beyan ederim. Herhangi bir zamanda, çalışmamla ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda, ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçları kabul ettiğimi bildiririm.

Cansu KAYA ÜLKEN

İÇİNDEKİLER

BAŞLIK SAYFASI	i
JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI.....	ii
ÖZET	iii
ABSTRACT.....	iv
ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ.....	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR	xiv
GİRİŞ	1
1. YABANCILIK UNSURU	4
1.1. Genel Olarak Yabancılik Unsuru.....	4
1.2. Televizyon Programları ve Sinema Yapımlarında Yabancılik Unsuru.....	6
2. VASIFLANDIRMA.....	9
2.1. Genel Olarak Vasıflandırma.....	9
2.2. Fikri Haklar Kapsamında Eser	14
2.2.1. Fikri haklar ile ilgili uluslararası sözleşmeler	17
2.2.1.1. Bern Sözleşmesi	17
2.2.1.2. Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması (TRIPS).....	21
2.2.1.3. Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü Kapsamında İmzalanan Anlaşmalar	22
2.2.2. Fikri hakların AB hukukunda düzenlenme şekli.....	23
2.2.2.1. Fikri Mülkiyet Alanında Bazı Eser Sahibi Hakları ve Bağlantılı Haklarla İlgili Ödünç ve Kiralama Haklarına İlişkin 2006/115 Sayılı, 12 Aralık 2006 Tarihli AB Direktifi	24
2.2.2.2. Uydu Tarafından Radyo – Televizyon Yayınına ve Kablo Tarafından İletilmeye Uygulanabilir Eser Sahibi Haklarının ve Eser	

Sahibine Bağlantılı Hakların Düzenlenmesine İlişkin 93/83 Sayılı 1993 Tarihli AB Direktifi	26
2.2.2.3. Eser Sahibi Haklarının ve bazı Bağlantılı Hakların Koruma Sürelerinin Uyumlaştırılmasına İlişkin 2006/116 Sayılı 12 Aralık 2006 Tarihli AB Direktifi	27
2.2.2.4. Bilgi Toplumunda Eser Sahibi Haklarının ve Bağlantılı Hakların Bazı Hususlarının Uyumlaştırılmasına İlişkin 2001/29 Sayılı, 22 Mayıs 2001 Tarihli AB Direktifi (Bilgi Toplumu Direktifi- InfoSoc).....	28
2.2.2.5. Fikri hakların Uygulanmasına İlişkin 2004/48 Sayılı 29 Nisan 2004 Tarihli AB Direktifi	29
2.2.2.6. Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin Dijital Tek Pazarda telif hakkı ve ilgili haklar ile 96/9 / EC ve 2001/29 / EC Direktiflerinde değişiklik yapan 17 Nisan 2019 tarihli (AB) 2019/790 Direktifi.....	29
2.2.3. Fikri hakların bazı devlet hukuklarında düzenlenme şekli	30
2.2.3.1. Birleşik Krallık hukuku	30
2.2.3.2. Amerika Birleşik Devletleri hukuku.....	33
2.2.3.3. İsviçre hukuku	36
2.2.4. Türk hukukunda FSEK kapsamında eser olma şartları, eser türleri, eser sahibine tanınan haklar, mahkeme kararları ve doktrin görüşleri	37
2.2.4.1. Sahibinin hususiyetini taşıma	39
2.2.4.2. FSEK'te sayılan eser türlerinden birisinin kapsamına girmek ..	39
2.2.4.2.1. İlim ve edebiyat eserleri.....	40
2.2.4.2.2. Musiki eserleri	40
2.2.4.2.3. Güzel sanat eserleri	41
2.2.4.2.4. Sinema eserleri	41
2.2.4.2.5. İşlenmeler ve derlenmeler	42
2.2.4.3. FSEK kapsamında eser sahibine tanınan haklar	42
2.2.4.3.1. Eser sahibine tanınan manevi haklar	43

2.2.4.3.2.	Eser sahibine tanınan mali haklar.....	44
2.3.	Televizyon Programları ve Sinema Yapımlarının Eser Niteliği.....	45
2.3.1.	Görsel işitsel ürün olarak sinema	46
2.3.2.	Sinemanın eser niteliği.....	47
2.3.2.1.	Sahibinin hususiyetini taşıma	51
2.3.2.2.	FSEK’te sayılan sinema eserlerinden biri kapsamına girmek	52
2.3.2.3.	Tespit edilmiş olmak.....	53
2.3.2.4.	Hareketli görüntüler dizisine sahip olmak.....	53
2.3.3.	Görsel işitsel ürün olarak televizyon programları, televizyon program formatları	53
2.3.3.1.	Televizyon programları.....	54
2.3.3.2.	Televizyon program formatları.....	55
2.3.4.	Televizyon programları ve televizyon program formatlarının eser niteliği... ..	58
2.3.4.1.	Birleşik Krallık hukuk sisteminde televizyon program formatları.....	58
2.3.4.2.	Amerika Birleşik Devletleri hukuk sisteminde televizyon program formatları.....	63
2.3.4.2.1.	1976 tarihli Telif Hakkı Kanunu (Copyright Act) öncesi dönem.....	65
2.3.4.2.2.	1976 tarihli Telif Hakkı Kanunu (Copyright Act) sonrası dönem.....	68
2.3.4.3.	İsviçre hukukuna göre televizyon program formatları	70
2.3.4.4.	Türk hukukuna göre televizyon program formatları	71
3.	DEĞERLENDİRME	79

BİRİNCİ BÖLÜM
KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA
TELEVİZYON PROGRAMLARI VE SİNEMA YAPIMLARINDAN
DOĞAN VE YABANCILIK UNSURU TAŞIYAN UYUŞMAZLIKLARA
UYGULANACAK HUKUK

1. GENEL OLARAK.....	82
2. FİKİR VE SANAT ESERLERİNDEN DOĞAN YABANCI UNSURLU UYUŞMAZLIKLARA UYGULANACAK HUKUK	83
2.1. Fikri Haklar Alanında Ülkesellik, <i>Lex Protectionis</i> ve <i>Lex Originis</i>	83
2.1.1. Ülkesellik ilkesi.....	83
2.1.2. <i>Lex loci protectionis</i> (Koruma yeri hukuku).....	87
2.1.3. <i>Lex loci originis</i> (Menşe yeri hukuku)	94
2.2. Yirmi Birinci Yüzyıla Dair Gelişmeler ve Tartışmalı Konular	96
2.2.1. ALİ ilkeleri	98
2.2.2. CLIP ilkeleri.....	98
2.2.3. İlk sahiplik.....	99
2.2.4. Fikri hakların aktarılabilirliği.....	108
2.2.5. Televizyon yayıncılığı	110
2.2.6. İnternet ihlalleri – Her yerde ihlal	113
2.3. Tükenme İlkesi.....	117
2.3.1. Genel olarak	117
2.3.2. Coğrafi alana göre tükenme türleri	119
2.3.2.1. Ülkesel tükenme.....	119
2.3.2.2. Bölgesel tükenme	120
2.3.2.3. Uluslararası tükenme	121
2.4. Fikri Hak Aynı Hak Mıdır?	121
2.5. Hak Statüsü	124

2.5.1.	AB hukuku.....	125
2.5.1.1.	Roma II Tüzüğü.....	125
2.5.1.1.1.	Hukuk seçimi (m. 14)	127
2.5.1.1.2.	Genel kural (m. 4)	128
2.5.1.1.3.	Özel kural (m. 8).....	129
2.5.1.2.	CLIP ilkeleri.....	133
2.5.2.	ABD hukuku.....	134
2.5.2.1.	Genel olarak.....	134
2.5.2.2.	Amerikan Hukukunun sınır aşan (extraterritorial) uygulanmasına ve yabancı hukukun uygulanmasına örnekler	136
2.5.2.3.	Fikri hakkın ihlaline uygulanacak hukukun tespiti	142
2.5.2.4.	Doktrin Görüşleri	143
2.5.2.5.	İlk Sahiplik.....	145
2.5.2.6.	ALI ilkeleri	147
2.5.3.	Birleşik Krallık hukuku	148
2.5.4.	İsviçre hukuku.....	152
2.5.4.1.	Genel olarak.....	152
2.5.4.2.	Uygulanacak hukuk (m. 110).....	155
2.6.	Sözleşme Statüsü	158
2.6.1.	Sözleşmelerde uygulanacak hukukun belirlenmesinde bazı kavramların açıklanması	159
2.6.1.1.	Karakteristik edim	159
2.6.1.2.	Uygulamada sık karşılaşılan sözleşme türleri.....	161
2.6.1.2.1.	Mali hakların devri sözleşmesi.....	162
2.6.1.2.2.	Lisans / ruhsat sözleşmeleri.....	162
2.6.2.	AB Hukuku.....	163

2.6.2.1.	Roma I Tüzüğü	163
2.6.2.1.1.	Hukuk seçimi (m. 3)	166
2.6.2.1.2.	Genel kural (m. 4)	167
2.6.2.2.	CLIP ilkeleri.....	173
2.6.3.	ABD hukuku.....	175
2.6.3.1.	II. Restatement.....	177
2.6.3.1.1.	Hukuk seçimi	177
2.6.3.1.2.	Genel kural	178
2.6.3.2.	ALI ilkeleri	179
2.6.4.	Birleşik Krallık hukuku	180
2.6.5.	İsviçre hukuku.....	181
2.6.5.1.	Genel olarak	181
2.6.5.2.	İsviçre hukukunda fikri haklara ilişkin sözleşme statüsü	182
3.	DEĞERLENDİRME	184

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA

TELEVİZYON PROGRAMLARI VE SİNEMA YAPIMLARINDAN DOĞAN VE YABANCILIK UNSURU TAŞIYAN UYUŞMAZLIKLARA UYGULANACAK HUKUK

1.	GENEL OLARAK.....	188
1.1.	Hak Statüsü (MÖHUK m. 23)	190
1.1.1.	5718 sayılı MÖHUK öncesi dönem.....	190
1.1.2.	5718 sayılı Kanun – MÖHUK m. 23	192
1.1.2.1.	Madde düzenlemesinin yeri	192
1.1.2.2.	Objektif bağlama kuralı – m. 23/f. 1.....	194
1.1.2.3.	Hukuk seçimi kuralı – m. 23/f. 2	195
1.2.	Sözleşme Statüsü (MÖHUK m. 28)	200

1.2.1.	Genel olarak	200
1.2.2.	Hukuk seçimi.....	204
1.2.3.	Objektif bağlama kuralı.....	205
1.2.4.	Daha sıkı ilişkili hukuk.....	208
1.2.5.	İş sözleşmesi kapsamında doğan eserler	209
1.3.	Konuya Dair Diğer Sözleşme Türlerine Uygulanacak Hukuk (MÖHUK m. 24).....	209
1.3.1.	Eser sözleşmesi	210
1.3.2.	Film yapım sözleşmesi	210
1.3.3.	Sözleşmeye uygulanacak hukuk	210
1.3.3.1.	Tarafların hukuk seçimi	211
1.3.3.2.	Objektif Bağlama Kuralı	213
1.4.	Haksız Rekabet Statüsü (MÖHUK m. 37).....	216
1.4.1.	Genel olarak	216
1.4.2.	Haksız rekabete uygulanacak hukuk.....	217
1.4.2.1.	Piyananın etkilendiği yer hukuku.....	219
1.4.2.2.	Birden fazla ülke piyasasını etkileyen haksız rekabet halleri ...	220
1.4.2.3.	İşletmenin işyeri hukuku	221
2.	YABANCI HUKUKUN UYGULANMA SINIRI	223
2.1.	Genel Olarak	223
2.2.	Kamu Düzeni.....	224
2.2.1.	Genel olarak	224
2.2.2.	Milletlerarası özel hukukta kamu düzeni.....	225
2.2.3.	Görsel işitsel ürünlerde kamu düzeni	229
2.3.	Doğrudan Uygulanan Kurallar	231
2.3.1.	Milletlerarası özel hukukta doğrudan uygulanan kurallar	231

2.3.2. Görsel işitsel ürünler konusunda doğrudan uygulanan kurallar değerlendirilmesi.....	234
3. DEĞERLENDİRME	239
SONUÇ	242
KAYNAKÇA.....	249



KISALTMALAR

AAD	: Avrupa Adalet Divanı
AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AET	: Avrupa Ekonomik Topluluğu
ALI	: <i>American Law Institute</i> (Amerikan Hukuk Enstitüsü)
AT	: Avrupa Topluluğu
BIRPI	: <i>United International Bureaux for the Protection of Intellectual Property</i> (Fikri Mülkiyetin Korunması Uluslararası Birleşik Ofisi)
CDPA	: <i>Copyrights, Designs and Patents Act</i> (Birleşik Krallık Telif hakları, Tasarımlar ve Patentler Kanunu)
CLIP	: <i>Conflict of Laws in Intellectual Property</i> (Fikri Mülkiyetten Doğan Kanunlar İhtilafı Grubu)
DTÖ	: Dünya Ticaret Örgütü
E.	: Esas
EC	: <i>European Community</i> (Avrupa Topluluğu)
EU	: <i>European Union</i> (Avrupa Birliği)
f.	: fıkra
FRAPA	: <i>Format Recognition and Protection Association</i> (Format Tanıma ve Koruma Derneği)
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
HD	: Hukuk Dairesi
IPRG	: <i>Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht</i> (İsviçre Uluslararası Özel Hukuka Dair Federal Kanunu)
K.	: Karar
m.	: madde

MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK	: Milletlerarası Tahkim Kanunu
RTÜK	: Radyo ve Televizyon Üst Kurulu
T.	: Tarih
TRIPS	: <i>Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights</i> (Fikri Mülkiyet Haklarının Ticaretle İlgili Yönleri Hakkında Sözleşme)
TRT	: Türkiye Radyo Televizyon Kurumu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
UNIDROIT	: <i>International Institute for the Unification of Private Law</i> (Özel Hukukun Yeknesaklaştırılması için Uluslararası Enstitü)
WCT	: <i>WIPO Copyright Treaty</i> (WIPO Telif Hakları Sözleşmesi)
WIPO	: <i>World Intellectual Property Organisation</i> (Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü)
WPPT	: <i>WIPO Performances and Phonograms Treaty</i> (WIPO İcracılar ve Fonogramlar Sözleşmesi)
WTO	: <i>World Trade Organization</i>

GİRİŞ

İnsanın düşünmesi ve düşüncesiyle tasarladığını geleceğe aktarma isteği çok eski zamanlara dayanmaktadır. Mağarada duvara şekiller çizen canlıdan günümüze dek insan, tasarladığı fikirleri aktarmakta çeşitli yollar denemiştir. Yazının gelişmesi ve günümüze çok yakın zamanda fotoğrafın da icadıyla birlikte bu aktarım türü çok çeşitli şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Yazıya nazaran daha kolay tüketilebilen görsel ürünler, fotoğraf makinasının icadının ardından en fazla tercih edilen eser üretme yöntemlerinden biri haline gelmiştir. Görsel ürünler zamanla, düşüncelerin aktarımı özelliğinin yanı sıra, endüstrinin de en temel konularından birisi olmuştur.

Fotoğrafların art arda konarak hareketli görüntülerin elde edilmesi sonucunda sinema filmleri ortaya çıkmıştır. Başlangıçta halkı eğlendirmek amacıyla gösterilen filmler günümüzde ekonomik bir meta haline gelmiştir. *Hollywood* ve *Bollywood*'un ardından günümüzde artık *Pollywood* ve *Lollywood* da sinema filmlerinin ticari rekabetinde yerlerini almış durumdadır. Endüstrinin bir parçası haline gelen sinema filmleri zamanla ulusal sınırlarını aşarak uluslararası ticaretin de ögesi olmuştur. Filmlerin yanı sıra onu meydana getiren oyuncu, yönetmen senarist ve yapımcılar da uluslararası alanda yer almaya başlamıştır. Kendi ülkesinde başarılı olan bir oyuncu, yönetmen, senarist veya yapımcı uluslararası festivaller aracılığıyla tanınarak başka ülkelerde bu alanda yer alan kişiler tarafından da iş birliği için talep edilir olmuştur. Bunun yanında bir ülkedeki coğrafi güzellikler ve tarihi özellikler de, sinema filmlerinin o ülkede çekilmesini sağlayarak uluslararası ticaretin konusu haline gelmiştir. Gelişen teknoloji ve önemi azalan ülke sınırları koşullarında yukarıda sayılan örnekler uluslararası sinema filmi yapımlarının yaygınlığını gösteren sadece birkaç örnek niteliği taşımaktadır.

Televizyonun icadıyla birlikte sinema için çekilen filmlerin yanında, televizyonda yayınlanmak üzere çekilen dizi filmler ve tüm gün yayınlanabilecek program çeşitleri de artmıştır. Bir ülke televizyonunda yayınlanan televizyon dizisinin sınırları aşması günümüzde artık oldukça yaygındır. Dizilerin yanı sıra televizyon için yapılan program formatlarının ticareti de uluslararası ticarete önemli yer tutmaktadır. Farklı formatlarda karşımıza çıkan televizyon programları zamanla tıpkı sinema filmleri gibi endüstrinin konusu olmaya başlamış ve yine tıpkı sinema filmleri gibi sınır aşar bir hal almıştır.

Format ticareti ile bir ülkede çok beğenilen bir televizyon program formatı başka bir ülke tarafından satın alınarak o ülke televizyonlarında gösterilmeye başlanmıştır.

Bu çalışmanın amacı yabancılık unsuru taşıyan film yapımları ve televizyon program formatlarından doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tespitini yapmaktır. Çalışma konusunu biri tartışmasız eser niteliği taşıyan diğeri ise tartışmalı olan iki başlık olarak sinema yapımları ve televizyon programları oluşturmaktadır. Aslında bu konu yabancı birçok üniversitede artık ayrı bir bölüm olarak yer alan *entertainment law /media law* başka bir ifadeyle eğlence sektörü hukuku /medya hukuku olarak çevirebileceğimiz alanın görsel kısmıyla çalışmayı sınırlamaktadır. Film, internet, multimedya, müzik, yayıncılık, televizyon ve radyo, tiyatro, görsel sanatlar ve tasarım gibi çok geniş bir kapsama sahip olan medya hukukunun sadece film ve televizyon yapımlarından doğan uyuşmazlıklar bu çalışmanın kapsamında yer alacaktır. Çalışmanın sorusu ise, aslında görsel bir ürün olarak karşımıza çıkan hem televizyon programları hem de sinema yapımlarından doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk bakımından MÖHUK'ta yer alan düzenlemelerin gerek günümüz ihtiyaçlarını karşılamak gerekse benzer görünen fakat birbirinden birçok noktada farklılaşan görsel ürünler bakımından ihtiyacı karşılayıp karşılamadığıdır.

Bu çalışmada hem sinema yapımları hem de televizyon programları farklı açılardan değerlendirilecek ve devamında da uyuşmazlıkların çözüm yollarına dair karşılaştırmalı hukuktaki tartışmalar ve Türk hukukundaki uygulama da göz önüne alınarak değerlendirmeler yapılacaktır. Çalışmanın sonucunda, uyuşmazlık önüne gelen hâkime yol gösterici değerlendirmelerde bulunulacaktır. Karşılaştırmalı hukuk anlatılırken Türkiye'nin aday devlet olması ve hukukunu uyumlu hale getirmesi gerekliliği sebebiyle Avrupa Birliğinde (AB) yer alan düzenlemelere; sinema ve televizyon alanında çok sayıda üretim ve ihracat yapması sebebiyle Amerikan hukuk sisteminde yer alan düzenlemelere; her ne kadar mevzuatı AB hukukundan etkilenmişse de 2016 senesinde yapılan referandum ile AB'den ayrılmaya kararı alan Birleşik Krallık hukukunda yer alan düzenlemelere; MÖHUK'a esin kaynağı olması bakımından İsviçre hukukunda yer alan düzenlemelere yer verilmiştir.

Geniş bir giriş ve iki bölümden oluşan çalışmada öncelikle giriş bölümünde televizyon programları ve sinema yapımlarının karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda nasıl ele alındığı mevzuat ve ulaşılan mahkeme kararları doğrultusunda

vasıflandırma başlığı altında açıklanacaktır. Ancak öncesinde uyuşmazlıkta yabancılık unsurunun olup olmadığının tespiti için yabancılık unsuru ve konumuz bakımından bulunma halleri anlatılacaktır. Vasıflandırmada varılacak sonuca göre uygulanacak hukukun tespiti hem sinema yapımlarında hem de televizyon programlarında değişiklik gösterebilecektir. Birinci bölümde ise yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlığın vasıflandırılması sonucu uyuşmazlığa uygulanacak hukukun tespiti yapılacaktır. Türk hukukunda uyuşmazlığa uygulanacak hukukun tespitini anlatmadan önce konunun karşılaştırmalı hukukta nasıl ele alındığı ve ulaşılan mahkeme kararlarına da yer verilecektir. Çalışmanın ikinci bölümünde ise Türk hukukunda konunun nasıl ele alındığı ve elbette uygulanacak hukukun sınırı olarak kabul edilen kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallar anlatılacaktır. Her bölümün sonunda konuya dair tarafımızca ulaşılan değerlendirmelere de yer verilecektir. Çalışmanın sonuç kısmında da konu ile ilgili ulaşılan sonuçlar anlatılacaktır. Belirtmek gerekir ki karşılaştırmalı hukuk özellikle İsviçre hukuku anlatılırken yararlanılan Almanca kaynakların anlaşılmasında uzman yardımı alınmıştır.

Konuya başlamadan önce tercih edilen terminolojiye dair de açıklama yapmak gerekmektedir. Çalışma ağırlıklıla fikri haklar ve bu kapsama girmeyen hallere odaklanmaktadır. Fikri haklara ilişkin milletlerarası sözleşmeler, AB ve karşılaştırmalı maddi hukuk düzenlemeleri anlatılırken kavramın farklı kullanımları söz konusudur. Öncelikle belirtmek gerekir ki, ilerleyen kısımlarda açıklanacağı üzere mülkiyet hakkı olarak kabul etmediğimiz fikri hakların karşılaştırmalı hukukta düzenlenme şekillerini anlatırken orijinal kullanımlarını Türkçeye çevirmek için ilgili yerlerde “mülkiyet” kavramı metinlerin aslına sadık kalmak için kullanılacaktır. Öte yandan kıta Avrupası ve *Common Law* hukuk sisteminde fikri haklara bakış açısının farklılığından dolayı tercih edilen “*copyrights*” telif hakları ifadesi de ilgili hukuklar anlatılırken kendi içinde bütünlük taşıması bakımından aslına uygun kullanılacaktır. Fikri haklar ve sınai hakları ayırımına bağlı kalarak, çalışmada ayrıca belirtilmediği müddetçe açıklamalarımız fikri haklara özgü olarak yapılacaktır.

1. YABANCILIK UNSURU

1.1. Genel Olarak Yabancılik Unsuru

Bir uyuşmazlığın milletlerarası özel hukukunun kapsamına girebilmesi için o uyuşmazlığın yabancılik unsuru içermesi gerekir¹. Milletlerarası nitelik kazanan uyuşmazlığa irtibatlı olduğu devlet hukuklarından hangisinin uygulanacağını tespit edilmesi gerekir. Barındırdığı yabancılik unsuru sebebiyle birden fazla devletle irtibatlı hale gelen uyuşmazlığı hangi devletin hukukunun idare edeceğini ise kanunlar ihtilafı kuralları belirleyecektir². Milletlerarası özel hukuk için bu denli önemli olan yabancılik unsurunun MÖHUK'ta tanımı yapılmamış, kavram doktrinde farklı tanımlamalara konu olmuştur. Klasik görüşe göre yabancılik unsuru bir hukuki olay veya ilişkiyi kişi ya da coğrafi alan itibarıyla birden fazla devlet ile irtibatlı hale getiren unsurdur³. Uluocak bir hukuki ilişki veya olayın yabancılik unsuru taşımasına örnek olarak ilgililerin vatandaşlığının hâkimin vatandaşlığından farklı olmasını, hukuki işleme konu teşkil eden şeyin hâkimin ülkesi dışında bulunmasını ve hukuki ilişkinin hâkimin ülkesi dışında yapılmış olmasını göstermektedir⁴. Göğer'e göre de, hukuki ilişkilerdeki yabancılik unsuru toprak veya şahıs bakımından karşımıza çıkabilir ve bünyesinde yabancılik unsuru bulundurmayan hukuki ilişkiler devletler özel hukukunun konusunun dışında kalmaktadır⁵. Klasik anlamda yabancılik unsuru *kişilerin vatandaşlığı, yerleşim yeri, mutad meskeni, işlemin yapıldığı veya ifa edildiği yer, malların bulunduğu veya vardığı yer veya fiilin ika edildiği veya sonuçlarının meydana geldiği yer*⁶ olarak uyuşmazlıkta teşkil edebilir.

¹M. Aygün (2012). Güncel Gelişmelerin Işığında Çekten Doğan Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 61 (3), s. 928; M. Aygün (2014). Yabancılik Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16 (2014), s. 1028; S. Özel (2016). Sözleşmesel İlişkide Yabancılik Unsuru ve Hukuk Seçimi. *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu Eskişehir, 21-22 Nisan 2016 Sempozyum Bildirileri ve Tartışmalar*. Ankara: Yetkin Yayınevi, s. 407.

²O. F. Berki (1970). *Devletler Hususi Hukuku, C. 1, Tabiiyet ve Yabancılar Hukuku* (7. Baskı). Ankara: Güzel Sanatlar Matbaası, s. 4; E. Göğer (1977). *Devletler Hususi Hukuku* (4. Baskı). Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 1.

³V. Doğan (2019). *Milletlerarası Özel Hukuk* (5. Baskı). Ankara: Savaş Yayınevi, s. 7.

⁴N. Uluocak (1971). *Kanunlar İhtilafı (Yasama yetkisi kuralları)* (1. Baskı). İstanbul: Fakülteler Matbaası, s. 3.

⁵Göğer, 1977, **a.g.k.**, s. 3.

⁶G. Tekinalp (2016). *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları* (12. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 20.

Ticaretin gelişmesi ile birlikte yabancılık unsuruna klasik görüşe ek olarak yeni bir bakış açısı getirilmiştir. Yeni anlayışa göre, bir hukuki ilişki veya olay klasik anlamda yabancılık unsuru taşımasının yanında veya klasik anlamda yabancılık unsuru taşımasa bile, milletlerarası ticaretin konusu olması halinde o hukuki ilişki veya olayın yabancılık unsuruna sahip olduğunun kabulü gerekmektedir⁷. Bu anlayışın Türk hukukundaki karşılığı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun⁸ (MTK) 2. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre yabancılık unsuru, "...tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukuki ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi" halinde de var olacaktır⁹.

Doktrindeki bir başka görüşe göre ise yabancılık unsuru yer veya kişi bakımından ve de hukuki ilişkinin milletlerarası ticaretin konusu olmasının yanı sıra yabancı hukukun uygulanmak üzere seçilmesi şeklinde taraf iradeleri ile de var olabileceğini ileri sürmektedir. Çelikel / Erdem'e göre ihtilafın mahkemenin hukukundan farklı bir devletin hukuku ile bağlantısını sağlayan maddi vakıalar veya taraf iradesinden doğmaktadır¹⁰. Herhangi bir ihtilafta, hukuki ilişkinin tarafları veya yapıldığı ülke veya icra edileceği yer veya terekeyi teşkil eden malların bulunduğu ülke veya haksız fiilin meydana geldiği veya zararın olduğu yer gibi hususlarda yabancılık unsuru karşımıza çıkabilir¹¹. Yazar örnekleri bu şekilde saymasının ardından yabancılık unsurunun şahıs ve yer bakımından ortaya çıkabileceği gibi, tarafların aralarındaki sözleşmeye yabancı hukukun uygulanmasını seçmesini de yabancılık unsurunu var edebileceğini ifade etmektedir¹². Nomer bir uyuşmazlıkta yabancılık unsurunun bulunma şekline örnekler verirken, tarafların aralarındaki hukuki ilişkiye yabancı bir hukukun uygulanmasını kararlaştırmalarını da saymaktadır¹³. Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe de özellikle

⁷Aygün, 2014, **a.g.k.**, s. 1030 - 1031; B. Tiryakioğlu (1996). *Taşınır mallara ilişkin milletlerarası unsurlu satım akitlerine uygulanacak hukuk* (1. Baskı). Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 6.

⁸RG: 24453 - 05.07.2001.

⁹V. Seviğ (2002). Milletlerarası Tahkim Kanununun Özellikleri. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni - Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan*, 22 (2), s. 746; F. B. Tanrıbilir ve B. Şit (2002). Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni - Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan*, 22 (2), s. 830.

¹⁰A. Çelikel ve B. B. Erdem (2017). *Milletlerarası özel hukuk* (15. Baskı). İstanbul: Beta Yayınevi, s. 5.

¹¹Çelikel ve Erdem, 2017, **a.g.k.**, s. 9.

¹²Çelikel ve Erdem, 2017, **a.g.k.**, s. 10.

¹³E. Nomer (2017). *Devletler hususi hukuku* (22. Baskı). İstanbul: Beta Yayınevi, s. 5. Yazara göre yabancı bir hukukun seçimi, o hukuki ilişkiyi yabancı unsurlu hukuki ilişki haline getirecektir. Nomer, 2017, **a.g.k.**, s. 319 - 321.

sözleşmeler alanında yabancı hukukun seçilmesiyle birlikte akdin birden fazla hukukla temas haline girdiğini kabul etmektedir¹⁴. Yine doktrinde bu görüşe karşılık olarak Güngör tarafından başka bir yabancılık unsuru taşımayan bir hukuki ilişkiye uygulanacak hukuk olarak yabancı hukukun seçilmesinin, o hukuki ilişkiye yabancılık unsuru katmayacağı ifade edilmiştir¹⁵. Özel'e göre de yabancılık unsuru barındırmayan ve Türk hukukuna tâbi bir sözleşmede yabancı hukukun seçilmesi milletlerarası özel hukuk anlamında bir hukuk seçimi olmayıp sadece sözleşme hükmü olarak Türk hukukunun emredici hükümlerine, ahlâka ve kamu düzeni anlayışına aykırı olmamak üzere uygulama imkânı bulabilecek¹⁶ bir şart olacaktır. Bizim de katıldığımız görüşe göre bir uyuşmazlığın milletlerarası özel hukukun kapsamına girebilmesi başka bir ifadeyle uyuşmazlığa uygulanacak hukukun tespitin tartışılabilmesi için ilgili uyuşmazlığın ya klasik anlamda yabancılık unsuru taşıması ya da uyuşmazlıkta sınır ötesi mal ve hizmet akışının olması gerekmektedir.

1.2. Televizyon Programları ve Sinema Yapımlarında Yabancılık Unsuru

Herhangi bir uyuşmazlığa konu olmuş olay veya ilişkide olduğu gibi televizyon programları ve sinema yapımlarından doğan uyuşmazlıklarda da yabancılık unsuru çok farklı şekillerde karşımıza çıkabilir. Hele ki günümüzde internet sayesinde ülke sınırlarının önemi olmaksızın dileyen dilediği içeriğe kolayca ulaşabilmektedir. Eserler eser sahiplerinden ziyade üçüncü kişi aracılığıyla internetten izleyiciye sunulmakta, izleyiciler *Amazon*, *Apple*, *Netflix*, *Spotify* gibi platformlar aracılığıyla dijital ortamda eserden yararlanmaktadır¹⁷.

Ülkemizde yabancı filmlerin ticarete konu olacak şekilde gösterilmeye başlanması Cumhuriyetin ilk yıllarına dayanmaktadır. Cumhuriyetin kuruluşunun ardından İpek Film ve Kemal Film gibi özel kuruluşlar Batı filmlerini ithal edip Türkçe dublaj ile Türkiye'de gösterime sokmuşlardır¹⁸. O zamandan bu yana yabancı filmler, Türkiye'de gösterim hakkına sahip kişi tarafından sözleşme konusu yapıp yayınlanmaktadır. Sinema yapımları söz konusu olduğunda çok çeşitli sözleşmeler karşımıza çıkmaktadır.

¹⁴C. Şanlı, E. Esen ve İ. A. Figanmeşe (2018). *Milletlerarası özel hukuk* (6. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 285.

¹⁵G. Güngör (2021). *Türk Milletlerarası Özel Hukuku* (2. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 32.

¹⁶Özel, 2016, **a.g.k.**, s. 410.

¹⁷A. Açıkgöz (2021). *İnternette İndirilen Dijital Eserlerde Yayma Hakkının Tükenmesi İlkesi* (1. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 29.

¹⁸H. Refiğ (2019). *Ulusal Sinema Kavgası* (4. Baskı). İstanbul: Dergah Yayınları, s. 6.

Bunlardan en temeli eser olması sebebiyle mali hakların¹⁹ devri ile ilgili olarak telif haklarının devri sözleşmesi ve ruhsat sözleşmesi/lisans sözleşmesidir²⁰. Uygulamada en sık görülen sözleşme türü olan ruhsat/lisans sözleşmesi Ateş tarafından, “*bir fikir ve sanat eseri üzerindeki mali hakların kullanım yetkisinin bir başka kişiye devri sözleşmesi*” olarak tanımlanmaktadır²¹. Sinema yapımlarında eser sahibi veya mali haklarını devrettiği yapımcı, filmin yurt dışında sinemalarda gösterilmesi için mali haklarından temsil yetkisini yabancı yapımcıya lisans sözleşmesi ile devretmesi durumunda yabancılık unsuru meydana gelecektir. Aynı eser sahibi veya yapımcının, filmin yurt dışında yabancı televizyon kanallarında gösterilmesi için mali haklarından umuma iletim yetkisini yabancı yapımcıya veya televizyon kanalına lisans sözleşmesi ile devretmesi durumunda da yabancılık unsuru meydana gelecektir.

Ülke içinde dizi senaryosu yazan bir senarist de artık sıklıkla ülke televizyonlarında yakalanacak reytingden ziyade bu dizinin yurtdışında sevilip seilmeyeceği düşüncesiyle hareket etmektedir. Gerçekten de uygulamada en sık karşılaşılan ve yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklardan birisi de eser sahibi tarafından yapımcı veya televizyon kanalına devredilen mali hakların yurtdışında kullanılması noktasında çıkmaktadır. Eser sahibinden mali hakları devralan yapımcı televizyonda yayınlanmak üzere Türkiye’de bir televizyon kanalı ile anlaşmaktadır. Ancak daha sonra bu dizi ülke içinde beğenilsin veya beğenilmesin, aynı diziyi yurtdışında da başka bir televizyon kanalına yayınlanmak üzere satabilmekte ve bu konularda yabancı unsurlu uyuşmazlıklar doğmaktadır.

Konusunu sinema yapımlarının oluşturduğu fakat fikri hakların kapsamına girmeyen sözleşmelerde de yabancılık unsuru sıklıkla meydana gelmektedir. Özellikle ortam yapım film sözleşmeleri nitelikleri bakımından ayrı bir öneme sahiptir. Ortak yapım film sözleşmesi, en az iki farklı devletten iki veya daha fazla gerçek veya tüzel kişinin bir araya gelerek film üretmeyi taahhüt ettikleri sözleşme olarak

¹⁹Eser üzerindeki mali haklar işleme, çoğaltma, yayma, temsil ve umuma iletim hakkından oluşur.

²⁰M. Ateş (2020). *Fikri Haklarla İlgili Hukuki İşlemler (FSEK 48 - 65)* (1. Baskı). Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 123.

²¹Ateş, 2020, **a.g.k.**, s. 130. Ruhsat /Lisans sözleşmesi de kendi içinde tam lisans ve basit lisan olarak ikiye ayrılır. Tam lisansta lisans veren (eser sahibi) mali haklarından bir veya birkaçının kullanım hakkını tek bir kişiye verir ve bu hakkı kendisi bile kullanamazken; basit lisansta eser sahibi mali haklarından bir veya birkaçının kullanım iznini biden çok kimseye verebilmektedir. Bkz.: Ateş, 2020, **a.g.k.**, s. 132 - 133.

tanımlanmaktadır²². Sözleşmenin ana amacı sinema filmini yapmaktan ziyade film yapılmadan önce, filmin yapılması aşamasında ve sonrasında dağıtım aşamalarında ortaklar arasındaki iç ilişkiyi düzenlemektir²³. Ortak yapım film sözleşmesinin taraflarını genellikle yapımcılar oluştursa da; televizyon yayıncıları, distribütörleri, bankalar, özel yatırımcılar da ortak bir yapımda yer alabilirler²⁴. Buna örnek olarak Türkiye’de TRT’nin, Fransa’da Arte Kanalının bir filmin yapımına katkı sunarak ortak olması veya Alman ZDF Kanalının Türk oyuncu Meltem Kaptan’ın oynayacağı bir filmde oyuncunun masraflarını karşılama taahhüdü ile film yapımına ortak olması durumu gösterilebilir²⁵.

Televizyon programlarının üretildikleri ülke sınırlarını aşması da günümüzde artık sık rastlanan durumdur. Daha önceleri herhangi bir fikri ürünün bulunduğu ülkeden başka ülkelere ulaşması bile düşünülemezken, günümüzde birçok insan evindeki televizyondan başka ülkelerin televizyon kanallarını naklen ve canlı olarak izleme imkânı bulmaktadır. Tıpkı televizyon programları gibi bu programların formatları da günümüzde kolaylıkla sınır aşabilen özelliğe sahiptir. Bu özelliğin yanında formatların sınırları aşması seyirciler ve dolayısıyla yapımcılar tarafından da talep edilmektedir. Uluslararası ticarete oldukça önemli bir yere sahip olan televizyon program formatlarının yabancılık unsuru barındırıp barındırmadıkları önem taşımaktadır.

Televizyon program formatları yer veya kişi bakımından yabancılık unsuru taşıyabileceği gibi niteliği bakımından da yabancılık unsuruna sahip olabilir²⁶. Format ticaretinin taraflarından birisinin yabancı olması halinde kişi bakımından; taraflar arasındaki sözleşmenin veya format/program ihlalinin başka devlet sınırları içinde yapılması durumunda ise yer bakımından söz konusu ilişki yabancılık unsurunu taşır hale gelir.

²²F. J. C. Blázquez vd. (2018). *The legal framework for international co-productions* (1. Baskı). Strasbourg: IRIS Plus, European Audiovisual Observatory, s. 47. “Kohvakka, R. & Huttunen, M., Audio-Visual Production and International Co-Productions in Finland, Statistics Finland, Helsinki 1997, s. 54” Aktaran P. Naarajärvi (2011). *International Coproduction And Collaborative Agreements, The Case Of The Finnish Film Industry*. Helsinki: Aalto University Publication Series Doctoral Dissertations, s. 20.

²³C. Kaya (2020). Ortak Yapım Film Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk. *Atipik Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 132.

²⁴Blázquez vd., 2018, **a.g.k.**, s. 49; E. Gökyayla (2015). *Film Yapım Sözleşmesi* (1. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 13 - 14.

²⁵Kaya, 2020, **a.g.k.**, s. 120 - 121.

²⁶B. Sargin (2020). *Yabancı unsurlu televizyon program formatlarının korunması* (Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 96 - 97.

Aynı şekilde, bir televizyon programının menşe ülkesi dışında başka bir ülke ile sözleşmesel ilişki içinde olması durumunda artık milletlerarası nitelikli bir sözleşmeden bahsetmek gerekir²⁷. Bu durumda yer ve kişi bakımından yabancılık unsuru taşımasa bile konusu bakımından milletlerarası ticareti ilgilendirdiği için yabancılık unsuru taşır hale gelecektir. Yurtdışından format ithal eden bir yapımcı ile kanalında yayınlamak üzere sözleşme ilişkisi içine giren televizyon kanalı yetkilisi arasındaki ilişki niteliği itibarıyla yabancılık unsuru taşır duruma gelmiştir.

Burada örnek olarak televizyon format lisansı/lisans sözleşmesi gösterilebilir. Bu sözleşmenin tarafları alt lisans veren ve lisans alandır. Lisans veren firma, tüm hakları kendisine ait bulunan formatı, Türkiye’de televizyon kanallarına lisanslanması konusunda alt lisans vereni yetkilendirebilir. Alt lisans veren, bu yetki çerçevesinde, formatın lisansını belli şartlarla lisans alana vermektedir. Mesela şart olarak, lisans alanın, lisanslanan formatı, sadece Türkiye’de yayın yapan ücretli televizyon kanallarına yönelik olmak üzere, bir yıllık süre için ve Türkçe gerçekleştirilecek format yapımında kullanmak hakkına sahip olabilir. Aynı şekilde, format uyarlamalarında da, yerel yapım şirketleri ile yabancı yapım şirketleri arasında format lisans anlaşması imzalanabilir. Bu durumda da, televizyon program formatının ana yapısı aynı kalırken, uyarlanan halinin ülkenin de kendi kültür ve yaşam şekli dikkate alınarak yeni bir program ortaya çıkmaktadır. Bu gibi durumlarda sözleşme olmaksızın söz konusu formatın başkaları tarafından izinsiz kullanılması veya yabancı programın izinsiz yayınlanması gibi durumlarda yabancılık unsuru barındıran uyuşmazlıklar meydana gelmektedir.

2. VASIFLANDIRMA

2.1.Genel Olarak Vasıflandırma

Önüne yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlık gelen hâkimin yapması gereken ilk şey o uyuşmazlığı vasıflandırmaktır. Vasıflandırma faaliyetinde amaç, yabancılık unsuru içermeyen uyuşmazlıklarda uyuşmazlığa uygulanacak maddi hukuk kuralını bulmak iken, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda uyuşmazlığa uygulanacak bağlama

²⁷A. Öztürk (2019). *Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Telif Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk* (1. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 85.

kuralını bulmaktır²⁸. Burada uyumsuzluk ilk olarak sözleşme ve haksız fiil gibi hukuki kategorilere yerleştirilerek, o uyumsuzluğa uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralı belirlenir²⁹. Vasıflandırma³⁰ her ne kadar yabancılik unsuru taşıyın veya taşımasın, her uyumsuzlukta yapılan bir faaliyet olsa bile, yabancılik unsuru taşıyan uyumsuzluklarda başka devlet hukuklarının da devreye girmesi sebebiyle³¹ özel bir öneme sahiptir.

Milletlerarası özel hukukta vasıflandırmanın özel olarak incelenmesinin bir diğer sebebi ise vasıf ihtilaflarıdır. Çelikel/Erdem'e göre vasıf ihtilafı, “*yabancılik unsuru taşıyan hukuki olay ve ilişkilere uygulanması söz konusu olan birden fazla hukukun, o hukuki olay ve ilişkiye ve bu ilişkileri düzenleyen kurallarda kabul edilen bağlama noktalarına farklı hukuki nitelik tanınmış olmasından doğan ihtilaflardır*”³². Nomer'e göre vasıflandırma problemi, farklı hukuk düzenlerinin hayat ilişkisini farklı şekilde vasıflandırmaları ile doğmaktadır³³. Bir kanunlar ihtilafı kuralının uygulanmasında hukuki ilişki farklı hukuk düzenleri tarafından farklı vasıflandırılır ise, bu vasıflandırmalardan hangisinin dikkate alınacağı sorusu meydana gelecektir³⁴.

Vasıflandırma sorunu farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Öncelikle vasıflandırma sorununun klasik anlamda karşımıza ilk çıktığı husus, bağlama konusunun farklı vasıflandırılmasıdır³⁵. Burada aynı olay veya ilişki farklı hukuk düzenleri tarafından farklı hukuki kategorilerde yer almaktadırlar³⁶. Bir diğer vasıflandırma ihtilafı da bağlama noktalarının farklı hukuk düzenlerinde farklı vasıflandırılmasıdır. İkametgâh,

²⁸N. Öztürk (2016). *Milletlerarası özel hukukta aile kurma amaçlı evlilik benzeri yaşam modelleri* (1. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, s. 179; M. R. Seviğ ve V. R. Seviğ (1962). *Devletler Hususi Hukuku* (3. Baskı). İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, s. 409.

²⁹S. C. Symeonides (2016). *Choice of law* Baskı). Amerika Birleşik Devletleri: Oxford University Press, s. 64.

³⁰Kavram kıta Avrupasında *qualification*, Anglo Amerikan hukuk sisteminde *characterization* veya *classification* olarak ifade edilmektedir. E. G. Lorenzen (1941). The qualification, classification, or characterization problem in the conflict of laws. *The Yale Law Journal*, 50 (5), s. 743.

³¹Symeonides, 2016, **a.g.k.**, s. 65.

³²Çelikel ve Erdem, 2017, **a.g.k.**, s. 75.

³³Nomer, 2017, **a.g.k.**, s. 97. Öztürk'e göre, aynı konunun farklı devlet hukukları tarafından farklı vasıflandırılması durumunda vasıf ihtilafından; bir konunun bir devletin hukuku tarafından düzenlenip başka bir devlet hukukunda düzenlenmemesi durumunda ise vasıflandırma sorunundan bahsetmek gerekmektedir. Öztürk, 2016, **a.g.k.**, s. 180 - 181.

³⁴Nomer, 2017, **a.g.k.**, s. 97 - 98.

³⁵Lorenzen, 1941, **a.g.k.**, s. 743.

³⁶Bu konuda yaygın bir şekilde Türk hukukunda ve Fransız hukukunda nişanın bozulmasının farklı düzenlenmesi örnek olarak gösterilmektedir. Nişanın bozulması Türk hukukunda aile hukuku ilişkilerinden doğan bir sorun olarak düzenlenmişken; Fransız hukukunda konuyla ilgili özel bir düzenleme olmayıp şartları varsa haksız fiil hükümlerine tabi tutulmaktadır. Bkz.: Çelikel ve Erdem, 2017, **a.g.k.**, s. 77; Göğer, 1977, **a.g.k.**, s. 82; Nomer, 2017, **a.g.k.**, s. 104.

sözleşme yeri, zarar yeri gibi bağlama noktaları farklı hukuklarda farklı anlama sahip olabilir. Doktrinde bu konuya örnek olarak ikametgâh kavramı verilmektedir. İkametgâh kavramının kabul ediliş şekli Anglo Amerikan hukuklarında ve kıta Avrupası hukuklarında farklıdır³⁷. Bu durumda da bu bağlama noktalarının *for* veya yabancı devlet hukuku tarafından farklı yorumlanması sorunu ortaya çıkar³⁸. Vasıf ihtilafları her ne kadar hem bağlama konusu hem de bağlama noktalarında çıksa da³⁹, çalışmamız bakımından esas olarak bağlama konusunun vasıflandırılmasında doğan ihtilafların önem taşıdığı söylenebilir⁴⁰.

Vasıflandırmaya dair bir diğer sorun ise kanunlar ihtilafı kurallarının yetkili kıldığı yabancı hukuk kuralının tespitinin ardından, o kuralın esasa mı yoksa usule mi ilişkin olduğu noktasındadır⁴¹. Mesela zamanaşımı Türk hukukunda maddi hukuka ait bir konu iken, İngiliz hukukunda usul hukukunun konusudur⁴². Burada da bu kuralın niteliğinin hangi hukuka göre belirleneceği sorunu ortaya çıkacaktır. Bir devlet hukukunda yer alan fakat başka bir devletin hukuk sisteminde düzenlenmemiş hukuki müesseselerin vasıflandırılmasında da vasıf ihtilafı ortaya çıkmaktadır⁴³. Genellikle kıta Avrupası hukuklarında ve Türk hukukunda düzenlenmeyen, fakat Anglo Amerikan hukukunda yer alan *trust* müessesesi buna örnektir⁴⁴.

Doktrinde vasıflandırma sorununun çözümü için üç hukuk düzeni teklif edilmiştir. Bunlar *lex fori*, *lex causae* ve kanunlar ihtilafı kurallarının yorumu için özel olarak

³⁷Göğer, 1977, **a.g.k.**, s. 84.

³⁸Çelikel ve Erdem, 2017, **a.g.k.**, s. 75 - 76; Lorenzen, 1941, **a.g.k.**, s. 744; Nomer, 2017, **a.g.k.**, s. 105 - 109.

³⁹Bağlama noktalarının vasıflandırılması konusunda doğacak ihtilaflar, kavramın ait olduğu hukuka göre yorumu ile çözüme kavuşacaktır. Nomer, 2017, **a.g.k.**, s. 107; Şanlı vd., 2018, **a.g.k.**, s. 45. Güngör, bağlama noktasını oluşturan kavramların açıklanmasında vasıflandırma değil yorum veya anlamlandırma ifadesini kullanmaktadır. Yazara göre bağlama noktasının yorumu *lex fori*'ye göre yapılacaktır. Güngör, 2021, **a.g.k.**, s. 53 - 54.

⁴⁰Bağlama noktasının vasıflandırılmasının kural olarak *lex fori*'ye göre yapılacağı kabul edilmiş olsa da, atıf ve vatandaşlığın tayini konusu bu kuralın istisnasını oluşturur. Hakimin kanunlar ihtilafı kuralının gösterdiği hukukun başka bir hukuku yetkili kılması veya yeniden hakimin hukukuna gönderme yapması halinde bağlama noktası gönderen devletin hukukuna göre vasıflandırılacaktır. Çelikel ve Erdem, 2017, **a.g.k.**, s. 89; Güngör, 2021, **a.g.k.**, s. 52; Şanlı vd., 2018, **a.g.k.**, s. 45 - 46. Benzer şekilde, bir kişinin vatandaşlığının tayini noktasında da o kişinin vatandaşlığı ilgili devletin hukukuna göre belirlenecektir. Çelikel ve Erdem, 2017, **a.g.k.**, s. 89; Güngör, 2021, **a.g.k.**, s. 54; Nomer, 2017, **a.g.k.**, s. 108 - 109.

⁴¹Göğer, 1977, **a.g.k.**, s. 83; Lorenzen, 1941, **a.g.k.**, s. 744.

⁴²Çelikel ve Erdem, 2017, **a.g.k.**, s. 77 - 78; Şanlı vd., 2018, **a.g.k.**, s. 48.

⁴³Nomer, 2017, **a.g.k.**, s. 99. Güngör'e göre bu durumda vasıflandırma, ilgili hukuki kurumun ait olduğu hukuk düzenine göre yapılabilir ve böylelikle Türk mahkemesi tarafından verilen kararlara ülke dışında da hukuki sonuç bağlanabilir. Güngör, 2021, **a.g.k.**, s. 52 - 53.

⁴⁴Farklı örnekler için bkz.: Nomer, 2017, **a.g.k.**, s. 99 - 100.

getirilmiş bağımsız ve milli hukuklar üzerinde bir sistemdir⁴⁵. Doktrinde bu sistemlerin tarihsel gelişimine bakıldığında genellikle *Kahn* ve *Bartin*'in görüşleri başka bir ifadeyle vasıflandırmanın *for* devletinin kendi iç hukukuna göre yapılması benimsenmiş⁴⁶ ve aynı görüş *Lorenzen* ve *Cook*⁴⁷ tarafından da savunulmuştur. Ancak vasıf ihtilaflarının çözümünde her durumda *lex fori* 'nin uygulanamayacağı da belirtilmiştir. Özellikle irade muhtariyetinde, *lex fori* 'nin tanımadığı hukuki müesseselerin mahiyetini tayinde ve hâkimin devletinin söz konusu uyuşmazlıkla mahalli olmaktan başka bir ilişkisinin bulunmaması durumlarında *lex fori* 'nin değil *lex causae* 'nin yetkili olacağı ifade edilmiştir⁴⁸.

Vasıflandırmanın *lex causae* 'ya göre yapılması gerektiğini savunan *Despagnet* ise daha az taraftar bulmuştur⁴⁹. Sadece *lex causae* 'ya göre vasıflandırma yapılmasının, henüz belli olmayan bir hukuka göre yapılamayacağı için eleştiren *Gemma* ise, milletlerarası gereklilikleri göz önünde bulundurarak somut olaya göre hem *lex causae* hem de *for* hukukunun dikkate alınmasını savunmuştur⁵⁰. Takipçisi *Rabel* 'e göre, kanunlar ihtilafı kuralları sadece milli hukukların gözettiği amaçlarla oluşturulmazlar, aynı zamanda uluslararası toplumun politikalarını da göz önünde bulundurlar. Bu sebeple, vasıflandırma yapılırken bir devletin iç hukukunda özel düzenlenme şekli değil de daha soyut bir şekilde uluslararası toplum göz önüne alınarak nasıl anlam yüklenebilir ona bakılmalıdır⁵¹. Ancak yine *Rabel*, karşılaştırmalı hukuk yönteminin, özellikle bir kavramın farklı hukuklarda çok farklı anlamlara sahip olması veya farklılıklar arasında uzlaşma sağlanmasının mümkün olmadığı durumlarda vasıflandırma sorununun çözülemeyeceğini de ifade etmektedir⁵².

Türk hukukunda da vasıflandırma sorununun çözümü konusunda farklı görüşler mevcuttur. Göğer'e göre, vasıf ihtilafları söz konusu olduğunda, hukuki ilişkinin özelliği

⁴⁵Nomer, 2017, **a.g.k.**, s. 100.

⁴⁶Çelikel ve Erdem, 2017, **a.g.k.**, s. 80; Göğer, 1977, **a.g.k.**, s. 85; Lorenzen, 1941, **a.g.k.**, s. 746; Nomer, 2017, **a.g.k.**, s. 98 - 101; Uluocak, 1971, **a.g.k.**, s. 195; V. R. Seviğ (1974). *Kanunlar İhtilafı (Yasama ve yargılama çatışmaları)* (2. Baskı). İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, s. 140 - 141.

⁴⁷W. W. Cook (1941). 'Characterization' in the conflict of laws. *The Yale Law Journal*, 51 (2), s. 191 - 212.

⁴⁸Göğer, 1977, **a.g.k.**, s. 86.

⁴⁹Lorenzen, 1941, **a.g.k.**, s. 746; Nomer, 2017, **a.g.k.**, s. 101.

⁵⁰Lorenzen, 1941, **a.g.k.**, s. 746.

⁵¹Lorenzen, 1941, **a.g.k.**, s. 746; Nomer, 2017, **a.g.k.**, s. 102; Öztürk, 2016, **a.g.k.**, s. 185.

⁵²Lorenzen, 1941, **a.g.k.**, s. 746.

ve bu ilişki hakkındaki kanunlar ihtilafı kurallarının menfaatleri⁵³ göz önünde bulundurularak *lex fori* veya *lex cause* esaslarından birisi, her somut olay için ayrı ayrı tercih edilmelidir⁵⁴. Yazara göre tercih hakkı, milletlerarası adaleti gerçekleştiren ve milli kanunlar ihtilafı kurallarının menfaatlerini gözeten esas lehine kullanılmalıdır⁵⁵. Milletlerarası örgütler ve çok uluslu şirketlerin söz konusu olduğu uyuşmazlıklarda çoğunlukla belirli bir devletin iç hukuk kurallarına yetki tanınmadığı için vasıf ihtilaflarında mukayeseli hukuk esasından yararlanılabilecektir⁵⁶. Uluocak'a göre vasıflandırma *lex fori* dâhilinde yapılmalıdır ve ikinci bir vasıflandırmada *lex causae*'nin yetkisi, müessesenin dâhil bulunduğu hukuk düzenindeki niteliği ile uygulanması yönünden kabul edilebilir⁵⁷. Yazara göre mukayeseli hukuk esas alınarak vasıflandırmanın yapılması hâkimin takdirinde olsa da gerçekleşmesi ideal bir hedef olarak görülmektedir⁵⁸. Seviğ'e göre, yetkili kanunun tespiti için kategorilerin sınırlarını *lex fori* çizmeli ve devamında yetkili kılınan kanun yabancı ise, onunla ilgili hükümlerin uygulanma alanının tespiti için o devletin vasıflandırmasına başvurmak gerekir⁵⁹. Çelikel/Erdem'e göre, milletlerarası özel hukuk adaletinin sağlanması için, vasıf ihtilafının her olaya göre ayrı ayrı ele alınarak çözülmesi gerekmektedir⁶⁰. Tiryakioğlu'na göre de, vasıflandırma sorununun çözümünde tek bir hukukun değil, somut olayın şartlarına göre milletlerarası özel hukukun esasları dikkate alınarak teorilerin kullanılması savunulmaktadır⁶¹. Böylelikle hem *lex fori*'ye göre yapılan vasıflandırma sonucu somut olaya göre doğacak istenmeyen sonuçtan kaçınılabilecektir, hem de *for* hukukunda olmayan bir müessesenin vasıflandırılmasında durumunda karşılaştırılmalı hukuktan yararlanılacaktır⁶². Bizim de katıldığımız görüşe göre, vasıflandırma sorunu olduğunda tek bir çözümün katı olarak benimsenmesi yerine somut olayın gereklerine uygun olarak bir vasıflandırmanın yapılması uygun olacaktır. Konumuz açısından da bu görüş uygun

⁵³Currie'nin devlet menfaati teorisinin *Kegel* tarafından geliştirilmesi neticesinde doğan milletlerarası özel hukuk menfaatleri taraf menfaati veya ticari muamelelerde menfaat, hukuk düzeninin menfaati, milletlerarası kararlarda yeknesaklığın temin edilmesindeki menfaattir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: A. Çelikel (1969). Devletler Hususi Hukukunda Bağlama Kaidelerinin Tespitinde Uygulanan Yeni Bir Metod. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 35 (1 - 4), s. 240.

⁵⁴Göğ, 1977, **a.g.k.**, s. 88.

⁵⁵Göğ, 1977, **a.g.k.**, s. 88.

⁵⁶Göğ, 1977, **a.g.k.**, s. 89 - 90.

⁵⁷Uluocak, 1971, **a.g.k.**, s. 202.

⁵⁸Uluocak, 1971, **a.g.k.**, s. 202.

⁵⁹Seviğ, 1974, **a.g.k.**, s. 143.

⁶⁰Çelikel ve Erdem, 2017, **a.g.k.**, s. 85 - 86.

⁶¹Tiryakioğlu, 1996, **a.g.k.**, s. 84.

⁶²Tiryakioğlu, 1996, **a.g.k.**, s. 85.

düşmektedir. Farklı devlet hukuklarının fikri ürünleri asıl ele aldıkları çalışmanın devamında anlatılacak olmakla birlikte bu durum bir örnekle açıklanabilir. Karşılaştırmalı hukukta eser olarak kabul edilen fakat Türk hukukuna göre FSEK anlamında eser olarak kabul edilmeyen bir fikri ürünün söz konusu olduğu yabancılık unsuru taşıyan sözleşmeden doğan uyuşmazlıkta hakim eğer *lex fori*'ye göre vasıflandırma yapacak olursa o ürünü meydana getiren kişi veya hak sahibini koruyan hükümler farklı olacak fakat eğer hakim *lex causae*'ya göre vasıflandırma yaparsa uyuşmazlık konusu fikri ürünü eser olarak kabul edecek ve tarafların haklarının korunması söz konusu olabilecektir. Bu örnekte olduğu gibi önüne yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlık gelen Türk hâkimi somut olayın şartlarına göre vasıflandırmayı yapacaktır.

2.2. Fikri Haklar Kapsamında Eser

Eser kavramı her ne kadar günlük hayatta sık kullanılan bir kavram olsa da hukuk alanında eser kavramının başka bir karşılığı vardır. Bir fikrin, somut bir şekle bürünüp, hukuki anlamda eser niteliğini taşıması sonucunda kendisine fikri haklar kapsamında koruma sağlanmaktadır. Günlük yaşantımızda düzenli olarak tükettiğimiz, hayatımızı anlamlı kılan, aynı zamanda eğlence, eğitim ve gelir kaynağı da olan roman, gazete, fotoğraf, çizim, film, müzik ve oyun gibi bir dizi kültürel ürün, hukuki anlamda eser olma şartlarını sağlaması halinde sahibi nezdinde fikri hakkın doğumunu sağlar. Bu sebeple fikri haklar küresel bir öneme sahiptir.

Fikri haklara ilişkin ilk düzenlemeler, Orta Çağ'da İtalya şehir devletleri tarafından oluşturulmuştur. On beşinci yüzyıldan on dokuzuncu yüzyıla kadar, matbaanın icadı gibi teknolojik gelişmeler ve basılı malzemelerin yaygınlaşması, devletleri kalkındıran endüstriyel ve sosyal ortamın oluşmasını sağlamıştır⁶³. Bu dönemde fikri haklar yerel bir konu olmuş ve kapsamına daha çok yerel kültürel ve ekonomik çıkarlar ile yayınevlerinin haklarını almıştır⁶⁴. Bir yazarın eserinde münhasır bir hakka sahip olması gerektiği fikri ise on sekizinci yüzyılın başında oluşmaya başlamıştır⁶⁵. Günümüzün yayınevi olarak

⁶³R. C. Dreyfuss ve J. Pila (2018). Intellectual property law: An anatomical overview. *The Oxford handbook of intellectual property law*. New York: Oxford University Press, s. 9.

⁶⁴Dreyfuss ve Pila, 2018, **a.g.k.**, s. 9.

⁶⁵W. R. Cornish, D. Llewelyn ve T. Aplin (2019). *Intellectual Property Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights* (9. Baskı). Londra: Sweet & Maxwell Press, s. 395.

kabul edilebilecek o dönemin kitapçıları matbaaya sahip oldukları için eseri sahibinden alarak basımı ve satışı hakkına sahip olmuştur⁶⁶.

Devletler 19. yüzyılın ortalarına doğru haklarının korunması için çok taraflı sözleşme yapmaya girişmiş ve günümüzdeki kapsamlı fikri haklar rejimi de o zamanlarda oluşmaya başlamıştır⁶⁷. Aynı dönemde uluslararası ticaret de gelişmiş ve devletler, kendi tacirlerinin yabancı pazarlara girdiğinde korunmaları gerektiğini düşünmüştür⁶⁸. Bu dönemde bu amaçla yapılan en önemli çok taraflı sözleşmeler 1886 tarihli Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunması için Bern Sözleşmesi⁶⁹⁷⁰ (Bern Sözleşmesi) ve 1883 tarihli Sınai Mülkiyetin Korunmasına İlişkin Paris Sözleşmesidir (Paris Sözleşmesi). Sözleşmeler, ulusal muamele ilkesi üzerine kuruludur ve asgari düzeyde bir koruma getirirler. Bu temel özelliklerin hiçbirisi uluslararası özel hukuku doğrudan düzenlemese de uluslararası özel hukuk konularının nasıl çözülebileceğini farklı şekillerde etkilemiştir⁷¹. Bu ilkeler hem Paris hem de Bern Sözleşmelerinde ifade edilerek Üye Devletlerin fikri haklar alanında ulusal, vatandaşlarını destekleyen kuralları sürdürmesini engelleyen bir ayrımcılık yapmama ilkesini tesis etmektedir⁷².

Yine bu dönemde Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (*World Intellectual Property Organisation - WIPO*)’nün de öncülü olan Fikri Mülkiyetin Korunması Uluslararası Birleşik Ofisi (*United International Bureaux for the Protection of Intellectual Property/BIRPI*) kurulmuştur⁷³. WIPO ise 1967 senesinde kurulmuştur⁷⁴⁷⁵. Fikri hakların korunmasına yönelik uluslararası düzenlemelerin artması, 20. yüzyıl boyunca ve 21. yüzyıla kadar devam etmiştir. 20. yüzyılın ikinci yarısında Dünya Ticaret Örgütü (*World Trade Organization /WTO/DTÖ*) ve sonrasında Fikri Mülkiyet Haklarının Ticaretle İlgili Yönleri Hakkında Sözleşme⁷⁶ (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual*

⁶⁶Cornish vd., 2019, **a.g.k.**, s. 395.

⁶⁷T. Aplin ve J. Davis (2017). *Intellectual property law, text, cases and materials* (3. Baskı). New York: Oxford University Press, s. 26.

⁶⁸Aplin ve Davis, 2017, **a.g.k.**, s. 26 - 27.

⁶⁹Sözleşmenin tam adı “*Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*” tür.

⁷⁰RG. 12.07.1995 – 22341. Türkiye, sonraki yıllarda değişikliğe uğrayan sözleşmenin 1971 tarihli Paris metnine 1979 değişikliği ile taraftır.

⁷¹A. Kur ve U. Maunsbach (2019). Choice of Law and Intellectual Property Rights. *Oslo Law Review*, 6 (1), s. 46.

⁷²Kur ve Maunsbach, 2019, **a.g.k.**, s. 46.

⁷³Aplin ve Davis, 2017, **a.g.k.**, s. 27.

⁷⁴WIPO, Birleşmiş Milletlerin uzman kuruluşudur. 14 Temmuz 1967 tarihinde Stockholm Anlaşması ile kurulmuştur.

⁷⁵RG. 19.11.1975 – 15417.

⁷⁶RG. 25.02.1995 – 22213.

Property Rights / TRIPS) meydana getirilmiştir. Bu sözleşmelerin çoğu günümüzde, merkezi Cenevre'de bulunan WIPO tarafından geliştirilmekte ve denetlenmektedir.

Aşağıda uluslararası sözleşmelerin ve farklı devletlerin konuya dair düzenlemeleri ele alınacaktır. Bu kısımda inceleme yapılırken eser olarak kabul edilen ürünlere ilişkin düzenlemeler anlatılacak ve varsa televizyon yapımlarına özgü düzenlemelere yer verilecektir. Konuya dair ayrıntılara geçmeden önce belirtmek gerekir ki Anglo Amerikan hukukunda ve kıta Avrupası hukuk sisteminde fikri haklar farklı düzenlenmiştir⁷⁷. Kıta Avrupası sisteminde eser sahibi odaklı (eser sahibinin hakları / *author's rights*) düzenlemeler söz konusu iken, Amerikan hukuk sisteminde eserin nüshaları ve çoğaltılmış örneği (telif hakları / *copyrights*) ön plandadır⁷⁸. Gerek kıta Avrupası hukuk sisteminden farklı yapıda olması gerekse sinema ve televizyon alanında çok sayıda üretim yaparak ihracat alanında öncü olması sebebiyle Amerikan hukuk sisteminde sinema ve televizyonun ele alınış şekli çalışmamız açısından önem arz etmektedir. Aşağıda farklı devletlerin konuya yaklaşımı anlatılmadan önce uluslararası sözleşmelere de ilgili oldukları ölçüde yer verilmiştir. Açıklamalara geçmeden önce bir hususu daha belirtmekte yarar vardır. Gerek bazı uluslararası metinlerde gerekse görüleceği üzere bazı devlet hukuklarında ya bazen sinema yerine görsel işitsel ürün ya da sinema ile birlikte görsel işitsel ürün ibaresiyle düzenlemeler mevcuttur. FSEK'te görsel işitsel ifadesinin geçtiği tek yer m. 1/b'nin f bendidir. Bu bentte fonogram tanımlanırken, sinema için de görsel işitsel eser demiştir. Ancak burada da görsel işitsel ifadesinin tanımı yapılmamıştır. Genel ifadesiyle görsel işitsel ürün, "...sinematografik eserler yanında bir takım ortak kriterleri taşıyan sinema eserlerine benzeyen diğer yaratımları da içeren bir üst eser tipi..."⁷⁹ olarak tanımlanabilir. Çalışmanın devamında yapılacak açıklamalarda gerekli görülen yerlerde görsel işitsel kavramına yer verilecek fakat kavram karışıklığı yaratmamak adına sinema yapımları ve televizyon programlarına ilişkin açıklamalar ayrı

⁷⁷Fikri haklar söz konusu olduğunda iki sistemdeki farklılıkların aza indirgenmesi için 1952 senesinde "Telif Hakları Evrensel Sözleşmesi" (*Universal Copyright Convention*) imzalanmıştır. Türkiye bu Sözleşmeye taraf değildir. Konu ile ilgili olarak bkz.: Öztürk, 2019, **a.g.k.**, s. 17 - 18. Sözleşmenin Bern Sözleşmesinden ayrıldığı iki husus vardır. Bunlardan birisi üye devletlerin eser sahiplerine kendi devlet hukukunun tanıdığından daha fazla koruma sağlama zorunluluğu (asgari standart şartı) yoktur. Diğeri ise, Sözleşme korumasından yararlanabilmek için Sözleşmede düzenlenen formalitelerin yerine getirilmesi ile © harfi ile fikri hak sahibi ve tarihi gösterilir. Bkz.: Ü. Tekinalp (2002). *Fikri Mülkiyet Hukuku* (2. Baskı). İstanbul: Beta Yayınevi, s. 66.

⁷⁸Y. Tosun (2013). *Sinema eserleri ve eser sahibinin hakları* (2. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 118 - 119.

⁷⁹Bu ifade aynen alınmıştır. Bkz.: Tosun, 2013, **a.g.k.**, s. 138.

ayrı yapılacaktır. Bölümün sonunda yapılan açıklamalar doğrultusunda varılan sonuçlara dair değerlendirmeye yer verilecektir.

2.2.1. Fikri haklar ile ilgili uluslararası sözleşmeler

2.2.1.1. Bern Sözleşmesi

Teknolojinin henüz gelişmediği zamanlarda fikri hakların temel özelliklerinden biri, doğaları gereği ulusal veya ülkesel olmaları ve ulusal alanın dışında faaliyet göstermemeleri olmuştur⁸⁰. Ancak zamanla ulus ötesi ticaretin konusu olmaya başlayan icatlar ve markaların hak sahipleri için bu durum bir sorun haline gelmeye başlamıştır. 19. yüzyıl boyunca devletler, yazarlarını, tasarımcılarını, mucitlerini ve ticari marka sahiplerini korumak için iki taraflı anlaşmalar yapma yoluna gitmiştir⁸¹. 19. yüzyılın sonuna doğru ise birçoğu Avrupalı devletler bir araya gelerek 1883 yılında Paris Sözleşmesi ve 1886 yılında da Bern Sözleşmesini imzalamışlardır⁸².

Bern Sözleşmesi, hakların karşılıklı olarak tanınmasına izin veren bir anlaşma olarak hazırlanmıştır. Günümüze dek revize edilen Sözleşmenin ilk haliyle iki temel hükmü vardır. İlk olarak benimsenen ulusal muamele ilkesine göre, bazı istisnalar dışında, bir Birlik devletinin, kendi vatandaşları ile diğer Birlik devletlerinin vatandaşları arasında ayrımcılık yapmaması gerekmektedir⁸³. Sözleşmenin 2. maddesine göre taraf devletler, menşe ülkedeki yasal koruma koşullarının yerine getirilmesi şartıyla, diğer üye devletlerden yazarlara kendi vatandaşlarının sahip olduğu hakların aynısını vermeyi taahhüt etmişlerdir⁸⁴.

Sözleşmenin 5. maddesine göre eser sahipleri, bu sözleşme ile korunan eserleri ile ilgili olarak, diğer akit devletlerin kanunları ile kural olarak kendi vatandaşlarına

⁸⁰L. Bentley vd. (2018). *Intellectual property law* (5. Baskı). New York: Oxford University Press, s. 6.

⁸¹Bentley vd., 2018, **a.g.k.**, s. 6; W. Egloff (2017). *Copyright Stories - Sketches on the Political Economy of Copyright* (1. Baskı). Bern: Stämpfli Verlag AG s. 27 - 29; F. Dessemontet (2010). The ALI Principles: Intellectual Property in Transborder Litigation. *Intellectual Property in the Global Arena*. Tübingen: Mohr Siebeck, s. 32.

⁸²Bentley vd., 2018, **a.g.k.**, s. 6; A. Brown vd. (2019). *Contemporary Intellectual Property* (5. Baskı). Oxford: Oxford University Press, s. 23. Anlaşma başlangıçta Belçika, Almanya, Fransa, Büyük Britanya, Haiti, Liberya, İspanya, Tunus ve İsviçre tarafından imzalanmıştır. Detaylı bilgi için bkz.: Egloff, 2017, **a.g.k.**, s. 33; Dessemontet, 2010, **a.g.k.**, s. 32 - 33.

⁸³Bentley vd., 2018, **a.g.k.**, s. 7 ve 45; Brown vd., 2019, **a.g.k.**, s. 24; Dreyfuss ve Pila, 2018, **a.g.k.**, s. 10; A. M. Kılıçoğlu (2019). *Sınai haklarla karşılaştırmalı fikri haklar* (5. Baskı). Ankara: Turhan Kitabevi, s. 30; E.-J. Min ve J. C. Wichard (2018). Cross-border intellectual property enforcement. *The Oxford handbook of intellectual property law*. New York: Oxford University Press, s. 702.

⁸⁴Egloff, 2017, **a.g.k.**, s. 33.

öngördükleri haklardan da yararlanabileceklerdir⁸⁵. Bu nedenle, sözleşmede millî işlem (tebaaya temsili) ilkesinin uygulanması kararlaştırılmış ve eser sahiplerine asgarî haklar tanınmıştır⁸⁶. Kuralın istisnası yine aynı maddede düzenlenmiştir. Bu hükme göre, eser sahipleri Sözleşme kapsamında korunan eserlerde, eserin kaynak ülkesi⁸⁷ dışındaki diğer Birlik devletlerinde, o devlet vatandaşlarına sağlanan ya da sağlanacak haklardan ve Sözleşmede tanınan haklardan yararlanırlar. Başka bir ifadeyle sözleşme ile sağlanan koruma eserin kaynak ülkesinde talep edilemeyecektir⁸⁸. Burada kaynak ülkeden anlaşılması gereken eserin ilk yayınlandığı Birlik devletinin ülkesidir (m. 5/f. 4). Eğer ki bir eser ilk defa birlik üyesi olmayan bir devlette yayınlanırsa, eser sahibinin vatandaşı olduğu devletin ülkesi kaynak ülkesidir⁸⁹. Sinema eserlerinde kaynak ülkesi, yapımcının işletme merkezi veya ikametgahının bulunduğu ülkedir⁹⁰.

Doktrinde Sözleşmenin 5. maddesinde düzenlenen ulusal muamele ilkesinin, fikri hakların ülkesel olduğunu ve her üye devletteki korumanın, koruyucu devletin ülkesi ile sınırlı olduğu için ülkesel olduğunu düzenlediği ifade edilmiştir⁹¹. Taraf devletin vatandaşı eserini başka bir taraf devlette yayınlarsa, yayınladığı taraf devlet o eserin menşe ülkesi olur. Eğer eser hem taraf devletin ülkesinde hem de taraf olmayan herhangi bir ülkede yayınlanırsa menşe ülke taraf devletin ülkesi olacaktır. Eser taraf devletlerden birinde yayınlanmaz veya aynı zamanda taraf olmayan bir devlette yayınlanırsa, o durumda menşe ülke eser sahibinin vatandaşlığını taşıdığı devletin ülkesi olacaktır.

Ulusal muamele ilkesine ek olarak Bern Sözleşmesi, bir eserden kaynaklanan fikri hakların korunması için, o eserin kayıt veya bildirim gibi herhangi bir ön koşula tâbi tutulmaması gerektiğini düzenlemektedir⁹². Koruma için idarenin tescil işlemine gerek duyulmaması, yaratma eylemi ile eserin kendisine koruma bulması Sözleşmenin 5/2 maddesinde ifade edilmiş ve ulusal mevzuatları etkilemiştir⁹³. Bern Sözleşmesi ve daha

⁸⁵R. Fentiman (2005). Choice of Law and Intellectual Property. *Intellectual Property and Private International Law – Heading for the Future*. Oxford, Portland ve Oregon: Hart Publishing, s. 133.

⁸⁶E. Dardağan (2000). *Fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklardan doğan kanunlar ihtilâfi* (1. Baskı). Ankara: Betik Yayıncılık, s. 27 - 28.

⁸⁷Esas metinde "country of origin" şeklinde ifade edilmiştir.

⁸⁸Dardağan, 2000, **a.g.k.**, s. 29.

⁸⁹Tekinalp, 2002, **a.g.k.**, s. 46.

⁹⁰Tekinalp, 2002, **a.g.k.**, s. 46.

⁹¹Kur ve Maunsbach, 2019, **a.g.k.**, s. 46.

⁹²Bentley vd., 2018, **a.g.k.**, s. 45.

⁹³A. S. Arıkan (2007). Avrupa Topluluğu'nda Fikri - Sınai Mülkiyet Hakları ve Son Gelişmeler. *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, 7 (1), s. 153.

sonraki sözleşmeler, sözleşme yapan devletlerin fikri hakların iktisabı için koşul olarak kayıt gibi formaliteleri dayatmasını özellikle yasaklamaktadır. Bununla birlikte, her ne kadar varlık kazanması tescile bağlı olmasa da, tıpkı sınai haklarda olduğu gibi, fikri hakların da kapsamı ülkesel olarak kabul edilir, başka bir ifadeyle bir hak sadece hukukuna göre ortaya çıktığı devletin topraklarında etkilidir⁹⁴. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde bu konu daha detaylı açıklanacaktır. Bern Sözleşmesi, fikri hakların korunmasına yönelik ilk uluslararası sözleşme olması sebebiyle daha sonra hazırlanan diğer metinlerde de esas alınmıştır⁹⁵.

Bern Sözleşmesi hazırlandığından bugüne dek çok defa revizyona uğramıştır. 1896 yılında Paris, 1908 yılında Berlin Revizyon Konferansı, 1928 yılında Roma Revizyon Konferansı, 1948 yılında Brüksel Revizyon Konferansı, 1967 yılında Stockholm ve 1971 yılında da Paris Revizyon Konferansları yapılmıştır⁹⁶.

Bern Sözleşmesi, fikir ve sanat eserleri ile eser sahiplerinin haklarının korunması ile ilgili maddî hukuk kuralları getirmesi bakımından önemlidir⁹⁷. Bern Sözleşmesinin ilk maddesine göre, Sözleşmeyi uygulayan devletler, fikir ve sanat eserlerini (*literary and artistic works*) meydana getiren yazarların haklarının korunması için “Birlik” oluşturmuşlardır. Sözleşmenin düzenleme alanına giren eser türleri Sözleşmenin 2. maddesinde oldukça geniş kapsamda sayılmıştır. Görsel işitsel ürünler özelinde bakıldığında ilk sinema filminin açık alanda gösterimi⁹⁸ 1895 tarihinde gerçekleştiğinden Bern Sözleşmesinin ilk halinde sinema filmleri korunacak eserler arasında sayılmamıştır. 1908 tarihinde Bern Sözleşmesinin Berlin Revizyonu ile 14. maddeye yapılan ek ile sinema filmleri de hukuki koruma kapsamına alınmıştır⁹⁹. Bu ilk düzenlemede sinema filmleri sessiz görüntüler dizisi olarak kabul edildiyse de, 1948 tarihinde yapılan Brüksel Revizyonu ile sinematografik eserler, fotoğraflar ve uygulamalı sanatlar artık kendi

⁹⁴M. v. Eechoud (2017). Bridging the gap: Private international law principles for intellectual property law. *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 4 (1), s. 717.

⁹⁵M. Turan (2016). Çağlar boyu düşünce özgürlüğü: Türkiye’de ve dünyada telif haklarının tarihsel gelişiminin değerlendirilmesi. *Türk Kütüphaneciliği*, 30 (2), s. 225.

⁹⁶Aplin ve Davis, 2017, **a.g.k.**, s. 65; Brown vd., 2019, **a.g.k.**, s. 34.

⁹⁷G. Okutan (1999). Türk milletlerarası özel hukukunda fikir ve sanat eserleri. *Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayın Nr. 7, s. 244.

⁹⁸*Lumière* kardeşler olarak bilinen *Louis Lumière* ve *Auguste Lumière* 28 Aralık 1895 tarihinde seyircilere ilk yaptıkları film olan “*Lumière fabrikasından çıkış*” ve sonra yaptıkları filmlerden biri olan “*Trenin gara girişi*” adlı filmleri gösterirler. Bkz. M. Erksan (11.06.1994). Sinemanın 100. Yılı. *Cumhuriyet Gazetesi*.

⁹⁹M. Ateş (2003). *Fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakların kapsamı ve sınırlandırılması* (1. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 67 - 68.

başlarına eser olarak kabul edilmiş¹⁰⁰ ve sinema filmleri “sinema eserleri ve sinematografi tekniğine benzer bir yöntemle ifade edilen ürünler” şeklinde bağımsız bir fikir ve sanat eseri olarak Sözleşmenin 2. maddesinde yerini almıştır¹⁰¹.

Bern Sözleşmesinin 2. maddesinin ilk fıkrasında geçen fikir ve sanat eserleri (*literary and artistic works*), ifade tarzı veya biçimi ne olursa olsun edebi, bilimsel ve sanatsal alandaki her üretimi içermekte ve kapsamlı ancak ayrıntılı olmayan bir örnek listesi sunmaktadır¹⁰². Bern Sözleşmesinin 2. maddesinin ilk fıkrasında sayılan bu ürünlerin tanımı ise yapılmamıştır. Ancak belirtmek gerekir ki, maddenin ilk fıkrasında belirtilen “ifade tarzı veya biçimi ne olursa olsun” ibaresi ile fikirlerin değil bunların ifade edilmiş halinin koruma kapsamına alınacağına ulaşılabilir¹⁰³.

Sözleşmenin uygulama alanı 3. maddede düzenlenmiştir. Sözleşmenin 3. maddesine göre Birlik üyesi devletler şu üç kategoride yer alan kişilerin haklarını koruyacaktır:

- Eserleri basılmış veya basılmamış, Birlik üyesi devletin vatandaşı eser sahipleri
- Eserleri basılmış veya basılmamış, Birlik üyesi devletin vatandaşı olmayan ve fakat mutad meskeni bu ülkede bulunan eser sahipleri
- Birlik üyesi devletin vatandaşı olmayan ancak eseri ilk kez bu ülkede veya üye olmayan devlet ile eş zamanlı olarak basılmış eser sahipleri.

Ayrıca, 3. maddenin 2. fıkrasına göre, Birlik üyesi bir devletin vatandaşı olmamakla birlikte, mutad meskenlerinin Birlik devletinin ülkesinden birinde olması koşulu ile eser sahiplerinin Birlik devleti vatandaşları ile aynı işleme tâbi olacağı kararlaştırılmıştır¹⁰⁴. Eser sahiplerinin korunması bakımından sinema eseri ile ilgili olarak da 4. maddede özel düzenleme yer almaktadır. Buna göre, yapımcısının işyeri veya mutad meskeni bir Birlik devletinin ülkesinde bulunan sinematografik eser sahiplerinin hakları da korunacaktır. Bir örnek üzerinden özetlemek gerekirse, bir eserin ilk yayınının yapıldığı devletin veya eser

¹⁰⁰Egloff, 2017, **a.g.k.**, s. 68.

¹⁰¹Ateş, 2003, **a.g.k.**, s. 68.

¹⁰²Aplin ve Davis, 2017, **a.g.k.**, s. 75.

¹⁰³J. C. Ginsburg (2009). Contracts, Orphan Works, and Copyright Norms: What Role for Berne and TRIPs? *Working within the Boundaries of Intellectual Property: Innovation Policy for the Knowledge Society*. Oxford: Oxford University Press, s. 4 - 5.

¹⁰⁴Dardağan, 2000, **a.g.k.**, s. 28; Okutan, 1999, **a.g.k.**, s. 244.

sahibinin taraf devletlerden birinin vatandaşı olması veya o devletin ülkesinde mukim olması halinde, Bern Sözleşmesine taraf diğer devletlerde de bu hakkı korunacaktır.

2.2.1.2. Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması (TRIPS)

Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (*The World Intellectual Property Organization - WIPO*) Paris ve Bern Sözleşmeleri çeşitli vesilelerle revize etmişse de sanayileşmiş devletler fikri ve sınai hakların ticari boyutuyla ilgili yeni bir sözleşme yapılmasını talep etmişlerdir¹⁰⁵. 15 Nisan 1994 tarihinde 114 devlet ve Avrupa Topluluğu¹⁰⁶ (AT) tarafından imzalanan Ticaretle Bağlantılı Fikri haklar Anlaşması¹⁰⁷ (*Trade Related Aspects on Intellectual Property Agreement – TRIPS*), hem fikri hem de sınai haklar açısından önemli düzenlemeler getirmiştir. DTÖ'nün kurulması sırasında hazırlanan sözleşmeler paketinde yer alan bu uluslararası sözleşme, DTÖ'ye üye olmak isteyen devletlerin üye olabilmek için kabul etmesi gereken sözleşmelerden bir tanesidir¹⁰⁸. TRIPS, hükümleri açısından, Paris ve Bern Sözleşmelerinin temel yükümlülüklerini kendi bünyesinde tekrar düzenlerken, aynı zamanda diğer WIPO sözleşmelerine de zemin oluşturmaktadır¹⁰⁹. Bern Sözleşmesinden farklı olarak TRIPS bünyesinde aynı zamanda uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin düzenlemeler de yer almaktadır¹¹⁰. TRIPS'in, fikri haklar alanında uluslararası iş birliğinde geleneksel ilke olarak kabul edilen ülkeselliği pekiştirdiği ifade edilmiştir¹¹¹.

TRIPS'in en belirgin özelliklerinden birisi tıpkı Bern Sözleşmesinde olduğu gibi en çok gözetilen ulus kaydını düzenlemiş olmasıdır¹¹². TRIPS'in 4. maddesinde düzenlenen bu ilkeye göre, üye bir devlet herhangi diğer bir devletin vatandaşlarına tanıdığı daha avantajlı durumu, tüm üye devlet vatandaşlarına da uygulamak zorundadır. TRIPS'in en önemli özelliklerinden bir diğeri de, Bern Anlaşmasının (manevi haklar hariç olmak üzere) 1 ila 21. maddelerinde yer alan düzenlemeleri bünyesinde barındırmasının yanı

¹⁰⁵Kur ve Maunsbach, 2019, **a.g.k.**, s. 47.

¹⁰⁶1957 tarihinde kurulan Avrupa Topluluğu, 1992 yılında yürürlüğe giren Maastricht Anlaşması ile yasal olarak üç sütunlu bir yapı halinde Avrupa Birliği'ne dönüşmüştür. E. Akdemir (2014). Avrupa Bütünleşmesinin Tarihçesi. *Avrupa Birliği - Tarihçe, Teoriler, Kurumlar ve Politikalar*. Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 52 - 53.

¹⁰⁷RG. 25.02.1995 – 22213.

¹⁰⁸M. Ateş (2006). Fikri haklar ve bağlantılı haklara ilişkin uluslararası sözleşmeler ve Türkiye. *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, 6 (1), s. 24; Dreyfuss ve Pila, 2018, **a.g.k.**, s. 10.

¹⁰⁹Dreyfuss ve Pila, 2018, **a.g.k.**, s. 10.

¹¹⁰Dardağan, 2000, **a.g.k.**, s. 42.

¹¹¹Kur ve Maunsbach, 2019, **a.g.k.**, s. 48.

¹¹²Brown vd., 2019, **a.g.k.**, s. 24.

sıra, taraf olan ve mevzuatını uyumlu hale getirmeyen devletlerin DTÖ tarafından denetleme mekanizmasına sahip olmasıdır¹¹³.

Sözleşmenin 9. maddesinin 2. fıkrasında fikri hakkın, fikirleri değil onların ifade ediliş şeklini koruyacağı düzenlenmiştir¹¹⁴. Sözleşme sinematografik ve diğer görsel işitsel ürünler açısından ayrıca ve detaylı bir koruma getirmemiştir. TRIPS Sözleşmesi 1 Ocak 1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir. DTÖ'nün kurucu üyelerinden olan Türkiye, TRIPS'e de 1995 yılında taraf olmuştur¹¹⁵.

2.2.1.3. Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü Kapsamında İmzalanan Anlaşmalar

Fikri haklar konusunda uluslararası düzenlemelerin çoğu Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (*World Intellectual Property Organization / WIPO*) tarafından yapılmaktadır. 1974 senesinde Birleşmiş Milletlerin uzmanlaşmış bir ajansı haline gelen WIPO, mevcut anlaşmaların revizyonu ve yeni anlaşmaların imzalanması konusundaki müzakereler düzenlemektedir¹¹⁶. WIPO öncülüğünde 1996 senesinde Cenevre'de hazırlanan iki uluslararası sözleşme fikri hakların uluslararası alanda sahip olduğu en önemli kaynaklardır. WIPO Telif Hakları Sözleşmesi¹¹⁷ (*WIPO Copyright Treaty – WCT*) ve WIPO İracılar ve Fonogramlar Sözleşmesi¹¹⁸ (*WIPO Performances and Phonograms Treaty – WPPT*) adını taşıyan bu sözleşmeler 2002 yılında yürürlüğe girmiştir¹¹⁹. Türkiye'nin de taraf olduğu bu sözleşmeler, AB'nin onayladığı sözleşmeler arasındadır ve dolayısıyla AB hukukunun bir parçasıdır. Bu anlaşmaların temel amacı, fikir ve sanat eserlerinin internet gibi teknolojik gelişmelerden yararlanılarak haksız kullanımının engellenmesidir¹²⁰.

WCT, özellikle eser sahiplerinin haklarının dijital ortamda da korunması amacıyla düzenlenmiştir¹²¹. Sözleşme, mali hakların en önemlilerinden olan çoğaltma hakkının dijital ortamlar için de tanınabileceği şeklinde bir yenilik getirmesi bakımından önemlidir (m. 1/f. 4). Dolayısıyla sinema eseri sahibi de, eserinin dijital olarak izinsiz çoğaltılmasına

¹¹³Bentley vd., 2018, **a.g.k.**, s. 47.

¹¹⁴Brown vd., 2019, **a.g.k.**, s. 36; Ginsburg, 2009, **a.g.k.**, s. 5.

¹¹⁵RG. 26.01.1995 - 22186.

¹¹⁶Eechoud, 2017, **a.g.k.**, s. 717.

¹¹⁷RG. 14.05.2008 – 26876.

¹¹⁸RG. 14.05.2008 – 26876.

¹¹⁹Egloff, 2017, **a.g.k.**, s. 103.

¹²⁰Ateş, 2003, **a.g.k.**, s. 168.

¹²¹E. Akıncı (2021). *Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Dijital Tükenme* (1. Baskı). İstanbul: On İki Levha, s. 11.

karşı bu düzenleme ile korunmuş olmaktadır. WCT'nin 7. maddesinde ise sinematografik eser üzerinde kiralama hakkına ilişkin düzenleme yer almaktadır. Mali haklardan bir diğeri olan temsil hakkı da WCT'nin 8. maddesinde düzenlenmiştir.

Özellikle WIPO düzenli olarak telif haklarıyla ilgili diplomatik konferanslar yapmaktadır ve bunlardan 2012 tarihinde yapılan konferansta Pekin Görsel İşitsel Ürünler Anlaşması (*Beijing Treaty on Audiovisual Performances*) kabul edilmiştir. Bu Sözleşme 30 imzacı devlet sayısına ulaştığında yürürlüğe girecektir¹²².

2.2.2. Fikri hakların AB hukukunda düzenlenme şekli

Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun (RTÜK) Uluslararası İlişkiler Dairesi Başkanlığı'nın görevleri arasında, Avrupa Birliğine (AB) adaylık sürecinde görsel-işitsel medya hizmetleri alanının yer aldığı "Bilgi Toplumu ve Medya" başlıklı 10. faslın mevzuat uyum çalışmalarında yer almak sayılmıştır. Bu sebeple AB'de yer alan düzenlemeler Türk hukuku bakımından öneme sahiptir.

Avrupa'nın siyasi ve ekonomik bütünleşmesinde radyo ve televizyonun önemine binaen, her üye devletin kendi kültürel özelliğini koruması yanında ortak bir Avrupa kültürünün¹²³ yaratılması gerektiği fikri hakimdir ve bu konuda radyo ve televizyonun önemi de büyüktür¹²⁴. Her ne kadar sinema sektörü ABD'de gelişmiş olsa da, Avrupa'da son 20 yıldır sinema sektöründe ve televizyon kanal ve programlarında çeşitlilik önemli derecede artmıştır¹²⁵. Bu gelişmeler üzerine Birlik hukukunda öncelikle raporlar ve ardından da konuyla ilgili direktifler düzenlenmiştir. Hem AB üyesi devletlerin iç hukuklarının birbirine yakınlaştırılması hem de birlik içerisinde malların serbest dolaşımı için fikri haklar alanında AB içinde çeşitli düzenlemeler yapılmaktadır. Bu başlık altında sadece yürürlükte ve çalışma konumuzla ilgili olan AB düzenlemelerine yer verilecektir.

AB'de 13 Mayıs 1974 tarihinde üye devletler arasında eser sahibi ve bağlantılı hak sahiplerinin haklarının uyumlaştırılmasına karar verilmiştir. Bunun ardından, 1988

¹²²Aplin ve Davis, 2017, **a.g.k.**, s. 27.

¹²³Avrupa Birliği üst kültürü ve bu kültürü oluşturan temel değerler için bkz.: T. Arat ve S. Baykal (2018). Avrupa'nın Günümüzdeki Temel Değerlerinin Düşünsel Köklerine Ve Avrupa Bütünleşmesi Hareketindeki Yerine İlişkin Gözleme Dayalı Bir Deneme. *Hukuki, Siyasi Ve İktisadi Yönleriyle Avrupa Bütünleşmesinde Son Gelişmeler Ve Türkiye-Ab İlişkileri Ataum 30. Yıl Armağanı*. Ankara: Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma Ve Uygulama Merkezi, s. 28 vd.

¹²⁴A. Çiftçi (1999). *Uluslararası Hukuk Açısından Radyo ve Televizyon Hukuku* (1. Baskı). Ankara: Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, s. 60.

¹²⁵Tosun, 2013, **a.g.k.**, s. 103.

senesinde “*Copyright and the Technological Challenge*” adlı Yeşil Kitap (*Green Paper*) yayımlanmıştır¹²⁶. Yeşil Kitap’ın temel amaçlarından birisi, özellikle televizyon yayıncılığı alanında giderek artan ABD egemenliğine karşı, “özellikle uydu ve kablolu yayıncılık için ortak bir pazarın kurulmasına ilişkin” düzenlemeler getirmek olmuştur¹²⁷. İnternet aracılığıyla gerçekleşen fikri hak ihlallerinin önlenmesine yönelik hazırlanan belge, fikri hakların malların serbest dolaşımını ve hizmet sunma özgürlüğünü garanti edeceğini de vurgulamıştır¹²⁸. Yeşil Kitap Komisyonunun konuyla ilgili çalışma programı da 1990 tarihli “*Follow up to the Green Paper*” da yer almıştır¹²⁹. Ancak bugüne kadar AB, AT Yeşil Kitap önerilerinin hiçbirini kabul etmemiştir¹³⁰. Birlik içindeki ulusal mevzuatlardaki farklılıkların serbest iç ticareti engellediği ve piyasa bozulmalarına yol açtığı gerekçesi ile Birlik içerisinde çeşitli fikri hak konularını uyumlu hale getirmek için direktifler yayınlanmış ve yayınlanmaktadır¹³¹.

2.2.2.1. Fikri Mülkiyet Alanında Bazı Eser Sahibi Hakları ve Bağlantılı Haklarla İlgili Ödünç ve Kiralama Haklarına İlişkin 2006/115 Sayılı, 12 Aralık 2006 Tarihli AB Direktifi

2006/115 sayılı Direktifin¹³² 14. maddesinde belirtildiği üzere, bu Direktif kendisiyle aynı adı taşıyan 92/100 sayılı Direktifi ilga etmiştir¹³³¹³⁴. Bu Direktifin amacı, eser sahipleri, icracı sanatçılar ve müzik eseri ve film yapımcılarının haklarını korumak

¹²⁶A. Ohly ve J. Pila (2013). *The Europeanization of Intellectual Property Law* Baskı). Oxford: Oxford University Press, s. 58.

¹²⁷Egloff, 2017, **a.g.k.**, s. 89.

¹²⁸J. M. Driscoll (1999). It's a Small World After All: Conflict of Laws and Copyright Infringement on the Information Superhighway. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 20 (4), s. 959.

¹²⁹Tosun, 2013, **a.g.k.**, s. 103 - 104; Ohly ve Pila, 2013, **a.g.k.**, s. 58.

¹³⁰Driscoll, 1999, **a.g.k.**, s. 962.

¹³¹Egloff, 2017, **a.g.k.**, s. 100. AB hukukunda fikri haklar ile ilgili olarak düzenlemeler yapılmakla birlikte Pila ve Ohly tarafından konunun hâlâ hassas noktasının ülkesellik olduğu ifade edilmiştir. Yazarlara göre her ne kadar fikri hakların uyumlaştırılması için düzenlemeler yapılsa da, fikri hakların ülkesel karakteri sebebiyle her AB üyesi devletin kendi milli hukukları varlığını sürdürmektedir. Bkz.: Ohly ve Pila, 2013, **a.g.k.**, s. 68.

¹³²Directive 2006/115/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on Rental Right and Lending Right and on Certain Rights related to Copyright in the Field of Intellectual Property, OJEU, Vol. 49, 27.12.2006, 2006/L 376/28.

¹³³C. Küçükali (2020a). 12 Aralık 2006 Tarihli Fikri Mülkiyet Alanında Kiralama Hakkı, Ödünç Verme Hakkı ve Telif Hakları ile Bağlantılı Haklara İlişkin 2006/115/AT Sayılı Direktif (Çeviri). *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2020 (2), s. 166.

¹³⁴Çalışmanın devamında anlatılacak olan Avrupa Birliği’nin 2019/790 sayılı Dijital Tek Pazarda Telif Hakları Direktifi ile bu Direktifin 24. maddesi ile yapılan değişiklikler hariç olmak üzere, bu Direktifin telif hakları alanında yürürlükte olan başta 96/9, 2000/31, 2001/29, 2006/115, 2012/28 ve 2014/26 sayılı AB Direktiflerinin geçerliliğini ve mevcut kurallarının uygulanmasını engellemeyeceği belirtilmiştir.

ve artan korsan faaliyetlerine dikkat çekmektir¹³⁵. Direktifin 2. maddesinde film, “sinema eşliğinde veya görsel işitsel çalışma veya hareketli görüntüler (ses eşliğinde olsun olmasın) anlamına gelir.” şeklinde tanımlanmıştır¹³⁶. Bu tanımdan hareketle kapsamı oldukça geniş bir film tanımının yapıldığı söylenebilir. Tanımda görsel işitsel eserlerin de film kapsamında sayılacakları belirtilmiştir. Buradan hareketle, Avrupa Birliği Konseyinin bu hükmü hazırlarken sadece sinema eserlerini değil, bunun yanında başta televizyon için hazırlanan görsel işitsel yaratımlar olmak üzere diğer görsel işitsel eserler ile sesli veya sessiz görüntülerin hareketli dizilerinin de bu Direktif anlamında film kavramı içinde değerlendirildiği söylenebilir. Doktrinde Tosun tarafından, içeriğinde görüntülerin hareketli dizisini barındıran bilgisayar oyunlarının da bu Direktif anlamında film olarak kabul edilip, kapsam içine alınabilme ihtimalinin bulunduğu belirtilmektedir¹³⁷.

Direktifin 2. maddesinin 2. fıkrasında sinematografik eserlerdeki eser sahipleri düzenlenmiştir. Maddeye göre, sinematografik eserde eserin yönetmeni her türlü eser sahibidir. Ancak üye devletler dilerlerse yönetmen ile birlikte başka katkı sunan kişileri de ortak eser sahibi olarak düzenlemelerinde öngörebilirler¹³⁸.

Direktifin bir başka önemi ise FSEK’in 2. maddesinde yapılan tanımlar düzenlemesine film yapımcısının da eklenmesini sağlaması olmuştur. Kanunun 2. maddesinin gerekçesine göre, “2006/115/AT sayılı Fikri haklar Alanında Kiralama ve Ödünç Verme Hakları ile Belirli Bazı Haklar Hakkındaki Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifine uyumlu olarak “film yapımcısı” tanımı eklenmiştir.”¹³⁹ Öte yandan FSEK’in 80. maddesinde düzenlenen bağlantılı hak sahipliği konusuna getirilen hükümde de Direktifin etkisi mevcuttur. Kanunun gerekçesine göre, “... Roma Sözleşmesinin 1 inci maddesine, WIPO İcralar ve Fonogramlar Anlaşmasının 1 inci maddesine ve 2006/115/AT sayılı Fikri haklar Alanında Kiralama ve Ödünç Verme Hakları ile Belirli Bazı Haklar Hakkındaki Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifine uyumlu şekilde

¹³⁵A. Christie (2020). *Blackstone's Statutes on Intellectual Property* (15. Baskı). New York: Oxford Üniversitesi Yayınevi, s. 244 - 248; Küçükali, 2020a, **a.g.k.**, s. 157.

¹³⁶Küçükali, 2020a, **a.g.k.**, s. 160.

¹³⁷Tosun, 2013, **a.g.k.**, s. 107.

¹³⁸Küçükali, 2020a, **a.g.k.**, s. 161; Tosun, 2013, **a.g.k.**, s. 107.

¹³⁹Aynı zamanda FSEK’in 6. maddesinin gerekçesine göre de, “2006/115/AT sayılı Fikri Mülkiyet Hakları Alanında Kiralama ve Ödünç Verme Hakları ile Belirli Bazı Haklar Hakkındaki Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifine uyum sağlanması amacıyla mimarlık eseri niteliği taşıyan binalar ile uygulamalı sanat eserlerinin kiralanmasının, hakkın kapsamında bulunmadığı hükme bağlanmıştır.”

yeniden kaleme alınmıştır. Söz konusu düzenlemede, bağlantılı hak sahiplerine sağlanan korumanın, eser sahibine tanınan haklara halel getirecek şekilde yorumlanamayacağı ve eserden doğan hakların ileri sürülmesini engellemeyeceği hüküm altına alınarak, eser sahiplerinin hakları ile bağlantılı haklar arasındaki ilişki vurgulanmıştır.”¹⁴⁰

Direktifin 9. maddesinin 2. fıkrasında bölgesel tükenme ilkesi düzenlenmiştir ve buna göre, eserin veya nüshalarının hak sahibi veya onun izin verdiği kişi tarafından Avrupa Birliği içinde ilk satışının yapılmasıyla hak sahibinin AB üyesi devletlerdeki yayma hakkı da tükenecektir¹⁴¹.

2.2.2.2. Uydu Tarafından Radyo – Televizyon Yayınına ve Kablo Tarafından İletilmeye Uygulanabilir Eser Sahibi Haklarının ve Eser Sahibine Bağlantılı Hakların Düzenlenmesine İlişkin 93/83 Sayılı 1993 Tarihli AB Direktifi

Bu Direktifin¹⁴² amacı, uydu ve kablolu yayınlara ilişkin düzenlemeler getirmek; üye devletler veya sınır ötesi uydu yayıncılığı ile programların yeniden iletimi sonucunda eser sahiplerinin fikir ve sanat eserleri hukuku kapsamındaki haklarını düzenlemektir¹⁴³. Ancak ilgili Direktifte 2019 senesinde değişiklik yapılmıştır ve Direktif bu haliyle yürürlüktedir¹⁴⁴. Kullanıcılar, uydu veya kablo gibi geleneksel kanallar ve ayrıca çevrimiçi hizmetler aracılığıyla hem canlı hem de isteğe bağlı televizyon ve radyo programlarına erişmeyi giderek daha fazla talep etmesinin Direktifin değiştirilmesine sebep olduğu dibacede ifade edilmiştir. Direktifin 1. maddesine göre, Direktif daha fazla sayıda televizyon ve radyo programına sınır ötesi erişimi artırmayı sağlamak için belirli türdeki televizyon ve radyo programlarının yayınlanmasına yardımcı olan çevrimiçi hizmetlerin sağlanmasına ilişkin hakların açıklanmasını kolaylaştıran kurallar ortaya koymaktadır.

¹⁴⁰Aynı zamanda bağlantılı hak sahiplerine ilişkin düzenlemelerin yer aldığı FSEK'in 80/C ve 80/E maddelerinde de Direktife uyumlu olarak düzenlemeler yapıldığı Kanunun Gereğesinde ifade edilmiştir.

¹⁴¹C. Küçükali (2020). *Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Fikri Mülkiyet Hakkı Sahibinin Yayma Hakkının Tükenmesi* (1. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 96.

¹⁴²Council Directive 93/83/EEC of 27 September 1993 on the Coordination of Certain Rules Concerning Copyright and Rights Related to Copyright Applicable to Satellite Broadcasting and Cable Retransmission. OJEC, Vol. 36, 06.10.1993, 1993/L 248/15.

¹⁴³Christie, 2020, **a.g.k.**, s. 188; Tosun, 2013, **a.g.k.**, s. 108.

¹⁴⁴Directive (EU) 2019/789 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 laying down rules on the exercise of copyright and related rights applicable to certain online transmissions of broadcasting organisations and retransmissions of television and radio programmes, and amending Council Directive 93/83/EEC

2.2.2.3. Eser Sahibi Haklarının ve bazı Bağlantılı Hakların Koruma Sürelerinin Uyumlaştırılmasına İlişkin 2006/116 Sayılı 12 Aralık 2006 Tarihli AB Direktifi

Direktif¹⁴⁵, eser sahibine ve eserle bağlantılı hak sahiplerine, üye devletlerin mevzuatlarında korumaya konu olan eserlerle ilgili olarak tanınmış olan koruma sürelerinin uyumlaştırılması amacını taşımaktadır. Bu Direktif, 93/98 sayılı Direktif¹⁴⁶ ilga etmiştir.

Direktifin 1. maddesinin 1. fıkrasına göre, eser sahibinin eser üzerindeki hakları, eser kamuya ne zaman sunulmuş olursa olsun, eser sahibinin hayatta olduğu sürece ve ölümünden itibaren yetmiş yıl devam edecektir. Devam eden fıkrada ise elbirliği halinde eser sahipliğinin olduğu durumlarda bu yetmiş yıllık sürenin, hayatta kalan son eser sahibinin ölümünden itibaren başlayacağı düzenlenmiştir¹⁴⁷.

Direktifin 3. maddesinde bağlantılı hak sahiplerinin haklarının koruma süresi düzenlenmiştir. Buna göre, icracı sanatçılar ve diğer icracıların hakları, eserin icra edilmesinden elli yıl sonra sona erecektir. Maddenin 3. bendine göre yapımcının haklarının süresi ise, filmin ilk sabitlemesini yapmasının ardından elli sene sonra sona erecektir.

Direktifte sinematografik veya görsel işitsel eser üzerindeki hakların süresi ile ilgili olarak da farklı bir düzenleme getirilmiştir. 2. maddenin 2. fıkrasına göre, birlikte eser sahibi olarak belirlenmiş olsun veya olmasın, esas yönetmen, senaryo yazarı, diyalog yazarı ve özellikle müzik bestecisi olan kişilerden hayatta kalan sonuncusunun ölümünden 70 yıl sonra eser üzerindeki koruma sona erecektir. Direktifin 3. maddesinin 3. fıkrasına göre, "Film" terimi, ses eşliğinde olsun veya olmasın, sinematografik veya görsel-işitsel bir çalışmayı veya hareketli görüntüleri ifade etmektedir.

2006/116/EC sayılı Direktife göre fonogram icracıları ve yapımcıları için koruma süresi 50 yıl olarak düzenlenmişti. 2011/77/EU sayılı Direktifte¹⁴⁸ bu sürede değişiklik

¹⁴⁵Directive 2006/116/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on the term of protection of copyright and certain related rights.

¹⁴⁶Council Directive 93/98/EEC of 29 October 1993 harmonizing the term of protection of copyright and certain related rights

¹⁴⁷Christie, 2020, **a.g.k.**, s. 251.

¹⁴⁸Directive 2011/77/EU of the European Parliament and of the Council of 27 September 2011 amending Directive 2006/116/EC on the Term of Protection of Copyright and Certain Related Rights, OJEU, Vol. 54, 11.10.2011, 2011/L 265/01.

yapılmıştır. Direktifin dibacesinde yer alan ifadeye göre, çalışmalarına genç yaşlarda başlayan sanatçıların haklarının korunması için 50 yıllık koruma süresi yaşamları boyunca kendilerine koruma sağlanmasında yeterli olmamakta ve çoğu zaman yaşamlarının sonunda sanatçılar gelir kaybına uğramaktadır. Bu gerekçelerle sanatçıların haklarının korunması için icraların tespitleri ve fonogramlar için koruma süresi 70 yıla uzatılmıştır.

2.2.2.4. Bilgi Toplumunda Eser Sahibi Haklarının ve Bağlantılı Hakların Bazı Hususlarının Uyumlaştırılmasına İlişkin 2001/29 Sayılı, 22 Mayıs 2001 Tarihli AB Direktifi (Bilgi Toplumu Direktifi- InfoSoc)

Bu Direktif¹⁴⁹, WIPO'nun 1996 tarihli WCT ve WPPT Sözleşmelerinin onaylanması için bir önkoşul oluşturmaktadır (Dibace 15. paragraf)¹⁵⁰. Teknolojik gelişmelerin yarattığı yeni konularla ilgili üye devlet mevzuatlarında farklılıkları gidermeyi amaçlayan bu Direktif, eser üzerindeki temel mali haklar konusunda önemli düzenlemeler getirmiştir (m. 1)¹⁵¹¹⁵². 2001/29 sayılı Direktif, çoğaltma hakkı (m. 2), umuma iletim hakkı (m. 3), yayma hakkı (m. 4) ve bu haklara getirilen sınırlamalar (m. 5) ile eser sahibinin hakları ve bağlantılı haklar açısından önemli hükümler içermektedir. Direktifin 4. maddesinin 2. fıkrasında daha sonra açıklanacak olan bölgesel tükenme ilkesi kabul edilmiştir¹⁵³.

Bilgi Toplumu Direktifi, üye devletler arasında uyumlu bir yasal çerçeve oluşturmayı, fikri hakların koruma düzeyini artırmayı, yenilikçiliği ve rekabetçiliği teşvik etmeyi amaçlamaktadır. Direktif, farklı kategorilerdeki hak sahiplerinin haklarını ve çıkarlarını dengeleyen maddi hukuk kurallarının yanı sıra, Üye Devletlerin fikri hakkın ihlali durumunda etkili yaptırımlar ve çareler sağlama yükümlülüğünü tesis etmiştir. Bu tür yaptırımların etkili, orantılı ve caydırıcı olması amaçlanmaktadır. Direktif, üye devletlerin ulusal mevzuatının, fikri hakların ihlal edilmesi eylemine karşı daha geniş bir

¹⁴⁹Directive 2001/29/EC of The European Parliament and of The Council of 22 May 2001 on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society

¹⁵⁰Christie, 2020, **a.g.k.**, s. 215. Tosun, 2013, **a.g.k.**, s. 111.

¹⁵¹Christie, 2020, **a.g.k.**, s. 220.

¹⁵²Bu Direktif doğrultusunda 5846 sayılı FSEK'te eser sahibinin haklarının sınırlandırılmasına ilişkin hükümler uyumlaştırılmıştır. Bkz.: E. Ç. Yıldırım (2021). *Eser Sahipliğinden Doğan Hakların Sınırlandırılması*. Ankara: Ankara Üniversitesi, s. 79. Kanunun Gerekçesinde belirtildiği üzere, tanımlar kısmında teknolojik önlemler ifadesi bu Direktif doğrultusunda tanımlanmıştır. Kanunun 8. maddesinin son fıkrası, 33. maddesinde düzenlenen temsil serbestisi gibi konular bu Direktif doğrultusunda değiştirilmiştir.

