

STANDART BİLGİSAYAR PROGRAM AYIPLARINDAN SÖZLEŞMEYE DAYALI SORUMLULUK

Yrd. Doç. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM*

I. GİRİŞ

Bilgisayarlar (=Hardware), bilgiyi otomatik olarak işleyen makinalar olup, milattan önce 200'lü yıllarda abaküs ile başlayan bilgi işlemin, günümüzdeki en gelişmiş aracıdır¹. Bir tanım yapmak gerekirse, bilgisayar, "ana hafıza birimine depolanan bilgilerin kontrolü altında dışarıdan bilgi alan, bunu depolayan; insan müdahalesi olmadan bu bilgi üzerinde aritmetiksel ve mantıksal işlemler yapan, tüm bu işlemlerin sonucunda bir çıktı üreten elektronik bir araçtır"². Bilgisayar programı (=Software, Computerprogram)³, bilgisayara hayatiyet kazandıran, onu malzeme yığını olmaktan kurtaran, bir programlama diline göre yazılmış, karşılaşılan bir sorunun elektronik sistemler sayesinde çözümüne yönelik girdi işlemlerini, aritmetiksel işlemleri, mantıksal

-
- * A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
- 1 Moritz/Tybusseck, Computersoftware, Rechtsschutz und Vertragsgestaltung, Aufl. II, München 1992, Rdn. 2.
- 2 Arıkan, A. S., Bilgisayar Programlarının Korunması, Avrupa Birliği ve Türkiye, ABD 1996, S. 3, s. 312.
- 3 Bu kavram türkçeye "yazılım" şeklinde kazandırılmaya çalışılmışsa da bu sözcüğün terimi iyi ifade edemediği kanaatindeyiz. Alman yazarlar da ingilizce "software" şeklinde ifade edilen bu kavramın almancaya çevrilmesinin sanıldığı kadar kolay olmadığını itiraf etmektedirler (Heidinger, A., Computersoftware, Rechtsschutz und Gegenstaendliche Lizenz, Würzburg 1992, 3). Biz de terimi "geniş anlamda bilgisayar programı" sözcükleri ile ifadeyi tercih ediyor; bununla, belirli bir programlama dilinde yazılmış anlamlı komutlar dizisi ile gerekli yordamlar ve eklenmesi gereken belgelerden oluşan bütünü anlatmayı amaçlıyoruz. Bu ayrım hakkında bkz., Jersch, R., Ergaenzender Leistungsschutz und Computersoftware, München 1993, 124; Lutz, M.J., Der Schutz der Computerprogramme in der Schweiz, GRUR Int. 1993, 665; Hübner, C., Zum Schutz für software-bezogene Erfindungen in Deutschland, GRUR 1994, 883.

işlemleri, depolama işlemlerini ve çıktı işlemlerini yaptırabilecek anlamlı komutlar dizisidir⁴. Standart bilgisayar programı ise, program üreticilerinin, sözleşmenin kurulmasından önce, belirlenen bir alanın standartlaştırılabilen ihtiyaçlarının giderilmesi amacıyla, bireylerin tek tek spesifik ihtiyaçları dikkate alınmaksızın hazırlanan ve müşterilerin beğenisine sunulan seri halde üretilmiş programlardır⁵. Ayıp, ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanım klavuzunda yer alan veya satıcı tarafından vaadedilen veya standardında tespit edilen nitelik veya niceliğe aykırı olan ya da tahsis veya kullanım amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan veya kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksikliklerdir (TKHK. m. 4). Sorumluluk ise, bir kişiyi ya da kişileri diğer kişi ya da kişilere, bir şey vermeye, yapmaya veya bir davranıştan kaçınmaya zorlayan, ihlali halinde ihlal eden kişinin malvarlığına el atılabilmesi imkanı veren hukuki olgudur⁶.

Çalışmamızın başlığından da anlaşılacağı üzere burada yalnızca sözleşme ilişkisi kapsamında edinilen standart bir bilgisayar programının ayıplarından sorumluluk incelenmiştir. Bir diğer ifade ile standart bir bilgisayar program ayıplarından, sözleşme ilişkisi bulunmayan kişilerin gördükleri zararlardan sorumluluk incelenmemiştir⁷. Diğer yandan yalnızca standart bilgisayar program ayıplarından sorumluluk incelenmiş, standart olmayan, kişilerin arzularına göre imal edilmiş program ayıplarından sorumluluk dışarıda bırakılmıştır⁸. Son olarak bu incelemede

⁴ Arıkan, 314.

⁵ Slongo, D., *Der Softwareherstellungsvertrag*, Zürich 1991, 4; Rüesch, C., *Die Weitergabe von Standard-Software*, Zürich 1988, 29-30.

⁶ Sorumluluk, hukuken iki anlamda kullanılmaktadır. Bunlardan biri, tazminat ödeme yükümlülüğü anlamına gelirken; diğeri, alacaklının borçlunun malvarlığını el koyabilme iktidarını ifade eder. Bkz., Tekinay/Akman /Burcuoğlu/Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 18 vd.; Eren, F., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, B.5, İstanbul 1994, s. 98 vd.

⁷ Bilgisayar program ayıplarından sözleşme dışı sorumluluk konusunda bkz., Taeger, J., *Ausservertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramm*, Tübingen 1995, 79 vd.

