



T.C.

ANKARA YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

**TÜKETİCİ HUKUKUNDA
DİJİTAL İÇERİK VE HİZMETLERDE
SÖZLEŞMEYE UYGUNLUK**

DOKTORA TEZİ

Furkan Güven TAŞTAN

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

Ankara, 2023

T.C.
ANKARA YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

**TÜKETİCİ HUKUKUNDA
DİJİTAL İÇERİK VE HİZMETLERDE
SÖZLEŞMEYE UYGUNLUK**

DOKTORA TEZİ

Furkan Güven TAŞTAN

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

Tez Danışmanı
Dr. Öğr. Üyesi Ünsal DÖNMEZ

Ankara, 2023

ONAY SAYFASI

Furkan Güven Taştan tarafından hazırlanan “**Tüketici Hukukunda Dijital İçerik ve Hizmetlerde Sözleşmeye Uygunluk**” adlı tez çalışması aşağıdaki jüri tarafından oy birliği ile Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı’nda doktora tezi olarak kabul edilmiştir.

Jüri Üyesi	Kurumu	İmza
Dr. Öğr. Üyesi Ünsal DÖNMEZ	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi	
Kabul ☒	Red ☐	
Prof. Dr. Fikret EREN	Başkent Üniversitesi	
Kabul ☒	Red ☐	
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL	TED Üniversitesi	
Kabul ☒	Red ☐	
Prof. Dr. Musa AYGÜL	Selçuk Üniversitesi	
Kabul ☒	Red ☐	
Doç. Dr. Akın ÜNAL	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi	
Kabul ☒	Red ☐	

Tez Savunma Tarihi: 09.10.2023

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı’nda doktora tezi olması için şartları yerine getirdiğini onaylıyorum.

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

Prof. Dr. Yaşar YİĞİT

BEYAN

Bu tez çalışmasının kendi çalışmam olduğunu, tezin planlanmasından yazımına kadar bütün aşamalarda patent ve telif haklarını ihlal edici etik dışı davranışımın olmadığını, bu tezdeki bütün bilgileri akademik ve etik kurallar içinde elde ettiğimi, bu tezde kullanılmış olan tüm bilgi ve yorumlara kaynak gösterdiğimi beyan ederim. 09.10.2023

Furkan Güven TAŞTAN



ÖZET

Tüketici Hukukunda Dijital İçerik ve Hizmetlerde Sözleşmeye Uygunluk

Yazılımlardan dijital video mecralarına, elektronik kitaplardan bilgisayar oyunlarına kadar birçok çeşidi olan dijital içerik ve hizmetler, yaygın bir şekilde tüketici işlemlerinin konusunu oluşturmaktadır. Söz konusu işlemlerde, sözleşme hukukuna dair karşılaşılabilecek problemlerden biri, ifanın konusuyla ilişkili tüm hususlarda tam ve doğru bir ifayı gerçekleştirme yükümlülüğü anlamına gelen *sözleşmeye uygunluk* hâlini ilgilendirmektedir.

Dijital içerik ve hizmetler, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da normatif olarak mal kategorisinde değerlendirilmektedir (TKHK m. 3/h). Türk Hukukundaki tüketiciyi koruyan düzenlemelerde doğrudan bir karşılığı bulunmamakla birlikte sözleşmeye uygunluğun ayıptan arı ifa hâliyle özdeşleştirilmesi mümkündür. Yani dijital içerik ve hizmetlerde sözleşmeye uygunluk, TKHK'deki ayıplı mallara ilişkin hükümlere tabidir. Ancak bu hükümler, genellikle sofistike özellikler taşıyan dijital içerik ve hizmetlerin konu edildiği sözleşme ilişkilerinde tüketici menfaatlerini korumakta yetersiz kalmaktadır. Mesela Kanun'da öngörülen lüzumlu vasıf kriterleri, dijital içerik ve hizmetler için oldukça soyuttur. Yine ayıplı mal hükümlerinin, bulut bilişim hizmetlerindeki gibi sürekli edimle temin edilen dijital içerik ve hizmetlere uygulanmasında çeşitli problemler doğabilir. Ayrıca 99/44 sayılı mehzaz Direktif'te sözleşmeye uygunluk kavramına yer verilmesine rağmen TKHK'de ayıp kavramına başvurulması, ayıbın kapsamına ilişkin TBK'daki tartışmaların TKHK'ye taşınmasına yol açmıştır. Anılan problemlerin çözümü amacıyla oluşturulmuş bir yargı içtihadına rastlanmamıştır. Parasal sınır nedeniyle temyiz yoluna başvurmaının genellikle mümkün olmadığı tüketici uyuşmazlıkları için bu tür bir içtihadın oluşmasını beklemek de gerçekçi görünmemektedir. Öyleyse Türk Hukuku için bu konuda bir reform ihtiyacı doğmuştur.

Gerçekleştirilecek reformda, bir dünya standardı hâline gelmesi muhtemel olan AB ve Alman Hukuku düzenlemeleri model alınabilir. Konuya ilişkin Avrupa Birliği 2019/770 sayılı Dijital İçerik Direktifi ile Alman Medeni Kanunu (BGB) § 327 vd. hükümlerinde, dijital içerik ve hizmetlerin sofistike özellikleri dikkate alınarak tüketicinin dijital dünyadaki menfaatlerinin korunmasına hizmet eden bir anlayış benimsenmiştir. Ne var ki bu hükümler, esasa ilişkin bazı yönlerden eleştiriye muhtaç olduğu gibi regülasyon yöntemi açısından da taşıması gereken nitelikler olan öz ve kolay anlaşılır olmaktan uzaktır. Bu kapsamda çalışmada AB ve Alman Hukukunun anılan düzenlemeleri mercek altına alınarak Türk Hukukunda nasıl bir çözüm üretilmesi gerektiğine yoğunlaşılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: dijital içerik, dijital hizmet, dijital ürün, sözleşmeye uygunluk, ayıptan doğan sorumluluk, ifa engelleri

ABSTRACT

Conformity of Contract in terms of Digital Content and Services in Consumer Law

Digital content and services, ranging from software and e-books to digital streaming services and computer games, are commonly the subject of consumer transactions. One of the problems that may be encountered in contract law within these transactions is the *conformity*, which means the obligation to fulfil performance in all matters related to the subject matter of performance.

Digital content and services are normatively considered goods in the Turkish Consumer Protection Act No. 6502 (TCPA Art. 3/h). Although there is no direct counterpart in the consumer protection regulations in Turkish Law, it is possible to equate conformity with the concept of defect-free performance. In other words, conformity of digital content and services is subject to the provisions regarding defective goods in the TCPA. However, these provisions are insufficient to safeguard consumers' interests in contracts involving sophisticated digital content and services. For example, the objective requirements regulated in the Act are quite abstract for digital content and services. Furthermore, various problems may arise in applying the defective goods provisions to digital content and services provided by continuous supply over a period of time, such as cloud computing services. Even though the concept of the conformity is included in the Directive 99/44, the concept of defect is used in the TCPA, leading to the transfer of the discussions regarding the scope of defect from the Turkish Code of Obligations to the TCPA. There is a lack of appropriate case law to overcome these issues, and it is unlikely to expect such judicial opinion to be formed in consumer disputes, as it is often not possible to appeal due to monetary limitations. Therefore, a need has risen for reform in Turkish law addressing these issues.

In the reform to be introduced to Turkish law, EU and German law regulations, which are likely to become a world standard, can serve as a model. The EU 2019/770 Digital Content Directive and the German Civil Code (BGB) § 327 et seq. provisions adopt an approach that prioritises consumer protection in the digital world, taking into account the sophisticated features of digital content and services. However, these provisions in certain substantial aspects, are open to criticism. Moreover, in terms of their regulatory approach, they lack the essential qualities of being concise and easily comprehensible. In this respect, this dissertation concentrates on how a legal solution should be devised in Turkish law by analysing EU and German law regulations pertaining to digital content and services in terms of conformity.

Keywords: digital content, digital service, digital product, conformity, liability for defects, impediments to performance.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	i
ABSTRACT.....	ii
KISALTMALAR.....	ix
TABLolar	xii
GİRİŞ	1
I. ARKA PLAN: DİJİTAL İÇERİK VE HİZMETLERİN DOĞUŞU	1
II. TERMİNOLOJİ	2
III. AMAÇ, LİTERATÜR TARAMASI VE ARAŞTIRMA SORUSU	3
IV. ÇALIŞMANIN SINIRLARI.....	6
V. METOT	7

BÖLÜM 1 TEMEL KAVRAMLAR

§ 1. DİJİTAL İÇERİK VE HİZMETLER.....	9
I. TEKNİK BİR KAVRAM OLARAK DİJİTAL İÇERİK VE HİZMETLER	9
II. DİJİTAL İÇERİK VE HİZMETLERİ MAL VE HİZMET AYRIMINDAKİ YERİ.....	10
A. Geleneksel Mal ve Hizmet Ayrımı.....	10
B. Dijital İçerik ve Hizmetlerin Mal ve Hizmet Ayrımındaki Yeri	13
1. Mal ve hizmetlerin özellikleri yönünden	14
2. Dijital içerik ve hizmetlerin satış sözleşmesine konu olması yönünden.....	16
3. Dijital içerik ve hizmetlerin hizmet arzına yönelik tüketici sözleşmesine konu olması yönünden	18
C. Dijital İçerik ve Hizmetlerin Mal veya Hizmet Olarak Kabul Edilemeyeceği.....	19
III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA DİJİTAL İÇERİK VE HİZMETLER	20
A. İngiliz Hukuku.....	20
B. Avrupa Birliği Hukuku	22
C. Alman Hukuku	24
D. İsviçre/Türk Hukuku.....	27
E. Amerikan Hukuku	28

IV. HUKUKİ BİR KAVRAM OLARAK DİJİTAL İÇERİK VE HİZMETLER.....	29
A. Dijital İçerik.....	30
B. Dijital Hizmet.....	31
C. Dijital İçerik ve Hizmetlerin Dijital Unsurlu Mallardan Ayrılması.....	32
§ 2. SÖZLEŞMEYE UYGUNLUK	34
I. SÖZLEŞMEYE UYGUNLUK KAVRAMININ TARİHİ GELİŞİMİ.....	34
A. Sözleşmeye Uygunluk Kavramı.....	34
B. Sözleşmeye Uygunluk Kavramının Tarihî Gelişimi.....	35
1. Roma Hukuku dönemi.....	36
2. Geleneksel ifa engelleri dönemi.....	37
3. Modern ifa engelleri dönemi.....	40
II. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA SÖZLEŞMEYE UYGUNLUK.....	42
A. Viyana Satım Antlaşması (CISG).....	42
B. İngiliz Hukuku.....	45
C. Avrupa Birliği Hukuku.....	47
D. Alman Hukuku.....	49
E. İsviçre/Türk Hukuku.....	51
F. Amerikan Hukuku.....	54
III. SÖZLEŞMEYE UYGUNLUĞUN TANIMI, KAPSAMI VE EDİM TÜRLERİNE UYGULANABİLİRLİĞİ.....	57
A. Sözleşmeye Uygunluğun Tanımı.....	57
B. Sözleşmeye Uygunluğun Kapsamı.....	57
1. Maddi ve hukuki ayıp.....	58
2. Aliud hâli.....	59
3. Eksik ve fazla ifa.....	60
4. İfa yardımı yan yükümlülükler ve koruma yükümlülükleri.....	61
C. Sözleşmeye Uygunluğun Edim Türlerine Uygulanabilirliği.....	62
1. Edim fiili ve edim sonucu bakımından.....	62
2. Konularına göre edimler bakımından.....	63
3. Sürelerine göre edimler bakımından.....	64
IV. SÖZLEŞMEYE UYGUNLUĞUN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	65
A. Garanti Sözleşmesi Görüşü.....	65
B. İfanın Kendisi Olarak Değerlendiren Görüş (Hiç İfa Etmeme).....	67
C. Ayıp ve Zapt Sorumluluklarından Uyarlanabilecek Görüşler.....	68
1. Ayıp sorumluluğuna ilişkin görüşler.....	68
2. Zapt sorumluluğuna ilişkin görüşler.....	70
D. İfanın Bir Parçası Olarak Değerlendiren Görüş (Gereği Gibi İfa Etmeme).....	71

BÖLÜM 2
AVRUPA BİRLİĞİ VE ALMAN HUKUKUNDA
DİJİTAL İÇERİK VE HİZMETLERİN
SÖZLEŞMEYE UYGUNLUĞU

§ 3. DÜZENLEMELERİN UYGULAMA ALANI.....	74
I. DÜZENLEMELERİN KİŞİ BAKIMINDAN UYGULANMASI.....	74
A. Tüketici Sözleşmeleri	74
B. Çift Amaçlı Sözleşmeler	75
C. Tüketicinin Üçüncü Kişilerle Yaptığı Sözleşmeler	76
D. Sağlayıcılar Arasındaki Sözleşmeler	77
II. DÜZENLEMELERİN MADDİ BAKIMINDAN UYGULANMASI.....	77
A. Dijital İçerik ve Hizmetlerin İvaz Karşılığında Temin Edildiği Sözleşmeler	77
B. Sözleşme Tipleri Bakımından	79
C. İhtiyaca Özgü Geliştirilen Dijital İçerik ve Hizmetler.....	81
D. Dijital İçerik ve Hizmetin Taşınmasına Özgülenmiş Maddi Vasıtalar	82
E. Paket Sözleşmeler.....	83
F. Mallarla Birleştirilen Dijital İçerik ve Hizmetler	83
1. Entegre dijital ürünler.....	84
2. Dijital unsurlu mallar.....	85
G. Sektörel İstisnalar	86
III. DÜZENLEMELERİN ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI.....	88
§ 4. DİJİTAL İÇERİK VE HİZMETLERİN SÖZLEŞMEYE UYGUNLUĞU İÇİN ŞARTLAR .	90
I. SÖZLEŞMEYE UYGUNLUĞUN KAPSAMI VE İNCELEME SİSTEMATİĞİ.....	90
II. SÖZLEŞMEYE UYGUNLUĞUN ŞARTLARI.....	91
A. Sübjektif ve Objektif Şartlar	92
1. Sübjektif şartlar	92
a. Özellikleri.....	94
i. Tanımı, nitelikleri ve miktarı	94
ii. İşlevselliği, uyumluluğu ve karşılıklı işlerliği	95
b. Özel kullanım amacı	97
c. Aksesuar, talimat ve müşteri destek hizmetleri	98
d. Güncellemeler.....	99
2. Objektif şartlar	99
a. Mutat kullanım amaçları	101

b. Mutat sayılan ve tüketicinin bekleyebileceği şart ve özellikleri	104
i. Miktarı	107
ii. İşlevselliği ve uyumluluğu	108
iii. Erişilebilirliği, sürekliliği ve güvenliği.....	108
iv. Kamuya açıklanan özellikleri.....	110
v. Aksesuar ve talimatları	112
c. Deneme ve ön izleme sürümleri	112
d. Son sürümü.....	114
e. Güncellemeler.....	115
3. Sübjektif ve objektif şartlar arasındaki ilişki	119
B. Dijital İçerik ve Hizmetin Tüketicinin Dijital Ortamına Entegrasyonu.....	122
C. Hukuki Ayıptan Arılık.....	124
1. Sözleşmeye uygunluğun bir unsuru olarak hukuki ayıptan arılık	124
2. Hukuki ayıp nedeniyle sağlayıcının sorumluluğunun şartları.....	126
a. Dijital içerik ve hizmet üzerinde üçüncü kişinin bir hakkının varlığı.....	126
b. Üçüncü kişinin hakkının ihlâl edilmiş olması	127
c. İhlâl nedeniyle dijital içerik ve hizmetin kullanımının sınırlandırılması ya da engellenmesi	128
III. SÖZLEŞMEYE UYGUNLUĞUN DEĞERLENDİRİLME ZAMANI	130
IV. SORUMLULUĞUN SINIRLANDIRILMASI VEYA KALDIRILMASI.....	130
§ 5. SÖZLEŞMEYE UYGUNLUĞUN BULUNMAMASI	133
I. SÖZLEŞMEYE UYGUNLUĞUN BULUNMAMASININ TESPİTİ.....	133
II. TÜKETİCİNİN SEÇİMLİK HAKLARI.....	134
A. Dijital İçerik ve Hizmetin Sözleşmeye Uygun Hâle Getirilmesi Hakkı (Sonraki İfa).....	135
B. Bedelde İndirim Hakkı ve Sözleşmeyi Sonlandırma Hakkı.....	140
1. Ortak ön şartlar.....	140
2. Bedelde indirim hakkı	143
3. Sözleşmeyi sonlandırma hakkı.....	145
a. Sağlayıcı bakımından doğurduğu sonuçlar	147
b. Tüketici bakımından doğurduğu sonuçlar	151
C. Tazminat Hakkı	153
III. ZAMANAŞIMI VE İSPAT YÜKÜ	155
A. Zamanaşımı.....	155
B. İspat Yüğü.....	156

BÖLÜM 3
TÜRK HUKUKUNDA
DİJİTAL İÇERİK VE HİZMETLERİN
SÖZLEŞMEYE UYGUNLUĞU

§ 6. YÜRÜRLÜKTEKİ HUKUK	160
I. DİJİTAL İÇERİK VE HİZMETLERİN TÜKETİCİ İŞLEMLERİNİN KONUSUNU OLUŞTURMASI	160
A. Dijital İçerik ve Hizmetlerin TKHK’de Mal Olarak Sınıflandırılması	161
B. Dijital İçeriklerle İlgili Tüketiciyi Koruyan Diğer Düzenlemeler	163
II. SÖZLEŞMEYE UYGUNLUĞUN TKHK’DEKİ YERİ.....	164
A. TKHK’deki Ayıplı İfa Düzenlemeleri.....	164
B. Sözleşmeye Uygunluğun TKHK’deki Ayıptan Ari İfayla Özdeşleştirilebileceği.....	165
III. DİJİTAL İÇERİK VE HİZMETLERİN AYIPLI İFASINDAN DOĞAN SORUMLULUK.....	169
A. Ayıp Kavramı ve Çeşitleri	171
B. Ayıptan Doğan Sorumluluğun Şartları	173
1. Ön şart: Dijital içerik veya hizmetin temin edilmiş olması.....	174
2. Dijital içerik veya hizmetin ayıplı olması.....	177
a. Satıcının bildirdiği ve tarafların kararlaştırdığı niteliklerde ayıp (zikir ve vaat edilen vasıf) 177	
b. Dijital içerik veya hizmette objektif olarak bulunması gereken niteliklerde ayıp (lüzumlu vasıf).....	180
c. Montaj veya montaj talimatındaki ayıp.....	184
3. Tüketicinin ayıptan haberdar olmaması.....	185
C. Ayıbın Değerlendirilme Zamanı.....	187
D. Ayıp Hâlinde Tüketicinin Hakları	187
1. Seçimlik haklar	187
a. Sözleşmeden dönme hakkı	189
b. Bedelde indirim hakkı.....	193
c. Ücretsiz onarım hakkı ve ayıpsız benzeriyle değiştirme hakkı	194
i. Ücretsiz onarım hakkı.....	194
ii. Ayıpsız benzeriyle değiştirme hakkı.....	195
iii. Ortak hükümler	196
2. Tazminat talep etme hakkı.....	198
E. Zamanaşımı.....	200
F. İspat Yüğü.....	201

§ 7. OLMASI GEREKEN HUKUK	202
I. DİJİTAL İÇERİK VE HİZMETLERİN MALLARDAN AYRIŞTIRILMASI	202
II. DİJİTAL İÇERİK VE HİZMETLERE ÖZGÜ KURALLARIN TESİSİ	204
A. Ayıp (Sözleşmeye Uygunluk) Kriterleri	204
1. İşlevsellik ve uyumluluk	207
2. Erişilebilirlik, süreklilik ve güvenlik	208
3. Son sürümün sağlanması	209
4. Güncellemelerin sunulması	210
5. Diğer hususlar	210
B. Montaj (Entegrasyon) Yükümlülükleri	211
C. Hukuki Ayıp	212
D. Seçimlik Haklar	213
1. Seçimlik haklar arasındaki hiyerarşi	214
2. Ücretsiz onarım ve ayıpsız benzeriyle değiştirme hakları	214
3. Sözleşmeyi sonlandırma hakkı	216
E. Ayıbın (Sözleşmeye Uygunluğun) Değerlendirilme Zamanı ve Zamanaşımı	218
F. İspat Yükü	219
III. SÖZLEŞMEYE UYGUNLUK KAVRAMININ TERCİH EDİLMESİ	220
IV. ÇÖZÜM ÖNERİLERİNİN TÜRK HUKUKUNA UYARLANMASI	221
A. Kanun Seviyesinde Düzenleme Yapılması	222
B. Dijital İçerik ve Hizmetler İçin Kanun'da Yeni Bir Bölüm Oluşturulması	222
C. Dikkate Alınması Gereken Regülasyon Yöntemleri	224
SONUÇ	225
KAYNAKÇA	232
LİTERATÜR	232
MAHKEME KARARLARI	252
İNTERNET KAYNAKLARI	255

KISALTMALAR

- 1999/44 sayılı Direktif** : Tüketici Mallarının Satışı ve İlişkili Garantilerin Belirli Yönlerine İlişkin 25 Mayıs 1999 tarihli ve 1999/44/EC sayılı Avrupa Birliği Parlamentosu ve Konsey Direktifi (Avrupa Birliği Resmî Gazetesi, L 171, 7.7.1999)
- 2011/83 sayılı Direktif** : 93/13/EEC sayılı Konsey Direktifi ile 1999/44/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifini tadil eden ve 85/577/EEC sayılı Konsey Direktifi ile 97/7/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifini ilga eden Tüketici Haklarına İlişkin 25 Ekim 2011 tarihli ve 2011/83/AB sayılı Avrupa Birliği Parlamentosu ve Konsey Direktifi (Avrupa Birliği Resmî Gazetesi, L 304, 22.11.2011)
- 2019/2161 sayılı Direktif** : Birlik Tüketici Koruma Kurallarının Daha İyi Uygulanması ve Modernizasyonu ile İlgili Olarak 93/13/EEC sayılı Konsey Direktifi ile 98/6/EC, 2005/29/EC ve 2011/83/EU sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktiflerini Değiştiren 27 Kasım 2019 tarihli ve 2019/2161 sayılı Avrupa Birliği Parlamentosu ve Konseyi Direktifi
- 2019/770 sayılı Direktif** : Dijital İçerik ve Hizmetlerin Sağlanmasına Yönelik
veya Sözleşmelerle İlgili Belirli Hususlara Dair 20 Mayıs
Dijital İçerik Direktifi 2019 tarihli ve 2019/770 sayılı Avrupa Birliği Parlamentosu ve Konseyi Direktifi (Avrupa Birliği Resmî Gazetesi, L 136, 22.5.2019)
- 2019/771 sayılı Direktif** : 2017/2394 sayılı Tüzüğü ve 2009/22/EC sayılı Direktifi Değiştiren ve 1999/44/EC sayılı Direktifi İлга

Eden, Mal Satış Sözleşmelerine İlişkin Belirli Hususlar
Hakkında 20 Mayıs 2019 tarihli ve 2019/771 Sayılı
Avrupa Birliği Parlamentosu ve Konseyi Direktifi
(Avrupa Birliği Resmî Gazetesi, L 136, 22.5.2019)

ABAD : Avrupa Birliği Adalet Divanı
(*Court of Justice of the European Union - CJEU*)

ALI : Amerikan Hukuk Enstitüsü
(*American Law Institute*)

BGB : Alman Medeni Kanunu
(*Bürgerliches Gesetzbuch*)

c. : Cümle

CISG : Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler
Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması
(Resmî Gazete: 07.04.2010, 27545)

CRA : 2015 tarihli Tüketici Hakları Kanunu
(*Consumer Rights Act 2015*)

Direktif'i Uygulama Kanunu : Dijital İçerik ve Hizmetlerin Sunumuna İlişkin
Sözleşme Hukukunun Belirli Yönlerine Dair Direktif'i
Uygulama Kanunu (Alman Federal Resmî Gazete:
30.06.2021)

dn. : Dipnot

EULA : Son Kullanıcı Lisans Anlaşması
(*End User License Agreement*)

GVKT : AB Genel Veri Koruma Tüzüğü
(*European Union General Data Protection Regulation*
- *GDPR*)

MSY : Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği

NCCUSL : Yeknesak Eyalet Kanunları Hakkında Millî Komiserler
Konferansı
(*National Conference of Commissioners on Uniform*
State Laws)

OR : İsviçre Borçlar Kanunu
(*Obligationenrecht*)

par. : Paragraf

Rec. : Recital

- Reform Kanunu** : Borçlar Hukukunun Modernizasyonu Hakkında Kanun
(*Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*)
- RG** : Resmî Gazete
- SGA 1979** : 1979 tarihli Mal Satış Kanunu
(*Sale of Goods Act 1979*)
- TBK** : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
(Resmî Gazete: 04.02.2011, 27836)
- TKHK** : 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
(Resmî Gazete: 28.11.2013, 28835)
- TMK** : 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
(Resmî Gazete: 8.12/2001, 24607)
- UCC** : Yeknesak Ticaret Kanunu
(*Uniform Commercial Code*)
- UCITA** : Yeknesak Bilgisayar Bilişim İşlemleri Kanunu
(*Uniform Computer Information Transactions Act*)
- ULIS** : 1964 tarihli Malların Milletlerarası Satımına ilişkin
Yeknesak Hukuk Kuralları Hakkında Antlaşma
(*Uniform Law on the International Sale of Goods*)

TABLÖLAR

Tablo 1: <i>Direktif'teki düzenlemelerin BGB'deki karşılıkları</i>	90
Tablo 2: <i>Ayıplı mallara ilişkin TKHK hükümleriyle 99/44 sayılı Direktif hükümlerinin karşılaştırılması</i>	166



GİRİŞ

I. ARKA PLAN: DİJİTAL İÇERİK VE HİZMETLERİN DOĞUŞU

1962 yılında John F. Kennedy'nin Amerikan senatosunda yaptığı konuşma, tüketiciyi koruma düşüncesinin tarihindeki önemli olaylardan biri olarak kabul edilebilir. Başkan'ın "hepimiz tüketiciyiz" dediği bu konuşma¹, sivil toplum örgütlerinin başlattığı tüketici hareketinin (*consumerism*) hukuk dünyasına yansıyan en önemli başarılarından biri olarak tarihe geçmiştir. Zira konuşmanın ardından Amerikalı tüketiciler, dört temel hak üzerinden hukuken ilk kez korunmaya başlamıştır².

Konuşmanın üzerinden geçen yaklaşık altmış yıllık sürede bilişim ve teknoloji dünyasındaki gelişmeler, tüketici hukukunun baş rollerini paylaşan tüketiciler ile sağlayıcılar arasındaki akdi ilişkilerin konusunu da dönüştürmüştür. Yani *Tocqueville*'nin "Mutluluk; nesneler, göstergeler ve konfor aracılığıyla ölçülebilir refaktır." sözündeki³ nesne ve göstergeler, zamana bağlı olarak değişmiştir. 1960'larda göstergelerde; ev tipi buzdolabı, klimalı otomobil, televizyon, lego ve özel basım kitaplar yer alırken; 2020'lerin tüketicilerinin refah kaynağını robot süpürgeler, otonom araçlar, dijital video platformları, bilgisayar oyunları ve elektronik yayınlar oluşturmaya başlamıştır. Özetle bu dönüşüm, tüketilenler bakımından mal ve hizmetlerin yanına dijital içerik ve hizmetler ile dijital unsurlu malların eklenmesi sonucunu doğurmuştur⁴.

¹ Kennedy, 1962.

² Sonraları "Consumer Bill of Rights" olarak anılan bu düzenlemeye göre tüketicilerin, güvenlik, bilgilendirme, seçme ve dinlenme hakları bulunuyordu. **Akipek Öcal/Kara**, 2021, s. 17. Avrupa'daki tüketiciyi koruma düşüncesi ise Amerika'daki gelişmelerin ardından 1970'li yıllarda oluşmaya başlamıştır. **Tonner/Fangerow**, 2012, s. 68.

³ **Baudrillard**, 2013, s. 48.

⁴ **Twigg-Flesner**, 2016, s. 4-5; **Howells**, 2020, par. 20, 145; **Eggen**, 2021, s. 470. Dijital Tüketici Trendleri 2021 Türkiye raporuna göre araştırmaya katılanların %36'sı dijital müzik, %26'sı dijital dosya saklama, %24'ü ise bilgisayar oyun hizmetlerine abonedir. Katılımcılardan %66'sı bir akıllı TV, %25'i ise bir robot süpürge sahibidir veya bunlara erişebilmektedir. Deloitte, *Dijital Tüketici Trendleri 2021 Türkiye*, <https://www2.deloitte.com/t/t/pages/consumer-business/articles/dijital-tuketici-trendleri-2021.html> (18.09.2023 tarihinde erişildi) s. 13, 29, 30.

Tüketici sözleşmelerinin konusundaki dönüşümle eş zamanlı olarak hukuk da devinimini sürdürmüştür. Öyle ki dönüşümle birlikte dijital içerik ve hizmetlerin ayıplı çıkması, ifanın eksik ya da yanlış şekilde yerine getirilmesi, ifaya yardımcı yan yükümlülüklerin ihlâli gibi durumlar hukukun radarına girmiştir. Örneğin; tüketicinin cihazına yüklediği bir kelime işlemci yazılımın bilgisayar dünyasında mutad olarak kabul edilen (.rtf ya da .doc) dosya formatlarını çalıştırmaması veya bu yazılımın virüs içermesi ya da üçüncü kişilerin yazılım üzerinde kullanımı sınırlayan telif hakkının bulunması durumlarında tam ve doğru bir ifadan söz edilemez. Yine bir elektronik kitabın sayfalarının eksik çıkması, sözleşmeyle kararlaştırılan fotoğraf işleme yazılımı (ör. *Adobe Photoshop*) yerine video işleme yazılımının (ör. *Adobe Premiere*) temin edilmesi veya indirilen bir dijital hizmetin kurulum dosyalarının çalışmaması durumlarında da tam ve doğru bir ifa bulunmaz. Bu çalışma, anılan örneklerde olduğu gibi dijital içerik ve hizmetlerin sözleşmeye uygun olarak tam ve doğru şekilde temin edilmesi meselesine eğilmektedir.

II. TERMINOLOJİ

Çalışma, dijital içerik ve hizmetler ile sözleşmeye uygunluk terimleri üzerine kuruludur. 2019/770 sayılı Dijital İçerik Direktifi'yle birlikte dijital içerik (*digital content*) ve dijital hizmet (*digital service*) terimleri AB Hukukunda yerleşik hâle gelmiştir. Dijital içerik ve hizmetlerin 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'daki karşılığı olarak mal tanımı içinde yer alan “*elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi mallar*” ifadelerine başvurulmaktadır. Ne var ki çalışmada bu uzun ifade yerine dijital içerik ve dijital hizmet kavramları tercih edilmiş, her ikisini kapsayan durumlar açısından BGB § 327. vd. hükümlerinde de çatı bir kavram olarak kullanılan dijital ürün (*digitale produkte*) teriminden faydalanılmıştır.

İfanın konusuyla ilişkili tüm hususlarda tam ve doğru bir ifayı gerçekleştirme yükümlülüğü, modern ifa engelleri perspektifinden sözleşmeye uygunluk (*conformity, Vertragsmäßigkeit*) olarak isimlendirilmiştir. Bu yükümlülüklerin ihlâli hâlinde sözleşmeye uygunluğun bulunmamasından veya uygunluk eksikliğinden (*lack of conformity, Vertragswidrigkeit*⁵) bahsedilir. Türk Hukuku, CISG'a taraf olunmasıyla birlikte taşınır mal satış hukukunun bir

⁵ *Vertragswidrigkeit*, sözleşmeye aykırılık anlamına gelmekle birlikte bu terim, 2019/770 sayılı Dijital İçerik Direktifi'nin resmî Almanca çevirisinde *lack of conformity* ifadesinin karşılığı olarak kullanılmıştır. Bu nedenle sözleşmeye uygunluğun bulunmaması durumunun Almanca karşılığı olarak *Vertragswidrigkeit* ifadesine yer verilmiştir.

parçası kılınan bu kavrama yabancı değildir. Ancak AB'nin tüketiciyi koruyan regülasyonlarında da bulunan sözleşmeye uygunluk kavramına, bu düzenlemelerin etkisi altında hazırlanmasına rağmen TKHK'de yer verilmemiştir. Sözleşmeye uygunluk, Türk Hukukundaki ayıptan ari ifa mefhumuyla özdeşleştirilebilir. Bununla birlikte ifa engelleri yönünden daha kapsayıcı olması itibariyle çalışmada ayıptan ari ifaya değil, sözleşmeye uygunluk kavramına başvurulmuştur.

III. AMAÇ, LİTERATÜR TARAMASI VE ARAŞTIRMA SORUSU

Çalışmanın temel amacı, dijital içerik ve hizmetlerin konu edildiği tüketici sözleşmelerinde, sözleşmeye uygunluğun bulunmaması hâlinde, Türk Hukukundaki mal ve hizmet ayırımına dayanan kuralların tüketici menfaatlerini korumada kâfi olup olmadığının tespitidir. Yani Newton dünyasının ürünlerine (mal ve hizmetler) göre oluşturulmuş hukuk kurallarının, bilişim dünyasının ürünlerine (dijital içerik ve hizmetlere) uygulanması hâlinde tüketici ile sağlayıcılar arasındaki adil menfaat dengesi korunabilir mi? Bu soruya olumsuz bir cevap verilmesi hâlinde, dijital içerik ve hizmetlere özgü kuralların ihdas edilmesi ihtiyacı doğacaktır.

Dijital içerik ve hizmetlerin, mal ve hizmetler ayırımında sınıflandırılmasına ilişkin tartışmaların miladı, 1980'li yıllara rastlar⁶. Tartışmalar neticesinde yukarıdaki soruya “hayır” cevabı veren İngiltere’de 2015 yılında Tüketici Hakları Kanunu⁷; AB’de 2019 yılında Dijital İçerik Direktifi kabul edilerek dijital içerik ve hizmetlere özgü düzenlemeler yapılmıştır. Almanya da bu Direktif’i 2021 yılında kabul ettiği kanunla iç hukuka aktarmıştır. Türk Hukukunda ise mesele, mal ve hizmet ayırımına dayanan kurallar üzerinden çözülmeye çalışılmıştır. Öyle ki dijital içerik ve hizmetlerin TKHK’de “*elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi mallar*” tanımı kapsamında değerlendirilmesi itibariyle bunlar mal olarak sınıflandırılmıştır (m. 3/h). Ancak TKHK’nin kabulünün üzerinden geçen süre içinde dijital içerik ve hizmetlerin yaygınlaşması nedeniyle mesele, yeniden incelenmeyi hak etmektedir.

Çalışmada, AB ve Alman Hukukunun sözleşmeye uygunluk bakımından dijital içerik ve hizmetlere özgü düzenlemeleri mercek altına alınarak Türk Hukukunda nasıl bir çözüm

⁶ Hayward, 2016, s. 442-443.

⁷ Consumer Rights Act 2015, c. 15. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/15> (18.09.2023 tarihinde erişildi).

üretilmesi gerektiği hususu üzerine yoğunlaşmaktadır. Başka bir anlatımla, meselenin yürürlükteki kurallar üzerinden mi, yoksa tıpkı AB ve Almanya’da olduğu gibi bu konuya özgü bir düzenleme yapılarak mı çözülmesi gerektiği araştırılmaktadır.

Literatürde dijital içerik ve hizmetlere ilişkin eserler bulunmakla birlikte doğrudan bu araştırma amacına odaklanan bir çalışmaya rastlanmamıştır. Bu kapsamda çalışmanın, Türk Hukuku bakımından en azından belirlenen amaca ilişkin tartışmaları başlatması yönünden bir katkı sağlayabileceği düşünülmektedir. Ayrıca çalışmada, AB’nin tüketicinin korunmasına ilişkin müktesebatına uyum hedefleri kapsamında gündeme gelebilecek bir regülasyon çalışmasına faydalı olması da amaçlanmıştır.

İfade edilenler kapsamında cevabı aranan temel araştırma sorusu şudur:

Türk tüketici hukukundaki mal ve hizmet ayrımına dayanan kurallar, dijital içerik ve hizmetlerin sözleşmeye uygunluğunun değerlendirilmesinde tüketici menfaatlerinin korunması için yeterli midir? Şayet yetersizse, Avrupa Birliği ve Almanya örneklerinden hareketle Türk Hukukunda nasıl bir reform gerçekleştirilmelidir?

Temel araştırma sorusunun kapsamlı ve sistematik bir şekilde cevaplanması için öncelikle aşağıdaki alt sorulara cevap verilmelidir:

1. Dijital içerik ve hizmetler, geleneksel mal ve hizmet ayrımında nereye konumlandırılabilir?
2. Modern bir borçlar hukuku kavramı olan sözleşmeye uygunluk nedir ve hangi ifa engellerini kapsar?
3. AB ve Alman Hukukunda dijital içerik ve hizmetlerin sözleşmeye uygunluğu için öngörülen şartlar ile uygunsuzluk hâlinde tüketicinin seçimlik hakları nelerdir?
4. Türk Hukukunda (*de lege lata*), dijital içerik ve hizmetlerin sözleşmeye uygunluğunun değerlendirilmesine esas alınan kurallar bakımından bir reforma ihtiyaç var mıdır?
5. İhtiyaç varsa, olması gereken hukuk bakımından (*de lege ferenda*) nasıl bir reform gerçekleştirilmelidir?

Anılan soruları cevaplamak amacıyla çalışma üç bölüme ayrılmıştır. İlk bölüm, dijital içerik ve hizmetler ile sözleşmeye uygunluktan oluşan kavramsal çerçevenin açıklanmasına özgülenmiştir. (§1) Bu bölümde ilk olarak kavramsal perspektiften dijital içerik ve hizmetlerin mal ve hizmetlerden ayrı, *sui generis* bir kategoride değerlendirilip değerlendirilemeyeceği problemi incelenmiştir. Sonrasında belirlenen hukuk sistemlerindeki dijital içerik ve hizmetlere özgü kurallar ele alınmış ve bu düzenlemeler doğrultusunda dijital içerik ve hizmet kavramları açıklanmıştır. (§2) Bölümün ikinci başlığında, ifa engellerinin yeknesaklaştırılması çalışmaları neticesinde doğmuş olan sözleşmeye uygunluk kavramı irdelenmiştir. Çatı bir kavram olması itibarıyla bu kısımda özellikle sözleşmeye uygunluğun hangi ifa engellerini kapsadığı ile hukuki niteliğine ilişkin görüşlere yer verilmiş ve değerlendirmelerde bulunulmuştur.

İkinci bölümde, dijital içerik ve hizmetlerin sözleşmeye uygunluğuna ilişkin AB ve Alman Hukukundaki düzenlemelere mercek tutulmuştur. (§3) Bu çerçevede öncelikle düzenlemelerin uygulama alanı açıklanmış ve ardından (§4) sözleşmeye uygunluk için aranan sübjektif ve objektif şartlar ile dijital içerik ve hizmetin tüketicinin dijital ortamına entegrasyonu ve hukuki ayıptan arılığa ilişkin şartlar incelenmiştir. (§5) Son olarak bu bölümde sözleşmeye uygunluğun bulunmaması durumunda tüketicinin seçimlik haklarına yer verilmiştir. Böylelikle Türk Hukukundaki muhtemel bir düzenleme için detaylı bir model sunulmaya çalışılmıştır.

Çalışmanın esasını teşkil eden üçüncü ve son bölüm ise Türk Hukukunda dijital içerik ve hizmetlerin sözleşmeye uygunluğunun, yürürlükteki hukuk ile olması gereken hukuk yönlerinden incelenmesine ayrılmıştır. (§6) İlk olarak yürürlükteki hukuka göre dijital içerik ve hizmetlerin konu edildiği tüketici işlemlerine hangi hükümlerin uygulanacağı açıklanmış ve ardından sözleşmeye uygunluk kavramının TKHK'deki karşılığı tespit edilmiştir. Ayrıca TKHK'nin ayıplı mallara ilişkin hükümleri uyarınca dijital içerik ve hizmetlerde ayıptan doğan sorumluluğun şartları ve ayıp hâlinde tüketicinin haklarına yer verilmiştir. (§7) Araştırma sorusunun cevaplandığı son başlıkta ise dijital içerik ve hizmetlere dair Türk Hukukundaki reform ihtiyacı tespit edilerek müstakbel bir düzenlemede göz önünde tutulması gereken meseleler değerlendirilmiştir.

IV. ÇALIŞMANIN SINIRLARI

Çalışma; incelenen kavramlar, temas edilen hukuk dalları ve karşılaştırılan hukuk sistemleri bakımından çeşitli sınırlamalara tabi tutulmuştur. İlk olarak çalışma, dijital içerik ve hizmetler ile sözleşmeye uygunluk kavramlarıyla sınırlandırılmış; diğer kavram ve kurumlara ise ancak bunlarla ilişkili olduğu ölçüde yer verilmiştir. Bu kapsamda, dijital unsurlu mallar ile ayıp ve zapt sorumluluğu gibi çeşitli müesseselere değinilmiştir.

İkinci olarak çalışmada yalnızca sözleşme hukukuna temas edilmekte, dijital içerik ve hizmetleri ilgilendiren fikri mülkiyet, vergi ve rekabet gibi diğer hukuk dalları ise kapsam dışında tutulmaktadır. Ayrıca sözleşme ilişkilerinden yalnızca tüketici işlemlerine odaklanılmakta; sağlayıcıların kendi aralarındaki akdi ilişkiler ise dışarıda bırakılmaktadır. Sözleşme dışı sorumluluk hukukunun kapsamında yer alan ürün sorumluluğu meselesi de çalışmadan hariç tutulmuştur⁸.

Sözleşme hukuku perspektifinden dijital içerik ve hizmetlerin konu edildiği tüketici işlemleri; sözleşmenin geçersizliği, hasar ve yararın geçişi ve genel işlem şartları gibi birçok problem içermekle birlikte çalışmada yalnızca sözleşmeye uygunluk durumuna odaklanılmaktadır. Bir çatı kavram olan sözleşmeye uygunluk; maddi ayıp ve hukuki ayıptan arılık ile aliud, eksik ifa ve ifaya yardımcı yan yükümlülüklerin ihlâlini kapsar. Dolayısıyla temerrüt ve hiç ifa etmeme gibi bu çatıda bulunmayan diğer ifa engelleri çalışmanın sınırlarına dâhil değildir.

Çalışma, karşılaştırmalı hukuk açısından genel olarak Avrupa Birliği ve Alman Hukukuyla sınırlandırılmıştır. AB Hukuku, diğer birçok alanda olduğu gibi tüketici hukuku bağlamında da Türk Hukukunu etkilemeye devam etmektedir. Bu kapsamda bir tüketici hukuku düzenlemesi olan Dijital İçerik Direktifi'nin iç hukuka aktarılması muhtemeldir. Aktarımın nasıl yapılacağı konusunda, somut bir örnek sunmak adına üye ülkelerden birinin hukukunu incelemek gerekir. Bunun için özel hukuk ilişkileri yönünden Türk hukuk öğretisini etkileyen Alman Hukukunun model alınması mümkündür. Öyle ki Dijital İçerik Direktifi, azami uyumlulaştırma ilkesini⁹ kabul etmesi nedeniyle sistematik ve terminolojik açıdan

⁸ Ürün sorumluluğunun hukuki niteliği hakkında bkz. **Kırca**, 2007, s. 60; **Aydos**, 2009, s. 95.

⁹ Azami uyum (*maximum harmonisation*), üye devletlerin direktifte belirlenen tüm standartlara uygun kurallar oluşturması gerektiğini ve yalnızca direktifte müsaade edilen hususlarda münferit düzenleme yapabileceklerini ifade eder. Bkz. EUR-Lex, *Article 288 of the Treaty on the Functioning of the European Union – directives*, <https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/european-union-directives.html> (18.09.2023 tarihinde erişildi).

neredeyse birebir şekilde BGB'ye dercedilmiştir. Öte yandan sözleşmeye uygunluk konsepti bakımından hem AB hem de Alman Hukukunu etkileyen Viyana Satım Antlaşması (CISG) da ele alınan hukuk enstrümanlarından biridir.

Dijital içerik ve hizmetler, AB ve Alman Hukukunda bir sözleşme tipine hasredilmeyecek şekilde düzenlenmiştir. Başka bir anlatımla dijital içerik ve hizmetler, teorik olarak her sözleşme tipine konu edilebilir. Ancak çalışmada sözleşme tiplerine özgü durumlar incelenmeksizin yalnızca genel hükümler üzerinden değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Karşılaştırma yapmak için neden İsviçre Hukukunun tercih edilmediği düşünülebilir. İsviçre'de ne dijital içerik ve hizmetlere ne de tüketicinin korunmasına ilişkin genel nitelikli bir regülasyona rastlanmaktadır. Bu hukuk sisteminde ifa engelleri, Türk Hukukundaki gibi hâlen Roma Hukukundan kalma çoklu ayrımlara tabi tutulmaktadır. Sözleşmeye uygunluk ise modern anlayışın gelişmesiyle ortaya çıkmış bir kavramdır. Anılan sebeplerle İsviçre Hukukuna, yalnızca ilk bölümde değinilmiş; bu hukuk sistemi, dijital içerik ve hizmetlerde sözleşmeye uygunluk kriterlerine ilişkin ikinci bölümde yapılan karşılaştırmaya esas alınmamıştır.

Çalışmada İngiliz ve Amerikan Hukukuna da yalnızca ilk bölümde yer verilmiştir. Bu hukuk sistemlerinin dijital içerik ve hizmetlerde sözleşmeye uygunluk yönünden incelenmemesinin ortak sebebi, her ikisinin de Anglo-Sakson hukuk geleneğine (*common law*) tabi olması nedeniyle Türk Hukuku için model alınamamasıdır. İngiliz Hukukunda dijital içerik ve hizmetlere ilişkin özel bir kanun bulunmakla birlikte AB ve Alman Hukukundaki düzenlemeler, bu kanundan daha yeni ve ilerici mahiyettedir. Amerikan Hukukunda ise dijital içerik ve hizmetlere yönelik bir regülasyon çalışması başlatılmış ancak bu çalışma, federal düzeyde yürürlüğe konulamamıştır. Ne var ki sözleşmeye uygunluk kavramı ile dijital içerik ve hizmetlerin karşılığının tespit edilmesi amacıyla bu hukuk sistemlerinin, kavramsal çerçeveye özgülünen ilk bölümde yer almasında fayda görülmüştür.

