

1980 TARİHLİ BİRLEŞMİŞ MİLLETLER VIYANA SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE, İNTERNET ORTAMINDA BİLGİSAYAR PROGRAMI SATIŞ SÖZLEŞMESİ

Yard. Doç. Dr. Yavuz KAPLAN*

I. Genel Olarak

Bilgisayar ağlarının kullanılması yoluyla bütün Dünya ile daha rahat iletişim kurulabilmesinin getirdiği avantajlar ve internetin getirdiği bilgiye erişim kolaylığı, ona olan rağbetin de giderek artmasına neden olmaktadır. Buna paralel olarak, bir mağazanın vitrininde sergilenen malları görmek suretiyle günde yüz kişi mağazayı ziyaret ediyorsa, aynı mağazanın web sayfasına, bir günde binlerce internet kullanıcısının girmesi mümkün olabilmektedir. Bu kullanıcılar, mağazaya bizzat gelmeden, orada satışa sunulan mallar hakkında gerekli bilgiyi alabilmekte, fiyat karşılaştırması yapabilmekte ve hatta kredi kartını kullanmak suretiyle, dilediği ürünü satın alabilmektedir.

Bu anlamda, internetin Türkiye'de de müthiş bir gelişme içinde olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Ancak, Türkiye'nin internet ortamında uluslararası nitelikli satım akdi yapılmasından kaynaklanabilecek olan hukukî sorunları bertaraf etme yolunda, gerekli hukukî alt yapıya sahip olduğunu söylemek oldukça güçtür. Halbuki, bilişim çağının getirdiği olanaklardan yararlanmanın büyük avantajlar sağladığı günümüzde, elektronik ticaret ve satım sözleşmelerine ilişkin evrensel ya da geniş katılımlı uluslararası düzenlemelerin göz önünde bulundurulması kaçınılmazdır. Bilgisayar programlarının alım satımı

* Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi, Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı.

da, bu ana başlık altında incelenmesi gereken sorunlardan birini oluşturmaktadır.

Yukarıda verdiğimiz mağaza örneğine benzer şekilde, bilgisayar programları, bazı yazılım şirketleri veya program yapımcıları tarafından internet ortamında kullanıcıların yararına sunulmaktadır. Bu programlardan bazılarının kullanıcılar tarafından kişisel bilgisayarlarına yüklenilmesi (*download*) ücretsiz ve serbest olmasına karşılık, diğer bazı bilgisayar programlarının yüklenilmesi ücret mukabilinde gerçekleştirilmektedir. İnternetin evrensel anlamda yaygın bir medya iletişim aracı olması, bu tür bilgisayar programlarının sınır ötesi ülkelerde yüklenmesi halinde, bazı hukukî sorunların ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

İşte, bu noktadan hareketle, bilgisayar programlarının hukukî niteliğinin tespiti ve uluslararası satım sözleşmeleri konusunda yeknesak düzenlemeler getirmeyi amaçlayan "11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Mal Satışlarına İlişkin Akitler Hakkındaki Birleşmiş Milletler Viyana Sözleşmesi"nin¹ uygulanabilirliği üzerinde durmak gerekir². Sorunun ve konunun daha iyi anlaşılabilmesi için, makalenin devamı boyunca aşağıdaki somut örnekler üzerinde duracağız:

Örnek 1: Bir Alman bilgisayar programı alıcısı tacir (A), Avusturyalı program yapımcısı (S)'ye ait bir bilgisayar programını internetten yüklüyor. Aynı zamanda ticarî işletme sahibi olan (A), Viyana Sözleşmesi'nin uygulanabilirliğini, bu Sözleşme'nin 6.maddesi çerçevesinde devre dışı bırakmıştır. (A), kredi kartı ile ödeme yapmış ve (S) bilgisayar programını hatalı olarak göndermiştir.

Örnek 2: Örnek 1'de belirtilen olayda, taraflar Viyana Sözleşmesi'ni devre dışı bırakmamış olabilirler.

¹ Kısaca Viyana Sözleşmesi şeklinde adlandırabileceğimiz bu Sözleşme'nin İngilizce ve Almanca metinleri için bkz. RabelsZ, 1987, B.51, s.134-186.

² Bu Sözleşme, milletlerarası mal satışlarına ilişkin akitler konusunda, yeknesak maddî hukuk hükümleri getirmeyi ve milletlerarası mal satışlarında maddî hukukun birleştirilmesini amaçlamaktadır: Bkz. NOMER, E.: *Devletler Hususî Hukuku*, 11.B., İstanbul 2002, s.276; ayrıca, bu Sözleşme hakkında genel bilgiler, uygulama şartları ve Sözleşme'nin kapsamı alanına giren ve girmeyen konular hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TIRYAKIOĞLU, B.: *"Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk"*, Ankara 1996, s.105-115.

Örnek 3: Örnek 1'deki olayda, satıcının Türk alıcının ise yine Alman olduğunu düşünelim.

Söz konusu bilgisayar programının yüklenmesi, standart (paket) programlara³ ilişkin olduğu için, yalnız buna ilişkin hukukî düzenlemelerin dikkate alınması, kişisel verilerin korunması ile ilgili düzenlemelere gidilmemesi gerekir.

Ayrıca, kişisel kullanım amacıyla *download* edilen bilgisayar programları, tüketicinin korunması konusuyla da yakından ilgili olduğu için ve Viyana Sözleşmesi'nin temel olarak kapsamı dışında bulunduğundan burada yer verilmeyecektir. Bizim inceleme alanımız, tarafların ticarî amaçlı olarak bilgisayar programı alım satımı ile uğraşmaları üzerine kurulmuştur⁴.

II. Milletlerarası Özel Hukuk Kurallarının Rolü

Örnek 1'de (A) ve (S), Viyana Sözleşmesi'nin 6.maddesi çerçevesinde, Viyana Sözleşmesi'ni uygulama dışında bırakmıştır. Bu nedenle, artık milletlerarası özel hukuk kuralları çerçevesinde hüküm verilmelidir.

A- Şekil

Örnek 1'de belirtilen olayda, Alman milletlerarası özel hukuk kurallarının uygulanabilmesi için, bir Alman mahkemesinin yetkili olması

³ Bilgisayar programlarının, donanıma yerleşik programlar-donanımdan ayrılabilen programlar, işletim sistemi programı-uygulama programı, standart (paket) programlar-özel (sipariş) programlar, bedelsiz olarak iktisap edilebilen ve fikrî haklara ilişkin sınırlamalara tâbi olmayan programlar-bedelsiz iktisap edilmeyen ve fikrî haklara ilişkin sınırlamalara tâbi programlar şeklinde ayırma tâbi tutulması mümkündür: Bilgisayar program çeşitleri hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. YILDIRIM, M.F.: *Standart Bilgisayar Program Devir Sözleşmeleri*, İstanbul 1999, s.11 vd.

⁴ Satım sözleşmesinin kurulmasından önce veya kurulma anında, satıcının alının bilgisayar programını kişisel kullanım amacıyla satın aldığını bilmesi ve bilmesinin de gerekmemesi halinde, Viyana Sözleşmesi yine uygulanabilirlik kazanır: Bu konuda ileride, Birleşmiş Milletler Satım Hukuku başlığı altındaki açıklamalarımıza ve Viyana Sözleşmesi'nin 2/a maddesine bakınız.

gerekir. Bu takdirde mahkeme, *lex fori*'nin kanunlar ihtilâfi kurallarını uygulayabilecektir⁵.

Avrupa Birliği üyesi ülkeler açısından geniş bir uygulama alanı bulan, 27 Eylül 1968 tarihli "*Medenî ve Ticarî Konulardaki Mahkeme Kararlarının Tenfizi ve Mahkemelerin Yetkisi Hakkındaki Brüksel Sözleşmesi*"⁶nin 5/1.maddesine göre, yetkili mahkeme ifa yeri mahkemesi olmalıdır. Taraflar ayrıca, Brüksel Sözleşmesi'nin 17. maddesine göre, yetkili mahkemeyi seçebilirler. Ancak, Brüksel sözleşmesi bu Sözleşme'ye taraf olan devletler arasında geçerlidir. Bu Sözleşme'nin 63. maddesi gereği, Avrupa Birliği Üyesi Devletler, Sözleşme'nin uygulanmasına yardımcı olma hükümlülüğündedir. 16 Eylül 1988 tarihinde yapılan, "*Medenî ve Ticarî Konulardaki Mahkeme Kararlarının Tenfizi ve Mahkemelerin Yetkisi Hakkındaki Lugano Sözleşmesi*"ne⁷ taraf devletler için, Brüksel Sözleşmesi'nin 5/1 ve 17.maddelerine uyma zorunluluğu söz konusudur. Devletlerden biri Lugano Sözleşmesi'ne taraf değilse, Alman hukuku çerçevesinde ZPO'nun 12 vd. maddeleri uygulanacaktır. ZPO m.38 çerçevesinde belirtilen şartlara uygun olarak, tacirler arasındaki işlemlerde yetkili mahkemenin seçilmesi de mümkündür. Somut olayımızda Avusturya Brüksel Sözleşmesi'ni imzalamamış olmakla birlikte, Lugano Sözleşmesi'ni imzaladığı için, Alman mahkemeleri uyuşmazlığı giderme konusunda yetkili olabilecektir.

B- Avrupa Birliği Hukukunun ve Milletlerarası Sözleşmelerin İç Hukuk Kurallarına Göre Öncelikli Olması

Alman hukukunda, EGBGB m.3/II'ye göre, Avrupa Birliği Hukuku ve milletlerarası sözleşmeler, iç hukuk açısından uygulanırlıkları kabul

⁵ FIRSHING/HOFFMANN: *Internationales Privatrecht*, 4.A., München 1994, Rn.48, § 1.

⁶ Brüksel Sözleşmesi ile bunu tamamlayan 3.6.1971 tarihli Lüksemburg Protokolü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KEGEL, G.: *Internationales Privatrecht*, 7.A., München 1995, s.181, 182.

⁷ Sözleşme, o zamanın Avrupa Ekonomik Topluluđu üyesi ülkeleri ile Avusturya, İsveç, Norveç ve Finlandiya'nın dahil olduğu, üye ülkelerin serbest ticaret bölgesi içinde kalan devletlerin katılımı ile gerçekleştirilmiştir. Bu Sözleşme için, 1968 tarihli Brüksel Sözleşmesi'nin yeni bir anlayışa kavuştuğu Sözleşme yaklaşımında bulunmak mümkündür: Bkz. KEGEL (dn. 6), 182.

edildiği ölçüde, Alman Devletler Özel Hukuku Kurallarına göre öncelikli olarak uygulanırlar. Bu tür sözleşmelerden birisi de, Avrupa Birliği Sözleşmesi'nin 220.maddesi çerçevesinde akdedilmiş Brüksel Sözleşmesini tamamlayan 19.06.1980 tarihli "Akdî Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma Sözleşmesi"dir⁸. Bu Sözleşme'nin 1/II.maddesine göre, Roma Sözleşmesi'nin 1-21.maddeleri ülke içi hallerde doğrudan uygulama alanı bulmaz. Ancak, Roma Sözleşmesi'nin içeriği, EGBGB'nin 27-37.maddelerine aktarılmıştır⁹. Böylece EGBGB, Avusturya gibi¹⁰ Roma Sözleşmesi'ne taraf olmayan ülkelerle olan ve akitten doğan borç ilişkilerinde uygulama alanı bulacaktır. EGBGB'nin 27-37.maddelerinin yorumunda, yine EGBGB m.36 gereği, Roma Sözleşmesi'ne taraf olan devletlerde ağırlıklı olan yorum biçiminin dikkate alınması gerekir. Bu çerçevede, Roma Sözleşmesi'nin getirdiği düzenlemeleri de göz önünde bulundurmamak icap eder¹¹.