⁸ Sipariş üzerine hazırlanan bilgisayar program ayıplarından sorumluluk konusunda bkz., Widmer, U., *Risikofolgeverteilung bei Informatikprojekten: Haftung für Softwaremaengel bei Planung und Realisierung von Informationssystemen*, Bern 1989, 108 vd.; Slongo, D., *Der Softwareherstellungsvertrag*, Zürich 1991, 85 vd. ve olması gereken hukuk bakımından önerileri 180 vd.

yalnızca hukuki sorumluluk ele alınmış, sorunun ceza hukuku boyutu incelenmemiştir. Kısaca bu çalışmada, bir sözleşme ilişkisi içerisinde edinilen standart bir bilgisayar programının, kendisinden beklenen niteliklere sahip olmaması yani var olan nitelikleri ile olması gereken nitelikleri arasında bir sapmanın varlığı halinde, programı edinen kişinin sahip olduğu hukuki imkanlar araştırılmıştır.

II. KONUNUN ÖNEMİ

Bilgisayar programcılarının da yakinen bildikleri üzere, program yaparken her bir karakterin büyük bir önemi vardır. Yanlışlıkla nokta yerine virgül konulması, açılan bir parantezin kapatılmaması, veya yanlış kapatılması vs. programın istenilen biçimde çalışmasını engellemektedir. Derleyici (=Compiler) ve yorumlayıcıların (=interpretor) yeterince gelişmediği dönemlerde bu sorun olanca ağırlığı ile kendisini hissettiriyordu. Kaynakların bildirdiğine göre 4 Haziran 1996 tarihinde fırtatıldıktan 37 saniye sonra rotasından çıkarak düşen TÜRKSAT-1 uydusunu taşıyan ARYAN-5 roketinin düşüşüne programdaki bir yanlışlık sebebiyet vermiştir⁹. Yine 1962 yılında MARINER uzay aracının fırlatılışının sonrasında düşüp, 18.5 milyon dolar zarara yol açmasında, nokta yerine yanlışlıkla virgül konulmasının etkili olduğu belirtilmektedir. Folkland savaşı sırasında bir İngiliz muhribinin Arjantin füzelerine karşı erken uyarı sistemlerinin program hatası sonucu çalışmadığı ve füzelere karşı bir önlem alınmaması sonucu battığı bilinmektedir¹⁰.

Bilişimbilimciler de hatasız bir programın yazılmasının imkansız olduğunu itiraf etmektedirler (=No software without bugs)¹¹. Ortalama her iki yüz satırdan üçünce hata bulunmaktadır¹². Bu hataların yarısı yapılan kontrollerde giderilse bile, bu, bin satırlık bir programda en az yedi yanlış demektir¹³. Hatanın kaçınılmaz

⁹ Computerworld 1996, S. 25, s.3.

¹⁰ Widmer, 108; Mehrings, Computersoftware und Maengelhaftung - Ein Problemaufriss- GRUR 1985, 190.

¹¹ Bömer, R., Risikozeuweisung für unvermeidbare Softwarefehler, CuR 1989, 361; Lesshaft/Ulmer, Softwarefehler und Gewaehrleistung, CuR 1988, 813 vd.

¹² Kilian, W., Vertragsgestaltung und Mangelhaftung bei Computersoftware, CuR 1986, 190; Widmer, 102; Moritz/ Tybusseck, Rdn. 815; Mehrings, GRUR 1985, 192.

¹³ Bömer, CuR 1989, 361; Engel, W., Mangelsprüche bei Softwarevertraegen, BB 1985, 1165; Müller/Hengstenberg, Bemerkungen zum Software-Gewaehrleistungsrecht, CuR 1986, 442; Mehrings, Computer-Software und Gewaehrleistungsrecht, NJW 1986, 1904.

olduğunu ileri sürerek, program üreticilerinin sorumsuzluğuna karar vermek mümkün değildir¹⁴; zira tarafların menfaat dengeleri hem fevkalade bozulur, hem de hukuk düzenimizin emredici kuralları buna müsaade etmez (BK. m. 99, MK. m. 23). Bununla birlikte bugünkü teknolojik imkansızlıklar dolayısıyla önüne geçilemeyecek bir takım ayıpların (=unvermeidbare Fehler) bulunması doğaldır ve bu tür ayıplar için kanuni riziko taksiminin uygulanması zararlı sonuçlar doğurabilir. Bu bakımdan sözkonusu ayıplar için hakim taraf menfaatlerine en uygun riziko taksimini hukuk yaratmak suretiyle belirlemesi gerekmektedir¹⁵.

II. STANDART BİLGİSAYAR PROGRAM AYIPLARI

Bilgisayar programlarına özgü bir ayıp tanımı yapmak gerekirse; "bir sorunun elektronik sistemler aracılığı ile ideal çözümü ile mevcut çözüm arasındaki, verilerin muhtevassından, inşasından, ele alınışından kaynaklanan her türlü sapma" şeklinde ifade olunabilir¹⁶. Bu genel tanıma uygun olarak doktrinde¹⁷ şu hallerde bilgisayar programı ayıplı sayılmaktadır.