V. METOT

Çalışma temel olarak *doktrinel metot* üzerine kurulmuştur. Doktrinel araştırma, uygulanabilir hukuk kurallarının, seçilmiş literatürün ve içtihatların eleştirel analizini içerir. Bu doğrultuda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 2019/770 sayılı Dijital İçerik Direktifi, BGB § 327 ila § 327u hükümleri

ile Viyana Satım Antlaşması'nın (CISG) ilgili hükümleri derinlemesine analiz edilmektedir. Ayrıca belirtilen sınırlar dahilinde, Yargıtay, Bölge Adliye Mahkemesi ve Avrupa Birliği Adalet Divanı (CJEU) ile İsviçre, Alman, İngiliz ve Amerikan mahkemelerinin kararları sistematize edilmiştir.



BÖLÜM 1

TEMEL KAVRAMLAR

§ 1. DİJİTAL İÇERİK VE HİZMETLER

I. TEKNİK BİR KAVRAM OLARAK DİJİTAL İÇERİK VE HİZMETLER

Teknik bakış açısıyla dijital içerik ve hizmetler (dijital ürünler), sıfır ve birlerden, yani bilgisayar diliyle bitlerden (*byte*) oluşmaktadır¹⁰. Söz konusu ürünler, bilgisayar, e-okuyucu, akıllı telefon ve benzeri elektronik bir cihazda kullanılmak üzere tüketiciye sunulur¹¹. Bunların temininde CD/DVD ve USB disk gibi maddi vasıtalarından faydalandığı gibi internet, e-posta, FTP (*file transfer protocol*) gibi çevrimiçi veri aktarım protokollerine de başvurulabilir. Söz konusu özelliklerinden hareketle dijital ürünler, bilgisayar ve benzeri elektronik cihazlarda kullanılmak üzere tasarlanmış, bitlerden oluşan bilgi akışı olarak tanımlanabilir.

Dijital ürünlerin mal ve hizmetlerden ayrıştırılmasında, bunların (i) gayri maddi mahiyetleri, (ii) sıfır ve bir şeklinde dizilen kodlardan oluşması ve (iii) erişim imkân ve maliyetlerinden faydalanılabilir. (i) İlk olarak malların aksine dijital ürünlerin elle tutulur bir maddi varlığı yoktur. Gayri maddi mahiyetteki dijital ürünlerden ancak uygun maddi vasıtalar aracılığıyla yararlanılabilir. Örneğin e-Pub (*electronic publication*) formatındaki bir elektronik kitap dosyasından ancak bu formatı okuma maharetine sahip bir donanımla çalıştırılabilir. Benzer

¹⁰ Lenda, dijital ürünleri, yapılan sözleşme uyarınca alıcının teknik cihazına kabul ettiği bitler olarak tanımlamıştır. **Lenda**, 2001, s. 63. **Bradgate**, dijital ürünleri, bir bilgisayar tarafından okunabilen ve bilgisayara talimatlar verebilecek şekilde sıfır ve birlerden oluşan ürünler olarak tanımlamıştır. **Bradgate**, 2010, s. 7. Ayrıca bkz. **Ryan/Anastasiou/Cleary**, 2009, s. 13.

¹¹ Yani dijital ürünler, bir elektronik cihaz üzerinden görüntülenebilir. **Kuzborska**, 2005, s. 31; **Ryan/Anastasiou/Cleary**, 2009, s. 12.

şekilde bir bilgisayar oyunu için de onu çalıştırmaya elverişli bir bilgisayarın bulunması şarttır.

(ii) Gayri maddi mahiyete sahip dijital ürünleri, yine gayri maddi mahiyetteki hizmetlerden ayıran özelliği ise dijital kod parçacıklarından oluşmasıdır¹². MP3 formatlı bir dijital müzik dosyası da *Spotify* gibi kullanıcılarına abonelik usulüyle müzik yayını sunan bir dijital hizmet de çeşitli program dillerinde yazılmış kodlardan oluşmaktadır. Bu nedenle dijital ürünler, aşınma ve yıpranmaya tabi değildir¹³.

(iii) Erişim hızı, erişilen içerik miktarı ve bu ikisiyle bağlantılı olarak işlem maliyetleri de dijital ürünleri, analog dünyanın ürünleri olan mal ve hizmetlerden ayırmaktadır¹⁴. Mesela tüketicinin bir sinema filmine erişmesi için fiziken gösterimin yapıldığı salona gitmek için harcadığı zamanla, *Netflix* ve benzeri bir dijital mecra üzerinden bir film için gereken zaman mukayese edilemez. Sinema salonları, tüketicilere yalnızca vizyondaki filmleri sunabilirken dijital mecralar, aynı anda binlerce içeriği tüketicilerin kullanımına hazır bulundurabilir. Bunlarla bağlantılı olarak dijital mecralar üzerinden yayın yapmak, bir sinema salonunun işletilmesinden doğan aracılık ücretleri gibi bedelleri içermemesi sebebiyle işlem maliyeti yönünden de analog dünyaya göre daha avantajlıdır¹⁵.

II. DİJİTAL İÇERİK VE HİZMETLERİ MAL VE HİZMET AYRIMINDAKİ YERİ

A. Geleneksel Mal ve Hizmet Ayrımı

Mal ve hizmetler arasındaki ayrım, hukuk normlarının konusunu oluşturmaya başlamadan önce iktisat biliminde ortaya çıkmıştır¹⁶. Örneğin *Adam Smith*, mal ve hizmetler arasındaki ayrıma vurgu yaparak malları değiş tokuş edilebilen ve mülkiyet kurulabilen bir değer olarak

¹² Kuzborska, 2005, s. 32.

¹³ Ryan/Anastasiou/Cleary, 2009, s. 13. “*Digital content is not subject to wear and tear*”. European Commission, *Digital Contracts for Europe - Question & Answer (Memo)*, 09.12.2015, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_15_6265 (18.09.2023 tarihinde erişildi). Öte yandan dijital ürünleri çalıştıran işletim sistemleri güncellendikçe arayüz, veri tabanı yapısı, kullanıcı deneyimi ve benzeri hususlar bakımından kanaatimizce dijital ürünlerin de “eskimesi” mümkündür.

¹⁴ Micklitz/Oehler, 2006, par. 30; Ryan/Anastasiou/Cleary, 2009, s. 13.

¹⁵ İnternet; katalog ve telefon rehberleri gibi analog araçların aksine, daha çok bilgiye, daha kısa süre içinde, tahmin edilemeyecek kadar düşük maliyetlerle erişim sağlamayı mümkün kılmıştır. Micklitz/Oehler, 2006, par. 30.

¹⁶ Kuzborska, 2005, s. 27; Eggen, 2021, s. 472.

tanımlamış ve bunları hizmetlerden ayırmıştır¹⁷. 18. yüzyıldan bu yana ekonomide yaygın şekilde kullanılan bu ayırım, 20. yüzyıl sonrasında hukuk dünyasına aktarılmış ve özellikle tüketici, fikri mülkiyet ve vergi hukuku düzenlemelerine konu olmuştur.

Hemen her malda bulunan bazı belirgin özelliklerden bahsedilebilir. Bir malın en belirgin özelliği, maddi varlığının olması, yani dokunulabilir ve hissedilebilir olmasıdır¹⁸. Fizikî varlıklarının olması nedeniyle mallar saklanabilir¹⁹ ve tabii olarak üzerlerinde mülkiyet hakkı tesis edilebilir²⁰. Mülkiyet hakkına konu edilebilmesinden dolayı mallar değiş tokuş edilebilir durumdadır²¹. Ayrıca mallar, kopyalanarak yeniden üretilebilir; dolayısıyla standardize edilmeye müsaittir²².

Malların aksine, hizmetlerin üzerinde ittifak edilen bir tanımı yoktur. *Moeller*, hizmetlerin ortak özellikleri olarak gayri maddiliği, heterojenliği, ayrılmazlığı ve saklanamaması ya da bozulabilirliği saymaktadır²³. Tüketici hukuku bakımından hizmetlerin ayırt edici özelliğinin gayri maddilik olduğu iddia edilebilir²⁴. Bu özelliğinden hareketle hizmetlere dokunulamaz ve hissedilemez, hizmetler fizikî olarak saklanamaz²⁵, genellikle hemen tüketilir²⁶ ve mülkiyetin devri işlemine tabi tutulamaz²⁷. Maddilik ve gayri maddiliğin birbirine zıt kavramlar olmasından hareketle genel yaklaşım, mal sayılmayan şeylerin hizmet olarak kabul edilmesi yönündedir.

¹⁷ **Hojnik**, 2016, s. 64'ten naklen; **Eggen**, 2021, s. 472.

¹⁸ **Kuzborska**, 2005, s. 30.

¹⁹ **Gezder**, 2016, s. 1130.

²⁰ **Kuzborska**, 2005, s. 28.

²¹ **Hill**, 1977, s. 317.

²² **Kuzborska**, 2005, s. 30; **Gezder**, 2016, s. 1129.

²³ Söz konusu özellikler, *IHIP* olarak kısaltılmıştır: “intangibility, heterogeneity, inseparability, perishability”. **Moeller**, 2010, s. 362.

²⁴ **Kuzborska**, 2005, s. 31; **Green/Saidov**, 2007, s. 169; **Eggen**, 2021, s. 472.

²⁵ Malların aksine hizmetler, genellikle saklanamaz ve stoklanamaz. **Gezder**, 2016, s. 1130. Ancak bazı durumlarda fiziken olmasa da hizmetler de saklanabilir. Örneğin bir TV ya da radyo programının daha sonra izlenmek/dinlenmek üzere dijital ortamda kaydedilerek saklanması mümkündür. **Kuzborska**, 2005, s. 30.

²⁶ **Hill**, 1977, s. 319; **Kuzborska**, 2005, s. 31.

²⁷ **Hill**, 1977, s. 318; **Ozanoğlu**, 2001, s. 86, dn. 99; **Green/Saidov**, 2007, s. 169.

Tüketici hukuku düzenlemeleri bakımından hem Türk Hukukunda²⁸ hem de AB Hukukunda²⁹ mal ve hizmetler, tabi oldukları hükümler açısından birbirinden ayrılmıştır. Hukuken mal ve hizmetler arasında yapılan kesin ayrımlar, eleştirileri de beraberinde getirmektedir. Eleştirilerin temelinde, mal ve hizmetlerin günümüz dünyasında iç içe geçerek karmaşık bir yapı oluşturduğu düşüncesi yatmaktadır³⁰. Üreticiler ve sağlayıcılar mal ve hizmetleri hibrit yapıda birleştirerek daha çok gelir elde etmeyi amaçlamaktadır. Yani malların yanında tüketicilere çeşitli hizmetler de sunulabilmektedir³¹. Örneğin Apple tarafından üretilen *iPad* ve *iPhone* gibi cihazlar, mal mahiyetindedir. Ancak Apple, gelirlerini artırmak amacıyla bu ürünlerin içine gömülü olarak gelen *iTunes* yazılımıyla dijital müzik hizmeti de sunmaktadır³².

Mal ve hizmet ayırımına ilişkin Avrupa Birliği'nde de çeşitli eleştirilere rastlamak mümkündür³³. Mesela bir gazetenin Londra'dan Frankfurt'a posta veya belgegeçer yoluyla gönderilmesi arasında hukuki sonuç açısından önemli bir farklılığın olmaması gerektiği savunulmuştur³⁴. Başka bir anlatımla, yalnızca nakil vasıtasındaki değişiklik, hukuken ciddi bir farka yol açmamalıdır. Kanaatimizce de isabetli olan bu eleştiriler nedeniyle, tüketici sözleşmelerine konu şeyler, sınırlı bir sayımla mal ya da hizmet olarak belirlenemez. Özellikle dijital ürünler bakımından bu ayırımın fonksiyonelliğini kaybettiği iddia edilebilir³⁵.

²⁸ Türk Hukukunda ayırım, temelini 4077 sayılı mülga Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'dan almaktadır.

²⁹ AB'deki ayırımı ise AB Hukukundaki dört temel serbesti içinde değerlendirilen malların serbest dolaşımı ve hizmetlerin serbest dolaşımı başlıkları belirlemektedir. **Erler**, 2019, s. 58.

³⁰ **Hojnik**, 2016, s. 66; **Eggen**, 2021, s. 472. “*Hangi durumda mal sağlama, hangi durumda hizmet sunumunun söz konusu olduğunu kesin hatlarıyla*” ifade etmek mümkün değildir. **Akipek Öcal**, 2016, Milli Şerh: m. 3, s. 45.

³¹ **Ozanoğlu**, 2001, s. 87; **Tiryaki**, 2007, s. 43; **Bradgate**, 2010, par. 122; **Hojnik**, 2016, s. 66.

³² The Interaction Design Foundation, *Product-Service Hybrids – When Products and Services Become One*, <https://www.interaction-design.org/literature/article/product-service-hybrids-when-products-and-services-become-one> (18.09.2023 tarihinde erişildi). Sözleşmenin konusunu; mal, hizmet ve dijital içeriklerin birlikte oluşturması da mümkündür. **Twigg-Flesner**, 2016, s. 8; **Weber**, 2017, s. 1802.

³³ 1980 yılında *Hunnings*'in *ABAD*'ın *Debauve* ve *Coditel* davalarına ilişkin yorumları, eleştirilerin başlangıcı kabul edilir. **Hojnik**, 2016, s. 67.

³⁴ **Hojnik**, 2016, s. 67.

³⁵ **Eggen**, 2021, s. 471.

B. Dijital İçerik ve Hizmetlerin Mal ve Hizmet Ayrımındaki Yeri

Dijital içerik ve hizmetlerin mal ve hizmet ayrımındaki konumunun tespiti; tüketici, fikri mülkiyet ve vergi hukuku başta olmak üzere çeşitli hukuk dalları bakımından önem arz eder³⁶. Öyle ki tüketici işlemine konu şeyin mal mı yoksa hizmet mi olduğu, tüketiciye tanınan hakları ve bunların kullanılma usullerini değiştirmektedir. Fikri mülkiyet hukuku bakımından, tükenme ilkesinin dijital ürünlere uygulanmasının kabulü hâlinde, bir mülkiyetin devri işlemi yapıldığından, dijital ürünler dolaylı olarak mal statüsü kazanmış olur³⁷. Dijital ürünlerin mal ve hizmet ayrımındaki konumu, vergi hukukunda da çeşitli sonuçlar doğurur³⁸. Örneğin elektronik bir kitabın, mal olarak kabulü hâlinde uygulanacak vergi oranıyla, hizmet olarak değerlendirilmesi hâlindeki vergi oranı birbirinden farklıdır. O hâlde dijital ürünlerin bir mal mı yoksa hizmet mi olduğuna dair probleme eğilmek gerekir³⁹.

Tüketici hukuku açısından dijital içerik ve hizmetlerin mal-hizmet ayrımında nerede yer aldığıın tespiti için (i) mal ve hizmetlerin özellikleri, (ii) dijital içerik ve hizmetlerin satış sözleşmesine ve mülkiyetin devrine konu olması, (iii) dijital içerik ve hizmetlerin hizmet arzına yönelik tüketici sözleşmesine konu olması şeklindeki üç farklı kıstastan hareket edilebilir⁴⁰.

³⁶ **Kuzborska**, 2005, s. 26; **Hojnik**, 2016, s. 63. Milletlerarası özel hukuk kurallarının uygulanması bakımından da ortaya çıkan ilk problem, dijital ürünlerin mal ve hizmet ayrımında nasıl sınıflandırılacağına ilişkindir. **Lenda**, 2001, s. 63.

³⁷ **Hojnik**, 2016, s. 74. Tükenme ilkesi, hak sahibi tarafından fikri hakka tabi bir materyalin mülkiyetinin ilk kez devredilmesinin ardından sonraki aktarımlara hak sahibinin müdahale edip edemeyeceğiyle ilgilenir. **Hojnik**, 2016, s. 74; **Kontoğlu**, 2020, s. 22; **A. Açıkgöz**, 2021, s. 67. Telif hukukunda malların, hak sahibinin izni ve rızası olmadan yeniden satılabileceği kabul edilmektedir. Yani hak sahibinin müdahalede bulunma yetkisi, ilk satışla birlikte tükenmiştir. ABAD'ın *UsedSoft* kararıyla belirli şartların varlığı hâlinde yazılımlar bakımından da müdahale yetkisinin tükendiği hüküm altına alınmıştır. CJEU C-128/11, *UsedSoft GmbH v Oracle International Corp.* ABAD'ın *Software Incubator* kararıyla, bir yazılımın kopyasının, alıcıya sürekli bir lisansla temin edilmesi hâlinde mülkiyetin devredildiği hükme bağlanmıştır. Yani yazılımın maddi vasıta ile teminiyle tamamen dijital yollardan sunulması arasında bir fark bulunmamaktadır. CJEU C-410/19, *Software Incubator v Computer Associates (UK)*, par. 41-43 ve 47.

³⁸ Dijital ürünler, AB vergi hukuku bakımından genellikle hizmet olarak değerlendirilmektedir. **Hojnik**, 2016, s. 78. Ayrıca bkz. **Lenda**, 2001, s. 68; **Erler**, 2019, s. 55.

³⁹ **Bradgate**, 2010, s. 32 vd.; **Hayward**, 2016, s. 460.

⁴⁰ **Kuzborska**, 2005, s. 27, 42, 49.

1. Mal ve hizmetlerin özellikleri yönünden

Mal ve hizmetleri birbirinden ayıran temel kriter, bir şeyin maddi varlığa sahip olup olmamasıdır⁴¹. Dijital içerik ve hizmetlerin maddi varlığının bulunmaması nedeniyle ilk bakışta mal olarak nitelendirilememesinden⁴² hareketle bir hizmet türü olduğu iddia edilebilir⁴³. Bu anlayışa göre dijital ürünler, maddi varlıklarının olmaması sebebiyle kendiliğinden bir hizmet olarak kabul edilmelidir.

Tüketiciyi koruyan düzenlemelerdeki “mal” tanımının esnek mahiyette olmasından hareketle dijital ürünlerin mal olarak nitelendirilebileceğini savunanlar da vardır⁴⁴. Bazı dijital ürünlerin fikri haklar bakımından mal olarak kabul edilmesi bu görüşü destekler. Örneğin yazılımlar, fikri mülkiyet hukukuna göre mal olarak değerlendirilmektedir⁴⁵. Bu görüşe yönelik temel eleştiri ise maddi varlıklarının olmaması sebebiyle dijital ürünlerin mal kategorisinden kendiliğinden dışlanması gerektiği yönündedir. Buna göre dijital ürünler, ancak bir maddi vasıtayla temin edilmesi durumunda mal olarak kabul edilebilir⁴⁶. Nitekim Alman öğretisindeki hâkim görüş, bir yazılımın maddi vasıtayla tüketiciye ulaştırılması hâlinde mal satışı olduğunu ifade eder⁴⁷. Ancak bu çözüm de sağlıklı değildir. Zira aynı dijital ürüne, yalnızca aktarım vasıtalarındaki değişiklik nedeniyle farklı hükümlerin uygulanacak olması hukuki bir belirsizliğe yol açabilir. Bu durumda örneğin DVD’yle tüketiciye sunulan bir dijital içerik, mallara ilişkin hükümlere tabi olurken aynı ürünün

⁴¹ **Green/Saidov**, 2007, s. 164. Alman öğretisinde bir şeyin mal olarak nitelendirilmesi için öncelikle bunun maddi varlığının bulunup bulunmadığı değerlendirilir. Ancak değerlendirmeye konu şey hem mal hem de hizmete yönelik özellikler taşıyorsa *ağırlık noktası teorisine* başvurulmaktadır. **Gezder**, 2016, s. 1129. İsviçre Hukukunda mal ve hizmetleri ayırmak için temel olarak maddilik kriteri kullanılmaktadır. **Eggen**, 2021, s. 475.

⁴² **Lenda**, 2001, s. 67; **Kuzborska**, 2005, s. 38; **Beale**, 2021, s. 102.

⁴³ **Lenda**, 2001, s. 68; **Kuzborska**, 2005, s. 32; **Bradgate**, 2010, par. 168. Hizmet olarak kabulü hâlinde dijital ürünler İngiliz Hukukunda *implied terms* kavramı içinde değerlendirilecek ve hizmetler açısından geçerli olan makul özen gösterme yükümlülüğü gündeme gelecektir. **Bradgate**, 2010, par. 168.

⁴⁴ **Briskorn**, 2002, s. 24; **Kuzborska**, 2005, s. 27; **Green/Saidov**, 2007, s. 165; **Bradgate**, 2010, par. 166. İngiltere’nin 2015 tarihli Tüketici Hakları Kanunu’na dayanak teşkil eden raporda da 1979 *Sale of Goods Act*’teki mal tanımının genişletilerek dijital içeriklerin buraya dahil edilmesi yönündedir. **Bradgate**, 2010, par. 31.

⁴⁵ **Hojnik**, 2016, s. 71; **Bradgate**, 2010, par. 82, 147.

⁴⁶ **Bradgate**, 2010, par. 169. Anglo-Sakson hukuk sisteminde de maddi vasıtanın varlığı hâlinde yazılımlar, mal olarak kabul ediliyordu. **Hayward**, 2016, s. 448-449.

⁴⁷ **Gezder**, 2016, s. 1129. Benzer çözüm, 2015 tarihli Tüketici Hakları Kanunu yürürlüğe girmeden önce İngiliz Hukukunda da kabul ediliyordu. **Sales Law Review Group of Ireland**, 2011, s. 11. Diğer bir görüşe göre ise bilgisayar programları, BGB § 90 çerçevesinde eşya olarak kabul edilemez. **Müller-Hengstenberg**, 1994, s. 3131.

tüketiciye internet yoluyla sunulması hâlinde, hizmetlere dair hükümler gündeme gelir⁴⁸. Ayrıca maddi vasıtayla edinilen dijital ürünlere dahi sonradan internet üzerinden güncelleme sağlanması, bunların da tereddütsüz şekilde mal olarak nitelendirilmesini engellemektedir⁴⁹.

Diğer bir görüş kopyalanabilir, standardize edilebilir ve stoklanabilir olmalarındaki benzerlikten hareketle dijital içerik ve hizmetlerin de mal olarak kabulünü savunur⁵⁰. Bu kapsamda, sürekli internet bağlantısı gerektirmeyip bir donanıma gömülebilir mahiyetteki dijital ürünlerle, böyle bir bağlantı gerektiren dijital ürünlerin birbirinden ayrılması gerekir. İlk kategori için örneğin bir e-kitabın dijital formda kopyalanarak bir bilgisayarın sabit diskinde saklanması mümkündür⁵¹. Benzer şekilde CD/DVD, USB bellek gibi maddi vasıtalarla sunulabilen dijital içerik ve hizmetlerin de kopyalanması ve stoklanması imkân dahilindedir⁵². Bu durumda, maddi bir varlığın içinde bulunması nedeniyle dijital ürünlerin de mallarla benzeşen özellikleri artmaktadır⁵³.

Kopyalanabilir dijital ürünlerin varlığı, bunları mallara yaklaştırsa da tüm dijital ürünlerin kopyalanabildiğinden bahsedilemez. İkinci kategorideki sürekli internet bağlantısı gerektiren dijital ürünler, çoğu zaman dinamik bir içerik sunmaları sebebiyle kopyalanamaz. Örneğin içeriği sürekli olarak güncellenen *Netflix*'in muhtevasının birebir kopyalanması mümkün değildir. Ayrıca *Netflix* gibi hizmetler, profillemeye yapmak suretiyle her bir kullanıcıya farklı afişler, sıralamalar ve içerikler sunmaktadır. Bu durumda kişiselleştirme hizmeti sunan bir dijital ürünün standardize edilmesi de mümkün değildir.

Teknik olarak tüm dijital ürünlerin kopyalanabilir olduğu kabul edilse bile fiziken bir malın kopyalanmasıyla dijital verinin kopyalanması aynı mahiyette değildir. Öyle ki her bir dijital ürünün kendine özgü tanımlayıcı dijital numaraya sahip olması sayesinde kopyalama hâlinde dijital numara da değişmekte, dolayısıyla gerçek anlamda bir kopyalama işleminden söz

⁴⁸ **Sales Law Review Group of Ireland**, 2011, s. 11; **Bradgate**, 2010, par. 8. Maddilik kriterinin, maddi vasitanın bulunmaması durumunda, problemi çözmekte yetersiz kaldığı Alman öğretisinde ifade edilmektedir. **Gezder**, 2016, s. 1129. Bu durum İngiliz içtihat hukukunda da (*case law*) belirsizliklere yol açmıştır. **Bradgate**, 2010, par. 22.

⁴⁹ **Helberger/Guibault/Loos**, 2012, s. 3.

⁵⁰ **Kuzborska**, 2005, s. 35.

⁵¹ **Kuzborska**, 2005, s. 34; **Gezder**, 2016, s. 1130.

⁵² **Kuzborska**, 2005, s. 34; **Gezder**, 2016, s. 1130. ABAD'ın *CBA Computer Handels* kararında, bilgisayarlardaki ses kartlarının dijital dosyaları analog dünyaya ses olarak yansıtabildiğini ve analog sesleri de dijital olarak kaydederek saklayabildiklerinden hareketle bunların stok edilebilir olduğuna hükmetmiştir. CJEU C-479/99, *CBA Computer Handels*, par. 26.

⁵³ **Hojnik**, 2016, s. 65. Bununla birlikte, saklanabilen şeyin yalnızca dijital veri olduğu ve bu verinin de genellikle bir hizmetin parçası olduğunu düşünenler de vardır. **Kuzborska**, 2005, s. 34.

edilememektedir⁵⁴. Hâl böyle olunca, bazı dijital ürünlerin kopyalanabilir olması, bunları mal olarak nitelendirmek için tek başına yeterli değildir⁵⁵. Ayrıca mal olarak kabul edilmeleri hâlinde hasarın geçişi ve teslim konularında dijital ürünlere özgü bazı problemlerin doğabileceği de ifade edilmektedir⁵⁶.

Neticede, mal ve hizmetlerin özelliklerinden hareketle, dijital ürünlerin mal kategorisinde yer almadığı sonucu çıksa da⁵⁷, yalnızca tek kriterden hareketle bir konumlandırma yapmak eksik bir değerlendirmeye sebep olabilir⁵⁸. Dolayısıyla aşağıda incelenen diğer kriterler üzerinden değerlendirmeye devam edilmelidir.

2. Dijital içerik ve hizmetlerin satış sözleşmesine konu olması yönünden

Dijital içerik ve hizmetlerin mal ve hizmet ayrımındaki konumunun tespitinde başvurulması gereken ikinci kriter, dijital ürünün satış sözleşmesine konu edilip edilemeyeceğidir⁵⁹. Bu soruya olumlu bir cevap verilmesi hâlinde dijital ürünlerin mal niteliğinden bahsedilebilir. Zira satış sözleşmesinin ve dolayısıyla mülkiyetin devri işleminin konusunu kural olarak mallar oluşturur⁶⁰, hizmetlerin satışından bahsedilemez⁶¹.

Satış sözleşmesi, şey üzerindeki kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkilerini içeren mülkiyet hakkının alıcıya geçmesini sağlar⁶². O hâlde sorun, dijital ürünün mülkiyetinin satış sözleşmesiyle tüketiciye devredilip devredilemeyeceğidir. Yani tüketici, dijital ürünü dilediği gibi kullanıp ondan yararlanabiliyor ve onun üzerinde bir tasarrufta bulunabiliyorsa, dijital ürün satış sözleşmesine konu edilebilir mahiyettedir. Buna karşılık üç yetkinin birinde gerçekleşen bir sınırlama, mülkiyetin devredilmediğini ve dijital ürünün satış sözleşmesine konu edilemeyeceği sonucuna ulaştırır.

⁵⁴ **Kuzborska**, 2005, s. 36. AB yasa koyucu da dijital bir ürünün kopyalanmasını özel dijital kopyalama (*digital private copying*) olarak adlandırmakta ve olağan kopyalama sürecinden farklı olarak değerlendirmektedir. Bkz. 2001/29/EC sayılı Direktif, Rec. 38.

⁵⁵ **Bradgate**, 2010, par. 37.

⁵⁶ **Bradgate**, 2010, par. 187. Bir görüşe göre dijital ürünler, şeyin devri ve teslimi konusundaki hükümlerin doğuracağı problemler nedeniyle bir mal türü olarak değerlendirilemez. **Hojnik**, 2016, s. 80.

⁵⁷ **Kuzborska**, 2005, s. 38.

⁵⁸ **Lenda**, 2001, s. 73; **Kuzborska**, 2005, s. 32; **Hojnik**, 2016, s. 65.

⁵⁹ **Lenda**, 2001, s. 64; **Kuzborska**, 2005, s. 39.

⁶⁰ **F. Eren**, 2016, s. 52.

⁶¹ **Ozanoğlu**, 2001, s. 86, dn. 99.

⁶² **F. Eren**, 2016, s. 16-17.

Sorunun çözümü için maddi vasıta ile edinilen dijital ürünlerle internet üzerinden temin edilen dijital ürünler arasındaki ayrımın dikkate alınması gerekir. (i) Maddi bir vasıtaya sahip dijital ürünler bakımından tüketicinin, o vasıta üzerinde tasarruf yetkisinin bulunduğu bir şüphe yoktur. Daha az belirli olan ise bu vasıta içindeki dijital ürün üzerinde tüketicinin fizikî ya da ekonomik bir tasarruf yetkisinin olup olmadığıdır⁶³. Dijital ürünü oluşturan kodların değiştirilebilme imkânının varlığı, ekonomik olarak o dijital ürün üzerinde tasarrufta bulunulduğu ihtimalini gündeme getirebilir. Ancak tüketicinin, her hâl ve şartta dijital ürün üzerindeki telif haklarına riayet etme yükümlülüğü vardır. Dolayısıyla böyle bir tasarrufta bulunulması, genellikle hukuka aykırı bir eylem teşkil edecektir. Diğer yandan tüketicinin o maddi vasıta içindeki dijital ürünü silmesi ya da yok etmesi hâli de tasarrufta bulunma yetkisinin olduğunu göstermez. Bu durumda tüketici, yalnızca kendisine sunulan dijital ürün üzerindeki kullanma ve yararlanma hakkından feragat etmiş olur; yoksa o ürünün tüm kopyaları üzerinde bir tasarruf gerçekleştirmez⁶⁴. (ii) Maddi vasıtaya sahip olmayan dijital ürünler bakımından ise böyle bir tasarrufta bulunma imkânı çoğu zaman bulunmamaktadır⁶⁵. Örneğin bir bulut saklama ya da e-posta hizmetinden yararlanan bir kimsenin bu hizmeti yok etmesi mümkün değildir.

Yapılan değerlendirmede, dijital içerik ve hizmetlerin konu edildiği son kullanıcı lisans anlaşması (EULA) gibi lisans sözleşmelerinin de dikkate alınması gerekir⁶⁶. Lisans sözleşmeleriyle akde konu ürününün kullanımına dair sınırlar tayin edilerek bunu aşan eylemlerin fikri haklar bakımından ihlâl teşkil ettiği hükme bağlanır⁶⁷. Yani bu sözleşmelerle kullanıcıların dijital üründen kullanma ve yararlanma yetkilerine çeşitli sınırlamalar getirilir. Lisans sözleşmeleri, bazen platformlara dijital içerik ve hizmetlerin tüketicinin cihazlarından silme yetkisini dahi verir. Örneğin Amazon, 2009 yılında yasal olarak indirilmesine rağmen tüm kullanıcıların *Kindle* markalı e-kitap okuyucularından *George Orwell*'in “1984” ve “*Hayvan Çiftliği*” eserlerinin dijital kopyalarını silebilmiştir⁶⁸. Benzer kısıtlama, maddi

⁶³ Kuzborska, 2005, s. 46.

⁶⁴ Kuzborska, 2005, s. 46.

⁶⁵ Twigg-Flesner, 2016, s. 5; Kuzborska, 2005, s. 45. Dijital içerikler bakımından mülkiyetin devri işlemi çok nadir olarak gerçekleşir. Beale, 2021, s. 102-103.

⁶⁶ Lenda, 2001, s. 64; Kuzborska, 2005, s. 48. Ayrıca bkz. Avrupa Birliği 2001/29 sayılı Direktif, Rec. 29: “... her çevrimiçi hizmetin telif hakkı veya ilgili hakkın öngördüğü izne tabi olması gerekir”. Lisans ve satış arasındaki ayrım hakkında bilgi için bkz. Green/Saidov, 2007, s. 174 vd.

⁶⁷ Bradgate, 2010, par. 167; Helberger/Guibault/Loos, 2012, s. 3.

⁶⁸ Brad Stone, *Amazon Erases Orwell Books From Kindle*, 17.06.2009, The New York Times <https://www.nytimes.com/2009/07/18/technology/companies/18amazon.html> (18.09.2023 tarihinde erişildi).

vasıtaıyla iletilen dijital ürünler bakımından da geçerlidir. Öyle ki Windows 10 işletim sisteminin kurulum dosyalarını içeren bir DVD bakımından tüketici yalnızca belirli şartlar altında kullanma ve yararlanma hususunda yetkilendirilmiştir. Dolayısıyla lisans sözleşmeleri perspektifinden bakıldığında da mülkiyetin devrinden bahsedilemeyecek ve dijital ürünler bir mal olarak kabul edilemeyecektir.

Neticede satış sözleşmesine konu edilmesi bakımından dijital ürünlerin mülkiyetinin tüketiciye devredilmediği anlaşılmaktadır⁶⁹. Buradan hareketle, dijital ürünlerin mal olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

3. Dijital içerik ve hizmetlerin hizmet arzına yönelik tüketici sözleşmesine konu olması yönünden

Dijital içerik ve hizmetlerin konumlandırılması bakımından başvurulması gereken diğer bir kriter de bunların hizmet arzına yönelik tüketici sözleşmelerine konu edilip edilemeyeceğidir. Bir şeyin bu tipteki sözleşmeye konu edilebilmesi, bunun maddi varlığının bulunmamasına ve sunulan hizmet neticesinde maddi varlığı olan bir şeyin oluşmamasına bağlıdır⁷⁰. Dijital içerik ve hizmetler, yukarıda ifade edildiği üzere gayri maddi mahiyette olup bunların sunumu neticesinde kural olarak ortaya maddi varlığı olan bir şey çıkmaz. Aksine sunum neticesinde tüketicilere gayri maddi mahiyetteki algoritma ve bilgi akışları sağlanır⁷¹. Bu durum hem maddi vasıtaya sahip dijital içerik ve hizmetler açısından hem de doğrudan internet üzerinden temin edilenler bakımından geçerlidir. Örneğin *Disney+* video platformundan faydalanılması, maddi bir sonucun oluşmasına sebep olmaz. Benzer şekilde USB disk üzerinden bir elektronik kitabı okunması hâlinde de maddi bir sonuç doğmayacaktır.

Netice itibarıyla hizmet arzına yönelik tüketici sözleşmesine konu olması bakımından dijital içerik ve hizmetlerin bir hizmet olarak nitelendirilebilmesi mümkündür. Ancak bunların hizmet olarak sınıflandırılması, hizmetlerdeki koruma seviyesinin mallara göre daha düşük bir seviyede olması nedeniyle tüketiciler için olumsuz sonuçlara yol açabilir⁷². Zira bu

⁶⁹ **Kuzborska**, 2005, s. 45. Avrupa Tüketici Organizasyonu (BEUC) ise henüz dijital içerik ve hizmetlere özgü düzenlemelerin yapılmadığı dönemde yayınladığı raporunda, bunlara satış sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunmuştur. **BEUC**, 2012, s. 5.

⁷⁰ **Tiryaki**, 2007, s. 42; **Kuzborska**, 2005, s. 49; **Green/Saidov**, 2007, s. 170.

⁷¹ **Kuzborska**, 2005, s. 49.

⁷² **Hojnik**, 2016, s. 66; **Bradgate**, 2010, par. 17; **Sales Law Review Group of Ireland**, 2011, s. 62.

durumda sağlayıcı, sonuç borcu gibi daha katı bir yükümlülüğü üstlenmek yerine makul seviyede özen göstermek suretiyle borcundan kurtulabilecektir⁷³.

C. Dijital İçerik ve Hizmetlerin Mal veya Hizmet Olarak Kabul Edilemeyeceği

Dijital ürünlerin mal ve hizmet ayrımındaki yerinin tespiti için yukarıda yer verilen kriterlerin birlikte değerlendirilmesinden tereddütsüz bir sonuca ulaşılamamaktadır. Öyle ki ilk kriterden hareketle yalnızca maddi vasıtaya sahip dijital ürünlerin mal olarak kabul edilebileceği, ancak bunlara sonradan çevrimiçi güncellemelerin sunulmasının tereddütsüz bir nitelermeyi engellediği söylenebilir. İkinci kriterden hareketle dijital ürünlerin mülkiyetinin satış sözleşmesiyle tüketiciye devredilememesi nedeniyle mal olarak sınıflandırılmayacağı sonucuna varılmaktadır. Son kriter ise dijital ürünlerin hizmet arzına yönelik tüketici sözleşmesine konu edilebileceğini göstermekle birlikte hizmetlerdeki korumanın mallara göre daha düşük bir seviyede olması nedeniyle tüketiciler için olumsuz sonuçlara yol açabilir.

Kriterlerin topyekûn değerlendirmesinden net bir sonuca varılamaması nedeniyle öğretideki bir görüş, mal ve hizmet ayrımındaki konumunun tespiti için her bir dijital ürünün şahsi karakterine bakılması gerektiğini savunur⁷⁴. Öğretideki başka bir görüş ise mal ve hizmetlerden ayrılan özellikleri sebebiyle dijital ürünlerin *sui generis* mahiyette olduğunu söyler⁷⁵. Kanaatimizce de isabetli olan bu görüş uyarınca dijital ürünlerin her iki kategoriden bağımsız şekilde değerlendirilmesi gerekir. Aksi takdirde, yani mal veya hizmet olarak nitelendirilmesi hâlinde dijital ürünler gereğinden fazla basitleştirilecek ve tüketicinin korunması açısından çeşitli problemler doğabilecektir⁷⁶. Dijital ürünlerin konu edildiği

⁷³ **Green/Saidov**, 2007, s. 170. Ayrıca hizmetlere dair kurallarda aynen ifa veya sonraki ifa talebinin bulunmadığı hukuk sistemlerinde, tüketicinin başvuracağı hukuki imkânlar da azalmış olacaktır. **Beale**, 2021, s. 103.

⁷⁴ **Lenda**, 2001, par. 74; **Kuzborska**, 2005, s. 55; **Gezder**, 2016, s. 1129. **Lenda**'nın fonksiyonel benzerlik görüşüne göre bir dijital ürün, hâli hazırdaki hangi ürüne benziyorsa ona dair hükümler uygulanmalıdır. Örneğin mahiyeti itibarıyla kitap olan e-kitaplara mallara ilişkin kurallar, özü itibarıyla posta hizmeti olan e-postalara ise hizmetlere dair hükümler uygulanmalıdır. **Lenda**, 2001, s. 79-80.

⁷⁵ **Bradgate**, 2010, par. 170; **Twigg-Flesner**, 2016, s. 6. AB Hukukundaki bir görüş, dijital ürünlerin hem mal hem de hizmetlere yaklaşan özellikler taşıması nedeniyle kendine özgü hukuki sonuçlar taşıyan *sui generis* bir kategori olduğunu söyler. **Hojnik**, 2016, s. 83. Benzer yönde bkz. **Helberger/Guibault/Loos**, 2012, s. 40.

⁷⁶ **Hojnik**, 2016, s. 83; **Eggen**, 2021, s. 478.

birçok tüketici sözleşmesinin *sui generis* niteliğe sahip olması da bu görüşü desteklemektedir⁷⁷.

Dijital ürünlere *sui generis* muamelenin kabul edilmesi hâlinde, mal ve hizmetlere ilişkin kuralların uygulanamayacak olması nedeniyle tüketicilere hangi hakların tanınması gerektiği problemi ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce, mal ve hizmetlerden ayrışan sofistike özellikleri nedeniyle hem mal hem de hizmetlere ilişkin hükümlerin dijital ürünlere kıyasen uygulanmasına da şüpheyle yaklaşılmalıdır. Dolayısıyla hukuki belirsizliğe yer vermemek adına gerekli hakların temini için dijital ürünlere özgü düzenlemelerin yapılması lüzumlu görünmektedir⁷⁸. Bu görüşe uygun olarak dijital ürünler konusunda düzenleme yapan ülkelerden İngiltere, AB ve Almanya ile düzenleme yapma eğilimindeki İsviçre ve Amerika örnekleri, Türk Hukukundaki durum da ele alınarak bir sonraki başlıkta incelenmektedir.

III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA DİJİTAL İÇERİK VE HİZMETLER

A. İngiliz Hukuku

İngiliz Hukukunda dijital içerik ve hizmetlere özgü bir düzenleme yapılmadan önce bunlara, mal ve hizmetlere dair kurallardan hangilerinin uygulanacağı tartışılmıştır⁷⁹. Dijital içerik ve hizmetlerin gayri maddi olmaları nedeniyle içtihat hukukunda bunların mal olmadığı görüşü hâkimdi. CD/DVD gibi maddi bir vasıta ile temin edilen dijital içerik ve hizmetlere ise malların satışına dair hükümler uygulanmaktaydı⁸⁰. Yani bir yazılımın CD'yle satın alınması hâlinde mallara ilişkin hükümler, internetten indirilmesi durumundaysa hizmetlere ilişkin

⁷⁷ Dijital ürünlerin teminine ilişkin sözleşmeleri şüpheye yer bırakmayacak şekilde satış veya lisans olarak adlandırmak mümkün değildir. **Bradgate**, 2010, par. 26, 106. Dijital ürünlerin konu edildiği sözleşmeler, İsviçre Hukukunda da somut olayın şartlarına göre satış, eser, kira ve lisans gibi farklı şekilde nitelendirilmektedir. Bkz. § 1.III.D.

⁷⁸ **Bradgate**, 2010, par. 196; **Twigg-Flesner**, 2016, s. 6. Dijital ürünlere ilişkin sözleşmelerde, tüketicilere asgari olarak mallardaki gibi bir korumanın sağlanmasına yönelik öneri için bkz. **Bradgate**, 2010, par. 181. Dijital içerik ve hizmetlere ilişkin hükümlerin öngörülmesiyle sağlayıcı, makul seviyede özen göstermek yerine, bunları subjektif ve objektif şartlara uygun şekilde temin etmekle yükümlü olacaktır. **Beale**, 2021, s. 103.

⁷⁹ **Bradgate**, 2010, s. 6; **Giliker**, 2017, s. 107. İngiliz hukukunda dijital ürünlere özgü bir düzenleme yapılmadan önce 1973 tarihli Mal Tedarik (Zımni Şartlar) Kanunu (*Supply of Goods (Implied Terms) Act*), 1979 tarihli Mal Satış Kanunu (*Sale of Goods Act*) ve 1982 tarihli Mal ve Hizmet Tedarik Kanunu (*Supply of Goods and Services Act*) yürürlükteydi.

⁸⁰ Bu durumda mallara ilişkin hükümlerin uygulanmasının sebebi, malların ayırt edici özelliği olan maddilik kriterinin karşılanmış olmasıdır. *Lord Justice Glidewell*'in kaleme aldığı karar için bkz. Court of Appeal, *St Albans City and DC v International Computers Ltd* (1996) 4 All ER 481 (bailii.org).

hükümlere başvurulmaktaydı⁸¹. Ne var ki bu durum, sadece aktarım vasıtasındaki bir değişikliğin farklı hükümlerin uygulanmasına yol açtığı sebebiyle eleştirilmiştir⁸². Öte yandan gömülü bir yazılım içeren cihazlar ile donanımların tek bir paket (*bundle*) hâlinde sunulması durumunda da genel olarak mallara ilişkin hükümler tatbik edilmektedir⁸³.

İçtihat hukukuna dayalı uygulama devam ederken İngiliz Hükümeti tarafından 2009 yılında “*Tüketiciler için daha iyi bir çözüm*” başlıklı bir belge (*white paper*) yayınlanmıştır. Anılan belgede tüketicilerin internetten yaygın şekilde müzik, film ve yazılım indirmesine rağmen bu alanda henüz onları koruyan kuralların bulunmadığı belirtilmiştir. İngiliz hükümeti, buradan hareketle dijital ürünlerle ilgili olarak tüketicilerin korunmasına ilişkin temel prensipleri içeren kuralların tesis edilmesini eylem planına dahil etmiş⁸⁴ ve 2010 yılında *Bradgate*’e bir rapor hazırlatmıştır. Raporda, mevcut düzenlemelerin dijital ürünler bakımından birçok belirsizlik içerdiği belirtilerek alternatif senaryolar üzerinden yeni kuralların ihdas edilmesi gerektiği savunulmuştur⁸⁵.

Eylem planı kapsamında, tüketici mevzuatını da sadeleştirerek çağdaşlaştırmayı hedefleyen ve dijital içeriklere özgü kurallar getiren Tüketici Hakları Kanunu, 1 Ekim 2015 tarihinde Resmî Gazete’de yayınlanmıştır⁸⁶. Dijital içerikleri ayrı bir kategori olarak tanımlayan (m. 2/9) bu Kanun’un sistematik incelemesinden, dijital içeriklerin mal ve hizmetlerden

⁸¹ **Bradgate**, 2010, s. 45. Yazılımlara, maddi vasıtanın varlığından bağımsız olarak mallara ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği yönünde bkz. High Court, *The Software Incubator Ltd v Computer Associates Ltd* (2016) EWHC 1587, par. 39 (bailii.org); High Court, *Fern Computer v Intergraph* (2014) EWHC Ch 2908, par. 86-87 (bailii.org). Ancak bu karar, *Court of Appeal* tarafından 2018 tarihli kararıyla bozulmuş ve dijital içeriklerin, mal ve hizmetlerden bağımsız, *sui generis* nitelikte olduğu hüküm altına alınmıştır. Court of Appeal, *Computer Associates UK Ltd v The Software Incubator Ltd* (2018) EWCA Civ 518, par. 64-65 (bailii.org). Uyuşmazlığa ilişkin ABAD kararı için bkz. 37. dn.

⁸² **Giliker**, 2021, s. 152.

⁸³ Zira gömülü yazılımlar (*embedded software*), maddi varlığı olan daha büyük bir ürünün parçasıdır. High Court, *Amstrad plc v Seagate Technology Inc* (1997) 86 BLR 34 (Westlaw UK). Donanım ve yazılımların tek paket (*bundle*) olarak sunulduğu sözleşmelerde, donanımların mal mahiyetinde kabul edilmesi nedeniyle bu sonuca varılmaktadır. High Court, *SAM Business Systems Limited v Hedley and Company* (2002) 2733 (TCC) (bailii.org).