C- Alman Hukukuna Göre Uygulanacak Hukukun Tespiti

EGBGB m.11'e göre, bir sözleşmenin şekli, ya akit statüsüne ya da akdin taraflarından birinin bulunduğu devletlerden birinin hukukuna tâbi olur. Hak ve fiil ehliyeti ise, EGBGB m.7'ye göre, tarafların tâbi olduğu devletin, akit statüsüne ilişkin düzenlemelerinden bağımsız olarak belirlenecektir.

1. EGBGB m.27'ye Göre Sübjektif Bağlama Kuralı

Taraflar, sözleşme statüsünü EGBGB m.27/I,1'e göre seçebilirler. Taraflar, belli bir kanunlar ihtilâfı düzenine ilişkin bir atıf sözleşmesi de yapabilirler¹². Böyle bir durumda, sözleşmenin yapılması ve etki do-

⁸ Bkz. FIRSHING/HOFFMANN (dn. 5), Rn.117, § 1; TIRYAKIOĞLU (dn. 2), 135 vd.; Sözleşme'nin ingilizce metni için bkz. O.J.EC.1980, L.266/1.

⁹ KEGEL (dn. 6), 148.

¹⁰ JAYME/HAUSMANN: *Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht*, 9.A., München 1998, s.112.

¹¹ NOLTE, G.: "Zur Technik der geplanten Einführung des EG-Schuldvertrag-sübereinkommens in das deutsche Recht aus völkerrechtlicher Sicht", IPRax 1985, s.71 vd.

¹² PALANDT-HELDRIICH: *Bürgerliches Gesetzbuch*, 56.A., München 1997, Art. 27, Rn.1; WAGNER, R.: "Verfahrens- und internationalprivatrechtliche Fra-

ğurması konusunda, EGBGB m.27/IV'e göre, aynı Kanununun 11, 12, 29/III ve 31.maddeleri uygulanır. Bir hukuk seçiminin zımnî olarak yapılması da mümkündür. Ancak, sözleşme hükümlerinin yeterince güvenceye alınması ve olayın özelliklerinin göz önüne alınması zorunludur. Mahkeme yetki kayıtları, tahkim kaydı, belirli bir hukuk düzeyine yapılan gönderme, tarafların belirli bir yargılama usulüne uygun şekilde hareket tarzları¹³ veya sözleşmenin dili¹⁴, zımnî hukuk seçiminin varlığına ilişkin emareler olarak dikkate alınabilir. Ağırlıklı olan görüşe göre, bir kanunlar ihtilâfı kuralının seçimi de genel işlem şartları açısından mümkündür¹⁵.

Bir hukuk seçiminin yapılabilmesi için gerekli olan şart, EGBGB m.27/IV ve 31/I'e göre, ana sözleşmeye bunun uygulanacak hukuk olarak yazılmış olmasıdır¹⁶. EGBGB m.27/I,3'e göre, hukuk seçimi sadece sözleşmenin belli bir bölümü hakkında da yapılabilir ve 27/II'ye göre, sözleşmenin yapılmasından sonra tekrar değiştirilebilir. Ek olarak başka bir hukukun seçilmesi de mümkündür. Bu seçim *ex tunc* veya *ex nunc* olarak yapılabilir¹⁷. EGBGB m.27/III'e göre, eğer somut olay yalnız bir ülke ile bağlantılı ise, hukuk seçimi yoluyla bu devletin emredici hükümlerinden ayrılmak mümkün değildir. Bundan yalnız uluslararası emredici hükümler anlaşılmaz¹⁸.

gen beim Teleshopping", WM 1995, s.1129, 1135; ROTH/WULF: "Verbraucherschutz über die Grenze, Anmerkungen zu BGH, 26.10.1993-XI ZR 42/93", RIW 1994, s.275-276.

- 13 *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, (Münc. Kom. –Martiny), C.VII, EGBGB, IPR, 2.A., München 1990, Art.27, Rn.47 vd.
- 14 KROPHOLLER, J.: *Internationales Privatrecht*, Tübingen 1990, s.392.
- 15 MEYER-SPARENBERG, W.: "Rechtswahlvereinbarungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen", RIW 1989, 347; WAGNER (dn. 12), 1129, 1135; BÖHM, B.: "Verbraucherschutz im Internationalen Privatrecht, Die Reichweite des Art.29 EGBGB an Hand ausgesuchter Fälle", Erlangen 1993, s.94; MASCH, G.: *Rechtswahlfreiheit und Verbraucherschutz, Eine Untersuchung zu den Art. 29/I, 27/III und 34 EGBGB*, Berlin 1993, s.84; ROTH (dn. 12), 275; WALDENBERGER, A.: "Grenzen des Verbraucherschutzes beim Abschluß von Verträgen im Internet", BB 1996, s.2365.
- 16 WAGNER (dn. 12), 1129, 1136; WALDENBERGER (dn. 15), 2365, 2370; ROTH (dn. 12), 275, 276.
- 17 REITHMANN/MARTINY: *Internationales Vertragsrecht*, 4.A.; Köln 1988, Rn.61.
- 18 FIRSHING/HOFFMANN (dn. 5), § 10; Rn.29.

EGBGB m.27/IV'e göre, bir hukuk seçiminde olaya ilişkin norm atfı yapılması ve EGBGB m.4/II'ye göre, Roma Sözleşmesi'ne taraf olmayan bir devlet hukukunun seçilmesi de mümkündür. Bu durumda, iade atıf veya devam eden atıfta bulunulması uygulama dışı bırakılmış olup, direkt olarak ilgili maddî hukuk normları uygulanacaktır¹⁹.

2. EGBGB m.28'e Göre Objektif Bağlama Kuralı

Hukuk seçimi yapılmamışsa, EGBGB m.28/I.1'e göre, sözleşme en yakın irtibatlı yer hukukuna tâbi olur. Sözleşme birbirinden ayrılabilen birkaç farklı kısımdan oluşuyorsa, bunlar EGBGB m.28/I,2'ye göre, daha sıkı irtibatlı oldukları ülke çerçevesinde, farklı devletlerin hukukuna tâbi olurlar. EGBGB m.28/II, 1'e göre, tarafların karakteristik edimi ifa ettikleri yer ile, sözleşmenin yapıldığı anda buldukları mutad meskenleri, sözleşmenin hangi ülke ile daha yakın irtibatlı olduğunun tahmin edilebilmesi açısından yol gösterici niteliktedir. Nitekim, EGBGB m.28/II,2'ye göre, tarafların meslekî ve ticarî faaliyetlerini yürüttükleri mutad meskenleri ile bağlantı kurulur. Karakteristik edim, ifa edilmesinin borçlanıldığı edimdir. Bu durumda bilgisayar programlarının *download* edilmesinde, karakteristik edim, bilgisayar programını kullanıcıya sunanın edimidir²⁰. Böylece Almanya'daki *server* yabancı bir sunucuyu kullansa bile²¹, bilgisayar programını sunan ülkenin hukuku, somut olay açısından yetkili kabul edilir²². Yani, Örnek 1'deki olayda, Avusturya hukuku uygulanabilir niteliktedir. Burada EGBGB m.31/I'e göre, somut bir norm atfı öngörülmüş ve iade atıf ya da devam eden atfa yer verilmemiştir. Bu nedenle, Avusturya'nın kanunlar ihtilâfi kurallarına gidilmeksizin, Avusturya maddî hukuk hükümleri uygulama alanı bulacaktır²³.

Kullanıcı haklarının bilgisayar programlarının devriyle bağlantılı olarak aktarılması, koruma haklarının yerselliğinden (*territorial*) dolayı, koruma ülkesinin hukukuna göre hükme bağlanır. Koruma ülkesi,

¹⁹ PALANDT-HELDRICH (dn. 12), Art. 35, Rn.2.

²⁰ BUSSE, A.: "Softwarevertrieb in Netzen", CR 1996, s.389, 392.

²¹ PFEIFFER, T.: "Die Entwicklung des Internationalen Vertrags-, Schuld- und Sachenrechts in den Jahren 1995/1996", NJW 1997, s.1207, 1214.

²² BUSSE (dn. 20), 389.

²³ PALANDT-HELDRICH (dn. 12), Art.35, Rn.2.

kendisinden o ülkede koruma talep edilen yerdir²⁴. Evrensellik teorisini savunanlar ise, yeknesak olarak sözleşme statüsüne bağlanmayı savunurlar. Aslında onlar da, aktarmaya cevaz verilip verilemeyeceği ve şekli gibi bazı konularda, koruma ülkesi hukukunun belirli uygulamalarını tatbik ederler²⁵. Yani, bir bakıma aynı sonuca biraz farklı bir yoldan ulaşırlar. EGBGB m.28/V'e göre, sözleşmeyi bir başka devletle daha yakın ilişkili kılan bütün hususlar incelendiğinde, başka bir hukukun uygulama alanı bulması söz konusu olmaktadır.

3. EGBGB m.29'a Göre Tüketici Akitleri

Tüketici akitleri hakkında EGBGB m.29, 27 ve 28.maddelerdeki düzenlemelerden farklı hükümler içermektedir. Örnek 1'deki olayda bir tüketici akdi söz konusu olmadığı için, Avusturya hukukunun uygulamasında kalmaktadır.

4. Akit Statüsünün Kapsamı

EGBGB m.31, 32'ye göre, akdin kurulması, geçerliliği ve etki alanı, yorumu, icrası, icra edilmemesinin sonuçları, zamanaşımı, sözleşmeye uyulmamasının sonuçları ve hak kayıpları sözleşme statüsüne tâbidir. EGBGB m.32/II'ye göre, ifa hakkında ifa yeri hukuku uygulanır.

5. Kamu Düzeni ve Emredici Kurallar

Örnek 1'de Avusturya hukukunun uygulanmasında, EGBGB m.6 gereği, kamu düzeni (*ordre public*) ve m.34 gereği, emredici kurallar göz önünde bulundurulmalıdır.

a) Kamu Düzeni

EGBGB m.6'ya göre, yabancı hukukun uygulanmasının sonuçları, Alman hukukunun temel ilkelerine ve özellikle anayasal haklara aykırı-

²⁴ BUSSE (dn. 20), 389, 392; HOEREN, T.: "IPR und EDV-Recht, kollisionsrechtliche Anknüpfungen bei internationalen EDV-Verträgen", CR 1993, s.129, 133; Münc.Kom-Martiny, Art.28, Rn.261.

²⁵ DROBNIG, U.: "Originärer Erwerb und Übertragung von Immaterialgüterrechten im Kollisionsrecht", RabelsZ 1976, s.204.

rılık oluşturmaktaysa uygulanmaz. Zira, yabancı hukuk kuralının uygulanması, Alman hukuk düzeni açısından kabul edilemez niteliktedir²⁶. Burada kamu düzeninin müdahalesi bakımından önemli olan bir husus da, olayın ülkenin iç hukuku açısından etki doğurucu nitelikte olmasıdır²⁷.

b) Emredici Kurallar

Yabancı hukukun uygulanması, EGBGB m.34 anlamında, Alman hukukunun emredici hükümlerine aykırılık teşkil ediyorsa mümkün değildir²⁸. Emredici kurallar devletin ve kamunun menfaatine hizmet eden müdahaleci kurallar ile, zayıf olan tarafın menfaatine ve korunmasına ilişkin özel hukuk kurallarıdır²⁹. Bu anlamda, kural olarak EGBGB m.34, sonuçları Almanya'da doğacak olaylarda müdahaleci niteliktedir³⁰.