¹⁴ Kilian, CuR 1986, 190; Koch, F., Computervertragsrecht (Loseblatt, Zustand November 1994), Freiburg 1994, T.7, Rdn. 318. İmalatçı tarafından böyle bir beyanda bulunularak sorumluluktan kurtulmak amaçlanmışsa, "belirsiz, anlamı açık olmayan hükümlerin geçersiz sayılması ilkesi (AGBG § 5)" uyarınca böyle bir beyan geçersiz sayılmalıdır (Koch, T.7/ Rdn. 319).

¹⁵ Önlenemeyecek ayıplarda riziko taksimi konusunda bilgi için bkz., Bömer, CuR 1989, 363. Yazar bu çalışmada öncelikle bu konuda ortaya atılan teorileri (ki, Müller-Hengstenberg, Bartsch, Tybusseck, Kilian bu konuda çeşitli görüşler ortaya atmışlardır) ele almakta, eleştirmekte ve kendi görüşlerini şöyle beyan etmektedir: "Önlenbilir ayıplar, ortaya çıkmasından, programı arzedan kişinin sorumlu tutulması gereken eksikliklerdir. Bu kapsamda programı arzedan kişiler gelişim, imal ve test aşamalarında, programın tabi olması gereken asgari kalite standartlarındaki şartları yerine getirmek zorundadırlar. Bunun sonucu olarak da, kalite güvencesi ve kontrolü için gerekli masraflara kendileri katlanmalıdırlar. Diğer yandan öyle önlenemez ayıplar ortaya çıkabilir ki, bunların ortaya çıkmasına kullanıcı katlanmalıdır. Bunun içerisine programdan mükemmel bir şekilde yararlanmayı engelleyen veya bizzat programda değişiklikler yapabilmeye imkan veren fonksiyonların ayıplı olması girmektedir. Keza, iştirak yükümlülüğünü ihlal eden kullanıcının da bazı fonksiyon ayıplarına katlanması gerekmektedir".

¹⁶ Widmer, 103.

¹⁷ Bilgisayar programları bakımından ayıp sayılan haller konusunda geniş bilgi için bkz., Brandi-Dohrn, M., Gewährleistungsrechtliche Einordnung des Softwarevertrages, CuR 1986, 70 vd.; Lauer, J., Verträge über Software-Leistungen in der Praxis, BB 1982, 1760; Mehrings, GRUR 1985, 192-193; Mehrings, J., Computersoftware und Gewährleistungsrecht, NJW 1986, 1905

A. Programda Yer Alan Bir Fonksiyonun Ayıplı Olması (Funktionmangel): Şayet programda yer alan bir fonksiyon zikir ya da vaat olunana ya da ticari dürüstlük gereği beklendiği şekilde değilse, kullanıcıyı tatmin etmiyorsa ayıplı sayılmaktadır. Örneğin aylık katma değer vergisi borcunuzu bir tuşa basarak öğrenebileceğiniz vaadedildiği halde, sözkonusu tuşa basıldığı halde vergi borcunuzu sağlıklı bir biçimde öğrenemiyorsanız, belirtilen ayıp türü sözkonusudur¹⁸.

B. Fonksiyon Noksanlığı (Funktiondefizite): Bir programda sözleşme gereğince veya mutad olarak bulunması gereken bir fonksiyon eksik ise fonksiyon noksanlığı ayıbından söz edilir. Örneğin bir metin işleme programında dipnot fonksiyonu mutlaka yer almalıdır. Şayet edinilen metin işleme programında dipnot koyabilmek için gerekli fonksiyon yoksa, fonksiyon noksanlığı ayıbı vardır¹⁹.

C. Program Uyumsuzluğu (Inkompatibilitaet): Bir programın belli türden donanımlarla ve programlarla özellikle işletim sistemi programı ile uyumlu olarak çalışması ticari dürüstlük gereği bekleniyor veya devreden tarafından zikir ve vaadediliyor ve fakat, program sözkonusu işletim sistemleriyle beklenildiği ölçüde çalışmıyor, istenilen performans değerlerini vermiyorsa program uyumsuzluğundan bahisle ayıplı sayılmaktadır²⁰.

D. Kapasite Ayıbı (Kapazitaetsmangel): Edinilen bir bilgisayar programının düzenli olarak çalışabileceği bellek (Random Access Memory= RAM), ticari dürüstlük gereğince kendisinden beklenilenden veya sözleşme görüşmelerinde öngörülenden daha

vd.; Mehrings J., Zum Wandlungsrecht beim Erwerb von Standardsoftware, NJW 1988, 2438 vd.; Kilian, CuR 1986, 190 vd.; Heussen, B., Technische und Rechtliche Besonderheiten von Maengeln bei Computerleistungen (I), CuR 1988, 895; (II) CuR 1988, 986 vd.; Heussen, B., Urheber- und Lizenzrechtliche Aspekte bei der Gewährleistung für Computersoftware, GRUR 1987, 790; Junker, A., Computerrecht; Gewerblicher Rechtsschutz, Mangelhaftung, Arbeitsrecht, JZ 1989, 320 vd.; Engel, BB 1985, 1164 vd.; Tellis, N., Gewährleistungsansprüche bei Sachmaengeln von Anwendersoftware, BB 1990, 502 vd.; Bartl, H., Rechtliche Problematik der Softwareverträge, BB 1988, 2122 vd.; Bächler, B. C., Erwerb einer EDV- Problemlösung für Personal Computer, Zürich 1988, 132 vd.; Koch, T.7, Rdn. 185; Bömer, CuR 1989, 362 vd.