⁸⁴ **HM Government**, 2009, s. 77. İngiliz içtihatlarında tartışılan hususlardan biri olan; bir dijital içeriğin internetten indirilmesiyle, CD/DVD aracılığıyla edinilmesi arasındaki farkın giderilmesi gerektiği de bu belgede ifade edilmiştir. **HM Government**, 2009, s. 79. Ayrıca bkz. **Bradgate**, 2010, par. 10; **Giliker**, 2021, s. 152.

⁸⁵ **Bradgate**, 2010, par. 197 vd.

⁸⁶ Tüketici Hakları Kanunu’nun temeli, hükümetin ilk kez 2004 yılında gerçekleştirdiği modernizasyon çalışmalarına dayanmaktadır. **Giliker**, 2017, s. 115. Dijital içeriklere yönelik tüketici hakları ilk kez bu kanunla birlikte mevzuatta yer almıştır. UK Parliament, *Faulty goods, digital content, services*, <https://commonslibrary.parliament.uk/faulty-goods-digital-content-services/> (18.09.2023 tarihinde erişildi).

bağımsız, ayrı bir bölümde düzenlendiği anlaşılmaktadır (m. 33-47)⁸⁷. Yani dijital içerikler, mal ve hizmetlerden birine eklenmemiş; ayrı bir bölüm açılarak bunlara özgü kurallar ihdas edilmiştir⁸⁸. Öyle ki bu bölümde, dijital içeriklerin sözleşmeye uygunluğu için objektif ve sübjektif kriterler (m. 34-36) ile tüketicilerin menfaatlerinin ihlâli hâlinde hangi yollara başvurulabileceği (m. 42-45) düzenlenmiştir⁸⁹.

Tüketici Hakları Kanunu’nun kabulüyle, mal veya hizmetlere ilişkin kurallardan hangisinin dijital içeriklere uygulanacağı konusundaki tartışmalar sona ermiş⁹⁰; dijital içerikler, mal ve hizmetlerden bağımsız, *sui generis* bir muameleye tabi tutulmuştur⁹¹. Bu yaklaşım, geleneksel mal ve hizmetler şeklindeki ikili ayrımın sarsılarak mal, hizmet ve dijital içerikler şeklinde üçlü bir ayrıma dönüştüğünü göstermesi bakımından önemli olup⁹² İngiltere bu yaklaşımıyla bir nev’i AB’ye yol göstermiştir. Ne var ki Kanun’da dijital hizmetlerin tanımlanmaması ve kişisel verilerin karşı edim olarak kullanıldığı sözleşmelerin düzenlenmemesi eleştirilere yol açmıştır⁹³.

B. Avrupa Birliği Hukuku

Avrupa Birliği’ndeki problem de İngiltere’de olduğu gibi mal ve hizmetlere ilişkin kurallardan hangilerinin dijital içerik ve hizmetlere uygulanacağıydı⁹⁴. AB Hukukunda dijital ürünlere özgü bir düzenleme yapılmadan önce dijital içerik ve hizmetlere 1999/44 sayılı mülga Tüketici Mallarının Satışı ve İlişkili Garantiler Direktifi ile 2011/83 sayılı

⁸⁷ Tüketici Hakları Kanunu, üç ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümün başlığı “mallar, hizmetler ve dijital içeriklere ilişkin tüketici sözleşmeleri”dir (m. 1-57). Bu başlık altında ilk alt başlık “giriş” (m.1-2) olarak düzenlenmiş, sonraki üç alt başlık ise sırasıyla “mallar” (m. 3-32), “dijital içerikler” (m. 33-47) ve “hizmetler” (m. 48-57) olarak isimlendirilmiştir. Ayrıca bkz. **Giliker**, 2021, s. 152.

⁸⁸ **Hayward**, 2016, s. 446. Düzenleme öncesinde mallar için kabul edilen “*implied terms*” koruması, bu düzenlemeyle dijital içerikler bakımından da geçerli hâle getirilmiştir. **Ogunsipe**, 2015, s. 18.

⁸⁹ Kanun’un 42. maddesinde; tüketici haklarının ihlâli hâlinde 35, 36 ve 37. maddelerde yer alan sözleşmeye uygunluğa ilişkin tanımlamaların dikkate alınması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

⁹⁰ **Giliker**, 2021, s. 152.

⁹¹ Court of Appeal, *Computer Associates UK Ltd v The Software Incubator Ltd* (2018) EWCA Civ 518, par. 65, 67 (bailii.org); **Hayward**, 2016, s. 446; **Giliker**, 2017, s. 115.

⁹² Söz konusu sınıflandırmanın yalnızca tüketici işlemleri yönünden geçerli olduğu, ticari işlemler bakımından tasnif probleminin devam ettiği belirtilmiştir. **Hayward**, 2016, s. 447.

⁹³ **Giliker**, 2017, s. 116, 120. 2019/770 sayılı Dijital İçerik Direktifi, bu Kanun’dan daha yenilikçi ve kapsamlı mahiyettedir. Zira İngiltere’de var olan kanunları güncelleme amacıyla yola çıkılmışken, Direktif başlı başına bir düzenleme olarak ele alınmış ve daha kapsamlı meseleleri düzenlemiştir. Karşılaştırma için bkz. **Giliker**, 2021, s. 156-157.

⁹⁴ **Helberger/Guibault/Loos**, 2012, s. 38; **Hojnik**, 2016, s. 80.

Tüketici Hakları Direktifi uygulanıyordu⁹⁵. AB'nin yargı organları, özgü bir düzenleme yapılmıyca kadar dijital öncesi dönemde oluşturulan bu düzenlemeleri, dijital problemlere uyarlamaya çalışmış ancak dijital ürünlerin mal ve hizmet ayrımındaki yerine ilişkin yeknesak bir yaklaşım sergilememiştir⁹⁶. ABAD genel olarak malların maddi, hizmetlerin ise gayri maddi şeyler olduğunu ifade etmiş ancak bazı kararlarında maddilik – gayri maddilik kriterini göz ardı ederek maddi varlığı olan şeyleri hizmet olarak nitelendirmiştir⁹⁷. Bazı kararlarında ise çeşitli hukuk alanlarının ilkeleri ile ihtilaf taraflarının menfaatlerini önceleyerek maddi varlığı olmayan şeyleri dolaylı olarak mal statüsünde değerlendirmiştir⁹⁸.

Nihayetinde meselenin mevcut norm ve mahkeme içtihatlarıyla çözümlenememiş olması nedeniyle öğretide, AB hukukunda dijital içerik ve hizmetlere uygulanacak hukuk kuralları bakımından bir kanun boşluğu olduğu ifade edilmiştir⁹⁹. Yani dijital içerik ve hizmetler için regülasyon çanları çalmaya başlamıştır. AB Komisyonu, dijital ürünlerle ilişkili çeşitli problemlerin en etkin şekilde çözümü için 2015 yılında Dijital Tek Pazar stratejisini ilan etmiştir. Strateji'yle iç pazarın şekillendirilmesi amaçlanmış ve bu pazarın temel olarak akdi ilişkileri üzerine kurulu olması nedeniyle sözleşme enstrümanına başvurulmuştur¹⁰⁰. Bu çerçevede hazırlanan direktiflerden biri de dijital içerik ve hizmetlerin konu edildiği tüketici sözleşmelerini düzenleyen 2019/770 sayılı Dijital İçerik Direktifi'dir¹⁰¹. Direktif'e ilişkin ilk taslak 2015 yılında AB Komisyonu tarafından yayınlanmış ve AB yasama sürecindeki üçlü

⁹⁵ **Rafel**, 2016, s. 10; **Erler**, 2019, s. 46-47. Tüketici Hakları Direktifi'ne göre maddi vasıta ile temin edilen dijital içerikler mal olarak kabul ediliyordu (Rec. 19). Ancak dijital yollarla temin edilen dijital içerik ve hizmetler, mal veya hizmet olarak sınıflandırılmamıştır. Bir görüşe göre maddi vasıta ile temin edilse dahi dijital içeriğin mülkiyeti, yapılan hukuki işlemle el değiştirmiyorsa, hizmet sözleşmesinden bahsedilir. **Zok**, 2019, s. 141. Dolayısıyla dijital içerikler bakımından yeknesak bir yaklaşım bulunmamaktaydı.

⁹⁶ **Hojnik**, 2016, s. 72, 80; **Erler**, 2019, s. 52.

⁹⁷ **Sacchi** ve **Debaue** kararlarında, televizyon sinyallerinin iletilmesini bu sinyallerin özelliklerinden hareketle hizmet olarak nitelendirilmiştir. CJEU C-155/73, *Giuseppe Sacchi*, par. 6-7; CJEU C-52/79, *Debaue*, par. 8. **FAPL** kararında ise maddi varlığı bulunmasına rağmen video kod çözücü cihazları (*decoder*), gerekli sinyallere erişim sağlayarak yayını izlemeyi mümkün kıldığından hareketle hizmet kapsamında değerlendirilmiştir. CJEU C-403/08 ve C-429/08, *Football Association Premier League v QC Leisure and Others and Karen Murphy v Media Protection Services Ltd*, par. 77-84.

⁹⁸ **UsedSoft** kararında mahkeme, telif hukukundaki tükenme ilkesine yazılımların da tabi olduğunu hükme bağlamıştır. Bkz. 37. dn. 2001/29/EC sayılı Direktif'in Rec. 28-29'u uyarınca tükenme ilkesinin yalnızca mallara uygulandığı dikkate alındığında, yazılımların tükenme ilkesine tabi kılınması (**Hojnik**, 2016, s. 73, 75.), bunların dolaylı olarak satış sözleşmesine konu olabileceğini göstermektedir.

⁹⁹ **Hojnik**, 2016, s. 83; **Rafel**, 2016, s. 11; **Loos**, 2017, s. 52; **Riehm/Abold**, 2021, s. 531.

¹⁰⁰ **Staudenmayer**, 2020, blm. Introduction, par. 3. Sözleşme, pazar ekonomisini şekillendirmek için en temel enstrümanlardan biridir. **Mañko**, 2017, s. 3.

¹⁰¹ 2019/770 sayılı Dijital İçerik Direktifi'yle aynı yasama paketinde yer alan 2019/771 sayılı Malların Satışına İlişkin Direktif, Avrupa Birliği'ndeki yeni sözleşme hukuku çerçevesinin önemli yapıtaşlarından olmuştur. **Schulze/Staudenmayer**, 2020, Introduction, par. 8.

müzakere süreci tamamlandıktan sonra 11 Haziran 2019 günü AB Parlamentosunda kabul edilerek yasalaşmıştır.

Dijital İçerik Direktifi, AB Hukukunda dijital içerik ve hizmetlere ilişkin detaylı kuralların öngörülmesi ilk direktiftir¹⁰². 2011/83 sayılı Tüketici Hakları Direktifi'nde dijital içeriklerin tanımı ve tüketiciyi bilgilendirme yükümlülüğü gibi bazı hususlar bulunmakla¹⁰³ birlikte mesele, Dijital İçerik Direktifi'nde daha detaylı yükümlülükler ve tüketicinin seçimlik hakları öngörülerek düzenlenmektedir¹⁰⁴. Direktif'te hem dijital içerikler hem de dijital hizmetler kavramsal açıdan mal ve hizmetlerden ayrılarak tanımlanmıştır (m. 2). Dijital içerik ve hizmetlerin sözleşmeye uygunluğu için gerekli şartlar (m. 6-10) ile tüketicinin seçimlik hakları (m. 13-15) mal ve hizmetlere ilişkin kurallardan ayrı olarak yine bu Direktif'le düzenlenmiştir. Dijital içerik ve hizmetlerin, mal ve hizmetlerden ayrıştırılarak düzenlenmesi, İngiliz Hukukundaki gibi AB Hukukunda da geleneksel mal ve hizmet ayrımının sarsıldığını; oluşan yeni duruma göre mal, hizmet ve dijital içerik ve hizmetler şeklindeki üçlü bir ayırmadan bahsedilebileceğini göstermektedir¹⁰⁵.

C. Alman Hukuku

İngiltere ve Avrupa Birliği Hukukunun aksine Alman Hukukunda tüketicinin korunmasına ilişkin genel nitelikli bir düzenleme bulunmamaktadır. Alman kanun koyucu, özel hukukta şeffaflığı sağlamak ve hükümlerin anlaşılabilirliğini artırmak amacıyla AB'nin tüketici

¹⁰² AB, bu alandaki ilk düzenlemeleri yapan İngiltere ve Hollanda'yı takip etmiştir. Bkz. AB Komisyonu Taslağı, s. 3. Öte yandan Dijital İçerik Direktifi, içerik ve yapı itibarıyla AB'nin bu alandaki daha önceki girişimi olan Avrupa Ortak Satış Hukuku'nun (CESL) mirasçısıdır. **Ciacchi/van Schagen**, 2017, s. 101; **Sein/Spindler**, 2019, Part 1, s. 259; **Schulze/Staudenmayer**, 2020, Introduction, par. 13.

¹⁰³ 2011/83 sayılı Direktif'te mal ve hizmetlere ilişkin hükümler içinde dijital içeriklerin konu edildiği tüketici sözleşmeleri bakımından tüketiciyi bilgilendirme yükümlülüğü öngörülmüş (m. 5-6), tüketiciye cayma hakkı tanınmış (m. 9) ve cayma hâlinde tüketicinin hiçbir masrafa katlanmaması gerektiği hüküm altına alınmıştır (m. 14). Ayrıca bkz. **Dönmez**, 2015, s. 60; **Rafel**, 2016, s. 10.

¹⁰⁴ **Bezakova**, 2013, s. 187; **Kurtulan Güner/Atamer**, 2022, s. 621. Dijital İçerik Direktifi'nde tüketicilerin hakları ile sağlayıcıların yükümlülükleri düzenlemesine karşın, sağlayıcıların hakları ile tüketicilerin yükümlülüklerine yer verilmemiştir. **Metzger**, 2019, s. 577.

¹⁰⁵ **Geiregat/Steennot**, 2017, s. 161; **Erlor**, 2019, s. 61. *Eggen*'e göre Dijital İçerik Direktifi, dijital içerik ve hizmetlerin, mal ve hizmet ayrımında yerini tespit etmemiştir; ancak artık dijital içeriklerin mal, dijital hizmetlerin ise hizmet olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. **Eggen**, 2021, s. 478. Nitekim 2011/83 sayılı Tüketici Hakları Direktifi, Rec. 19'da maddi vasıta olmaksızın edinilen dijital içeriklerin konu edildiği hukuki işlemlerin ne mal satış ne de hizmet sözleşmesi olduğu belirtilmiştir. Ne var ki 2019/2161 sayılı Direktif'le 2011/83 sayılı Tüketici Hakları Direktifi'nde yapılan değişiklik, dijital hizmetler, hizmet sözleşmesi altında değerlendirilmiştir (m. 2/6). Kanaatimizce bu değişiklik, dijital hizmetleri sınıflandırma amacı taşımamakta; 2019/2161 sayılı Direktif, Rec. 30'da belirtildiği üzere cayma hakkı başta olmak üzere çeşitli hususlar bakımından dijital hizmetlerin, Tüketici Hakları Direktifi'nin kapsamına alınmasını hedeflemektedir.

sözleşmelerine ilişkin müktesebatını BGB’de düzenlemeyi tercih etmiştir¹⁰⁶. Kanun’da tüketici işlemleri, mal ve hizmetler bakımından net bir şekilde ayrılmamakla¹⁰⁷ birlikte tüketici sözleşmelerinin kapsamını belirleyen BGB § 312 vd. hükümlerinde¹⁰⁸ tüketici sözleşmelerine konu edilebilecek çeşitli mal ve hizmetler sayılmaktadır¹⁰⁹. Bu hâliyle Alman Hukukunda kemikleşmiş bir mal ve hizmet ayırımından bahsetmek mümkün görünmemektedir.

Almanya, 2019/770 sayılı Dijital İçerik Direktifi’nin iç hukuka aktarılması için çalışma başlatan ilk AB üye ülkelerinden biridir¹¹⁰. Yaklaşık sekiz ay süren yasa yapım sürecinin ardından ağırlıklı olarak BGB’de değişiklikler içeren Direktif’i Uygulama Kanunu, 1 Ocak 2022’de tüm hükümleriyle yürürlüğe girmiştir¹¹¹. Direktif’i Uygulama Kanunu, BGB’nin borçlar hukuku kitabının hem genel hükümler hem de özel borç ilişkileri kısımlarında çeşitli değişiklikler getirmiştir.

BGB hükümlerinin Dijital İçerik Direktifi’ndeki düzenlemelerle büyük ölçüde benzeştiği söylenebilir¹¹². Şüphesiz bunun temel sebebi, Direktif’in azami uyumlaştırma (*maximum*

¹⁰⁶ Bu hususa hem 2001 yılındaki Reform Kanunu gerekçesinde hem de 2021 yılındaki Direktif’i Uygulama Kanunu gerekçesinde rastlamak mümkündür. **Deutscher Bundestag**, 2001, 14/6040, s. 97; 2021, 19/27653, s. 27. Alman Hukukundaki tüketici düzenlemelerinin tarihine dair bilgi için bkz. **Huguenin/Hermann/Benhamou**, 2009, s. 165-166.

BGB § 13’te tüketici (*verbraucher*), BGB § 14’te girişimci (*unternehmer*) kavramlarına yer verilmiş; BGB § 312 ve devamı hükümlerinde ise tüketici sözleşmelerinin kapsamı ve ilkeleri düzenlenmiştir. BGB’den başka Alman Medeni Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’da (EGBGB), Ürün Güvenliği Kanunu’nda (ProdSG), Tüketiciyi Koruma Uygulama Kanunu’nda (VSchDG) ve diğer kanunlarda tüketicinin korunmasına ilişkin hükümler bulunmaktadır. Tarihî perspektiften tüketici hukuku düzenlemelerinin dağınık yapısı hakkında detaylı bilgi için bkz. **Gilles**, 1989, s. 316.

¹⁰⁷ BGB’de yalnızca mallara ilişkin atıfta bulunulmakta; tüketici sözleşmelerinin konusu olarak hizmetlere ise değinilmemektedir. **Fritz**, 2020, par. 12. Bununla birlikte hizmet arzına yönelik sözleşmeler de tüketici sözleşmelerinin kapsamında yer alır. **Wendehorst**, 2022, MüKo/BGB § 312, par. 11. Alman Hukukundaki bir görüş, mal olarak kabul edilmeyen her şeyin hizmet olarak sınıflandırılabilirliğini ifade eder. **Wendehorst**, 2022, MüKo/BGB § 312, par. 23.

¹⁰⁸ **Wendehorst**, 2022, MüKo/BGB § 312, par. 17.

¹⁰⁹ Mallara ilişkin olarak BGB § 312/2’de mülkiyetin devri için yapılan sözleşmeler; hizmetlere ilişkin olarak BGB § 312/2/5’te yolcuların taşınmasına, BGB § 312/2/7’de tedaviye ilişkin sözleşmeler sayılmıştır. Ayrıca aynı hükümde mal ve hizmet karması olarak değerlendirilebilecek hususlara da yer verilmiştir. Bkz. BGB § 312/2/9.

¹¹⁰ Dijital İçerik Direktifi’nin iç hukuka aktarılması için ilk taslak 3 Kasım 2020 tarihinde, hükümet tasarısı ise 13 Ocak 2021 tarihinde yayınlanmış ve olağan yasa yapım süreci kapsamında görüşler toplanmış ve nihayetinde yasa Bundestag’da kabul edilmiştir. Bkz. Das Bundesministerium der Justiz, *Entwürfe zur Umsetzung der Richtlinie über digitale Inhalte und zu den vertraglichen Regelungen der Modernisierungsrichtlinie* vorgelegt, https://www.enorm.bund.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Bereitsstellung_digitaler_Inhalte.html (18.09.2023 tarihinde erişildi).

¹¹¹ Dijital İçerik ve Hizmetlerin Sunumuna İlişkin Sözleşme Hukukunun Belirli Yönlerine Dair Direktif’i Uygulama Kanunu için bkz. Federal Resmî Gazete, 30.06.2021.

¹¹² **Wendehorst**, 2021, par. 42; **Tekelioğlu**, 2022, s. 313.

harmonisation) hükmü içermesidir (Direktif m. 4). Bununla birlikte Alman Kanun Koyucu, Direktif'te azami uyumlaştırma kapsamı dışında bırakılan alanlardaki söz söyleme hakkından çok sınırlı şekilde faydalanmıştır¹¹³. Örneğin dijital ürünlere ilişkin sözleşmelerin kurulmasına dair bir düzenleme yapmamış¹¹⁴; benzer şekilde sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurması bakımından, ayıbı takip eden zararlarla (*Mangelfolgeschaden*) ilgili olarak Alman hukukunun yapısına özgü ayrıksı hükümler ihdas etmemiştir¹¹⁵.

Dijital ürünler, Direktif'i Uygulama Kanunu'nun kabulüyle birlikte Alman Hukukunda tüketici sözleşmelerinin konusu olabilecek şekilde ilk kez ayrı bir bölüm altında düzenlenmiştir (BGB § 327 - § 327u)¹¹⁶. Bu bölümde dijital içerik ve hizmetler tanımlanarak tüketici sözleşmelerine konu edilebilmesi bakımından bunlar, diğer şeylerden ayrılmıştır (§ 327/2). Bundan başka maddi ayıp, güncellemeler ve hukuki ayıp başlıkları altında sözleşmeye uygun bir ifanın gerçekleştirilmesi için gerekli olan kriterler düzenlenmiş (§ 327d - § 327g) ve sözleşmeye uygunluğun bulunmaması hâlinde tüketicinin seçimlik hakları (§ 327i, § 327l, § 327m, § 327n) hükme bağlanmıştır. Yukarıda ifade edildiği üzere Alman Hukukunda net bir mal ve hizmet ayırımından bahsetmek kolay olmamakla birlikte, bu düzenlemeyle dijital ürünlerin, mal ve hizmetlerden tamamıyla ayrı bir kategoride değerlendirildiği savunulabilir¹¹⁷.

¹¹³ **Wendehorst**, 2021, par. 42.

¹¹⁴ **Metzger**, 2019, s. 583.

¹¹⁵ Ayıbı takip eden zararlara örnek olarak ücretsiz olarak sağlanan bir bulut bilişim hizmetindeki tüm aile fotoğraflarının silinmesi ya da neredeyse tamamlanmış bir tez dosyasının silinmesi, ya da bir güvenlik açığı nedeniyle hassas tüketici verilerinin silinmesi gibi durumlar gösterilmektedir. **Wendehorst**, 2021, par. 42. Bu zarar, dolaylı zarar kapsamındadır. **Aydoğdu**, 2016, Milli Şerh: m. 11, s. 303.

¹¹⁶ Bu bölüm de kendi içinde ikiye ayrılmış; § 327 ile § 327s arasında dijital ürünlerin konu edindiği tüketici sözleşmelerine; § 327t ve § 327u maddelerinde ise dijital ürünlere ilişkin sağlayıcılar arasındaki akdi ilişkilere dair hükümlere yer verilmiştir.

¹¹⁷ **Wendehorst**, AB Tüketici Hukukunda 2011/83 sayılı Direktif'le oluşturulan tasnifin, 2019/770 ve 2019/771 sayılı direktiflerle değiştiğini savunmaktadır. **Wendehorst**, 2022, MüKo/BGB § 312, par. 19. Alman Hukuku da bu alanda AB Hukukunu iç hukukuna aktarmakla mükellef olduğuna göre kanaatimizce aynı değişiklik Alman Hukukunda da gerçekleşmiştir.

D. İsviçre/Türk Hukuku

İsviçre Hukukunda, tüketicinin korunmasına ilişkin genel nitelikli bir düzenleme olmadığı¹¹⁸ gibi borçlar hukuku bakımından açıkça mal ve hizmet ayırımına da başvurulmamıştır¹¹⁹. Ancak kanun koyucunun, OR'deki sözleşme tiplerinin belirlenmesinde dolaylı olarak bu ayırma başvurduğu söylenebilir¹²⁰. Öğretideki hâkim görüşe göre özel bir düzenleme olmaması nedeniyle dijital içerik ve hizmetlerin konu edildiği hukuki işlemlere, kıyas yoluyla OR hükümleri uygulanmalıdır¹²¹. Özellikle internetten indirme gibi tamamen dijital yollarla temin edilen ürünler bakımından bu hükümlerin doğrudan uygulanamamasının nedeni açıktır: OR hükümlerinde, sözleşmenin konusunun, maddi varlığı olan bir şey olması gerektiği varsayılmıştır¹²². Öte yandan dijital ürünün, CD/DVD gibi maddi bir vasıta ile temini hâlinde de sözleşmenin konusunu hâlen ağırlıklı olarak gayri maddi mahiyetteki şey oluşturmaktadır¹²³. Dolayısıyla dijital ürünlerin sunulma şekline bakılmaksızın kıyasen uygulama yoluna başvurulmalıdır.

İsviçre Hukukunda, henüz dijital içerik ve hizmetlere özgü bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte İsviçre Federal Konseyi'nin 16.06.2023 tarihinde yayınladığı “*Satışa Dair Tekeffül Hükümlerinin Çağdaştırılması İhtiyacı*” başlıklı raporda, yürürlükteki düzenlemelerin çağ dışı kaldığı ve özellikle dijital ürünler ile dijital unsurlu mallar bakımından tüketicilerin menfaatlerini karşılayamadığı ifade edilmiştir¹²⁴. Henüz somut bir yasa teklifi bulunmamakla birlikte Federal Konsey, bu raporla dijital ürünlere dair AB ve

¹¹⁸ İsviçre Hukukunda tüketici işlemleri, genel olarak OR kapsamında yer almaktadır. Örneğin OR m. 40a vd. hükümlerinde kapıdan satışlar ile mesafeli satışlara ilişkin hükümler öngörülmüştür. **Koller-Tumler**, 1992, s. 40; **Daniel/Barbara A.**, 2015, s. 340-341. Tüketicuyu koruyan düzenlemelerin OR'de düzenlenmesinin eleştirisi için bkz. **Heinrich**, 1992, s. 66. İsviçre Hukukundaki “tüketici” terimi hakkında bilgi için bkz. **Helmut**, 2020, s. 87 vd.

¹¹⁹ Bununla birlikte İsviçre Federal Anayasası'nın tüketicinin korunmasına dair 97. maddesine esas teşkil eden Uzman Komisyon görüşünde mal ve hizmet ayırımına atıfta bulunularak tüketici işlemlerinin konusunu bunların oluşturabileceği belirtilmiştir. **Brunner**, 1992, s. 591.

¹²⁰ Örneğin satış ve kira sözleşmelerinin konusunun mal olabileceği varsayılmışken, eser veya vekâlet sözleşmesi gibi sözleşmelerde ise bir tarafın diğer tarafın menfaatine yaptığı bir iş söz konusudur. **Eggen**, 2021, s. 473.

¹²¹ **Lukas**, 1999, s. 60; **Straub**, 2009, s. 240; **Heselhaus/Fellmann**, 2022, s. 79. Satış, eser, kira sözleşmesi hükümlerinin yazılımlara kıyas yoluyla uygulanabileceği hakkında bkz. **Wolfgang**, 1999, s. 528, 532, 537; **Schönle/Higi**, 2005, ZK/OR 192-204, par. 44, 73. İsviçre Federal Mahkemesi de öncü (*leading case*) olarak sayılabilecek bir kararında, standart yazılım ve donanımdan oluşan bilişim sistemindeki ayıba OR 197 hükmünün uygulanabileceğine hükmetmiştir. BGE, 27.08.1998, 124 III 456 (Swisslex). Benzer yönde bkz. BGE, 4A_446/2015 (Swisslex) E. 3.2.

¹²² **Schönle/Higi**, 2005, ZK/OR 192-204, par. 47; **Lukas**, 1999, s. 60; **Straub**, 2009, s. 240.

¹²³ **Lukas**, 1999, s. 60. Ayrıca bkz. **Wolfgang**, 1999, s. 526.

¹²⁴ **Der Bundesrat**, 2023, s. 2.

Alman Hukukundaki düzenlemelerin iktibas edilerek tekeffül kurallarının günümüz ekonomik gerçekliğiyle uyumlu hâle getirilmesi gerektiğini belirtmiş ve adeta yeni bir düzenleme yapma kapısını aralamıştır¹²⁵. Bu gelişme, İsviçre'deki dijital içerik ve hizmetlere özgü düzenleme eğilimini göstermesi bakımından kıymetlidir.

Türk Hukukunda tüketicinin korunmasına ilişkin genel çerçeve, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'la çizilmiştir. Kanun'da mal ve hizmetler, kavramsal olarak ayıp kriterleri ve seçimlik haklar yönünden birbirlerinden net bir biçimde ayrılmıştır. Kanun'daki mal tanımına “*elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi şeylerin*” de dahil edilmiş olması (m. 3/h) nedeniyle dijital içerik ve hizmetler, normatif olarak mal kategorisinde değerlendirilmektedir¹²⁶. Başka bir anlatımla dijital içerik ve hizmetler, Türk Hukuku bakımından mallara ilişkin hükümlere tabi tutulmaktadır. Tüketici hukuku alanındaki AB düzenlemelerini takip eden¹²⁷ Türkiye'nin, uluslararası bir standart hâline gelmesi de ihtimal dâhilinde olan¹²⁸ Dijital İçerik Direktifi'ni iktibas etmesi muhtemeldir. Ancak buna ihtiyaç duyulup duyulmadığı sorusuna ilişkin detaylı incelemeye üçüncü bölümde yer verildiğinden burada yalnızca o bölüme yollama yapmakla yetiniyoruz¹²⁹.

E. Amerikan Hukuku

Amerikan Hukuku bakımından tartışma, malların satışına ilişkin hükümlerin dijital içerik ve hizmetlere uygulanıp uygulanamayacağı noktasında yoğunlaşmaktadır¹³⁰. Bu hukuk sisteminde malların satışı, Yeknesak Ticaret Kanunu (UCC) m. 2 hükümlerine tabidir. Ancak başta yazılımlar olmak üzere dijital ürünlerin statüsü, normatif bir düzenlemeyle belirlenmiş değildir¹³¹. Amerikan Hukukunun asli kaynaklarından biri olarak kabul edilen içtihat hukukunda ise genel olarak dijital içerik ve hizmetlerin konu edildiği sözleşme

¹²⁵ **Der Bundesrat**, 2023, s. 35-36.

¹²⁶ Yani mevzuu, yukarıda sayılan üç kriter gözetilmeden çözülmeye çalışılmıştır. Bkz. **Kuzborska**, 2005, s. 25.

¹²⁷ TKHK'nin genel gerekçesine göre, “*Tasarı hazırlanırken tüketicinin korunması alanında AB tarafından çıkarılmış olan bütün Yönergeler incelenmiş ve iç hukukumuzdaki değişiklikler ona göre şekillendirilmiştir.*” Bkz. TBMM Mevzuat veri tabanı, <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/> (18.09.2023 tarihinde erişildi).

¹²⁸ **Riehm/Abold**, 2021, s. 540.

¹²⁹ Bkz. § 6.

¹³⁰ **Briskorn**, 2002, s. 22; **Erler**, 2019, s. 3.

¹³¹ **Briskorn**, 2002, s. 21; **Erler**, 2019, s. 3.

ilişkilerine, UCC hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanması kabul edilmiştir¹³². Zira hâkim görüş uyarınca yazılımlar, UCC m. 2 kapsamında bir mal olarak değerlendirilmektedir¹³³.

Amerikan Hukukunda, dijital içerik ve hizmetlere özgü düzenlemeler çıkarılmasının denendiğini de belirtmek gerekir. Dijital ürünlerin, devir ve mülkiyet açısından maddi mallardan farklılaşması nedeniyle bunlara ilişkin uyuşmazlıkların geleneksel hukuk enstrümanlarıyla çözülemeyecek olması, bunlara özgü düzenlemelerin denenmesinde etkili olmuştur¹³⁴. İlk deneme, Yeknesak Eyalet Kanunları Hakkında Millî Komiserler Konferansı (NCCUSL) ile Amerikan Hukuk Enstitüsü'nün (ALI) oluşturduğu ortak komitenin ürünüdür. Yazılımların konu edildiği hukuki işlemlerin UCC'de oluşturulacak yeni bir kural olan m. 2B'ye, tabi tutulmasını öngören bu teklif, kadük kalmıştır¹³⁵. Bu kez NCCUSL, içerisinde dijital içerik ve hizmetler için yeknesak bir garanti uygulamasını da içeren Yeknesak Bilgisayar Bilişim İşlemleri Kanunu (UCITA) teklifini hazırlamıştır¹³⁶. Ancak UCITA da UCC m. 2B'nin kaderini paylaşmış ve federal bir nitelik kazanamamıştır¹³⁷. Kadük kalmalarına rağmen dijital içerik ve hizmetlerin, mal ve hizmetlerden ayrıştırılmaya yönelik bu çalışmalar, Birleşik Devletler'de de İngiltere, AB ve Almanya'dakine benzer bir bakış açısının varlığını göstermektedir.

IV. HUKUKİ BİR KAVRAM OLARAK DİJİTAL İÇERİK VE HİZMETLER

Dijital içerik ve hizmetlerin hukuken tanımlanması konusunda esas olarak AB ve Alman Hukukuna başvurmak gerekir. Zira çalışma kapsamında incelenen İngiliz Hukuku ve Türk Hukukunda böyle bir ikili terminoloji benimsenmemiş; yalnızca dijital içerik terimine yer verilmiştir.

¹³² Örnek karar ve uygulamalar için bkz. § 2.II.F.

¹³³ **Briskorn**, 2002, s. 22.

¹³⁴ Bu durum, ALI'nin 2009 yılında kabul ettiği "Yazılım Sözleşmeleri Hukukunun Esasları"nda (*Principles of the Law of Software Contracts*) açıkça ifade edilmiştir. **Hillman/O'Rourke**, 2010, s. 1519-1520. UCC hükümlerinin yazılımların konu edildiği hukuki işlemlere uygulanması, bazı yönlerden problemlidir. Bkz. **Briskorn**, 2002, s. 31-32.

¹³⁵ **Warburton**, 2016, s. 252; **Erlor**, 2019, s. 2.

¹³⁶ **Briskorn**, 2002, s. 28; **Lehmann**, 2016, s. 757; **Warburton**, 2016, s. 251.

¹³⁷ Teklif, tüketicilerin aleyhine sonuçlar doğurabilecek olması nedeniyle hem akademisyenler hem de hukuk pratisyenlerinin yoğun eleştirisine maruz kalmıştır. Bu nedenle UCITA, yalnızca *Virginia* ve *Maryland* eyaletlerinde kabul edilmiş; federal bir nitelik kazanamamıştır. **Briskorn**, 2002, s. 28; **Lehmann**, 2016, s. 757; **Erlor**, 2019, s. 2.

Dijital içerik ve dijital hizmetler hem Dijital İçerik Direktifi'nde hem de BGB'de birbirinden bağımsız şekilde tanımlanmıştır. BGB'de ayrıca dijital içerik ve dijital hizmeti içeren bir çatı kavram olan dijital ürün (*digitale Produkte*) konseptine de yer verilmiştir (BGB § 327/1)¹³⁸. Direktif'te ise böyle bir çatı kavramdan bahsetmek mümkün değildir. Ancak uygulanacak normlar bakımından dijital içerik ve hizmetler arasında kural olarak bir fark bulunmaması nedeniyle Direktif'te de isimsiz bir çatının bulunduğu söylenebilir. Öyle ki Direktif'teki ayrım, dijital içerik ve hizmetleri birbirinden ayırmak için değil, Direktif'in kapsamının net bir biçimde tespit edilebilmesi için oluşturulmuştur¹³⁹.

A. Dijital İçerik

Dijital içerik, Dijital İçerik Direktifi'nde ve BGB'de, dijital formda üretilen ve temin edilen veri olarak tanımlanmaktadır (Direktif m. 2/1; BGB § 327/2)¹⁴⁰. Tanımdaki veri, makine tarafından okunabilen bilgileri ifade eder¹⁴¹. Direktif'te dijital içeriklere örnek olarak bilgisayar programları, uygulamalar, video, ses, müzik dosyaları, dijital oyunlar, e-kitaplar ve diğer elektronik yayınlar sayılmaktadır (Direktif, Rec. 19).

Dijital içeriğin maddi vasıtayla temin edilmesiyle, internetten indirme (*download*) ya da yayınlama (*streaming*) suretiyle temini arasında bir fark yoktur; hepsi dijital içerik tanımı kapsamında değerlendirilmektedir¹⁴². Ancak söz konusu içeriğin mutlaka dijital formda üretilmesi ve bu şekilde tüketiciye sunulması gerekir. Dolayısıyla analog dünyanın ürünlerinin tek başına dijital formda hazırlanması, o ürünü dijital içerik hâline getirmez¹⁴³. Örneğin matbaada basılmış bir kitabın, *Adobe Indesign* yazılımında hazırlanmış olması, kitabı tek başına dijital içerik kılmaz. Benzer şekilde bir avukatın, hukuk teknolojilerine

¹³⁸ **Fries**, 2023, BeckOGK/BGB § 327, par. 13. Kanun koyucunun bu kavramı kullanmaktaki amacı, hükümlerin kolay okunmasını sağlamaktır. Ayrıca dijital içerik ve hizmetlere büyük ölçüde aynı hükümlerinin uygulanması da bu tercihte etkili olmuştur. Ancak bu kavram, ürün sorumluluğu hukukundaki “ürün”den farklıdır. **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327, par. 6.

¹³⁹ **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 3, par. 40; **Eggen**, 2021, s. 477.

¹⁴⁰ Söz konusu tanım, teknoloji nötr (*technologically neutral*) ve gelecekteki teknolojik gelişmelerden etkilenmeyecek (*future-proof*) bir tanım olarak değerlendirilmektedir. **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327, par. 7.

¹⁴¹ **E.İ. Açıkgöz**, 2020, s. 31; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327, par. 7.

¹⁴² **Geiregat/Steennot**, 2017, s. 102.

¹⁴³ **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327, par. 7.

(*legaltech*) ilişkin çeşitli yazılımlardan faydalanarak müvekkili için oluşturduğu dilekçe de dijital içerik mahiyeti taşımaz¹⁴⁴.

B. Dijital Hizmet

Dijital hizmetler, Direktif'in ilk taslağında dijital içeriğin bir türü olarak değerlendirilerek ayrıca düzenlenmemiştir¹⁴⁵. Ancak yasalaşan metinde dijital hizmetler, Direktif kapsamının net olarak belirlenebilmesi amacıyla, dijital içeriklerden ayrı bir kategoride değerlendirilmiş ve tanımlanmıştır¹⁴⁶. Dijital hizmet kategorisi, Direktif'le BGB arasında muhtemel bir kavram karışıklığının engellenmesi amacıyla aynen BGB'ye dercedilmiştir¹⁴⁷. Yukarıda da ifade edildiği üzere dijital içerik ve dijital hizmetler konusundaki ayrım, pratikte neredeyse bir farklılık doğurmamakta hem dijital içeriklere hem de dijital hizmetlere AB ve Alman Hukuku bakımından aynı hükümler uygulanmaktadır¹⁴⁸. Öte yandan dijital içerik ve dijital hizmetin, her durumda birbirinden kolay bir şekilde ve net olarak ayrılması da mümkün değildir¹⁴⁹. Zira mal ve hizmetlerdeki gibi dijital içerik ve dijital hizmetler de tüketicilere genellikle hibrit şekilde sunulmaktadır. Örneğin dijital oyun platformu *Steam*'de bir yandan kullanıcılara dijital içerik mahiyetindeki bilgisayar oyunları sunulurken öte yandan onların oyunları puanlayabilmesi, forumda tartışabilmesi ve oyun içi eşyalarını pazarlayabilmesi, platformu dijital hizmete yaklaştırmaktadır.

Direktif ve BGB'de dijital hizmetler iki alt kategori hâlinde tanımlanmıştır (Direktif m. 2/2; BGB § 327/2). İlk kategoride, *Dropbox* ve *Google Docs* gibi tüketicinin dijital formda veri oluşturmasına, işlemesine, depolamasına veya bu verilere erişmesine imkân sağlayan hizmetler bulunmaktadır. İkinci kategoride ise sosyal medya platformlarında olduğu gibi tüketici veya o hizmetin kullanıcılarının yüklediği ya da oluşturduğu dijital formdaki verilerin paylaşımına yahut bu verilerle etkileşim kurmaya imkân sağlayan hizmetler yer alır. Bunlardan birine giren hizmet, Direktif ve BGB'ye göre dijital hizmet olarak kabul

¹⁴⁴ **Pech**, 2021, s. 509; **Spindler**, 2021, Schwerpunkt 1, s. 451.

¹⁴⁵ **Sénéchal**, 2020, EU Digital Law: art. 2, par. 9; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327, par. 8.

¹⁴⁶ **Sénéchal**, 2020, EU Digital Law: art. 2, par. 9.

¹⁴⁷ **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327, par. 8.

¹⁴⁸ **Pech**, 2021, s. 509. Dijital İçerik Direktifi'ndeki m. 3/3, m. 3/5-g-h, m. 16/4 ve m. 17/2 hükümleri, dijital içeriklere özgülenmişken; m. 3/5-a'da dijital hizmetlere özgü bir düzenleme yapılmıştır. Benzer şekilde BGB'de bazı hükümler dijital içeriklere (§ 327/5,6,7; § 327b/3), bazıları ise dijital hizmetlere (§ 327/6-1, § 327b/4) özgü şekilde kurgulanmıştır. **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327, par. 6.

¹⁴⁹ 2019/2161 sayılı Direktif, Rec. 30.

edilmektedir¹⁵⁰. Tıpkı dijital içerikteki gibi dijital hizmetin de hangi yolla temin edildiğinin bir önemi yoktur. Yani ister maddi vasıtayla, isterse internetten indirme veya yayınlanma suretiyle sunulsun, her iki durumda da dijital hizmetten söz edilir¹⁵¹.

Dijital içeriğin aksine dijital hizmetler; oluşturma, işleme, depolama, erişme, paylaşma ve etkileşimde bulunma gibi dijital formdaki veriden yararlanma tipinden hareketle tanımlanmıştır. Bu yararlanma tiplerinden en jenerik olanı ve diğerlerini kapsayanı ise verinin işlenmesidir¹⁵². İşleme ifadesine yer verilmesi, AB ve Alman kanun koyucularının teknoloji nötr (*technologically neutral*) ve gelecekteki teknolojik gelişmelerden etkilenmeyecek (*future-proof*) düzenleme tesis etme arzusunun bir yansıması olarak değerlendirilebilir¹⁵³.

Dijital hizmet örnekleri Direktif'te; yazılımın hizmet şeklinde sunulması (*software as a service*) kapsamında değerlendirilen görüntü ve ses paylaşma uygulamaları, internet barındırma hizmetleri (*hosting services*), *Google Docs* gibi bulut ortamında erişilebilen kelime işlemci programları, bilgisayar oyunları ve sosyal medya hizmetleri şeklinde sıralanmıştır (Direktif, Rec. 19). Bunlara ilaveten BGB'nin gerekçesinde; dijital kanallardan sunulan rezervasyon hizmetleri, mal-hizmet karşılaştırma ve puanlama hizmetleri ile arama motorları da dijital hizmet olarak anılmıştır¹⁵⁴.

C. Dijital İçerik ve Hizmetlerin Dijital Unsurlu Mallardan Ayrılması

Kavramsal olarak benzeşmeleri nedeniyle dijital içerik ve hizmetlerin, dijital unsurlu mallarla olan ilişkisinin açıklanması gerekir. Dijital unsurlu mallar, Direktif'te, içerdiği ya da bağlantılı bulunduğu dijital içerik ve hizmet olmadan işlevlerini yerine getiremeyecek olan ve maddi varlığı bulunan taşınır mallar olarak tanımlanmıştır (Direktif m. 2/3)¹⁵⁵. BGB'de ise doğrudan bir tanımlama yapılmamış yalnızca içerdiği ya da bağlantılı bulunduğu dijital içerik ve hizmet olmaksızın işlevini yerine getiremeyecek mallara dijital ürünlere

¹⁵⁰ Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327, par. 8.

¹⁵¹ S  n  chal, 2020, EU Digital Law: art. 2, par. 12.

¹⁵² S  n  chal, 2020, EU Digital Law: art. 2, par. 11. Kişisel verilerin korunması alanındaki benzer bir yaklaşım için bkz. Çekin, 2020, s. 47.

¹⁵³ Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327, par. 7.

¹⁵⁴ Deutscher Bundestag, 2021, 19/27653, s. 39.

¹⁵⁵ Bu kavram, Direktif'in ilk taslağında gömülü dijital içerik (*digital content which is embedded in goods*) olarak ifade edilmiştir. Bkz. AB Komisyon Taslağı, Direktif, Rec. 12.

ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır (BGB § 327a/3). Direktif ve BGB hükmünden anlaşıldığı üzere dijital unsurdan kastedilen, her tür dijital içerik ve hizmettir¹⁵⁶.

Dijital içerik veya hizmetle bağlantılı ya da bunu içeren bir malın, dijital unsurlu kabul edilmesi için o malın negatif bir teste tabi tutulması gerekir¹⁵⁷. Buna göre dijital içerik veya hizmetin bulunmaması, malın işlevlerini gerçekleştirmesini engelliyorsa dijital unsurlu maldan söz edilir¹⁵⁸. Ancak o mal, ilişkili olduğu dijital unsur olmadan da işlevlerini yerine getirebiliyorsa bu durumda yalnızca mal söz konusudur. Akıllı telefonlar, dizüstü bilgisayarlar, akıllı ev ürünleri ve robot süpürgeler dijital unsurlu mallara örnek olarak gösterilebilir¹⁵⁹.

Dijital unsurlu mallar, bir dijital içerik veya hizmetle bağlantılı olsa ya da bunları içerse de özü itibarıyla mal mahiyetindedir. Dolayısıyla dijital unsurlu mallara ilişkin satış sözleşmelerine ne Dijital İçerik Direktifi ne de BGB § 327 vd. hükümleri uygulanır. Bunlara AB Hukukunda 2019/771 sayılı Malların Satışına İlişkin Direktif hükümleri tatbik edilirken Alman Hukukunda satış sözleşmesine ilişkin genel hükümlere başvurulur¹⁶⁰.

¹⁵⁶ Direktif'te, dijital unsurlu malların tanımı yapılırken dijital içerik ve dijital hizmet arasında bir ayırım yapılmamıştır (Direktif m. 2/3 ve Rec. 21). Öte yandan 2019/771 sayılı Malların Satışına İlişkin Direktif'te "dijital unsur"un tüm dijital içerik ve dijital hizmetleri kapsadığı belirtilmiştir. **Sénéchal**, 2020, EU Digital Law: art. 2, par. 15.

¹⁵⁷ **Sénéchal**, 2020, EU Digital Law: art. 2, par. 16.