¹⁵³Küçükali, 2020, **a.g.k.**, s. 95.

koruma sağlamasını ve ayrıca hak sahiplerinin ihtiyati tedbir talep etme hakkını sağlamayı amaçlamaktadır (m. 8).¹⁵⁴

Avrupa Adalet Divanı (AAD) 2011 tarihli bir kararında¹⁵⁵ bir bilgisayar programının grafik kullanıcı arayüzünün ve bir video oyununun, bu ürünlerin yazarın kendi fikri ürünü olmaları halinde, 2001 tarihli *InfoSoc* Direktifi sebebiyle ilgili telif hakkı kanunu kapsamında eser olarak korunabileceğini belirtmiştir¹⁵⁶.

2.2.2.5. Fikri hakların Uygulanmasına İlişkin 2004/48 Sayılı 29 Nisan 2004 Tarihli AB Direktifi

Bu Direktifte doğrudan sinematografik eser veya diğer görsel işitsel ürünlerle ilgili düzenleme yer almamaktadır. Direktifin 3. maddesine göre, üye devletler eser üzerindeki hakların kullanımında eser sahiplerine kolaylık sağlayacaklardır.

2.2.2.6. Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin Dijital Tek Pazarda telif hakkı ve ilgili haklar ile 96/9 / EC ve 2001/29 / EC Direktiflerinde değişiklik yapan 17 Nisan 2019 tarihli (AB) 2019/790 Direktifi

Bu Direktif¹⁵⁷ AB hukukunda var olan telif haklarına ilişkin düzenlemeleri kaldırmamakta ancak hak sahiplerinin çevrimiçi hizmet sağlayıcıları karşısında korunmasına yönelik düzenlemeler getirmeyi amaçlamaktadır¹⁵⁸. Telif hakkı koruması altında olan eserlerin dijital platformlar aracılığıyla paylaşımının artması ve fakat eser sahiplerinin bu artan paylaşımın karşılığını alamaması sonucu oluşan değer farkının telafi edilmesi gerektiği tartışmaları sonucunda meydana getirilmiştir¹⁵⁹. Bunun yanında Direktif, 3. (Bilimsel araştırma amaçlı metin ve veri madenciliği), 5. (Dijital ve sınır ötesi öğretim faaliyetlerinde eserlerin ve diğer konuların kullanılması) ve 6. (Kültürel mirasın

¹⁵⁴T. Kono ve P. Jurčys (2012a). General Report. *Intellectual Property and Private International Law*. Oxford ve Portland: Hart Publishing, s. 154.

¹⁵⁵Case C – 393/09 *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany v Ministerstvo kultury* (2011) ECDR 3 (CJ).

¹⁵⁶Brown vd., 2019, **a.g.k.**, s. 57.

¹⁵⁷Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC

¹⁵⁸U. Tekin (2020). Avrupa Parlamentosu'nun ve Konseyi'nin Dijital Tek Pazarda Telif Haklarına ve Bağlantılı Haklara İlişkin 2019/790 Sayılı Direktifi Hakkında Bazı Değerlendirmeler. *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, 19 (1), s. 204.

¹⁵⁹T. Soysal (2019). Avrupa Birliği'nin Dijital Tek Pazarda Telif Hakları Direktifi Çerçevesinde Müzik Sektöründe 'Değer Boşluğu' Kavramı ve Düzenlemenin İnternet İçerik Paylaşım Sitelerine Etkileri. *Ankara Barosu Dergisi*, 2019 (4), s. 145 - 146.

korunması) maddelerde yer alan düzenlemelerin emredici nitelikte olduğunu ve sözleşme ile bu hükümlerin aksinin kararlaştırılamayacağını da 7. maddede ifade etmektedir¹⁶⁰.

2.2.3. Fikri hakların bazı devlet hukuklarında düzenlenme şekli

2.2.3.1. Birleşik Krallık hukuku

Birleşik Krallık hukukunda fikri haklar ile ilgili ilk düzenleme 1710 tarihinde yürürlüğe giren *Anne Kanunu*¹⁶¹. Bu Kanun ile esas olarak, matbaanın gelişimi ve basılı yayının çoğalmasıyla, edebiyat eserleri üzerindeki haklar düzenlenmiştir¹⁶². Daha sonra 1911 tarihli Kanun ile korumanın konusu, edebiyat eserlerinden ses kayıtlarına, mimarlık eserlerine ve filmlere kadar genişlemiştir¹⁶³. 1952 yılında yapılan incelemenin ardından, 1911 tarihli Kanun, 1956 tarihli Telif Hakkı Kanunu ile değiştirilmiş ve bu Kanun da öncelikle kablolu televizyon yayını ve bilgisayar yazılımı gibi yeni teknolojileri kapsamına almak için birkaç kez değişikliğe uğramıştır¹⁶⁴. Daha fazla müzakere ve iyileştirmeden sonra yapılan öneriler, 1988 tarihli Telif hakları, Tasarımlar ve Patentler Kanununun (*Copyrights, Designs and Patents Act- CDPA*) kabul edilmesini sağlamıştır¹⁶⁵. Birleşik Krallık hukukunda fikri hakların günümüzde düzenlendiği ve yürürlükte olan kanunu, 1988 tarihli Kanundur (1988 tarihli CDPA). 1988 tarihli CDPA ile fikri hak sahiplerinin mali hakları genişletilirken aynı zamanda manevi hakları da tanınmıştır¹⁶⁶.

¹⁶⁰Tekin, 2020, **a.g.k.**, s. 205.

¹⁶¹Aplin ve Davis, 2017, **a.g.k.**, s. 59 - 60; C. Seville (2018). *Intellectual property law in Western Europe. The Oxford Handbook of intellectual property law*. New York: Oxford University Press, s. 180. Kaynakların çoğunda 1710 tarihli Kanun diye anılan *Anne Kanunu*nun kabul edilme tarihi 1709 olmasına rağmen yürürlüğe girdiği tarih 1710 senesi olduğu için 1710 tarihli Kanun olarak da anılmaktadır. Brown vd., 2019, **a.g.k.**, s. 32; Egloff, 2017, **a.g.k.**, s. 5; K. E. Gökyayla (2001). *Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi* (2. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 33.

¹⁶²Johann Sebastian Bach'ın oğlu müzisyen Johann Christian, Bach'ın kağıda dökülmüş müzik notalarının James Longman tarafından izinsiz basılması üzerine kendisini dava etmiştir. Longman kendisini, Anne Statüsünün müzik notalarını değil kitapları koruduğu şeklinde savunmuştur. Mahkeme, Anne Statüsünde geçen "kitap (book)" ifadesini geniş yorumlayarak Bach lehine karar vermiştir. *Bach v. Longman* (1777) 2 Cowper 623. Bu dava, müzik telif haklarının başlangıcı olarak yorumlanmıştır. S. Karapana ve L. McDonagh (2019). *Intellectual property law* (1. Baskı). New York: Oxford University Press, s. 8.

¹⁶³Bentley vd., 2018, **a.g.k.**, s. 37; Brown vd., 2019, **a.g.k.**, s. 39; Cornish vd., 2019, **a.g.k.**, s. 399 - 400.

¹⁶⁴Bentley vd., 2018, **a.g.k.**, s. 37.

¹⁶⁵Bentley vd., 2018, **a.g.k.**, s. 38; Karapana ve McDonagh, 2019, **a.g.k.**, s. 30.

¹⁶⁶Brown vd., 2019, **a.g.k.**, s. 39 - 40; G. Dworkin (1994). *The Moral Right of the Author: Moral Rights and the Common Law Countries. Columbia-VLA Journal of Law & the Arts*, 19 (3 - 4), s. 245.

1988 tarihli CDPA, eser olarak korunacak yaratımları Kanunun 1. maddesinde sekiz başlık halinde düzenlemiştir¹⁶⁷. Bir ürünün 1988 tarihli CDPA kapsamında korunabilmesi için edebi eser, dramatik çalışma, müzik eserleri, sanatsal çalışmalar, filmler, ses kayıtları, yayınlar ve yayınlanmış baskıların tipografik düzenlemeleri eser türlerinden birinin kapsamına girmesi gerekir¹⁶⁸. Kanunun 3. maddesine göre edebi eser, dramatik veya müzik eseri dışında yazılan, konuşulan veya söylenen herhangi bir eser anlamına gelir ve tablo, derleme, bilgisayar programı veya onun için hazırlanan tasarım materyali ve veri tabanını kapsamına alır. Kanunun aynı maddesinin devamında yer alan ifadeye göre dramatik eser dans veya mim çalışmasını içerir. Müzik eseri ise, müzikle birlikte söylenmesi veya icra edilmesi amaçlanan herhangi bir söz veya eylem hariç, müzikten oluşan eser demektir (CDPA m. 3). Sanatsal çalışmalar ise CDPA'nın 4. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre sanatsal çalışmalar, sanatsal niteliğine bakılmaksızın bir grafik eser, fotoğraf, heykel veya kolaj ile bir binanın modeli veya mimarisi ve sanatsal işçilik eserini kapsar (CDPA m. 4). Ses kayıtları CDPA'nın 5. maddesinin A bölümünde düzenlenmiştir. Ses kayıtları, yeniden üreilmeye uygun ses kayıtları ve edebi, dramatik veya müzikal bir eserin tamamının veya herhangi bir bölümünün kaydını kapsamına almaktadır. Aynı maddenin devamında 5B kısmında ise film eseri düzenlenmiş ve filmin tanımı yapılmıştır. Burada filmin, herhangi bir araçla hareketli bir görüntünün üretilebileceği herhangi bir ortam üzerine yapılan bir kayıt anlamına geldiği düzenlenmiştir. CDPA'nın 6. maddesine göre yayın ise, görsel görüntülerin, seslerin veya diğer bilgilerin elektronik olarak iletilmesi anlamına gelir.

Bir eserin 1988 tarihli CDPA kapsamında telif hakkı ile korunabilmesi için, sayılan sekiz kategoriden birinin kapsamına girmesinin yanı sıra, aynı zamanda şu şartları da taşıması gerekir:

- Öncelikle çalışmanın fiziki olarak kaydedilmesi gerekir. Fikri hak korumasının ortaya çıkması için bir eserin tescil edilmesine gerek yoktur; çünkü burada eser sahibinin hakları kendiliğinden doğar. Bununla birlikte, 1988 tarihli CDPA, hangi yöntemle ve hangi ortamda olursa olsun, bu ürünlerin sabitlenmesi gerektiğini düzenlemektedir. Aslında burada amaçlanan şey telif hakkının fikrin

¹⁶⁷CDPA'da yer alan düzenlemelere şu internet sayfasından ulaşılmıştır: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/section/6> (Erişim Tarihi: 28.09.2022).

¹⁶⁸Christie, 2020, **a.g.k.**, s. 24 - 27.

kendisinden ziyade bir fikrin ifadesini korumasıdır¹⁶⁹. Bu şart özellikle edebi, dramatik ve müzikal eserler için önemlidir¹⁷⁰.

- İkinci olarak, çalışmanın orijinal (*original*) olması gerekir. Belki de telif hakkı korumasının ortaya çıkması için yerine getirilmesi gereken en önemli gereklilik, çalışmanın orijinal başka bir ifadeyle özgün olmasıdır¹⁷¹. Birleşik Krallık ve Avrupalı devletlerin özgünlük anlayışlarına bakıldığında öncelikle her iki kıtada da özgünlüğün eseri meydana getiren ile eser arasındaki ilişkiyle ilgili olduğu kabul edilmektedir ve dolayısıyla eserin benzersiz olup olmadığıyla ilgilenilmemektedir¹⁷². Ancak Birleşik Krallık'ta mahkemeler özgünlük araştırması yaparken, orijinallik eşiğini çok düşük seviyede tutmaktadır¹⁷³. *Rahmatian*'a göre, eser sahibinin kendi becerisinin, emeğinin ve çabasının, kendi yargısının ürünü olan eserler CDPA kapsamında telif hakkı korumasına sahip olacaktır. Bu durumda ürünün sanatsal özgünlük veya ustalık, yaratıcılık ve yeniliğe sahip olmasıysa konu dışıdır¹⁷⁴. *Bentley*, bir ürünün 1988 tarihli CDPA kapsamında korunabilmesi için özgün olması şartının sadece edebi, dramatik, müzikal ve sanatsal eserler için gerekli olduğunu; ses kayıtları, filmler, yayınlar ve tipografik çalışmaların ise sadece kendinden önce yapılmış aynı türden çalışmalardan kopyalanmamasının yeterli olduğunu ifade etmektedir¹⁷⁵.

- Tüm işler için geçerli olan üçüncü şart, eserin Birleşik Krallık kanunlarına göre korumaya hak kazanmaya yetecek kadar Birleşik Krallık'a bağlı olmasıdır.

- Dördüncü şart, çalışmanın kamu politikası gerekçesiyle korumanın dışında bırakılmasına gerek olmamasıdır¹⁷⁶.

¹⁶⁹Brown vd., 2019, **a.g.k.**, s. 53; Cornish vd., 2019, **a.g.k.**, s. 439.

¹⁷⁰Bentley vd., 2018, **a.g.k.**, s. 92.

¹⁷¹Brown vd., 2019, **a.g.k.**, s. 59.

¹⁷²Bentley vd., 2018, **a.g.k.**, s. 93; A. Rahmatian (2013). Originality in UK Copyright Law: The Old ‘‘Skill and Labour’’ Doctrine Under Pressure. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 44 (2013), s. 12 - 14.

¹⁷³Bentley vd., 2018, **a.g.k.**, s. 94; Brown vd., 2019, **a.g.k.**, s. 60. *Technomed v Bluecrest Health Screening* (2017) EWHC 2142, 89.

¹⁷⁴Rahmatian, 2013, **a.g.k.**, s. 12.

¹⁷⁵Bentley vd., 2018, **a.g.k.**, s. 93. Benzer görüş için bkz.: Brown vd., 2019, **a.g.k.**, s. 59 - 60.

¹⁷⁶Bentley vd., 2018, **a.g.k.**, s. 91.

2.2.3.2. Amerika Birleşik Devletleri hukuku

Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) fotoğraf teknolojisi ilk olarak on dokuzuncu yüzyılın ortalarına doğru geliştiğinde, yeni ve kıymetli bir kaynak olarak görülmüştür. Fotoğrafların yükselen değeri, profesyonel fotoğrafçılar ve daha sonra da bu alana özgü ticari şirketlerin doğmasını sağlamıştır¹⁷⁷. Bunun sonucu olarak bu şirketler, sadece basılı metinlerin korunmasıyla sınırlı olan telif hakkının fotoğrafı da kapsayacak şekilde genişletilmesi için çalışmalar yapmıştır¹⁷⁸. Telif hakkının kurumsal hali ve düzenleniş şekli, 1830'lardan 20. yüzyıla uzanan aşamalı bir süreçte değişmeye başlamıştır. O dönemde bir eseri meydana getiren kişinin telif hakkı sahibi olabilmesi için eserinin kaydedilmesi dâhil olmak üzere çeşitli resmi prosedürleri yerine getirmesi gerekmektedir¹⁷⁹. Fotoğraf, drama ve güzel sanatlar gibi yeni eser türlerinin doğmasıyla birlikte telif hakkı, sadece kitap ticaretini ilgilendiren bir alan olmaktan çıkarak yeniden tasarlanmıştır¹⁸⁰.

Amerikan hukuk sisteminde fikri mülkiyet (*intellectual property*) hukukunun kapsamına telif hakları (*copyrights*), marka (*trademarks*), patent (patent), ticari sırlar (*trade secrets*) veya *know-how* konuları girmektedir. ABD'deki Telif Hakkı Kanunu öncelikle federal kanunun alanına girer; ancak eyaletlerin de telif hakkıyla ilgili eyalet kanunları vardır. ABD Anayasasının 1. maddesinin 8. bölümünün 8. cümlesi telif hakları alanında federal hukukun eyalet hukukuna üstün geleceğini belirtir¹⁸¹. Bu gücüne dayanarak Kongre, eser sahibine eseri üzerinde haklar tanıyan telif hakkı kanunlarını hazırlamakla yetkilidir. Bu yetki ile Kongre telif hakları alanında ilk federal düzenlemesini 1790 yılında yapmıştır ve bu düzenleme ile haritalar, çizelgeler ve kitaplara koruma sağlanmıştır¹⁸². 1909 Telif Hakkı Kanunu, 60 yıldan fazla bir süredir Amerikan telif hakkının yasal çerçevesi olarak yürürlükte kalmıştır¹⁸³. Telif hakkı

¹⁷⁷O. Bracha (2018). The emergence and development of United States intellectual property law. *The Oxford Handbook of intellectual property law*. New York: Oxford University Press, s. 237.

¹⁷⁸Bracha, 2018, **a.g.k.**, s. 237.

¹⁷⁹Bracha, 2018, **a.g.k.**, s. 243.

¹⁸⁰Bracha, 2018, **a.g.k.**, s. 244; A. Schwartz (2016). Cheddar, Not Swiss: A Director's Interest in Copyright. *Seton Hall Circuit Review*, 13 (1), s. 132 - 133.

¹⁸¹S. M. McJohn (2009). *Intellectual Property* (3. Baskı). New York: Aspen Publishers, s. 15; M. Trimble (2017). U.S. State Copyright Laws: Challenge and Potential. *Stanford Technology Law Review*, 20 (2), s. 73.

¹⁸²K. M. Saunders (2016). *Intellectual Property Law* (1. Baskı). Minnesota: West Academic Publishing, s. 260.

¹⁸³Bracha, 2018, **a.g.k.**, s. 247.

reformunda on yıldan fazla süren çabaların sonucunda 1976 tarihli Telif Hakkı Kanunu (*The Copyright Act of 1976*) kabul edilmiştir ve günümüzde halen bu Kanun yürürlüktedir.

Birleşik Devletler 1989'da Bern Sözleşmesine kuruluşundan neredeyse bir yüzyıl sonra katılım sağlamıştır¹⁸⁴. Bu katılımın etkisiyle 1976 tarihli Kanun ve yapılan düzenlemeler, geleneksel Amerikan telif hakları bakımından önemli değişiklikler getirmiştir. Öncelikle tescil ve bildirim gibi zorunluluklar epey azaltılmış ve hatta ardından isteğe bağlı hale getirilmiştir (m. 102/b)¹⁸⁵. Günümüzde Amerika Birleşik Devletleri'nde fikri hakları yöneten hukuk kaynakları Anayasa, federal kanunlar ve eyalet kanunları, anlaşmalar ve içtihatlardır¹⁸⁶.

ABD hukukuna göre telif hakları eser sahibinin, şiir, roman, film, şarkı, bilgisayar yazılımı ve mimari gibi sanatsal eserleri, edebi eserleri, dramatik eserleri, müzikal eserleri içeren ifadelerin somut tespit edilmiş halini almış orijinal eserlerini korur¹⁸⁷. Bir ürünün eser olarak korunabilmesi için sağlaması gereken üç şart, eserin orijinal (özgün) olması¹⁸⁸, somut olarak tespit edilmiş olması (m. 102)¹⁸⁹ ve yazarlık eseri (*work of authorship*) olması gerekir. 1976 tarihli Kanun'da eser olarak korunacak ürünler de kategoriler halinde sayılmıştır. Kanun'un 102. maddesinin a bendine göre, telif hakkı koruması, herhangi bir şekilde sabitlenerek somutlaşmış ve orijinallik taşıyan ürünleri kapsayacaktır¹⁹⁰. Kanunun lafzında “yazarın eserleri aşağıdaki kategorileri içerir”¹⁹¹ dediği için doktrinde bu kategorilerin sınırlayıcı değil açıklayıcı olduğu ifade

¹⁸⁴Bracha, 2018, **a.g.k.**, s. 247.

¹⁸⁵H. B. Abrams (2012). *United States. Intellectual Property Law and Private International Law Comparative Perspectives*. Oxford ve Portland: Hart Publishing, s. 1117; Bracha, 2018, **a.g.k.**, s. 248; Christie, 2020, **a.g.k.**, s. 171. Yine de bir eseri meydana getiren kişi dilerse ABD Telif Hakları Ofisine (U. S. Copyright Office) telif hakkını tescil ettirebilir. Ancak bu tamamen isteğe bağlıdır ve telif hakkının doğumunda bir rol oynamaz. Saunders, 2016, **a.g.k.**, s. 7.

¹⁸⁶Abrams, 2012, **a.g.k.**, s. 1103.

¹⁸⁷D. E. Bouchoux (2001). *Protecting Your Company's Intellectual Property* Baskı). New York: AMACOM Yayınevi, s. 85; McJohn, 2009, **a.g.k.**, s. 9.

¹⁸⁸Burada orijinallikten kasıt bir ürünü başka bir eserden ayırmaya yarayacak şekilde sahibinin yaratıcı entelektüel çabasından doğmuş olmasıdır. Bir ürünün başka bir eserden kopyalanmamış olması halinde o ürünün orijinal olduğu kabul edilmektedir. Bkz.: Bouchoux, 2001, **a.g.k.**, s. 87. *Feist Publications v. Rural Telephone Service*, 499 U. S. 340, 369 (1991) kararında mahkeme orijinallüğün tespitinde iki ayrı gereklilikten bahsetmiştir. Bunlardan ilki, başka işlerden kopyalanmamış şekilde üreteni tarafından bağımsız şekilde yaratılmış olma ve yaratıcılığın en azından asgari derecesine sahip olmak. Bkz.: McJohn, 2009, **a.g.k.**, s. 17.

¹⁸⁹Schwartz, 2016, **a.g.k.**, s. 133; Trimble, 2017, **a.g.k.**, s. 81.

¹⁹⁰Christie, 2020, **a.g.k.**, s. 170 - 171; Schwartz, 2016, **a.g.k.**, s. 134.

¹⁹¹“Works of authorship include the following categories”

edilmiştir¹⁹². Hatta bu listede yer alan eser türlerinin açıklayıcı olması sebebiyle, eser kategorilerinden herhangi birine uymayan bir ürünün de eser sahibinin orijinal ürünü olması halinde telif hakkı ile korunabileceği belirtilmiştir¹⁹³. Bir ürünün 1976 tarihli Kanun kapsamında korunabilmesi için edebi eserler, müzik eserleri (eşlik eden sözler ile birlikte), dramatik eserler (eşlik eden müzik ile birlikte), pandomimler ve koreografik (yaratıcı) eserler, resim, grafik ve heykel eserleri, sinema ve diğer görsel işitsel eserler, ses kayıtları ve mimari eserler türlerinden birinin kapsamına girmesi gerekmektedir (m. 102). Eser türlerinin tanımı 101. maddede yapılmıştır¹⁹⁴. Edebi eserler, kitaplar, süreli yayınlar, el yazmaları, ses kayıtları, film, kasetler gibi maddi nesnelerin doğasına bakılmaksızın kelimeler, sayılar veya diğer sözlü veya sayısal semboller veya işaretlerle ifade edilen görsel-işitsel eserler dışındaki eserlerdir. Resimsel, grafik ve heykel çalışmaları, iki boyutlu ve üç boyutlu ince, grafik ve uygulamalı sanat çalışmalarını, fotoğrafları, baskıları ve sanat reproduksiyonlarını, haritaları, küreleri, çizelgeleri, diyagramları, modelleri ve mimari dahil teknik çizimleri içerir. Sinema Filmleri Kanun'un 102. maddesinde "*motion pictures*" olarak ifade edilmiş ve 101. maddede de tanımı, art arda gösterildiğinde, varsa eşlik eden seslerle birlikte bir hareket izlenimi veren bir dizi ilgili görüntüden oluşan görsel-işitsel eserler şeklinde yapılmıştır. Görsel işitsel ürünler ise, ürünlerin somutlaştığı filmler veya bantlar gibi maddi nesnelerin niteliğine bakılmaksızın, görüntüleyici, elektronik cihazlar ve yansıtıcı gibi makine veya cihazlar ile eşlik eden seslerin kullanılmasıyla gösterilmesi amaçlanan bir dizi ilgili görüntüden oluşan çalışmalardır. Bu tanımdan hareketle bir ürünün görsel işitsel bir çalışma olarak sınıflandırılabilmesi için (1) görüntülerden oluşmalı; (2) bu tür görüntüler birbiri ile 'ilişkili' olmalı ve bir 'seri' halinde sunulmalı; (3) bu tür görüntüler bir makine veya cihaz tarafından gösterilebilmelidir¹⁹⁵. Ses kayıtları, diskler, teypler veya içinde yer aldıkları diğer ses kayıtları gibi maddi nesnelerin doğasına bakılmaksızın, bir sinema filmi veya diğer görsel-işitsel eserlere eşlik eden sesleri içermeyen bir dizi müzikal, sözlü veya diğer seslerin sabitlenmesinden kaynaklanan eserlerdir. Mimari çalışma ise, bir bina, mimari

¹⁹²M. B. Nimmer (1977). The subject matter of copyright under the act of 1976. *UCLA Law Review*, 24 (5 - 6), s. 970.

¹⁹³McJohn, 2009, **a.g.k.**, s.

¹⁹⁴1976 tarihli Kanunda yer alan düzenlemelere şu sayfadan ulaşılmıştır: <https://www.copyright.gov/title17/92chap1.html#101> (Erişim Tarihi: 30.09.2022)

¹⁹⁵Lulirama Ltd., Inc. v. Axxess Broadcast Servs., 128 F. 3d 872 (LexisNexis)

planlar veya çizimler dahil olmak üzere herhangi bir somut ifade aracında somutlaştırılan bir binanın tasarımıdır.

2.2.3.3. İsviçre hukuku

Kantonlardan oluşan ve federal yapıya sahip olan İsviçre’de kantonlar kendi kanunlarını yapma hakkına sahiptir. Ancak 1874 senesinde Federal Anayasanın yürürlüğe girmesiyle birlikte, Anayasa’nın 64. maddesi İsviçre Federasyonuna edebi ve sanatsal telif hakkında kanunu çıkarma yetkisi vermiştir¹⁹⁶ ve 1883 tarihli ilk İsviçre Telif Hakları Kanunu kabul edilmiştir.¹⁹⁷ Ancak Bern Sözleşmesinin kabul edilmesinin ardından Kanunun Sözleşmenin gerisinde kalmasından dolayı yeni İsviçre Federal Telif Hakkı Kanunu 7 Aralık 1922’de meclisten geçmiş ve 1 Temmuz 1923’te yürürlüğe girmiştir. Daha sonra teknolojik gelişmeleri ve özellikle bilgisayar programlarının korunması ile ilgili düzenlemelerin yapılması adına yeni kanun çalışmaları başlatılmıştır¹⁹⁸. Bu çalışmalar sonucunda İsviçre’nin şu anki telif hakları kanunu, 9 Ekim 1992 tarihli ve o zamandan beri sadece küçük revizyonlar gören 1992 tarihli İsviçre Federal Telif Hakkı Kanunu (*Swiss Federal Copyright Act of 1992*) yürürlüğe girmiştir¹⁹⁹.

Kanunun 2. maddesinde eser tanımı yapılmıştır ve buna göre eser, değeri veya amacı ne olursa olsun, bireysel karaktere sahip²⁰⁰ edebi ve sanatsal entelektüel yaratımlardır²⁰¹. Kanun maddesinde geçen bireysel karakter (*individuality*) ifadesinden anlaşılması gerekenin orijinallik olduğu doktrinde ifade edilmiştir²⁰². Eser türlerinin ise özellikle edebi, bilimsel ve diğer dilsel eserler; müzik eserleri ve diğer akustik eserler, sanat eserleri, özellikle resimler, heykeller ve grafik eserler; çizimler, planlar, haritalar veya üç boyutlu temsiller gibi bilimsel veya teknik içerikli eserler; mimari eserler; uygulamalı sanat eserleri; fotoğrafik, sinematografik ve diğer görsel veya işitsel eserler;

¹⁹⁶Egloff, 2017, **a.g.k.**, s. 60; E. J. Schuster (1923). The Swiss Civil Code. *Journal of Comparative Legislation and International Law*, 5 (1 - 4), s. 217.

¹⁹⁷Egloff, 2017, **a.g.k.**, s. 42.

¹⁹⁸Kanunun hazırlanma süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Egloff, 2017, **a.g.k.**, s. 120 - 125.

¹⁹⁹Kanunun kabul edilme süreci ve geçirdiği değişiklikler için bkz.: F. Dessemontet (2019). *Intellectual Property Law in Switzerland* (4. Baskı). Netherlands: Kluwer Law International, s. 24 - 25.

²⁰⁰Öcal Apaydın ve Tuncer Kazancı’nın aktardıklarına göre, madde metni taslak halindeyken Fransızca ve Almanca metninde *original* (özgün) terimine yer verilmişse de bu terim taslağın son halinde yerini *individuel* (bireysel) terimine bırakmıştır. Bkz.: B. Ö. Apaydın ve İ. T. Kazancı (2012). İsviçre Federal Mahkemesinin Eser Sahipliğinin Tespitine İlişkin Kararının İncelenmesi. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3 (2), s. 356, dn. 1.

²⁰¹1992 tarihli Kanunda yer alan düzenlemelere şu sayfadan ulaşılmıştır: https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1993/1798_1798_1798/en#art_2 (Erişim Tarihi: 30.09.2022).

²⁰²Dessemontet, 2019, **a.g.k.**, s. 39.

koreografik çalışmalar ve mim çalışmalarını, bilgisayar programlarını içerdği ifade edilmiştir. Kanunun 2. maddesinde eser tanımı yapıp özellikle kapsamında yer alacak çalışma türleri sayıldıktan sonra ayrıca bu çalışmaların tanımı yapılmamıştır. Doktrinde 1992 tarihli Kanunun 2. maddesinin 2. fıkrasının sadece korunan eser örneklerini listelediği, bu listede yer almayan veya sıraladığı kategorilerden birine dahil olmayan konunun korunmasını engellemediği ifade edilmiştir²⁰³. Kanunun 29. maddesine göre yukarıda belirtilen şartları sağlayan eserlerin korunması, oluşturuldukları andan itibaren ortaya çıkar, başka bir ifadeyle telif hakkı korumasından yararlanmak için herhangi bir resmi işleme gerek yoktur.

Kanunun 6. maddesine göre sadece gerçek kişiler eser sahibi olabilir. Dolayısıyla tüzel kişiler eser sahibi olamayacaktır²⁰⁴. Yine 9. maddeye göre eser sahibinin eserinden doğan haklarından manevi hakları bir başkasına devredilemez²⁰⁵.

2.2.4. Türk hukukunda FSEK kapsamında eser olma şartları, eser türleri, eser sahibine tanınan haklar, mahkeme kararları ve doktrin görüşleri

Türk hukukunda fikir ve sanat eserleri ile ilgili düzenlemelerin geçmişi Osmanlı Devleti'ne dayanmaktadır. Fikir ve sanat eserleri ve eser sahibine eseri üzerinde hakkın tanınacağıyla ilgili ilk hukuki düzenleme 1850 tarihli Encümen-i Daniş Nizamnamesi'dir²⁰⁶. 1857 tarihli Hakkı Telif Nizamnamesi ile de yazarlara hayatları boyunca kitabı üzerinde imtiyaz tanınmış²⁰⁷ ve izinsiz baskı yasaklanmıştır²⁰⁸. 1910 senesinde de Hakkı Telif Kanunu²⁰⁹ yürürlüğe girmişse de gerek Bern Sözleşmesinde yer alan düzenlemelere uyum sağlama ihtiyacı, gerekse gelişen teknolojinin meydana getirdiği yeni eser türlerini kapsamak amacıyla 1952 senesinde 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) kabul edilmiştir ve o zamandan günümüze zaman zaman değişiklikler yapılmış haliyle yürürlüktedir.

²⁰³Dessemontet, 2019, **a.g.k.**, s. 26.

²⁰⁴Dessemontet, F.: Le Droit d'Auteur, Lozan 1999, s. 235"den aktaran Apaydin ve Kazancı, 2012, **a.g.k.**, s. 385.

²⁰⁵Apaydin ve Kazancı, 2012, **a.g.k.**, s. 354.

²⁰⁶Gökyayla, 2001, **a.g.k.**, s. 40 - 41; Kılıçoğlu, 2019, **a.g.k.**, s. 33.

²⁰⁷Kılıçoğlu, 2019, **a.g.k.**, s. 33.

²⁰⁸E. Erdil (2005). *İçtihatlı ve Gerekçeli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi* (1. Baskı). Beta Yayıncılık, s. 5; Gökyayla, 2001, **a.g.k.**, s. 41.

²⁰⁹Kılıçoğlu, 2019, **a.g.k.**, s. 33. Kanun hakkında detaylı bilgi için bkz.: Erdil, 2005, **a.g.k.**, s. 5; Gökyayla, 2001, **a.g.k.**, s. 41.

FSEK'in amacı Kanunun 1. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre Kanun, eser sahiplerinin, icracı sanatçıların, fonogram ve film yapımcılarının, radyo ve televizyon kuruluşlarının haklarını koruma altına almayı amaçlamaktadır. Koruma altına alınan haklar mali ve manevi haklardır. Mali haklar işleme hakkı (FSEK m. 21), çoğaltma hakkı (FSEK m. 22), yayma hakkı (FSEK m. 23), temsil hakkı (FSEK m. 24), işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletme haklarıdır (FSEK m. 25). Manevi haklar ise umuma arz yetkisi (FSEK m. 14), eser sahibi olarak tanıtılma (FSEK m. 15), eserde değişiklik yapılmasını önleme (FSEK m. 16) ile eser sahibinin zilyet ve malike karşı haklardan oluşur (FSEK m. 17)²¹⁰. Eserden kaynaklanan mali ve manevi hakları kullanma yetkisi kural olarak sadece eser sahibine tanınmıştır²¹¹. Bir de eseri meydana getirmeyen ve dolayısıyla eserin sahibi olmayan ancak eser ile ilgili faaliyette bulunan kişilerin hakları başka bir ifadeyle bağlantılı haklar vardır. Bağlantılı hak sahipleri FSEK'in 80. maddesine göre film yapımcıları ile icracı sanatçılar, fonogram yapımcıları ve radyo televizyon yapımcılarından oluşan komşu hakların sahibi kişilerdir.

Kanun kapsamında eserin ne olduğu ise 1/b maddesinde düzenlenmiştir. FSEK'in eser tanımıyla ilgili 1/b maddesine göre, fikir ve sanat eseri, eser sahibinin hususiyetini taşıyan, ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar ve sinema eserleri türlerinden biri içine giren ve fikri çabayı içeren her nevi fikir ve sanat ürünüdür. Buradaki "sahibinin hususiyeti taşıma" unsuru yaratıcı fikri çabayı ve yeniliği ifade ederek yaratılan ürünlerin birbirinden ayırt edilmesini sağlamaktadır²¹².

Kanunun 6. maddesinde yer alan işlenme ve derlenmeler de ayrı bir eser türü olarak kabul edildiğinde FSEK'te yer alan eser türleri beş başlık altında incelenebilir. Bu tanımdan hareketle bir fikri ürünün eser olarak kabul edilebilmesi için taşıması gereken unsurlar, sahibinin hususiyetini taşıma ve FSEK'te sayılan eser türlerinden birine dâhil olma şeklinde incelenebilir. Doktrinde eser olabilme şartlarından sahibinin hususiyetini taşıma unsuruna sübjektif unsur, FSEK'te sayılan eser türlerinden birisinin kapsamına girme unsuruna ise objektif unsur denilmektedir²¹³.

²¹⁰Erdil, 2005, **a.g.k.**, s. 10.

²¹¹P. Karaaslan (2020). Gölge Yazarlık Sözleşmesi. *Terazi Hukuk Dergisi*, 15 (164), s. 769.

²¹²A. M. Kılıçoğlu (2013). Eser sayılmayan fikri ürünler ve eserin adı ve alametleri üzerindeki haklar. *Journal of Yaşar University*, 8 (Özel Sayı), s. 1586.

²¹³Ateş, 2003, **a.g.k.**, s. 57; Erdil, 2005, **a.g.k.**, s. 13.

Türk hukukunda fikir ve sanatsal çaba sonucu yaratılan ürünler, eser sayılan fikir ve sanat eserleri ve eser sayılmayan fikir ve sanat ürünleri olarak iki gruba ayrılabilir²¹⁴. Eser olarak kabul edilen ürünü meydana getiren kişinin, eser sahiplerine tanınan korumadan yararlanabilmesi için ürünün sahibinin hususiyetini taşıması ve o ürünün FSEK’te öngörülen eser türlerinden birinin kapsamına girmesi gerekir. Bir ürünün eser olarak kabul edilmemesi ya sahibinin hususiyetini taşımaması ya da o ürünün kanunda sayılan eser türlerinden birinin kapsamına girmemesinden kaynaklanır²¹⁵. Bu kapsamda yer alan ürünler için FSEK’te diğer koruma yolları olarak haksız rekabet hükümlerine dayanan koruma ile kişilik hakkına dayanan koruma yolları düzenlenmiştir.

2.2.4.1. Sahibinin hususiyetini taşıma

Fikri ürünün eser olarak kabul edilebilmesi için sahibinin hususiyetini taşıması gerekir. Hususiyetten ne anlaşılması gerektiği doktrinde tartışılmıştır. Tekinalp’e göre, hususiyet, bir üründe belirli bir düzeyde bulunan anlatım, üsluptur²¹⁶. Erel’e göre hususiyet, bağımsız bir fikri çalışma ürününün sahibinin yaratıcı gücünü yansıtabilmesi gerekliliğidir²¹⁷. Ateş’e göre, hususiyetten anlaşılması gereken sadece yenilik olmayıp, üslupla yakın ilişkili ve ölçütü de sıradan olmamak olan ve her eser türünde farklı şekilde bulunan kavramdır²¹⁸. Tosun’a göre hususiyet kavramından anlaşılması gereken ise, sahibinin kişisel izini eserde katı şekilde aramaktan ziyade, her eser tipinin niteliği göz önüne alınarak belirlenebilen, eser sahibiyle ilişkisi kurmayı sağlama ve belirli düzeyde yaratıcılık taşımadır²¹⁹.

2.2.4.2. FSEK’te sayılan eser türlerinden birisinin kapsamına girmek

Bir fikri ürünün eser olabilmesi için FSEK’te düzenlenmiş eser türlerinden birine dâhil olması gerekir. FSEK’te sayılan eser türleri, ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar ve sinemadır.

FSEK’te eser türleri *numerus clausus* ilkesine göre düzenlenmiştir. Başka bir ifadeyle eserler Kanunda gösterilen türler ile sınırlıdır ve bunlar dışında yeni bir eser türü

²¹⁴Kılıçoğlu, 2013, **a.g.k.**, s. 1586.

²¹⁵Kılıçoğlu, 2013, **a.g.k.**, s. 1587.

²¹⁶Ü. Tekinalp (2012). *Fikri mülkiyet hukuku* (5. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 105 - 107.

²¹⁷Ş. N. Erel (2009). *Türk fikir ve sanat hukuku* (3. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 33.

²¹⁸M. Ateş (2007). *Fikri hukukta eser* (1. Baskı). Ankara: Turhan Kitabevi, s. 74 vd.

²¹⁹Tosun, 2013, **a.g.k.**, s. 37.

yaratılamaz²²⁰. Ancak doktrinde *numerus clausus* ilkesinin eser türlerinin içeriklerinin belirlenmesi için geçerli olmadığı ifade edilmektedir²²¹. Başka bir ifadeyle Kanunda verilen eser türlerinin kapsamına şartları uyan ürünlerin yerleştirilmesinin önünde bir engel yoktur.

2.2.4.2.1. İlim ve edebiyat eserleri

FSEK'in 2. maddesinde ilim ve edebiyat eserleri düzenlenmiştir. Kanundaki düzenlemeye göre şu üç grupta yer alan ürünler ilim ve edebiyat eseri olarak kabul edilecektir:

- Herhangi bir şekilde dil ve yazı ile ifade olunan eserler ve her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları ve bir sonraki aşamada program sonucu doğurması koşuluyla bunların hazırlık tasarımları. Burada sayılan fikir ve sanat ürünlerinin ilim ve edebiyat eseri olarak kabul edilmesi için, hususiyet şartını taşımaları halinde, ifade biçimi olarak kullanılan aracın önemi yoktur başka bir ifadeyle mutlaka yazılı olarak ifade edilmeleri gerekmez²²².

- Her nevi rakıslar, yazılı koreografi eserleri, Pantomimaller ve buna benzer sözsüz sahne eserleri,

- Bedii vasfı bulunmayan her nevi teknik ve ilmi mahiyette fotoğraf eserleriyle, her nevi haritalar, planlar, projeler, krokiler, resimler, coğrafya ve topoğrafyaya ait maket ve benzerleri, her çeşit mimarlık ve şehircilik tasarım ve projeleri, mimari maketler, endüstri, çevre ve sahne tasarım ve projeleri.

2.2.4.2.2. Musiki eserleri

FSEK'in 3. maddesine göre musiki eserleri, her nevi sözlü ve sözsüz bestelerdir. Kanun musiki eserlerin kapsamına ne tür ürünlerin girdiğine dair düzenleme yapmamıştır. Senfoni, opera, şarkı, türkü, marş gibi seslerle ifade edilen ürünlerin musiki eserler grubuna girebileceği doktrinde ifade edilmiştir²²³.

²²⁰Tekinalp, 2012, **a.g.k.**, s. 114.

²²¹Tekinalp, 2012, **a.g.k.**, s. 114; Erdil, 2005, **a.g.k.**, s. 15; P. Karaaslan (2020). Sosyal Medyada Kullanılan Caps'lerin Telif Hukuku Boyutu ve Yasal Düzenlemelerin Yeterliliği. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 24 (3), s. 45.

²²²Erdil, 2005, **a.g.k.**, s. 26.

²²³Erdil, 2005, **a.g.k.**, s. 55 - 56.

2.2.4.2.3. Güzel sanat eserleri

Güzel sanat eserleri FSEK'in 4. maddesinde düzenlenmiştir. Bir fikri ürünün FSEK anlamında güzel sanat eseri olarak kabul edilebilmesi için öncelikle estetik bir değere sahip olması gerekir. Buradaki “güzel” sanat eseri, o eserin sanatsal değerini ifade etmektedir ve sanatsal değer, eseri sıradan, gelişigüzel, bilinen ve herkes tarafından yaratılabilenden ayırır²²⁴. Bu duruma en güzel örnek fotoğraf üzerinden verilebilir. Bir fotoğraf, estetik değere sahip değilse FSEK m. 2 kapsamında ilim ve edebiyat eseri olarak kabul edilirken; estetik başka bir ifadeyle sanatsal bir değere sahip olması durumunda FSEK m. 4 anlamında güzel sanat eseri olarak kabul edilecektir²²⁵.

Bir fikri ürünün güzel sanat eseri olarak kabul edilebilmesinin diğer şartı ise o ürünün FSEK'in 4. maddesinde sayılan güzel sanat eseri türlerinden birinin kapsamına girmesidir. Kanunda sekiz bent halinde sayılan güzel sanat eserlerinden ilk grup yağlı ve suluboya tablolar; her türlü resimler, desenler, pasteller, gravürler, güzel yazılar ve tezhipler, kazıma, oyma, kakma veya benzeri usullerle maden, taş, ağaç veya diğer maddelerle çizilen veya tespit edilen eserler, kaligrafi, serigrafi. Kanunda sayılan diğer güzel sanat eser grupları ise, heykeller, kabartmalar ve oymalar; mimarlık eserleri; el işleri ve küçük sanat eserleri, minyatürler ve süsleme sanatı ürünleri ile tekstil, moda tasarımları; fotoğrafik eserler ve slaytlar; grafik eserler; karikatür eserleri ile her türlü tipleridir.

2.2.4.2.4. Sinema eserleri

FSEK'in 5. maddesinde sinema eseri düzenlenmiştir. FSEK'e göre sinema eseri; *“her nevi bedii, ilmi, öğretici veya teknik mahiyette olan veya günlük olayları tespit eden filmler veya sinema filmleri gibi, tespit edildiği materyale bakılmaksızın, elektronik veya mekanik veya benzeri araçlarla gösterilebilen, sesli veya sessiz, birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisidir”*. Sinema filmi gibi, bir televizyon dizisi ve televizyon filmi veya bir görüşe göre reklam filmi de sinema eseridir²²⁶. Sinema eserlerinde eserin sahibi yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı, diyalog yazarı ve canlandırma

²²⁴Kılıçoğlu, 2019, **a.g.k.**, s. 129.

²²⁵Kılıçoğlu, 2019, **a.g.k.**, s. 129.

²²⁶B. Gün (2016). Dünyanın Bütün Sinemacıları Birleşin. *Bir Filmin Serüveni, Mithat Alam Film Merkezi Sinema Seminerleri*. İstanbul: İthaki Yayınları, s. 296. Reklam filminin ifade ediliş biçimine göre ilim ve edebiyat eseri, musiki eser, sinema veya güzel sanat eseri olarak kabul edilebileceğine dair görüş için bkz.: Erdil, 2005, **a.g.k.**, s. 30 - 31.

teknikleriyle yapılmış sinema eserlerinde animatördür²²⁷. Bu sayılan kişiler sinema eserinin birlikte eser sahipleridir (FSEK m. 8). Çalışmamızın temel konularından olan sinema eserine ilişkin detaylı açıklamalar çalışmanın devamında ayrıca verilecektir.

2.2.4.2.5. İşlenmeler ve derlenmeler

İşlenme ve derlenme eserler FSEK'in 6. maddesinde düzenlenmiştir. İşlenme ve derlenme bir ürünün FSEK anlamında eser sayılabilmesi için üç şartın yerine getirmesi gerekmektedir. Öncelikle söz konusu ürünün diğer bir eserden istifade suretiyle vücuda getirilip de bu esere nispetle müstakil olmamalıdır. Başka bir ifadeyle öncelikle bir asıl eser olmalıdır. Asıl eserden işlenerek ortaya çıkartılan ürün işleyenin hususiyetini taşınmalıdır. Bu özelliğe sahip bir ürünün aynı zamanda FSEK m. 6'da yer alan kategorilerden birinin kapsamına girmesi gerekir. FSEK m. 6'da düzenlenen eser faaliyetleri şunlardır: *“tercümeler; roman, hikaye, şiir ve tiyatro piyesi gibi eserlerden birinin bu sayılan nevilerden bir başkasına çevrilmesi; musiki, güzel sanatlar, ilim ve edebiyat eserlerinin film haline sokulması veya filme alınmaya ve radyo ve televizyon ile yayıma müsait bir şekle sokulması; musiki aranjman ve tertipleri; güzel sanat eserlerinin bir şekilden diğer şekillere sokulması; bir eser sahibinin bütün veya aynı cinsten olan eserlerinin külliyat haline konulması; belli bir maksada göre ve hususi bir plan dahilinde seçme ve toplama eserler tertibi; henüz yayımlanmamış olan bir eserin ilmi araştırma ve çalışma neticesinde yayımlanmaya elverişli hale getirilmesi; başkasına ait bir eserin izah veya şerhi yahut kısaltılması; bilgisayar programının uyarlanması, düzenlenmesi veya herhangi bir değişim yapılması; belli bir maksada göre ve hususi bir plan dahilinde verilerin ve materyallerin seçilip derlenmesi sonucu ortaya çıkan ve bir araç ile okunabilir veya diğer biçimdeki veri tabanlarıdır”*.

2.2.4.3. FSEK kapsamında eser sahibine tanınan haklar

Fikri haklar hak sahibine, belirli süre de olsa mülkiyet benzeri güçlü inhisarı yetkiler sağlamaktadır²²⁸. Mali haklar işleme hakkı (FSEK m. 21), çoğaltma hakkı (FSEK m. 22), yayma hakkı (FSEK m. 23), temsil hakkı (FSEK m. 24), işaret, ses veya görüntü

²²⁷1995 yılında FSEK'te değişiklik yapılana dek sinema eserinin sahibi yapımcı olarak kabul edilmekteydi. Yapılan değişiklik ile birlikte 1995 yılından önce yapılmış filmlerde yapımcı eser sahibi olmaya devam edecektir. Yapımcı, 2001 yılında FSEK'te yapılan değişiklik ile birlikte film üzerinde bağlantılı hak sahibi olarak kabul edilmiştir. Bkz.: S. Özel (2015). Türk Sinemasının 100. Yılında Hukuki Açıdan Sansür ve Telif Hakkı. *Türk Sinemasının 100. Yılına Armağan*. İstanbul: Marmara Üniversitesi Yayınevi, s. 174.

²²⁸Arıkan, 2007, **a.g.k.**, s. 155.

nakline yarayan araçlarla umuma iletme haklarıdır (FSEK m. 25). Manevi haklar ise umuma arz yetkisi (FSEK m. 14), eser sahibi olarak tanıtılma (FSEK m. 15), eserde değişiklik yapılmasını önleme (FSEK m. 16) ile eser sahibinin zilyet ve malike karşı haklardan oluşur (FSEK m. 17)²²⁹. FSEK sistematüğinde eser sahibinin hakları mali ve manevi haklar olarak düzenlendiğı için aşağıda bu haklara kısaca yer verilecektir.

2.2.4.3.1. Eser sahibine tanınan manevi haklar

FSEK kapsamında manevi haklar umuma arz hakkı (FSEK m. 14), eser sahibi olarak adın belirtilmesi hakkı (FSEK m. 15), eserde değişiklik yapılmasını men etme hakkı (FSEK m. 16) ve eserin orijinaline ulaşma hakkı (FSEK m. 17) olarak düzenlenmiştir.

Manevi hakların sözleşme ile devredilmesi FSEK’te kabul edilmemiştir²³⁰. Manevi haklar devredilemediğı gibi miras yoluyla da mirasçılara intikal etmez. Bu hakların kullanımı, hak sahibinin ölümünün ardından, eser sahibinin yetkilendirdiğı kişi tarafından, böyle bir yetki verilmemişse vasiyeti tenfiz memuru veya bu da tayin edilmemişse sırasıyla sağ kalan eş ile çocuklar ve atanmış mirasçılar, ana – baba, kardeşler tarafından kullanılır (FSEK m. 19). Öte yandan doktrinde eser sahibinin manevi haklarının kullanımını bir başkasına lisans sözleşmesi ile devredebileceğı kabul edilmiştir²³¹.

Umuma arz hakkı, bir eserin umuma arz edilip edilmemesi, yayımlanma zamanı ve şekli konularında eser sahibinin karar vermekte münhasıran yetkili olmasıdır (FSEK m. 14)²³². Bir eserin eser sahibinin özel alanından çıkarak başka kişiler tarafından da algılanabilir hale gelmesi ile umuma arz gerçekleşmiş olur²³³. Örnek olarak bu hakkın sinema filmi için uygulanabilirliğine bakıldığında, tamamlanan bir filmin eser sahipleri (yönetmen, senaryo ve diyalog yazarı, özgün müzik sahibi ve varsa animatör) tarafından eserin ilk kez ne zaman ve hangi mecrada, hangi şekilde umuma arz edileceğı konusunda karar verme hakkına sahip olması şeklinde karşımıza çıkar²³⁴. Sinema ve müzik eserleri

²²⁹Arıkan, 2007, **a.g.k.**, s. 155; Ateş, 2020, **a.g.k.**, s. 41; Erdil, 2005, **a.g.k.**, s. 10.

²³⁰Karaaslan, 2020, **a.g.k.**, s. 769.

²³¹Ateş, 2020, **a.g.k.**, s. 92; İ. Toprakkaya (2021). *Fikir ve Sanat Eserlerinden Doğan Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yolu İle Çözümü* (1. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 83.

²³²Umuma arz hakkıyla ilgili detaylı bilgi için bkz.: Gökyayla, 2001, **a.g.k.**, s. 144 - 149.

²³³Erdil, 2005, **a.g.k.**, s. 153.

²³⁴B. Bulut (2020). *Sinema Eserlerinde Hak Sahipliğı* (1. Baskı). Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 116.

bakımından umuma arz hakkının kullanımı, FSEK'in 13. maddesine 5101 sayılı Kanun'un 10. maddesi ile eklenen son fıkra uyarınca kayıt ve tescil ön şartına bağlanmıştır. Ancak buradaki kayıt ve tescil zorunluluğundan anlaşılması gereken eser üzerindeki hakkın doğumu için bir ön şart olmayıp eser ile ilgili ileride doğabilecek uyumsuzluklarda ispat kolaylığı sağlamaktır²³⁵.

Eser sahibi olarak adın belirtilmesi hakkı, eser sahibinin eserini sahibinin adıyla veya müstear adla veya adsız olarak umuma arz etme veya yayımlama hususunda münhasıran sahip olduğu haktır (FSEK m. 15)²³⁶.

Eserde değişiklik yapılmasını yasaklama hakkı, eser sahibine kendisinin izni olmadıkça eserde veya eser sahibinin adında kısaltmalar, ekleme ve başka değiştirmelerin yapılamayacağı hakkını verir (FSEK m. 16).

Eserin orijinaline ulaşma hakkının düzenlendiği madde başlığı "eser sahibinin zilyed ve malike karşı hakları"dır. FSEK'in 17. maddesinde, eserin somutlaştığı eşyayı elinde bulundurmayan eser sahibinin, gerekmesi halinde esere ulaşabilmesi hakkı düzenlenmiştir²³⁷.

2.2.4.3.2. Eser sahibine tanınan mali haklar

Mali haklar, eser sahibine eseri üzerinde ekonomik fayda sağlayan ve sağlar arası işlemle devredilebilen, mirasla intikal edebilen ve ölüme bağlı tasarruflara konu edilebilen haklardır²³⁸. FSEK'te düzenlenen mali haklar, işleme hakkı (FSEK m. 21), çoğaltma hakkı (FSEK m. 22), yayma hakkı (FSEK m. 23), temsil hakkı (FSEK m. 24) ve işaret, ses, görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkıdır (FSEK m. 25).

İşleme eser, bir eserden istifade suretiyle vücuda getirilip de bu esere nispetle müstakil olmayan fikir ve sanat ürünüdür (FSEK m. 6). FSEK'in 21. maddesi uyarınca bir eserden onu işlemek suretiyle yararlanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir.

Çoğaltma hakkı, bir eserin aslını veya kopyalarını, herhangi bir şekil veya yöntemle, tamamen veya kısmen, doğrudan veya dolaylı, geçici veya sürekli olarak çoğaltmaktır ve bu hak da münhasıran eser sahibine aittir (FSEK m. 22).

²³⁵Erdil, 2005, **a.g.k.**, s. 148 - 149.

²³⁶Gökyayla, 2001, **a.g.k.**, s. 149 - 153.

²³⁷Erdil, 2005, **a.g.k.**, s. 188; Gökyayla, 2001, **a.g.k.**, s. 157 - 160.

²³⁸Ateş, 2020, **a.g.k.**, s. 32 - 33; Toprakkaya, 2021, **a.g.k.**, s. 16.

Yayma hakkı, eserin aslı veya nüshalarının, kiralanması, ödünç verilmesi, satışa çıkarılması veya diğer yollarla dağıtılması olarak karşımıza çıkar ve bu hak da münhasıran eser sahibine aittir (FSEK m. 23).

Temsil hakkı, bir eserden doğrudan doğruya veya işaret, ses veya resim nakline yarayan aletlerle umumi mahallerde okumak, çalmak, oynamak ve göstermek gibi temsil suretiyle faydalanma hakkıdır (FSEK m. 24).

Umuma iletim hakkı, bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, radyo-televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla veya dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla yayınlanması ve yayınlanan eserlerin bu kuruluşların yayınlarından alınarak başka yayın kuruluşları tarafından yeniden yayınlanması suretiyle umuma iletilmesidir (FSEK m. 25). Umuma iletim hakkı da münhasıran eser sahibine aittir. Burada yayma hakkını umuma iletim hakkı ile karıştırmamak için şu örnek verilebilir. Bir eserin televizyon aracılığı ile yayınlanması umuma iletim hakkının konusu iken, o eserin çoğaltılmış nüshalarının fiziken dağıtılması yayma hakkının konusudur²³⁹.

Burada güzel sanatlar ürünleri için düzenlenmiş olan “pay ve takip hakkı”²⁴⁰na da değinmek gerekir. FSEK’in 45. maddesinde sadece güzel sanat ürünleri için getirilen bu düzenlemeye göre güzel sanat eserini satan eser sahibinin, bu eserin daha sonra başka satışlara konu olması halinde yeni satış bedeli üzerinden pay talep edebilecektir. Şartların sağlanması halinde her satıştan pay alabilme hakkı AB 2001/84/EC sayılı Pay ve Takip Direktifinde de düzenlenmiştir²⁴¹.

2.3. Televizyon Programları ve Sinema Yapımlarının Eser Niteliği

Vasıflandırma konusu özellikle sinema yapımları ve televizyon programları söz konusu olduğunda büyük öneme sahiptir. Çünkü gerek sinema yapımlarına gerekse televizyon programlarına ilişkin uyuşmazlıklar çok çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilmektedir. Konu sinema yapımları bakımından ele alındığında bu uyuşmazlıkların kaynağı sözleşme, haksız fiil veya haksız rekabet kurumuna dayandığı görülebilir. Uyuşmazlığın sözleşmeye dayandığı tespit edildikten sonra bile, bu sözleşmenin hukuki

²³⁹Toprakkaya, 2021, **a.g.k.**, s. 21.

²⁴⁰Gökyayla, 2001, **a.g.k.**, s. 178 - 182; Toprakkaya, 2021, **a.g.k.**, s. 25.

²⁴¹Toprakkaya, 2021, **a.g.k.**, s. 26.

niteliğinin ne olduğunun tespiti uygulanacak hukuk bakımından büyük önem taşımaktadır. Çünkü örneğin konusu sinema filmi olan bir sözleşme doğrudan onun yapımına ilişkin ve fikri haklar alanına girebileceği gibi, doğrudan onun yapımına ilişkin olmayıp sadece iş bölümünü gösteren bir adi ortaklık sözleşmesi niteliğinde de olabilir. Televizyon programlarında da vasıflandırma oldukça önemlidir. Televizyon programları alanında en fazla uyuşmazlık olarak karşımıza çıkan format ihlallerinde en tartışmalı konu, söz konusu formatın fikri haklar anlamında eser niteliği taşıyıp taşımadığıdır. Tüm bu tartışmalar vasıflandırmanın konusudur ve sonunda varılacak tespit ile uygulanacak hukuk da farklılık arz edecektir.

Açıklamalar yapılırken sinema alanında yapılan çalışmaların eser niteliğine dair çatışmaların fazla olmaması sebebiyle farklı devlet hukuklarında sinema eser türünün düzenlenme şekli genel hatlarıyla incelenecektir. Sinema eserinin vasıflandırılması konusunda pek fazla ihtilaf çıkmamasına rağmen, televizyon programlarının farklı devletlerde farklı nitelendirilmesinden dolayı vasıflandırma ihtilafı çıkmaktadır. Böyle bir durumda mesele, hukuki niteliği tartışmalı yaratımların, sinema eseri olarak korunma şartlarını taşıyıp taşımadıklarının tespiti, eğer taşımıyorsa diğer eser tiplerinden birinin içine girip girmeyeceğinin belirlenmesidir. Devamında ise, eğer ki hiçbir eser kapsamına girmeyen ürün söz konusuysa, bu tür bir görsel işitsel yaratıma nasıl bir hukuki koruma bahsedileceği bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Çalışmanın devamında televizyon programlarının hukuki niteliğinin tespiti için karşılaştırmalı hukukta yer alan düzenlemeler, mahkeme kararları ve doktrin görüşlerine yer verilecek ve sonucunda değerlendirme kısmında kanaatimiz belirtilecektir.

2.3.1. Görsel işitsel ürün olarak sinema

Bir eser türü olarak sinemayı anlatmaya geçmeden önce belli bazı kavramların açıklanmasına ihtiyaç vardır. Bunlardan ilki sıklıkla birbirlerinin yerine de kullanılan film ve sinema ayrımıdır. Film kavramı sinema filmini, kültür, çizgi, doğa, reklam gibi filmler ile belgeselleri, günlük olayları gösteren çekimleri ve daha birçoğunu içeren hukuki olmayan bir üst kavramdır²⁴². Filmlerin bir bölümünü oluşturan sinema eserleri, eser olması itibarıyla diğer film türlerinden ayrılır²⁴³.

²⁴²Tekinalp, 2012, **a.g.k.**, s. 126 - 127.

²⁴³Tekinalp, 2012, **a.g.k.**, s. 127.

Sinema filmleri ile televizyon kurumlarının gerçekleştirdiği yayınların da ayrımı ve birbiri ile olan ilişkilerinin açıklanması gerekir. Televizyon yayınlarına somut olayın özelliklerine göre mesela belgeseller için eser (FSEK m. 5, 13 vd.), futbol maçları, eğlence programı ve yarışma yayınları için program (FSEK m. 80) hükümlerinin kıyasen uygulanabileceği ifade edilmiştir²⁴⁴. Eser olarak kabul edilmeyen ve televizyon kuruluşlarının yapımcılığını yaptığı eğlence, bulmaca ve oyun programları birer programdır ve FSEK m. 80/1-C kapsamında korunurlar²⁴⁵. Yargıtay da kararlarında

“davacı yayın kuruluşunun gerçekleştirdiği dava konusu futbol maçı yayını üzerinde FSEK 80. maddesi uyarınca komşu hak sahipliği bulunmaktadır. Radyo ve TV kuruluşunun eser sahibine komşu hakkının doğumu için söz konusu yayını gerçekleştirmiş olması yeterli olup FSEK kapsamında koruma elde edilmesi için yayın konusunun mutlaka eser olması gerekmez.” demiştir²⁴⁶.

Tekinalp’e göre burada önemli olan husus, bir belgeselin, bir reklamın veya doğa filminin hususiyet taşıyıp taşıyamamasıdır. Hususiyet taşıması halinde bu kayıtlar da eser kategorisinde sayılacaktır²⁴⁷. Bu noktada televizyonda yayınlanan televizyon filmleri ve dizilerinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Kimi yazarlara göre FSEK’te yer alan “sinema” ifadesi geniş yorumlanmalıdır. Tekinalp’e göre televizyonda yayınlanan film ve diziler de sinema eseridir²⁴⁸. Bizim için de, yayınlandığı yer fark etmeksizin, somut olayın özellikleri dikkate alınarak, sahibinin hususiyetini taşıyan filmler (sinema, dizi, belgesel, reklam ve belgesel gibi) sinema eseri kapsamında kabul edilerek, karşılaştırmalı hukukta yer alan düzenlemeler de dikkate alınarak aşağıdaki açıklamalar yapılacaktır.

2.3.2. Sinemanın eser niteliği

Filmlerin İngiliz hukukunda telif hakkı kapsamında korunması 1911 tarihli Telif Hakkı Kanunu ile olmuştur²⁴⁹. Her ne kadar bu Kanunda eser türleri olarak sadece

²⁴⁴M. Ateş (2020a). Telif Hukukunda Eser Kavramı ve Eser Sahipliği. *Fikri Mülkiyet Hukuku Çalıştayı Bildiriler Kitabı*. Ankara: Türkiye Adalet Akademisi, s. 29; Tekinalp, 2012, **a.g.k.**, s. 127; L. Yavuz, T. Alıca ve F. Merdivan (2014). *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu* (2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 155 - 156.

²⁴⁵Ateş, 2020a, **a.g.k.**, s. 29; Tekinalp, 2012, **a.g.k.**, s. 128 - 129.

²⁴⁶Y. 11 HD. T. 23.12.2005, E. 2005/13440, K. 2005/12765. Yavuz vd., 2014, **a.g.k.**, s. 159.

²⁴⁷Tekinalp, 2012, **a.g.k.**, s. 127.

²⁴⁸Tekinalp, 2012, **a.g.k.**, s. 127.

²⁴⁹C. P. Sellors (2020). Too much drama defining film in UK copyright law. *Journal of Media Law*, 12 (2), s. 192.

edebiyat, dramatik, müzikal ve sanatsal eserler düzenlenmişse de, filmler de şartlarını taşıması halinde dramatik eser veya fotoğraf eseri olarak kendine koruma bulabilmiştir²⁵⁰. Daha sonra 1956 tarihli Kanun ile ilk defa sinematografik eser tanımlaması ve eserlerin korunması düzenlenmiştir²⁵¹. Kanunun 13. maddesinin 10. cümlesine göre sinema eserinden doğan hakların sahibi de onun yapımı için gerekli düzenlemeleri üstlenen kişi başka bir ifadeyle yapımcıdır²⁵². Çalışmanın önceki kısımlarında açıklandığı üzere İngiliz hukukunda 1988 tarihli CDPA ile filmler eser kategorisi olarak koruma altındadır. 'Film' tanımı, sonradan değiştirilmiş haliyle Kanunun 5/B maddesinde yer almaktadır²⁵³. Bentley maddedeki tanımlamayı, görüntünün herhangi bir yolla üretilebildiği ve herhangi bir ortamda kaydedilen ürün olarak yorumlamaktadır²⁵⁴. Karapana ise, hareketli görüntüler dizisinin herhangi bir şekilde ve herhangi bir ortamda kaydedilmesi olarak tanımlamaktadır²⁵⁵. Bu şartları taşıyan bir film 1988 tarihli CDPA tarafından eser olarak korunacaktır. CDPA'ya göre "film", hareketli bir görüntünün üretilebilmesi koşuluyla, herhangi bir ortam (dolayısıyla selüloit, video kaseti ve dijital kayıt dahil) üzerine yapılan bir kayıt anlamına gelir. Dolayısıyla film, kayıttır ve yeniden filme alınmak suretiyle değil, sadece o filmin bir kopyası yapılarak yeniden üretilebilir²⁵⁶. CDPA'ya göre korunacak filmin temel unsuru, hareketli bir görüntünün yeniden üretilebileceği kayıttır ve dolayısıyla filmin yapıldığı ortam ve kaydı üretmek için kullanılan teknik önemsizdir²⁵⁷. Tanımdan hareketle filmin hareketli görüntüler dizisine sahip olması ve sabitlenmesi gerekir. Ancak filmin eser olarak korunabilmesi için tescili veya orijinal olması şart değildir²⁵⁸. Gerçekten de CDPA metninde, filmler için

²⁵⁰A. Barron (2004). The Legal Properties of Film. *The Modern Law Review*, 67 (2), s. 193 - 194; K. Huniar (2006). *Comparative Analysis of the Copyright Law Relating to Films Between the United Kingdom and the Federal Republic of Germany*. ProQuest LLC 2014: University of Aberdeen, s. 68; Sellors, 2020, **a.g.k.**, s. 192.

²⁵¹Kanunun hazırlanma süreci ve düzenleme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Barron, 2004, **a.g.k.**, s. 195 vd.

²⁵²P. Kamina (2002). *Film Copyright in the European Union* (1. Baskı). Cambridge: Cambridge University Press, s. 32.

²⁵³Kanunun 5. maddesinde ses kayıtları ve filmler birlikte düzenlenmiştir. Maddenin 5B kısmında film eseri düzenlenmiş ve filmin tanımı yapılmıştır. Buna göre film, herhangi bir araçla hareketli bir görüntünün üretilebileceği herhangi bir ortam üzerine yapılan bir kayıt anlamına gelmektedir.

²⁵⁴Bentley vd., 2018, **a.g.k.**, s. 85.

²⁵⁵Karapana ve McDonagh, 2019, **a.g.k.**, s. 45.

²⁵⁶Cornish vd., 2019, **a.g.k.**, s. 451.

²⁵⁷Huniar, 2006, **a.g.k.**, s. 69.

²⁵⁸Huniar, 2006, **a.g.k.**, s. 74.

özgünlük/orijinallik/hususiyet şartı yer almaz. Edebi, sanatsal, dramatik ve müzikal eserlerin aksine, filmlere koruma sağlanması için özgünlük şartı aranmaz²⁵⁹.

Amerikan hukukunda sinema filmleri (*motion pictures*) ve görsel işitsel ürünler (*audiovisual works*) birlikte düzenlenmiştir. Bunun sebebi sinema filmlerinin veya diğer bir deyişle filmlerin görsel-işitsel eserlerin sadece bir parçası olmasıdır²⁶⁰. 1976 tarihli Kanunun 102. bölümüne göre, bir ürün üzerinde telif hakkının doğabilmesi için o ürünün somut olarak sabitlenmesi, orijinal olması ve sahibinin ifadesini (hususiyet) içermesi gerekir. Bunun yanında eserin telif korumasından yararlanması için tescil edilme zorunluluğu yoktur. Sinema Filmleri Kanunu'nun 102. maddesinde “*motion pictures*” olarak ifade edilmiş ve 101. maddede de tanımı, art arda gösterildiğinde, varsa eşlik eden seslerle birlikte bir hareket izlenimi veren bir dizi ilgili görüntüden oluşan görsel-işitsel eserler şeklinde yapılmıştır. Görsel işitsel ürünler ise, ürünlerin somutlaştığı filmler veya bantlar gibi maddi nesnelerin niteliğine bakılmaksızın, görüntüleyici, elektronik cihazlar ve yansıtıcı gibi makine veya cihazlar ile eşlik eden seslerin kullanılmasıyla gösterilmesi amaçlanan bir dizi ilgili görüntüden oluşan çalışmalardır. Bu tanımdan hareketle bir ürün, görsel işitsel bir çalışma olarak sınıflandırılabilmesi için (1) görüntülerden oluşmalı; (2) bu tür görüntüler birbiri ile 'ilişkili' olmalı ve bir 'seri' halinde sunulmalı; (3) bu tür görüntüler bir makine veya cihaz tarafından gösterilebilmelidir²⁶¹. Amerikan Telif Hakkı Kanununa göre, bir filmi meydana getiren filmin yapımcısıdır²⁶². Filme veya görsel işitsel ürüne eşlik eden müzikler de film veya görsel işitsel eser ile kendisine koruma bulur ve dolayısıyla ayrıca müzik eseri veya ses kaydı olarak korunmaz²⁶³. Görsel işitsel ürünlerin kapsamına video oyunları, slayt gösterileri²⁶⁴ ve sanatın birçok türü girebilir²⁶⁵.

İsviçre hukukunda sinema eseri 1992 tarihli İsviçre Federal Telif Hakkı Kanununun 2. maddesinde korunan eserler arasında sayılmış fakat sinema eserinin bir tanımı yapılmamıştır. Kanunun 2. maddesine göre, sinematografik ve diğer görsel veya işitsel

²⁵⁹Huniar, 2006, **a.g.k.**, s. 75.

²⁶⁰S. Petridis (2014). Comparative Issues on Copyright Protection for Films in the US and Greece. *Journal of Intellectual Property Rights*, 19 (2), s. 283.

²⁶¹Lulirama Ltd., Inc. v. Axxess Broadcast Servs., 128 F. 3d 872 (LexisNexis)

²⁶²Petridis, 2014, **a.g.k.**, s. 283 - 284.

²⁶³Bouchoux, 2001, **a.g.k.**, s. 89.

²⁶⁴Bouchoux bunu bir örnekle açıklamaktadır. Fotoğraf bir slayt haline getirilirse, resimsel bir çalışma olarak kalır; ancak fotoğraf, dünyanın dağlarıyla ilgili bir sunumun parçası haline gelen bir slayt haline getirildiğinde, ortaya çıkan slayt gösterisi görsel-işitsel bir çalışmadır. Bkz.: D. E. Bouchoux (2009). *Intellectual Property* (3. Baskı). New York: Delmar Cengage Learning, s. 186.

²⁶⁵McJohn, 2009, **a.g.k.**, s. 44.

eserler bireysel karaktere sahip entelektüel yaratımlar olmaları halinde fikri hak korumasından yararlanacaklardır.

FSEK'in 5. maddesinde "sinema eserleri" başlığı altında dar anlamda sinema eserleri değil, şartları taşıması halinde filmlerin de korunduğu görünmektedir²⁶⁶. Çünkü maddede, öğretici veya teknik nitelikteki filmler; günlük olayları tespit eden filmler ve sinema filmleri sayılmıştır. Kılıçoğlu'na göre burada sinema filmleri dâhil olmak üzere her türlü hareketli görüntü tespit eden filmler eser olarak kabul edildiği için, maddenin başlığı "hareketli görüntü filmleri" olmalıdır²⁶⁷.

FSEK'in 5. maddesinin uygulanabilmesi için kişinin, hareketli görüntü tespitine ilişkin, filmde fikirsel ve sanatsal katkı ve çabası ön planda yer almalı, hareketli görüntü bir düşünce bütünlüğü içermelidir. Fikirsel ve sanatsal niteliği bulunmayan ve FSEK'in 5. maddesinin kapsamına girmeyen bir film için FSEK'in 84. maddesinin III. fıkrası anlamında ancak haksız rekabet hükümlerine göre korunabilme söz konusu olacaktır²⁶⁸.

2001 senesinde 4630 sayılı Kanunla FSEK'te yapılan değişikliklerden birisi de Kanunun sinema eserlerini düzenleyen 5. maddesi ile ilgilidir. FSEK'in 5. maddesinde sinema eseri şu şekilde düzenlenmiştir:

"Sinema eserleri, her nevi bedii, ilmi, öğretici veya teknik mahiyette olan veya günlük olayları tespit eden filmler veya sinema filmleri gibi, tespit edildiği materyale bakılmaksızın, elektronik veya mekanik veya benzeri araçlarla gösterilebilen, sesli veya sessiz, birbirleriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisidir."

FSEK anlamında bir filmin sinema eseri sayılabilmesi için aranan şartların neler olduğu doktrinde farklı şekillerde ifade edilmiştir²⁶⁹. Çalışmanın devamında FSEK kapsamında sinema eseri olarak kabul edilebilmek için gereken şartlar, öncelikle

²⁶⁶Kılıçoğlu, 2013, **a.g.k.**, s. 1592.

²⁶⁷Kılıçoğlu, 2013, **a.g.k.**, s. 1592.

²⁶⁸Kılıçoğlu, 2013, **a.g.k.**, s. 1593.

²⁶⁹Tosun'a göre, tespit edilmiş olmak ve hareketli görüntüler dizisine sahip olmak gibi Kanundan kaynaklanan şartlar yanında hususiyet ile senaryo ve yönetmenin olma şartı da aranmaktadır. Bkz.: Tosun, 2013, **a.g.k.**, s. 65 - 87. Erdil'e göre, birbiriyle ilişkili olmak kaydıyla hareketli görüntü dizisi, tespit edilmiş olma ve görüntünün mekanik, elektronik veya benzeri bir araçla gösterilebilir olması ve sahibinin hususiyetini taşımasıdır. Bkz.: Erdil, 2005, **a.g.k.**, s. 77 - 79. Tekinalp'e göre bir filmin sinema eseri olarak kabul edilebilmesi için gereken şartlar, filmin sahiplerinin olması, yönetmen ve senaryosunun olması, sahiplerinin hususiyetini taşıması ve FSEK m. 5'te sayılan kategorilerden birine girmesi gerekir. Bkz.: Tekinalp, 2012, **a.g.k.**, s. 127.

sahibinin hususiyetini taşıma, Kanunda sayılan eser türlerinden birinin kapsamına girme ve 5. maddede yer alan tespit edilmiş olmak, hareketli görüntüler dizisine sahip olmak gibi şartların özelinde incelenecektir.

2.3.2.1. Sahibinin hususiyetini taşıma

Her ne kadar FSEK'in 1. maddesinde genel olarak eserler için hususiyet şartı aranmışsa da, sinema eseri için hususiyetin ayrıca incelenmesi gerekmektedir. Çünkü sinema eserinin oluşumunda birden fazla kişi yer almaktadır. Ayrıca FSEK'te de sinema eserini meydana getiren kişilerin eser sahibi sayılmaları da hususiyet kavramının ayrıca incelenmesini gerekli kılmaktadır. FSEK'in 8. maddesine göre, *“Sinema eserlerinde; yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı ve diyalog yazarı eserin birlikte sahibidirler. Canlandırma tekniğiyle yapılmış sinema eserlerinde; animatör de eserin birlikte sahipleri arasındadır.”*

Tekinalp'e göre, sinema eserinde birden fazla eser sahibi olduğu için, sinema eserinde aranacak hususiyet, eser sahiplerinin hususiyetlerinin bileşkesidir²⁷⁰. Erdil burada hususiyetin tespitinde genel ve özel olmak üzere iki kıstas olduğunu ifade etmektedir²⁷¹. Yazara göre, sinema sanatına özgü tekniklerin eser sahibinin hususiyeti doğrultusunda kullanılması genel kıstas; filmin çekildiği türün dahil olduğu film grubunun özelliklerini yansıtıyor olması ise gereken özel kıstastır²⁷². Yavuz ise hususiyeti, herhangi bir film kaydının sinema filmine dönüşmesinde rol oynayan unsur olarak açıklamakta ve buna futbol maçının kaydı örneğini vermektedir. Oynandığı sırada kayda alınan bir futbol maçı sıradan bir film kaydı iken bu maçın görüntülerinin farklı açılardan bir araya getirilmesi veya seçilmiş görüntülerin yaratıcı çalışmayla bir araya getirilmesi halinde nitelikli bir çalışma ortaya çıkar ve onu üretenlerin hususiyetini taşır²⁷³. Tosun ise farklı bir noktaya değinmektedir. Yazara göre, Kanun her ne kadar eser sahipleri birden fazla olduğu için her birinden bir hususiyet izi aranıyormuş gibi algılansa da, söz konusu sinema filminin eser sahiplerinden birinin katkısı ile hususiyet taşır hale gelmesi halinde de hususiyete sahip olduğu şeklinde yorumlanması gerektiğini savunmaktadır²⁷⁴.

²⁷⁰Tekinalp, 2012, **a.g.k.**, s. 127.

²⁷¹Erdil, 2005, **a.g.k.**, s. 79.

²⁷²Erdil, 2005, **a.g.k.**, s. 79.

²⁷³Yavuz vd., 2014, **a.g.k.**, s. 157.

²⁷⁴Tosun, 2013, **a.g.k.**, s. 75 - 76. Hususiyet konusunda ayrıca bkz.: Tosun, 2013, **a.g.k.**, s. 71 - 83.

Yargıtay da uyuşmazlık konusunun sinema eseri kapsamında korunup korunamayacağını tespitinde hususiyet kriterini değerlendirmiştir. Futbol maçının uyuşmazlık konusu olduğu bir kararında “*Hususiyet, kendisini anlatım biçiminde gösterir ve yaratıcısının fikri çabasını yansıtarak kendisini tanıtmaya yeteneğini ifade eder. ... yayın üzerinde ayrıca, yaratıcısının fikri çabasını da yansıtacak bir şekilde hakimiyet ve etkileri olduğu söylenemez.*”²⁷⁵

2.3.2.2. FSEK’te sayılan sinema eserlerinden biri kapsamına girmek

FSEK’in 5. maddesinde sayılan sinema eseri türlerinin sınırlı sayı ilkesine tâbi olarak mı yoksa örnekleyici olarak mı düzenlendiği hususu bu kapsama nelerin gireceğini belirlemek bakımından önemlidir. Tekinalp’e göre 5. maddenin yeni halinde sinema eserlerinin kapsamı genişletilmiş ancak hangi eserlerin sinema eseri olarak kabul edileceği *numerus clausus* kuralına uyularak belirlenmiştir²⁷⁶. Maddede yer alan “gibi” ifadesi de doktrinde farklı şekilde yorumlanmıştır. Tekinalp bu ifadeyi de sinema filmleri gibi anlamında yorumlarken²⁷⁷, Genç’e göre, “gibi” ibaresi getirilerek sınırlı sayıda sayım olmadığı belirtilmiştir²⁷⁸. Tosun ise maddeyi değiştiren 4630 sayılı Kanunun gerekçesine dayanarak, FSEK’in 5. maddesinde sayılmış konular açısından sinema eseri türlerinin sınırlı sayıda olmadığını ileri sürmektedir. Yazara göre aksinin kabulü, sinematografik yöntem veya benzeri bir yöntemle yaratılmış olan eserlerin hukuki nitelendirilmelerinde sinema eseri olarak değerlendirilmelerini önleyecek ve bu durum da sinema eseri niteliği tartışmalı olan yaratımlar açısından sorunları artıracaktır²⁷⁹. Kılıçoğlu’na göre de 5. maddenin lafzında geçen “...sinema filmleri gibi” ifadesi burada sayılan filmleri örnek niteliğinde verilmiştir ve dolayısıyla sayılan filmlerin sınırlandırıcı etkisi yoktur²⁸⁰.

FSEK m. 5 hükmü uyarınca sinema eserleri birbirinden “veya” sözcüğüyle ayrılmış iki gruptan oluşmaktadır²⁸¹. İlk grup, her nevi bedii, ilmi, öğretici veya teknik mahiyette olan veya günlük olayları tespit eden filmlerden oluşmaktadır. Tekinalp, eğitim öğretim amaçlı, teknik bilgi veren, röportaj niteliği taşıyan, halkın görüşlerini yansıtan, belgesel

²⁷⁵Y. 11. HD. T. 23.12.2005, E. 2005/13440, K. 2005/12765. Yavuz vd., 2014, **a.g.k.**, s. 159.

²⁷⁶Tekinalp, 2012, **a.g.k.**, s. 126.

²⁷⁷Tekinalp, 2012, **a.g.k.**, s. 128.

²⁷⁸A. G. Arıdemir (2003). Sinema ve müzik eserleri açısından 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile 3257 sayılı Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu'nun karşılaştırılması. *Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Armağan.* s. 259.

²⁷⁹Tosun, 2013, **a.g.k.**, s. 52 - 54.

²⁸⁰Kılıçoğlu, 2019, **a.g.k.**, s. 133.

²⁸¹Yavuz vd., 2014, **a.g.k.**, s. 155.

vasıflı ya da bir kurumu veya kuruluşu tanıtıcı amaçlı filmlerle, reklam filmleri ve konser vs. gibi icraları tespit eden filmlerin de bu grubun kapsamında yer aldığını ifade etmiştir²⁸². İkinci grupta ise sinema filmleri gibi görüntüler dizisi yer almaktadır. Bu gruba da sinema ve televizyon için çekilen filmler girmektedir²⁸³.

2.3.2.3. Tespit edilmiş olmak

4630 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra filmin üzerine kaydedildiği materyalin filmin sinema eseri olarak kabul edilip edilmemesi konusunda bir önemi kalmamıştır. FSEK'in 5. maddesine göre, filmin bir materyal üzerinde tespit edilmiş olması yeterlidir. Tosun tespit edilmiş olma şartını, televizyonda canlı yayınlanan programları da dikkate alarak, tespit edilen materyale bakılmaksızın tekrar gösterilebilir olma durumunu da içerecek biçimde sabitleme olarak algılanması gerektiğini ifade etmektedir²⁸⁴.

2.3.2.4. Hareketli görüntüler dizisine sahip olmak

Sinema eserlerini diğer eser türlerinden ayıran en belirgin fark sahip olduğu hareketlilik²⁸⁵. Burada önemli olan, tespit edildiği ortamdan ziyade, görüntünün özel bir araçla gösterilebilir olmasıdır²⁸⁶. Kanunda da “elektronik ya da mekanik veya benzeri araçlarla gösterilebilen” ifadesine dayanarak Tosun, televizyonun ve hatta internetin de bu araçlardan birisi olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur²⁸⁷.

2.3.3. Görsel işitsel ürün olarak televizyon programları, televizyon program formatları

Televizyon programı, belli bir izleyici grubu olan, belirlenmiş amaçlara göre hazırlanan, belirli amaçlara göre hazırlanan, belli saatlerde yayımlanan, televizyon tekniklerine ve diline uygun olarak üretilmiş televizyon ürünleridir²⁸⁸. Televizyon yayıncılığında sadece kendi menşei sınırları içinde tasarlanan, üretilen ve yayınlanan haberler, güncel gelişmeler ve pembe dizilerin yanı sıra; daha fazla uluslararası

²⁸²Tekinalp, 2012, **a.g.k.**, s. 128.

²⁸³Tekinalp, 2012, **a.g.k.**, s. 128; Yavuz vd., 2014, **a.g.k.**, s. 155.

²⁸⁴Tosun, 2013, **a.g.k.**, s. 67 - 68.

²⁸⁵Tosun, 2013, **a.g.k.**, s. 68.

²⁸⁶Ateş, 2007, **a.g.k.**, s. 71.

²⁸⁷Tosun, 2013, **a.g.k.**, s. 69 - 70.

²⁸⁸Ö. Çankaya (1990). Türk Televizyonunun Program Yapısı. İstanbul: Mozaik Yayınları'dan aktaran S. Özel (2019). Televizyon Taksonomisi: Program Türleri ve Formatlar Üzerine Yaklaşımlar. *Türkiye'de Televizyon Formatları - Eleştirel Çalışmalar*. İstanbul: Doruk Yayınları, s. 22.

aktarılabiliirliğe ve satış potansiyeline sahip bitmiş (konserve) programlar ile formatlarla karakterize edilen program tipleri de vardır²⁸⁹. Bu programlar kendi üretildikleri coğrafyada başlayıp uluslararası satışlara yol açar²⁹⁰. Bu yapımlardan format olarak satılan ürün, bitmiş programın aksine, programın yeniden üretilmesi için kullanılan şablondur²⁹¹.

2.3.3.1. Televizyon programları

Televizyon programları, televizyonda yayınlanan yayınlar daha önceden çekilmiş sinema filmleri, televizyonda yayınlanmak üzere çekilmiş filmler, önceden çekilmiş veya canlı sunulan haber programları ve tartışma programları, canlı veya banttan yayınlanan yarışma ve eğlence programları, futbol veya diğer spor müsabakaları, reklamlar, müzik videoları vb. yaratımlardır.

1920'lerde Amerika Birleşik Devletleri'nde ve birçok Avrupa ülkesinde siyah beyaz televizyonla ilgili deneyler yapılmışsa da bu yeni mecra ancak İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra bir kitle iletişim aracı haline gelmiştir²⁹². 1970'lere kadar, çoğu kez Hollywood'da üretilen programlar, filmler ve diziler televizyon işine egemen olmuştur. Bundan sonra, televizyon şovları, yayıncıların programlama kararlarında daha fazla yer almıştır. Çoğu format Amerika Birleşik Devletleri'nde ortaya çıksa da, televizyon şovları dünyayı dolaşmaya başlamıştır²⁹³.

Televizyon için üretilen yapımların sinema eseri olarak kabul edilmeleri için dikkat edilmesi gereken hususlar, bu ürünlerde hususiyetin ve kendisini meydana getiren kişilerin (yönetmen ve senarist) olmasıdır. Ancak yine de tüm televizyon yaratımlarının sinema eserleri kapsamında yer aldığını düşünmek doğru olmayacaktır. Bu noktada bütün televizyon programı ve görsel işitsel yaratımlar için genel geçer bir kural koymak yerine belli başlı televizyon yaratımlarının münferit olarak incelenmesi ve bu inceleme sonucunda bir sonuca varılması gerekmektedir.

²⁸⁹Özel, 2019, **a.g.k.**, s. 41.

²⁹⁰Özel, 2019, **a.g.k.**, s. 41.

²⁹¹Özel, 2019, **a.g.k.**, s. 42.

²⁹²Egloff, 2017, **a.g.k.**, s. 86.

²⁹³S. Bechtold (2013). The Fashion of TV Show Formats. *Michigan State Law Review*, 2013 (451), s. 456 - 457.

Televizyon programları çoğunlukla formata dayalı olurlar. Uygulamada da en sık karşılaşılan sorunlardan birisi de benzer formatlar üzerindeki hak iddialarından doğmaktadır. Bu noktada formatların çok iyi anlaşılması gerekmektedir.

2.3.3.2. Televizyon program formatları

Televizyon ekranında kendimizi sıklıkla realite şovları izlerken buluruz. Bu tür şovlar çoğunlukla senaryo olmaksızın fakat yaratıcı unsurlardan oluşan kurallar bütünü içinde hazırlanır. Bu bütün dolayısıyla da bir şov diğerinden farklılaşır ve farklılaştığı ölçüde seyirci kitlesini oluşturur. Televizyon programcılığını içeren geleneksel telif hakkı davalarında odak noktası, şovu diğerlerinden ayıran bu bütünlük başka bir ifadeyle formatıdır.

Özel tarafından televizyon formatları, herhangi bir ulusal ya da kültürel ortamda, yeniden üretilebilen ve yeniden yapılandırılabilen şablonlar olarak mobil ve sınır ötesi metadırlar ve bu sayede dil, kültür, tarih, din ve etnisite farklılıklarını atlayabilirler şeklinde açıklanmıştır²⁹⁴. Başarılı televizyon programları için formatlar sahibine epey para kazandırabilir. Bir ülkede başarılı bir programdan sonra, format sahibi bu başarıyı diğer ülkelerde kullanmak ister. Tüm dünyada tanınan televizyon yarışma programı *Kim Milyoner Olmak İster?* birçok farklı ülkede lisanslanmıştır ve ticari olarak başarılı çeşitli yan ürünleri üretilmiştir.

Format ticaretlerinin çok gelişmiş olmasına rağmen herkesin üzerinde hemfikir olduğu bir format tanımı yoktur. *Schmitt* ve diğerlerine göre format, yerli uyarlamalar için, üretildiği ülkenin dışında üretim yapan şirketlere ya da televizyon yayıncılarına satılabilen ve lisansı verilebilen program veya program konseptidir²⁹⁵. Erdoğan'a göre ise, her ne kadar herkes tarafından uzlaşılan bir tanımı yapılamasa da, formatlar konusunda iki hususun önemli olduğu herkes tarafından kabul edilmektedir: Formatın bir televizyon programının özelliğini ya da niteliğini belirleyen unsurlar toplamı olması ve ticaretinin yapılabilmesidir²⁹⁶. *Kim Milyoner Olmak İster?*, *Survivor* bu tipte formata dayalı televizyon yarışma programlarına örnektir.

²⁹⁴Özel, 2019, **a.g.k.**, s. 43.

²⁹⁵Schmitt, Daniel ve diğerleri (2005). *The Global Trade in Television Formats*. London: Screen Digest Limited 'dan aktaran Sargın, 2020, **a.g.k.**, s. 53.

²⁹⁶Sargın, 2020, **a.g.k.**, s. 54.

Televizyon program formatlarının korunmasında format sahipleri öncelikle fikri hak sahipliği iddiası ile korunma yoluna başvurmaktadırlar. Her şeyden önce telif hakkı hem eser üzerinde eser sahibinin geniş haklara sahip olmasını sağlamakta hem de eser üzerindeki bu haklar eserin yaratılması ile doğmaktadır²⁹⁷. Televizyon program formatları Türk mahkemelerinde farklı kararlarda farklı şekillerde vasıflandırılmıştır. Bu farklı kararlarda çoğunlukla doğrudan televizyon program formatının vasıflandırılması yapılmamış olsa da usul ve uygulanan maddi hukuk hükümlerinden mahkemelerin bakış açısına ulaşılabilir.

1990'larda, Amerika Birleşik Devletleri dışında, özellikle Avrupa'da, giderek daha fazla format oluşturulmuştur. Bu dönemde küresel televizyon formatı yapım şirketleri ortaya çıkmış ve ABD yayıncıları da programlarına yabancı televizyon formatlarını dâhil etmeye başlamıştır²⁹⁸. 1990'ların sonunda, dört "süper format" uluslararası televizyon yayını derinden etkilemiştir. Her biri Avrupa'da üretilen *Who Wants to Be a Millionaire*, *Survivor*, *Big Brother*, ve *Idols* program formatları, tüm dünyada benzeri görülmemiş bir hızla ve benzeri görülmemiş miktarda uyarlanmıştır²⁹⁹.

TV formatları, telif hakkı korumasına sahip yaratıcı çalışmalardan ziyade, uzun zamandır bir programın altında yatan soyut fikirler olarak kabul edilmektedir. Her ne kadar birçok hukukçu fikirlerin korunamayacağını ve dolayısıyla formatların da korunamayacağını savunsun da, bu alanda yer alan kişiler formatların sadece fikirlerden oluşmadığını, aynı zamanda geniş bir uzmanlığı da bir araya getirdiğini ileri sürmektedir³⁰⁰. Formatlar doğası gereği ulus ötesidir. Format, bir fikrin sınırları ve kültürleri aşmasını ve olduğu her yerde yerelleştirilmesini sağlayan bir araçtır³⁰¹. Bir program uyarlandığında, sınırları aşan tek unsur format değildir; formatlar aynı zamanda önemli bir uzmanlık aktarımını da sağlar³⁰². Formatı alan kişi - lisans sahipleri - birkaç amacı olan format belgesi (*format bible*) olarak bilinen bir belge edinirler. Bu belgeler, gösteriyi yapmak için yerel ekiplere bilmeleri gereken her şeyi öğretir. Yüzlerce sayfadan

²⁹⁷B. Erdem (2003). *Fikri hukukta Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi* (1. Baskı). İstanbul: Beta Yayınevi, s. 42.

²⁹⁸Bechtold, 2013, **a.g.k.**, s. 457 - 458.

²⁹⁹Bechtold, 2013, **a.g.k.**, s. 458.

³⁰⁰J. K. Chalaby (2011). The Making of an Entertainment Revolution: How the TV Format Trade Became a Global Industry. *European Journal of Communication*, 26 (4), s. 294.

³⁰¹Chalaby, 2011, **a.g.k.**, s. 295.

³⁰²Chalaby, 2011, **a.g.k.**, s. 295.

oluşur ve gösterimler, bütçeler, senaryolar, set tasarımları, grafikler, yayın prosedürleri, sunucu profili, yarışmacıların seçimi ve gösterinin yapımıyla ilgili diğer olası tüm unsurlar hakkında bilgi içerir³⁰³. Bu noktada *Chalaby*'e göre format, ayırt edici bir anlatı oluşturabilen ve yerel izleyicilere uyarlanması için menşe ülkesi dışında lisans verilen bir şovdur³⁰⁴. *Bechtold* da benzer düşüncededir. Televizyon programı ekrandan herkes tarafından izlense bile, sadece orijinal format geliştiricisi formatın nasıl ticari bir başarıya dönüştürülebileceği bilgisine sahiptir³⁰⁵. *Lane*'e göre de, formatın senaryosu kelimelerden oluşur ve karmaşık hususların yokluğunda, fikri haklar kapsamındaki bir edebi eser anlamına gelmelidir. Yazara göre, mahkemeler formatlar söz konusu olduğunda sadece dramatik eserlere yönelse de, senaryo ve formatın diğer şartları sağladığı müddetçe tüm maddi açılardan edebi eserlere özdeş olduğunun unutulmaması gerekmektedir³⁰⁶.

Televizyon format endüstrisi ayrıca hangi format geliştiricisinin hangi formatı ne zaman oluşturduğuna dair kanıt sağlamayı amaçlayan bir format kayıt sistemi geliştirmiştir. Format oluşturma tarihlerinin kanıtını oluşturmak için kullanılabilecek bu sistem, Format Tanıma ve Koruma Derneği (*Format Recognition and Protection Association* - FRAPA) tarafından yönetilmektedir. FRAPA uluslararası pazarda televizyon formatlarında ortaya çıkan uyuşmazlıklara karşı davranış kuralları belirlemek ve arabuluculuk yapmak amacıyla televizyon yapım şirketleri tarafından kurulmuştur³⁰⁷. Aynı zamanda 2010 yılında Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü, film ve medya sektöründeki arabuluculuk ve tahkim sistemini³⁰⁸ televizyon formatındaki anlaşmazlıkları da kapsayacak şekilde genişletmiştir³⁰⁹.

Yukarıdaki analiz, televizyon formatı taklidine karşı yasal korumanın sınırlı olduğunu göstermektedir. Fikri hak koruması, fikir / ifade ikilemi veya telif hakkına tâbi unsurların önemli bir kopyasının meydana gelmemiş olması nedeniyle genellikle

³⁰³Chalaby, 2011, **a.g.k.**, s. 295.

³⁰⁴Chalaby, 2011, **a.g.k.**, s. 296.

³⁰⁵Bechtold, 2013, **a.g.k.**, s. 484.

³⁰⁶S. Lane (1992). Format Rights in Television Shows: Law and the Legislative Process. *Statute Law Review*, 13 (1), s. 29.

³⁰⁷J. Rubin (2005). Television Formats: Caught in the Abyss of the Idea/Expression Dichotomy. *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, 16 (2006), s. 703.

³⁰⁸WIPO to Provide Dispute Resolution Services for TV Show Format Industry - WIPO, Televizyon Şov Formatı Endüstrisi için Uyuşmazlık Çözüm Hizmetleri.

³⁰⁹Bechtold, 2013, **a.g.k.**, s. 482.

başarısız olmaktadır. Haksız rekabet doktrinlerine dayanan iddialar, ya fikri hak kanunları tarafından engellenmeleri ya da ilk etapta doktrinlerin kapsam olarak sınırlı olması nedeniyle çoğu kez başarısız olmaktadır. Bu, televizyon formatı taklidine karşı yasal korumanın imkânsız olduğu anlamına gelmez. Mahkemelerin televizyon formatındaki taklitlerin fikri hakkı, haksız rekabeti veya güven ihlali doktrinlerini ihlal ettiğine karar verdiği davalar da olmuştur. Aşağıda bazı ülkelerde meydana gelen format ihlali konulu uyuşmazlıklarda mahkemelerin verdiği kararlar incelenmiştir. Bu ülkelerdeki yargılamaları incelemekteki maksat, formatların karşılaştırmalı hukukta hangi hukuki araçlarla korunduklarını anlamak içindir.

2.3.4. Televizyon programları ve televizyon program formatlarının eser niteliği

2.3.4.1. Birleşik Krallık hukuk sisteminde televizyon program formatları

Dünya televizyon program formatı ticaretinde İngiltere ilk sıradadır ve onu sırasıyla ABD, Hollanda, Arjantin, İsveç ve Almanya izlemektedir³¹⁰. Televizyon yayınlarının 1988 tarihli CDPA kapsamında korunup korunamayacağı İngiliz hukukunda tartışmalı bir konudur ve birçok mahkeme kararına da konu olmuştur. Birleşik Krallık Telif Hakkı Kanununa resmi format korumasını dâhil etmeye yönelik çeşitli girişimler 1990'larda başarısızlıkla sonuçlanmıştır³¹¹. Bu yasama girişimi, bu tanımın belirsiz olduğu ve neredeyse en ufak özelliğine kadar aşırı geniş bir tanım yapıldığı şeklinde eleştiriler alması sebebiyle başarısız olarak görülmüştür³¹². Doktrin ve mahkemeler bu konuyu 1988 tarihli CDPA'da sayılan eserlerin kapalı veya açık bir liste olup olmadığı noktasında tartışmıştır.

1988 tarihli CDPA'da eser olarak korunabilecek sekiz kategorinin açık veya kapalı liste dâhilinde sayılması konusu doktrinde tartışmalıdır. *Aplin* ve *Davis*'e göre, Birleşik Krallık kapalı liste şeklinde kanun düzenlemesinin en bariz örneğidir. CDPA sekiz kategoride eserleri saymıştır ve sadece sekiz tür esere koruma sağlamaktadır. Bunlar edebi, dramatik, müzikal ve sanatsal eserler ile filmler; ses kayıtları, yayınlar ve

³¹⁰Bechtold, 2013, **a.g.k.**, s. 461.

³¹¹Bechtold, 2013, **a.g.k.**, s. 475; G. W. G. Karnell (2000). Copyright to Sequels - With Special Regard to Television Show Formats. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 31 (2000), s. 901.

³¹²N.-I. E. Gottlieb (2010). *Free to Air? Legal Protection for TV Program Formats*. University of Chicago Law School Chicago Unbound, s. 4.

yayınlanan baskıların tipografik düzenlemeleridir³¹³. *Karapana ve McDonagh*'a göre de Birleşik Krallık hukukunda sayılan eser listesinde kapalı yaklaşım benimsenmiştir. Başka bir ifadeyle, CDPA'nın 1. maddesinde sayılan 8 kategoriye girmeyen ürünler fikri hak kapsamında korunamayacaktır³¹⁴. *Cornish, Llewelyn ve Aplin* de CDPA'nın, "açık liste" yaklaşımını tercih eden kıta Avrupası sistemlerinden daha az esnek işlediğini belirtmektedir³¹⁵.

Mahkemeler de yakın zamana kadar listenin kapalı olduğu şeklinde uyuşmazlıkları çözmüşlerdir. Bu sebeple mevcut kategorilerin yorumlanması dışında yeni yaratım biçimlerinin tanınmasına imkân verilmemiştir. Bu da listeyi bu denli dar kapsamlı yorumlamayan devletlerde korunan işlerin 1988 tarihli CDPA kapsamında korunamamasına yol açmıştır³¹⁶. 1997 senesinde müzik grubu *Oasis* ile ilgili *Creation Records Davası*³¹⁷ buna örnek olarak gösterilebilir. Olayda müzik grubu *Oasis*'in, *Be Here Now* albümünün kapak fotoğraflarının çekimi için bir yüzme havuzunun etrafında set kurulmuştur. Belli bir fotoğrafçı bakış açısıyla nesneleri yerleştiren fotoğrafçı albüm kapağı için çekimlerini tamamlarken, gazete çalışanlarından birisi de o sahnenin fotoğrafını çekmiş ve ardından fotoğraflar gazetede yayınlanmıştır. Aynı gazete bu fotoğrafları poster haline getirip satmaya kalkıştığında, plak şirketi telif haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle mahkemeden ihtiyati tedbir talebinde bulunmuştur. Ancak fotoğraf için hazırlanan sahne, Kanun'da sayılan hiçbir eser kategorisine girmediği için bu talep reddedilmiştir. Televizyon yaratımları için de benzer durum söz konusudur. Kanunda düzenlenmeyen bir ürün, her ne kadar orijinal olsa da, Kanun kapsamına sokulmadığından korunmamaktadır.

Birleşik Krallık'ta televizyon ürünlerinin CDPA kapsamında korunup korunamayacağı tartışılırken tartışma genellikle bu ürünlerin dramatik eser kapsamında sayılıp sayılamayacağı üzerine yoğunlaşmaktadır. Ortaya çıkan sorun, dramatik eserlerin televizyon formatlarını ve filmleri içerip içermediğidir³¹⁸. Konuyla ilgili *Green v. Broadcasting Corp of New Zealand*³¹⁹ kararına değinmekte yarar vardır. Temyiz eden

³¹³Aplin ve Davis, 2017, **a.g.k.**, s. 76.

³¹⁴Karapana ve McDonagh, 2019, **a.g.k.**, s. 31.

³¹⁵Cornish vd., 2019, **a.g.k.**, s. 439.

³¹⁶Bentley vd., 2018, **a.g.k.**, s. 59.

³¹⁷Creation Records v. News Group (1997) EMLR 444.

³¹⁸Aplin ve Davis, 2017, **a.g.k.**, s. 91.

³¹⁹Green v. Broadcasting Corp of New Zealand RCP 700 - 1989.

(*Hugie Green*), İngiltere'de *Opportunity Knocks* adlı oldukça başarılı bir televizyon programını meydana getiren ve sunucusu olan tanınmış bir kişidir. Gösteri esasen bir yetenek yarışmasıdır ve birkaç karakteristik cümle, yarışmacıları tanıtmak için sponsorların kullanılması ve yarışmaların performanslarına izleyicilerin tepkisini ölçmek için bir '*clapometer*' kullanımını içermektedir. Davalı (*Broadcasting Corporation of New Zealand*), Yeni Zelanda'da aynı başlık altında benzer bir televizyon programı yayınlamıştır. Sonuç olarak, temyiz eden taraf telif hakkı ihlali nedeniyle tazminat talebinde bulunarak dava açmıştır. Telif hakkı iddiasıyla ilgili olarak, temyizde bulunanlar, yarışmanın senaryolarında ve özel formatında telif hakkı olduğunu iddia etmiştir. Dava Yeni Zelanda Yüksek Mahkemesi tarafından reddedilmiş ve Temyiz Mahkemesine yapılan itiraz başarısız olmuştur. Temyiz eden kişi daha sonra telif hakkı konusunu *Privy Konseyi*'ne temyiz etmiş ve Temyiz Mahkemesinde de program formatının dramatik eser olarak kabul edilemeyeceğine karar verilmiştir³²⁰. Bu kararda dikkati çeken bir başka husus da format tanımının yapılmış olmasıdır. Mahkemeye göre format, bir programın her bölümde tekrarlanan karakteristik özelliklerinin yer aldığı belgedir³²¹.

Benzer şekilde bir değerlendirme *Nine Films TV Pty Ltd v Ninox TV Ltd*³²² davasında yaşanmıştır. Dava iki çift arasındaki ev yenileme yarışması şeklinde özel bir format ile Yeni Zelanda'da yayınlanan *Dream Home* adlı realite programı ile ilgilidir. Davacı, davalı *Ninox* şirketinin kendi formatlarını, *The Block* adlı program ile ihlal ettiğini iddia etmiştir. Mahkeme, programlardaki kilit unsurları (duygusal yönler, önemli olaylar ve ana katılımcılar dâhil) karşılaştırarak; bir kişinin bir program oluştururken, bir başka programdan kopyalama yapmaması durumunda veya bir başka programa önemli derecede benzerlik bulunmadığında telif hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir. Mahkemenin bu kararının gerekçesi, ikinci programın bağımsız olarak oluşturulmuş olması başka bir ifadeyle bir önceki programdan kopyalanmış olmaması ve programın temel özellikleri bakımından diğerinden farklılık göstermesi olmuştur³²³.

³²⁰Aplin ve Davis, 2017, **a.g.k.**, s. 92; Brown vd., 2019, **a.g.k.**, s. 61; Karapana ve McDonagh, 2019, **a.g.k.**, s. 37.

³²¹Lane, 1992, **a.g.k.**, s. 26.

³²²(2005) FCA 1404. Benzer bir karar olarak: *Ukulele Orchestra of GB v Erwin* (2015) ETMR 40, 100 - 104.

³²³Aplin ve Davis, 2017, **a.g.k.**, s. 92.

Ancak zamanla mahkemeler CDPA’da düzenlenmiş ürünlerin kapsamını geniş yorumlamış ve uyuşmazlıklarda daha çok, uyuşmazlık konusu ürünü meydana getirenin fikri ürünü olup olmadığı noktasına odaklanmıştır³²⁴. 2010 tarihli *Meakin v BBC*³²⁵ kararında *Robin Meakin* kendisi medya alanında çalışmalar yapan birisidir. İddiasına göre kendi yarışma programı fikirleri izinsiz olarak BBC tarafından kullanılmış ve bir yarışma programına dönüştürülerek yayınlanmaya başlamıştır. *Meakin*, yarışma programı formatları arasında çok sayıda benzerlik olduğunu iddia etmişse de BBC ve diğer davalılar buna itiraz etmişlerdir. Mahkeme burada formatların, koruma sağlanan ayrı ve farklı bir fikri hak kategorisinde olmadığını; bir formatın telif hakkıyla korunabilmesinin ancak edebi veya muhtemelen dramatik bir çalışma olup olmadığı noktasında tartışılabileceğini; bununla birlikte, telif hakkı korumasının fikirleri kapsamayacağını belirterek davacının iddiasını reddetmiştir.

İngiliz Yüksek Mahkemesi 2012 tarihli *Philips v News Group Newspaper Ltd*³²⁶ kararında, CDPA’da sayılan ve telif hakları koruması sağlanan kategoriler için, temel içeriğiyle ilgili genel bir fikir birliğinin olduğunu, ancak sınırları konusunda genel bir fikir birliğinin olmadığını ifade etmiştir. Yine de bununla birlikte, Birleşik Krallıktaki mahkeme kararlarında ağırlıklı olarak televizyon formatlarının kendi başlarına korunamayacağını ileri sürülmektedir³²⁷.

Birleşik Krallıkta 2017 senesinde verilen *Banner Universal Motion Pictures Ltd v Endemol Shine Group Ltd, Friday TV AB, NBC Universal Global Networks UK Ltd*³²⁸ kararı dikkat çekmektedir. Dava, *Derek Banner* tarafından 2005 senesinde üretilen *Minute Winner* adlı yarışma program formatı ile ilgilidir. Söz konusu uyuşmazlık, halk arasından kişilerin ödül kazanmak için bir dakika içinde bir görevi yerine getirmek üzere rastgele seçildiği bir televizyon oyun şovu biçimi olan "*Minute Winner*" ile ilgilidir. İddia, yazar *Derek Banner*'ı temsilen *Banner Universal Motion Pictures Limited* (BUMP) tarafından getirilmiştir. Formatın İsveçli bir televizyon yapım şirketi olan "*Friday TV*" ile yapılan görüşmeler sırasında açıklandığı bildirilmiştir. *Banner*'a göre, "*Minute Winner*", *Friday TV* tarafından formatın güven ihlali teşkil edecek şekilde ifşa edilmesinin ardından

³²⁴Karapana ve McDonagh, 2019, **a.g.k.**, s. 31.

³²⁵*Meakin v BBC* (2010) EWHC 2065.

³²⁶*Philips v News Group Newspaper Ltd* (2012) UKSC 28, (2013) 1 AC 1, (20).

³²⁷Karapana ve McDonagh, 2019, **a.g.k.**, s. 37.

³²⁸*Banner Universal Motion Pictures Ltd v. Endemol Shine Group Ltd, Friday TV AB, NBC Universal Global Networks UK Ltd* (2017).

dünya çapında 70'ten fazla ülkede satılan “*Minute to Win It*” oyun şovunun temelini oluşturmak için kullanılmıştır. BUMP, Televizyon formatını içeren “*Minute Winner*” Format Belgesi'nin (*format bible*), 1988 tarihli Kanun kapsamında orijinal dramatik bir çalışma olduğunu iddia etmiştir. Davacı, BUMP’ın haklarının, “*Minute to Win It*” televizyon programının sekiz bölümünün Birleşik Krallıkta ITV2 kanalında yayınlanmasıyla ihlal edildiğini söylemiştir. Mahkeme, soruları ilk olarak, televizyon formatının bir edebi eser olarak mı yoksa 1988 tarihli Kanun kapsamında dramatik bir eser olarak mı nitelendirildiği ve ikinci olarak, televizyon formatlarının sadece telif hakkı korumasından yararlanıp yararlanamayacağı şeklinde özetlemiştir. Mahkeme ilk olarak, bir televizyon formatının edebi eser veya dramatik çalışma olarak korunabilmesi için, 1988 tarihli Kanun kapsamındaki özgünlük taşıması ve eserin yazarın entelektüel yaratımının bir ifadesi olmasını gerektirdiğini belirtmiştir. Ancak mahkemenin burada beklediği özgünlük, eserin tüm unsurlarının orijinal olması değildir. Eser bir bütün olarak ele alınmalıdır. Mahkeme, dramatik bir çalışmanın “sözlü veya sözsüz, seyirci önünde icra edilebilecek bir iş” olduğunu belirtmiştir³²⁹. Bir yarışma şovunun kaydedilen her bölümü telif hakkı koruması için şartları sağlaması halinde dramatik bir çalışma olarak nitelendirilebilir ve böylece bir başkası aynı bölümü taklit ederse telif hakkı ihlal edilmiş olur. Mahkeme bu yorumu yaptıktan sonra somut uyuşmazlıkta sorunun bu olmadığını, çünkü “*Minute Winner*” formatının henüz şova dönüşmediğini ifade etmiştir. Bu durumda sorun, bir televizyon yarışma programı veya yarışma şovunun “formatının” Telif Hakkı Kanunu tarafından ayrı olarak korunup korunamayacağıydı. Bu yorumlara dayanarak mahkeme, televizyon yarışma programı formatının dramatik çalışma kategorisi altında telif hakkı korumasının konusu olabileceğine karar vermiştir. Bununla birlikte, bir televizyon formatının telif hakkı korumasından yararlanabilmesi için asgari gereksinimleri karşılaması gerektiğini ifade etmiştir. Bu asgari gereklilikler, ilk olarak bir arada ele alındığında, söz konusu şovu benzer türden diğerlerinden ayıran, açıkça tanımlanmış bir dizi özelliğinin olması gerektiğidir; ikinci olarak, ayırt edici özelliklerin, içerik oluşturucunun gösteriyi tekrar tekrar tanınabilir bir biçimde yeniden üretmesine izin veren tutarlı bir çerçeve içinde birbirleriyle bağlantı oluşturmasıdır³³⁰. Mahkeme,

³²⁹T. Sabharinathan (2018). Copyright Protection of TV Formats in the UK: Banner Universal Motion Pictures Ltd. v. Endemol Shine Group Ltd. *University of Southampton Student Law Review*, 8 (2018), s. 33.