18 Marly, J. Softwareüberlassungsverträge, Aufl. II, München 1997, Rdn. 713 vd.

19 Marly, Rdn. 729 vd.

20 Marly, Rdn. 743 vd. Uyumluluk kavramı hakkında bkz., Fuchs, A., Der Erwerb von Computern, Zürich 1979, 30.

büyük ise kapasite ayıbından sözedilir²¹. Örneğin 8 megabite belleğin yeterli olduğu belirtilmesine veya beklenmesine rağmen ancak 16 megabite bellekte istenilen performans değerlerini vererek çalışabiliyorsa sözkonusu ayıp vardır.

E. Hesaplama Hızının Düşüklüğü (Geringe Rechengeschwindigkeit): şayet program hızının yavaş olması, sistemin diğer bileşenlerinin görevlerini tam anlamıyla yerine getirmelerine beklenilmeyen ölçüde engel oluyor, sistemden beklenen performansın yakalanmasına engel oluyorsa bu tür bir ayıp vardır²².

F. Programın Virüslü Olması (Virenverseuchte Software): Bilişim alanında, veri taşıyıcıları (disket, CD, sabit disk vs.) arasında gerçekleşen veri transferleri esnasında, kendisinin bir kopyasını yaratma yeteneğine sahip ve kendi kodunu, bulaştığı veri taşıyıcısına kopyalayabilme yeteneğine sahip olan ve genellikle bulaştığı veri taşıyıcısında kayıtlı programa zarar veren bulaşıcı bir program türüne "virüs" denilmektedir²³. Şayet programda bu türden bir bulaşıcı varsa program ayıplı sayılmaktadır²⁴.

G. Dokümanların Yetersiz Olması (Unzureichende Dokumentation): Tartışmalı olmakla birlikte, programı edinen kişiyi programın kullanımı konusunda aydınlatmayı amaçlayan, karşılaşılan ufak-tefek sorunlara karşı neler yapılabileceğine dair bilgileri içermeyen dokümanlar verilmiş ise, veya verilen dokümanlar kullanıcının anlamadığı dilde ise ayıplı sayılabilir²⁵.

H. Tasarım Ayıpları (Entwurfsmaengel): Program imal edilirken, teknik yenilikler yeterince izlenmemiş veya dikkate alınmamış veya programlama tekniklerinin gereklerine uyulmamış ise sözkonusu ayıp ortaya çıkmaktadır²⁶.

21 Marly, Rdn. 750. Kapasite ayıplarının dava konusu yapıldığı kararlardan bir kaçı: LG Oldenburg 24.4.1991, BB 1992, Beil. 14 zu H. 24, N. 11; OLG Karlsruhe 30.9.1994 (mit Anm. Zahrnt) BB 1995, Beil. 16 zu H. 40, N. 3.

22 Marly, Rdn. 755 vd.

23 Fuhrer, S., Computerviren und Haftung, SJZ 1991, 129; Marly, Rdn. 764. Bilgisayar virüslerinden sorumluluk konusunda ayrıca bkz., Schneider/Günther, Haftung für Computerviren, CuR 1997, 389.

24 Marly, Rdn. 763 vd.; Rombach, W., Killer-Viren als Kopierschutz für Computerprogramme, CuR 1990, 103.

25 Koch, T. 7, Rdn. 186; Marly, Rdn. 789 vd.; OLG Hamm 8.7.1991, BB 1992, Beil. 14 zu Heft 24, N. 4; OLG Frankfurt a. M. 17.12.1991, BB 1993, Beil. 3 zu Heft 5, N. 2.

26 Marly, Rdn. 810 vd.

Yukarıda belirtilen ayıplılık hallerinden biri veya bir kaç gerçekleştiğinde, bu hal doğrudan doğruya devreden sorumluluğuna yol açacak mıdır? Bu soruyu şöyle sormak da mümkündür: Programı devreden sözkonusu ayıplara karşı hangi şartlar altında ve kapsamda sorumludur?

III. BİLGİSAYAR PROGRAM AYIPLARINDAN DOLAYI MUHTEMEL SORUMLULUK KATEGORİLERİ

Bilindiği üzere sorumluluğun, bir diğer ifade ile kişilerin hangi hallerde malvarlığına el atılabileceği hususunun kaynağı, kanunkoyucunun iradesidir. Kanunkoyucu bazı hallerde kişilere, iradelerine uygun olarak, çizilen sınırlar içerisinde sorumluluk yaratabileceklerini öngörmüştür. Sözleşme ve tek taraflı işlemlerde durum böyledir. Bazı hallerde de kişilerin iradeleri nazara alınmaksızın sorumlu olmaları sözkonusudur. Gerçekten de, hukuka aykırı bir fiilden, fedakarlığın denkleştirilmesinden ve sebepsiz zenginleşmeden doğan sorumlulukta, kişilerin iradesinden bağımsız olarak kanunkoyucu, haksız fiili ika eden, temyiz kudretinden yoksun olan ve sebepsiz zenginleşen kişiyi sorumlu tutmaktadır. Konu başlığında da anlaşılacağı üzere burada yalnızca sözleşme ilişkisi kapsamında edinilen standart bilgisayar program ayıpları ve bu kapsamda muhtemel sorumluluk kategorileri inceleneceğinden diğer sorumluluk kategorilerine temas edilmeyecektir.