¹⁵⁸ BGB hükmünün lafzından ve AB kanun koyucunun yaklaşımından hareketle işlevin yerine getirilmemesinden murat edilenin, malın işlevini bir bütün olarak kaybetmesi olduğu ifade edilmektedir. Yani maldaki kısmi fonksiyon kaybı, o malın dijital mal sayılması için yeterli değildir. **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327a, par. 12. **Güner ve Atamer** ise işlevin önemli ölçüde sekteye uğratılmasının da yeterli olduğunu savunur. **Kurtulan Güner/Atamer**, 2022, s. 645. *Sein* için malın herhangi bir işlevinin yerine getirilememesi kâfidir. **Sein**, 2021, s. 25.

¹⁵⁹ **Sénéchal**, 2020, EU Digital Law: art. 2, par. 17.

¹⁶⁰ **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327a, par. 11-12; **Ring**, 2023, s. 1091.

§ 2. SÖZLEŞMEYE UYGUNLUK

I. SÖZLEŞMEYE UYGUNLUK KAVRAMININ TARİHİ GELİŞİMİ

A. Sözleşmeye Uygunluk Kavramı

Sözleşmeye uygunluk (*conformity, Vertragsmäßigkeit*), ifa engellerini yeknesaklaştırma çalışmalarının sonucunda ortaya çıkmış bir kavram olup¹⁶¹ ifanın konusuna dair müspet bir durumu ifade eder. Borçlunun, ifanın konusunu oluşturan yükümlülüklerini tam ve doğru bir şekilde yerine getirmesi hâlinde sözleşmeye uygunluktan bahsedilir. Anılan yükümlülüklerin tam ve doğru ifa edilmemesi hâlinde ise sözleşmeye uygunluğun bulunmaması veya uygunluk eksikliği (*lack of conformity, Vertragswidrigkeit*¹⁶²) söz konusudur.

İfa engelleri, modern düzenlemelerde yeknesak hâle getirilmeden önce çeşitli ayrımlara tabiydi¹⁶³. Roma Hukuku mahsulü olan bu ayrımlar, modern düzenlemelerde yerini sade ve anlaşılması daha kolay olan bir sisteme bırakmıştır¹⁶⁴. Buna göre tüm ifa engelleri, sözleşmeye aykırılık (*breach of contract, Vertragsverletzung*) şemsiyesinde toplanmıştır¹⁶⁵. Başka bir anlatımla bu şemsiye altında, ifanın varlığına, konusuna, zamanına ve yerine ilişkin tüm ifa engelleri yer almaktadır.

Sözleşmeye uygunluk, ifanın yalnızca konusunu ilgilendiren engelleri kapsar. Yani sözleşmeye uygunlukta ifanın varlığı, ifa zamanı ve ifa yeriyle ilgili bir değerlendirme yapılmaz. Dolayısıyla ifanın zamanına aykırılığı ifade eden temerrüt durumuyla ifanın hiç gerçekleşmemesi anlamına gelen imkânsızlık halleri ve ifanın yerine ilişkin ihlâller, sözleşmeye uygunluğun kapsamına girmez. Öte yandan sözleşmeye uygunluk çerçevesinde değerlendirilmeyen bu ifa engelleri, “sözleşmenin ihlâli” çatısı altında yer almaya devam etmektedir. Örneğin sözleşmeye uygun bir edimin alıcıya vadesinden sonra teslim edilmesi

¹⁶¹ Kanaatimizce sözleşmeye uygunluk, bir anlamda *Ernst Rabel*’in belirttiği genel bir sözleşme doktrini oluşturulması yönündeki çalışmaların sonuçlarından biridir. Ona göre ayıp ve zapt arasındaki ayrım eskide kalmıştır; her iki kurum da aynı kurallara tabi olmalıdır. **Rabel**, 1958, s. 288.

¹⁶² *Vertragswidrigkeit* ifadesinin kullanımına ilişkin açıklama için bkz. 5. dipnot.

¹⁶³ **Serozan**, 1990, s. 31; **Atamer**, 2010, s. 221. bkz. § 2.I.B.

¹⁶⁴ **Serozan**, 1990, s. 33.

¹⁶⁵ **Atamer**, 2010, s. 218.

hâlinde genel olarak sözleşmenin ihlâlâine ilişkin yaptırımlar uygulanır. Ancak bu yaptırımlar, sözleşmeye uygunluğun bulunmamasıyla ilişkili değildir.

Sözleşmeye uygunluğun tespiti, iki durum arasındaki fark üzerinden gerçekleştirilir¹⁶⁶. İlki, ifa konusu edimde, tarafların üzerinde anlaştığı vasıf ve özellikler ile o edimde dürüstlük kuralı uyarınca olması gereken vasıf ve özelliklerin bulunduğu farazi haldir¹⁶⁷. İkinci durum ise somut olaydaki borçlu tarafından yerine getirilmiş olan edimin konu bakımından taşıdığı vasıf ve özellikleri içerir¹⁶⁸. Başka bir anlatımla, borçlu hangi edimi ifa ederek borcu sona erdirmeye çalışmıştır, sorusunun cevabı aranır. Zikredilen ilk durumla somut olaydaki hâl birbiriyle örtüşüyorsa sözleşmeye uygunluk gerçekleşmiştir; aksi takdirde sözleşmeye uygunluğun bulunmamasından bahsedilir.

B. Sözleşmeye Uygunluk Kavramının Tarihî Gelişimi

Kronolojik inceleme yapıldığında, ifa engelleri bakımından iki önemli kırılma noktasının bulunduğu söylenebilir. İlk kırılma noktası, Roma Hukuku dönemindeki ağırlıklı olarak parça borcunu konu edinen sözleşmelerden, atölyede ve fabrikada üretimin başlamasıyla birlikte cins borcuna dayanan sözleşmelere geçiştir. Bu dönemde sözleşmeye konu malların birbirine benzemeye başlaması, lüzumlu vasıf kriterlerinin geliştirilmesi ihtiyacını doğurmuştur. İkinci kırılma noktası ise henüz yaşanmaya başlanan ve bilişim teknolojilerindeki gelişmelerle daha da yaygınlaşacak dijital içerik ve hizmetlerin tüketici işlemlerine konu edilmesidir. Dijital içerik ve hizmetler, birçok niteliği itibarıyla mal ve hizmetlerden farklılaşmakta ve dolayısıyla farklı lüzumlu vasıf kriterlerinin öngörülmesi ihtiyacını doğurmaktadır¹⁶⁹. İfa engellerinin tarihi, anılan kırılma noktalarından hareketle ve sözleşmeye uygunluk kavramıyla bağlantı kurularak Roma Hukuku dönemi, geleneksel ifa engelleri hukuku dönemi ve modern ifa engelleri hukuku dönemi şeklinde incelenebilir.

¹⁶⁶ *Zamir*'e göre sözleşmeye uygunluk değerlendirmesi şu üç soru üzerinden gerçekleştirilir: (i) borç konusu edim nedir? (ii) borçlu tarafından ifa edilen edim nedir? (iii) ifa edilen edimle borç konusu edim arasında vasıf ve özellikler bakımından hangi farklar vardır? Bkz. *Zamir*, 1991, s. 51.

¹⁶⁷ *Zamir*, 1991, s. 51; *Elizalde*, 2017, s. 74.

¹⁶⁸ *Zamir*, 1991, s. 51.

¹⁶⁹ Bkz. § 1.II.B.

1. Roma Hukuku dönemi

İfa engelleri içinde değerlendirilen ayıp ve zapt sorumlulukları, borçlar hukukundaki diğer birçok kurumda olduğu gibi Roma Hukukunda filizlenmiştir¹⁷⁰. Öncelikle, Roma Devletinde hukukun yakından ilgilendiği sözleşmelerin konusunun genel olarak parça borcu veya sınırlı cins borcu olduğu ifade edilmelidir¹⁷¹. Örneğin satıcı, kulakları beyaz olan atını veya Stichus isimli kölesini borçlanmışsa bir parça borcundan, deposundaki buğdaylardan 10 çuval buğdayı veya atlarından dört tanesini taahhüt etmişse sınırlı cins borcundan söz edilir¹⁷². Bu dönemde satışlar ağırlıklı olarak pazar yerinde, hazırlar arasında yapılmaktadır¹⁷³. Satıcı, buraya gelerek malını sergilemekte; alıcı ise sergilenen o malı beğenirse ücretini ödeyerek satın almaktadır. Roma'da cins borcunu içeren sözleşmeler de yapılmıştır¹⁷⁴. Ancak bu sözleşmeler, yaygınlık bakımından parça borcu içeren satış sözleşmelerinin gölgesinde kalmış¹⁷⁵ ve Roma Hukuku parça borcunu içeren sözleşmeleri düzenlemiş, cins borcuna ilişkin sözleşmelerdeki sorumluluğu ise bir taahhüde (*stipulatio*) tabi tutmuştur¹⁷⁶.

Roma Hukukunda ayıp ve zapttan doğan sorumluluk halleri, farklı kurallarla düzenlenmiştir. Ayıptan doğan sorumluluk, *Jus Civile*, *Aediles Curules* ve *Justinianus* olmak üzere üç dönemde gelişmiştir¹⁷⁷. *Jus Civile* döneminde satıcının ayıptan doğan sorumluluğu, esas olarak akdi nitelikteydi¹⁷⁸. Yani satıcının ancak özel bir taahhütte bulunması hâlinde onun sorumluluğu gündeme gelirdi¹⁷⁹. *Aediles Curules* döneminde ise satıcılara satılan hayvan ve kölelerinin ayıplarını halka bildirme yükümlülüğü getirilmiştir¹⁸⁰. Yani ayıptan doğan sorumluluk, ilk kez hayvan ve köle satışları için getirilen düzenlemeyle kısmi olarak yasal

¹⁷⁰ Honsell, 2015, BK/OR 192-196, par. 1; S. Eren, 2018, s. 37 vd.

¹⁷¹ Rabel, 1958, s. 103; Bucher, 1988, s. 57; Schwenger/Hachem/Kee, 2012, par. 31.11; Erdoğan, 2014, s. 72; S. Eren, 2018, s. 7.

¹⁷² Erdoğan, 2014, s. 18-19.

¹⁷³ Bucher, 1988, s. 53; Zimmerman, 1990, s. 237.

¹⁷⁴ S. Eren, 2018, s. 7.

¹⁷⁵ Zimmerman, 1990, s. 238.

¹⁷⁶ Erdoğan, 2014, s. 72. “Uygulamada *stipulatio*’nun tercih edildiğine kuşku yoktur; zira kaynaklarda satış sözleşmesinden çok, *stipulatio* ile çeşit borcunun öngörüldüğü görülmektedir.” S. Eren, 2018, s. 7.

¹⁷⁷ Edis, 1963, s. 2; Özdemir, 2013, s. 53.

¹⁷⁸ Edis, 1963, s. 3; Özdemir, 2013, s. 54.

¹⁷⁹ Satıcının ancak bir *stipulatio* ile özel bir taahhütte bulunması veya *mancipatio* aracılığıyla özel bir vaatte bulunması hâlinde onun sorumluluğu gündeme gelirdi. Edis, 1963, s. 3; Özdemir, 2013, s. 54-55.

¹⁸⁰ Edis, 1963, s. 3. Satıcı, artık örneğin satmak istediği kölenin etiketine; onun hastalığını, zaaflarını; kaçmaya eğilimini, avareliğini, bilinen adli sicilini yazmakla sorumluydu. Edis, 1963, s. 4; Erdoğan, 2014, s. 86. Satıcı, bu nitelikleri yazarak örneğin kölenin hırsız olmadığı veya sağlıklı olduğu konusunda alıcıya bir tür garanti veriyordu. Rabel, 1958, s. 111.

niteliğe kavuşmuştur¹⁸¹. Bu kurallar, ayıp sorumluluğu bakımından son dönem olarak anılabilecek *Justinianus* döneminde genişleyerek her türlü satışa uygulanmaya başlanmıştır¹⁸². Dolayısıyla bu dönemde ayıptan doğan sorumluluğun artık akdi nitelikten tamamen kanuni bir boyuta dönüştüğü söylenebilir.

Roma Hukukunda zapttan doğan sorumluluk, satıcının alıcıya malın sınırlamalardan arı şekilde zilyetliğini sağlama borcu (*vacuam possessionem tradere*) üzerine kurulmuştur¹⁸³. Rahat zilyetliği bozan herhangi bir hukuki ayıbın bulunması durumunda satıcının sorumluluğu gündeme gelirdi. Satıcı, alıcının rahat zilyetliğini bozan bilmediği ayıplardan dahi sorumlu kılınmıştı. Ancak bunun için malın üçüncü kişi tarafından bir hakka dayanılarak zapt edilmiş olması gerekiyordu¹⁸⁴.

2. Geleneksel ifa engelleri dönemi

Sözleşme ilişkilerinde amaç, edimin ifa unsurlarına uygun şekilde yerine getirilerek borcun sağlıklı bir şekilde sona erdirilmesidir¹⁸⁵. Ancak kimi zaman bu amaç, sorumluluğu gerektiren imkânsızlık, gereği gibi ifa etmeme, kötü ifa, aliud, ayıplı ifa, zapt ve temerrüt gibi çok çeşitli engeller karşısında tökezleyebilir veya sarsıntıya uğrayabilir. Sözleşme ilişkilerini akamete uğratan hususların tamamı, birer ifa engeli (*leistungsstörung*) olarak kabul görür¹⁸⁶. İfa engeli kavramı, ilk kez 1936 yılında *Heinrich Stoll* tarafından kullanılmıştır¹⁸⁷.

İfa engellerinin hukuk sistemlerince düzenlenmesi kronolojisinin ilk safhasında, ifa engelinin sebebinden hareket edilerek (*cause approach*) farklı hukuk kuralları öngörülmüştür. TBK ve OR'de, Roma Hukukundan izler taşıyan bu anlayış kabul

¹⁸¹ S. Eren, 2018, s. 38.

¹⁸² Edis, 1963, s. 5; Özdemir, 2013, s. 58.

¹⁸³ Bu dönemde satıcının asli edim yükümlülüğü, malın mülkiyetinin devri değil, rahat zilyetliğinin sağlanmasıydı. S. Eren, 2018, s. 21. Ayrıca bkz. Honsell, 2015, BK/OR 192-196, par. 4; Akçaal, 2020, s. 66; Atamer/Altunbaş Sancak, 2020, s. 70.

¹⁸⁴ Erdoğan, 2014, s. 81-82.

¹⁸⁵ İfa modaliteleri olarak isimlendirilen bu unsurlar; ifanın konusu ve tarafları ile ifa zamanından oluşur. F. Eren, 2020, par. 2816.

¹⁸⁶ Baysal/Sanlı, 2022, s. 177. Sözleşmeyi akamete uğratabilecek hususlar için bkz. Buz, 2010, s. 613.

¹⁸⁷ Schwarze, 2022, s. 2. Kavramı Türk Hukukuna kazandıran Rona Serozan'dır. Serozan, 1975, s. 243; Atamer, 2010, s. 218.

edilmiştir¹⁸⁸. Özellikle 20. yüzyılın sonlarına doğru ortaya çıkan ikinci safhada ise ifayı sarsan çeşitli olguların sebeplerinden hareketle farklı ve özel düzenleme yapma anlayışından vazgeçilmiş; kapsayıcı, bütünleştirici ve kolay uygulanabilir kurallar kabul edilmiştir. Viyana Satım Antlaşması (CISG)¹⁸⁹ ve Reform Kanunu’yla değişik BGB gibi bu modern anlayışı yansıtan birçok düzenleme ortaya çıkmıştır¹⁹⁰. İfa engellerine ilişkin yaklaşımdaki bu farklılaşma nedeniyle tarihî gelişimde, kırılmanın öncesini ve sonrasını ayrı ayrı incelemekte fayda bulunmaktadır. Buradan hareketle Roma Hukuku kalıntılarının korunduğu dönemi geleneksel ifa engelleri dönemi, yeni anlayışı yansıtan dönemi ise modern ifa engelleri dönemi olarak adlandırmanın uygun olacağı kanaatindeyiz.

Bugünün bakış açısıyla karmaşık görünse de geleneksel ifa engelleri dönemi, aslında ilk kodifikasyon hareketlerinin neticesinde erişilmiş ileri bir dönemdir. Nitekim 1900 yılında yürürlüğe giren Alman Medeni Kanunu (BGB) ve 1911 yılında yürürlüğe giren İsviçre Borçlar Kanunu (OR) uzun süren kodifikasyon çalışmalarının ardından yürürlüğe konmuş olan ve o dönemde yıldız misali parlayan normatif hukuk metinlerindendir. Ancak ikisinde de ifa engelleri; temerrüt, ayıplı ifa, imkânsızlık ve benzeri alt ayrımlara farklı sonuçlar bağlayacak şekilde ele alınmıştır¹⁹¹. Hatta bazı ifa engelleri, genel hükümlerde ayrı özel hükümlerde ayrı düzenlenmiştir¹⁹². Örneğin İsviçre/Türk hukuk sisteminde ayıplı ifa hâlinde her bir sözleşme tipine özgü kuralların yanı sıra, genel hükümlerdeki gereği gibi ifa etmemeye dayanmak da mümkündür. Daha da ötesinde Kıta Avrupası hukuk sisteminin benimsendiği kimi ülkelerde ayıplı ifa da kendi içinde açık ayıp ve gizli ayıp şeklinde ikiye ayrılmış ve bunlara da farklı sonuçlar bağlanmıştır¹⁹³.

Geleneksel ifa engelleri döneminde, ayıp ve zapttan doğan sorumluluk hâlleri, Roma Hukukunda olduğu gibi farklı hükümlere tabi tutulmaktadır. Ancak bu dönemde, üretim

¹⁸⁸ **Furrer/Muller-Chen/Çetiner**, 2021, par. 1389. İsviçre Borçlar Kanunu’nda değişiklik yapılmasına ilişkin 2020 tasarısında, modern ifa engellerine ilişkin yaklaşım, m. 118 vd. hükümlerinde benimsenmeye çalışılmış ancak kanun çalışmaları kadük kalmıştır. **Yağcıoğlu**, 2021, s. 358.

¹⁸⁹ **Atamer**, Viyana Satım Antlaşması’nın son derece kullanışlı bir engeli sistemi ihdas ettiği düşüncesindedir. **Atamer**, 2010, s. 231.

¹⁹⁰ **Serozan**, Reform Kanunu’nun en önemli unsurlarından birinin “yüküm ihlâli” (*Pflichtverletzung*, BGB § 280/1) olduğunu savunmakta ve bu kavramla “*edimle bağlantılı ve bağlantısız tüm yükümler(in) hep aynı kapta toplan*”dığını ifade etmektedir. **Serozan**, 2000, s. 233.

¹⁹¹ BGB için **Zimmerman**, 1990, s. 783; **Serozan**, 2000, s. 224 vd. İsviçre Medeni Kanunu için **Honsell**, 2015, BK/OR 192-196, par. 5; **Atamer/Eggen**, 2017, s. 747.

¹⁹² **Atamer**, 2008, s. 222.

¹⁹³ **Schwenzer/Hachem/Kee**, 2012, par. 31.27. Fransız Hukukunda da açık ayıp-gizli ayıp (*defaults caches - vices apparentes*) ayrımı bulunmaktadır. **Kruisinga**, 2004, s. 26.

faaliyetlerinin el işi olmaktan çıkıp atölyeye ve ardından fabrikaya geçişi, ayıp sorumluluğunda yeni bir kriterin doğmasına sebep olmuştur. Özellikle sanayi devriminin ardından fabrikasyon üretimin yaygınlık kazanmasıyla birlikte cins borçları, yaygın bir şekilde sözleşme ilişkilerinin konusunu oluşturmaya başlamıştır. Bu borçlar için ayıptan doğan sorumluluk kapsamında, günümüzde hâlen bir kriter olarak kullanılan lüzumlu vasıf kavramı ortaya çıkmıştır¹⁹⁴. Bu dönemde ayıp sorumluluğu, artık yalnızca tarafların edimde bulunmasını kararlaştırdığı özelliklerden hareketle değil, aynı zamanda o malın mutata kullanım amacından yola çıkılarak tespit edilmeye başlanmıştır¹⁹⁵.

Bu dönemde ifa engelleri, çeşitli ayrımlara tabi tutularak zaman zaman birbirlerinin uygulama alanlarını ihlâl edebilecek bir biçimde düzenlenmiştir. Geleneksel ifa engelleri sistematigi, birbirine benzer hukuki kurumlara, kimi zaman farklı hukuki sonuçların bağlanmasının nisbi adaletsizliklere ve hukuki belirsizliğe yol açtığı odağında eleştirilere maruz kalmıştır¹⁹⁶. Ayrıca, genel hükümlerde ayrı özel hükümlerde ayrı ifa engellerinin öngörülmüş olması da aynı etkiyi doğurabilir niteliktedir¹⁹⁷. Bu anlayışı yansıtan ifa engelleri ayrımlarına örnek olarak “imkânsızlık-temerrüt, imkânsızlık-zapt, sözleşmenin müspet ihlâli-ayıplı ifa, baştan imkânsızlık-sonradan imkânsızlık, objektif-sübjektif imkânsızlık” durumları gösterilmektedir¹⁹⁸.

Geleneksel ifa engelleri dönemindeki sistematige yöneltile eleştirileri isabetli bulanlar, ifa engelleri sistematiginin uluslararası borçlar hukuku düzenlemelerine paralel olarak gözden geçirilmesinde fayda bulunduğu kanaatindedir. Söz konusu eleştirilerin ortadan kaldırılabilmesi için ifa engellerinin tek bir sözleşmeye aykırılık şemsiyesi altında toplanması ve bu engellerin ortaya çıkma şartları ve sonuçları arasındaki yapay ayrımların

¹⁹⁴ Tarihî süreçte satış hukukunun odağı parça satışından, cins satışına kaymıştır. Roma hukukunun uygulandığı dönemlerde kitlesel üretimden (*mass production*) söz edilemeyeceği için o dönemde parça borçları için öngörülmüş kuralların ötesine geçilmemişti. **Bucher**, 1988, s. 58-59. Ancak hem teknolojiye yaşanan gelişmeler hem de uluslararası ticarete cins borcu içeren satış sözleşmelerinin yaygın olarak kullanılmasıyla özellikle İngilizce'nin hâkim olduğu hukuk çevrelerinde, *implied warranties* ve benzeri kurumlara cins borcuna ilişkin düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır. **Bucher**, 1988, s. 60; **Zimmerman**, 1990, s. 306. Lüzumlu vasıf kriterlerinin geliştirilmesi de bu kapsamda değerlendirilebilir.

¹⁹⁵ Mutata kullanım amacı (*ordinary use*), İngiliz Hukukunda 19. yüzyılın başlarında, mahkemelerce geliştirilmiş bir kavramdır. **Stoljar**, 1952, s. 432. Malın mutata kullanım amacıyla sözleşmeye uygunluk konsepti arasındaki bağlantı için bkz. **Elizalde**, 2017, s. 107.

¹⁹⁶ **Serozan**, 1990, s. 31; **Atamer**, 2010, s. 221. “Birbirine bu denli yakın olgulara böylesine farklı sonuçların bağlanmasını kimse haklı gösteremez.” **Serozan**, 1990, s. 32.

¹⁹⁷ **Atamer**, 2010, s. 221.

¹⁹⁸ **Serozan**, 1990, s. 31. **Serozan**'ın ifa engelleri sistematigine yönelik eleştirilerinin tamamı için bkz. **Baysal/Sanlı**, 2022, s. 177 vd.

ortadan kaldırılması gerektiği ifade edilmiştir¹⁹⁹. Eleştiriler doğrultusunda geleneksel ifa engeli sistematigi bazı ülkelerde terk edilerek yerine daha sade bir sistematik kabul edilmeye başlanmıştır.

3. Modern ifa engelleri dönemi

20. yüzyılda imza edilen satış hukukuna ilişkin uluslararası antlaşmalarda, ifa engellerindeki karmaşanın giderilmesi amacıyla yeni ve sade bir sistematik kabul edilmiştir²⁰⁰. Bu dönemdeki ifa engelleri hukukunun ayırıcı özelliği, tüm ifa engellerinin tek bir çatıda toplanarak sistematigin sadeleştirilmesidir. Başka bir deyişle ifa engelleri, engelin sebebi bakımından bir ayrıma tabi tutulmamış; temerrüt, gereği gibi ifa etmeme ve imkânsızlık gibi ifa engelleri; tek bir sözleşmeye aykırılık potasında eritilmiştir²⁰¹. Ancak ifa engelleri bu dönemde, hukuki sonuçları bakımından birbirinden ayrılmıştır. Öncelikle genel olarak bir sözleşmeye aykırılığın bulunup bulunmadığı tespit edilir; ardından o aykırılık hâli için hangi hukuki imkânlar sunulmalıdır, sorusunun cevabı aranır²⁰². Kabul edilen bu modern yaklaşımın basit ve gelişmelere açık bir sistem olduğu vurgulanmaktadır²⁰³.

Modern ifa engelleri anlayışını yansıtan ilk düzenlemeler, 1964 Lahey Satım Antlaşması (ULIS) ile 1980 Viyana Satım Antlaşması'dır (CISG). Sözleşmenin ihlâli, her iki antlaşmada da bir şemsiye kavram olarak yer almaktadır. ULIS m. 10'da ifa engellerine ilişkin ayrımlarından bahsedilmeden sözleşmenin ihlâli kavramı kullanılmıştır. CISG m. 25'te de benzer bir yaklaşım sergilenerek sözleşmenin ihlâline yer verilmiştir. Kodifikasyon hareketleriyle birçok ülkenin hukuk sistemini etkileyen Alman hukuku da ifa engellerindeki modernleştirme çalışmalarından kısmen de olsa nasibini almıştır. Reform Kanunu'yla BGB

¹⁹⁹ Serozan, 1990, s. 33; Atamer, 2010, s. 258. Sistemin tek bir borca aykırılık üzerinden kurgulanması, ifa engelleri yönünden Anglo-Sakson hukuk sistemine (*common law*) yaklaşma anlamına da gelir. Atamer, 2010, s. 232. Zira bu sistemdeki ifa engelleri, satıcı tarafından verilmiş ayrı bir garanti (*warranty*) olmadığı müddetçe tek bir çatı altında (*condition*) toplanmıştır.

²⁰⁰ Serozan, 1990, s. 33. Karmaşık ayrımlara, uluslararası sözleşmelerde ve modern yerel düzenlemelerde rastlamak mümkün değildir. Schwenger/Hachem/Kee, 2012, par. 31.38.

²⁰¹ Schwenger/Hachem/Kee, 2012, par. 31.39.

²⁰² Atamer'in ifadesiyle “soruna, ‘borçlu temerrüde düşmüştür, bu yüzden alacaklının bir dönme hakkı vardır’ şeklinde yaklaşılmamakta; ‘sözleşmeye aykırılık vardır, acaba somut olayda alacaklıya bir dönme hakkı verilmeli midir?’ sorusuna cevap aranmaktadır. Bakış açısı hep hukuki sonuçlar perspektifindedir.” Atamer, 2010, s. 233. Ayrıca bkz. Sert, 2013, s. 58.

²⁰³ Atamer, 2010, s. 234.

§ 280’de yeknesak bir kavram olarak yükümlülüğün ihlâlinin düzenlenmesi bunun en önemli örneklerinden biridir.

Sözleşmeye uygunluğa benzer konseptte ilk kez 20. yüzyılın başında Prusya ve Avusturya mevzuatında rastlanmaktadır. İfanın konusuna ilişkin engelleri yeknesak bir kavram altında birleştirme fikri, o dönem kanonist ve doğal hukukçular tarafından ortaya atılmış; Prusya Devletler Umum Kanunu’nda (*Preußischen Landrecht*) ve Avusturya Kanunu’nda (*Österreichischen Gesetzbuch*) müşahhas hâle getirilmiştir²⁰⁴. Avusturya Kanunu’nda hukuki, maddi, niteliği ve diğer hususları ilgilendiren tüm haller üst bir ayıp konseptiyle § 922 ve § 923’te birleştirilmiş ve ayıp, nitelik veya nicelik bakımından borçlanılan şeydeki herhangi bir eksiklik olarak tanımlanmıştır²⁰⁵.

Teknik bir terim olarak sözleşmeye uygunluk kavramı, tıpkı modern ifa engellerindeki gibi köklerini 1964 Lahey Satım Antlaşması ve 1980 Viyana Satım Antlaşması’nda bulmaktadır²⁰⁶. Satıcı, ULIS m. 33’te sayılan gereklilikleri yerine getirmediği sürece malları teslim etmeye ilişkin yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılmaz. CISG m. 35’te sözleşmeye uygunluk, ULIS m. 33’le benzer esaslara dayalı olarak ve fakat daha kapsamlı bir şekilde ve teslim yükümlülüğünden ayrı bir şekilde düzenlenmiştir²⁰⁷. Alman Hukukunda ise ULIS ve CISG’in aksine, teknik bir sözleşmeye uygunluk kavramı yer almamaktadır. Ancak BGB’deki satış sözleşmesi hükümleri bakımından ayıp (§ 434) ve zapt (§ 435) arasındaki ayırımın kaldırılarak her iki durumun da aynı kurallara (§ 437) tabi tutulmuş olması²⁰⁸, Alman hukuku bakımından sözleşmeye uygunluğa benzer bir konsept oluşturulduğunu göstermektedir.

²⁰⁴ **Rabel**, 1958, s. 107.

²⁰⁵ 99/44 sayılı Direktif’in 2. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen sözleşmeye uygunluk konseptinin, Avusturya Hukukuna aktarılması amacıyla § 922 ve § 923’te nasıl bir değişiklik yapılması gerektiğine yönelik tartışmalar yapılmış; ardından ilgili hükümlerde yalnızca ifadelerin değiştirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. **Hofer**, 2010, s. 229. Kanaatimizce bu durum da § 922 ve § 923’teki düzenlemelerin, hâli hazırda sözleşmeye uygunluk konseptiyle benzeştiğini göstermektedir. Avusturya Hukukundaki sözleşmeye uygunluk konseptine ilişkin bkz. **Faber**, 2019, s. 74.

²⁰⁶ **Bianca**, 1987, s. 268; **de Luca**, 2014, s. 169.

²⁰⁷ ULIS ile CISG arasındaki farklar için bkz. **Bianca**, 1987, s. 268; **de Luca**, 2014, s. 170 vd.

²⁰⁸ **Honsell**, 2015, BK/OR 192-196, par. 5; **Akçaal**, 2020, s. 70; **Atamer/Altunbaş Sancak**, 2020, s. 86; **F. Eren**, 2020, par. 231; **Uçkan**, 2022, s. 46.

II. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA SÖZLEŞMEYE UYGUNLUK

A. Viyana Satım Antlaşması (CISG)

İnsanlığın geliştirdiği en önemli uyumlulaştırma projelerinden biri olarak kabul gören Viyana Satım Antlaşması, modern ifa engelleri anlayışını yansıtan ilk düzenlemelerden olması itibarıyla birçok konuda, sonraki yeknesaklaştırma çabalarını ve millî hukuk sistemlerini etkilemiştir²⁰⁹. Antlaşma’da ifa engelleri, bütüncül bir bakış açısıyla sözleşmenin ihlâli (*breach of contract*) şemsiyesi altında toplanmış²¹⁰; bu şemsiye, yalnızca hukuki sonuçlar bakımından ihlâlın derecesi esas alınarak ikiye ayrılmıştır. Buna göre sözleşmeyi ihlâl eden taraf bakımından da öngörülebilir olan ve karşı tarafın ifadan beklediği menfaati önemli ölçüde azaltan veya ortadan kaldıran ihlâl, esaslı ihlâl niteliğindedir (CISG m. 25). Bu hâl dışında kalan diğer tüm ihlâl halleri ise deyim yerindeyse adi ihlâldir.

Viyana Satım Antlaşması’nın başarısında merkezi rol oynayan önemli kavramlardan biri de sözleşmeye uygunluktur²¹¹. Antlaşma’ya göre ifanın sözleşmeye uygunluğunun değerlendirilebilmesi için ilk aşamada m. 31 ila 34 hükümlerine başvurulacak ortada bir teslimin olup olmadığı belirlenir. Satıcının, miktar ve niteliğine bakılmaksızın sözleşmenin genel tanımına uygun malları alıcıya teslim etmesi veya onun hâkimiyet alanına bırakmasıyla birlikte teslim yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılır. İşte, satıcının bu teslim yükümlülüğünü yerine getirmesinin ardından m. 35 vd. hükümleri uyarınca malların sözleşmeye uygunluğuna ilişkin değerlendirmesi yapılabilir. Yani sözleşmeye uygunluk hâli, Viyana Satım Antlaşması’nda hiç ifa etmeme hâlinden (teslim etmeme) net bir şekilde ayrılarak düzenlenmiştir²¹². Antlaşma’da sözleşmeye uygun olmayan ifa ile hiç ifa etmeme, neticeleri itibarıyla de birbirinden ayrılmıştır.

Antlaşma’da yer alan düzenleme, satıcıya sözleşmeye uygun mal teslim etme yükümlülüğü yükler ve sözleşmeye uygun teslim için gerekli kriterleri belirtir. Bu hâliyle sözleşmeye

²⁰⁹ Antlaşma’nın özellikle (i) yerel hukuki terimlerden uzaklaşılarak bağımsız bir hukuki dil oluşturmuş olması, (ii) geleneksel sistemlerin etkisinde kalmayan daha şeffaf bir yapı içermesi ve (iii) Kıta Avrupası hukuk sistemindeki (*civil law*) ihlâl sebebinin değil, Anglo-Sakson hukuk sistemindeki (*common law*) ihlâlın esaslı olup olmamasını dikkate alması açılarından sonraki yeknesaklaştırma çabaları ile millî hukuk sistemlerini etkilediği kabul edilmektedir. **Schwenzer/Hachem**, 2009, s. 462.

²¹⁰ **Bianca**, 1987, s. 269; **Temel**, 2015, s. 60.

²¹¹ **de Luca**, 2014, s. 255.

²¹² **Bianca**, 1987, s. 272; **Hyland**, 1987, s. 306; **de Luca**, 2014, s. 173; **Saidov**, 2015, s. 186.

uygunluk kavramı, Viyana Satım Antlaşması'nda nötr bir konsept olarak düzenlenmiştir²¹³; Antlaşma'da tüketiciyi koruyan düzenlemelerin aksine alıcıyı koruma gibi bir amaç güdülmez. Menfaatler dengesinde birbiriyle eşit konumda görülen alıcı ve satıcı arasında sözleşmeye uygunluğa ilişkin bir anlaşma bulunmaması hâlinde mallarda bulunması gerektiği varsayılan nitelik ve özelliklere bakılır²¹⁴.

Sözleşmeye uygunluğun bulunmamasına ilişkin şart ve sonuçlar, Viyana Satım Antlaşması'nda özel bir ayırmda düzenlenmiştir. “*Malların Sözleşmeye Uygunluğu ve Üçüncü Kişilerin Hak veya Talepleri*” başlıklı bu ayırmda; maddi ayıp, kötü ifa, eksik ifa ve aliud gibi ifanın konusunu ilgilendiren durumların birçoğu, sözleşmeye uygunluk kavramı etrafında kümelenmiş (CISG m. 35-40)²¹⁵ ve devamında hukuki ayıp müessesesi düzenlenmiştir (CISG m. 41-44). Antlaşma'da maddi ayıp ile hukuki ayıp farklı hükümlerde düzenlense de her iki kurumun hukuki sonuçları aynıdır (CISG m. 45-52)²¹⁶. Yani geleneksel ifa engellerini yansıtan anlayışın aksine ifanın konusuna ilişkin ihlallerin türü bakımından sınıflandırma yapılmamış; bütünleştirici bir kavram olarak sözleşmeye uygunluk tercih edilmiştir²¹⁷. Bu yaklaşım, AB ve Alman Hukuku başta olmak üzere birçok hukuk sistemini de etkilemiştir²¹⁸.

CISG'daki sözleşmeye uygunluk düzenlemesi, tarafların iradelerin öncelik veren bir yaklaşımı benimser²¹⁹. Buna göre malların; miktar, kalite, tür ve paket-muhafaza tarzı gibi sözleşmede kararlaştırılan özelliklerle uyumlu bir biçimde alıcıya teslim edilmesi gerekir (CISG m. 35/1)²²⁰. Tarafların sözleşmede malların vasıf ve özelliklerine ilişkin bir belirleme

²¹³ **Kruisinga**, 2004, s. 61.

²¹⁴ **Bianca**, 1987, s. 271; **Schwenzer/Hachem/Kee**, 2012, par. 31.43.

²¹⁵ **Kruisinga**, 2004, s. 61; **de Luca**, 2014, s. 176. Viyana Satım Antlaşması'nda ne Fransız Hukukundaki açık – gizli ayıp ayırımına ne de İngiliz Hukukundaki *conditions – warranties* ayırımına yer verilmiştir. Bunlar, CISG m. 35 kapsamında değerlendirilir. **Kruisinga**, 2004, s. 26-27; **Schwenzer/Hachem/Kee**, 2012, par. 31.40. Hâkim görüşe göre aliud ile ayıplı ifa (*peius*) arasında da bir fark yoktur; her ikisi de sözleşmeye uygunluğa ilişkin hükümlere tabidir. **Kruisinga**, 2004, s. 61; **Schwenzer/Hachem/Kee**, 2012, par. 31.39. Ayrıca bkz. § 2.III.B.

²¹⁶ Mahiyeti itibarıyla farklı kurumların hüküm ve sonuçlarının tek bir potada eritilmesi, bu yapının tamamen problemsiz olduğunu göstermez. Bkz. **Atamer/Eggen**, 2017, s. 780.

²¹⁷ **Schwenzer/Hachem/Kee**, 2012, par. 31.38.

²¹⁸ Örneğin aliud hâli, Reform Kanunu'nun ardından BGB'de maddi ayıp içinde düzenlenmiştir. Antlaşma sistematüğinden etkilenen diğer ülkeler için bkz. **Schwenzer/Hachem/Kee**, 2012, par. 31. 45, dn. 73.

²¹⁹ **Bianca**, 1987, s. 271; **Schwenzer/Hachem/Kee**, 2012, par. 31.42; **Yücer Aktürk**, 2015, s. 214. Yani Antlaşma, piyasayı yansıtan objektif uygunluk anlayışını değil, tarafların anlaşmasını önceleyen subjektif uygunluk anlayışını benimsemiştir. **de Luca**, 2014, s. 184; **Temel**, 2015, s. 65.

²²⁰ **de Luca**, 2014, s. 187. Tarafların kararlaştırabileceği hususlar, madde metninde sayılanlarla sınırlı değildir. Taraflar, malın niteliklerine ilişkin olduğu sürece bu hükümde sayılmayan hususlara ilişkin

yapmamaları hâlinde, mallar belirli standartlara uygun olarak alıcıya teslim edilmek zorundadır (CISG m. 35/2)²²¹. Söz konusu standartlar; mutata veya özel kullanım amacına uygunluk, örnek veya model olarak sunulan mallara uygunluk ile paketlemenin uygunluğunu kapsar²²². Bu konuda satıcının sorumluluğuna sınırlama getiren haller ise CISG m. 35/3'te düzenlenmiştir²²³.

İfanın konusuna ilişkin bir başka durum da satılan malın hukuken ayıplı olmasıdır. Antlaşma'da hukuki ayıp, üçüncü kişilerin mallar üzerindeki hak ve talepleri bağlamında düzenlenmektedir (CISG m. 41-44). Antlaşma'da, malın alıcının elinden kısmen veya tamamen zapt edilmesine dair Roma Hukukundaki anlayış terk edilmiştir²²⁴. Yani üçüncü kişinin, üstün hakkından hareketle alıcının malını zapt etmesi veya ona dava açması ya da onunla herhangi bir şekilde muhatap olması şart değildir²²⁵. Hukuki ayıp için üçüncü kişinin bir hak veya talebinin varlığı yeterlidir²²⁶. Tartışmalı olmakla birlikte kamu hukukundan kaynaklanan sınırlamaların da hukuki ayıp kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündeki görüşe katılıyoruz²²⁷. CISG m. 7'de yer alan otonom yorum ilkesine de hizmet eden bu yorum, özü itibarıyla Viyana Satım Antlaşması'nın bütünleştirici fonksiyonuna daha uygundur ve sınırlamaların kaynağına göre farklı hükümlere başvurulmasını engeller²²⁸. Nitekim Alman Federal Mahkemesi, CISG'a başvurduğu bir kararında hırsızlığa

anlaşma da yapabilir. **Şahin**, 2020, s. 145. Sözleşmeye uygunluğun tespiti noktasında tarafların yalnızca açık iradeleri değil, zımni iradeleri de esas alınır. **de Luca**, 2014, s. 185-186.

²²¹ **Hyland**, 1987, s. 311; **Kruisinga**, 2004, s. 30; **de Luca**, 2014, s. 195; **Yücer Aktürk**, 2015, s. 215.

²²² Özel kullanım amacına uygunluğun sağlanabilmesi için satıcının bu konu hakkında bilgi sahibi olması gerekir. **Saidov**, 2015, s. 70. Satıcının bilgisinin olmaması hâlinde, malın mutata kullanım amacına uygunluk, sözleşmeye uygunluğun sağlanması için yeterlidir. **de Luca**, 2014, s. 197.

²²³ **Bianca**, 1987, s. 277; **Kruisinga**, 2004, s. 62; **de Luca**, 2014, s. 242.

²²⁴ **Atamer/Altunbaş Sancak**, 2020, s. 77.

²²⁵ **Honsell**, 2015, BK/OR 192-196, par. 9; **Schlechtriem/Schwenzer**, 2015, s. 800-801. Bu nedenle CISG, OR de dâhil olmak üzere birçok ulusal hukuk düzenlemesinden ayrılır. Bkz. OG Zug, 23.02.2023, Z1 2022 6, 4.2 (pace.edu).

²²⁶ Zug Kanton Yargıtayı'nın verdiği karara göre alıcı, üçüncü kişinin hak veya talepleri temelsiz olsa dahi ona karşı bir işlem yapmak zorunda bırakılmamalıdır. OG Zug, 23.02.2023, Z1 2022 6, 4.2 (pace.edu).

²²⁷ **Saidov**, 2015, s. 191-192; **Schlechtriem/Schwenzer**, 2015, s. 797-798; **Atamer/Altunbaş Sancak**, 2020, s. 82. CISG m. 41'in lafzındaki "üçüncü kişilerin her türlü hak ve talepleri" ifadesinin, kamu hukukundan kaynaklanan sınırlamaları da içerebilecek kadar geniş olduğunu belirtmek gerekir. **Saidov**, 2015, s. 192.

²²⁸ Antlaşma hükümleri, bütünleştirici yaklaşıma uygun şekilde yorumlanmalıdır. **de Luca**, 2014, s. 180. Aksinin kabulü hâlinde, "ithracat yasağı satıcının malı teslim yükümlülüğüne aykırılık teşkil edecekken (CISG m. 30); ithalat yasağı da alıcının malları kabul etmesini etkileyebilir (CISG m. 53)." **Schlechtriem/Schwenzer**, 2015, s. 798-799.

konu otomobile polis tarafından el konulması şeklinde gerçekleşen kamu hukuku kaynaklı sınırlamayı da hukuki ayıp olarak değerlendirilmiştir²²⁹.

B. İngiliz Hukuku

Sözleşmeye uygunluk terimi, İngiliz Hukukunda açıkça öngörülmüş değildir. Viyana Satım Antlaşması'na (CISG) da taraf olmayan Birleşik Krallık'ta bu kavram, zımni şartlar (*implied terms*) kurumuyla benzeştirilmiştir. Taraflarca kararlaştırılmasa dahi sözleşmenin bir parçası olarak kabul edilen zımni şartlar, İngiliz Hukukunda içtihatlarla geliştirilmiş²³⁰ ve 1979 tarihli Mal Satış Kanunu'yla (SGA 1979) kanuni bir altyapıya kavuşmuştur. Birleşik Krallık'ın AB'ye üye olduğu dönemde yürürlüğe giren 99/44 sayılı Mal Satış Direktifi'nin sözleşmeye uygunluğu düzenleyen 2. maddesinin iç hukuka aktarılması için yapılan değişiklikler de sözleşmeye uygunlukla zımni şartlar arasındaki benzerliği, İngiliz kanun koyucu gözünden teyit etmiştir²³¹. Öyle ki sözleşmeye uygunluğa ilişkin Direktif maddesinin iç hukuka aktarılması için 1979 tarihli Mal Satış Kanunu'nun zımni şartlara ilişkin hükümlerinde değişiklik yapılmıştır²³². 2015 tarihli Tüketici Hakları Kanunu'nun (CRA), mallara ilişkin hükümlerinde aynı yaklaşım korunmuş ve mesele zımni şartlar altında düzenlenmiştir²³³.

1979 tarihli Mal Satış Kanunu'na göre mal satışlarında iki tür zımni şartın sözleşmenin içeriğinde bulunduğu varsayılır. İlk olarak satılan mal, tatmin edici kalitede (*satisfactory quality*) olmalıdır (SGA 1979 m. 14/2). Bunun için malın sözleşmedeki tanımı (*description*), fiyatı ve somut olayın diğer şartları, makul bir kimsenin gözünden değerlendirildiğinde tatmin ediciyse, sözleşmeye konu malın tatmin edici kalitede olduğu kabul edilir²³⁴. İkinci

²²⁹ Öncü nitelikteki karar için bkz. BGH, 11.01.2006, VIII ZR 268/04 (pace.edu). Benzer yönde bkz. LG Freiburg, 22.08.2002, 8 O 75/02 (pace.edu).

²³⁰ High Court, *Holcombe v Hewson* (1810) 170 ER 1194 (Westlaw UK); High Court, *Gardiner v Gray* (1815) 171 ER 46 (Westlaw UK). Benzer yönde bkz. Court of Common Pleas, *Laing v Fidgeon* (1815) 128 ER 974 (Westlaw UK). Sonraki tarihli kararlar hakkında bilgi için bkz. **Prosser**, 1943, s. 120 vd.

²³¹ **Bradgate**, 2010, par. 40. Öte yandan tüketici hukuku alanındaki 2019/770 ile 2019/771 sayılı direktifler, Birleşik Krallık'ın AB'den ayrılması (*Brexit*) nedeniyle İngiliz Hukukuna aktarılmamış ve bu da kanaatimizce sözleşmeye uygunluğun tam anlamıyla iç hukuka dâhil edilememesine neden olmuştur.

²³² 99/44 sayılı Direktif'in iç hukuka aktarılması için 1979 tarihli Mal Satış Kanunu'nda m. 5A hükmü ihdas edilmiştir. **Miller**, 2011, s. 97. Ancak bu düzenleme, tam anlamıyla Direktif'teki sözleşmeye uygunluk teriminin içeriğini yansıtmamaktadır. Bkz. **Miller**, 2011, s. 99 vd.