³³⁰Brown vd., 2019, **a.g.k.**, s. 79.

makul bir başarı ihtimali olmadığı gerekçesiyle iddiayı reddetmiştir. Karar, Birleşik Krallık Telif Hakkı Kanunu kapsamında korumadan yararlanmak için, televizyon şovunun içeriğinin açık, belirgin olması ve ayırt edici özelliklere sahip yeniden üretilmesi için tutarlı bir çerçeve oluşturan unsurlar içermesi gerektiğini açıkça ortaya koyması bakımından önemlidir³³¹. Ayrıca bir televizyon yarışma programının veya yarışma programının formatının dramatik bir çalışma olarak korumaya konu olmasının "en azından konsept olarak tartışılabilir" olduğu görüşünün tartışılmaya açılması da önemli bir adımdır³³².

2.3.4.2. Amerika Birleşik Devletleri hukuk sisteminde televizyon program formatları

Amerikan hukukunda eser sahibinin az miktarda yaratıcılığa sahip somutlaşmış eseri üzerinde telif hakkı³³³ koruması alması mümkündür. Ancak fikirlerin (ideas), bir işin prosedür, sistem veya metodu gibi fonksiyonel özellikleri (*functional aspects of works*)³³⁴, bir başka eserin telif hakkını ihlal eden şeyleri (*infringing material*) ve devletin resmi görevlerini yerine getiren çalışanların ürünlerinin (*government works*)³³⁵ telif hakkı ile korunmayacağı kabul edilir³³⁶. Fikirlerin hiçbir zaman telif hakkı koruması ile korunmayacağı ve dolayısıyla fikirlerin çalınması gibi bir iddianın kabul edilemeyeceği aynı zamanda ifade özgürlüğü ile de açıklanmaktadır³³⁷.

Amerikan hukukunda, kendi formatı üzerinde telif hakkının ihlal edildiği iddiasında bulunan kişi, telif hakkı sahipliğini ve üzerinde telif hakkına sahip olduğu şeyin davalı tarafından haksız kopyalandığını kanıtlamalıdır³³⁸. Doktrin, telif hakkı tescil sertifikası ile telif hakkına sahip olunduğunun; ihlal edilen çalışmaya davalı tarafından erişimin ve iki çalışma arasında benzerliğin gösterilmesi ile de kopyalama fiilinin kanıtlanabileceğini

³³¹Sabharinathan, 2018, **a.g.k.**, s. 34.

³³²Brown vd., 2019, **a.g.k.**, s. 79.

³³³Amerikan hukukunda fikri haklar için telif hakları ifadesi kullanıldığı için bu kısımda biz de telif hakkı kavramını kullanmayı tercih ediyoruz.

³³⁴Kanunun 102. bölümünde telif hakkı korumasının bir işlemin fikrini, prosedürünü, sürecini, sistemini ve yöntemini kapsamayacağı düzenlenmiştir.

³³⁵Kanunun 105. bölümünde telif hakkı korumasının ABD'nin herhangi bir işini kapsamayacağı düzenlenmiştir.

³³⁶Bouchoux, 2009, **a.g.k.**, s. 182.

³³⁷McJohn, 2009, **a.g.k.**, s. 62.

³³⁸J. E. Bergman (2011). No More Format Disputes: Are Reality Television Formats the Proper Subject of Federal Copyright Protection? *The Journal of Business, Entrepreneurship & the Law*, 4 (2), s. 247; K. R. Raygor ve E. Komen (2009). Limitations On Copyright Protection For Format Ideas In Reality Television Programming. *Media Law Resource Center Bulletin*, 4 (1), s. 100.

söylemiştir³³⁹. Ancak yine yapılan yargılamalar sonucu üç durumda formatların telif hakkı ile korunamayacağı doktrin tarafından ifade edilmektedir. Bunlar, fikirler (*ideas*), birleşme (*merger*) ve bulunması zorunlu sahnelerin (*Scènes à faire*) olduğu durumlardır.

Fikirler (*Ideas*): Amerikan hukukunda fikirlerin telif hakkı korumasından yararlanamayacakları kabul edilmiştir. *Bouchoux* bunu arkadaşına televizyonda yayınlanmak üzere bir bilgi yarışması fikrini açıklayan kişinin bu fikrinin, açıklanan kişi tarafından yazılı hale getirilip televizyona sunulması halinde ilk fikri sunanın telif hakkının korunmayacağı örneği ile açıklamaktadır. Çünkü fikri ilk sunan kişi sadece bir fikir sunmuştur. Telif hakları ise bu fikirleri değil bu fikirlerin ifadesini korur³⁴⁰. Amerikan hukukunda bu ilkeye fikir – ifade ikilemi (*idea – expression dichotomy*) denilmektedir. *Bergman* bunu *Romeo ve Juliet* örneği ile açıklamaktadır. Telif hakkı kanunları İtalya'daki kavgalı ailelerden gelen iki genç sevgilinin hikâyesi gibi bir fikri korumaz ama Shakespeare'in *Romeo ve Juliet*'i gibi bu fikrin ifadesi korunacaktır³⁴¹.

Birleşme (*Merger*): Birleşme doktrini, belirli bir fikri ifade etmenin sadece sınırlı sayıda yolu olduğunda, ifade ve karşılık gelen fikrin tek bir varlık halinde birleştiğini ileri sürmektedir³⁴². Esasen, bu belirli fikir, ifade edilme şekli ne olursa olsun artık korunamaz, çünkü fikir ve ifade birbirinden ayrılamaz³⁴³. Eğer fikir, sadece sınırlı şekilde ifade edilebiliyorsa, o zaman ifadenin kendisi, muhtemelen benzer kopyalamaya karşı korunamayacaktır ve bunun aksini savunmak, bu fikri ifade eden ilk kişiye sanal bir tekell verecektir³⁴⁴.

Bulunması zorunlu sahneler (*Scènes à faire*): Fikrin kendisinin ifade ediliş şeklinde doğal olarak bulunan unsurlar arasında benzerlik iddialarını telif hakkı korumaz³⁴⁵. Bu unsurlar telif hakkı kurallarının en temel şartı olan özgünlüğü gerektirmediğinde korunmazlar³⁴⁶. *Williams v. Crichton* davasında³⁴⁷ mahkeme, “telif hakkının korumayı fikre değil, sadece bir fikrin ifadesini kapsaması, Telif Hakkı Kanununun temel bir ilkesidir. Benzer şekilde, bir ortam veya durum seçiminden zorunlu

³³⁹Bergman, 2011, **a.g.k.**, s. 247 - 248; Raygor ve Komen, 2009, **a.g.k.**, s. 100.

³⁴⁰Bouchoux, 2001, **a.g.k.**, s. 90; Raygor ve Komen, 2009, **a.g.k.**, s. 101.

³⁴¹Bergman, 2011, **a.g.k.**, s. 247.

³⁴²Bouchoux, 2009, **a.g.k.**, s. 188; Raygor ve Komen, 2009, **a.g.k.**, s. 101.

³⁴³Bergman, 2011, **a.g.k.**, s. 253; McJohn, 2009, **a.g.k.**, s. 66.

³⁴⁴Raygor ve Komen, 2009, **a.g.k.**, s. 101.

³⁴⁵McJohn, 2009, **a.g.k.**, s. 64 - 65; Raygor ve Komen, 2009, **a.g.k.**, s. 102.

³⁴⁶Bergman, 2011, **a.g.k.**, s. 252.

³⁴⁷*Williams v. Crichton*, 84 F. 3d 581 (2d Cir. 1996).

olarak ortaya çıkan olaylar dizisi olan sahneler (*Scènes à faire*), telif hakkı korumasından yararlanamaz.” şeklinde karar vermiştir. Benzer şekilde, ABD Kaliforniya Merkez Bölge Mahkemesi, *Rachael Ray* isimli televizyon programına ilişkin bir kararda, "ev sahibi, konuk ünlüler, röportaj ve yemek pişirme bölümü", yemek pişirme ve evle ilgili bir konudaki talk şovda korumasız *Scènes à faire* sahnelerdir demiştir³⁴⁸.

McJohn telif haklarının fikirleri korumamasını, fikirlerinin kendilerinin değil fakat yaratıcı biçimde ifade edilmelerinin telif hakları ile korunması arasındaki ayrımın zorluğundan dolayı, ifade edilmesi en kolay fakat uygulaması en zor telif hakkı kuralı olarak ifade etmektedir³⁴⁹.

Amerikan hukukunda televizyon formatları için açılmış ihlal davalarının incelemesini iki döneme ayırarak yapmak mümkündür. 1976 tarihli Telif Hakkı Kanunu (*Copyright Act*) öncesi ve sonrası dönem. Çünkü Kanun öncesinde ve sonrasındaki dönemlerde mahkemeye yapılan başvurularda taraf talepleri ile farklı vasıflandırmalara gidildiği görülmektedir.

2.3.4.2.1. 1976 tarihli Telif Hakkı Kanunu (*Copyright Act*) öncesi dönem

Amerika Birleşik Devletleri’nde fotoğraf teknolojisi ilk olarak on dokuzuncu yüzyılın ortalarına doğru geliştirildiğinde, yeni ve değerli bir kaynak haline gelmiştir. Fotoğrafların yükselen değeri, profesyonel fotoğrafçılar ve daha sonra da bu alana özgü ticari şirketlerin doğmasını sağlamıştır³⁵⁰. Bunun sonucu olarak bu şirketler, sadece basılı metinlerin korunmasıyla sınırlı olan telif hakkının fotoğrafı da kapsayacak şekilde genişletilmesi için baskı yapmıştır³⁵¹. Telif hakkının kurumsal biçimi ve içine yerleştirilen temel kavramlar, 1830'larda yirminci yüzyıla uzanan aşamalı bir süreçte değişmeye başlamıştır. O dönemde aynı zamanda telif hakkı sahibi olabilmek için eserlerin kaydedilmesi dâhil olmak üzere çeşitli resmi prosedürleri yerine getirmeleri gerekmiştir³⁵². Fotoğraf, drama ve güzel sanatlar gibi yeni konuların bir dizi uzantısıyla telif hakkı, kitap ticareti alanından çıkarak yeniden tasarlanmıştır³⁵³. 1909 Telif Hakkı Kanunu, 60 yıldan fazla bir süredir Amerikan telif hakkının yasal çerçevesi olarak

³⁴⁸Zella v. E. W. Scripps Co., 529 F. Supp. 2d 1124, 1134 (C. D. Cal. 2007).

³⁴⁹McJohn, 2009, **a.g.k.**, s. 59.

³⁵⁰Bracha, 2018, **a.g.k.**, s. 237.

³⁵¹Bracha, 2018, **a.g.k.**, s. 237.

³⁵²Bracha, 2018, **a.g.k.**, s. 243.

³⁵³Bracha, 2018, **a.g.k.**, s. 244.

kalmıştır³⁵⁴. 1912 senesinde yapılan değişikliğe dek fotoğraf eserleri gibi korunan sinema eserleri bu tarihten sonra yasal düzenlemeye dâhil edilmiştir³⁵⁵.

1976 tarihli Telif Hakkı Kanunu kabul edilene dek Amerikan hukukunda 1909 tarihli Telif Hakkı Kanunu yürürlükte kalmıştır. 1909 tarihli Telif Hakkı Kanunu altında, 1976 Telif Hakkı Kanunundan farklı olarak, yayınlanmamış eserler devletlerin içtihat hukuklarının (*state common law*) telif hakkı kapsamında kabul edilmiştir. Dolayısıyla federe devlet mahkemeleri de telif hakkı iddialarını inceleyebilmiştir.

1976 yılına dek mahkeme içtihatları ile ifadeden ziyade fikirlerin de korunabilmesini sağlayan beş teori geliştirilmiştir. Bu dönemdeki davalardan ortaya çıkan hukuk teorileri beş başlık altında toplanmaktadır. Bunlar mülkiyet teorisi (*property theory*), sözleşme benzeri (*quasi-contract*), güven ilişkisi (*confidentiality*), açık sözleşme (*express contract*) ve zımni sözleşmedir (*implied-infact contract*)³⁵⁶.

Amerikan hukukunda format ihlali davaları çoğu defa mahkemeler, özellikle taraflar arasında açık veya zımni sözleşmenin olup olmadığını araştırmıştır. Mahkemeler çoğu defa, taraflar arasında karşılıklı şartlar konuşulmuşsa, burada sözleşmenin varlığını kabul ederek, sözleşmenin ihlali üzerinden karar vermiştir³⁵⁷. Kaliforniya Yüksek Mahkemesi ilk olarak *Stanley v. Columbia Broadcasting System*³⁵⁸ (CBS) davasında sözleşme teorisinin fikir sunma davalarında (*an idea submission case*) kullanılmasını kabul etmiştir. Burada davacı, radyo programı için bir format hazırlayıp CBS'ye sunmuş, daha sonra CBS bu formata çok benzer şekilde bir radyo programı hazırlamıştır. Davacı, CBS ile aralarında, formatını kullanması halinde kendisine ödeme yapmasını gerektiren zımni bir anlaşma olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme *Stanley*'e 35.000 \$ ödenmesine karar vermiş ve karar Kaliforniya Yüksek Mahkemesi tarafından onaylanmıştır³⁵⁹. 1953 tarihli *Weitzenkorn v. Lesser*³⁶⁰ davası da benzerdir. Her iki davada da davacılar, fikirlerinin yazılı olarak yer aldığı metni davalılara sunduklarını iddia etmektedir. Mahkeme, davalıların itirazlarını göz önünde bulundurarak, davacıların fikirlerini fikri

³⁵⁴Bracha, 2018, **a.g.k.**, s. 247.

³⁵⁵Tosun, 2013, **a.g.k.**, s. 119.

³⁵⁶J. Rubin (2005). Television Formats: Caught in the Abyss of the Idea/Expression Dichotomy. *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, 16 (2006), s. 678.

³⁵⁷G. L. Kulik (2000). Copyright Preemption: Is This the End of *Desny v. Wilder*. *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, 1 (2000), s. 5.

³⁵⁸*Stanley v. Columbia Broadcasting System* 221 P. 2d 73 (California 1950).

³⁵⁹Rubin, 2005, **a.g.k.**, s. 685.

³⁶⁰*Weitzenkorn v. Lesser* 256 P. 2d 947 (California 1953).

hak olarak koruyamayacağı belirttikten sonra, sözlü sözleşmenin ihlali ve zımni sözleşmenin ihlali iddialarını ileri sürebilecekleri sonucuna varmıştır³⁶¹.

Amerikan hukukunda format ihlali davaları arasında en önemlilerinden birisi 1956 tarihli *Desny v. Wilder* davasıdır³⁶². Bu davada *Desny*, iki hafta boyunca bir mağarada mahsur kalan *Floyd Collins*'in hikâyesine dayanan 65 sayfalık bir senaryodan bahsetmek üzere *Wilder*'in ofisini aramıştır. Telefonu açan sekreter, *Wilder*'in bu denli uzun bir senaryoyu okumayacağını, senaryoyu kendisine okuması halinde özetini çıkartabileceğini *Desny*'e söylemiştir. *Desny*, özeti kendisi yazmayı tercih edeceğini söylemiştir. Birkaç gün sonra tekrar arayan *Desny*, hikâyeye çok şey kattığını ve onu satışa sunduğunu açıklamış, sekreter de kendisine, bu senaryonun kullanılması halinde elbette ödeme yapılacağını ifade etmiştir. Kendisine dönüş yapılmayan *Desny*, *Wilder* tarafından çekilen *Ace in the Hole* filminde kendi senaryosunun kullanıldığını fark etmiş ve dava açmıştır. Başlangıçta mahkeme, soyut ve korunmaz fikirlerin korunabilmesi için bazı gereklilikleri yerine getirmesi gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme davayı, fikrin çalındığı bir ihlal davası olarak kabul etmemiş ancak davacının açık veya zımni bir sözleşme iddiasında bulunabileceğini belirtmiştir. Mahkeme, fikrin potansiyel olarak zımni bir sözleşmeyle korunduğuna karar vermiştir³⁶³. Bu dava, fikir sunma davalarındaki zımni sözleşme talepleri için ufuk açıcı bir dava olarak kabul edilmektedir³⁶⁴.

1975 senesinde verilen bir kararda ise mahkeme, bir fikrin güven teorisinin ihlal edilmesi halinde de korunabileceği yönünde karar vermiştir. *Davies v. Krasna*³⁶⁵ davasında davacı, “*Love Must Go On*” adlı öyküsünü yazılı olarak davalıya güvenle sunmuştur. Davalı daha sonra bu öykünün fikrini, ana teması ve özünü “*Who Was That Lady I Saw You With*” adlı oyununa dâhil etmiştir. Mahkeme, davacının fikrini davalıya gizli olarak sunması nedeniyle, davalının bu fikri meydana getirenin izni olmadan kullanmama ve açıklamama yükümlülüğü olduğu sonucuna varmıştır. İddia haksız fiil olarak değerlendirilmiştir. Mahkeme bu kararına şart olarak, ifşa edilen bu fikrin güven teorisini ihlal edebilmesi için, söz konusu fikrin yeni olması gerektiğini belirtmiştir³⁶⁶.

³⁶¹Kulik, 2000, **a.g.k.**, s. 5.

³⁶²*Desny v. Wilder*, 299 P. 2d 257 (California 1956).

³⁶³Kulik, 2000, **a.g.k.**, s. 2.

³⁶⁴Rubin, 2005, **a.g.k.**, s. 686.

³⁶⁵*Davies v. Krasna* 121 Cal. Rptr. 705 (1975).

³⁶⁶Kulik, 2000, **a.g.k.**, s. 8.

Yukarıda verilen kararlar incelendiğinde sonuç olarak, bir fikir sunumu davasında (*an idea submission case*) galip gelmek için davacının, en iyi durumlarda bile kanıtlaması zor olan belirli bir dizi gerçeği kanıtlaması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Bunun aksine, bu unsurlardan hiçbirinin telif hakkı ihlali davasında kanıtlanması gerekmez³⁶⁷. Ayrıca, telif hakkı sahibi ürünü için tüm dünyaya karşı koruma alır³⁶⁸. Bu koruma, telif hakkı sahibinin davalıyla doğrudan iletişime geçip geçmediğini veya davalının, ürün sahibinin çıkarını kabul edip etmediğine bakılmaksızın genişler. Tersine, bir fikir sunma durumunda, ifşa edilen bilginin niteliğinden ziyade tarafların ilişkileri korunur. Bir sözleşme, sadece sözleşme tarafları arasında haklar oluşturur ve olası tek davalı, bir fikrin doğrudan satış için sunulduğu taraftır³⁶⁹.

2.3.4.2.2. 1976 tarihli Telif Hakkı Kanunu (Copyright Act) sonrası dönem

1976 tarihli Telif Hakları Kanununun kabulünden sonra günümüze dek federe devlet mahkemeleri ve federal mahkeme kararları benzer şekilde ilerlemiştir. Federe devlet mahkemesinde format ihlali iddiasıyla başvuruda bulunan davacıya karşı davalı taraf genellikle uyuşmazlık konusunun telif hakları ile ilgili olduğunu ve dolayısıyla bu konuda federal mahkemenin yetkili olduğunu (*preemption*) ileri sürerek davasını federal mahkemelere taşımıştır³⁷⁰. Konuyu 1976 tarihli Kanuna göre inceleyen federal mahkeme ise, format ihlalini telif hakkı ihlali olarak görmeyerek çoğunlukla davalı lehine karar vermiştir³⁷¹. 1976 tarihli Kanun uyarınca, telif hakkı koruması fikirleri kapsamaz³⁷². Ancak elbette taraflar arasındaki ilişkiye dayanan iddialar, başka bir ifadeyle sözleşme, zımni sözleşme ve güven ilişkisi, fikir sunma davalarında geçerli olmaya devam etmektedir. Tarihsel olarak, bu teoriler televizyon yayın davalarında başarılı bir şekilde uygulanmıştır³⁷³. Fikirlerin izinsiz kopyalanmasına karşı devlet hukuku koruması, sözleşme ve temsilcilik hukukuna dayanmaktadır. Bir davacı, ekstra unsur gereksinimini karşılamak ve *preemption* 'dan kaçınmak için bir sözleşmenin veya güvenilir ilişkinin var olduğunu kanıtlamalıdır³⁷⁴.

³⁶⁷Kulik, 2000, **a.g.k.**, s. 7; Rubin, 2005, **a.g.k.**, s. 697.

³⁶⁸Rubin, 2005, **a.g.k.**, s. 697.

³⁶⁹Kulik, 2000, **a.g.k.**, s. 7.

³⁷⁰Kulik, 2000, **a.g.k.**, s. 2.

³⁷¹Rubin, 2005, **a.g.k.**, s. 667 - 668.

³⁷²Kulik, 2000, **a.g.k.**, s. 8; Rubin, 2005, **a.g.k.**, s. 680.

³⁷³Rubin, 2005, **a.g.k.**, s. 681 - 682.

³⁷⁴Rubin, 2005, **a.g.k.**, s. 677.

1977 senesinde verilen *Sid & Marty Krofft Television Productions, Inc. et al. v. McDonald's Corp.*³⁷⁵ Kararı dikkat çekicidir. Her iki firmanın reklam filmi de mağaralar, barajlar, yollar, kaleler, konuşan ağaçlar ve cansız nesnelerin üzerine insan yüzleri ile fantastik manzaralar içermektedir. Bu davada mahkeme, ayrı, korunamaz unsurlar tarafından oluşturulan şeyin toplam konseptinin korunabilirliğini kabul etmiştir³⁷⁶. Ayrıca bu davada mahkeme önemli benzerliği belirlemek için dışsal ve içsel testleri uygulamıştır. Dışsal test, fikirlerde önemli bir benzerlik olup olmadığını belirlemek için kullanılan nesnel bir testtir ve unsurların listelenip analiz edilebileceği belirli kriterlere bağlıdır. İçsel test ise öznel, ifade biçimlerini karşılaştırmak için kullanılır ve sıradan mantıklı kişinin tepkisine bağlıdır³⁷⁷.

2002 senesinde *Metcalf v. Bochco* davasında³⁷⁸ yerel mahkeme her ne kadar davacıların aleyhine karar vermişse de, 9. Bölge Temyiz Mahkemesi “Bir nota korunmayı hak etmez. Ama notaların oluşturduğu bütün bir melodi telif korumasını hak edebilir.” diyerek yerel mahkemenin aksi yönde bir karar vermiştir. Davacılar, *Bochco*’nun yarattığı Melekler Şehri (*City of Angels*) film fikrinin aslında kendilerine ait olduğunu iddia etmişlerdir. Bochco, Telif Hakkı Kanununun genel olay örgüsü fikirlerini veya bulunması zorunlu sahneleri (*scènes à faire*) korumadığını iddia ederken, mahkeme, birçok genel benzerliğin, önemli benzerlik dışsal testini tatmin edebileceğine hükmetmiştir. Dokuzuncu Bölge Temyiz Mahkemesi, bir yazarın önemli sayıda korumasız unsurla oluşturduğu belirli dizinin kendisinin korunabilir olabileceğini açıklamıştır³⁷⁹. *Metcalf* davasının ardından *Satava v. Lowry* davasında³⁸⁰ aynı mahkeme, normal şartlarda tek başına korunmayıp bir kombinasyon oluşturan unsurların orijinallik taşımaması halinde telif hakkı kapsamında korunmayacağına karar vermiştir³⁸¹.

Amerika’da *Wipeout*’un galasından sonraki birkaç ay içinde Tokyo Broadcasting System, ABC ve gösterinin asıl yapımcısı *Endemol USA*’i telif hakkı, ticari marka ve

³⁷⁵Sid & Marty Krofft Television Productions, Inc. et al. v. McDonald's Corp. 562 F. 2d 1157, 196 U. S. P. Q. 97 (9th Cir. 1977).

³⁷⁶Karnell, 2000, **a.g.k.**, s. 905.

³⁷⁷Raygor ve Komen, 2009, **a.g.k.**, s. 101.

³⁷⁸Metcalf v. Bochco, 294 F. 3d 1069 (9th Cir. 2002).

³⁷⁹Raygor ve Komen, 2009, **a.g.k.**, s. 106.

³⁸⁰Satava v. Lowry 323 F. 3d 805 (9th Cir. 2003).

³⁸¹Raygor ve Komen, 2009, **a.g.k.**, s. 107.

haksız rekabet yasası ihlalleri ile suçlayan bir dava açmıştır. Üç yıllık davadan sonra dava Aralık 2011'de karara bağlanmış ve reddedilmiştir³⁸².

2012 senesinde *Forest Park Pictures v. Universal Television Network, Inc.* Davasında³⁸³ verilen kararda mahkeme, Telif Hakkı Kanunun eyalet hukuku tarafından getirilen zımni sözleşme ihlali iddiasını engellemediğine (*preemption*) karar vermiştir. Karar, bir kişinin bir televizyon stüdyosuna, film stüdyosuna veya prodüksiyon şirketine bir fikir sunduğunda zımni bir sözleşmenin oluşturulabileceğini gösterdiğinden eğlence endüstrisi için önemlidir. 9. Bölge Temyiz Mahkemesinin 2011 senesinde verdiği karar³⁸⁴ da benzer şekildedir. 2. ve 9. Bölge Temyiz Mahkemelerinin son kararları, “fikir sunma” davalarında zımni sözleşme ihlallerinin önünü tekrar açmıştır. Her bir mahkeme, Telif Hakkı Kanununun, ödeme vaatleri içeren zımni temas ihlallerini engellemediğine (*preemption*) karar verdiği için önemlidir.

Yukarıda verilen mahkeme kararları incelendikten sonra Amerikan hukukunda da televizyon program formatlarının korunması için mahkemelere yapılan başvurular sonucu verilen kararlarda yeknesaklığın olmadığını söylemek mümkündür. Amerikan hukukunda bir ürünün eser olarak korunabilmesi için o ürünün somutlaşması gerekir. Amerikan hukukunda sadece fikirler korunmamaktadır. Dolayısıyla Amerikan hukukunda sadece fikri boyutta kalan program formatının kendisine telif koruması bulamayacağı kabul edilmektedir³⁸⁵. Ancak belli bir orijinalliği yakalamış ve somutlaşmış ürünün de telif hakkı veya başka yollarda korunmasına dair mahkeme örnekleri de mevcuttur.

2.3.4.3. İsviçre hukukuna göre televizyon program formatları

Telif hakkının sağladığı korumanın fikirleri kapsamayacağı İsviçre hukukunda da kabul edilmektedir³⁸⁶. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, “Telif hakkının ihlal edilip edilmediğini bilmek için tek test, yazarın düşüncelerinin kişisel, orijinal bir şekilde ifade edilip edilmediğidir. Önemsiz düşünceler (*empty thoughts*) için bile durum böyle olabilir.” demiştir³⁸⁷. Federal Mahkemenin bu kararından hareketle, bir fikrin yaratıcı,

³⁸²Bechtold, 2013, **a.g.k.**, s. 453.

³⁸³*Forest Park Pictures v. Universal Television Network, Inc.*, 683 F. 3d 424, 427 (2d Cir. 2012).

³⁸⁴*Montz v. Pilgrim Films & Television, Inc.*, 649 F. 3d 975 (9th Cir. 2011).

³⁸⁵Sargın, 2020, **a.g.k.**, s. 39.

³⁸⁶Dessemontet, 2019, **a.g.k.**, s. 27.

³⁸⁷Dessemontet, 2019, **a.g.k.**, s. 27.

yeni, farklı olup olmadığı değil, fikrin ifadesinin ifade edenin kişisel ürünü olması ve ifadenin orijinal olması halinde bu ifadenin kendine koruma bulacağı çıkartılabilir.

Kanunun 5. maddesinde bazı tür ürünlerin telif korumasından yararlanamayacağı düzenlenmiştir. Kanun, tüzük, uluslararası anlaşmalar gibi hukuk belgeleri; ödeme araçları, kamu otoritelerinin karar, tutanak ve raporları; buluşlar ve patent mektupları gibi belgelerin telif hakkı koruması dışında tutulacağı düzenlenmiştir. Şimdiye dek anlatılan devlet hukuklarının aksine, 1992 tarihli Kanun fikirlerin telif korumasından yararlanamayacağını açıkça düzenlememiştir. Ancak daha önce belirtildiği üzere İsviçre hukukunda da fikirlerin korunamayacağı kabul edilmektedir. Spor etkinliklerinin televizyondan yeniden iletimi için, sanat eseri olmadığı için böyle bir koruma sağlanmaz. Ancak yayın kuruluşu, yayınlarının tamamı için komşu haklardan yararlanır (madde 37). Belgesel filmler, bireysellik gösterdikleri ölçüde korunabilir niteliktedir.

2.3.4.4. Türk hukukuna göre televizyon program formatları

Türk eğlence sektöründe format ticareti diziler, televizyon realite şovları, yarışma programları üzerinden yapılmaktadır. 2019 senesinde *The Guardian* gazetesinde çıkan haberde³⁸⁸ “Türk Televizyonu Dünyayı Nasıl Ele Geçiriyor? Muhteşem Yüzyıl gibi diziler, Orta Doğu, Asya ve Latin Amerika'yı süpürerek uluslararası popülerlik için ABD Televizyonlarına rakip oldu.” başlığıyla Türk dizilerinin dünya eğlence sektöründeki yerinin öneminden bahsedilmektedir. Makalede belirtildiğine göre, uluslararası satışlar ve küresel izleyicilik sayesinde Türkiye, dünya çapında televizyon yayınları dağıtımında ABD'den sonra ikinci sırada yer almakta ve Rusya, Çin, Güney Kore ve Latin Amerika'da çok sayıda izleyicileri bulunmaktadır. Günümüzde Şili, satılan program sayısı açısından Türk dizilerinin en büyük tüketicisi iken, Meksika ve ardından Arjantin, onları satın almak için en çok para ödeyen ülkeler olarak sıralanmaktadır³⁸⁹. 2006 senesinde Türk televizyonlarında yayınlanan Gümüş dizisi 80 ayrı ülkeye yayınlanmak üzere satılmıştır. Fatmagül'ün Suçu Ne? adlı dizi Arjantin'de büyük bir ün kazanmış ve İspanya'da televizyonun en fazla izlendiği vakitte (*prime time*) bölüm başına bir milyona yakın izleyici çekmiştir³⁹⁰.

³⁸⁸F. Bhutto (13.09.2019). How Turkish TV is taking over the world. *The Guardian*. <https://www.theguardian.com/tv-and-radio/2019/sep/13/turkish-tv-magnificent-century-dizi-taking-over-world> (Erişim tarihi: 11.01.2022)

³⁸⁹Bhutto, 13.09.2019, **a.g.k.**

³⁹⁰Bhutto, 13.09.2019, **a.g.k.**

Öte yandan Türk televizyon yayınları da gerek diziler gerekse programlar olarak yabancı ülkelerden etkilenmekte ve hatta dizi ve program formatlarının ithalatı yapılmaktadır. Televizyon dizi formatı, dizinin ismini, ana karakterleri, olay örgüsünü ve olayın geçtiği yeri çerçeve niteliğinde barındıran bir format türüdür³⁹¹. 2020 senesinde FOX TV’de yayınlanan Öğretmen adlı dizi, Japonya yapımı *Mr. Hiiragi's Homeroom* dizisinden uyarlanmıştır. *Mr. Hiiragi's Homeroom* adlı dizide öğretmen, öğrencilere ölmüş arkadaşları *Reina Kageyama*'nın neden öldüğünü sorar ve "Nedeni düşünün ve gerçeği biliyorsanız, ismini verin." der. Ölen arkadaşları aynı zamanda yüzme kulübünde Olimpiyatlara aday olan ulusal kulvarda bir yıldızdır, ancak iddia edilen sahte doping videosunun yayılmasından bu yana sınıfta zorbalığa uğramaya başlamıştır. Öğretmen, öğrencilerini görevlerini tamamlamamaları halinde canlarından olmakla tehdit eder. Türkiye’de yayınlanan Öğretmen adlı dizinin de konusu birebir aynıdır. Benzer şekilde, günümüzde hâlâ yayında olan Sadakatsiz adlı dizi İngiliz yapımı *Doctor Foster* dizisinden; Mucize Doktor adlı dizi Güney Kore dizisi olan *Good Doctor*'dan ve Menajerimi Ara adlı dizi de Fransız yapımı *Dix pour cent* dizisinden uyarlanmıştır. Örnek sayısını artırmak mümkündür ve her bir örnek kendi içinde özgündür. En çok izlenen ve en çok kazandıran bu programlar, meydana getiren kişiler, yapımcılar ve televizyon kanalları arasında pek çok tartışmaya konu olmaktadır. Ancak televizyon dizileri, FSEK kapsamında sinema eserinin bir alt türü olarak kabul edilmektedir³⁹². Dolayısıyla bu konuda ihtilaf çıkması durumunda ürünün eser olarak kabul edilmesi hususunda pek tartışma çıkmamaktadır.

Karşılaştırmalı hukuktaki mahkeme kararlarından görüldüğü üzere televizyon program formatlarının vasıflandırılmasında bir yeknesaklık söz konusu değildir. Program formatlarının FSEK kapsamında eser olarak kabul edilip edilmediği sorusu, yaygın yabancılık unsuru taşıyan televizyon formatı lisansları ve realite şovları ve benzeri televizyon formatlarıyla ilgili Türk mahkeme kararlarında da dikkati çeken bir alandır. Gerçekten de televizyon filmleri, animasyonlar, belgeseller veya çizgi filmlerin "sinematografik eserler" kapsamına gireceği kolaylıkla yorumlanabilirken; bilgi yarışmaları, yarışma programları, tartışma programları, yemek programları ve realite

³⁹¹Sargın, 2020, **a.g.k.**, s. 30.

³⁹²B. Şahin (2018). *Türk hukukunda sinema eserlerine ilişkin lisans sözleşmesi* (1. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 65.

şovların FSEK kapsamında eser sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır. Aşağıda Türk mahkemeleri tarafından konunun nasıl görüldüğü incelenmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Türk mahkemelerinde uyuşmazlık konusu televizyon program formatları olduğunda görevli mahkeme Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesidir. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. HD., E. 2018/1225 K. 2018/837 T. 30.3.2018 tarihli kararında yerel mahkeme tarafından; Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemelerinin görevli olduğu gerekçesiyle davanın usulden reddine karar verilmiş, davacılar tarafından karar istinaf edilmiştir. Bölge Adliye Mahkemesi kararında, uyuşmazlığın çözümü akdedilen yapım sözleşmesi gereğince davacının televizyon formatı üzerinde hak sahibi olup olmadığı hususunun çözümüne bağlı olup hak sahipliği ise 5846 sayılı Kanun hükümlerine göre belirleneceğinden mahkemece verilen görevsizlik kararı yerinde olduğundan istinaf talebinin reddine karar verilerek hüküm kurulmuştur.

Türk mahkemelerinin önüne gelen uyuşmazlıklarda televizyon formatları farklı nitelendirmelere tâbi tutulmuş, kimi kararlarda ise taraf iddiaları da dikkate alınmadan format konusunda herhangi bir değerlendirme yapılmadan karar verilmiştir. Format konusunda değerlendirme yapılmaması Yargıtay tarafından da bozma gerekçesi olarak gösterilmiştir. Yargıtay 11. HD., E. 2004/1281 K. 2004/10333 T. 25.10.2004 tarihli kararında davacı, İtalya’da yayınlanan 2008 SMS isimli programın Türkiye’deki lisans hakkını (Yegana Format Opsiyon Sözleşmesi) 15.7.2001 tarihinde satın almıştır. Sonrasında eserin yapımı ile ilgili davalı ile görüşmeler yapmış, davalıdan cevap beklendiği aşamada diğer davalı ile aynı proje üzerinde çalışıldığını öğrenmiştir. Sonrasında ihtar çeken davacı, ihtara rağmen yayına başlandığını ileri sürerek eserin davalılar tarafından izinsiz olarak kullanılması suretiyle oluşturulan SMS isimli yarışma programının Show TV logolu televizyon kanalında yayınlanması suretiyle yapılan tecavüzün FSEK’in 66. maddesi gereğince yayınının durdurulması suretiyle önlenmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Yerel mahkeme burada formatın FSEK kapsamında eser olup olmadığı konusunda karara varmadan davayı kabul etmiştir. Yargıtay, bu sebeple kararı bozmuştur. Yargıtay 11. HD., E. 2016/4089 K. 2017/3044 T. 25.5.2017 tarihli kararında ise davacı taraf televizyon programları için format üreten bir kişidir. 2009 senesinde format hazırlayıp bunu noterde tescil ettirdikten sonra X kanalı ile bu program formatı hakkında görüşmeler yapmıştır. Daha sonra davacıdan programın

bütçesi ve senaryosu hakkında bilgiler alınmış fakat kendisine dönüş yapılmamıştır. 2011 senesinde X televizyon kanalında başka isimle fakat davacının formatının aynısı bir programın yayınlanması üzerine davacı tarafından X kanalına ihtar çekilmiş ve yayın durdurulmuştur. Davacı yayının durmasına dek uğradığı maddi ve manevi zararların tazmini için dava açmıştır. Mahkeme 75bin TL'lik tazminat talebini reddetmiştir. Yargıtay kararı onamıştır. Ancak bu davada formatın eser niteliğine değinilmemiştir³⁹³.

Türk mahkemelerinin televizyon program formatlarının hukuki niteliğini tartıştığı kararlarında da farklı sonuçlara varılmıştır. Burada tartışma konusu genellikle televizyon program formatlarının FSEK kapsamında eser niteliğine haiz olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Ancak tartışma burada da bitmemektedir. Mahkeme kararları incelendiğinde, formatların eser olduğu kabul edildikten sonra bile FSEK'te sayılan hangi tür eser olduğu konusunda fikir birliği söz konusu değildir. Mesela Yargıtay 11. HD., E. 2011/12280 K. 2013/12047 T. 10.06.2013 tarihli kararında televizyon program formatlarının, şartları sağlaması halinde, FSEK kapsamında ilim ve edebiyat eseri olarak kabul edildiğine karar verilmiştir. Karar, uyumsuzluğun yabancılık unsuru barındırması sebebiyle ayrıca önem taşımaktadır. Davacı "*Who Wants to Be a Millionaire* (Kim Milyoner Olmak İster)" isimli yarışma programının eser sahibidir ve davalıların kendisinden herhangi bir izin almadan veya anlaşma olmaksızın programda küçük değişiklikler yaparak aslından ayrılmayacak derecede benzer formatıyla, içerik ve kuralların taklit edilerek önce "Milyoner" ardından "Milyoner/Veto" ismiyle müvekkili eserini yayınlamaya başladıklarını iddia etmektedir. Burada hem yerel mahkeme hem de Yargıtay yabancılık unsurunu dikkate almamışlardır. Mahkemece, görüşüne başvurulun bilirkişi heyetince düzenlenen raporda özetle; davacı tarafın dayandığı "Kim 500 Milyar İster" adlı 249 sayfalık televizyon yarışma programı formatının televizyon programının nasıl yapılacağını ifade eden metin olması nedeniyle 5846 sayılı FSEK 1/B-(a) bendi anlamında hususiyet unsuruna sahip bir eser vasfında olmadığı, ancak uyumsuzluk bakımından TTK 56 vd. maddelerinde düzenlenen haksız rekabet koşullarının gerçekleştiği mütalaa edilmiştir. Mahkeme ise, bilirkişi görüşünün aksine, 249 sayfalık televizyon program formatında, televizyon yarışma programının bütün detayları ile tüm program akışının belirlenip, çerçevesinin çizildiği, program sırasında sunucunun oturacağı yerden, reklam arası verirken kullanacağı sözcüğe, kamera ışıklarından çekim

³⁹³Benzer bir diğer karar olarak bkz.: Yargıtay 11 HD., E. 2016/4432 K. 2017/3285 T. 01.06.2017.

tekniklerine, seyirci, sunucu ve oyuncuların konumlarından soru sayısı ve ödülleri, sunucunun ne şekilde davranacağından, internet ve SMS bağlantısına kadar tüm ayrıntıların anlatıldığı belirtilerek FSEK 2'inci maddesi kapsamındaki ilim ve edebiyat eseri olduğu kabul edilmiştir. Yargıtay ise,

“bir fikri ürünün 5846 sayılı FSEK'de sayılan eser türlerinden birisine dahil edilen eserlerden olduğunun kabul edilebilmesi için aynı Kanunun 1/B-(a) bendi uyarınca sahibinin hususiyetini taşıması gereklidir. Davacının dayandığı 249 sayfalık televizyon yarışma programı formatının da ilim ve edebiyat eseri olarak nitelendirilebilmesi ve korunması için hiç şüphesiz ki hususiyet unsuruna haiz olması gerekli ve zorunludur... Ne var ki, 5846 sayılı FSEK hükümleriyle eser sahibine sağlanan fikri hak koruması fikrin bizzatı kendisine ilişkin olmayıp onun ifade ediliş biçimidir... Bilirkişi raporunda aynı hususlar bakımından anılan televizyon format metninin televizyon programının nasıl yapılacağını ifade eden bir metin niteliğinde olduğu mütealaa edildiğine göre, bu durumda davacının dayandığı televizyon formatında yer alan ve program yayını ve akışına ilişkin olduğu ifade edilen detaylı açıklamaların esasen bir yöntem, iş yapma metodu veya benzeri bir usule ilişkin açıklama mahiyetinde olup olmadığı ya da bu açıklamalar da dahil olmak üzere anılan televizyon program formatı metninin bir bütün halinde FSEK 1/B-(a) ve 2/2 maddeleri anlamında sahibinin hususiyetini taşıyan bir ilim ve edebiyat eseri olup olmadığı hususlarında, içlerinde televizyon program yapımcılığı alanında uzman bir öğretim üyesinin de bulunduğu yeni bir bilirkişi heyetinden görüş alınarak hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçelerle davanın kısmen kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir.”

diyerek yerel mahkeme kararını bozmuştur. Bunun üzerine yerel mahkeme söz konusu formatın FSEK anlamında ilim ve edebiyat eseri olduğunu belirterek sadece ödenecek miktarlar hakkındaki kararında değişikliğe gitmiştir. Yargıtay da 11. HD., E.

2015/7276 K. 2016/3447 T. 29.3.2016 tarihli kararında yerel mahkemenin kararını onamıştır³⁹⁴.

Yargıtay 11. HD., E. 2015/443 K. 2015/7009 T. 15.5.2015 tarihli kararında ise yerel mahkeme televizyon program formatını FSEK kapsamında sinema eseri olup olmadığını değerlendirmiş ve Yargıtay da bu kararı onamıştır. Mahkeme,

“yazılı program formatlarının FSEK md. 8/III uyarınca "s." olarak korunabilecekleri, fakat davacı tarafından dosyaya metinlerin bu nitelikte olmadıkları, zira anılan metinlerde tarif edilen programa ilişkin detaylı bir program akışına ve onu benzer programlardan ayıracak karakteristik sabit unsurlara yer verilmediği, söz konusu metinlerde zaten aynı tür yarışmaların tamamında teknik açıdan var olması gereken ve hususiyet taşımayan sabit program unsurlarının açıklandığı, program çekimlerinde kullanılabilecek bir planlama içermediği”

gerekçesiyle formatın sinema eseri olmadığına karar vermiştir.

Yargıtay 11. HD., E. 2017/2795 K. 2019/179 T. 9.1.2019 tarihli kararında

“... davaya konu programın sunuş, biçim ve içerik bakımından diğer eğlence programlarından farklılık arz ettiği, özellikle programdaki skeçler dikkate alındığında genel itibarıyla belli bir senaryo dahilinde yürütüldüğü, yönetmenin inisiyatifi doğrultusunda gerçekleştirildiği ve hareketli görüntüler dizisini haiz ve gösterilmeye elverişli bulunduğu göz önüne alındığında, FSEK.'nın 5. maddesi kapsamında sinema eseri olduğu...”

ifadesine yer vermiş ve Yargıtay da yerel mahkemenin kararını isabetli bulmuştur.

Televizyon program formatlarının hukuki niteliğine ilişkin yakın tarihli mahkeme kararlarında genellikle formatların eser niteliğine haiz olmadığı ve bu sebeple FSEK

³⁹⁴Benzer bir diğer karar örneği için bkz.: Yargıtay 11. HD., E. 2011/8810 K. 2013/11841 T. 06.06.2013. Bu kararda da mahkeme, televizyon program formatlarının yazılı bir metin halinde ve sabit olarak tekrarlanabilir şekilde tespit edilmesi, özgün olması ve hususiyet taşıması halinde FSEK'in 2. maddesi kapsamında ilim ve edebiyat eseri sayılabileceğine karar vermiştir. Karar Yargıtay tarafından onanmıştır.

kapsamında korunmayacağı sonucuna varılmıştır. Mahkemeye göre formatlar, FSEK hükümleri uyarınca değil, TTK'nın haksız rekabet hükümlerine göre korunabilecektir³⁹⁵.

Yukarıdaki mahkeme kararları incelendiğinde televizyon program formatları söz konusu olduğunda uyuşmazlık genellikle benzer konularda çıkmaktadır. İlk olarak, formatı meydana getiren kişi aklındaki fikirle onu tam teşekküllü bir program formatına dönüştürmeyi önermek için bir yapım şirketi veya televizyon kanalıyla iletişim kurar. Her ne kadar programa dair detayları paylaşmasa da, fikrini karşı tarafa anlatmak isteyen format üreticisi ister istemez fikrinden yapım şirketine veya televizyon kanalı yetkilisine açıklar. Fikir hakkında bilgi sahibi olan yapımcı, format geliştiricisi ile görüşmeleri sonlandırır ve birkaç ay sonra format geliştiricisini dâhil etmeden program formatını geliştirebilir.

Yukarıdaki Yargıtay kararları ışığında; televizyon program formatlarının FSEK kapsamında otomatik olarak eser sayılmayacağı ve her olay özelinde detaylı değerlendirme yapılmalıdır. Bu tür uyuşmazlıklar sıklıkla meydana gelmektedir ve hak iddiasında bulunan format fikri üreticisi haklarını fikri hak, sözleşme ve haksız rekabet hükümlerine dayandırabilir.

Bu noktada şu hususa da dikkat etmek gereklidir. Karşılaştırmalı hukukta verilen mahkeme kararları örneklerinde de olduğu gibi, önüne uyuşmazlık gelen hâkim söz konusu uyuşmazlığın televizyon programından mı yoksa programın formatından mı olduğunun ayrımını yapabilmelidir. Çünkü program denilen şey televizyon ekranından seyircilerin izlediği, genellikle de kaydedilerek sabitlenen görüntülerdir. Format ise, o programın temelidir. Bu temel yazılı olabileceği gibi yazısız da olabilir ancak çoğunlukla detaylı bir anlatım için, programın çekilmesi aşamasına gelindiğinde yazılı hale gelir. Özellikle bu noktada, uyuşmazlık önüne gelen hâkim formatların telif hakkı kapsamında korunmadığını baştan kabul ederek meseleye yaklaşmamalı ve somut olayı özel olarak değerlendirmelidir. Eğer ki söz konusu format, daha önce benzeri görülmemiş veya diğer format türlerinden içerik olarak ayrılabilen içeriğe sahipse, Türk hukukunda FSEK anlamında da ilim ve edebiyat eseri olarak kabul edilmelidir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, mahkeme tarafından FSEK kapsamında eser olarak kabul edildikten sonra, söz konusu

³⁹⁵Bu doğrultuda verilen karar örnekleri için bkz.: Yargıtay 11. HD., E. 2018/2799 K. 2019/4180 T. 10.06.2019; Yargıtay 11 HD., E. 2019/5193 K. 2020/3304 T. 29.06.2020; Yargıtay 11 HD., E. 2016/8864 K. 2018/1893 T. 12.03.2018.

formatın veya programın hangi eser türüne girdiği uygulanacak hukukun tespitinde bir önem taşımayacaktır.

FSEK’te görsel işitsel ifadesinin geçtiği tek yer m. 1/b’nin f bendidir. Bu bentte fonogram tanımlanırken, sinema için de görsel işitsel eser demiştir. Ancak burada da görsel işitsel ifadesinin tanımı yapılmamıştır. FSEK’te Fransız ve Amerikan hukukundaki gibi görsel işitsel eser tipi düzenlenmemiştir. Ancak sinema eserini tanımlayan FSEK m. 5’te değişiklik yapan 4630 sayılı Kanunun gerekçesine bakıldığında, görsel işitsel eser olmasa da, görsel işitsel nitelikteki yapıım ifadesi görülmektedir. Bu sebeple sinema eserlerini kapsamayı istenen yaratımlar kategorisinin mümkün olduğunca geniş tutulmaya çalışıldığı söylenebilir³⁹⁶. Ancak Ateş’in de ifade ettiği üzere, Kanun gerekçesiyle ortaya çıkan kanun maddesi arasında fark vardır³⁹⁷.

Televizyon yayınlarının sadece yayın olarak korunması da mümkündür. Komşu hakların tanımı FSEK m. 1b’nin k bendinde yapılmıştır. Bağlantılı haklar ise 1b’nin j bendinde yapılmıştır. Yapılan tanıma göre komşu hak sahipleri aynı zamanda bağlantılı hak sahibidir. FSEK m. 80/f. 1 C bendinde radyo televizyon kuruluşlarının bu kanunda öngörülen yükümlülükleri yerine getirdikten sonra sahip oldukları haklar sayılmıştır. Çalışmamızın doğrudan içinde olmadığından, FSEK’e göre komşu hak sahiplerinden olan radyo televizyon kuruluşlarının bu yayınlar üzerindeki haklarına detaylı olarak yer verilmeyecektir³⁹⁸. Çünkü bu durum televizyon eserlerinin hukuki niteliğinin belirlenmesinde herhangi bir etkiye sahip değildir. Yayınlar konu olan yaratımların FSEK kapsamında eser sayılıp sayılmaması, radyo televizyon kuruluşlarının komşu haklarını etkilememektedir.

FSEK’te televizyon için hazırlanan yaratımlarla ilgili herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Sadece eser sahibinin haklarına komşu hakların düzenlendiği FSEK m. 80/f. 1 c bendinde radyo televizyon kuruluşlarının gerçekleştirdikleri yayınlar üzerindeki yükümlülükleri yerine getireceklerini belirttikten sonra bu yayınlar üzerinde hangi haklara sahip oldukları düzenlenmiştir. Ancak televizyon programlarının hukuki niteliğine dair bir açıklama yoktur. Bu nedenle televizyon yayınlarının hukuki niteliğinin

³⁹⁶Tosun, 2013, **a.g.k.**, s. 138.

³⁹⁷Ateş, 2007, **a.g.k.**, s. 263.

³⁹⁸A. Arkan (2005). *Eser sahibinin haklarına bağlantılı haklar* (1. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 31.

belirlenmesi başvurulacak kıstaslar FSEK m. 5'te yer alan kıstaslardır³⁹⁹. Ancak bu maddede yer alan sinema eseri olma özelliğini taşıyan televizyon programları sinema eseri olarak korunabilecektir. Sinema eseri sayılmaya müsait olmayan fakat kendini oluşturan öğelerin bir veya birkaçının FSEK'te yer aldığı televizyon programının o kısmı, diğer eser tiplerinden birinin kapsamına girerek o eser tipince korunabilecektir. Mesela bir yarışma programı, sinema eseri olarak korunamamasına rağmen, bu program için hazırlanan özgün müzik, FSEK musiki eser 3. madde kapsamında korunabilecektir.

Formatlar, lisans sözleşmesine konu olmakta, ancak hukuki niteliğinin belirsizliği nedeniyle hangi hukuki korumadan faydalanacağı incelenmesi gerekmektedir. Burada, fikri bir çalışmanın sonucu olan formatların bir eser olarak korunacak şartları taşıyıp taşımadığı, korunacaksa hangi eser tipine ait olduğu, eser olarak korunmayacaksa kendisine hangi hükümlerin uygulanacağını belirlenmesi gerekir. Televizyon yayınlarının hukuki nitelikleri tartışılırken FSEK m. 5'te yer alan sinema eserleriyle ilişki kurulması, sinema eserlerinin kriterlerinden birinin "birbirleriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisini" sahip olmasıdır⁴⁰⁰. Ama bu konuda inceleme yapılırken FSEK m.1/b'de yer alan eser tanımı ve FSEK'in *numerus clausus* ilkesine göre belirlediği diğer eser tipleri de göz önünde bulundurulacaktır.

3. DEĞERLENDİRME

Fikri haklara konu olacak ürünler, devlet hukuklarında bu ürünlerin sınırlı sayıda sayılmaları sebebiyle tartışmalara yol açmaktadır. Ancak Amerikalı hukukçu *Geller* tarafından ifade edildiği üzere, günümüzde 181 devletin taraf olduğu Bern Sözleşmesi tarafından sayılan eser türleri ve yapılan eser tanımları, bu ürünlerin vasıflandırılmasını kolaylaştırmaktadır⁴⁰¹. Bu sayede mahkemeler ne *lex fori* ne de *lex causae* fakat karşılaştırmalı hukuk ışığında fikri haklar alanında birbirine yakın vasıflandırma yapabilecektir. Ancak gelişen teknolojinin ışığında ortaya çıkan yeni ürünlerin sayılan eser türlerinden birinin kapsamına girmemesi halinde nasıl bir çözüm bulunacağına dair devletler arasında ortak bir düşünce yoktur. Söz konusu sinema filmleri olduğunda gerek

³⁹⁹Tosun, 2013, **a.g.k.**, s. 137.

⁴⁰⁰Tosun, 2013, **a.g.k.**, s. 150.

⁴⁰¹Hatta *Geller* Sözleşme tarafından sağlanan asgari hakların, mahkemelere uyumsuzluğu vasıflandırmak için ortak terimler sunması sebebiyle bir *lingua franca* üretildiğini söylemektedir. P. E. Geller (2004). Conflicts of Laws in Copyright Cases: Infringement and Ownership Issues. *Journal of the Copyright Society of the USA*, 51 (1), s. 321.

uluslararası sözleşmeler gerekse karşılaştırmalı hukukta devletlerin maddi hukuklarında bu ürünlerin korunacağına dair bir tartışma yoktur. Ancak sorun, sinema filmi türüne benzeyen ürünlerin mesela televizyon programları ve formatlarının korunup korunamayacağı noktasında çıkmaktadır. Hele ki Bern Sözleşmesinde veya Amerika gibi hukuk düzenlerinde korunacak eserler arasında doğrudan film veya sinema filmi ibaresi yerine “görsel işitsel ürün” ifadesinin kullanılması, sinema benzeri ürünlerin de bu kapsama alınıp alınamayacağı tartışmalarına yol açmıştır.

Karşılaştırmalı hukukta yer alan düzenlemeler, doktrin görüşleri ve mahkeme kararları incelendiğinde bu tartışmaların tek bir cevapla veya uygulamayla sonuçlanmasının mümkün olmadığı açıktır. Amerikan hukukunda bu şekilde bir üst başlık olması sebebiyle formata dayalı veya formata dayalı olmayan ve kanunların aradığı diğer şartları (sabitlenme ve orijinallik) da taşıyan televizyon programları da bu kapsamda filmlerle birlikte eser olarak korunabileceğine dair kararlar mevcuttur ancak ne mahkeme uygulamalarında ne de doktrinde bu yönde tutarlı bir sonuç vardır. Bunun en büyük sebebi ise hukuk düzenlerinde fikirlerin korunamayacağına dair kabul görmüş ilkedir. Birleşik Krallık ve İsviçre ise bu konuya daha katı yaklaşmaktadır ve somutlaşmamış bir fikrin korunamayacağına dair kararları çoğunluktadır.

Türk hukukunda da mahkemelerin birbirinden farklı kararları söz konusudur. Sinema filmleri, televizyon dizileri, nerede yayınlandığına bakılmaksızın sahibinin hususiyetini taşıyan belgesel filmi, reklam filmi gibi ürünler fikri hak kapsamında korunmaktadır. Ancak televizyon programları ve formatlarından doğan uyumsuzlukların fikri hak kapsamında korunup korunamayacağına dair farklı mahkeme kararları vardır. Bizce konu burada bir ayırım yapılarak incelenmelidir. Televizyonda seyircilerin izlemesi için yayınlanan televizyon programları ile bu programların formatları birbirinden ayrıdır. Her ne kadar zor olsa da, televizyon program yayınları, yeterli özgünlüğü taşıması halinde, bir sinema eseri veya televizyon için çekilmiş sinema veya dizi gibi, bu eserlerde aranan şartları taşıması durumunda kendisine koruma bulabilir. Bu programların formatları ise, yazılı olması başka bir ifadeyle somutlaşması halinde, şartlarını da taşıyorsa FSEK kapsamında eser olarak kendisine koruma bulabilir. Öte yandan sözlü olarak iletilen bir fikir, nasıl ki bu yazılı halinde bile detaylandırılıp bir orijinallik taşınamaması halinde korunamayacaksa, kendisine koruma bulamayacaktır. Bu noktada şunu da belirtmek gerekir ki, çalışmanın devamında incelenecek olan uygulanacak hukuk

kısımında, uyuşmazlık konusunun fikri hak olarak vasıflandırılıp vasıflandırılmadığı önem taşır. Fikri hak kapsamında vasıflandırılan bir fikri ürüne uygulanacak hukukun tespitinde bu ürünün edebi eser mi yoksa sinema eseri olarak mı vasıflandırıldığına bir önemi yoktur.

Sinema eseri, televizyon program veya formatları ile ilgili önüne yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlık gelen Türk mahkemesinin yukarıda açıklanan ihtimallerden birine göre vasıflandırma yapması halinde uygulanacak hukukun belirlenmesi için gidilecek MÖHUK hükümleri farklılık gösterecektir. Sinema eserlerine dair uygulanacak hukukun tespitinde bir sorun yaşanmayacaktır. Çünkü bir kere uyuşmazlık konusu fikri ürünün sinema eseri olduğuna karar verilmesine halinde, bu eserden doğan hakkın ihlaline uygulanacak hukuk olarak hak statüsüne, bu esere dair yapılan sözleşmelere uygulanacak hukuk olarak sözleşme statüsüne gidilecektir. Sorun burada da televizyon program ve formatlarından doğmaktadır. Eğer uyuşmazlık önüne gelen hâkim program veya formatı fikri hak olarak yorumlarsa, ihlali halinde hak statüsüne, fikri hakka ilişkin sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda ise sözleşme statüsüne gidecektir. Mahkemenin uyuşmazlık konusunu televizyon program veya formatını fikri hak kapsamında görmemesi durumunda ise, Türk mahkemelerinin yaygın uygulaması olarak, haksız rekabet hükümlerine veya ilgili olması halinde sözleşme hükümlerine gidilecektir. Biz de bu sebeple çalışmanın devamında uygulanacak hukuku incelerken karşılaştırmalı hukuktaki hak statüsünü, fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeleri ve sadece Türk hukuku açısından haksız rekabet ve sözleşme hükümlerini incelemeyi uygun görmekteyiz.

BİRİNCİ BÖLÜM
KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA
TELEVİZYON PROGRAMLARI VE SİNEMA YAPIMLARINDAN
DOĞAN VE YABANCILIK UNSURU TAŞIYAN UYUŞMAZLIKLARA
UYGULANACAK HUKUK

1. GENEL OLARAK

Fikri ürünlerin konu olduğu yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda ortaya çıkan en temel sorunlardan biri, söz konusu ürünlerin farklı vasıflandırılması, ürünlerin vasıflandırılması sonucu farklı hakların bahşedilmesi ve bu ürünlerin doğası ile ilgilidir. Uyuşmazlık önüne gelen mahkeme öncelikle ortada fikri hak kapsamında korunacak bir eser var olup olmadığını, fikri hakkın asıl sahibinin kim olduğunu, bu hakların içeriğini ve sınırlamalarının neler olduğunu belirlemelidir.

Fikri haklara ilişkin uyuşmazlık önüne geldiğinde hâkim, uyuşmazlığın fikri haklarla ilgili olduğuna karar verdikten sonra tekrar bir vasıflandırma yapmalıdır. Hatta mahkeme bu vasıflandırmayı gerekli görmesi halinde uyuşmazlığı parçalara ayırarak (*depeçage*) da yapabilir⁴⁰². Çünkü burada uyuşmazlık fikri hakkın özü ile ilgili olan konulardan doğabileceği gibi, onun konu edildiği sözleşmeye dair bir husustan da doğmuş olabilir. Bazı durumlarda ise uyuşmazlık fikri hakkın konu edildiği bir sözleşme olmasına rağmen konusu hakkın özüne ilişkin olabilir. Burada yapılması gereken taraflar arasındaki işlemlerin fikri hakka ilişkin tasarruf işlemi mi yoksa taahhüt işlemi mi olduğunu belirlemektir. Vasıflandırmaya göre içerdiği işlem çeşitleri farklı devletler arasında farklılık gösterse de⁴⁰³ kural olarak tasarruf işlemleri fikri haklara ilişkin hak statüsüne tâbi iken taahhüt işlemi (borçlandırıcı işlem) fikri haklara ilişkin sözleşmeler statüsüne tâbidir. Bir örnekle açıklamak gerekirse, fikri hakkın devrini sağlayan lisans sözleşmesi düşünüldüğünde, sözleşmenin borçlandırıcı kısmı sözleşme statüsüne tâbi olurken tasarruf işlemi kısmı hak statüsüne tâbi olacaktır⁴⁰⁴.

Fikri hakların devrine ilişkin sözleşmelerin kendine özgü özelliklerinden biri, sözleşme tarafları arasındaki sözleşmeden doğan yükümlülüklerin fikri hakkın kendisiyle ilgili konulardan ayırt edilmesi gerektiğidir. Biz de çalışmamızda incelememizi fikri

⁴⁰²Geller, 2004, **a.g.k.**, s. 357 - 358.

⁴⁰³Nomer, 2017, **a.g.k.**, s. 354.

⁴⁰⁴Çelikel ve Erdem, 2017, **a.g.k.**, s. 374.

haklara ilişkin hak statüsü ve sözleşme statüsü olarak ayrı başlıklarda incelemeyi uygun görmekteyiz.

Fikrî haklara ilişkin sözleşmeler, hakkı veya hakkın kullanımını devreden sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerin konusu, fikri ürün olabileceği gibi onun kullanım hakkı, çoğaltma hakkı, yayma hakkı, koruma hakkından doğan hak, imtiyaz hakkı gibi haklar olabilirken; sözleşme tipleri ise, hakların devrine ilişkin sözleşmeler (hasılat kirası, ariyet, ön alım, geri alım ve satım akdi gibi), lisans sözleşmeleri veya yararlanma hakkının verilmesine ilişkin sözleşmeler olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁰⁵. Yabancılik unsuru içeren fikri ürün önüne gelen hâkim yaptığı vasıflandırma sonucunda fikri hakkın özüne ilişkin bir uyuşmazlık varsa hak statüsünü, fikri hakka ilişkin sözleşmeden kaynaklanan bir uyuşmazlık varsa sözleşme statüsünü tespit edecektir. Yaptığı vasıflandırma sonucunda fikri eser olmadığına kanaat getirdiği bir uyuşmazlık olduğundaysa hâkim ya haksız rekabet hükümlerine ya da sözleşmeye dair genel hükümlere gidecektir. Fikri haklara ilişkin bu açıklamalara geçmeden önce gerek Türk hukuku gerekse karşılaştırmalı hukukta yer alan düzenlemelerin anlaşılabilmesi için bazı hususlara yer verilecek ve ardından fikri hak olarak vasıflandırılan televizyon programları ve sinema yapımlarından doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk hak ve sözleşme statüsü kapsamında incelenecektir. Devamında fikri hak olarak vasıflandırılmayan televizyon programı ve sinema yapımlarından doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuka dair açıklamalara yer verilecektir.

2. FİKRİ VE SANAT ESERLERİNDEN DOĞAN YABANCILIK UNSURU TAŞIYAN UYUŞMAZLIKLARA UYGULANACAK HUKUK

2.1. Fikri Haklar Alanında Ülkesellik, *Lex Protectionis* ve *Lex Originis*

2.1.1. Ülkesellik ilkesi

Ülkesellik ilkesi, fikri hakların sınır ötesi tanınmasına ilişkin uyuşmazlıklarda sıklıkla ortaya çıkan tartışmaların kaynağı olmuştur. Fikri haklarda ülkesellik ilkesinin temel dayanağı, her devletin fikri hakların var olup olmadığını ve ne ölçüde var olduğunu ve kendi toprak sınırları içinde korunup korunmadığını kendisinin belirlemesine dair yerleşmiş genel kabuldür⁴⁰⁶. En genel ifade ile fikri haklar alanında ülkesellik ilkesiyle

⁴⁰⁵Nomer, 2017, **a.g.k.**, s. 353.

⁴⁰⁶L. Lundstedt (2016). *Territoriality in Intellectual Property Law* (1. Baskı). Stockholm: Stockholm University, s. 1.

kast edilen bu hakların bulunduğu ülke ile arasındaki varlığı kabul edilen doğal bağıdır⁴⁰⁷. Ülkesellik ilkesi gereği fikri hakkın bir ülke hukuku içinde korunması, bu fikri hakkın varlığının o ülke hukukunda tanınmasına bağlıdır ve fikri hak ancak varlığını tanıyan ülke sınırları içinde ve yine bu ülkenin hukuk kuralları gereği korunur⁴⁰⁸. Tescile bağlı olarak hakkın doğduğu sınai haklarda ülkesellik ilkesinin yansıması daha rahat görülebilmektedir⁴⁰⁹. Ancak fikri hakların korunması için tescil edilmelerinin zorunlu olmadığı Bern Sözleşmesinden bu yana kabul edilmektedir. Diğer bir yönüyle ülkesellik, bir devletin sağladığı korumanın diğerinden bağımsız olduğu ve her devletteki korumanın birbirinden ayrı olması sonucunu beraberinde getirmektedir⁴¹⁰. Her ne kadar ülkesellik ilkesi sebebiyle milletlerarası özel hukuk ile bağdaşmayan bir konu algısı oluştursa da, fikri hakların kapsamına giren konuların kanunlar ihtilafı kuralları tarafından düzenlenmesine engel olunmaması gerektiği doktrinde ifade edilmiştir⁴¹¹. Fikri hakların ülkeselliği kanunlar ihtilafı kuralları sisteminde tarihsel süreçte kendisine uygun yöntemle kavuşmuştur. Bu tarihsel süreci anlamak için fikri hakların gelişimine tekrar bakmak gerekmektedir.

Orta Çağda fikri ürünler meydana gelmeye başladığında bu ürünlerin korumasını bizzat hükümdar ve kral sağlamıştır. Bu dönemde yöneticiler bir kitap basıldığında veya yeni bir teknolojiye dayalı ürün üretildiğinde kendi servetlerini de geliştirmek için bizzat kendileri bu ürünleri üretenlere bireysel olarak münhasır hak ve imtiyazlar tanımıştır⁴¹². Ancak zamanla 19. yüzyılın ortalarına gelindiğinde çoğu batılı ülke kendi fikri haklara ilişkin kanunlarını oluşturmaya başlamış, bu kraliyet imtiyazları da kurumsal hal almıştır. Yine de kanunlaşma başlamış olsa bile, kanunlarla verilen bu hakların aslında o yerin egemeninin kendi haklarını devretmesi ve sınırlaması sonucu doğduğuna ve hakların

⁴⁰⁷“P. Groves (1994). *Intellectual Property with Competition Law and Practice* (Baskı). Cavendish, s. 4.” Den aktaran Çelikel ve Erdem, 2017, **a.g.k.**, s. 359; G. W. Austin (2017). Cooperation through Conflict of Laws The Justiciability of Cross-Border Copyright Infringement. *International Intellectual Property and the ASEAN Way*. Cambridge: Cambridge University Press, s. 113.

⁴⁰⁸C. Şanlı (2019). *Milletlerarası Özel Hukuk* (7. Baskı). İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 261.

⁴⁰⁹G. B. Dinwoodie (2005). Conflicts and International Copyright Litigation: the Role of International Norms. *Intellectual Property in the Conflict of Laws*. Hamburg: Max Planck Institute, s. 197.

⁴¹⁰P. Jurcys (2010). The Role of the Territoriality Principle in Modern Intellectual Property Regimes: Institutional Lessons from Japan. *SSRN*, (1663219), s. 2.

⁴¹¹R. Garnett (2020). Intellectual Property and Private International Law Strangers in the Night? *Across Intellectual Property: Essays in Honour of Sam Ricketson*. Cambridge: Cambridge University Press, s. 163.

⁴¹²J. Basedow (2010). Foundations of Private International Law in Intellectual Property *Intellectual Property in the Global Arena*. Tübingen: Mohr Siebeck, s. 7; P. Drahos (2007). The Universality of Intellectual Property Rights: Origins and Developments. *Intellectual Property and Human Rights*. Cenevre: WIPO Publication, s. 15.

ondan (egemenden) kaynaklandığına inancı devam etmiştir⁴¹³. Fikri haklarda ülkeselliğin varlığı, başka bir ifadeyle bu hakların bir devletin ülkesindeki hukuk kurallarına tâbi oluşu, aynı zamanda bir devletin sosyal ve ekonomik kalkınmayı teşvik etmek için bu alana dair kanunlarının kapsamını kendi ülkesiyle sınırladığı için de çıkarına olarak kabul görmüştür⁴¹⁴.

Devletlerin fikri haklar konusunda ulusal kanunlarını hazırlamaları devletler arasında farklılıklara ve fikri eser sahibi kişilerin diğer ülkelerde eşit şekilde korunmamasına sebep olmuştur. Bu sebeple devletler kendi vatandaşlarının haklarının korunması için öncelikle diğer devletlerle ikili anlaşma yapma yoluna gitmiştir⁴¹⁵. 19. yüzyılın sonuna gelindiğinde bu ikili anlaşmalar yerini 1883 tarihinde sınai mülkiyet haklarının korunması için Paris Sözleşmesine, 1886 yılında da edebi ve sanat eserlerinin korunması için Bern Sözleşmesine bırakmıştır⁴¹⁶. Hem Bern hem de Paris Sözleşmesi fikri eserlerin uluslararası alanda korunmasını şekillendiren ilkelere dayanmaktadır. Her iki Sözleşmenin de altında yatan ana fikirlerden biri ülkesellik ilkesidir⁴¹⁷. Bu ülkeselliğin bir yansıması olarak, her ne kadar telif hakları konusunda Bern Sözleşmesi ve TRIPS gibi uluslararası sözleşmeler asgari koruma standardı tanımış olsa da *Ginsburg* tarafından uluslararası telif hakkı diye bir şeyin olmadığı, bunun yerine eser sahibinin Fransız telif hakkının, ABD telif hakkının, Meksika telif hakkının, Japon telif hakkının ve benzerlerinin sahibi olduğu ifade edilmiştir⁴¹⁸. Uluslararası sözleşmeler ile fikri hak alanında farklı ulusal kanunlardan oluşan bir “mozaik” yaratarak, kombinasyon halinde fikri hakların uluslararası korunması meydana gelmiştir⁴¹⁹.

Jurčys fikri haklarda ülkesellik ilkesinin farklı görüşlerine örnekler vermiştir. Yazara göre fikri haklar ülkeseldir ve bu haklar hakkı veren devletin sınırları içinde

⁴¹³Basedow, 2010, **a.g.k.**, s. 8.

⁴¹⁴P. S. Morris (2019). From Territorial to Universal - The Extraterritoriality of Trademark Law and the Privatizing of International Law. *Cardozo Arts & Ent. L.J.*, 37 (1), s. 70.

⁴¹⁵Drahoş, 2007, **a.g.k.**, s. 17.

⁴¹⁶T. Kono (2017). Territoriality. *Encyclopedia of Private International Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, s. 1704; T. Kono (2012). Jurisdiction and Applicable Law in Matters of Intellectual Property. *General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*. New York: Springer, s. 394.

⁴¹⁷Austin, 2017, **a.g.k.**, s. 113; Kono, 2012, **a.g.k.**, s. 395. Kono bir başka çalışmasında fikri ve sınai haklar alanında yapılan uluslararası sözleşmelerin temelinde ulusal muamele, ülkesellik ve hakların bağımsızlığı olarak üç ilkenin bulunduğunu belirtmiştir. Bkz.: Kono, 2017, **a.g.k.**, s. 1074 - 1075.

⁴¹⁸J. C. Ginsburg (1995). Global Use/Territorial Rights: Private International Law Questions of the Global Information Infrastructure Part I. *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, 42 (4), s. 330.

⁴¹⁹Austin, 2017, **a.g.k.**, s. 113.

kullanılabilir⁴²⁰. Fikri hakların ülkesel niteliği bu hakların bağımsızlığına da yol açar. Başka bir ifadeyle bir fikri ürün üzerinde doğacak olan fikri hak sadece o devlette doğar ve bu doğmuş hak başka bir devlette kendisine koruma sağlanması yükümlülüğü doğurmaz ancak o ürünün diğer devletin hukukunun aradığı şartları taşıması halinde kendisine diğer devletten bağımsız fikri hak elde etmesi de mümkündür⁴²¹. Bu noktada *Garnett* fikri hakların bu özelliğinin uluslararası özel hukuk ile bağdaşmadığı fikrine kapılmamak gerektiğine işaret etmektedir. Yazara göre milli ve milletlerarası özel hukuk sistemlerinin çoğu yabancı devletin kanunlarına ve yargı yetkisine eşit ve ayrımcı olmayan bir temelde yaklaşma iddiasını taşır⁴²². Fikri hakların ülkeselliği ise fikri hakların sahipliğini, geçerliliğini veya ihlalini belirlemek için hangi ulusal mahkemelerin yargı yetkisine sahip olduğu, bu tür konularda hangi kanunun uygulanacağı veya fikri hakla ilişkin bir mahkeme kararının başka bir devlet mahkemesinde uygulanabilirliği hakkında bir şey söylememektedir⁴²³. Bu konuları düzenleyecek olan yine uluslararası özel hukuk kurallarıdır.

Her ne kadar yukarıda açıklandığı üzere geleneksel olarak fikri ürünler üzerinde ülkesellik ilkesi kabul edilmiş olsa bile, tanınması ve korunması için tescile ihtiyaç duyulmayan fikri haklara ilişkin bazı konularda ülkesellik ilkesi tartışılmaktadır. *Dinwoodie*, tescile gerek kalmaksızın doğan fikri hakların, marka ve patent gibi tescil ile doğan hakların aksine, bir devletin işlemine dayanmadığı (*act of state doctrine*) için devlet egemenliğinin yansıması olarak devlet eylemi olarak görülmemesi gerektiğini ifade etmiştir⁴²⁴. Hatta Yazar, patent ve markanın her ülkenin kendi değişkenlerinin daha fazla olması sebebiyle⁴²⁵, fikri hakları bunlardan ayrı tutarak tescilli haklara nazaran daha fazla evrensel niteliğe sahip olduğunu ve bu sebeple telif hakkının evrenselliğinin uluslararası yargıya daha kolay uyum sağlaması gerektiğini ifade etmiştir⁴²⁶.

⁴²⁰Jurcys, 2010, **a.g.k.**, s. 3.

⁴²¹Jurcys, 2010, **a.g.k.**, s. 3.

⁴²²Garnett, 2020, **a.g.k.**, s. 161. Esasında kural olarak yabancılık unsuru içeren bir uyumsuzlukta kanunlar ihtilafı kuralları aracılığıyla tespit edilen her hukuk düzeninin sınır aşan (*extraterritorial*) etkiye sahip bir şekilde uygulanabileceği kabul edilir. Kanunların sınır aşan şekilde uygulanmasına ilişkin bkz.: B. Tiryakioğlu (2021). Extraterritorial Implications of Turkish Legislation. *Public and Private International Law Bulletin*, 41 (2), s. 933.

⁴²³Garnett, 2020, **a.g.k.**, s. 163.

⁴²⁴Dinwoodie, 2005, **a.g.k.**, s. 197 - 198.

⁴²⁵Yazara göre ticari marka kanunları farklı ülkelerdeki tüketici anlayışlarına ve patent kanunları ise patent ofisi tarafından kabul edilen taleplere bağlıdır. Dinwoodie, 2005, **a.g.k.**, s. 198.

⁴²⁶Dinwoodie, 2005, **a.g.k.**, s. 198.

Bu noktada sorun fikri hakların uluslararası alanda kullanımıyla ilgilidir. Fikri hakların sınır ötesinde varlık göstermesi durumunda veya bu hakların ihlal edilmesinde uygulanacak hukuk hangisidir? Katı şekilde ülkeselliğin benimsenmesi durumunda her bir devlet için o devletin kanunlarıdır. Ancak bu durum milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti ve kanunlar ihtilafı sistematigiyle ne kadar örtüşmektedir? Buradan hareketle aşağıda görüleceği üzere karşılaştırmalı hukukta mahkemeler ve doktrin birden fazla devlet ile irtibatlı uyuşmazlığa tek bir hukuku uygulamak için farklı yollar aramışlardır. Fikri haklara ilişkin uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun belirlenmesi için süreç içinde sunulan öneriler korumanın talep edildiği yer hukuku (*lex loci protectionis*), menşe yeri hukuk kuralı (*lex loci originis*), sözleşme hukuku (*lex contractus*), haksız fiilin işlendiği yer hukuku (*lex loci delicti commissi*) ve forum hukuku (*lex fori*) olarak karşımıza çıkmaktadır⁴²⁷. Ancak çalışmamızda önemi sebebiyle menşe yeri hukuku ve korumanın talep edildiği yer hukuku anlatılacaktır⁴²⁸.

2.1.2. Lex loci protectionis (Koruma yeri hukuku)

Milletlerarası özel hukuk metodolojisinde haksız fiillere uygulanacak hukukun *lex loci delicti commissi* başka bir ifadeyle haksız fiilin işlendiği yer hukuku olduğu genel kabul görmüş⁴²⁹ kuraldır⁴³⁰. Haksız fiilden doğan uyuşmazlığa uygulanacak hukuk ülkesellik ilkesinin bir sonucu olarak⁴³¹ ve işlem güvenliğini de sağladığı gerekçesiyle uzunca bir süre haksız fiilin meydana geldiği yerin hukuku olmuşsa da⁴³², zamanla

⁴²⁷Detaylı bilgi için bkz.: B. B. Erdem (2002). *Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk* (2. Baskı). İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 91 vd.

⁴²⁸Forum hukukunu (*lex fori*) benimsemek, davaya bakan mahkemenin bulunduğu ülkenin ulusal hukukunu uygulanması iken sözleşme hukuku (*lex Contractus*) ilgili sözleşmenin yapıldığı veya sözleşme konusunun ifa edildiği yerin hukukunu ifade eder. Detaylı bilgi için bkz.: T. Leepuengtham (2017). *The Protection of Intellectual Property Rights in Outer Space Activities* (1. Baskı). Birleşik Krallık: Edward Elgar Publishing, s. 179. *Lex fori* uygulanacak hukuk olarak elbette *lex originis* veya *lex loci protectionis* ile kesişebilir ancak doğrudan *lex fori*'nin uygulanmasını biz de kanunlar ihtilafının olması gereken iki yanlı sistematigine aykırı düşeceğinden uygun bulmamaktayız.

⁴²⁹Roma II Tüzüğünde yer alan farklı düzenlemeye aşağıda değinilecektir.

⁴³⁰Göğçer, 1977, **a.g.k.**, s. 314. Kuralın Roma Hukukuna dayanan kökenleri ve gelişimi için bkz.: H. Krüger (1968). (Çev. Necla Giritlioğlu) Türk Devletler Hususi Hukukunda Lex Loci Delicti Commissi Kuralı Üzerine Bazı Düşünceler. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1 (2), s. 253 vd; H. E. Yntema (1953). The Historic Bases of Private International Law. *The American Journal of Comparative Law*, 2 (3), s. 304.

⁴³¹Krüger, 1968, **a.g.k.**, s. 258 - 259.

⁴³²Krüger, 1968, **a.g.k.**, s. 259.

tarafların ortak vatandaşlığı veya ortak ikametgahlarının bulunduğu uyuşmazlıklar⁴³³ olduğunca bu kuralın esnetilmesi söz konusu olmuştur. Nihayetinde bugün artık, çoğu hukuk sisteminde haksız fiilden meydana gelen uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk, haksız fiil meydana gelmeden önce veya sonra, taraflarca belirlenebilmekte, taraflarca seçilen bir hukukun yokluğu halinde ise haksız fiile, haksız fiille en yakın ilişkiye sahip olduğu düşünülen hukuk olarak haksız fiilin işlendiği yer hukuku uygulanmaktadır. Ancak yine de somut olayın özelliklerine göre uyuşmazlık ve taraflarla daha sıkı ilişkili bir hukukun olması halinde uyuşmazlığı o hukuk idare etmektedir. Doktrinde fikri haklara uygulanacak hukuk olan koruma yeri hukuku kuralının da (*lex loci protectionis*), *lex loci delicti commissi* olarak somutlaştığı ifade edilmiştir⁴³⁴.

"Koruma yeri hukuku" anlamına gelen *lex loci protectionis* kuralı fikri hakların ülkeselliği ile ilişkilendirilmiştir ve bu kural ile hak sahibinin fikri hakkının birden fazla ülke ile irtibatlı olduğu durumlarda uygulanacak hukuk sorununun çözülmesi amaçlanmıştır⁴³⁵. *Lex loci protectionis* kuralının geleneksel anlayışı, fikri hakların ülkesel doğası ile iç içedir⁴³⁶. Fikri hak ihlalinin yabancılık unsuru içermesinde uygulanacak hukukun belirlenmesinde ülkesellik ilkesi kabul edilmiş ve bu ilkeye göre hangi devletin hukukuna göre koruma talep ediliyorsa, uyuşmazlığın o hukuka göre çözümlenmesine karar verilmiştir⁴³⁷. Genel kabule göre *lex loci protectionis* kuralı, hakkın varlığını ve yaratılmasını, kapsamını, geçerliliğini, niteliklerini, süresini, ihlali ve çözüm yollarını belirlemektedir⁴³⁸. *Lex loci protectionis* kuralı, yabancılık unsuru barındıran fikri hak ihtilaflarında ortada korunmaya değer bir hakkın olup olmadığı, eğer böyle bir hak var ise bu hakkın sahibinin kim olduğu, iddia edildiği gibi bu hakkın ihlal edilip edilmediğine karar veren hukuktur⁴³⁹. Yabancılık unsuru içeren fikri haklara ilişkin bir uyuşmazlık söz

⁴³³Bkz.: Babcock v. Jackson, 12 N.Y.2d 473, 191 N.E.2d 279, 240 N.Y.S.2d 743 (1963). 9 Mayıs 1963'te New York Temyiz Mahkemesi Babcock v. Jackson davasında, haksız fiil davalarında zarar yeri hukukunun uyuşmazlığa dair tüm önemli meseleleri yönettiği şeklindeki geleneksel kuralı reddetmiştir. Bkz.: D. F. Cavers vd. (1963). Babcock v. Jackson, 12 N. Y. 2d 473, 191 N. E. 2d 279, 240 N. Y. S. 2d 743 (1963). *Columbia Law Review*, 63 (7), s. 1213.

⁴³⁴Dardağan, 2000, **a.g.k.**, s. 137-138.

⁴³⁵Kono ve Jurčys, 2012a, **a.g.k.**, s. 16.

⁴³⁶Çelikel ve Erdem, 2017, **a.g.k.**, s. 361; E. G. Dardağan Kibar (2016). Fikri Haklar Alanında Uygulanacak Hukuk Sorunu. *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 442; Erdem, 2002, **a.g.k.**, s. 100.

⁴³⁷E. Ömeroğlu (2020). Fikri Mülkiyet Haklarının İhlaline Uygulanacak Hukukta "Soft Law" Tarafından Hukuk Seçimine Yer Verilmesi. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni - Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan*, 40 (1), s. 59.

⁴³⁸Kono, 2012, **a.g.k.**, s. 411.

⁴³⁹Çelikel ve Erdem, 2017, **a.g.k.**, s. 361; Dessementet, 2010, **a.g.k.**, s. 41.

konusu olduğunda söz konusu uyuşmazlığa *lex loci protectionis* başka bir ifadeyle korumanın talep edildiği yer hukukunun uygulanacağı genel olarak kabul edilmekte ise de bu terimin gerçekte ne anlama geldiğine dair evrensel bir tanım yoktur⁴⁴⁰.

Burada dikkat edilmesi gereken husus *lex loci protectionis*'ten anlaşılması gerekenin korumanın talep edildiği “yerin” hukuku olmayıp, fikri hakkın korunmasının talep edildiği ve beklendiği devletin hukuku olduğudur. Elbette hakkı ihlal edilen kişinin, hakkının korunmasını beklediği devlette dava açması durumunda *lex fori* ve *lex loci protectionis* aynı hukuk olabilir. Ancak bunun her durumda böyle olması beklenemez. Hakkın ihlal edildiği devletin dışında başka bir devletin mahkemesinin önüne gelmesi ve mahkemenin yetkisizlik kararı vermemesi halinde, bu mahkeme kendi hukukunu değil koruma istenen devletin hukukunu uygulayacaktır ve bu da yabancı hukuktur⁴⁴¹.

Lex loci protectionis fikri hakların korunmasında tek çözüm müdür? Konu *lex loci protectionis* kuralının ülkesellik ilkesi ile ilişkisi bağlamında tartışılmıştır. Doktrinde bazı yazarlar tarafından fikri ve sınai haklar konusunda yapılan uluslararası sözleşmelerin temelinde yatan ülkesellik ilkesinin, *lex loci protectionis* ihtilaf kuralına, başka bir ifadeyle korumanın talep edildiği devletin hukukun uygulanmasına dönüştüğü kabul edilmiş ve taraf devletlerin de bu kuralı uygulamakla yükümlü oldukları yorumu getirilmiştir⁴⁴². Bern Sözleşmesi'nin 5. maddesinin 2. fıkrasına göre, “*koruma kapsamının yanı sıra eser sahibine haklarını korumak için tanınan tazmin araçları, münhasıran korumanın talep edildiği ülkenin yasalarına tâbi olacaktır.*” ifadesi yer almaktadır⁴⁴³. Doktrinde bu düzenlemenin ihtilaf kuralı olup olmadığı tartışılmıştır. Dardağan⁴⁴⁴ bu düzenlemeyi fikri hak statüsü olarak *lex loci protectionis* başka bir ifadeyle koruma ülkesi hukuku olarak yorumlamaktadır⁴⁴⁵. Bu görüşe göre eser sahibine haklarını koruması için

⁴⁴⁰Leepuengtham, 2017, **a.g.k.**, s. 178.

⁴⁴¹Basedow, 2010, **a.g.k.**, s. 13.

⁴⁴²Kur ve Maunsbach, 2019, **a.g.k.**, s. 48.

⁴⁴³Benzer bir düzenleme Bern Sözleşmesinin 14. maddesinde de yer almaktadır. Buna göre, “*Sinematografik bir eserde telif hakkı sahipliği, korumanın talep edildiği ülkedeki mevzuata tabidir.*”

⁴⁴⁴Aynı yönde bkz.: Dardağan, 2000, **a.g.k.**, s. 154. Benzer şekilde Telif Hakları Evrensel Sözleşmesi (Cenevre Sözleşmesi) ve Roma Sözleşmesinde yer alan düzenleme için bkz.: Dardağan, 2000, **a.g.k.**, s. 154 - 156.

⁴⁴⁵Dardağan, 2000, **a.g.k.**, s. 146-150. Benzer görüş için bkz.: Kono ve Jurčys, 2012a, **a.g.k.**, s. 16; J. Pila ve P. Torremans (2019). *European Intellectual Property Law* (2. Baskı). Oxford: Oxford University Press, s. 536; G. Tekinalp (2006). *Milletlerarası özel hukuk, bağlama kuralları* (9. Baskı). İstanbul: Arıkan Yayınları, s. 281. Düzenlemenin kanunlar ihtilafı kuralı niteliği taşıyıp taşımadığına ilişkin farklı görüşler için bkz.: Fentiman, 2005, **a.g.k.**, s. 133 - 137; Kur ve Maunsbach, 2019, **a.g.k.**, s. 48; Leepuengtham, 2017, **a.g.k.**, s. 182.

tanınan korumanın kapsamı ve tazminat yolları, münhasıran korumanın talep edildiği devletin hukukuna tâbi olacaktır⁴⁴⁶. Ancak yine doktrinde Bern Sözleşmesinde yer alan düzenlemenin başlı başına bir ihtilaf kuralı olmadığı, dolayısıyla kanun koyucuların uygun ve uygulanabilir olması halinde diğer çözüm türlerini de benimseyebilecekleri ifade edilmiştir⁴⁴⁷. *Dinwoodie*, Bern Sözleşmesinde yer alan düzenlemenin ihtilaf kuralı olarak okunmaması gerektiğini, bu maddenin düzenlenme amacının farklı devletlerin hukukları arasından en dar kapsamlı fikri hak korumasını sağlayan devletlerde mütekabiliyet hükümlerini (başka bir ifadeyle koruma için çifte test) yasaklamak olduğunu belirtmiştir⁴⁴⁸.

İsviçre doktrininde de *Müller-Chen* ve *Lüchinger* ülkesellik ilkesi ile korumanın talep edildiği yer hukukunun birbirinden ayırt edilmesi gerektiğini, ülkesellikten anlaşılması gerekenin fikri hakların korunma koşulları ve kapsamına her devletin kendisinin karar vermesi anlamına geldiğini ifade etmiştir⁴⁴⁹. Yine yazarlara göre Bern Sözleşmesinin hükümlerin amacı ancak üye devletin ülkesinde başka bir üye devletin vatandaşının eser sahibi olarak yerli eser sahibi gibi muamele görmelerini sağlamaktır. Bern Sözleşmesi herhangi bir kanunlar ihtilafı kuralı getirmeyi amaçlamamaktadır⁴⁵⁰.

Eechoud, Bern Sözleşmesinde yer alan düzenlemenin Amerika İkinci Bölge Temyiz Mahkemesi *Itar Tass* davasında⁴⁵¹ ve Avrupa Adalet Divanının kararında⁴⁵² da yabancıların haklarının korunmasıyla ilgili olduğunu ve kendisinin de buna katıldığını ifade etmektedir⁴⁵³. *Ginsburg* de, Bern Sözleşmesinin, fikri haklara dair tüm sorunları çözmek için ihlal yeri kuralının uygulanmasını ve en azından fikri hakkın sahipliği gibi

⁴⁴⁶Kono ve Jurčys, 2012a, **a.g.k.**, s. 16.

⁴⁴⁷Kur ve Maunsbach, 2019, **a.g.k.**, s. 48. Benzer görüşler için bkz.: *Dinwoodie*, 2005, **a.g.k.**, s. 201; *Fentiman*, 2005, **a.g.k.**, s. 133 - 137; *Leepuengtham*, 2017, **a.g.k.**, s. 182; *M. Rivoire* (2018). An Alternative to Choice of Law in (First) Ownership of Copyright Cases: The Substantive Law Method Part I: Articles. *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, 65 (1), s. 207.

⁴⁴⁸*Dinwoodie*, 2005, **a.g.k.**, s. 201.

⁴⁴⁹*M. Müller-Chen* ve *C. W. Lüchinger* (2018). *Zürcher Kommentar zum IPRG - Band II - Art. 108a - 200* (3. Baskı). Zürcher: Schulthess Juristische Medien AG, s. 198.

⁴⁵⁰*Müller-Chen* ve *Lüchinger*, 2018, **a.g.k.**, s. 199.

⁴⁵¹*Itar-Tass Russ. News Agency v. Russ. Kurier, Inc.*, 153 F.3d 82, 89 (2d Cir. 1998). İlgili karar aşağıda detaylı olarak incelenecektir.

⁴⁵²*Tod's SpA v. Heyraud SA*, Case C-28/04, 2005 E.C.R. I-05781

⁴⁵³*M. v. Eechoud* (2003). *Choice of Law in Copyright and Related Rights: Alternatives to the Lex Protectionis* (1. Baskı). Lahey: Kluwer Law International, s. 107.

sorunların çözümüne yönelik herhangi bir kanunlar ihtilafı kuralının açıkça düzenlenmediğini ifade etmiştir⁴⁵⁴.

Fawcett ve Torremans Bern Sözleşmesinin 5. maddesinde yer alan düzenlemenin hâkimin hukukunun yabancılara ne zaman uygulanacağını gösteren tek taraflı ihtilaf kuralı olarak görülebileceğini, hâkimin hukukunun uygulanmadığı durumlarda ise hangi hukukun uygulanacağı konusunda sessiz kaldığını ifade ettikten sonra bu kuralın çok taraflı veya gerçek bir ihtilaf kuralına nasıl çevrilebileceğini incelemiştir⁴⁵⁵. Yazarlara göre Bern Sözleşmesi uyarınca, tek taraflı ihtilaf kuralı, menşe ülke hukukunun uygulanmasına yol açan 5. maddenin 3. fıkrasında yer alır. Bu kural iki taraflılaştırıldıktan sonra sadece belli konularda bu kuraldan sapılmalıdır. Eser sahibinin haklarının ihlal edilmesi durumunda istisnai olarak ihlalin gerçekleştiği devletin hukuku, manevi hakların içeriği konusunda ve herhangi bir yayın bulunmadığı takdirde menşei ülke belirlenemeyen yayımlanmamış eserler konusunda eser sahibinin uyruğunda olduğu devletin hukuku uygulanmalıdır⁴⁵⁶.

Yukarıda görüldüğü üzere fikri ve sınai haklar söz konusu olduğunda kural olarak bu hakların ülkesel oldukları ve özellikle bu hakların ihlali söz konusu olduğunda ilgili hakkın ihlalinin iddia edildiği yerde korunup korunmadığını araştıran kural başka bir ifadeyle koruma yeri hukuku geleneksel olarak kabul edilmiştir. Tescil edilen haklar için hal böyle iken varlığı için tescil gerekmeyen fikri haklar için de bu kural sorgulanamaz şekilde kabul edilmeli midir? Patent ve marka gibi tescil gerektiren fikri haklarda tescil ülkesi hakkın doğduğu, varlığının kabul edildiği, kendisine koruma sağlanan ve bu sebeple de ihlal edildiği iddiasında bulunulabilecek yer olduğu için, tescil ülkesi koruma ülkesidir. Fikri haklar içinse konunun bu kadar net olduğu söylenemez. Bern Sözleşmesinin 5. maddesi uyarınca fikri haklar devletin herhangi bir kurumuna tescil gibi herhangi bir resmi gereklilik şartı aranmadan kendiliğinden doğar. Doktrinde fikri haklar için ihlallerin sınır ötesi doğası dikkate alınarak bu hakların geleneksel olarak kabul edilen ülkesel niteliğinin kademeli olarak sınırlandırıldığı ifade edilmiştir⁴⁵⁷. *Dessemontet*, *Ginsburg* ve *Koumantos* gibi birçok yazarın da fikri haklar alanında, fikri

⁴⁵⁴Ginsburg, 1995, **a.g.k.**, s. 330 - 331.

⁴⁵⁵J. J. Fawcett ve P. Torremans (2011). *Intellectual Property and Private International Law* (2. Baskı). Oxford: Oxford University Press, s. 682.

⁴⁵⁶Fawcett ve Torremans, 2011, **a.g.k.**, s. 683.

⁴⁵⁷R. Matulionytė (2013). Calling for Party Autonomy in Intellectual Property Infringement Cases. *Journal of Private International Law*, 9 (1), s. 84.

hakka sadece bir devletin hukukunun uygulanması gerektiğini ileri sürdüklerini aktarmaktadır⁴⁵⁸.

Lex loci protectionis kuralının kabul görmesinin ardından kuralın klasik kanunlar ihtilafı kurallarıyla da ilişkilendirilmesi doktrinde tartışma konusu olmuştur. Fikri haklara uygulanacak hukukun belirlenmesinde tartışmalarda genellikle *lex rei sitae* ve *lex loci delicti commissi* geleneksel kurallarından hareket edilmiştir. Fikri hakların gayri maddi mallar üzerinde doğması sebebiyle bu haklar *lex rei sitae* ile ilişkilendirilmiştir. Öte yandan fikri hakkın ihlali ve dolayısıyla korunması haksız fiil ile ilişkilendirilerek *lex loci delicti commissi* kuralı ile açıklama yapılmıştır. Dardağan haklı olarak, Türk hukukunda fikri hakların açıklanmasında (aşağıda görüleceği üzere) monist görüş benimsendiği için, fikri hakların mülkiyet haklarına indirgenmesinin mümkün olmadığını ifade etmiştir⁴⁵⁹. *Lex loci protectionis* kuralını *lex rei sitae* kuralı ile ilişkilendirmeye çalışan grubun ilki kazanılmış haklara saygı esasını temel alarak taşınır mallar üzerindeki aynı hak statüsünü fikri haklara uygulamaya çalışırken, diğer grup eserin gayri maddiliğini esas alarak yerleştirme arayışına gitmiştir⁴⁶⁰. Troller tarafından paylaşılan ikinci grup evrensel bir *lex rei sitae* yorumunu esas alarak⁴⁶¹, fikri haklar ile aynı haklar arasında hiçbir farklılık olmadığını, her devletin ülkesellik ilkesine uyarak kendi fikri haklar alanını düzenlemesi gerektiğini savunmuştur⁴⁶². Polčák öncelikle fikri haklarının gerçek nesnesinin ne olduğu ile maddi varlıkların konusunun ayırt edilmesi gerektiği noktasından hareket etmiştir. Bu görüş, maddi varlıkların münhasır mülkiyetinin amacının maddi varlıklar olduğuna, fikri mülkiyette ise, telif hakkı alınmış eser değil, sadece kesin olarak belirlenmiş belirli hakların olduğuna işaret etmiştir⁴⁶³. Maddi bir şeyin sahibi, o şeyin/eşyanın sahibi iken, fikri eser sahibi sadece belirli haklara sahiptir⁴⁶⁴.

⁴⁵⁸Dessemontet, 2010, **a.g.k.**, s. 42.

⁴⁵⁹Dardağan, 2000, **a.g.k.**, s. 162.

⁴⁶⁰Dardağan, 2000, **a.g.k.**, s. 163.

⁴⁶¹Dardağan, 2000, **a.g.k.**, s. 165.

⁴⁶²A. Troller (1952). Das Internationale Privat-und Zivilprozeßrecht im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Verlag für Recht und Gesellschaft AG, Basel, 54'den aktaran Dardağan, 2000, **a.g.k.**, s. 166 - 167.

⁴⁶³"Dillenz, W. 1987–1988. What is and to which end do we engage in copyright. Columbia-VLA Journal of Law & the Arts, 12(1), 1–30." Den aktaran R. Polčák (2020). Territoriality of Copyright Law. *Digital Peripheries: The Online Circulation of Audiovisual Content from the Small Market Perspective*. Cham: Springer International Publishing, s. 68.

⁴⁶⁴Polčák, 2020, **a.g.k.**, s. 68.

Lex loci protectionis kuralını *lex loci delicti* kuralı ile ilişkilendiren görüş, haksız fiilden doğan uyuşmazlıkların çoğu kez fiilin işlendiği ülkede dava konusu yapılmasının, *lex loci delicti*'nin *lex fori* ile çakışmasını “sağladığını”, bu sebeple uygulanacak hukukun öngörülebilirliğini sağladığını savunmuştur⁴⁶⁵. Ancak *lex loci protectionis*'in savunulması haklı olarak, fikri haklarda ihlal meydana gelmeden önce de fikri hakların mevcut olduğu, dolayısıyla haksız fiilin işlendiği yer hukukunun fikri hakkın tüm yönlerini kapsayamayacağı noktasında eleştirilmiştir⁴⁶⁶. Ancak yine de doktrinde Türk hukuku bakımından, fikri haklar alanında monist teori benimsendiği için, başka bir ifadeyle fikri haklar kişilik hakkı veya ayni haklara indirgenemeyeceğinden, *lex loci protectionis* kuralının *lex loci delicti* ile kuramsal içeriğinin belirlenmesinin daha uygun olduğu ifade edilmiştir⁴⁶⁷.

Dicey, Morris ve Collins genel olarak fikri ve sınai haklar için “yerleştikleri ülkenin” hukukuna göre durumlarının (*situs*) belirleneceğini ifade etmiştir. *Fawcett ve Torremans* ise tescil edilen patent ve markadan doğan hakları inceledikten sonra telif haklarının korunması için herhangi bir tescile gerek duymadıkları ve dolayısıyla tescil yeri ile bir yere bağlanmadıkları gerekçesiyle bu görüşe karşı çıkmıştır⁴⁶⁸. Yazarlara göre, mülkiyet kuralları fikri haklardan doğan her uyuşmazlığa yanıt vermemektedir. Bu sebeple koruma talep edilen ülkenin hukuku yaklaşımı esas alınarak fikri haklara ilişkin konular incelenmelidir⁴⁶⁹. Dardağan da çalışmasında koruma ülkesi hukuku kuralının fikri hak statüsü olarak kabul etmekte fakat fikri hakların bazı konularında da menşe yeri kuralının uygulanabileceğini savunmaktadır⁴⁷⁰.

Bizim görüşümüze göre ise, mutlak hak kapsamında yer alan fikri hakların konusu eşya olmadığı için *lex rei sitae* bu hakların yapısına uygun düşmemektedir. Öte yandan fikri hakkın korunması ve ihlali halinde uygulanacak hukukun *lex loci protectionis*'e göre belirlenmesi bizce de *lex loci delicti*'nin bir yansımasıdır. Öte yandan haksız fiil statüsü niteliği taşıyan bu kabulün fikri haklarla ilgili her uyuşmazlıkta çözüm sağlamayacağını,

⁴⁶⁵“Lucas, A./Lucas, H.J., *Traite de la propriete litteraire et artistique*, Paris 1994, s. 806 – 807.”den aktaran Dardağan, 2000, **a.g.k.**, s. 168.

⁴⁶⁶Bkz.: Dardağan, 2000, **a.g.k.**, s. 168, dn. 895'teki yazarlar.

⁴⁶⁷Dardağan, 2000, **a.g.k.**, s. 170.

⁴⁶⁸Fawcett ve Torremans, 2011, **a.g.k.**, s. 698.

⁴⁶⁹Fawcett ve Torremans, 2011, **a.g.k.**, s. 705.

⁴⁷⁰Dardağan, 2000, **a.g.k.**, s. 170.

başka bir ifadeyle fikri hakkın sahibinin tespiti gibi konuların doğrudan haksız fiile dair olmaması sebebiyle alternatif bağlama noktalarının da kabul edilebileceğini savunuyoruz.

2.1.3. Lex loci originis (Menşe yeri hukuku)

Menşe yeri kuralı (*lex originis*)⁴⁷¹ fikri hakkın hukuken varlık kazandığı devletin hukukuna tâbi kılınması anlamına gelir⁴⁷². Forumun kanunlar ihtilafı kuralının fikri hakkın ihlalden doğan uyuşmazlıklarda bağlama noktası olarak menşe ülke kanununu (*lex loci originis*) benimsemesi halinde, fikri haklara konu eserin oluşturulduğu, ilk yayınlandığı veya hak sahibinin tâbiyetinde bulunduğu devlet menşe ülke olarak kabul edilecek ve o devletin hukuku uygulanacaktır⁴⁷³. Menşe yeri hukuku kuralına göre fikri hakkın hukuki varlık kazandığı ülke, başka bir ifadeyle yayımlanan eser için yayımlandığı yer, diğer eserler içinse eser sahibinin tâbiyetinde bulunduğu devletin hukukunun uygulanması da savunulmuştur⁴⁷⁴. Gerek eserin ilk basıldığı yer gerekse eser sahibinin şahsi statüsü bağlama noktalarının kabul edilmesinin sonucunda, fikri haklar dünyanın her yerinde tek bir kanuna göre evrensel olarak tanınacaktır⁴⁷⁵. Ülkesellik ilkesinin karşısı olarak evrensellik ilkesi fikri haklara ilişkin konuların *lex loci originis* (menşe yeri hukukuna) yerleştirilmesini sağlar⁴⁷⁶. Gerçekten doktrinde fikri haklara ilişkin bazı konuların tek bir hukuka başka bir ifadeyle *lex originis*'e göre belirlenmesi gerektiği de tartışılmıştır⁴⁷⁷.

Doktrinde *lex loci originis* kuralının kabul edilmesi halinde, fikri hakları yönetecek tek bir devlet hukukunun olması ve bu nedenle gerek mahkemeler için gerekse eğlence endüstrisinde yer alan kişiler için zorlayıcı olmamasının yarar sağlayacağı ifade edilmiştir⁴⁷⁸. Öte yandan fikri hakların doğumunda menşe ülke hukukuna yetki tanınması

⁴⁷¹Eser üzerindeki hakkın aynı hak olarak kabul edip, *lex originis* kuralının *lex rei sitae* olduğunu savunan görüş ve eleştirisi için bkz.: Dardağan, 2000, **a.g.k.**, s. 119 - 122.

⁴⁷²Ş. Akipek ve E. Dardağan (2001). Sanal Ortamda Gerçekleşen Telif Hakkı İhlallerine Uygulanacak Hukuk. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2001 (50), s. 117.

⁴⁷³Leepuengtham, 2017, **a.g.k.**, s. 179; Basedow, 2010, **a.g.k.**, s. 14. Telif hakkının varlığı, kapsamı ve sona ermesi ile ilgili konularda ilk basım yeri veya baskı yoksa eser sahibinin şahsi statüsünün uygulanacağını düzenleyen Portekiz ve Romanya kanun düzenlemeleri hakkında bilgi için bkz.: Basedow, 2010, **a.g.k.**, s. 14.

⁴⁷⁴Akipek ve Dardağan, 2001, **a.g.k.**, s. 117 - 118.

⁴⁷⁵Basedow, 2010, **a.g.k.**, s. 14.

⁴⁷⁶N. Töre (2007). Sanal Ortamda Telif Haklarına Uygulanacak Hukuk. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 72 (1), s. 304.

⁴⁷⁷Kur ve Maunsbach, 2019, **a.g.k.**, s. 49.

⁴⁷⁸Kono, 2012, **a.g.k.**, s. 411.

kazanılmış haklara saygı esasının da bir sonucudur⁴⁷⁹. Aşağıda görüleceği üzere, *lex originis* kuralının özellikle internetle ilgili uyuşmazlıklarda öngörülebilirlik sağladığı da ileri sürülmüştür⁴⁸⁰. Buna göre, menşe ülkeye göre kazanılmış fikri hak dünyanın her yerinde tanınacak ve saygı görecektir⁴⁸¹.

Öte yandan *lex originis*'in nasıl tespit edileceği doktrinde tartışılmıştır. *Metzger lex originis*'i Bern Sözleşmesinin 5. maddesinin 4. fıkrasına dayanarak ilk yayın yeri olarak tanımlamıştır⁴⁸². Ancak ilk yayın yeri de doktrinde bu yerin tesadüfi olabileceği, özellikle internet aracılığıyla yapılan yayınlarda yayın yerinin tespitinin zorluğu gibi gerekçelerle eleştirilmiştir⁴⁸³. Bern Sözleşmesinde 5. maddenin menşe ülke tanımının devamında yayınlanmayan eserlerin menşe yeri olarak da eser sahibinin uyruğuna ilişkin hukuk düzenlenmişse de bu hukuk da eser sahibinin tespitinde söz sahibi olamaz çünkü uyuşmazlık zaten eser sahibinin tespit edilmesidir. Öztürk bu düzenlemeyi verdiği örneklerle netleştirmektedir. Yazarın verdiği örneğe göre İngiliz yazarın kitabını Hollanda'da basması durumunda menşe ülke Hollanda; eğer roman hem Hollanda hem de San Marino'da basılırsa (San Marino Bern Sözleşmesine taraf olmadığı için) menşe ülke yine Hollanda olacaktır⁴⁸⁴. Eğer ki roman yayımlanmaz veya Sözleşmeye taraf olmayan bir devlette yayımlanırsa, menşe ülke eser sahibinin vatandaşı olduğu ülke olan İngiltere olacaktır⁴⁸⁵.

Pila ve Torremans, özellikle Avrupa hukukunda fikri haklar eser sahibinin hakları (*authors' rights* / yazar hakları) olarak görüldüğü için, *lex originis* yaklaşımının fikri hakların bir boyutu olan manevi hakları idare etmesinin kabul edilebileceğini; ancak eser sahibini değil de eserin ticari olarak kullanılabilirliğini temel alan *common law* ülkelerinde bunun tercih edilemeyeceğini belirtmiştir⁴⁸⁶. Dolayısıyla bu ülkelerde *lex originis*'i esas alan ihtilaf kuralı yaklaşımı çoğu zaman reddedilecektir. Hukuk sistemlerindeki bu farklı yaklaşımların sebebi devletlerin maddi hukuklarında yer alan

⁴⁷⁹Dardağan, 2000, **a.g.k.**, s. 174.

⁴⁸⁰Kono, 2012, **a.g.k.**, s. 411.

⁴⁸¹Akipek ve Dardağan, 2001, **a.g.k.**, s. 117.

⁴⁸²A. Metzger (2010). Applicable Law under the CLIP Principles: A Pragmatic Revaluation of Territoriality. *Intellectual Property Mohr Siebeck in the Global Arena*. Tübingen: Mohr Siebeck, s. 161.

⁴⁸³Fawcett ve Torremans, 2011, **a.g.k.**, s. 716; Rivoire, 2018, **a.g.k.**, s. 216.

⁴⁸⁴Öztürk, 2019, **a.g.k.**, s. 113.

⁴⁸⁵Öztürk, 2019, **a.g.k.**, s. 113.

⁴⁸⁶Pila ve Torremans, 2019, **a.g.k.**, s. 537.

temel farklılıklardır. Özellikle aşağıda hak sahipliği anlatılırken konu farklı boyutlarıyla açıklanacaktır.