Bir sözleşme ilişkisi içerisinde edinilen standart bir bilgisayar programının ayıplı olması halinde, programı devreden sorumlu tutulabileceği muhtemel sorumluluk kategorileri, borcun hiç ve gereği gibi ifa edilmemesi halini düzenleyen Borçlar Kanunu'nuzun 96 vd. hükümleri ile bu hükümlere nazaran özel hüküm niteliğindeki satım sözleşmesine, kira sözleşmesine ve eser sözleşmesine özgü ayıba karşı tekeffül hükümleridir. Sözleşmenin tüketici sözleşmesi niteliği arzettiği hallerde de Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 4. maddesinde yer alan ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulama alanı bulmaktadır.

Borçlar Kanunu'nun 96 vd. hükümleri genel hüküm olması sebebiyle tartışmalı olmakla birlikte her halde uygulama alanı bulur²⁷. Zira, sözleşme ile üstlenilen edimin niteliklerine uygun

²⁷ Özel hükmün genel hükmü daima bertaraf edeceği kanaati doğru değildir. Özel bir hükmün genel hükmü bertaraf edebilmesi için aynı zamanda, özel hükmün konuluş amacı, genel hükmün uygulanmasını engellemek olmalıdır (Çağa, M.

olmayan her edim, nitelik edim konusuna dahil olduğundan, borçlanılan edimin ifası sayılamaz²⁸. Dolayısıyla ayıplı her program, daima gereği gibi ifa etmeme sayılır. Standart bilgisayar program ayıplarından dolayı Borçlar Kanunu'nun özel borç ilişkileri kısmında belirtilen özel hükümlerin (BK.m. 194 vd; 253 vd ve 363 vd.) uygulanabilmesi için öncelikle bilgisayar programının edinilmesi işleminin temeli olan sözleşmenin hukuki niteliği itibariyle, satım, kira veya eser sözleşmesi olması veya en azından mahiyeti itibariyle bu sözleşmelere özgü ayıba karşı tekeffül hükümlerinin, program edinimi sözleşmelerine kıyasen uygulanabilmesi gerekir. Söz konusu hükümlerin, doğrudan doğruya veya kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı sorunu ise, ancak standart bilgisayar programının edinilmesi sonucunu doğuran sözleşmelerin incelenmesi ve hukuki niteliği hakkında bir karar verilmesine bağlıdır. Bu çalışmanın kapsamı içerisine böylesine çetrefilli bir konunun ayrıntılı olarak yer alamayacağı açıktır²⁹. Şimdi kısaca standart bir bilgisayar programının edinilmesine temel oluşturan sözleşme yapılarına hukuki niteliklerine göz gezdirelim.

IV. BİLGİSAYAR PROGRAMINDAN YARARLANMAYA İMKAN VEREN TEMEL SÖZLEŞME YAPILARI VE HUKUKİ NİTELİKLERİ

Ticari hayat incelendiğinde standart bir bilgisayar programı kullanımına hak veren sayılamayacak kadar çok sözleşmeye

T., Özel Hüküm Genel Hükümü Her Zaman Bertaraf Eder mi?, TBBD 1991, S. 3, s. 371; Öztan, B., İlga, Boşluk, Birlikte Yürürlükte Olma Kavramları Açısından Medeni Kanununun 24/a III'üncü Maddesi Karşısında Medeni Kanun'un 85/II'inci Maddesinin Durumu, Jale G. Akipek'e Armağan, Konya 1991, s. 245 vd.). Satım sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül hükümleri ile genel hükümlerin yarışması konusunda geniş bilgi için bkz., Giger, H., Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, B. IV, 2. Abt.; Die einzelnen Vertragsverhaeltnisse, 1. Teilb. :Kauf, Tausch, Schenkung, Lieferung 2: Art. 189-210 OR. Bern 1977, Art. 197-210, N. 62 vd.; Keller/Lörtscher, Kaufrecht, Zürich 1980, 84; Yıldırım, M. F., Satım Sözleşmesinde Ayıba Karşı Tekeffül Hükümleri İle Borçlar Kanunundaki Genel Hükümlerin Yarışması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1992, s. 82 vd.

28 Larenz, Lehrbuch des Schuldrecht, Bd. II, Besonderer Teil, Aufl. 11, München 1977, 33 vd.; Eren, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. III, B.3, İstanbul 1994, 91; Bucher, Obligationenrecht, Besonderer Teil, Aufl. 3, Zürich 1988, 91; Giger, Art. 197, N. 52; Keller/Lörtscher, 61.

29 Bu konuda geniş bilgi için bkz., Yıldırım, M.F., Standart Bilgisayar Program Devir Sözleşmeleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 1997.

rastlanılmaktadır³⁰. Taraflar, sözleşme özgürlüğünün kendilerine bahsettiği, istenilen tip ve muhtevada sözleşme yapma hürriyetini kullanarak farklı muhtevalarda sözleşmeler yapabilmektedir. Hal böyle olmakla birlikte ticari hayatta yapılagelen bu sözleşmelerin çok kaba bir biçimde üç gruba ayrılabilirdiği görülmektedir.