6. EGBGB'nin 31/II. Maddesindeki Özel Durum

Taraflardan biri, kendi davranışının etkisi hakkında uygulanacak hukuka göre hüküm verilmesini bazı hususlar açısından adil görmüyorsa, EGBGB m.31/II'ye göre, mutlak meskeninin bulunduğu ülke hukukuna istinaden, sözleşmeyi kabul etmediği iddiasında bulunabilir. EGBGB'nin 31/II.maddesi, münferit olaylarda, hak ve nesafet ilkesi gereği, özel bağlama kuralının uygulanmasını mümkün kılmaktadır³¹. Özellikle, susmanın sonuçları anlaşılacakla birlikte³², sözleşmenin kurulması için, önemli başka hareketler gerekli ise; örneğin pozitif irade beyanı aranıyorsa, yukarıdaki durum söz konusu olabilecektir³³.

²⁶ KEGEL (dn. 6), 378; FIRSHING/HOFFMANN (dn. 5), § 6; Rn.139.

²⁷ KROPHOLLER (dn. 14), 218.

²⁸ PALANDT-HELDRIK (dn. 12), Art.34, Rn.3.

²⁹ FIRSHING/HOFFMANN (dn. 5), § 10; Rn.95.

³⁰ REITHMANN/MARTINY (dn. 17), Rn.279.

³¹ REITHMANN/MARTINY (dn. 17), Rn.143; TAUPITZ, J.: "Kaffeefahrten deutscher Urlauber auf Gran Canaria: Deutscher Verbraucherschutz im Urlaubsgepäck?", BB 1990, s.643.

³² REITHMANN/MARTINY (dn. 17), Rn.143.

³³ MEYER-SPARENBERG (dn. 15), 350.

D- Avusturya Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulması

1. Satım Sözleşmesi

Bilgisayar programlarının yüklenmesi, ABGB m.1053 anlamında bir satım sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Buna göre, bilgisayar programları ABGB m.285 anlamında bir eşya olarak nitelendirilmektedir. Bu madde eşya kavramının mahiyetini, kişiliği olmayan ve insanların kullanımına müsait olan her şey olarak ifade etmektedir. Bu tanıma uyan her şey, Avusturya hukukuna göre³⁴, cismaniyeti olmasa bile, eşya olarak nitelendirilmektedir. Bilgisayar programları da bu tanımın kapsamı dahilinde bulunmaktadır³⁵. Böylece bilgisayar programlarının ücret karşılığında, süreyle sınırlı olmaksızın devredilmesinde (*download*) satım akdine ilişkin hukukî düzenlemeler uygulama alanı bulacaktır³⁶.

2. Akdin Kurulması

ABGB m. 861'e göre, Avusturya hukuku açısından bir akdin kurulması icap ve kabul ile yapılır. İnternet ortamında yapılan tekliflerin hukukî niteliği tartışmalıdır. Somut olarak örnek 1'deki olaydan yola çıkarsak, (S) bilgisayar programını kullanıma açık bulundurmaktadır. (A) ise, onu yükleme ve kredi kartı ile ödeme yapma yükümlülüğü altındadır. Sözleşmenin bundan sonraki prosedürü otomatik olarak işlemektedir. Yani, ne (S) ne de (S)'nin hukukî temsilcisi, bundan daha fazla bir işlem yapmak zorunda değildir. (S), kendi yükümlülüklerini yerine getirmeyi kabul eden (A)'nın programı yüklemesini, artık engelleyemez. Bu durum, tıpkı eşya otomatlarındaki hale benzemektedir. Yani, otomatın içinde eşya bulunduğu sürece, icap geçerli kabul edildiği gibi, internet ortamında bilgisayar programı kullanıma hazır

³⁴ BYDLINSKI, P.: *Grundzüge des Privatrechts, für Ausbildung und Wirtschaftspraxis*, 2.A., Wien 1994, s.82, Rn.292; KOZIOL/WELSER: *Grundriß des bürgerlichen Rechts I, Allgemeiner Teil, Schuldrecht*, 9.A., Wien 1992, s.81.

³⁵ ERTL/WOLF: *Die Software im österreichischen Zivilrecht*, Wien 1991, s.74.

³⁶ RUMMEL, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch mit IPR-Gesetz, Ehegesetz, Mietrechtsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Landpachtgesetz, UN-Kaufrecht*, in zwei Bänden, 1.Band, § 1 bis 1174 ABGB, 2.A., Wien 1990, § 1054, Rn.52; ERTL/WOLF (dn. 35), 205 vd.

bulunduğu sürece, icabın devam ettiği kabul edilmelidir³⁷. Burada bir *ad incertas personae* icap bulunmaktadır³⁸. İcap alıcıya ulaşmak zorundadır. İnternet ortamında bilgisayar programlarının sunulmasında icap, ilgili web sayfasına girilip onun okunmasıyla ulaşılmış kabul edilir. Bu icap artık tek taraflı olarak geri alınamaz³⁹. Kabul beyanının yapılması ise, ABGB m.862'ye göre, hazırlar arasında hemen, hazır olmayanlar arasında ise, icapta bulunan tarafından belirtilen bekleme süresi içinde kabul edilmelidir. (A)'nın kabul beyanı (S)'ye elektronik ortamda bildirilmiştir. (S) ve (A) *online* olarak bağlantı kurmuşlar ve birbiriyle görüşmemişlerdir. Yani, Örnek 1'deki olay bakımından, hazır olmayanlar arasında somut olarak yapılmış karşılıklı irade beyanları söz konusudur⁴⁰. ABGB m.863'e göre, kabul beyanı, şüpheye mahal bırakmayan mantıklı nedenlerin bulunması halinde, zımnî olarak da yapılabilecektir. Somut olay açısından, programın yüklenmesinden ve bedelin ödenmesinden, nihaî kabul beyanında bulunulduğu anlaşılabilir durumdadır. Zira, K böylece, sözleşme yapma konusundaki arzusunu ortaya koymuştur. Buna ilişkin beyan, V'nin hakimiyet alanına ulaştığı anda etki doğurucu niteliktedir⁴¹. Kredi kartı ile ödeme yoluyla bilgisayar programının *download* edilmesi durumunda, en geç kabul beyanı ulaştığında sözleşme kurulmuş olur. Bu sözleşmenin geçerliliği mutlak anlamda şekle bağlı değildir⁴². Ancak, geçerli bir sözleşmenin varlığından söz etmek için, en azından mal ve fiatın belirlenebilir olması zorunludur⁴³. Örnek 1'deki somut olayda bu şartlar gerçekleşmiştir.

3. Alıcının Yükümlülükleri

ABGB m.1062'ye göre, alıcının ana yükümlülüğü, satım konusu eşya-

³⁷ PALANDT-HEINRICHS, § 145, Rn.7; RUMMEL-RUMMEL (dn. 36), § 861, Rn.8.

³⁸ ERNST, S.: "Der Mausklick als Rechtsproblem Willenserklärungen im Internet", NJW-CoR 1997, s.165.

³⁹ KOZIOL/WELSER (dn. 34), 106.

⁴⁰ FRITZCSHE/MALZER: "Ausgewählte zivilrechtliche Probleme elektronisch signierter Willenserklärungen", DnotZ 1995, s.11; SCHLECHTRIEM, P.: *Internationales UN-Kaufrecht*, Tübingen 1996, s.44, Rn.72.

⁴¹ KOZIOL/WELSER (dn. 34), 107.

⁴² GESCHNITZER, F.: *Österreichisches Schuldrecht, Besonderer Teil und Schadenersatz*, 2.A., Wien-New York 1988, s.26.

⁴³ BYDLINSKI (dn. 34), 163, Rn.591.

nın alınması mukabilinde ücretin peşin olarak ödenmesidir. Doğal olarak bunun aksinin taraflarca kararlaştırılması da mümkündür⁴⁴. Kredi kartı ile ödeme mukabilinde *download* olayında ise, durum biraz farklıdır. Burada, nakit olarak ödeme yapma olanağı söz konusu değildir. Buradaki ödeme yükümlülüğü bazı gerekli ikincil faaliyetlerin de yerine getirilmesini gerekli kılar⁴⁵. Örnek 1'deki olayda (A), kredi kartı ile ödeme mukabilinde *download* etme suretiyle, bütün gerekli yükümlülüklerini yerine getirmiştir.

4. Satıcının Yükümlülükleri

Satıcının yükümlülüğü, ABGB m.1061 ve 1047'ye göre belirlenir. Satıcı satılan şeyi eksiksiz olarak⁴⁶ ve malik olmaya elverecek şekilde hazır bulundurmaya zorundadır⁴⁷. Satım konusu eşya, mutata olmayan mükellefiyet ve vergilerden arındırılmış şekilde devredilmelidir⁴⁸. Bilgisayar programlarının mutata olarak program sahibinin koruyucu haklarıyla donatılı olduğu bilinmektedir ve bu husus artık alışlagelmiş bir uygulamadır. ABGB m.1061 ve 1047 de bunun aksine herhangi bir düzenleme getirmiş değildir. ABGB m.311'e göre zilyetlik ve m.353'e göre mülkiyet, maddî olmayan eşyalar üzerinde de kurulabilecektir. Bilgisayar programları üzerinde de, bu bağlamda zilyetlik ve mülkiyet hakkı kurmak mümkündür. Örnek 1'deki olayda, bilgisayar programı eksik ve hatalı olarak ulaştırılmıştır. Bu nedenle (S), programın eksiksiz ve kullanıma uygun şekilde yüklemeye hazır bulundurulması yükümlülüğünü yerine getirmemiştir.

5. Alıcının Yapabileceği İtirazlar

Alıcının yapabileceği itirazlar açısından kötü ve *aliud*⁴⁹ teslimi birbirinden ayırt etmek gerekir. Bilgisayar programının yüklenmesinden

44 RUMMEL-AICHER (dn. 36), § 1062, Rn.5.

45 BINDER, M.: *Schuldverträge, Grundzüge, Fälle und Lösungen in systematischer Bearbeitung*, Wien 1993, s.11.

46 BINDER (dn. 45), 9; BYDLINSKI (dn. 34), 164, Rn.595.

47 RUMMEL-AICHER (dn. 36), § 1061, Rn.1.

48 RUMMEL-AICHER (dn. 36), § 1047, Rn.4.

49 *Aliud* sözleşme ile kararlaştırılandan başka bir şeyin ifa edilmesi demektir.

sonra, garantiye ilişkin hükümler söz konusu olur⁵⁰. Örnek 1'deki olayda (A) bilgisayar programını yüklemiştir. Programın eksik olmasında *aliud* değil, kötü teslim söz konusu olacaktır. Bu durumda garantiye ilişkin hükümler uygulanır. AGBGB m.932'ye göre, ağır ve ağır olmayan eksiklikler ile giderilebilecek ve giderilemeyecek eksiklikler arasında ayırım yapmak gerekir. Eğer mutata olarak bulunması gereken veya sözleşme ile kararlaştırılmış olan kullanıma ilişkin temel özellikler eksik veya hatalı ise, ağır bir eksikliğin varlığından söz edilir. Giderilebilir olmayan eksiklikler ise, daha sonra bertaraf edilmesi mümkün olmayan ya da giderilmesi son derece güç koşulların gerçekleşmesine bağlı olan eksikliklerdir⁵¹. Ağır ve giderilemeyecek eksikliklerde, ABGB m.932'ye göre, fesih talebinde bulunulması mümkündür. Giderilebilir eksikliklerde ise, alıcı ABGB m.932'ye göre, daha sonra eksikliğin giderilmesi talebinde bulunabilir. Satıcı eksikliği gidermeyi belirli bir süre içinde kabul etmez veya kaçınırsa, alıcının ABGB m.918'e göre, yine sözleşmeyi feshetmesi mümkündür. Giderilebilecek eksikliklerde, alıcının eksikliğin giderilmesini talep etmek yerine, seçimlik olarak, ABGB m.932 çerçevesinde bedelde indirim yapılmasını isteme hakkı da söz konusudur. Örnek 1'deki somut olay açısından değerlendirildiğinde, (A)'nın ABGB m.932'ye göre, eksikliğin giderilmesini veya bedelde indirim yapılmasını isteme hakkı söz konusudur. Ancak (S), akdin kurulması aşamasında alıcı (A) tarafından açıkça bilinebilecek olan eksikliklerden dolayı ABGB m.928 çerçevesinde sorumlu tutulamayacaktır.