²³³ Bu Kanun, başta 99/44 sayılı Direktif ile 2011/83 sayılı Direktif olmak üzere İngiliz Hukukunun çeşitli AB Direktiflerine uyum sağlaması amacıyla çıkarılmıştır. **Giliker**, 2017, s. 119.

²³⁴ Kalite; özellikle mutad amaca uygunluğu, görünümünü, malda küçük kusurların bulunmamasını, güvenli olmasını ve dayanıklı olmasını kapsar (SGA 1979 m. 14/2B). Tüketici işlemlerinde, malların özelliklerine

zımni şart satılan malın, alıcının özel amacına uygun (*fit for the particular purpose*) olmasıdır (SGA 1979 m. 14/3). Buna göre alıcının, sözleşmeye konu malın özel amacını satıcıya bildirmesi hâlinde malın, bu amaca hizmet etmesi gerekir²³⁵. Anılan iki şart dışında; sözleşmeye uygunluk kapsamında değerlendirilen hukuki ayıptan arılık meselesi de Kanun'daki zımni şartlar kapsamında düzenlenmiştir (SGA 1979 m. 12).

Dijital içerik ve hizmetler bakımından sözleşmeye uygunluğu ilgilendiren meseleler, 2015 tarihli Tüketici Hakları Kanunu'nda, mallara ilişkin düzenlemelerdeki sistematik takip edilerek zımni şartlar üzerinden düzenlenmektedir²³⁶. Buna göre dijital içeriklerin konu edildiği sözleşmeler bakımından üç tür zımni şartın sözleşmenin içeriğinde bulunduğu kabul edilir. İlk olarak dijital içeriklerin, tatmin edici kalitede sunulması gerektiği, sözleşmenin bir parçası sayılır (CRA m. 34/1). Mallarda olduğu gibi dijital içeriklerin tatmin edici bir kaliteye sahip olup olmadığı; makul bir kimsenin perspektifiyle somut olaydaki dijital içeriğin tarifi, ücreti ve somut olayın diğer şartları üzerinden değerlendirilir (CRA m. 34/2). Kalite, aynı tür dijital içeriklerin sunulduğu amaçlarla uygun olmasını, hafif kusurlardan arı olmasını, güvenli olmasını (*safety*) ve dayanıklı olmasını (*durability*) kapsar (CRA m. 34/3). Dijital içeriğin özelliklerine ilişkin satıcı veya üretici tarafından yapılan kamuya açık beyanlar da tatmin edici kaliteyi belirleyen hususlardandır (CRA m. 34/5).

Sözleşmede yer aldığı varsayılan ikinci zımni şart, dijital içeriğin, tüketicinin özel kullanım amacına uygun olmasıdır (CRA m. 35/1). Buna göre tüketicinin, kendi özel amacını satıcıya bildirmesi durumunda dijital içeriğin bu amaca hizmet etmesi gerekir. Ancak bu zımni şart, tüketicinin satıcının becerisine veya muhakemesine güvenmediğini veya güvenmesinin makul olmadığını gösteriyorsa uygulanmayacaktır (CRA m. 35/4). Üçüncü zımni şart, dijital içeriğin tarif edilmesine veya tanımlanmasına ilişkindir. Buna göre eğer sözleşmeye konu dijital içeriğe ilişkin olarak sağlayıcı, tüketiciye bir tarif sunduysa, bu tarif de sözleşmeye dair bir şart olarak değerlendirilir (CRA m. 36).

ilişkin satıcı veya üretici tarafından yapılan kamuya açık beyanlar da kaliteyi belirleyen hususlardandır (CRA 2015, m. 9/5).

²³⁵ Ancak bu zımni şart, tüketicinin satıcının becerisine veya muhakemesine güvenmediğini veya güvenmesinin makul olmadığını gösteriyorsa uygulanmayacaktır (SGA 1979 m. 14/3).

²³⁶ **Giliker**, 2017, s. 116. Zımni şartlar, 2015 tarihli Tüketici Hakları Kanunu'nda, kanuni haklar (*statutory rights*) başlığı altında yer alır.

C. Avrupa Birliği Hukuku

Avrupa Birliği Hukukunda, özel hukuku ilgilendiren bazı düzenlemelerde modern ifa engelleri sistematiki kabul edilmiştir²³⁷. İfa engellerini ilgilendirmesi itibariyle sözleşmeye uygunluk kavramı, AB'nin tüketici hukuku alanındaki birçok düzenlemesinde yer almaktadır²³⁸. Sözleşmeye uygunluk konsepti bakımından AB Hukukunun, Viyana Satım Antlaşması'nın etkisi altında kaldığı söylenebilir²³⁹. Öyle ki bu konseptin Avrupa'da yayılmasını sağlayan baş rolün Antlaşma'ya ait olduğu düşünülmektedir²⁴⁰. Uluslar üstü bir kuruluş olarak AB'nin hukuku dışında, bu kuruluşa üye olan ülkelerin neredeyse tamamı Viyana Satım Antlaşması'nı onaylayarak iç hukukuna dahil etmiş ve böylelikle söz konusu yeknesak konsepti kabul etmiştir²⁴¹.

Sözleşmeye uygunluğun Avrupa'da yaygınlaşmasının tarihine bakıldığında ilk olarak 1995 tarihli Avrupa Sözleşmeleri Hukuku İlkeleri'nin (PECL) incelenmesi gerekir²⁴². İlkelerde açıkça bu kavrama yer verilmemekle birlikte kapsam ve anlam itibariyle sözleşmeye uygunluğa benzer bir yaklaşımın benimsendiği ifade edilmektedir²⁴³. 2007 tarihli Taslak Ortak Referans Çerçevesinde (DCFR)²⁴⁴ ise sözleşmeye uygunluk konseptine yer verilmiş; bu konsept hem satış sözleşmesi için hem de eser ve saklama gibi bazı sözleşmeler açısından geçerli kılınmıştır²⁴⁵. Taslağı 2014 yılında yayınlanan Avrupa Ortak Satış Hukuku'nda (CESL) sözleşmeye uygunluğa ilişkin yükümlülükler, malların yanı sıra dijital içerikler

²³⁷ **Atamer**, 2010, s. 232; **Schwenzer/Hachem/Kee**, 2012, par. 31.42. AB'de, tüketici hukukunu uyumlulaştırma çalışmaları hakkında bilgi için bkz. **Dönmez**, 2016, s. 960 vd.

²³⁸ Sözleşmeye uygunluk kavramı, tüketici satışlarına ilişkin AB düzenlemelerinin yeknesaklaştırılması konusunda adeta bir bekçi rolündedir. **Miller**, 2011, s. 89.

²³⁹ **Miller**, 2011, s. 89; **Dias**, 2017, s. 7.

²⁴⁰ **Elizalde**, 2017, s. 82.

²⁴¹ **Elizalde**, 2017, s. 100.

²⁴² Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (*Principles of European Contract Law*) https://www.trans-lex.org/400200/_pecl/ (18.09.2023 tarihinde erişildi).

²⁴³ **Henschel**, 2007, s. 167. Amerikan Hukukundaki düzenlemeler, bu ilkelerin hazırlanmasında bir model olarak kabul edilmiştir. **Schwenzer/Hachem/Kee**, 2012, par. 2.24.

²⁴⁴ Taslak Ortak Referans Çerçevesi (*Draft Common Frame of Reference*) https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf (18.09.2023 tarihinde erişildi).

²⁴⁵ **Elizalde**, 2017, s. 106.

bakımından da kabul edilmiştir²⁴⁶. Ancak bu üç metin, çeşitli sebeplerle yasalaşamayarak kadük kalmış ve AB Hukukunda uygulama kabiliyeti kazanamamıştır.

Uygulama kabiliyetine sahip AB düzenlemeleri bakımından sözleşmeye uygunluk konsepti, ilk kez tüketici mallarının satışını düzenleyen 99/44 sayılı mülga Direktif'te öngörülmüştür²⁴⁷. Bu Direktif'in oluşturulmasında CISG hükümleri model alınmıştır²⁴⁸. Öyle ki Direktif'teki sözleşmeyi uygunluğu düzenleyen 2. madde hükmünde, Antlaşma'nın bu konuyla ilgili esasları içeren m. 35/2 hükmü dayanak alınmıştır²⁴⁹. Buna göre satıcının, malları sözleşmeye uygun şekilde tüketiciye teslim etme yükümlülüğü bulunmaktadır²⁵⁰.

99/44 sayılı Direktif'te tek madde altında düzenlenen sözleşmeye uygunluk, bu Direktif'i ilga eden 2019/771 sayılı Malların Satışına İlişkin Direktif'te daha detaylı bir şekilde beş madde hâlinde düzenlenmiştir. Bu kapsamda malların sözleşmeye uygunluğu için subjektif ve objektif şartlar düzenlenmiş (m. 5-7); yanı sıra malların yanlış kurulumu (m. 8) ile üçüncü kişilerin malın kullanımını engelleyen veya sınırlayan hakları da (m. 9) bu konsept içinde değerlendirilmiştir. Sözleşmeye uygunluğun bulunmaması hâlinde tüketicinin hangi haklara sahip olduğu ise 13. maddede düzenlenmektedir.

Dijital içerik ve hizmetler bakımından sözleşmeye uygunluk, AB Hukukunda ilk kez Dijital İçerik Direktifi'yle öngörülmüştür²⁵¹. Aynı yasama paketinde yer almaları itibariyle, 2019/770 sayılı Dijital İçerik Direktifi ile 2019/771 sayılı Malların Satışına İlişkin Direktif sistematik açıdan adeta birer ikiz gibidir²⁵². Sözleşmeye uygunluk, Dijital İçerik Direktifi'nde de sağlayıcının bir yükümlülüğü olarak öngörülmüş (m. 6)²⁵³; ardından sözleşmeye uygunluk için kümülatif olarak aranan subjektif ve objektif şartlar (m. 7-8) ile

²⁴⁶ Bkz. CESL; Kısım IV, Bölüm 10, Ayrım 3, m. 99 vd. Sözleşmeye uygunluk konsepti CESL'de hem subjektif hem objektif şartlar üzerinden düzenlenmiştir. **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 6, par. 9.

²⁴⁷ **Twigg-Flesner**, 2020, s. 1.

²⁴⁸ **Demir**, 2005, s. 29; **Miller**, 2011, s. 89; **Aydoğdu**, 2014, s. 32-33; **de Luca**, 2014, s. 255-256; **Kahveci**, 2014, s. 84; **Temel**, 2015, s. 68; **Kırca**, 2016, s. 156; **Twigg-Flesner**, 2020, s. 1-2.

²⁴⁹ **Miller**, 2011, s. 89; Hannes Rösler, Sale of Consumer Goods, Max-EuP2012 https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Sale_of_Consumer_Goods (18.09.2023 tarihinde erişildi). *Elizalde*'ye göre Antlaşma'daki sözleşmeye uygunluk konsepti, doğrudan tüketici ilişkilerinde (B2C) uygulanmak üzere Direktif'e alınmıştır. **Elizalde**, 2017, s. 85.

²⁵⁰ **Twigg-Flesner**, 2008, s. 91.

²⁵¹ Direktif'teki sözleşmeye uygunluğa ilişkin düzenlemeler, esasa ilişkin ilk önemli hüküm grubu olarak anılmaktadır. **Ciacchi/van Schagen**, 2017, s. 102; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 6, par. 1.

²⁵² Maddi uygulama alanı bakımından bu direktifler birbirini tamamlayıcı niteliktedir. **Köycü**, 2023, s. 180. Direktiflerin benzerlik ve farklılıkları için bkz. **Carvalho**, 2019, s. 2 vd.

²⁵³ **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 6, par. 28.

bunların tüketicinin dijital ortamına entegrasyonu (m. 9) ve hukuki ayıbın bulunmaması şartları düzenlenmiştir (m. 10)²⁵⁴. Sözleşmeye uygunluğun bulunmaması hâlinde tüketicinin hangi haklara sahip olduğu ise 14. maddede düzenlenmektedir. Dijital İçerik Direktifi'nin sözleşmeye uygunluk konulu düzenlemelerine detaylarıyla ikinci bölümde yer verildiğinden şimdilik düzenlemenin ana hatlarına değinmekle yetiniyoruz²⁵⁵.

D. Alman Hukuku

Alman Hukukunda ifa engelleri sistematiği, 2002 reformu öncesinde geleneksel anlayışı yansıtıyordu. Buna göre BGB'de imkânsızlık, geç ifa, ayıplı ifaya ilişkin farklı kurallar öngörülmüş ve her biri için farklı hüküm ve sonuçlar tespit edilmişti. Uluslararası gelişmelere duyarsız kalmayan Alman kanun koyucu, Reform Kanunu'yla BGB § 280'de yeknesak bir yüküm ihlâli (*Pflichtverletzung*) kavramı öngörmüş²⁵⁶ ve ifa engellerini bir şemsiye altında toplamaya çalışmıştır²⁵⁷. Bu hâliyle 2002 sonrası BGB, modern ifa engelleri anlayışıyla ihdas edilmiş düzenlemeler arasında yer almaktadır. Ancak Kanun'da hâlen imkânsızlık ve temerrüt gibi her bir ifa engeli, ayrı ayrı düzenlenmeye devam etmektedir²⁵⁸. Dolayısıyla uluslararası antlaşmalarda öngörülen modern ifa engelleri sistematiğinin BGB'de birebir yer aldığı söylemek mümkün değildir. Bu hâliyle BGB'de, bir yandan dava (*actio*) temelli Roma hukuku geleneği sürdürülürken²⁵⁹, öte yandan yeknesak bir ifa engeli kavramı tesis etmeye çalışıldığı söylenebilir.

Alman Hukukunda Dijital İçerik Direktifi'nin iç hukuka uyarlanarak ilgili hükümlerin yürürlüğe girdiği 1.1.2022 tarihine kadar net bir sözleşmeye uygunluk konseptinin öngörüldüğünden bahsetmek mümkün değildi. Bununla birlikte Reform Kanunu'ndaki değişikliklerle sözleşmeye uygunluk konseptinin satış sözleşmesi bakımından dolaylı olarak

²⁵⁴ **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 6, par. 29. Gerekliliklerin subjektif ve objektif şartlar olarak ikiye ayrılması, Dijital İçerik Direktifi'nin en önemli yeniliklerinden biridir. **Geiregat/Steennot**, 2017, s. 121; **Carvalho**, 2019, s. 11; **Twigg-Flesner**, 2020, s. 7; **Zdraveva**, 2021, s. 406.

²⁵⁵ Bkz. § 4.

²⁵⁶ **Serozan**, 2000, s. 233; **Pak**, 2005, s. 53; **Furrer/Muller-Chen/Çetiner**, 2021, par. 1388. Bu kavram; geç ifa, ifası mümkün bir borcun ifa edilmemesi, imkânsızlık, maddi ya da hukuki ayıp ile kötü ifa durumlarının tamamını kapsamaktadır. **Ernst**, 2019, MüKo/BGB § 280, par. 10.

²⁵⁷ **Serozan**, 2000, s. 233; **Schwab**, 2002, s. 3; **Kahveci**, 2014, s. 86. Bu yaklaşımın tercihinde hem 99/44 sayılı Direktif'in iç hukuka aktarılma gerekliliği hem de CISG etkili olmuştur. **Zimmerman**, 2004, s. 3, 20; **Elizalde**, 2017, s. 86.

²⁵⁸ **Pak**, 2005, s. 53.

²⁵⁹ **Markesinis/Unberath/Johnston**, 2006, s. 379.

benimsendiği kanaatindeyiz²⁶⁰. Öyle ki reformla, ayıptan ve zapttan doğan sorumluluk ayrımı ortadan kaldırılmış²⁶¹; bunun yerine yalnızca ayıp kavramı düzenlenerek maddi ve hukuki ayıp (*sach- und rechtsmangel*) ayrımı yapılmış, lakin her iki durum da sonuçları bakımından aynı hükümlere (BGB § 437) tabi tutulmuştur²⁶². Ayrımın kaldırılmasında, birbiriyle benzeşmelerine rağmen tamamıyla farklı sonuçlara tabi tutulmaları etkili olmuştur²⁶³. Maddi ayıba ilişkin BGB § 434 hükmü aynı zamanda aliud ve eksik ifa halleriyle ifaya yardımcı yan yükümlülüklerden montaj ve kurulumla ilişkin talimatların temini yükümlülüklerini de kapsamaktadır²⁶⁴. Öte yandan hukuki ayıbın düzenlendiği BGB § 435'te, mal üzerinde yük oluşturan hakkın kaynağının özel hukuk ya da kamu hukuku olması fark etmeksizin her iki hâl de hukuki ayıp kapsamında değerlendirilmiştir²⁶⁵. Reform Kanunu'yla hayata geçirilen bu düzenlemelerin başta Viyana Satım Antlaşması olmak üzere modern ifa engellerindeki yaklaşıma uygun olduğunu ve bu hâliyle BGB § 434 ile § 435 hükümlerinin satış sözleşmesi bakımından kül hâlinde sözleşmeye uygunluğu teşkil ettiği kanaatindeyiz²⁶⁶.

Alman hukukunda ifa engelleri, “yüküm ihlâli” başlığıyla BGB § 280'de tek bir çatı altında toplanmasına rağmen her sözleşme tipine uygulanabilecek genel bir sözleşmeye uygunluk konseptinin öngörülmemiş olması eleştirilebilir. Nitekim Reform Kanunu'nun gündeme geldiği dönemde tüm sözleşme tipleri açısından böyle bir yeknesak düzenleme fikri, reform metninin ilk taslağında BGB § 370 vd. hükümlerinde yer almıştır²⁶⁷. Ancak Alman yasa koyucu, tüm sözleşme tipleri yönünden böyle bir düzenleme yapılmasının “*hukuken öngörülebilir, anlaşılabilir ve kolay uygulanabilir*” olmayacağı gerekçesiyle bu fikirden vazgeçmiş ve sözleşmeye uygunluk konseptini, yalnızca satış sözleşmesi bakımından öngörmüştür²⁶⁸. Nitekim BGB'de genel bir sözleşmeye uygunluk konsepti öngörülmesinin

²⁶⁰ Benzer yönde bkz. **Elizalde**, 2017, s. 100.

²⁶¹ **Akçaal**, 2020, s. 70; **Atamer/Altunbaş Sancak**, 2020, s. 86; **F. Eren**, 2020, par. 231; **Uçkan**, 2022, s. 46.

²⁶² **Akçaal**, 2020, s. 70; **Atamer/Altunbaş Sancak**, 2020, s. 86; **F. Eren**, 2020, par. 231; **Uçkan**, 2022, s. 46.

²⁶³ **Pak**, 2005, s. 42.

²⁶⁴ BGB § 434/1'de ifaya yardımcı yan yükümlülüklerden montaj ve kurulum dahil olmak üzere talimatların alıcıya teslimi, § 434/2 ve 3'te eksik ifa ve § 434/5'te aliud hâli düzenlenmiştir.

²⁶⁵ **Westermann**, 2019, MüKo/BGB § 435, par. 10.

²⁶⁶ Alman hukukundaki sözleşmeye uygunluk kapsamında değerlendirilen satış sözleşmesi hükümlerinin (BGB § 434 ve § 435) kaynağının genel olarak AB direktifleri ve özellikle 1999/44 sayılı Direktif olduğu söylenebilir. **Temel**, 2015, s. 68; **Müller-Chen**, 2016, CHK/OR 197, par. 3. Ancak sözleşmeye uygunluk, mehzaz direktiflerin aksine açıkça bu hükümlerde tanımlanmamıştır. **Markesinis/Unberath/Johnston**, 2006, s. 499. Aynı yönde bkz. **Elizalde**, 2017, s. 93.

²⁶⁷ **Pak**, 2005, s. 73.

²⁶⁸ **Pak**, 2005, s. 74.

sakıncalı yönleri de olabilirdi²⁶⁹. Öyle ki her bir sözleşme tipi bakımından, tarafların edim yükümlülüklerine bağlı olarak maddi ayıp ve hukuki ayıbın kriterleri değişiklik gösterebilir. Örneğin satış sözleşmesindeki ayıp ile kira sözleşmesindeki ayıp kriterleri arasında bu sözleşmelerin tabiatlarından kaynaklanan farklılıklar gündeme gelecektir.

Dijital İçerik Direktifi'nin iç hukuka aktarılmasıyla Alman Hukukunda dijital ürünlere ilişkin tüketici sözleşmeleri bakımından genel bir sözleşmeye uygunluk konsepti öngörülmüştür²⁷⁰. Sözleşmeye uygunluk kavramı, kenar başlığı olarak BGB § 327d'de (*Vertragsmäßigkeit*) aynen kullanılmıştır. Yani Alman Hukukunda genel bir sözleşmeye uygunluk konsepti bulunmamasına rağmen dijital içerik ve hizmetlere ilişkin sözleşmeler bakımından Dijital İçerik Direktifi'ndeki terminoloji takip edilerek bu konseptin iç hukuka aktarıldığı söylenebilir²⁷¹. Böylelikle dijital ürünlere ilişkin tüm sözleşme tipleri açısından sözleşmeye uygunluk konsepti, uygulanabilir hâle gelmiştir. Zira BGB § 327 ile § 327u hükümleri, belirli bir sözleşme tipine özgü olarak düzenlenmemiş²⁷²; aksine Dijital İçerik Direktifi'ndeki gibi sözleşme tipinden bağımsız olarak her tip sözleşmeye uygulanabilir şekilde tasarlanmıştır²⁷³. Detaylarına ikinci bölümde yer verildiğinden şimdilik Alman Hukukunda, sözleşmeye uygunluk için kümülatif bazı şartların bulunduğunu ve bu şartların içerik olarak Dijital İçerik Direktifi'yle paralel olduğunu ifade etmekle yetiniyoruz²⁷⁴.

E. İsviçre/Türk Hukuku

İsviçre ve Türk Hukukunda ifa engelleri; imkânsızlık, temerrüt, gereği gibi ifa etmeme, ayıp ve zapt gibi çeşitli ayrımlara tabi tutularak dağınık şekilde düzenlenmiştir²⁷⁵. Dolayısıyla bu hukuk sistemlerinde yeknesak bir sözleşmenin ihlâli çatısının varlığından söz edilemez. Bununla birlikte hem OR2020 kapsamında hem de TBK'nın tasarı çalışmalarında ifa

²⁶⁹ Elizalde, 2017, s. 100 vd.

²⁷⁰ Sözleşmeye uygunluğa ilişkin hükümler, BGB § 327 vd. hükümlerinin özü olarak değerlendirilmektedir. Wendehorst, 2021, par. 23.

²⁷¹ Avrupa Birliği'nin 2019/770 ve 2019/771 sayılı direktifleriyle birlikte sözleşmeye uygunluk konseptinin, yalnızca satış sözleşmesi için değil, tüm sözleşme tipleri için uygulanabilir hâle geldiğini savunan görüş için bkz. Schulze/Zoll, 2021, s. 301.

²⁷² Alman kanun koyucuya göre Direktif'in sözleşme tiplerinden bağımsız, açık uçlu bir yaklaşım tercih etmesinde, söz konusu kuralların isimsiz sözleşmelere de uygulanması ihtiyacı etkili olmuştur. Deutscher Bundestag, 2021, 19/27653, s. 26.

²⁷³ Schulze/Zoll, 2021, s. 301. Sözleşme tipinden bağımsız olarak, sözleşmenin konusu üzerinden yapılan bu tür bir sözleşmeye uygunluk düzenlemesinin Avrupa düzeyinde tartışmalara neden olacağı düşünülmektedir. Detaylar için bkz. Schulze/Zoll, 2021, s. 301.

²⁷⁴ Bkz. § 4.

²⁷⁵ Sert, 2013, s. 36.

engellerinin sadeleştirilerek modernleştirilmesi konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüş ancak bunlar yasada karşılık bulmamıştır²⁷⁶.

İsviçre/Türk borçlar hukukundaki satış sözleşmesine ilişkin düzenlemeler, geleneksel ifa engelleri sistematigi yaklaşımının kabul edildiği duruma örnek gösterilebilir. Satış sözleşmesinde ayıp ve zapttan doğan sorumluluğu, İsviçre hukukunda hem şartları hem de hüküm ve sonuçları itibarıyla birbirinden farklı hükümlerle düzenlenmektedir²⁷⁷. Ayrıca aliud hâlinde ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine değil, borcun kötü ifasına ve borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere başvurulması gerektiği savunulmaktadır²⁷⁸. Yani Roma hukukundan kalan aliud – kötü ifa (*peius*) ayrımı korunmaya devam etmektedir. Türk Hukukundaki kurallar da anılan yönlerden mehz düzenlemeyle paraleldir²⁷⁹.

Dijital içerik ve hizmetlerde sözleşmeye uygunlukla ilgili İsviçre Hukukundaki tartışmanın odağında, bunların konu edildiği sözleşmelerin hukuki niteliği bulunmaktadır. Zira ayıp sorumluluğunun hüküm ve sonuçları, tespit edilecek sözleşme tipine dair kurallar üzerinden belirlenecektir. Bilgisayar programları gibi dijital içeriklerin konu edildiği sözleşmelerin hukuki niteliğini tayin etmek için somut olayın şartlarından hareket edilmektedir²⁸⁰. İsviçre Federal Mahkemesi’nin bir kararına göre sürekli bir temin içermediği sürece dijital içerik ve

²⁷⁶ İsviçre Hukukunda, ifa engellerinin hâlen engel sebebi üzerinden değerlendirildiği (*cause approach*), buna karşılık modern düzenlemelerde ise ifa engelinin varlığı nedeniyle tanınan hukuki imkânlarla dayalı bir anlayışın (*remedy approach*) kabul edilmesi nedeniyle Kanun’un modernize edilmesi gerektiği savunulmuştur. **Atamer/Eggen**, 2017, s. 747. OR2020 tasarısında buna ilişkin bir değişiklik yapılmaya çalışılmış ancak Federal Konsey Raporu’nda da ifade edildiği üzere içinde ifa engelleri sistematiginin de revizesini içeren yekpare bir revizyon sürecini başlatmak “*fazla cesurca bir girişim olarak*” değerlendirildiğinden kanun çalışmaları kadük kalmıştır. **Yağcıoğlu**, 2021, s. 46, 353. OR2020 tasarısına ilişkin eleştirel bir bakış için bkz. **Honsell**, 2017, s. 190 vd.

Serozan, TBK tasarısının İsviçre Hukukundan kelimesi kelimesine çevrilerek oluşturulmasıyla ifa engelleri sistematigi yönünden oluşan sonucu, “*ifa engelleri tipolojisinin çağdışılığı*” olarak nitelemiştir. Ona göre bu sistem, “*hukuk tarihinin pandekt hukuku müzesine, Mommsen’in arşivlerine kaldırılır*” **Serozan**, 2006, s. 44.

²⁷⁷ **Honsell**, 2015, BK/OR 192-196, par. 5. Kanun’da ayıptan doğan sorumluluk OR 197 vd. hükümlerinde, zapttan doğan sorumluluk ise OR 192 vd. hükümlerinde düzenlenmektedir. Bu ayrımın kaldırılması gerektiği yönündeki bir görüş için bkz. **Atamer/Hermidas**, 2020, s. 63.

²⁷⁸ **Honsell**, 2015, BK/OR Art. 197, par. 2; **F. Eren**, 2020, par. 310. İsviçre Hukukundaki tartışmalar için bkz. **Gelzer**, 1997, s. 706 vd; **Honsell**, 2015, BK/OR 197-210, par. 3.

²⁷⁹ **Yünlü**, 2019, s. 168-169. Roma Hukukundan kalan bu anlayışın, alıcının zapt sorumluluğu temelinde, satıcıya başvurusunu güçleştirmektedir. **Atamer/Altunbaş Sancak**, 2020, s. 93 vd. Ayıp ve zapttan doğan sorumluluğun yaptırımlarının birbirine paralel şekilde düzenlenmesi gerektiği yönündeki *de lege ferenda* öneri için bkz. **Atamer/Altunbaş Sancak**, 2020, s. 104.

²⁸⁰ Dijital içerik, alıcıya geçici bir süreliğine devrediliyorsa kira ve lisans sözleşmesi hükümlerinin uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir. **Eggen**, 2021, s. 480; **Der Bundesrat**, 2023, s. 34. Ayrıca bkz. HG Zürich, 19.12.2016, HG150050 (Swisslex) E. 1.2. Dijital içeriğe yalnızca sağlayıcının platformundan erişilebilmesi durumunda sözleşmenin hukuki niteliği tartışmalıdır. Bu konudaki görüşler için bkz. **Eggen**, 2021, s. 480. Öğretide, hizmet olarak yazılım (*Software as a Service - SaaS*) temin sözleşmelerine eser ve kira sözleşmesi hükümlerinin uygulanabileceğini savunulmaktadır. **Eggen**, 2019, s. 361.

hizmetin konu edildiği sözleşmelere satış hukuku hükümlerinin kıyasen uygulanması mümkündür²⁸¹. Öte yandan standart yazılımların devrine ilişkin sözleşmelere, farklı şartlar altında, kira, eser veya lisans sözleşmelerine dair kurallar da kıyas yoluyla tatbik edilebilir²⁸². Ne var ki tüketici uyuşmazlıkları bakımından federal düzeyde içtihat bulunmaması, istikrarlı bir yaklaşımın tesis edilememesine yol açmıştır²⁸³.

Genel tekeffül kurallarının, sofistike mahiyetteki dijital ürünlere kıyasen uygulanması, hukuki belirsizliğe yol açtığı gerekçesiyle eleştirilmiştir²⁸⁴. Nitekim İsviçre Federal Konseyi'nin 16.06.2023 tarihinde yayınladığı “*Satışa dair tekeffül hükümlerinin çağdaşlaştırılması ihtiyacı*” başlıklı raporunda, yürürlükteki tekeffül düzenlemelerinin tüketicilerin menfaatlerini karşılayamadığı ifade edilmiştir²⁸⁵. Buna göre tekeffül kurallarının, 2019/770 sayılı Dijital İçerik Direktifi ile 2019/771 sayılı Mal Satış Direktifinde olduğu gibi sözleşme tipinden bağımsız şekilde düzenlenerek çağdaş hâle getirilmesi gerekir²⁸⁶. Zira dijital içerik ve hizmet sağlayıcılarının küresel ölçekte faaliyet gösterdiği gerçeği karşısında İsviçre, dijital anlamda bağımsız bir *ada* olamaz²⁸⁷. Henüz somut bir yasa teklifi bulunmaması nedeniyle bugün itibarıyla İsviçre’de, çatı kavram olarak sözleşmeye uygunluğun benimsenip benimsenmeyeceği belirli değildir. OR2020 kapsamında ifa engelleri sistematığının revizesi için ifade edilen “*fazla cesurca bir girişim*” yorumu da dikkate alındığında, dijital içerik ve hizmetler ile dijital unsurlu mallardaki tekeffül hükümlerinin çağdaşlaştırılmasının kolay olmayacağını ifade etmek gerekir.

İfa engelleri sistematığı bakımından Türk tüketici hukukundaki durum, borçlar hukukundaki dağılık yapıdan farklıdır. İsviçre’de tüketiciyi koruyan genel nitelikli bir düzenlemenin

²⁸¹ BGE, 27.08.1998, 124 III 456 (Swisslex). Benzer yorum, alıcıya kesin bir şekilde devredilen ve onun bilişim ortamına entegre edilen diğer dijital içerikler bakımından da geliştirilebilir. **Eggen**, 2021, s. 478;

²⁸² **Straub**, 2009, s. 250, 268; **Eggen**, 2021, s. 480. İsimli bir sözleşme olan lisans sözleşmesi olarak nitelendirilse dahi bunlara satış sözleşmesindeki ayıp hükümlerinin uygulanması gerektiği yönündeki görüş için bkz. **Straub**, 2009, s. 271. Ayrıca bkz. BGE, 27.08.1998, 124 III 456’da, **Honsell**, 1990, s. 314’e atfen.

²⁸³ Dijital içerik ve hizmetlere ilişkin sözleşmelerde, genellikle İsviçre Hukukuna göre hazırlanmamış genel işlem şartlarının kullanılıyor olması, durumu daha da kötüleştirmektedir. **Eggen**, 2021, s. 480.

²⁸⁴ **Atamer/Hermidas**, 2020, s. 65; **Eggen**, 2021, s. 484; **Heselhaus/Fellmann**, 2022, s. 79; **Der Bundesrat**, 2023, s. 34.

²⁸⁵ **Der Bundesrat**, 2023, s. 2. Benzer yönde bkz. **Heselhaus/Fellmann**, 2022, s. 85.

²⁸⁶ **Atamer/Hermidas**, 2020, s. 65; **Eggen**, 2021, s. 484; **Heselhaus/Fellmann**, 2022, s. 86; **Der Bundesrat**, 2023, s. 36. Rapor’da, AB Hukuku düzenlemelerinin yanı sıra BGB §. 327 vd. hükümlerine de özel olarak atıf yapılmıştır. **Der Bundesrat**, 2023, s. 35.

²⁸⁷ **Eggen**, 2021, s. 483.

bulunmaması²⁸⁸ nedeniyle tüketicinin korunması alanında mehzaz olarak AB'nin tüketici düzenlemeleri esas alınmıştır. Kanun koyucu, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile sayısı onu aşan AB Direktifi'ni Türk hukukuna uyarlamayı amaçlamış²⁸⁹ ve mal satışları bakımından 99/44 sayılı Direktif hükümlerini TKHK'ye dercetmiştir. Direktif'in, sözleşmeye uygunluğu düzenleyen 2. maddesi de dahil olmak üzere büyük ölçüde Viyana Satım Antlaşması'nı model aldığı belirtilmiştir²⁹⁰. Yani Antlaşma'daki ifa engelleri sistematigi ve sözleşmeye uygunluk konsepti, dolaylı yoldan da olsa Türk tüketici hukukunda benimsenmiştir. Normatif olarak mal kategorisine dahil edilmiş olmaları nedeniyle dijital içerik ve hizmetlerin sözleşmeye uygunluğu da ayıplı mallara ilişkin hükümlere göre değerlendirilmektedir (m. 8-12). Çalışmanın araştırma sorusunu yakından ilgilendiren bu hususa detaylarıyla üçüncü bölümde yer verildiğinden şimdilik bunları ifade etmekle yetiniyoruz²⁹¹.

F. Amerikan Hukuku

Amerikan Hukukunda genel mahiyette bir sözleşmeye uygunluk düzenlemesi bulunmamaktadır. Sözleşmeye uygunluğun bulunmamasının Amerikan Hukuku bakımından karşılığı, garantinin ihlâlidir (*breach of warranty*)²⁹². Tüketici mallarına dair sözleşmelerdeki garantiyle ilişkili hususlar, temel olarak Yeknesak Ticaret Kanunu (*Uniform Commercial Code – UCC*) m. 2'de düzenlenir²⁹³. Bunun dışında otomobiller, konutlar ve diğer meselelerle ilgili çeşitli düzenlemelerle garanti hükümlerine yönelik sektör-spesifik düzenlemeler öngörülmüştür. Ancak bu düzenlemeler, UCC'deki esaslı değiştirmemekte, yalnızca tüketiciye yönelik ek bazı koruma tedbirleri getirmektedir.

²⁸⁸ İsviçre'de tüketici işlemleri, genel olarak İsviçre Borçlar Kanunu kapsamında yer almaktadır. Öte yandan tüketici kredilerini düzenleyen bir federal kanun da bulunmaktadır. **Tüzüner**, 2016, Milli Şerh: m. 1, s. 10.

²⁸⁹ “Tasarı hazırlanırken tüketicinin korunması alanında AB tarafından çıkarılmış olan bütün Yönergeler incelenmiş ve iç hukukumuzdaki değişiklikler ona göre şekillendirilmiştir.” Bkz. TBMM Mevzuat veri tabanı, <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/> (18.09.2023 tarihinde erişildi).

²⁹⁰ Bkz. § 2.II.C.

²⁹¹ Bkz. § 6.II.

²⁹² CISG ve UCC hükümlerinin karşılaştırması için bkz. **Hyland**, 1987, s. 306 vd; **Alper**, 2021, s. 2 vd. Türk Hukukunda ayıptan sorumluluğa dair hükümler, Amerikan Hukukundaki garantiye karşılık gelmektedir. **Açıkgül**, 2015, s. 101.

²⁹³ **Açıkgül**, 2015, s. 103. UCC, eyaletler arası uygulamanın yeknesaklaştırılması amacıyla 1951 yılında Amerikan Hukuku Enstitüsü (ALI) tarafından hazırlanmış olup yalnızca Fransız Medeni Kanunu'nu model alan *Louisiana* eyaletinde kabul edilmemiştir. **Schwenzer/Hachem/Kee**, 2012, par. 2.21. Sözleşmeye uygunluğu ilgilendiren hükümler, UCC m. 2-312 ila m. 2-318'de yer alır. **Zamir**, 1991, s. 19.

Garanti ihlâli, UCC’de açık ve zımni garantiler şeklinde ikiye ayrılarak düzenlenmiştir²⁹⁴. Açık garantiler, satıcının, malın nitelik ve özelliklerine ilişkin sarıh beyanları veya eylemleriyle oluşturulan garantilerdir. Açık bir garantiden bahsedebilmek için sözlü taahhüdün, malın tarifinin veya numune ya da modellerin, sözleşmenin temelini bir parçasını oluşturması gerekir (UCC m. 2-313)²⁹⁵. Satıcının satılarda belirli özelliklerin bulunacağına ilişkin verdiği taahhütler olması itibariyle açık garantiler, Türk Hukuku bakımından satıcının bildirdiği ve tarafların kararlaştırdığı niteliklerle (*zikir ve vaat edilen vasıf*), AB Hukuku açısından sübjektif şartlarla benzeşmektedir.

UCC’de zımni garantiler, satılabilirlik ile özel kullanım amacına uygunluk garantisi şeklinde ikiye ayrılır. UCC m. 2-314’e göre alıcılar, kendiliğinden (*ipso jure*) malın olağan kullanıma uygun olması konusunda satılabilirlik garantisine kavuşur (*implied warrant of merchantability*)²⁹⁶. Bu kapsamda satılanın, özellikle aynı türden diğer ürünlerin kullanım amaç ve kalitesine uygun olması ve birimlerin eşit tür, nitelik ve miktarda olması (yeknesaklık) gerekir. Ayrıca satılan, gereken şekilde ambalajlanmış ve paketlenmiş olmalı ve etiketi üzerinde verilen söz veya beyanlara da uygun olmalıdır. Bundan başka alıcı, UCC m. 2-315’e göre malın özel kullanım amacının satıcı tarafından bilinebilir olması durumunda ve alıcının uygun malların seçimi için satıcının becerisine güvendiği durumlarda özel kullanım amacına uygunluk garantisine de erişir (*fitness for particular purpose*). Satılabilirlik garantisinde alıcının, malın mutlak kullanım amaçları doğrultusunda kullanmasına ilişkin menfaatleri korunurken, özel kullanım amacına ilişkin garantide olağanın dışındaki şart ve kullanımlar dikkate alınır²⁹⁷. Tarafların, müzakereler esnasında sözleşmenin konusuna yönelik kalite standardı öngörmemeleri hâlinde de uygulanacak zımni garantiler, bu yönüyle Türk Hukuku bakımından malda objektif olarak bulunması gereken niteliklerle (*lüzumlu vasıf*), AB Hukuku açısından objektif şartlarla benzeşmektedir.

Yazılımlar başta olmak üzere dijital içerik ve hizmetlerin konu edildiği sözleşmelere, içtihat hukuku uyarınca kıyasen UCC m. 2 hükümleri uygulanmaktadır²⁹⁸. Sözleşmenin konusunu

²⁹⁴ Garantinin açık veya zımni olması, özellikle bundan feragat ve sorumluluğun sınırlandırılması başta olmak üzere alıcı bakımından çeşitli farklılıklar doğurmaktadır. **Açıkgül**, 2015, s. 104.

²⁹⁵ **Hyland**, 1987, s. 308; **Zamir**, 1991, s. 19; **Briskorn**, 2002, s. 31. Bu husus, UCC, m. 2-313’te “*part of the basis of the bargain*” olarak ifade edilmektedir.

²⁹⁶ **Hyland**, 1987, s. 315; **Bowman**, 2001, s. 83; **Briskorn**, 2002, s. 31.

²⁹⁷ **Açıkgül**, 2015, s. 114.

²⁹⁸ Kıyasen uygulamada, UCC hükümlerinin, açıkça maddi olmayan şeyleri kapsamdan hariç tutmaması etkili olmuştur. **Briskorn**, 2002, s. 22.

yazılım ve donanımlardan müteşekkil bilgisayar sistemlerinin oluşturduğu uyumsuzluklarda mahkemeler, sözleşmedeki baskın amaç unsurundan hareket etmiştir²⁹⁹. Sözleşmeye konu donanımın satılmasının baskın unsur olarak değerlendirildiği birçok kararda, satıcı tarafından verilen danışmanlık ve kurulum gibi hizmetlerin arızı niteliğine vurgu yapılarak UCC m. 2’de yer alan mal garanti hükümleri uygulanmıştır³⁰⁰. Verilen bazı kararlarda, yazılımın gayri maddi (*intangible*) mahiyette olması da bunun alıcının özel ihtiyaçlarına göre üretilmesi (*tailor-made*) de sonucu değiştirmemiştir³⁰¹.

Amerikan mahkemeleri, yalnızca yazılımların konu edildiği sözleşme ilişkilerini, ağırlıklı olarak bir lisans satışı olarak mütalaa ederek yine UCC m. 2 hükümlerini uygulamayı tercih etmiştir³⁰². Bu yöndeki kararlarda da hizmet unsurunun arızı nitelikte olması, mahkemeler için önemli bir gerekçe kaynağı olmuştur³⁰³. Yazılımın bir maddi vasıtayla değil de internetten indirilmek suretiyle alıcıya sunulması da genel yöndeki eğilimi değiştirmemiştir. Zira yazılımların lisanslarının devri konusunda, tarafların makul beklentileri ile menfaatlerini en iyi karşılayacak olan UCC’deki mal satış hükümleridir³⁰⁴. Örneğin bir antivirüs yazılımının ayıplı çıkması üzerine tüketicinin açtığı davada mahkeme, davalının, UCC’nin lisans işlemlerine uygulanamayacağına yönelik savunmasını reddetmiştir³⁰⁵.

²⁹⁹ **Briskorn**, 2002, s. 25. Baskın amaç unsurunun eleştirisi için bkz. **Brennan**, 2001, s. 540-541.

³⁰⁰ US Court of Appeals for the Third Circuit; *Chatlos Systems, Inc. v. National Cash Register Corp. (NCR Corp.)*, 635 F.2d 1081 (1980) (casetext.com); Ohio Court of Appeals, *Hollingsworth v. The Software House, Inc.*, 32 Ohio App.3d 61, 513 N.E.2d 137 (1986) (casetext.com); Massachusetts Appeals Court, *USM Corp. v. Arthur D. Little Sys.*, 28 108, 546 N.E.2d 888 (1989) (casetext.com).

³⁰¹ Supreme Court of Delaware, *Neilson Business Equipment Center, Inc. v. Italo v. Monteleone*, M.D., P.A., 524 A.2d 1172 (1987) (casetext.com); Ohio Court of Appeals, *Delorise Brown, M.D., Inc. v. Allio*, 620 N.E.2d 1020 (1993) (casetext.com).

³⁰² *Schroders, Inc. v. Hogan Systems, Inc.*, 137 Misc. 2d 738 (1987) kararında New York Yüksek Mahkemesi, yazılım lisansının devrini, satılabilirlik garantisi (*implied warranty of merchantability*) kapsamında değerlendirmiştir (casetext.com). Ayrıca bkz. Massachusetts Appeals Court, *Graphic Sales, Inc. v. Sperry Univac Div. Sperry Corp.*, 824 F.2d 576, 579 (1987) (casetext.com).

³⁰³ Bkz. Supreme Court of New York County, *Schroders, Inc. v. Hogan Systems, Inc.*, 137 Misc. 2d 738 (1987) (casetext.com); New York City Civil Court, *Communications Groups, Inc. v. Warner Communications, Inc.*, 527 N.Y.S.2d 341 (1988) (casetext.com). Veri sağlama hizmetinin konu edildiği bir uyumsuzlukta New Hampshire mahkemesi, baskın unsurun bilgisayar programının lisanslanması olması nedeniyle UCC m. 2 hükmünün uygulanmasına hükmetmiştir. US District Court for New Hampshire, *Colonial Life Ins. Co. v. Electronic Data Sys. Corp.*, 817 F. Supp. 235 (1993) (casetext.com).

³⁰⁴ US District Court for the Northern District of Texas, *Recursion Software, Inc. v. Interactive Intelligence, Inc.*, 425 F. Supp. 2d 756 (2006) (casetext.com). Ayrıca bkz. US District Court for the District of Massachusetts, *Rottner v. AVG Techs. United States, Inc.*, 943 F. Supp. 2d 222 (2013) (casetext.com). Ayrıca bkz. **Briskorn**, 2002, s. 28.

³⁰⁵ US District Court for the Northern District of California, *Gross v. Symantec Corp.*, 2012 WL 3116158 (2012) (casetext.com).

III. SÖZLEŞMEYE UYGUNLUĞUN TANIMI, KAPSAMI VE EDİM TÜRLERİNE UYGULANABİLİRLİĞİ

A. Sözleşmeye Uygunluğun Tanımı

Sözleşmeye uygunluğun, üzerinde mutabık kalınan bir tanımı bulunmamaktadır. Bir görüş, sözleşmeye uygunluğu, kestirme bir yolla ayıpların yokluğu olarak tanımlamakla³⁰⁶ birlikte kanaatimizce bu tanım, kavramın içeriğini tam anlamıyla yansıtmamaktadır. Mademki sözleşmeye uygunluk, ifa engellerinden yalnızca ifanın konusuna odaklanmaktadır, o hâlde tanımda bu unsura vurgu yapılması gerekir. Ayrıca temel içeriği maddi ve hukuki ayıptan arılık olmakla birlikte sözleşmeye uygunluk, aşağıda izah edildiği üzere bu iki hâlden öte aliud'u, eksik ifayı ve ifaya yardımcı yan yükümlülüklerin ihlâlini de içeren daha geniş bir kapsama alanına sahiptir. Bu ön tespitlerden hareketle sözleşmeye uygunluğun şu şekilde tanımlanabileceği kanaatindeyiz:

Sözleşmeye uygunluk (*conformity*, *Vertragsmäßigkeit*), maddi ayıp ve hukuki ayıptan arılık başta olmak üzere ifanın konusuyla ilgili olarak tam ve doğru bir ifanın gerçekleştirilmesidir. Zıt bir anlatımla sözleşmeye uygunluğun bulunmaması veya uygunluk eksikliği (*lack of conformity*, *Vertragswidrigkeit*) ise ifanın konusuna ilişkin hususlarda eksiklik veya yanlışlık içeren bir ifadır. Yani konusuyla ilgili gerekli unsurları tam ve doğru şekilde taşımayan edim, sözleşmeye uygun olmayan bir edimdir.