İlk gruba dahil sözleşmelerde, standart bir bilgisayar programı sürekli bir biçimde programı iktisap edene devredilmekte, karşılığında bir bedel ödenmekte, kullanıcı, bilgisayar programını devredenin gerek fikri hukuktan gerek sözleşmeden kaynaklanan kullanım sınırlamalarına riayetle mükellef tutulmaktadır.

İkinci grupta yer alan sözleşmelerde ise, standart bilgisayar programı, programı devralana sınırlı bir zaman dilimi çerçevesinde devredilmekte, sürenin bitiminde kullanıcı programı geri vermek veya programı sabit diskten silmek vs. suretle programdan yararlanmayı bırakmayı üstlenmektedir. Bu sözleşme yapısında da programı kullanmanın karşılığı olarak bir bedelin kararlaştırıldığı görülmektedir.

Standart bir bilgisayar programının kullanımına hak kazanılan bir diğer sözleşme yapısı ise, programın herhangi bir bedel ödenmeksizin devralındığı, istenildiği kadar çoğaltılabildiği ve yayılabildiği; bir diğer ifade ile programın, kullanım sınırlamalarına tabi olunmaksızın kullanılabilirdiği sözleşme yapısıdır. Ticari hayatta "freeware (=serbest mal)" veya "shareware (=yarı serbest mal)" olarak anılan standart bilgisayar programları bu şekilde iktisap edilmektedir. Bu tür iktisap tarzları standart bilgisayar programlarının kamuya mal edilerek devri biçiminde de isimlendirilebilir.

Söz konusu sözleşme yapılarına kanunen düzenlenen sözleşmeler rejimi açısından bakıldığında hemen göze çarpan bir hususiyet, bu sözleşmelerin kanunen düzenlenmediğidir. Bir diğer ifade ile kanunkoyucu ne Borçlar Kanunu'nun özel hükümler kısmında bu sözleşmeye yer vermiş, ne de özel bir kanunla düzenleme getirmiştir. 4110 sayılı kanunla getirilen hükümler, bu sözleşme yapılarını kanunen düzenlenen sözleşmeler kategorisi içinde mütalaa edilmesi için yeterli değildir. Bu bakımdan sözleşmelerin hukuki niteliğini,

³⁰ Bilgisayar programları üzerine ticari hayatta sıklıkla karşılaşılan sözleşme yapıları ve farklı sınıflandırma örnekleri için bkz., Kilian, CuR 1986, 187 vd.; Martinek, M., Moderne Vertragstypen, III, München 1993, 1 vd.; Kindermann, M., GRÜR 1983, 153 vd.; Hören, Rdn. 6 vd.; Michalski/Bösert 10; Moritz/Tybusseck, Rdn. 203 vd.

isimsiz sözleşmeler alanında yapılan sınıflandırmalar içinde aramak yerinde olur.

Bilindiği üzere isimsiz sözleşmeler esasen karma ve kendine özgü (=sui generis) olmak üzere iki ana gruba ayrılmaktadır. Bununla birlikte bu ayrıma bileşik sözleşme ismi verilen bir grup sözleşme de dahil edilmektedir. Kendine özgü sözleşmeler, bünyesinde kanunen düzenlenen sözleşmelere ilişkin unsurların yer almadığı sözleşmelerdir. Karma sözleşmeler ise, kanunen düzenlenen sözleşmelere ilişkin unsurların, kanunun öngörmediği bir biçimde biraraya getirildiği sözleşme tipleridir³¹. Bileşik sözleşmeler ise, birden fazla tipik sözleşmenin tarafların iradeleri ile birbirine o şekilde bağlanmasıdır ki, sözleşmelerden birinin yokluğu ya da geçersizliği, diğerinin de yokluğunu veya geçersizliğini gerektirmektedir.

Yukarıdaki kısa bilgilerin ışığında standart bir bilgisayar programından yararlanmaya imkan veren sözleşmelerin bünyelerinde barındırdıkları unsurlar dikkate alındığında, kendine özgü olduğu sonucuna varılır. Gerçekten de bu sözleşmelerin hepsinde fikri bir haktan yararlanmaya imkan veren "lisans" unsuru bulunmaktadır. Fikri bir haktan yararlanmaya imkan veren sözleşme, kanunen düzenlenmemiş lisans sözleşmesidir. Herne kadar bu sözleşmelerde duruma göre, satım, kira, bağışlama, hizmet unsurları bulunsa da, kanunen düzenlenmeyen lisans sözleşmesine ait bir unsurun bulunması bu sözleşmelerin karma sözleşme olmasını engellemektedir³². Karma sözleşmelerle, kendine

³¹ Doktrinde karma sözleşmeler de kendi arasında bir ayrımı tabi tutulmaktadır. Dar anlamda karma sözleşme olarak nitelenen bir grup sözleşme, yalnızca kanunen düzenlenmiş (tipik, isimli) sözleşmelere ait unsurların kanunun öngörmediği bir biçimde bir araya getirildiği sözleşmelerdir. Geniş anlamda karma sözleşme, ise kanunen düzenlensin veya düzenlenmesin birden fazla sözleşmeye ait esaslı unsurun kanunun öngörmediği bir biçimde bir araya getirildiği sözleşme tipidir. Bu konuda geniş bilgi için bkz., Oktay, S., *İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması*, İHFM, C. LV (1996), s. 263 vd.; Kırcı, I., *Escow Sözleşmesi*, BATİDER, C. XIX, S. 1, s. 60; Schlupe, W., *Schweizerische Privatrecht*, VII/2, *Innominatverträge*, Basel u. Stuttgart 1977, 774 vd.; *Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. II. *Besonderer Teil*, 2. Halbband. 13. Aufl., München 1994, s. 41 vd.; Ayrıca bkz., Kuntalp, E., *Karışık Muhtevalı Akit*, Ankara 1976, s. 118; Meier-Hayoz, SJK 1134, s. 1 vd.;