Bir önceki başlıkta da ifade edildiği üzere bizce, fikri haklardan doğan uyuşmazlıkların çok çeşitli şekillerde ortaya çıkması sebebiyle özellikle ihlal ve ihlalden doğacak taleplerde *lex loci protectionis* kuralının kabulü gerekirken belli bazı uyuşmazlıklarda ise *lex loci originis* kuralının kabul edilmesi pratik kolaylık sağlayacaktır. Sadece koruma yeri hukukunun kabulü, fikri haklara ilişkin bazı uyuşmazlıklara çözüm sağlamamakta ve sadece menşe yeri hukukunun kabulü de kimi zaman bu yerin tespitinin zorluğu, kimi zamansa tesadüfi bir yer olabileceği sebebiyle kabulünü zorlaştırmaktadır. O sebeple bir sonraki başlıkta tartışmalı olan bazı hususlarda, illa ki fikri haklarda ülkesellik ilkesini katı bir şekilde kabul edip koruma yeri hukukunda ısrar edilmeyecek, her iki bağlama noktası ve alternatif çözümlere dair açıklama yapılacaktır.

2.2. Yirmi Birinci Yüzyıla Dair Gelişmeler ve Tartışmalı Konular

Milletlerarası özel hukuktaki ülkesellik kavramı ile fikri hak kavramlarının her ikisi de egemenlik kavramıyla yakından ilişkili olsa da 20. yüzyılın ikinci yarısındaki üç değişiklik egemenlik ve ülkesellik ilkelerini tartışmaya açmıştır⁴⁸⁷. Bu gelişmelerden ilki Avrupa Birliği gibi bölgesel veya uluslararası ekonomik entegrasyon, ikincisi çok uluslu şirketler gibi önemli faktörlerin de uluslararası alanda söz sahibi olmaya başlamalarıdır⁴⁸⁸. Belki en önemli gelişme ise internet kullanımının yaygınlaşmasıdır. İnternet ve diğer dijital teknolojilerin ortaya çıkması ve gelişmesi, ülkesellik ilkesinin çok devletli fikri hakların ihlallerinde oynadığı rol konusunda yeni tartışmalara yol açmıştır⁴⁸⁹.

Fikri hakların ülkeselliğinin özellikle internet aracılığıyla meydana gelen fikri hak ihlallerinde sorunlara yol açması nedeniyle 2000 yılından itibaren uluslararası kuruluşlar *soft law* niteliği taşıyan, devletler için bağlayıcı olmayan fakat yol gösterici niteliğe sahip bazı ilkeler meydana getirmişlerdir. 1999 senesinde Lahey Konferansı kapsamında “Medeni ve Ticari Konularda Yabancı Mahkemelerin Yargı Yetkisi ve Yargılama Hakkında Konvansiyon” hazırlanırken fikri haklar ile ilgili hükümlere itiraz edilmiş ve

⁴⁸⁷Kono, 2012, **a.g.k.**, s. 395.

⁴⁸⁸Kono, 2012, **a.g.k.**, s. 395; Garnett, 2020, **a.g.k.**, s. 160.

⁴⁸⁹Kono, 2012, **a.g.k.**, s. 412; Dessemontet, 2010, **a.g.k.**, s. 41.

sonuçta taslak metin Konvansiyona dönüştürülemedi⁴⁹⁰. Fikri haklar alanındaki kuralların yeknesaklaştırılmasına sıcak bakmayan devletlere yol gösterici tavsiyeler sunması amacıyla *Max Planck* Enstitüsü bünyesindeki Fikri Mülkiyetten Doğan Kanunlar İhtilafı Grubu (*European Max Planck Group for Conflict of Laws in Intellectual Property / CLIP*) ve Amerikan Hukuk Enstitüsü (*American Law Institute / ALI*) tarafından konuya ilişkin ilkeler hazırlanmıştır⁴⁹¹. Söz konusu düzenlemeler “soft law” olarak adlandırılmaktadır. *Soft law* kapsamında yer alan kurallar bağlayıcı olmayan, devlet veya devlet dışı organizasyonlar tarafından düzenlenen, hazırlayan kurumun tutumunu yansıtan kurallardır⁴⁹². Çalışmanın devamında görüleceği üzere milli hukuklarda fikri hakkın ihlaline ilişkin uyuşmazlıklarda tarafların uygulanacak hukuku seçme imkânı oldukça sınırlıdır. Farklı hukuklarda gerek konu gerek zaman gerekse seçilecek hukuk bakımından tarafların hukuk seçmeleri konusunda sınırlamalar getirilmiştir. Son yıllarda ALI ve CLIP tarafından uluslararası özel hukuk ve fikri haklar ile ilgili çeşitli çalışma ve öneriler sunulmaktadır. Fikri hakkın ihlaline ilişkin uyuşmazlıklarda taraflara hukuk seçme serbestisi tanınması da bunlardan birisidir⁴⁹³. *Eechoud*, soft law geliştiren bu grupların çalışmaları sayesinde, uluslararası özel hukuk ile sıkı bir şekilde ülkesel oldukları kabul edilen fikri haklar arasındaki uçurumun biraz kapandığını belirtmiştir⁴⁹⁴. *Metzger* ise ne ALI ilkeleri ne de CLIP fikri haklara uygulanacak hukukun tespitinde ülkesellik ilkesinden tamamen vazgeçilmediğini, sadece her iki düzenlemede de ülkesellik ilkesinin modern ve pragmatik bir şekilde yeniden değerlendirmesinin yapıldığını vurgulamıştır⁴⁹⁵. Yol gösterici olması bakımından çalışmamızda bu ilkelerin hazırlanma sürecine ve güncel durumlarına da yer verilecektir.

⁴⁹⁰R. C. Dreyfuss ve J. C. Ginsburg (2002). Draft Convention on Jurisdiction and Recognition of Judgments in Intellectual Property Matters. *Chicago-Kent Law Review*, 77 (3), s. 1065.; Öztürk, 2019, **a.g.k.**, s. 93.

⁴⁹¹2007'den bu yana ALI ilkelerinin ardından Şeffaflık İlkeleri (*Transparency Proposal on Jurisdiction, Choice of Law, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Intellectual Property*), KOPILA (*Korean Private International Law Association*) İlkeleri, Japon-Kore Ortak İlkeleri (*A Japanese-Korean Joint Proposal*), Uluslararası Hukuk Derneği Fikri Mülkiyet ve Milletlerarası Özel Hukuk Komitesi tarafından hazırlanan Milletlerarası Özel Hukukta Fikri Mülkiyet Haklarına İlişkin Rehber Taslağı (ILA Rehberi), benimsenmişse de çalışmamız bakımından sadece ALI ve CLIP ilkelerini inceleyeceğiz. Bkz.: Rivoire, 2018, **a.g.k.**, s. 204.

⁴⁹²E. Ömeroğlu (2020). Fikri Mülkiyet Haklarının İhlaline Uygulanacak Hukukta "Soft Law" Tarafından Hukuk Seçimine Yer Verilmesi. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni - Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan*, 40 (1), s. 59; E. Uzun (2012). Geri Gondermeme (Non-Refoulement) İlkesinin Uluslararası Hukuktaki Konumu Üzerine Bir Değerlendirme. *Rev. Int'l L. & Pol.*, 8 (30), s. 27.

⁴⁹³Kur ve Maunsbach, 2019, **a.g.k.**, s. 60; Matulionytė, 2013, **a.g.k.**, s. 79 - 80; Ömeroğlu, 2020, **a.g.k.**, s. 75.

⁴⁹⁴Eechoud, 2017, **a.g.k.**, s. 716.

⁴⁹⁵Metzger, 2010, **a.g.k.**, s. 159.

2.2.1. ALI ilkeleri

Uluslararası yargı ve yabancı mahkeme kararlarının tanınmasına ilişkin uyumlaştırılmış kurallar belirleyen bir uluslararası sözleşme hazırlamak amacıyla 1990'lı yılların başında Amerika Birleşik Devletleri tarafından Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı'nda on yıldan fazla sürecek olan bir çalışma başlatılmıştır⁴⁹⁶. Çalışmanın istenilen şekilde tamamlanamaması sebebiyle fikri hak konularında mahkemelerin yargı yetkisine ilişkin özel hükümler hazırlamak için, *Rochelle C. Dreyfuss, Jane Ginsburg* ve *François Dessemontet*'nin yer aldığı yeni bir çalışma grubu oluşturulmuş⁴⁹⁷ ve akabinde, 2007 yılında Amerikan Hukuk Enstitüsü'nün (*American Law Institute /ALI*) himayesinde ALI Genel Kurulu toplantısında ALI Fikri Mülkiyet İlkeleri kabul edilmiştir⁴⁹⁸. ALI İlkeleri, uluslararası yargı yetkisi, uygulanacak hukuk ve fikri hak uyuşmazlıklarında yabancı mahkemeler tarafından verilen kararların tanınmasına ilişkin çeşitli konuları içeren kapsamlı bir kurallar bütünü sunmaktadır⁴⁹⁹. ALI ilkelerinin en önemli özelliği, çalışmanın devamında görüleceği üzere, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, tüm fikri hak konularına ilişkin olarak hem fikri hakka ilişkin uyuşmazlık meydana gelmeden önce, hem de meydana geldikten sonra taraf özerkliğinin başka bir ifadeyle hukuk seçiminin mümkün olduğu düzenlemeler getirmiş olmasıdır (ALI 302. paragraf)⁵⁰⁰. Mahkemelerin yetkisi, ihlalin ardından zararın tazmini ve lisans anlaşmaları konusunda tarafların uygulanacak hukuku seçebileceklerine dair düzenlemeler getiren söz konusu ilkelere aşağıda Amerikan hukuku anlatılırken ayrıca yer verilecektir.

2.2.2. CLIP ilkeleri

Münih'teki *Max Planck* Enstitüsü, 2004 yılında fikri ve sınai haklarda yargı yetkisine ilişkin taslak ilkeler yayınlamak için bir proje başlatmış ve bu akademik girişim, daha sonra "CLIP" olarak adlandırılan bir projeye dönüşmüştür⁵⁰¹. Beş yıl içinde CLIP çalışma grubu, ALI'ye benzer şekilde uluslararası yargı, uygulanacak hukuk ve fikri hak ile ilgili yabancı mahkemeler tarafından verilmiş kararların tanınması ve tenfizine ilişkin

⁴⁹⁶Kono, 2012, **a.g.k.**, s. 393.

⁴⁹⁷Dessemontet, 2010, **a.g.k.**, s. 34; Eechoud, 2017, **a.g.k.**, s. 719; Kono, 2012, **a.g.k.**, s. 393.

⁴⁹⁸The American Law Institute, *Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes*, 2007. Kono ve Jurčys, 2012a, **a.g.k.**, s. 11.

⁴⁹⁹Kono ve Jurčys, 2012a, **a.g.k.**, s. 11.

⁵⁰⁰Matulionytė, 2013, **a.g.k.**, s. 80.

⁵⁰¹Kono ve Jurčys, 2012a, **a.g.k.**, s. 12.

CLIP İlkelerini hazırlamış ve bu ilkeler 2011 yılında tamamlanmıştır⁵⁰². AB düzeyinde fikri haklara ilişkin uluslararası özel hukuk konularının düzenlenmesi önerisi CLIP İlkelerinde daha fazla detaylandırılmıştır. Avrupa Birliği mevzuatı anlatılırken Enstitünün düzenlemelerine yer verilecektir.

2.2.3. İlk sahiplik

Fikri hak uyuşmazlıklarında ortaya çıkan başlıca sorunlardan biri, fikri hakkın sahipliği ile ilgilidir. Sözleşmeye bağlı olduğu kadar sözleşme dışı davalarda da hâkim, koruma talep eden bir tarafın gerçekten böyle bir korunacak hakkı olup olmadığını belirlemelidir. Fikri haklara ilişkin yabancı unsurlu bir uyuşmazlık olduğunda hakkı iddia eden tarafın bu hakkı iddia edebilecek şekilde o hakkın sahibi olup olmadığı önsorunu ile karşı karşıya kalınabilir. Tescil edilmiş fikri hakların ilk mülkiyetinin kimde olduğu konusunda pek bir ihtilaf doğmasa da⁵⁰³ tescil edilmeyen fikri hakların ilk sahiplerinin başka bir ifadeyle eser sahibinin tespitinin hangi hukuka göre belirleneceği doktrinde tartışılmıştır. Kural olarak, telif hakkı başlangıçta söz konusu çalışmanın yazarına ait olsa da, ulusal hukuklardaki farklılıklar konunun önemini ayrıca arttırmaktadır. Mesela 1976 tarihli ABD Telif Hakları Kanununda işveren, eserden doğan telif hakkının ilk sahibi⁵⁰⁴ olarak tanımlanırken, Almanya ve Fransa gibi Avrupa devletlerinde istisnasız olarak eseri yaratan gerçek kişi eser sahibi ve dolayısıyla eserden doğan hakların sahibi de bu kişi olmaktadır⁵⁰⁵. Sahiplik, sadece maddi hukuk düzeyinde değil, aynı zamanda uluslararası özel hukukta da farklı şekilde ele alınmaktadır. Almanya, Avusturya ve Belçika gibi bazı Avrupa devletlerinde sahipliğin belirlenmesinde *lex loci protectionis* uygulanırken; Fransa, Portekiz ve Amerika Birleşik Devletleri (farklı kararlar olmakla birlikte) gibi devletlerde *lex originis* uygulanmaktadır⁵⁰⁶.

Aşağıda değinileceği üzere, sinematografik eserler dışında Bern Sözleşmesi telif hakkı sahipliği için genel bir hukuk seçimi kuralı önermemektedir. Konu genelde bu sorunun *lex loci protectionis* veya *lex originis*'e göre çözülüp çözülemeyeceği noktasında

⁵⁰²Kono ve Jurčys, 2012a, **a.g.k.**, s. 12.

⁵⁰³Tescilli hakların ilk sahipliği konusunda taraflar arasında önceden var olan bir ilişki olmadığı sürece tescil devletinin kanunlarına göre karar verilecektir. Bkz.: Dessemontet, 2010, **a.g.k.**, s. 43.

⁵⁰⁴ABD yasalarının "kiralık işler (*works for hire*)" doktrini uyarınca, çalışanlar tarafından yaratılan eserlerdeki telif hakkı doğrudan işverene aittir. J. C. Ginsburg (2003). The Cyberian Captivity of Copyright: Territoriality and Authors' Rights in a Networked World. *Santa Clara High Technology Law Journal*, 20 (1), s. 191.

⁵⁰⁵Metzger, 2010, **a.g.k.**, s. 159.

⁵⁰⁶Metzger, 2010, **a.g.k.**, s. 159.

tartışılmıştır⁵⁰⁷. *Lex originis*'i savunan ve fikri hakların ülkesellikten ziyade evrensel nitelikte olduğunu savunan yazarlar, fikri haklarda eser sahibinin kim olduğunun tespit edilebilmesi için eser üzerindeki hakların ortaya çıktığı hukuka bakmak gerektiğini iddia etmişlerdir⁵⁰⁸. Fikri hakların doğasında ülkeselliğin olduğunu savunan yazarlar ise fikri haklarda sahipliğin belirlenmesinde *lex loci protectionis*'in uygulanmasında ısrar etmektedirler⁵⁰⁹. Burada eğer ki *lex originis* esas alınacak olursa, “*origin*” başka bir ifadeyle kökenin nasıl tespit edileceği, eseri meydana getiren birden fazla kişinin olması halinde hangisinin dikkate alınacağı ve bu sorunların belirsizliklere yol açacağına da dikkat çekilmiştir⁵¹⁰.

Roma II Tüzüğünde fikri haklarda sahipliğin nasıl belirleneceğine dair özel bir düzenleme yoktur. ALI ilkelerinde ise 313. paragrafın ilk cümlesinin a başlığında konuya ilişkin *lex originis* yaklaşımının benimsendiği bir düzenleme yer almaktadır⁵¹¹. ALI ilkeleri fikri haklarda ilk sahipliğin fikri hakkın konusunun oluşturulduğu sırada onu meydana getiren kişinin mutad meskeninin bulunduğu devletin kanunlarını yetkili kılmakta ve bu konuda herhangi bir mahkeme önüne uyuşmazlık geldiğinde, uyuşmazlığa bu kanunun uygulanacağını belirtmektedir⁵¹². Bu düzenleme ile ALI ilkelerinde fikri hakkın ilk sahipliğinin belirlenmesinde ülkesellik ilkesinden ayrılarak evrensellik ilkesinin benimsendiği söylenebilir⁵¹³. Doktrinde bu düzenleme, her ne kadar eseri meydana getiren kişinin mutad meskeni hukukunun uygulanacağı kabul edilmiş ve mutad mesken de genellikle sabit bir yer olsa da, az da olsa *forum alışverişi*ne (*forum*

⁵⁰⁷Geller bu iki bağlama noktasına anlaşma metninde zımni olarak belirtilen hukuku da eklemektedir. Bkz.: Geller, 2004, **a.g.k.**, s. 360.

⁵⁰⁸Kur ve Maunsbach, 2019, **a.g.k.**, s. 54.

⁵⁰⁹Josef Drexler, ‘Teil 8 – Internationales Immaterialgüterrecht‘ in Roland Rixecker, Franz Jürgen Säcker (eds), Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Internationales Privatrecht II(7th ed, Vol 12, CH Beck 2015) 1219, para 14” den aktaran Kur ve Maunsbach, 2019, **a.g.k.**, s. 54.

⁵¹⁰Kur ve Maunsbach, 2019, **a.g.k.**, s. 54.

⁵¹¹P. D. M. Asensio (2020). *Conflict of Laws and the Internet* (1. Baskı). Cheltenham: Edward Elgar Publishing, s. 250; Basedow, 2010, **a.g.k.**, s. 18.

⁵¹²Dessemontet, 2010, **a.g.k.**, s. 43.

⁵¹³Dardağan Kibar, 2016, **a.g.k.**, s. 453.

*shopping*⁵¹⁴) yol açabilme ihtimaline işaret edilmiştir⁵¹⁵. ALI ilkeleri birden fazla eser sahibi olması durumunda eser sahiplerinin mutad meskenlerinin farklı ülkelerde olma ihtimaline karşı, ilk sahipliğin belirlenmesi için tarafların uygulanacak hukuku seçebileceklerini de düzenlemiştir. Eğer ki eseri meydana getiren kişiler aralarında bu şekilde bir seçim yapmazlarsa, uygulanacak hukuk, eseri meydana getirenlerin çoğunluğunun ikamet ettiği devletin hukuku olacaktır. Eğer ki uygulanacak hukuk buna göre de belirlenemezse, eserden ilk kez yararlanan devletin veya eser sahiplerinin (varsa) istihdamını düzenleyen hukuk uygulanacaktır⁵¹⁶.

CLIP ilkeleri eser sahibinin belirlenmesine ilişkin özel bir düzenleme getirmiştir. İlkelerin 3. bölüm 201. paragrafının ilk cümlesinde ise konunun yine ülkesellik prensibine göre çözülmesi gerektiğine karar verilmiştir⁵¹⁷. Burada tescil edilen haklar ve telif hakları şeklinde bir ayırım yapıldıktan sonra, hakkın kazanılması da dahil olmak üzere ilk sahipliğin, korumanın talep edildiği devletin hukukuna tâbi olduğu düzenlenmiştir. Burada fikri hakkın ilk sahipliğinin belirlenmesinde ülkeselliğe bağlılık korunmuştur⁵¹⁸. Ancak, özellikle eserin bir iş ilişkisi veya hizmet sözleşmesi çerçevesinde oluşturulduğu durumlarda, fikri hakkın farklı ülkelerde farklı kişilere ait olmasından kaynaklanan sorunları azaltmak için özel bir sözleşme yorumu kuralı da getirilmiştir (3. bölüm 201. paragraf 2. cümle)⁵¹⁹.

Her ne kadar fikri haklara ilişkin uyuşmazlıklarda hak ile ilgili konularda mahkemeler *lex loci protectionis*'i uygulamaya meyilli olsa da, ilk sahipliğin

⁵¹⁴*Forum shopping* İngiliz hukukunda 1969 tarihli *Machado v. Fontes* kararında ([1969] 3 W.L.R.) tartışılmıştır. Mahkeme burada, aslında başka bir devletin mahkemesinde doğal ve uygun bir şekilde dava edilebilecek olan davalının, sırf davacının İngiliz hukukundan yararlanmak için davasını İngiltere’de açmasında tartışmıştır. İngiliz mahkemesi *forum shopping*’in önlemi olarak, kamu düzeni gerekçesiyle ilgili yabancı devletin başka bir ifadeyle “doğal mahkemenin hukukunu” uygulayabileceğini ifade etmiştir. Karar için bkz.: P. M. North, P. R. H. Webb ve I. G. F. Karsten (1970). *Foreign Torts and English Courts. The International and Comparative Law Quarterly*, 19 (1), s. 28 - 29.

⁵¹⁵1971 tarihli *Boys v Chaplin* davasında (AC 356, 401) ise mahkeme “doğal mahkeme” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğini açıklamıştır. Burada mahkeme, tarafların ve uyuşmazlığın en yakın bağlantıya sahip olduğu devletin mahkemelerinin uyuşmazlıkta “doğal mahkeme” (*natural forum*) olduğunu, ancak taraf veya tarafların uyuşmazlığın doğal forumuna nazaran kendi çıkarlarını koruyan ve fakat uyuşmazlıkla da daha az bağlantıya sahip veya bağlantıya sahip olan mahkemede dava açmaları durumunda *forum shopping* meydana geldiğini açıklamıştır. İlgili karar ve diğer karar örnekleri için bkz.: J. J. Fawcett (1984). *Forum Shopping - Some Questions Answered. Northern Ireland Legal Quarterly*, 35 (2), s. 141.

⁵¹⁶Rivoire, 2018, **a.g.k.**, s. 217.

⁵¹⁷Dessementet, 2010, **a.g.k.**, s. 43.

⁵¹⁸Asensio, 2020, **a.g.k.**, s. 250; Basedow, 2010, **a.g.k.**, s. 20; Metzger, 2010, **a.g.k.**, s. 160.

⁵¹⁹Dardağan Kibar, 2016, **a.g.k.**, s. 453.

⁵²⁰Asensio, 2020, **a.g.k.**, s. 250 - 251.

belirlenmesinde *lex originis*'in uygulandığı mahkeme kararları da vardır. Diğer yönleriyle de önem taşıdığı için aşağıda tekrar detaylarıyla görüleceği üzere ABD'de *Itar-Tass Russian News Agency v. Russian Kurier, Inc.*⁵²⁰ davası buna örnektir. Olayda mahkeme, izinsiz kopyalanan eserlerin sahipliğinin kimde olduğunun, ilk yayınlandığı ülkenin hukukuna (*lex originis*) göre belirlenmesi gerektiğine karar vermiştir⁵²¹. Fransa'da ise 1991 tarihli *John Huston* kararında⁵²² tersi bir uygulama gerçekleşmiştir. Uyuşmazlık Amerikalı yönetmen *John Huston* tarafından bir Amerikan film şirketiyle Amerikan hukukuna tâbi iş ilişkisi sırasında ABD'de çekilen *The Asphalt Jungle* filmiyle ilgili olarak ortaya çıkmıştır. Kararın verildiği dönemde Amerikan hukukunda eserden doğan manevi haklar düzenlenmemiştir ve eserin sahibinin tüzel kişi şirket olması mümkündür. Fransız televizyon kanalı *La Cinq*, filmin renkli bir versiyonunu yayınlamak istediğinde, *John Huston*'ın çocukları (mirasçı sıfatıyla), filmin renklendirilmiş halinin yayınlanmasının babalarının bütünlük hakkını ihlal ettiğine dair Fransız mahkemelerinde dava açmıştır. *Cour de Cassation*, olayda Fransız hukukunda eserden doğan manevi hakları düzenleyen kanunu doğrudan uygulanan kanun olarak (zorunlu uygulama yasaları/ *laws of imperative application*) kabul etmiş ve uygulamıştır. Başka bir deyişle, ilgili Fransız hukuk kuralları, aksi takdirde geçerli olan hukuktan bağımsız olarak doğrudan uygulanmıştır⁵²³. Devamında mahkeme, Amerikan vatandaşı olan yönetmen *John Houston*'ın siyah-beyaz filmi *Asphalt Jungle*'da manevi haklarının ihlal edildiğini kabul etmiştir. Çünkü fikri hakkın sahibi, filmin renkli bir versiyonunu Fransa'da yayınlamayı planlamaktadır. *Lex originis* yaklaşımı olaya uygulansaydı, ABD hukuku uygulanacaktı ve buna göre telif hakkının sahibi film stüdyosu olacaktı ve yönetmen (somut olayda devamında mirasçıları) herhangi bir hak sahibi olamayacaktı. Bu olayda mahkeme, *lex originis*'in bu sonucunu kabul etmemiş ve ABD'li eser sahibinin haklarını korumak için ulusal telif hakkı ilkelerini uygulamıştır⁵²⁴.

Doktrinde de ilk sahipliğin nasıl tespit edileceğine dair tartışmalar söz konusudur. *Metzger*'e göre ilk sahipliğin belirlenmesinde ülkeselliğin bir yansıması olan *lex loci protectionis*'in uygulanması daha uygun olacaktır⁵²⁵. Yazar buna gerekçe olarak eser

⁵²⁰*Itar-Tass Russian News Agency v. Russian Kurier, Inc.*, 153 F.3d 82 (2nd Cir. 1998)

⁵²¹Abrams, 2012, **a.g.k.**, s. 1112.

⁵²²Court of Cassation, 28.05.1991, D. 1993, jur. 197 – John Huston.

⁵²³Rivoire, 2018, **a.g.k.**, s. 218.

⁵²⁴Geller, 2004, **a.g.k.**, s. 360; Metzger, 2010, **a.g.k.**, s. 160.

⁵²⁵Metzger, 2010, **a.g.k.**, s. 160.

sahipliğinin belirlenmesine kanun düzenlemelerinde devletlerin politikalarının olmasını göstermiştir. Bir devletin ülkesinde üretilen eserlerin mülkiyetinin bir yapımcıda, şirkette veya yazarda olmasının çok farklı sonuçları olacaktır. Devlet mahkemeleri bu sebeple ilk sahipliğin belirlenmesinde *lex originis*'e başka bir ifadeyle tek bir hukuka bağlanmakta gönülsüz davranacaklardır⁵²⁶.

Basedow fikri haklarda ilk sahibin belirlenmesi konusunda uygulanacak hukukun kural olarak *lex loci protectionis*'e tâbi olduğunu, ancak bazı durumlarda bu hukukun taraflarca kararlaştırılabileceğini ileri sürmüştür⁵²⁷. Özellikle fikri hakkın iki veya daha fazla eser sahibinin meydana getirdiği eserden doğduğu durumlarda, ilk sahibin belirlenmesi hususunda tek ülkenin kanunu (*lex loci protectionis*) farklı sonuçlar doğurabilir⁵²⁸. Yazar bu gibi durumlarda uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesi ile sorunun çözüleceğini belirtmektedir. Ancak yazar, taraflarca hukuk kararlaştırıldıktan sonra da ABD gibi ülkelerde fikri hakkın üreticisi baskın taraf olacağından kendi hukuklarının seçimini ilgili sözleşme ortaklarına dayatabileceği tehlikesine de işaret etmektedir⁵²⁹. Yazar yine de böyle bir hukuk seçimine izin verilmesi halinde bunun sadece ilk sahibin belirlenmesi ile sınırlı olacağını, ilk sahibin tespiti yapıldıktan sonraki fikri haklara ilişkin konularda yine *lex loci protectionis*'in söz sahibi olacağını ifade etmiştir⁵³⁰.

Dardağan, Türk hukukunda fikri haklarda (aşağıda görüleceği üzere) monist teori benimsendiği için fikri hak sahipliği konusunu da haklardan yararlanmanın bir parçası olarak kabul etmiş ve konunun koruma talep edilen devletin hukukuna tâbi olmasını savunmuştur. Ancak yazar, eserin meydana getirenin menfaatlerinin, sözleşme güvenliğinin ve sinema eserleri bakımından farklı bağlama noktalarının düzenlenebileceğini de kabul etmektedir⁵³¹.

Ginsburg her iki bağlama noktasının da kabul edilmesinin olumsuz yanları olabileceğine dikkat çekmektedir. Yazara göre, eğer ki eserin ilk sahipliğinin belirlenmesi için korumanın talep edildiği ülke hukukunun uygulanması kabul edilirse, eser sahibinin

⁵²⁶Metzger, 2010, **a.g.k.**, s. 161.

⁵²⁷Basedow, 2010, **a.g.k.**, s. 27.

⁵²⁸Basedow, 2010, **a.g.k.**, s. 29.

⁵²⁹Basedow, 2010, **a.g.k.**, s. 22.

⁵³⁰Basedow, 2010, **a.g.k.**, s. 25.

⁵³¹Dardağan, 2000, **a.g.k.**, s. 180.

kimliği veya haklarının kapsamı, eser her devletin sınırını geçtiğinde değişebilecektir⁵³². Bir başka makalesinde yazar, eser sahibinin kimliğinin belirlenmesinin, Bern Sözleşmesinin 5. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “koruma kapsamı ve tazmin yolları” kavramına dahil edilmediğini ayrıca belirtmiştir⁵³³. Aksinin kabulü, başka bir ifadeyle ilk eser sahibinin tespitinde *lex protectionis* koruması geçerli olacaksa, eser uluslararası sınırı her geçtiğinde ilk sahibi değişecektir⁵³⁴. Bunu bir örnekle düşündüğümüzde, Türk vatandaşı bir köşe yazarının yazılarının Fransa’da izinsiz şekilde kullanılması durumunda bu eser sahibinin hakları Fransa’da ihlal edilmiştir ve eser sahibi bu hakkının Fransa’da ihlal edilmemesini/korunmasını beklemekte ve talep etmektedir. Bu kişi davasını Fransa’da açtığında ve ilk malikin tespitinin belirlenmesi söz konusu olduğunda *lex protectionis* uygulanırsa eser sahibi Türk vatandaşı olarak kabul edilecek ve telif hakkının sahibi, dolayısıyla dava açmaya da hakkı olan kişi olarak görülecektir. Aynı makalelerin ABD sınırları içinde ihlal edildiğini ve Türk vatandaşının orada dava açtığını düşünelim. Eser üzerinde kimin hakka sahip olduğunun tespitinde *lex protectionis* uygulanırsa eğer, başka bir ifadeyle bu durumda ABD *Copyright Act*, eser sahibi gazetede köşe yazarı değil bizzat gazetenin kendisi olduğu için yazarın telif hakkının varlığı, dolayısıyla dava açmada bir haklılığı bile olmayacaktır. Bu sebeple biz de çalışmamızda ilk sahipliğin belirlenmesinde illa ki *lex loci protectionis*’in uygulanması gerektiğini düşünmüyoruz. Dahası Bern Sözleşmesinin de bu yönde bir zorunluluk dayattığını düşünmüyoruz. Öte yandan menşe ülke hukukunun kabul edilmesi halinde de birden fazla eser sahibi olması durumunda menşe ülkelerin tespiti zorluk taşıyacaktır⁵³⁵. Ginsburg bu noktada, en azından ilk telif hakkı sahipliğini tayin edecek ve eserin iletildiği tüm ülkelerde tanınacak, eserin yaratılması veya yayılmasıyla en önemli ilişkiye sahip hukukun belirlenmesinde halinde o hukukun eser sahipliğine uygulanması gerektiğini ifade etmiştir⁵³⁶.

Burada yakın tarihli bir mahkeme kararına değinmek *lex originis* ve *lex protectionis* yaklaşımlarını açıklamak için yararlı olabilir. Fransız mahkemeleri tarafından verilen ABC News kararında⁵³⁷ ABC News, Amerikan televizyon kanalını işleten bir Amerikan

⁵³²Ginsburg, 1995, **a.g.k.**, s. 331.

⁵³³J. C. Ginsburg (1997b). Ownership of Electronic Rights and the Private International Law of Copyright Symposium on Electronic Rights in International Perspective. *Colum.-VLA J.L. & Arts*, 22 (1), s.

⁵³⁴“Jane C. Ginsburg, Huston, 1 J.C.P. G. 21,780 (1992)”dan aktaran Rivoire, 2018, **a.g.k.**, s. 213.

⁵³⁵Ginsburg, 1995, **a.g.k.**, s. 331.

⁵³⁶Ginsburg, 1995, **a.g.k.**, s. 332.

⁵³⁷Cass. 3e civ, Apr. 10, 2013, D. 2013, 2004.

şirkettir. Şirketin Paris ofisinde çalışan üç Fransız muhabiri 2004 senesinde işten çıkarılmalarının ardından ABC News aleyhine bir dava açarak şirketin, Fransa'da izinleri olmadan yayınladığı birçok haber ve belgeselde telif haklarını ihlal ettiğini iddia etmişlerdir. Muhabirlere göre, ilk mülkiyet konusuna Fransız hukukunun (*lex protectionis*) uygulanması ve telif hakkının bu sebeple çalışanlarda olması gerekmektedir. ABC News ise aksine, uyumsuzluğa Amerikan hukukunun (*lex originis*) uygulanması gerektiğini ve bu sebeple ilk telif hakkı sahibinin çalışan değil işveren olduğu için muhabirlerin telif hakkı ihlali nedeniyle dava açma hakları olmadığını savunmuştur⁵³⁸. Olayda Fransız Yargıtay'ı, korumanın talep edildiği ülkenin hukukunu Bern Sözleşmesi'nin 5. maddesinin 2. fıkrasına dayanarak uygulamış ve Fransız hukukuna göre eser sahibi olarak eseri meydana getiren kişileri başka bir ifadeyle davacıları tespit etmiştir. Rivoire bu kararı incelediği makalesinde Bern Sözleşmesinin herhangi bir ihtilaf kuralı içermediğini savunarak ilk sahipliğin belirlenmesinde *lex protectionis*'e bağlı kalmanın zorunlu olmadığı, ancak bu kuralın karşılığı olarak illa ki *lex originis*'i de uygulamanın da özellikle “menşe ülke”nin belirlenemediği durumlarda tatmin edici sonuçlar vermeyeceğini vurgulamıştır⁵³⁹. Yazara göre mahkemenin bu yönde karar vermesi, mahkemenin en iyi gördüğü ihtilaf kuralını desteklemek için metinsel bir temel bulma girişimlerinden başka bir şey değildir⁵⁴⁰. Yine yazara göre eser sahibinin belirlenmesinde üçüncü bir yol vardır. 2000'li yıllarda Dinwoodie⁵⁴¹ tarafından da önerilen maddi hukuk yaklaşımını (*substantive method*) açıklamalarına dayanak olarak seçen yazar, mahkemelerin fikri haklarla ilgili olan ulusal ve uluslararası hukuk ve politikalara dayalı yeni kural oluşturabileceğini savunur⁵⁴². Maddi hukuk yaklaşımı geniş çapta benimsenirse, tek hukuk yaklaşımının muhtemelen garanti edebileceğinden daha

⁵³⁸Rivoire, 2018, **a.g.k.**, s. 205.

⁵³⁹Rivoire, 2018, **a.g.k.**, s. 207.

⁵⁴⁰Rivoire, 2018, **a.g.k.**, s. 211.

⁵⁴¹Dinwoodie ise makalesinde hem *lex protectionis* hem de *lex originis*'i anlattıktan sonra mahkemelerin sonuç odaklı başka bir yol bulabileceğini savunmuştur. Yazara göre, mümkün olduğunca yerel ve yabancı kuralları ve uluslararası telif hakkı sisteminin çıkarlarını koruduğu için en iyi yaklaşımın maddi hukuk yöntemi (*substantive law method*) olduğu ileri sürülmektedir. Bu yaklaşıma göre, mahkemeler uluslararası telif davalarına karar verirken uygulanabilir bir hukuk seçmemelidir. Bunun yerine, uyumsuzlukla ilgilenen tüm sistemlerin (ulusal ve uluslararası) yasalarını ve politikalarını yansıtan uzlaşmaya dayalı (başka bir ifadeyle hibrit) bir kural oluşturmalıdır. Bu yöntem uluslararası telif haklarında mülkiyet davalarından doğacak uyumsuzluklarda çözüm için bir alternatif sağlayacaktır. Bkz.: G. B. Dinwoodie (2000). A New Copyright Order: Why National Courts Should Create Global Norms. *University of Pennsylvania Law Review*, 149 (2), s. 542 - 543.

⁵⁴²Rivoire, 2018, **a.g.k.**, s. 207 - 208.

fazla yeknesaklık sağlanacaktır⁵⁴³. *Paul Stephan* ise mahkemelerin *Dinwoodie*'nin teklifini kabul etseler bile, gerçek bir uluslararası fikri haklar hukuku oluşturmak için özellikle federal hukuk sistemlerinde birbirlerinin hukuk ve politikalarını araştırmalarının pek olası olmadığını, öte yandan her mahkemenin kendi hukuk ve politikasını önceleyeceği için yine yeknesaklık olmayacağını öne sürmüştür. *Rivoire* bu eleştiriye karşılık, maddi hukuk yaklaşımı sadece ilk sahipliğin belirlenmesinde uygulanacağı için çok farklı kararlar çıkmayacağını ifade etmiştir⁵⁴⁴. Ancak biz de gerek uygulamada mahkemelerin zaten hali hazırda yabancı devletlerin hukuklarını uygulamamak için (ABD hukuku anlatılırken görüleceği üzere) ülkesellik, uygun olmayan mahkeme (*forum non convenience*)⁵⁴⁵ gibi gerekçelere tutunduğu günümüzde yabancı unsurlu uyuşmazlığın çözümünün tamamen mahkemenin yaratacağı hukuk kuralına bırakılmasının her zaman adil sonuçlar vermeyeceğini düşünmekteyiz. Öte yandan konu ilk sahiplik ile sınırlanmış olsa da mahkemelerin farklı yaklaşması sebebiyle çok farklı kararlar meydana çıkabilecektir. ABC davasının Amerikan mahkemesinin önüne gittiğini düşündüğümüzde Amerikan mahkemesi ilk sahipliğin belirlenmesi için, kendi ülkesinin politikalarını düşünerek *lex loci protectionis*'i değil *lex originis*'i uygulayacak ve bunu da menşe ülke hukukunu uygulamış olmaktan da ziyade *Rivoire*'nin haklı olarak belirttiği gibi kendi hukukunu uygulamak için bir zemin olarak sunacaktır. Dolayısıyla *Rivoire*'e mahkemelerin uygulanacak hukukun tespit edilmesinde serbest bırakılması halinde kendi hukukunu uygulamak için durumun değişen şartlarına göre *lex originis* veya *lex loci protectionis* kuralını esas alacağı eleştirisine katılmakla birlikte, kendisinin önerdiği maddi hukuk yaklaşımına da yukarıda açıkladığımız sebeplerle katılmıyoruz.

⁵⁴³Rivoire, 2018, **a.g.k.**, s. 223.

⁵⁴⁴Rivoire, 2018, **a.g.k.**, s. 224.

⁵⁴⁵*Forum non convenience* yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlıkla ilgili olarak birden fazla devlet mahkemesinin yetkili olması durumunda uygulanan, bir mahkemenin dava ile daha yakın irtibata sahip ve dolayısıyla davayı görmeye daha uygun başka mahkeme lehine kendi milletlerarası yetkisinden feragat etmesi anlamına gelen doktrindir. Bkz.: Z. Akıncı (2002). Milletlerarası Usul Hukukunda Seçilen Mahkemenin Bağlantılı Olması Koşulu. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* - Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, 22 (2), s. 12, dn. 18; D. Elçin (2012). Forum Non Convenience Doktrini. Prof. Dr. İlhan Unat'a Armağan. Ankara: Mülkiyeliler Birliği, s. 311; B. İ. Erdoğan (2021). *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları* (1. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 58 vd; E. S. Güler (2019). Forum Non Convenience Doktrini ve Uluslararası Paralel Davalar. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, 21 (Özel Sayı), s. 2631; M. A. Mekengeç (2016). *Aynı Haklardan Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme* (1. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 292 - 293; G. B. Özçelik (2016). *Milletlerarası Usul Hukukunda Paralel Davalar* (1. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 69 vd; A. G. Toker (2022). Forum non Conveniens Doktrininin Türk Hukukunda Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi Kapsamında Uygulanması. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 24 (1), s. 81 vd; Şanlı, 2019, **a.g.k.**, s. 386.

Kono ilk sahipliğin belirlenmesinde eserin meydana getirilmesi aşamasında altta başka bir ilişki yatması ihtimali üzerinde durmuştur. Yazar CLIP'te yer alan düzenlemeye atıfta bulunarak, önceden var olan ilişki temelinde oluşturulan fikri hak varlıklarının ilk sahipliği sorununun, ilk sahipliği belirleyen genel ilkelere bir istisna teşkil ettiğini belirtmiştir. Eğer ki bir eserde ilk sahiplik konusu altta yatan ilişkiye dayandırılırsa, altta yatan ilişkinin tarafların hukuk seçmesine izin verilen sözleşme olduğu düşünüldüğünde, dolaylı olarak ilk sahiplik konusuna da tarafların seçtiği hukuk karar verecektir⁵⁴⁶.

Sinema eserleri için ise durum daha tartışmalıdır. Türk hukukunda 1995 yılında FSEK'te yapılan değişiklik ile yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı ve diyalog yazarı birlikte sinema eserinin sahibidirler. Öte yandan Bern Sözleşmesinin 14. maddesinde yer alan sinematografik eserlere ilişkin düzenleme, bu eserlerde hak sahibinin belirlenmesi konusunda doktrinde tartışma konusu olmuştur. 14. maddenin 1. fıkrasının a bendinde "Sinematografik eserde telif hakkı sahipliği, korumanın talep edildiği ülke mevzuatı ile düzenlenecektir." ifadesi yer alır⁵⁴⁷. Ancak Sözleşmenin 5. maddesinin 4. fıkrasında sinema eserleri bakımından menşe ülke yapımcının işyeri veya mutad meskeni olarak düzenlenmiştir. Dardağan bu düzenlemeyi sinema eseri üzerindeki hak sahipliğinin, filmin yapımıyla üstlendiği ekonomik risk göz önüne alınarak, yapımcının işyeri veya mutad meskeni hukukuna göre belirlenmesi gerektiği şeklinde yorumlamıştır⁵⁴⁸. Öte yandan Sözleşmenin orijinal metni mülkiyetle ilgili herhangi bir kural içermemekteyken, sinema eserlerinde farklı hukuklarda eser sahibi ya yapımcı ya da yönetmen olarak belirlendiği için Bern Sözleşmesinin Stockholm konferansında bu hüküm eklenmiştir⁵⁴⁹. Fawcett ve Torremans'a göre, koruyucu devlet kanununun ve filmin yapımcısının işletme merkezinin veya mutad meskeninin bulunduğu devlet hukukunun bu meseleye az ya da çok kümülatif olarak uygulanması gerekir⁵⁵⁰.

⁵⁴⁶Kono, 2012, **a.g.k.**, s. 411.

⁵⁴⁷*Itar – Tass* davasında da Prof. Patry tarafından, Bern Sözleşmesinin, "bir sinematografik eserde telif hakkı sahipliğinin, korumanın talep edildiği devletteki mevzuata tâbi olacağı" açıkça belirtildiği için bu düzenlemenin diğer eserler açısından üç anlamdan herhangi biri olabileceği söylenmiştir. Birincisi, diğer eserler için mülkiyetin korumanın talep edildiği ülkedeki mevzuat tarafından belirlenmemesi gibi olumsuz bir ima taşıyabilir. İkinci olarak, diğer eserler için zaten geçerli olan genel bir ilkenin filmler için açık bir iddiası olarak düşünülebilir. Üçüncüsü, diğer eserler hakkında hiçbir şey ima etme niyeti olmadan benimsenen filmler için özel bir hüküm olabilir. Birinci veya ikinci anlamın kastedildiğine dair herhangi bir belirti yoksa, üçüncü anlayış tercih edilecektir. <https://casetext.com/case/itar-tass-russian-news-v-russian-kurier?q=Itar%20tass&sort=relevance&p=1> &type=case (Erişim tarihi: 02.06.2022)

⁵⁴⁸Dardağan, 2000, **a.g.k.**, s. 181.

⁵⁴⁹Fawcett ve Torremans, 2011, **a.g.k.**, s. 718.

⁵⁵⁰Fawcett ve Torremans, 2011, **a.g.k.**, s. 721.

Yukarıda verilen mahkeme kararları ve doktrin görüşleri karşılaştırıldığında bizim de vardığımız sonuç bir eserin sahibinin kim olduğunun tespit edilmesini idare edecek olan hukuk tek bir hukuk olmalıdır. Bu sebeple eser sahibinin belirlenmesi konusunun, hak her ihlal edildiğinde değişecek olan *lex loci protectionis* kuralından ziyade *lex loci originis* kuralına tâbi olması gerektiğini savunmaktayız. Ancak burada ALI ilkelerinde benimsendiği şekliyle eserin meydana getirildiği sırada eseri meydana getirenin mutad meskeni bağlama noktasını gerek tesadüfî bir yer olabileceği gerekse doktrinde de ifade edildiği üzere *forum shopping*'e yol açabileceği şüphesiyle kabul etmemektediriz. Dahası eser sahibinin tespit edilmesinde eseri birden fazla kişinin meydana getirmesi halinde kişisel bağlantı noktalarının, ister vatandaşlık ister mutad mesken olsun, zorluklara yol açabileceğini düşünmekteyiz. O sebeple değişmeyecek ve bilinçli bir tercihle varlığını gösterecek olan “eserin umuma arz edildiği yerin” eser sahibinin tespitini de idare edecek hukukun bulunduğu devlet olabileceğini düşünmekteyiz. Bu noktada ALI ilkelerinde kabul edilen, birden fazla eser sahibinin olması halinde eserle en sıkı ilişkili hukukun uygulanması da bizim önerimizde eserin umuma arz edildiği yer olarak somutlaşmış olmaktadır.

2.2.4. Fikri hakların aktarılabilirliği

İlk hak sahipliğiyle ilgili olan bir başka tartışmalı konu da fikri hakların devredilip devredilemeyeceğidir. Konu mali ve manevi haklardan oluşan fikri haklar için özel önem arz etmektedir. Buradaki tartışma birden fazla sebepten kaynaklanmaktadır. Öncelikli sorun fikri hakkın devredilip devredilemeyeceği sözleşme statüsüne mi yoksa hak statüsüne mi tâbidir? Bir diğer sorun da farklı hukuk düzenlerinde konunun maddi hukuk boyutunun farklı düzenlemelere sahip olmasıdır.

Pila ve Torremans'a göre hakkın devredilip devredilememesi meselesi sözleşmesel değil hakkın özüyle ilgilidir ve fikri hakkın varlığını yöneten hukuka tâbi olacaktır⁵⁵¹. Hakkın devredilip devredilemeyeceği konusu hakkın özüyle ilgili olduğu için de sözleşme statüsüne tâbi tutulamayacak ve bunun sonucu olarak taraflar bu konuda uygulanacak hukuku da seçemeyeceklerdir. Hakkın özüne ilişkin olan bu konu dolayısıyla koruma talep edilen hukuka göre belirlenecektir⁵⁵². *Campbell Connelly & Co.*

⁵⁵¹Pila ve Torremans, 2019, **a.g.k.**, s. 538.

⁵⁵²Pila ve Torremans, 2019, **a.g.k.**, s. 538 - 539.

Ltd v Noble kararında⁵⁵³ tarafların arasındaki sözleşmeye uygulanacak hukuk İngiliz hukuku olmasına rağmen hakkın devredilip devredilemeyeceği konusu korumanın talep edildiği Amerikan hukukuna göre belirlenmiştir⁵⁵⁴. Uyuşmazlığa konu telif hakkının devredilip devredilemeyeceğine önsorun olarak karar verilmesi gerekmektedir ve bu konu, koruma talep edilen devletin hukukuna tâbi tutulmuştur⁵⁵⁵.

İkinci soru özellikle fikri haklar bakımından önem taşımaktadır. Çünkü Türk hukukunda olduğu gibi çoğu Avrupa ülkesinde de fikri haklar mali ve manevi haklardan oluşmaktadır ve çoğu hukuk düzeninde manevi hakların devri ya yasaklanmakta ya da kısıtlanmaktadır⁵⁵⁶. *Metzger* bu soruların cevaplarının birbirine bağlı olduğunu iddia etmiştir. Yazara göre, eğer ki ilk sahiplik eseri meydana getiren kişiye atfedilmemişse, Amerikan hukukunda olduğu gibi, eser sahibinin haklarının devredilememe gibi bir durumu da söz konusu olmayacaktır⁵⁵⁷. O sebeple de yazar, hakların ilk sahipliğini belirleyecek hukuk ile bu hakların devredilip devredilemeyeceğini belirleyecek hukukun aynı olması gerektiğini, bu iki hususun birlikte değerlendirilmesi gerektiğini bizim de katıldığımız şekilde ifade etmiştir⁵⁵⁸.

Öte yandan hakların devredilebilmesiyle ilgili bir diğer sorun da daha önceden telif hakkının kullanılması için verilmiş bir lisansın gelecekte bir yenilik olarak ortaya çıkan kullanım türüne de izin verip vermediğidir. *Ginsburg* 1995 tarihli makalesinde buna dijital medyanın ortaya çıkmasından önce yazarın romanını basma, yayınlama ve satma haklarını devrettiği bir yayıncının şimdi romanı CD ROM olarak veya çevrimiçi olarak tedarik etmek istemesini örnek olarak göstermektedir. Buradaki sorun yine konunun maddi hukuklarda farklı düzenleniyor olmasından kaynaklanmaktadır⁵⁵⁹.

⁵⁵³*Campbell Connelly & Co. Ltd v Noble* (1963) 1 WLR 252, 255.

⁵⁵⁴Benzer diğer bir karar örneği olarak *Corcovado Music Corp v Hollis Music*, 981 F2d 679 (2d Cir. 1993). Bkz.: Pila ve Torremans, 2019, **a.g.k.**, s. 538.

⁵⁵⁵Fawcett ve Torremans, 2011, **a.g.k.**, s. 724.

⁵⁵⁶Örneğin, Birleşik Krallık'ın 1988 tarihli Kanununun 90. maddesinin ilk fıkrasında göre telif hakları devredilebilir. Ancak Alman Telif Hakkı Kanunu bu şekilde bir devretmeyi yasaklamaktadır. Detaylı bilgi için bkz.: Ginsburg, 1995, **a.g.k.**, s. 329; Pila ve Torremans, 2019, **a.g.k.**, s. 538.

⁵⁵⁷*Metzger*, 2010, **a.g.k.**, s. 163.

⁵⁵⁸*Metzger*, 2010, **a.g.k.**, s. 163.

⁵⁵⁹1965 tarihli Alman Telif Hakkı Kanununun 5. bölümünün 31. maddesinde eser sahibinin verdiği hakların sözleşme sırasında bilinmeyen kullanım biçimlerini kapsamadığı kabul edilmişken, Fransız Fikri Mülkiyet Kanununun 131. maddesinde, tarafların arasındaki sözleşmede açıkça belirtilmesi halinde gelecekteki kullanım türlerine de izin verildiği kabul edilmektedir. Ginsburg, 1995, **a.g.k.**, s. 328 - 329, dipnot 38 - 39.

ALI ilkelerinde eserin ilk sahipliği 313. paragrafta düzenlenen *lex originis* kuralına göre belirlenirken, hakların devredilip devredilemeyeceği 314. Paragrafta düzenlenen *lex loci protectionis* kuralına göre belirlenecektir. Bu farklılık uygulamada tutarsızlığa yol açacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir⁵⁶⁰. CLIP ilkelerinde ise bu tarz farklı bir düzenleme yapılmamış ve 3. bölüm 301. paragrafta hakların devredilip devredilemeyeceği de *lex loci protectionis*'e göre belirleneceği düzenlenmiştir⁵⁶¹. Böylelikle hem ilk sahiplik hem de hakların devredilip devredilemeyeceği hususu aynı hukuka tâbi olacaktır.

2.2.5. Televizyon yayıncılığı

Bern Sözleşmesinin 11. maddesinde yayın, halka iletim olarak tanımlanmıştır⁵⁶². Uydu Yayın Direktifine⁵⁶³ göre uydu aracılığıyla halka iletim, yayın kuruluşunun kontrol ve sorumluluğunda olan, halk tarafından alınması amaçlanan program taşıyan sinyallerin, uyduya ve yeryüzüne doğru kesintisiz bir iletişim zincirine sokulması eylemidir (m.1/f.2-b). Konuya dair AB hukukunda 1993 tarihli Uydu Yayın Direktifi kabul edilmişse de daha önce açıklandığı üzere ilgili Direktif 2019 senesinde değiştirilmiş haliyle yürürlüktedir.

Televizyon yayıncılığının konumuz bakımından önemi, uydu yayınları aracılığıyla gerçekleşen fikri hak ihlallerine uygulanacak hukukunun nasıl belirleneceği hususudur. Uydu yayınları aracılığıyla gerçekleşen fikri haklara yönelik ihlallere uygulanacak hukuk olarak ihlal fiilinin yapıldığı yer hukukunun kabulü Dardağan tarafından en uygun çözüm olarak ifade edilmiştir⁵⁶⁴. Ancak ihlal fiili nerede gerçekleşmektedir, yayın sinyalinin gönderildiği yerde mi, yoksa yayının halka ulaştığı yerde mi? Bu soruların yanıtı olarak gönderme/yayın teorisi ve sinyallerin ulaştığı yer olarak *Bogsch* teorisi gelişmiştir.

Doktrinde AB Uydu Yayın Direktifinin 2. maddesinin uydu yayınları aracılığıyla gerçekleşen fikri hak ihlallerinde gönderme yeri teorisine işaret ettiği ileri sürülmüştür. Direktifin 2. maddesine göre, üye devletler, eser sahibine, eserlerin uydu yoluyla kamuya iletilmesine izin verme konusunda münhasır bir hak sağlayacaktır. Bu düzenleme Dardağan ile *Geller* tarafından gönderme/yayın teorisinin pozitif düzenlenmiş hali olarak

⁵⁶⁰Metzger, 2010, **a.g.k.**, s. 163.

⁵⁶¹Metzger, 2010, **a.g.k.**, s. 163 - 164.

⁵⁶²Fawcett ve Torremans, 2011, **a.g.k.**, s. 711.

⁵⁶³Bkz.: Yukarıda 2.2.2.2. numaralı başlık.

⁵⁶⁴Dardağan, 2000, **a.g.k.**, s. 192.

gösterilmiştir⁵⁶⁵. *Matulionyté* bu düzenlemeyi fikri haklara hâkim olan ülkeselliğin esnetilmesi olarak yorumlamıştır. Çünkü fikri hakkın ihlal edilmesini idare edecek olan hukuk yayın sinyalinin alındığı her devletin hukuku değil aksine uydu sinyalinin gönderildiği devletin hukuku olacaktır⁵⁶⁶. Gönderme veya yayın teorisine göre sınır ötesi yayınlardan kaynaklanan telif hakları uyuşmazlıklarında, yayının yapıldığı, ses ve görüntü taşıyan sinyallerin gönderildiği yer hukuku (fiil yeri hukuku) bazı yazarlarca tercih edilen bir bağlama kuralıdır⁵⁶⁷. Öte yandan bu durum yükleme eyleminin eser sahibini en az koruyan ülkeden gerçekleşebileceği sebebiyle eleştirilmiştir⁵⁶⁸. Ancak böyle bir yerin tesadüf bir yer olması veya eser sahibini korumaması için seçilen bir yer olup olmadığının tespitini sağlayacak ek kriterler getirmek yararlı olabilir. Eğer ki gönderme yeri aynı zamanda gönderme fiilini gerçekleştiren kişinin vatandaşlığının/ ikametgahının/ mutad meskeninin veya varsa işyerinin bulunduğu yer ise bu gönderme yeri hukuku olaya uygulanabilir bulunacaktır.

Yayın sinyallerinin alındığı yerin başka bir ifadeyle bir bakıma sonuç yerinin fikri hakkın ihlal edildiği yer olarak kabul edilmesi de *Bogsch*⁵⁶⁹ teorisi olarak adlandırılmıştır. Ayak izi veya alım teorisi (*empfangstheorie*) olarak da bilinen *Bogsch* teorisi uydu yayını, sinyalin ayrılmasıyla başlayan ve ayak izinin kapsadığı eyaletlerdeki izleyiciler tarafından sinyallerin alınmasıyla biten karmaşık bir işlem olarak tanımlamaktadır. Sonuç olarak, yayın kuruluşu, uydudan yayılan sinyalin alınabileceği tüm devletlerin telif hakkı kanunlarına uymak zorunda kalacaktır; bu, özellikle ayak izinin kapsadığı tüm Devletler için telif hakkının dikkate alınması anlamına gelecektir⁵⁷⁰. Buna göre, yayın sadece gönderim işleminden ibaret değildir. Dolayısıyla yayıncı, uydunun etki alanında olan bütün devletlerin hukukuna uymakla yükümlüdür ve bu durumda yayının alındığı devletlerin hukuku kümülatif olarak uygulanır⁵⁷¹. Uydu yayıncılığı alanında Avrupa Birliği, gönderme yeri teorisi lehine *Bogsch* teorisinden vazgeçmiştir. İsviçre

⁵⁶⁵Geller, 2004, **a.g.k.**, s. 350; Dardağan, 2000, **a.g.k.**, s. 193. Benzer görüş için bkz.: İ. Tellioglu (1995). Avrupa Birliği Direktifleri ve GATT-TRIPS Anlaşması Doğrultusunda Fikir ve Sanat Eserlerinin Korunması; Türkiye'deki Hukuksal Düzenlemeyle Mukayeseli İncelenmesi. *Marmara Journal of European Studies*, 4 (1 - 2), s. 97.

⁵⁶⁶*Matulionyté*, 2013, **a.g.k.**, s. 84.

⁵⁶⁷Fawcett ve Torremans, 2011, **a.g.k.**, s. 711; Dardağan, 2000, **a.g.k.**, s. 193-194.

⁵⁶⁸Dardağan, 2000, **a.g.k.**, s. 195.

⁵⁶⁹*Bogsch* teorisinin ismi o dönem WIPO Genel Müdüründen gelmektedir. ATF 136 III 232, 238.

⁵⁷⁰ATF 136 III 232, 238.

⁵⁷¹Dardağan, 2000, **a.g.k.**, s. 194.

mahkemelerinin 2010 tarihli kararına⁵⁷² konu olayda Fransız hukukuna tâbi bir limited şirket olan *Métropole Télévision*, M6 televizyon programını Fransız topraklarından başka yerlere uydu aracılığıyla yayınlamakta ve İsviçre’de Fransızca konuşan izleyiciler de M6 programını izlemektedir. 2002 yılının Ocak ayında ise *Métropole Télévision* yeni bir uydu sinyali göndermeye başlamış, Fransa'ya yayın yapmak için kullanılandan farklı olarak, yayınlar özellikle İsviçre ve Fransa'yı kapsayacak şekilde alınabilir hale getirilmiştir. Bu sinyal, özellikle İsviçreli izleyicilere yönelik reklam mesajlarıyla birlikte M6 programını da içermektedir. *Fribourg* kantonundaki *Cablecom* da dahil olmak üzere bazı İsviçre kablo operatörleri bu durumu fark etmiştir. 17 Kasım 2003 tarihinde, *Swiss Broadcasting Corporation* (SSR), *Fribourg* Kantonu Asliye Hukuk Mahkemesi'nde *Métropole Télévision* aleyhine yayının yasaklanması, tedbir getirilmesi ve doğan zararın tazmini talepleriyle dava açmıştır. Telif hakkı ve haksız rekabetle ilgili hükümlere başvuran SSR, önce davalının özellikle Fransızca konuşan İsviçre halkına yönelik M6 programını yayınlama yetkisinin bulunmadığının tespit edilmesini talep etmiştir. SSR özel olarak İsviçre halkına yönelik reklam mesajlarının eklenmesi nedeniyle, bu şekilde yayınlanan eserlerde telif hakkı sahipleri tarafından izin verilmediğini de eklemiştir. SSR daha sonra *Métropole Télévision*'in, Fransızca konuşan İsviçre halkına yönelik bu programda, listelediği belirli yapımcılar veya bunlarla bağlantılı şirketler tarafından üretilen çeşitli filmlerin veya televizyon dizilerinin tamamen veya kısmen yasaklanmasını istemiştir. Son olarak, sanığın kendisine belirlenecek bir miktarda, ancak en az 10 milyon frank tutarında tazminat ödemesine karar verilmesini talep etmiştir⁵⁷³. Yerel mahkeme, davalının 1992 tarihli İsviçre Federal Telif Hakları Kanununu ile 1986 tarihli İsviçre Federal Haksız Rekabet Kanununu ihlal ettiği gerekçesiyle davayı kabul etmişse de bu karar davalı tarafından temyiz edilmiştir. Federal Yüksek Mahkemenin Birinci Hukuk Dairesi davalının temyiz talebini kabul ederek yerel mahkeme kararını iptal etmiştir. Temyiz mahkemesinin kararına göre davalı Fransa’dan televizyon programının yayıncılığını yapan bir limited şirkettir ve bu sebeple uyuşmazlığın uluslararası yönü bulunmaktadır. Bu nedenle, forumun uluslararası özel hukuk kuralları ışığında, uyuşmazlığa uygulanacak hukuk sorununu re'sen tespit etmek Federal Mahkemenin görevidir⁵⁷⁴. Mahkeme burada İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun fikri haklara

⁵⁷²ATF 136 III 232 (12.01.2010). Karar için bkz.: <https://www.swisslex.ch/de/> (Erişim tarihi: 24.10.2022).

⁵⁷³ATF 136 III 232, 233.

⁵⁷⁴ATF 136 III 232, 235.

uygulanacak hukukun düzenlendiği 110. maddenin ilk fıkrasına dayanarak korumanın talep edildiği devlet hukukunun, uydu yayın sinyallerinin alındığı İsviçre'nin hukukunun olduğuna karar vermiş ve İsviçre hukukunu uygulamıştır⁵⁷⁵.

Ginsburg ise bu önerilere ek olarak *for*'un hukukunun aynı zamanda sıkı ilişkili hukuk olması durumunda uygulanabileceğini savunmuştur. Yazar birden fazla yerde gerçekleşen ihlallerde eğer ki bu ihlal yerlerinden biri aynı zamanda ihlal eyleminin başladığı yere; ihlal eylemini gerçekleştiren kişinin tâbiyetinde bulunduğu, ikamet ettiği veya işyerinin bulunduğu yer ise bu yerin hukuku ihlalden doğan uyuşmazlıklara uygulanabilecektir⁵⁷⁶.

2.2.6. İnternet ihlalleri – Her yerde ihlal

İletişim teknolojisindeki temel değişiklikler fikri hakların kullanımı ve ihlalini de etkilemiştir. İnternet aracılığıyla yazılım lisansları, müzik, film gibi telif hakkıyla korunan materyaller saniyeler içinde dünya çapında yayılmaya ve yine dünyanın herhangi bir yerindeki kişiler tarafından erişime sunulmuştur⁵⁷⁷. İnternet aracılığıyla meydana gelen fikri hak ihlallerinde çoğunlukla ne fikri hakkın varlığı ne de ihlal eylemi bir ülkenin sınırları içinde kalmaktadır. İnternet aracılığıyla meydana gelen ihlaller söz konusu olduğunda bu durum her yerde ihlal olarak ifade edilmektedir⁵⁷⁸. Burada ihlallerin anında ve dünya çapında olduğu durumlarda fikri haklarda ülkesellik ilkesi kabulü ve *lex loci protectionis* kapsamında korunması zorlaşır⁵⁷⁹. Çünkü internet aracılığıyla meydana gelen bir ihlalde dünya çapındaki tüm ulusal kanunlar kapsamında mevcut olan ilgili fikri haklar etkilenecek ve faaliyetin kendi topraklarındaki hakları ihlal ettiği iddiasıyla, her bir koruma ülkesinin kanununun uygulanmasına yol açacaktır⁵⁸⁰. Hele ki tescile gerek olmaksızın varlık kazanan fikri haklar için çoğu durumda, her bir ülkede, koruma talep edilen ülkenin kanunlarının hükümleri uyarınca, hak sahibi için gerçek anlamda küresel bir telif hakkı koruması doğacaktır⁵⁸¹.

⁵⁷⁵ATF 136 III 232, 235.

⁵⁷⁶Ginsburg, 1995, **a.g.k.**, s. 338.

⁵⁷⁷Basedow, 2010, **a.g.k.**, s. 11.

⁵⁷⁸Basedow, 2010, **a.g.k.**, s. 11 ve 27; Garnett, 2020, **a.g.k.**, s. 167; Kono ve Jurčys, 2012a, **a.g.k.**, s. 153; Metzger, 2010, **a.g.k.**, s. 173; Pila ve Torremans, 2019, **a.g.k.**, s. 541.

⁵⁷⁹P. E. Geller (1996). Conflicts of Laws in Cyberspace: Rethinking International Copyright in a Digitally Networked World. *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts*, 20 (4), s. 572 - 573.

⁵⁸⁰Asensio, 2020, **a.g.k.**, s. 251 - 252.

⁵⁸¹Pila ve Torremans, 2019, **a.g.k.**, s. 541.

Kural olarak, *lex loci protectionis* kuralının sonucu olarak her bir fiil ayrı bir ihlale yol açar ve her biri, her bir ihlalin meydana geldiği ülkenin kanunlarına tâbi olur. Böyle bir durumun gerçekleşmesi halinde pratikte hem hak arayan için hem de davaya bakacak mahkeme için külfetli bir iş meydana gelecektir⁵⁸². Ne Roma II Tüzüğü'nün ne de AB Üye Devletlerinin kanunlarında fikri hakların her yerde ihlal edilmesi konusunda özel bir kanunlar ihtilafı kuralı yoktur⁵⁸³. Bu sebeple internet aracılığıyla meydana gelen fikri hakların korunmasının nasıl olacağına dair doktrinde tartışmalar yapılmaktadır. Konuya ilişkin çözüm önerileri olarak doktrinde fiil yeri hukuk kuralı, sonuç yeri hukuk kuralı, eser sahibinin mutad meskeni/işyeri hukuku kuralı, ihlal edenin mutad meskeni/işyeri hukuku kuralı ileri sürülmüştür⁵⁸⁴. Metzger'e göre buradaki asıl soru hak sahiplerinin dünya çapında maruz kalınan zararın tamamı için tek bir hukuk kapsamında tazminat talep etmesine veya dünya çapında tazminat talep etmesine izin verilip verilmeyeceği ve eğer buna izin verilecekse hangi koşullar altında karar verileceği meselesidir⁵⁸⁵.

İnternet üzerinden gerçekleşen fikri hak ihlallerinde de katı bir şekilde ülkeselliğin uygulandığı düşünüldüğünde hakkın ihlal edildiği her bir devletin koruma talep edilen devlet olması ve ilgilinin her bir devlette dava açabilmesi durumuna mozaik sistem denmiştir⁵⁸⁶. Bu mozaik sisteme bağlı kalınması halinde hak arama süreci hak sahibi için oldukça külfetli olacaktır. Ancak aksinin düşünülmesi, başka bir ifadeyle fikri hakkın ihlaline tüm dünyada geçerli olacak tek bir devletin hukukunun uygulanması fikri, o hukukun ülke dışında (*extraterritorially*) uygulanması anlamına gelir⁵⁸⁷. Öte yandan hakkı ihlal edilen kişi hakkını hangi devlette arayacak ve hangi hukuk uygulanacaktır? Metzger uygulamada bu sorunun başka bir ifadeyle dünya çapında ihlal davalarının, internet aracılığıyla fikri hakkı ihlal eden kişinin internet hizmetini kapatmaya zorlamak için en önemli pazarın belirlenip orada dava açılması ve *lex loci protectionis* olarak oranın hukukunun uygulanmasının etkili sonuçlar doğuracağını belirtmiştir⁵⁸⁸. ABD hukuku anlatılırken daha detaya girilecekse de bu konuda Ginsburg önemli bir noktaya değinmektedir. Yazar makalesinde internet uyuşmazlıklarına uygulanacak hukukun tespit

⁵⁸²Kur ve Maunsbach, 2019, **a.g.k.**, s. 57.

⁵⁸³Kono ve Jurčys, 2012a, **a.g.k.**, s. 153; Pila ve Torremans, 2019, **a.g.k.**, s. 541.

⁵⁸⁴Akıpek ve Dardağan, 2001, **a.g.k.**, s. 135 - 136.

⁵⁸⁵Metzger, 2010, **a.g.k.**, s. 173.

⁵⁸⁶Metzger, 2010, **a.g.k.**, s. 173.

⁵⁸⁷Metzger, 2010, **a.g.k.**, s. 174.

⁵⁸⁸Metzger, 2010, **a.g.k.**, s. 174.

edilmesinde çeşitli bağlama noktası ihtimallerini değerlendirmesinin ardından, internette yükleme veya indirme eylemleri kolayca mobil olup istenen devlet bu eylemler için seçilebileceğinden, dünya çapında etkili bir minimum koruma standardı olmadığı sürece, hiçbir ihtilaf kuralının tam olarak tatmin edici olamayacağını belirtmiştir⁵⁸⁹.

İnternet aracılığıyla meydana gelen hak ihlallerinde uygulanacak hukukun tespitinde geleneksel bakış açısıyla *lex loci delicti* kuralının uygulanabileceği, bu yerin de fiil (bilgisayara yüklemenin yapıldığı yer) ya da zarar yerinden biri olduğunu iddia edilmiştir⁵⁹⁰.

İnternet aracılığıyla gerçekleşen fikri hak ihlallerine uygulanacak hukuku tespit için yapılan çalışmalar uydu yayınları aracılığıyla gerçekleşen fikri hak ihlaline benzetilerek bu alanda yapılan tartışmalardan yararlanılmıştır⁵⁹¹. Daha önce açıklandığı üzere uydu yayınları aracılığıyla fikri hak ihlal edildiğinde burada ihlal fiilinin nerede meydana geldiğinin tespiti için teoriler ortaya sürülmüşse de bunlardan en çok tartışılanı gönderme yeri teorisi ve yayının alındığı yer (*bogsch*) teorisi olmuştur. Gönderme yeri teorisi olarak adlandırılan ilk yaklaşım sanal ortamda gerçekleşen fikri hak ihlallerine uygulanacak olursa, eserin ağı ilk kez yüklendiği, bilgisayar hafızasına ilk kez kaydedildiği ülkenin ihlal fiilinin gerçekleştiği ülke olarak kabulü gerekir ve ihlal eylemine bu yerin hukuku uygulanır⁵⁹². *Bogsch* teorisi başka bir ifadeyle yayının alındığı yer teorisi internet aracılığıyla gerçekleşen ihlallerde ihlal yerinin belirlenmesine uygulanırsa da, yayının alındığı bütün ülke hukuklarına yetki tanınması gerekir.

Hem sınırötesi televizyon yayıncılığında hem de internette, her iki iletimin de en belirgin unsuru karşı taraftaki alıcılardır. Uydu yayınlarında alıcılar pasif durumdayken online dünyada yüklemekten yararlanan internet kullanıcıları, indirme işlemi gibi fiillerde bulunabildikleri için “*fiil yerinden çok sonuç yeri*” ile yersel bağlamanın sağlanması daha

⁵⁸⁹Ginsburg, 1995, **a.g.k.**, s. 323.

⁵⁹⁰S. Özel (2004). İnternet Yoluyla Kişilik Hakları İhlallerinde Uygulanacak Hukuk Meselesi. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 24 (1 - 2), s. 614. Öte yandan, *Burnstein*'in interneti hiçbir devletin egemenliğinin olmadığı açık denizlere, internette meydana gelen ihlalleri de gemilerin çatışmasıyla benzer tutup getirdiği öneri ve eleştirisi için bkz.: Özel, 2004, **a.g.k.**, s. 615 vd.

⁵⁹¹Y. Kaplan (2004). *İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk* (1. Baskı). Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 190.

⁵⁹²A. U. Çavuşoğlu (2002). İnternet Ortamında İşlenen Haksız Fiil Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni - Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan*, 22 (2), s. 977 - 978; Dardağan, 2000, **a.g.k.**, s. 193. İçeriğin yüklendiği yerin tespit edilememesi halinde özgün bağlama kuralı olarak, yükleme yeri ile yükleyen kişinin ikametgahı veya mutad meskeni bir tutularak bu hukuklardan biri uygulanması önerisi için bkz.: Çavuşoğlu, 2002, **a.g.k.**, s. 985.

uygun olarak görülmüştür⁵⁹³. Ancak burada da sonuç yerinin nasıl tespit edileceği sorunu doğar. Çünkü internet ortamında, izinsiz yüklenen içeriğin görüntülenmesi, bilgisayara kaydedilmesi, çoğaltılması, çıktısının alınması gibi fiillerin hepsi aynı ihlal fiilinin (yükleme fiilinin) farklı sonuçlarıdır⁵⁹⁴. Özel, bunu elektronik posta gönderme örneği üzerinden açıklamaktadır. E postanın hazırlanmasının ardından gönder tuşuna basıldığı yer fiil yerini, e-postanın okunduğu yerler ise zarar yerini belirleyecektir⁵⁹⁵. Ancak bu kabul de birden fazla sonuç yeri olacağı için bunlardan hangisinin uygulanacağı sorusunu doğurmuştur. Buna yanıt olarak eser sahibinin mutad meskeni veya işyerinin bulunduğu yer hukuku önerilmişse de bu öneri fikri haklarda hakkın korunmasının talep edildiği devletin ekonomi politikası ile de yakın irtibat halinde olması sebebiyle pek taraftar bulamamıştır⁵⁹⁶. Öte yandan haksız fiilin başka bir ifadeyle ilk yüklemeyi gerçekleştiren kişinin mutad meskeni veya işyerinin bulunduğu yer kuralı önerilmişse de bu kural da benzer şekilde eleştirilere tâbi tutulup benimsenmemiştir⁵⁹⁷.

Uygulanacak hukuk konusunda ALI ve CLIP ilkelerinde tek bir hukukun uygulanması yönünde önerilerde bulunulmuştur. Gerek ALI (321. paragraf 1. cümle) gerekse CLIP (3. bölüm 603. paragraf)⁵⁹⁸ ilkeleri bu konuda benzer yaklaşıma sahiptir. İlkelere göre internet aracılığıyla gerçekleşen fikri hakkın ihlali durumunda hemen hemen internete ulaşılabilen her yerde ihlal meydana geldiği için burada uygulanacak hukukun tespitinde artık koruma talep edilen yer hukuku değil, uyuşmazlıkla en yakın bağlantısı

⁵⁹³Akipek ve Dardağan, 2001, **a.g.k.**, s. 126.

⁵⁹⁴Akipek ve Dardağan, 2001, **a.g.k.**, s. 126 - 127.

⁵⁹⁵Özel, 2004, **a.g.k.**, s. 613.

⁵⁹⁶Akipek ve Dardağan, 2001, **a.g.k.**, s. 128 - 129.

⁵⁹⁷Akipek ve Dardağan, 2001, **a.g.k.**, s. 130.

⁵⁹⁸CLIP ilkelerinin 3. paragraf 603. cümlesindeki düzenleme tarafımızca aşağıdaki şekilde çevrilmiştir. Metnin orijinal hali için bkz.: E. M. P. G. o. C. o. L. i. Property (2013). *Conflict of Laws in Intellectual Property: The CLIP Principles and Commentary* (1. Baskı). Oxford: Oxford University Press, s. 314.

1)İnternet gibi her yerde bulunan medya aracılığıyla gerçekleştirilen ihlalle ilgili uyuşmazlıklarda, ihlalin sinyallerin alınabildiği her Devlette tartışılabilir bir şekilde gerçekleşmesi durumunda mahkeme, ihlalle en yakın bağlantısı olan Devletin hukukunu uygulayabilir. İhlal sürecinde çözülmesi gereken konu olarak çıkması halinde hakkın varlığı, süresi, sınırlamaları ve kapsamı için de bu hukuk uygulanır.

2)Mahkeme, hangi Devletin ihlalle en yakın bağlantısı olduğunu belirlerken, özellikle aşağıdakiler olmak üzere ilgili tüm faktörleri dikkate alır:

- (a) ihlal edenin mutad meskeni;
- (b) ihlalde bulunanın başlıca iş yeri;
- (c) ihlalin bütünüyle desteklenmesine yönelik önemli faaliyetlerin yürütüldüğü yer;
- (d) ihlalden kaynaklanan zararın, ihlalin tamamıyla ilgili olarak önemli olduğu yer.

3)1. ve 2. fıkralara göre geçerli olan hukuka bakılmaksızın, herhangi bir taraf, anlaşmazlığın kapsadığı bir Devlette veya Devletlerde uygulanan kuralların, karar için esas teşkil eden yönlerden anlaşmazlığa uygulanacak hukuktan farklı olduğunu kanıtlayabilir. Mahkeme, tutarsız sonuçlara yol açmadıkça, farklı ulusal yasaları uygular; bu durumda, çözüm yolu oluşturulurken farklılıklar dikkate alınır.

olan hukuk uygulama alanı bulmalıdır⁵⁹⁹. Burada uyumsuzlukla en yakın bağlantıya sahip hukukun tespitini yaparken hâkim, hakkı ihlal edilen ve hakkı ihlal eden tarafın ikametgahlarını, ihlalin neden olduğu tüm zararları ve varsa tarafların meslek faaliyetlerini gerçekleştirdiği başlıca piyasaları da dikkate almalıdır⁶⁰⁰. Bu noktadan sonra ALI ilkeleri bir adım daha giderek, CLIP ilkelerinden farklı olarak, tespit edilen bu hukukun, ihlal edilen fikri hakkın varlığı, geçerliliği, süresi ve nitelikleri konularına da uygulanabileceğini düzenlemektedir⁶⁰¹. Dardağan, çalışma gruplarının getirdiği bu tek hukukun uygulanması kuralını, her yerde meydana gelen ihlaller konusunda çözüm olarak ülkeselliğin bertaraf edilmesi şeklinde yorumlamıştır⁶⁰².

Bu konuda uygulanacak hukuku gösteren bağlama kurallarının yeknesaklaştırılması amacıyla uluslararası sözleşme yapılmasını destekleyen yazarların sayısı epey fazladır⁶⁰³.

Fikri hak ürünlerinde hâkim olan ülkesellik ilkesi AB topluluğunda, topluluğun en temel özelliklerinden olan malların iç pazarda serbestçe dolaşımını olumsuz etkilediği düşünülmüştür⁶⁰⁴. AB hukukunda ülkesellik ilkesinin milli karakterinin yarattığı olumsuzlukların hafifletilebilmesi için AB Adalet Divanı ve yasa yapıcılar tarafından geliştirilen usullerden birisi de bölgesel tükenme ilkesi olmuştur⁶⁰⁵.

2.3. Tükenme İlkesi

2.3.1. Genel olarak

Kişinin fikri çabasının bir ürünü olan fikri ürünler, onu üreten kişi için biricik ve değerlidir. Hukuk düzenleri de, fikri ürünün sahibini koruyucu düzenlemeler yapmaktadır. Öte yandan toplumun da bu ürünlerden yararlanma hakkı göz önünde bulundurulmaktadır. Bu iki menfaatte fikri hak sahibi ürünü üzerinde tam yetki sahibi olmak istemekte, başka kişiler ise o ürün üzerinde serbestçe tasarruf etmek istemektedir. Bunun sonucunda serbest ticaret ile fikri mülkiyetin korunması; kamu yararı ile şahsi

⁵⁹⁹Asensio, 2020, **a.g.k.**, s. 256; Garnett, 2020, **a.g.k.**, s. 167; Kur ve Maunsbach, 2019, **a.g.k.**, s. 57.

⁶⁰⁰Garnett, 2020, **a.g.k.**, s. 167.

⁶⁰¹Basedow, 2010, **a.g.k.**, s. 27; Metzger, 2010, **a.g.k.**, s. 176.

⁶⁰²Dardağan Kibar, 2016, **a.g.k.**, s. 453.

⁶⁰³Uluslararası bir sözleşmenin öngörülebilirlik, etkililik, basitlik mülahazaları; adalet, hakkaniyet, eşitlik mülahazası, uluslararası karar ahenginin tesisi, devletlerin egemenliklerine saygı ve telif hakkı sahibinin menfaatlerini koruyacağına dair detaylı açıklamalar için bkz.: Töre, 2007, **a.g.k.**, s. 321 vd.

⁶⁰⁴Ohly ve Pila, 2013, **a.g.k.**, s. 68.

⁶⁰⁵Ohly ve Pila tarafından aktarılan diğer yöntemler ise uydu yayını çözümü ve AB rekabet hukukudur. Bkz.: Ohly ve Pila, 2013, **a.g.k.**, s. 69 - 71.

kullanım arasında dengenin sağlanması gerekmektedir⁶⁰⁶. Bu dengenin kurulabilmesi amacıyla tükenme ilkesi (*the exhaustion of rights principle*) /ilk satış doktrini (*first sale doctrine*) ortaya çıkmıştır. Bu ilkeye göre, fikri hak koruması olan ürünler, fikri hak sahibi veya onun yetkilendirdiği kişi tarafından iç pazar veya uluslararası alanda satıldıktan sonra, fikri hak sahibi ürününün pazardaki sonraki el değiştirmelerine müdahale edemeyecektir⁶⁰⁷. Hakkın tükenmesi durumunda da hak sahibi ürününün piyasada yeniden dağıtımına engel olamayacaktır⁶⁰⁸. Fikri hakların tükenmesi ilkesi ile ilgili yabancı unsurlu uyumsuzluk çoğunlukla eser sahibinin maddi haklarından olan yayma hakkının tükenmesi ile ilgili olarak çıkmaktadır. Eserin ilk defa kiralanması, ödünç verilmesi, satışa çıkarılması veya başka yollarla dağıtılması olarak meydana gelen eseri yayma hakkı, Türk hukukunda FSEK tarafından eser sahibine tanınmıştır⁶⁰⁹.

Fikri hak sahibinin, mal veya hizmetler üzerindeki kontrolünün sona ermesi ve malların serbest transferine izin vermesini sağlayan mülkiyet hakkının tükenmesi fikri TRIPS ile ortaya çıkmıştır⁶¹⁰. Bu ilkenin uygulanabilmesi için orijinal ürünün hak sahibi tarafından veya onun yetkilendirdiği kişi tarafından piyasaya sürülmesi gerekir. Tükenme ilkesi eser sahibine tanınan maddi haklardan yayma hakkına getirilen bir kısıtlamadır⁶¹¹.

Tükenme ilkesinin pratikteki karşılığı özellikle izinsiz satışlarda karşımıza çıkmaktadır. İzinsiz satışların en belirgin örneğini ise paralel ithalat oluşturmaktadır. Paralel ithalat, bir ülkede (menşe ülke) fikri hak kapsamında yer alan ürünün menşe ülkeden alınıp başka bir ülkeden tekrar menşe ülke pazarına veya başka pazarlara ticari amaçla sokulmasıdır⁶¹². Paralel ithalatın yasak olup olmadığının tespitinde tükenme ilkesinin ilgili ülke veya bölgede nasıl sınıflandırıldığı önem taşımaktadır⁶¹³. Bu noktada tükenme ilkesinin ülkesel, bölgesel veya uluslararası etkili olup olmadığı ilgili yerdeki kanun koyucunun benimsediği rejime göre belirlenecektir⁶¹⁴. Yapılan satışın izinsiz

⁶⁰⁶Arıkan, 2007, **a.g.k.**, s. 155 - 156; Küçükali, 2020, **a.g.k.**, s. 14 - 15.

⁶⁰⁷M. Aksu (2020). Bilgisayar Programlarının Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Çerçevesinde Korunması. *Fikri ve Sınai Haklar Sempozyumu*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 40; Arıkan, 2007, **a.g.k.**, s. 156; Küçükali, 2020, **a.g.k.**, s. 15.

⁶⁰⁸Açıkgöz, 2021, **a.g.k.**, s. 68.

⁶⁰⁹Küçükali, 2020, **a.g.k.**, s. 30.

⁶¹⁰Küçükali, 2020, **a.g.k.**, s. 17.

⁶¹¹M. Aksu (2015). Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Yayma Hakkının Tükenmesi ve Avrupa Adalet Divanının 3 Temmuz 2012 Tarihli Usedsoft/Oracle Kararının Hukukumuzda Bu Açıdan Etkisi Bağlamında Değerlendirilmesi. *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 2015 (1), s. 4.

⁶¹²Küçükali, 2020, **a.g.k.**, s. 87.

⁶¹³Açıkgöz, 2021, **a.g.k.**, s. 75.

⁶¹⁴Akıncı, 2021, **a.g.k.**, s. 59.

olması halinde, başka bir ifadeyle eser üzerindeki yayma hakkının tükenmemiş olması halinde, eser sahibi mali ve manevi hak ihlaline dayanarak bu satışları önleyebilecek ve ihlale karşı dava açabilecektir⁶¹⁵.

Günümüzde hemen hemen her hukuk düzeninde fikri ürün meydana getiren kişinin o eser üzerindeki hakları korunmaktadır. Ancak hukuk düzenleri arasındaki farklılık, bu korumanın hangi durum ve şartlarda sınırlandığı noktasında doğmaktadır. Bu başlıkta açıklandığı üzere, farklı hukuk düzenlerinde tükenme ilkesinin kabul ediliş şeklinin bir gereği olarak, eser sahibinin eseri üzerindeki hakları belli şartlarda sınırlandırılmaktadır. Dolayısıyla ülkesel tükenmenin kabul edildiği bir devlette eser sahibi olan kişinin eserinin izinsiz olarak bölgesel tükenme ilkesini kabul eden bir devlet sınırları içinde çoğaltılması halinde ihtilaf doğacaktır.

2.3.2. Coğrafi alana göre tükenme türleri

2.3.2.1. Ülkesel tükenme

Tarihsel olarak, koruyucu ülke ilkesi ilk olarak Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi'nde yer almıştır⁶¹⁶. Ülkesel tükenme ilkesi gereğince bir eserin veya nüshalarının eser sahibi veya onun yetkilendirdiği kişi tarafından hangi ülkede satış ve dağıtım yapılmış ise, söz konusu eserin satış ve dağıtım hakkı o ülke ile sınırlı olarak tükenir⁶¹⁷.

Türk hukukunda da fikri hakların ülkesel tükenmesi ilkesi kabul edilmiştir. Tükenme ilkesi FSEK'te sadece yayma hakkıyla ilgili olarak düzenlenmiştir⁶¹⁸. Eser sahibinin yayma hakkı FSEK'in 23. maddesine göre, *“bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtmak hakkı”* münhasıran eser sahibine aittir. Bu hükme göre eserin aslı veya çoğaltılmış nüshalarının kiralanması, ödün verilmesi, satışa çıkarılması ve diğer yollarla dağıtılması hakkı eser sahibinin tekelindedir⁶¹⁹. Dolayısıyla eser sahibinin izniyle yurt dışında çoğaltılmış nüshaların yurt içine getirilmesi ve bundan yayma yoluyla faydalanma hakkı da eser sahibine aittir⁶²⁰. Eser sahibi, yurt dışında çoğaltma izni verdiği eser nüshalarının

⁶¹⁵Küçükali, 2020, **a.g.k.**, s. 39.

⁶¹⁶Kono ve Jurčys, 2012a, **a.g.k.**, s. 16.

⁶¹⁷Küçükali, 2020, **a.g.k.**, s. 21.

⁶¹⁸Tekinalp, 2012, **a.g.k.**, s. 191.

⁶¹⁹Aksu, 2015, **a.g.k.**, s. 3.

⁶²⁰Küçükali, 2020, **a.g.k.**, s. 29.

yurt içine getirilmesi bakımından münhasıran yetkilidir⁶²¹. Yurt dışında çoğaltılan nüshalar ancak eser sahibi veya eser sahibinden yayma yetkisini devralan kişinin izni ile ülkeye ithal edilebilir⁶²².

FSEK 23. maddesinin 2. fıkrasının 3. cümlesine göre ülke sınırları içinde ilk satışın yapılması tükenme için şarttır. Böylelikle eser sahibinin Türkiye dışındaki ilk satışı veya dağıtım yapma hakkı devam edecektir⁶²³. Aynı şekilde, FSEK'in 80. maddesine göre, icracı sanatçılar, fonogram ve film yapımcısından oluşan bağlantılı hak sahiplerinin de eser sahibine tanınan satış, dağıtım, kiralama ve ödünç verme hakkı vardır. Film yapımcıları yurt içinde dağıtılmamış film tespitlerinin dağıtımına izin verme ve yasaklama hakkına sahiptir. Ancak film yapımcısı tespitin bir satışına izin vermişse, o izin izleyen satışlara da uygulanır fakat yapımcının bu hakkı ülke içinde tükenmiş olmaz⁶²⁴.

2.3.2.2. Bölgesel tükenme

Bölgesel tükenme ilkesinde fikri hak sahibi, o bölge içinde ürününü piyasaya sunduğu andan itibaren, ürününün o bölge pazarında dolaşımına engel olamaz⁶²⁵. Bunun yanında bölgesel tükenme ilkesinde tükenme sadece o bölge için geçerlidir. Başka bir ifadeyle eser sahibi eser üzerindeki yayma hakkını bölge dışında da sürdürebilecektir.

Bölgesel tükenme AB hukukunda kabul edilmektedir ve buna göre bir ürün AB üyesi bir devlette hak sahibinin izniyle piyasaya sürüldüğünde hak sahibinin bu hakkı bölgenin tamamında (Avrupa Ekonomik Topluluğunda yer alan devletler de dahil) tükenecektir⁶²⁶. ABAD da kararlarında, fikri hakların korunmasının, malların Birlik içinde serbest dolaşımı ve rekabeti olumsuz etkilememesini bildirmiştir⁶²⁷.

Bu noktada Avrupa Birliğinden ayrılan Birleşik Krallığın da durumu ayrıca açıklanmalıdır. AB ile İngiltere arasında "planlı geri çekilme" ve 31 Aralık 2020'ye geçiş dönemi sağlamak için bir geri çekilme anlaşması⁶²⁸ müzakere edilmiştir. Buradaki

⁶²¹Şahin, 2018, **a.g.k.**, s. 97.

⁶²²Şahin, 2018, **a.g.k.**, s. 97.

⁶²³Tekinalp, 2012, **a.g.k.**, s. 166.

⁶²⁴Küçükali, 2020, **a.g.k.**, s. 59.

⁶²⁵Küçükali, 2020, **a.g.k.**, s. 23.

⁶²⁶Küçükali, 2020, **a.g.k.**, s. 24.

⁶²⁷Küçükali, 2020, **a.g.k.**, s. 96.

⁶²⁸Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community 2019/C 384 I/01.

düzenlemelerden birisi de, geçiş döneminin bitiminden önce tüketilen fikri hakların, AB'de ve ayrıca Birleşik Krallık'ta da tüketileceğine ilişkindir⁶²⁹.

Tükenme ilkesinin Türkiye ile AB arasında yapılan ticarete etkili olmayacağı, Ortaklık Konsey Kararının 8 numaralı eki m. 9.2'de ve AB'deki bölgesel tükenme ilkesinin bu fiillere uygulanmayacağı belirtilmiştir. Başka bir ifadeyle Avrupa Birliği ile aramızdaki Gümrük Birliği Anlaşmasına⁶³⁰ rağmen eser sahibinin eseri Türkiye'de satıldığında AB'deki yayma hakkı tükenmediği gibi bu eserin bir AB ülkesinde ilk satış ve dağıtımı da Türkiye'deki eser sahibinin yayma hakkını tüketmeyecektir⁶³¹.

2.3.2.3. Uluslararası tükenme

Uluslararası tükenme ilkesine göre, eser sahibinin üzerinde hak sahibi olduğu ürünü dünyanın herhangi bir yerinde piyasa sürmesi sonucunda o eser üzerindeki yayma hakkı tükenecektir⁶³². ABAD 1998 tarihli bir kararında, "uluslararası tükenme" ilkesinin Avrupa Ekonomik Alanı içinde korunan fikri haklar için geçerli olmadığına karar vermiştir⁶³³. Kararda güneş gözlüğü tasarımcısı olan kişi önceki sezonun ürünlerini o zaman AB üyesi olmayan Bulgaristan'da satışa sunmuş ve ticari markasını kullanmıştır. Avusturyalı bir tacirin ise bu gözlükleri Bulgaristan'dan ucuza satın alıp Birlik içinde tekrar satışa sunması sonucunda doğan uyuşmazlık hakkında ABAD, tasarımcının markasının Birlik dışında kullanılmasının Birlik içinde uluslararası tükenmeye sebep olmayacağına karar vermiştir⁶³⁴.

2.4. Fikri Hak Aynı Hak Mıdır?

Hak⁶³⁵ çok farklı şekillerde tasnif edilebilir. En temelde kamu hukukundan kaynaklanan haklar ve özel hukuktan kaynaklanan haklar ayrımı yapıldıktan sonra özel

⁶²⁹Brown vd., 2019, **a.g.k.**, s. 21 - 22.

⁶³⁰Gümrük Birliği Anlaşması olarak anılan, Ankara Anlaşması ile kurulan Avrupa Topluluğu Türkiye Ortaklık Konseyi'nin 1/95 sayılı Kararı ile yürürlüğe giren gümrük birliğidir. Sürece dair bilgi ve değerlendirme için bkz.: T. Arat (1995). Avrupa Birliği ile Türkiye Arasındaki İlişkiler ve Gümrük Birliğinin Yeri. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 44 (1), s. 600 vd.

⁶³¹Tekinalp, 2012, **a.g.k.**, s. 192.

⁶³²Küçükali, 2020, **a.g.k.**, s. 25.

⁶³³Brown vd., 2019, **a.g.k.**, s. 19.

⁶³⁴Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG v Hartlauer Handelsgesellschaft mbH (1998) ECR I – 4799.

⁶³⁵Hakkın ne olduğu irade teorisi, menfaat teorisi ve karma teori tarafından açıklanmıştır. İrade teorisine göre hak, hukuk düzeninin kişilere tanıdığı irade egemenliğidir. Menfaat teorisine göre hak, hukuk düzeni tarafından korunan bir menfaattir. Karma teoriye göre ise hak, hukuken korunan ve sahibine bundan

hukukun kapsamındaki haklar mutlak haklar ve nisbi haklar diye ayrılabilir. Mutlak haklar mal veya kişi üzerinde kurulur. Mal üzerinde kurulan mutlak haklar da maddi mallar üzerindeki haklar (ayni haklar) ve maddi olmayan mallar üzerindeki haklar olarak ikiye ayrılır. Fikri haklar ise maddi olmayan mallar üzerindeki mutlak hak kapsamına girer⁶³⁶.

Ayni haklar ise eşya üzerinde kurulur. Serozan'ın örneğini verdiği üzere, diskete yüklenmiş bilgisayar programı fikri hakkın konusuyken disketin kendisi ayni hak konusudur ve fikri hakkın konusu olan eser aynı zamanda ayni hak konusu olamaz⁶³⁷. Yazar, İngiliz ve Fransız hukukunda fikri haklar da dahil eşya sayılmayan hakların mülkiyet (*property*) konusu yapıldığını, hatta Türk hukukunda da anayasal mülkiyet korumasının fikri, sınai ve şahsi hakları kapsadığını ancak Türk eşya hukuku sisteminde ayni hakların sadece cismani eşya üzerinde kurulabileceğini söylemiştir⁶³⁸. Oğuzman ve Barlas bu durumu eser sahibinin eseri üzerindeki hakları bir bütün olmakla birlikte eser sahibinin eseri üzerindeki fikri hakkının bir mali bir de manevi yönü olmasıyla açıklamıştır⁶³⁹. Yazarlar, bazı hukuklarda gayri maddi eşya olarak nitelendirilen eser üzerinde fikri “mülkiyetin” kurulmasını, o hukuklarda fikri hakların mali başka bir ifadeyle parasal boyutunun esas alınması ve fikri hakkın konusu olan eser için gayri maddi eşya nitelmesi yapılmasıyla açıklamaktadır⁶⁴⁰. Sirmen, fikir ve sanat eserleri üzerinde mülkiyetin değil, fikri hak denilen başka bir mutlak hakkın varlığının kabul edildiğini ve bu ürünlerin eşya kavramının dışında kaldığını açıklamıştır⁶⁴¹. Karahan ve devamındaki yazarlar da, mülkiyet ifadesinin sadece maddi mallar için kullanılabileceğini, gayri maddi mal olan fikri haklar üzerinde ise mülkiyet hakkının kurulamayacağını belirtmektedir⁶⁴². Fikri ürünün eşya olmamasına rağmen, fikri mülkiyet ifadesinde “mülkiyet” kullanılmasının sebebi Tekinalp tarafından fikri ürün

yararlanma yetkisi veren menfaattir. Detaylı bilgi için bkz.: O. G. Antalya ve M. Topuz (2019). *Medeni Hukuk* (3. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 144 - 146; M. K. Oğuzman ve N. Barlas (2015). *Medeni Hukuk* (21. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 138 - 139.

⁶³⁶T. Esener ve K. Güven (2017). *Eşya Hukuku* (7. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 26.

⁶³⁷R. Serozan (2014). *Eşya Hukuku I* (3. Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 73.

⁶³⁸Serozan, 2014, **a.g.k.**, s. 74.

⁶³⁹Oğuzman ve Barlas, 2015, **a.g.k.**, s. 155.

⁶⁴⁰Oğuzman ve Barlas, 2015, **a.g.k.**, s. 155.

⁶⁴¹A. L. Sirmen (2017). *Eşya Hukuku* (5. Baskı). Ankara: Yetkin Hukuk Yayınları, s. 5. Benzer açıklama için bkz.: M. K. Oğuzman, Ö. Seliçi ve S. O. Özdemir (2017). *Eşya Hukuku* (20. Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 7 - 8.

⁶⁴²S. Karahan vd. (2013). *Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları* (3. Baskı). Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 9.

üzerindeki mutlak hakkın özel inhisari niteliğini belirtmek olduğu açıklanmıştır⁶⁴³. Kılıçoğlu, “fikri mülkiyet hakkı” kavramında geçen “mülkiyet” ifadesinin özel hukukta eşya üzerinde kurulan mülkiyet ile karıştırılmaması gerektiğine işaret ettikten sonra, buradaki mülkiyet sözcüğünün aidiyeti, sahipliği, eser sahibinin eseri üzerindeki hak sahipliğini ifade etmek için kullanıldığını açıklamıştır⁶⁴⁴.

Fikri hakları açıklayan teoriler de vardır. Matbaanın icadının ardından bu önemli buluşu elinde bulunduran kişiye o bölgede bu işi tek başına yapabilmesi için süreli imtiyazlar verilmiş, zamanla bu imtiyaz sadece belli kitaplar için sınırlandırılmış, Rönesans ile birlikte bu imtiyazlar eser sahiplerine verilmiştir⁶⁴⁵. İmtiyaz sistemi fikri mülkiyet teorisinin gelişmesi ile sona ermiştir. Fikri mülkiyet teorisine göre, herkesin kendi fikri ürünü üzerinde tabii huktan gelen hakkı vardır ve bu hakkın kanunen korunması gerekir⁶⁴⁶. Tekinalp, fikri ürünler üzerinde medeni hukuk anlamında bir mülkiyet tabirinin kullanılmasını bu teoriye dayandırmaktadır çünkü bu teoride, fikri ürün ile üzerinde cisimleştiği şey bir görülüp eşya üzerindeki hak fikri ürün üzerindeki hak olarak anlaşılmıştır⁶⁴⁷. Bu teori de fikri hakkı malvarlığı olarak nitelmesi ve cisimlendiği eşya üzerinden olsa da eser üzerinde hukuki anlamda mülkiyet kavramını kullandığı için eleştirilmiştir⁶⁴⁸.

Kant ile gelişen şahsiyet hakları teorisine göre fikri haklar şahsi haklardır ve kitapların hukuka aykırı şekilde çoğaltılması ile eser sahibinin kitaptaki fikirleri de kendi isteği dışında halka ulaşmış olacak ve eser sahibinin şahsiyet hakları zedelenmiş olacaktır⁶⁴⁹. Düalist teoride de malvarlığı hakkı ve kişi varlığı hakkı ayrımı yapılarak eser sahibinin hakları açıklanmaya çalışılmıştır⁶⁵⁰. Monist teori ise eser sahibinin haklarının kişilik hakları ve mali hakları şeklinde birbirinden ayrı haklar olarak nitelendirilmesine karşı çıkmaktadır⁶⁵¹. Monist teoriye göre eserden doğan mali ve manevi haklar bir bütündür, manevi haklar eser sahibinin kişiliğine bağlı ve devredilemez olduğundan, mali

⁶⁴³Tekinalp, 2002, **a.g.k.**, s. 5.

⁶⁴⁴Kılıçoğlu, 2019, **a.g.k.**, s. 2.

⁶⁴⁵F. Öztan (2008). *Fikir ve sanat eserleri hukuku* (1. Baskı). Ankara: Turhan Kitabevi, s. 25 vd.

⁶⁴⁶L. Yünlü (2003). Fikri Mülkiyet Hakkı. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 23 (1 - 2), s. 894.

⁶⁴⁷Tekinalp, 2012, **a.g.k.**, s. 89.

⁶⁴⁸Tekinalp, 2012, **a.g.k.**, s. 90.

⁶⁴⁹E. A. Atar (2017). *Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Yayma Hakkı ve Korunması* (1. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayınevi, s. 27 - 28; Yünlü, 2003, **a.g.k.**, s. 896.

⁶⁵⁰Atar, 2017, **a.g.k.**, s. 30.

⁶⁵¹Yünlü, 2003, **a.g.k.**, s. 897.

haklar da devredilemeyecektir⁶⁵². Ancak daha sonra bu görüş, eser sahibinin eserden doğan mali hakları değil bunların kullanımını devredebilir şeklinde geliştirilmiştir⁶⁵³. Dardağan'ın ifade ettiği üzere Türk hukukunda da baskın olan monist teori, fikri hakları eser sahibine eseri üzerinde malvarlığı ve kişiliğe ilişkin çeşitli yetkileri doğuran hukuk kaynağı olarak kabul etmektedir⁶⁵⁴.

Çalışmanın giriş kısmında ve Türk hukukunda hak statüsü anlatılırken de değinileceği üzere, biz de çalışmamızda fikri hakları mutlak hak kapsamında yer aldığı, mutlak hak kapsamında gayri maddi mal statüsünde olduğu için üzerinde mülkiyet kurulamayacağı düşüncesiyle benimsemekteyiz.

2.5. Hak Statüsü

Hak statüsü dendiğinde bu statünün kapsamına giren konuların fikri hakların doğumu, içeriği, sınırlandırılması, ihlâli, sona ermesik, elde edilmesi, devri ve diğer fikri haklara ilişkin sorunlar⁶⁵⁵ gibi fikri hakkın özüne, esasına ilişkin konular olduğu kabul edilir. Kanunlar ihtilafı sisteminde yabancılık unsuru içeren uyuşmazlığın çözümünü sağlayacak hukukun belirlenmesinde en uygun kriterin, o uyuşmazlık ile en yakın irtibata sahip olan hukuk olduğu kabul edilmektedir. Fikri haklar söz konusu olduğunda da yabancılık unsuru içeren ilgili uyuşmazlığın hangi devletin hukukuna göre çözümlenmesi gerektiği başka bir ifadeyle bağlama noktasının ne olacağı ve dolayısıyla hak statüsünün hangi hukuk ile sabitleneceği hususunda farklı öneriler sunulmuştur. Bu noktada fikri haklara ilişkin hukukun oluşumunda uluslararası sözleşmelerin katkısı oldukça fazladır. Bern ve Paris Sözleşmeleri, TRIPS Anlaşması gibi belgeler fikri haklara ilişkin hukuk oluşturulurken, hakların ve asgari koruma standartlarının sağlanması ve sonucunda fikri mülkiyetin küresel anlamda uyumlaştırılması için öncülük etmiştir⁶⁵⁶. Ancak fikri haklara ilişkin uluslararası sözleşmelerin hiçbirisi, yabancılık unsuru içeren fikri hak uyuşmazlıklarına uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin ilkeleri açıkça ortaya koymamış, hangi devletin hukukunun uygulanacağı sorusunun cevabı, devletlerin uluslararası özel hukuk kuralları tarafından belirlenmeye bırakılmıştır⁶⁵⁷. Bu durumda

⁶⁵²Atar, 2017, **a.g.k.**, s. 31.

⁶⁵³“C. Bellican (2008). Fikri Hukukta Manevi Haklar ve Manevi Hakların Korunması (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, s. 18.”den aktaran Atar, 2017, **a.g.k.**, s. 31.

⁶⁵⁴Dardağan, 2000, **a.g.k.**, s. 109.

⁶⁵⁵Ömeroğlu, 2020, **a.g.k.**, s. 60.

⁶⁵⁶Garnett, 2020, **a.g.k.**, s. 166.

⁶⁵⁷Leepuengtham, 2017, **a.g.k.**, s. 178.

devletler arasındaki gelişme düzeylerindeki farklılık ve ilgili devletin fikri ürünü ihraç ya da ithal eden devlet olup olmadığına göre fikri hak konusunda benimsenen politika ve dolayısıyla hukuk kuralı da farklılaşmıştır⁶⁵⁸. Burada fikri hakları genel olarak sınai haklardan ayrı incelemeye tâbi tutan şey daha önce de açıklandığı üzere Bern Sözleşmesinden bu yana fikri hakların tescile gerek olmaksızın doğmasıdır. Öte yandan alanımız bakımından önem arz eden bir diğer husus da, karşılaştırmalı hukukta devletlerin hâlâ fikri hak alanına ilişkin yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda yabancı kanunu uygulamadaki isteksizlikleri ve hatta ABD hukukunda olduğu gibi uyuşmazlığa bakmakta kendilerini yetkisiz görmeleridir. Çoğu zaman bu uygulamaya da ülkesellik ilkesi gerekçe gösterilmektedir. Halbuki bizim görüşümüze göre ülkesellik, fikri ve sınai haklarda bir kural değil bir sonuçtur. Bu alanda klasik anlamda uygulanması gelmenin bir sonucudur. O sebeple bu alana dair genel açıklamalar yapılırken bu alanın bir özelliği olarak bu hakların ülkeselliği ifade edilir. Oysa tarihsel süreçte ilk meydana çıktığı dönemdeki gibi devletin yöneticisinin bahsettiği bir imtiyaz olmayan ve aynı zamanda doğması için devletin resmi bir organı tarafından tesciline de gerek olmayan fikri hakların bu sebeple sınai haklardan ayrı şekilde incelenmesi ve değerlendirilmesi gerekir.

2.5.1. AB hukuku

2.5.1.1. Roma II Tüzüğü

Avrupa Birliği kanunlar ihtilafı alanında çeşitli konularda düzenlemeler yapmaktadır. Sözleşmeye dayalı ve sözleşme dışı yükümlülöklere uygulanacak hukuka ilişkin iki önemli Tüzük 2007 ve 2008 senelerinde kabul edilmiştir. Öncelikle Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü⁶⁵⁹ (Roma I Tüzüğü) kabul edilmiştir⁶⁶⁰. Roma I Tüzüğü, sözleşmeden doğan yükümlölükler için kanunlar ihtilafı kuralları oluşturmuş ve selefi olan 1980 tarihli Roma Sözleşmesi'nin yerini almıştır.

⁶⁵⁸Garnett, 2020, **a.g.k.**, s. 166.

⁶⁵⁹Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), O. J. 2008 L 177/6.

⁶⁶⁰A. B. Canyaş (2011). Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtölü Hukuk Seçimi *Hacettepe Hukuk Faköltesi Dergisi*, 1 (1), s. 111 - 112.

2009 senesinde ise Akit Dışı Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Tüzük (Roma II Tüzüğü)⁶⁶¹ yürürlüğe girmiştir. Roma II Tüzüğü, sözleşme dışı sorumluluklar için kanunlar ihtilafı kurallarını düzenler. Tüzüğün dibacesinin 6. cümlesinde Tüzüğün kabul edilme amacı yer almaktadır. Buna göre, iç pazarın düzgün işleyişi, dava sonucunun öngörülebilirliğini, uygulanacak hukuka ilişkin kesinlik, kararların serbest dolaşımını iyileştirmek ve Üye Devletlerdeki kanunlar ihtilafı kurallarını davanın açıldığı mahkemenin ülkesine bakılmaksızın aynı ulusal hukuk kuralı haline getirmek için bu Tüzük hazırlanmıştır. Tüzük 11 Ocak 2009 tarihinden sonra meydana gelen olaylara uygulanacaktır⁶⁶².

Tüzüğün 1. maddesi Tüzüğün kapsamını düzenlemektedir. Bu Tüzük, ticari ve hukuki konularda sözleşme dışı borç ilişkilerinden doğan kanunlar ihtilafını içeren olaylara uygulanacaktır. Burada sözleşme dışı borç ilişkisinden anlaşılması gerekenin haksız fiiller, sebepsiz zenginleşme, vekaletsiz işgörmeye (*negotiorum gestio*) ve sözleşme öncesi sorumluluk (*culpa in contrahendo*) olduğu belirtilmiştir⁶⁶³.

Tüzük hangi tür ilişkilere uygulanmayacağını da 1. maddenin 2. fıkrasında düzenlemiştir. Buna göre Tüzük, nafaka dahil aile ilişkileri; evlilik mal rejimleri, vasiyet ve veraset; kambiyo senetleri, çek, senet ve ciro edilebilir nitelikte diğer kıymetli evraklar; şirketler hukukuna dair uyuşmazlıklar ve *trust*'a ilişkin uyuşmazlıklara uygulanmayacaktır⁶⁶⁴. Tüzük, 1. maddenin 2. fıkrasında belirtilen haller dışında, internetten doğan uyuşmazlıklar da dahil olmak üzere sözleşme dışı uyuşmazlıklara uygulanacaktır.

Roma II Tüzüğü, uyuşmazlık üzerinde yargı yetkisine sahip bir Birlik üyesinin mahkemesinin kendisini yetkili görmesi haline uyuşmazlık konusu sözleşme dışı yükümlülüklerine uygulanacaktır. Roma II Tüzüğü fikri hakların ihlal edilmesi halinde de uygulanacak hukukun belirlenmesi için tüm AB üyesi devletler için yeknesak bir kural getirmiştir. Bu kurala göre tespit edilen hukuk, Tüzüğün 3. maddesine göre, üye olmayan

⁶⁶¹Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), O. J. 2007 L199/40.

⁶⁶²A. Briggs (2019). *The Conflict of Laws* (4. Baskı). Oxford: United Kingdom, s. 250.

⁶⁶³Asensio, 2020, **a.g.k.**, s. 38. CJEU Judgment of 28 July 2016, Verein für Konsumenteninformation, C-191/15, EU:C:2016:612, 45 ve 46.paragrafta da mahkeme, sözleşmesel olmayan borç ilişkisinin aslında sözleşmeyle ilgili olmayan ve sorumluluk doğuran her eylemi kapsayacağını belirtmiştir. Karar için bkz.: Asensio, 2020, **a.g.k.**, s. 38.

⁶⁶⁴Briggs, 2019, **a.g.k.**, s. 251.

bir devletin hukuku da olabilir. Bir Üye Devletin mahkemesi anlaşmazlık üzerinde uluslararası yargı yetkisine sahip olduğu sürece, eldeki uyuşmazlığın AB ile bağlantılı olması gerekliliği yoktur⁶⁶⁵. Tüzükte kapsam dışında bırakılan konular hakkında ise milli kanunlar uygulanmaya devam edecektir⁶⁶⁶.