E- Türk Hukukuna Göre Satım Sözleşmesi

1. Türk Hukukuna Göre Satım Akdine Uygulanacak Hukuk

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Türkiye bu konuda yapılmış olan uluslararası sözleşmelere katılmış değildir. Ne uluslararası mal satımına ilişkin 1980 tarihli *Birleşmiş Milletler Viyana Sözleşmesi*, ne de uygulanacak hukuka ilişkin 1980 tarihli *AET Roma Sözleşmesi* veya 1986 tarihli *Taşınır Malların Milletlerarası Satımına Uygulanacak Hukuk Hakkında La Haye Sözleşmesi*⁵² Türkiye tarafından henüz kabul edil-

⁵⁰ BYDILINSKI (dn. 34), s.146, Rn.524.

⁵¹ BYDILINSKI (dn. 34), s.147, Rn.529.

⁵² Sözleşme'nin İngilizce ve Fransızca metni için bkz. Hague Conference on Pri-

memiştir. Bu nedenle, yukarıda Örnek 3'te belirttiğimiz olayda, satım akdi konusunda uygulanacak hukukun tespiti, Türk Milletlerarası Özel Hukuk hükümleri çerçevesinde yapılmak gerekir.

Bu noktada önemle vurgulanması gereken şey, Örnek 3'teki olayda, rollerin değişmesi, yani alıcının Türk olması ve Türk kanunlar ihtilâfi kuralları gereği uygulanması gereken hukukun yabancı bir devlet hukuku olması halinde, öncelikle bu devletin yukarıdaki sözleşmelere taraf olup olmadığının belirlenmesi gereğidir. Zira, hâkimin hukukunun ihtilâf kuralı, örneğin 1980 Viyana Sözleşmesine taraf olan bir devletin hukukunun uygulanacağını belirttiği takdirde, Viyana Sözleşmesi o devletin iç maddî hukuku olarak uygulama alanı bulacaktır⁵³.

Türk hukukunda satıma uygulanacak hukuk, MÖHUK m.24'te düzenlenmiştir. Bu maddenin 1.fıkrasına göre, sübjektif bağlama kuralı olarak, irade muhtariyeti ilkesi benimsenmiş ve akitten doğan borç ilişkilerine tarafların açıkça seçtikleri kanunun uygulanacağı belirtilmiştir⁵⁴. Doğal olarak, bu hükmün yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelere uygulanacağı gözden uzak tutulmamalıdır. Zira, bu husus MÖHUK m.1'de, bu Kanun hükümlerinin yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacağı belirtilmek suretiyle ifade edilmiştir⁵⁵.

MÖHUK m.24/II'ye göre, açık hukuk seçiminin olmadığı haller için, objektif bağlama kuralı öngörülmüştür. Buna göre, tek tarafa borç yükleyen akitlerde borcun ifa yeri hukuku, iki tarafa borç yükleyen akitlerde ise, karakteristik edimin ifa yeri hukuku uygulanacaktır.

vate International Law, Extraordinary Session, Final Act, The Hague, 30 Ekim 1985, s.1-10.

53 Bkz. TİRYAKIOĞLU (dn. 2), 108.

54 Her ne kadar Kanun'un metninde "açıkça" deyimini kullanılmış olsa bile, böyle bir anlayışın milletlerarası ihtiyaçlara cevap veremeyeceği ve bu konudaki uluslararası sözleşmelere uygun olmayacağı yolunda genel ve haklı bir kabul söz konusudur. Bu nedenle, hukuk seçiminin açık veya örtülü olarak yapılabileceğini kabul etmek; varsayılan irade beyanına dayalı olarak hukuk seçimi yapılmasını ise, kabul etmemek gerekir: Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. TİRYAKIOĞLU (dn. 2), 212 vd.; NOMER (dn. 2), .265; TEKİN-ALP, G.: *Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları*, İstanbul 2002, s.284-285.

55 TİRYAKIOĞLU (dn. 2), s.211.

Buradaki ifa yerinin neresi olduğunu tespit etmek için, BK m.73'teki düzenlemeden hareket etmek gerekir. BK m.73/I'de, tarafların borcun ifa yerini açık veya örtülü olarak belirleyebilecekleri ifade edilmektedir. Bu düzenleme biçimi, uluslararası sözleşmelere de paralellik göstermektedir. Bu maddeye göre, para borçlarında ifa yeri alacaklının ikametgâhının bulunduğu yerdir. Borç belli bir şeye ilişkin ise, bu borcun ifa yeri alacaklının ikametgâhının bulunduğu yerdir. Bu ihtimallerin dışında kalan borçların ifa yeri ise, borcun doğumu anında borçlunun ikametgâhının bulunduğu yerdir⁵⁶.

Nihayet karakteristik edimin ifa yerinin bulunamadığı hallerde, MÖHUK m.24/II'ye göre, akdin en sıkı irtibat halinde bulunduğu yer hukukunun uygulanması öngörülmüştür⁵⁷.

2. Akdin Kurulması

Bütün akitlerde olduğu gibi, satım akdi de karşılıklı olarak birbirine uygun irade beyanlarının açıklanması ile kurulmuş olur. İcap ile kabul arasında tam bir uyuşmanın gerekip gerekmediği, icap ve kabulden dönülüp dönülemeyeceği, susmanın kabul anlamına gelip gelmeyeceği gibi hususlar, kural olarak akit statüsüne tâbidir.

Türk hukukunda, akdin kurulması BK m.1-10 ve akdin şekli m.11-22 arasında düzenlenmiştir. BK m.1/I'e göre akit, iki tarafın karşılıklı olarak birbirine uygun şekilde irade beyanında bulunmaları halinde kurulmuş sayılacaktır. BK m.1/II'ye göre ise, irade beyanının zımnî olarak da yapılabileceği belirtilmektedir. BK m.11'e göre, akdin kurulması, kanunda aksine hüküm bulunmadığı takdirde hiçbir şekle tâbi tutulmamıştır.

3. Türk Hukukunun Mevcut Sistemi Çerçevesinde İnternet Ortamında Bilgisayar Programlarının Satışı

a) Bilgisayar Programlarının Menkul Mülkiyetine Konu Olabilmesi

Bilgisayar programlarının internet ortamında satım sözleşmesine ko-

⁵⁶ TİRYAKIOĞLU (dn. 2), 219;

⁵⁷ TİRYAKIOĞLU (dn. 2), 235; NOMER (dn. 2), 268; TEKİNALP (dn. 54), 290-291.

nu olabilmesi için, öncelikle onun bir eşya olarak kabul edilip edilemeyeceği üzerinde durmak gerekir. Menkul eşya bir yerden bir yere taşınması mümkün olan, bir maddî varlığa sahip şeylerdir⁵⁸. Bu anlamda, internet ortamına sunulan bilgisayar programlarını menkul eşya olarak değerlendirmek mümkün değildir. Ancak, bilgisayar programları menkul eşya olarak kabul edilmese dahi⁵⁹, bu onun taşınır mülkiyetine konu olamayacağı anlamına gelmez⁶⁰.

Doktrinde ve mahkeme kararlarında beliren genel eğilim, veri taşıyıcısına (disket, CD, sabit disk) kaydedilen programların eşya olarak kabul edilmesi yönündedir. Zira, böyle bir veri taşıyıcısına kaydedilmiş programlar kullanılabilir nitelikte değildir. İnternet ortamında böyle bir programı yükleyen kişi, programı sabit diske yüklemek suretiyle kullanıma elverişli hale getirmektedir. Bu andan itibaren artık taşınır mülkiyetine konu olan bir mal söz konusudur.

Türk hukukunda, taşınır mülkiyetinin konusu, TMK m.762'de düzenlenmiştir. Buna göre, nitelikleri itibariyle taşınabilen maddî şeyler ile üzerinde mülkiyet edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçler⁶¹ taşınır mülkiyetinin kapsamına girmektedir. Taşınmaz mülkiyetinin kapsamı ise, TMK m.704'te belirtilmiştir. Buna göre, taşınmaz mülkiyetinin konusu, arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ve kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümlerdir. Bu çerçevede, internet

⁵⁸ ERTAŞ, Ş.: *Eşya Hukuku*, 2.B., Ankara 1995, s. 381.

⁵⁹ Buradaki pratik sorun şudur: Eğer bilgisayar programları eşya olarak kabul edilirse, eşya hukuku kuralları çerçevesinde, programın mülkiyetini elde eden kişi, program üzerinde dilediği gibi tasarruf etme hakkına sahip olacaktır. Oysa, programı piyasaya arz eden, programın gayri maddî bir ürün olduğundan bahisle, programı devralan kişinin mülkiyet hakkına sahip olmadığını, sadece programdan yararlanma hakkı elde ettiğini ileri sürerek, devralan kişinin yetkilerini sınırlandırmaya çalışmaktadır. Bu nedenle program yapımcıları, söz konusu hukukî ilişkiyi satım olarak değil de, lisans sözleşmesi olarak nitelendirmektedirler: Bkz. YILDIRIM (dn. 3), 41-42.

⁶⁰ Bilgisayar programlarını maddî mal sayan veya gayri maddi mal sayan görüşler hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. YILDIRIM (dn. 3), 41 vd.

⁶¹ Gayrimenkul mülkiyetine tâbi olmamak koşuluyla, elektrik, atom enerjisi gibi doğal kuvvetlerin, kişilerce hâkimiyet altına alınarak, bunlardan yararlanılması mümkünse, bunların da menkul mülkiyetine konu olabilecekleri belirtilmiştir: Bkz. ERTAŞ (dn. 58), 382.

ortamına sunulan bilgisayar programlarının, taşınır mülkiyetine konu olabilecek gayri maddî mal olarak nitelendirilmesi mümkündür.

b) Bilgisayar Programlarının Taşınır Satımına Konu Olabilmesi

TBK m.184'e göre, menkul satımının konusu, araziden veya gayrimenkul olmak üzere tapu siciline kaydedilen haklardan başka her türlü şeyin⁶² satımıdır. Bu düzenleme, taşınır mülkiyetinin konusunu düzenleyen TMK m.762 ile birbirini tamamlar mahiyettedir⁶³.