³² Geniş anlamda karma sözleşme görüşünü benimseyenler için bu sözleşme karma bir sözleşme olarak kabul edilebilir. Oktay, 263 vd.; Schlupe (Honsell/Vogt/Wiegand), *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*,

özgü sözleşmeler arasındaki ayrımın önemi de esasen azalmıştır³³. Zira her iki sözleşme kategorisine uygulanacak hükümler konusundaki tartışmalarda gelinen noktada, bu sözleşme kategorileri arasında önemli bir farklılığın olmadığı görülmektedir.

Kendine özgü sözleşmelere uygulanması gereken hükümler konusunda doktrinde hakim görüş, sözleşmenin bünyesine uygun hukukun yaratılması; hakimın sözkonusu hukuk boşluğunu, boşluk doldurma ilke ve yöntemlerine uygun olarak doldurması; bu faaliyet esnasında kanunkoyucu tarafından yapılan düzenlemelerden de istifade etmesi, özellikle rizikonun kanunkoyucu tarafından paylaştırıldığı durumlarda nazara alınan hususları nazara almasıdır³⁴.

Standart bir bilgisayar programından ivaz karşılığında yararlanma imkanı sunan sözleşmelerde, programın ayıplı çıkması halinde programı devredenin hangi hükümler muvacehesinde sorumlu tutulacağı sorunu oldukça tartışmalıdır. Bu konuda ileri sürülen görüşler, esas itibariyle iki kategori içerisinde farklılaşan görüşler şeklinde tespit etmek doğru olur.

Bu konuda bir görüş, standart bilgisayar programlarının "şey" niteliğini kabul etmemekte, gayrimaddi bir hukuki varlık olarak nitelemekte; dolayısıyla uygulanacak hükümler konusunda hak satımına ilişkin hükümlerin³⁵ veya hasılat kirasına ilişkin hükümlerin³⁶ uygulanmasını savunmaktadır. Bu kapsamda satım ve hasılat kirasına dair hükümlerin birlikte uygulanabilirliğini savunanların³⁷ yanısıra kanunen düzenlenmiş sözleşme

Obligationenrecht I, Art. 1-529, OR. Basel 1992, Einl. vor Art. 184, N. 7-9; Aral, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 1997, 6.

33 Oktay, 263 vd.; Kırcı, 60.

34 Aral, 9 vd.; Yavuz, C., Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, B. 5, İstanbul 1997, s. 24; Tandoğan, H., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 1/1, Ankara 1988, s. 71-72; Oktay, 263 vd.; Kırcı, 60. Hukuk yaratmada hakimın gözeteceği ilkeler konusunda bkz., Edis, S., Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1997, s. 136 vd.

35 Kilian, CuR 1986, 193 vd.

36 Koch, T.6/ Rdn. 1030; Lehmann, M., Der Rechtsschutz von Computerprogrammen in Deutschland, NJW 1988, 242; Yine aynı yazara ait, Das Neue Software-Vertragsrecht, Verkauf und Lizenzierung von Computerprogrammen, NJW 1993, 1822 vd. Bu konuda Alman Medeni Kanunu'nun genel hükümlerinin de (§ 325, 326 BGB) uygulama alanı bulabileceğini savunan görüş için bkz., Heussen, GRUR 1987, 787 vd.

37 Brahdi-Dohrn, CuR 1986, 66 vd.

hükümlerinin uygulanmasını taraf menfaatleri açısından yetersiz bulan görüşlere de rastlanmaktadır³⁸.

Diğer görüşün ortak noktası ise standart bilgisayar programlarının "şey" olduğunu kabul etmeleridir (BGB § 90). Bu noktadan hareketle görüşlerin temellendirildiği ve farklı görüşlerin ortaya çıktığı görülmektedir. Bir görüş "şey satımı"na ilişkin hükümlerin ancak kıyasen uygulanabileceğini ileri sürerken³⁹; diğeri uygulamanın doğrudan doğruya yapılması gerektiğini savunmaktadır⁴⁰.

Kanaatimizce bu sorunun çözümünde kanaatimizce şöyle bir yol izlenmelidir: Standart bir bilgisayar programının ivaz karşılığı sürekli devrini öngören ilişkide, satım sözleşmesine özgü ayıba karşı tekeffül hükümleri; standart bir bilgisayar programının ivaz karşılığı süreli devrini öngören ilişkide ise, kira sözleşmesine ilişkin ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulama alanı bulmalıdır. Standart programların ivazsız olarak bir diğer ifade ile kamuya mal edilerek devirlerinde (Shareware ve Freeware sürüm yöntemlerinde) ise bağışlama sözleşmesine ilişkin unsurdan hareketle, esasen satıma ilişkin ayıba karşı tekeffül hükümleri kıyasen uygulanmalı bununla birlikte programı devreden sorumluluğunun az takdir edilmesi, yani hafifletilmesi gerekir. Bu durumda, programı devreden ancak hile ve ağır kusurundan sorumlu tutulmalıdır.