Tüzüğün 16. maddesi, uygulanması gerektiği durumlarda, hâkimin hukukunun (*lex fori*'nin) doğrudan uygulanan kurallarının (*overriding mandatory rules*) uygulanacağını düzenlemektedir. Yine Tüzüğün 26. maddesi de, uygulanacak hukukun ilgili kuralının uygulanmasının forumun kamu düzenine (*public policy*) açıkça aykırı olması durumunda o hukukun uygulanmasının reddedilebileceğini düzenlemektedir⁶⁶⁷. Tüzüğün 24. maddesinde de uygulanacak hukukun belirlenmesinde atfın dikkate alınmayacağı düzenlenmiştir.

Tüzüğün genel hatlarına göre, taraflar arasındaki sözleşme dışı borç ilişkilerine kural olarak uygulanacak hukuku seçebilirler (m. 14). Tarafların bu şekilde hukuk seçimi yapmamaları veya yapamamaları halinde uygulanacak hukukun tespiti öncelikle Tüzükte özel olarak düzenlenen hükümlerin kapsamına girmesi halinde bu hükümlere göre yapılır. Tüzüğün 5. maddesinde ürün sorumluluğu, 6. maddesinde haksız rekabet ve serbest rekabeti kısıtlayan fiiller, 7. maddesinde çevresel zararlar, 8. maddesinde fikri hakların ihlalinin doğan zararlar, 9. maddesinde endüstriyel faaliyetten kaynaklanan hasarlara uygulanacak hukuk düzenlenmiştir. Özel hükümlerden birine girmeyen sözleşme dışı borç ilişkisine uygulanacak hukuk ise genel hüküm olan 4. maddeye göre belirlenir.

2.5.1.1.1. Hukuk seçimi (m. 14)

Roma II Tüzüğü'nün en önemli özelliklerinden birisi sözleşme dışı borç ilişkilerinde de taraflara uygulanacak hukuku seçme hakkını düzenlemiş olmasıdır. Tüzüğün 14. maddesinin başlığı hukuk seçimi serbestisidir. Gerçekten de haksız fiillerde hukuk seçimi özellikle uluslararası iş dünyasında az rastlanan bir durum değildir. Taraflar sözleşmelerde olduğu gibi, sözleşme dışı doğabilecek sorumluluğa uygulanacak hukuku seçerek de hukuki kesinliği sağlamış olurlar⁶⁶⁸. Dibacenin 31. maddesinde de, taraflara

⁶⁶⁵Kono ve Jurčys, 2012a, **a.g.k.**, s. 149.

⁶⁶⁶Kono ve Jurčys, 2012a, **a.g.k.**, s. 149.

⁶⁶⁷Briggs, 2019, **a.g.k.**, s. 256.

⁶⁶⁸Asensio, 2020, **a.g.k.**, s. 105.

uygulanacak hukuku seçebilme imkanı verilerek, Tüzüğün hukuki kesinliği sağlamayı amaçladığı belirtilmiştir⁶⁶⁹.

Hal böyle olmakla birlikte Roma II Tüzüğü, tarafların hukuk seçimi özgürlüğüne sınırlamalar da getirmiştir. 14. maddenin ilk fıkrasına göre taraflar ancak zarara yol açan olayın ardından veya tarafların tümünün ticari işle uğraşması şartıyla, zarara sebep olan olaydan önce de serbestçe görüşülen bir anlaşma ile hukuk seçimi yapabilirler. Dolayısıyla ticari işle uğraşmayan tarafların söz konusu olması halinde taraflar aralarında doğabilecek haksız fiile uygulanacak hukuka dair önceden bir anlaşma yapamayacaklardır⁶⁷⁰. Tüzükte hukuk seçimi bu şekilde düzenlendikten sonra bazı alanlarda ise hiçbir şekilde hukuk seçimine izin verilmediği düzenlenmiştir. Fikri hakların ihlal edilmesi veya haksız rekabet ve serbest ticareti sınırlandıran hareketlerde uygulanacak hukukun seçilmesine izin verilmemiştir. Dolayısıyla fikri hakkın ihlal edilmesi durumunda taraflar uygulanacak hukuku seçme imkanına sahip değildir.

2.5.1.1.2. Genel kural (m. 4)

Tarafların uygulanacak hukuku seçmemesi halinde ve uyuşmazlık konusunun Tüzüğün 5. ve 9. maddeleri arasında yer alan özel düzenlemelerde yer almaması halinde uygulanacak hukuk genel hüküm olan 4. maddeye göre belirlenir. Buna göre uygulanacak hukuk zararın meydana geldiği yer hukukudur. Tüzükte uygulanacak hukukun tespitinde haksız fiilin işlendiği yer (*lex loci delicti commissi*) değil hasarın meydana geldiği yer (*lex loci damni*) bağlantı noktası olarak kabul edilmiştir⁶⁷¹. Tüzükte uyuşmazlığın kısımlara ayrılmasına (*depeçage*) da izin verilmemiştir⁶⁷².

4. maddeye göre, haksız fiilin meydana gelmesinde kural olarak uygulanacak hukuk zararın meydana geldiği veya gelme ihtimalinin olduğu yerin hukukudur. Burada zararın meydana gelmesine yol açan olayın gerçekleştiği yerin veya zararın dolaylı sonuçlarının meydana geldiği yerin bir önemi yoktur⁶⁷³. Maddenin ilk fıkrası bunu dedikten sonra ikinci fıkrası bir istisna hükmü barındırır. Buna göre, zararın meydana geldiği sırada

⁶⁶⁹P. de Vareilles-Sommières (2019). Rationale of the Exclusion of Choice of Law by the Parties in Articles 6(4) and 8(3) of Rome II Regulation. *Oslo Law Review*, 6 (1), s. 63.

⁶⁷⁰Asensio, 2020, **a.g.k.**, s. 105.

⁶⁷¹G. v. Calster (2021). *European Private International Law* (3. Baskı). Oxford: Hart Publishing, s. 305 - 306.

⁶⁷²Calster, 2021, **a.g.k.**, s. 308.

⁶⁷³Briggs, 2019, **a.g.k.**, s. 259.

uyuşmazlığın taraflarının her ikisinin de mutad meskenlerinin aynı yerde olması durumunda bu ülkenin hukuku da uygulanabilecektir. Tüzüğün 4. maddesinin 3. fıkrasında kaçış hükmü (*escape clause*) düzenlenmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasına göre ise, 1. ve 2. fıkra da yer alan düzenlemelere bakmaksızın, sözleşme dışı borç ilişkisinin tüm unsurlarından açıkça uyuşmazlığın başka bir ülke ile daha yakın ilişkili olduğu anlaşılıyorsa o ülkenin hukuku uygulanabilir. Başka devletle açık şekilde daha yakın bir ilişki taraflar arasında sözleşme gibi bir ilişkiye dayanabilir⁶⁷⁴.

2.5.1.1.3. Özel kural (m. 8)

Roma II Tüzüğüne göre, fikri hakların ihlaline ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda ilgili uyuşmazlığa *lex loci protectionis* kuralı uygulanacaktır. 8. maddenin ilk fıkrasına göre⁶⁷⁵ fikri hakların ihlal edilmesi halinde uygulanacak hukuk korumanın talep edildiği ülkenin hukukudur. Bu düzenlemede fikri hakların korunmasında genel olarak kabul edilmiş *lex loci protectionis* ilkesine saygı duyulmuş, fikri hakların ülkesel ve bağımsız niteliği korunmuştur⁶⁷⁶. Dibacenin 26. cümlesinde de, bu bağlantının, Bern Sözleşmesi tarafından benimsenmiş ve hâlâ büyük kabul gören *lex loci protectionis* olarak bilinen evrensel olarak kabul edilmiş ilkedен kaynaklandığının altı çizilmektedir⁶⁷⁷.

Madde metninde tarafların ortak mutad meskenlerinin varlığına göre ayrı bir düzenleme yapılmadığı gibi, açıkça daha yakın ilişkili hukukun uygulanması yönünde bir istisna hükmü de düzenlenmemiştir⁶⁷⁸. Daha önce ülkesellik başlığı altında özellikle vurgulandığı gibi, Tüzüğün 8. maddesinin ilk fıkrasında geçen ifadede illaki *lex fori*'nin anlaşılması gerektiği Tüzük için de tekrar ifade edilmiştir⁶⁷⁹.

Aşağıda görüleceği üzere Roma I Tüzüğünde fikri haklara ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuka dair özel bir düzenleme yer almamaktadır. Sözleşmeden doğan

⁶⁷⁴Matulionyté, 2013, **a.g.k.**, s. 92.

⁶⁷⁵Madde 3 fıkradan oluşmaktadır ve bu başlık altında sadece ilk ve 3. fıkra incelenecektir. Topluluk markası ve Topluluk tasarımının ihlalden kaynaklanan akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuk konusunda Birliğin düzenlemelerinde boşluk olması halinde uygulanacak hukukun düzenlendiği 8. maddenin 2. fıkrası ise konumuzun kapsamını aştığından anlatılmayacaktır. Detaylı bilgi için bkz.: Z. D. Tarman (2016). Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma II Tüzüğü (AT 864/2007). *Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 417 - 418.

⁶⁷⁶P. Stone (2006). *EU Private International Law* (1. Baskı). Cheltenham: Edward Elgar Publishing, s. 366; Calster, 2021, **a.g.k.**, s. 322.

⁶⁷⁷de Vareilles-Sommières, 2019, **a.g.k.**, s. 65.

⁶⁷⁸Tüzükte haksız fiillere uygulanacak hukuku düzenleyen genel hüküm olan madde 4'te durum farklıdır.

⁶⁷⁹Asensio, 2020, **a.g.k.**, s. 246.

yükümlülükler alanından farklı olarak, Roma II Tüzüğü öncesinde fikri haklar ihlalleri ile ilgili kanunlar ihtilafı konusunda Üye Devletler arasında bir anlaşma mevcut değilse de ülkesellik ilkesi temelinde geliştirilen uygulama ve bunun uluslararası sözleşmelere dayanması nedeniyle konu çok acil görünmemiştir⁶⁸⁰. Hatta Roma II Tüzüğü ile ilgili 2002 senesinde sunulan ve fikri hak ihlaline ilişkin herhangi bir hüküm içermeyen ilk ön taslakta bile konuya dair düzenleme yer almadığı ve ihlaller de muaf tutulmadığı için konunun genel hükümlere tâbi olunması sonucunu doğuracağı düşünülmüştür⁶⁸¹.

Roma II Tüzüğünde her ne kadar haksız fiile uygulanacak hukuk genel kural ile düzenlenmişse de fikri hakların ihlal edilmesine uygulanacak hukukun belirlenmesi için ayrı bir ihtilaf kuralına ihtiyaç duyulmuştur. Doktrinde fikri haklarla ilgili özel bir ihtilaf kuralının getirilmesinin gerekçesi olarak Tüzüğün genel kurallarının fikri hakların ülkesellik prensibi ile bağdaşmaması gösterilmiştir⁶⁸². Çünkü daha önce de açıklandığı üzere Tüzük düzenlemesine göre özel hüküm bulunmayan hallerde uygulanacak hukukun tespiti için getirilen bağlama noktaları ya tarafların seçtikleri hukuk (m. 14), ya hasarın meydana geldiği yer (m. 4/f. 1), ya tarafların müşterek mutad meskenleri (m. 4/f. 2) ya da en yakın bağlantıya sahip ülkenin hukukudur. Bu bağlantılardan hiçbirisi fikri hakların ülkesel doğası ile bağdaşmadığı için kabul edilmemiştir⁶⁸³. Tüzüğün dibacesinin 26. cümlesinde de fikri haklarla ilgili ihlallerle ilgili olarak, evrensel olarak kabul edilen *lex loci protectionis* ilkesi korunduğu özellikle belirtilmiştir. Aynı cümlede Tüzük kapsamında, fikri haklar ifadesinin, telif hakları, bağlantılı haklar, sınai mülkiyet hakları ve veri tabanlarının korunması için kabul edilmiş *sui generis* haklar olarak yorumlanması gerektiği; örneğin dediği için de bu sayılan kişi gruplarının kapsamına telif hakları kapsamında yazar hakları, komşu haklar, sınai haklar kapsamında da patentler, tescil edilmiş markalar ve dizayn haklarının gireceği ayrıca açıklanmıştır⁶⁸⁴. Bu sayılan hakların ihlal edilmesi halinde uygulanacak hukukun tespiti Tüzüğün 8. maddesine göre

⁶⁸⁰Kur ve Maunsbach, 2019, **a.g.k.**, s. 51.

⁶⁸¹Kur ve Maunsbach, 2019, **a.g.k.**, s. 51.

⁶⁸²Asensio, 2020, **a.g.k.**, s. 245.

⁶⁸³Asensio, 2020, **a.g.k.**, s. 245.

⁶⁸⁴Dicey, Morris ve Collins (2012). *The Conflict of Laws* (15. Baskı). Londra: Sweet & Maxwell, s. 2241; Stone, 2006, **a.g.k.**, s. 366.

yapılacaktır. Bu, istisnalara, hükümlere veya bir kaçış maddesine tâbi olmayan katı ve kesin bir kuraldır⁶⁸⁵.

Yine 8. maddenin 3. fıkrasında yer alan düzenlemeye göre fikri hakların ihlali söz konusu olduğunda tarafların uygulanacak hukuku seçmelerine de izin verilmemiştir. Bu nedenle taraflar, fikri hakların ihlalini yönetecek hukuk konusunda anlaşılamazlar. Telif haklarının ihlal edilmesi yoluyla sorumluluk meydana geldiğinde, taraflar doğan zararın tazminine ilişkin de aralarında bir anlaşmaya varamazlar. Yine çalışmanın devamında görüleceği üzere, İsviçre ve Türk hukukunda kabul edilen, fikri hakkın ihlal edilmesinden sonra tarafların uygulanacak hukuk olarak mahkemenin hukukunu seçmelerine izin vermeleri ise AB hukukunda Roma II Tüzüğü kapsamında kabul edilmemiştir. Öte yandan genel kural olan 4. maddedeki, tarafların aynı mutad meskene sahip olması durumunda uygulanacak hukukun ortak mutad mesken olması kuralı, Tüzüğün 8. maddesinde özel düzenleme olduğu için, fikri hakkın ihlal edilmesinde uygulanmayacaktır.

Ancak, Roma II Tüzüğü fikri haklara ilişkin tüm konuları kapsamayı amaçlamamaktadır. Yönetmeliğin ve özellikle 8. maddenin uygulama kapsamı, bir fikri hakkın ihlalden kaynaklanan sözleşme dışı yükümlülüklerle sınırlıdır. Bu kapsamda telif haklarının ihlalinde uygulanacak hukuk, ihlalin gerçekleştiği yer hukuku uygulanacaktır⁶⁸⁶.

Roma II Tüzüğü'nün fikri hakların ihlal edilmesinde uygulanacak hukuku tespit etme metodu doktrinde farklı gerekçelerle eleştirilmiştir. İlk eleştiri fikri hakların korunmasında geleneksel olarak kabul edilen *lex loci protectionis* kuralının bağlama noktası olarak belirlenmiş olmasıdır. Yapılan eleştiriler bu şekilde bağlama noktası seçiminin pratikte her ülkenin kanununun “mozaik” uygulanmasına yol açacağı noktasında olmuştur. Fikri hakların her bir devlette kendisine koruma bulabilmesi ve dolayısıyla birbirinden bağımsızlığı sebebiyle, fikri hakkın ihlal edildiğini iddia eden taraf, ihlal ihtimali kadar ülkede davasını açabilecektir. Özellikle fikri hakların internette gerçekleşen ihlaller gibi her yerde ihlal edilmesi durumunda bunun mahkemelere çok

⁶⁸⁵J. Hill ve M. n. Shúilleabháin (2016). *Clarkson & Hill's Conflict of Laws* (5. Baskı). Oxford: Oxford University Press, s. 288.

⁶⁸⁶Calster, 2021, **a.g.k.**, s. 322.

fazla yük getireceği belirtilmiştir⁶⁸⁷. Ayrıca, Roma II Tüzüğü, tarafların fikri hak ihlallerini düzenleyen hukuku seçmelerini açıkça yasakladığı için de doktrinde eleştirilmiştir⁶⁸⁸. Tüzüğün hazırlanma aşamasında Avrupa Parlamentosu irade özerkliğinin fikri haklardan doğan uyuşmazlıkları kapsayacak şekilde genişletilmesini önermişse de Tüzüğün son halinde tarafların hukuk seçimine sınırlı da olsa izin verilmemiştir⁶⁸⁹.

Pila ve Torremans'a göre, en azından birden fazla devlette gerçekleşen fikri hakların ihlali durumuna özgü bir düzenleme getirilerek tarafların sadece bu durumda ve belli şartlar altında uygulanacak hukuku seçme imkânı tanınabilirdi⁶⁹⁰. *Vareilles-Sommières* de, ihlalden kaynaklanan zararların tazmin edilmesi söz konusu olduğunda kamu çıkarları doğrudan tehlikede olmadığı için, uygulanacak hukukun seçimine açıkça izin verilmemesini tartışmalı bulmuştur⁶⁹¹. Ancak gerek Roma II Tüzüğünde gerekse kabul edilmeden önce fikri hakların ihlal edilmesine uygulanacak hukuka dair tarafların seçimde bulunamaması fikri hakların ülkesel doğasıyla açıklanmıştır. Ancak aşağıda İsviçre ve Türk hukuku anlatılırken görüleceği üzere, en azından fikri hakkın ihlal edilmesinin ardından doğacak zararların tazmini için taraflar uygulanacak hukuku seçebilmeleri mümkün olabilirdi. Çünkü bizce artık zararın tazmin edilmesi konusu doğrudan fikri hakların ülkeselliği ile değil gerçekleşen haksız bir fiilden doğan zararın tazmin edilmesi ile ilgilidir.

Tüzüğün 15. maddesinin başlığı uygulanacak hukukun kapsamıdır. Sorumluluğun dayanağı ve kapsamı, sorumluluktan muaf tutulma yolları, zarar ve tazmin yolları, zararın tazmin edilmesini talep etmeye hakkı olan kişiler, zamanaşımı süreleri Tüzük ile uygulanacağı tespit edilen hukuka göre belirlenecektir⁶⁹². Dolayısıyla tespit edilen uygulanacak hukuk, fikri hakkın ihlalinden doğan zararların tazmin edilmesine de karar verecektir.

⁶⁸⁷Kono, 2012, **a.g.k.**, s. 413.

⁶⁸⁸Kono, 2012, **a.g.k.**, s. 413 - 414.

⁶⁸⁹Matulionytė, 2013, **a.g.k.**, s. 79.

⁶⁹⁰Pila ve Torremans, 2019, **a.g.k.**, s. 541.

⁶⁹¹de Vareilles-Sommières, 2019, **a.g.k.**, s. 66.

⁶⁹²Kur ve Maunsbach, 2019, **a.g.k.**, s. 53.

2.5.1.2. CLIP ilkeleri

CLIP ilkelerinin 3. bölümü uygulanacak hukuk başlığını taşır. Bölümün 102. paragrafına göre, fikri mülkiyet hakkının varlığı, geçerliliği, tescili, kapsamı ve süresi ile hakka ilişkin diğer tüm hususlarda fikri hakların ülkeselliği kabul edilmiştir, uygulanacak hukuk konusu *lex loci protectionis*'e tâbidir, uygulanacak hukuk koruma talep edilen devletin hukukudur. CLIP de fikri hakların korunmasına uygulanacak hukuk kuralını düzenlerken ülkesellik ilkesinden hareket ederek uygulanacak hukukun tespitinin *lex loci protectionis* başka bir ifadeyle koruma talep edilen ülkenin hukukuna göre yapılacağına karar vermiştir. Bu kuralı tesis ederek, CLIP İlkeleri, AB Üye Devletlerinin yerleşik uygulamalarını ve Roma II Tüzüğü'nün 8. maddesini takip etmektedir⁶⁹³.

Uygulanacak hukukun taraflarca hangi durumlarda seçilebileceği de 103. maddede düzenlenmiştir. Buna göre, taraflar, 3. bölümde yer alan 501. paragrafta (fikri haklara ilişkin sözleşmelerde), 503. paragrafta (fikri haklara ilişkin sözleşmelerde işçi ile işveren arasında bir iş ilişkisinin bulunması halinde), 606. paragrafta (fikri hakkın ihlalinde) ve 801. paragrafta (fikri mülkiyete ilişkin teminat haklarında) belirtilen durumlarda uygulanacak hukuku seçebilirler. CLIP ilkelerinde 3. bölüm 606. paragrafta fikri hakkın ihlaline dair uyuşmazlıklarda tarafların ihlalin çözümüne ilişkin, ihlal gerçekleşmeden önce veya ihlal gerçekleştikten sonra uygulanacak hukuku seçebilecekleri düzenlenmiştir⁶⁹⁴. Taraflar burada diledikleri hukuku uygulanacak hukuk olarak seçebilirler⁶⁹⁵.

CLIP ilkelerinin 3. bölümünün 606. paragrafının 2. cümlesinde fikri hakkı ihlal edilen taraf ile ihlal eden taraf arasında önceden var olan sözleşme ilişkisi düzenlenmiştir. Buna göre, fikri hak ihlali, taraflar arasındaki sözleşme gibi önceden bulunan bir ilişki ile sıkı irtibatlı ise, fikri hakkın ihlali de o ilişkiye uygulanacak hukuka tâbi olacaktır. Aynı cümlenin devamında bu hukukun uygulanmasının hangi hallerde mümkün olamayacağı da düzenlenmiştir. Eğer ki taraflar, önceden var olan ilişkiye uygulanacak hukukun fikri hak ihlaline uygulanmayacağı yönünde anlaşır veya halin şartlarından ihlal talebinin başka bir ülke ile daha sıkı irtibatlı olduğu açıkça anlaşılıyorsa, tarafların aralarında

⁶⁹³Kono ve Jurčys, 2012a, **a.g.k.**, s. 156.

⁶⁹⁴Metzger, 2010, **a.g.k.**, s. 176.

⁶⁹⁵Ömeroğlu, 2020, **a.g.k.**, s. 66.

önceden var olan ilişkiye uygulanacak hukuk, fikri hakkın ihlaline uygulanmayacaktır⁶⁹⁶. Ömeroğlu, burada haklı bir tespit yapmaktadır. Yazara göre, eğer ki fikri hakkın ihlaline sıkı ilişkili olması sebebiyle tarafların arasında önceden var olan ilişkiye uygulanacak hukuk uygulanırsa ve taraflar bu ilişkiye uygulanacak hukuku seçmişlerse, dolaylı olarak fikri hakkın ihlalini yönetecek hukuk da seçilmiş olacaktır⁶⁹⁷. İlkeler hukuk seçimine izin vermeleri ile Roma II Tüzüğünden açıkça ayrılmaktadır.

Uygulanacak hukuk fikri hakkın varlığı, geçerliliği, kapsamı, süresi gibi konuları ve fikri hakkı ilgilendiren diğer tüm hususları idare edecektir. CLIP ilkelerinde fikri hakkın ilk sahibinin tespitinin de yine *lex loci protectionis*'e göre yapılacağı düzenlenmiştir (b. 3, p. 201/1). Burada fikri haklar arasında tescil edilen ve edilmeyen şeklinde bir ayrıma gidilmemiştir. Fikri hakların devredilebilirliği ve devrin veya lisansın üçüncü kişilere karşı ileri sürülüp sürülemeyeceği gibi hususları da koruma talep edilen ülkenin hukukunun belirleyeceği kabul edilmiştir (b. 3, p. 301).

2.5.2. ABD hukuku

2.5.2.1. Genel olarak

Amerikan hukukunu anlatmadan önce belirtmek gerekir ki Amerikan hukukunda Kıta Avrupa'sında olduğu gibi önceden belirlenmiş hukuk kurallarına katı bir şekilde bağlılık söz konusu değildir⁶⁹⁸. Bu çalışmanın konusu da olmayan, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklara kategorik olarak belirlenmiş kuralların (*categorical rules*) uygulanması mı yoksa her bir dava için ayrı ayrı politika temelli (*policy-based*), çok faktörlü bir analizle (*multi-factor analysis*) belirlenen kuralların mı uygulanacağı sorusunun cevabı olaydan olaya değişkenlik gösterebilir⁶⁹⁹. Mahkemeler burada ya yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda diğer devletin hukuk kuralının ardında yatan politikaları dikkate alır ya da Kıta Avrupa'sında olduğu gibi, kamu düzeni gibi müdahaleler olmadığı müddetçe daha çok kategorik kanunlar ihtilafı kurallarını

⁶⁹⁶Matulionyté, 2013, **a.g.k.**, s. 92.

⁶⁹⁷Ömeroğlu, 2020, **a.g.k.**, s. 66.

⁶⁹⁸Esasında bunun sebebi Amerikan hukukunun *common law* hukuk sistemini benimsemesiyle ilgilidir. Bir "içtihatlar dizini" olan *Common law* hukuk sisteminde önemli olan mahkemelerin verdikleri emsal kararlardan hareketle genel ilkelere varmaktır. Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz.: T. Arat (1968). *Amerikan Hukuk Öğretiminde "Case Method"* (1. Baskı). Ankara: Sevinç Matbaası, s. 25 vd.

⁶⁹⁹Geller, 2004, **a.g.k.**, s. 323 - 324; P. E. Geller (2005). *International Intellectual Property, Conflicts of Laws, and Internet Remedies. Journal of Intellectual Property Rights*, 10 (1), s. 134.

uygulamakla yükümlü olur⁷⁰⁰. Burada Kanunlar İhtilafı Alanındaki 2. Restatement ABD hukuku kapsamındaki kanunlar ihtilafı kriterlerini düzenlemiştir. Bu kriterler arasında aşağıda görüleceği üzere konumuz bakımından önemli olan, 6. bölümde yer alan düzenleme mahkemeyi, özellikle tespit edilen uygulanacak hukukun eyaletler ve uluslararası sistemin ihtiyaçlarına hizmet edip etmediğini sorgulamaya davet eder⁷⁰¹.

İngiliz hukuku anlatılırken de görüleceği üzere, *common law* ülkelerinde fikri hakların ihlaline uygulanacak hukuk sorunu, ülkesellik prensibinin katı şekilde uygulanması, *forum non convenience* doktrini ve yargı yetkisinden kaynaklanan sınırlamalar nedeniyle çok nadir gündeme gelmiştir⁷⁰². Birden fazla devletle irtibatlı bir fikri hak uyuşmazlığının ABD mahkemelerinde karara bağlanması, mahkemenin yabancı unsurlu fikri haklara ilişkin iddiayı dinleme yetkisine bağlıdır⁷⁰³. Mahkemeler genellikle, ihlal eyleminin başka devletlerle irtibatlı olması durumunda kendisini bu davaya bakmaya yetkili görmemiş ve uyuşmazlığı çözmeye daha uygun başka bir devletin mahkemesinde davanın görülmesi lehine (*forum non convenience*) kimi zaman nezakete (*comity*) dayanarak kendi yetkisinden feragat etmiştir. Elbette bu durumda başka devletlerin hukukunu uygulamayı da reddetmişlerdir. Bu uygulama ABD mahkemelerinin geleneksel uygulaması olarak süregelmiştir. Gerçekten de Amerikan mahkemeleri hem dahili kanunlar ihtilafında hem de başka devletlerle irtibatlı uyuşmazlıklarda neredeyse her zaman kendi hukukunu uygulamayı tercih etmiş ve yabancı hukuku, genellikle *for* hukukunu uygulamanın tarafların niyetlerine aykırı olduğu veya sorunlara yol açacağı durumlarda uygulamıştır⁷⁰⁴.

Mahkemelerinin ülke sınırları dışında meydana gelen ihlal eylemlerine ilişkin uyuşmazlıklarda kendilerini yetkisiz görmelerinin yanı sıra, aynı zamanda kanunlarının da ülkesel (*territorial*) olduğundan hareketle, başka devletlerde meydana gelen ihlallerde kendi kanunlarının uygulanmasını, kanunlarının sınır aşan (*extraterritorial*) etkiye sahip olmaması gerekçesiyle reddetmiştir. Yine de zaman zaman farklı mahkemelerin farklı teoriler geliştirerek ABD kanunlarını sınır aşan (*extraterritorial*) şekilde uyguladıkları

⁷⁰⁰Geller, 2004, **a.g.k.**, s. 324.

⁷⁰¹Geller, 2004, **a.g.k.**, s. 324.

⁷⁰²P. E. Geller (2000). Mastering Conflicts of Laws in Intellectual Property Litigation. *IPL Newsletter*, 18 (4), s. 7; Kono, 2012, **a.g.k.**, s. 414.

⁷⁰³Kono, 2012, **a.g.k.**, s. 412.

⁷⁰⁴A. A. Ehrenzweig (1960). The Lex Fori - Basic Rule in the Conflict of Laws. *Michigan Law Review*, 58 (5), s. 643 - 644.

veya çok nadir de olsa yabancı hukuku uyguladıkları olmuştur. Her iki durum da kanunlar ihtilafı sistemiyle bağdaşmadığı için doktrinde eleştirilmiştir. Amerikan mahkemeleri aşağıda görüleceği üzere uyuşmazlık konusu ile yersel bir bağlantı kurmaları halinde uyuşmazlıkta kendi mahkemeleri yetkili görüp davaya bakmış ve nihayetinde genellikle kendi hukukunu uygulamıştır.

ABD hukukunda yabancı fikri hak uyuşmazlıkları hakkında karar vermek, fikri haklarda geleneksel olarak kabul edilen ülkesellik ilkesinden dolayı, başka bir devletin egemenliğine ilişkin konuda karar vermek olarak görülmüştür⁷⁰⁵. *Common Law* mahkemelerinde, fikri haklar ile yabancı devletin egemenliği arasında bir bağlantı olduğu kabul edilmektedir. Özellikle patent ve marka gibi kayıtlı hakların geçerliliği konusunda ABD mahkemeleri karar vermekte isteksiz davranmaktadır⁷⁰⁶. Öte yandan mahkemeler sadece *for* ülkesi tarafından korunan fikri hak ihlali söz konusu olduğunda kendisini yetkili görerek *for* kanununu uygulamaktan da geri durmamıştır.

2.5.2.2. Amerikan Hukukunun sınır aşan (extraterritorial) uygulanmasına ve yabancı hukukun uygulanmasına örnekler

1976 tarihli Amerika Birleşik Devletleri Telif Hakkı Kanunu, telif hakkı sahibinin haklarının kapsamının Amerika Birleşik Devletleri ile sınırlı olduğunu belirtmiş, Kanun, mahkeme kararlarında çoğunlukla, ülkesellik özelliğiyle birlikte yorumlanmıştır⁷⁰⁷. Amerikan hukukunda 1909 tarihli *American Banana Co. v. United Fruit Co.* Kararından⁷⁰⁸ bu yana aksi yönde açık bir kongre kararı olmadıkça, mahkemeler, Amerikan hukukunun sınır aşıcı uygulanma amacını taşımadığını; herhangi bir ihlal eylemine uygulanacak hukukun eylemin gerçekleştirildiği yerden ziyade Amerikan hukukunun olması durumunda bu durumun hem adaletsiz sonuçlar doğuracağını hem de ulusların nezaketine aykırı olarak başka bir devletin otoritesine bir müdahale olacağını

⁷⁰⁵G. W. Austin (2021). Conflicts of Law Approach to Intellectual Property Research. *Handbook of Intellectual Property Research: Lenses, Methods, and Perspectives*. Oxford University Press, s. 41.

⁷⁰⁶Austin, 2021, **a.g.k.**, s. 41; Geller, 2000, **a.g.k.**, s. 7.

⁷⁰⁷G. W. Austin (2000). Social Policy Choices and Choice of Law for Copyright Infringement in Cyberspace. *Or. L. Rev.*, 79 (3), s. 584.

⁷⁰⁸213 U.S. 347 (1909). *American Banana* davasının konusu, davalının ABD dışında meydana gelen eylemleri nedeniyle davacının muz plantasyonu ve demiryolunu kullanmaktan mahrum bırakılması ve *Sherman Antitröst* Yasası uyarınca tazminat talebine ilişkindir. Ancak doktrinde ve mahkeme uygulamalarında bu kararın, telif hukuku dahil diğer federal kanunlar için de yorumlandığı ifade edilmiştir. Bkz.: J. Penkower (2003). *Los Angeles News Service v. Reuters: Damages for Extraterritorial Copyright Exploitation Note*. *U.S.F. L. Rev.*, 38 (3), s. 560.

ileri sürmüştür⁷⁰⁹. Dolayısıyla bu geleneksel anlayışa göre kanunlar ülkeseldir ve ülke dışında gerçekleşen ihlal eylemlerine veya olaylara ABD kanunları uygulanmayacaktır.

ABD kanunlarının ülkesel olduğu ve ülke dışında gerçekleşen olaylara uygulanmayacağı geleneksel olarak kabul edilmektedir. Ancak mahkemeler, özellikle Federal 2. ve 9. Bölge Temyiz Mahkemeleri, bazı durumlarda bu geleneksel uygulamayı aşabilmek için çeşitli yollar denemişlerdir. Mahkemeler kural olarak Telif Kanunu da dahil olmak üzere tamamen ABD dışında meydana gelen eylemlere karşı kendi kanunlarının bir koruma sağlamayacağını kabul etmiştir. Ancak ABD dışında meydana gelen bir zararın, Amerika'da başlayan bir ihlal eyleminden kaynaklanması (*predicate act/ öncül eylem* teorisi) durumunda, mahkemeler ülke dışı zararların tazmini konusunda da kendisini yetkili görmüş ve kendi hukukunun sınır aşıcı olarak uygulanmasına karar vermiştir⁷¹⁰. Öncül eylem teorisine göre eğer ki ABD içindeki bir eylem, ülke dışında gerçekleşen bir telif hakkı ihlalini kolaylaştırıcı etkiye sahipse, mahkemeler ülke sınırları dışında meydana gelen ihlallerin maddi tazmini için kendisini yetkili görebilecek ve olaya ABD kanunlarını uygulayabilecektir⁷¹¹. 2. Bölge Temyiz Mahkemesinin *Sheldon v. Metro Goldwyn Pictures Corp.* kararında⁷¹², bir tiyatro oyununun telif hakkı sahipleri, bir sinema filmi yapımcısı ve dağıtımıcısının aleyhine, oyunun izinsiz olarak sinema filmi olarak sergilenmesi, çoğaltılması ve dağıtılması nedeniyle tecavüz davası açmıştır⁷¹³. Filmin ilk negatifleri davalılar tarafından ABD içinde basılarak filmin kopyası ve gösterisi ülke dışında yapılmıştır. Davacının telif hakkının ihlali sebebiyle doğan zararının tazmini talebine mahkeme, ihlal eylemleri ABD'de başladığı için uyuşmazlıkta sahip olduğu yetkiyi kabul etmiş ve olaya ABD hukukunu uygulamıştır⁷¹⁴.

1989 tarihinde ABD'nin de Bern Sözleşmesine katılmasıyla birlikte mahkemeler telif haklarıyla ilgili kararlarında farklılıklara gidebilmiştir. Ancak yine de temelde 9. Bölge ve 2. Bölge Temyiz Mahkemeleri arasında farklı yaklaşımlar ve farklı gerekçeler

⁷⁰⁹Penkower, 2003, **a.g.k.**, s. 561.

⁷¹⁰Austin, 2017, **a.g.k.**, s. 121.

⁷¹¹G. W. Austin (2004). Intellectual Property Politics and the Private International Law of Copyright Ownership. *Brook. J. Int'l L.*, 30 (3), s. 915; Austin, 2021, **a.g.k.**, s. 33; T. T. Ochoa (2020). Extraterritorial Application of U.S Copyright Law in Multinational Litigation. *The Indian Journal of Intellectual Property Law*, 11 (1), s. 125; Dinwoodie, 2005, **a.g.k.**, s. 203.

⁷¹²*Sheldon v. Metro Goldwyn Pictures Corp.*, 106 F.2d 45, 52(1939).

⁷¹³Penkower, 2003, **a.g.k.**, s. 563.

⁷¹⁴Detaylı açıklama için bkz.: J. C. Ginsburg (1997a). Copyright without Borders - Choice of Forum and Choice of Law for Copyright Infringement in Cyberspace. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 15 (1), s. 169; Penkower, 2003, **a.g.k.**, s. 563 - 564.

söz konusu olmuştur. 9. Bölge Temyiz Mahkemesi, Bern Sözleşmesinin *lex fori* yaklaşımını benimsediğini kabul ederken, 2. Bölge Temyiz Mahkemesi nihayetinde Bern Sözleşmesini kimi zaman göz ardı etmiş ve duruma göre uygun hukuku seçmek için menfaat yaklaşımından (*interests approach*) yararlanmıştır⁷¹⁵.

2. Bölge Temyiz Mahkemesi, 1991 tarihli *Boureslan v. Aramco In Equal Employment Opportunity Commission v. Arabian American Oil Co.*, davasında⁷¹⁶, federal kanunların, bu yönde Kongre'nin açık bir kararı olmadıkça, ülke dışındaki eylemler için uygulanmaması gerektiğini tekrar vurgulamış ve bu sebeple mahkemelerin, Amerika Birleşik Devletleri içinde doğrudan bir ihlal olmadıkça, yurtdışındaki fikri hak ihlali eylemlerine telif hakkı kanunlarını uygulama konusunda genellikle isteksiz davrandığını tekrar etmiştir⁷¹⁷. Mahkemenin kararı, "Kongre yasalarının, aksi bir niyet ortaya çıkmadıkça, sadece Amerika Birleşik Devletleri'nin ülkesel yargı yetkisi dahilinde uygulanacağı" yönündeki yorumuna ve uygulamasına dönmüştür⁷¹⁸. Benzer yönde kararlar Amerikan mahkemelerince sürdürülmüştür. *Beatles*'ın şarkısı *Yellow Submarine*'e çekilen klibin video kasetleriyle ilgili verilen 1994 tarihli *Subafilms* kararında⁷¹⁹ 9. Bölge Temyiz Mahkemesi, davalı ABD vatandaşı olsa bile, hak ihlalinde bulunduğu iddia edilen video kasetlerin hiçbirisi ABD'de üretilmediği veya satılmadığı için ABD kanunlarının uygulanmasını ve mahkemenin yetkisini reddetmiştir⁷²⁰. Mahkeme bu kararında ABD'nin Bern sözleşmesine taraf olduğunu hatırlatarak, Sözleşmede telif haklarının ülkesel olarak düzenlendiğini ve bu nedenle mahkemelerin fikri hakkı ihlal eden eylemlerin (ki olayda kasetlerin dağıtılması eylemi) gerçekleştiği ülkelerin kanunlarını uygulaması gerektiğini Sözleşmenin 5. maddesine dayanarak açıklamıştır⁷²¹. Mahkeme, özellikle, aksi halde başka bir devletin egemenliğine girecek olan konularda ABD Telif Hakkı Kanununun uygulanmasını dayattığı için nezaketi (*comity*) zedelediğini vurgulamış ve *forum non convenience* gerekçesiyle kendi yetkisini reddetmiştir⁷²².

⁷¹⁵A. B. Frohlich (2009). Copyright Infringement in the Internet Age - Primetime for Harmonized Conflict-of-Laws Rules. *Berkeley Tech. L.J.*, 24 (2), s. 856 - 857.

⁷¹⁶*Boureslan v. Aramco*, 857 F.2d 1014, 1016-17, 863 F.2d 8 (5th Cir. 1988).

⁷¹⁷P. K. Yu (2001). *Conflict of Laws Issues in International Copyright Cases*. GigaLaw.com: s. 1.

⁷¹⁸D. M. Barbash (1991). *Equal Employment Opportunity Commission v. Arabian American Oil Co. The American Journal of International Law*, 85 (3), s. 552.

⁷¹⁹*Subafilms, Ltd. v. MGM-Pathe Communications Co.* 24 F.3d 1088 (9th Cir. 1994).

⁷²⁰Geller, 2000, **a.g.k.**, s. 8; Ginsburg, 1997a, **a.g.k.**, s. 169 - 170.

⁷²¹Frohlich, 2009, **a.g.k.**, s. 859 - 860; Ginsburg, 1997a, **a.g.k.**, s. 170.

⁷²²Frohlich, 2009, **a.g.k.**, s. 857.

1998 tarihli 2. Bölge Temyiz Mahkemesinin *Itar Tass* davasındaki kararında kanunlar ihtilafı konusu, *Amicus curiae* olarak seçilen Profesör William F. Patry tarafından tartışmaya açılmıştır. Patry, Bern Sözleşmesinde düzenlenen ulusal muamele ilkesinin ne telif hakkının ihlalini ne de sahiplik konularını düzenlediğini kabul etmiştir. Patry'e göre:

*“Ulusal muamele ilkesi ihtilaf kuralı içermediği gibi herhangi bir ülkenin yasalarının doğrudan uygulanmasını da sağlamaz. Bu kural basitçe, korumanın talep edildiği ülkenin yerli ve yabancı eser sahiplerine aynı şekilde davranılmasını gerektirir. Korumanın kapsamı yerli ve yabancı yazarlara eşit şekilde genişletildiği sürece, ABD mahkemelerinin belirli konularda yabancı veya yerel yasalara bakmaya yönlendirip yönlendirmedeği başka bir ifadeyle kanunlar ihtilafı, ulusal muameleyle ilgisizdir.”*⁷²³

Mahkeme, ABD Telif Hakkı Kanununda olaya uygulanacak bir hüküm bulamadığı için ihtilaf konusunda federal ortak hukuk geliştirerek kanun boşluğunu doldurma kararı almıştır. Mahkeme öncelikle eser üzerindeki sahiplik ve eserin ihlali konularını birbirinden ayırmıştır. Eser sahipliğinin kimde olduğunun tespiti için kural, tarafların eser sahipliği üzerindeki menfaatlerinin, mülkiyet ve taraflarla "en önemli ilişkisi" olan devletin hukuku tarafından belirlenmesidir. Söz konusu eserler Rus vatandaşları tarafından oluşturulduğu ve eser ilk olarak Rusya'da yayımlandığı için, hak sahipliğinin tespiti için Rus hukuku uygun hukuktur. İhlal konularında ise haksız fiillere uygulanacak hukukun tespiti genellikle *lex loci delicti* 'ye göre yapılmaktadır. Görülmekte olan davada haksız fiil yeri açıkça Amerika Birleşik Devletleri'dir. Dolayısıyla ihlale ABD hukuku uygulanmıştır.

Aynı sene 1998 tarihli *Boosey & Hawkes Music Publishers v. Walt Disney Co* davasında⁷²⁴ ise Federal 2. Bölge Temyiz Mahkemesi yabancı telif hakkı kanununu uygulamıştır⁷²⁵. Uyuşmazlık konusu Stravinsky'nin "*The Rite of Spring*" müzik parçasını içeren "*Fantasia*" video kasetlerinin dağıtımıdır. Stravinsky'nin yayıncısı olan Boosey & Hawkes, 1939 tarihinde New York'ta Stravinsky ve Disney tarafından imzalanan

⁷²³<https://casetext.com/case/itar-tass-russian-news-v-russian-kurier?q=Itar%20tass&sort=relevance&p=1&type=case> (Erişim tarihi: 02.08.2022).

⁷²⁴Boosey & Hawkes Music Publishers v. Walt Disney Co., 145 F. 3d 481 (2d Cir. 1998).

⁷²⁵Austin, 2021, **a.g.k.**, s. 31.

sözleşmenin video kasetler gibi (sözleşmenin imzalandığı zaman olmayan) yeni medyayı kapsamadığını ve Disney tarafından on sekiz yabancı ülkede "*Fantasia*" video kaset dağıtımının sözleşmeyi aştığını ve *Stravinsky*'nin bu on sekiz ülkedeki telif haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir⁷²⁶. Mahkeme başlangıçta *forum non convenience* gerekçesiyle, *Ginsburg*'ün yorumuyla yanlış bir şekilde, yetkisizliğe karar vermiştir. *Ginsburg*'e göre karar hatalıdır çünkü ilk kopya Amerika Birleşik Devletleri içinde yapıldığı ve bir telif hakkı ihlali olduğu durumlarda, mahkeme takip eden kopyalar için de, bu kopyalar Amerika Birleşik Devletleri dışında dağıtılmış olsa bile, kendisini yetkili görüp tazminata hükmedebilecektir⁷²⁷.

Uydu yayınlarıyla gerçekleşen ihlallerle ilgili olarak 2. Bölge Temyiz Mahkemesi 1999 tarihli bir kararında⁷²⁸, uyuşmazlık konusu televizyon programının Kanada'daki izleyicilere eser sahibinden izinsiz olarak iletilmesinde, yayının ulaştığı yer yabancı devletin sınırlarında olmasına rağmen, sadece ABD Telif Hakkı Kanununun ihlal edildiğine karar vermiş ve ABD hukukunu uygulamıştır.

Her iki mahkemenin yaklaşımı karşılaştırıldığında ya telif hakları uyuşmazlıkları için Bern Sözleşmesinden özel bir kanunlar ihtilafı kuralı türetilmiştir ya da fikri haklardan doğan uyuşmazlıklarda genel kanunlar ihtilafı kuralları uygulanmıştır⁷²⁹. 2. Bölge Temyiz Mahkemesinin yaklaşımı esas alınır, birden fazla devletle irtibatlı bir telif hakkı ihlali söz konusu olduğunda, ihlal eyleminin ABD'de başlaması halinde mahkeme kendisini yetkili görecektir ve uyuşmazlığa ABD kanunları uygulanabilecekken; 9. Bölge Temyiz Mahkemesinin 1994 tarihli kararındaki yaklaşımı esas alınır, her ihlal eylemi ilgili devletlerde mahkemelerin yetkisini doğuracak ve uyuşmazlığın sadece ABD'de gerçekleşen kısmına ABD kanunları uygulanacak, diğer devletlerde gerçekleşen ihlallere de ilgili devletin kanunları ilgili devletin mahkemesinde uygulanacaktır. *Yu*'nun aktardığına göre mahkemeler 9. Bölge Temyiz Mahkemesinin bu yaklaşımını takip etmeyi reddetmiş ve bunun yerine ABD kanunlarının uygulanmasının haklı gösterilmesi için ihlal eden faaliyetler ile ABD arasında bir bağlantı bulmaya çalışmışlardır⁷³⁰. Telif

⁷²⁶J. C. Ginsburg (2003a). Choice of Law and Choice of Forum in International Copyright Infringement Chapter 38. *Int'l Intell. Prop. L. & Pol'y*, 5 (1), s. 38 - 3.

⁷²⁷Ginsburg, 2003a, **a.g.k.**, s.

⁷²⁸National Football League v. Primetime 24 Joint Venture, No. 96 Civ. 3778, 1999 U.S. Dist. LEXIS 3592 (S.D.N.Y. Mar. 23, 1999). Karar için bkz.: Austin, 2000, **a.g.k.**, s. 578.

⁷²⁹Frohlich, 2009, **a.g.k.**, s. 863.

⁷³⁰Yu, 2001, **a.g.k.**, s. 2.

hakkı konusunda, *Subafilms* kararı ABD kanunlarının yurtdışında gerçekleşen ihlal eylemlerine uygulanmasını engellemiştir; ancak *L.A. News* kararı⁷³¹ mahkemenin yarattığı bir istisnaya dayandığı için diğer kararlara nazaran nispeten farklılıklar içermektedir⁷³². *L. A. News* kararının konusu haber için çekilen görüntülerin izinsiz kullanımıdır. 1992 yılında Afro-Amerikan bir sürücü olan *Rodney King*, polis memurları tarafından şiddete maruz kalmış ve yargılanan polislerin beraat etmesi üzerine *Los Angeles*'ta tüm şehre yayılmış protestolar başlamıştır⁷³³. Protestolar sırasında yaşananlar Los Angeles Haber Servisi (LANS) tarafından video kasete kaydedilmiş ve LANS adına *Bob Tur*, *National Broadcasting Company* (NBC) ve *American Broadcasting Company*'ye (ABC) video kayıtlarının olaydan birkaç saat sonra kendi haber programlarında yayınlamaları için sınırlı lisanslar verilmiştir. Daha sonra bu görüntülerin izinsiz bir şekilde tüm dünyaya yayılması üzerine videoyu ilk çeken davacılar telif hakkının ihlali sebebiyle dava açmıştır. Mahkeme öncelikle olay anında helikopter ile çekilen görüntülerin ABD hukukuna göre telif hakkına sahip olduğunu kabul etmiştir. Nihayetinde kopyalama işlemi ABD içinde başladığı için zararın tazminine ABD Telif Hakları Kanunu uygulanmıştır⁷³⁴.

Ochoa, öncül eylem teorisinin (*predicate act*) internet üzerinden gerçekleşen ihlaller için de uygulanabileceği ve hatta telif hakkı sahiplerini koruyucu olduğunu ifade etmiştir⁷³⁵. Eser sahibinin haklarından birisi çoğaltmadır. Çoğaltma hakkı hak sahibine eseri kopyalama veya ses kayıtları halinde yeniden üretme münhasır hakkını verir. Bir eserin izinsiz olarak bilgisayarda “rastgele erişimli hafızaya (RAM)” kopyalanması, telif hakkı sahibinin çoğaltma hakkının ihlali anlamına gelir⁷³⁶. Öncül eylem teorisi uyarınca, bir eserin izinsiz olarak ABD’de bir bilgisayarın RAM’ine kopyası yapılırsa, bu ihlalden doğan zararların tazmini ABD kanunlarına göre yapılabilecektir⁷³⁷. 2. Bölge Temyiz Mahkemesi 2008 yılında bu doğrultuda bir karar vermişse de⁷³⁸; 9. Bölge Temyiz

⁷³¹*L.A. News Serv. v. Reuters Television Int'l, Ltd.*, 942 F. Supp. 1275 (C.D. Cal. 1996). Bkz.: Geller, 2000, **a.g.k.**, s. 8.

⁷³²Geller, 2000, **a.g.k.**, s. 11.

⁷³³Penkower, 2003, **a.g.k.**, s. 555.

⁷³⁴Kararın tam metni için bkz.: <https://casetext.com/case/los-angeles-news-v-reuters-tv-intern/> (Erişim tarihi: 06.09.2022).

⁷³⁵Ochoa, 2020, **a.g.k.**, s. 116.

⁷³⁶Ochoa, 2020, **a.g.k.**, s. 117.

⁷³⁷Ochoa, 2020, **a.g.k.**, s. 117.

⁷³⁸*Cartoon Network, L. P. V. CSC Holdings, Inc.*, 536 F.3d 121, 128 n. 1 (2d Cir. 2008).

Mahkemesi 2020 tarihli bir kararında⁷³⁹ Japon davalının ABD sumo turnuvasının internetteki kaydını indirdiğini ve Japonya’da yayınladığını iddia eden bir uyuşmazlıkta, indirme işlemi Japonya’da gerçekleştiği için ve videonun sadece depolanması ABD’de olduğu için öncül eylem teorisine dayanarak ABD kanunlarının uygulanması reddetmiştir⁷⁴⁰.

2.5.2.3. Fikri hakkın ihlaline uygulanacak hukukun tespiti

Amerikan mahkemesi kararlarına bakıldığında fikri hak ihlallerine uygulanacak hukuk konusunda farklı tespitler yapılmıştır. Kimi zaman bu ihlaller haksız fiil olarak görülüp uygulanacak hukuk II. *Restatement*’ın 145. paragrafına göre tespit edilmiştir, kimi zamansa mahkemeler Bern Sözleşmesinin 5. maddesine dayanarak kendi hukukunu uygulamıştır. Mahkemelerin kendi kanununu ülke aşıcı bir şekilde uygulamak için geliştirdiği öncül eylem teorisi (*predicate act*) ve kanunlar ihtilafının varlığını kabul ettiği durumlarda da kendi hukukunu uygulamak için Bern Sözleşmesinin 5. maddesine dayandığı kararlar yukarıda açıklandığı için burada sadece II. *Restatement* düzenlemesi üzerinde durulacaktır.

II. *Restatement*’ın 145. paragrafının ilk cümlesinde haksız fiile ilişkin hüküm düzenlenmiştir. Buna göre mahkeme önüne gelen haksız fiil uyuşmazlığına uygulanacak hukuk, o hukuki olayın en sıkı ilişkili olduğu devletin hukukudur. Daha önce de ifade edildiği üzere Amerikan hukukunda 1963 tarihli *Babcock v. Jackson* kararından⁷⁴¹ bu yana haksız fiil uyuşmazlığına en sıkı ilişkili hukukun uygulanması kabul edilmiştir⁷⁴². Ancak bu hukuk tespit edilirken *Restatement* II’nin 6. paragrafında yer alan ilkeler göz önüne alınarak bir değerlendirme yapılacaktır. Amerikan hukukunda fikri hakkın ihlali bir haksız fiil olarak görülüp ihlal konularını idare eden ihtilaf kuralının da genellikle *lex loci delicti* olduğu kararlar mevcuttur⁷⁴³. Ancak bu durum elbette karardan karara göre değişiklik gösterebilmektedir. *Geller* bu durumda II. *Restatement*’ın çoğu durumda analize başlamak için bir çerçeve sağladığını⁷⁴⁴ ve hiçbir kanuni direktifin çözüm getirmediği uyuşmazlıkların çözümünde dikkate alınması gereken ilk kriterin, 6.

⁷³⁹Superama Corp. V. Tokyo Broadcasting System Television, Inc., 830 Fed. App’x 821 (9th Cir. 2020). Benzer başka karar için bkz.: Ochoa, 2020, **a.g.k.**, s. 117, dipnot 113.

⁷⁴⁰Ochoa, 2020, **a.g.k.**, s. 117.

⁷⁴¹240 N. Y. S. 2 nd. 743, 1963.

⁷⁴²Çelikel, 1969, **a.g.k.**, s. 243 - 244.

⁷⁴³Bkz.: Itar Tass Davası

⁷⁴⁴Geller, 2005, **a.g.k.**, s. 134.

maddede sayılan ilkelerden⁷⁴⁵ “devletler arası ve uluslararası sistemlerin ihtiyaçları”nı gözetmek olduğunu açıklamaktadır⁷⁴⁶. Yazarın ifadesine göre buradaki “uluslararası sistem” Bern ve Paris Sözleşmeleri tarafından kurulan ve TRIPs Anlaşmasına entegre edilen sistemdir ve bu sistemdeki temel ilke de ulusal muamele ilkesidir⁷⁴⁷. Öte yandan mahkemelerin farklı kararları da mevcuttur. Daha önce anlatıldığı üzere 2. Bölge Temyiz Mahkemesinin verdiği *Itar-Tass* davasında mahkeme ihlale Rus hukukunu uygulamıştır. *Itar-Tass* davasına bakan 2. Bölge Temyiz Mahkemesi, uygulanacak hukuk konusunu kapsamlı bir şekilde incelemiş ve mevcut federal ve eyalet kanunlarına ilişkin değerlendirmesine dayanarak, telif hakkı ihlali davaları için uygun bir kanunlar ihtilafı kuralı bulamayınca kendi kurallarını oluşturmuştur⁷⁴⁸. İkinci Bölge Temyiz Mahkemesi, kanunlar ihtilafı amacıyla hak sahipliği ve ihlal konuları arasında ayırım yapmış ve hak sahipliği sorunu için telif hakkının menşe ülkesinin hukukunun geçerli olacağına karar vermiş; telif hakkı ihlali konusunda ise mahkeme, *lex loci delicti*’yi başka bir ifadeyle ABD hukukunu uygulamıştır⁷⁴⁹. Mahkeme bu kuralı uygularken hem ihlal eyleminin ABD’de gerçekleşmesini hem de davalıların ABD’de olmasını gerekçe göstererek *lex loci delicti*’nin başka bir ifadeyle ABD hukukunun olayla en sıkı ilişkiye sahip olmasına dayanmıştır.

2.5.2.4. Doktrin Görüşleri

Ginsburg’ün haklı eleştirisine göre, birden fazla ülkede yerleşmiş kişi veya eylemleri içeren çok taraflı telif hakkı iddialarına her zaman forum hukukunun uygulanması gerekmez. Telif hakkıyla korunan bir eserin izinsiz şekilde çoğaltılması, kamuya açık olarak sergilenmesi veya dağıtılması aynı anda birden fazla ülkede meydana gelebilir. Bu şekilde birçok devlet ile irtibatlı iddianın tamamen veya kısmen çözümü için

⁷⁴⁵II.Restatement’ın 6. maddesinde sayılan ilkeler şunlardır:

- eyaletler arası ve uluslararası sistemlerin ihtiyaçları
- forumun ilgili politikaları
- belirli bir konunun belirlenmesinde diğer ilgili devletlerin ilgili politikaları ve bu devletlerin göreceli çıkarları
- haklı beklentilerin korunması
- belirli bir hukuk alanının altında yatan temel politikalar
- kesinlik, öngörülebilirlik ve sonucun tekdüzeliği
- uygulanacak kanunun belirlenmesinde ve uygulanmasında kolaylık

⁷⁴⁶Geller, 2000, **a.g.k.**, s. 7.

⁷⁴⁷Geller, 2000, **a.g.k.**, s. 7.

⁷⁴⁸Frohlich, 2009, **a.g.k.**, s. 861.

⁷⁴⁹Frohlich, 2009, **a.g.k.**, s. 862.

yabancı telif hakkı kanunlarının uygulanması gerekse bile bu uyumsuzluk ABD mahkemelerinde yargılanabilmelidir⁷⁵⁰. Yazar burada ABD mahkemelerini yabancı hukuku uygulamadaki isteksizlikleri sebebiyle eleştirmektedir⁷⁵¹. Yazar aynı zamanda mahkemeleri uygun olmayan mahkeme (*forum non convenience*) kuralının arkasına sığınmakla da suçlamaktadır. Yazara göre özellikle telif hakları alanında Bern Sözleşmesi dolayısıyla, Sözleşmeye taraf bir devlette eser meydana getiren bir yabancı ABD’de de telif hakkı sahibidir. Yabancı eser sahibinin başka devlette meydana getirdiği eserinin telif haklarının ABD’de ihlal edilmesi halinde bu kişi ABD’de de dava açabilmelidir, tarafların vatandaşlığı veya eserin üretildiği ülke belirleyici olmamalıdır⁷⁵². *Ginsburg* burada kaynak teorisinden bahsetmektedir. Bu teoriye göre, eğer ki bir telif hakkını ihlal eden davranış ABD sınırları içinde başlıyor ve sonra diğer ülkelere taşıyorsa, burada artık ABD mahkemeleri ilk eylemden kaynaklanan yerli ve yabancı tüm eylemlerden doğan zararları tazmin edici kararlarını ABD Telif Hakları Kanununu uygulayarak verebilir⁷⁵³. Profesör *Ginsburg*, kolaylaştırıcı bir ihlal eyleminin yanı sıra, davalının ilgili ülkenin vatandaşı olduğu, orada ikamet ettiği veya orada etkili bir iş sürdürdüğü sürece, forum ülkesinin hukukunun yine uygulanabileceğini savunmaktadır⁷⁵⁴. Böylelikle *for* mahkemesi, bu koşullardan herhangi biri altında, diğer ülkelerde meydana gelen ihlaller için de kendi hukukunu uygulayarak zararların tazminatı için karar verebilecektir.

Dinwoodie yabancılık unsuru içeren telif haklarına ilişkin uyumsuzluklarda mahkemelerin yetkisini devlet işlemleri doktrini⁷⁵⁵ (*act of state doctrine*) açısından değerlendirmiştir. Yazara göre yabancılık unsuru taşıyan telif haklarına ilişkin uyumsuzluklarda Amerikan mahkemeleri, devlet işlemleri doktrinini gerekçe göstererek yetkisizlik iddiasında bulunmamalı, aksine koruma talep edilen devletin telif hakkına ilişkin hukukuna göre uyumsuzluğun karara bağlanmasına engel teşkil etmemesi gerekmektedir⁷⁵⁶.

⁷⁵⁰J. C. Ginsburg (1997). Extraterritoriality and Multiterritoriality in Copyright Infringement. *Virginia Journal of International Law*, 37 (1), s. 588.

⁷⁵¹Ginsburg, 1997, **a.g.k.**, s. 588.

⁷⁵²Ginsburg, 1997, **a.g.k.**, s. 593.

⁷⁵³Ginsburg, 1997, **a.g.k.**, s. 598.

⁷⁵⁴Ginsburg, 1995, **a.g.k.**, s. 338.

⁷⁵⁵Devlet işlemleri doktrini, mahkemelerin, yabancı bir devletin kendi topraklarında gerçekleştirdiği resmi bir işlemin geçerliliğinin başka bir devlette sorgulamayacağını öngören bir *common law* doktrini. Doktrin ve uluslararası hukuk kuralı olarak geçerliliği hakkında bkz.: M. Zander (1959). The Act of State Doctrine. *The American Journal of International Law*, 53 (4), s. 826.

⁷⁵⁶Dinwoodie, 2005, **a.g.k.**, s. 198.

Austin de ABD mahkemelerinin fikri haklarda yargı yetkisinin olmadığına ilişkin gelenekselleşmiş yaklaşımını (*no jurisdiction approach*) eleştirmektedir. Yazar mahkemelerin bu şekilde karar vermelerinin zamanla sadece yabancılık unsuru içermeyen uyuşmazlıklarla ilgilenmelerine yol açabileceği sebebiyle eleştirmektedir⁷⁵⁷. Yazara göre bu uygulama fikri haklarda ülkeselliğin bir sonucudur. Öte yandan idare eden tek hukuk yaklaşımı (*single governing law approach*) etkililik ve basitlik açısından avantajlara sahiptir⁷⁵⁸. Elbette bu hukuk, uyuşmazlık veya tarafların önemli bağlantılarının olması halinde, forum hukuku da olabilecektir⁷⁵⁹.

Ochoa da ABD mahkemelerinin ülkeselliğin katı uygulamasından ancak öncül hareket teorisi ile, o da genellikle kendi kanunlarını ülke aşıcı uygulayarak çıkabildikleri için eleştirmektedir. Başka ülkelerde meydana gelen fikri hak ihlalleri sadece ABD kanunlarının uygulanabilme ihtimali olması durumunda değil, uluslararası nezaketin bir gereği olarak, diğer ülkelerin çıkarlarının da dikkate alındığı uygulamalar olabilecektir⁷⁶⁰.

Frohlich'in de ifade ettiği üzere, katı bir ülkesellik yorumu ve dolayısıyla yabancı ülkede gerçekleşen ihlaller için mahkemeler tarafından *forum non convenience* kararı verilmesi, telif hakkını ihlal eden kişinin mal varlığına sahip olduğu bir ülkede dava açılmasını engelleyebileceğinden, telif hakkı sahibi için genellikle zararlı sonuçlara yol açacaktır⁷⁶¹. *Echoud*'un da ifade ettiği gibi, her ülkenin kendi telif hakkını kanunlaştırma yetkisine sahip olduğunu ve bu nedenle ülkeselliğin tanımı gereği bu kanunların sınırlarının ötesinde uygulanamayacağını söylemek, uluslararası özel hukukun varlığını reddetmeye veya tüm mahkemelerin her zaman kendi kanunlarını uygulamaları gerektiği ilkesine geri dönüşe yol açacaktır⁷⁶².

2.5.2.5. İlk Sahiplik

ABD de Bern Sözleşmesine taraftır ve ulusal muamele ilkesi gereği, eserin ilk basımını taraf ülkelerden birinde gerçekleştiren veya taraf ülkelerden birinin vatandaşı olan veya o devlette mukim olan kişinin hakları ABD'de de korunacaktır. Peki eserin ilk sahipliği neye göre belirlenecektir? Tescilli sınai haklarda ilk sahipliğin belirlenmesinde

⁷⁵⁷Austin, 2017, **a.g.k.**, s. 125.

⁷⁵⁸Austin, 2017, **a.g.k.**, s. 126.

⁷⁵⁹Austin, 2017, **a.g.k.**, s. 126.

⁷⁶⁰Ochoa, 2020, **a.g.k.**, s. 126.

⁷⁶¹Frohlich, 2009, **a.g.k.**, s. 857.

⁷⁶²Echoud, 2003, **a.g.k.**, s. 97.

genellikle tescil edilen ülkenin hukuku uygulanmaktadır⁷⁶³. Telif haklarında ise herhangi bir yere tescil edilmeden eser üzerinde hak doğmaktadır. ABD’de hâkim olan yaklaşım, tescil edilmeyen hakların sahipliği meselesinin eser ile en önemli ilişkiye sahip olan devletin hukukunun uygulanması yönündedir⁷⁶⁴. İkinci Bölge Temyiz Mahkemesinin, *Itar – Tass Russian News Agency v. Russian Kurier* kararında⁷⁶⁵, telif hakkı sahipliğinin belirlenmesi bir önsorun olarak doğmuştur. Karara konu olayda uyuşmazlıkla irtibatlı hukuklar ABD hukuku ve Rusya hukukudur ve eğer mahkeme ABD hukukunu uygularsa eserin sahibi, aksi düzenleme olmadığı için, yazar değil gazetenin kendisi olacakken, Rusya Telif Hakları Kanununun 4. maddesi uygulanırsa eser sahibi yazar olacaktır⁷⁶⁶. Mahkeme yabancı eserin yaratılması ve yayınlanmasıyla en önemli ilişkiye sahip olan ülkenin kanunlarına başvurulması gerektiğine karar vermiştir⁷⁶⁷. Buna göre, eğer ki eser sahibi olduğunu iddia eden kişi o ülkenin kanunlarına göre telif hakkı sahibiyse, ABD’deki telif hakları da tanınacaktır. Bu kararda aynı zamanda mahkeme eser sahipliğini belirleyen hukukun, ihlale uygulanacak hukuktan farklı olabileceğini de kabul etmiştir⁷⁶⁸. Karara konu olayda *Kurier*, New York bölgesinde Rusça yayınlanan haftalık bir gazetedir ancak davacıların iddiasına göre bu gazetedeki birçok makale ve başlık Rusya’da yayın yapan gazeteden izinsiz olarak alınmıştır⁷⁶⁹. Mahkeme kararını verirken öncelikle Bern Sözleşmesinde fikri haklara ilişkin kanunlar ihtilafı kuralının yer almadığını belirtmiştir⁷⁷⁰. Mahkeme Sözleşmede yer alan ve kimi zaman ihtilaf kuralı olarak yorumlanan ulusal muamele ilkesinin ise, olası bir ihlal eyleminde olsa olsa ihlalin gerçekleştiği devletin hukukunun telif hakkı korumasının yabancı ve yerli eser sahiplerine aynı şekilde uygulanmasını garanti etmek için düzenlendiğini ifade etmiştir⁷⁷¹. Nihayetinde mahkeme telif hakkı sahipliğini tespit etmek için uyuşmazlıkla en sıkı ilişkili hukukun uygulanması gerektiğine karar vermiş ve somut olayda da bu hukukun, eserin

⁷⁶³Kono, 2012, **a.g.k.**, s. 410.

⁷⁶⁴Kono, 2012, **a.g.k.**, s. 410.

⁷⁶⁵*Itar – Tass Russian News Agency v. Russian Kurier, Inc.*, 153 F. 3d 82, 90 (2d Cir. 1998).

⁷⁶⁶P. K. Yu (2019). The Comparative Lessons of *Itar - Tass Russian News Agency v. Russian Kurier*. *The Cambridge Handbook of Intellectual Property in Central and Eastern Europe*. New York: Cambridge University Press, s. 117.

⁷⁶⁷Abrams, 2012, **a.g.k.**, s. 1112; Austin, 2004, **a.g.k.**, s. 911; Ginsburg, 2003, **a.g.k.**, s. 189.

⁷⁶⁸Austin, 2004, **a.g.k.**, s. 911.

⁷⁶⁹W. Patry (2000). Choice of Law and International Copyright. *The American Journal of Comparative Law*, 48 (3), s. 412 - 413.

⁷⁷⁰Bu kararda yerel mahkeme İkinci Bölge Temyiz Mahkemesine Bern Sözleşmesinde ihtilaf kuralının olup olmadığını da sormuş ve mahkeme tarafından buna olumsuz yanıt verilmiştir. Bkz.: Yu, 2019, **a.g.k.**, s. 116.

⁷⁷¹Patry, 2000, **a.g.k.**, s. 413.

ilk yayınlandığı yer (*lex loci originis*) olan Rusya hukuku olduğunu tespit etmiştir⁷⁷². Gerçekten de eser Rus vatandaşları tarafından meydana getirilmiş ve ilk olarak Rusya’da yayınlanmıştır. Ancak eserin izinsiz çoğaltılması New York’ta meydana gelmiştir. Bu sebeple eserden doğan telif hakkının ihlal edilmesine uygulanacak hukuk ABD Telif Hakları Kanunu olmuştur⁷⁷³. Mahkemenin bu şekilde karar vermesi ve en sıkı ilişkili devletin tespit edilip onun hukukunun uygulanması mahkemelere esneklik sağlasa da⁷⁷⁴, uygulanacak hukuk değil de önemli ilişkiye sahip yer ile ilgilendiği için internetten doğan uyuşmazlıklarda yükleme ve indirme yeri ikilemi yaratacağı için *Dinwoodie* tarafından eleştirilmiştir⁷⁷⁵.

Mahkemelerin geliştirdiği uygulamaya göre eserin ilk sahibinin belirlenmesine karar verecek olan hukuk eserle en önemli ilişkiye sahip olan hukuktur. Ancak birden fazla eser sahibi olması durumunda eserle en önemli ilişkiye sahip olan hukuku tespit etmek biraz zorlaşacaktır. Buna yönelik çözüm ALI ilkelerinde getirilmiştir. ALI ilkelerinde 313. paragrafta yine en önemli ilişkiye sahip hukukun ilk sahipliği belirleyeceği düzenlenmiştir. Ancak ALI ilkeleri bu tespiti yaparken mahkemelere yol gösterici olması için ayrıntılı ilkeler listesi de ortaya koymaktadır⁷⁷⁶.

Aşağıda görüleceği üzere ALI ilkeleri her yerde gerçekleşen ihlaller konusunda da, tarafların uygulanacak hukuku seçmelerine izin vermektedir. Ancak bu seçim sınırsız değildir. Mahkeme, tarafların uyuşmazlıkla yakın bağlantısı olan devlet veya devletlerin hukukunu seçmelerine izin verecektir (321. paragraf)⁷⁷⁷.

2.5.2.6. ALI ilkeleri

ALI ilkelerinde uygulanacak hukuk 3. bölümde düzenlenmiştir. Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki ALI ilkelerinde CLIP ilkelerinden farklı olarak tescil edilmiş haklar ile tescil edilmemiş haklar arasında bir ayırım yapılarak düzenleme yapılmıştır. ALI ilkeleri de fikri haklara ilişkin düzenlemeleri yaparken fikri haklarda geleneksel olarak

⁷⁷²Abrams, 2012, **a.g.k.**, s. 1112.

⁷⁷³Austin, 2004, **a.g.k.**, s. 912. Bu kararın önemli yanlarından birisi de federal mahkemenin hukuk boşluğunu doldurmasıdır. Çünkü ABD Yüksek Mahkemesi, *Erie Railroad Co v. Tompkins* davasında, federal mahkemelerin eyalet hukuku meselelerini karara bağlamak için ortak hukuk oluşturmalarını yasaklamıştır. Bkz.: Yu, 2019, **a.g.k.**, s. 116 - 117.

⁷⁷⁴Dinwoodie, 2005, **a.g.k.**, s. 203.

⁷⁷⁵Dinwoodie, 2005, **a.g.k.**, s. 203.

⁷⁷⁶Austin, 2004, **a.g.k.**, s. 914.

⁷⁷⁷Austin, 2021, **a.g.k.**, s. 40.

kabul edilmiş ülkesellik ilkesinden hareket etmektedir. 301. paragraf fikri hakların varlığı, geçerliliği, süresi, niteliği ve ihlalleri konusunda geçerli olan hukukun koruma talep edilen devletin hukuku olduğu düzenlenmiştir. Telif hakları gibi tescile tâbi olmayan hakların ihlali durumunda da mahkeme korumanın talep edildiği ülkenin kanunlarını uygulayacaktır. ALI ilkelerinde tarafların hukuk seçimi de düzenlenmiştir. Öncelikle taraflar fikri hakkın geçerliliğine, varlığına, niteliğine, devredilebilirliğine, süresine, tescil edilip edilmediğine, lisanslara ve hakkın devrinin şeklen geçerliliğine uygulanacak hukuku seçemeyeceklerdir⁷⁷⁸. Ancak 302. paragrafın ilk cümlesinde tarafların fikri hakkın ihlaline uygulanacak hukuku seçebilecekleri düzenlenmiştir.

321. paragrafta ise fikri hakkın her yerde ihlal edilmesi durumunda uygulanacak hukukun nasıl tespit edileceği düzenlenmiştir. Buna göre, iddia edilen ihlal fiili her yerde olduğunda veya uyuşmazlığın birden fazla devlet ile irtibatı ileri sürüldüğünde mahkeme, fikri hakların varlığı, geçerliliği, süresi, nitelikleri ve ihlali konularını yönetecek hukukun tespiti için uyuşmazlıkla önemli ilişkiye sahip devlet veya devletleri tespit edecektir. Düzenlemede her yerde ihlal dediği için bu kuralın internet aracılığıyla meydana gelen fikri hak uyuşmazlıklarına uygulanacak hukukun tespitinde de söz sahibi olacağı çalışmanın başında ifade edilmişti. Mahkemeye uyuşmazlıkla en önemli ilişkiye sahip devletin tespitini yaparken yararlanacağı kriterler de sunulmuştur. Mahkeme en önemli ilişkiye sahip devleti tespit ederken tarafların ikamet ettiği yer, eğer varsa tarafların ilişkisinin merkezi, tarafların faaliyet ve yatırımlarının kapsamı ve tarafların faaliyetlerini yönlendirdikleri başlıca pazarlar unsurlarını göz önünde bulundurur. Mahkemenin bu şekilde belirlediği en önemli ilişkiye sahip devlete bakılmaksızın, taraflardan biri irtibatlı diğer devletlerden birinin hukukunca sağlanan çözümün farklı olduğunu kanıtlarsa, mahkeme bu farklılıkları da göz önüne alır.

2.5.3. Birleşik Krallık hukuku

Birleşik Krallık 2016 tarihinde yaptığı referandum ile AB üyeliğinden ayrılma kararı almış ve Avrupa Birliği Anlaşmasının 50. maddesine dayanarak Birlikten çıkmak için başvuruda bulunmuştur⁷⁷⁹. Ancak doktrinde 864/2007 sayılı Roma II Tüzüğü'nün,

⁷⁷⁸Ömeroğlu, 2020, **a.g.k.**, s. 67.

⁷⁷⁹Z. Ayata (2019). Birleşik Krallık'ın Avrupa Birliği Üyeliğinden Çıkmasının Rekabet Hukuku ve Uygulaması Bakımından Sonuçları ve Açmazları. *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 77 (2), s. 928.

Birleşik Krallık hukukunda uygulanmaya devam edeceği ifade edilmiştir⁷⁸⁰. Yine de üyelikten ayrılanlara dek Birleşik Krallık mahkemelerinin fikri hakların ihlal edilmesine karşı tutumu ABD mahkemelerinin tutumuyla benzer seyretmiştir. Tıpkı ABD mahkemeleri gibi Birleşik Krallık'ta da mahkemeler, önlerine gelen ve yabancılık unsuru içeren fikri hakkın ihlali uyuşmazlıklarında çoğu zaman kendisini yetkisiz görerek uyuşmazlığı incelememiştir.

Frohlich Birleşik Krallık'ta fikri hakların ihlali uyuşmazlıklarına mahkemelerin yaklaşımını 1995 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk Kanunundan (*Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995*) öncesi ve sonrasına ayırarak incelemektedir. Yazara göre bu ilk dönemde İngiliz mahkemeleri yargı yetkisi ile uygulanacak hukuk konusunu neredeyse bir tutarak kendi hukukunu uygulayamayacağı uyuşmazlıkta kendisini yetkisiz görmüştür⁷⁸¹. Haksız fiil içtihadı özellikle çifte işlem yapılabilirlik doktrini (*double actionability doctrine*) benimsemiştir ve buna göre, bir eylem ancak İngiliz kanunlarına göre haksız fiil olarak dava edilebilir ve ancak işlemin yapıldığı yerdeki devletin hukukuna göre dava edilebilir⁷⁸². Dolayısıyla bunun tam tersi olarak da Birleşik Krallık dışında gerçekleşen bir haksız fiil Birleşik Krallıkta dava edilemez. Bu doktrinin sonucu olarak da başka devletin ülkesinde gerçekleşen haksız fiillerde kanunlar ihtilafı ile yetki konusu eş tutulmuştur.

Telif hukukunda, çifte işlem yapılabilirlik doktrini, fikri haklarda ülkeselliğin katı bir şekilde kabul edilmesiyle birlikte, İngiliz mahkemeleri arasında iç hukuku uygulamaya yönelik genel bir eğilimle sonuçlanmıştır.⁷⁸³ Mesela *Kekewich J.'nin Morocco Bound Syndicate Ltd v Harris*⁷⁸⁴ davası buna örnek olarak gösterilebilir. Davaya konu olayda bir İngiliz oyununun Almanya'da temsil edilmesinin durdurulmasına yönelik ihtiyati tedbir talebinde bulunulmuştur. Mahkeme, İngiliz hukukunun İngiltere'deki, Alman hukukunun Almanya'daki davalara uygulanabileceğini söyleyerek yargı yetkisinin olmadığına karar vermiştir. 2000 tarihli *Pearce - Ove Arup Partnership Ltd*

⁷⁸⁰A. Briggs (2021). *Civil Jurisdiction and Judgments* (7. Baskı). Oxon ve New York: Routledge Publishing, s. 19.

⁷⁸¹Frohlich, 2009, **a.g.k.**, s. 864.

⁷⁸²Frohlich, 2009, **a.g.k.**, s. 864; S. O'Sullivan (2018). Brexit and Choice of Law in the Law of Obligations. *Australian International Law Journal*, 24 (1), s. 81 - 83.

⁷⁸³Frohlich, 2009, **a.g.k.**, s. 864.

⁷⁸⁴[1895] Ch. 535. Bkz.: K. Lipstein (2002). Intellectual Property: Jurisdiction or Choice of Law? *The Cambridge Law Journal*, 61 (2), s. 297.

davası⁷⁸⁵ ise fikri haklara ilişkin uyuşmazlıkların İngiliz mahkemelerinde görülmesi bakımından önem taşımaktadır. Kararda mahkeme, *Moçambique* davasında⁷⁸⁶ benimsenen içtihadın, yabancı fikri hakkın ihlaline ilişkin bir iddianın bir İngiliz mahkemesi tarafından görülemeyeceği önermesine bir dayanak oluşturmadığını belirtmiştir⁷⁸⁷. Daha yakın tarihli bir başka kararda ise çifte işlem yapılabilirlik doktrininin 1995 tarihli Kanun ile kaldırıldığı ifade edilmiştir. *R. Griggs Group Ltd. v. Evans* davasında⁷⁸⁸ İngiliz ayakkabı şirketi, logosunu ihlal ettiği için Avustralyalı bir ayakkabı şirketine dava açmıştır. Mahkeme, yabancılık unsuru içeren ihlal davalarına bakmayı reddetmek yerine 1995 tarihli Kanunun kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması gerektiğini, 1995 tarihli Kanunun 10. maddesi⁷⁸⁹ ile çifte işlem yapılabilirlik kuralının kalktığını, iddia edilen eylemin olayın meydana geldiği ülkenin kanunlarına göre dava edilebilir olduğunu göstermenin yeterli olduğunu belirtmiştir. Bu yaklaşım doktrin tarafından da en azından Birleşik Krallık mahkemelerinin yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda kanunlar ihtilafını dikkate alması ve yabancı hukuku uygulamasını sağlayacağına bir işaret olarak yorumlanmıştır⁷⁹⁰.

İngiliz hukukunda konuya ilişkin *Lucasfilm v. Ainsworth*⁷⁹¹ kararı önem taşımaktadır. Olay *Star Wars* filmi için üretilen ve *Stormtrooper* karakterleri tarafından giyilen kostümlerle ilgilidir. *Lucasfilm*, bu kostümleri üreten tasarımcılardan birisinin, film için üretilen kaskların taklidinin ABD ve İngiltere’de pazarlanması sebebiyle ABD ve İngiltere kanunlarını ihlal ettiği gerekçesiyle hem ABD hem de İngiltere’de dava açmıştır. Ancak ABD’de açılan dava, davalının İngiltere’de ikamet etmesi ve uyuşmazlığın Amerika Birleşik Devletleri ile ilgili bağlantılarının azlığı nedeniyle, ABD

⁷⁸⁵Pearce v Ove Arup Partnership Ltd (2000) Ch 403 (CA). Karar için bkz.: A. Arzandeh (2019). *Forum (Non) Conveniens in England* (1. Baskı). Oxford: Hart Publishing, s. 17.

⁷⁸⁶British South African Company v Companhia de Moçambique (1893) AC 602 (HL). Aslında bu karar İngiltere dışında bulunan taşınmazlarla ilgilidir. Bu karardan çıkan ve yaygın olarak '*Moçambique* kuralı' olarak anılan kurala göre, İngiliz mahkemeleri, İngiltere dışında bulunan arazilerle ilgili davaları, mutlaka mülkün bulunduğu mahkemelerde görülmesi gereken 'yerel' meseleler olarak ele alır. Detaylı bilgi için bkz.: Arzandeh, 2019, **a.g.k.**, s. 16.

⁷⁸⁷Arzandeh, 2019, **a.g.k.**, s. 17.

⁷⁸⁸*R. Griggs Group Ltd. v. Evans*, [2004] EWHC 1088, [2005] Ch. 153 (U.K.).

⁷⁸⁹10. maddenin a ve b bendine göre, bir haksız fiil veya kabahatin dava edilebilir olup olmadığını belirlemek amacıyla hem mahkemenin kanunu hem de başka bir devletin kanunları uyarınca dava edilebilirlik gerektirmesi durumunda, tek bir devlet hukukunun uygulanmasına izin verilmesi, haksız fiil veya ihmal iddialarına uygulandıkları sürece işbu belge ile kaldırılmıştır denilmiştir. Maddenin orijinal metni için bkz.: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/42/section/10> (Erişim tarihi: 10.07.2022).

⁷⁹⁰Frohlich, 2009, **a.g.k.**, s. 869.

⁷⁹¹*Lucasfilm Ltd v Ainsworth* (2011) UKSC 39, (2011) 3 W.L.R. 487.

hukukunun uygulanamaz olduğuna ve yetkisizliğine karar vermiştir⁷⁹². İngiliz mahkemesi ise, *Stormtrooper* kasklarının Birleşik Krallık Telif Hakkı Kanununa göre korunmadığını, ancak davalının kaskları Amerika Birleşik Devletleri'nde satarak davacının ABD Telif Hakkı Kanunu kapsamındaki haklarını ihlal ettiği gerekçesiyle davayı kabul etmiştir⁷⁹³. Bu kararda mahkeme ABD'de gerçekleşen bir ihlalin konu olduğu uyuşmazlığın yerel mahkemede yargılanabileceğine dair karar vermiştir⁷⁹⁴. *Pearce* davasında verilen karar ile benzer olan bu karar ile, yabancılık unsuru içeren fikri hakların ihlaline ilişkin davalar yerel mahkemede yargılanabilir hale gelmiştir⁷⁹⁵.

Lucas kararında yine *common law* hukuk sistemlerinde önemi olan devlet işlemi doktrininin (*act of state*) yabancılık unsuru içeren fikri haklara ilişkin uyuşmazlıkların İngiliz mahkemelerinde görülmesine engel olup olmadığı da sorgulanmıştır. Ancak yine mahkeme özellikle yabancılık unsuru içeren telif haklarına ilişkin uyuşmazlıklarda, bu hakların doğumunda sınai haklarda olduğu gibi devletin herhangi bir tescil işlemi olmadığı için, yerel mahkemelerde yargılama yapılmasına engel bir durum olmadığını belirtmiştir⁷⁹⁶.

Dicey, Morris ve Collins İngiliz mahkemelerinin geleneksel uygulamalarını bu mahkeme kararı üzerinden değerlendirmiştir. Yazarlar öncelikle gerek AB düzenlemelerinde gerekse uluslararası sözleşmelerde yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıkların devlet mahkemelerinde görülmesinin teşvik edildiğini ifade etmiştir⁷⁹⁷. Yazarlara göre fikri haklara ilişkin uyuşmazlıklar, mahkemeler tarafından yabancılık unsuru içeren ve yabancı hukukun uygulanma ihtimalinin olduğu diğer davalardan farklı şekilde ele alınmamalıdır⁷⁹⁸.

1995 tarihli Kanunun 11. maddesinin 2. fıkrası birden fazla ülke ile irtibatlı haksız fiillere uygulanacak hukuku düzenlemektedir. Buna göre, dava nedeni olarak kişiye verilen yaralanma veya ölümle ilgili olarak kişinin yaralanmaya maruz kaldığı sırada

⁷⁹²G. W. Austin (2009). The Concept of 'Justiciability' in Foreign Copyright Infringement Cases. *Victoria University of Wellington Legal Research Papers*, 137 (2017), s. 400. Yazar bir başka çalışmasında ABD mahkemesinin bu kararını, mahkemeler diğer ülkelerde meydana gelen telif hakkı ihlallerinde uyuşmazlığa bakmakta kendilerini yetkisiz görseler de, en azından davalı tarafın ABD'de ikamet etmesi halinde yetkisinin doğduğunu kabul edebileceği şeklinde yorumlamıştır. Bkz.: Austin, 2017, **a.g.k.**, s. 125.

⁷⁹³Austin, 2017, **a.g.k.**, s. 118.

⁷⁹⁴Austin, 2009, **a.g.k.**, s. 394; Austin, 2017, **a.g.k.**, s. 112.

⁷⁹⁵Arzandeh, 2019, **a.g.k.**, s. 17.

⁷⁹⁶Dicey vd., 2012, **a.g.k.**, s. 2161; Austin, 2017, **a.g.k.**, s. 124.

⁷⁹⁷Dicey vd., 2012, **a.g.k.**, s. 2161.

⁷⁹⁸Dicey vd., 2012, **a.g.k.**, s. 2161 - 2162.

bulunduğu ülkenin hukuku, mala verilen zararlar ilgili bir davada, malın zarar gördüğü sırada bulunduğu ülkenin hukuku, başka herhangi bir durumda, bu olayların en önemli unsurunun veya unsurlarının meydana geldiği ülkenin hukukunun uygulanması genel kural olarak kabul edilmiştir⁷⁹⁹. Frohlich'in aktardığına göre her ne kadar kanun koyucular bu maddenin fikri hakların ihlali durumunda uygulanmayacağını belirtmişler de⁸⁰⁰, Fawcett ve Torremans birden fazla ülkeyi kapsayan fikri hak ihlallerinde bu kuralın uygulanacağını savunmuşlardır⁸⁰¹. Yazarlar fikri hakkın ihlalinde uygulanacak hukuku şu şekilde özetlemektedir. Birleşik Krallık'ta doğan bir hak ülke sınırları içinde ihlal ediliyorsa, İngiltere hukuku zorunlu hükümler (*mandatory rules*) olarak olaya uygulanacaktır. Birleşik Krallık'ta doğan bir hak ülke dışında ihlal edilmişse, 11. madde uyarınca ihlalin meydana geldiği yabancı devletin hukuku; yabancı bir hakkın İngiltere'de ihlal edilmesi durumunda ise 11. madde uyarınca ihlalin meydana geldiği yer olarak İngiliz hukuku olaya uygulanacaktır⁸⁰².

2.5.4. İsviçre hukuku

2.5.4.1. Genel olarak

Her ne kadar kanunlar ihtilafının kanunlaştırılması tartışmalara konu olmuş olsa da⁸⁰³ uluslararası hukuki ilişkiler, ticaret, insan ilişkilerinin giderek artmasıyla milli devletlerin kanunlaştırmaya duyulan ihtiyacı artmıştır. İsviçre'de 1891 tarihli Vatandaşlarla Yabancıların Özel Hukuk İlişkilerine Dair Federal Kanunun⁸⁰⁴ dönemin ihtiyaçlarını karşılamaması ile haksız fiil ve sözleşmeler alanında kesinlik ve öngörülebilirliğe daha çok ihtiyaç duyulması sebebiyle 1987 tarihli Uluslararası Özel Hukuka Dair Federal Kanun (*Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht /IPRG*)⁸⁰⁵ kabul edilmiştir⁸⁰⁶. Kanunda hem Amerikan hukukunda benimsenmiş adalet ve esneklik

⁷⁹⁹Madde metninin orijinal hali için bkz.: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/42/section/11> (Erişim tarihi: 10.07.2022).

⁸⁰⁰Frohlich, 2009, **a.g.k.**, s. 867.

⁸⁰¹Fawcett ve Torremans, 2011, **a.g.k.**, s. 843.

⁸⁰²Fawcett ve Torremans, 2011, **a.g.k.**, s. 843.

⁸⁰³Cavers tarafından yapılan eleştiri ve yorumlar için bkz.: F. Vischer (1977). Drafting National Legislation on Conflict of Laws: The Swiss Experience. *Law and Contemporary Problems*, 41 (2), s. 131.

⁸⁰⁴Başta Kantonlar arasındaki ihtilaflar için hazırlanan bu Kanun zamanla milletlerarası ihtilaflara da uygulanmıştır. M. Martinek (2002). Codification of Private International Law - A Comparative Analysis of the German and Swiss Experience. *J. S. Afr. L.*, 2002 (1), s. 236; S. McCaffrey (1980). The Swiss Draft Conflicts Law. *The American Journal of Comparative Law*, 28 (2), s. 237; S. C. Symeonides (1989). The New Swiss Conflicts Codification: An Introduction. *American Journal of Comparative Law*, 37 (2), s. 187.

⁸⁰⁵Kanunun Fransızca ifade ve kısaltması *Loi fédérale sur le droit international privé* (LDIP) şeklindedir.

⁸⁰⁶Martinek, 2002, **a.g.k.**, s. 236; Vischer, 1977, **a.g.k.**, s. 133.

amaçları hem de kıta Avrupasında kabul edilen kesinlik ve öngörülebilirlik dengesi sağlanmaya çalışılmıştır⁸⁰⁷. Aşağıda görüleceği üzere Türk MÖHUK'unun oluşturulmasında da IPRG esas alınmıştır.

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanununda fikri haklara uygulanacak hukuku anlatmadan önce biraz kanunun sistematüğinden bahsetmekte yarar görmekteyiz. Kanun 13 bölümden oluşmakta ve 1. maddesine göre, uluslararası konularda, İsviçre adli veya idari makamlarının yargı yetkisi, uygulanacak hukuk, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi, iflas ve tahkim konuları bu Kanunda düzenlenmektedir⁸⁰⁸. Uygulanacak hukuk konularının düzenlendiği bölümlerde öncelikle o konuya ilişkin İsviçre mahkemelerinin yetkisi⁸⁰⁹ sonrasında uygulanacak hukuk en sonunda da ilgili konuya ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi düzenlenmektedir. 15. madde "istisnai olarak", "koşulların bütünlüğü" ışığında, başka bir hukukun somut uyuşmazlık ile "çok daha sıkı bir ilişkiye" sahip olduğu durumlarda, Kanunda objektif olarak belirlenen hukuktan başka bir hukukun uygulanmasına izin vermektedir. Bu madde, Kanunun devamındaki maddelerine sirayet eden genel istisna kuralıdır. Dolayısıyla objektif olarak tespit edilen hukuktan daha sıkı ilişkili hukukun varlığı halinde mahkeme o devletin hukukunu uygulayacaktır. Genel hüküm olan 15. madde fikri hakkın ihlal edilmesinde de uygulanacaktır. Aşağıda görüleceği üzere Türk hukukunda bu şekilde bir istisna hükmü düzenlenmemiştir.

Kanunun 8. bölümünde fikri hak konusu düzenlenmiştir. Fikri haklara ilişkin düzenlemeye geçmeden önce konunun Kanunda düzenlenme yerine bakmak gerekir. Kanunun 2. bölümünde gerçek kişiler, 3. bölümünde evlilik, 4. bölümünde aile hukuku, 5. bölümde vesayet ve diğer koruyucu önlemler, 6. bölümde miras, 7. bölümde aynı haklar, 8. bölümde fikri haklar, 9. bölümde borçlar hukuku, 10. bölümde şirketler, 11.

⁸⁰⁷Symeonides, 1989, **a.g.k.**, s. 188.

⁸⁰⁸Bu düzenlenme tarzıyla Kanun, üç konuyu bir bütün olarak ele alan ilk Avrupa devleti Kanunudur. Bkz.: Symeonides, 1989, **a.g.k.**, s. 188. 200'den fazla maddesi ile en kapsamlı uluslararası özel hukuk kanunu olması bakımından bkz.: T. K. Graziano (2015). Codifying European Union private international law: The Swiss Private International Law Act – a model for a comprehensive EU private international law regulation? *Journal of Private International Law*, 11 (3), s. 588.

⁸⁰⁹İsviçre mahkemelerinin yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda adli ve idari yetkili olabilmesi için yetkinin 1968 tarihli AET Konvansiyonuna aykırı olmaması, yabancı bir mahkemenin olayla daha yakın ilişkisi olması durumunda yetkinin reddedilmesi ve yurtdışında mukim bulunan İsviçre vatandaşlarının hukuki sorunlarının ikamet yeri mahkemelerinde ileri sürülemediği veya uygun görülmediği durumlarda bu kişilerin İsviçre mahkemelerine erişiminin olması konusunda üç rehber ilke kabul edilmiştir. Bkz.: Vischer, 1977, **a.g.k.**, s. 134 - 135.

bölümde iflas ve konkordato, 12. bölümde uluslararası tahkim ve son bölümde de son hükümler düzenlenmiştir. Burada dikkati çeken husus fikri hakların ihlaline uygulanacak hukukun borçlar hukuku alanında veya onun özel bir görünümü olarak devamında düzenlenmemiş olmasıdır. Kanunda fikri haklar aynı hakların ardından düzenlenmiştir. Oysa daha önce de belirttiğimiz gibi, bizim de katıldığımız görüşe göre, fikri haklar aynı hak değildir kendi başına ayrı bir mutlak haktır.

Fikri hakların düzenlendiği 8. bölümde öncelikle İsviçre mahkemelerinin yetkisi düzenlenmiştir. 109. maddenin ilk fıkrasında fikri hakların geçerliliği veya tescil konularında yetkili mahkeme düzenlenmiştir. Buna göre davalının ikametgahının (*domicile*) İsviçre’de olması halinde, İsviçre mahkemeleri fikri hakların geçerliliği (*validity*) veya tescili ile ilgili davaları görme yetkisine sahiptir. Davalının İsviçre’de ikametgahı yoksa, bu davalar sicilde kayıtlı temsilcinin işyerinin veya böyle bir temsilcinin yokluğunda, sicili tutan makamın bulunduğu yerdeki İsviçre mahkemelerinde açılabilir. Maddenin 2. fıkrasında ise fikri hakların ihlalinde yetkili mahkeme düzenlenmiştir. Buna göre, eğer davalı İsviçre’de ikamet ediyorsa veya mutad meskeni İsviçre’de ise İsviçre mahkemeleri yetkilidir. Ayrıca, ihlal fiili veya ihlal fiilinin sonucu İsviçre’de meydana geldiyse veya İsviçre’deki bir işletmeye ilişkin davalarda, o kuruluşun bulunduğu yerdeki İsviçre mahkemeleri yetkilidir. 2019 tarihinde yapılan ekleme ile 2. fıkradaki yetki kuralının, fikri mülkiyetin yasal kullanımı için kanunla öngörülen ücret talepleriyle ilgili davalara da kıyasen uygulanacağı düzenlenmiştir.

Fikri haklardan doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk ise 110. maddede düzenlenmiştir. Buna göre fikri hak, hakkın korunmasının talep edildiği ülkenin hukukuna tâbi olacaktır. Fikri haklara tecavüzden doğan alacaklarda taraflar, zararlı olayın meydana gelmesinden sonra her zaman yargı yeri hukukunun uygulanacağı hususunda anlaşabilirler. Fikri haklara ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuk, bu Kanunun borçlar hukuku kapsamındaki sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin hükümlerine tâbidir (m. 122).

2.5.4.2. Uygulanacak hukuk (m. 110)

Fikri haklara uygulanacak hukuk Kanunun 110. maddesinde düzenlenmiştir⁸¹⁰. Üç fıkradan oluşan maddenin ilk fıkrasında fikri hakların korunmasında geleneksel olarak kabul edilmiş olan *lex protectionis* başka bir ifadeyle koruma yeri hukuku kabul edilmiştir. Buna göre fikri haklar, fikri hakkın korunmasının talep edildiği devletin hukukuna tâbidir. Bu hüküm, fikri hakların varlığı (oluşturma, sona erme ve sahiplik), içerik (buna örnek olarak telif hakkı hukukunun yeniden satış hakkı sağlayıp sağlamadığı sorusu gösterilmiştir), sınırlamaları (örneğin, alıntı yapma hakkı), koruma süresi ve hakkın ihlali (ihlalin koşulları ve hukuki sonuçları) için geçerlidir⁸¹¹. Televizyon yayınlarından doğan uyuşmazlıklar anlatılırken verilen İsviçre mahkeme kararı⁸¹² örneğine burada tekrar bakmak gerekir. Karara konu olayda mahkeme Fransa'dan yayın yapan bir televizyon kanalının uyuşmazlıkta taraf olması sebebiyle yabancılik unsurunun varlığını kabul etmiştir. Burada fikri hakkın ihlal edilip edilmediğinin tespiti IPRG'nin 110. maddesine göre fikri hakkın korunmasının talep edildiği devletin hukukuna göre yapılacaktır. İsviçre hukuku, *lex loci protectionis* (*Schutzlandprinzip*) ile bir bağlantı sağlayarak, davacının eylemini dayandırdığı hukuku seçmesine ve böylece *lex causae*'yi belirlemesine izin vermektedir⁸¹³. Bu davada davacı İsviçre hukukunu seçmiştir. Mahkeme İsviçre maddi hukukunu bu gerekçeye dayanarak uygulamalıdır.

Maddenin ikinci fıkrasındaysa taraflara uygulanacak hukuku sınırlı bir şekilde seçme imkânı verilmiştir. Buna göre, fikri hakkın ihlalinden doğan iddialarla ilgili olarak taraflar, zarara neden olan olaydan sonra herhangi bir zamanda forum kanununun uygulanmasını talep edebilirler. Madde 110'un 2. fıkrası, taraflara, zararlı olayın meydana gelmesinden sonra "fikri mülkiyet haklarının ihlalinden doğan iddialar için *lex fori*'yi seçme olanağı tanımaktadır⁸¹⁴.

⁸¹⁰Haksız fiillere uygulanacak hukuku düzenleyen genel kurala göre, taraflar, iddia edilen haksız fiilin işlenmesinden sonra herhangi bir anda İsviçre hukukunun uygulanmasını seçebilirler (m. 132). Ancak, tarafların hukuk seçimi yapmaması halinde uygulanacak genel kural, haksız fiilin işlendiği yerin hukukudur (m. 133). Bu genel kuralın istisnası da 133. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, tarafların her ikisinin de aynı hukuk bölgesinde mutlak olarak ikamet etmeleri halinde, uyuşmazlığa bu hukuk uygulanacaktır.

⁸¹¹Müller-Chen ve Lüchinger, 2018, **a.g.k.**, s. 200; Kono ve Jurčys, 2012a, **a.g.k.**, s. 155.

⁸¹²ATF 136 III 232 (12.01.2010). Karar için bkz.: <https://www.swisslex.ch/de/> (Erişim tarihi: 24.10.2022).

⁸¹³ATF 136 III 232, 235

⁸¹⁴Müller-Chen ve Lüchinger, 2018, **a.g.k.**, s. 206.

Haksız fiillere uygulanacak hukukun belirlenmesinde her ne kadar Roma II Tüzüğü de uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesine imkân vermişse de, fikri hakların ihlal edilmesinde tarafların uygulanacak hukuku seçmesine izin verilmediği Tüzükte (m 8/f. 3) ayrıca ve açıkça düzenlenmiştir. İsviçre hukuku ise taraflara fikri hakların ihlal edilmesi halinde uygulanacak hukuku seçme imkânı vermiştir. Ancak bu seçim sınırsız değildir. Daha doğrusu tarafların aralarındaki uyuşmazlığa uygulanacak hukuku seçebilmelerinin üç şartı vardır⁸¹⁵. İlk şart tarafların uygulanacak hukuku seçme zamanları ile ilgilidir. Taraflar aralarındaki uyuşmazlık doğmadan önce uygulanacak hukuku belirleyemezler. Başka bir ifadeyle taraflar ancak söz konusu fikri hakkın ihlal edilmesinden sonra uygulanacak hukuku seçebileceklerdir⁸¹⁶. Her ne kadar akla ilk önce haksız fiil meydana gelmeden önce tarafların hukuk seçme ihtimalinin olamayacağı gibi bir fikir gelse de bazı durumlarda, sözleşmesel ilişki içinde olan tarafların ileride doğabilecek haksız fiil için de uygulanacak hukuku belirlemeleri mümkündür. Bunu telif hakları bakımından bir örnekle açıklayabiliriz. Türk bir senaristle aralarında sözleşme imzalayan İsveçli film yapımcısı eser sahibinden izin almaksızın senaryoda değişiklikler yaparak filmini İsviçre’de çekmiştir. Eğer ki taraflar fikri hakkın ihlal edilmesinden önce hukuk seçme imkanına sahip olsalardı, uygulamada bu tarz ihlallerin yaşandığını sıklıkla duyan senarist, yapımcı ile aralarındaki sözleşmeye olası bir ihlal durumunda uygulanacak hukuka ilişkin ibare koyulmasını talep edebilirdi. Ancak İsviçre Kanunu buna izin vermemektedir. Bu örnek üzerinde yorumlarsak, taraflar ancak yapımcının ihlal eyleminin ardından uygulanacak hukuk konusunda anlaşabilirler. Uygulanacak hukukun taraflarca kararlaştırılmasının bir diğer sınırı da seçilecek hukuk bakımındandır. Taraflar fikri hakkın ihlal edilmesinin ardından aralarındaki uyuşmazlığa uygulanmak üzere istedikleri ülkenin hukukunun değil sadece forumun hukukunun uygulanmasını kararlaştırabilirler⁸¹⁷. Örneğimizden hareketle senarist ve yapımcının aralarında anlaşması halinde forumun başka bir ifadeyle İsviçre hukukunun uygulanmasını kararlaştırabilirler. Bu örnekte de taraflar uygulanacak hukuku seçmeseler de, mahkeme yüksek ihtimalle, korunması talep edilen fikri hak hakkı İsviçre’de ihlal edildiği için İsviçre hukukunu uygulayacaktır. Tarafların hukuk seçimine dair getirilen üçüncü şart ise

⁸¹⁵Matulionyté, 2013, **a.g.k.**, s. 78.

⁸¹⁶Basedow, 2010, **a.g.k.**, s. 24; A. Charbon ve I. Sidler (2012). *Switzerland. Intellectual Property and Private International Law Comparative Perspectives*. Oxford ve Portland: Hart Publishing, s. 1053; Müller-Chen ve Lüchinger, 2018, **a.g.k.**, s. 206.

⁸¹⁷Charbon ve Sidler, 2012, **a.g.k.**, s. 1053.

seçilen hukukun uygulanma alanı bakımındandır. Taraflar sadece ihlalden kaynaklanan talepler konusunda forumun hukukunun uygulanmasını kararlaştırabilirler, başka bir ifadeyle taraflar fikri hakkın özünü ilgili olan uyuşmazlık için hukuk seçemeyecektir⁸¹⁸. Doktrinde de zarardan doğan talepler bu bağlamda sadece tazminat, kârın geri ödenmesi, tasfiye ve ihtiyati tedbirlere atıfta bulunurken, hakkın fiilen ihlal edilip edilmediği konusu ve ayrıca ön sorunların varlığı ve geçerliliğinin *lex protectionis*'e tâbi kalacağı ifade edilmiştir⁸¹⁹. Maddenin 3. fıkrasında ise fikri haklara ilişkin sözleşmelerin Kanunun 122. maddesine tâbi olduğu ayrıca belirtilmiştir.

Gerçek kişilerin ikametgâh ve mutad meskeninden ne anlaşılması gerektiği Kanunun 20. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre bir kişinin ikametgahı, yerleşme niyetiyle ikamet ettiği ülke olarak kabul edilir. Gerçek kişinin vatandaşlığı ise Kanunun 22. maddesine göre, ilgili ülkenin kanunlarına göre belirlenir. Eğer kişinin birden fazla vatandaşlığı varsa ve bunlardan birisi İsviçre vatandaşlığıysa İsviçre vatandaşlığına göre muamele yapılır (m. 23). Eğer ki kişinin birden fazla vatandaşlıklarından birisi İsviçre vatandaşlığı değilse, bu durumda uygulanacak hukukun belirlenmesi amacıyla en yakın bağlantıya sahip ülkenin vatandaşlığı dikkate alınır (m. 23/f. 2). Tüzel kişilerin ise ikametgahı, merkezinin bulunduğu yere (*seat*) göre belirlenir. Merkez yeri tüzel kişinin sözleşme veya statüsünde gösterilen yerdir. Böyle bir yerin olmaması durumunda, şirketin fiili idare merkezinin⁸²⁰ bulunduğu yer dikkate alınır.

Doktrinde İsviçre mahkemelerinin, yabancı "*lex protectionis*"in ihlalden doğan zararların tazmini için fahiş bir tutar öngörmediği müddetçe, uygulanacağı tespit edilen hukukun kararını kabul ettiği, aksi bir durumun söz konusu olması halinde ise mahkemenin kamu düzenine (IPRG m. 17) veya istisna hükmüne (IPRG m. 15) başvurarak bu hukuku uygulamayabileceği ifade edilmiştir⁸²¹.

⁸¹⁸Matulionyté, 2013, **a.g.k.**, s. 78; Ömeroğlu, 2020, **a.g.k.**, s. 64.

⁸¹⁹Kur ve Maunsbach, 2019, **a.g.k.**, s. 60.

⁸²⁰Fiili idare merkezi veya gerçek idare merkezi, tüzel kişinin genel kurulunun, yönetim kurulunun bulunduğu, muhasebesi ve idari makamlarının toplanmış olduğu ve kuruluşun asli idaresinin yürütüldüğü yerdir. Detaylı bilgi ve farklı ihtimallere yönelik açıklamalar için bkz.: T. Arat (1970). *Ticaret Şirketlerinin Tâbiyeti* (1. Baskı). Ankara: Sevinç Matbaası, s. 83, dn. 78'deki yazarlar.

⁸²¹Müller-Chen ve Lüchinger, 2018, **a.g.k.**, s. 202.

2.6. Sözleşme Statüsü

Eser sahibi eseri üzerinde sahip olduğu hakları veya bu hakları kullanma yetkisini bir başkasına fikri haklara ilişkin sözleşme ile devredebilir⁸²². Hak sahibi bunu eserden kazanç elde etmek için yapabileceği gibi hakkın kullanımının teknik bilgiyi gerektirmesi sebebiyle alanında uzman kişilere devir işlemini gerçekleştirebilir⁸²³. Kimi zaman ise, eğlence sektöründe eser sahibinin tüketiciye ulaşabilmesi ancak yapımcı veya televizyon kanalı gibi sektörde belli bir konuma sahip aktörlerle mümkün olabildiğinden, eser sahibinin hakkını devretmekten başka etkili bir seçeneği de yoktur.

Eser sahibinin hakkını devretmesi durumunda bu haklar eser sahibinin malvarlığından çıkıp devralanın malvarlığına girmekte; hakkın kullanımının devrinde ise hak eser sahibinin malvarlığından çıkmayıp hakkı devralan sadece kullanım hakkına (ruhsat / lisans) sahip olmaktadır⁸²⁴.

Milletlerarası özel hukukta sözleşmeler alanında taraf menfaatine önem verildiği için uygulanacak hukukun taraflarca belirlenmesi kabul edilmiştir⁸²⁵. Böylelikle yabancılik unsuru içeren fikri haklara ilişkin sözleşmelerde irade muhtariyeti esas alınarak tarafların hukuk seçmelerine izin verilmiş, güven ve öngörülebilirliği sağlaması amaçlanmıştır⁸²⁶. Ancak taraflarca fikri haklara ilişkin sözleşmelere uygulanmak üzere seçilen hukuk her konuda uygulama alanı bulamaz. Bir önceki bölümde anlatıldığı gibi hakkın varlığı, devredilebilirliği, ihlali gibi konular hak statüsüne tâbi olacaktır.

⁸²²Dardağan, 2000, **a.g.k.**, s. 211; A. G. Toker (2022). 5718 Sayılı MÖHUK Çerçevesinde Telif Hakkına İlişkin Sözleşmenin Esasına Uygulanacak Hukuk. *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 8 (1), s. 53.

⁸²³Öztürk, 2019, **a.g.k.**, s. 59.

⁸²⁴Toker, 2022, **a.g.k.**, s. 53.

⁸²⁵Şanlı, 2019, **a.g.k.**, s. 349.

⁸²⁶Çelikel ve Erdem, 2017, **a.g.k.**, s. 366; S. Ç. Koca (2007). Danışmanlık Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11 (1 - 2), s. 239; F. Sargın (2010). 5718 sayılı MÖHUK Çerçevesinde Fikri ve Sınai Haklar ile İlgili Milletlerarası Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk- Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, *Koç Üniversitesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi* (1. Baskı). İstanbul: Legal Yayıncılık, s. 36.

2.6.1. Sözleşmelerde uygulanacak hukukun belirlenmesinde bazı kavramların açıklanması

2.6.1.1. Karakteristik edim

Yabancılık unsuru içeren sözleşmelere uygulanacak hukuk taraflarca seçilmediği takdirde uygulanacak hukuk objektif metoda göre belirlenir. Objektif metodun amacı sözleşmeyi en sıkı bağlantıda olduğu hukuka karineler veya bağlama noktalarının yardımıyla objektif açıdan tespit edip bağlamaktır⁸²⁷. Bu *common law* ülkelerinde çeşitli kriterlerin değerlendirilmesiyle, Avrupa hukukunda ise karakteristik edim karinesiyle kendisini göstermektedir⁸²⁸. *Common law* ülkelerinde karakteristik edim metoduna benzer olarak, uygun hukuk doktrininin (*proper law doctrine*) sonucu, sözleşmelere uygulanacak hukuku tarafların açık veya zımni seçmemiş olması halinde sözleşmenin en sıkı ilişkili olduğu ülkenin hukukunun uygulanması bu ülkelerde hali hazırda benimsenmiştir⁸²⁹. Avrupa’da yaygın şekilde kullanılan karakteristik edim sadece bu sıkı ilişkili hukukun belirlenmesinde bir metot olarak kendisini göstermektedir.