B. Sözleşmeye Uygunluğun Kapsamı

Tarihî gelişim ve karşılaştırmalı hukuk başlıklarında incelendiği üzere sözleşmeye uygunluk kavramı, görece olarak az sayıda normatif düzenlemede kendine yer bulmuştur. Dolayısıyla sözleşmeye uygunluğun içeriğinde hangi ihlâl türlerinin yer aldığı da tartışmalıdır³⁰⁷. Bununla birlikte ifanın konusunu ilgilendiren bu kavrama yer veren Viyana Satım Antlaşması ile BGB'nin satış ve dijital ürünlere ilişkin hükümlerine başvurularak bunun kapsamını tespit etmek mümkündür³⁰⁸. Bu düzenlemelerden hareketle sözleşmeye uygunluk, koruyucu yükümlülükler hariç olmak üzere ifanın konusuyla ilgili tüm ifa

³⁰⁶ Markesinis/Unberath/Johnston, 2006, s. 499.

³⁰⁷ Zamir, 1991, s. 41.

³⁰⁸ AB'nin tüketici hukuku düzenlemelerinde, sözleşmeye uygunluk hükümleri açısından Viyana Satım Antlaşması'nın esas alınması nedeniyle ayrıca bunlara yer verilmemiştir. Bkz. § 2.II.C.

engellerini kapsar. Başka bir deyişle bir edimin ifasının sözleşmeye uygunluğunun mütalaa edilmesinde maddi ve hukuki ayıp ile aliud hâline, eksik ifaya ve ifaya yardımcı yan yükümlülüklerin ihlâline ilişkin bir değerlendirmenin yapılması gerekir.

1. Maddi ve hukuki ayıp

Hem maddi hem de hukuki ayıp halleri, CISG m. 35 ve m. 41 vd. hükümleriyle BGB'nin dijital ürünlere ilişkin § 327d hükmü çerçevesinde sözleşmeye uygunluk kapsamında değerlendirilmektedir. Ayrıca İsviçre/Türk Hukukunda yer alan ayıp ve zapttan doğan sorumluluk ayrımı, Antlaşma ve BGB'de ortadan kaldırılmıştır. Buna göre zapttan doğan sorumluluk, bir hukuki ayıp hâlinde başka bir şey değildir. Yani özel hukuk kaynaklı hakların varlığı hâlinde zapttan doğan sorumluluğa, kamu hukuku kaynaklı hakların varlığı hâlinde ayıptan doğan sorumluluğa başvurulması yolu kapatılmıştır³⁰⁹. Her iki durum da hukuki ayıp olarak değerlendirilerek aynı esaslara tabi tutulmuştur. Böylelikle hukuki ayıbın kaynağı bakımından yapılan özel hukuk – kamu hukuku kaynaklı yapay farklılıklar da kaldırılmıştır³¹⁰.

Bu çıkarım, BGB açısından Dijital İçerik Direktifi'nin iç hukuka uyarlanmasıyla netlik kazanmıştır. Öyle ki “*dijital ürünlerin sözleşmeye uygunluğu*” kenar başlıklı § 327d hükmüne göre dijital ürünlerin maddi ve hukuki ayıptan ari bir şekilde tüketiciye temin edilmesi gerekir. Yani sözleşmeye uygunluk hem maddi hem de hukuki ayıptan arılığı kapsar³¹¹. Netice itibarıyla Viyana Satım Antlaşması'nın ve BGB'nin oluşturduğu sistematikten hareketle maddi ayıplar ile özel ya da kamu hukuku kaynaklı olup olmadığına

³⁰⁹ İsviçre/Türk Hukuku bakımından bu ayrım hâlen korunmaktadır. **Edis**, 1963, s. 15; **C. Yavuz**, 1989, s. 62; **Özdemir**, 2013, s. 94; **Özel**, 2019, s. 115; **Yünlü**, 2019, s. 168-169; **Uçkan**, 2022, s. 127 vd. Bu görüşü kabul eden yazarlar, hukuki ayıp ile zapttan doğan sorumlulukların ayrılmasında çeşitli güçlüklerle karşılaşıldığını kabul etmektedir. **Edis**, 1963, s. 14; **C. Yavuz**, 1989, s. 62; **Özdemir**, 2013, s. 94. Zapttan doğan sorumluluğun bir tür hukuki ayıp olarak değerlendiren bir görüş için bkz. **Uçkan**, 2022, s. 129. Aksi yöndeki görüş için bkz. **Gülel**, 2023, s. 93.

³¹⁰ Zapt kavramının ayıp kavramından ayrı ele alınmasının isabetsiz olduğuna ilişkin bkz. **Atamer**, 2006, s. 29. Kanaatimizce temellerini Roma Hukukunda bulan bu ayrımın kaldırılması isabetlidir. Zira günümüzde kamu hukuku ile özel hukuktan doğan haklar, karmaşık bir şekilde iç içe geçmiş olup ayıbın hangi hak türünden kaynaklandığını tespit etmek son derece güçtür. Ayrıca hukuki ayıbı yalnızca kamu hukukundan kaynaklanan durumlar için kullanmak, kavramın sınırlanmasını neticesini doğurur. Bkz. **Uçkan**, 2022, s. 129.

³¹¹ Bkz. § 4.II.

bakılmaksızın hukuki ayıpların sözleşmeye uygunluğun kapsamına girdiği sonucu çıkarılabilir³¹².

2. Aliud hâli

Sözleşmeye uygunluk kavramının, borcun konusu olan edimden tamamen farklı bir edimin ifa edildiği aliud hâlini kapsayıp kapsamadığı tartışmalıdır³¹³. Viyana Satım Antlaşması bakımından bazı yazarlar aliud'u teslim etmeme kapsamında değerlendirir³¹⁴. Karşıt görüş ise Antlaşma'da Roma Hukukundan kalan aliud - ayıp (*peius*) ayrımının tamamıyla kaldırıldığını ve aliud hâlinin de sözleşmeye uygunluk kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunur³¹⁵. Kanaatimizce iki sebeple karşıt görüşe üstünlük tanımak gerekir. Öncelikle bu görüş, CISG m. 35'in dayandığı ilkelerden biri olan ve Antlaşma'daki kavramların, yerel hukuk sistemlerindeki ayrımlardan üstün tutulması gerektiğini söyleyen bütünleştirici yoruma daha uygundur³¹⁶. Ayrıca aliud'u bu madde kapsamında saymamak, sözleşmeye uygunluğun değerlendirilmesi için öngörülen kalite (*quality*), miktar (*quantity*) ve tür (*description*) kriterlerinden *tür* ifadesini, *kalite* ifadesinin bir tekrarından ibaret kılar. *Tür* ifadesinin Antlaşma metninde beyhude yere kullanıldığı sonucuna ulaştıran bu yorumun savunulamayacağı düşüncesindeyiz³¹⁷.

Alman Hukukunda, satış sözleşmesindeki aliud hâli, Reform Kanunu öncesi ve sonrası yönünden ayrı ayrı incelenmelidir. Zira Alman hukukunda aliud – kötü ifa (*peius*) ayrımı 2002 reformuna kadar savunulmuş ve aliud, *hiç ifa etmemenin* bir türü olarak kabul edilmiştir³¹⁸. Ancak reformla birlikte satış sözleşmesinde bu ayrıma dayanmaktan

³¹² Schlechtriem/Schwenzer, 2015, s. 797; Westermann, 2019, MüKo/BGB § 435, par. 10.

³¹³ Zamir, 1991, s. 10.

³¹⁴ Huber/Mullis, 2007, s. 133; de Luca, 2014, s. 192. Bu argümana ilişkin bir dayanak olarak Sekreteryaya Şerhi'nde geçen "sözleşme mısır teslimini öngörmüş, satıcı patates teslim etmişse teslim gerçekleşmemiş sayılır" ifadeleri gösterilmektedir. Secretariat Commentary on the 1978 Draft, Article 29 (Draft counterpart of CISG article 31), <https://iicl.law.pace.edu/cisg/page/cisg-article-31-secretariat-commentary> (18.09.2023 tarihinde erişildi) par. 3.

³¹⁵ Kruisinga, 2004, s. 26; Hofer, 2010, s. 124; de Luca, 2014, s. 193, 255; Saidov, 2015, s. 44-45; Schlechtriem/Schwenzer, 2015, s. 652, 717, 721; Yücer Aktürk, 2015, s. 214. Bu yönde bkz. LG Stuttgart, 04.06.2002, 15 O 179/01 (pace.edu); AG Viechtach, 11.04.2002, 1 C 419/01 (pace.edu); Cantone Del Ticino, La Seconda Camera Civile Del Tribunale D'appello, 05.08.2013, 14.2013.59 (pace.edu).

³¹⁶ Bianca, 1987, s. 269; de Luca, 2014, s. 193.

³¹⁷ de Luca, 2014, s. 193.

³¹⁸ Hyland, 1987, s. 307; Lorenz, 2003, s. 36; Öcal Apaydın, 2021, s. 243. Reform Kanunu'yla birlikte satış hukuku bakımından aliud, ayıplı ifa anlamına gelecek şekilde ilk kez § 434/3'te düzenlenmiştir. Bu düzenlemede, ULIS m. 33 ve CISG m. 35 hükümleri esas alınmıştır.

vazgeçilmiş ve § 434/5'te, satıcının sözleşmede kararlaştırılardan farklı türde bir mal sağlaması hâli, açıkça ayıp kapsamında değerlendirilmiştir³¹⁹. Yukarıda ifade edildiği üzere § 434 ve § 435 hükümlerinin bir bütün hâlinde sözleşmeye uygunluk anlamına geldiği kabulünde aliud da reformla birlikte sözleşmeye uygunluk çerçevesine dahil edilmiştir³²⁰. Ayrıca dijital ürünlere ilişkin BGB § 327e/5 hükmü uyarınca sözleşmede tarif edilenden farklı bir ürünün sağlanması hâlinde de uygunluk eksikliği oluşmaktadır³²¹. Sonuç olarak CISG ve BGB'deki düzenlemelerden hareketle aliud hâlinin sözleşmeye uygunluk kapsamında değerlendirilebileceği kanaatindeyiz.

3. Eksik ve fazla ifa

Sözleşmeye uygunluk kavramının, teorik olarak ifanın miktar itibarıyla borçlanılan edimin gerisinde kaldığı eksik ifa ile fazla ifa durumunu kapsayıp kapsamadığı tartışmalıdır³²². Viyana Satım Antlaşması bakımından CISG m. 35'te sayılan sözleşmeye uygunluk kriterlerinden birinin de miktar (*quantity*) olması nedeniyle eksik ifanın sözleşmeye uygunluk çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğinde bir tereddüt bulunmamaktadır³²³. Miktardaki sapmalara ilişkin Antlaşma'da özel bazı hükümler de bulunmaktadır. Buna göre eksik ifa hâli, CISG m. 51'de düzenlenmiş ve sonuçları, sözleşmeye uygunlukla benzer şekilde CISG m. 46 ila m. 50'ye bağlanmıştır. Benzer şekilde özel olarak CISG m. 52/2'de düzenlenen fazla ifa hâli de eksik ifayla birlikte anılmaktadır³²⁴. Ancak fazla ifanın her zaman sözleşmeye uygunluk kapsamında değerlendirilebileceğini söylemek mümkün değildir.

Alman Hukuku bakımından eksik ve fazla ifaya ilişkin durum Antlaşma'yla benzerdir. Buna göre miktar ifadesinin (*Menge*) BGB § 434/2'de bir maddi ayıp hâli olarak kabul edilmesi

³¹⁹ Schwab, 2002, s. 5; Markesinis/Unberath/Johnston, 2006, s. 500; Westermann, 2019, MüKo/BGB § 434, par. 43; Öcal Apaydın, 2021, s. 87, dn. 82.

³²⁰ Bkz. § 2.II.D.

³²¹ Bkz. § 4.II.A.1.a.i.

³²² Zamir, 1991, s. 10.

³²³ de Luca, 2014, s. 187; Temel, 2015, s. 68. Bununla birlikte her eksik ifa, sözleşmeye uygunluğu ortadan kaldırmaz. Bazen sektördeki davranış kuralları veya taraflar arasındaki adetler nedeniyle sözleşmeyle belirlenen miktardaki farklılıklar uygunsuzluğa yol açmaz. Saidov, 2015, s. 65.

³²⁴ Schlechtriem/Schwenzer, 2015, s. 719; de Luca, 2014, s. 187; Aydoğdu, 2014, s. 39, 45; Temel, 2015, s. 68. Eksik ifayla fazla ifanın hukuki sonuçları bakımından yapılan bir ayrım söz konusudur. Buna göre eksik ifa, özel sonuçlar bakımından CISG m. 51 hükmüne tabiiyken fazla ifa, CISG m. 52 hükmüne tabiidir. de Luca, 2014, s. 188.

nedeniyle eksik ve fazla ifa kural olarak bir ayıba sebep olur³²⁵. Eksik ifanın maddi ayıp kapsamında değerlendirilmesinde bir tereddüt bulunmamakla birlikte fazla ifaya dair çeşitli tartışmalar bulunmaktadır³²⁶. Dolayısıyla CISG ve BGB'deki düzenlemelerden hareketle özellikle eksik ifanın sözleşmeye uygunluk kapsamında değerlendirilebileceği ancak fazla ifa için ise net olarak bu sonuca varmanın mümkün olmadığı ifade edilmelidir.

4. İfaya yardımcı yan yükümlülükler ve koruma yükümlülükleri

İfaya yardımcı yan yükümlülükler, edim yükümlülüklerinin tam ve doğru bir şekilde ifasına hizmet eder³²⁷. Örneğin satış konusu malların paketlenmesi, bir ifaya yardımcı yan yükümlülüktür. Benzer şekilde malların korunması için alınması gereken muhafaza tedbirleri de bir yan yükümlülük mahiyetindedir³²⁸.

Viyana Satım Antlaşması bakımından değerlendirildiğinde, Antlaşma'nın sınır aşan mal satışlarını düzenlemesi itibarıyla yan yükümlülükler ve özellikle paketlenme yükümlülüğü, satış konusu malın alıcıya teslimi önem arz eder. Bunun yanı sıra malın muhafazasının temini de malların salimen teslimi açısından ehemmiyetlidir. Nitekim paketlenme ve muhafaza yükümlülükleri hem sözleşmede öngörülenler (CISG m. 35/1) hem de asgari standartlar (CISG m. 35/2/d) bakımından Antlaşma'daki sözleşmeye uygunluk konsepti kapsamında düzenlenmiştir³²⁹.

İfaya yardımcı yan yükümlülükler, Antlaşma'yla paralel şekilde BGB'de de düzenlenmektedir. Öyle ki § 434/1'de ayıptan arılık için sayılan kümülatif şartlardan biri de montaja ilişkin yükümlülüklerin ifasıdır. BGB'ye göre montaj ve kuruluma ilişkin olanlar da dahil olmak üzere sözleşmede kararlaştırılan talimatların alıcıya teslimi hem subjektif (BGB § 434/2/3) hem de objektif şartlar yönünden (BGB § 434/3/4) bir yükümlülük olarak hüküm altına alınmıştır³³⁰. Montajın kararlaştırılmış olması hâlinde bunun tam ve doğru şekilde ifası da ayıptan arılığın bir şartı olarak § 434/4'te düzenlenmiştir. Neticede ifaya

³²⁵ Westermann, 2019, MüKo/BGB § 434, par. 47; Faust, 2022, BeckOK/BGB § 434, par. 39 vd.

³²⁶ Westermann, 2019, MüKo/BGB § 434, par. 49; Faust, 2022, BeckOK/BGB § 434, par. 44.

³²⁷ Antalya, 2019, s. 63; F. Eren, 2020, par. 102.

³²⁸ F. Eren, 2020, par. 102.

³²⁹ Saidov, 2015, s. 65, 167; Schlechtriem/Schwenzer, 2015, s. 722, 732.

³³⁰ Schwab, 2002, s. 5.

yardımcı yan yükümlülük, BGB bakımından da sözleşmeye uygunluk kapsamında değerlendirilmiştir.

İfanın konusunu ilgilendiren başka bir yükümlülük türü de koruma yükümlülükleridir. Koruma yükümlülükleri, ifa fiili dolayısıyla oluşacak sosyal temasta alacaklının malvarlığı ve şahıs varlığı haklarının korunmasına hizmet eder. İfaya yardımcı yan yükümlülüklerin aksine koruyucu yükümlülüklerle ne Viyana Satım Antlaşması'nda ne de BGB'de sözleşmeye uygunluk çerçevesinde bir atıf yapılmıştır. Kanaatimizce koruma yükümlülüklerinin bu kapsamda değerlendirilmesi, satıcının sorumluluğunun gereğinden fazla genişlemesine yol açar ve alıcı ile satıcı arasındaki menfaat dengesini bozar. Bu nedenle koruma yükümlülüklerinin sözleşmeye uygunluk kapsamı dışında olduğunu düşünüyoruz.

C. Sözleşmeye Uygunluğun Edim Türlerine Uygulanabilirliği

Bazı edim türleri açısından sözleşmeye uygunluk değerlendirmesi yapılamayabilir. Mesela yapmama edimlerinin sözleşmeye uygunluğu değerlendirilemez. Zira bu edimi üstlenmiş borçlu, edimi ya yerine getirecek ya da getirmeyecektir. Bu ve benzeri durumların tespiti için önce edim fiili ve edim sonucu açısından, ardından konu ve sürelerine göre edim türleri bakımından sözleşmeye uygunluğun uygulanabilirliği ele alınmaktadır.

1. Edim fiili ve edim sonucu bakımından

Borcun konusu edim, ilk olarak Fransız Hukukunda öngörülen bir ayrımla edim fiili ve edim sonucu olarak ikiye ayrılmıştır³³¹. Edim fiilinde borçlu, yalnızca edim fiilini gerekli dikkat ve özeni göstererek yerine getirmekle yükümlüdür, maddi veya hukuki sonuca ulaşmayı üstlenmemiştir³³². Sözleşmeye uygunluğun edim fiiline uygulanabilirliğine şüpheyile yaklaşılmaktadır³³³. Buna gerekçe olarak borçlunun üstlendiği fiile ilişkin göstermesi gerekli dikkat ve özenin derecelendirmesini yapmanın mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Zira borçlu özen yükümlülüğünü ya yerine getirmiştir ya da getirmemiştir. Görüşün diğer bir dayanağı da satış, kira, eser gibi edim sonucunun üstlenildiği sözleşmelerde ayıp ve zapt gibi

³³¹ **Zamir**, 1991, s. 42, dn.109.

³³² **Zamir**, 1991, s. 42, dn.109.; **F. Eren**, 2020, par. 271.

³³³ **Zamir**, 1991, s. 43; **Elizalde**, 2017, s. 98-99.

sözleşmeye uygunluğu çağrıştıran düzenlemelere yer verilse de edim fiilinin üstlenildiği sözleşme ilişkilerinde (vekâlet gibi) bu tür düzenlemelerin bulunmamasıdır³³⁴.

Edim sonucunda borçlu, belirli bir neticeyi yerine getirmeyi taahhüt eder³³⁵. Somut olayda bir mücbir sebep veya beklenmeyen hâl olmadığı sürece borçlu, sonucun yerine getirilmemesinden sorumlu tutulur. Satış ve eser sözleşmeleri, edim sonucunun üstlenildiği tipik sözleşmelerdir. Edim sonucunun üstlenilmesi hâlinde sözleşmeye uygunluk değerlendirilmesinin yapılması mümkündür³³⁶. Yani borçlunun yerine getirdiği edimle, tarafların kararlaştırdığı ve olması gereken vasıf ve özellikleri taşıyan edim arasında bir karşılaştırma yapıldığında derecelendirme yapılabilir³³⁷. Nitekim CISG ve BGB gibi modern ifa engelleri anlayışının hâkim olduğu çeşitli düzenlemelerde, satış ve eser sözleşmesi gibi edim sonucunun ön planda olduğu sözleşmelerde, sözleşmeye uygunluğa dair kurallara yer verilmektedir³³⁸.

2. Konularına göre edimler bakımından

Konularına göre edimler, olumlu-olumsuz edimler ile kişisel-maddi edimler şeklindeki iki ayrımı kapsar. Verme ve yapma edimleri olumlu iken, yapmama ve katlanma edimleri olumsuz edimlerdir³³⁹. Olumlu edimler bakımından sözleşmeye uygunluk değerlendirmesi yapmak mümkündür³⁴⁰. Örneğin bir taşınır satış sözleşmesinde, satıcının alıcıya akdin konusu olan taşınırı teslim etme yükümlülüğü (verme) bulunmaktadır³⁴¹. Bu yükümlülük kapsamında satıcının alıcıya teslim ettiği şeyin sözleşmeye uygunluğu değerlendirilebilir. Zira somut olayda borçlu tarafından yerine getirilen verme ediminin tarafların kararlaştırdığı hususlar ile objektif olarak o edimde bulunması gereken vasıf ve özellikler üzerinden derecelendirilmesi mümkündür. Benzer şekilde hekim ile hasta arasında akdedilen eser sözleşmesi niteliğindeki estetik amaçlı operasyon sözleşmesinde de hekimin operasyonu gerçekleştirme yükümlülüğü (yapma), sözleşmeye uygunluk değerlendirmesine tabi

³³⁴ *Zamir*, buna örnek olarak Quebec Medeni Kanunu'nu göstermektedir. Detaylı bilgi için bkz. *Zamir*, 1991, s. 44. Kanaatimizce, Türk Borçlar Kanunu'ndaki vekâlet hükümleri de duruma bir örnek teşkil eder.

³³⁵ *F. Eren*, 2020, par. 271.

³³⁶ *Elizalde*, 2017, s. 98.

³³⁷ *Zamir*, 1991, s. 43.

³³⁸ bkz. § 2.II.A ve § 2.II.D. Eser sözleşmeleri için uygunluk şartı, 2002 reformunun ardından BGB'de açıkça sayılmıştır. *Elizalde*, 2017, s. 98.

³³⁹ *Antalya*, 2019, s. 100; *F. Eren*, 2020, par. 285; *Furrer/Muller-Chen/Çetiner*, 2021, s. 23.

³⁴⁰ *Elizalde*, 2017, s. 94.

³⁴¹ *F. Eren*, 2020, par. 286; *Furrer/Muller-Chen/Çetiner*, 2021, s. 23.

tutulabilir. Yani satış sözleşmesinde olduğu gibi burada da hekimin yerine getirdiği edimle, tarafların anlaştığı ve o olay bakımından olması gereken vasıf ve özelliklerin taşıdığı edim birbiriyle karşılaştırılarak bir derecelendirme yapılabilir.

Olumsuz edimler olarak kabul edilen yapmama ve katlanma edimleri açısından sözleşmeye uygunluğun değerlendirilmesi ise mümkün görünmemektedir³⁴². Mesela borçlu, coğrafi bir alanda belirli bir ürünü satmayacağına ilişkin bir taahhütte bulunabilir³⁴³. Ürün, borçlu tarafından bu bölgede bir defa satılmış olsa dahi, yapmama yükümlülüğü ihlâl edilmiş olur. Satılan ürünün ayıplı veya ayıptan arı olması, sonucu değiştirmez. Anılan bölgede hiç satış yapılmaması hâlinde ise borç tam ve doğru bir biçimde ifa edilmiş olur. Bu örnekten hareketle yapmama yükümlülüklerinde üçüncü bir ihtimal bulunmadığı için bu yükümlülükler açısından kanaatimizce sözleşmeye uygunluğun değerlendirilmesi mümkün değildir. Benzer durum, katlanma edimleri açısından da geçerlidir.

3. Sürelerine göre edimler bakımından

Sürelerine göre yapılan ayırmda edimler; ani, dönemli ve sürekli olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Kural olarak her üç edim türü için de sözleşmeye uygunluk değerlendirmesinde bulunmak mümkündür. Nitekim Dijital İçerik Direktifi'nin 11. Maddesi ile § 327j'de belirtildiği üzere dijital içerik ve hizmetler; ani, dönemli ve sürekli edimlere konu edilebilir³⁴⁴. Ancak bu edim türleri, konu bakımından yapılan ayırmda yapma, yapmama ve katlanma edim türleriyle örtüşebilir. Örneğin rekabet yasağına ilişkin edim, sürekli nitelikli bir edim olmasının yanı sıra aynı zamanda bir yapmama edimidir ve yukarıda açıklandığı üzere yapmama edimlerinde sözleşmeye uygunluğun değerlendirilmesi mümkün değildir. Benzer şekilde katlanma yükümlülüğünün üstlenildiği bir akitte de sözleşmeye uygunluktan bahsedilemez. Dolayısıyla böyle istisnai bir durum olmadığı müddetçe her üç edim türü bakımından da sözleşmeye uygunluk değerlendirmesi yapılabilir.

³⁴² **Zamir**, 1991, s. 42. Aksi yöndeki görüş için bkz. **Elizalde**, 2017, s. 99.

Yapmama ve katlanma edimlerinin edimlerin eksik, kısmi veya ayıplı ifasından bahsetmek mümkün değildir. **Şen**, 2018, s. 69. Bu durumu, bugünün bilgisayar dünyasının temelini oluşturan ikili kod sistemine benzetmek de mümkündür. Buna göre yapmama ve katlanma edimleri borçlu tarafından ya tam ve doğru bir şekilde ifa edilmiştir (1) ya da ifa edilmemiştir (0).

³⁴³ **Antalya**, 2019, s. 102; **F. Eren**, 2020, par. 288; **Furrer/Muller-Chen/Çetiner**, 2021, s. 23.

³⁴⁴ Ayrıca bkz. Direktif, Rec. 56, 57.

IV. SÖZLEŞMEYE UYGUNLUĞUN HUKUKİ NİTELİĞİ

Sözleşmeye uygunluk, az sayıdaki hukuk sisteminde, teslim yükümlülüğü gibi olağan akdi yükümlülükler arasında değerlendirilmektedir. Mesela CISG m. 35'e göre satıcı, malları alıcıya sözleşmeye uygun şekilde teslim etmekle yükümlüdür. AB ve Alman Hukukundaki dijital ürünlere ilişkin hüküm uyarınca sağlayıcı, dijital içerik ve hizmetleri, tüketiciye sözleşmeye uygun bir şekilde temin etmekle yükümlüdür (Direktif m. 6; BGB § 327d). O hâlde bu yükümlülüğün kendisinin ve ihlâlinin hukuki niteliğinin tespit edilmesi gerekir. Bu kapsamda sırasıyla garanti sözleşmesi ve hiç ifa etmeme görüşleri ile ayıp ve zapt sorumluluklarından uyarlanabilecek görüşler incelenmekte ve son olarak bizim de katıldığımız gereği gibi ifa etmeme görüşüne yer verilmektedir.

A. Garanti Sözleşmesi Görüşü

Garanti sözleşmesi görüşünde, sözleşmeye uygunluğa ilişkin yükümlülüklerin ayrı bir akitten doğduğu savunulur. Asıl sözleşmeden ayrı olarak değerlendirilmesi gereken bu akit, borçlunun asıl sözleşmedeki edimini ayıptan ari bir şekilde yerine getirmesini garanti eder³⁴⁵. Bu görüşün Roma Hukukundaki temeli, *Jus Civile* ve *Aediles Curules* dönemindeki ayıp sorumluluğunun doğması için gerekli olan bir akdi işlemle (*stipulatio*) garanti verme uygulamasıdır³⁴⁶.

Schollmeyer'in garanti teorisi de bu görüşün temel savlarından biri olarak değerlendirilmektedir³⁴⁷. Buna göre akdi yükümlülükler, ifa yükümlülükleri (*erfüllungspflicht*) ve tekeffül-garanti yükümlülükleri (*gewährleistungspflicht*) olarak ikiye ayrılmalıdır³⁴⁸. Tekeffül yükümlülükleri, borçlunun malın ayıptan ari olmasını ve taahhüt edilen özelliklerin malda bulunmasını garanti etmesi olarak tanımlanmaktadır. Garanti yükümlülüğü, yalnızca asli edim yükümlülüğünün ifasını garanti anlamına gelir, bu edimin

³⁴⁵ C. Yavuz, 1989, s. 22; Zamir, 1991, s. 51. Ayrıca bkz. Honsell, 2015, BK/OR 192-196, par. 2.

³⁴⁶ Rabel, 1958, s. 103. Garanti görüşü, Roma Hukukunda cins borçları bakımından ortaya çıkmıştı. Pak, 2005, s. 44. Ayrıca bkz. Tunçomağ, 1977, s. 117; Schönle/Peter, 2005, ZK/OR 197, par. 3a; Akikol, 2008, s. 26; Huguenin, 2012, par. 2549; Müller-Chen, 2016, CHK/OR 197, par. 2. *Jus Civile* ve *Aediles Curules* dönemine ilişkin detaylar için bkz. § 2.I.B.1.

³⁴⁷ Garanti görüşünü modern hukuk dünyasında ilk temellendiren *Schollmeyer*'dir. Ancak garanti teorisine ilişkin *Max Wolff*, *Süß* ve *Larenz* tarafından ortaya atılan çeşitli görüşler de bulunmaktadır. Bkz. Pak, 2005, s. 26-42.

³⁴⁸ Rabel, 1958, s. 105; Pak, 2005, s. 27; Vischer, 2015, s. 1.

aynen ifası talebini kapsamaz³⁴⁹. Yani garanti verme yükümlülüğü, borçlunun dahili bir yükümlülüğü olmayıp asli edim yükümlülüklerine ek olarak yapılan harici bir yükümlülüktür³⁵⁰.

Sözleşmeye uygunluğa ilişkin yükümlülükler içinde bulunan ayıptan ari teslim yükümlülüğünün İsviçre Borçlar Kanunu'nda ve 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'ndaki düzenleme şeklinin de bu görüşü desteklediği söylenebilir³⁵¹. Öyle ki İsviçre Borçlar Kanunu'nda ayıptan doğan sorumluluktaki terminoloji, garanti-tekeffül (*gewährleistung*) üzerine kuruludur (OR 197)³⁵². OR'yi mehazı olarak kabul eden 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nda da satış sözleşmesinde ayıbı düzenleyen m. 194'ün kenar başlığında “*ayıptan salim olmasını tekeffül*” ibaresi kullanılmıştı. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ise garantiyi çağrıştıran tekeffül ve benzeri bir ibarenin bulunmadığı, düzenlemenin kenar başlığının “*ayıptan sorumluluk*” olduğu ifade edilmelidir (TBK m. 219). Ayrıca BGB'de kullanılan terminolojiden de bahsetmek gerekir. Reform Kanunu öncesinde BGB'deki ayıptan ve zapttan doğan sorumluluğa ilişkin hükümlerde kenar başlığı olarak tekeffül-garanti anlamına gelen “*Gewährleistung*” ibaresi yer alıyordu³⁵³. Nitekim bu dönemde ayıptan ve zapttan doğan sorumluluğun kaynağı garanti sözleşmesi görüşüyle açıklanıyordu³⁵⁴. Reform Kanunu'yla ayıp ve zapttan doğan sorumluluk ayrımı kaldırılmış; yapılan değişikliklerle BGB § 434 ve § 435'in kenar başlıklarında tekeffül, garanti ve benzeri bir ifade yerine yalnızca maddi ayıp (*Sachmangel*) ve hukuki ayıp (*Rechtsmangel*) ifadelerinin kullanımı tercih edilmiştir.

Garanti sözleşmesi görüşüne yöneltlen eleştirilerden ilki, sözleşmeye uygunluğa dair yükümlülüklerin esas sözleşmeden müstakil bir kurum olmadığına ilişkindir. Buna göre

³⁴⁹ **Rabel**, 1958, s. 105; **Pak**, 2005, s. 27; **Akikol**, 2008, s. 26. Bu durumun eleştirisi için bkz. **Akünel**, 1973, s. 547-548.

³⁵⁰ **C. Yavuz**, 1989, s. 22; **Zamir**, 1991, s. 51; **Ren**, 2021, s. 81.

³⁵¹ **Edis**, 1963, s. 25; **Bucher**, 1988, s. 69; **Vischer**, 2015, s. 1. Ayrıca bkz. **Gümüş**, 2013, s. 64.

³⁵² **Rehbinder**, 1990, s. 130; **Ren**, 2021, s. 81. Garanti teorisi, İsviçre Hukukunda, özellikle OR'nin yürürlüğe girdiği dönemlerde hâkim görüş olarak kabul ediliyordu. **Vischer**, 2015, s. 1. Ancak bugün itibarıyla ifa teorisinin, garantinin yerine geçtiği belirtilmiştir. **Ren**, 2021, s. 82. Bununla birlikte OR'de herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. **Atamer/Küng**, 2021, s. 1094.

³⁵³ Zapttan doğan sorumluluk için BGB § 434'te “*Gewährleistung wegen Rechtsmängel*”, ayıptan doğan sorumluluk için BGB § 459'da “*Gewährleistung wegen Mängel der Sache*” ifadeleri kenar başlığı olarak kullanılıyordu. Bkz. DeJure, *Bürgerliches Gesetzbuch in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung* <https://dejure.org/gesetze/OBGB010102> (18.09.2023 tarihinde erişildi). **Rabel**'e göre BGB § 443'te hukuki ayıptan doğan sorumluluğun garantiye dayandığı açıkça zikredilmekteydi. **Rabel**, 1958, s. 108. Bununla paralel olarak Alman Hukukunda, sözleşmeye uygunluğa, borçlunun asli edim yükümlülüğünden bağımsız bir yükümlülük olarak bakılmaktaydı. **Zamir**, 1991, s. 53.

³⁵⁴ **Rabel**, 1958, s. 108.

sözleşmeye uygunluk, ancak esas sözleşmeyle var olan bir kurumdur. Garanti sözleşmesinde ise esas sözleşmeden bağımsız bir durum ortaya çıkar³⁵⁵. Esas sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerle garanti sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülükler arasında bu kadar katı bir ayırım yapılmasının sebebi ise açıklanamamıştır. Nitekim 2002 reformu öncesinde BGB'deki ayıptan doğan sorumluluğun bağımsız niteliğe sahip olmasının gereksiz bir karmaşaya yol açtığı ileri sürülmüş ve Reform Kanunu'yla ifanın bir parçası kılınmak istenmiştir³⁵⁶. Bir başka eleştiri de sözleşmeye uygunluğa ilişkin yükümlülüklerin, örneğin ayıptan ari teslim yükümlülüğünün, kanuni nitelikte bir borç doğurmasıdır. Garanti sözleşmesi ise akdi sorumluluk doğurur³⁵⁷.

Sözleşmeye uygunluğa ilişkin yükümlülüklerin garanti sözleşmesi içinde değerlendirilmesi hâlinde, *Schollmeyer*'in teorisine göre alıcının aynen ifa talebinde bulunması da mümkün değildir. Örneğin maldaki ayıpların giderilmesi ve taahhüt edilen özelliklere sahip başka bir malla değiştirilmesini talep edemeyecektir. Zira garanti yükümlülüğü, yalnızca asli edim yükümlülüğünün ifasını garanti anlamına gelir, bu edimin aynen ifası talebini kapsamaz. Yani alıcı, garanti sözleşmesine dayanarak yalnızca tazminat talep edebilecektir. Bu da garanti sözleşmesi görüşü açısından bir başka eleştiri noktasıdır³⁵⁸.

Yükümlülüklerin ihlâli hâlinde aynen ifaya imkân tanıyıp tanınamasına dayanan ayrımlar, gittikçe ağırlığını kaybetmektedir³⁵⁹. Öte yandan hem İsviçre/Türk Hukukunda hem de Alman Hukukunda ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin düzenlemelerde alıcıya aynen ifa imkânı tanınmış olması da bu görüşün geçerliliğini kaybettiğini göstermektedir. Bu hukuk sistemlerinde alıcı, ayıp hâlinde mümkünse satılanın ayıpsız bir benzeri ile değişimini talep edebilir (TBK m. 227/1/4, OR 206/1, BGB § 439/1).

B. İfanın Kendisi Olarak Değerlendiren Görüş (Hiç İfa Etmeme)

Sözleşmeye uygunluğu ifanın kendisi olarak görüşte bu kavram, borç konusu edimin içinde değerlendirir. Mesela *Köhler*, özellikle parça satışları bakımından ayıp hâlinin bir kısmı

³⁵⁵ **Edis**, 1963, s. 26; **Ren**, 2021, s. 81.

³⁵⁶ **Pak**, 2005, s. 60.

³⁵⁷ **Edis**, 1963, s. 26.

³⁵⁸ **Honsell**, 2015, BK/OR 192-196, par. 2; **Edis**, 1963, s. 27; **Zamir**, 1991, s. 52.

³⁵⁹ **Akikol**, 2008, s. 29. İsviçre Hukuku yönünden bir değerlendirme için bkz. **Atamer/Küng**, 2021, s. 1094-1095. Garantiye ilişkin yükümlülükler ile diğer olağan akdi yükümlülükler arasında ayırım, Alman Hukukunda da silikleşmektedir. **Zamir**, 1991, s. 52, dn. 136.

imkânsızlığa neden olduğunu savunur³⁶⁰. Bu yöndeki en uç görüşte, borcun ifası, o ifanın sözleşmeye uygun olması şeklinde tanımlanır³⁶¹. Yani sözleşmeye uygunluğa ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, borcun hiç ifa edilmemesi sonucunu doğuracaktır³⁶². Alman hukukundaki bir görüşe göre malın ayıplı olması, satıcının ifayı gerçekleştirmesini engeller. Bu hâlde, bir tür teslim imkânsızlığı (*unmöglichkeit*) hâli söz konusudur³⁶³.

Görüşün kabul edilmesi hâlinde, ayıplı bir ürünün tüketiciye teslim edilmesi örneğinde o ürün, tüketiciye hiç teslim edilmemiş gibi bir sonuç ortaya çıkar ki bu sonuç, menfaatler dengesinin satıcının aleyhine ciddi bir şekilde bozulmasına yol açar. 1964 Lahey Satım Antlaşması'nın (ULIS) malların teslimine ilişkin m. 33/1 hükümlerinde bu görüşün benimsenmiş olması, böyle bir sonuca yol açtığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bu hükme göre ancak sözleşmeye uygun bir malın alıcıya verilmesi hâlinde teslim yükümlülüğü yerine getirilmiştir. Yani alıcıya, sözleşmeye uygun olmayan bir malın teslimi hâlinde ortada hiç ifa etmeme söz konusu olacaktır. Yapı itibarıyla Lahey Satım Antlaşması'yla paralellik gösteren 1980 tarihli Viyana Satım Antlaşması'nda eleştiriler dikkate alınmış ve bu sonuca yol açacak bir hükme yer verilmemiştir³⁶⁴. Başka bir deyişle CISG'da malların teslimi yükümlülüğüyle malların sözleşmeye uygunluğuna ilişkin yükümlülük, birbirinden ayrı şekilde düzenlenmiştir (CISG m. 30 ve m. 35).

C. Ayıp ve Zapt Sorumluluklarından Uyarlanabilecek Görüşler

1. Ayıp sorumluluğuna ilişkin görüşler

Ayıptan doğan sorumluluğun hukuki niteliğine ilişkin genel olarak öğretide; yanılma, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (*culpa in contrahendo*), garanti sözleşmesi ve

³⁶⁰ Bu görüşe yönelik eleştiriler için bkz. **Süß**, 1931, s. 159 vd. Ayrıca bkz. **Rabel**, 1958, s. 106.

³⁶¹ **Zamir**, 1991, s. 53. 99/44 sayılı Direktif'teki sözleşmeye uygunluk kavramı üzerinden meseleyi değerlendiren **Capilli** ise sözleşmeye uygun mal teslim etme yükümlülüğünün, teslimden ayrı ve özerk bir yükümlülük olarak değerlendirmiştir. **Capilli**, 2012, s. 156.

³⁶² **Süß**, 1931, s. 187; **Rabel**, 1958, s. 104; **Zamir**, 1991, s. 53.

³⁶³ Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin (*Reichsgericht*) genel yaklaşımına göre ifa ya tamamen mümkündür ya da tamamıyla imkânsızdır. **Süß**, 1931, s. 187. Dolayısıyla ayıplı olarak teslim edilen bir mal bakımından artık ayıptan arılığın mümkün olmaması nedeniyle imkânsızlık bulunur. Mahkeme'nin yaklaşımına yönelik eleştiriler için bkz. **Süß**, 1931, s. 191.

³⁶⁴ **Zamir**, 1991, s. 54.

gereği gibi ifa etmeme gibi çeşitli görüşler ortaya atılmıştır³⁶⁵. Garanti sözleşmesi görüşünün daha önce incelenmiş olması nedeniyle burada yalnızca yanılma ve *culpa in contrahendo* görüşlerine yer verilmektedir.

Yanılma görüşü taraftarları, ayıptan doğan sorumluluğun kaynağını bir irade sakatlığı olan hatayla açıklamaktadır³⁶⁶. Buna göre ayıp hâlinde alıcı, bir yanılma içindedir. Yani eşyanın aynındaki hatalar ile ayıptan doğan sorumluluk, hukuki niteliği itibariyle aynı müesseselerdir. Bu görüşe göre ayıba ilişkin hükümler, adeta hatanın özel bir görünüm biçimi olarak düzenlenmiştir. Yavuz, bu görüşü, özellikle maldaki lüzumlu vasıf eksiklikleri kapsamında 4.6.1958 tarihli Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararıyla ilişkilendirmiştir. Kararda, ayıp hâlinde alıcının, ayıp ve yanılma hükümlerinden dilediğini seçerek sözleşmeyi feshedebileceği belirtilmiştir³⁶⁷.

Bu görüşe yöneltilen en temel eleştirisi; hatanın sözleşmenin kurulmasına ilişkin bir kurum olması karşısında ayıbın edimin yerine getirilmesinden itibaren değerlendirilmesi gerektiğidir³⁶⁸. Ayrıca ayıptan doğan sorumluluk, hata hükümlerinin aksine yalnızca sözleşmenin geçersiz kılınmasını değil; aynen ifa, bedelin indirilmesi, tamir gibi diğer seçimlik hakları da kapsar. Bu bakımdan ayıbı hata kapsamında değerlendiren görüş, diğer seçimlik imkânları açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Ayrıca hata hâlinde yalnızca yanılmanın yeterli bir şart olarak görüldüğü, ayıp için muayene ve ihbar gibi diğer ek bazı şartların da bulunduğu, bir eleştiri olarak zikredilmektedir³⁶⁹.

Ayıp sorumluluğunu, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa (*culpa in contrahendo*) dayandıran görüşe göre satıcı, görüşmeler esnasında dürüstlük kuralı uyarınca bilmesi beklenen ayıpları bilmemek suretiyle kusurlu davranmıştır³⁷⁰. Kusur, doğrudan satma fiilini ilgilendirdiği için satıcının ayıbı bilmemesi; makul, orta zekâlı ve dürüst kişiler bakımından

³⁶⁵ Zikredilen görüşlerden başka kendine özgü yapısı olan bir müessese görüşü, tehlike (risk) esası görüşü, varsayım esası görüşü ile hakkaniyet görüşü de bulunmaktadır. Bu görüşlere ilişkin bilgi için bkz. C. Yavuz, 1989, s. 19 vd.; Erbay, 1994, s. 55 vd.

³⁶⁶ Rabel, 1958, s. 116; Tunçomağ, 1977, s. 118; C. Yavuz, 1989, s. 20 vd.; Honsell, 2015, BK/OR 197-210, par. 9-10. İsviçre Federal Mahkemesi'nin hata hükümleriyle ayıba karşı tekeffül hükümlerinin yarışabileceğine yönelik kararı için bkz. Burcuoğlu, 1990, s. 96.

³⁶⁷ C. Yavuz, 1989, s. 21. Karar için bkz. Yargıtay İBK, 04.06.1958, E. 1958/15, K. 1958/6 (RG: 01.10.1958, 10021).

³⁶⁸ Eleştiri için bkz. Rabel, 1958, s. 116; Edis, 1963, s. 23.

³⁶⁹ Edis, 1963, s. 22-23.

³⁷⁰ Tunçomağ, 1977, s. 118; C. Yavuz, 1989, s. 21; Edis, 1963, s. 24.

kabul edilebilir olsa dahi satıcıyı sorumluluktan kurtarmaz³⁷¹. Söz konusu görüş, satıcının hiçbir ihmalinin bulunmaması hâlinde neden sorumluluğuna gidildiğinin açıklanamaması sebebiyle eleştirilmektedir. Örneğin satıcı, malı bir ekspere muayene ettirerek ayıpsız olduğunu tespit ettirmesi hâlinde neden sorumlu olmalıdır? Kusurun, bizatihi satış olayına bağlanması nedeniyle bu soruya cevap verilememekte, bu da satıcının sorumluluğunun gereğinden fazla genişlemesine yol açmaktadır. Ayrıca ayıbın, edimin ifa edilmesine ilişkin olmasına rağmen sözleşmenin kurulma anına dayandırılması da bu görüşe yönelik bir başka eleştiridir³⁷².

2. Zapt sorumluluğuna ilişkin görüşler

Zapttan doğan sorumluluğun hukuki niteliğine ilişkin genel olarak öğretide temerrüt, gereği gibi ifa etmeme ve sübjektif imkânsızlık gibi çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Gereği gibi ifa etmemeye aşağıda yer verildiğinden, burada yalnızca temerrüt ve sübjektif imkânsızlık görüşleri değerlendirilmektedir.

Zapt sorumluluğu, üçüncü kişilerin, üstün bir hakka dayanarak alıcıya teslim edilmiş olan mala el koyması durumunda gündeme gelir³⁷³. Bir görüş, zapt hâlinde temerrüdün gündeme geleceğini savunur. Mesela alıcıya teslim edilen çalıntı bir malın zaptı hâlinde ifa teslimle başlamasına rağmen, malın üçüncü kişi tarafından zapt edilmesi, ifanın tamamlanmasını engellemektedir. Satıcı bakımından edimi gerçekleştirmek mümkünse, yani bir imkânsızlık söz konusu değilse temerrüt gündeme gelir. Bu görüşe göre alıcı, temerrüt için öngörölmüş usulü yerine getirerek hakkını aramalıdır. Görüşe yöneltlen temel eleştiri ise alıcıyı böylesine detaylı bir prosedüre muhatap kılmanın hakkaniyete aykırı olacağı yönündedir. Yani pratik nedenlerle temerrüt görüşünün uygun olmadığı anlaşılmaktadır³⁷⁴.