Ancak, bilgisayar programını devralan kişi, programı arz eden kişi kadar mülkiyet haklarını kullanma konusunda geniş yetkilere sahip değildir. Onun kullanım hakkında, bilgisayar programlarının aynı zamanda fikrî mülkiyet haklarının konusuna girmesi dolayısıyla, bazı sınırlandırmalar söz konusu olacaktır. Mülkiyet hakkının kapsamına ilişkin bu tür bir daralma, taraflar arasındaki bedel mukabilinde temlikin bir satım sözleşmesi olmasını engellemez. Bedel mukabilinde temlik, Borçlar Hukuku anlamında, tipik sözleşmelerden satımı oluşturmasına karşılık, fikrî bir hak olan çoğaltma hakkının kanunen tayin edilen sınırlar içinde devri, lisans mahiyetindedir. Bu nedenle, geniş anlamda bir karma sözleşmeden bahsetmek mümkün olmakla birlikte, nihaî olarak satıma ilişkin hükümlerin, belirlenen koşullar çerçevesinde uygulanmasına herhangi bir engel yoktur⁶⁴.

Türk hukuku açısından bütün bu noktalar göz önünde bulundurulduğunda, bilgisayar programlarının internet ortamında satılmasında ve satıma ilişkin hükümlerin uygulanmasında, hukukî açıdan herhangi bir sakınca bulunmadığını söylemek mümkündür.

⁶² Kanaatimce, TBK m.184'te "şey" sözcüğünün kullanılması özel bir anlam ifade etmektedir. "Eşya" sözcüğü yerine "şey" sözcüğünün tercih edilmesi, taşınır mülkiyetine ve taşınır satımına konu olan her şeyin, mutlak anlamda cismaniyeti olan bir eşya olması gerekmediğini ifade etme amacına yöneliktir.

⁶³ Bkz. ARAL, F.: *Borçlar Özel Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, 3.B., Ankara 2000, s.70; YAVUZ, C.: *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, İstanbul 2000, s.30 vd.

⁶⁴ YILDIRIM (dn. 3), 73-74.

III. Birleşmiş Milletler Satım Hukuku

EGBGB m.3/II,1'e göre, uluslararası hukuka ilişkin sözleşmeler, doğrudan uygulanan kurallar getirdiği ölçüde, iç hukuk açısından, kanunlar ihtilâfi kurallarına nazaran öncelikli olarak uygulanırlar. Brüksel Sözleşmesi, Almanya için böyle bir sözleşme olup, 1.1.1991 tarihinden itibaren doğrudan uygulanan kural olarak uygulanmaktadır⁶⁵. Bu nedenle, Örnek 2'de, Alman alıcı tarafından Avusturyalı bilgisayar programı satıcısının sunduğu programın yüklenmesi, Brüksel Sözleşmesi'nin uygulama dışında bırakılmamış olması şartıyla, Birleşmiş Milletler'in satıma ilişkin hukukî düzenlemeleri çerçevesinde değerlendirilebilecektir.

A- Viyana Sözleşmesi'nin Uygulama Alanı

Bilgisayar programlarının yüklenmesi, konu ve yer bakımından Viyana Sözleşmesi'nin uygulama alanına girmelidir. Sözleşme'nin 1/(1).maddesine göre, tarafların farklı ülkelerde bulunmaları zorunluluğu söz konusudur. Örnek 1'deki olayda, (S)'nin bulunduğu yer Avusturya, (A)'nın bulunduğu yer ise, Almanya'dır. Dolayısıyla bu kriter yerine gelmiştir. Sözleşme'nin 10/b maddesine göre, yerleşim yeri belli olmayan şahıslar arasındaki ticarî ilişkilerde, tarafların mutlak meskeninin bulunduğu yer dikkate alınacaktır.

Viyana Sözleşmesi'nin 1/(1) maddesine göre, her iki ülke de sözleşme devleti ise veya kanunlar ihtilâfi kuralları gereği, Sözleşme'ye taraf devletlerden birinin hukuku uygulanacaksa, bu Sözleşme uygulama alanı bulacaktır. Örnek 1'deki olayda adı geçen Almanya ve Avusturya, Sözleşme'ye taraf devletlerdir⁶⁶.

Sözleşme'nin 1/(3).maddesine göre, tarafların tüccar olup olmadıkları ya da vatandaşlıkları dikkate alınmaz. Ancak, Sözleşme'nin 2/a maddesine göre, bir malın şahsî kullanım amacıyla satımı, bu Sözleşme çerçevesinde değerlendirilemez. Fakat bunun ön şartı, böyle bir şahsî kullanım amacının, akdin kurulmasından önce veya kurulma anında satıcı tarafından biliniyor veya bilinebilecek olmasıdır. Örnek 1'deki olayda, (S) ve (A) ticarî faaliyette buldukları için, Sözleşme'nin 2/a

⁶⁵ BGBl., 1989 II, s.586.

⁶⁶ SCHLECHTRIEM (dn. 40), 225 vd.

maddesi çerçevesinde, Sözleşme'nin uygulama dışı bırakılması söz konusu değildir.

Bu Sözleşme, 3. maddesinden anlaşılacağı üzere, imal edilen veya üretilen mallar hakkında aynı şekilde uygulanır. Bu nedenle, özellikle CD veya disket gibi bir taşıyıcı vasıtasıyla aktarılmayan bilgisayar programlarının, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi çerçevesinde eşya olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışmalıdır.

1. Eşyanın Tanımı

Viyana Sözleşmesi'nin 1/(1).maddesine göre, sözleşmeye konu olabilecek mallar, öncelikle taşınabilir nitelikte olanlardır⁶⁷. Bilgisayar programlarının bu çerçevede değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, yorum yapılarak araştırılmak zorundadır. Zira, ilgili Sözleşme'de bu tür sözleşmeye konu olabilecek programların da uygulama alanına dahil olup olmadıkları konusunda herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Bu noktada, aynı Sözleşme'nin 7/(1).maddesi, Sözleşme'nin uluslararası karakteri ve fonksiyonunun, yeknesaklaştırıcı yaklaşımının ve uluslararası ticarete iyi niyetin korunmasının teşvik edilmesi bakımından dikkate alınmalıdır. Birleşmiş Milletler Sözleşmesi gibi uluslararası birleştirici düzenlemeler, iç hukuka gidilmeksizin bağımsız olarak yorumlanmalıdır⁶⁸. Sözleşme'nin orijinal metnine bağlı kalan bir yorum ön plânda tutulmalıdır⁶⁹. Yeknesak bir yorumun teşviki ve sağlanması için, yabancı kaynak ve mahkeme kararları⁷⁰ da dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda, öncelikle lafzî düzenlemeler ve hukuk sistemi, daha sonra âkit devletlerdeki münferit mahkeme kararları ve hukukî görüşler de ayrıntılı olarak göz önünde bulundurulmalıdır.

⁶⁷ REINHART, G.: *UN-Kaufrecht, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf*, Heidelberg 1991, Art.1, Rn.3, CZERWENKA, G.: *Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht, Das Kollisionsrecht bei grenzüberschreitenden Kaufverträgen und der Anwendungsbereich der internationalen Kaufrechtsübereinkommen*, Berlin 1988, s.147.

⁶⁸ SCHLECHTRIEM (dn. 40), 29, Rn.43.

⁶⁹ HERBER/CZERWENKA: *Internationales Kaufrecht, UN-Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf*, Heidelberg 1991, Art.7, Rn.7.

⁷⁰ SCHLECHTRIEM (dn. 40), 30, Rn.43.

2. Viyana Sözleşmesi'nin Kapsamı

Örneğin, orijinal metin olarak, İngilizce ve Fransızca metinlere baktığımızda, İngilizce'deki "goods" kelimesinin Fransızca karşılığı "marchandise" dir. "goods" kelimesi eşya anlamına gelmekte iken, "marchandise" kelimesi, eşya, ürün, fikrî eser gibi anlamlara gelmektedir. Yani, farklı dillerde kullanılan kelimeler arasında, tam bir yeknesaklığın sağlanması mümkün değildir. Nitekim, Almanca "Waren" kelimesi de, bu anlamları içine alır şekilde kullanılmaktadır. Viyana Sözleşmesi'nin 2/f maddesinde, maddî eşya niteliğinde olmayan elektrik enerjisi, Sözleşme'nin kapsamı dışında bırakılmıştır. Ancak, onun kapsam dışı bırakılması, özellikle elektrik dağıtım sözleşmesinin farklı ve özel koşullara tâbi tutulması nedeniyle gereklidir⁷¹. Sonuç olarak, özel koşullara tâbi tutulmayan konular açısından, Viyana Sözleşmesi'nin kapsama alanının, yalnız maddî şeylerle sınırlı olmadığını söylemek mümkündür. Özel koşullara tâbi tutulma keyfiyeti istisnâî niteliktedir⁷².

3. Viyana Sözleşmesinin Tarihî Alt Yapısı

Viyana Sözleşmesi'nin yapılması sırasında, eşya kavramının tanımlanması ve bilgisayar programlarının bu Sözleşme kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği üzerinde durulmamıştır. Bu Sözleşme, 1964 yılında yapılan "Taşınır Eşyalar Hakkında Milletlerarası Satım Sözleşmesi Yapılmasına İlişkin Yeknesak Hukuk Hakkında Sözleşme" ile "Taşınır Eşyaların Milletlerarası Satımı Hakkında Yeknesak Hukuk Sözleşmesi"ne dayanmaktadır⁷³. Viyana Sözleşmesi'nin bu Sözleşmeler ile çok yakın bağlantısı vardır⁷⁴. Bu Sözleşmeler'de geçen "marchandises" kelimesi, Viyana Sözleşmesi'nin de, sadece maddî şey-

71 PILTZ, B.: *Internationales Kaufrecht, Das UN-Kaufrecht (Wiener Übereinkommen von 1980) in praxisorientierter Darstellung*, s.32, Rn.54; HERBER/CZERWENKA (dn. 69), Art.2, Rn.16.

72 MAGNUS, U.: "Währungsfragen im Einheitlichen Kaufrecht, Zugleich ein Beitrag zu seiner Lückenfüllung und Auslegung", *RabelsZ* 1989, s.121.

73 SCHLECHTRIEM (dn. 40), s.3, Rn.3; her iki Sözleşme de merkezi Roma'da bulunan UNIDROIT tarafından hazırlanmış olup, 1972 yılında yürürlüğe girmiştir: TIRYAKIOĞLU (dn. 2), 98.

74 BRANDI/DOHRN, "Das UN-Kaufrecht, Entstehungsgeschichte und Grundstruktur", *CR* 1991, s.705.

lere ilişkin düzenleme getirmeyi amaçlamadığı anlamına gelmektedir⁷⁵. Bu kavram, millî bir yorum ve sınırlamanın önüne geçilmesi için, özellikle seçilmiş bir kavramdır⁷⁶. İngilizce metinde ise, "goods" kavramı muhafaza edilmiştir. Bütün bu hususlar göz önüne alındığında, müşterek bir sonuca varılması zor görünmektedir.

4. Sözleşme Devletlerindeki Bazı Münferit Yaklaşımlar

Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne taraf olan bazı devletlerdeki bilgisayar programlarının hukukî niteliği konusundaki yaklaşımlar üzerinde durulması ve Viyana Sözleşmesi'nin bilgisayar programlarını da eşya olarak değerlendirilmesine elverişli olan yaklaşımının, âkit devlet hukuklarında da kabul edilip edilmediği tespit edilmelidir.

a) Mahkeme Kararları Konusundaki Yaklaşımlar

Amerikan Federal Mahkemesi Kararları'na göre, bilgisayar programları "goods" kavramı içinde yer almakta ve satım akdine ilişkin hükümler olaya uygulanmaktadır. Gerekçe olarak ise, bu programların, bir medya iletişim aracı vasıtasıyla kullanıma sunulduğu andan itibaren satılabilir olmaları gösterilmiştir. Medya iletişim aracı tabiri, bu anlamda internet ağlarını, disket ve CD'leri de kapsamaktadır⁷⁷.