Karakteristik edim kavramı İsviçre içtihat ve doktrininde gelişmiştir⁸³⁰. İsviçre’de başlangıçta sözleşmeler, sözleşmeyi düzenleyen hukuk veya sözleşmenin sonuçları gibi bölümlere ayrılarak uygulanacak hukuk tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu dönemde *Schnitzer*, sözleşmenin bir bütün olarak ele alınıp, yükümlülük özelliğinin yerine getirileceği ülkenin hukukuna odaklanması gerektiğini savunmuştur⁸³¹. Yazara göre herhangi bir sözleşme, en yakın toprak ilişkisine sahip olduğu hukuka tâbi olmalıdır. Bu hukuk sözleşmenin karakteristik performansına göre belirlenir. Daha sonra da karakteristik edim borçlusunun ya tâbiyeti ya ikametgahı ya da mutad meskeni ile bağlantı noktası oluşturulur. Daha sonra Hollanda doktrin ve mahkeme içtihatlarında

⁸²⁷S. Özel (2002). Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m.24/II’de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi. *MHB Prof.Dr. Ergin Nomer’e Armağan*, 22 (2), s. 580.

⁸²⁸F. Sargın (2001). Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 50 (2), s. 37; A. G. Şahan (2018). 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Çerçevesinde Franchise Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Tayini. *Public and Private International Law Bulletin*, 38 (2), s. 464.

⁸²⁹K. Lipstein (1981). Characteristic Performance--A New Concept in the Conflict of Laws in Matters of Contract for the EEC Conflict of Laws. *Northwestern Journal of International Law & Business*, 3 (2), s. 413.

⁸³⁰L. Collins (1976). Contractual Obligations - The EEC Preliminary Draft Convention on Private International Law. *International and Comparative Law Quarterly*, 25 (1), s. 47.

⁸³¹Lipstein, 1981, **a.g.k.**, s. 405.

benimsenen karakteristik edim Roma Sözleşmesinin hazırlanması için oluşturulan Çalışma Grubunda da kabul edilmiştir⁸³².

Avrupa Birliği düzenlemelerinde karakteristik edim 1980 tarihli Roma Sözleşmesinde yer almıştır. Sözleşmeye göre, tarafların açık veya zımni şekilde uygulanacak hukuku seçmemeleri halinde sözleşmeye en sıkı ilişkili ülkenin hukuku uygulanacaktır ve bu en sıkı ilişki, karakteristik edimin bulunduğu yer ile tespit edilecektir. Karakteristik edimin bu yeri, karakteristik edim borçlusunun ya mutad mesken yeri ya da işyeri ile belirlenecektir⁸³³. Roma Sözleşmesinin ardından kabul edilen Roma Tüzüğünde de aynı şekilde karakteristik edim metodu benimsenmiştir. Sözleşmelere uygulanacak hukukun düzenlendiği Roma I Tüzüğünde uygulanacak hukukun tespit edilmesinde karakteristik edim borçlusunun tespit edilmesi gerekir. Daha sonra görüleceği üzere, uygulanacak hukukun tespitinde Tüzük belli bazı sözleşme tiplerindeki karakteristik edimleri tespit etmiştir⁸³⁴. Ancak burada yer almayan sözleşme türlerindeki karakteristik edimi hâkim kendisi belirleyecektir. Tüzükte karakteristik edimin ne olduğuna dair bir açıklama yer almamakla birlikte, Dibacenin 19. cümlesinde karakteristik edimin “sözleşmenin ağırlığının bulunduğu yere (*centre of gravity*)” göre belirleneceği düzenlenmiştir.

Kökleri İsviçre hukukuna dayanan karakteristik edim kavramı, her iki metinde de geçmesine rağmen ne Roma I Tüzüğü ne de Roma Sözleşmesinde tanımlanmıştır. Ancak Roma Sözleşmesinin hazırlanmasının ardından yayınlanan *Giuliano Lagarde* raporunda⁸³⁵ karakteristik edim, bir sözleşmeyi diğerinden ayıran, sözleşmeye tipini verecek özellikte olan ve sözleşmeye adını veren kavram olarak tanımlanmıştır. Mesela bir satış sözleşmesi, satıcının performansı ile, taşıma sözleşmesi, taşıyıcının performansı ile, sigorta sözleşmesi de, sigortacının performansı ile karakterize edilir⁸³⁶. *Giuliano Lagarde* raporu, bunu "herhangi bir ülkenin ekonomik ve sosyal yaşamında ilgili yasal ilişkinin yerine getirdiği işlevi ifade eden edim" olarak tanımlamış, para ediminin karakteristik edim olamayacağını belirtmiş, modern ekonomide bunun genellikle "paranın karşılığı

⁸³²Özel, 2002, **a.g.k.**, s. 582.

⁸³³Lipstein, 1981, **a.g.k.**, s. 404.

⁸³⁴Şahan, 2018, **a.g.k.**, s. 464.

⁸³⁵Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations by Mario Giuliano, Professor, University of Milan, and Paul Lagarde, Professor, University of Paris I, OJ C 282, 31.10.1980, p. 1–50.

⁸³⁶P. Lagarde (1981). The European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: An Apologia. *Virginia Journal of International Law*, 22 (1), s. 97.

olan edim" olarak kabul edilmiştir⁸³⁷. Dolayısıyla bir hizmet sözleşmesinde hizmet sağlayıcı, mali yükümlülükler içeren sözleşmelerde, karakteristik edimi ifa eden taraf, riski daha fazla üstlenen taraftır⁸³⁸.

Her ne kadar karakteristik edime dayanılarak objektif yöntemle uygulanacak hukukun tespit edilmesi öngörülebilirlik, açıklık ve kolaylık sağlasa da⁸³⁹ doktrinde karakteristik edime yönelik eleştiriler de yapılmıştır. Eleştiriler daha çok karakteristik edimin tespit edilememesi, karakteristik edim aracılığıyla tespit edilen ülkenin sözleşme ile her zaman en sıkı ilişkili olamayacağı veya Roma Tüzüğüne olduğu gibi belli bazı sözleşme türlerinde o sözleşmeye ismini ve ağırlığını veren edimin önceden tespitinin her zaman doğru bir tespit olmadığı noktasında olmuştur. Doktrinde de *franchise*⁸⁴⁰ ve lisans sözleşmelerinde karakteristik edimin belirlenmesinin zor olduğu, özellikle takas anlaşmalarında, ortak girişimlerde (*joint venture*) ve ortaklıklarda karakteristik edimin belirlenmesinin zorluğu ayrıca ifade edilmiştir⁸⁴¹.

2.6.1.2. Uygulamada sık karşılaşılan sözleşme türleri

Fikri haklara ilişkin sözleşmeler çok çeşitlidir. Tüm bu anlaşmalar, çok çeşitli maddeleri bir araya getirebilir ve böylece tarafların hak ve yükümlülüklerini belirleyici bir şekilde etkileyebilir. Tarafların hak ve yükümlülüklerinde meydana gelen bu çeşitlilik o sözleşmedeki karakteristik edimin belirlenmesi ve dolayısıyla uygulanacak hukukun da tespiti bakımından önem taşır. O sebeple uygulanacak hukuku anlatmaya başlamadan önce fikri haklar alanında önem taşıyan iki sözleşmeyi ana hatlarıyla anlatmak faydalı olacaktır.

⁸³⁷O. Lando (1996). Some Issues Relating to the Law Applicable to Contractual Obligations. *King's College Law Journal*, 7 (1), s. 67; O'Sullivan, 2018, **a.g.k.**, s. 86.

⁸³⁸J. Hill (2004). Choice of Law in Contract under the Rome Convention: The Approach of the UK Courts. *International and Comparative Law Quarterly*, 53 (2), s. 334.

⁸³⁹F. Ferrari (2020). *Concise Commentary on the Rome I Regulation* (2. Baskı). Cambridge: Cambridge University Press, s. 120.

⁸⁴⁰Roma I Tüzüğü'nün 4. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendinde *franchise* alanın edimi karakteristik edim olarak kabul edilmiş ve sözleşme de *franchise* alanın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukuna tâbi tutulmuştur. Aynı görüş için bkz.: S. Ç. Koca (2013). *Teknoloji Transfer Sözleşmelerinden Doğan Kanunlar İhtilafı* (1. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 238. Ancak doktrinde kabul edilen diğer görüşe göre, *franchise* sözleşmesindeki karakteristik edim, *franchise* veren tarafın edimidir. Bkz.: B. Demirkol (2011). *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk* (1. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 377; A. Güvercin (2021). *Milletlerarası Özel Hukukta Franchise Sözleşmeleri* (1. Baskı). İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 126; Şahan, 2018, **a.g.k.**, s. 471; Şanlı, 2019, **a.g.k.**, s. 269.

⁸⁴¹Lando, 1996, **a.g.k.**, s. 68.

Sözleşmeden doğan uyumsuzluklar, eser sahipliğinden doğan manevi ve/veya mali hakların kullanımı ve bu hakların devri konusunda çıkmaktadır. Manevi haklar kural olarak eser sahibi tarafından kullanılan ve başkasına devri mümkün olmayan haklar olarak ifade edilse de, manevi hakların kullanılma yetkisinin devredilebileceği doktrin ve uygulamada kabul edilmektedir⁸⁴². Uygulamada daha sık mali haklara ilişkin sözleşmelere ve bundan doğan uyumsuzluklara rastlanmaktadır. Mali hakların devri sözleşmesi, lisans sözleşmeleri, yayım sözleşmesi, komisyon sözleşmesi, eser siparişi sözleşmesi, film yapım sözleşmesi, sahneye koyma/yayınlama/müzik icrası sözleşmeleri, edisyon sözleşmesi, bilgisayar programı sözleşmesi, menfaatleri koruma sözleşmesi ve hizmet sözleşmesi kapsamında meydana getirilen eserler bu kapsamda yer alan sözleşme türleridir. Bu başlık altında sadece çalışmamızla ilgili olan sözleşme türlerine yer verilecektir.

2.6.1.2.1. Mali hakların devri sözleşmesi

Mali hakların devri, mali hakların devrine ilişkin sözleşme ile gerçekleşir. FSEK'in 48. maddesinde eser sahibi veya mirasçılarının eserden doğan mali haklarını başkasına devredebilecekleri düzenlenmiştir. Çalışmanın başında da ifade edildiği üzere mali hakların devri sözleşmesinde haklar eser sahibinin malvarlığından çıkmakta ve devralanın malvarlığına geçmektedir⁸⁴³. Bu sebeple mali hakların devrinde devralanın mali yetkiler üzerinde tasarrufta bulunma hakkı olduğu gibi mali yetkiye yönelen tecavüzler karşısında men etme hakkına sahiptir⁸⁴⁴. Devir sözleşmesinin konusu olan mali haklar işleme hakkı, çoğaltma hakkı, yayma hakkı, temsil hakkı, umuma iletim hakkı ve pay takip hakkıdır⁸⁴⁵. Eser üzerindeki hakların devredilme şartları Türk hukukunda FSEK'in 48. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre sözleşme yazılı olmalıdır ve devredilen haklar tek tek belirtilmelidir⁸⁴⁶.

2.6.1.2.2. Lisans / ruhsat sözleşmeleri

Mali hakların kullanımının bir başkasına devredilmesi lisans / ruhsat sözleşmesi ile gerçekleşir. FSEK'in 48. maddesinde eser sahibi veya mirasçılarının eserden doğan mali haklarının kullanma yetkisinin başkasına bırakabilecekleri düzenlenmiştir. İvazlı olması

⁸⁴²Ateş, 2020, **a.g.k.**, s. 92; Toprakkaya, 2021, **a.g.k.**, s. 83.

⁸⁴³Toker, 2022, **a.g.k.**, s. 53.

⁸⁴⁴Şahin, 2018, **a.g.k.**, s. 119.

⁸⁴⁵Toprakkaya, 2021, **a.g.k.**, s. 86.

⁸⁴⁶Tosun, 2013, **a.g.k.**, s. 395; Karaaslan, 2020, **a.g.k.**, s. 45-46.

şart olmayan fakat genellikle ivazlı olan, *sui generis* yapısı olan ve taahhüt işlemi niteliğindeki lisans sözleşmesinin bir tarafında lisans veren, eser üzerindeki mali haklarının kullanım yetkisini devretme borcu altına girerken, diğer tarafında lisans alan, bu kullanım hakkının karşılığı olarak genellikle bedel öder⁸⁴⁷. Mali hakların devrinden farklı olarak lisans sözleşmesinde lisans alanın sözleşmeden doğan haklarını üçüncü kişiye yöneltme veya hakkına tecavüz halinde men etme yetkisine sahip değildir⁸⁴⁸. FSEK'in 56. maddesinde lisans sözleşmesi ikiye ayrılmaktadır. Buna göre, eğer ki mali hak sahibi aynı mali hakkını başkalarına da verebiliyorsa basit ruhsat, ilgili hak sadece bir kişiye verilmişse tam ruhsat söz konusudur. Ancak sözleşmeden aksi anlaşılmadıkça ruhsat basit sayılacaktır. Bir filmin bir televizyon kanalında haftada kaç kez yayınlanacağına dair anlaşma, yine reklam filminin televizyon kanalında bir ay boyunca yayınlanmasına ilişkin sözleşmeler lisans sözleşmesine örnek olarak verilmiştir⁸⁴⁹.

2.6.2. AB Hukuku

2.6.2.1. Roma I Tüzüğü

AB hukukunda Roma I Tüzüğü, sözleşmeden doğan sorumluluklar için hukuk seçimi kuralları oluşturmuş ve selefi olan 1980 tarihli Roma Sözleşmesi'nin yerini almıştır⁸⁵⁰. Tüzük, üye devletlerin milletlerarası özel hukuk kurallarının yerine geçmiştir⁸⁵¹. Tüzüğün dört temel ilkesi vardır. Bunlar, tarafların uygulanacak hukuku seçmesi özgürlüğü, belli sözleşme kategorilerinin korunması, öngörülebilirlik ve sözleşmenin en yakın ilişkili olduğu ülke lehine forum hakimine hareket imkânı sağlamasıdır⁸⁵².

Tüzüğün 1. maddesinde hukuki ve medeni işlerde sözleşmeden doğan borçlara ilişkin kanunlar ihtilafını içeren durumlara bu Tüzüğün uygulanacağı düzenlenmiştir.

⁸⁴⁷Şahin, 2018, **a.g.k.**, s. 108 - 112.

⁸⁴⁸Şahin, 2018, **a.g.k.**, s. 119.

⁸⁴⁹Gökyayla, 2015, **a.g.k.**, s. 60.

⁸⁵⁰P. Stone (2018). *Stone on Private International Law in the European Union* (4. Baskı). Cheltenham: Edward Elgar Publishing, s. 417.

⁸⁵¹Calster, 2021, **a.g.k.**, s. 256.

⁸⁵²Calster, 2021, **a.g.k.**, s. 257.

Aynı maddenin 2. fıkrasında da Tüzük kapsamına girmeyecek uyuşmazlıklar sayılmıştır⁸⁵³.

Tüzüğün hangi tarihten sonra uygulanacağı 28. maddede düzenlenmiştir. Buna göre 17 Aralık 2009 tarihinde önce yapılmış sözleşmelere uygulanacak hukuk 1980 tarihli Roma Sözleşmesiyle, bu tarihten sonra yapılan sözleşmelere uygulanacak hukuk ise Tüzük hükümlerine göre belirlenecektir. Ayrıca Tüzüğün 2. maddesinde Tüzüğün evrensel olduğu başka bir ifadeyle uygulanacağı tespit edilen hukukun üye devlet hukuku olmasına gerek olmadan uygulanacağı düzenlenmiştir.

Sözleşmenin 3. maddesinde tarafların hukuk seçimi özgürlüğü düzenlenmiştir. Buna göre, sözleşme taraflarca seçilen hukuk tarafından yönetilecektir. Seçilen hukukun taraflar veya sözleşme ile bir bağlantısının olması şartı da aranmamıştır. Bunun istisnası Tüzüğün 5. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen yolcu taşıma sözleşmesi ve 7. maddenin 2. fıkrasında yer alan uygulanacak hukuk kuralıdır⁸⁵⁴. Hukuk seçimi açık veya zımni şekilde yapılabilir.

Tüzüğün hazırlanması aşamasında hazırlama Komisyonunun Aralık 2005 tarihli teklifinde⁸⁵⁵ fikri haklara ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuku düzenleyen bir ihtilaf kuralı yer almıştır⁸⁵⁶. Teklifin 4. maddenin 1. fıkrasının f bendinde, fikri veya sınai haklara ilişkin sözleşmenin, hakları devreden kişinin mutad meskeninin bulunduğu ülkenin kanunlarına tâbi olacağını belirtilmiştir⁸⁵⁷. Böyle bir kuralın getirilme amacının *Asensio* tarafından, ana konusu fikri hakların devri veya lisansı olan tüm sözleşmeler için ortak sabit bir kriter oluşturmak olduğu ifade edilmiştir⁸⁵⁸. Önerilen kural iki gerekçeyle tartışılmıştır. İlk olarak, “fikri veya sınai haklara ilişkin” hangi sözleşmelerin bu hükmün

⁸⁵³Buna göre, gerçek kişilerin ehliyeti, nafaka yükümlülükleri de dahil olmak üzere, aile ilişkilerinden doğan yükümlülükler, evlilikle ilgili mülkiyet rejimlerinden doğan yükümlülükler, kambiyo senetleri, çekler ve senetler ve diğer kıymetli evraklardan doğan yükümlülükler, tahkim anlaşmaları ve mahkeme seçimine ilişkin anlaşmalar, şirketlerin ve tüzel veya tüzel kişiliği olmayan diğer kuruluşların tüzüklerine tâbi olan sorular, vekalet ile ilgili konular, tröste dair konular, bir sözleşmenin imzalanmasından önceki işlemlerden kaynaklanan yükümlülükler ve sigorta sözleşmelerinden doğan ve kanunlar ihtilafını içeren uyuşmazlıklara bu Tüzük hükümleri uygulanmayacaktır.

⁸⁵⁴Calster, 2021, **a.g.k.**, s. 267.

⁸⁵⁵European Commission’s Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Roma I), COM (2005) 650 final.

⁸⁵⁶P. A. d. M. Asensio (2013). *The Law Governing International Intellectual Property Licensing Agreements. Research Handbook on Intellectual Property Licencing*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, s. 326; Metzger, 2010, **a.g.k.**, s. 167.

⁸⁵⁷Stone, 2018, **a.g.k.**, s. 447, dipnot 175.

⁸⁵⁸Asensio, 2013, **a.g.k.**, s. 326.

kapsamına gireceğinin açık olmaması eleştirilmiştir. Başka bir ifadeyle uygulanacak hukukun fikri hakların devri veya devri ile doğrudan ilgili olmayan sözleşmelere (örneğin lisans sözleşmeleri, yayın sözleşmesi) uygulanıp uygulanmayacağı açıkça belirtilmediği için eleştirilmiştir⁸⁵⁹. İkinci olarak, fikri haklara ilişkin sözleşmeleri idare edecek hukukun fikri hakkını devreden tarafın mutad meskeni hukuku olması da uygulamada tarafları tatmin etmeyeceği gerekçesiyle eleştirilmiştir⁸⁶⁰.

Tüzük hazırlandıktan sonra kendisine özel ihtilaf kuralı bulamayan fikri hakka ilişkin sözleşmelerin, Tüzükte yer alan diğer özel sözleşme türlerinin (mal satımı veya hizmet sözleşmesi gibi) kapsamına girip girmediği tartışılmışsa da⁸⁶¹, Tüzüğün hazırlanış aşamasında özel olarak düzenlenip sonradan kapsamdan çıkarılması bu ihtimali de ortadan kaldırmıştır⁸⁶². Nitekim Adalet Divanı 23 Nisan 2009 tarihli *Falco* kararında⁸⁶³ fikri mülkiyet hakkı sahibinin, sözleşme ortağına ücret karşılığında bu hakkın kullanılma hakkını verdiği sözleşmenin, hizmet sağlama sözleşmesi olmadığını belirtmiştir.

Ne Roma Sözleşmesi ne de Roma I Tüzüğüne fikri haklara ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuk konusu ayrı bir madde olarak düzenlenmemiş olmakla birlikte Roma I Tüzüğüne Tüzüğün kapsamı dışında sayılan konular arasında fikri haklara ilişkin sözleşmelere yer verilmemiştir⁸⁶⁴. Dolayısıyla Tüzükte sözleşmelere uygulanacak hukuku düzenleyen genel kuralın fikri haklara ilişkin sözleşmelere de uygulanacağı yorumu yapılabilir⁸⁶⁵.

Tüzüğün 9. maddesinin 2. fıkrasında forum hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının Tüzük tarafından engellenmeyeceğini düzenlemektedir⁸⁶⁶. 21. maddede ise yabancı hukukun uygulanmasının forumun kamu düzenine açıkça aykırı olması gibi istisnai durumlarda yabancı hukukun bu hükmünün uygulanmayabileceği düzenlenmiştir.

⁸⁵⁹Komisyon tarafından taslakta önerilen hakkı veya kullanımını devredenın ikametgahı ile bağlantı, özellikle yayın sözleşmesi bağlamında eleştirilmiştir. Detaylı bilgi için bkz.: Müller-Chen ve Lüchinger, 2018, **a.g.k.**, s. 465.

⁸⁶⁰Kono ve Jurčys, 2012a, **a.g.k.**, s. 172; Metzger, 2010, **a.g.k.**, s. 167.

⁸⁶¹Asensio, 2013, **a.g.k.**, s. 326 - 327.

⁸⁶²Kono ve Jurčys, 2012a, **a.g.k.**, s. 172.

⁸⁶³Case C-533/07, *Falco Privatstiftung*. Karar için bkz.: Asensio, 2013, **a.g.k.**, s. 327.

⁸⁶⁴Çelikel ve Erdem, 2017, **a.g.k.**, s. 427.

⁸⁶⁵Erdem, 2002, **a.g.k.**, s. 182.

⁸⁶⁶Kono ve Jurčys, 2012a, **a.g.k.**, s. 170; Stone, 2018, **a.g.k.**, s. 423.

2.6.2.1.1. *Hukuk seçimi (m. 3)*

Roma I Tüzüğünde, tıpkı Roma Sözleşmesinde (m. 4) olduğu gibi, sözleşmelere uygulanacak hukukun belirlenmesinde irade özerkliği⁸⁶⁷ benimsenmiş ve taraf iradelerine öncelik verilmiştir. Taraflar aralarındaki sözleşme ilişkisine uygulanacak hukuku serbestçe seçebilirler. Seçilen hukukun taraflar veya sözleşme ile herhangi bir bağlantısının olmasına da gerek yoktur⁸⁶⁸. Hukuk seçimi açık veya örtülü bir şekilde yapılabilir. Ancak farazi hukuk seçimine izin verilmemiştir⁸⁶⁹. Tarafların yapacakları hukuk seçiminin açık veya halin tüm şartlarından anlaşılır olması gerekir. Hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliği herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Uygulanacak hukuk seçimine dair kısıtlama sadece yolcu taşıma sözleşmelerinde (m. 5) ve küçük sigortalı risklerde (m. 7) getirilmiştir.

Sözleşmenin dibacesinin 13. cümlesinde “Bu Tüzük, tarafların referans yoluyla Devlet dışı bir hukuk kurumunu veya uluslararası bir sözleşmeyi sözleşmelerine dahil etmelerini engellemez.” denilmektedir. Başka bir ifadeyle taraflar uygulanacak hukuk olarak bir devletin hukukunu seçebilecekleri gibi, uluslararası bir sözleşmeyi veya devlet dışı kurumların oluşturduğu Uluslararası Ticari Sözleşmeler için UNIDROIT İlkeleri veya Fikri haklara ilişkin ALI İlkeleri gibi kurallara da referans vererek uygulanacak hukuku seçebilirler⁸⁷⁰.

Ayrıca Tüzükte sözleşmenin kısımlara ayrılıp (*depeçage*) bu kısımlar için farklı hukukların seçilmesine imkân tanınmıştır⁸⁷¹. Hukuk seçimi sözleşmenin başında yapılabileceği gibi sözleşme süresince de yapılabilir. Üçüncü kişilerin haklarına zarar vermedikleri müddetçe de taraflar seçtikleri hukuku değiştirebilirler⁸⁷².

Tüzükte bazı sözleşme türlerinde yer alan taraflar koruma altına alınmıştır. Bu kişi grupları Tüzüğün 5 ve 8. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu maddeler arasında düzenlenen sözleşmelerin kapsamına girmeyen ve hukuk seçimi de yapılmamış

⁸⁶⁷İrade özerkliği doktrinin arkasında yatan mantık İtalyan hukukçu *Mancini* tarafından teorik olarak açıklanmıştır. *Mancini*'ye göre irade özerkliği ile tarafların ihtiyaçlarına en uygun olacak hukuku seçmelerine izin vermek, hem taraflar açısından hukuki kesinliği (*legal certainty*) ve ticari kolaylık (*commercial convenience*) sağlayacak hem de yargı rekabetini teşvik edecektir. Bkz.: Ferrari, 2020, **a.g.k.**, s. 60.

⁸⁶⁸Asensio, 2013, **a.g.k.**, s. 321.

⁸⁶⁹Calster, 2021, **a.g.k.**, s. 267.

⁸⁷⁰Asensio, 2013, **a.g.k.**, s. 321; Ferrari, 2020, **a.g.k.**, s. 65 - 67; Kono, 2012, **a.g.k.**, s. 415.

⁸⁷¹Calster, 2021, **a.g.k.**, s. 269; Ferrari, 2020, **a.g.k.**, s. 77 - 78.

⁸⁷²Calster, 2021, **a.g.k.**, s. 269.

sözleşmelere uygulanacak hukuk Tüzüğün 4. maddesine göre belirlenecektir. Fikri hak ile ilgili sözleşmeler söz konusu olduğunda, taraflar sözleşmeden doğan sözleşme yükümlülüklerinin yanı sıra devredilen hakların kapsamı ve bir sözleşmeye dayalı fikri hakların devrinin geçerliliği için gerekli işlemlere ilişkin konularda geçerli hukuku seçebilirler. Öte yandan konunun başında da ifade edildiği üzere Roma I Tüzüğüne dayanılarak yapılan hukuk seçimi hiçbir şekilde fikri hakların özüne ilişkin konuları kapsamayacaktır çünkü tarafların fikri hakka ilişkin konularda uygulanacak hukuku seçme imkânı verilmemiştir. Fikri hakkın devrini veya kullanımını devrini içeren bir sözleşmede uygulanacak hukuk seçilmişse, bu hukuk sadece sözleşmeden doğan yükümlülüklerle uygulanacaktır.

2.6.2.1.2. Genel kural (m. 4)

Tüzüğün 4. maddesinin başlığı hukuk seçiminin olmaması halinde uygulanacak hukuktur. Tarafların uygulanacak hukuku seçmemeleri halinde uygulanacak hukukun tespiti Tüzüğün 4. maddesinde objektif olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme, uygulanacak hukukun tespitinde kıta Avrupası hukuku için önemli olan öngörülebilirlik (*predictability*) ile *common law* için önemli olan uygunluk (*appropriateness*) arasında bir denge bulma amacını, karakteristik edim ile yakın ilişki arasında bağlantı kurarak sağlamaya çalışmaktadır⁸⁷³. 4. maddenin ilk fıkrasında çeşitli sözleşme türleri için karakteristik edim belirlenmiş ve bu edimi gerçekleştiren tarafın mutad meskeninin uyuşmazlık konusu sözleşme ile en yakın ilişkiye sahip olacağı düşünülmüştür.

Roma I Tüzüğü, sadece istisnai durumlarda göz ardı edilebilecek sabit ve doğrudan kurallar aracılığıyla belirli sözleşme kategorilerine uygulanacak hukuku belirleyen 1. paragraftaki yeni bir hükümle başlar⁸⁷⁴. Bu kurallar, her bir sözleşme grubunun ağırlık merkezinin bulunduğu ülkede konumlandırılmasında ilgili unsurlar olarak kabul edilen sabit bağlantı faktörlerini belirlemektedir⁸⁷⁵. Öte yandan Tüzüğün 4. maddesi aşamalı kanunlar ihtilafı kuralı sistemi kurmaktadır⁸⁷⁶. İlk olarak maddenin ilk fıkrasında satış, hizmet, taşınmaz mal veya kiracılık üzerindeki ayni haklar, *franchise* ve dağıtım sözleşmeleri ve mal satımı için kanunlar ihtilafı kuralı düzenlenmiştir. Roma I

⁸⁷³Calster, 2021, **a.g.k.**, s. 274.

⁸⁷⁴Asensio, 2013, **a.g.k.**, s. 324 - 325.

⁸⁷⁵Asensio, 2013, **a.g.k.**, s. 325.

⁸⁷⁶Kono, 2012, **a.g.k.**, s. 415.

Tüzüğünün, Roma Sözleşmesinden en önemli farklarından biri, Sözleşmedeki genel kural olan karakteristik edim kuralının yerine sekiz tür sözleşme için katı ve kesin kuralların getirilmesidir⁸⁷⁷. Buna göre, a) Satım sözleşmesine satıcının mutad meskeni hukuku uygulanacaktır. Burada satıcının edimi karakteristik edim olarak kabul edilmiştir. b) Hizmet sözleşmesine servis sağlayıcının mutad meskeni hukuku uygulanacaktır. c) Taşınmaz mülkiyetine ilişkin sözleşmelere taşınmazın bulunduğu yer hukuku uygulanacaktır. Ancak geçici özel kullanım için birbirini izleyen altı ayı geçmeyen bir süre için yapılan bir taşınmaz mülkün kiracılığı, kiracının gerçek kişi olması ve ev sahibiyle aynı mutad meskene sahip olması koşuluyla, ev sahibinin mutad meskeninin bulunduğu ülkenin kanunlarına tâbi olacaktır. e) franchise sözleşmelerine franchise alan kişinin mutad mesken hukuku uygulanacaktır. f) dağıtım sözleşmelerine dağıtıcının mutad meskeni hukuku uygulanacaktır. g) müzayede yoluyla mal satışına ilişkin bir sözleşme, eğer böyle bir yer belirlenebilirse, müzayedenin yapıldığı ülkenin kanunlarına tâbi olacaktır. h) 2004/39/EC Direktifi'nin 4. Maddesinin ilk fıkrasının 17. bendinde tanımlandığı gibi, finansal araçlarda birden fazla üçüncü şahıs alım ve satım payını bir araya getiren veya bir araya getirmeyi kolaylaştıran çok taraflı bir sistem içinde akdedilen bir sözleşmeden tek bir kanuna tâbi olanlar bu hukuka tâbi olacaktır. Hukuk seçiminin yokluğunda sözleşmenin kısımlara ayrılıp (*depeçage*) uygulanacak hukukun tespit edilmesiye Tüzükte düzenlenmemiştir⁸⁷⁸.

Tüzüğün 4. maddesinin 2. fıkrası yukarıda sayılan sözleşme tiplerinden sadece birine tamamen uymayan sözleşme ihtimallerini düzenlemiştir. Eğer ki sözleşme 4. maddenin ilk fıkrasında düzenlenmiş sözleşme türlerinden birinin kapsamına girmiyor ise veya ilgili sözleşme, sayılan sözleşme tiplerinden birden fazlasının kapsamına giriyor ise, sözleşme, sözleşmenin karakteristik ifasını gerçekleştirmesi gereken tarafın mutad meskeninin bulunduğu ülkenin kanunlarına tâbi olacaktır. Böyle bir durumda öncelikle karakteristik edimin belirlenmesi gerekecektir. Olayın bütün özelliklerinden sözleşmenin yukarıda sayılan devletlerden başka bir devlet ile açık bir şekilde daha yakın ilişkili olması halinde o devletin hukuku uygulanacaktır.

⁸⁷⁷Z. Tang (2008). Law Applicable in the Absence of Choice - The New Article 4 of the Rome I Regulation Legislation and Reports. *Modern Law Review*, 71 (15), s. 787.

⁸⁷⁸Calster, 2021, **a.g.k.**, s. 274; Ferrari, 2020, **a.g.k.**, s. 93.

Bu sözleşme türlerinden birisinin kapsamına girmeyen sözleşmelere hangi hukukun uygulanacağı da 4. maddenin 4. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, 1. ve 2. fıkralara göre uygulanacak hukukun tespit edilememesi halinde sözleşme en sıkı ilişkiye sahip ülkenin hukukuna göre idare edilecektir. Başka bir ifadeyle 4. maddenin ilk fıkrasında düzenlenmiş özel sözleşme türlerinden birinin kapsamına girmeyen veya bu sözleşme türlerinin içinde birden fazlasının kapsamına giren ve aynı zamanda bu sözleşmenin karakteristik edimi de belirlenemiyorsa bu durumda bu sözleşmelere en sıkı ilişkiye sahip ülkenin hukuku uygulanacaktır.

Dolayısıyla uyuşmazlık önüne gelen hâkim öncelikle bu sözleşmede hukuk seçimi olup olmadığına bakacaktır. Eğer ki hukuk seçimi yoksa sözleşmenin özel olarak düzenlenmiş sözleşme türlerinden (m. 5 – 8) birinin kapsamına girip girmediğini kontrol edecektir. Eğer ki ilgili sözleşme hakkında bir düzenleme de yoksa uygulanacak hukukun tespiti için Tüzüğün 4. maddesinin ilk fıkrasında sayılmış sözleşme türlerinden birinin kapsamına girip girmediğini tespit edecektir. Eğer uyuşmazlık konusu sözleşme 1. fıkra düzenlenmiş sözleşme türlerinden biri değilse veya sözleşme bu kategoriler arasında birden fazlasının kapsamına giriyorsa, hâkim 2. fıkra yer alan karakteristik edim testini uygulayacaktır. Ancak tüm bunların yanında sözleşmenin tespit edilen ülkeden başka bir ülke ile daha yakın ilişkisi varsa, hâkim o hukuku uygulayacaktır. Bu kaçış kuralı 4. maddenin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Eğer ki sözleşmeye ne ilk ne de 2. fıkra uygulanamıyorsa bu durumda hâkim en yakın ilişkili devletin hukukunu uygulayacaktır. Bu hangi ihtimalde olabilir? Eğer ki 1. fıkra sayılan sözleşme türlerinden birine girmeyen bir sözleşme varsa ve hâkim bu sözleşmede karakteristik edimi belirleyemiyorsa (m. 4/2) bu durumda sözleşmeyle en sıkı ilişkili gördüğü hukuku uygulayacaktır. Burada belirtmek gerekir ki, uygulanacak hukuk sözleşmedeki karakteristik edimin gerçekleşeceği ülkenin hukuku değil, karakteristik edimi gerçekleştirecek olan kişinin mutad meskeninin bulunduğu ülkenin hukukudur⁸⁷⁹.

Telif hakkı sözleşmeleri için düşünüldüğünde, telif hakkı ile ilgili bir sözleşmenin tarafları arasında hakkı belli bir şekilde kullanma veya kullanamama şartları gibi sözleşmeden doğan tüm yükümlülükler sözleşme statüsüne (*lex contractus*) tâbidir⁸⁸⁰. Tüzüğün 4. maddesinin ilk fıkrasında her ne kadar sözleşme türleri düzenlenmiş olsa da,

⁸⁷⁹Calster, 2021, **a.g.k.**, s. 276.

⁸⁸⁰Basedow, 2010, **a.g.k.**, s. 16.

fikri haklara ilişkin sözleşmeler bunlar arasında yer almamaktadır. Önüne yabancılık unsuru taşıyan fikri hakka ilişkin sözleşme gelen hâkim bu durumda uygulanacak hukuku nasıl tespit edecektir? Öncelikle 4. maddenin 2. fıkrasında yer alan karakteristik edim testini uygulayacak başka bir ifadeyle sözleşmedeki karakteristik edim ve bu edimi yerine getiren kişiyi tespit edecektir. Uygulanacak hukuk bu kişinin mutad meskeni hukukudur. Ancak eğer ki sözleşme başka bir ülke ile daha sıkı irtibatlı ise o ülkenin hukuku uygulanacaktır. Eğer ki hâkim bu sözleşmede karakteristik edimi tespit edemezse de fikri hakka ilişkin sözleşme ile en sıkı ilişkili ülkeyi tespit edip o ülkenin hukukunu uygulayacaktır. Peki fikri haklara ilişkin sözleşmelerde karakteristik edim hangi tarafın edimidir ve bu edim nasıl tespit edilir? Dibacenin 19. maddesinde karakteristik edimin tespit edilmesi gereken durumlarda sözleşmenin ağırlık merkezine (*center of gravity*) bakılması gerektiği belirtilmiştir. Doktrinde mahkemelerin, sözleşmenin ağırlık merkezini belirlerken, sözleşmenin niteliğini, sözleşmenin temel amacını, sözleşmenin sosyoekonomik işlevini ve bu sözleşmeyi diğer sözleşme türlerinden ayıran yükümlülükleri göz önünde bulundurması önerilmiştir⁸⁸¹. Roma I Tüzüğü, fikri hakları içeren sözleşmelerle ilgili anlaşmazlıklarda ortaya çıkabilecek belirsizlikler yarattığı için doktrinde eleştirilmiştir⁸⁸².

Fikri haklara ilişkin sözleşmelere ilişkin karakteristik edimin belirlenmesi, bu sözleşmelerin çeşitliliği ve karmaşıklığı nedeniyle tartışmalı olmaya devam etmektedir. Tipik bir temlik veya hak devri sözleşmelerinde karakteristik edim borçlusunun devreden taraf olduğu görüşü hâkimdir⁸⁸³. Gerçekten de basit lisans sözleşmelerinde eser sahibi haklarının veya bir kısmının kullanımını devretmekte ve karşı taraf karşılığında sadece ödeme yapmaktadır. Kıta Avrupasında genel olarak kabul edilen yazarın hakları bakış açısından, bu kriter, yazarın mutad meskeninin bulunduğu ülkenin hukukuna atıfta bulunmaktadır ve bu nedenle, tipik olarak, zayıf taraf olarak kabul edilen tarafın bulunduğu ülke hukukunun uygulanmasına yol açar⁸⁸⁴.

Ancak bu genel kabule çoğu lisans anlaşmasında lisans alanın yükümlülüklerinin para ödemenin çok ötesine geçtiği ve bu nedenle lisans alanın karakteristik edim gösteren

⁸⁸¹Tang, 2008, **a.g.k.**, s. 795.

⁸⁸²Kono ve Jurčys, 2012a, **a.g.k.**, s. 171.

⁸⁸³Asensio, 2013, **a.g.k.**, s. 328 - 329.

⁸⁸⁴Asensio, 2013, **a.g.k.**, s. 329.

olduğu iddia edilerek karşı çıkılmıştır⁸⁸⁵. Bu bağlamda, lisansın münhasır olduğu veya lisans alanın sözleşme konusunu (patent, marka, know-how, telif hakkı vb.) kullanma yükümlülüğünü üstlendiği ölçüde, karakteristik edimi belirleyen tarafın lisans alan taraf olduğu görüşü kabul görmüştür⁸⁸⁶. Buna benzer bir örnek olarak da 4. maddenin 2. fıkrasında düzenlenen yayın sözleşmesi gösterilmiştir. Buradaki düzenlemeye göre yayın sözleşmelerinde karakteristik edim borçlusu olarak yayıncı başka bir ifadeyle devralan kabul edilmiş ve yayıncının mutad meskeninin hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir⁸⁸⁷. *Lando* da bir çalışmada, eser sahibi ile yayıncı arasındaki sözleşme örneğini vermiştir. Yazara göre bu sözleşmelerde karakteristik edimi gerçekleştirecek olan taraf eser sahibi değil yayıncı olmalıdır, çünkü eserden doğan hakları devreden eser sahibidir, ancak eseri bastırıp satan ve eser sahibine ücretini ödeyen yayınevdir⁸⁸⁸.

Basedow 'a göre tarafların uygulanacak hukuku seçmemesi halinde fikri hak sahibi genellikle devir veya lisans sözleşmesinin karakteristik edimini gerçekleştiren kişi olarak kabul edilecek ve fikri hak sahibi veya lisans verenin mutad meskeni hukuku Tüzüğün 4. maddesinin 2. fıkrası kapsamında olaya uygulanacaktır⁸⁸⁹. Ancak yazar bazı durumlarda lisans alan veya hakkı devralan kişinin yükümlülüklerinin hakkı devreden tarafla aynı veya daha fazla olabileceğine de dikkat çekmektedir⁸⁹⁰.

Metzger fikri haklara ilişkin sözleşmelerde koşulların farklılaşabileceği gerekçesiyle her uyuşmazlık konusu sözleşmenin ayrı incelenmesini ve buna göre karakteristik edim borçlusunun tespit edilmesi gerektiğini iki farklı örnekle açıklamıştır⁸⁹¹. Bir kitabın basılması aşamasını düşünelim. Eser sahibi kitabını yazmış ve yayımlanması için yayınevine götürmüştür. Aralarındaki lisans sözleşmesi gereğince yayınevi o kitabı yayınlamakla, dağıtmakla, satış fiyatının bir yüzdesi olarak telif ücretlerini ödemekle yükümlüyse ve yazarın eserinin kullanımını kabul etmekten başkaca bir yükümü yoksa bu durumda sözleşme yayıncının mutad meskeniyle daha yakın

⁸⁸⁵Asensio, 2013, **a.g.k.**, s. 329; Kono ve Jurčys, 2012a, **a.g.k.**, s. 173.

⁸⁸⁶“Nishitani, Yuko (2009), ‘Contracts Concerning Intellectual Property Rights’, in Franco Ferrari and Stefan Leible (eds.), Rome I Regulation – The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe, Munich: Sellier, pp. 51-84, s. 6”dan aktaran Asensio, 2013, **a.g.k.**, s. 329.

⁸⁸⁷Kono ve Jurčys, 2012a, **a.g.k.**, s. 173.

⁸⁸⁸Lando, 1996, **a.g.k.**, s. 68.

⁸⁸⁹Basedow, 2010, **a.g.k.**, s. 16.

⁸⁹⁰Basedow, 2010, **a.g.k.**, s. 16.

⁸⁹¹Metzger, 2010, **a.g.k.**, s. 167.

bağlantıya sahip olacaktır⁸⁹². Öte yandan lisans sözleşmesinde hakları devralan tarafın sadece para ödeme yükümlülüğü varsa bu durumda sözleşme fikri hakkını devredenin ülkesiyle daha yakın bağlantıya sahip olacaktır⁸⁹³.

Dessemontet burada tarafların uygulanacak hukuku seçmemesi halinde en yakın bağlantı testinin yapılacağını ve fikri haklara ilişkin sözleşmelerde sözleşmenin devreden veya lisans verenin o anki mutad meskeninin sözleşmeyle en yakın bağlantıya sahip olacağını kabul edildiğini belirtmiştir⁸⁹⁴. Öte yandan yazar, fikri haklara ilişkin sözleşmelerde karakteristik edimi belirlemekten ziyade, birçok yazar tarafından, lisans sözleşmesinin fikri hakkın kullanılacağı ülkenin hukukuna göre idare edilmesi gerektiğini savunduklarını da belirtmektedir. Özellikle münhasır lisans sözleşmelerinde lisans alan, fikri hakka sahip olan kişiden daha fazla sorumluluğa sahip olacağı için uygulanacak hukuk olarak münhasır lisans alanın mutad meskeni hukukunun uygulanmasını savunmuşlardır⁸⁹⁵.

Tüzüğün 4. maddesinin 3. fıkrası, sözleşmenin başka bir ülke ile açıkça daha yakın bağlantısı olması halinde, 4. maddenin 1. ve 2. Fıkralarına göre belirlenen hukukun uygulanmayacağını düzenlemektedir. Burada Tüzüğü hazırlayanlar 4. maddenin ilk fıkrası ile sağladığı kesinliğe 3. fıkroda düzenlenen kaçış kuralı ile esneklik getirmeyi amaçlamıştır⁸⁹⁶. Bu tür yakın bağlantının olup olmadığını belirlemek amacıyla dikkate alınabilecek faktörler Dibacenin 20. paragrafında belirtildiği üzere, ilgili sözleşmenin başka bir sözleşme veya sözleşmelerle çok yakın bir ilişkisinin varlığıdır⁸⁹⁷. Bu unsur, fikri hakların uluslararası devrinin veya lisansının, bir dizi sözleşmeyle düzenlenen daha geniş ve daha karmaşık bir projenin parçası olduğu durumlarda ilgili olabilir. Örneğin, bir lisans sözleşmesi, ortak girişimin (*joint venture*) düzenlendiği ana sözleşmenin içinde yer alıyor olabilir⁸⁹⁸. Bu durumda lisans sözleşmesi ana sözleşmeye uygulanan hukukla daha yakın bir ilişkiye sahip olabilir. *Asensio* bu noktada olası bir uyuşmazlıkta hak statüsünün de konu olması durumunda *lex protectionis*'in de daha yakın bağlantılı ülkeyi

⁸⁹²Metzger, 2010, **a.g.k.**, s. 168.

⁸⁹³Metzger, 2010, **a.g.k.**, s. 168.

⁸⁹⁴Dessemontet, 2010, **a.g.k.**, s. 45.

⁸⁹⁵Dessemontet, 2010, **a.g.k.**, s. 45.

⁸⁹⁶Tang, 2008, **a.g.k.**, s. 798.

⁸⁹⁷Asensio, 2013, **a.g.k.**, s. 332; Tang, 2008, **a.g.k.**, s. 798.

⁸⁹⁸Asensio, 2013, **a.g.k.**, s. 333.

işaret edebileceğini söylemektedir⁸⁹⁹. Daha önce görüldüğü üzere, sözleşme konusu olan telif hakkının ilk sahipliği, hakların devredilebilirliği gibi konularda *lex loci protectionis* söz sahibi olabilir. Mahkeme bu gibi durumlarda *lex loci protectionis*'i daha yakın bağlantıya sahip ülke olarak değerlendirebilir ve o yerin hukukunu uygulayabilir.

2.6.2.2. CLIP ilkeleri

Roma Tüzüğünde fikri haklara ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukukun özel olarak düzenlenmemesi ve bu sözleşmelerde karakteristik edimin tespit edilmesinin zorluğu üzerine CLIP ilkeleri yol gösterici nitelikte ayrı bir düzenleme yapmıştır. CLIP ilkelerinde fikri hak sözleşmelerine uygulanacak hukuk özel olarak düzenlenmiştir.

İlkelerin 3. bölümünün 501. paragrafında yer alan düzenlemeye göre ana amacı fikri hakların yaratılması olan sözleşmeler ve fikri haklara ilişkin devir veya lisans sözleşmeleri gibi diğer sözleşmeler taraflarca seçilen hukuka tâbidir. İlkenin düzenlemesinde karakteristik edim konusunda da soru işareti bırakılmamıştır. Bunun yerine, CLIP İlkeleri, sözleşmenin yapıldığı tarihte devreden/lisans veren veya devralan/lisans alanın mutad meskeninin bulunduğu Devlet ile sözleşmenin en yakın bağlantısını gösterebilecek iki farklı faktör grubu düzenlemiştir (b. 3, p. 502)⁹⁰⁰. Bu şekilde mahkeme verilen faktörleri de dikkate alarak fikri haklara ilişkin sözleşmenin herhangi bir devletle en yakın bağlantısını tespit edip onu uygulayacaktır⁹⁰¹. Bu, sözleşmenin kural olarak üçüncü bir devletle daha yakından bağlantılı olmayacağı anlamına gelmektedir⁹⁰².

CLIP ilkelerinde yer alan düzenlemeye göre fikri haklardan doğan sözleşmelere uygulanacak hukuk ya fikri hakkı veya kullanımını devreden tarafın mutad meskeni ya da devralan tarafın mutad meskeni hukukudur. Bu iki tarafın mutad meskenlerinden hangisinin sözleşme ile daha yakın irtibata sahip olduğunun tespit edilebilmesi için mahkemeye yol gösterici kriterler düzenlenmiştir. İlk başta devralan tarafın mutad meskeninin sıkı irtibatına işaret edecek kriterler düzenlenmiştir. Buna göre, eğer ki sözleşme, hakkı devralanın mutad meskeni ile bağlantılıysa hakkı devralanın mutad

⁸⁹⁹Asensio, 2013, **a.g.k.**, s. 333.

⁹⁰⁰Basedow, 2010, **a.g.k.**, s. 17; Kono, 2012, **a.g.k.**, s. 416; Metzger, 2010, **a.g.k.**, s. 168.

⁹⁰¹Basedow, 2010, **a.g.k.**, s. 17; Şahan, 2018, **a.g.k.**, s. 474 - 475.

⁹⁰²A. Metzger (2013). Article 3:502: Applicable Law in the Absence of Choice. *Conflict of Laws in Intellectual Property*. s. 559.

meskeninin bulunduğu devlet sözleşme ile yakın irtibatlı kabul edilecek ve o devletin hukuku uygulanacaktır.

Devralan veya lisans alana fikri haktan yararlanma zorunluluğu getiren sözleşmelerin ağırlık merkezi genellikle devralan veya lisans alanın ikamet ettiği Devlette bulunur; bu faktör, devralanın veya lisans alanın tipik olarak bu tür bir sözleşmede daha aktif olmasının sonucudur⁹⁰³. Kriterler arasında satış fiyatının bir yüzdesi olarak sözleşmede kararlaştırılmış olmasının da sözleşmenin lisans alan veya hakkı devralan tarafla yakın bağlantıda olacağı düzenlenmiştir. Buna göre telif ücretlerinin veya diğer parasal bedellerin satış fiyatının bir yüzdesi olarak ifade edildiği sözleşme düzenlemelerinin, fikri haktan yararlanma göreviyle birleştiği; bu nedenle bu faktörün, sözleşmenin devralan veya lisans alanın ikamet ettiği Devlet ile yakın bağlantısının bir göstergesi olarak kullanılabileceği ifade edilmiştir⁹⁰⁴.

Metzger yukarıda sayılan kriterleri bir örnekle açıklamıştır. Kitap yazarı olan A, yayıncı B'ye İsviçre'de yayınlanması için teklif ettiği bir roman yazmıştır. A mutad olarak Almanya'da ikamet ederken, B İsviçre'de ikamet etmektedir. B, romanı ciltli şekilde yayınlamayış ve A'ya satış gelirlerinin yüzde 10'unu telif ücreti olarak ödemeyi taahhüt etmiştir. Bu durumda lisans, B'nin ikamet ettiği devletle ilişkili kabul edilir. Çünkü hem kitap İsviçre'de basılacak hem de orada satılacak ve bu satıştan elde edilen gelirden de A'ya pay verilecektir. Bu sebeple uygulanacak hukuk (CLIP ilkeleri bakımından ikili ayırım düşünüldüğünde) fikri hakkın lisansını alan B'nin mutad meskeni olan İsviçre hukukudur⁹⁰⁵.

İlkelerde hakkı veya kullanımını devreden tarafın mutad meskeninin de sözleşmeyle sıkı ilişkili olabileceği durumlar için kriterler belirlenmiştir. Gerçekten de bazı durumlarda hakkı devralan veya lisans alan tarafın sabit bir meblağ ödemek dışında başka açık veya zımni yükümlülüğünün bulunmadığı sözleşmeler olabilir. Bu gibi durumlarda sözleşme hakkı devreden veya lisans verenin ikamet ettiği Devlet ile yakından bağlantılıdır⁹⁰⁶. Benzer bir argüman, tek kullanımlık lisanslar için geçerlidir; lisans alan tarafından korunan konunun tek bir kullanımı, ağırlık merkezini neredeyse

⁹⁰³Metzger, 2013, **a.g.k.**, s. 560.

⁹⁰⁴Metzger, 2013, **a.g.k.**, s. 560.

⁹⁰⁵Örnek için bkz.: Metzger, 2013, **a.g.k.**, s. 561 - 562.

⁹⁰⁶Metzger, 2013, **a.g.k.**, s. 560 - 561.

hiçbir zaman lisans alanın ikamet ettiği Devletle daha yakın irtibatlı hale sokmayacaktır. Ayrıca yapılan fikri haklara ilişkin sözleşme neticesinde eserin yaratılması söz konusu olacak ise, örneğin basılacak kitabı yazma gibi bir görevi varsa, sözleşme onun mutaden bulunduğu devlet ile daha yakından bağlantılı olabilecektir⁹⁰⁷.

Eğer ki sözleşmenin en yakın ilişkili olduğu hukuk 502. paragrafın 2. cümlesinde yer alan kriterlere göre belirlenemezse uygulanacak hukukun tespit edilmesi için devir veya lisansın bir veya birden fazla devlet ile bağlantılı olup olmamasına göre bir ayırım yapılmıştır. Buna göre eğer devir veya lisans sadece bir devlet için fikri haklarla ilgiliyse, sözleşmenin bu devletle en yakından bağlantılı olduğu varsayılacaktır (m. 3, p. 502, c. 3). Ancak devir veya lisans, birden çok devlet için fikri haklarla ilgiliyse, sözleşmenin en yakından ilişkili olduğu devletin, eseri meydana getirenin, devreden veya lisans verenin sözleşmenin akdedildiği tarihte mutad meskeninin bulunduğu devlet olacağı varsayılacaktır (b. 3, p. 502, c. 3). Ancak unutulmamalıdır ki bu varsayımlar sadece 502. paragrafın 2. cümlesinde yer alan faktörlerin en yakın bağlantıya sahip devletin tespitine ilişkin net bir sonuç sağlamadığı durumlar için geçerli olacaktır⁹⁰⁸.

2.6.3. ABD hukuku

Amerika’da mahkemeler 19. yüzyılın başlangıcında davaların çoğunda, kamu düzeninin ihlali olmadığı müddetçe, tarafların uygulanacak hukuku seçebilmelerine imkân tanımıştır⁹⁰⁹. Öte yandan doktrin, uygulanacak hukukun devlet egemenliğinin bir yansıması olduğunu ileri sürerek hukuk seçimine şüpheli yaklaşmışlardır. *Reimann* makalesinde Profesör *Beale*’in yaklaşımını örnek göstermiş ve *Beale*’in uygulanacak hukukun taraflarca belirlenmesinin, özel kişilerin ulaşabileceğinin ötesinde, devlet egemenliğinin bir aracı olarak gördüğünü ifade etmiştir⁹¹⁰.

ABD’de, *American Law Institute* (ALI) tarafından kanunlar ihtilâfı hukuku alanında hazırlanan 1934 tarihli ilk *Restatement*’ta, sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin olarak *Joseph Story*’nin sunduğu ve raportör *Beale*’in de öncülerinden olduğu “kazanılmış haklar teorisi” benimsenmiştir⁹¹¹. 20. yüzyılın ilk yarısında ABD Hukuku,

⁹⁰⁷Asensio, 2013, **a.g.k.**, s. 338; Metzger, 2013, **a.g.k.**, s. 561.

⁹⁰⁸Asensio, 2013, **a.g.k.**, s. 339.

⁹⁰⁹M. Reimann (1999). Savigny’s Triumph--Choice of Law in Contracts Cases at the Close of the Twentieth Century. *Virginia Journal of International Law*, 39 (3), s. 575.

⁹¹⁰Reimann, 1999, **a.g.k.**, s. 575.

⁹¹¹Çelikel, 1969, **a.g.k.**, s. 233.

Prof. Beale'in hazırladığı ve kazanılmış haklar teorisine dayanan, taraf iradesini reddeden *Restatement I*'in etkisinde kalmış ve *Restatement I*'de tarafların hukuk seçimine izin verilmemiştir⁹¹². Ancak zamanla, yazarların tarafların uygulanacak hukuku seçebilmelerine karşı duruşları azalmış, mahkemelerin bu konudaki liberal tavırları daha da sağlamlaşmıştır⁹¹³. Reese'e göre, kazanılmış haklar teorisinin benimsendiği I. *Restatement*'ta uyumsuzlukla ilgili gündeme gelebilecek hukuk yaklaşımları, öngörülebilirlik, yeknesaklık ve uygulama kolaylığı uğruna göz ardı edilmiştir⁹¹⁴.

Yüzyılın ikinci yarısında *Restatement*'tan kopmalar yaşanmaya başlamıştır. Mahkemeler sözleşmeden doğan uyumsuzluklarda, "ağırlık merkezine" (*center of gravity*) bakarak, "irtibatların" türüne göre uygulanacak hukuku tespit etmişlerdir⁹¹⁵. 1952 yılında II. *Restatement* için çalışmalara başlanmıştır⁹¹⁶. Amerikan Hukuk Enstitüsü'nün 1971 tarihli II. *Restatement*'taki yaklaşımı, 1934 tarihli ilk *Restatement*'tan çok farklı olmuş ve katı kuralların yerini çoğunlukla esnek kurallar almıştır⁹¹⁷. Lando'nun ifadesiyle sözleşmelere uygulanacak hukuk konusunda Enstitü, 1960 tarihli *Restatement* taslağında önerilen ağırlık merkezi teorisi ile *Cavers, Currie, Leflar, von Mehren, Weintraub* ve

⁹¹²Reimann, 1999, **a.g.k.**, s. 579.

Restatement 332a maddesinde taraflarca yapılan hukuk seçimi düzenlenmiştir: 1. Sözleşmenin geçerliliği, tarafların bu amaçla seçtikleri devletin iç hukuku tarafından belirlenir. Ancak; a) Hukuk seçimi adil olmayan veya hata sonucu olmuşsa, b) Seçilen devletin işlem veya taraflar ile gerçek bir bağı yoksa, c) Seçilen hukuk, taraflar bu hukuku seçmeseydi yetkili olacak devletin hukukunun temel politikaları ile çatışıyorse geçersizdir. 2. Aksi anlaşılmadığı müddetçe, seçilen hukuk maddi hukuktur. Bkz.: R. J. Weintraub (1961). *The Contracts Proposals of The Second Restatement Of Conflict Of Laws- A Critique. Iowa Law Review*, 46 (4), s. 719.

Eğer, 332a'ya uygun olarak seçilmiş bir hukuk söz konusu değilse, 332b'ye dayanarak en önemli ilişkili devletin hukuku uygulanacaktır. 1. Eğer taraflarca yapılmış etkili bir hukuk seçimi yoksa, aşağıdaki faktörlere göre irtibatlı en önemli ilişkili ülke hukuku belirlenecektir. a) İşlem yeri, b) İşlem müzakere yeri, c) İfa yeri, d) İşlem konusu şeyin bulunduğu yer, e) Tarafların ikamet ettikleri, mutaden bulundukları, vatandaşlıklarının olduğu, işyerlerinin olduğu yer hukuku, f) Sözleşmenin en etkili olacağı yer hukuku. 2. Sözleşme yeri, müzakere yeri, ifa yeri aynı ise, faiz konusu dışında, işlemin geçerliliğine o ülke hukuku karar verir. Bkz.: Weintraub, 1961, **a.g.k.**, s. 723.

⁹¹³Reimann'ın aktardığı üzere, aslında o dönemde de mahkemeler *Restatement*'ta yazan kurallardan daha fazlasını uyguladıkları da olmuştur. Özellikle mahkemeler her olayda ifa yeri hukukuna bakmışlardır. Tarafların gerçek ve farazi iradelerini araştırmış, sözleşmeyi geçerli kılacak hukuku seçip aslında *Restatement*'a öзде değil sözde bağlı olmuşlardır. Dolayısıyla her zaman *Restatement*'ın sunduğu katı kurallardan hep daha fazlası var olmuştur. Bkz.: Reimann, 1999, **a.g.k.**, s. 579.

⁹¹⁴W. L. M. Reese (1972). *Choice of Law Rules or Approach. Cornell Law Review*, 57 (3), s. 320 - 321.

⁹¹⁵Güngör, 2021, **a.g.k.**, s. 26; O. Lando (1957). *Scandinavian Conflict of Law Rules Respecting Contracts - Party Autonomy and Center of Gravity. American Journal of Comparative Law*, 6 (1), s. 2.

⁹¹⁶W. L. M. Reese (1960). *Contracts and the Restatement of Conflict of Laws, Second. The International and Comparative Law Quarterly*, 9 (4), s. 531; R. J. Weintraub (1997). *At Least, To Do No Harm: Does the Second Restatement of Conflicts Meet the Hippocratic Standard Symposium: The Silver Anniversary of the Second Conflicts Restatement. Maryland Law Review*, 56 (4), s. 1284.

⁹¹⁷O. Lando (1976). *The Substantive Rules in the Conflict of Laws: Comparative Comments from the Law of Contracts. Texas International Law Journal*, 11 (3), s. 510.

diğer politika merkezli yöntemi destekleyen hukukçuların metotları arasında uzlaşmayı seçmiştir⁹¹⁸.

2.6.3.1. II. *Restatement*

2.6.3.1.1. *Hukuk seçimi*

Sözleşmelere uygulanacak hukukun sözleşmenin taraflarınca seçilmesi I. *Restatement* tarafından kabul edilmemişti. Ancak zamanla hem doktrin hem de mahkemelerin sözleşmeler alanında hukuk seçiminin mümkün olabileceğini savunmuş ve özellikle 1954 tarihli *Auten* kararı⁹¹⁹ tarafların hukuk seçebilmeleri için önemli bir karar olmuştur. Bu karar ile sözleşmeleri idare eden hukuk olan sözleşme statüsü ağırlık merkezi (*center of gravity*) yaklaşımıyla yer değiştirmiştir⁹²⁰.

Amerikan hukuk sisteminde kanunlar ihtilafı kuralları *Restatement* 'lar aracılığıyla düzenlenmiştir. II. *Restatement*'ın 187. bölümünde genel olarak tarafların uygulanacak hukuku kendilerinin belirlemesi kabul edilmiştir⁹²¹. Buna göre, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerini düzenlemek için seçtikleri devletin hukuku, tarafların sözleşmelerinde açık olarak düzenledikleri hak ve borçlarla ilgili olarak hukuk seçimi yapabilirler⁹²². Sözleşmeler alanında tarafların uygulanacak hukuku seçebilmeleri, II *Restatement*'ı ilkinden ayıran en önemli yeniliklerdendir⁹²³.

187. madde ilk cümlesinde tarafların ancak sözleşmede açık olarak düzenledikleri hususlarda uygulanacak hukuku seçebilecekleri düzenlenmişse de, maddenin 2. cümlesinde tarafların sözleşmede açık olarak düzenlemedikleri bir konuda da hukuk seçimi yapabilecekleri iki ihtimal düzenlenmiştir. İlk olarak tarafların seçtikleri hukukun ait olduğu devletin taraflarla veya işlemle önemli bir ilişkisinin bulunması ve tarafların seçiminin makul bir dayanağının olması halidir. Tarafların serbestçe hukuk seçebilecekleri bir diğer hal ise, seçilen hukukun, taraflar uygulanacak hukuku

⁹¹⁸Lando, 1976, **a.g.k.**, s. 511.

⁹¹⁹*Auten v Auten* 124 NE 2d 99 (NY 1954). Karar için bkz.: S. C. Symeonides (2009). A New Conflicts Restatement: Why Not? *Journal of Private International Law*, 5 (3), s. 386 - 387.

⁹²⁰Symeonides, 2009, **a.g.k.**, s.

⁹²¹Kono, 2012, **a.g.k.**, s. 415.

⁹²²Abrams, 2012, **a.g.k.**, s. 1115; M. Aygün (2016). ABD Kanunlar İhtilafı Hukukuna Kuramsal ve Metodolojik Bir Bakış: Çeşitli Teori ve Metodlar, II. *Restatement* ve Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20 (2), s. 156.

⁹²³M. Aygün (2001). ABD Kanunlar İhtilafı Hukukunda Akde Uygulanacak Hukuka İlişkin Currie'nin Devlet Menfaatinin Tahlili Teorisi ve En Sıkı İrtibatlı Hukuk. *Mahmut Tevfik Birsal'e Armağan*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, s. 157.

seçmeseydi 188. bölüme göre belirlenen devletin hukukuna aykırı politikalar içermemesidir. Buna göre mahkemelerin, taraflar uygulanacak hukuku seçmeselerdi, uygulanacağı tespit edilen hukukun belirli emredici hükümlerine uyması önerilmiş ve bu hukukun bazı temel politikalarını ifade eden kurallara uyulması gerektiğine vurgu yapılmıştır⁹²⁴. Tüm bu sınırlamalar ışığında 187. bölümde düzenlenen tarafların hukuk seçiminin geçerli olabilmesi için, seçilen hukukun taraflarla veya işlemle önemli bir ilişkisi olmalı veya bu hukukun seçilmesi için başka makul bir temel bulunmalıdır ve ayrıca seçilen hukuk, hukuk seçimi olmasaydı uygulanacak olan hukukun ait olduğu devletin temel politikasına aykırı olmamalıdır⁹²⁵.

Düzenlemenin üçüncü cümlesinde de taraflar aksini kararlaştırmadığı müddetçe seçilen hukukun ilgili devletin maddi hukuk kuralları olacağı başka bir ifadeyle atfin devreye girmediği düzenlenmiştir.

2.6.3.1.2. Genel kural

Amerikan hukukunda da tıpkı AB hukukunda olduğu gibi tarafların hukuk seçimine izin verilmiştir. Ancak iki hukuk sistemindeki farklılık olarak kanunun düzenlenme şekli dikkat çekmektedir. Roma Sözleşmesi ve Tüzüğünde uygulanacak hukukun objektif olarak tespit edilmesinde sözleşmeyi karakterize eden ifaya/edime ağırlık verilmişken, Amerikan hukukunda *Restatement*’ta sözleşmenin yapıldığı yer, müzakere yeri, sözleşme konusunun bulunduğu yer gibi olaydan olaya farklı değerlendirilebilecek kriterler benimsenerek daha açık uçlu bir yaklaşım benimsenmiştir. Öte yandan Avrupa düzenlemelerinde sözleşmede önem taşıyan edimi gerçekleştiren tarafın mutad meskeni veya işyerinin olduğu devlet sözleşme ile en sıkı ilişkili kabul edilir ve o devletin hukuku uygulanırken, Amerikan hukukunda sözleşmede öneme sahip olduğu tespit edilen edimin yapıldığı yerin sözleşme ile yakın ilişkisinin olduğu kabul edilir ve o yer hukuku uygulanır⁹²⁶. Avrupa düzenlemeleri ile II. *Restatement*, Roma I Tüzüğünde belli bazı sözleşme tiplerinin özel olarak düzenlenmesi bakımından da farklılaşmaktadır.

⁹²⁴Lando, 1976, **a.g.k.**, s. 519.

⁹²⁵Weintraub, 1997, **a.g.k.**, s. 1292.

⁹²⁶D. Solomon (2007). The Private International Law of Contracts in Europe: Advances and Retreats Proceedings of the Duke Law Center for International and Comparative Law and Tulane Law Review Symposium: The New European Choice-of-Law Revolution: Lessons for the United States: Contract and Tort Law. *Tulane Law Review*, 82 (5), s. 1714.

Restatement'ın 188. bölümünde uygulanacak hukukun taraflarca belirlenmemesi halinde sözleşmeye hangi hukukun uygulanacağı düzenlenmiştir. İlgili sözleşme ile en yakın bağı olan ülke hukukunun uygulanmasına dayalı esnek yaklaşım prensibi düzenlemede kendisini göstermektedir⁹²⁷. Düzenlemeye göre sözleşmeye uygulanacak hukuk işlem ve taraflarla en önemli ilişkiye sahip devletin maddi hukukudur⁹²⁸. Sözleşmeyle en önemli ilişkiye sahip devlet belirlenirken sözleşmenin yapıldığı yer, tarafların müzakere yeri, ifa yeri, sözleşme konusunun bulunduğu yer, tarafların ikametgahı, uyrukluğ, varsa işyerlerinin kuruluş yeri dikkate alınır⁹²⁹. Mahkeme bu faktörlere dayanarak uygulanacak hukuku tespit ederken devletlerarası sistemin ihtiyaçlarını, forumun ve diğer ilgili forumların ilgili politikalarını, tarafların haklı beklentilerini, söz konusu hukuk alanının temel kurucu ilkelerini, sonucun yeknesaklığı ve öngörülebilirliği ile tespit ve uygulama kolaylığını da dikkate alacaktır (*Restatement* 6)⁹³⁰.

2.6.3.2. ALI ilkeleri

ALI İlkeleri de sözleşmelere uygulanacak hukuk konusunda önceliği tarafların iradesine tanımaktadır. Fikri haklara ilişkin sözleşmelere tarafların seçtikleri hukuk uygulanır. 302. paragrafa göre taraflar uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra bile herhangi bir zamanda uygulanacak hukuku aralarında belirleyebilirler. Tarafların seçecekleri hukukun mutlaka taraflarla veya uyuşmazlıkla ilgili olması gerekmez. Ayrıca, ALI İlkeleri, *UNIDROIT* kuralları gibi devlet dışı kurumlarca oluşturulmuş kuralların da uygulanacak hukuk olarak seçilmesine izin vermektedir. Ancak yapılacak hukuk seçiminin üçüncü şahısların çıkarlarını olumsuz etkilememesi gereklidir⁹³¹.

Uygulanacak hukukun taraflarca seçilmemesi halinde fikri haklara ilişkin sözleşme, sözleşmeyle en yakın ilişkiye sahip ülkenin hukukuna tâbi olur. ALI ilkeleri bu noktada Avrupa Komisyonunun Aralık 2005'te sunduğu Roma I Tüzüğü teklifine benzer bir düzenleme getirmiştir. 315. paragrafın 2. cümlesine göre, fikri haklara ilişkin sözleşmeleri sözleşmeyle en yakın bağlantıya sahip hukuk uygulanır ve bu hukuk da fikri

⁹²⁷Asensio, 2013, **a.g.k.**, s. 323.

⁹²⁸D. F. Cavers (1974). The Common Market's Draft Conflicts Convention on Obligations: Some Preventive Law Aspects The Lawyering Process: A Festschrift in Honor of Louis M. Brown. *Southern California Law Review*, 48 (3), s. 623.

⁹²⁹Abrams, 2012, **a.g.k.**, s. 1118; Kono, 2012, **a.g.k.**, s. 415.

⁹³⁰Abrams, 2012, **a.g.k.**, s. 1118; Lando, 1976, **a.g.k.**, s. 510; Reimann, 1999, **a.g.k.**, s. 592.

⁹³¹Kono ve Jurčys, 2012a, **a.g.k.**, s. 167.

hakkı devreden veya lisans veren tarafın mutad meskeninin bulunduğu ülkenin hukukudur⁹³². Kono ve Jurčys bu düzenlemeyi hakkı devreden tarafın genellikle devir sözleşmesinin konusunu geliştiren taraf olmasıyla ve Avrupa düzenlemelerinde olduğu gibi bu tarafın karakteristik edim borçlusu olarak görülmesiyle açıklamıştır. Dolayısıyla uygulanacak hukukun taraflarca seçilmemesi halinde sözleşmeye karakteristik edim borçlusunun ikamet (*residence*) ettiği devletin hukuku uygulanacaktır⁹³³. Bu düzenleme Kono tarafından, karinenin gücü veya bu karinenin hangi durumlarda çürütülüp çürütülemeyeceği konusunda sessiz kalması sebebiyle eleştirilmiştir⁹³⁴.

2.6.4. Birleşik Krallık hukuku

Birleşik Krallık her ne kadar *Brexit* ile AB üyeliğinden ayrılmışsa da doktrinde 593/2008 sayılı Roma I Tüzüğü'nün, Birleşik Krallık hukukunda uygulanmaya devam edeceği belirtilmiştir⁹³⁵. Dolayısıyla Birleşik Krallık mahkemelerinin önüne fikri haklara ilişkin yabancılık unsuru barındıran sözleşmeden doğan uyuşmazlık geldiğinde mahkeme uygulanacak hukuku Roma I Tüzüğü'ne göre tespit edecektir. Ancak yine de AB'ye üyeliği olduğu dönemde dahi kendine has içtihat ve doktrin yorumlarına sahip Birleşik Krallık hukukunun da fikri haklara ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuka bakış açısının incelenmesini gerekli görmekteyiz.

İngiliz hukukunda sözleşmelere uygulanacak hukukun belirlenmesinde uygun hukuk doktrini (*proper law doctrine*)⁹³⁶ esas alınmıştır. Uygun hukuk doktrini İngiltere'de bir sözleşmenin uygun hukukunu belirlemede mahkemeye yardımcı olmak için üç kural geliştirmiştir. Buna göre önüne yabancılık unsuru içeren sözleşmeden doğan uyuşmazlıkta hâkim öncelikle tarafların uygulanacak hukuku açık bir şekilde seçip seçmediğine bakacak, ikinci olarak sözleşmede zımni hukuk seçimi olup olmadığını kontrol eder ve zımni hukuk seçimi de yoksa sözleşmenin en yakın ve gerçek bağlantısının olduğu ülkenin hukukunun uygulanmasına karar verecektir⁹³⁷. Uygun hukuk doktrinine göre sözleşmeye uygulanacak en uygun hukuk tarafların seçtikleri

⁹³²Metzger, 2010, **a.g.k.**, s. 172.

⁹³³Kono ve Jurčys, 2012a, **a.g.k.**, s. 167.

⁹³⁴Kono, 2012, **a.g.k.**, s. 415.

⁹³⁵Briggs, 2021, **a.g.k.**, s. 19.

⁹³⁶1951 tarihli Bonython v. Commonwealth of Australia (A.C. 201, 219) mahkeme kararında yapılan uygun hukuk doktrini açıklaması için bkz.: A. J. E. Jaffey (1984). The English Proper Law Doctrine and the EEC Convention. *International and Comparative Law Quarterly*, 33 (3), s. 531 vd.

⁹³⁷N. Richardson (1989). The Concept of Characteristic Performance and the Proper Law Doctrine. *Bond L. Rev.*, 1 (2), s. 284.

hukuktur⁹³⁸. Eğer tarafların açık veya zımni olarak seçtikleri bir hukuk yoksa sözleşmeye en uygun olan hukuk en yakın ve gerçek bağlantının olduğu ülkenin hukukudur. Peki bu ülke nasıl belirlenecektir? Bu bazen çok açık olabileceği gibi bazı durumlarda ifa yeri, sözleşmenin yapıldığı yer veya sözleşmenin dili gibi farklı unsurların ağırlığı ve niteliği dikkate alınarak belirlenebilir⁹³⁹.

2.6.5. İsviçre hukuku

2.6.5.1. Genel olarak

1987 tarihli İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunun 9. bölümünde borçlar hukuku düzenlenmiştir. Bu bölüm sözleşmeler ile başlar. 114. maddede tüketici sözleşmesi ve 115. maddede iş sözleşmeleri düzenlendikten sonra 116. maddede uygulanacak hukuka dair genel hüküm düzenlenmiştir. 116. maddenin ilk fıkrasına göre sözleşmeler tarafların seçtiği hukuk tarafından idare edilir. İkinci fıkra hukuk seçimin açık bir şekilde yapılması veya sözleşme hükümlerinden veya koşullardan kesin olarak anlaşılması gerektiğini başka bir ifadeyle zımni hukuk seçimini düzenlenmiştir⁹⁴⁰. Üçüncü fıkraya göre hukuk seçimi her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Hukuk seçimi sözleşmenin kurulmasından sonra yapılırsa, sözleşmenin kurulduğu andan itibaren geçmişe etkili olur. Üçüncü kişilerin hakları saklıdır.

117. maddede ise tarafların hukuk seçimi yokluğunda uygulanacak hukuka dair genel hüküm düzenlenmiştir. 117. maddenin ilk fıkrasında en sıkı ilişkili hukuk prensibi kabul edilmiştir. Buna göre, taraflar hukuk seçimi yapmamışsa, sözleşmeler en yakın ilişkinin olduğu devletin hukukuna tâbi olacaktır. Birer kaçış hükmü olarak gerek Kanunun 15. maddesi⁹⁴¹ gerekse 117. madde, sonrasında düzenlenen sözleşme türleri için esnek bir çözüm sunmaktadır.

Maddenin ikinci fıkrasında ise bu yakın bağlantının nasıl bulunacağına dair bir karine yer almaktadır. Düzenlemeye göre böyle bir bağlantı/ilişkinin, karakteristik edimi

⁹³⁸1860'larda İngiliz mahkemeleri, P. & O. Steam Navigation v. Shand (1865) kararında bir sözleşmeye uygulanacak hukukun, tarafların sözleşmeye tâbi olmayı amaçladıkları hukuk olduğunu belirtti. Karar için bkz.: Lando, 1996, **a.g.k.**, s. 56.

⁹³⁹Jaffey, 1984, **a.g.k.**, s. 535.

⁹⁴⁰A. Samuel (1988). The New Swiss Private International Law Act. *The International and Comparative Law Quarterly*, 37 (3), s. 686.

⁹⁴¹İstisna hükmü (*exception clause*) başlığını taşıyan bu maddeye göre, istisnai olarak, bu Kanunda atıfta bulunulan hukuk, tüm koşullar dikkate alındığında, davanın o kanunla çok gevşek bir bağlantısının olduğu ve davanın başka bir kanunla çok daha yakın bir bağlantısının olduğu açıkça görülüyorsa uygulanmaz. Bu hüküm, bir hukuk seçiminin yapıldığı durumlarda uygulanmaz.

ifa etmek zorunda olan tarafın mutad meskeni devletiyle veya bu taraf bir mesleki veya ticari faaliyetin ifasında sözleşme yapmışsa, bu tarafın işyerinin bulunduğu devletle kurulduğu karine olarak kabul edilmiştir. Mesela fikri haklara ilişkin sözleşmeler bakımından düşünülürse, fikri hakkın kullanımı sadece bir ülkede gerçekleşecekse ve lisans alanın iş yeri veya mutad meskeni bu ülkedeyse, objektif olarak tespit edilen kuraldan sapma mümkün olabilecektir⁹⁴².

Maddenin 3. fıkrasında ise karakteristik edimin anlaşılmasını kolaylaştıracak örnek sözleşme tipleri ve bunlardaki karakteristik edim borçluları gösterilmiştir. Mesela, mülkiyet devri sözleşmelerinde, devredenin edimi; mülkiyetin veya bir hakkın kullanımına ilişkin sözleşmelerde, bu tür bir kullanımı sağlayanın edimi; acentelik sözleşmelerinde, eser sözleşmelerinde ve diğer hizmet ifa sözleşmelerinde hizmet edimi; mevduat sözleşmelerinde emanetçinin edimi; garanti veya kefalet sözleşmelerinde, garanti veren veya kefilin edimi karakteristik edim niteliği taşıyacaktır. 117. maddenin ardından bazı özel sözleşme türleri düzenlenmiştir. Fikri ve sınai haklara ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuk da 122. maddede düzenlenmiştir.

2.6.5.2. İsviçre hukukunda fikri haklara ilişkin sözleşme statüsü

Maddenin ilk fıkrasına göre taraflar arasındaki fikri hakka ilişkin sözleşmeye uygulanacak hukuku aralarında kararlaştırabilirler. Eğer ki taraflar uygulanacak hukuku seçmemiş iseler fikri haklara ilişkin sözleşmelere uygulanacak objektif bağlama kuralı “*fikri hakkı devredenin mutad mesken hukuku*” olarak düzenlenmiştir⁹⁴³. İsviçre doktrininde ilgili maddenin (110. maddeden farklı olarak) sadece telif, patent veya marka gibi özel kanunlarla korunan hakların değil, özel bir kanun ile korunmayan “*know-how*” kullanımı, bunların devri veya internet alan adlarının devrini de kapsadığı ifade edilmiştir⁹⁴⁴. Öte yandan, bir fikri hakkın devredilip devredilemeyeceği yine hak statüsüne göre belirlenecektir.

⁹⁴²Müller-Chen ve Lüchinger, 2018, **a.g.k.**, s. 463.

⁹⁴³Çelikel ve Erdem, 2017, **a.g.k.**, s. 427.

⁹⁴⁴Müller-Chen ve Lüchinger, 2018, **a.g.k.**, s. 456.

Üç fıkradan oluşan maddenin ilk fıkrasına göre, fikri mülkiyete ilişkin sözleşmeler, fikri mülkiyet hakkını devreden veya lisans verenin mutad meskeninin bulunduğu ülkenin hukukuna tâbidir. Şirketlerde mutad meskenin yerine iş yeri hukuku uygulanır⁹⁴⁵.

İkinci fıkrasına göre tarafların hukuk seçimine izin verilmiştir. Üçüncü fıkrasına göre bir işveren ile bir çalışan arasında, çalışanın işini yapması sırasında yarattığı fikri mülkiyet haklarına ilişkin olarak akdedilen sözleşmeler, iş sözleşmesine uygulanan hukuka tâbidir. Ön koşul, gayri maddi varlığın işçi tarafından iş sözleşmesinin ifası bağlamında yaratılmış olmasıdır. Bu sözleşmeler için iş sözleşmesine uygulanacak hukukun uygulanması zorunludur⁹⁴⁶.

Her ihtimalde başka bir ifadeyle gerek tarafların uygulanacak hukuku seçmelerinde gerekse uygulanacak hukukun objektif metoda göre belirlenmesinde tespit edilen hukuk İsviçre'nin kamu düzenine (m. 17) ve doğrudan uygulanan kurallarına (m. 18) aykırı olamaz⁹⁴⁷.

122. maddenin 2. fıkrasında fikri haklara ilişkin sözleşmelerde tarafların uygulanacak hukuku seçebilecekleri düzenlenmiş fakat başka bir açıklama getirilmemiştir. Bu sebeple hukuk seçiminin sınırları konusunda hukuk seçimine dair genel hükümde yer alan sınırlamalara bakmak yararlı olacaktır.

Kanunun 116. maddesi uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesini düzenlemiştir. Maddenin ikinci fıkrasında açık hukuk seçiminin yanında sözleşmenin hüküm ve koşullarından kesin olarak anlaşılabilen zımni hukuk seçimine de izin verilmiştir. Fikri haklara ilişkin sözleşen taraflar hukuk seçimini sözleşmeden önce veya sonra diledikleri zaman yapabilirler ancak bunun sınırı üçüncü kişilerin haklarıdır. Eğer hukuk seçimi sözleşme kurulduktan sonra yapılırsa, seçilen hukuk sözleşmenin kurulduğu andan itibaren geçerli hale gelir.

Uygulanacak hukukun taraflarca seçilmemesi halinde fikri haklara ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuk objektif metoda göre belirlenir. Kanunun 122. maddesinin ilk fıkrasına göre, fikri hakkı veya kullanımını devreden tarafın edimi

⁹⁴⁵Düzenleme taslak aşamasındayken hak statüsü ile uyumlu olması için sözleşmeye uygulanacak hukukun da hakkın devredildiği veya kullanımına izin verildiği devletin hukukuna tâbi olması öngörülmüşse de, lisans veren devlet olarak İsviçre'nin korunması için düzenleme son halini bu şekilde almıştır. Detaylı bilgi için bkz.: Müller-Chen ve Lühinger, 2018, **a.g.k.**, s. 462.

⁹⁴⁶Müller-Chen ve Lühinger, 2018, **a.g.k.**, s. 467.

⁹⁴⁷Charbon ve Sidler, 2012, **a.g.k.**, s. 1053.

karakteristik edim olarak kabul edilmiştir ve hakkı veya kullanımını devreden tarafın mutad meskeninin bulunduğu devletin hukuku uygulanacaktır.

Sözleşmelerin şekline uygulanacak hukuk ise 124. maddede düzenlenmiştir. Maddede sözleşmenin şeklen geçerliliği birbirine alternatif⁹⁴⁸ olacak şekilde 3 fıkra halinde düzenlenmiştir. Buna göre sözleşmeler kendilerine uygulanacak hukukta veya akdedildiği yer hukukunda belirtilen şartları taşımaları halinde geçerlidir (m. 124/f. 1). Farklı ülkelerde bulunan kişiler arasında akdedilen sözleşmenin şekli, bu ülkelerden birinin hukukunda belirtilen şartları sağlaması halinde de geçerlidir (m. 124/f. 2). Öte yandan üçüncü fıkra sözleşmenin şekli, zayıf tarafı korumak için getirilen uygulanacak hukuk kuralında, münhasıran sözleşmenin kendisine uygulanan hukuka tâbidir (m. 124/f. 3).

3. DEĞERLENDİRME

Fikri hak kapsamında olan bir konuya uygulanacak hukukun tespitinde konunun hak ile ilgili ve sözleşme ile ilgili olan bölümleri birbirinden ayrılarak incelenmiştir. Bu bölümde ilk olarak fikri haklarla ilgili uyuşmazlığın çözümünde geleneksel olarak kabul edilmiş ülkesellik ilkesi ve bu ilkenin gerek uluslararası metinlere gerekse ülke mevzuatlarına etkileri incelenmiştir. Genel olarak ilgili kanunun geçerli olduğu devletin ülkesinde uygulanması anlamına gelen ülkesellik fikri haklar alanında geniş kabul görmüş ve hukuk düzenlerinde de esas alınmıştır. Bu alanda ülkeselliğin geniş kabul görmesinin en temel sebeplerinden birisi bu hakların doğumunda egemenin bahsettiği bir imtiyaz olmasında yatmaktadır. Zamanla bu imtiyaz kendisini hakların, hakkın doğacağı fikrin tescil edilmesi ile doğmasına evrilmiştir. Ülkesellik ilkesi fikri haklar alanında kabul edilen Bern Sözleşmesi ve sınai haklar için kabul edilen Paris Sözleşmesinde de esas olarak kabul edilmiştir. Konumuz bakımından önemli olan Bern Sözleşmesine göre fikri haklar ülkeseldir ve bunun sonucu olarak bir devletin ülkesinde varlığı kabul edilen haklar o devletin ülkesinde korunur.

Yabancılik unsuru taşıyan fikri haklara ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun tespiti için yapılan öneriler arasında en çok *lex loci protectionis* başka bir ifadeyle koruma yeri hukuku ve *lex originis* menşe ülke hukuku bağlama noktaları önerilmiştir. Bunlardan *lex loci protectionis* kuralının aynı hakları idare eden hukuk

⁹⁴⁸Müller-Chen ve Lüchinger, 2018, **a.g.k.**, s. 468.

olarak kabul edilen *lex rei sitae* ve haksız fiilleri idare eden *lex loci delicti*'nin bir yansıması olduğu da doktrinde tartışılmışsa da, gayri maddi mal üzerindeki mutlak hak olmaları sebebiyle aynı hak olarak görmediğimiz fikri haklarda geçerli olacak *lex loci protectionis* kuralının *lex rei sitae*'den ziyade *lex loci delicti* ile çakıştığını kabul etmekteyiz.

Kanunlar ihtilafına dair mevzuatlarında özel düzenleme bulunmayan devletler Bern Sözleşmesinde yer alan düzenlemeleri uzun süre *lex loci protectionis* kuralı olarak yorumlamış ve kendilerini bu kuralla bağlı görmüşler de çeşitli mahkeme kararları ve doktrinde Sözleşmenin açık bir kanunlar ihtilafı kuralı içermediği belirtilmiştir. Biz de çalışmamızda Bern Sözleşmesinde taraf devletleri uygulamakla yükümlü kılan bir ihtilaf kuralının varlığını kabul etmeden açıklamalarımızı gerçekleştirdik. Bu alanda doğacak yabancılik unsuru içeren uyuşmazlıklara uygulanacak hukuku belirleyecek bağlama noktası olarak *lex originis* başka bir ifadeyle menşe yeri hukuku da önerilmiştir. Bern sözleşmesine göre bir eserin menşe yeri eserin ilk yayınlandığı yer ve yayınlanmayan bir eser söz konusuysa hak sahibinin vatandaşlığına sahip olduğu devlet menşe ülke olarak kabul edilir.

Görüldüğü üzere karşılaştırmalı hukukta fikri haklar konusunda ülkesellik kabul edilmiş bir hakkın varlığı ve ihlali konuları iddia edilen devletin hukukuna göre çözüme kavuşturulacağı genel kabul görmüştür. Hal böyle olmakla birlikte bazı konularda sadece *lex loci protectionis* kuralı tek başına çözüm sağlamamaktadır. Özellikle bir uyuşmazlıkta fikri hakkının ihlal edildiğini iddia eden tarafın hak sahipliği konusu bir önsorun olarak doğduğunda bu kişinin hak sahibi olup olmadığı sorununun koruma yeri hukukuna göre çözülmesi ihtimalinde, ilgili fikri hakkın her ihlal edildiği devlete göre hak sahibinin de değişeceğinin kabul edilmesi gerekir. O sebeple hak sahipliğinin belirlenmesinde her ihlal durumunda değişen hukuktan ziyade tek bir hukukun varlığının kabulü ve dolayısıyla fikri hakların ülkeselliğinden kopma meydana gelecektir. Hak sahibinin belirlenmesinde eserin ilk kez yayınlandığı veya kamuya arz edildiği yer menşe ülke olarak kabul edilmeli bu şekilde bir dışavurum olmaması halinde de eser sahibinin kişisel statüsü dikkate alınmalıdır. Hak sahipliğini idare eden hukuk aynı zamanda ilgili hakların kapsamına ve devredilebilirliğine de karar vermelidir.

Fikri hakkın ihlali durumunda ise *lex loci protectionis*'in söz sahibi olacağı açıktır. Birden fazla yerde gerçekleşen televizyon yayıncılığı veya internet ihlallerinde ise hakkın

birden fazla yerde ihlal edilmesi söz konusu olacaktır. Televizyon yayıncılığında genel olarak yayının gönderildiği yer olarak gönderme yeri hukuku uygulanır. Fakat internet söz konusu olduğunda bunun suistimale açık olması dolayısıyla bu kural pek kabul edilmemiştir. *Lex loci protectionis*'in tek başına kabul edilmesi birden fazla ülkenin hukukunun uygulanmasına yol açacaktır. Bu konuda en uygun çözüm ALI ve CLIP ilkelerinde de ortak olarak önerilen uyuşmazlıkla en sıkı ilişkili hukukun uygulanmasıdır. Mahkeme uyuşmazlıkla en sıkı ilişkili hukuku tespit ederken çeşitli unsurların da bu hukukun ülkesi ile kesişip kesişmediğini kontrol edecektir.

Karşılaştırmalı hukuk incelendiğinde *common law* ülkelerinde fikri haklara ilgili uyuşmazlıkların çözümü uzun bir süre mahkemelerin yetkisiyle ilgili görülmüş ve bu haklarda geleneksel olarak kabul edilen ülkesellik ilkesi gereği mahkemeler yetkisizlik kararı vermiştir. Bu düşünceye göre fikri haklara ilişkin kurallar ülkeseldir. Dolayısıyla bu hakların varlığı tanınması ihlali ancak kendisini tanıyan hukuk düzeninin geçerli olduğu devletin mahkemelerinde görülebilir ve değerlendirilebilir. Başka bir devletin egemenlik alanına giren ve o devletlerde yapılan resmi işleme dayanan konularda (*act of state doctrine*) bu devletlerin mahkemeleri ülkeselliği katı bir şekilde yorumlayıp uyuşmazlıklarda kanunlar ihtilafı sistemini işletmemiştir. Zamanla özellikle davalı veya davacı taraftan birisinin bu ülkelerde ikamet etmesi durumunda davayı görebilmek adına farklı yaklaşımlar gelişmiştir. Bunlardan birisi öncül eylem teorisidir (*predicate act theory*). Buna göre fikri haklara ilişkin kanunlar yine ülkeseldir (*territorial*) ve yine kanunlar ihtilafı sistemi işletilmez. Ancak ülke dışında gerçekleşen bir fikri hakkın ihlalinin ilk adımı *for*'un ülkesinde başlıyorsa bu durumda mahkeme kendisini yetkili görür ve ülkesi dışında gerçekleşen uyuşmazlığa kendi ülkesinin hukukunu sınır aşıcı şekilde (*extraterritorial*) uygular. Her ne kadar mahkemelerin en azından kendilerini yetkili görüp yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıkları çözmeleri doktrin tarafından olumlu karşılanmışsa da kanunlar ihtilafı sistemini işletmemeleri ve milletlerarası özel hukuk adaletinin sağlanması adına gerekli olması halinde yabancı hukuku uygulamaları eleştirilmiştir. Yine mahkemelerin zaman zaman *lex loci originis* ve *lex loci protectionis*'e dayanarak verdiği kararlar mevcuttur ve çalışmada yer verilmiştir.

Kıta Avrupasında ise fikri hakların varlığının tanınması ve korunmasında *lex loci protectionis* kabul edilmiştir. Avrupa ülkelerinde Roma II Tüzüğünde de fikri hakların korunmasında ülkesellik kabul edilmiş ve uygulanacak hukuk olarak korumanın talep

edildiği yer hukuku düzenlenmiştir. Ancak fikri hakların korunmasında tarafların hukuk seçimine izin verilmemiştir. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanununda ise fikri hakların korunmasında koruma yeri hukukunun uygulanacağı kabul edildikten sonra ihlalden doğan zararların tazmini için tarafların *for*'un hukukunu uygulanacak hukuk olarak seçebilecekleri düzenlenmiştir. Kanunun genel hükmü olan 15. maddesine göre korumanın talep edildiği yer hukukundan daha sıkı ilişkili bir hukukun varlığı halinde mahkeme ilgili hukuku da uygulayabilecektir.

Öte yandan fikri haklara ilişkin uyuşmazlıklar sözleşmelere konu olmaları ile de doğabilir. Fikri haklara ilişkin sözleşmelerde genel olarak taraflara uygulanacak hukuku seçme imkânı tanınmıştır. Tarafların uygulanacak hukuku seçmemeleri halinde ise uygulanacak hukukun ne olacağı hukuk sistemlerinde farklı düzenlenmiştir. *Common law* hukuk sisteminde sözleşmeye sözleşmenin en sıkı ilişkili olduğu hukuk başka bir ifadeyle en uygun hukuk (*proper law*) uygulanacaktır. Bu hukuk sisteminde en sıkı ilişkili hukukun tespitinde her somut olayda çeşitli kriterler dikkate alınarak belirleme yapılır. Avrupa Birliğinde ise konu Roma I Tüzüğünde düzenlenmiştir. Buna göre sözleşmeye uygulanacak hukuk karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukukudur. Karakteristik edim borçlusu her somut olayda ayrı tespit edilecektir. Çok çeşitli şekillerde düzenlenebilen fikri haklara ilişkin bu şekilde genel bir hüküm getirilmesi bizce de uygundur. Öte yandan karakteristik edimin tespit edilememesi halinde mahkeme en sıkı ilişkili olunan ülkenin hukukunu uygulayacaktır. Karakteristik edim borçlusunun tespit edilmesi durumunda belirlenen devletten daha sıkı ilişkiye sahip başka bir devletin varlığı halinde ilgili devletin hukuku uyuşmazlığa uygulanacaktır. İsviçre Kanununda ise konuya ilişkin özel düzenleme yer almaktadır. Buna göre uygulanacak hukuk fikri hakkını devreden tarafın mutad meskeni hukukudur. Ancak mahkeme daha sıkı ilişkili hukuku tespit ederse de o hukuk somut olaya uygulanacaktır.

İKİNCİ BÖLÜM
TÜRK HUKUKUNDA
TELEVİZYON PROGRAMLARI VE SİNEMA YAPIMLARINDAN
DOĞAN VE YABANCILIK UNSURU TAŞIYAN UYUŞMAZLIKLARA
UYGULANACAK HUKUK

1. GENEL OLARAK

Türk mahkemelerinin yabancılık unsuru içermeyen sinema yapımları ve televizyon programlarından doğan uyuşmazlıkları vasıflandırması çalışmanın giriş bölümünde anlatılmıştı. Bu durumda mahkemeler genellikle ilgili uyuşmazlığın konusunun eser olduğuna kanaat getirirse çözümü için FSEK'in eser korumasına ilişkin hükümlerine gitmektedir. Öte yandan konusu doğrudan eser olmamakla birlikte ilgili konulardan doğan uyuşmazlıklarda ise Türk mahkemeleri çoğu zaman haksız rekabet hükümlerine gitmektedir. Benzer şekilde söz konusu uyuşmazlığın yabancılık unsuru içermesi durumunda Türk hâkiminin, *lex fori*'ye göre yapacağı vasıflandırma sonucu, konusu eser olan bir hak ihlali söz konusu ise MÖHUK'un 23. maddesine göre, konusu eser olan bir sözleşmeye ilişkin uyuşmazlık söz konusu ise 28. maddesine göre uygulanacak hukuku tespit edeceği; konusu eser olmayan fakat eser ile ilişkili uyuşmazlıkta haksız rekabet hükümlerine ve konusu eser olmayan fakat eser ile ilişkili sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda ise 24. maddeye göre uygulanacak hukuku tespit edeceği düşünülebilir. Yapılacak vasıflandırma somut olayın özelliklerine göre kimi zaman çok belirgin olabilmektedir. Farazi bir örnekle durumu açıklamak gerekirse, henüz umuma arz etmediği belgesel filmi konusunda arkadaşının görüşünü merak eden yönetmen Aysel, filmini yönetmen arkadaşı *Hans*'a bir CD içinde vermiştir. Aysel'in çok güvendiği *Hans* ise bu belgesel film üzerinde çok ufak değişiklikler yaparak filmi kendisinden iş bekleyen *Netflix*'e yayınlaması için vermiş ve aralarında lisans sözleşmesi imzalanmıştır. Verilen örneğe benzer bir uyuşmazlık önüne gelen mahkeme olayı Türk hukukuna göre vasıflandırdığında açıkça fikri hakkın ihlalinin doğan bir uyuşmazlığın varlığına karar vererek uygulanacak hukukun tespiti için MÖHUK'un 23. maddesine gidecektir.

Ancak bazı durumlarda ilgili uyuşmazlıkta birbiri ile yarışan talepler söz konusu olabilmektedir. Mahkemenin önüne gelen uyuşmazlıkta hem bir fikri hakkın ihlali hem de haksız rekabet fiili söz konusu olabileceği gibi, taraflar arasındaki bir sözleşmenin yanı sıra haksız rekabete yol açan davranış da bulunabilir. Bizim düşüncemize göre böyle bir

durumda uyuşmazlıktan doğacak talepler birbiri ile yarışır haldedir. Başka bir ifade ile, davacı taraf talebini açık bir şekilde belirttiği müddetçe mahkeme konusu eser olan bir hak ihlalinde de haksız rekabet hükümlerini uygulayabilecektir. Hatta taraflar arasında bir sözleşme olsa bile, davacının açıkça talep etmesi halinde, taraflar arasındaki uyuşmazlığa uygulanacak hukuk haksız rekabet hükümlerine göre tespit edilebilecektir. Burada tekrar belirtmek gerekir ki davacının bu yönde açık talebi olması halinde mahkeme uyuşmazlığı haksız rekabete ilişkin bir uyuşmazlık olarak ele alacaktır. Uygulanacak hukuka göre de ilgili olayda haksız rekabetin gerçekleşip gerçekleşmediği belirlenecektir. Ancak davacı tarafından bu yönde belirli, spesifik, özel bir koruma talep edilmemişse mahkeme ona göre karar verecektir. Konuyu bir örnekle açıklamak gerekirse, format sahibi Serdar beyi düşünelim. Serdar bey yabancı bir televizyon kanalı ile iletişime geçerek format fikrinden bahsetmiştir. Televizyon kanalı ise bu formatı detaylı bir şekilde incelemek üzere format belgesinin fiziken gönderilmesini talep etmiştir. Formatını yabancı televizyon kanalına gönderen Serdar bir zaman sonra ilgili kanalda kendi programının, kendisine haber verilmeden yayınlandığını görünce Türkiye’de dava açmıştır. Böyle bir ihtimalin varlığı halinde mahkeme öncelikle uyuşmazlık konusunun eser olup olmadığını *lex fori*’ye göre vasıflandıracaktır. Bu noktada bizim görüşümüze göre, uyuşmazlığın konusu mahkeme tarafından ister eser olarak vasıflandırılınsın isterse eser olmadığına karar verilsin, davacının açıkça bir talebinin olması ve uyuşmazlıkta görünürde şartlarının da varlığı halinde haksız rekabet hükümlerine de gidilebilecektir⁹⁴⁹. Belirtmek gerekir ki televizyon programları veya bu programların formatlarının Türk mahkemesi tarafından fikri eser olarak vasıflandırılmaması durumunda ise uygulanacak hukukun tespiti MÖHUK’un 37. maddesine göre haksız rekabete uygulanacak hukuka göre yapılacaktır.

Yukarıda açıklanan görüşler sebebiyle, Türk mahkemesi önüne televizyon program formatları ve sinema yapımlarından doğan bir uyuşmazlık geldiğinde, eğer ki olayda ilk bakışta şartların da gerçekleştiği görülüyorsa, davacı için taleplerin yarışması söz konusu olacaktır. Bu durumda şartları gerçekleşmesi halinde, davacının da talebi üzerine mahkeme uygulanacak hukuku hak statüsüne göre (MÖHUK m. 23), sözleşmenin

⁹⁴⁹Aşağıda haksız rekabet anlatılırken de değinileceği üzere Sargın bu örneği, programa dönüşen formatın televizyon aracılığıyla yayınlanması halinde hedef kitlenin aldatılacağını ve bu yayının da piyasa üzerinde etkisi doğacağını ifade etmektedir. Sargın, 2020, **a.g.k.**, s. 140.

konusuna göre sözleşme statüsüne göre (MÖHUK m. 28/m. 24) ve haksız rekabet statüsüne göre tespit edecektir.

1.1. Hak Statüsü (MÖHUK m. 23)

Türk hukukunda yabancılık unsuru içeren fikri haklara uygulanacak hukuk 5718 sayılı MÖHUK'un 23. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, fikri haklardan doğan uyuşmazlıklar hangi ülkenin hukukuna göre koruma talep ediliyorsa, o ülkenin hukukuna tâbidir. Ancak taraflar, ilgili fikri mülkiyet hakkının ihlal edilmesinin ardından doğan talepleri hakkında uygulanacak hukuk olarak Türk hukukunu seçebilecektir. İlgili düzenlemeyi açıklamaya geçmeden önce 5718 sayılı MÖHUK öncesi döneme bakmak bugünü değerlendirmek açısından yararlı olacaktır.

1.1.1. 5718 sayılı MÖHUK öncesi dönem

5718 sayılı MÖHUK 2007 yılında yürürlüğe girene dek yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tespiti 2675 sayılı MÖHUK ve çeşitli kanunlarda bulunan hükümler aracılığıyla yapılmaktaydı. 2675 sayılı MÖHUK'ta fikri haklara uygulanacak hukuka dair herhangi bir özel düzenleme söz konusu değildi. Ancak 5718 sayılı Kanunun 64. maddesi ile yürürlükten kalkan ve “kanunlar ihtilafı” başlığını taşıyan FSEK'in 88. maddesi vardı. Yürürlükten kaldırılan düzenlemeye göre FSEK hükümleri:

“1. Eser sahibinin vatandaşlığı gözetilmeksizin Türkiye’de ilk defa umuma arzedilen ve Türkiye’de bulunupta henüz umuma arzedilmemiş olan bütün eserlerle Türkiye’de bulunan bütün mektup ve resimlere;

2. Türk vatandaşlarının henüz umuma arzedilmemiş yahut ilk defa Türkiye dışında umuma arzedilmiş bütün eserlerine;

3. Türkiye Cumhuriyetinin bağlı bulunduğu milletlerarası bir andlaşmada uygun hükümler bulunmak şartıyla yabancılardan henüz umuma arzedilmemiş veya ilk defa Türkiye dışında umuma arzedilmiş bütün eserlerine uygulanır.

Eser sahibinin mensup bulunduğu devletin, Türk eser sahiplerinin haklarını kâfi derecede koruması veya milletlerarası bir andlaşmanın yabancı eser sahiplerine taallük eden hususlarda istisna ve tahditlere cevaz

vermesi hallerinde Bakanlar Kurulunca bu maddenin birinci ve üçüncü bentleri hükümlerinden istisnalar yapılması kararlaştırılabilir.”

İlk fıkrasının 1. ve 3. bentleri yabancı eser sahipleri hakkında da düzenleme barındıran “ihtilaf kuralı” başlığı taşıyan bu madde yürürlükte olduğu dönem doktrin tarafından gerçek bir ihtilaf kuralı mı yoksa yabancılar hukuku kuralı mı olduğu hususunda tartışılmıştır. Doktrinde bazı yazarlar ilgili maddenin kanunlar ihtilafı kuralı olduğunu, bazı yazarlar ise maddenin bir ihtilaf kuralı olmadığını aksine olsa olsa yabancılar hukuku kuralı olacağını savunmuşlardır. Kanunu hazırlayan *Hirsch*’e göre bu kural ihtilaf kuralıdır. Ünal Tekinalp de, maddenin tek yanlı bir bağlama kuralı olduğunu iddia etmiş⁹⁵⁰; Gülören Tekinalp ise düzenlemeler arasında bir ayırım yaparak, 1. fıkranın ilk bendinin çok yanlı bir milletlerarası özel hukuk kuralı olduğunu fakat 2. bendin bu özelliğinin olmadığını ifade etmiştir⁹⁵¹. Hatta her iki yazar da, sadece hakkın korunması değil sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda da FSEK’in 88. maddesi uyarınca FSEK hükümlerinin uygulanacağını ancak bunun istisnasının tarafların aralarındaki uyuşmazlığa (mülga) MÖHUK m. 24 uyarınca uygulanacak hukuku seçmelerini göstermiştir⁹⁵². Dardağan ise, ilgili maddenin kanunların ihtilafı sorununu çözmekten çok eserin menşe ülkesini belirleyen kıstaslar ortaya koyan ve Türk hukukunun "menşe ülkesi hukuku" sıfatıyla uygulandığı halleri belirten yabancılar hukuku düzenlemesi olduğunu belirtmiştir⁹⁵³. Bizce de FSEK’in bu mülga düzenlemesi Kanunun uygulanma sınırını çizmekte ve adeta FSEK’in ülkeselliğini vurgulamaktadır. Eser sahibi yabancı olsa bile, eseri Türkiye’de bulunuyorsa ve umuma arz edilmemişse veya ilk defa Türkiye’de umuma arz edilecekse doğacak uyuşmazlıklara FSEK hükümleri uygulanacaktır. Ayrıca kanun maddesi sadece Türk hukukunun uygulanacağı halleri düzenlemekte ve Türk hukukunun uygulanmaması durumunda uygulanacak hukukun hangi devletin hukuku olduğuna dair bir çözüm getirmemektedir. Her ne kadar ihtilaf kuralı maksadıyla düzenlenmiş olsa da, kural FSEK’in ne zaman uygulanacağını göstermekte ve uygulanmadığı zamanlarda hangi hukukun uygulanacağı konusunda sessiz kalmaktadır⁹⁵⁴.

⁹⁵⁰Tekinalp, 2002, **a.g.k.**, s. 50.

⁹⁵¹Tekinalp, 2006, **a.g.k.**, s. 272.

⁹⁵²Tekinalp, 2002, **a.g.k.**, s. 45; Tekinalp, 2006, **a.g.k.**, s. 271 - 272.

⁹⁵³Dardağan, 2000, **a.g.k.**, s. 158 - 159.

⁹⁵⁴Benzer görüş için bkz.: Okutan, 1999, **a.g.k.**, s. 240.

Mülga Kanun döneminde 1991 tarihinde verilmiş bir kararda uyuşmazlığa FSEK'in 88. maddesi uygulanmıştır. Kararda⁹⁵⁵ merkezi Londra'da bulunan R. F. *Distributors Ltd.* Şirketinin (RFD) Türkiye temsilcisi olan davacı, şirketin üzerinde hak sahibi olduğu T. B. ve T. Q. M. İsimli video filmlerin davalı tarafından izinsiz bir şekilde çoğaltılarak ticari dolaşıma sokulması nedeniyle FSEK m. 68'e dayanarak ihlal edilen mali haklarının tazminini istemiştir. Mahkeme burada kararını oluştururken hem Bern Sözleşmesinin 4. maddesinin ilk fıkrasına hem de FSEK'in 88. maddesine dayanarak karar vermiştir. FSEK'in 88. maddesi uyarınca, hak sahibi davacının mali haklarına davalı tarafından tecavüzde bulunulduğu için, davacının FSEK'ten doğan haklarını kullanabileceğine karar verilmiştir. Kararda her ne kadar belirtilmemişse de mahkeme muhtemelen burada 88. maddenin ilk fıkrasının 3. bendine dayanarak karar vermiştir. Buna göre, ilk defa Birlik üyesi bir devlette umuma arz edilen filmler Türkiye'de ihlal edildiği için yabancı eser sahibi /davacı, FSEK'ten kaynaklanan haklarını kullanabilmiştir.

1.1.2.5718 sayılı Kanun – MÖHUK m. 23

1.1.2.1. Madde düzenlemesinin yeri

MÖHUK sistematığında kanunlar ihtilafı kuralları 2. bölümde başlamakta ve 40. maddeye dek devam etmektedir. Sırasıyla ehliyet (m. 9), vesayet, kısıtlılık ve kayyımlik (m. 10), gaiplik ve ölmüş sayılma (m. 11) kişinin hukukuna; nişanlanma (m. 12), evlenme (m. 13), boşanma (m. 14), evlilik malları (m. 15), soybağı konusu (m. 16 ve 17), evlat edinme (m. 18) ve nafaka (m. 19) aile hukukuna ve 20. maddede ise miras hukuku konuları düzenlenmiştir. Devam eden maddenin başlığı aynı haklardır. Sözleşmelere uygulanacak hukukun düzenlendiği 24. maddeye kadar 22. maddede taşıma araçları ve 23. maddede fikri mülkiyete ilişkin haklara uygulanacak hukuk düzenlenmiştir. Haksız fiiller ise 34. madde ve devamında düzenlenmiştir. Dolayısıyla 23. maddede yer alan düzenlemenin haksız fiilin özel bir türü olarak görülmeden düzenlendiği açıktır. Peki düzenleme aynı hak olarak mı görülmüştür? MÖHUK'ta fikri haklara uygulanacak hukuk kuralı, Kanunda bu şekilde bir başlıklandırma olmamakla birlikte, doktrin tarafından eşya hukuku kapsamında incelenmektedir. Bir önceki başlıkta İsviçre hukuku anlatılırken de açıklandığı üzere mehz İsviçre Kanununda da 7. bölüm mülkiyet haklarına (*property law*) uygulanacak hukuku düzenlemekte ve içeriğinde de taşınır ve taşınmaz mallardan

⁹⁵⁵Y. 11.HD., E. 1990/1645, K. 1991/4238, T. 21.06.1991. Karar için bkz.: Erdil, 2005, **a.g.k.**, s. 807 - 808.

doğan uyuşmazlıklarda mahkemelerin yetkisi, uygulanacak hukuk ve yabancı mahkeme kararlarının etkisi düzenlenmiştir. 8. bölümde ise ayrı bir bölüm olarak fikri mülkiyet başlığıyla düzenleme yer almakta, içerisinde hakkın ihlali halinde doğacak taleplere ilişkin düzenleme yer almasına rağmen haksız fiilin bir türü olarak görülmemektedir.