Diğer bir görüş, yukarıdaki örnekten hareketle satıcının zapta konu edimi ifasının mümkün olmadığı durumlarda sübjektif imkânsızlığın olduğunu savunur³⁷⁵. Ancak her somut olay bakımından imkânsızlıkla temerrüdü ayırmanın zor olması nedeniyle bu görüş eleştirilmektedir. Öte yandan başlangıçtaki sübjektif imkânsızlığa hangi hükümlerin

³⁷¹ C. Yavuz, 1989, s. 21; Edis, 1963, s. 25.

³⁷² Edis, 1963, s. 25.

³⁷³ F. Eren, 2020, par. 229; Uçkan, 2022, s. 56.

³⁷⁴ Uçkan, 2022, s. 123-124.

³⁷⁵ Uçkan'a göre hırsızlık konusu bir malın satılmasının ardından mâlikin alıcının elindeki malı zapt ettiği durumda, başlangıçtaki sübjektif imkânsızlığa yakın bir durum söz konusudur. Uçkan, 2022, s. 135.

uygulanacağı konusunda, Türk Hukuku açısından kanuni bir belirlilik de bulunmamaktadır³⁷⁶. Zaptı açıklığa kavuşturmak ve net bir noktaya varmak amacıyla girilen bir çabanın sonunda, hangi hükümlerin uygulanacağı belirli olmayan bir noktaya ulaşılmış olması, kanaatimizce tek başına bu görüşün uygulanmaması için yeterlidir.

D. İfanın Bir Parçası Olarak Değerlendiren Görüş (Gereği Gibi İfa Etmeme)

Sözleşmeye uygunluğun ifanın yalnızca konusuyla ilişkili bir kavram olduğunu açıklamıştık³⁷⁷. Buradan hareketle sözleşmeye uygunluk, ifanın yalnızca konusuyla, yani vasıf ve özellikleriyle ilişkilendirilmektedir. Sözleşmeye uygunluğa ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilmemesi hâlinde, ifanın yalnızca bir parçasında sakatlık vardır ve bu sakatlık da bir gereği gibi ifa etmeme hâli teşkil eder³⁷⁸. Dolayısıyla sözleşmeye uygunluk, hiç ifa etmemeden kesin çizgilerle ayrılmıştır³⁷⁹.

Kanaatimizce de isabetli olan bu görüş uyarınca öncelikle borçlu tarafından iyi veya kötü, ifa edilmiş bir edimin varlığı gereklidir. Ancak ifa edilmiş bir edim bulunduğu, sözleşmeye uygunluğa dair iki durum arasındaki fark değerlendirmesi yapılabilir. Bu iki durumdan ilki, ifa konusu edimde tarafların üzerinde anlaştığı vasıf ve özellikler ile o edimde dürüstlük kuralı uyarınca olması gereken vasıf ve özelliklerin bulunduğu farazi haldir. İkinci durum ise somut olaydaki borçlu tarafından yerine getirilmiş olan edimin konu bakımından taşıdığı tüm vasıf ve özelliklerdir. Başka bir anlatımla, borçlu hangi edimi ifa ederek borcu sona erdirmeye çalışmıştır, sorusunun cevabı aranır. İki hâl arasındaki fark değerlendirmesi, ifanın gereği gibi tam ve doğru bir şekilde yerine getirilip getirilmediğiyle ilgilenmektedir. Bu da sözleşmeye uygunluğun niteliğinin bir gereği gibi ifa etmeme hâli olduğunu göstermektedir. Hiç ifa edilmemiş bir edimin sözleşmeye uygunluğunun değerlendirilmesi ise mümkün değildir³⁸⁰.

³⁷⁶ Uçkan, 2022, s. 136.

³⁷⁷ bkz. § 2.I.A.

³⁷⁸ Gereği gibi ifa etmeme için parça ve çeşit borçları açısından ayırım yapmayan bir görüş bulunduğu gibi ve bunu çeşit borçlarına özgüleyen bir görüş de bulunmaktadır. C. Yavuz, 1989, s. 22. İsviçre Hukuku açısından bkz. Honsell, 2015, BK/OR 192-196, par. 2.

³⁷⁹ Zamir, 1991, s. 54.

³⁸⁰ Sözleşmeye uygunluğun içinde değerlendirilen zapttan doğan sorumluluğa ilişkin olarak İsviçre hukukundaki duruma ilişkin Becker, buradaki tekeffülün, “*esas borcun bir teferruatı, esas borca bağlı ikinci derecede bir borç*” olduğu kanaatindedir. Becker, 1993, s. OR 192, Par. 19.

Viyana Satım Antlaşması'nda ve BGB'de sözleşmeye uygunluğun, ifanın yalnızca bir parçası olarak kabul edildiği söylenebilir³⁸¹. Malların teslimine ilişkin yükümlülükler, Antlaşma'nın 31 ila 34. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre teslim yükümlülüğü, malların nitelik ve niceliği göz ardı edilerek alıcıya teslimle birlikte yerine getirilmiş sayılır³⁸². Malların ayıptan arılığı ise ayrı bir yükümlülük olarak m. 35 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Yani sistematik açıdan Antlaşma'da, ayıptan arilikle malların teslimi net bir şekilde birbirinden ayrılmış iki ayrı yükümlülük olarak öngörülmüştür³⁸³. Buna uygun olarak sözleşmeye uygun olmayan ifa ile hiç ifa etmeme hâlleri, neticeleri itibariyle de birbirinden ayrılmıştır³⁸⁴. Yani Antlaşma'nın sözleşmeye uygunluğa ilişkin yükümlülükleri, ifanın yalnızca bir parçası olarak kabul ettiği sonucuna ulaşılabilir.

Sözleşmeye uygunluğu ifanın bir parçası olarak gören görüş, satış sözleşmesindeki ayıp sorumluluğu bakımından Reform Kanunu'yla değişik BGB'de de geçerli hâle gelmiştir³⁸⁵. Alman kanun koyucu, reform öncesinde garanti kapsamında değerlendirilen ayıp ve zapttan doğan sorumluluk hallerini Reform Kanunu'yla dogmatik olarak bu kapsamdan çıkarmak istemiştir³⁸⁶. Zira mevcut durumun korunması hâlinde, ayıba ilişkin talepler yalnızca garanti yükümlülüğüne dayanılarak gerçekleştirilebilecek ve dolayısıyla ayıp sorumluluğu bakımından gereği gibi ifa etmemeye dair tüm kurallar dışlanmış olacaktı. Bunu engellemek için BGB § 433/1'in ikinci cümlesinde satıcının malları ayıptan ari şekilde temin etme yükümlülüğü ayrı bir yükümlülük olarak düzenlenmiş ve ayıptan arilik ifanın bir parçası hâline getirilmiştir³⁸⁷. Böylelikle alıcı, ayıba ilişkin özel hükümlerin yanında tazminat talebi için yüküm ihlâline (BGB § 280) ilişkin hükümlere de başvurabilir konuma getirilmiştir³⁸⁸. Ayıptan ariliğe ilişkin yükümlülüğün genel yüküm ihlâliyle bağlantı kurularak

³⁸¹ Satılan şeyin ayıplarından kaynaklanan sorumluluğu, bir gereği gibi ifa etmeme hâli olarak değerlendirmenin, yeni gelişmelere de uygun düştüğü hakkındaki görüş için bkz. **C. Yavuz**, 1989, s. 29.

³⁸² Detaylar için bkz. § 2.II.A.

³⁸³ **de Luca**, 2014, s. 173.

³⁸⁴ Ancak belirtmek gerekir ki, sözleşmeye uygun olmayan ifanın bir esaslı ihlâl derecesine ulaşması durumunda da alıcının sözleşmeyi sona erdirmesi teknik olarak mümkündür. **de Luca**, 2014, s. 174.

³⁸⁵ BGB § 434 ve § 435'in bir bütün hâlinde sözleşmeye uygunluğu teşkil ettiğine dair açıklamalar için bkz. § 2.II.D.

³⁸⁶ **Pak**, 2005, s. 43.

³⁸⁷ **Schwab**, 2002, s. 5; **Pak**, 2005, s. 44.

³⁸⁸ **Pak**, 2005, s. 60. Nitekim buna uygun olarak maddi ve hukuki ayıbın sonuçlarının düzenlendiği BGB § 437'de, yüküm ihlâlinin sonuçlarını düzenleyen BGB § 283, § 284 ve § 311a'ya atıf yapılmıştır. **Pak**, 2005, s. 61.

düzenlenmesi, kanaatimizce bu yükümlülüğün, BGB’de de ifanın bir parçası olarak kabul edildiğini göstermektedir.

Sözleşmeye uygunluğun temel içeriğini oluşturan ayıptan ve zapttan doğan sorumluluk hallerinin İsviçre/Türk Hukuku bakımından öğretide ağırlıklı olarak borcun gereği gibi ifa edilmemesine dayandırılması³⁸⁹ da bu görüşü destekler. Buna bağlı olarak, birçok yazar ayıptan doğan sorumluluk hükümleriyle gereği gibi ifa etmeme hükümlerinin yarışabileceğini ifade eder³⁹⁰. Benzer şekilde zapttan doğan sorumluluk hükümleriyle gereği gibi ifa etmeme hükümlerinin yarışacağının kabulü de bu görüş lehinedir³⁹¹.



³⁸⁹ Ayıptan doğan sorumluluğun hukuki niteliğine ilişkin bkz. **C. Yavuz**, 1989, s. 29; **Vischer**, 2015, s. 1; **Müller-Chen**, 2016, CHK/OR 197, par. 3; **F. Eren**, 2020, s. 104; **Ren**, 2021, s. 82. Zapttan doğan sorumluluğun hukuki niteliğine ilişkin bkz. **Tandoğan**, 2008, Cilt I/1, s. 148; **Akçaal**, 2020, s. 87; **Uçkan**, 2022, s. 137.

³⁹⁰ **C. Yavuz**, 1989, s. 31; **Erbay**, 1994, s. 48; **Gümüş**, 2013, s. 65-66; **Zevkliler/Gökyayla**, 2015, s. 149; **Yünlü**, 2019, s. 169.

³⁹¹ **Tandoğan**, 2008, Cilt I/1, s. 148; **C. Yavuz**, 2014, s. 110; **Çabri**, 2016, s. 590; **Akçaal**, 2020, s. 217; **F. Eren**, 2020, s. s. 79; **Uçkan**, 2022, s. 137. *Gümüş’e göre “TBK m. 214-218, TBK m. 112 karşısında lex specialis niteliğinde bir sorumluluk düzeni öngörür.”* **Gümüş**, 2013, s. 53.

BÖLÜM 2

AVRUPA BİRLİĞİ VE ALMAN HUKUKUNDA DİJİTAL İÇERİK VE HİZMETLERİN SÖZLEŞMEYE UYGUNLUĞU

§ 3. DÜZENLEMELERİN UYGULAMA ALANI

I. DÜZENLEMELERİN KİŞİ BAKIMINDAN UYGULANMASI

A. Tüketici Sözleşmeleri

Dijital ürünlere ilişkin AB ve Alman Hukukundaki hükümler, kural olarak yalnızca tüketici işlemlerine uygulanır (Direktif m. 3; BGB § 327)³⁹². Yani ilgili hükümler, yalnızca tüketici ile sağlayıcılar arasındaki sözleşme ilişkilerini kapsar³⁹³. Anılan akitlerde sağlayıcı, dijital ürün temin etme borcu altına girmekte, tüketici ise bunun karşılığında bir ücret ödeme veya kişisel veri temin etme borcu üstlenmektedir. Direktif’te tüketici; ticareti, işi, zanaatı veya mesleği dışındaki amaçlarla hareket eden gerçek kişi olarak tanımlanmıştır³⁹⁴. BGB’ye göre tüketici, ağırlıklı olarak ticari ve mesleki faaliyetleri dışındaki amaçlarla hukuki işlem yapan gerçek kişidir³⁹⁵.

Direktif’te sağlayıcı (*trader*), özel veya kamuya ait olup olmadığına bakılmaksızın ticareti, işi, zanaatı veya mesleği ile ilgili amaçlar doğrultusunda bizzat kendi adına hareket eden ya

³⁹² Metzger, 2019, s. 577; Pech, 2021, s. 509. Direktif’in Alman Hukukuna aktarılmasında, ticari işlemlere yönelik asgari standartlar öngörülmemiş olması, eleştirilere neden olmuştur. Riehm/Abold, 2021, s. 540.

³⁹³ Geiregat/Steennot, 2017, s. 102. Bu ilişkiler, “*business to consumers - B2C*” olarak isimlendirilir.

³⁹⁴ Direktif m. 2/6.

³⁹⁵ BGB § 13.

da başkası aracılığıyla faaliyetini sürdüren gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır³⁹⁶. BGB'ye göre sağlayıcı (*unternehmer*), ticari veya bağımsız mesleki faaliyetini gerçekleştiren gerçek veya tüzel kişi ya da hak ehliyetine sahip ortaklıklardır³⁹⁷.

B. Çift Amaçlı Sözleşmeler

Çift amaçlı sözleşmelerde (*dual purpose contracts, Verträge mit doppeltem Zweck*) tüketici hem ticari ve mesleki bir amaçla hem de bunlar dışındaki bir amaçla hareket etmektedir³⁹⁸. Örneğin bir avukatın *Dropbox* hesabında hem vekâletini sunduğu dava dosyalarına ilişkin belgeleri hem de kendi özel hayatına ilişkin fotoğrafları saklaması mümkündür. Çift amaçlı bu işlem bakımından sorun, dijital ürünlere ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulup bulmayacağıdır³⁹⁹. Direktif, tüketici ile sağlayıcılar arasında çift amaçlı işlem yapılması durumunun kapsam dahilinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususunda üye ülkelere serbestiyet tanımıştır⁴⁰⁰.

BGB'nin dijital ürünlere ilişkin hükümlerinde, çift amaçlı işlemlere özgü bir düzenleme yer almamakla birlikte tüketici tanımından hareketle bu işlemlere cevaz verildiği sonucuna ulaşılabilir. Zira BGB'de tüketiciyi belirleyen kriterlerden birisi de onun, ağırlıklı olarak ticari ve mesleki faaliyetleri dışındaki amaçlarla hareket etmesidir. Dolayısıyla Alman Hukuku bakımından ticari ve mesleki amacın, diğer gayeyi bastırmaması kaydıyla dijital

³⁹⁶ Direktif m. 2/5. İngilizce *trader* ifadesinin Türkçe karşılığı tacir veya tüccardır. Ancak TKHK'de mehz AB düzenlemelerinden geçen *trader* kavramına karşılık olarak *satıcı* ve *sağlayıcı* şeklinde iki ayrı kavram kullanılmıştır (TKHK m. 3/1, m. 3/i). Bununla birlikte birinci bölümde açıklandığı üzere dijital ürünlerin tereddütsüz bir şekilde satış sözleşmesine konu olması mümkün olmadığından bunlar bakımından *satıcı* ifadesinin kullanılması risklidir. Dolayısıyla Direktif'teki *trader* kavramının satıcı/sağlayıcı olarak değil; yalnızca *sağlayıcı* olarak çevrilmesi isabetli görünmektedir.

³⁹⁷ BGB § 14. Almanca *Unternehmer* kavramının Türkçe karşılığı girişimci ya da müteşebbistir. Konuya ilişkin Türkçe eserlerde de bu ifadelerin benimsendiği görülmektedir. Bkz. **Akkanat-Öztürk**, 2022; **Tekelioğlu**, 2022. Türk Hukukuna yabancı olan bu kavramın Türkçe'ye çevrilmesinde, TKHK'deki benzer bir tanıma sahip olan *satıcı* ve *sağlayıcı* ifadelerinin kullanılması daha uygundur. Bununla birlikte birinci bölümde açıklandığı üzere dijital ürünlerin tereddütsüz bir şekilde satış sözleşmesine konu olması mümkün olmadığından bunlar bakımından *satıcı* ifadesinin kullanılması risklidir. Dolayısıyla BGB'deki *unternehmer* kavramının *sağlayıcı* olarak çevrilmesinin isabetli olduğu kanaatindeyiz.

Öte yandan *trader* kavramı Direktif'in resmî Almanca sürümünde *unternehmer* olarak çevrilmiştir. Başka bir deyişle *trader* ve *unternehmer* kavramları birbirinin ikâmesi olarak kullanılmıştır. Bir önceki dipnottaki açıklamalardan hareketle bu durum da *unternehmer* kavramının sağlayıcı olarak çevrilmesinin isabetini göstermektedir.

³⁹⁸ ABAD, *Gruber* kararında, mesleki-ticari amacın ancak ilgili işlemin genel bağlamında ihmal edilebilir bir rol oynayacak kadar ikincil olması hâlinde tüketici işleminin varlığından bahsedilebileceğine hükmetmiştir. CJEU C-464/01, *Johann Gruber v Bay Wa AG*, par. 50.

³⁹⁹ **Zdraveva**, 2021, s. 405.

⁴⁰⁰ Direktif, Rec. 17. Ayrıca bkz. **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 3, par. 23 vd.

ürünlerin konu edildiği çift amaçlı işlemlere de BGB § 327 vd. hükümlerinin uygulanacağı söylenebilir⁴⁰¹.

C. Tüketicinin Üçüncü Kişilerle Yaptığı Sözleşmeler

Uygulama alanına ilişkin bir başka problem de platform sağlayıcı, üretici ve aracılar gibi üçüncü kişilerin, dijital ürünlere ilişkin hükümlerin kapsamında bulunup bulunmadığıdır. Direktif'te platform sağlayıcıların, ancak tüketicilerle aralarında doğrudan bir sözleşme ilişkisinin olması ve kendi işleriyle ilgili amaçlarla hareket etmesi hâlinde sağlayıcı olarak kabul edilebileceği düzenlenmiştir⁴⁰². Üçüncü kişilerin, sözleşme ilişkisinden bağımsız olarak kapsamda yer alıp almayacağı ise üye ülkelerin takdirine bırakılmıştır⁴⁰³. Alman kanun koyucu, bu imkândan faydalanmamıştır⁴⁰⁴. Dolayısıyla üçüncü kişilerin sağlayıcı olarak nitelendirilebilmesi için Alman Hukuku bakımından da bu şahıslarla tüketiciler arasında mutlaka bir akdi ilişki olması gerekir. Yani ancak tüketicilerle bir sözleşme ilişkisi içinde olan üçüncü kişiler, sağlayıcı olarak kabul edilir⁴⁰⁵. Platform sağlayıcıların tüketiciye dijital ürün temin etmesinin örneklerini oluşturan *Play Store* ve *App Store*'da durum böyledir⁴⁰⁶.

Tüketicilerle üçüncü kişiler arasındaki lisans sözleşmelerine, dijital ürünlere ilişkin BGB hükümleri uygulanmaz⁴⁰⁷. Yani tüketiciyle sağlayıcı dışındaki bir kimse (üçüncü kişi) arasında akdedilen son kullanıcı lisans anlaşmaları (*end user license agreements - EULA*), dijital ürünlere ilişkin hükümler kapsamında yer almaz⁴⁰⁸. Ancak bazı durumlarda dijital ürünü temin eden de lisanslayan da aynı kişidir (sağlayıcı). Bu hallerde dijital ürünlere ilişkin

⁴⁰¹ **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327, par. 20; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327, par. 3.

⁴⁰² Direktif, Rec. 18, c. 2; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 3, par. 22; **Zdraveva**, 2021, s. 403.

⁴⁰³ Direktif, Rec. 18, c. 3.

⁴⁰⁴ **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327, par. 25.1.

⁴⁰⁵ **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327, par. 23.

⁴⁰⁶ **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327, par. 4; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327, par. 23. Benzer şekilde üretici ve aracılardan, sağlayıcı olarak kabul edilebilmesi için tüketiciyle aralarında dijital ürünün teminine ilişkin bir sözleşme ilişkisinin bulunması gerekir. **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327, par. 4; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327, par. 24.

⁴⁰⁷ **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327, par. 25.

⁴⁰⁸ **Sein/Spindler**, 2019, Part 1, s. 262; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327, par. 12; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327, par. 25. Ancak telif sözleşmesi hükümleri, hukuki bir ayıbın varlığı hâlinde dijital ürünlerin teminine ilişkin akdi ilişkiye etkide bulunabilir. **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327, par. 12. Hukuki ayıba ilişkin olarak bkz. § 4.II.C.

hükümler hem dijital ürünün sunulmasına ilişkin sözleşmeye hem de lisans anlaşmasına uygulanır⁴⁰⁹.

D. Sağlayıcılar Arasındaki Sözleşmeler

Dijital ürünlere ilişkin hükümler, kural olarak sağlayıcılarla tüketiciler arasındaki sözleşme ilişkilerine uygulanır. Ancak istisnai bazı durumlarda bu hükümlerin sağlayıcıların kendi aralarında yaptığı sözleşmelere uygulanması mümkündür (Direktif m. 20; BGB § 327t)⁴¹⁰. Dijital ürünlere ilişkin hükümlerin sağlayıcılar arasında yapılan sözleşmelere uygulanabilmesi için bu sözleşmeler nihai olarak dijital ürünlerin tüketiciye sunulmasını amaçlamalıdır. Yani sağlayıcılar arasındaki hukuki ilişki, tüketiciye dijital ürün temin etme amacı taşıyan hukuki işlem zincirinin bir parçasını oluşturmalıdır⁴¹¹. Örneğin bir bulut bilişim hizmeti sağlayıcısının, tüketicilere kesintisiz hizmet sağlamak amacıyla depolama alanının sağlanmasına ilişkin olarak başka bir sağlayıcı olan Amazon Web Hizmetleriyle (AWS – Amazon Web Services) sözleşme yapması durumunda nihai amaç, dijital ürünün tüketiciye temin edilmesidir⁴¹². Sağlayıcılar arasındaki sözleşmenin, dijital ürünün tüketiciye ulaştırılma amacı dışındaki bir amaçla yapılması hâlindeyse, örneğin ticari amaçlarla kullanılacak bir yazılımla ilgili olması durumunda, Dijital İçerik Direktifi ile BGB § 327 vd. hükümleri değil, genel hükümler uygulanacaktır.

II. DÜZENLEMELERİN MADDİ BAKIMDAN UYGULANMASI

A. Dijital İçerik ve Hizmetlerin İvaz Karşılığında Temin Edildiği Sözleşmeler

Dijital içerik ve hizmetlere (dijital ürünler) ilişkin hükümler, sağlayıcının dijital ürün sunmayı taahhüt ettiği, tüketicinin bunun karşılığında bir ücret ödemeyi ya da kişisel verilerini sağlamayı üstlendiği sözleşmelere uygulanmaktadır (Direktif m. 3/1; BGB § 327/1

⁴⁰⁹ Beale, 2021, s. 105; Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327, par. 12.

⁴¹⁰ Možina, 2020, EU Digital Law: art. 20, par. 1; Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327, par. 5. Bu işlemler *business to business – B2B* olarak adlandırılmaktadır.

⁴¹¹ Direktif m. 20; BGB § 327t. Dijital ürünlere ilişkin hükümlerin sağlayıcılar arasında uygulanmasının mümkün olduğu hallerde, bir sağlayıcının tüketiciye karşı sorumlu olmasının nedeni, hukuki işlem zincirinde yer alan başka bir sağlayıcı ise bu sağlayıcının, önceki sağlayıcıya karşı rücu hakkı bulunmaktadır (Direktif m. 20; BGB § 327u).

⁴¹² Metzger, 2022, MüKo § 327t, par. 2.

ve 3)⁴¹³. Dijital ürünün sözleşmenin kurulma anında ya da sonraki bir zaman diliminde temin edilmesi arasında bir fark olmadığı⁴¹⁴ gibi dijital ürünün birinci el olmasıyla ikinci el olması arasında da bir fark yoktur⁴¹⁵. Sayılan tüm hâllerde dijital ürünlere ilişkin hükümler uygulama alanı bulur.

Dijital ürünlere ilişkin hükümler, dijital ürünün ani, dönemli veya sürekli edimle temin edilmiş olması dikkate alınmaksızın tüm edim türlerine uygulanır⁴¹⁶. Dijital ürün içeren bir DVD'nin tüketiciye satılması, ani edimli temine; 7/24 dijital film izleme hizmeti sunan bir platforma abone olunması ise sürekli edim teminine örnek olarak gösterilebilir. *Midjourney* ve *Dall-E* gibi doğal dilde yazılan komutlardan (*prompt*) görsel üreten yapay zekâ hizmetlerinin sunduğu, aylık belirli sayıda görsel üretme imkânının sunulması da dönemli edime örnek teşkil eder.

Dijital ürünlerin temini karşılığında tüketicinin ödeyeceği ücret, yalnızca bir miktar paradan oluşabileceği gibi değer dijital temsilinden de (*digital representation of value*) oluşabilir⁴¹⁷. Elektronik ortamda kullanılmak üzere düzenlenen hediye çekleri, e-kuponlar, bilgisayar oyunlarında kullanılmak üzere sağlanan kredi ve hediye puanları, değer dijital temsili hallerine örnek oluşturur⁴¹⁸. Ücretin kül hâlinde ödenmesi de taksitlerle ödenmesi de dijital ürünlere ilişkin hükümlerin kapsamında yer alır⁴¹⁹.

Kişisel verilerin, dijital içerik ve hizmetler karşılığında bir edim olarak kullanılabilmesi, Direktif ve BGB hükümlerinde açıkça hüküm altına alınmıştır⁴²⁰. Dijital ürünlerin temini karşılığında tüketicinin kişisel veri sağlaması hâlinde, dijital ürünlere ilişkin hükümlerin yanında kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemeler de uygulama alanı

⁴¹³ Direktif m. 5 ve BGB § 327b'ye göre sağlayıcının asli edim yükümlülüğü dijital ürünün sağlanmasıdır. **Geiregat/Steennot**, 2017, s. 107; **Sein/Spindler**, 2019, Part 1, s. 276.

⁴¹⁴ Örneğin bir e-kitabın ön siparişi de bu hükümler kapsamında değerlendirilir. Bu örnekte e-kitap, yayınlandığı zaman tüketiciye temin edilecektir. **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 3, par. 30.

⁴¹⁵ **Deutscher Bundestag**, 2021, 19/27653, s. 61.

⁴¹⁶ **Metzger**, 2019, s. 577; **Pech**, 2021, s. 509; **Tamm/Tonner**, 2022, blm. §2, par. 25.

⁴¹⁷ **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 3, par. 32; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327, par. 13-15.

⁴¹⁸ Direktif, Rec. 23; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327, par. 14. Örneğin bir bilgisayar oyununda “item” olarak kabul edilen fantastik bir kılıç da bir ücret olarak değerlendirilir. **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 3, par. 32. Kripto para birimleri gibi maddi karşılığı olan dijital değerlerin ücret olarak kabul edilip edilmeyeceği, üye ülkelerin takdirine bırakılmıştır (Direktif, Rec. 23).

⁴¹⁹ **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327, par. 13.

⁴²⁰ Dijital dünyada veri, değiş-tokuş edilebilir bir varlık olarak kabul edilmektedir. Kişisel verinin karşı edim olarak kullanıldığı sözleşmeler hakkında detaylı bilgi için bkz. **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 3, par. 46 vd.; **Taşan**, 2021, s. 30 vd.; **Akkanat-Öztürk**, 2022.

bulmaktadır⁴²¹. Tüketici, kişisel verisini sözleşme kurulduğu anda sağlayabileceği gibi, sonraki bir zaman diliminde de temin edebilir. Her iki durum da dijital ürünlere ilişkin hükümlerin kapsamında yer alır⁴²².

Direktif'teki dijital ürünlere ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için tüketicinin karşı edim olarak bir ücret ödemesi ya da öngörülen şartlar altında kişisel verilerini sağlamayı taahhüt etmesi gerekir⁴²³. Başka bir deyişle, karşı edim olarak bir ücret ya da kişisel veri sağlama taahhüdünün bulunmadığı durumlarda, Direktif hükümleri uygulanmaz. Bu durumların da kapsama dahil edilmesi konusunda üye ülkelere bir serbesti tanınmıştır⁴²⁴. BGB § 327 hükmünde, dijital ürünlere ilişkin hükümlerin uygulanması için karşı edimin bulunması şart koşulmuştur. Ancak BGB'nin sistematik yorumundan, dijital ürünlere ilişkin sözleşmelerin, karşılıklı borç yükleyen sözleşme olmasının zorunlu olmadığı da ifade edilmiştir⁴²⁵. Öyle ki Alman kanun koyucu, dijital ürünlere ilişkin hükümleri, karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler başlığında değil, ayrı bir başlıkta düzenlemiştir⁴²⁶.

B. Sözleşme Tipleri Bakımından

Dijital ürünlere ilişkin hükümlerde, sağlayıcı ile tüketici arasındaki sözleşme ilişkisinin hangi tipte olması gerektiği düzenlenmemektedir. Başka bir deyişle, dijital içerik ve hizmetlere dair hükümler, sözleşmenin tipi değil, konusu esas alınarak düzenlendiğinden, bunlar her tip sözleşmeye uygulanabilir⁴²⁷. Örneğin Microsoft Office 365 hizmetine aboneliğe ilişkin sözleşmeye, hukuki niteliği ne olursa olsun, Direktif hükümleri uygulanacaktır; zira bu akdi ilişkinin konusunu bir dijital hizmet oluşturmaktadır.

⁴²¹ Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327, par. 15.

⁴²² Staudenmayer, 2020, EU Digital Law: art. 3, par. 51.

⁴²³ Direktif m. 3/1 ve Rec. 25/c. 1.

⁴²⁴ Direktif, Rec. 25, c. 5.

⁴²⁵ Wendland, 2022, BeckOK/BGB § 327, par. 13.

⁴²⁶ Dijital ürünler, BGB'de borçlar hukuku kitabının *sözleşmeden doğan borçlar* başlıklı üçüncü kısmındaki *karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler* başlıklı ikinci alt başlıkta değil, ayrıca oluşturulan *dijital ürünlere dair sözleşmeler* başlığında düzenlenmiştir. Ayrıca bkz. Akkanat-Öztürk, 2022, s. 122; Wendland, 2022, BeckOK/BGB § 327, par. 13.

⁴²⁷ Riehm/Abold, 2021, s. 532; Sein, 2021, s. 23-24. TKHK'deki mallara ilişkin sözleşmeler (m. 8 ila 12) ile hizmetlerin arzına yönelik sözleşmelere (m. 13 ila 16) ilişkin hükümler de sözleşme konusunun esas alındığı düzenlemelerdendir.

Dijital içerik ve hizmetlerin konu edildiği sözleşmelerin hukuki niteliğinin belirlenmesi, Direktif’le üye ülkelerin takdirine bırakılmıştır⁴²⁸. Amaç, teknolojinin gelişmesi ve yeni iş modellerinin ortaya çıkması karşısında ilgili hükümlerin miadının erkenden dolmasının önüne geçmektir⁴²⁹. BGB § 327 vd. hükümleri kabul edilmeden önce dijital ürünlerin konu edildiği sözleşmelerin hangi tipte olduğu meselesi, Alman Hukukunda çeşitli tartışmalar üzerinden bazı ayrımlara göre çözülmekteydi⁴³⁰. Dijital ürün karşılığında tek seferlik bir ödeme yapılması hâlinde satış sözleşmesi⁴³¹, dönemli ödeme yapılması hâlinde ise kira sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanacağı ağırlıklı olarak kabul ediliyordu⁴³². Başka bir ayrımda, standart mahiyetteki bir yazılım sözleşmesine satış sözleşmesi hükümleri, tüketicinin ihtiyaçlarına uygun şekilde tasarlanan yazılım sözleşmelerine ise eser sözleşmesi hükümleri uygulanıyordu⁴³³. Ayrıca dijital ürünlerin bulut platformları üzerinden sunulmasıyla ilişkili olarak kira sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasına ilişkin çeşitli tartışmalar da gündemdeydi⁴³⁴.

Dijital ürünlerin BGB § 327 vd.’da düzenlenmesinde, bu maddenin daha önce ilga edilmiş olması etkili olmuştur. Ancak dijital ürünlere dair sözleşme ilişkileri için bu hükmün tercih edilmesinin temel sebebi başkadır⁴³⁵. Alman kanun koyucu, Dijital İçerik Direktifi’yle paralel olarak dijital ürünlere ilişkin hükümlerin, tüm sözleşme tiplerine uygulanabilecek şekilde genel hükümler içinde bir düzenleme tesis etmeyi amaçlamıştır⁴³⁶. Böylelikle kanun

⁴²⁸ **Erler**, 2019, s. 62; **Sein/Spindler**, 2019, Part 1, s. 260; **Gündoğdu**, 2020, s. 968. Dijital içerik ve hizmetlerin konu edildiği sözleşmelerin hukuki niteliği, bunların mal ve hizmet ayrımındaki yeriyle ilişkili olmakla (*correlation*) birlikte bu iki husus arasında doğrudan neden sonuç bağlantısı (*causation*) kurulamaz. Bilgi için bkz. § 1.II.B.

⁴²⁹ Direktif, Rec. 12.

⁴³⁰ Dijital ürünlere dair hükümler içermemesi nedeniyle 2002 reformu da tartışmaları sonlandıramamıştır. **Briskorn**, 2002, s. 12-13.

⁴³¹ Satış sözleşmesi hükümlerinin yazılımlara kıyasen uygulanabileceği yönündeki kararlar için bkz. BGH, 04.11.1987, VIII ZR 314/86 (BeckOnline); BGH, 07.03.1990, VIII ZR 56/89 (BeckOnline). Öğretideki ağırlıklı görüş, satış hükümlerinin yazılımlara kıyasen uygulanması yönündedir. **Briskorn**, 2002, s. 7, 19.

⁴³² Örneğin isimsiz bir sözleşme olarak kabul gören yazılım lisans sözleşmelerine, yazılımın tüketiciye geçici devri hâlinde kira sözleşmesi hükümleri, kalıcı devri hâlinde ise satış sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanıyordu. **Metzger**, 2019, s. 578. Maddi vasıtayla temin edilen standart mahiyetteki bir yazılımın taşınır olarak nitelendirilebileceği ve buna kira veya satış hükümlerinin uygulanabileceği hakkında bkz. BGH, 15.11.2006, XII ZR 120/04 (BeckOnline).

⁴³³ **Metzger**, 2019, s. 578. İhtiyaca özgü şekilde geliştirilen (*tailor-made*) yazılımlara eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanabileceği yönündeki kararlar için bkz. BGH, 15.05.1990, X ZR 128/88 (BeckOnline); BGH, 23.01.1996, X ZR 105/93 (BeckOnline). Standart yazılımlar hakkındaki tartışmalar için bkz. **Briskorn**, 2002, s. 7.

⁴³⁴ **Metzger**, 2019, s. 578; **Tunç**, 2020, s. 43, 59, 137.

⁴³⁵ **Wendehorst**, 2021, par. 3.

⁴³⁶ **Pech**, 2021, s. 510; **Wendehorst**, 2021, par. 3. Kanunlaştırma sürecinde dijital ürünlere ilişkin sözleşmelerin özel bir sözleşme tipi üzerinden düzenlenmesi gerektiğini savunanlar da olmuş ancak bu yaklaşım kabul görmemiştir. **Wendland**, 2019, s. 220. Dijital ürünlerin, özel bir sözleşme tipi üzerinden

koyucu, dijital ürünlerle ilgili ne yeni bir sözleşme tipi oluşturmuş, ne de bunları BGB'deki belirli bir sözleşme tipine hapsedmiştir⁴³⁷. Başka bir deyişle dijital ürünler, teorik olarak BGB'deki tüm sözleşme tiplerine konu edilebilir⁴³⁸. Bu yaklaşım, Alman kanun yapma tekniklerinden biri olan parantez prensibiyle de (*klammerprinzip*) uyumludur⁴³⁹.

Öte yandan Direktif'i Uygulama Kanunu'yla BGB'nin yalnızca genel hükümler bölümünde yeni maddeler ihdas edilmemiş; özel borç ilişkileri bölümünde de çeşitli değişiklikler yapılmış ve yeni maddeler oluşturulmuştur. Bu bölümün satış-trampa, bağış, kira, hizmet ile eser sözleşmeleri kısmında beş madde ihdas edilmiş (BGB § 445c, § 475a, § 516a, § 548a, § 578b), dört maddede de (BGB § 453, § 580a, § 620, § 650) değişikliğe gidilmiştir⁴⁴⁰. Değişikliklerin amacı, dijital ürünlere ilişkin genel hükümlerle anılan sözleşmelere ilişkin özel hükümler arasında bir çatışma olması hâlinde genel hükümlerin uygulanmasının teminidir⁴⁴¹.

C. İhtiyaca Özgü Geliştirilen Dijital İçerik ve Hizmetler

Dijital içerik ve hizmetlere dair hükümler, yalnızca herkes için standart mahiyetteki dijital ürünlere⁴⁴² değil, tüketicinin ihtiyaçlarına özgü şekilde geliştirilen (*tailor-made*) dijital ürünlere de uygulanır (Direktif m. 3/2; BGB § 327/4)⁴⁴³. Engelli bir tüketicinin ihtiyacına özgü şekilde geliştirilmiş yazılımlar, üç boyutlu yazıcılar için hazırlanan CAD dosyaları, ihtiyaca özel şekilde tasarlanmış web siteleri, özel etkinlikler için oluşturulan sunumlar,

düzenlenmesi, bu sözleşme tipiyle hâli hazırdaki diğer tipler arasında dogmatik yönden problemler çıkarabileceği belirtilmiştir. **Spindler**, 2021, Schwerpunkt 1, s. 451.

⁴³⁷ **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327, par. 11.

⁴³⁸ **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327, par. 2.

⁴³⁹ **Gelbrich/Timmermann**, 2021, s. 1254; **Wendehorst**, 2021, par. 3. Parantez prensibine göre genel hükümler, bir cebirsel ifadede parantezin önünde yer alır ve parantezin içinde yer alan tüm özel hükümlere uygulanır. **Wank**, 2019, s. 42.

⁴⁴⁰ **Tamm/Tonner**, 2022, blm. §8, par. 1.

⁴⁴¹ Nitekim değişik BGB'nin § 453, § 475a, § 516a gibi birçok hüküm de bu fikri destekler mahiyettedir. **Wendehorst**, 2021, par. 3.

⁴⁴² **Yıldırım**, bir dijital ürün örneği olarak standart bilgisayar programlarını, “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 hâlde üretilmiş programlar” olarak tanımlamıştır. **Yıldırım**, 1998, s. 148.

⁴⁴³ **Geiregat/Steennot**, 2017, s. 112; **Sein/Spindler**, 2019, Part 1, s. 262; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 3, par. 36; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327, par. 9; **Fries**, 2023, BeckOGK/BGB § 327, par. 27. **Yıldırım**, bu tür bilgisayar programlarını “kişilerin arzularına göre imal edilmiş program” ifade etmiştir. **Yıldırım**, 1998, s. 148. **Bradgate**, bu tip ürünlerin konu edildiği sözleşmeleri “bespoke” olarak adlandırmakta; herkes için geliştirilen standart mahiyettekiler için “off-the-peg” ifadesini kullanmaktadır. **Bradgate**, 2010, par. 73.

ihtiyaca özgü şekilde geliştirilmiş dijital ürünlere örnek teşkil eder⁴⁴⁴. Bu ürünlerde ihtiyaç, her zaman için tüketici tarafından belirlenmeyebilir. Örneğin bir dijital hizmetin, her bir tüketicinin kullanım alışkanlıklarına dayanarak ona özgü şekilde özelleştirilmesi hâlinde durum böyledir. Bu durumda tüketici ihtiyaçlarına özgü bir dijital ürünün olup olmadığı dupduru bir şekilde tespit edilemese de bunun pratikte bir önemi yoktur. Zira tespit edilememesi hâlinde standardize edilmiş dijital ürünlerden bahsedilecek ve bu hâlde de dijital ürünlere ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır⁴⁴⁵.

D. Dijital İçerik ve Hizmetin Taşınmasına Özgülenmiş Maddi Vasıtalar

Dijital ürünlere ilişkin hükümler, sunulma şekli dikkate alınmaksızın tüm dijital ürünlere uygulanır⁴⁴⁶. Yani hükümlerin uygulanma alanı bakımından, dijital ürünün CD/DVD gibi bir maddi vasıta aracılığıyla edinilmesiyle *Netflix*'te olduğu gibi internetten indirilmesi ya da başka herhangi bir dijital kanaldan edinilmesi arasında bir fark bulunmamaktadır; her durumda ilgili hükümler uygulanır.

Problem, dijital ürünü taşıyan maddi vasıtalarla hangi hükümlerin uygulanacağıdır. Direktif ve BGB hükümlerine göre dijital ürünün taşınmasına özgülenmesi hâlinde maddi vasıtanın kendisine de kural olarak dijital ürünlere ilişkin hükümler uygulanır (Direktif m. 3/3; BGB § 327/5)⁴⁴⁷. Yani örneğin bir dijital içeriğin taşınmasına özgü olduğu müddetçe CD, DVD, USB bellek ve hafıza kartları da bu kapsamdadır⁴⁴⁸. Örneğin tüketicinin, bir eğitim yazılımı içeren CD satın alması durumunda, yalnızca yazılımın değil, CD'nin hasarlı veya kullanılamaz olması hâllerine de dijital ürünlere ilişkin hükümler uygulanacaktır. Ancak

⁴⁴⁴ **Sein/Spindler**, 2019, Part 1, s. 262; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 3, par. 37; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327, par. 9.

⁴⁴⁵ **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327, par. 9.

⁴⁴⁶ **Sein/Spindler**, 2019, Part 1, s. 260-261; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 3, par. 45; **Pech**, 2021, s. 509; **Spindler**, 2021, Schwerpunkt 1, s. 451; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327, par. 7.

⁴⁴⁷ **Sein/Spindler**, 2019, Part 1, s. 279; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327, par. 10. BGB § 327/5'teki bu düzenleme, § 327a/2 ve § 327a/3 hükmüyle birlikte dijital ürünlere ilişkin hükümlerle satış sözleşmesine ilişkin hükümler arasındaki sınırların belirlenmesine hizmet etmektedir. Ancak böyle bir durumda BGB § 327/5'in öncelikli olarak değerlendirilmesi gerekir. Aksi hâlde, örneğin BGB § 327a/3'ten hareketle maddi vasıtanın varlığı, dijital içeriğin taşınmasına özgülenmiş olsa dahi dijital ürünlere ilişkin hükümlerin uygulanmasını engelleyebilir. **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327, par. 10.

⁴⁴⁸ Direktif, Rec. 20, c. 3. Maddi vasıtanın boş olması veya bir dijital içerik içermemesi hâlinde buna dijital ürünlere ilişkin hükümler uygulanmaz. **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327, par. 10. USB bellekler bakımından o bellek, yalnızca bir dijital içeriğe özgülenmişse dijital ürünlere ilişkin hükümlerin kapsamında yer alırken, tüketici bunu farklı amaçlar için yeniden kullanabiliyorsa, buna ilişkin sözleşme, paket sözleşme mahiyetindedir ve Direktif m. 3/6 hükmüne tabi olur. **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 3, par. 71.

istisnaen ifa zamanı ve şekli bakımından maddi vasıtalarla, dijital ürünlere ilişkin hükümler değil, mal satış sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanır⁴⁴⁹.

E. Paket Sözleşmeler

Sağlayıcı ile tüketici arasındaki sözleşmenin konusunu dijital içerik ve hizmetler dışında diğer mal ve hizmetlerin temini oluşturması hâlinde paket sözleşmeler (*Paketverträge*) gündeme gelir⁴⁵⁰. Bir paket sözleşmeden bahsedebilmek için sağlayıcının, dijital ürün temini ile diğer mal ve hizmetlerin teminine ilişkin yükümlülüğünün aynı sözleşmeden kaynaklanması gerekir⁴⁵¹. Bu durumda dijital ürünlere ilişkin hükümler, sözleşmenin yalnızca dijital ürün kısmına uygulanır (Direktif m. 3/6; BGB § 327a/1)⁴⁵². Kalan kısmına ise bir sözleşme tipine girdiği ölçüde, bu sözleşme tipine dair hükümler ve genel hükümler uygulanacaktır⁴⁵³. Örneğin ücretli bir dijital spor yayın hizmeti ve bu yayının izlenebilmesi için kod çözücü (*decoder*) cihazın tüketiciye aynı sözleşmeyle temini hâlinde, dijital ürünlere ilişkin hükümler, yalnızca yayın hizmetine uygulanacaktır⁴⁵⁴.

F. Mallarla Birleştirilen Dijital İçerik ve Hizmetler

Dijital ürünlere ilişkin hükümlerin uygulama alanına dair bir başka mesele de dijital ürünlerin mallara entegre edilmesi veya bunlarla bağlantılı hâle getirilmesidir. Buna ilişkin ilk durumda dijital ürün ve bir mal, işlevsel bakımdan bir bütünlük sağlasa da mal bu dijital ürün olmadan da işlevini yerine getirebilmektedir. Dijital unsurlu mallara ilişkin sözleşmeler olarak anılan ikinci durumda ise mal ve dijital ürün öyle bir formda birbirine bağlanmıştır ki söz konusu mal, dijital ürün olmaksızın asli işlevini yerine getiremez. Direktif'te, yalnızca ikinci duruma ilişkin bir düzenleme tesis edilmiş; ilk durumun kapsama girip girmeyeceği

⁴⁴⁹ **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 3, par. 71; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327, par. 11.

⁴⁵⁰ **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 3, par. 115; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327a, par. 3; **Fries**, 2023, BeckOGK/BGB § 327a, par. 4. Paket sözleşmelerde, dijital ürün karşılığında bir ücretin ya da kişisel verinin kararlaştırılmış olması şart değildir. Aksinin kabulü hâlinde sağlayıcılar, diğer mal ve hizmetleri bir karşı edim karşılığında sunup dijital ürünü ise ücretsiz sağlayarak dijital ürünlere ilişkin hükümleri dolaşabilirdi. **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327a, par. 5.

⁴⁵¹ **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 3, par. 115.

⁴⁵² **Sein**, 2021, s. 31; **Pech**, 2021, s. 510; **Geiregat/Steennot**, 2017, s. 114; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 3, par. 120. Direktif'ten farklı olarak BGB'de taşınmazlar da paket sözleşmeler kapsamında değerlendirilmektedir. Bu sonuca BGB § 327a/1'de mallar (*Waren*) ifadesi yerine BGB § 90'da kullanılan eşyalar (*Sachen*) ifadesinden ulaşılmaktadır. **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327a, par. 3.

⁴⁵³ **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 3, par. 120; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327a, par. 6.

⁴⁵⁴ Direktif, Rec. 33.

ise üye ülkelerin takdirine bırakılmıştır⁴⁵⁵. Alman kanun koyucu, bu serbestiden faydalanarak ilk durum hakkında da bir düzenleme öngörmüştür.