Alman Federal Mahkemesi Kararları'na göre de, son birkaç yıldır, bilgisayar programları "Ware" kavramı çerçevesinde eşya olarak değerlendirilmekte⁷⁸ ve standart bilgisayar programlarının sunulmasında, satım sözleşmesinin hükümleri, asgarî ölçütlere uygun olarak tatbik edilmektedir⁷⁹. Bu programların, direkt olarak çok sayıda alıcı tarafından satın alınmış olması sonucu değiştirmez⁸⁰. Burada önemli olan, satın alanın satım ücretini ödemesi ve bunun karşılığında, satı-

⁷⁵ KAROLLUS, M.: *UN-Kaufrecht, Eine Systematische Darstellung für Studium und Praxis*, Wien-New York 1991, s.21.

⁷⁶ Bkz. WENNING, <http://www.uni-sb.de/~wenning/unku95.html> .

⁷⁷ Bkz. U.S. Court of Appeals for the 3. Circuit v. 14.2.1991, Advent Systems Limited v. Unisys Corporation, 925 F 2d 670 (1991).

⁷⁸ Bkz. BGH LM H. M/1993, § 631 BGB, Nr.73.

⁷⁹ BGHZ 102, s.135, 144.

⁸⁰ BGHZ 109, s.97.

cının, söz konusu programı alıcının zamanla sınırlı olmaksızın kullanımına ve bilgisayarında muhafaza etmesine izin vermesidir⁸¹.

Bir bilgisayar programının CD veya disketle aktarılması, bu kapsama girmez. Bu durum, yalnızca, bilgisayar ağları vasıtasıyla yapılan aktarmalarda söz konusudur⁸². Standart bilgisayar programlarında satım hükümlerinin asgarî ölçütlerde uygulanması söz konusu olacaktır⁸³. Bazı yazarlar, bilgisayar programlarındaki kalitenin de aranması gerektiğini savunmaktadırlar⁸⁴. Genel olarak kabul gören görüşe göre, bilgisayar programlarının CD veya disket yoluyla aktarılmasında, satım hukukuna ilişkin asgarî ölçütler tatbik edilemez⁸⁵.

b) Eşya Kavramı Konusundaki Yaklaşımlar

Hem Avusturya'da⁸⁶, hem Amerika'da⁸⁷, hem de Almanya'da⁸⁸, bilgisayar programlarının Birleşmiş Milletler Sözleşmesi çerçevesinde değerlendirilebileceği görüşü kabul edilmektedir. Böyle bir geniş katımlı yoruma şüphesiz olumlu yaklaşmak gerekir⁸⁹. Bazı yazarlar burada, bilgisayar programlarının bir CD veya disket ile aktarılması ile, doğrudan bilgisayar ağlarından aktarılması arasında herhangi bir

⁸¹ BGHZ 109, s.97, 99.

⁸² BGHZ 109, s.97, 100.

⁸³ JUNKER, A.: *Computerrecht, Gewerblicher Rechtsschutz, Mangelhaftung, Arbeitsrecht*, Baden-Baden 1988, s.165, Rn.352; DÖRNER/JERSCH: *Die Rechtsnatur der Software-Überlassungsverträge* in DÖRNER/EHLERS: *Rechtsprobleme der EDV*, Neuwied-Frankfurt 1989, s.29.

⁸⁴ KÖNIG, M.: "Software (Computerprogramme) als Sache und deren Erwerb als Sachkauf", NJW 1993, s.3124.

⁸⁵ KÖNIG, M.: "Die Qualifizierung von Computerprogrammen als Sachen i.S. des § 90 BGB", (Qualifizierung), NJW 1989, s.2605.

⁸⁶ KAROLLUS (dn. 75), 21.

⁸⁷ PRIMAK, L.: "Computer Software: Should The U.N. Convention On Contracts For The International Sale Of Goods Apply? A Contextual Approach To The Question", 11 Computer/Law Journal 1991, s.197, 214, 217, 219.

⁸⁸ OLG Köln, RIW 1993, s.934, 936; PILTZ (dn. 71), 30, Rn.48; CZERWENKA (dn. 67), 148; BOTHE/KLIAN: *Rechtsfragen grenzüberschreitender Datenflüsse*, Köln 1992, 370.

⁸⁹ CZERWENKA (dn. 71), 147.

farkın olmayacağı görüşünü savunmaktadır⁹⁰. Zira, bu yazarların eşya konusundaki tanım ve tasnifleri, onun medya iletişim araçları yoluyla sunulup sunulamamasından bağımsızdır⁹¹.

5. Savunma Hakkı

Viyana Sözleşmesi'nin amacı, onun giriş bölümünde de açıklandığı gibi, farklı topluluk, ekonomi ve hukuk düzenlerini dikkate almak ve uluslararası ticaretin önündeki engelleri kaldırmaktır. Bu nedenle, "eşya" kavramı geniş yorumlanmak zorundadır. Ayrıca, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne taraf birçok devlette, bilgisayar programlarının eşya olarak kabul edildiğini göz önünde bulundurmak gerekir. Alman Federal Mahkemesi, bilgisayar programlarının eşya olarak kabul edilmesi gerektiği kararına varmıştır⁹². Bunlar "*persuasive authority*" olarak kabul edilir⁹³.

Viyana Sözleşmesi'nin 7/(1).maddesine göre, bu Sözleşme'nin yorumlanmasında ve ilgili boşlukların doldurulmasında, uluslararası ticaret hayatında geçerli olan iyi niyet kurallarına uyulması gerekir. Bilgisayar programları, âkit devletlerin iç hukukları açısından eşya olarak kabul ediliyor ve bu şekilde muamele görüyorsa ve fakat Birleşmiş Milletler Sözleşmesi çerçevesinde eşya olarak kabul edilmemesi gerektiği ileri sürülüyorsa, bu davranış iyi niyet kurallarına aykırı olacaktır. Yani, bilgisayar programlarının Birleşmiş Milletler Sözleşmesi çerçevesinde eşya olarak değerlendirilmesi ve o şekilde yorumlanması gerekir. Viyana Sözleşmesi'nin 4.maddesinde, satım sözleşmesinin akdedilmesi, alıcı ve satıcının hak ve yükümlülükleri düzenlenmiş, ancak, mülkiyetin ne şekilde devredileceği belirtilmemiştir. Viyana Sözleşmesi'nin uygulanması kabul edilmediği takdirde, Örnek 1'deki olayda, milletlerarası özel hukuk kurallarına (kanunlar ihtilâfı) göre çözüm söz konusu olacaktır.

⁹⁰ VON CAMMERER/SCHLECHTRIEM: *Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht*, 2.A., München 1995, Art.1, Rn.21; KAROLLUS, s.21; STAUDINGER. J.: *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, C.II, Wiener UN-Kaufrecht (CISG), 12.A., Berlin 1994, Art.1 CISG, Rn.44; CZERWENKA, s.147.

⁹¹ Bkz. WENNING, <http://www.uni-sb.de/~wennig/unku95.html>, dn.72.

⁹² OLG Köln, RIW 1993, s.934, 936.

⁹³ SCHLECHTRIEM (dn. 40), 30, Rn.43.

B. Viyana Sözleşmesine Göre Akdin Kurulması

Viyana Sözleşmesi'nin 92/(1).maddesine göre, âkit devletler, bu Sözleşme'nin II. veya III. Kısımının kendileri açısından bağlayıcı olmadığını ve çekince koyduklarını belirtebilir. Sözleşme'nin II. Kısım akdin kurulması ile ilgilidir. Ne Avusturya, ne de Almanya, bu konuda herhangi bir çekince koymamıştır⁹⁴. Bu nedenle, Örnek 1'deki olaya, Sözleşme'nin bu kısmı da uygulanabilir niteliktedir. Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne göre, bir akit, tıpkı BGB'deki gibi icap ve kabul ile kurulur⁹⁵. (S), internet ortamında, bilgisayar programını yüklemeye açık ve hazır bulundurarak icapta bulunmuştur.

Viyana Sözleşmesi'nin 14/(1). maddesine göre bir icap, bir veya daha fazla kişiye yöneltilmiş açık bir teklifin, kabul beyanı ile karşılanması halinde akdin kurulması ile sonuçlanır. Aynı maddeye göre, eşyanın belirlenebilir olması, miktar ve fiyatının belirtilmiş olması veya zımni olarak belirlenebilir olması zorunludur. Sadece internette tanıtım yapmak, Sözleşme'nin 14.maddesi çerçevesinde icap kabul edilmez; teklifte bulunanın açıkça satış arzusunu ve fiyatını belirtmesi zorunludur. Burada *invitatio ad offerendum* ile *ad incertis personas* icabı birbirinden ayırt etmek gerekir. Sözleşme'nin 8/(1).maddesine göre, satıcının icapta bulunma isteği alıcı tarafından biliniyor ya da bilinmesi gerekiyorsa, kabul beyanı ile akdin kurulmuş olduğu kabul edilmelidir. Burada bir *ad incertis personas* icap bulunmaktadır. Sözleşme'nin 15/(1).maddesine göre, böyle bir icap, alıcıya ulaştığı anda yapılmış kabul edilecektir. Ulaşma anı ise, yine Sözleşme'nin 24.maddesinin yorumlanması suretiyle, alıcı (K)'nın teklifi bilgisayar ekranında gördüğü an olarak kabul edilmelidir. Satıcı, Viyana Sözleşmesi'nin 16/(1).maddesine göre, icap karşı tarafa ulaşmadan ya da en geç alıcının kabul beyanını göndermesinden önce, icabından vazgeçebilir. Bilgisayar programının yüklenmesi ve satış ücretinin ödenmesi, Viyana Sözleşmesi'nin 18/(2).maddesine göre, alıcının kabul beyanında bulunduğu anlamına gelir. Bu hareketler, Sözleşme'nin 8/(1).maddesine göre, alıcının akdin kurulması yolundaki olumlu irade beyanının bulunduğu anlamına gelir. Örnek 1'deki olay açısından, alıcı (A), satıcı (S)'ye bilgisayar programını yükleme ve bedelini ödeme suretiyle, onun icabını kabul etme iradesini göstermiş kabul edilir. Yani burada,

⁹⁴ LÖWE, R.: *Internationales Kaufrecht*, Wien 1989, Art.14.

⁹⁵ PILTZ (dn. 71), 74, Rn.11.

her basiretli kişi tarafından anlaşılabilir nitelikte, bir kabul beyanı bulunmaktadır. Viyana Sözleşmesi'nin 18/(2).maddesine göre, bu şekildeki bir zımnî kabul geçerlidir. Yine aynı maddeye göre, hazırlar arasındaki icap hemen, bunun dışındaki icaplar, belirli bir süre içinde kabul edilmezlerse, artık geçerli olmazlar. Örnek 1'deki olayda, (A)'nın kabul beyanı (S)'ye elektronik ortamda bildirilmiştir. Yani, taraflar, *online* olarak birbiriyle iletişim kurmamışlar ve hazırlar arasında bir görüşme yapmamışlardır. Bu nedenle, hazır olmayanlar arasındaki bir karşılıklı irade beyanının varlığından söz edilebilir⁹⁶.