AB hukukunda ise konu haksız fiillere uygulanacak hukuku düzenleyen Roma II Tüzüğünde (m. 8) kendisine yer bulmuştur. Konu doktrinde de tartışmalıdır. Nomer ve Güngör, aynı haklarla ilgili uyuşmazlıklar söz konusu olduğunda uygulanacak hukukun tespitinde *lex rei sitae* başka bir ifadeyle eşyanın bulunduğu yer hukukunun söz sahibi olduğunu⁹⁵⁶, fikri mülkiyet hakları da aynı hak olduğuna göre yine *lex rei sitae* kuralının geçerliliğini koruduğunu ve bunun ülkesellik ilkesinin bir yansıması olduğunu ifade etmiştir⁹⁵⁷. Tekinalp kitabının mülga Kanun döneminde yapılan baskısında “fikri mülkiyete ilişkin mutlak haklar” başlığı altında aynı hakları idare eden *lex rei sitae*’nin fikri mülkiyete ilişkin mutlak haklara da uygulanıp uygulanmayacağını, konuyu hakların meydana gelişi, muhtevası, devredilmesi ve sona ermesi ile hakların korunması şeklinde ikiye ayırarak incelemiştir⁹⁵⁸. Yazara göre, fikri hakların meydana gelişi, muhtevası, devredilmesi ve sona ermesine uygulanacak hukuk tıpkı aynı haklarda olduğu gibi *lex rei sitae*’ye göre belirlenmelidir. Buradaki *lex rei sitae*’den anlaşılması gereken, hakkın iktisap edildiği, devir edildiği veya sona erdiği yerin hukukudur⁹⁵⁹. Hakkın korunmasına uygulanacak hukuk ise korumanın talep edildiği yer hukukudur⁹⁶⁰.

Çelikel / Erdem ise gayri maddi mallar ile maddi malların mülkiyeti rejiminin benzerlik gösterdiğini ifade etmektedir⁹⁶¹. Bizce de benzerlik olmakla birlikte, maddi olmayan mallar kategorisinde olan fikri eserler üzerindeki hakların görünüşü maddi mallarda olduğundan farklıdır. Türk hukukuna göre sadece maddi mallar eşya olarak kabul edilir⁹⁶². “Kişiye eşya üzerinde doğrudan hakimiyet sağlayan haklara aynı haklar

⁹⁵⁶Güngör, 2021, **a.g.k.**, s. 172; Nomer, 2017, **a.g.k.**, s. 302.

⁹⁵⁷Nomer, 2017, **a.g.k.**, s. 312.

⁹⁵⁸Tekinalp, 2006, **a.g.k.**, s. 269.

⁹⁵⁹Tekinalp, 2006, **a.g.k.**, s. 269.

⁹⁶⁰Tekinalp, 2006, **a.g.k.**, s. 270.

⁹⁶¹Çelikel ve Erdem, 2017, **a.g.k.**, s. 361 - 362.

⁹⁶²Haklar haklar farklı şekilde tasnif edilmektedir. Öncelikle ilk ayrım kamu hakları ve özel haklar ayrımıdır. Özel haklar da kendi içinde birçok tasnife tâbi tutulmaktadır. Bu tasniflerden biri de mahiyetlerine göre özel haklardır. Mahiyetlerine göre özel haklar mutlak haklar ve nisbi haklar olarak ayrılır. Mutlak hakların bir kolu olan mallar üzerindeki haklar ise maddi mallar üzerindeki mutlak haklar ve maddi olmayan mallar üzerindeki mutlak haklardır. Maddi mallar üzerindeki mutlak haklar aynı haklardır. Maddi olmayan mallar üzerindeki mutlak hakların kapsamına ise fikri haklar girer.

denir⁹⁶³.” Aynı hakların konusu eşyadır ve bu özelliği ile fikri haklardan ayrılır⁹⁶⁴. Dolayısıyla, fikri ürünler eşya olmadığı için üzerindeki hak da aynı hak değil fakat mutlak haktır⁹⁶⁵. Eser üzerindeki mutlak hak, manevi ve mali hakları içerir. Dolayısıyla fikri haklar aynı hak değildir fakat mutlak haktır. Belki de 23. maddenin bir üst başlığı olarak mutlak haklar ibaresi getirilseydi daha uygun olurdu fikri akla gelse de aşağıda görüleceği üzere hükmün uygulanma alanı da sadece hakkın varlığına ilişkin olmayıp ekseriyetle hakkın ihlale uğraması ve sonucunda hak sahibinin zararının tazminine yöneliktir. Hatta maddenin 2. fıkrasının lafzında da “ihlalden doğan talepler” diyerek uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesine sınırlı olarak izin verilmiştir. Dolayısıyla bu hükmün yeri, eşya üzerinde kurulan aynı hakların devamı yerine, haksız fiilin düzenlendiği genel hüküm olan 34. maddenin devamında olsaydı daha isabetli olurdu. Bu sebeple konunun aynı haklarla birlikte düzenlenmesi kanunun sistematigi açısından tartışmaya açıktır. Bizce fikri haklara uygulanacak hukuku düzenleyen ihtilaf kuralı MÖHUK’un içinde, uyuşmazlık konusu ihlal eyleminden sonra doğacağı için, haksız fiile dair genel hükmün ardından özel bir haksız fiil türü olarak düzenlenmesi daha doğru olurdu.

1.1.2.2. Objektif bağlama kuralı – m. 23/f. 1

5718 sayılı MÖHUK’un 23. maddesi, 2675 sayılı Kanunda yer verilmeyen “Fikrî mülkiyete ilişkin haklara uygulanacak hukuk” başlıklı yeni bir maddedir⁹⁶⁶. Maddenin ilk fıkrasına göre fikri mülkiyete ilişkin haklar, hangi ülkenin hukukuna göre koruma talep ediliyorsa o hukuka tâbidir denilerek koruma ülkesi başka bir ifadeyle *lex loci protectionis* bağlama noktası olarak kabul edilmiştir. Genel kabule göre fikri haklara ilişkin uyuşmazlıklardan fikri hakkın varlığı, ortaya çıkması, elde edilmesi, içeriği, devri ve sona ermesi gibi konular fikri hakkın korunmasının talep edildiği ülke olan koruma ülkesi hukukuna tâbi olacaktır⁹⁶⁷. Maddenin gerekçesinde de bu düzenleme ile “kanunlar ihtilâfi hukuku bakımından konuya ilişkin milletlerarası sözleşmelerde ve Türk

⁹⁶³İfade aynen alınmıştır. Detaylı açıklama için bkz.: Sirmen, 2017, **a.g.k.**, s. 1. Benzer tanım için bkz.: Oğuzman vd., 2017, **a.g.k.**, s. 1.

⁹⁶⁴E. Ömeroğlu (2017). *Aynı Haklara Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Yargı Merciiinin Tayininde İrade Serbestisi Prensibi* (1. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, s. 12.

⁹⁶⁵Tekinalp, 2002, **a.g.k.**, s. 6.

⁹⁶⁶B. Tiryakioğlu, M. Aygün ve E. Küçük (2022). *Türk Uluslararası Özel Hukuk Mevzuatı* (15. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 90.

⁹⁶⁷R. Aybay ve E. Dardağan (2008). *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)* (2. Baskı). İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 248; Çelikel ve Erdem, 2017, **a.g.k.**, s. 359; Doğan, 2019, **a.g.k.**, s. 395; Nomer, 2017, **a.g.k.**, s. 312; Şanlı, 2019, **a.g.k.**, s. 260; Tekinalp, 2016, **a.g.k.**, s. 266.

hukukunda da benimsenen "ülkesellik prensibi" ile uyum sağlanmıştır" ifadesi yer almıştır⁹⁶⁸.

Yabancılık unsuru içeren fikri hakların ihlaline ilişkin uyuşmazlık Türk mahkemesinin önüne geldiğinde ve mahkemenin de milletlerarası yetkisinin varlığı kabul edildiğinde uygulanacak hukuk MÖHUK'un 23. maddesine göre belirlenecektir. Örneğin, Amerikan müzikal filmi olan *La La Land* filminin Türkiye'de bir lisede müzik dersi kapsamında her sene gösterildiğini düşünelim. Kendilerinden izin alınmadan bu şekilde bir gösterim yapıldığını haber alan filmin yapımcıları, mali haklarından olan temsil haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle Türkiye'de dava açmışlardır. Uyuşmazlık önüne gelen mahkeme, uyuşmazlık konusu eser üzerinde doğan bir hak olduğu için, bu hakkın ihlaline uygulanacak hukuku da MÖHUK'un 23. maddesine göre belirleyecektir. 23. maddeye göre uygulanacak hukuk korumanın talep edildiği ülkenin hukukudur. Yapımcılar mali haklarının Türkiye'de ihlal edildiğini ve burada korunması gerektiğini iddia etmektedir. Dolayısıyla yapımcıların taleplerine Türk maddi hukuku olarak FSEK hükümleri uygulanacaktır. FSEK'in 33. maddesi temsil serbestisini⁹⁶⁹ düzenlemektedir. Düzenlemeye göre yayınlanmış eserler, eğitim ve öğretim kurumlarında yüz yüze eğitim ve öğretim amacıyla, eser ve sahibinin adı verilerek icra edilebilir. Bu amaçla gerçekleşen temsillerde, temsilden önce hak sahibinden izin alınması veya hak sahibine herhangi bir bedel ödenmesi zorunlu değildir⁹⁷⁰. Bu düzenlemeye göre Türk hâkimi, davacılarıdan izin alınmadan gerçekleştirilen bu temsilin telif hakkını ihlal etmediğine karar verecektir.

1.1.2.3. Hukuk seçimi kuralı – m. 23/f. 2

23. maddenin 2. fıkrasında fikri hakkın ihlal edilmesi konusu düzenlenmiştir. Buna göre, hakkın ihlal edilmesinin ardından taraflar forumun hukukunu uygulanacak hukuk olarak seçebilirler. Mehaz İsviçre Kanununun 110. maddesinin 2. fıkrasında da tarafların

⁹⁶⁸Tiryakioğlu vd., 2022, **a.g.k.**, s. 90.

⁹⁶⁹Temsil serbestisine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Ö. Yalınkılıç ve H. K. Yıldız (2021). *Fikri Haklar Kapsamında Fikrin Korunması Sorunsalı ve FSEK Kapsamında Korunan Eserlerin Eğitim-Öğretim Amacıyla Kullanımı* (1. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 43 vd. FSEK'te eser sahibine tanınan hakların kamu düzeni, kamu yararı ve özel menfaat gerekçeleri ile sınırlandırılabilmesi düzenlenmiştir. Kişisel kullanım istisnası ve kamuya açık alanlardaki uygulamalı sanat eserlerine yönelik sınırlama örneği için bkz.: P. Karaaslan (2020). Üç Boyutlu Yazıcıların Uygulamalı Sanat Eseri Üretmek Amacıyla Kullanılması - Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Kapsamında İnceleme. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15 (193-194), s. 1251 - 1256.

⁹⁷⁰Yalınkılıç ve Yıldız, 2021, **a.g.k.**, s. 44.

fikri hakkın ihlalinin ardından mahkemenin hukukunun uygulanmasını kararlaştırabilecekleri düzenlenmiştir.

23. maddenin 2. fıkrasında fikri mülkiyete ilişkin haklarda sınırlı hukuk seçimi düzenlenmiştir⁹⁷¹. Tarafların hukuk seçimi üç açıdan sınırlandırılmıştır⁹⁷². Birinci sınır konu itibariyle sınırdır. Bu sınır çerçevesinde taraflar sadece fikri hakların ihlâlinden doğan talepleri ileri sürülebilecektir. İkinci sınır süre itibariyle sınırdır, taraflar sadece fikri hakların ihlâli süreci sonrasında hukuk seçebilecektir. Üçüncü sınır ise, hukuk seçimi itibariyle sınırdır ve taraflar sadece mahkemenin hukukunu uygulanmasını seçebilirler.

İhlalden doğan taleplere ilişkin tarafların uygulanacak hukuk olarak forumun hukukunu seçmeleri durumunda bu hukukun ihlale ilişkin hangi hususları kapsayacağına dair doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre sadece ihlalden doğan talepler değil, fikri hak ihlalinin olup olmadığı sorusunu da seçilen hukuka tâbi kılmak gerekir⁹⁷³. Ancak bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, taraflar mahkeme hukukunun uygulanmasını seçmiş olsalar bile, davacının fikri hakka sahip olup olmadığı, sahipse davalının bu fikri hakkı ihlal edip etmediği konusu hangi hukuka göre koruma talep edilmişse o hukuka göre; ihlalden doğan talepler ise tarafların seçtikleri hukuk olan Türk hukukuna göre karara bağlanacaktır⁹⁷⁴. Gerek maddenin lafzı, gerekse ihlalin tespit edilmesinde kabul edilen *lex loci protectionis* kuralına bağlılık sebebiyle seçilen *for* hukuku sadece ihlalden doğan taleplere uygulanabilecektir. Gerçekten de *lex loci protectionis* kuralının amacı zaten bir hakkın korunmasının beklendiği ve dolayısıyla ihlal iddiasında bulunulmasını sağlayan bir kuraldır. Bu kuraldan ayrılarak ihlalin olup olmadığının da (belki de ilgisiz) *for* hukukuna bırakmak fikri haklarda kabul edilen ülkesel koruma ile de çelişecektir. Fikri mülkiyet hakkının ihlalinin ardından doğabilecek taleplere örnek olarak tazminat, zararın giderilmesi, ihlalin önlenmesi veya durdurulması gibi talepler gösterilebilir⁹⁷⁵.

⁹⁷¹Fikri hakları aynı hak olarak nitelendiren yazarlar, bu düzenlemenin Türk Hukuku'nda aynı haklar alanında ilk ve tek hukuk seçimi olduğunu ifade etmişlerdir. Bkz.: Tekinalp, 2016, **a.g.k.**, s. 336.

⁹⁷²Burada tarafların uygulanacak hukuku seçebilmelerine sadece forum hukuku bakımından izin verildiği için Tüzüner buna “çok sınırlı hukuk seçimi” ifadesini kullanmıştır. Bkz.: Ö. Tüzüner (2011). *Faydalı Modelin Korunması ve Faydalı Modelin Korunmasına Uygulanacak Hukuk* (1. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 425 - 429.

⁹⁷³Tekinalp, 2016, **a.g.k.**, s. 338 - 339. Benzer görüş için bkz.: S. Kıran (2015). Fikri Mülkiyet Haklarına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk. *Akademik Teklif Hukuk ve İdari Bilimler Dergisi* 2(4), s. 173.

⁹⁷⁴Nomer, 2017, **a.g.k.**, s. 313.

⁹⁷⁵Erdem, 2002, **a.g.k.**, s. 120.

Madde düzenlemesi farklı açılardan doktrinde tartışılmıştır. Maddeye dair doktrinde getirilen tartışmalardan biri aynı madde içinde farklı konuların düzenlendiği, aslında bu konuların birbirinden ayrı konular olduğu ve dolayısıyla farklı düzenlemelere tâbi olması gerektiğidir. Maddenin lafzında koruma ve ihlal kavramları geçtiği için her ne kadar sadece fikri hakkın ihlalinde söz sahibi olacağı gibi bir algı oluşuyorsa da, ilgili madde sadece fikri hakların ihlalinde değil, fikri hakkın varlığı ve sona ermesi gibi konularda da söz sahibi olacaktır⁹⁷⁶. Bu noktada doktrinde iki konunun farklı düzenlemelere tâbi olduğu da ileri sürülmüştür. Göğer, gayri maddi mallar üzerindeki hakkın doğumu ve sona ermesi konusunu menşe memleketin hukuku idare etmelidir ve yazara göre menşe ülke açıklanmış eserler için eserin dağıtım yeri, henüz açıklanmamış eserler içinse eser sahibinin milli hukukudur⁹⁷⁷. Kaplan'a göre, bir fikri hakkın hangi koşullar altında varlığının kabul edileceğine karar veren ülke hukuku ile bu hakkın ihlal edilmesi halinde hangi hukukun uygulanacağı konusu birbirinden farklıdır⁹⁷⁸. Erdem'e göre ise fikri hakkın varlığı ile bu hakkın ihlali halinde uygulanacak hukuk konusunun birbirinden ayrılması mümkün değildir ve bu sebeple fikri hakkın varlığı, sona ermesi ve korunması konusu aynı hukuka başka bir ifadeyle korunmanın talep edildiği ülke hukukuna tâbi olacaktır⁹⁷⁹. Şanlı'ya göre ise, bu ayrımlar pratikte fark yaratmayacak hangi görüş esas alınırса alınsın bir devletten koruma beklemek için o devletin o hakkı tanıyor olması gerekecektir. Dolayısıyla hakkın varlığı sorunu ile o hakkın ihlaline uygulanacak hukuk aynı sonuca ulaştıracaktır⁹⁸⁰.

Burada akla birkaç soru gelmektedir. İlk soru, fikri hak ihlali söz konusu olduğunda taraflar neden sadece forumun hukukunu uygulanacak hukuk olarak seçebilir? Bir diğer soru ise, fikri hakkın ihlal edilmesini düzenleyen hukuk kuralında mahkemelere neden mehz İsviçre Kanununun 15. maddesinde yer aldığı gibi bir kaçış kuralı imkânı getirilmemiştir?

Her ne kadar hukuk seçme imkânı sınırlandırılmışsa da şu hususlar üzerinde durmayı gerekli görmekteyiz. Madde metninden de anlaşıldığı üzere 2. fıkra bir hakkın ihlalinin ve bu ihlalden doğan zararın tazmininden bahsetmektedir. Dolayısıyla burada

⁹⁷⁶Şanlı, 2019, **a.g.k.**, s. 259 - 260.

⁹⁷⁷Göğer, 1977, **a.g.k.**, s. 283.

⁹⁷⁸Kaplan, 2004, **a.g.k.**, s. 167 - 168.

⁹⁷⁹Erdem, 2002, **a.g.k.**, s. 38 - 39.

⁹⁸⁰Şanlı, 2019, **a.g.k.**, s. 260.

düzenlenen husus aslında haksız fiilin özel bir türüdür. Haksız fiillere ilişkin yapılan düzenlemelerde taraflara tanınan hukuk seçme imkânı için doktrinde hukuki kesinlik, açıklık ve öngörülebilirlik sağlanabileceği ifade edilmiştir⁹⁸¹. Genel haksız fiil türleri için getirilen bu imkân haksız fiilin özel bir türü olan fikri hakkın ihlalinde de elbette tartışılabilirdir. Özellikle fikri haklar söz konusu olduğunda taraflar hak ihlal edilmeden önce sözleşme ilişkisi içerisinde olabilirler. Amerika'daki bir film ajansını düşünelim. Bu ajanstaki reklam filmleri bölümünden, yeni çıkan bir telefon modeli için reklam filmi yapmaları istendiğini farz edelim. Grubun bu reklam filmi fikri üzerinde 3 ay çalışmasının ardında grubun çalışanlarından biri olan ve 10 senedir bu şirkette çalışan Türk vatandaşı (A) 3 aylık izne ayrılır ve Türkiye'ye döner. Türkiye'ye döner dönmez (A) ilgili telefonun reklam filmini Türkiye'de hiçbir ajansa bağlı olmadan kendi bütçesi ile çeker ve reklam yayınlanır. Bunu gören Amerikan şirketinin Türkiye'ye gelip dava açmak istediğini ve Türk mahkemesinin de kendisini yetkili gördüğünü kabul edelim. Bu durumda Amerikan şirketi hak iddiasında bulunur ve hakkı Türkiye'de ihlal edildiği için hakkının burada korunmasını talep eder. M. 23/f. 1'e göre uygulanacak hukuk Türk hukukudur. Taraflar da elbette m. 23/f. 2 uyarınca uygulanacak hukuk olarak forumun hukukunu başka bir ifadeyle yine Türk hukukunu uygulanacak hukuk olarak seçebilirler. Öte yandan hak sahibi ile ihlal eden kişi arasında 10 yıldır süren bir sözleşme ilişkisi vardır. Mahkeme bu sözleşmesel ilişkiyi dikkate alamaz mı? Yıllardır Amerika'da ve bir iş ilişkisi içinde yaşayan kişilerin arasındaki hak ihlalinin doğan zararların tazmininin belirlenmesinde uygulanacak hukuk olarak taraflar neden başka hukuku mesela bu örnekte Amerikan hukukunu seçemezler?

Burada elbette tarafların hukuk seçmesi hususunu biz de sadece fikri hakkın ihlalinin doğan talepler bakımından tartışmaktayız. Tüm bu soruların cevabı taraflardan birinin (hak sahibi gibi) dezavantajlı konumda olması olamaz çünkü milletlerarası özel hukukta zayıf tarafın korunması prensibi gözetilerek tarafların uygulanacak hukuku seçebilmelerine imkân tanınmaktadır. Karşılaştırmalı hukukta da fikri ve sınai haklar tarihsel süreçte devletlerin kamu politikasının bir parçası ve ülkesel niteliği sebebiyle tarafların uygulanacak hukukta söz sahibi olmaları kabul edilmemiştir⁹⁸². Ancak özellikle fikri haklar için düşünüldüğünde, bu haklar tarihsel süreçte ortaya çıktıklarında egemen

⁹⁸¹Matulionyté, 2013, **a.g.k.**, s. 82.

⁹⁸²Matulionyté, 2013, **a.g.k.**, s. 83.

tarafından bahşedilen birer imtiyaz hakkıyken ve elbette egemenden yetki aldığı için devletin egemenliği ile ilgili iken günümüzde artık böyle bir durum da söz konusu değildir. Sınai haklar için, bu hakların varlığından bahsedebilmek için hâlâ ilgili devletin yetkili makamları tarafından tescil işleminin yapılması gerekli ise de, fikri hak için böyle bir durum söz konusu değildir.

Reklam filminin senaryosunun yazılması, planının oluşması ve çekilmesi neticesinde reklam filmi ve üzerindeki hak doğmuştur. Bu filmin sahibi hak sahibi olabilmek için ne markalarda olduğu gibi bir yere tescil işleminde bulunmuştur ne de bir otoriteden izin almıştır. Hâkimin yabancı hukuku uygularken şartları gerçekleştiğinde her zaman kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kuralları devreye sokabileceğini akılda tutarak⁹⁸³, fikri haklarda devlet egemenliğinin söz konusu olduğu ve dolayısıyla tarafların bu konu üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacağı gerekçesini, bu örnek üzerinden gidildiğinde mantıklı bulmuyoruz çünkü verilen örnekte artık devletlerin değil kişilerin ve hatta şirketlerin menfaatleri ön plandadır. Ayrıca uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesi, taraflar için adaleti sağladığı ve uluslararası ticareti kolaylaştırdığı için, özel tarafların kendi çıkarları konusunda neyin en iyi olduğunu bildikleri varsayıldığından, uluslararası özel hukuk kapsamında genel olarak ve giderek artan bir şekilde kabul edilmektedir. Fikri hakkı aynı hak olarak kabul etmediğimiz için genel olarak aynı haklarda hukuk seçiminin kabul edilmemiş olmasını da gerekçe olarak kabul etmemekteyiz; kaldı ki bu bölümde taraflara getirilmesini tartıştığımız hukuk seçme imkanını da hak ile ilgili olarak değil sadece haksız fiilden doğan zararların tazmini için gündeme getirmekteyiz.

Yukarıda bahsi geçen ALI ve CLIP gibi uluslararası çalışma grupları da telif haklarının ihlaline ilişkin davalarda, ihlalden doğan taleplere uygulanmak üzere, tarafların uygulanacak hukuku seçebilmelerinin yararlı olabileceğine karar vermişlerdir. ALI ve CLIP tarafından sunulan önerilerin çoğu hem ihtilaf ortaya çıktıktan sonra (*ex post*) hem de böyle bir ihtilaftan önce (*ex ante*) hukuk seçimine izin vermektedir.

İkinci soruya dönecek olursak, fikri hakkın ihlalini haksız fiilin bir türü olarak kabul ettiğimizde bu uyuşmazlığa uygulanacak hukukun tespitinde neden daha sıkı ilişkili

⁹⁸³Örneğin, üçüncü bir devletin seçilmiş hukuku, korunan ülkenin kamu düzenine aykırı cezai tazminata hükmediyorsa, koruyucu ülkenin mahkemesi, bir kamu düzeni istisnası temelinde, bu zararların verilmesini reddetmeyi düşünebilir. Örnek için bkz.: Matulionyté, 2013, **a.g.k.**, s. 86.

hukuk kuralının getirilmediği de tartışmaya açıktır. İngiltere’de yaşayan İngiliz vatandaşı (A)’nın İngiliz iş arkadaşı (B)’yi de yanına alarak Marmaris’e tatile geldiğini düşünelim. (A) Marmaris’te tatil yaptığı esnada Türkiye’nin sahillerini anlatan bir belgesel fikri tasarladığını ve ilerleyen günlerde bunu bilgisayarına kısa notlar halinde kayıt ettiğini ve hatta bu fikrinden iş arkadaşı (B)’ye de bahsettiğini farz edelim. İkili İngiltere’ye döndükten sonra işyerinden ayrılan (B) Türkiye’ye gelip belgeseli çekerken durumu sosyal medyadan öğrenen (A) Türkiye’ye gelip bu kişiye dava açarsa fikrinin korunmasını talep ettiği yer Türkiye’dir ve Türkiye’de fikri hakkının korunması gerektiğini iddia eder. Bu durumda mahkeme m. 23/f. 1’e göre Türk hukukunu uygular. Ancak taraflar uygulanacak hukuk olarak forumun hukukunu başka bir ifadeyle yine sadece Türk hukukunu seçebilirler. Öte yandan taraflar arasında ortak bir vatandaşlık ve iş geçmişi söz konusudur. Yaşadıkları çevre bile aynıdır. İhlal edilen hak ile İngiltere, Türkiye’ye nazaran elbette daha yakın ilişkiye sahiptir. Ancak Kanunun açık lafzı sebebiyle mahkeme hâkiminin olaya uygulayabileceği tek hukuk Türk hukukudur.

Sonuç olarak, uluslararası grupların önerdiği gibi, belirli konular hariç tutularak ve belli önlemler alınarak, fikri hakların ihlalinde de taraflara hukuk seçimi imkanının getirilmesine katı yaklaşmamak gerekir. Öncelikle taraflarca seçilen uygulanacak hukuk ile fikri hakların temelinde yatan kamu politikalarının ihlal edilebileceği düşüncesi yine milletlerarası özel hukuk alanına özgü kurumlar olan kamu düzeni istisnası ve doğrudan uygulanan kuralların devreye girmesi ile önlenebilecektir. Yine bir hakkın ihlali meselesi hakkın özü ile ilgili olduğundan tıpkı CLIP önerisinde olduğu gibi hukuk seçiminin kapsamı dışında bırakılabilir. Zayıf tarafı korumak adına, önceden var olan ilişki için seçilen uygulanacak hukukun fikri haklardan doğan uyuşmazlığa da uygulanabilmesi için her iki tarafın da tacir olması gibi bir şart getirilebilir. Ayrıca yine uygulanacak hukukun seçilmesi durumunda üçüncü kişilerin haklarının bundan zarar görmeyeceği de ayrıca düzenlenebilir.

1.2. Sözleşme Statüsü (MÖHUK m. 28)

1.2.1. Genel olarak

2675 sayılı mülga MÖHUK döneminde fikri haklara ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuku düzenleyen özel bir hüküm olmadığı için mülga Kanunun sözleşmelere uygulanacak hukuku düzenleyen 24. maddesi bu sözleşmelere

uygulanmıştır⁹⁸⁴. Ancak 5718 sayılı MÖHUK'un 28. maddesinde fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuk özel olarak düzenlenmiştir⁹⁸⁵. 5718 sayılı MÖHUK'un 24. maddesinde sözleşmelere uygulanacak hukuku düzenleyen genel hüküm yer alır. Devamında sırasıyla taşınmazlara ilişkin sözleşmeler (m. 25), tüketici sözleşmeleri (m. 26), iş sözleşmeleri (m. 27), fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler (m. 28), eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeler (m. 29) ve temsil yetkisi (m. 30) konuları düzenlenmiştir.

Fikri haklara ilişkin sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk MÖHUK'un 28. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili maddeye dair açıklamalara geçmeden önce hak statüsü (MÖHUK m. 23) ve sözleşme statüsü (MÖHUK m. 28) arasındaki ayırım ve ilişkiye dair de açıklama yapmak gerekmektedir⁹⁸⁶. Fikri haklarla ilgili olarak bir yanda fikri hakkın varlığı, içeriği ve kapsamı ile süresi, devir konusu ve devir koşullarını düzenleyen fikri hak statüsü vardır. Fikri hak statüsü MÖHUK'un 23. maddesine göre korumanın talep edildiği devletin hukukudur. Öte yandan, borçlar hukukunun kapsamında olan, taraflar arasındaki sözleşmeye dayalı ilişkileri düzenleyen sözleşme statüsü vardır. 28. maddeye göre taraflarca seçilen hukuk yoksa, başka bir hukuk ile daha yakın bir bağlantı olmaması şartıyla, fikri hakkını devreden tarafın işyeri hukuku yoksa mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku sözleşmeyi idare eder. Bu iki hukukun aynı uyuşmazlıkta söz konusu olması durumunda hangi konulara hak statüsünün hangi konularda sözleşme statüsünün uygulanması gerektiğine dair İsviçre doktrininde açıklama getirilmiştir. Buna göre fikri hakkın devredilip devredilemeyeceği ve nasıl devredileceği, kısmi devrin mümkün olup olmadığını veya zorunlu bir lisansın verilmesinin gerekip gerekmediği gibi konular hakka ilişkin olduğu için hak statüsüne

⁹⁸⁴Toker, 2022, **a.g.k.**, s. 59.

⁹⁸⁵Çörtoğlu Koca *franchise* sözleşmelerinin de fikri ve sınai haklara ilişkin sözleşme niteliğinde olduğunu ve bu sözleşmelerde karakteristik edimi gerçekleştiren tarafın *franchise* alan taraf olduğunu kabul ettikten sonra, MÖHUK'un 28. maddesi bu gibi sözleşme durumlarına uygun düşmediği için, MÖHUK'un 28. maddesinde yer alan özel düzenleme yerine bu sözleşmelerin MÖHUK m. 24'deki genel kurala tâbi olmasının daha yerinde olacağını ifade etmiştir. Bkz.: Koca, 2013, **a.g.k.**, s. 243 - 245. Karşı görüş ve detaylı analiz için bkz.: Şahan, 2018, **a.g.k.**, s. 473 - 475.

⁹⁸⁶Burada bölme teorisi (*splitting theory*) ve birlik teorisinden (*unit theory*) bahsetmek gerekir. Birlik teorisinin temsilcileri, taraflar arası ilişkide hem borçlandırıcı işlem hem de tasarruf işlemi (hakların devrini) sözleşme statüsüne tâbi tutmaktadır. Bununla birlikte, üçüncü şahıslar karşısında, fikri haklara ilişkin hukuk, hakların devri için hâlâ belirleyici olarak kabul edilir. Bölünme teorisinin temsilcileri ise, borç ve tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı bağlanması gerektiğini vurgulamaktadır. Detaylı bilgi için bkz.: Müller-Chen ve Lüchinger, 2018, **a.g.k.**, s. 460 - 461.

tâbi olacaktır⁹⁸⁷. Kural, korumanın talep edildiği ülke hukukunun, sözleşmenin üçüncü şahıslar karşısındaki etkilerine, mesela sözleşmeden doğan kullanım hakkı verilmiş olsa bile, hak sahibinin fikri hakkın belirli bir kullanımına karşı çıkma yetkisinin olup olmadığı ilişkin tüm konularda karar vermesidir. Özellikle eser sahibine sözleşmeyle üçüncü bir şahsa eserde değişiklik yapma veya işlenmiş eser yaratmak için kullanma hakkı vermiş olsa bile eserde kişiliğini ihlal edecek her türlü tahrifata karşı çıkma hakkını veren manevi hakka ilişkin konularda hak statüsü söz sahibi olacaktır⁹⁸⁸.

Sözleşme statüsü ise özellikle sözleşmenin kurulmasını, içeriğini, geçerliliğini ve sona ermesini yönetmektedir⁹⁸⁹. Öte yandan, lisans veren fikri hakkının ihlal edildiğini iddia ederse, bu tür ihlal sorunu hak statüsüne tâbidir. Sözleşme statüsü ayrıca sözleşmenin yorumlanmasını yönetir. Örneğin sözleşme aracılığıyla münhasır veya basit bir lisansın verilip verilmediği veya tarafların niyetine göre bilinmeyen yeni kullanımlarına da telif hakkının devriyle birlikte onay verilip verilmediğine sözleşme statüsü karar verir⁹⁹⁰. Ancak burada tekrar vurgulamak gerekir ki, sözleşme statüsünün karar vereceği husus tarafların bu yönde bir iradesinin olup olmadığıdır, yoksa yukarıda açıklandığı üzere devredilen mali hakkın yeni teknolojik ürünlerde de eserin kullanılıp kullanılmayacağına izin verilmesi hak statüsüne tâbidir. Eğer hak statüsü buna izin veriyorsa tarafların bu yeni kullanım modelinden de yararlanmayı sağlayıp sağlamadıklarının yorumu sözleşme statüsüne göre yapılacaktır. Fikri hakkı veya kullanımını devralan tarafın, hakkı kullanmak zorunda olup olmadığı konusu da sözleşme statüsüne göre belirlenir⁹⁹¹.

28. maddenin başlığı “fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler”dir. MÖHUK’un 28. maddesinin gerekçesinde, “(TRIPS), fikir ve sanat eserleri ile sınai mülkiyet hakları ayrımını kaldırarak, bunların tümünü bünyesinde “fıkrî mülkiyet” kavramı altında toplaması ve bu görüşün Türk literatüründe olduğu gibi Türk mevzuatında da kabul görmesi” gösterilmiştir. Daha önce de ifade ettiğimiz görüşümüze göre, mülkiyet eşya üzerinde maddi mallar üzerinde kurulan bir haktır. Dolayısıyla biz çalışmamızda fikri ürünler için mülkiyet kavramını kullanmayı tercih etmiyoruz. Gayri maddi mallar

⁹⁸⁷Müller-Chen ve Lüchinger, 2018, **a.g.k.**, s. 459.

⁹⁸⁸Müller-Chen ve Lüchinger, 2018, **a.g.k.**, s. 459.

⁹⁸⁹Müller-Chen ve Lüchinger, 2018, **a.g.k.**, s. 459.

⁹⁹⁰Müller-Chen ve Lüchinger, 2018, **a.g.k.**, s. 459.

⁹⁹¹Müller-Chen ve Lüchinger, 2018, **a.g.k.**, s. 460.

üzerindeki hakları fikri haklar ve sınai haklar olarak ayırdığımızda da, fikri haklardan 5846 sayılı FSEK kapsamında korunan eserlerden doğan hakları anlamaktayız. Türk hukukunda fikri hak sahibi kişinin mali hakkının yanında manevi hakları da önem arz ettiği için telif hakları terimini, karşılaştırmalı hukuk anlatılırken gerekli olduğunda kullanmayı tercih etmekteyiz.

Fikri haklara ilişkin sözleşmeler ya bu hakkın ya da hakkın kullanımının devrini konu edinen sözleşmelerdir. Hakkın devrini içeren sözleşme türlerine örnek olarak hasılat kirası, ariyet (kullanım ödöncü), satım gösterilebilir, hakkın kullanımının devrini içeren sözleşmeler ise lisans/ruhsat sözleşmeleridir⁹⁹². Söz konusu sözleşmelerin yabancılık unsuru içermesi durumunda uygulanacak hukuk MÖHUK'un 28. maddesi uyarınca tespit edilecektir. MÖHUK'un 28. maddesine göre:

“Fikrî mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir.

Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, fikrî mülkiyet hakkını veya onun kullanımını devreden tarafın sözleşmenin kuruluşu sırasındaki işyeri, bulunmadığı takdirde, mutad meskeni hukuku uygulanır. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme bu hukuka tâbi olur.

İşçinin, işi kapsamında ve işinin ifası sırasında meydana getirdiği fikrî ürünler üzerindeki fikrî mülkiyet haklarıyla ilgili işçi ve işveren arasındaki sözleşmelere, iş sözleşmesinin tâbi olduğu hukuk uygulanır.”

28. maddenin ilk fıkrasında fikri haklara ilişkin sözleşmelerde tarafların uygulanacak hukuku seçebilmesi düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise, sözleşmelere uygulanacak hukukta genel olarak benimsenen karakteristik edim borçlusu esas alınarak kural oluşturulmuştur. Ancak yine mahkemenin sözleşmenin başka bir hukuk ile daha sıkı ilişkili olması halinde o hukuku uygulaması gerektiği istisna kuralı düzenlenmiştir. Üçüncü fıkrada ise bir iş sözleşmesi kapsamında meydana getirilen fikri ürün üzerindeki fikri hakka ilişkin olarak kurulan sözleşmelere dair özel bir düzenleme

⁹⁹²Çelikel ve Erdem, 2017, **a.g.k.**, s. 374; Nomer, 2017, **a.g.k.**, s. 338.

getirilmiştir. MÖHUK'un 28. maddesinde her ne kadar taraflara aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuku seçme imkânı verilmişse de, sözleşme konusu hakkın varlığı, doğumu, içeriği, geçerliliği ve sona ermesi gibi konularda yine önceki bölümlerde anlatılan koruma ülkesi hukukunun uygulama alanı bulacağı⁹⁹³ akılda tutulmalıdır. Dolayısıyla 28. maddenin uygulanmasında ve kapsamının belirlenmesinde, fikri haklarda hâkim olan ülkesellik ilkesi gereği, koruma ülkesi hukukunun sınırlayıcı etkisi bulunmaktadır⁹⁹⁴. Mesela, taraflar arasındaki uyuşmazlığa konu olmuş sözleşmedeki fikri hakkın veya kullanımının devredilip devredilemeyeceği, kısmi devrin mümkün olup olmadığı, hakkı iktisap etme ehliyeti ve tasarruf işlemi konuları koruma ülkesi hukukuna tâbi olacaktır⁹⁹⁵.

MÖHUK'un 28. maddesinde düzenlenen sözleşme statüsü sadece tarafların sözleşme ile ilgili, sözleşmenin meydana gelişi, geçerliliği, içeriği, yorumu, sözleşmenin hukuki sonuçları gibi konuları yönetecektir⁹⁹⁶. Sözleşmenin şekil bakımından geçerliliği ve tarafların sözleşme yapma ehliyeti ise sözleşme statüsü kapsamında değildir. Sözleşmenin şekil bakımından geçerli olup olmadığı konusu MÖHUK'un şekle uygulanacak hukuku düzenleyen hükmü m. 7'ye göre, tarafların sözleşme yapma ehliyetine sahip olup olmadıkları ise m. 9'a göre belirlenecektir⁹⁹⁷.

1.2.2. Hukuk seçimi

Fikri haklara ilişkin sözleşmelerde de MÖHUK irade özerkliği ilkesini benimsemiştir. 28. maddenin ilk fıkrasına göre fikri haklara ilişkin sözleşmeler tarafların seçtikleri hukuka tâbidir. Madde metninde tarafların hukuk seçimine dair herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Taraflar uygulanacak hukuku vatandaşlık veya mutad mesken gibi herhangi bir bağlantı şartı aranmaksızın seçebilecektir⁹⁹⁸. Öte yandan bu sözleşmelerde işçi ve tüketici sözleşmelerinde olduğu gibi zayıf tarafı koruma düşüncesi de yoktur⁹⁹⁹. Fikri haklara ilişkin sözleşmelerde uygulanacak hukukun seçilmesinde taraflara tanınan bu serbesti doktrinde sözleşmeden doğan kanunlar ihtilafına

⁹⁹³Nomer, 2017, **a.g.k.**, s. 353; Sargın, 2010, **a.g.k.**, s. 175 - 176.

⁹⁹⁴Nomer, 2017, **a.g.k.**, s. 353.

⁹⁹⁵Nomer, 2017, **a.g.k.**, s. 353.

⁹⁹⁶Nomer, 2017, **a.g.k.**, s. 354; Toker, 2022, **a.g.k.**, s. 59.

⁹⁹⁷Toker, 2022, **a.g.k.**, s. 59.

⁹⁹⁸Ö. Tüzüner (2007). *Marka Rehni Sözleşmesi ve Uygulanacak Hukuk* (1. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 106.

⁹⁹⁹Tekinalp, 2016, **a.g.k.**, s. 429; Toker, 2022, **a.g.k.**, s. 60.

uygulanacak hukukun temeli olan irade muhtariyetine örnek olarak gösterilmiştir¹⁰⁰⁰. Fikri haklara ilişkin bir sözleşmenin varlığı, geçerliliği, yorumu, borçların ifası ve sona ermesi tarafların seçtiği hukuka tâbi olacaktır¹⁰⁰¹.

Tarafların hukuk seçimine dair madde metninde herhangi bir şart belirtilmediği için bu konuda sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin genel hüküm olan 24. maddede yer alan düzenlemeye bakmak gerekir¹⁰⁰². Öncelikle incelenmesi gereken husus tarafların hukuk seçimini nasıl yapabileceklerine ilişkindir. Tarafların açık şekilde yaptıkları hukuk seçimleri geçerlidir (MÖHUK m.24 f.1). Açık hukuk seçiminden anlaşılması gereken, tarafların irade beyanından şüphe duyulmayacak biçimde hukuk seçiminin anlaşılmasıdır¹⁰⁰³. Ayrıca taraflar sözleşme hükümlerinden veya halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılabilen hukuk seçimi de yapabilirler (MÖHUK m. 24/f. 1). Zımni hukuk seçimi olarak ifade edilen bu usulde tarafların aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuka dair iradeleri bulunmakla birlikte bunu açıkça ifade etmemeleri söz konusudur¹⁰⁰⁴. Ayrıca taraflar sözleşmenin ayrılabilen ve bütünlük taşıyan parçalarına uygulanacak hukuku da kararlaştırabilirler başka bir ifadeyle kısmi hukuk seçimi (*depeçage*) de kabul edilmiştir.

1.2.3. Objektif bağlama kuralı

Fikri haklara ilişkin sözleşmelerde tarafların açık veya zımni hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde uygulanacak hukuk objektif metoda göre tespit edilecektir. Objektif metoda göre uygulanacak hukuk tespit edilirken sözleşmenin en sıkı ilişkili olduğu hukuk ile bağlantısını kurmak ve tespit edilen en sıkı ilişkili hukuk uygulanarak maddi özel hukuk adaletini sağlamak amaçlanmaktadır¹⁰⁰⁵. Önceki kısımlarda açıklandığı üzere, kıta Avrupasında sözleşmeler alanında en sıkı ilişkili hukukun tespiti sözleşmenin karakteristik edimini yerine getiren taraf üzerinden yapılmaktadır. Türk hukukunda da m. 28'de tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, fikri hakkı veya onun kullanımını devreden tarafın sözleşmenin kuruluşu sırasındaki

¹⁰⁰⁰Kıran, 2015, **a.g.k.**, s. 176.

¹⁰⁰¹Toker, 2022, **a.g.k.**, s. 61.

¹⁰⁰²Koca, 2013, **a.g.k.**, s. 156 - 157; Sargın, 2010, **a.g.k.**, s. 176.

¹⁰⁰³Demirkol, 2011, **a.g.k.**, s. 140 - 141; Şahan, 2018, **a.g.k.**, s. 455.

¹⁰⁰⁴Canyaş, 2011, **a.g.k.**, s. 112.

¹⁰⁰⁵Çelikel ve Erdem, 2017, **a.g.k.**, s. 34 vd; Doğan, 2019, **a.g.k.**, s. 205 vd; Nomer, 2017, **a.g.k.**, s. 14 vd; Şanlı, 2019, **a.g.k.**, s. 29 vd; Tekinalp, 2016, **a.g.k.**, s. 27 vd.

işyeri, bulunmadığı takdirde, mutad meskeni hukuku uygulanacaktır¹⁰⁰⁶. Görüldüğü üzere tıpkı İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanununda olduğu gibi Türk hukukunda da fikri ve sınai haklara ilişkin sözleşmelerde hakkı veya kullanımını devreden tarafın edimi karakteristik edim olarak kabul edilmiştir. Ancak mehz Kanun düzenlemesinden farklı olarak devreden tarafın gerçek kişi ise mutad mesken veya tüzel kişi ise iş yeri hukuku bağlantısının yerine Türk hukukunda doğrudan devreden tarafın iş yeri hukuku, işyerinin bulunmaması halinde ise mutad meskeni hukuku ile bağlantı kurulmuştur.

Fikri hakkın kendisini veya kullanımının devrini konu alan sözleşmelerde sözleşmeye adını veren, sözleşmeyi karakterize eden, sözleşmede ağırlık oluşturan edimin hakkını veya kullanımını devreden tarafın edimi olduğu kabul edilmiş olacak ki objektif metotla uygulanacak hukuk bu şekilde düzenlenmiştir. Ancak karşılaştırmalı hukuk anlatılırken yapılan eleştiriler de dikkate alındığında öncelikle belirtmek gerekir ki fikri haklara ilişkin sözleşmeler ve bu sözleşmelerde taraf yükümlülükleri oldukça çeşitlidir. Hem hak sahibinin hem de sözleşmenin diğer tarafının hakları ve görevleri duruma göre değişir. Doktrinde de bu sözleşme türlerinde karakteristik edimin tespitinin zor olduğu ifade edilmiştir¹⁰⁰⁷. Fikri haklara ilişkin sözleşmelerin en sık kullanılan türleri olan hakkın devri ve lisans sözleşmeleri düşünüldüğünde, mülga MÖHUK döneminde yazılan bir makalede basit lisans için sözleşmenin ağırlık noktasını ve dolayısıyla karakteristik edimini lisans verenin ediminin oluşturması sebebiyle lisans verenin ikametgahı hukukunun uygulanması gerektiği savunulmuştur¹⁰⁰⁸. Ancak lisans sözleşmelerinin içerikleri her durumda değişebilir. CLIP ilkeleri anlatılırken verilen bir örnekte olduğu gibi, yazılmış bir kitabını bastırmak isteyen yazar eserinin sadece bir ülkede dağıtımını istiyor ve satışından da belli bir oran talep ediyorsa artık bu durumda lisans alanın edimi vereninkine göre daha baskın daha önemli hale gelecektir. Basit lisansta hakkı devreden tarafın karşısındaki edim paradır ve bu edim karakteristik edim değildir.

İlgili düzenleme fikri haklara ilişkin sözleşmelerin çok çeşitli olması ve her bir sözleşme türünde sözleşmenin karakteristik edimini gerçekleştiren tarafın değişebilmesi

¹⁰⁰⁶G. Güngör (2008). The Principle of Proximity in Contractual Obligations: The New Turkish Law on Private International Law and International Civil Procedure. *Ankara Law Review*, 5 (1), s. 14.

¹⁰⁰⁷Sargın, 2010, **a.g.k.**, s. 182 - 183; Tekinalp, 2016, **a.g.k.**, s. 428.

¹⁰⁰⁸G. Tekinalp (1969). Patent Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Bağlama Kuralı. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 35 (1 - 4), s. 266.

sebebiyle eleştirilmiştir. Tekinalp, münhasır lisans sözleşmesini örnek göstererek lisans sözleşmeleri ve genel olarak fikri haklarda önceden kural belirlemenin sakıncalı olabileceğine vurgu yapmaktadır. Gerçekten de münhasır lisans sözleşmelerinde lisans verenin artık eseri üzerinde kullanma hakkı kalmamakta, eseri kullanma hakkı lisans alana geçmektedir. Dolayısıyla münhasır lisans sözleşmelerinde karakteristik edim borçlusu lisans veren başka bir ifadeyle hakkı devreden değil devralan taraf olacaktır¹⁰⁰⁹. Buna örnek olarak elinde yazılmış bir senaryosu bulunan bir senaristi düşünelim. Senarist yapımcı ile haklarının kullanımını devrettiği bir lisans sözleşmesi imzaladığında kendisi sadece eserinin mali haklarının kullanımını devretmektedir. Öte yandan yapımcı ise bu senaryonun filme çekilmesi, dağıtımı, televizyon veya sinemada yayınlanması, yurtiçi ve yurtdışında festivallere başvurulması gibi birçok edimi üstlenmektedir. Bu gibi özel durumlarda sözleşmenin karakteristik edimini gerçekleştirecek olan taraf bizce artık hakkı veya kullanımını devralan taraftır.

Düzenleme Sargın tarafından milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti ile bağdaşmayacağı sebebiyle eleştirilmiştir¹⁰¹⁰. Yazar sözleşmeler arasında ayırım yapmaksızın fikri haklara ilişkin sözleşmelerde riski üstlenen tarafın hakkı devralan taraf olduğunu kabul ederek onun ediminin karakteristik edim olarak kabul edilmesinin milletlerarası özel hukuk hakkaniyetini sağlayacağını ifade etmiştir¹⁰¹¹. Toker'e göre, fikri haklara ilişkin sözleşmeler hakkın veya kullanımının devri şeklinde ayrıldığında hakkın devrini içeren sözleşmelerde hakkı devreden tarafın karakteristik edimi gerçekleştiren taraf olduğunu belirtmektedir¹⁰¹². Öte yandan lisans sözleşmeleri için bir ayırım yapmak gerekebilir. Lisans sözleşmesi ile devralanın edimi sadece belirli bir miktar para ödemekse ve devralanın eserden münhasıran yararlanma hakkı yoksa bu durumda hakkı devreden tarafın edimi karakteristik edim olacaktır. Fakat sözleşme ile hakkın kullanımını devralana eserden münhasıran yararlanma yetkisi veriliyorsa ve devralanın eseri koruma yükümlülüğü varsa bu durumda sözleşmede karakteristik edimi gerçekleştirecek olan taraf hakkın kullanımını devralan taraftır¹⁰¹³.

¹⁰⁰⁹Tekinalp, 1969, **a.g.k.**, s. 266.

¹⁰¹⁰Sargın, 2010, **a.g.k.**, s. 178 vd.

¹⁰¹¹Sargın, 2010, **a.g.k.**, s. 182 - 183. Benzer görüş için bkz.: Dardağan, 2000, **a.g.k.**, s. 245.

¹⁰¹²Toker, 2022, **a.g.k.**, s. 67 - 68.

¹⁰¹³Dardağan, 2000, **a.g.k.**, s. 239 vd; Toker, 2022, **a.g.k.**, s. 68.

Burada ayrıca Kıran tarafından haklı bir tespit yapılmaktadır. Sözleşmelere uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK'un 24. maddesine göre eğer taraflar aralarındaki sözleşmeyi ticari veya mesleki faaliyetleri içinde yapmaktaysa uygulanacak hukuk karakteristik edim borçlusunun işyerinin bulunduğu yer hukuku, aksi halde karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukukudur. Oysa fikri haklara ilişkin sözleşmelerde uygulanacak hukuk devreden tarafın sözleşmenin kuruluşu sırasındaki işyeri hukukudur¹⁰¹⁴. Eğer ki tarafların sözleşmenin kurulduğu sıradaki işyeri tespit edilemezse hakkı devreden tarafın mutad meskeni hukuku uygulanacaktır (MÖHUK m. 28/f. 2). Devreden tarafın mutad meskeni hukuku 24. maddenin 4. fıkrasından farklı olarak işyeri hukukuyla aynı zamanda değil, işyerinin tespit edilememesi halinde uygulanacaktır¹⁰¹⁵.

Karakteristik edim borçlusunun işyerinden anlaşılması gereken yer neresidir? MÖHUK'ta işyerine dair bir tanım yoktur. Türk hukukunda işyeri kavramı İş Kanunu'nun¹⁰¹⁶ 2. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre işyeri, *"işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim"* dir. Ancak Demirkol'a göre İş Kanunu'nda yapılan işyeri tanımı da yetersizdir¹⁰¹⁷. Canyaş'a göre milletlerarası özel hukuk anlamında işyeri, gerçek kişiler için işin fiilen yürütüldüğü yerdir¹⁰¹⁸. Kıran, fikri hakkı veya kullanımını devralan gerçek veya tüzel kişinin birden fazla işyeri olması durumunda genel hüküm olan 24. maddenin 4. fıkrasına göre, sözleşmeyle en sıkı ilişki işyeri hukukunun uygulanmasının uygun olacağını ifade etmiştir¹⁰¹⁹.

1.2.4. Daha sıkı ilişkili hukuk

Fikri haklara ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuk taraflarca seçilmemişse, hâkimin uygulanacak hukuku objektif metoda göre tespit etmesinin ardından uyuşmazlık konusu sözleşme ile daha yakın ilişkiye sahip bir hukukun bulunması halinde hakim bu hukuku uygular. Doktrinde getirilen bu istisna kuralı ile farklı koşullarda meydana getirilebilen fikri haklara ilişkin sözleşmelerde milletlerarası özel hukuk adaletini

¹⁰¹⁴Kıran, 2015, **a.g.k.**, s. 178.

¹⁰¹⁵Kıran, 2015, **a.g.k.**, s. 179.

¹⁰¹⁶RG. 25134 – 10.06.2003.

¹⁰¹⁷Demirkol, 2011, **a.g.k.**, s. 284.

¹⁰¹⁸Canyaş, 2011, **a.g.k.**, s. 170.

¹⁰¹⁹Kıran, 2015, **a.g.k.**, s. 179.

gerçekleştiren sonuçlar elde edilebileceği ifade edilmiştir¹⁰²⁰. Gerçekten de bir önceki başlıkta yapılan eleştirilerde de açıklandığı gibi fikrin hakkın devrini veya kullanımını içeren bazı sözleşme türlerinde tarafların yükümlülükleri öyle bir düzenlenebilir ki sözleşmeyi asıl karakterize eden edim ve hatta edimler hakkı devralan tarafın olabilir. İşte bu gibi durumlarda daha sıkı ilişkili hukuk olarak hakkı devralan tarafın işyeri veya mutad meskeni hukuku olaya uygulanarak milletlerarası özel hukuk adaleti sağlanmış olur.

1.2.5. İş sözleşmesi kapsamında doğan eserler

28. maddenin 3. fıkrasında işçinin, işi kapsamında ve işinin ifası sırasında meydana getirdiği fikrî ürünler üzerindeki fikrî haklarla ilgili düzenleme getirilmiştir. Bu maddeye göre “*işçinin, işi kapsamında ve işinin ifası sırasında meydana getirdiği fikrî ürünler üzerindeki fikrî mülkiyet haklarıyla ilgili işçi ve işveren arasındaki sözleşmelere, iş sözleşmesinin tâbi olduğu hukuk uygulanır*”. Kanunkoyucu burada işçi ve işveren ilişkisini tek bir hukuka tâbi kılmak ve işçinin işini ifası sırasında meydana getirdiği fikri haklarla ilgili yapılacak sözleşmeleri iş hukukuna uygulanacak hukukun idare etmesini istemiştir¹⁰²¹. Öte yandan belirtmek gerekir ki iş sözleşmesinin ifası sırasında meydana getirilmiş bir eserde fikri hakkın iktisabı ve sahipliği konusuna fikri haklara ilişkin uygulanacak hukuk (MÖHUK m. 23) karar verecektir¹⁰²².

1.3. Konuya Dair Diğer Sözleşme Türlerine Uygulanacak Hukuk (MÖHUK m. 24)

Fikri haklar alanında fikri hakkın devri veya kullanımının devri dışında konuları düzenleyen sözleşmeler de söz konusudur. Ortak yapım film sözleşmesi, eser siparişi sözleşmesi ve film yapım sözleşmesi burada örnek olarak gösterilebilir. En az iki yapımcının bir araya gelerek oluşturduğu ve adi ortaklık sözleşmesi niteliği taşıyan ortak yapım film sözleşmesi çalışmanın ilk kısımlarında anlatıldığından burada ayrıca açıklanmayacaktır. Bu kısımda uygulamada sıklıkla karşılaşılan eser sözleşmesi ve film yapım sözleşmesi üzerinde durulacaktır.

¹⁰²⁰Tekinalp, 2016, **a.g.k.**, s. 430.

¹⁰²¹Nomer, 2017, **a.g.k.**, s. 359; Şanlı, 2019, **a.g.k.**, s. 363.

¹⁰²²Nomer, 2017, **a.g.k.**, s. 355.

1.3.1. Eser sözleşmesi

Tam iki tarafa borç yükleyen¹⁰²³ eser sözleşmesinde yüklenicinin borçları arasında eser meydana getirme borcu¹⁰²⁴ varken, iş sahibinin en temel borcu bedel ödeme borcudur¹⁰²⁵. Tosun tarafından oyuncuların icralarıyla FSEK anlamında bir eseri meydana getirmeseler bile TBK m. 470 uyarınca icralarıyla bir eseri meydana getirdikleri kabul edileceği ifade edilmiştir¹⁰²⁶.

1.3.2. Film yapım sözleşmesi

Esasen eser siparişi sözleşmesi niteliğinde olan film yapımı sözleşmesinin konusu, bir filmin meydana getirilmesi ve filmin tespit edildiği cismin teslimi ile mali hakların sipariş verene devredilmesidir¹⁰²⁷. Bu sözleşmenin tarafları genellikle televizyon kanalı gibi sipariş veren ile yapımcıdır¹⁰²⁸. Burada yapımcı filmi meydana getiren eser sahipleriyle sözleşmeler yaparak film üzerindeki hakları kendi üzerine alır ve sonrasında bu haklara dair sipariş veren ile bir sözleşme akdeder¹⁰²⁹. Ancak Gökyayla sipariş verenin hakları devraldıktan sonra kullanması hususunda bir zorunluluğu olmadığını ifade etmiştir¹⁰³⁰.

1.3.3. Sözleşmeye uygulanacak hukuk

Eğlence sektöründe birden çok devletle irtibatlı olan sözleşmelere sık rastlanmaktadır. Bu irtibat yabancı bir televizyon kanalı ile yapımcı arasında yapılan film yapım sözleşmesinden doğabileceği gibi, yapımcının sinema oyuncusuyla yaptığı oyunculuk sözleşmesinden de doğabilir. Türk yapımı bir formatın yabancı ülkede bir televizyon kanalında yayınlanmasını konu alan format ticaretinde veya yabancı bir

¹⁰²³F. Aral ve H. Ayrancı (2019). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (12. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 359; F. Eren (2018). *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (6. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 585.

¹⁰²⁴Aral ve Ayrancı, 2019, **a.g.k.**, s. 369; Eren, 2018, **a.g.k.**, s. 607 vd.

¹⁰²⁵Aral ve Ayrancı, 2019, **a.g.k.**, s. 414 vd; Eren, 2018, **a.g.k.**, s. 656 vd.

¹⁰²⁶2009 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında, oyuncunun eser sözleşmesinin feshine karşı açtığı davada mahkeme, davanın fikri mülkiyet hakkına veya hak sahipliğine dayanmadığını, uyuşmazlığın (mülga) Borçlar Kanunu'nun 355 ve devamındaki maddelere göre çözüme kavuşturulmasına karar vermiştir. Karar için bkz.: Y. Tosun (2016). Sözleşme Hukuku Açısından Eser Sipariş Sözleşmelerine Dizi Film Yapım Sözleşmesi Bağlamında Bir Yaklaşım. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11 (139 - 140), s. 175.

¹⁰²⁷Gökyayla, 2015, **a.g.k.**, s. 5; Toprakkaya, 2021, **a.g.k.**, s. 98.

¹⁰²⁸Gökyayla, 2015, **a.g.k.**, s. 13 - 16; Toprakkaya, 2021, **a.g.k.**, s. 99.

¹⁰²⁹Gökyayla, 2015, **a.g.k.**, s. 156; Tosun, 2016, **a.g.k.**, s. 174. Film yapım sözleşmelerinin eser sözleşmelerinden, film yapımının ardından doğan fikri hakkın veya kullanımının devredilmesini de içerdiği için ayrıldığını açıklamak gerekir. Bkz.: Gökyayla, 2015, **a.g.k.**, s. 32.

¹⁰³⁰Gökyayla, 2015, **a.g.k.**, s. 156.

televizyon programının doğrudan alınıp Türk televizyon kanalında yayınlanması için yapılan sözleşmede de yabancılık unsuru doğacaktır. Birden fazla ülkeden yapımcının film oluşturmak için bir araya geldikleri ve adi ortaklık niteliği taşıyan ortak yapım film sözleşmesinde de yabancılık unsuru var olacaktır. Türk hukukunda yabancılık unsuru içeren borç ilişkilerine uygulanacak hukuku gösteren kurallar MÖHUK'un 24. maddesi ve devamında yer alır. 24. madde Kanun'da özel olarak düzenlenmemiş sözleşmelere uygulanacak hukukun belirlenmesinde söz sahibidir. Genel hüküm olan MÖHUK m. 24'e göre sözleşmeye uygulanacak hukuku taraflar aralarında kararlaştırabilirler. Eğer taraflar aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlememişlerse de sözleşmeye en sıkı ilişkili hukuk uygulanacaktır.

1.3.3.1. Tarafların hukuk seçimi

Çalışmanın önceki kısımlarında karşılaştırmalı hukuk anlatılırken de açıklandığı üzere, maddi hukuklarda tanınan sözleşme serbestisinin milletlerarası özel hukukta görünüm şekli irade muhtariyeti başka bir ifadeyle tarafların hukuk seçimine verilen izindir¹⁰³¹. Milletlerarası nitelik taşıyan sözleşmeler birden çok hukukun uygulanması ihtimalini doğurduğu¹⁰³² için bu ilişkiye tarafların belirlediği tek bir hukukun uygulanması taraflar için güvence ve öngörülebilirlik sağlar¹⁰³³. Bu sebeple yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelerde tarafların uygulanacak hukuku seçmeleri tavsiye edilmektedir¹⁰³⁴.

Yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelerden doğan uyumsuzlığa uygulanacak hukukun düzenlendiği MÖHUK'un 24. maddesinde de sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin öncelikle tarafların seçtikleri hukuka tâbi olacağı düzenlenmiştir. Tarafların seçtikleri hukuk emredici ve tamamlayıcı kuralları ile bir bütün olarak uyumsuzlığa uygulanacak, sözleşmede düzenlenmeyen konular bu hukukun kuralları ile doldurulacaktır¹⁰³⁵. MÖHUK'un 2. maddesinin 4. fıkrası uyarınca tarafların seçtiği hukuk ilgili hukukun maddi hukuk kurallarıdır ancak taraflar dilerse aksini kararlaştırabilirler.

¹⁰³¹Şanlı vd., 2018, **a.g.k.**, s. 264; Tekinalp, 2016, **a.g.k.**, s. 275; Toker, 2022, **a.g.k.**, s. 60.

¹⁰³²Tiryakioğlu, 1996, **a.g.k.**, s. 20.

¹⁰³³Doğan, 2019, **a.g.k.**, s. 399 - 400; Tiryakioğlu, 1996, **a.g.k.**, s. 20 - 21.

¹⁰³⁴Özellikle ortak yapım film sözleşmelerinin yapısı ve uygulanacak hukukun taraflarla belirlenmesinin yararları için bkz.: Blázquez vd., 2018, **a.g.k.**, s. 57.

¹⁰³⁵Şanlı vd., 2018, **a.g.k.**, s. 263 - 265.

Tarafların hukuk seçimini nasıl yapacakları da 24. maddenin ilk fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre taraflar uygulanacak hukuku açık olarak seçebilirler. Yapılan hukuk seçimi tarafların aralarındaki sözleşmenin bir hükmü olarak düzenlenebileceği gibi ayrı bir sözleşme olarak da düzenlenebilir. Öte yandan zımni hukuk seçimi de kabul edilmiştir. Başka bir ifadeyle taraflar açıkça hukuk seçimi yapmamış olsalar bile, sözleşme hükümlerinden veya halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerli olacaktır¹⁰³⁶. Başka bir ifadeyle taraflar aralarındaki sözleşmeden uyuşmazlık doğması halinde tâbi olacakları hukuku sözleşmede kararlaştırabilecekleri gibi, sözleşme konusu filmin çekileceği yer ile tahkim yerini aynı olarak seçmeleri halinde mahkeme o yerin hukukunun zımni olarak seçildiğini kabul edebilir.

Maddenin ikinci fıkrasında kısmi hukuk seçimi düzenlenmiştir. Buna göre taraflar aralarındaki sözleşmenin sadece bir kısmında geçerli olacak şekilde de uygulanacak hukuku seçebilirler. Elbette burada ilgili sözleşmenin birbirinden ayrılan kısımlarının kendi içinde anlamlı bir bütünlük taşıyor olması gerekir ve ancak bu durumda ayrılabilen parçalar için kısmi hukuk seçimi yapılabilir¹⁰³⁷. Bu durumda da sözleşmenin hukuki ve iktisadi bakımdan bölünebilir olması ve tarafların karşılıklı yükümlülükleri bakımından karışıklığa sebebiyet vermiyor olması gerekir¹⁰³⁸.

Maddenin 3. fıkrasında tarafların uygulanacak hukuku seçme zamanları düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre taraflar hukuk seçimini kural olarak diledikleri zaman yapabilirler. Başka bir ifadeyle hukuk seçimi sözleşmenin kuruluşu sırasında, sözleşme kurulduktan sonra veya uyuşmazlığın ardından mahkeme aşamasında¹⁰³⁹ da yapılabilir veya yapılmış bir hukuk seçimi değiştirilebilir. Ancak sonradan yapılan hukuk seçiminde üçüncü kişilerin hakları korunur¹⁰⁴⁰.

Taraflar hukuk seçiminde serbest bırakılmıştır. Seçilen hukukun taraflarla veya uyuşmazlık konusu sözleşme ile ilgisinin olması zorunlu olmadığı gibi, taraflar seçilen hukukun tarafsız olması maksadıyla üçüncü bir devletin hukukunu da uygulanacak hukuk

¹⁰³⁶Canyaş, 2011, **a.g.k.**, s. 110 vd; T. Sariaçalı (2020). İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni - Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan*, 40 (1), s. 270 - 271; Tekinalp, 2016, **a.g.k.**, s. 282.

¹⁰³⁷Tekinalp, 2016, **a.g.k.**, s. 279.

¹⁰³⁸Doğan, 2019, **a.g.k.**, s. 408.

¹⁰³⁹Tekinalp, 2016, **a.g.k.**, s. 280.

¹⁰⁴⁰Çelikel ve Erdem, 2017, **a.g.k.**, s. 370 - 371.

olarak seçebilirler¹⁰⁴¹. Uygulamada taraflardan birinin yapımcı olduğu sözleşmelerde pratik ihtiyaçların da gerektirmesi sebebiyle yapımcının ülkesinin hukukunun uygulanacak hukuk olarak seçildiği ifade edilmiştir¹⁰⁴².

1.3.3.2. Objektif Bağlama Kuralı

Uygulanacak hukukun taraflarca seçilmemiş olması halinde sözleşmeye uygulanacak hukuk objektif metoda göre belirlenecektir. Objektif metotta amaç uyuşmazlık konusu sözleşmeyi en sıkı ilişkili olduğu devlet ile irtibatlandırıp o ülkenin hukukunu uygulamaktır.

MÖHUK'un 24. maddesinin 4. fıkrasında da tarafların uygulanacak hukuku seçmemeleri halinde uyuşmazlığa uygulanacak hukukun nasıl tespit edileceği düzenlenmiştir. Buna göre hukuk seçiminin yokluğunda sözleşmeden doğan ilişkiye o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanacaktır. Sözleşmenin en sıkı ilişkili olduğu hukukun nasıl belirleneceği de fıkranın devamında açıklanmıştır. Çalışmanın önceki kısımlarında da açıklandığı üzere, kıta Avrupasında sözleşmeler alanında en sıkı ilişkili hukukun tespit edilmesi için sözleşmedeki karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya işyeri ile yerleştiren karineler düzenlenmiştir. Kural olarak sözleşmeler ile en sıkı ilişkili hukuk, o sözleşmedeki karakteristik edimi yerine getiren tarafın mutad meskeni veya işyerinin bulunduğu ülkenin hukukudur. Bu karine ile hâkime sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuku tespit edebilmesi için hâkime yol gösterici bir karine düzenlenmiştir¹⁰⁴³.

Sözleşmede karakteristik edimi gerçekleştiren taraf hâkim tarafından tespit edildikten sonra uygulanacak hukuk, bu edimi gerçekleştirecek olan taraf eğer sözleşme ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulmuşsa, bu edimi gerçekleştiren tarafın işyeri hukuku olacaktır. Eğer ki bu tarafın birden fazla işyeri varsa sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde olunan işyerinin bulunduğu yerin hukuku uygulanır. Karakteristik edim borçlusunun işyeri yoksa yerleşim yeri hukuku sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuk olarak kabul edilir ve o hukuk sözleşmeden doğan uyuşmazlığa uygulanır. Konumuz bakımından pek olası olmamakla birlikte, eğer ki sözleşme ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulmamışsa karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku uygulanacaktır. Çünkü uygulamada ya format, program, dizi, film gibi bitmiş

¹⁰⁴¹Şanlı vd., 2018, **a.g.k.**, s. 270 - 271.

¹⁰⁴²Blázquez vd., 2018, **a.g.k.**, s. 3; Naarajärvi, 2011, **a.g.k.**, s. 54.

¹⁰⁴³Şanlı vd., 2018, **a.g.k.**, s. 280.

ürünlerin konu edildiği lisans sözleşmeleri ile karşılaşmakta ya da bu ürünlerin yapılması için işgörme sözleşmeleri imzalanmaktadır. Bu sözleşmelerin de tarafları genellikle ticari veya mesleki faaliyeti kapsamında bu sözleşmenin tarafı olmaktadır. Hâkim önüne gelen uyuşmazlık konusu sözleşmenin, sözleşmede karakteristik edimi gerçekleştiren tarafın ticari veya mesleki faaliyetine ilişkin olup olmadığını Türk hukukuna göre belirleyecektir¹⁰⁴⁴. Türk hukukunda TTK'nın 3. maddesine göre “*Kanunda düzenlenen hususlarda bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller*” ticari iş olarak kabul edilmiştir¹⁰⁴⁵. Dolayısıyla bu alanda yapılan sözleşmelerde taraf olan yapımcılar, oyuncular, televizyon kanalları, eser sahipleri veya diğer kişiler TTK anlamında tüzel kişi veya tacir iseler yaptıkları iş de ticari iş ve faaliyet olarak kabul edilecektir.

Peki bu alanda karakteristik edim borçlusu nasıl belirlenecektir? Çalışmanın önceki başlıklarında açıklandığı üzere karakteristik edim bir sözleşmeye ağırlığı veren, kimi zaman adını veren, sözleşmedeki edimi diğer tarafa göre ağır basan edimdir. Bu edim her sözleşme türünde sözleşme incelenerek ayrı ayrı tespit edilmelidir. Mesela yukarıda uygulamada sık karşılaşılan sözleşme türlerinden olarak gösterilen eser sözleşmesinde her ne kadar iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olsa da taraflardan birinin edimi bir ürünü kendi denetim ve gözetiminde meydana getirip teslim etmek iken, karşı tarafın edimi bedel ödemektir. Bu durumda bir sinema filminde oynamak üzere yapımcı ile sözleşme yapan oyuncunun edimi o filmde gereği gibi oynamak iken yapımcının edimi anlaşılan ücreti ödemektir. Böyle bir durumda elbette oyuncunun edimi karakteristik edim olacak ve sözleşmeye de oyuncu bu sözleşmeyi mesleki veya ticari faaliyeti kapsamında gerçekleştiriyorsa işyerinin bulunduğu yer hukuku, yoksa yerleşim yeri hukuku olaya uygulanacaktır. Uygulamada karşılaşılan bir diğer sözleşme türü de film yapım sözleşmesidir. Film yapım sözleşmesinde de genellikle bir taraf olan televizyon kanalı veya bir kurum kendi talebi doğrultusunda bir film çekilmesi ve film çekildikten sonra hakların kendisi veya kullanımının devrini sağlaması için yapımcıyla sözleşmektedir. Bu sözleşmelerde yapımcı sözleşmenin gereği olarak kendisi filmin çekilmesi için gerekenleri yapmakta ve filmin çekilmesinin ardından eser sahipleriyle

¹⁰⁴⁴Şanlı vd., 2018, **a.g.k.**, s. 282.

¹⁰⁴⁵Şanlı vd., 2018, **a.g.k.**, s. 282. Ticari davalar ise TTK'nın 4. maddesinde düzenlenmiştir. Ticari dava türleri için bkz.: M. A. Tuğ (2021). Kira Sözleşmelerinden Kaynaklanan Ticari Davalarda Görevli Mahkeme. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 29 (3), s. 1900 - 1902.

kendi arasında sözleşme akdederek eserden doğan hakları veya kullanımını kendi üzerine devralmaktadır. Daha sonrasında yapımcı kendi üzerindeki bu hakları işi kendisine verene başka bir ifadeyle örneğimizde olduğu gibi televizyon kanalına veya filmin çekilmesini talep eden kuruma devretmektedir. Bu sözleşmede de filmin çekilmesini isteyen tarafın en temel edimi para ödemekken, karşı taraf yapımcının edimi daha sözleşmenin anlamını gerçekleştiren edimdir. Dolayısıyla bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda da uygulanacak hukuk yapımcının işyerinin bulunduğu ülkenin hukuku olacaktır.

Karakteristik edim borçlusunun hâkim tarafından belirlenememesi durumunda hangi hukukun uygulanacağı ise maddede düzenlenmemiştir. Mesela Roma I Tüzüğü'nün sözleşmelere uygulanacak hukuku düzenleyen genel hükmü olan 4. maddesinin 4. fıkrasında karakteristik edimin belirlenememesi halinde sözleşmeye, sözleşme ile en sıkı ilişkiye sahip ülkenin hukuku uygulanacaktır. MÖHUK'un 24. maddesinde karakteristik edim borçlusunun tespit edilememesi ihtimali düzenlenmemiştir. Doktrinde böyle bir sorunla karşılaşılması durumunda Tekinalp'e göre karakteristik edim tespit edilemezse, daha sıkı ilişkili hukuk değil, en sıkı ilişkili hukuk uygulanacaktır¹⁰⁴⁶. Nomer, karakteristik edim tespit edilemiyorsa, bu durumda daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması gerektiği yönünde görüş bildirmiştir¹⁰⁴⁷. Bu durumda hâkim kendisi elbette uyuşmazlığı çözmek için sözleşmenin en sıkı irtibatlı olduğu hukuku tespit edecek ve o ülkenin hukukunu uygulayacaktır fakat tıpkı Roma I Tüzüğü'nde olduğu gibi MÖHUK'un 24. maddesinde de bu ihtimalin düzenlenmesi yerinde olurdu.

Maddenin 4. fıkrasının son cümlesinde ise karinenin somut olayda milletlerarası özel hukuk adaletini gerçekleştirmemesi durumunda, başka bir ifadeyle kuralın gösterdiği şekilde sözleşmedeki karakteristik edim borçlusunun işyeri veya mutad meskeninin bulunduğu ülkeye nazaran sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukuk varsa o ülkenin hukuku uygulanacaktır. Burada mahkemeye en sıkı ilişkili hukuk karinesini çürütebilme imkanı getirilmiştir. Tarafların tümünün yapımcılardan oluşan ortam yapım film sözleşmesini düşünelim. Bu sözleşmelerde tarafların amacı bir filmi meydana getirmektedir. Ancak taraflardan birisi filmin çekilebilmesi için kendi kaynaklarıyla veya kamusal fonlarla

¹⁰⁴⁶Tekinalp, 2016, **a.g.k.**, s. 368.

¹⁰⁴⁷Nomer, 2017, **a.g.k.**, s. 336.

çekim bütçesinde en fazla katılım oranına sahip başyapımcıdır¹⁰⁴⁸. Kural olarak başyapımcı bu sözleşmelerde her ne kadar riski üstlenen taraf olarak görülüp karakteristik edimi gerçekleştiren kişi olabileceği düşünülse de, sözleşmenin şartları gereği diğer bir yapımcının ülkesinde çekilen bir filmde oyuncuların da o ülkeden olması halinde artık başyapımcının değil, diğer yapımcının ülkesi sözleşme ile daha sıkı ilişkiye sahip olacağından o tarafın hukuku uygulanacaktır.

1.4. Haksız Rekabet Statüsü (MÖHUK m. 37)

1.4.1. Genel olarak

Türk hukukunda haksız rekabet konusu Türk Borçlar Kanunu’nun 57. maddesinde, TTK’nın 54 ve 63. maddeleri arasında, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun¹⁰⁴⁹ (TKHK) 62. maddesinde ve FSEK’in 83. maddesi ve devamında düzenlenmiştir¹⁰⁵⁰. FSEK her ne kadar eseri, eserden doğan hakları ve eser sahibini koruyucu hükümler sağlamayı amaçlasa da, eser sayılmayan ancak eserle yakın ilişkileri bulunan bazı konuları da koruma altına almıştır¹⁰⁵¹. Düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde eser olmayan ürünlerin haksız rekabet kapsamında korunabilmesinin, haksız rekabet hükümlerinin kapsamlı bir şekilde düzenlendiği TTK hükümlerine dayandırılmasının daha isabetli olacağı doktrinde de ifade edilmiştir¹⁰⁵². Doktrinde televizyon program formatlarının TTK’nın 55. maddesinin 1-a.4, 1-a.5 ve 1-c kapsamına girerek korunabileceği ifade edilmiştir¹⁰⁵³. Sargın tarafından uygulamada çok sık karşılaşılan, format sahibinin formatını yayıncı veya yapımcıya sunması halinde ilgili formatın

¹⁰⁴⁸Blázquez vd., 2018, **a.g.k.**, s. 3.

¹⁰⁴⁹RG 28.11.2013 – 28835.

¹⁰⁵⁰Borçlar Kanunu’nun 57. maddesinde müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişinin haksız rekabetin durdurulmasını ve kusur varsa zararın tazminini isteyebileceği düzenlendikten sonra ticari işlere ilişkin haksız rekabet hakkında TTK hükümlerinin uygulanacağını düzenlemiştir. BK madde 57’ye göre, yanlış ilanlar veya iyi niyet kurallarına aykırı diğer davranışlar sonucunda müşterileri azalan ya da bunları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu davranışlara son verilmesi için fail aleyhine dava açabilir ve failin kusurunun varlığı halinde uğradığı zararın giderilmesini isteyebilir. Bu hükmün uygulanabilmesi için, müşterilerin azalması veya kaybedilmesi tehlikesinin ortaya çıkmış olması şartı aranır. S. Arkan (2011). *Ticari İşletme Hukuku* (15. Baskı). Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 310.

¹⁰⁵¹H. C. Çöl (2003). Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’na Göre Eser Dışında Koruma Yolları. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 52 (4), s. 365. FSEK’in 83. maddesi ve devamında haksız rekabet oluşturabilecek ürünler düzenlenmiştir. 84. maddenin üst başlığı işaret resim ve sestir. Bu maddenin üçüncü cümlesine göre, “Eser mahiyetinde olmayan her nevi fotoğraflar, benzer usullerle tesbit edilen resimler ve sinema mahsulleri hakkında da bu madde hükmü” uygulanacaktır. Buna göre, üçüncü bir kişi tarafından aynı vasıttan faydalanılmak suretiyle ürünün çoğaltılması veya yayımlanması men edilebilir ve bu hüküm de haksız rekabet yasağı ilkesine dayanmaktadır. Bkz.: Sargın, 2020, **a.g.k.**, s. 75.

¹⁰⁵²Sargın, 2020, **a.g.k.**, s. 76.

¹⁰⁵³Sargın, 2020, **a.g.k.**, s. 77- 79.

kendisinden izinsiz programa dönüştürülmesinin, başkasının iş ürününden yetkisiz yararlanmanın düzenlendiği haksız rekabet hali olan TTK m. 55/1-c kapsamında korunabileceğine örnek vermiştir¹⁰⁵⁴.

1.4.2. Haksız rekabete uygulanacak hukuk

Sözleşme dışı borç ilişkilerini düzenleyen Roma II Tüzüğü'nün ilk maddesine göre, Tüzük, ticaret hukuku ve özel hukuka ilişkin sözleşme dışı borç ilişkilerine uygulanacaktır. Sözleşme dışı borç ilişkisi olan haksız rekabete ilişkin düzenleme m. 6'da iki fıkra halinde düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasında, haksız rekabetten doğan taleplere, rekabet ilişkilerinin veya tüketicilerin ortak menfaatlerinin etkilendiği veya muhtemelen etkileneceği yer hukuku uygulanır¹⁰⁵⁵. Burada dikkati çeken husus, düzenlemenin sadece haksız rekabet sonucu doğmuş zararı değil aynı zamanda doğması muhtemel zararın önlenmesini de kapsıyor olmasıdır. Düzenlemenin bağlama noktası ise, etkilenen piyasa yeridir. Altıncı maddenin ikinci fıkrasında ise, belli bazı haksız rekabet fiilleri sayılmıştır ve bu hallerde uygulanan hukukun tespiti için haksız fiile ilişkin hükümler uygulanacaktır¹⁰⁵⁶. Tüzüğün dördüncü maddesine bakıldığında düzenleme şu şekildedir: Fail ile zarara uğrayan kişinin ortak mutad meskenleri varsa öncelikle o yer hukuku, yoksa zarar yeri hukuku uygulanır¹⁰⁵⁷.

Mehaz İsviçre Kanununda ise haksız rekabete uygulanacak hukuk Kanunun 136. maddesinde haksız fiilin (3. bölüm 129. madde ve devamı) özel bir türü olarak düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasına göre, haksız rekabete dayalı talepler, haksız rekabet sebebiyle piyasası etkilenen ülke hukukuna tâbidir. Maddenin ikinci fıkrasına göre, haksız rekabet fiili, münhasıran belirli bir rakibin ticari çıkarlarını etkiliyorsa, uygulanacak hukuk, ilgili kuruluşun bulunduğu devletin hukukudur. Maddenin 3. fıkrasında tarafların uygulanacak hukuku seçmemeleri durumunda haksız fiillere uygulanacak hukukun düzenlendiği genel hüküm olan 133. maddenin 3. fıkrasının saklı olduğu belirtilmiştir. İlgili düzenleme, eğer ki haksız fiile sebep olan kişi ile bundan zarar gören arasında mevcut bir yasal ilişkiyi ihlal etmesi halinde, haksız fiile dayalı iddiaların, maddede yer alan diğer düzenlemelere bakılmaksızın bu yasal ilişkiye uygulanan hukuka

¹⁰⁵⁴Sargın, 2020, **a.g.k.**, s. 78 - 79.

¹⁰⁵⁵Z. D. Tarman (2011). *Haksız Rekabetten ve Aldatıcı Reklamlardan Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk* (1. Baskı). İstanbul: Beta Yayınevi, s. 76.

¹⁰⁵⁶Tarman, 2011, **a.g.k.**, s. 77.

¹⁰⁵⁷Tarman, 2011, **a.g.k.**, s. 77.

tâbi olacaklarını düzenler. Bu bağlamda, haksız rekabetin fikri mülkiyet hakkının kullanımına ilişkin bir sözleşmeyle ilgili olduğu durum özellikle ele alınmıştır. Feri bağlantı, sözleşmeye aykırılık ve haksız rekabetten doğan alacakların aynı hukuka tâbi olmasını sağlar¹⁰⁵⁸. Unutmamak gerekir ki İsviçre Kanununda genel istisna kuralı olan 15. madde gereğince tarafların uygulanacak hukuku seçmemeleri halinde uyuşmazlığın objektif olarak tespit edilen hukuktan başka bir hukuk ile daha sıkı ilişkiye sahip olması halinde uyuşmazlığa o hukuk uygulanacaktır. İlgili istisna hükmü haksız rekabet uyuşmazlıklarını da kapsamaktadır. Türk hukukunda her ne kadar İsviçre Kanununda yer alan düzenleme esas alınmışsa da, ilgili maddenin 3. fıkrasında yer alan haksız rekabet fiilinin taraflar arasındaki başka bir hukuki ilişkiyi ihlal etmesi durumunda uygulanacak hukuk düzenlemesine Türk hukukunda yer verilmemiştir. Aşağıda görüleceği üzere MÖHUK'un 37. maddesinde mehzaz kanunda olduğu gibi bir istisna hükmüne de yer verilmemiştir.

5718 sayılı Kanundan önce yürürlükte olan 2675 sayılı MÖHUK'ta haksız rekabete ilişkin özel bir bağlama kuralı olmadığından, haksız rekabete uygulanacak hukukun tespiti için haksız fiile ilişkin düzenlemenin yer aldığı m. 25'e gidilmekteydi. Söz konusu düzenleme uyarınca, haksız rekabetin işlenmesi ile doğan borçlar, haksız fiilin işlendiği yer hukukuna tâbiydi. Haksız fiilin işlendiği yer ile zararın ortaya çıktığı yerin farklı olması durumunda ise, zararın meydana geldiği yerdeki hukuk uygulanmaktaydı¹⁰⁵⁹. Ancak söz konusu düzenleme, haksız rekabet ilişkisinin modern anlayış ile birlikte sadece iki rakip arasındaki ilişki olarak değil üçüncü kişileri de koruyan anlayışa bürünmesi ile birlikte, haksız fiil düzenlemesi yetersiz olmaya başlamıştır. Bu sebeple, modern hukuka paralel olarak, haksız fiilden ayrı bir haksız rekabet düzenlemesine gidilmiştir.

5718 sayılı MÖHUK, mülga MÖHUK'tan farklı olarak, haksız rekabete uygulanacak hukuku, haksız fiil kapsamında değil ayrı şekilde düzenlemiştir. Söz konusu düzenlemenin ilk fıkrasında, haksız rekabet eylemi sonucunda tüm piyasanın bu davranıştan etkilenip zarar görmesi durumu; ikinci fıkrada ise, sadece belirli bir işletmenin davranıştan etkilenip zarara uğraması düzenlenmiştir. 5718 sayılı MÖHUK m.37 şu şekildedir:

¹⁰⁵⁸Müller-Chen ve Lüchinger, 2018, **a.g.k.**, s. 469.

¹⁰⁵⁹Tarman, 2011, **a.g.k.**, s. 86.

“Haksız rekabetten doğan talepler, haksız rekabet sebebiyle piyasası doğrudan etkilenen ülke hukukuna tâbidir.

Haksız rekabet sonucunda zarar görenin münhasıran işletmesine ilişkin menfaatleri ihlâl edilmişse, söz konusu işletmenin işyerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanır.”

Kanun maddesi, Avrupa Topluluğu bünyesinde hazırlanmış Roma II Tüzüğü ile benzerlik taşısa da iki noktada ondan ayrılmaktadır¹⁰⁶⁰: MÖHUK m. 37/f.2.’de münhasıran zarar görmüş işyerinde meydana gelen zarar düzenlenmiş, Tüzükte olduğu gibi haksız fiillere ilişkin düzenlemeye atıf yapılmamıştır. Kanunun Tüzükten ayrıldığı bir diğer nokta ise, Tüzükte doğmuş değil doğacak zararlara ilişkin düzenlemenin de yer alması fakat Kanunda buna ilişkin düzenlemenin yer almamasıdır.

1.4.2.1. Piyasanın etkilendiği yer hukuku

MÖHUK m. 37/f.1.’de piyasası doğrudan etkilenen ülke hukukundan bahsetmiştir. Uygulanacak hukukun belirlenmesinde dikkate alınması gereken husus, somut uyuşmazlığa konu ekonomik sonucun, başka bir ifadeyle haksız rekabet fiilinin meydana getirdiği zararın, derhal doğan etki sonucunda meydana gelip gelmediğidir¹⁰⁶¹. Piyasa üzerinde doğan ekonomik zarar dolaysız olmalıdır¹⁰⁶². Haksız rekabet fiili sonucu doğan etkinin doğrudan olup olmadığının ve buna bağlı olarak hangi ülke hukukunun uygulanması gerektiğine, uyuşmazlık önüne gelen hâkim tarafından kendi hukukuna göre karar verilecektir. Sargın buna örnek olarak televizyon program formatının yayınlandığı ülkede hedef kitle tarafından beğenilip yüksek reyting oluşturmasını göstermiştir. Formatın sahibi bu ülkenin piyasasına kendi formatını sunduğunda program ya yayınlanmayacak ya da seyirci tarafından az ilgi görecektir¹⁰⁶³. Doktrinde doğrudan etkinin bünyesinde öngörülebilirliği de barındırdığı¹⁰⁶⁴, haksız rekabet fiili sonucu ilgili ülke piyasasında zararın doğabileceğinin öngörülebileceği ifade edilmiştir¹⁰⁶⁵.

¹⁰⁶⁰Tarman, 2011, **a.g.k.**, s. 102.

¹⁰⁶¹A. İ. Sarıöz (2012). *Haksız Rekabetten Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme* (1. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 134.

¹⁰⁶²B. Tiryakioğlu (1997). *Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı* (1. Baskı). Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Matbaası, s. 85.

¹⁰⁶³Sargın, 2020, **a.g.k.**, s. 134.

¹⁰⁶⁴Tiryakioğlu, 1997, **a.g.k.**, s. 87.

¹⁰⁶⁵Sargın, 2020, **a.g.k.**, s. 135.

Haksız rekabet fiilinin yarattığı etkinin esaslı olup olmadığının tespitinde etkilenen piyasanın bütün koşulları değerlendirilmeli, piyasada faaliyet gösteren aktörlerin çıkarları açısından somut olay çerçevesinde doğan sonuçlar dikkate alınmalıdır¹⁰⁶⁶.

Haksız rekabet oluşturan fiilin etki ettiği yerdeki hukuk, haksız rekabet fiili ile en yakın ilişkili hukuk olarak kabul edilir¹⁰⁶⁷. Maddenin ilk fıkrasında, TTK gerekçesinde de açıklanan haksız rekabet korumasının sosyal yönünü de kapsayan, rekabet piyasasında yer alan herkesi, başka bir ifadeyle rakipleri, kamuyu ve tüketiciyi koruduğu için genel kabul gören “piyasası doğrudan etkilenen ülke hukuku” bağlama kuralı olmuştur¹⁰⁶⁸.

1.4.2.2. Birden fazla ülke piyasasını etkileyen haksız rekabet halleri

Uluslararası özel hukukta piyasa kavramı, belirli bir ülkenin coğrafi sınırları içinde kalan ve rakiplerin ekonomik mücadeleye girdiği, tüketici ve müşterilerin de ticari menfaatlerinin çatıştığı ekonomik alandır¹⁰⁶⁹. Haksız rekabet fiilinden zarar gören işletmenin faaliyet gösterdiği ülkenin sınırları, uygulanacak hukukun tespiti açısından belirleyici olmakta ancak birden fazla piyasanın etkilenmesi halinde hangi piyasanın hukukunun uygulanacağına dair herhangi bir açıklık getirmemektedir¹⁰⁷⁰. Gerçekten de, ne Türk kanunlar ihtilafı, ne de İsviçre kanunlar ihtilafı kuralları birden fazla piyasanın haksız rekabet fiilinden etkilenmesi halinde hangi ülke hukukunun uygulanacağına dair herhangi bir düzenleme içermemektedir.

Kanunda konuya ilişkin herhangi bir düzenleme olmadığından, doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bunlardan bir görüşe göre, Türk ihtilaf kuralları çerçevesinde, haksız rekabet fiilinden birden fazla ülke piyasasının etkilenmesi halinde, etkilenen ülkelerin hepsinin haksız rekabet hükümleri ayrı ayrı uygulama alanı bulacaktır¹⁰⁷¹. Diğer bir görüşe göre ise, söz konusu çözüm dikkate alınırca, internet aracılığıyla yapılan haksız rekabet fiilinden tüm dünya piyasaları zarar gördüğünden hepsinin birden uygulanması gerekecektir ki bu durum da pratik değildir ve bu sebeple etkilenen tüm piyasalar değil en sıkı ilişkili piyasa hukukuna başvurulmalıdır¹⁰⁷².

¹⁰⁶⁶Sarıöz, 2012, **a.g.k.**, s. 133.

¹⁰⁶⁷Tarman, 2011, **a.g.k.**, s. 108.

¹⁰⁶⁸Çelikel ve Erdem, 2017, **a.g.k.**, s. 418.

¹⁰⁶⁹Sarıöz, 2012, **a.g.k.**, s. 134.

¹⁰⁷⁰Sarıöz, 2012, **a.g.k.**, s. 135.

¹⁰⁷¹Sarıöz, 2012, **a.g.k.**, s. 137.

¹⁰⁷²Tarman, 2011, **a.g.k.**, s. 117.

1.4.2.3. İşletmenin işyeri hukuku

Buraya kadar yapılan incelemelerde belirli piyasayı veya piyasaları etkileyen haksız rekabet fiili açısından, piyasası etkilenen ülke hukukunun uygulanacağından bahsedildi. Bu durum, haksız rekabete uygulanacak hukuka yol gösteren m. 37’de düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrası ise, haksız rekabet eylemi ile bütün olarak piyasanın değil münferiden belirli bir işletmeyi etkilemesinde uygulanacak hukuku düzenlemiştir.

Haksız rekabet fiili ile zarara uğrayan işletmenin faaliyetini sürdürdüğü piyasanın da zarara uğrayıp uğramayacağının kesin bir ayrımı yoktur. Birçok iki taraflı haksız rekabet eylemi, işletmeye yönelik görünmekle beraber, uzun vadede piyasalarda doğrudan etkiye neden olabilir. Burada hangi hukukun uygulanacağına dair şöyle bir ayrım gidilebilir: Belirli bir işletmenin yönetimini ve iç işleyişini hedef alarak söz konusu işletmenin ticari faaliyetlerine zarar gelmesi durumunda münhasıran belirli bir işletmenin ticari faaliyetine yönelik haksız rekabet söz konusuyken; fiil, belirli bir işletmeyi hedef almakla birlikte piyasanın diğer aktörleri olan tüketici veya müşterilerin algısını da etkiliyorsa, burada piyasanın bütünü etkilendiği için piyasası etkilenen ülkenin hukuku uygulanır¹⁰⁷³.

Haksız rekabete ilişkin uygulanacak hukukun düzenlendiği m.37 ikinci fıkrada, piyasanın değil münferiden bir işletmeye yönelik olarak yapılan haksız rekabet fiiline uygulanacak hukuk düzenlenmiştir. Bu halde işletmenin işyerinin bulunduğu yer hukuku uygulanacaktır. Zarar gören işletmenin birden fazla işyerinin olması durumunda hangisinin bulunduğu yer hukukunun uygulanacağına dair maddede herhangi bir açıklama söz konusu değildir. Bu husus tartışmaya açıktır. Bu sebeple, ihlal edilen menfaatle en sıkı ilişkide bulunulan hukuk, işletmenin işyerinin bulunduğu ülkenin hukuku olduğu için, m. 37/ f.2., işyerinin bulunduğu ülke hukukunun uygulanacağını kabul eder¹⁰⁷⁴.

Sargın, formatın iltibas edilerek haksız rekabetin oluşturulduğunda 37. maddenin ilk fıkrasında düzenlenen piyasanın etkilenmesi mi yoksa belli bir işletmenin mi zarar göreceğini açıklamıştır. Format programa dönüştürülüp televizyon aracılığıyla yayınlandığında hedef kitle aldatılmakta ve piyasa üzerinde bir etki söz konusu

¹⁰⁷³Sarıöz, 2012, **a.g.k.**, s. 155.

¹⁰⁷⁴Çelikel ve Erdem, 2017, **a.g.k.**, s. 419.

olmaktadır¹⁰⁷⁵. Gerçekleşen bu haksız rekabete uygulanacak hukukun tespiti MÖHUK'un 37. maddesinin ilk fıkrasına göre yapılarak piyasası etkilenen ülke hukuku olarak formatın yayınlandığı yer hukuku uygulanmalıdır¹⁰⁷⁶.



¹⁰⁷⁵Sargın, 2020, **a.g.k.**, s. 140.

¹⁰⁷⁶Sargın, 2020, **a.g.k.**, s. 140.

2. YABANCI HUKUKUN UYGULANMA SINIRI

2.1. Genel Olarak

Fikri ve sınai hakların kamu hukukuna mı yoksa özel hukuka mı ait olduğu tartışılmıştır. Çünkü bu hakların tanınması ve korunmasında hem ekonomik çıkarlar hem de kültürel ve ulusal çıkarlar gözetilerek düzenlemeler yapılmaktadır¹⁰⁷⁷.

Bu hakların arasında özellikle sınai haklar doğumundan günümüze bir devletin içinde ekonomik faaliyetlerde üretim veya tüketim şeklinde yer almak için tanınmış ve korunan münhasır haklardır. Fikri hakların korunmasının arkasında yatan nedenin, fikri haklara konu olan eseri meydana getiren kişinin, yatırımcının ve toplumun yarışan çıkarları arasında bir denge sağlamak olduğu ifade edilir¹⁰⁷⁸. Devlet bu alana dair düzenlemelerini oluştururken kültürel politikası devreye girer ve aynı zamanda bu düzenlemelerle ülkesindeki kişilerin yaratıcı çabalarını da teşvik etmeyi amaçlar¹⁰⁷⁹. Devletlerin fikri ürünlere ve bu ürünlerden doğan haklara bakış açısı da bu konuda benimsedikleri politikalarına göre değişmektedir. Çalışmanın önceki kısımlarında da örnek olarak verildiği üzere, fikri ürünün kendisine ve dolayısıyla ticaretinin yapılabilirliğine önem veren Amerikan hukukunda *copyright* başka bir ifadeyle telif hakları varken, eseri üretenin eser sahibinin haklarının öncelendiği Avrupa hukukunda *author's rights* başka bir ifadeyle yazarın hakları önem taşır. Devletlerin bu hakların düzenlenmesinde benimsediği politika ve konuya bakış açısı, bu devletlerin hukuklarının bir diğerinde uygulanmasında müdahalelere yol açabilir. Bu müdahaleler kimi zaman *for* devletin doğrudan uygulanan kuralları kimi zamansa kamu düzeni müdahalesi olarak karşımıza çıkar.

Yabancı hukukun uygulanmasında kamu düzeni müdahalesi kanunlar ihtilafı sistemi işletildikten sonra yabancı hukukun uygulanmasının uygun görülmemesi durumunda söz konusu olurken, doğrudan uygulanan kuralların müdahalesinde bu kuralların kapsamına giren konularda mahkeme kanunlar ihtilafı kuralları vasıtasıyla yabancı hukuku tespit etmez, doğrudan *for*'un doğrudan uygulanan kurallarını uygular. Ancak kavramların detaylarına girmeden önce ifade etmek gerekir ki milletlerarası özel

¹⁰⁷⁷Fentiman, 2005, **a.g.k.**, s. 131; J. D. Werra (2009). What Legal Framework for Promoting the Cross-Border Flow of Intellectual Assets (Trade Secrets and Music)? A View from Europe towards Asia (China and Japan). *Intellectual property quarterly*, 2009 (1), s. 29.

¹⁰⁷⁸Arikan, 2007, **a.g.k.**, s. 149.

¹⁰⁷⁹Fentiman, 2005, **a.g.k.**, s. 131.

hukuk adaletinin gerçekleşmesi adına bu müdahaleler olabildiğince gerektiği şartlarda gerçekleşmelidir.

2.2. Kamu Düzeni

2.2.1. Genel olarak

Türk hukukunda sözleşme özgürlüğü birçok düzenleme içinde yerini almıştır. 1982 Anayasasının 48. maddesinin ilk fıkrasının ilk cümlesine göre, “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir.” Ancak Anayasanın 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin Anayasada belirtilen sebeplerle ve ancak kanunla sınırlandırılabilceği düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu’nun (TBK) 26. maddesinde de sözleşme özgürlüğü benimsenmiştir. Buna göre, “*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.*” TBK’nın devam eden maddesinde de bu özgürlüğün sınırları belirtilmiştir. TBK 27. maddesinin ilk fıkrasına göre, “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*” Düzenlemedeki kamu düzeni kavramından anlaşılması gereken, tarafların aralarında yapacakları anlaşma ile bertaraf edemeyecekleri hukuk kurallarıdır¹⁰⁸⁰.

Maddi hukuktaki kamu düzeni kavramı ile milletlerarası özel hukuktaki kamu düzeni kavramı hem anlamı hem de işlevi bakımından birbirinden farklıdır. Maddi hukuktaki kamu düzeninin özel hukuktaki düzenleniş şekli 6098 sayılı Borçlar Kanunu’nun 27. maddesinde karşımıza çıkar. Bu düzenlemeye göre, “*kamu düzenine aykırılık sebebiyle sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü*” söz konusu olacaktır. Borçlar Kanunundaki bu düzenleme emredici nitelikte bir kuraldır¹⁰⁸¹ ve bireylerin sözleşme özgürlüğünü toplum menfaati lehine sınırlar¹⁰⁸². Milletlerarası özel hukuktaki kamu düzeni kavramının kapsamı ise daha dardır ve maddi hukukta kamu düzeni hükmü sayılan her düzenleme muhakkak milletlerarası özel hukuk alanında da kamu düzeni hükmü olarak kabul edilmeyebilir¹⁰⁸³.

¹⁰⁸⁰Seviğ, 1974, **a.g.k.**, s. 160 - 161.

¹⁰⁸¹K. Oğuzman (2006). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (1. Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 73 - 74.

¹⁰⁸²C. Kaya (2015). *Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni Kavramının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile İlişkisi*. İstanbul Üniversitesi, s. 23; Güngör, 2021, **a.g.k.**, s. 107.

¹⁰⁸³Seviğ, 1974, **a.g.k.**, s. 161.

Kamu düzeni kavramı muğlak bir kavramdır¹⁰⁸⁴. Bu kavram, zaman ve mekâna göre değişmekte¹⁰⁸⁵ ve bu nedenle tarifinin yapılması, kapsamın tayini mümkün olamamaktadır¹⁰⁸⁶. Kavramın yer, zaman ve konu bakımından değişebilmesinden dolayı, kamu düzenine aykırılığın hangi durumlarda ortaya çıkacağı *a priori* veya tahdidi olarak sayılamaz¹⁰⁸⁷. Kamu düzenine aykırılığın her somut olaya göre tespiti çoğu hukuk düzenlerinde hâkime bırakılmıştır¹⁰⁸⁸.

2.2.2. Milletlerarası özel hukukta kamu düzeni

Milletlerarası özel hukuk adaleti, yabancılık unsuru içermesi sebebiyle birden fazla hukuk sistemi ile irtibatlı olan uyuşmazlığa uygulanacak en uygun hukuku aramaktadır¹⁰⁸⁹. Milletlerarası özel hukuk adaleti, uyuşmazlığın irtibatlı olduğu hukuk sistemlerinden birisinin, milletlerarası özel hukuk menfaatlerini değerlendirmek suretiyle seçimi ile sağlanmış olur¹⁰⁹⁰. Ancak bazı durumlarda, maddi özel hukuk adaleti, milletlerarası özel hukuk adaletinin önüne geçer. Önüne gelen yabancı unsurlu uyuşmazlığa uygulanacak hukukun tespiti için kanunlar ihtilafı kuralının gösterdiği hukuku tespit eden hâkim, yabancı hukukun, mahkemenin mensubu olduğu devletin kamu düzenini bozup bozmadığını tespit etmesi gerekir¹⁰⁹¹. Eğer ki yabancı hukukun olaya ilişkin hükmü hâkimin hukuk düzenindeki temel ilkelere ters düşerse, hâkim yabancı hukuku uygulama zorunluluğundan kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle ayrılabilir¹⁰⁹². Ancak burada bahsi geçen kamu düzeni kavramı yetkili yabancı kanunun içeriği ile ilgili olmayıp, uygulanması başka bir ifadeyle sonuçları itibariyle kamu düzenine aykırılık taşıması durumunda önem taşır¹⁰⁹³.

Doktrinde kamu düzeninin hukuki niteliği konusunda iki görüş vardır. Bunlardan ilki ve günümüzde etkisini kaybetmiş olan kamu düzeni müdahalesinin bağımsız bir bağlanma kuralı olduğu görüşüdür¹⁰⁹⁴. Kamu düzeni müdahalesinin niteliği hakkındaki ikinci görüş ise, kamu düzeni müdahalesinin ancak kanunlar ihtilafı kuralı tarafından

¹⁰⁸⁴Şanlı, 2019, **a.g.k.**, s. 82.

¹⁰⁸⁵Uluocak, 1971, **a.g.k.**, s. 219.

¹⁰⁸⁶Seviğ, 1974, **a.g.k.**, s. 162.

¹⁰⁸⁷Güngör, 2021, **a.g.k.**, s. 111.

¹⁰⁸⁸Göğçer, 1977, **a.g.k.**, s. 97 - 98; Güngör, 2021, **a.g.k.**, s. 111.

¹⁰⁸⁹Nomer, 2017, **a.g.k.**, s. 14.

¹⁰⁹⁰Tiryakioğlu, 1996, **a.g.k.**, s. 9.

¹⁰⁹¹Nomer, 2017, **a.g.k.**, s. 161.

¹⁰⁹²Tekinalp, 2016, **a.g.k.**, s. 43.

¹⁰⁹³Göğçer, 1977, **a.g.k.**, s. 97; Güngör, 2021, **a.g.k.**, s. 108.

¹⁰⁹⁴Göğçer, 1977, **a.g.k.**, s. 95; Nomer, 2017, **a.g.k.**, s. 161.

yetkilendirilen yabancı hukuk kuralının uygulanmasının istisnası olduğunu kabul eder¹⁰⁹⁵. Dolayısıyla, birden fazla hukuk ile irtibatlı uyuşmazlıklarda esas olan yetkili yabancı hukukun uygulanmasıdır; kamu düzeni müdahalesi ise ancak kanunlar ihtilafı kuralının uygulanması sonucu tespit edilen yetkili yabancı hukuk kuralının uygulanmasının kamu düzenini açıkça ihlal etmesi halinde istisnai olarak gerçekleşebilir.

Kanunlar ihtilafı alanında bir devletin kamu düzeninin uygulanacak hukuka müdahale edebilmesi her durumda ortaya çıkmaz. Kamu düzeninin yetkili yabancı hukukun uygulanmasını bertaraf edebilmesi için, ilgili olayla mahkemenin mensubu olduğu devlet arasında bir bağın bulunması gerekir¹⁰⁹⁶. Hâkim, yabancı hukuk kuralının uygulanmasının, kendi ülkesi ile ilgili bir olayda ve kendi temel hukuk düzenine aykırılığı durumunda kamu düzeni müdahalesi ile yabancı hukukun uygulanmasını engelleyebilir¹⁰⁹⁷. Yasan, kamu düzeni kurumunun bu özelliğine örnek olarak eşcinsel çiftin kendi ülkelerinde kendi hukuklarına uygun olarak evlat edinmesini göstermektedir. Buna göre, Hollanda vatandaşı olan ve orada evlilik yapmış eşcinsel çiftin Hollanda hukukuna göre evlat edinmesi kural olarak Türk hukukunu ve Türk kamu düzenini ilgilendirmeyecekken; bu kişilerin Türkiye’de bir Türk çocuğunu evlat edinmek istemesi durumunda çıkacak uyuşmazlıkta Türk kamu düzeninin müdahalesi tartışılacaktır¹⁰⁹⁸. Dava konusu uyuşmazlığın ülke ile ilişkisi yoğunlaştıkça, kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşma ihtimali de artabilecektir¹⁰⁹⁹. Şanlı, temel hak ve özgürlüklerin söz konusu olduğu durumlarda kamu düzeni müdahalesi için uyuşmazlık konusunun ülke ile ilgisinin bulunup bulunmadığının önem taşımadığını da ayrıca vurgulamaktadır¹¹⁰⁰.

Milletlerarası özel hukuktaki kamu düzeni kavramı, iç hukuktaki kamu düzeninden daha dar sınırlı etkiye sahiptir¹¹⁰¹. Devletler özel hukuku anlamında kamu düzeni müdahalesinden anlaşılması gereken, uygulanacağı tespit edilen yabancı hukuk kuralının kendisinin değil, o kuralın somut olaya uygulanmasının kamu düzenini önemli ölçüde

¹⁰⁹⁵Güngör, 2021, **a.g.k.**, s. 107; Nomer, 2017, **a.g.k.**, s. 161; Seviğ, 1974, **a.g.k.**, s. 161; Symeonides, 2016, **a.g.k.**, s. 82; Şanlı, 2019, **a.g.k.**, s. 78; Tekinalp, 2016, **a.g.k.**, s. 43; Tiryakioğlu, 1996, **a.g.k.**, s. 78.

¹⁰⁹⁶Göğer, 1977, **a.g.k.**, s. 98; Güngör, 2021, **a.g.k.**, s. 109; Şanlı, 2019, **a.g.k.**, s. 79.

¹⁰⁹⁷Tekinalp, 2016, **a.g.k.**, s. 43.

¹⁰⁹⁸C. Yasan (2013). *Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsiyetten Kişilerin Birliktelikleri* (1. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 166 - 167.

¹⁰⁹⁹Şanlı, 2019, **a.g.k.**, s. 79 - 81.

¹¹⁰⁰Şanlı, 2019, **a.g.k.**, s. 81.

¹¹⁰¹Symeonides, 2016, **a.g.k.**, s. 80 ve 378.

ihlal ediyor olmasıdır¹¹⁰². Yabancı hukukun uygulanmasıyla ortaya çıkacak olan muhtemel sonuç, hâkimin hukuku bakımından tahammül edilemez ise, söz konusu yabancı hukuk kuralının uygulanmasından vazgeçilecektir¹¹⁰³.

Bu noktada kamu düzeni kavramı ile iç hukuktaki emredici kural ayrımının da yapılması gereklidir. İç hukuktaki emredici kurallara aykırılık her zaman milletlerarası özel hukuk alanında kamu düzeni müdahalesine sebep olmaz¹¹⁰⁴. Yargıtay'ın da bu şekilde verdiği bir kararda¹¹⁰⁵, her emredici hükmün ihlali halinde veya her emredici hükmü ihlal eden bir yabancı kararın Türk kamu düzenine aykırılık bulunduğu söylenemeyeceğini ifade etmiştir. Yargıtay'ın da aynı kararında ifade ettiği gibi, bir konuda uygulanacak yabancı hukuk hükümlerinin, Türk hukukundan farklı olması da kamu düzeni müdahalesine tek başına sebep olmayacaktır. Asıl olan tespit edilen yabancı hukukun uygulanmasıdır ve yabancı hukukun farklılığı her zaman kamu düzenine aykırılık olarak yorumlanmamalıdır¹¹⁰⁶. Aksi halde, uygulanacak hukukun, mahkemenin mensubu olduğu devletin hukukundan farklı olduğu her durumda *for* devletin hukuku uygulanacaktır¹¹⁰⁷. Yargıtay'ın müşterek velayet ile ilgili verdiği karar¹¹⁰⁸ bu sebeple önemlidir. Yargıtay'ın bu kararına dek çoğu zaman yabancı mahkemeler tarafından verilen müşterek velayet kararları, söz konusu kurum Türk hukukunda düzenlenmediği için kamu düzeni engeli ile karşılaşmakta ve tanınması engellenmekteydi. Ancak bu kararında mahkeme, müşterek velayet düzenlemesinin Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmadığına ve Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarını ihlal etmediğine hükmetmiştir.

Yargıtay'ın görüşüne göre kamu düzeninde esas alınması gereken kıstas, yabancı ilamın Türk hukukunda bir veya birden çok kanun hükümlerine aykırı bulunmasından çok, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına ve hukuk siyasetine, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklere milletlerarası alanda geçerli ortak ve kabul görmüş hukuk

¹¹⁰²Göçer, 1977, **a.g.k.**, s. 97; Nomer, 2017, **a.g.k.**, s. 162.

¹¹⁰³Şanlı, 2019, **a.g.k.**, s. 78.