V. SATIM SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA STANDART PROGRAM AYIPLARINDAN SORUMLULUK

Satım sözleşmesine dair ayıba karşı tekeffül hükümleri kapsamında standart bir bilgisayar programını devreden kişinin

38 Lauer, BB 1982, 1758 vd.; Löwenstein, M.P., AGB Probleme beim Ein- und Verkauf von Computersoftware, BB 1985, 1696; Lesshaft/Ulmer, Softwarefehler und Gewährleistung, CuR 1988, 813 vd., 818.

39 Michalski/Bösert, 15; Bartl, BB 1988, 2122 vd. Almanya Federal Mahkemesinin de bu görüşü paylaştığı görülmektedir: BGH, NJW 1984, 2938; BGH, NJW 1985, 129; BGH, BB 1988, 20, 22; BGH, NJW 1990, 320 vd.; BGH, NJW 1988, 406 vd. Bu arada Huber tarafından savunulan bir görüşe de temas etmekte yarar vardır: Bu görüş standart bilgisayar programlarını "misli şey" (=vertretbare Sache) saymakta ve eser teslimine ilişkin hükümlerin (§ 651/I) hükümlerin uygulanabileceğini savunmaktadır (Soergel/Huber, vor § 433 Rdn. 81 a, Hören, Rdn. 27, dipn. 75'ten atfen).

40 König, NJW 1989, 2604 vd.; Hören, GRUR 1988, 340 vd.; Hören, Rdn. 70 vd.; Bartl, BB 1988, 2122, 2123; Marly, Rdn. 132 vd.; Köhler, H., Rechtsfragen zum Softwarevertrag, CuR 1987, 827 vd., 835.

sorumlu tutulabilmesi için, programın ayıplı olması şartının yanısıra bir takım şartların da gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu şartlardan bir kısmı maddi, bir kısmı da şeklidir. Maddi şartlar: Ayıbın önemli olması yani, programın değerini ya da kullanıma elverişliliğini önemli ölçüde azaltmalı veya ortadan kaldırması; ayıbın ya da ayıp sebeplerinin en geç hasarın intikali esnasında programda bulunması; ayıbın gizli olması ve son olarak ayıba karşı tekeffülden sorumluluğun sözleşme ile kaldırılmamış olması gerekir. şekli şartlar ise, muayene ve ihbar külfetidir⁴¹. Programın ayıplı olmasına binaen programı devreden sorumlu olduğu hallerde, programı devralan, satış bedelinin indirilmesi hakkının yanısıra konstrüksiyon ayıbı sözkonusu değilse ayıplı programın ayıpsız ile değiştirilmesini isteyebileceği gibi, sözleşmeden de dönebilir. Borçlar Kanunu'nda tamir talebine yer verilmezken, Tüketicilerin Korunması Hakkındaki Kanunda bu yönde bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, bilgisayar program devir sözleşmesinin tüketici sözleşmesi sayıldığı hallerde, tüketici edindiği programı tamir de ettirebilecektir.

VI. KİRA SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA STANDART PROGRAM AYIPLARINDAN SORUMLULUK

Kira sözleşmesine ilişkin ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre, kiralanan standart bir programın ayıplı çıkması halinde şu şekli ve maddi şartların da bulunması kiralayanın sorumluluğuna yol açmaktadır: Maddi şartlar; sözkonusu ayıp nedeniyle kiralanan programın sözleşmeye uygun kullanımının mümkün olmaması, ayıpların gizli olması ve tekeffül borcunun sözleşme ile kaldırılmamış olması iken, şekli şartlar; kiracının programı muayene etmesi ve tespit ettiği ayıpları kiralayana bildirmesidir. Diğer yandan kiralayanın sözkonusu tekeffül borcu tüm kira süresince mevcuttur. Satım sözleşmesinin aksine kiralayan yalnızca hasarın intikali anındaki ayıplardan değil, daha sonra ortaya çıkan ayıplardan da sorumludur.

Kira sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre kiralayanın sorumluluğu gerçekleştiğinde, kiracı, programdaki ayıbın giderilmesini isteyebileceği gibi, kira bedelinin indirilmesini

⁴¹ Bu şartlar hakkında geniş bilgi için bkz., Yavuz, 93 vd.; Yavuz, Satıcının Satılanın Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989, s. 67 vd. Edis, S., Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963, s. 57 vd.; Bucher, E., Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 1988, s. 91; Giger, Art. 197., N. 52.

isteyebilir ve hatta sözleşmeyi feshedebilir, uğranılan zararların tazminini isteyebilir.

VII. SONUÇ

Yukarıda yapılan açıklamaların ışığı altında, standart bilgisayar program devir sözleşmelerinin esas itibarıyla kendine özgü birer sözleşme olduğu ancak, duruma göre satım ve kira sözleşmesine dair ayıba karşı tekeffül hükümlerinin kıyasen; Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun hükümlerinin ise doğrudan doğruya uygulanabileceği sonucuna varılmıştır.