Alıcının irade beyanı satıcıya ulaştığı takdirde, Viyana Sözleşmesi'nin 24.maddesi çerçevesinde uygulama söz konusu olacaktır⁹⁷. Yani, Örnek 1'deki olay açısından değerlendirildiğinde, (A) tarafından derhal kabul beyanında bulunma zorunluluğunun söz konusu olduğu bir hazırlar arası icap bulunmadığı için, (A)'nın (S)'nin icabını süresi içinde kabul ettiği sonucuna varılmalıdır. (A)'nın kabul beyanından Viyana Sözleşmesi'nin 22.maddesi çerçevesinde vazgeçmesi de söz konusu değildir. Bu nedenle, (A) ile (S) arasında, aynı Sözleşme'nin 23.maddesine uygun olarak, bir satım akdinin kurulduğunun kabulü gerekir. Sözleşme'nin 11.maddesine göre, akdin kurulması için, sözleşmeye taraf devletlerden biri tarafından, yine aynı Sözleşme'nin 96.maddesi çerçevesinde herhangi bir çekince konulmadığı takdirde, şekil şartı aranmamaktadır. Örnek 1'deki olay açısından Avusturya ve Almanya, böyle bir çekince koymamışlardır⁹⁸.

C. Viyana Sözleşmesine Göre Alıcının Yükümlülükleri

Alıcının yükümlülükleri Viyana Sözleşmesi'nin 53-60.maddeleri arasında düzenlenmiştir. Viyana Sözleşmesi'nin 53.maddesine göre, alıcının temel yükümlülüğü, söz konusu eşyanın alınması ve bedelinin ödenmesidir. Aynı hüküm, BGB m.433/II'de de yer almaktadır. Viyana Sözleşmesi'nin 54.maddesine göre, alıcının ödeme yapma yükümlülüğü, ödemenin gerçekleştirilmesi için gereken tedbirlerin alınması ve gerekli formalitelerin yerine getirilmesi gibi ayrıntıları da kapsayacak şekilde, geniş olarak anlaşılmalıdır. Alıcı ile satıcı, akdin kurulması sırasında açıkça herhangi bir ücret telaffuz etmemişlerse, Söz-

⁹⁶ FRITZSCHE/MALZER (dn. 40), 3, 11; SCHLECHTRIEM (dn. 40), 44, Rn.72.

⁹⁷ FRITZSCHE/MALZER (dn. 40), 3, 11; SCHLECHTRIEM (dn. 40), 44, Rn.72.

⁹⁸ SCHLECHTRIEM (dn. 40), 225 vd.

leşme'nin 55.maddesi çerçevesinde, benzer özelliklere sahip bir eşya için hesaplanabilecek makul bir ücreti kabul etmiş sayılırlar. Ödemenin yapılacağı para birimi, esas olarak taraflarca kararlaştırılır. Viyana Sözleşmesi'nde bununla ilgili herhangi bir düzenleme yoktur. Bu nedenle, taraflar arasında mutata hale gelmiş uygulamalara ya da Sözleşme'nin 9.maddesinde yer alan ticarî gelenek ve uygulamalara bakılır⁹⁹. Aksi takdirde, bu boşluk, Sözleşme'nin 7/(2).maddesine göre, yine bu Sözleşme'nin temel ilkelerine veya milletlerarası özel hukuk düzenlemelerine göre doldurulur. Bu ikinci durumda, boşluğu doldurma konumunda olan makam, para borçlarının ifasına ilişkin yetkili bağlama kuralının uygulanması yoluna gidebilir¹⁰⁰.

Ödeme zamanı, taraflar başka türlü kararlaştırmadığı takdirde, Viyana Sözleşmesi'nin 58.maddesi hükmüne uygun olarak yapılacaktır. Alıcı, Sözleşme'nin 96.maddesine göre, satım ücretini, herhangi bir talebe gerek olmaksızın, sözleşmede belirtilen veya sözleşmeye göre belirlemesi mümkün olan bir zamanda ödemek zorundadır. İnternet ortamında bir bilgisayar programını satın alan alıcı da, satım ücretini, kredi kartı yoluyla derhal ödemek zorundadır. Sözleşme'nin 60/a maddesine göre, alıcı, satıcının malın teslimini yapabilmesi ya da malı alıcının temellük etmesine hazır bulundurabilmesi için, basiretli ve dürüst bir kişiden beklenebilecek bütün gerekleri yerine getirmek zorundadır. Malı alıp götürme ya da bilgisayar programı için gerekli yükleme ve aktarma işlemini yapma, alıcının görevidir. Örnek 1'deki olayda, alıcı (A), ücretini ödeyerek bilgisayar programını yüklemiştir. Bu nedenle, somut olayda alıcı (A)'nın bütün yükümlülüklerini yerine getirdiğini söylemek mümkündür.

D. Viyana Sözleşmesine Göre Satıcının Yükümlülükleri

Satıcının yükümlülükleri, Viyana Sözleşmesi'nin 30-35. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu Sözleşme'nin 30.maddesi çerçevesinde, satıcının temel yükümlülüğü, sattığı malı bütün eklenti ve parçalarıyla tam olarak alıcıya teslim etmektir. Bilgisayar programının satımı bakımından, satıcı, alıcının programı kendi bilgisayarına aktarmasına hazır bulundurarak bu görevini yerine getirmiş olur. Böylece alıcı, satın

⁹⁹ SCHLECHTRIEM (dn. 40), 117, Rn.211.

¹⁰⁰ SCHLECHTRIEM (dn. 40), 118, Rn.211; VON CAMMERER/SCHLECHTRIEM Art.54, Rn.9.

aldığı programı bütün özellikleriyle birlikte tam olarak kendi bilgisayarına yükler ve onun maliki olur. Bununla ilgili diğer bağlantılı yükümlülükler, aksi kararlaştırılmadığı takdirde, Viyana Sözleşmesi'nin 31. maddesine göre, gönderme borcu ile alma borcu arasındaki yelpazede belirlenir. İnternet ortamında bilgisayar programının yüklenmeye hazır bulundurulması halinde, satıcı yükümlülüğünü yerine getirmiş kabul edilir. Zira, Sözleşme'nin 31/b maddesi anlamında, akdin konusu olan eşya, ancak belirli bir yerde teslimatın yapılabileceği nitelikte ise ve alıcı ile satıcı malın orada hazır bulunduğunu biliyorlarsa, teslim yükümlülüğü yerine getirilmiş kabul edilir. Örnek 1'deki somut olayda, hem (S) hem de (A) programın internet ortamında hazır bulundurulduğunu bilmektedirler. Dolayısıyla (S), yükümlülüğünü yerine getirmiştir.

Teslim zamanı, Viyana Sözleşmesi'nin 33. maddesine göre, öncelikle taraf iradelerine göre belirlenir. Böyle bir kayıt bulunmaması halinde, Sözleşme'nin 33/a maddesine göre, teslimat zamanını akit hükümlerinden belirleyebilmek mümkün ise, teslimat bu zamanda yapılmış kabul edilir. Teslimde bulunmama halinde, ihtara gerek olmaksızın temerrüt söz konusu olacaktır. İnternet ortamındaki satımda, internetin yapısı itibarıyla, teslimin hangi anda gerçekleştirildiği belirlenebilir. Yani burada, Sözleşme'nin yukarıda belirtilen 33/a maddesindeki koşullar uygulama alanı bulur.

E- Satıcının Satım Akdinde Belirtilen Özellikleri Haiz Eşyayı Teslim Borcu

Viyana Sözleşmesi'nin 35. maddesine göre, satıcı, satım sözleşmesine uygun olarak, türü, kalitesi, miktarı ve ambalajı tespit edilmiş eşyayı teslim etmek zorundadır. BGB m.459 ve 633'te belirtilen objektif ve subjektif hata kavramları burada da geçerlidir¹⁰¹.

Satıcının satım sözleşmesine uygun teslimatta bulunmaması ve ona düşen külfetler ile buna ilişkin hukukî sonuçlar, Viyana Sözleşmesi'nin 35/(2)-44. maddeleri arasında yer almaktadır. Kötü teslim ile yanlış teslim arasında herhangi bir fark yoktur¹⁰².

¹⁰¹ BRANDI/DOHRN (dn. 74), 705-707.

¹⁰² KAROLLUS (dn. 75), 105; AUE, J.: *Mängelgewährleistung im UN-Kaufrecht unter besonderer Berücksichtigung stillschweigender Zusicherungen*, Frankfurt am Main-Bern-New York-Paris 1989, s.70 vd.

Sözleşme'nin 35/(2).maddesi, satım akdinde taraflar kararlaştırmış olmadığı takdirde, hangi koşullarda bir eşyanın nitelik itibariyle akde uygun kabul edileceğini beyan etmektedir. Bu maddeye göre, eşyanın alışlagelen kullanım tarzı açısından, amaca uygun ve elverişli olması aranır. Alışlagelen kullanım biçiminin belirlenmesinde, ticarî anlayış ve münferit olayın gerekleri göz önüne alınmalıdır. Eğer, malın belirli bir vasfının eksik olması, onun kullanımını açısından özel bir önemi haiz ise, normal olarak kullanıma elverişlilik söz konusu olmayacaktır¹⁰³.

Bilgisayar programının eksik veya hatalı gönderilmesi halinde de, onun normal şekilde kullanımını mümkün olmayacaktır. Böyle bir teslim, Viyana Sözleşmesi'nin 35/(2)a maddesine göre, satım akdine uygun kabul edilemez. Ancak, satıcı, aynı Sözleşme'nin 35/(3). maddesine göre, alıcının akdin kurulması sırasında satım konusu maldaki eksiklik veya hatayı bilmesi ya da bilmesinin gerekmesi hallerinde sorumlu olmaz. Bu halde, maldaki mevcut kusur, alıcı tarafından görülebilecek ölçüde ağır nitelikte olmalıdır¹⁰⁴.

Viyana Sözleşmesi'nin 36/(1).maddesine göre, satıcı, alıcının akde aykırılıktan dolayı uğradığı zarar ve ziyayı ödemekle yükümlüdür. Akde aykırılığın varlığı teslimden sonra anlaşılrsa bile durum değişmez. Sözleşme'nin 36/(2).maddesine göre, sonradan ortaya çıkan akde aykırılık, satıcının yükümlülüklerini ihmal etmesi veya hiç yapmaması nedeniyle ortaya çıkmışsa, yine satıcının sorumlu tutulması mümkündür. Bilgisayar programının yüklenmesinde, zarar ve ziyanın ortaya çıkması, alıcı tarafından programın yüklenmesiyle ortaya çıkar¹⁰⁵. Eksik veya hatalı bilgisayar programının yüklenmesinde, eksiklik ve hata yükleme öncesinde, yani, zarar ortaya çıkmadan önce mevcuttur. Bu durumda satıcı sorumludur.

Viyana Sözleşmesi'nin 38. maddesi, alıcının muayene külfetini; 39. maddesi ise, ihbar külfetini düzenlemektedir. İhbarda bulunmayan alıcı, artık akde aykırılığa istinat edemeyecektir. Dâvâ açma süresi, belirlenen eksikliğin tespiti ile başlar¹⁰⁶. Sözleşme'nin 39.maddesine göre, ihbar en geç eşyanın taşınmasından itibaren iki yıl içinde yapıl-

¹⁰³ AUE (dn. 102), 74.