¹¹⁰⁴Nomer, 2017, **a.g.k.**, s. 170; Tekinalp, 2016, **a.g.k.**, s. 43.

¹¹⁰⁵RG. 20.09.2012 - 28417. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı, Esas No: 2010/1, Karar No: 2012/1, Tarih: 10.02.2012.

¹¹⁰⁶Şanlı, 2019, **a.g.k.**, s. 78.

¹¹⁰⁷Symeonides, 2016, **a.g.k.**, s. 79.

¹¹⁰⁸Yargıtay 2. HD, E. 2016/15771, K. 2017/1737, T. 20.02.2017 (www.kazanci.com).

ilkelerine, ikili anlaşmalara, gelişmiş toplumların ortak benimsedikleri ahlak ve adalet anlayışına, medeniyet seviyesine siyasi ve ekonomik rejimine bakılarak değerlendirilebilecektir.

Milletlerarası özel hukukta kamu düzeninin olumsuz ve olumlu etkisi meydana gelir. Mahkemenin mensubu olduğu devletin kamu düzenine aykırılık taşıması sebebiyle yabancı devlet hukukunun ilgili hükmünün uygulanmaması durumunda kamu düzeninin olumsuz etkisi söz konusudur¹¹⁰⁹. Hâkim önüne gelen uyuşmazlığı çözmekle görevlidir (HMK m. 33). İlgili hukukta uyuşmazlığı çözecek hukuk kuralını uygulamayan hâkim, olayı çözüme kavuşturmak için ya yabancı kanunun diğer hükümlerinden yararlanarak ya da *lex fori*'den hareketle uyuşmazlığı çözüme kavuşturacaktır¹¹¹⁰. Bu durumda da kamu düzeninin olumlu etkisi söz konusudur.

Kamu düzeni 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un (MÖHUK) "Genel Hükümler" başlıklı Birinci Bölümünde düzenlenmiştir (m. 5). Kamu düzenine aykırılık başlığını taşıyan 5. maddeye göre, "*Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır.*" Maddede kamu düzenine aykırılık, ancak uygulanması tespit edilen yabancı hukuk hükmünün Türk kamu düzenine açıkça¹¹¹¹ aykırı olması halinde söz konusu olacağı düzenlenmiştir. Bu durumda bile, Türk hukuku ancak gerekli görülen hallerde uygulanacaktır. Dolayısıyla, uygulanması sonucu Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil eden hukuk kuralı dışında bir düzenleme olması halinde hâlâ yabancı hukuk uygulama alanı bulabilecektir. Bu şekilde bir tespitin yapılamaması durumunda ise Türk hukuku uygulanacaktır.

Kamu düzeni kavramı, üzerinde hemfikir olunmuş bir tanımı olmayan, zamana ve yere göre değişkenlik arz eden bir kavramdır. Milletlerarası kamu düzeninin sınırları, iç hukuktaki kamu düzeninin sınırlarından daha dardır. Her amir hükmün ihlâli, uluslararası özel hukukta kamu düzeninin ihlaline yol açmaz. Kamu düzeninin ihlal edilip edilmediği, her olayın kendi şartlarına göre tespit edilir. Özellikle bu sebeple kamu düzenine oldukça

¹¹⁰⁹Göğer, 1977, **a.g.k.**, s. 99.

¹¹¹⁰Göğer, 1977, **a.g.k.**, s. 100; Uluocak, 1971, **a.g.k.**, s. 221 - 222. Şanlı, 5. maddede her ne kadar "gerekli olduğunda" Türk hukukunun uygulanacağı düzenlenmişse de, bu durumu hayatın gerçeklerine uygun düşmediği gerekçesiyle eleştirmektedir. Yazara göre, kamu düzeni müdahalesi sebebiyle yabancı hukukun uygulanmadığı her durumda Türk hukuku uygulanacaktır. Şanlı, 2019, **a.g.k.**, s. 92.

¹¹¹¹Tekinalp, 2016, **a.g.k.**, s. 43.

sınırlı bir anlam verilmesi gerekir¹¹¹². İnsan haklarının özüne müdahale etmediği müddetçe, iç hukukumuzda kamu düzenine aykırı olan bir mefhumun milletlerarası özel hukuk alanında da müdahalesinin kabul edilebilmesi için, en azından tarafların veya doğuracağı sonuçların Türkiye ile ilgili olması gerektiğini düşünmekteyiz¹¹¹³.

2.2.3. Görsel işitsel ürünlerde kamu düzeni

Görsel işitsel ürünlerde kamu düzeni müdahalesi hakların içeriği, hakların devredilebilirliği, hak sahipliği, sözleşmelerde zayıf tarafın korunması ve sözleşmelerde zayıf tarafın korunması veya sözleşmelerin içeriği konusunda doğabilir.

Karşılaştırmalı hukuk anlatılırken de örnekler verildiği üzere bazı hukuk düzenlerinde özellikle manevi hakların korunması daha düşük seviyedeyken kıta Avrupasında eser sahibinin korunması esas olduğu için manevi hakların korunmasına da ayrıca önem verilmektedir. Bu konu mahkeme kararlarına da konu olmuştur. 1991 tarihli *John Huston* kararında¹¹¹⁴ mahkeme, bizim görüşümüze göre kamu düzeni müdahalesine konu olabilecek bir davada, kendi hukuk kurallarını doğrudan uygulanan kural olarak uygulamıştır. Uyuşmazlık Amerikalı yönetmen *John Huston* tarafından Amerikan film şirketiyle yapılan ve Amerikan hukukuna tâbi olan iş sözleşmesi sırasında ABD'de çekilen *The Asphalt Jungle* filmiyle ilgili olarak ortaya çıkmıştır. O sırada eser sahibinin manevi haklarını düzenlemeyen Amerikan hukukuna göre eser sahibi şirket olarak kabul edilmekteydi. Fransız televizyon kanalı *La Cinq*, filmin renkli bir versiyonunu yayınlamak istediğinde, *John Huston*'ın çocukları, filmin renklendirilerek yayınlanmasının babalarının kişilik hakkını ihlal ettiğine dair Fransız mahkemelerinde dava açmıştır. Paris Temyiz Mahkemesi olayda manevi haklara ilişkin Fransız kurallarına uyulmasını zorunlu kılmış ve bu kuralların "zorunlu uygulama kuralları" (*laws of imperative application*) olduğunu kabul etmiştir. Başka bir deyişle, ilgili Fransız normları, aksi takdirde geçerli olan hukuktan bağımsız olarak doğrudan uygulanmıştır¹¹¹⁵. *Pila* ve *Torremans* fikri hakların kapsamında yer alan manevi hakların uyuşmazlık konusu olması halinde bu alana ilişkin kuralların doğrudan uygulanan kurallar olarak algılanabileceğini fakat milletlerarası özel hukuka ilişkin bir uyuşmazlık

¹¹¹²A. Briggs (2013). *The conflict of laws* (3. Baskı). Oxford: Oxford University Press, s. 209.

¹¹¹³Benzer görüşler için bkz.: Briggs, 2013, **a.g.k.**, s. 210; Nomer, 2017, **a.g.k.**, s. 178.

¹¹¹⁴Court of Cassation, 28.05.1991, D. 1993, jur. 197 – *John Huston* tam.

¹¹¹⁵Rivoire, 2018, **a.g.k.**, s. 218.

olduğunda bu kuralların doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmesinden ziyade kural olarak koruma talep edilen ülkenin hukukunun uygulanması gerektiğini ve istisnai durumlarda forumun kamu politikasının devreye girmesi yaklaşımı çok daha doğru olacağını belirtmiştir¹¹¹⁶. *Fawcett ve Torremans*'ın birlikte yazdıkları eserde de bu karar incelenmiş ve kanunlar ihtilafı alanında en uygun olanın doğrudan uygulanan kuralların müdahalesine kolayca gitmemek, kanunlar ihtilafı sürecini geçirmek ve somut olay için gerekli olması halinde forumun kamu politikası ışığında geçerli hukuku kontrol etmek olduğunu açıklamıştır¹¹¹⁷. Aynı davada eser sahipliği de tartışılmıştır. Amerikan hukukunda "kiralık işler (*works for hire*)" doktrini uyarınca, çalışanlar tarafından yaratılan eserlerdeki telif hakkının doğrudan işverene ait olduğu kabul edilir¹¹¹⁸. Uygulanacak hukukun farklı olması kamu düzeni müdahalesinin doğmasını gerektirmese de, davada eser sahibi olarak yapımcının kabul edilmesi de Fransız Temyiz mahkemesince kabul edilmemiş ve ABD hukuku yerine kamu düzeni müdahalesi ile Fransız hukuku uygulanmıştır¹¹¹⁹.

Torremans çalışmasında manevi hakların eser sahibini eserinin istismar edilmesinden koruyan temel haklardan birisi olduğunu Belçika'da dava açılması örneğiyle açıklamıştır¹¹²⁰. Belçika'da eser sahibinin manevi hakları özel olarak korunmaktadır. Burada dava açan kişinin koruma talep ettiği hukuk, genel olarak manevi haklara daha düşük koruma sağlayan Birleşik Krallık veya Birleşik Devletlerin Telif Hakları Kanunuysa, burada mahkeme kamu düzeni müdahalesi ile Belçika hukukunun manevi haklara ilişkin hükümlerini uygulayacaktır¹¹²¹. Ancak yazar burada bu yaklaşımın kanunlar ihtilafı kuralları veya koruma talep edilen hukukun yerine geçmediğine de özellikle vurgu yapmaktadır¹¹²².

Hakların devrine ilişkin bir dava örneği olarak da *Anne Bragrance*¹¹²³ davası gösterilebilir. Fransız vatandaşı olan ve Fransa'da ikamet eden Anne Bragnance, New York'ta ikamet eden *Michel de Grèce*'in talebi üzerine bir kitap yazmayı kabul etmiştir.

¹¹¹⁶Pila ve Torremans, 2019, **a.g.k.**, s. 537.

¹¹¹⁷Fawcett ve Torremans, 2011, **a.g.k.**, s. 718.

¹¹¹⁸Ginsburg, 2003, **a.g.k.**, s. 191.

¹¹¹⁹Kararın analizi için bkz.: Öztürk, 2019, **a.g.k.**, s. 234 - 235.

¹¹²⁰"P. Torremans, Holyoak and Torremans Intellectual Property Law (7th edn, OUP, 2013) ch.14" den aktaran Pila ve Torremans, 2019, **a.g.k.**, s. 537.

¹¹²¹Pila ve Torremans, 2019, **a.g.k.**, s. 537.

¹¹²²Pila ve Torremans, 2019, **a.g.k.**, s. 537.

¹¹²³CA Paris, Feb. 1, 1989, 142 R.I.D.A. 1989, 301 (Fr.)

New York hukukuna tâbi olan sözleşme uyarınca *Bragnance* eserden doğabilecek manevi haklarından feragat etmiş ve tüm mali haklarını da *Grèce*'e devretmiştir. Kitabın yazılıp basılmasının ardından aynı kitabın Fransa'da dağıtılması üzerine *Bragnance* kitap üzerinde yazar olarak isminin yazılmasına karar vermiş ve sözleşmeyi geçersiz kılmak istemiştir. Fransa'da dava açılması üzerinde mahkeme, Fransız hukukunda manevi haklar devredilemediği için, sözleşmede uygulanacak hukuk her ne kadar manevi haklardan feragat etmeyi kabul eden Amerikan hukuku olarak seçilmişse de, Amerikan hukuku yerine kamu politikaları gerekçesiyle Fransız hukuku uygulanmıştır¹¹²⁴.

Fikri hak alanına ilişkin olan tükenme ilkesine göre, eser sahibinin eseri üzerindeki belli hakları, kendisi veya yetkilendirdiği başka bir kişi tarafından piyasaya sürüldükten sonra, diğer kişiler lehine tükenecektir. Hukuk düzenleri tarafından kabul edilen tükenme ilkesinin görülme şekli ülkesel tükenme, bölgesel tükenme ve uluslararası tükenmedir. Türk hukuku ise ülkesel tükenmeyi FSEK'in 23. maddesinde kabul etmiştir. Söz konusu düzenleme fikri hak alanında emredici kural olarak kabul edilmektedir¹¹²⁵. Buna göre, eser veya nüshalarının eser sahibi veya onun yetkilendirdiği kişi tarafından ilk defa yurtdışına satılması halinde eser üzerindeki hak Türkiye bakımından sona ermez ve o eser ayrıca Türkiye'ye ithal edilebilir¹¹²⁶. Buna aykırı olarak yapılacak bir sözleşme de kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşılabılır.

2.3. Doğrudan Uygulanan Kurallar

2.3.1. Milletlerarası özel hukukta doğrudan uygulanan kurallar

Daha önce ifade edildiği üzere, milletlerarası özel hukuk adaleti, uyumsuzluğun irtibatlı olduğu hukuk sistemlerinden birisinin, milletlerarası özel hukuk menfaatlerini değerlendirmek suretiyle seçimi ile sağlanmış olur¹¹²⁷. Milletlerarası özel hukuk menfaatlerinden birisi de devlet menfaatidir. Devlet menfaatleri yasama politikalarında kendini göstermektedir. Devletler, maddi özel hukukunu ilgilendiren bazı konularda, yine kendi kamu hukuku kuralları ile sınırlandırmaya gitmektedir¹¹²⁸. Devletler, politik, ekonomik ve sosyal işlevlerini doğrudan ilgilendiren konulara ilişkin ihtilâfların tâbi olacağı hukukî düzenlemeyi kanunlar ihtilâfı kurallarına ihtiyaç duymaksızın

¹¹²⁴Rivoire, 2018, **a.g.k.**, s. 218 - 219.

¹¹²⁵Küçükali, 2020, **a.g.k.**, s. 59.

¹¹²⁶Küçükali, 2020, **a.g.k.**, s. 65.

¹¹²⁷Tiryakioğlu, 1996, **a.g.k.**, s. 9.

¹¹²⁸Nomer, 2017, **a.g.k.**, s. ; Tiryakioğlu, 1996, **a.g.k.**, s. 186.

belirleyebilir¹¹²⁹. Bu kuralların uygulama alanına giren konularda, söz konusu uyuşmazlık yabancılık unsuru içerse bile, uygulanacak hukukun tespiti için kanunlar ihtilafı kurallarına gidilmez¹¹³⁰. Bu durumda mahkemenin mensup olduğu devletin hukukunun ilgili hükmü uygulanır. Başka bir ifadeyle yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlık önüne gelen hâkim, öncelikle o konuda mahkemenin mensubu olduğu ülke hukukunda uygulanması gereken doğrudan uygulanacak kuralın olup olmadığını araştırır. Doğrudan uygulanma niteliğine sahip olan kurallar, devlet menfaatini gözetken ve bu sebeple uygulanması zorunlu maddi hukuk kurallarıdır¹¹³¹. Eğer ilgili konuda doğrudan uygulanacak bir kural var ise hâkim kanunlar ihtilafı kuralına gitmeksizin o kuralı, eğer doğrudan uygulanan kural yoksa kanunlar ihtilafı kuralının yetkili kıldığı hukuku uygulayacaktır¹¹³².

Milletlerarası özel hukukta, doğrudan uygulanan kurallar olarak anılan bu kategoride, *for* hukukunun, *lex causae*'nin ve sözleşmeyle irtibatlı olduğu takdirde, üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları bulunmaktadır¹¹³³. Doğrudan uygulanan kurallar Roma Konvansiyonunun¹¹³⁴ 7. maddesi ile düzenlemeye kavuşmuştur. Doğrudan uygulanan kurallar Avrupa hukukunda Roma Sözleşmesinde 7. maddede düzenlenmiş ancak tanımı yapılmamıştır. Ardından Roma I Tüzüğü'nün 9. maddesinin ilk fıkrasında, Konvansiyonun 7. maddesinden oldukça farklı olarak¹¹³⁵, doğrudan uygulanan kurallara (*overriding mandatory rules / lois de police*) ilişkin tanım ve düzenleme yer almıştır. Tüzüğe göre, bir devletin siyasi, sosyal ve ekonomik oluşumu

¹¹²⁹Arat, T.: Evlat Edinmeye İlişkin Bağlama Kuralları (Doçentlik tezi çoğaltılmış nüsha), Ankara 1982, s. 25" Aktaran Tiryakioğlu, 1996, **a.g.k.**, s. 13.

¹¹³⁰Tiryakioğlu, 1996, **a.g.k.**, s. 13. Yabancılık unsuru barındıran hukuki ilişkilere uygulanacak hukuk tespit edilirken kamu düzeninin istisnai müdahalesinin yanı sıra, Francescakis bir devletteki bazı hukuk kurallarının her durumda uygulanacağını açık olduğunu, dolayısıyla usul ekonomisini de göz önünde bulundurarak bu kuralların kanunlar ihtilafı kurallarına gitmeden uygulanmasını savunmuştur. H. Ö. Kocasakal (1998). *Doğrudan uygulanan kuralların yabancılık unsuru taşıyan sözleşmeler üzerindeki etkileri* Baskı). (Yayımlanmamış Doktora Tezi): s. 10; S. C. Symeonides (2014). *Codifying choice of law around the world* (1. Baskı). New York: Oxford University Press, s. 299.

¹¹³¹Nomer, 2017, **a.g.k.**, s. 185.

¹¹³²Kocasakal, 1998, **a.g.k.**, s. 41.

¹¹³³D. Elçin (2011). Karşılaştırmalı hukuk ışığında Türk hukukunda sözleşmeyle irtibatlı üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Ata Sakmar Armağanı*. İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 329; M. Erkan (2011). MÖHUK madde 31 bağlamında Türk hukukunda doğrudan uygulanan kurallara bakış. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15 (2), s. 82.

¹¹³⁴Convention on the law applicable to contractual obligations, OJ 98/C/27/02-26.01.1998.

¹¹³⁵Roma I Tüzüğü ve Roma Konvansiyonundaki doğrudan uygulanan kuralların birbirinden farklı olduğu doktrin tarafından ifade edilmektedir. Roma Konvansiyonundaki "*mandatory rules*" ifadesi, kimi zaman iç hukuktaki emredici kuralları ifade etmek için de kullanılırken; Tüzükteki "*overriding mandatory rules*" ifadesi, uluslararası açıdan emredici kurallar şeklinde kullanılmaktadır. Symeonides, 2014, **a.g.k.**, s. 158.

gibi, kamu çıkarlarının korunması için, bu kuralların kendi kapsamlarına giren konularda, Tüzük'e göre sözleşmeye uygulanacak hukuk dikkate alınmaksızın uygulanacak derecede önemli olan kurallardır¹¹³⁶. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında da üçüncü ülkenin doğrudan uygulanacak kuralları düzenlenmiştir¹¹³⁷.

Türk hukukunda da hem kendi ülkesinin doğrudan uygulanan kuralları (m. 6), hem de üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları (m. 31) düzenlenmiştir. MÖHUK'un 6. maddesine göre, *“Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenlenme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hallerde o kural uygulanır.”*

Türk hukukunda doğrudan uygulanan kuralların neler olduğu belirtilmemiştir. Kamu düzeni gibi doğrudan uygulanan kuralların da her ülke için geçerli tanımı yapılamamaktadır. Bunun sebebi, her devletin yasama politikası ve bu politika neticesinde hayat verdiği hukuk kurallarının birbirinden farklı olmasıdır. Ancak doktrindeki hâkim görüşe göre, ülkenin siyasi, sosyal ve ekonomik oluşumuna etki eden kurallar doğrudan uygulanan kurallardır. Özdemir tarafından doğrudan uygulanan kurallar, *“devletin, ekonomik, sosyal veya siyasal alanda izlediği belirli politikaları, özel hukuk ilişkileri üzerinde etkili olacak şekilde yansıtan ve uygulama alanlarına giren tüm uyumsuzluklara uygulanmaları, bu politikaların yerine getirilmesi için zorunlu olan kurallar”* olarak tanımlanmıştır¹¹³⁸. Her emredici kuralın da doğrudan uygulanan kural olduğu söylenemez. Bu noktada Elçin'e göre, bir kuralın doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilebilmesi için emredici niteliğinin güçlü olması, olağandan daha güçlü olması ve kamu menfaatine önemli ölçüde hizmet etmesi gerekir¹¹³⁹.

Öte yandan bir başka devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanıp uygulanmayacağı meselesi Profesör *Wilhelm Wengler* tarafından 1941 senesinde açıklanmıştır. Yazar sözleşme ihtilafları konusunda özel bağlantılar

¹¹³⁶Maddedeki tanım, hizmetlerin serbest dolaşımı ile ilgili olan Avrupa Adalet Divanı'nın 1999 tarihli Arblade kararından (23.11.1999, C-369/96) esinlenerek yapılmıştır. Avrupa Adalet Divanı, kamu düzeni kurallarını (public order legislation), ilgili Üye Devletteki siyasi, sosyal veya ekonomik düzenin korunması için ulusal topraklarda mevcut olan herkes tarafından uyulan ve bu devlet içindeki tüm yasal ilişkilere uygulanmayı gerektirecek kadar önemli görülen ulusal hükümler olarak tanımlamıştır. G. v. Calster (2016). *European private international law* (2. Baskı). Oxford: Hart Publishing, s. 229.

¹¹³⁷A. Bonomi (2008). Overriding mandatory provisions in the Rome I Regulation on the Law Applicable to Contracts. *Yearbook of Private International Law*. Munich: Sellier Publishing, s. 285 - 301.

¹¹³⁸Kocasakal, 1998, **a.g.k.**, s. 19.

¹¹³⁹Elçin, 2011, **a.g.k.**, s. 339.

(*Sonderanknüpfungen*) teorisini önermiştir. Onun teorisine göre, sözleşme statüsünün bir parçası olmayan yabancı emredici kuralın sözleşmeye uygulanma iddiası bulunması halinde, bu devletin sözleşmeyle yeterince yakın ilişkiye (*sufficiently close connection*) sahip olması durumunda mahkeme tarafından dikkate alınmalıdır¹¹⁴⁰. MÖHUK yürürlüğe girmeden önce üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin herhangi bir düzenleme söz konusu değildi. Türk hukuk doktrininde yazarların bir kısmı bu kuralların kamu hukuku karakterine haiz oldukları için sadece kendi ülkelerinde uygulanabileceklerini ve Türk hâkimi tarafından dikkate alınmaması gerektiğini ifade etmiştir¹¹⁴¹. Ancak doktrininde yazarların çoğu üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının en azından dikkate alınması gerektiğini ileri sürmüştür. Tiryakioğlu, sözleşme statüsü veya sözleşme statüsü olmayan üçüncü bir ülkenin emredici nitelikteki doğrudan uygulanan kurallarının olgu olarak hâkim tarafından dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir¹¹⁴².

Sözleşmeyle irtibatlı üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanıma, MÖHUK'un 31. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, “*Sözleşmeden doğan ilişkinin tâbi olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde, üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir. Söz konusu kurallara etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınır*”.

2.3.2. Görsel işitsel ürünler konusunda doğrudan uygulanan kurallar değerlendirilmesi

Kitle iletişime ilişkin alanın kurallarla düzenlenmesi neredeyse matbaanın icadına dayanmaktadır¹¹⁴³. 1455 senesinde Gutenberg tarafından baskının icat edilmesinden günümüze dek hukuk düzenleri bu alanı hep kontrolü altında tutmak istemiştir¹¹⁴⁴. Devletlerin kitle iletişim alanındaki kontrol mekanizmaları çok farklı şekillerde karşımıza çıkabilmektedir. Televizyon yayınları için frekans sağlanması, bu alana ilişkin fiyatlandırma, alana ilişkin vergi düzenlemesi getirmek, telif haklarının düzenlenmesi ve

¹¹⁴⁰Symeonides, 2014, **a.g.k.**, s. 301 - 302.

¹¹⁴¹Tiryakioğlu, 1996, **a.g.k.**, s. 270.

¹¹⁴²Tiryakioğlu, 1996, **a.g.k.**, s. 270.

¹¹⁴³E. M. Noam (2019). *Managing Media and Digital Organizations* (1. Baskı). Londra: Palgrave Macmillan, Cham, s. 299.

¹¹⁴⁴Noam, 2019, **a.g.k.**, s. 299.

korunması, tekelleşmeyi önleyici kontroller, teknolojik yeniliklerin gelişmesinin finanse edilmesi ve desteklenmesi; müstehcenlik, nefret söylemi gibi belirli içeriklere getirilecek sansür uygulaması, medya içeriği ve sahipliğinde çeşitliliğin desteklenmesi ve korunması, sanata ve milli kültüre destek olmak devletin bu alandaki görünümünden bazılarıdır¹¹⁴⁵.

Medya, devlet yönetimi için her zaman önemli olmuştur çünkü medya ile kültür, siyaset, ticaret ve teknoloji çok kolay etki altına alınabilmiştir. Devletlerin medyayı kontrolü altında tutma şekilleri her ülkenin kültürüne göre farklılık göstermektedir. ABD’de medya kuruluşları özel mülkiyete tâbi iken diğer ülkelerin birçoğunda telekomünikasyon endüstrisi uzun süre devlet mülkiyetinde varlığını sürdürmüştür¹¹⁴⁶. Medya üzerinde kontrolü elinde tutan devletlerin amacı, siyaset ve kültür üzerinde devlet etkisini korumak, teknolojik gelişmenin kontrolünü sağlamak, ekonomik açıdan zayıf olan yerleşim yerlerine de yeniden dağıtımın yapılması ve kamu kontrolünün sağlanması olmuştur¹¹⁴⁷.

Devletler aynı zamanda yerli üretime destek olma maksadıyla da yayıncılığa müdahalede bulunmak isterler. Mesela, Avrupa Birliğinde tüm yayın sürelerinin %50’si Avrupa kökenli olmalıdır¹¹⁴⁸. Malezya’da yayınların %80’inin Malayca olması gerekirken; Kanada’da programların %60’ının Kanadalı yapımcıların sahip olduğu Kanada programları tarafından oluşturulması gerekir¹¹⁴⁹.

Türk hukukundaki uygulamalara baktığımızda ise devlet geleneğinde kitle iletişim araçlarının kontrol altına alınması Osmanlı Devleti’ne dayanmaktadır. Ancak Birinci Dünya Savaşının başlamasıyla birlikte ülkedeki sinema sektörü de zarar görmüştür. Sinemanın devletler lehine bir propaganda aracı olarak kullanılması da yine bu dönemde başlamıştır¹¹⁵⁰. Bu dönemde Osmanlı Devleti de sinema alanında kurumsallaşma kararı alarak propaganda ve askeri filmler göstermek amacıyla Merkez Ordu Sinema Dairesi’ni kurmuştur¹¹⁵¹.

¹¹⁴⁵Noam, 2019, **a.g.k.**, s. 299.

¹¹⁴⁶Noam, 2019, **a.g.k.**, s. 319.

¹¹⁴⁷Noam, 2019, **a.g.k.**, s. 319.

¹¹⁴⁸Noam, 2019, **a.g.k.**, s. 331.

¹¹⁴⁹Noam, 2019, **a.g.k.**, s. 332.

¹¹⁵⁰İ. A. Odabaşı (2017). *Milli Sinema - Osmanlı'da Sinema Hayatı ve Yerli Üretime Geçiş* (1. Baskı). İstanbul: Dergah Yayınları, s. 26.

¹¹⁵¹Odabaşı, 2017, **a.g.k.**, s. 27 - 28.

Cumhuriyetin ilk yıllarında Amerikan yapım şirketleri tarafından yapılan filmlerin Türkiye’de izinsiz gösterilmesinin engellenmesi için 20 Eylül 1924 tarihinde ABD büyükelçisi tarafından Türkiye Dışişleri Bakanlığına bir yazı gönderilmiştir¹¹⁵². Söz konusu yazıda özellikle *The Associated First National Pictures Corporation* tarafından yapılan filmlerin, Türkiye’de yapımcılardan izin alınmaksızın yayınlanmasına, yeniden satılmasına, adlarının değiştirilmesine ve tanınmaz hale gelecek şekilde değişiklik yapılmasına son verilmesi talep edilmiştir¹¹⁵³. Osmanlı Devletinden Türkiye Cumhuriyetine intikal eden 1910 tarihli Hakk-ı Telif Kanununda ise sinema filmleri fikir ürünleri kapsamına girmediğinden herhangi bir korumaya da sahip olamamış ve devlet de, Lozan Antlaşmasını Senatodan geçirmeyen ABD’ye karşı bu durumu koz olarak elinde bulundurmuş ve herhangi bir kanun değişikliğine gitmemiştir¹¹⁵⁴. Tüm bu gelişmelerin ardından Türkiye’ye getirilen yabancı filmlerin nitelik ve nicelik bakımından kontrol altına alınması talebi ise 1968 senesinde dile getirilmiştir¹¹⁵⁵.

Henüz televizyon yayınları başlamamış olmasına rağmen yayınlarla ilgili anayasal düzenleme 1961 Anayasası’nın 121. maddesinde yerini almıştır. Düzenlemenin özgün haline göre, “*Radyo ve televizyon istasyonlarının idaresi, özerk kamu tüzel kişiliği halinde, kanunla düzenlenir. Her türlü radyo ve televizyon yayımları, tarafsızlık esaslarına göre yapılır. Radyo ve televizyon idaresi, kültür ve eğitime yardımcılık görevinin gerektirdiği yetkilere sahip kılınır.*” Ardından 1963 senesinde 359 sayılı Türkiye Radyo Televizyon Kurumu Kanunu çıkarılmıştır. 1971 senesinde Anayasa’nın 121. maddesi “*Radyo ve televizyon istasyonları, ancak Devlet eliyle kurulur ve idareleri tarafsız bir kamu tüzel kişiliği halinde kanunla düzenlenir.*” şeklinde değiştirilerek Türkiye Radyo Televizyon Kurumu adıyla tarafsız bir kamu tüzel kişisi kurulmuştur¹¹⁵⁶.

1982 Anayasasının 26. maddesinde düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyeti düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasına göre, “*Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet Resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri*

¹¹⁵²A. Özuyar (2019). *Hariciye Koridorlarında Sinema Erken Cumhuriyet Dönemi'nde Sinemanın Politik Gücü* (1. Baskı). İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, s. 112.

¹¹⁵³Özuyar, 2019, **a.g.k.**, s. 112 - 113.

¹¹⁵⁴Özuyar, 2019, **a.g.k.**, s. 114 - 115.

¹¹⁵⁵Refiğ, 2019, **a.g.k.**, s. 99.

¹¹⁵⁶Çiftçi, 1999, **a.g.k.**, s. 12 - 13.

yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.” Ancak bu hak mutlak ve sınırlandırılmaz değildir. 3984 sayılı Kanunun 25. maddesine göre, mahkeme kararı olmadıkça yayınlar önceden denetlenemez veya durdurulamaz. 1982 Anayasasının 28. maddesinin ilk fıkrasında da benzer düzenleme vardır. Aynı maddenin 4. fıkrasının p bendinde, yayın zamanlarının en az yarısının yerli yapılara ayrılması gerektiği düzenlenmiştir. 19 ve 23. maddelerde de reklamlara ilişkin sınırlamalar getirilmiştir.

Benzer şekilde, Anayasanın 133. maddesinin 1. fıkrasında da, “*Radyo ve televizyon istasyonları kurmak ve işletmek kanunla düzenlenecek şartlar çerçevesinde serbesttir.*” şeklinde düzenleme yer almaktadır. Yapılan bu düzenlemeler ile Türkiye’de radyo ve televizyon yayıncılığındaki devlet tekeli Anayasal düzeyde kaldırılmıştır.

1994 senesinde 3984 sayılı Kanunla, yurt içine ve yurtdışına yapılacak radyo ve televizyon yayınları için milli siyasete uygun ilkeleri tespit etmek, Kanunda belirlenen görev ve esasların uygulanmasının gözetim, denetim ve değerlendirilmesini yapmak amacıyla RTÜK kurulmuştur¹¹⁵⁷. 3984 sayılı Kanun sadece ülke içine değil, ülke dışına yapılacak yayınları da kapsamına alacak şekilde düzenlenmiştir. Söz konusu Kanunla Türkiye’de özel radyo ve televizyon yayıncılığı hukuki zemine kavuşmuş ve fiili durum sona ermiştir¹¹⁵⁸. Kanunun 4. maddesinde uyulması zorunlu yayın ilkeleri düzenlenmiştir. Bütün özel ve kamu radyo ve televizyon kuruluşlarına kanal ve frekans tahsis etme, yayın izni ve lisans vermek ve bu tahsis ve izni iptal etmek yetkisi de RTÜK’e aittir (m. 16).

Netflix gibi dijital platformlarda da ulusal koruma engelleri¹¹⁵⁹ ile karşılaşılabilir. Ulusal koruma engelleri denince akla sosyal medyada da “sansür yasası” olarak adlandırılan düzenlemeler gelmektedir. 2019 senesinde Radyo, Televizyon ve İsteğe Bağlı Yayınların İnternet Ortamından Sunumu Hakkında Yönetmelik¹¹⁶⁰ kabul edilmiştir. Bu düzenlemeye göre *Netflix*, *Amazon Prime* vs *BluTV* gibi dijital platformlar da RTÜK’ün denetimi kapsamına girmiştir. İnternette yayın yapacak olan ilgili platformların uyması gereken kurallar açıkça belirtilmiş ve bu platformların yayın yapabilmesi için

¹¹⁵⁷Çiftçi, 1999, **a.g.k.**, s. 34 - 35.

¹¹⁵⁸Çiftçi, 1999, **a.g.k.**, s. 85.

¹¹⁵⁹Özel, 2019, **a.g.k.**, s. 41.

¹¹⁶⁰RG 30849 – 1.08.2019.

yayın lisansı almalarının zorunlu olduğu da ayrıca düzenlenmiştir¹¹⁶¹. Yönetmelikte dijital platformların dikkat etmesi gereken ve uyması gereken kurallar açıkça belirtilmekte *Netflix*, *Puhu Tv*, *Blu tv* gibi dijital platformların “yayın lisansı almak” zorunda olduğu ve bu yayınların içeriklerinin denetlenmesi Yönetmeliğin amaçları arasında açıkça düzenlenmiştir. Doktrinde bu durumun RTÜK’ün yayın ilkelerini yorumlayışı, siyasal konjonktüre göre zaman içinde farklılık gösterebileceğinden, kanalların ve dijital platformların, riskli olduğu düşünülen bazı yapımları henüz senaryo aşamasındayken denetime tâbi tuttuğu ve dolayısıyla otosansüre de yol açtığı ifade edilmiştir¹¹⁶². Aksi yönde bir sözleşmenin başka bir ifadeyle RTÜK’ün süregelen müdahale gerekçeleri¹¹⁶³ dikkate alınmadan kararlaştırılan örneğin film yapım sözleşmesinin mahkeme nezdinde doğrudan uygulanan kural müdahalesine yol açabileceği akla gelebilir.

5224 sayılı Kanunda 18.01.2019 tarihli 7163 sayılı Kanunla değişiklikler yapılmıştır. Kanunun 7. maddesinde ithal edilen sinema filmlerinin dolaşıma sunulmasından önce değerlendirilmesi ve sınıflandırılmasının yapılması, uygun bulunmayan filmlerin ticari dolaşıma ve gösterime sunulmasının yasaklanması; değerlendirme ve sınıflandırılması yapılmamış sinema filmlerinin festival, özel gösterim ve benzeri kültürel ve sanatsal etkinliklerde ancak “+18” işareti konularak gösterime sunulması konusunda düzenleme yapılmıştır¹¹⁶⁴.

2019 senesinde kabul edilen bir diğer düzenleme ise Film Çekim İzinleri ve Ortak Yapımlar Hakkında Yönetmelik’tir¹¹⁶⁵. Bu Yönetmeliğe göre Türkiye’de çekim yapmak isteyen yabancı yapımların çekim izni alabilmek için senaryoyu Kültür ve Turizm Bakanlığına gönderme yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu durumda örneğin yabancı

¹¹⁶¹“Öztürk, F. (2019, 2 Ağustos). BBC Türkçe. Netflix: Rtük'ün internet yönetmeliği ne getiriyor, kurul üyeleri ne diyor?: Erişim adresi: <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-49193378>” den aktaran G. Aydınhan (2021). *Toplumsal Cinsiyet Kalıplarının Dijital Platformlarda İşlenmesi Konusunda Nitel Bir Araştırma: Netflix Örneği* (1. Baskı). İstanbul Gelişim Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü: Yayınlanmamış Doktora Tezi, s. 47.

¹¹⁶²S. T. Ateşalp ve G. Başlar (2020). İnternette Dizi İzleme Pratiklerinin Dönüşümü: Aşırı İzleme (Binge - watching) Üzerine Bir Araştırma. *Galatasaray Üniversitesi İletişim Dergisi*, 2020 (32), s. 124.

¹¹⁶³Basına yansıyan bir örneğe göre: “İddialara göre dizi ilk olarak Turizm ve Kültür Bakanlığı’ndan izin aldı. Ancak eşcinsel karakter nedeniyle daha sonra çekim izni iptal edildi. Ece Yörenç söz konusu eşcinsel karakteri senaryodan çıkarınca bakanlık diziye yeniden onay verdi. Ancak bu sefer de Netflix yetkilileri, 14 Temmuz 2020’de Radyo ve Televizyon Üst Kurulu ile (RTÜK) bir görüşme yapıp diziyi daha çekimleri başlamadan iptal etti.” <https://tr.euronews.com/2020/07/19/turkiye-de-netflix-sansur-iddialar-yla-gundemde> (Erişim tarihi 16.09.2022).

¹¹⁶⁴Kılıçoğlu, 2019, *a.g.k.*, s. 75.

¹¹⁶⁵RG: 15.10.2019 – 30919.

televizyon kanalı A ile yabancı yapımcının aralarında yaptıkları Türkiye’de film yapma sözleşmesinin ardından, Bakanlıktan izin almak için senaryoyu değiştiren Türk yapımcıya karşı yabancı televizyon kanalının sözleşmeye aykırı davranılması sebebiyle Türkiye’de dava açması halinde mahkeme Yönetmelik hükümlerini doğrudan uygulanan kural olarak uygulayabilecektir.

Televizyon ve sinema yayınları ile ilgili konularda üçüncü devletlerin de doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınması gerekebilir. Doktrinde özellikle, uyuşmazlık sözleşmeler alanında bile olsa, üçüncü devletlerin fikri haklara ilişkin rekabet yasağı kurallarının dikkate alınması gerekebileceği ifade edilmiştir¹¹⁶⁶. Özellikle antitröst düzenlemeleri uyarınca, bir gayri maddi varlığın kullanımı ile mal veya hizmet alımı arasında bağlantı kurulması veya gayri maddi varlığın kullanımı yoluyla pazar paylaşımının gerçekleştirilmesi kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir¹¹⁶⁷. Öte yandan Almanya gibi bazı devletler kitap fiyatlarına ilişkin düzenlemeler de getirilmektedir. Bu tür fiyat düzenlemelerinin olduğu hukuk düzenlemeleri genellikle o devletin ekonomi politikası niteliğinde olacağından dikkate alınması söz konusu olabilir¹¹⁶⁸.

3. DEĞERLENDİRME

Çalışmanın giriş bölümünün sonucunda Türk hâkiminin uyuşmazlığı fikri hak kapsamında olan bir konu veya fikri hak kapsamında olmayan bir konu olarak vasıflandıracağı anlatılmıştır. Bu iki ihtimal üzerinden uygulanacak hukuk da değişecektir. Uyuşmazlık ya fikri haklar ile ilgiliyse konusuna göre hak statüsüne veya sözleşme statüsüne ya da fikri haklar ile ilgili olup da konusunu doğrudan “eser” oluşturmuyorsa sözleşme veya haksız rekabet gibi diğer koruma yollarına göre çözülecektir.

Türk hukukunda 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 23. maddesinde fikri haklara uygulanacak hukuk düzenlenmiştir. Buna göre fikri haklar hangi ülkenin hukukuna göre koruma talep ediliyorsa o hukuka tâbi olacaktır. Buradan kasıt bir fikri hakkın ihlal edilmesi durumunda nerede hakkın ihlal edildiği başka bir ifadeyle korunmasının beklendiği iddia ediliyorsa o ülkenin hukuku uygulanacaktır. Mevaz İsviçre düzenlemesinden farklı olarak daha sıkı ilişkili hukuk prensibi ise Türk

¹¹⁶⁶Müller-Chen ve Lüchinger, 2018, **a.g.k.**, s. 470.

¹¹⁶⁷Müller-Chen ve Lüchinger, 2018, **a.g.k.**, s. 470.

¹¹⁶⁸Müller-Chen ve Lüchinger, 2018, **a.g.k.**, s. 470.

hukukunda kabul edilmemiştir. Maddenin ikinci fıkrasında da ihlalin ardından ihlale ilişkin taleplerle ilgili olarak tarafların uygulanacak hukuk olarak Türk hukukunu seçebilecekleri düzenlenmiştir.

İsviçre hukukunda fikri haklara ilişkin sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuka dair düzenleme aynı şekilde Türk hukukunda da 28. maddede yer almıştır. Fikri haklara ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuk hakkı veya kullanımını devreden tarafın işyeri hukuku, işyeri yoksa mutad mesken hukukudur. Ancak mahkeme belirlenen hukuktan daha sıkı ilişkili bir hukukun varlığını tespit ederse o devletin hukukunu uygulayacaktır.

Mahkeme yaptığı vasıflandırma sonucu eser olarak nitelendirmediği uyuşmazlık konusunu ilgisine göre haksız rekabet veya sözleşme hükümlerini uygulayabilecektir. Çalışma kapsamında sadece Türk hukuku bakımından yapılan incelemeye göre konusu doğrudan eserden doğan haklara ilişkin olmayan sözleşmelere uygulanacak hukuk MÖHUK'un 24. maddesinde yer almaktadır. Buna göre taraflar uygulanacak hukuku 3. kişilerin hakkı saklı kalmak kaydıyla diledikleri zaman açık veya zımni olarak sözleşmenin tamamına veya ayrılabilen kısmına uygulanacak şekilde seçebilirler. Tarafların bu şekilde bir seçim yapmaması halinde uygulanacak hukuk sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuktur. Sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukukun tespiti karakteristik edim borçlusu ile yapılır. Her sözleşmede mahkeme sözleşmenin karakteristik edimini ve bu edimi gerçekleştiren tarafın şartlara göre mutad meskeni veya işyerinin bulunduğu yer hukukunu uygulayacaktır. Ancak tespit edilen bu hukuktan başka bir devletin daha sıkı ilişkili olması halinde ilgili devletin hukuku uygulanacaktır.

Televizyon formatlarının fikri eser olarak korunamaması durumunda ise uygulanacak hukukun tespiti MÖHUK'un 37. maddesine göre haksız rekabete uygulanacak hukuka göre yapılacaktır. Buna göre ya haksız rekabet sonucu bir devletin piyasasında zarar meydana gelmişse oranın hukuku, piyasadan ziyade bir işletme zarar görmüşse işletmenin bulunduğu yer hukuku olaya uygulanacaktır.

Yukarıda verilen ihtimaller sonucunda uyuşmazlığın çözümü için tespit edilen yabancı hukukun uygulanmasının kamu düzeni müdahalesi ve doğrudan uygulanan kurallar olarak iki sınırı mevcuttur. Milletlerarası özel hukukta, maddi hukukta olduğundan daha dar anlama ve uygulama alanına sahip olan kamu düzeni özellikle eser sahibinin korunması noktasında doğabilir. Eser sahibinin işveren olarak kabul edilmesi,

manevi haklardan feragat edilmesi gibi konular söz konusu olması halinde kamu düzeni müdahalesinin gerçekleşebileceği fakat her hukuk farklılığının da kamu düzeni müdahalesine yol açmayacağını belirtmek gerekir. Doğrudan uygulanan kurallar ise devletin politikaları sebebiyle kanunlar ihtilafı süreci işletilmeden doğrudan ilgili kanunların uygulanmasına yol açar. Konumuzla ilgili olarak sansüre dair düzenlemelerin dönemden döneme değişme özelliklerinden dolayı doğrudan uygulanan kurallar olarak nitelendirilmemesi gerektiğini düşünmekteyiz.



SONUÇ

Kendilerine fikri hak sağlanacak eser türleri devlet hukuklarında sınırlı sayıda sayılmıştır. Konumuz bakımından özellik arz eden sinema yapımları ve televizyon programlarından doğan uyumsuzluklar görsel ürün olarak ya sinema/film/görsel işitsel eser kategorisinde, ya da yazılı olmaları şartıyla edebi eser kategorisinde yer almaktadır. Türk hukukunda ise sinema yapımları genellikle FSEK’te sayılan sinema eser türünün kapsamında yer almaktadır. Ancak televizyon programları ve formatlarının vasıflandırılmasında Türk mahkemelerinin farklı kararları mevcuttur. Televizyon programları ve formatları Türk mahkemeleri tarafından kimi zaman eser kategorisinde görülmekte ve kendilerine fikri hak kapsamında koruma sağlanmaktayken kimi zaman eser olarak görülmeyip uyumsuzluğun konusuna göre haksız rekabet veya sözleşme kapsamında kendisine koruma bulmaktadır. Uyumsuzluğun yabancılik unsuru içermesi durumunda da bu sayılan ihtimallerin her birinde uygulanacak hukuk farklılık göstermektedir. O sebeple çalışmada sırasıyla eser olarak kabul edilip uyumsuzluğa konu olması halinde hak statüsü ve sözleşme statüsünün karşılaştırmalı hukukta nasıl ele alındığı incelenmiş daha sonra Türk mahkemesinin yaptığı vasıflandırmaya göre eser olarak kabul edilen ürünlerden doğan uyumsuzluklar hak statüsü ve sözleşme statüsü kapsamında incelenmiştir. Sonrasında da konusu doğrudan eser olmayan fakat alana ilişkin uyumsuzluklar genel sözleşme statüsü ve haksız rekabet statüsü kapsamında incelenmiştir.

Gerek karşılaştırmalı hukuk gerekse Türk hukuk doktrinde fikri haklara ilişkin yapılan çalışmalarda ülkesellik ilkesi hususi olarak incelenmekte ve tartışılmaktadır. Bu eğilimin sebebi fikri haklar ve sınai hakların tarihsel süreçte ilk doğumunda yönetenin bir imtiyazı olarak görülmelerinden kaynaklanmaktadır. Tarihsel süreçte ilk ortaya çıktıklarında fikri haklar yönetici tarafından bir imtiyaz olarak bahşedilmiş ve sonrasında da bu haklar yine devlet egemenliğinin bir yansıması olarak resmi tescil işlemi ile varlık kazanmıştır. Ancak 1886 yılında Bern Sözleşmesinin imzalanması ile birlikte fikri hakların doğumu için tescil zorunluluğu kaldırılmış ve bu hakların eserin meydana gelmesi ile kendiliğinden doğduğu kabul edilmiştir. Fikri haklar bu özelliği ile sınai haklardan temel olarak ayrılmıştır. Ancak yine de bu iki hak türünün TRIPS ile birlikte bir bütün olarak “fikri mülkiyet hakları” olarak anılması ve çalışma konusu yapılması sebebiyle fikri haklar için de ülkesellik ilkesi inceleme konusu yapılmıştır. Oysa bizim

görüşümüze göre ülkesellik ilkesi bu hakların varlığında bir temel değil sonuçtur. Sınai hakkın doğması için devletin tescil işlemi gerekmekte ve o hak tescil edilen devletin ülkesinde doğmaktadır. Dolayısıyla bu uygulamanın sonucu olarak sınai haklar ülkesel oldukları söylenebilir. Ancak fikri hakkın doğumu için hiçbir yetkilinin imtiyazı gerekmediği gibi devlet otoritesi aracılığıyla gerçekleşen bir tescil işlemine de gerek yoktur. Öte yandan fikri haklardan doğan bazı uyuşmazlıklar da tüm dünyada geçerli tek bir hukuk tarafından idare edilmekte başka bir ifadeyle evrensellik ilkesi pratik ihtiyaçlar sonucu devreye girmektedir. Bu sebeplerle biz bu alanda yapılan değerlendirme ve düzenlemelerin sınai haklardan ayrı bir şekilde yapılmasını ve ayrıca ve özellikle gayri maddi mutlak hak olarak kabul ettiğimiz ve üzerinde aynı hak olan mülkiyet hakkının kurulamayacağını savunduğumuz fikri hakların “fikri mülkiyet hakları” başlığı altında genel bir düzenleme ile yapılmamasını savunmaktayız. Nitekim bu alana ilişkin 2000 senesi sonrasında hazırlanan ALI ve CLIP ilkelerinde de her ne kadar “fikri mülkiyet hakları” alanına ilişkin düzenlemeler getirilmiş olsa da, ilgili düzenlemeler kendi içinde ayrıca “tescil edilen” ve “tescil edilmeyen haklar” olarak ayrılmaktadır.

Uyuşmazlık konusu fikri haklar olduğunda konusuna göre ya hak statüsü ya da sözleşme statüsü şeklinde bir ayrıma gidilmektedir. Hak statüsü dendiğinde de genellikle ya koruma yeri hukuku olarak *lex loci protectionis* ya da menşe yeri hukuku olarak *lex loci originis* bağlama noktaları tartışılmıştır. Karşılaştırmalı hukukta incelendiği üzere *lex loci protectionis* koruma yeri hukuku olarak milli hukuklarda geniş kabul görmüştür. Fikri hakkın varlığı, içeriği, sınırlamaları ve sona ermesi konuları hakkın korunmasının talep edildiği yer hukukuna tâbidir. Ancak fikri haklara ilişkin her uyuşmazlık ihlal ile doğmamakta veya kimi zaman da koruma yeri hukuku uyuşmazlığın çözümüne cevap vermemektedir. Çalışmada bu kapsamda olarak hak sahipliği, hakkın devredilebilirliği konusu, uydu yayıncılığı ve internet aracılığıyla meydana gelen ihlaller ayrıca incelenmiştir. Bize göre bir eserin ilk sahibinin kim olduğu konusu *lex loci protectionis* gibi her ihlal durumunda değişebilen bir hukuka tâbi olmak yerine tek bir hukuka tâbi olmalıdır. Bu hukuk eserle ve onu meydana getiren kişi ile en yakın ilişki içinde olan yerin hukuku olması gerekir. Eser sahibinin tespit edilmesinde eserle ve eseri meydana getiren kişiyle en yakın ilişkiye sahip olan hukuk eserin umuma arz edildiği yerin hukukudur. Çünkü bu yer eserin meydana getirildiği yer gibi tesadüfi bir yer olmadığı gibi koruma yeri hukuku gibi her ihlalde değişebilecek bir hukuk da değildir. Eser sahibi

eserini bilinçli bir şekilde umuma arz etmektedir. Umuma arz edilmemiş bir eserin uyuşmazlık konusu olması halinde de eser sahibi olduğu iddia edilen kişinin şahsi statüsü ile bağlantı kurulması gerekir. Bir fikri hakkın kapsamında yer alan hakların devredilip devredilemeyeceği konusu da eser sahibi ve onun manevi hakları bakımından önem taşıdığından, eser sahibine uygulanan hukuk bu hakların devredilip devredilemeyeceğini de idare edecektir. Uydu yayıncılığı ve internetten doğan uyuşmazlıklarda ise *lex loci protectionis* tespit edilmesinin zorluğu sebebiyle uygulanamamaktadır. Televizyon yayıncılığında genel olarak yayının gönderildiği yer olarak gönderme yeri hukuku uygulanır. Fakat internet söz konusu olduğunda bunun suistimale açık olması dolayısıyla bu kural pek kabul edilmemiştir. *Lex loci protectionis*'in tek başına kabul edilmesi birden fazla ülkenin hukukunun uygulanmasına yol açacaktır. Bu konuda en uygun çözüm ALI ve CLIP ilkelerinde de ortak olarak önerilen uyuşmazlıkla en sıkı ilişkili hukukun uygulanmasıdır. Mahkeme uyuşmazlıkla en sıkı ilişkili hukuku tespit ederken çeşitli unsurların da bu hukukun ülkesi ile kesişip kesişmediğini kontrol edecektir.

Fikri hakkın ihlaline uygulanacak hukuk ise korumanın talep edildiği yer (*lex loci protectionis*) hukukudur. Karşılaştırmalı hukukta da bu kural farklı şekillerde kabul edilmiştir. Her ne kadar *common law* ülkelerinde bu alanda doğan uyuşmazlıklar mahkemelerin yetkisiyle ilgili görülmüş ve bu haklarda geleneksel olarak kabul edilen ülkesellik ilkesi gereği mahkemeler yetkisizlik kararı vermiştir. Bu düşünceye göre fikri haklara ilişkin kurallar ülkeseldir. Dolayısıyla bu hakların varlığı, tanınması ve ihlali konuları ancak kendisini tanıyan hukuk düzeninin geçerli olduğu devletin mahkemelerinde görülebilir ve değerlendirilebilir. Başka bir devletin egemenlik alanına giren ve o devletlerde yapılan resmi işleme dayanan konularda (*act of state doctrine*) bu devletlerin mahkemeleri ülkeselliği katı bir şekilde yorumlayıp uyuşmazlıklarda kanunlar ihtilafı sistemini işletmemiştir. Zamanla özellikle davalı veya davacı taraftan birisinin bu ülkelerde ikamet etmesi durumunda davayı görebilmek adına farklı yaklaşımlar gelişmiştir. Bunlardan birisi öncül eylem teorisidir (*predicate act theory*). Buna göre fikri haklara ilişkin kanunlar yine ülkeseldir (*territorial*) ve yine kanunlar ihtilafı sistemi işletilmez. Ancak ülke dışında gerçekleşen bir fikri hakkın ihlalinin ilk adımı *for*'un ülkesinde başlıyorsa bu durumda mahkeme kendisini yetkili görür ve ülkesi dışında gerçekleşen uyuşmazlığa kendi ülkesinin hukukunu ülke aşıcı şekilde (*extraterritorial*) uygular. Her ne kadar mahkemelerin en azından kendilerini yetkili görüp yabancılık

unsuru içeren uyuşmazlıkları çözmeleri doktrin tarafından olumlu karşılanmışsa da kanunlar ihtilafı sistemini işletmemeleri ve milletlerarası özel hukuk adaletinin sağlanması adına gerekli olması halinde yabancı hukuku uygulamamaları eleştirilmiştir. Yine mahkemelerin zaman zaman *lex loci originis* ve *lex loci protectionis*'e dayanarak verdiği kararlar mevcuttur ve çalışmada yer verilmiştir.

Avrupa Birliğinde ise konu Roma II Tüzüğünde düzenlenmiştir. Roma II Tüzüğünde de fikri hakların ülkeselliği kabul edilmiş ve uygulanacak hukuk olarak korumanın talep edildiği yer hukuku düzenlenmiştir. Ancak fikri hakların korunmasında tarafların hukuk seçimine izin verilmemiştir. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanununda ise fikri hakların korunmasında koruma yeri hukukunun uygulanacağı kabul edildikten sonra ihlalden doğan zararların tazmini için tarafların *for*'un hukukunu uygulanacak hukuk olarak seçebilecekleri düzenlenmiştir. Kanunun genel hükmü olan 15. maddesine göre korumanın talep edildiği yer hukukundan daha sıkı ilişkili bir hukukun varlığı halinde mahkeme ilgili hukuku da uygulayabilecektir.

Türk hukukunda ise konu MÖHUK'un 23. maddesinde düzenlenmiştir. Madde düzenlenme yeri bakımından aynı hakların hemen ardında düzenlenmişse de içeriği bakımından hakkın ihlali ve ihlalden doğan zararların tazminini konu edinmiştir. Aynı hak olarak kabul etmediğimiz fikri hakların mutlak hak olması sebebiyle de yerini doğru bulmamaktayız çünkü madde metninde hakkın ihlali ve tazmini konuları da düzenlemektedir. Eğer ki bu düzenleme fikri hakkın ihlali halinde uygulanacak hukuku düzenleyen bir kural olarak getirilmişse MÖHUK içindeki yeri haksız fiilin özel bir türü olarak 34. maddenin devamında yer alması gerekirdi. Kaldı ki yukarıda belirttiğimiz gibi fikri haklara ilişkin uyuşmazlıklar sadece ihlal sebebiyle de doğmamaktadır. Bu sebeple kanunkoyucu en azından İsviçre Kanununda 15. maddede olduğu gibi bir istisna kuralı getirseydi, hak sahibinin tespiti, hakkın devredilebilirliği veya koruma yeri hukukunun tespitinin zorlaştığı uydu yayıncılığı veya internet ihlalleri konusunda bu istisna kuralı maddi özel hukuk adaletini gerçekleştirmiş olurdu.

Madde İsviçre hukukundan alınmışsa da İsviçre hukukundan farklılıklar taşımaktadır. MÖHUK düzenlemesinde de ülkesellik ilkesi benimsenmiş ve fikri hakkın ihlaline korumanın talep edildiği yer hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir. Bunun yanında taraflara sınırlı bir hukuk seçimi de getirilmiştir. Taraflar ihlalin meydana gelmesinden sonra mahkemenin hukukunu uygulanacak hukuk olarak seçebileceklerdir.

Biz bu düzenlemeyi de sınırlamaları bakımından eleştirmektediriz. Tarafların uygulanacak hukuku seçmeleri sadece ihlalden doğan taleplerle sınırlıdır. Bunu kabul etmekteyiz. Ancak ihlalden doğan taleplere uygulanacak hukukun for hukukuyla sınırlı olmasını anlamlı bulmamaktayız. Bu şekilde bir sınırlama getirilmesinin gerekçesi zayıf tarafı korumak ise bunu önlemek adına MÖHUK'un kamu düzeni hükmü her zaman varlığını korumaktadır. İhlalden doğan taleplere uygulanacak hukuk eğer ki taraflardan biri için ağır şartlar taşıyorsa mahkeme burada kamu düzeni müdahalesi ise kendi hukukunu zaten uygulayabilecektir. Öte yandan hukuk seçimine getirilen zaman sınırlamasını da mantıklı bulmamaktayız. Nasıl ki haksız fiillerde taraflar arasında önceden bir sözleşmesel ilişki gibi bir ilişkinin olması mümkünse, fikri haklardan doğacak uyuşmazlıklarda da bu ihtimal her zaman vardır. Taraflar bu gelecekte doğacak bir ihlal ihtimalini düşünerek ihlal meydana gelmeden de ihlalden doğan zararların tazmini için uygulanacak hukuku aralarında kararlaştırabilmelidirler. Öte yandan MÖHUK m. 23'te mehz Kanunun aksine istisna kuralının olmaması da adaletsiz sonuçlara yol açacaktır. Kanunda bu eksikliğe de işaret etmekteyiz.

İsviçre hukukunda fikri haklara ilişkin sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuka dair düzenleme aynı şekilde Türk hukukunda da 28. maddede yer almıştır. Fikri haklara ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuk hakkı veya kullanımını devreden tarafın işyeri hukuku, işyeri yoksa mutad mesken hukukudur. Ancak mahkeme belirlenen hukuktan daha sıkı ilişkili bir hukukun varlığını tespit ederse o devletin hukukunu uygulayacaktır. Bu düzenlemede karşılaştırmalı hukukta yapılan eleştirilere biz de katılmaktayız. Fikri haklara ilişkin sözleşmelerde en sıkı ilişkili hukukun uygulanacağı kabul edildikten sonra bu hukukun karakteristik edim borçlusu olduğu ve fikri haklara ilişkin sözleşmelerde bu tarafın da hakkı devreden taraf olduğu kabul edilmiştir. Çalışmada verilen örneklerden de görüleceği üzere fikri haklara ilişkin sözleşmeler çok çeşitli şekillerde meydana gelebilir ve bu gibi durumlarda karakteristik edimi gerçekleştiren taraf farklılık gösterebilir. Öte yandan mehz Kanunda karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya işyeri hukukunun uygulanacağı düzenlenmişken MÖHUK'un 28. maddesinde fikri hakkı veya kullanımını devreden tarafın işyeri eğer işyeri yoksa mutad meskeni hukuku uygulanacağı düzenlenmiştir.

Sinema ve televizyon alanında düzenlenen bazı sözleşmelerin konusunu ise eserden doğan haklar veya onun devri oluşturmamaktadır. Başka bir ifade ile bu alanda

düzenlenen sözleşme türleri oldukça çeşitlidir. Konusu doğrudan bir eserden doğan hakların devri veya kullanımının devri olmayan sözleşmelerin yabancılık unsuru içermesi halinde bu sözleşmelere uygulanacak hukukun tespiti ise MÖHUK'un 24. maddesine göre yapılacaktır. Buna göre taraflar uygulanacak hukuku 3. kişilerin hakkı saklı kalmak kaydıyla diledikleri zaman açık veya zımni olarak sözleşmenin tamamına veya ayrılabilen kısmına uygulanacak şekilde seçebilirler. Tarafların bu şekilde bir seçim yapmaması halinde uygulanacak hukuk sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuktur. Sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukukun tespiti karakteristik edim borçlusu ile yapılır. Her sözleşmede mahkeme sözleşmenin karakteristik edimini ve bu edimi gerçekleştiren tarafın şartlara göre mutad meskeni veya işyerinin bulunduğu yer hukukunu uygulayacaktır. Ancak tespit edilen bu hukuktan başka bir devletin daha sıkı ilişkili olması halinde ilgili devletin hukuku uygulanacaktır.

Gerek sinema yapımları gerekse televizyon programları alanında meydana gelmiş olsun, bazı uyuşmazlıklarda taleplerin yarışması söz konusu olabilir. Bir uyuşmazlıkta hem sözleşmenin ihlali hem fikri hakkın ihlali hem de piyasanın veya belli bir işletmenin zarar görmüş olması söz konusu olabilir. Bu durumda hak iddiasında bulunan taraf dilerse haksız rekabet hükümlerine, dilerse fikri hakkının ihlali hükümlerine, şartları varsa sözleşme hükümlerine göre uyuşmazlığının çözümünü talep edebilir. Bu durumda taleplerin yarışması söz konusu olacaktır. Dolayısıyla konusu eser olan bir uyuşmazlıkta da davacının açık talebi ile, eğer mahkemenin yaptığı vasıflandırmaya göre şartları da oluşmuşsa, uyuşmazlığa haksız rekabet hükümleri uygulanabilecektir. Bunun yanında haksız rekabet hükümleri ayrıca, somut olayda televizyon program veya formatlarının eser olarak vasıflandırılmaması durumunda da uygulama alanı bulacaktır. Bu gibi ihtimallerde uygulanacak hukukun tespiti MÖHUK'un 37. maddesine göre haksız rekabete uygulanacak hukuka göre yapılacaktır. Buna göre ya haksız rekabet sonucu bir devletin piyasasında zarar meydana gelmişse oranın hukuku, piyasadan ziyade bir işletme zarar görmüşse işletmenin bulunduğu yer hukuku olaya uygulanacaktır.

Yukarıda verilen ihtimaller sonucunda uyuşmazlığın çözümü için tespit edilen yabancı hukukun uygulanmasının kamu düzeni müdahalesi ve doğrudan uygulanan kurallar olarak iki sınırı mevcuttur. Milletlerarası özel hukukta, maddi hukukta olduğundan daha dar anlama ve uygulama alanına sahip olan kamu düzeni özellikle eser sahibinin korunması noktasında doğabilecektir. Eser sahibinin işveren olarak kabul

edilmesi, manevi haklardan feragat edilmesi gibi konular söz konusu olması halinde kamu düzeni müdahalesinin gerçekleşebileceği fakat her hukuk farklılığının da kamu düzeni müdahalesine yol açmaması gerektiğini de belirtmek gerekir. Doğrudan uygulanan kurallar ise devletin politikaları sebebiyle kanunlar ihtilafı süreci işletilmeden doğrudan ilgili kanunların uygulanmasına yol açar. 2019 yılında yapılan düzenleme ile *Netflix* gibi dijital platformlarda yapılan yayınlar da RTÜK'ün denetimi altına girmiştir. Bu platformlarda yayın yapılabilmesi için RTÜK'ten yayın lisansı alınması gerekecek ve yapılacak yayınların içerikleri RTÜK tarafından denetlenecektir. Ayrıca, 5224 sayılı Kanunda 18.01.2019 tarihli 7163 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler sonucunda ithal edilen sinema filmlerinin dolaşıma sunulmasından önce değerlendirilmesi ve sınıflandırılmasının yapılması, uygun bulunmayan filmlerin ticari dolaşıma ve gösterime sunulmasının yasaklanması düzenlenmiştir. 2019 senesinde getirilen bir başka düzenleme ile de Türkiye'de çekim yapmak isteyen yabancı yapımların çekim izni alabilmek için senaryolarını Kültür ve Turizm Bakanlığına gönderme yükümlülükleri bulunmaktadır. Denetimden geçemeyen senaryoların ise çekimi mümkün olmayacaktır. Sinema filmleri ve televizyon yapımları alanına getirilen bu tür kısıtlayıcı düzenlemelerin de doğrudan uygulanan kural olarak uygulama alanı bulabileceğine çalışmada işaret edilmiştir.

KAYNAKÇA

- Abrams, H. B. (2012). United States. *Intellectual Property Law and Private International Law Comparative Perspectives*. Oxford ve Portland: Hart Publishing.
- Açıkgöz, A. (2021). *İnternette İndirilen Dijital Eserlerde Yayma Hakkının Tükenmesi İlkesi* (1. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Akdemir, E. (2014). Avrupa Bütünleşmesinin Tarihçesi. *Avrupa Birliği - Tarihçe, Teoriler, Kurumlar ve Politikalar*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Akinci, E. (2021). *Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Dijital Tükenme* (1. Baskı). İstanbul: On İki Levha.
- Akinci, Z. (2002). Milletlerarası Usul Hukukunda Seçilen Mahkemenin Bağlantılı Olması Koşulu. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni - Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan*, 22 (2), s. 1-28.
- Akipek, Ş. ve Dardağan, E. (2001). Sanal Ortamda Gerçekleşen Telif Hakkı İhlallerine Uygulanacak Hukuk. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2001 (50), s. 115-139.
- Aksu, M. (2015). Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Yayma Hakkının Tükenmesi ve Avrupa Adalet Divanının 3 Temmuz 2012 Tarihli Usedsoft/Oracle Kararının Hukukumuzda Bu Açıdan Etkisi Bağlamında Değerlendirilmesi. *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 2015 (1), s. 1-28.
- Aksu, M. (2020). Bilgisayar Programlarının Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Çerçevesinde Korunması. *Fikri ve Sınai Haklar Sempozyumu*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Antalya, O. G. ve Topuz, M. (2019). *Medeni Hukuk* (3. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Apaydin, B. Ö. ve Kazancı, İ. T. (2012). İsviçre Federal Mahkemesinin Eser Sahipliğinin Tespitine İlişkin Kararının İncelenmesi. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3 (2), s. 331-389.
- Aplin, T. ve Davis, J. (2017). *Intellectual property law, text, cases and materials* (3. Baskı). New York: Oxford University Press.
- Aral, F. ve Ayrancı, H. (2019). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (12. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.

- Arat, T. (1968). *Amerikan Hukuk Öğretiminde "Case Method"* (1. Baskı). Ankara: Sevinç Matbaası.
- Arat, T. (1970). *Ticaret Şirketlerinin Tabiiyeti* (1. Baskı). Ankara: Sevinç Matbaası.
- Arat, T. (1995). Avrupa Birliği ile Türkiye Arasındaki İlişkiler ve Gümrük Birliğinin Yeri. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 44 (1), s. 587-606.
- Arat, T. ve Baykal, S. (2018). Avrupa'nın Günümüzdeki Temel Değerlerinin Düşünsel Köklerine Ve Avrupa Bütünleşmesi Hareketindeki Yerine İlişkin Gözleme Dayalı Bir Deneme. *Hukuki, Siyasi Ve İktisadi Yönleriyle Avrupa Bütünleşmesinde Son Gelişmeler Ve Türkiye-Ab İlişkileri Ataum 30. Yıl Armağanı*. Ankara: Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma Ve Uygulama Merkezi.
- Arıdemir, A. G. (2003). Sinema ve müzik eserleri açısından 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile 3257 sayılı Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu'nun karşılaştırılması. *Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Armağan*.
- Arıkan, A. S. (2007). Avrupa Topluluğu'nda Fikri - Sınai Mülkiyet Hakları ve Son Gelişmeler. *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, 7 (1), s. 147-173.
- Arkan, A. (2005). *Eser sahibinin haklarına bağlantılı haklar* (1. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Arkan, S. (2011). *Ticari İşletme Hukuku* (15. Baskı). Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Arzandeh, A. (2019). *Forum (Non) Conveniens in England* (1. Baskı). Oxford: Hart Publishing.
- Asensio, P. A. d. M. (2013). The Law Governing International Intellectual Property Licensing Agreements. *Research Handbook on Intellectual Property Licencing*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- Asensio, P. D. M. (2020). *Conflict of Laws and the Internet* (1. Baskı). Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- Atar, E. A. (2017). *Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Yayma Hakkı ve Korunması* (1. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayınevi.
- Ateş, M. (2003). *Fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakların kapsamı ve sınırlandırılması* (1. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

- Ateş, M. (2006). Fikri haklar ve bağlantılı haklara ilişkin uluslararası sözleşmeler ve Türkiye. *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, 6 (1), s. 15-54.
- Ateş, M. (2007). *Fikri hukukta eser* (1. Baskı). Ankara: Turhan Kitabevi.
- Ateş, M. (2020). *Fikri Haklarla İlgili Hukuki İşlemler (FSEK 48 - 65)* (1. Baskı). Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Ateş, M. (2020a). Telif Hukukunda Eser Kavramı ve Eser Sahipliği. *Fikri Mülkiyet Hukuku Çalıştayı Bildiriler Kitabı*. Ankara: Türkiye Adalet Akademisi.
- Ateşalp, S. T. ve Başlar, G. (2020). İnternette Dizi İzleme Pratiklerinin Dönüşümü: Aşırı İzleme (Binge - watching) Üzerine Bir Araştırma. *Galatasaray Üniversitesi İletişim Dergisi*, 2020 (32), s. 108-136.
- Austin, G. W. (2000). Social Policy Choices and Choice of Law for Copyright Infringement in Cyberspace. *Or. L. Rev.*, 79 (3), s. 575-618.
- Austin, G. W. (2004). Intellectual Property Politics and the Private International Law of Copyright Ownership. *Brook. J. Int'l L.*, 30 (3), s. 899-923.
- Austin, G. W. (2009). The Concept of 'Justiciability' in Foreign Copyright Infringement Cases. *Victoria University of Wellington Legal Research Papers*, 137 (2017), s. 393-412.
- Austin, G. W. (2017). Cooperation through Conflict of Laws The Justiciability of Cross-Border Copyright Infringement. *International Intellectual Property and the ASEAN Way*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Austin, G. W. (2021). Conflicts of Law Approach to Intellectual Property Research. *Handbook of Intellectual Property Research: Lenses, Methods, and Perspectives*. Oxford University Press.
- Ayata, Z. (2019). Birleşik Krallık'ın Avrupa Birliği Üyeliğinden Çıkmasının Rekabet Hukuku ve Uygulaması Bakımından Sonuçları ve Açmazları. *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 77 (2), s. 925-951.
- Aybay, R. ve Dardağan, E. (2008). *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)* (2. Baskı). İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

- Aydınhan, G. (2021). *Toplumsal Cinsiyet Kalıplarının Dijital Platformalarda İşlenmesi Konusunda Nitel Bir Araştırma: Netflix Örneği* (1. Baskı). İstanbul Gelişim Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü: Yayımlanmamış Doktora Tezi.
- Aygün, M. (2001). ABD Kanunlar İhtilafı Hukukunda Akde Uygulanacak Hukuka İlişkin Currie'nin Devlet Menfaatinin Tahlili Teorisi ve En Sıkı İrtibatlı Hukuk. *Mahmut Tevfik Birselle Armağan*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları.
- Aygün, M. (2012). Güncel Gelişmelerin Işığında Çekten Doğan Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 61 (3), s. 925-972.
- Aygün, M. (2014). Yabancılaşma Unsurlarının Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16 (2014), s. 1025-1066.
- Aygün, M. (2016). ABD Kanunlar İhtilafı Hukukuna Kuramsal ve Metodolojik Bir Bakış: Çeşitli Teori ve Metodlar, II. Restatement ve Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20 (2), s. 129-170.
- Barbash, D. M. (1991). Equal Employment Opportunity Commission v. Arabian American Oil Co. *The American Journal of International Law*, 85 (3), s. 552-557.
- Barron, A. (2004). The Legal Properties of Film. *The Modern Law Review*, 67 (2), s. 177-208.
- Basedow, J. (2010). Foundations of Private International Law in Intellectual Property *Intellectual Property in the Global Arena*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Bechtold, S. (2013). The Fashion of TV Show Formats. *Michigan State Law Review*, 2013 (451), s. 451-512.
- Bentley, L. vd. (2018). *Intellectual property law* (5. Baskı). New York: Oxford University Press.
- Bergman, J. E. (2011). No More Format Disputes: Are Reality Television Formats the Proper Subject of Federal Copyright Protection? *The Journal of Business, Entrepreneurship & the Law*, 4 (2), s. 244-267.
- Berki, O. F. (1970). *Devletler Hususi Hukuku, C. 1, Tabiiyet ve Yabancılar Hukuku* (7. Baskı). Ankara: Güzel Sanatlar Matbaası.
- Bhutto, F. (13.09.2019). *How Turkish TV is taking over the world*.

- Blázquez, F. J. C. vd. (2018). *The legal framework for international co-productions* (1. Baskı). Strasbourg: IRIS Plus, European Audiovisual Observatory.
- Bonomi, A. (2008). Overriding mandatory provisions in the Rome I Regulation on the Law Applicable to Contracts. *Yearbook of Private International Law*. Munich: Sellier Publishing.
- Bouchoux, D. E. (2001). *Protecting Your Company's Intellectual Property* (Baskı). New York: AMACOM Yayınevi.
- Bouchoux, D. E. (2009). *Intellectual Property* (3. Baskı). New York: Delmar Cengage Learning.
- Bracha, O. (2018). The emergence and development of United States intellectual property law. *The Oxford Handbook of intellectual property law*. New York: Oxford University Press.
- Briggs, A. (2013). *The conflict of laws* (3. Baskı). Oxford: Oxford University Press.
- Briggs, A. (2019). *The Conflict of Laws* (4. Baskı). Oxford: United Kingdom.
- Briggs, A. (2021). *Civil Jurisdiction and Judgments* (7. Baskı). Oxon ve New York: Routledge Publishing.
- Brown, A. vd. (2019). *Contemporary Intellectual Property* (5. Baskı). Oxford: Oxford University Press.
- Bulut, B. (2020). *Sinema Eserlerinde Hak Sahipliği* (1. Baskı). Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Calster, G. v. (2016). *European private international law* (2. Baskı). Oxford: Hart Publishing.
- Calster, G. v. (2021). *European Private International Law* (3. Baskı). Oxford: Hart Publishing.
- Canyaş, A. B. (2011). Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1 (1), s. 110-121.
- Cavers, D. F. (1974). The Common Market's Draft Conflicts Convention on Obligations: Some Preventive Law Aspects The Lawyering Process: A Festschrift in Honor of Louis M. Brown. *Southern California Law Review*, 48 (3), s. 603-626.
- Cavers, D. F. vd. (1963). Babcock v. Jackson, 12 N. Y. 2d 473, 191 N. E. 2d 279, 240 N. Y. S. 2d 743 (1963). *Columbia Law Review*, 63 (7), s. 1212-1257.

- Chalaby, J. K. (2011). The Making of an Entertainment Revolution: How the TV Format Trade Became a Global Industry. *European Journal of Communication*, 26 (4), s. 293-309.
- Charbon, A. ve Sidler, I. (2012). Switzerland. *Intellectual Property and Private International Law Comparative Perspectives*. Oxford ve Portland: Hart Publishing.
- Christie, A. (2020). *Blackstone's Statutes on Intellectual Property* (15. Baskı). New York: Oxford Üniversitesi Yayinevi.
- Collins, L. (1976). Contractual Obligations - The EEC Preliminary Draft Convention on Private International Law. *International and Comparative Law Quarterly*, 25 (1), s. 35-57.
- Cook, W. W. (1941). 'Characterization' in the conflict of laws. *The Yale Law Journal*, 51 (2), s. 191-212.
- Cornish, W. R., Llewelyn, D. ve Aplin, T. (2019). *Intellectual Property Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights* (9. Baskı). Londra: Sweet & Maxwell Press.
- Çavuşoğlu, A. U. (2002). İnternet Ortamında İşlenen Haksız Fiil Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni - Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan*, 22 (2), s. 967-998.
- Çelikel, A. (1969). Devletler Hususi Hukukunda Bağlama Kaidelerinin Tespitinde Uygulanan Yeni Bir Metod. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 35 (1 - 4), s. 231-248.
- Çelikel, A. ve Erdem, B. B. (2017). *Milletlerarası özel hukuk* (15. Baskı). İstanbul: Beta Yayinevi.
- Çiftçi, A. (1999). *Uluslararası Hukuk Açısından Radyo ve Televizyon Hukuku* (1. Baskı). Ankara: Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi.
- Dardağan, E. (2000). *Fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklardan doğan kanunlar ihtilâfı* (1. Baskı). Ankara: Betik Yayıncılık.
- Dardağan Kibar, E. G. (2016). Fikri Haklar Alanında Uygulanacak Hukuk Sorunu. *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- de Vareilles-Sommières, P. (2019). Rationale of the Exclusion of Choice of Law by the Parties in Articles 6(4) and 8(3) of Rome II Regulation. *Oslo Law Review*, 6 (1), s. 62-66.

- Demirkol, B. (2011). *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk* (1. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Dessemontet, F. (2010). *The ALI Principles: Intellectual Property in Transborder Litigation. Intellectual Property in the Global Arena*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Dessemontet, F. (2019). *Intellectual Property Law in Switzerland* (4. Baskı). Netherlands: Kluwer Law International.
- Dicey, Morris ve Collins (2012). *The Conflict of Laws* (15. Baskı). Londra: Sweet & Maxwell.
- Dinwoodie, G. B. (2000). A New Copyright Order: Why National Courts Should Create Global Norms. *University of Pennsylvania Law Review*, 149 (2), s. 469-580.
- Dinwoodie, G. B. (2005). Conflicts and International Copyright Litigation: the Role of International Norms. *Intellectual Property in the Conflict of Laws*. Hamburg: Max Planck Institute.
- Doğan, V. (2019). *Milletlerarası Özel Hukuk* (5. Baskı). Ankara: Savaş Yayınevi.
- Drahoş, P. (2007). The Universality of Intellectual Property Rights: Origins and Developments. *Intellectual Property and Human Rights*. Cenevre: WIPO Publication.
- Dreyfuss, R. C. ve Ginsburg, J. C. (2002). Draft Convention on Jurisdiction and Recognition of Judgments in Intellectual Property Matters. *Chicago-Kent Law Review*, 77 (3), s. 101-183.
- Dreyfuss, R. C. ve Pila, J. (2018). Intellectual property law: An anatomical overview. *The Oxford handbook of intellectual property law*. New York: Oxford University Press.
- Driscoll, J. M. (1999). It's a Small World After All: Conflict of Laws and Copyright Infringement on the Information Superhighway. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 20 (4), s. 939-986.
- Dworkin, G. (1994). The Moral Right of the Author: Moral Rights and the Common Law Countries. *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts*, 19 (3 - 4), s. 229-268.
- Eechoud, M. v. (2003). *Choice of Law in Copyright and Related Rights: Alternatives to the Lex Protectionis* (1. Baskı). Lahey: Kluwer Law International.

- Eechoud, M. v. (2017). Bridging the gap: Private international law principles for intellectual property law. *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 4 (1), s. 716-723.
- Egloff, W. (2017). *Copyright Stories - Sketches on the Political Economy of Copyright* (1. Baskı). Bern: Stämpfli Verlag AG
- Ehrenzweig, A. A. (1960). The Lex Fori - Basic Rule in the Conflict of Laws. *Michigan Law Review*, 58 (5), s. 637-688.
- Elçin, D. (2011). Karşılaştırmalı hukuk ışığında Türk hukukunda sözleşmeyle irtibatlı üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Ata Sakmar Armağanı*. İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Elçin, D. (2012). Forum Non Convenience Doktrini. *Prof. Dr. İlhan Unat'a Armağan*. Ankara: Mülkiyeliler Birliği.
- Erdem, B. (2003). *Fikri hukukta Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi* (1. Baskı). İstanbul: Beta Yayınevi.
- Erdem, B. B. (2002). *Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk* (2. Baskı). İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Erdil, E. (2005). *İçtihatlı ve Gerekçeli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi* (1. Baskı). Beta Yayıncılık.
- Erdoğan, B. İ. (2021). *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları* (1. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Erel, Ş. N. (2009). *Türk fikir ve sanat hukuku* (3. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Eren, F. (2018). *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (6. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Erkan, M. (2011). MÖHUK madde 31 bağlamında Türk hukukunda doğrudan uygulanan kurallara bakış. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15 (2), s. 81-121.
- Erksan, M. (11.06.1994). *Sinemanın 100. Yılı*.
- Esener, T. ve Güven, K. (2017). *Eşya Hukuku* (7. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Fawcett, J. J. (1984). Forum Shopping - Some Questions Answered. *Northern Ireland Legal Quarterly*, 35 (2), s. 141-152.

- Fawcett, J. J. ve Torremans, P. (2011). *Intellectual Property and Private International Law* (2. Baskı). Oxford: Oxford University Press.
- Fentiman, R. (2005). Choice of Law and Intellectual Property. *Intellectual Property and Private International Law – Heading for the Future*. Oxford, Portland ve Oregon: Hart Publishing.
- Ferrari, F. (2020). *Concise Commentary on the Rome I Regulation* (2. Baskı). Cambridge: Cambridge University Press.
- Frohlich, A. B. (2009). Copyright Infringement in the Internet Age - Primetime for Harmonized Conflict-of-Laws Rules. *Berkeley Tech. L.J.*, 24 (2), s. 851-896.
- Garnett, R. (2020). Intellectual Property and Private International Law Strangers in the Night? *Across Intellectual Property: Essays in Honour of Sam Ricketson*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Garnett, R. (2020). Intellectual Property and Private International Law Strangers in the Night? *Across Intellectual Property: Essays in Honour of Sam Ricketson*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Geller, P. E. (1996). Conflicts of Laws in Cyberspace: Rethinking International Copyright in a Digitally Networked World. *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts*, 20 (4), s. 571-604.
- Geller, P. E. (2000). Mastering Conflicts of Laws in Intellectual Property Litigation. *IPL Newsletter*, 18 (4), s. 7 - 13.
- Geller, P. E. (2004). Conflicts of Laws in Copyright Cases: Infringement and Ownership Issues. *Journal of the Copyright Society of the USA*, 51 (1), s. 315 - 394.
- Geller, P. E. (2005). International Intellectual Property, Conflicts of Laws, and Internet Remedies. *Journal of Intellectual Property Rights*, 10 (1), s. 133 - 140.
- Ginsburg, J. C. (1995). Global Use/Territorial Rights: Private International Law Questions of the Global Information Infrastructure Part I. *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, 42 (4), s. 318-338.
- Ginsburg, J. C. (1997). Extraterritoriality and Multiterritoriality in Copyright Infringement. *Virginia Journal of International Law*, 37 (1), s. 587-602.

- Ginsburg, J. C. (1997a). Copyright without Borders - Choice of Forum and Choice of Law for Copyright Infringement in Cyberspace. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 15 (1), s. 153-175.
- Ginsburg, J. C. (1997b). Ownership of Electronic Rights and the Private International Law of Copyright Symposium on Electronic Rights in International Perspective. *Colum.-VLA J.L. & Arts*, 22 (1), s. 165-176.
- Ginsburg, J. C. (2003). The Cyberian Captivity of Copyright: Territoriality and Authors' Rights in a Networked World. *Santa Clara High Technology Law Journal*, 20 (1), s. 185-199.
- Ginsburg, J. C. (2003a). Choice of Law and Choice of Forum in International Copyright Infringement Chapter 38. *Int'l Intell. Prop. L. & Pol'y*, 5 (1), s. 38-1, 38-6.
- Ginsburg, J. C. (2009). Contracts, Orphan Works, and Copyright Norms: What Role for Berne and TRIPs? *Working within the Boundaries of Intellectual Property: Innovation Policy for the Knowledge Society*. Oxford: Oxford University Press.
- Gottlieb, N.-I. E. (2010). *Free to Air? Legal Protection for TV Program Formats*. Yayınlanmamış Doktora Tezi.
- Göğer, E. (1977). *Devletler Hususi Hukuku* (4. Baskı). Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Gökyayla, E. (2015). *Film Yapım Sözleşmesi* (1. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Gökyayla, K. E. (2001). *Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi* (2. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Graziano, T. K. (2015). Codifying European Union private international law: The Swiss Private International Law Act – a model for a comprehensive EU private international law regulation? *Journal of Private International Law*, 11 (3), s. 585-606.
- Groves, P. (1994). *Intellectual Property with Competition Law and Practice* Baskı). Cavendish.
- Güler, E. S. (2019). Forum Non Convenience Doktrini ve Uluslararası Paralel Davalar. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan*, 21 (Özel Sayı), s. 2629-2658.
- Gün, B. (2016). Dünyanın Bütün Sinemacıları Birleşin. *Bir Filmin Serüveni, Mithat Alam Film Merkezi Sinema Seminerleri*. İstanbul: İthaki Yayınları.

- Güngör, G. (2008). The Principle of Proximity in Contractual Obligations: The New Turkish Law on Private International Law and International Civil Procedure. *Ankara Law Review*, 5 (1), s. 1-21.
- Güngör, G. (2021). *Türk Milletlerarası Özel Hukuku* (2. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Güvercin, A. (2021). *Milletlerarası Özel Hukukta Franchise Sözleşmeleri* (1. Baskı). İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Hill, J. (2004). Choice of Law in Contract under the Rome Convention: The Approach of the UK Courts. *International and Comparative Law Quarterly*, 53 (2), s. 325-350.
- Hill, J. ve Shúilleabháin, M. n. (2016). *Clarkson & Hill's Conflict of Laws* (5. Baskı). Oxford: Oxford University Press.
- Huniar, K. (2006). *Comparative Analysis of the Copyright Law Relating to Films Between the United Kingdom and the Federal Republic of Germany*. ProQuest LLC 2014: Yayınlanmamış Doktora Tezi.
- Jaffey, A. J. E. (1984). The English Proper Law Doctrine and the EEC Convention. *International and Comparative Law Quarterly*, 33 (3), s. 531-557.
- Jurcys, P. (2010). The Role of the Territoriality Principle in Modern Intellectual Property Regimes: Institutional Lessons from Japan. *SSRN*, (1663219), s. 1-23.
- Kamina, P. (2002). *Film Copyright in the European Union* (1. Baskı). Cambridge: Cambridge University Press.
- Kaplan, Y. (2004). *İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk* (1. Baskı). Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Karaaslan, P. (2020). Gölge Yazarlık Sözleşmesi. *Terazi Hukuk Dergisi*, 15 (164), s. 765-773.
- Karaaslan, P. (2020). Üç Boyutlu Yazıcıların Uygulamalı Sanat Eseri Üretmek Amacıyla Kullanılması - Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Kapsamında İnceleme. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15 (193-194), s. 1231-1261.
- Karaaslan, P. (2020). Sosyal Medyada Kullanılan Caps'lerin Telif Hukuku Boyutu ve Yasal Düzenlemelerin Yeterliliği. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 24 (3), s. 41-65.

- Karahan, S. vd. (2013). *Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları* (3. Baskı). Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Karapana, S. ve McDonagh, L. (2019). *Intellectual property law* (1. Baskı). New York: Oxford University Press.
- Karnell, G. W. G. (2000). Copyright to Sequels - With Special Regard to Television Show Formats. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 31 (2000), s. 886 - 913.
- Kaya, C. (2015). *Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni Kavramının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile İlişkisi*. Yayımlanmamış Doktora Tezi.
- Kaya, C. (2020). Ortak Yapım Film Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk. *Atipik Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Kılıçoğlu, A. M. (2013). Eser sayılmayan fikri ürünler ve eserin adı ve alametleri üzerindeki haklar. *Journal of Yaşar University*, 8 (Özel Sayı), s. 1585-1636.
- Kılıçoğlu, A. M. (2019). *Sınai haklarla karşılaştırmalı fikri haklar* (5. Baskı). Ankara: Turhan Kitabevi.
- Kıran, S. (2015). Fikri Mülkiyet Haklarına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk. *Akademik Teklif Hukuk ve İdari Bilimler Dergisi* 2(4), s. 168-183.
- Koca, S. Ç. (2007). Danışmanlık Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11 (1 - 2), s. 233-257.
- Koca, S. Ç. (2013). *Teknoloji Transfer Sözleşmelerinden Doğan Kamunlar İhtilafları* (1. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Kocasakal, H. Ö. (1998). *Doğrudan uygulanan kuralların yabancılık unsuru taşıyan sözleşmeler üzerindeki etkileri* (Baskı). (Yayımlanmamış Doktora Tezi):
- Kono, T. (2012). Jurisdiction and Applicable Law in Matters of Intellectual Property. *General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*. New York: Springer.
- Kono, T. (2017). Territoriality. *Encyclopedia of Private International Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.

- Kono, T. ve Jurčys, P. (2012a). General Report. *Intellectual Property and Private International Law*. Oxford ve Portland: Hart Publishing.
- Krüger, H. (1968). (Çev. Necla Giritlioğlu) Türk Devletler Hususi Hukukunda Lex Loci Delicti Commissi Kuralı Üzerine Bazı Düşünceler. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1 (2), s. 252-264.
- Kulik, G. L. (2000). Copyright Preemption: Is This the End of Desny v. Wilder. *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, 1 (2000), s. 1-30.
- Kur, A. ve Maunsbach, U. (2019). Choice of Law and Intellectual Property Rights. *Oslo Law Review*, 6 (1), s. 43-61.
- Küçükali, C. (2020). *Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Fikri Mülkiyet Hakkı Sahibinin Yayma Hakkının Tükenmesi* (1. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Küçükali, C. (2020a). 12 Aralık 2006 Tarihli Fikri Mülkiyet Alanında Kiralama Hakkı, Ödünç Verme Hakkı ve Telif Hakları ile Bağlantılı Haklara İlişkin 2006/115/AT Sayılı Direktif (Çeviri). *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2020 (2), s. 155-169.
- Lagarde, P. (1981). The European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: An Apologia. *Virginia Journal of International Law*, 22 (1), s. 91-104.
- Lando, O. (1957). Scandinavian Conflict of Law Rules Respecting Contracts - Party Autonomy and Center of Gravity. *American Journal of Comparative Law*, 6 (1), s. 1-26.
- Lando, O. (1976). The Substantive Rules in the Conflict of Laws: Comparative Comments from the Law of Contracts. *Texas International Law Journal*, 11 (3), s. 505-526.
- Lando, O. (1996). Some Issues Relating to the Law Applicable to Contractual Obligations. *King's College Law Journal*, 7 (1), s. 55-74.
- Lane, S. (1992). Format Rights in Television Shows: Law and the Legislative Process. *Statute Law Review*, 13 (1), s. 24-49.
- Leepuengtham, T. (2017). *The Protection of Intellectual Property Rights in Outer Space Activities* (1. Baskı). Birleşik Krallık: Edward Elgar Publishing.
- Lipstein, K. (1981). Characteristic Performance--A New Concept in the Conflict of Laws in Matters of Contract for the EEC Conflict of Laws. *Northwestern Journal of International Law & Business*, 3 (2), s. 402-414.

- Lipstein, K. (2002). Intellectual Property: Jurisdiction or Choice of Law? *The Cambridge Law Journal*, 61 (2), s. 295-300.
- Lorenzen, E. G. (1941). The qualification, classification, or characterization problem in the conflict of laws. *The Yale Law Journal*, 50 (5), s. 743-761.
- Lundstedt, L. (2016). *Territoriality in Intellectual Property Law* (1. Baskı). Stockholm: Stockholm University.
- Martinek, M. (2002). Codification of Private International Law - A Comparative Analysis of the German and Swiss Experience. *J. S. Afr. L.*, 2002 (1), s. 234.
- Matulionytė, R. (2013). Calling for Party Autonomy in Intellectual Property Infringement Cases. *Journal of Private International Law*, 9 (1), s. 77-100.
- McCaffrey, S. (1980). The Swiss Draft Conflicts Law. *The American Journal of Comparative Law*, 28 (2), s. 235-285.
- McJohn, S. M. (2009). *Intellectual Property* (3. Baskı). New York: Aspen Publishers.
- Mekengeç, M. A. (2016). *Ayni Haklardan Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme* (1. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Metzger, A. (2010). Applicable Law under the CLIP Principles: A Pragmatic Revaluation of Territoriality. *Intellectual Property Mohr Siebeck in the Global Arena*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Metzger, A. (2013). Article 3:502: Applicable Law in the Absence of Choice. *Conflict of Laws in Intellectual Property*.
- Min, E.-J. ve Wichard, J. C. (2018). Cross-border intellectual property enforcement. *The Oxford handbook of intellectual property law*. New York: Oxford University Press.
- Morris, P. S. (2019). From Territorial to Universal - The Extraterritoriality of Trademark Law and the Privatizing of International Law. *Cardozo Arts & Ent. L.J.*, 37 (1), s. 33-85.
- Müller-Chen, M. ve Lüchinger, C. W. (2018). *Zürcher Kommentar zum IPRG - Band II - Art. 108a - 200* (3. Baskı). Zürcher: Schulthess Juristische Medien AG.
- Naarajärvi, P. (2011). *International Coproduction And Collaborative Agreements, The Case Of The Finnish Film Industry*. Helsinki: Yayımlanmamış Doktora Tezi.

- Nimmer, M. B. (1977). The subject matter of copyright under the act of 1976. *UCLA Law Review*, 24 (5 - 6), s. 978-1024.
- Noam, E. M. (2019). *Managing Media and Digital Organizations* (1. Baskı). Londra: Palgrave Macmillan, Cham.
- Nomer, E. (2017). *Devletler hususi hukuku* (22. Baskı). İstanbul: Beta Yayınevi.
- North, P. M., Webb, P. R. H. ve Karsten, I. G. F. (1970). Foreign Torts and English Courts. *The International and Comparative Law Quarterly*, 19 (1), s. 24-46.
- O'Sullivan, S. (2018). Brexit and Choice of Law in the Law of Obligations. *Australian International Law Journal*, 24 (1), s. 77-96.
- Ochoa, T. T. (2020). Extraterritorial Application of U.S Copyright Law in Multinational Litigation. *The Indian Journal of Intellectual Property Law*, 11 (1), s. 89-126.
- Odabaşı, İ. A. (2017). *Milli Sinema - Osmanlı'da Sinema Hayatı ve Yerli Üretime Geçiş* (1. Baskı). İstanbul: Dergah Yayınları.
- Oğuzman, K. (2006). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (1. Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Oğuzman, M. K. ve Barlas, N. (2015). *Medeni Hukuk* (21. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Oğuzman, M. K., Seliçi, Ö. ve Özdemir, S. O. (2017). *Eşya Hukuku* (20. Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Ohly, A. ve Pila, J. (2013). *The Europeanization of Intellectual Property Law* Baskı). Oxford: Oxford University Press.
- Okutan, G. (1999). Türk milletlerarası özel hukukunda fikir ve sanat eserleri. *Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayın Nr. 7.
- Ömeroğlu, E. (2017). *Ayni Haklara Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Yargı Mercisinin Tayininde İrade Serbestisi Prensibi* (1. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Ömeroğlu, E. (2020). Fikri Mülkiyet Haklarının İhlaline Uygulanacak Hukukta “Soft Law” Tarafından Hukuk Seçimine Yer Verilmesi. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni - Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan*, 40 (1), s. 55 - 77.

- Ömeroğlu, E. (2020). Fikri Mülkiyet Haklarının İhlaline Uygulanacak Hukukta "Soft Law" Tarafından Hukuk Seçimine Yer Verilmesi. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni - Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan*, 40 (1), s. 55-77.
- Özçelik, G. B. (2016). *Milletlerarası Usul Hukukunda Paralel Davalar* (1. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Özel, S. (2002). Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m.24/II'de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi. *MHB Prof.Dr. Ergin Nomer'e Armağan*, 22 (2), s. 577-618.
- Özel, S. (2004). İnternet Yoluyla Kişilik Hakları İhlallerinde Uygulanacak Hukuk Meselesi. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 24 (1 - 2), s. 609-618.
- Özel, S. (2015). Türk Sinemasının 100. Yılında Hukuki Açıdan Sansür ve Telif Hakkı. *Türk Sinemasının 100. Yılına Armağan*. İstanbul: Marmara Üniversitesi Yayınevi.
- Özel, S. (2016). Sözleşmesel İlişkide Yabancılık Unsuru ve Hukuk Seçimi. *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu Eskişehir, 21-22 Nisan 2016 Sempozyum Bildirileri ve Tartışmalar*. Ankara: Yetkin Yayınevi.
- Özel, S. (2019). Televizyon Taksonomisi: Program Türleri ve Formatlar Üzerine Yaklaşımlar. *Türkiye'de Televizyon Formatları - Eleştirel Çalışmalar*. İstanbul: Doruk Yayınları.
- Öztan, F. (2008). *Fikir ve sanat eserleri hukuku* (1. Baskı). Ankara: Turhan Kitabevi.
- Öztürk, A. (2019). *Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Telif Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk* (1. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Öztürk, N. (2016). *Milletlerarası özel hukukta aile kurma amaçlı evlilik benzeri yaşam modelleri* (1. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Özuyar, A. (2019). *Hariciye Koridorlarında Sinema Erken Cumhuriyet Dönemi'nde Sinemanın Politik Gücü* (1. Baskı). İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.
- Patry, W. (2000). Choice of Law and International Copyright. *The American Journal of Comparative Law*, 48 (3), s. 383-470.
- Penkower, J. (2003). Los Angeles News Service v. Reuters: Damages for Extraterritorial Copyright Exploitation Note. *U.S.F. L. Rev.*, 38 (3), s. 555-576.

- Petridis, S. (2014). Comparative Issues on Copyright Protection for Films in the US and Greece. *Journal of Intellectual Property Rights*, 19 (2), s. 282-292.
- Pila, J. ve Torremans, P. (2019). *European Intellectual Property Law* (2. Baskı). Oxford: Oxford University Press.
- Polčák, R. (2020). Territoriality of Copyright Law. *Digital Peripheries: The Online Circulation of Audiovisual Content from the Small Market Perspective*. Cham: Springer International Publishing.
- Property, E. M. P. G. o. C. o. L. i. (2013). *Conflict of Laws in Intellectual Property: The CLIP Principles and Commentary* (1. Baskı). Oxford: Oxford University Press.
- Rahmatian, A. (2013). Originality in UK Copyright Law: The Old “Skill and Labour” Doctrine Under Pressure. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 44 (2013), s. 4-34.
- Raygor, K. R. ve Komen, E. (2009). Limitations On Copyright Protection For Format Ideas In Reality Television Programming. *Media Law Resource Center Bulletin*, 4 (1), s. 97-121.
- Reese, W. L. M. (1960). Contracts and the Restatement of Conflict of Laws, Second. *The International and Comparative Law Quarterly*, 9 (4), s. 531-541.
- Reese, W. L. M. (1972). Choice of Law Rules or Approach. *Cornell Law Review*, 57 (3), s. 315-334.
- Refiğ, H. (2019). *Ulusal Sinema Kavgası* (4. Baskı). İstanbul: Dergah Yayınları.
- Reimann, M. (1999). Savigny's Triumph--Choice of Law in Contracts Cases at the Close of the Twentieth Century. *Virginia Journal of International Law*, 39 (3), s. 571-606.
- Richardson, N. (1989). The Concept of Characteristic Performance and the Proper Law Doctrine. *Bond L. Rev.*, 1 (2), s. 284-288.
- Rivoire, M. (2018). An Alternative to Choice of Law in (First) Ownership of Copyright Cases: The Substantive Law Method Part I: Articles. *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, 65 (1), s. 203-234.
- Rubin, J. (2005). Television Formats: Caught in the Abyss of the Idea/Expression Dichotomy. *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, 16 (2006), s. 663-708.

- Rubin, J. (2005). Television Formats: Caught in the Abyss of the Idea/Expression Dichotomy. *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, 16 (2006), s. 663 - 708.
- Sabharinathan, T. (2018). Copyright Protection of TV Formats in the UK: Banner Universal Motion Pictures Ltd. v. Endemol Shine Group Ltd. *University of Southampton Student Law Review*, 8 (2018), s. 30-34.
- Samuel, A. (1988). The New Swiss Private International Law Act. *The International and Comparative Law Quarterly*, 37 (3), s. 681-695.
- Sargın, B. (2020). *Yabancı unsurlu televizyon program formatlarının korunması* (Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Sargın, F. (2001). Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 50 (2), s. 37-95.
- Sargın, F. (2010). *5718 sayılı MÖHUK Çerçevesinde Fikri ve Sınai Haklar ile İlgili Milletlerarası Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk- Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Koç Üniversitesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi* (1. Baskı). İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Sarıakçalı, T. (2020). İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni - Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan*, 40 (1), s. 247-297.
- Sarıöz, A. İ. (2012). *Haksız Rekabetten Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme* (1. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Saunders, K. M. (2016). *Intellectual Property Law* (1. Baskı). Minnesota: West Academic Publishing.
- Schuster, E. J. (1923). The Swiss Civil Code. *Journal of Comparative Legislation and International Law*, 5 (1 - 4), s. 216-226.
- Schwartz, A. (2016). Cheddar, Not Swiss: A Director's Interest in Copyright. *Seton Hall Circuit Review*, 13 (1), s. 131-154.

- Sellors, C. P. (2020). Too much drama defining film in UK copyright law. *Journal of Media Law*, 12 (2), s. 191-215.
- Serozan, R. (2014). *Eşya Hukuku I* (3. Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Seviğ, M. R. ve Seviğ, V. R. (1962). *Devletler Hususi Hukuku* (3. Baskı). İstanbul: İsmail Akgün Matbaası.
- Seviğ, V. (2002). Milletlerarası Tahkim Kanununun Özellikleri. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni - Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan*, 22 (2), s. 745-750.
- Seviğ, V. R. (1974). *Kanunlar İhtilafi (Yasama ve yargılama çatışmaları)* (2. Baskı). İstanbul: Sulhi Garan Matbaası.
- Seville, C. (2018). Intellectual property law in Western Europe. *The Oxford Handbook of intellectual property law*. New York: Oxford University Press.
- Sirmen, A. L. (2017). *Eşya Hukuku* (5. Baskı). Ankara: Yetkin Hukuk Yayınları.
- Solomon, D. (2007). The Private International Law of Contracts in Europe: Advances and Retreats Proceedings of the Duke Law Center for International and Comparative Law and Tulane Law Review Symposium: The New European Choice-of-Law Revolution: Lessons for the United States: Contract and Tort Law. *Tulane Law Review*, 82 (5), s. 1709-1740.
- Soysal, T. (2019). Avrupa Birliği'nin Dijital Tek Pazarda Telif Hakları Direktifi Çerçevesinde Müzik Sektöründe 'Değer Boşluğu' Kavramı ve Düzenlemenin İnternet İçerik Paylaşım Sitelerine Etkileri. *Ankara Barosu Dergisi*, 2019 (4), s. 139-206.
- Stone, P. (2006). *EU Private International Law* (1. Baskı). Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- Stone, P. (2018). *Stone on Private International Law in the European Union* (4. Baskı). Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- Symeonides, S. C. (1989). The New Swiss Conflicts Codification: An Introduction. *American Journal of Comparative Law*, 37 (2), s. 187-246.
- Symeonides, S. C. (2009). A New Conflicts Restatement: Why Not? *Journal of Private International Law*, 5 (3), s. 383-424.

- Symeonides, S. C. (2014). *Codifying choice of law around the world* (1. Baskı). New York: Oxford University Press.
- Symeonides, S. C. (2016). *Choice of law* Baskı). Amerika Birleşik Devletleri: Oxford University Press.
- Şahan, A. G. (2018). 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Çerçevesinde Franchise Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Tayini. *Public and Private International Law Bulletin*, 38 (2), s. 441-479.
- Şahin, B. (2018). *Türk hukukunda sinema eserlerine ilişkin lisans sözleşmesi* (1. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Şanlı, C. (2019). *Milletlerarası Özel Hukuk* (7. Baskı). İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Şanlı, C., Esen, E. ve Fıganmeşe, İ. A. (2018). *Milletlerarası özel hukuk* (6. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Tang, Z. (2008). Law Applicable in the Absence of Choice - The New Article 4 of the Rome I Regulation Legislation and Reports. *Modern Law Review*, 71 (15), s. 785-800.
- Tanrıbilir, F. B. ve Şit, B. (2002). Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni - Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan*, 22 (2), s. 819-838.
- Tarman, Z. D. (2011). *Haksız Rekabetten ve Aldatıcı Reklamlardan Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk* (1. Baskı). İstanbul: Beta Yayınevi.
- Tarman, Z. D. (2016). Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma II Tüzüğü (AT 864/2007). *Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Tekin, U. (2020). Avrupa Parlamentosu'nun ve Konseyi'nin Dijital Tek Pazarda Telif Haklarına ve Bağlantılı Haklara İlişkin 2019/790 Sayılı Direktifi Hakkında Bazı Değerlendirmeler. *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, 19 (1), s. 199-224.
- Tekinalp, G. (1969). Patent Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Bağlama Kuralı. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 35 (1 - 4), s. 249-266.
- Tekinalp, G. (2006). *Milletlerarası özel hukuk, bağlama kuralları* (9. Baskı). İstanbul: Arıkan Yayınları.

- Tekinalp, G. (2016). *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları* (12. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Tekinalp, Ü. (2002). *Fikri Mülkiyet Hukuku* (2. Baskı). İstanbul: Beta Yayınevi.
- Tekinalp, Ü. (2012). *Fikri mülkiyet hukuku* (5. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Tellioğlu, İ. (1995). Avrupa Birliği Direktifleri ve GATT-TRIPS Anlaşması Doğrultusunda Fikir ve Sanat Eserlerinin Korunması; Türkiye'deki Hukuksal Düzenlemeyle Mukayeseli İncelenmesi. *Marmara Journal of European Studies*, 4 (1 - 2), s. 93-100.
- Tiryakioğlu, B. (1996). *Taşınır mallara ilişkin milletlerarası unsurlu satım akitlerine uygulanacak hukuk* (1. Baskı). Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Tiryakioğlu, B. (1997). *Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı* (1. Baskı). Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Matbaası.
- Tiryakioğlu, B. (2021). Extraterritorial Implications of Turkish Legislation. *Public and Private International Law Bulletin*, 41 (2), s. 931-953.
- Tiryakioğlu, B., Aygün, M. ve Küçük, E. (2022). *Türk Uluslararası Özel Hukuk Mevzuatı* (15. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Toker, A. G. (2022). Forum non Conveniens Doktrininin Türk Hukukunda Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi Kapsamında Uygulanması. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 24 (1), s. 79-122.
- Toker, A. G. (2022). 5718 Sayılı MÖHUK Çerçevesinde Telif Hakkına İlişkin Sözleşmenin Esasına Uygulanacak Hukuk. *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 8 (1), s. 51-73.
- Toprakkaya, İ. (2021). *Fikir ve Sanat Eserlerinden Doğan Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yolu İle Çözümü* (1. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Tosun, Y. (2013). *Sinema eserleri ve eser sahibinin hakları* (2. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Tosun, Y. (2016). Sözleşme Hukuku Açısından Eser Sipariş Sözleşmelerine Dizi Film Yapım Sözleşmesi Bağlamında Bir Yaklaşım. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11 (139 - 140), s. 171-196.
- Töre, N. (2007). Sanal Ortamda Telif Haklarına Uygulanacak Hukuk. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 72 (1), s. 297-326.

- Trimble, M. (2017). U.S. State Copyright Laws: Challenge and Potential. *Stanford Technology Law Review*, 20 (2), s. 66-127.
- Tuğ, M. A. (2021). Kira Sözleşmelerinden Kaynaklanan Ticari Davalarda Görevli Mahkeme. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 29 (3), s. 1897-1921.
- Turan, M. (2016). Çağlar boyu düşünce özgürlüğü: Türkiye'de ve dünyada telif haklarının tarihsel gelişiminin değerlendirilmesi. *Türk Kütüphaneciliği*, 30 (2), s. 206-235.
- Tüzüner, Ö. (2007). *Marka Rehni Sözleşmesi ve Uygulanacak Hukuk* (1. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Tüzüner, Ö. (2011). *Faydalı Modelin Korunması ve Faydalı Modelin Korunmasına Uygulanacak Hukuk* (1. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Uluocak, N. (1971). *Kanunlar İhtilafı (Yasama yetkisi kuralları)* (1. Baskı). İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- Uzun, E. (2012). Geri Gondermeme (Non-Refoulement) İlkesinin Uluslararası Hukuktaki Konumu Üzerine Bir Değerlendirme. *Rev. Int'l L. & Pol.*, 8 (30), s. 25-58.
- Vischer, F. (1977). Drafting National Legislation on Conflict of Laws: The Swiss Experience. *Law and Contemporary Problems*, 41 (2), s. 131-145.
- Weintraub, R. J. (1961). The Contracts Proposals of The Second Restatement Of Conflict Of Laws- A Critique. *Iowa Law Review*, 46 (4), s. 713-731.
- Weintraub, R. J. (1997). At Least, To Do No Harm: Does the Second Restatement of Conflicts Meet the Hippocratic Standard Symposium: The Silver Anniversary of the Second Conflicts Restatement. *Maryland Law Review*, 56 (4), s. 1284-1315.
- Werra, J. D. (2009). What Legal Framework for Promoting the Cross-Border Flow of Intellectual Assets (Trade Secrets and Music)? A View from Europe towards Asia (China and Japan). *Intellectual property quarterly*, 2009 (1), s. 27-76.
- Yalınkılıç, Ö. ve Yıldız, H. K. (2021). *Fikri Haklar Kapsamında Fikrin Korunması Sorunsalı ve FSEK Kapsamında Korunan Eserlerin Eğitim-Öğretim Amacıyla Kullanımı* (1. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Yasan, C. (2013). *Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsiyetten Kişilerin Birliktelikleri* (1. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

- Yavuz, L., Alica, T. ve Merdivan, F. (2014). *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu* (2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Yıldırım, E. Ç. (2021). *Eser Sahipliğinden Doğan Hakların Sınırlandırılması*. Ankara: Yayımlanmamış Doktora Tezi.
- Yntema, H. E. (1953). The Historic Bases of Private International Law. *The American Journal of Comparative Law*, 2 (3), s. 297-317.
- Yu, P. K. (2001). *Conflict of Laws Issues in International Copyright Cases*. GigaLaw.com:
- Yu, P. K. (2019). The Comparative Lessons of Itar - Tass Russian News Agency v. Russian Kurier. *The Cambridge Handbook of Intellectual Property in Central and Eastern Europe*. New York: Cambridge University Press.
- Yünlü, L. (2003). Fikri Mülkiyet Hakkı. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 23 (1 - 2), s. 891-918.
- Zander, M. (1959). The Act of State Doctrine. *The American Journal of International Law*, 53 (4), s. 826-852.