¹⁰⁴ REINHART (dn. 67), Art.35, Rn.9; HERBER/CZERWENKA (dn. 69), Art.35, Rn.10.

¹⁰⁵ HERBER/CZERWENKA (dn. 69), Art.66, Rn.3.

¹⁰⁶ REINHART (dn. 67), Art.35, Rn.4.

malıdır. Sözleşme'nin 40.maddesine göre, satıcı zaten akde aykırılığı biliyorsa, alıcının muayene ve ihbar külfetini ihmal ettiğini ileri süremeyecektir. Alıcı, muayene ve ihbar külfetini yerine getirmede ihmal gösterirse, artık bazı ispat vasıtalarını kanun yollarında kullanmaktan yoksun kalacaktır. Yani, daha önce hiç ileri sürmediği veya zamanında gerekli şekilde bildirmediği delil ve beyanlarını kullanamayacaktır¹⁰⁷.

F- Alıcının Hukukî İtirazları

Viyana Sözleşmesi'nin 45-52.maddeleri, alıcının, satıcının akde aykırı hareketleri nedeniyle yapabileceği itirazları düzenlemektedir. Burada, aykırılığın ağırlığına göre bir ayırım yapılmıştır¹⁰⁸. Sözleşme'nin 46. maddesine göre, alıcı, ifa, yenisiyle değiştirme veya iyileştirme taleplerinden birini tercih edebilecektir. Aynı maddeye göre, alıcı, eşyanın akde uygun olmaması nedeniyle yenisiyle değiştirme talebini, yalnızca, eşyadaki eksiklik veya hatanın ağır şekilde akde aykırılık teşkil ettiği hallerde talep edebilir.

Sözleşme'nin 25.maddesine göre, akde aykırılık, taraflardan birinin sözleşmeden beklediği ve kendi açısından önemli olan bir menfaatten yoksun kaldığı hallerde, ağır ihlâl olarak nitelendirilir¹⁰⁹. Eksikliğin alıcı tarafından belirtilen süre içinde, satıcı tarafından giderilebilmesi mümkün olmamalıdır. Bu tür bir akde aykırılık, akdin kurulması aşamasında¹¹⁰, akde aykırı hareket eden her basiretli kişi tarafından öngörülebilir nitelikte olmalıdır. Alıcı, sonradan iyileştirme talebini, Viyana Sözleşmesi'nin 46/(3).maddesi gereği, olaya ilişkin bütün hususlar ele alındığında, böyle bir iyileştirmenin satıcıdan beklenmesinin mümkün olamayacağı durumlar dışında, her zaman yapabilir.

Viyana Sözleşmesi'nin 47/(1).maddesine göre, alıcı satıcıya yükümlülüklerini yerine getirmesi için ek bir süre verebilir. Alıcının Sözleşme'nin 47/(2).maddesi çerçevesinde, geciken ifadan dolayı bir gecikme tazminatı talep etmesi de mümkündür. Sözleşme'nin 48.maddesine göre satıcı, sonradan ifa etme hakkını, bunun alıcı tarafından kabulü söz konusu olduğu takdirde kullanabilir.

¹⁰⁷ HERBER/CZERWENKA (dn. 69), Art.44, Rn.2.

¹⁰⁸ HERBER/CZERWENKA (dn. 69), Art.45, Rn.2.

¹⁰⁹ HERBER/CZERWENKA (dn. 69), Art.25, Rn.7.

¹¹⁰ SCHLECHTRIEM (dn. 40), s.68, Rn.112.

Satım sözleşmesinin iptali ise, Sözleşme'nin 49.maddesi çerçevesinde, ya Sözleşme'nin 25.maddesine göre ağır akde aykırılık halinde ya da 47.maddesine göre, ifada gecikme nedeniyle söz konusu olabilir. İptal istemi, Sözleşme'nin 26.maddesi çerçevesinde, diğer tarafa bildirilmek zorundadır¹¹¹.

Sözleşme'nin 81.maddesine göre, iptal halinde, akdî borç geri verme borcuna dönüşür. Teslim edilen eşyanın, akitte belirtilen niteliklere uygun olmaması halinde, alıcı Sözleşme'nin 50.maddesine göre, bedelin tamamını ödemiş olsa bile, daha sonra tenkis etme hakkına sahiptir¹¹².

Maldaki eksikliğin öngörülebilir nitelikte olması halinde, Sözleşme'nin 45/(1).maddesine göre, 74 vd. maddeler çerçevesinde tazminat talebinde bulunmak mümkündür. Tazminat ödeme durumunda olan taraf, Sözleşme'nin 79/(1).maddesine göre, kendi iradesi dışındaki nedenlere bağlı olarak yükümlülüğünü yerine getiremediğini ileri sürerek, bu konuda kendisine herhangi bir sorumluluk tahmil edilemeyeceğini beyan edebilir. Bunu ileri süren taraf, bunun sonuçlarından kaçınılmasının mümkün olmadığını ve bunu önlemenin de kendisinden beklenilemeyeceğini belirterek iddiasını ispat ederse, ya sorumluluktan kurtulması ya da borcunda indirim yapılması mümkün olabilir¹¹³. Borcunu ifa edemeyen taraf, buna gerekçe olarak Sözleşme'nin 79/(1).maddesinde yer alan nedenlerden birini göstermek zorundadır.

Taraflardan birinin ödemesi gereken tutarı veya başka bir bedeli ödemeyi ihmal etmesi veya kaçınması halinde, diğer taraf, tazminat isteme hakkına hanel gelmeksizin, Viyana Sözleşmesi'nin 78.maddesine göre, faiz isteyebilir. Sözleşme'nin 80.maddesine göre, taraflardan birinin, diğer tarafın yükümlülüklerini yerine getirmediğini ileri sürmesi için, bunun meydana gelmesine kendi fiil ve hareketleriyle neden olmaması gerekir. Sözleşme'nin 28. maddesine göre, taraflardan birinin kendi borcunu ödemediği, diğer tarafın borcunu yerine getirmediğini ileri sürebilmesi için, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi esas alınmaksızın yapılan satım sözleşmeleri açısından, ilgili tarafın kendi ülkesindeki yasal düzenlemelerin buna izin veriyor olması gerekir.

¹¹¹ HERBER/CZERWENKA (dn. 69), Art.26, Rn.2.

¹¹² SCHLECHTRIEM (dn. 40), s.1138, Rn.204.

HERBER/CZERWENKA (dn. 69), Art.74, Rn.4.

IV. Sonuç

Bilgisayar programlarının hukukî niteliği konusunda birbirinden farklı görüşler vardır. Genel olarak kabul gören ve bizim de katıldığımız görüş, disket, CD veya sabit disk gibi bir veri taşıyıcısına kaydedilmiş bulunan bilgisayar programlarının menkul eşya, Türk Borçlar Kanundaki ifadesiyle “şey” olduğunu kabul eden görüştür. Bu çerçevede, internet ortamında bir satıcının sunduğu bilgisayar programını *download* eden kişi, o programı kendi sabit diskine kaydetmiş ve böylece kullanıma elverişli hale getirmiş demektir. Bu durumda, kanaatimizce bir menkul satımından söz etmek gerekir.

Bilgisayar programlarının aynı zamanda fikrî hakların kapsama alanına girdiği ve bu açıdan da korunduğu göz önüne alındığında, standart bir bilgisayar programının bedel mukabilinde sürekli olarak devredilmesinde *satım sözleşmesi* ile *lisans sözleşmesinin* unsurlarından oluşan bir karma sözleşmenin söz konusu olduğu söylenebilir. Buradan hareketle, lisans sözleşmesinin mülkiyet haklarını ve satım konusu üzerinde serbestçe tasarruf hakkını daraltacağından bahisle, satım sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanamayacağı ileri sürülebilir. Ancak, nasıl üzerinde bir irtifak hakkı bulunan bir gayri menkul, bununla yüklü olarak satılabiliyor ve alıcı bu irtifak hakkına saygılı olma koşulu ile onun maliki olabiliyorsa, bilgisayar programını satın alan kişi de fikrî haklara saygılı olma koşulu ile satıma ilişkin hükümlere tâbi olabilecektir.

Konumuz açısından önemle belirtilmesi gereken bir sonuçta, bilgisayar programlarını gayri maddî mal sayan görüş kabul edilse bile, bu tür bir malın da taşınır mülkiyetine ve taşınır satımına konu olabileceğidir. Gerçekten TMK m.762 ile TBK m.184 göz önüne alındığında, Türk hukuku açısından da, Dünya'daki gelişmelere paralel olarak, bilgisayar programlarının taşınır mülkiyetine ve taşınır satımına konu olabilecekleri sonucuna varılır.

Satım akdi, uluslararası ticarî ilişkilerin kurulmasındaki en önemli vasıtalarından biridir. Bu nedenle, uluslararası satıma ilişkin kurallar açısından yeknesaklığın temini amacıyla, hem maddî hükümler hem de uygulanacak hukuku düzenleyen bir çok uluslararası sözleşme yapılmıştır. Bunlar arasında, bu incelememizde özellikle vurgu yaptığımız, satım akdine ilişkin maddî hukuk kurallarını yeknesaklaştıran

1980 tarihli Birleşmiş Milletler Viyana Sözleşmesi, akdî borçlara uygulanacak hukuk hakkında 1980 tarihli Roma Sözleşmesi ve onu tamamlayan satım sözleşmesine ilişkin ihtilâf kurallarını yeknesaklaştıran 1986 tarihli La Haye Sözleşmesi en önemlileridir. Türkiye, bu Sözleşmelere ve satıma ilişkin diğer sözleşmelere henüz taraf olmamıştır. Halbuki, bu Sözleşmelere taraf olan ve hatta iç hukuklarına da aktaran devletlerin giderek artış göstermesi nedeniyle, Türk mahkemeleri MÖHUK m.24 gereği tespit edilen ülke hukukunu uygularken, bu sözleşmelerin hükümlerini uygulamak zorunda kalmaktadır. Türkiye'nin de bu sözleşmeleri bir an önce ve belirli hallerde uygulayacağı hakkında çekince koymadan onaylaması, Türkiye'nin uluslararası ticarî arenadaki güvenilirliğini arttıracaktır. Böylece, uluslararası alanda ticarî faaliyet gösteren şirketlerin de, hukukî güvenilirlik sağlayan yeknesak kurallara dayanabilmeleri olanağı tanınmış olacaktır.

Somut olarak belirtmek gerekirse, bilgisayar programlarına ilişkin satım akitlerinin gerçekleştirilmesinde, 1980 Viyana Sözleşmesi'nin uygulanması mümkündür. Buradaki mal sözcüğünü geniş olarak yorumlamak ve bilgisayar programlarını da, daha önce belirttiğimiz koşullarla mal kabul etmek gerekir. Sözleşme'nin hangi alanlarda uygulanmayacağını belirten 2.maddesi, a bendinde, kişisel kullanım amaçlı malların Sözleşme'nin uygulama alanı dışında kalacağını belirtmektedir. Ancak, satıcının satımdan önce veya satım esnasında böyle bir amacı bilmemesi ve bilme zorunluluğunun da bulunmaması halinde, yine bu Sözleşme hükümlerinin uygulanmasını talep edebileceğini belirtmektedir. Kişisel kullanım amacıyla yapıldığı bilinen alımlarda ise, tüketicinin korunmasına ilişkin düzenlemeler de devreye girecektir ki, olayın bu boyutu inceleme alanımızın dışında bırakılmıştır.