1. Entegre dijital ürünler

İlk durumda sözleşmeye konu eşya, bir dijital ürün içermekte veya bununla bağlantılı hâldedir ancak eşya, bu dijital ürün olmadan da asli işlevini yerine getirebilmektedir (BGB § 327a/2)⁴⁵⁶. BGB’de özel olarak adlandırılmayan bu durumdaki dijital ürünler için entegre dijital ürün ifadesinin kullanılmasında bir sakınca olmadığı kanaatindeyiz. Söz gelimi, içinde hangi türden meyvenin veya kaç adet yumurtanın bulunduğunu tespit edebilen akıllı buzdolapları, içerdiği yazılım olmasa dahi yiyecek ve içeceklerin soğutulması ile sıcaktan bozulmalarını önlemesine dair asli işlevlerini yerine getirebilmektedir. O hâlde akıllı buzdolaplarının entegre dijital ürün içerdiği söylenebilir.

Paket sözleşmelerin aksine, eşyanın teminiyle dijital ürünün sağlanmasına ilişkin yükümlülüklerin aynı sözleşmeden kaynaklanması şart olmayıp yükümlülükler farklı sözleşmelerden de doğabilir. Ayrıca BGB § 327a/2 hükmünde sözleşme tipiyle ilgili bir sınırlama yapılmamıştır⁴⁵⁷. Sağlayıcının sözleşmeye konu eşyaya dair yükümlülüğü, zilyetlik ve mülkiyetin nakli olabileceği gibi bağış, kira, eser, hizmet veya diğer sözleşme tiplerine ait bir yükümlülük de olabilir. Sözleşme ilişkisinde böyle bir durumun varlığı hâlinde, paket sözleşmelere ilişkin esaslar geçerli olacak; dijital ürünlere ilişkin hükümler, yalnızca eşyanın içerdiği veya bununla bağlantılı kılınan dijital içerik ve hizmetlere uygulanacak, sözleşmenin eşyayı ilgilendiren kısmına ise ait olduğu sözleşme tipine dair hükümler ile genel hükümler tatbik edilecektir⁴⁵⁸.

⁴⁵⁵ Direktif, Rec. 34, c. 2. Ayrıca bkz. **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327a, par. 7.

⁴⁵⁶ BGB § 327a/2’de mallar (*Waren*) ifadesi yerine eşyalar (*Sachen*) ifadesine yer verilmiştir. Buradan hareketle bu hüküm açısından da taşınmazların uygulama alanı içinde olduğu söylenebilir. Bkz. 452. *dn*.

⁴⁵⁷ **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327a, par. 8-9.

⁴⁵⁸ **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327a, par. 10; **Fries**, 2023, BeckOGK/BGB § 327a, par. 9. Dijital ürünlere ilişkin hükümlerin, sözleşmenin kalan kısmına etkisi istisnai olarak yalnızca BGB § 327c/5 ve BGB § 327m/5 hükümlerinde öngörülmüştür. **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327a, par. 10.

2. Dijital unsurlu mallar

İkinci durumda, sözleşmeye konu mal, içerdiği veya kendisine bağlantılı kılınmış dijital ürün olmadan asli işlevini yerine getirememektedir⁴⁵⁹. Bu durumda Direktif ve BGB'deki adlandırmasıyla dijital unsurlu mallardan (*goods with digital elements, waren mit Digitale Elemente*) söz edilir⁴⁶⁰. *Tesla* ya da *Togg*'un ürettiği akıllı araç olarak anılan binek otomobiller, dijital unsurlu malların tipik örneklerini oluşturur⁴⁶¹. Bu araçların, insanları bir noktadan başka bir noktaya taşımaya yönelik asli işlevlerini, yazılımları olmaksızın yerine getirmesi mümkün değildir. Benzer şekilde bir akıllı saat de ancak yazılımıyla birlikte işlevini yerine getirebilmesi nedeniyle dijital unsurlu maldır⁴⁶².

Birinci bölümde açıklandığı üzere dijital unsurlu mallar, teknik yönden dijital ürünle bağlantılı olsalar veya bir dijital ürün içerseler dahi hukuken mal statüsündedir⁴⁶³. Dolayısıyla sözleşmenin konusunu dijital unsurlu malların oluşturduğu satış sözleşmelerine, dijital ürünlere ilişkin hükümler yerine kül hâlinde malların satışına ilişkin hükümler uygulanır (Direktif m. 3/4; BGB § 327a/3)⁴⁶⁴. İlk durumdan farklı olarak dijital unsurlu malların, yalnızca satış sözleşmesine konu edilebilecek şekilde düzenlendiği görüşü hâkimdir⁴⁶⁵. Bir dijital unsurlu malın, satış sözleşmesi dışındaki bir sözleşmenin konusunu

⁴⁵⁹ Dijital unsurlu malların, dijital içerik ve hizmetlerden ayırt edilmesinde başvurulması gereken kriterler için bkz. § 1.IV.C.

⁴⁶⁰ Bu hâlde ilişkin BGB § 327a/3 hükmü, birinci duruma dair BGB § 327a/2 hükmüne göre özel hüküm (*lex generalis*) niteliğindedir. **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327a, par. 2.

⁴⁶¹ Benzer şekilde, bir dijital hizmetin, o malın satışının ardından ya da bununla bağlantılı olarak temin edilmesi hâlinde de bu hüküm uygulama alanı bulur. Örneğin araç üretici firmanın sattığı otomobilin kullanımına dair verileri toplayarak işlemesi ve bu veriler üzerinden araç sahibinin cep telefonu üzerinden ona bir dijital hizmet sağlaması durumunda da bir dijital unsurlu maldan söz edilir. **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327a, par. 11.

⁴⁶² Direktif, Rec. 21. Şeylerin interneti (*internet of things*) teknolojisinin kullanıldığı oyuncaklar ve ev içi elektronik cihazlar da dijital unsurlu malların örneğini oluşturur. **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 3, par. 73; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327a, par. 12. Benzer şekilde akıllı TV'ler ve iletişim sistemi kurulmuş akıllı telefonlar da dijital unsurlu mallardandır (2019/771 sayılı Malların Satışına İlişkin Direktif, Rec. 15).

⁴⁶³ bkz. § 1.IV.C.

⁴⁶⁴ **Faber**, 2019, s. 66; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 3, par. 73; **Gelbrich/Timmermann**, 2021, s. 1256; **Pech**, 2021, s. 510; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327, par. 10; **Fries**, 2023, BeckOGK/BGB § 327a, par. 20. BGB § 327a/3 hükmü, BGB § 327a/2'ye göre özel hüküm (*lex specialis*) mahiyetindedir. Dolayısıyla BGB § 327a/3'ün uygulama konusunda önceliği vardır. Bu mallardaki dijital ürünün, sözleşmenin kurulmasından sonra temin edilmiş olması sonucu değiştirmemektedir (Direktif, Rec. 21). Örneğin bir akıllı saate, yazılımının sonradan yüklenmesi hâlinde de sonuç aynıdır. **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327a, par. 7, 11. AB Hukuku bakımından Mal Satışı Direktifi'nin uygulanmasının sonuçları için bkz. **Sein**, 2021, s. 28.

⁴⁶⁵ **Sein**, 2021, s. 26; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327a, par. 8, 12; **Fries**, 2023, BeckOGK/BGB § 327a, par. 19; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 3, par. 85. Dijital ürünün üçüncü kişi tarafından sunulmasının sonuç bakımından bir önemi yoktur. **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 3, par. 87.

oluşturması hâlinde, paket sözleşmelere ilişkin hükümler uygulanacaktır⁴⁶⁶. Bir mal satış sözleşmesinde, dijital ürünün o malın dijital unsuru olup olmadığı konusunda bir tereddüt varsa, sağlayıcının dijital ürün temin etme yükümlülüğünün de bulunduğu kabul edilir⁴⁶⁷.

G. Sektörel İstisnalar

Hukuk politikasından kaynaklanan tercihler ile bazı sektörlerde farklı bir perspektiften veya daha detaylı düzenleme yapma ihtiyaçları nedeniyle bu alanlarda dijital ürünlere ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır⁴⁶⁸. Bu kapsamda Dijital İçerik Direktifi'nde ve BGB'de dijital ürünlere ilişkin hükümler, sekiz sektörde uygulanmaz (Direktif m. 3/5; BGB § 327/6).

Sektörel istisnaların ilk kategorisinde hizmetler yer almaktadır. Bir hizmetin sunumunda dijital ürünlerden faydalanılsa dahi bunlara ilişkin hükümler uygulama alanı bulmaz⁴⁶⁹. Örneğin bir tercümanın, *Google Translate* desteğiyle çeviri yaparak bunu *Dropbox* üzerinden müşteriye iletmesi durumunda söz konusu hizmete dijital ürünlere ilişkin hükümler tatbik edilmez⁴⁷⁰.

İkinci kategoride elektronik haberleşme (telekomünikasyon) hizmetleri bulunur. İlgili düzenlemelere göre elektronik haberleşme hizmeti sayılan hizmetlere, kural olarak dijital ürünlere ilişkin hükümler uygulanmaz⁴⁷¹. Başka bir deyişle, kısmen veya tamamen sinyal alışverişine bağlı haberleşme hizmetleri, dijital ürünlere ilişkin hükümlere tabi değildir⁴⁷². Mesela numara bazlı hizmetler olarak sayılan telefon, SMS ve benzeri bağlantılı hizmetler ile internet erişim hizmetleri, dijital ürünlere ilişkin hükümlere tabi değildir. Ancak numaradan bağımsız kişiler arası elektronik haberleşme hizmetleri dijital ürünlere ilişkin hükümlere tabidir⁴⁷³. Dolayısıyla örneğin IP üzerinden arama hizmetleri (*VoIP*) ile

⁴⁶⁶ **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 3, par. 85.

⁴⁶⁷ Direktif m. 3/4, c. 2; BGB § 327a/3, c. 2. **Gelbrich/Timmermann**, 2021, s. 1256. Adi karine niteliğindeki bu durumun aksinin ispatlanması mümkündür. **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 3, par. 84.

⁴⁶⁸ **Geiregat/Steennot**, 2017, s. 112; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 3, par. 91.

⁴⁶⁹ Direktif m. 3/5/a; BGB § 327/6/1.

⁴⁷⁰ **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 3, par. 92.

⁴⁷¹ Direktif m. 3/5/b; BGB § 327/6/2. AB Hukukundaki ilgili düzenleme için bkz. Avrupa Elektronik Haberleşme Kanunu (*European Electronic Communications Code*). Alman Hukukundaki ilgili düzenleme için bkz. Telekomünikasyon Kanunu (*Telekommunikationsgesetz*).

⁴⁷² **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327, par. 23.

⁴⁷³ Direktif, Rec. 28. Ayrıca bkz. **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 3, par. 96; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327, par. 23.

Whatsapp, Telegram, Zoom ve benzeri çevrimiçi mesajlaşma hizmetlerine bu hükümler uygulanır⁴⁷⁴.

Üçüncü kategoride sağlık hizmetleri yer almaktadır. İlgili düzenlemelere göre sağlık hizmeti olarak tanımlanan ve bir sağlık profesyoneli tarafından sunulan hizmetlere, bunlar bir dijital ürün içerse dahi, dijital ürünlere ilişkin hükümler uygulanmaz⁴⁷⁵. Örneğin bir hekim tarafından ücret karşılığında sunulan teşhis ve tedavi hizmetleri, dijital ürünlere ilişkin hükümlerden muaftır⁴⁷⁶. İstisnanın kapsamına, sağlık profesyonelinin hizmet sunumunda kullandığı veya tüketiciye “reçete” ettiği mobil sağlık uygulamaları gibi dijital ürünler de girmektedir⁴⁷⁷.

Dördüncü kategoride kumar yer almaktadır. Elektronik yollardan veya iletişimi kolaylaştırmak için başka herhangi bir teknolojiye dayanılsa dahi maddi değeri olan bir bahsin olduğu şans oyunlarına, dijital ürünlere ilişkin hükümler uygulanmaz⁴⁷⁸. Piyangolar, kumarhane ve poker oyunları ile bahis işlemleri, bu duruma örnek teşkil eder⁴⁷⁹. Buna karşılık tamamen veya ağırlıklı olarak yeteneğe dayalı dijital oyunlara ise dijital ürünlere ilişkin hükümler uygulanır⁴⁸⁰.

Beşinci kategoride finansal hizmetler yer almaktadır. Hâli hazırda çeşitli düzenlemelere konu edilmiş olmaları sebebiyle finansal hizmetlere dijital ürünlere ilişkin hükümler uygulanmaz⁴⁸¹. Kredi, sigorta, yatırım ve ödeme süreçleri, bu duruma örnek teşkil eder. Benzer şekilde, örneğin çevrimiçi ödeme hizmeti sunan *Paypal*’a da mobil bankacılık uygulamalarına da bu hükümler uygulanmayacaktır⁴⁸².

⁴⁷⁴ **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 3, par. 96; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327, par. 23; **Fries**, 2023, BeckOGK/BGB § 327, par. 33.

⁴⁷⁵ Direktif m. 3/5/c; BGB § 327/6/3.

⁴⁷⁶ Benzer şekilde diş hekimi, psikolog, psikoterapist ve alternatif tıp uzmanları tarafından sunulan hizmetler de muafiyet kapsamındadır. **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327, par. 24.

⁴⁷⁷ Direktif, Rec. 29; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 3, par. 101; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327, par. 24; **Fries**, 2023, BeckOGK/BGB § 327, par. 34.

⁴⁷⁸ Direktif m. 3/5/d; BGB § 327/6/4. Maddi değeri olmayan ve dijital şans oyunları ile kumar faaliyetlerinin simüle edildiği bilgisayar oyunlarına ise dijital ürünlere ilişkin hükümler uygulanır. **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327, par. 25.

⁴⁷⁹ **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327, par. 25; **Fries**, 2023, BeckOGK/BGB § 327, par. 35.

⁴⁸⁰ **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 3, par. 103.

⁴⁸¹ Direktif m. 3/5/e; BGB § 327/6/5. Ayrıca bkz. Direktif, Rec. 30.

⁴⁸² **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327, par. 26; **Fries**, 2023, BeckOGK/BGB § 327, par. 36.

Altıncı kategoride ücretsiz ve açık kaynak kodlu yazılımlar bulunmaktadır. Kaynak kodu açık bir biçimde paylaşılan ve kullanıcıların ücretsiz olarak erişip kullanabildiği ve değiştirerek yeniden dağıtabildiği yazılımlara dijital ürünlere ilişkin hükümler uygulanmaz⁴⁸³. Bu kapsamda örneğin *GNU/Linux* işletim sistemine, *Firefox* web tarayıcısına, *Thunderbird* e-posta istemci yazılımına, *MySQL* veri tabanı yazılımına ve *Libre Office* yazılımına dijital ürünlere ilişkin hükümler uygulanmayacaktır⁴⁸⁴.

Yedinci kategoride kamuya açık performanslar yer alır. Dijital ürünlerin sinyal iletimi dışındaki bir yolla kamuya açık şekilde gerçekleştirilen bir performans veya etkinliğin parçası olması hâlinde, dijital ürünlere ilişkin hükümler uygulanmaz⁴⁸⁵. Kamuya açık film gösterimleri, sesli veya görsel olarak sahnelenen tiyatro oyunları, müzikal etkinlikler, bu istisna içindedir⁴⁸⁶.

Sekizinci kategoride kamu hizmetleri yer almaktadır. Açık veri ve verinin yeniden kullanımına ilişkin ilgili düzenlemelere tabi olan dijital içeriklere, Direktif ile BGB'nin ilgili hükümleri uygulanmaz.⁴⁸⁷ Örneğin verinin aktarımında dijital araçların kullanıldığı sosyal güvenlik hizmetleri ile kamuya açık sicillere bu hükümler tatbik edilmeyecektir⁴⁸⁸.

III. DÜZENLEMELERİN ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI

Direktif'in üye ülkeler tarafından iç hukuka aktarılması, 24. maddede düzenlenmiştir. Buna göre üye ülkelerin, Direktif'i iç hukuka dahil etmek amacıyla gerekli düzenlemeleri kabul ederek resmî gazetelerinde yayınlamaları için son tarih 1 Haziran 2021'dir. Söz konusu düzenlemelerin, en geç 1 Ocak 2022'den itibaren yürürlüğe konulması gerekmektedir (Direktif m. 24/1, Rec. 83). Buna bağlı olarak Direktif hükümleri, kural olarak bu düzenlemelerin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren uygulanmaya başlayacaktır. İstisnaen Direktif'in dijital ürünlerin değiştirilmesini (*modification*) düzenleyen 19. madde ile

⁴⁸³ Direktif m. 3/5/f; BGB § 327/6/6. Ayrıca bkz. Direktif, Rec. 32.

⁴⁸⁴ Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327, par. 27.

⁴⁸⁵ Direktif m. 3/5/g; BGB § 327/6/7

⁴⁸⁶ Bkz. Direktif, Rec. 31.

⁴⁸⁷ Direktif m. 3/5/h; BGB § 327/6/8. AB Hukukundaki ilgili düzenleme için bkz. Açık Veri Direktifi (*Open Data Directive*). Alman Hukukundaki ilgili düzenleme için bkz. Bilginin Yeniden Kullanılması Kanunu (*Informationsweiterverwendungsgesetz*).

⁴⁸⁸ Direktif, Rec. 27

sağlayıcılar arasındaki rücu hakkını düzenleyen 20. maddesi ise yalnızca 1 Ocak 2022'den sonraki bir tarihte kurulan dijital ürünlere ilişkin sözleşmelere uygulanır (Direktif m. 24/2).

Söz konusu tarihlere bağlı olarak AB üyesi ülkelerin birçoğunda Dijital İçerik Direktifi, gerekli düzenlemeler yapılarak iç hukuka aktarılmıştır. Alman Hukukunda, dijital ürünlere ilişkin BGB'de öngörülen hükümler ise kural olarak Direktif'i Uygulama Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1.1.2022 tarihinin ardından akdedilen sözleşmelere uygulanmaktadır⁴⁸⁹. Bununla birlikte yürürlük tarihinden önce akdedilmekle birlikte 1.1.2022 tarihinden sonra temin edilmeye başlanan ya da teminine devam edilen dijital ürünler hakkında da bu hükümler uygulanacaktır⁴⁹⁰. Direktif'teki hükümle paralel şekilde BGB'nin de dijital ürünlerin değiştirilmesini düzenleyen § 327r maddesi ile sağlayıcılar arasındaki rücu hakkını düzenleyen § 327t ve § 327u maddeleri yalnızca 1 Ocak 2022'den sonraki bir tarihte kurulan dijital ürünlere ilişkin sözleşmelere uygulanır⁴⁹¹.

⁴⁸⁹ Alman Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun (EGBGB), m. 229, § 57/1. Ayrıca bkz. **Riehm/Abold**, 2021, s. 531; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327, par. 8.

⁴⁹⁰ Alman Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun (EGBGB), m. 229, § 57/2. Ayrıca bkz. **Pech**, 2021, s. 510; 2021, par. 2.

⁴⁹¹ Alman Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun (EGBGB), m. 229, § 57/3-4.

§ 4. DİJİTAL İÇERİK VE HİZMETLERİN SÖZLEŞMEYE UYGUNLUĞU İÇİN ŞARTLAR

I. SÖZLEŞMEYE UYGUNLUĞUN KAPSAMI VE İNCELEME SİSTEMATİĞİ

Dijital ürünlere ilişkin hükümler uyarınca sağlayıcı, dijital ürünleri, tüketiciye, sözleşmeye uygun bir şekilde ifa etmekle yükümlüdür (Direktif m. 6; BGB § 327d)⁴⁹². Direktif hükümlerine göre sözleşmeye uygun bir ifadan bahsedebilmek için sağlayıcının sübjektif ve objektif şartlar ile dijital ürünün entegrasyonuna ilişkin yükümlülükleri yerine getirmesi ve dijital ürünü üçüncü kişilerin haklarından arı bir biçimde tüketiciye sağlaması gerekir (m. 7-10). Direktif, dijital içerik ve hizmetlerin korunması için elzem hükümler içermekle birlikte regülasyon yöntemi bakımından öz ve kolay anlaşılır olmaktan uzaktır⁴⁹³.

BGB hükümleri, içerik itibarıyla Direktif'i yansıtmakla birlikte sistematik açıdan bundan ayrılmaktadır (bkz. **Tablo-1**). Buna göre sözleşmeye uygunluk için; sübjektif ve objektif şartlar ile entegrasyona ilişkin yükümlülükleri içeren ayıp hâlinin bulunmaması, gerekli güncellemelerin tüketiciye sunulması⁴⁹⁴ ve dijital ürünün hukuki ayıptan arı olması şartlarının bulunması gerekmektedir (§ 327e - § 327g).

Dijital İçerik Direktifi	BGB
m. 7 Sübjektif şartlar	§ 327e/2 Sübjektif şartlar
m. 8 Objektif şartlar m.8/2-3 Güncellemeler	§ 327e/3 Objektif şartlar § 327f Güncellemeler
m. 9 Dijital içerik ve hizmetlerin hatalı entegrasyonu	§ 327e/4 Entegrasyona ilişkin yükümlülükler
m. 10 Üçüncü kişilerin hakları	§ 327g Hukuki ayıp

Tablo 1: Direktif'teki düzenlemelerin BGB'deki karşılıkları

⁴⁹² Direktif'teki sözleşmeye uygunluk düzenlemelerinin benzeri, 2019/771 sayılı Malların Satışına Dair Direktif'te de öngörülmüştür. Bu hükümlerin BGB'ye aktarılması neticesinde sistematik olarak dijital ürünlerle malların sözleşmeye uygunluğuna ilişkin hükümler birbirine benzer hâle gelmiştir. Örneğin BGB § 327e ve § 327h arasındaki düzenlemelerin benzeri BGB § 434/1/3 ve § 476/1/2'de bulunmaktadır. Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 4; Tamm/Tonner, 2022, blm. §2, par. 98.

⁴⁹³ Faber, 2019, s. 74. Türk Hukuku açısından meselenin daha öz mahiyetteki hükümler üzerinden düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bkz. § 7.IV.C.

⁴⁹⁴ Güncellemelere ilişkin hüküm, dijital ürünlere ilişkin hükümleri sistematik yönden satış sözleşmesi hükümlerinden ayırmaktadır. Öyle ki satış sözleşmesine konu şeyler bakımından satıcının bir güncelleme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Schulze/Zoll, 2021, s. 301.

BGB’de, sözleşmeye uygunluk için Direktif’in aksine olumsuz bir anlatım tercih edilmiştir⁴⁹⁵. Örneğin Direktif’teki madde başlıklarında sübjektif şartlar, objektif şartlar ve üçüncü taraf hakları ifadelerine yer verilmişken; BGB’deki madde başlıklarında, ürün ayıbı (*Produktmangel*) ve hukuki ayıp (*Rechtsmangel*) ifadelerinin kullanımı tercih edilmiştir. Ayrıca Direktif’te ayıp kavramına yer verilmemiş; bu ifade istisnai olarak yalnızca “*hukuki ayıp*” şeklinde Rec. 54’te kullanılmıştır.

Sözleşmeye uygunluktan bahsedebilmek için yukarıda anılan tüm alt yükümlülüklerin kümülatif olarak yerine getirilmesi gerekir⁴⁹⁶. Ancak alt yükümlülüklerin tamamı, her durumda bulunmayabilir⁴⁹⁷. Örneğin tarafların, sözleşmede dijital ürünlerin performans ve özelliklerine ilişkin bir belirleme yapmaması hâlinde sübjektif şartların değerlendirilmesine lüzum yoktur. Benzer şekilde dijital ürünün tüketicinin cihazına entegre edilmesine ilişkin yükümlülük, yalnızca böyle bir entegrasyonun gerekli olduğu dijital ürünler bakımından ortaya çıkar. Bununla birlikte her sözleşme ilişkisinde gündeme gelecek olması itibarıyla objektif şartlar ile hukuki ayıptan ari teslim yükümlülüğünün, her durumda değerlendirilmesi gerekir⁴⁹⁸.

II. SÖZLEŞMEYE UYGUNLUĞUN ŞARTLARI

Sözleşmeye uygunluk kapsamındaki yükümlülüklerinin incelenmesinde, sistematik açıdan Direktif hükümleri esas alınmıştır. Bu çerçevede öncelikle sübjektif ve objektif şartlara yer verilmiş, ardından dijital ürünün tüketicin dijital ortamına entegrasyonu ile hukuki ayıptan arılık incelenmiştir.

⁴⁹⁵ **Tamm/Tonner**, 2022, blm. §2, par. 99; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327d, par. 2.

⁴⁹⁶ Direktif, Rec. 45, c.1; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 6, par. 29; **Ebers**, 2021, s. 217; **Riehm/Abold**, 2021, s. 535; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 5. Alman kanun koyucu, kümülatifliğin nasıl uygulanacağı konusundaki detayları mahkemelere bırakmıştır. **Deutscher Bundestag**, 2021, 19/27653, s. 53.

⁴⁹⁷ Bu sebeple Direktif’in 6. maddesinde; 7, 8 ve 9. maddelerdeki şartların yerine getirilmesi yükümlülüğünün ancak uygun olduğu hallerde aranacağı ifadesi (“*where applicable*”) yer almaktadır. **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 6, par. 31.

⁴⁹⁸ **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 6, par. 31.

A. Sübjektif ve Objektif Şartlar

1. Sübjektif şartlar

Sübjektif şartlar, irade özerkliği prensibi uyarınca tarafların, dijital ürünün performans ve özelliklerine ilişkin sözleşmede kararlaştırmış olduğu şartları ifade eder⁴⁹⁹. Sübjektif şartların, sağlayıcı ve tüketici arasındaki sözleşme ilişkisinde kararlaştırılmış olması gerekir⁵⁰⁰. Örneğin bulut bilişim hizmeti kapsamında, tüketiciyle sağlayıcı arasında akdedilen ve hizmetin zaman bakımından hangi koşullar altında sağlanacağını tayin eden hizmet seviyesi sözleşmeleri (*service level agreements*), sübjektif şartın belirlendiği bir akittir⁵⁰¹. Sübjektif şartlar, genel işlem koşullarıyla belirlenebileceği gibi nadiren de olsa görülen bireysel olarak müzakere edilmiş sözleşme hükümleri aracılığıyla da kararlaştırılabilir⁵⁰².

Sözleşmeye uygun bir ifa için sağlayıcının, dijital ürünü, sözleşmede kararlaştırılan sübjektif şartları karşılayacak şekilde sunması gerekir (Direktif m. 7; BGB § 327e/2). Sübjektif şartlar, Direktif'te dört grup hâlinde; (i) dijital ürünün sözleşmede kararlaştırılan tanımı, miktarı, nitelikleri, sahip olduğu işlevsellik, uyumluluk, karşılıklı işlerlik ve diğer özellikleri; (ii) tüketicinin en geç sözleşmenin kurulması esnasında sağlayıcıyı bilgilendirdiği ve sağlayıcının da onay verdiği dijital ürünün özel kullanım amacı, (iii) dijital ürünün sözleşmede kararlaştırılan aksesuarları, kurulumla ilişkin olanlar da dahil olmak üzere talimat ve müşteri destek hizmetleri ve (iv) dijital ürünün sözleşmede öngörülen şekilde güncellenmesi şeklinde sıralanmıştır. BGB'de ise sübjektif şartlar üç grup hâlinde sıralanmakla birlikte içerik ve sıralama bakımından birebir şekilde Direktif hükmü takip edilmiştir.

⁴⁹⁹ Sübjektif şartların Türk Hukukundaki karşılığının satıcının bildirdiği ve tarafların kararlaştırdığı nitelikler (*zikir ve vaat edilen vasıf*) olduğu söylenebilir. Bkz. § 6.II.B. Konunun CISG, 99/44 sayılı Direktif ve TKHK bağlamında değerlendirilmesine ilişkin bkz. **Aydoğdu**, 2014, s. 32 ve 39.

⁵⁰⁰ Örneğin sağlayıcının, yazılım geliştiriciden farklı bir kişi olduğu durumlarda, yazılım geliştiriciyle (*üçüncü kişi*) tüketici arasında akdedilen EULA aracılığıyla bir sübjektif şart kararlaştırılmaz. **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 7, par. 9.

⁵⁰¹ Direktif, Rec. 42. Bu tip sözleşmeler, sağlayıcının web sitesinde herkese açık bir şekilde yayınlandığı sürece objektif şartlar altındaki kamuya açıklanan özellikler içinde de değerlendirilebilir. **Faber**, 2019, s. 88. Bkz. § 4.II.A.2.b.iv.

⁵⁰² Genel işlem koşullarından faydalanılması hâlinde, bunların denetimine ilişkin düzenlemeler de dijital ürünlere ilişkin hükümlerle birlikte eş zamanlı olarak uygulanacaktır. Örneğin AB Hukuku bakımından 93/13 sayılı Haksız Şartlar Direktifi (*Unfair Terms Directive*) gündeme gelecektir. **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 7, par. 16.

Dijital ürünün niteliği, miktarı, işlevselliği, güncellenmesi ve uyumluluğu ile aksesuar ve talimatlarına hem sübjektif hem de objektif şartlar altında yer verilmiştir⁵⁰³. Taraflar, anılan hususları sözleşmeyle kararlaştırmamış olsa dahi bunlar, objektif şart olarak sözleşmeye uygunluk kapsamında yer alacaktır. Bu hususlara ilişkin sözleşmeyle ayrıca bir belirleme yapılması hâlinde ise sübjektif ve objektif şartlar arasındaki ilişkiye dair kurallar uygulanacaktır⁵⁰⁴. Öte yandan dijital ürünün karşılıklı işlevliliği ile müşteri destek hizmetleri, mutadın dışına çıkan durumlar olarak düşünülerek yalnızca sübjektif şartlar altında düzenlenmiştir⁵⁰⁵. Dolayısıyla taraflarca kararlaştırılmadığı sürece bu iki husus yönünden sözleşmeye uygunluk değerlendirmesi yapılmayacaktır⁵⁰⁶.

Sübjektif şartlara dair Direktif ve BGB’de belirtilen hususlar, tahdidi değildir⁵⁰⁷. Taraflar, sözleşme özgürlüğü uyarınca bunlara sözleşmede yer vermeyecekleri gibi bunlar dışında da belirleme yapabilir. Nitekim sübjektif şartlara ilişkin Direktif hükümleri, tarafları doğrudan bağlamamakta, ancak anlaşmalarının parçası olduğu seviyede normatif nitelik kazanmaktadır⁵⁰⁸. Tarafların Direktif’te belirlenenler dışında mesela dijital ürünün güvenliği, erişilebilirliği veya devamlılığı konusunda tarafların ayrıca anlaşma yapması mümkündür⁵⁰⁹. Benzer şekilde, dijital ürünün teknik bir standarda veya sertifikaya uygun olacağı kararlaştırılabilir ya da ürünün özelliklerinin kontrol edilmesi bakımından üçüncü bir kişi yetkilendirilerek onun onayı, bir gereklilik olarak öngörülebilir. Böyle bir durumda sübjektif şartlar kapsamında bu hususlar da değerlendirilir. Öte yandan sübjektif şartlara ilişkin hükümlerde sayılan tüm hususların mutlaka sözleşmede kararlaştırılmış olması gerekmez⁵¹⁰. Dolayısıyla değerlendirme, yalnızca tarafların sözleşmede belirlediği hususlar

⁵⁰³ Bkz. § 4.II.A.2.

⁵⁰⁴ Bkz. § 4.II.A.3.

⁵⁰⁵ Karşılıklı işlevlilik bakımından bkz. **Sein/Spindler**, 2019, Part 2, s. 371; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 7, par. 38; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 33, 47; **Tamm/Tonner**, 2022, blm. §2, par. 107. Müşteri destek hizmetleri yönünden bkz. **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 82; **Tamm/Tonner**, 2022, blm. §2, par. 118.

⁵⁰⁶ **Sein/Spindler**, 2019, Part 2, s. 371; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 16; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327e, par. 23.

⁵⁰⁷ **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327e, par. 12; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 9; **Fries**, 2023, BeckOK/BGB § 327e, par. 15; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 7, par. 20; **Riehm/Abold**, 2018, s. 84. Direktif’teki “diğer özellikleri”; BGB’deki “dahil olmak üzere” ifadelerinden bu sonuca varılabilmektedir (Direktif m. 7/a; BGB § 327e/2/1/a).

⁵⁰⁸ **Faber**, 2019, s. 75.

⁵⁰⁹ **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 7, par. 39; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 9.

⁵¹⁰ **Ciacchi/van Schagen**, 2017, s. 104; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 7, par. 19; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 7. Ayrıca bu sonuç, Direktif’in 7. maddesinde yer alan “where applicable” ifadesinden de çıkarılabilir.

üzerinden yapılacaktır. Örneğin sözleşmede müşteri hizmetine ilişkin bir hüküm bulunmaması hâlinde, dijital ürünle ilgili olarak müşteri hizmetinin sunulmamış olması uygunsuzluğa yol açmayacaktır⁵¹¹.

a. Özellikleri

Taraflar, dijital ürünün mahiyeti veya bunun diğer yazılım ve donanımlarla olan ilişkisinden kaynaklanan özellikleri konusunda bir anlaşmaya varabilir⁵¹². Bu kapsamda taraflar; dijital ürünün tanımı, nitelikleri, miktarı ile işlevselliği, uyumluluğu ve karşılıklı işlerliği konularında bir anlaşmaya varabilecekleri gibi bunun dışındaki diğer özelliklere ilişkin de bir taahhüt öngörebilirler.

i. Tanımı, nitelikleri ve miktarı

Dijital ürünün; tanımı, nitelikleri ve miktarı gibi mahiyetine ilişkin meseleler bakımından sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde tüketiciye sağlanması gerekir (Direktif m. 7/a). Direktif'ten farklı olarak BGB'de, sayılan hususları karşılayacak şekilde *dijital ürünün niteliği* ifadesine yer verilmiş ve bunun içerisine Direktif'te sayılan hususların girdiği hüküm altına alınmıştır (BGB § 327e/2/1/a).

Tanım (*description*), mahiyeti ve özellikleri itibarıyla dijital ürünü tasvir eden jenerik bir kavramdır. Dijital ürünün sözleşmede özel olarak tanımlanması hâlinde, buna uygun bir ifanın yapılması gerekir⁵¹³. Sözleşmede tarif edilen dijital üründen tamamen farklı bir dijital ürünün sağlanması hâlinde (*aliud*), subjektif şartlara aykırılık gündeme gelir (BGB § 327e/5)⁵¹⁴. Örneğin tüketicinin Manchester United – Galatasaray maçını bir dijital platformdan izleme hususunda sağlayıcıyla anlaştığı ancak sağlayıcının bu maç yerine aynı zaman diliminde oynanan başka bir maçın yayını tüketiciye sağlaması hâlinde aliud vardır.

⁵¹¹ Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 7.

⁵¹² Deutscher Bundestag, 2021, 19/27653, s. 54.

⁵¹³ Staudenmayer, 2020, EU Digital Law: art. 7, par. 25.

⁵¹⁴ Faber, 2019, s. 99; Staudenmayer, 2020, EU Digital Law: art. 7, par. 26; Rieländer, 2021, Teil I, s. 262; Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 11; Wendland, 2022, BeckOK/BGB § 327e, par. 82; Fries, 2023, BeckOGK/BGB § 327e, par. 43. *Aliud*, BGB § 327 vd. hükümleri kapsamında bir ifa etmeme hâli değil, sözleşmeye uygunluğun bulunmaması kapsamında değerlendirilen bir kurumdur. Bkz. § 2.III.B.2.

Miktar (*quantity*), dijital ürünlere satış hukuku hükümlerinden uyarlanarak alınmış⁵¹⁵ olmakla birlikte dijital ürünler bakımından satış sözleşmelerine göre daha az öneme sahiptir⁵¹⁶. Nadiren de olsa taraflar, sözleşmede dijital ürünün miktarı konusunda bir belirleme yapmış olabilir. Mesela tüketiciye sağlanacak müzik eseri sayısı, tüketicinin dijital ürünü kaç cihazda kullanabileceği veya sunulacak kopya sayısı sözleşmede kararlaştırılmış olabilir⁵¹⁷. Bu durumda dijital ürünün, sözleşmede belirtilen miktarda tüketiciye sunulması gerekir. Belirlenenden daha az sayıdaki temin, eksik ifa nedeniyle sözleşmeye uygunluğu ortadan kaldırır⁵¹⁸.

Nitelikler (*quality*), dijital ürünün işlev ve amacına uygun şekilde çalışmasına hizmet eder. Tarafların sözleşmede kararlaştırdığı görsel çözünürlüğü, yazılım dili veya bilgisayar oyununun versiyonu, dijital ürünün niteliklerine ilişkin örnekleri teşkil eder⁵¹⁹. Benzer şekilde bir müzik dosyasının ses kalitesi ile e-postaların saklanma süresi de niteliğe dair örneklerdir. Yine bir dijital ürünün kişisel veri koruma dostu (*privacy-friendly*) ayarlara sahip olmasının kararlaştırılması da onun niteliklerine ilişkin bir durumdur⁵²⁰.

ii. İşlevselliği, uyumluluğu ve karşılıklı işlerliği

Dijital ürünün, diğer yazılım ve donanımlarla olan ilişkisinden kaynaklanan özellikleri bakımından, sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde tüketiciye sağlanması gerekir⁵²¹. Bu kapsamda, dijital ürünün tarafların kararlaştırdığı hususlara uygun olması şarttır (Direktif m. 7/a; BGB § 327e/2/1/a)⁵²².

İşlevsellik (*functionality*), dijital ürünün amaçları doğrultusunda fonksiyonlarını yerine getirmesini ifade eder⁵²³. Sübjektif şartlar kapsamında dijital ürünün amaç ve

⁵¹⁵ Alman satış hukukundaki karşılığı için bkz. BGB § 434/3. **Deutscher Bundestag**, 2021, 19/27653, s. 54.

⁵¹⁶ **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 7, par. 28.

⁵¹⁷ Direktif, Rec. 42; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327e, par. 15; **Fries**, 2023, BeckOGK/BGB § 327e, par. 11.

⁵¹⁸ **Faber**, 2019, s. 99; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 7, par. 30; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 12. Eksik ifanın sözleşmeye uygunlukla ilişkisi için bkz. § 2.III.B.3.

⁵¹⁹ Direktif, Rec. 42, c. 2.

⁵²⁰ **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 9. Örneğin sözleşmede kişisel veri koruma düzenlemelerinde yer alan “*Data Protection by Default*” ya da “*Data Protection by Design*” gibi yaklaşımlara uygunluk da kalite içinde değerlendirilebilir.

⁵²¹ **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 9.

⁵²² Bu kavramların Dijital İçerik Direktif’indeki tanımları, 2011/83 sayılı Tüketici Hakları Direktifi’ndekilerden ayrılmaktadır. **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 7, par. 34.

⁵²³ Direktif m. 2/11; BGB § 327e/2, par. 2. c. 1.

fonksiyonlarının ne olduğu, taraflar arasındaki sözleşmeyle belirlenecektir⁵²⁴. Fonksiyondan anlaşılması gereken ise dijital ürünün kullanılabilirdiği yollardır. Örneğin bir yazılımın, tüketicinin yaşadığı coğrafyada, bölge kodlama (*region coding*) sistemine ilişkin kısıtlamalara takılmadan fonksiyonunu yerine getirmesi işlevsellik kapsamındadır⁵²⁵. Benzer şekilde bir içtihat arama motorunun, sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde kanun maddesi temelli arama fonksiyonu sunması da işlevsellikle ilgilidir.

Uyumluluk (*compatibility*), dijital ürünün başka bir formata dönüştürülmesine gerek olmaksızın aynı türdeki dijital ürünlerin mutata olarak kullanıldığı yazılım ve donanımlarla çalışabilmesidir⁵²⁶. Direktif ve BGB’de yer alan bu tanım, dijital ürünün uyumluluğuna ilişkin objektif bir standart getirmektedir ancak taraflar uyumluluğa ilişkin ayrıca bir belirleme de yapabilir. Mesela bir bilgisayar oyununun, bir oyun konsolu için özellikle optimize edilmesinin kararlaştırılması hâlinde uyumluluğa ilişkin sübjektif bir belirleme yapılmıştır⁵²⁷. Anlaşmaya rağmen optimizasyonun yapılmaması ya da oyunun teknik olarak başka bir formata dönüştürülmesine ihtiyaç duyulması hallerinde sözleşmeye uygunluğun bulunmamasından bahsedilir⁵²⁸.

Karşılıklı işlerlik⁵²⁹ (*interoperability*), sözleşmeye konu dijital ürünün, aynı türdeki diğer dijital ürünlerin mutata olarak kullanıldığı yazılım ve donanımlar haricindeki yazılım ve donanımlarla çalışabilmesi olarak tanımlanmaktadır⁵³⁰. Başka bir anlatımla karşılıklı işlerlik, dijital ürünün mutata dışı kabul edilen yazılım ve donanımlarla veri alışverişinde bulunabilmesi ve bu verileri işleyebilmesini ifade eder. Karşılıklı işlerlik, tanımı itibarıyla uyumluluktan ayrılmaktadır. Uyumlulukta sözleşmeye konu dijital ürünle aynı türdeki diğer

⁵²⁴ Staudenmayer, 2020, EU Digital Law: art. 7, par. 35.

⁵²⁵ Direktif, Rec. 43.

⁵²⁶ Direktif m. 2/10; BGB § 327e/2, par. 2. c. 2.

⁵²⁷ Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 15. Sözleşmeye konu dijital ürünün, mutata donanım ve yazılımlar içinde yer alan özel olarak belirlenmiş bir e-kitap okuyucuda ya da bir akıllı tablette çalışacağına dair bir taahhüdün varlığı hâlinde de uyumluluğa ilişkin bir sübjektif şarttan bahsedilir. Staudenmayer, 2020, EU Digital Law: art. 7, par. 37.

⁵²⁸ Oyun dosyalarının kolay transferi için bilgisayar oyununun bir ZIP dosyası hâlinde tüketiciye ulaştırılması konusunda bir anlaşma varsa, bu durumda ZIP dosyasının ayıklanması dijital ürünün başka bir formata dönüştürülmesi anlamına gelmez. Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 15.

⁵²⁹ *Interoperability* ifadesinin *karşılıklı işlerlik* olarak çevrilmesinin sebebi, Direktif ve BGB hükümlerindeki bu ifadenin, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 1b/1 hükmünde tanımlanan *araişlerlik* kavramından farklı olmasıdır. Benzer farklılık AB Hukuku açısından da geçerlidir. Yani AB telif hukukundaki *interoperability* ile AB tüketici hukukundaki *interoperability*, kavram olarak birbirinden ayrışır. Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 14.

⁵³⁰ Direktif m. 2/12; BGB § 327e/2, par. 2. c. 3. Teknik dünyada bu kavram, dijital ürünle farklı yazılım ve donanımlar arasında bilgi alışverişi yapılabilmesini ifade etmektedir. IEEE, 1990, s. 113.

dijital ürünlerin mutata olarak kullanıldığı yazılım ve donanımlarla çalışması söz konusuysa, karşılıklı işlerlikte mutadın dışına çıkılmasından bahsedilir⁵³¹. Örneğin 2023 yılında piyasaya sürülmüş ve oyun konsolları için üretilmiş bir bilgisayar oyununun, benzeri oyunların mutata olarak çalıştığı ve aynı yıl üretilmiş bir *Playstation*'da çalışabilmesi, uyumlulukla ilgilidir. Ancak bu oyunun 2000 yılında üretilmiş bir oyun konsoluyla çalışabilmesi ise karşılıklı işlerlik kapsamında değerlendirilebilir.

b. Özel kullanım amacı

Taraflar, dijital ürünün spesifik bir cihazda kullanılmasının amaçlanması gibi özel bir kullanım amacı belirleyebilir. Bu durumda dijital ürünün sözleşmede kararlaştırılan özel kullanım amacıyla uyumlu olması gerekir (Direktif m. 7/b; BGB § 327e/2/1/b)⁵³². Direktif'in lafzına göre tüketici ile sağlayıcı arasında özel kullanım amacına uygunluk bakımından bir öneri ve kabulün bulunması gerekir⁵³³. Tüketici, bu amacı, en geç sözleşmenin kurulması esnasında sağlayıcıya bildirerek bir öneride bulunmalıdır. Söz konusu bildirim karşılık sağlayıcı da özel kullanım amacına uygunluk konusunda bir kabul beyanı sunmalıdır⁵³⁴.

Özel kullanım amacı, objektif şartlardaki mutata kullanım amacından farklıdır⁵³⁵. Özel kullanım amacında tüketicinin ihtiyaçlarına göre hususi olarak belirlenmiş bir amaçtan bahsedilir. Bu durumda artık dürüst, orta zekâlı, makul tüketicilerin beklentilerine göre değil, o sözleşmenin tarafı olan tüketicinin bireysel beklentilerine göre hareket edilir⁵³⁶.

⁵³¹ **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 16, 46; **Fries**, 2023, BeckOGK/BGB § 327e, par. 14. Uyumluluk ve karşılıklı işlerlik kavramları arasında tanım itibarıyla böyle bir ayrıştırma yapılmasaydı, karşılıklı işlerlik kavramı uyumluluğu kapsardı. **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 16.

⁵³² Konuya ilişkin Direktif hükmünde “*tüketicinin ihtiyaç duyduğu ve en geç sözleşmenin yapıldığı esnada sağlayıcıya bildirdiği ve sağlayıcının kabul ettiği özel amaca uygunluk*” ifadelerine yer verilirken, BGB’de yalnızca “*sözleşmenin gerektirdiği kullanıma uygunluk*”tan bahsedilmektedir. Lafzdaki bu ayrışmanın sebebi, düzenlemelerin orijin noktalarıdır. Direktif’in bu konuda örnek aldığı düzenleme 2011/83 sayılı Tüketici Hakları Direktifi’yen, BGB’nin ilham kaynağı ise § 434/2’dir. **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 17; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327e, par. 26.

⁵³³ **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 7, par. 43.

⁵³⁴ Zımni bir kabul beyanının yapılması da yeterlidir. Ancak sağlayıcının, özel kullanım amacını kabul ettiğinden şüpheye yer bırakmayacak derecede emin olmak gerekir. **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 7, par. 44.

⁵³⁵ Mutata kullanım amacı hakkında bilgi için bkz. § 4.II.A.2.a.

⁵³⁶ **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 7, par. 46.

c. Aksesuar, talimat ve müşteri destek hizmetleri

Dijital ürünün, taraflarca kararlaştırılan aksesuar, talimat ve müşteri destek hizmetiyle birlikte sunulması gerekir (Direktif m. 7/c; BGB § 327e/2/2). Anılan hususların ifa edilmemesi de dahil olmak üzere bunlara dair eksik ya da ayıplı ifa halleri sözleşmeye uygunluk kapsamında değerlendirilir⁵³⁷.

Aksesuarlar, dijital ürünün kullanımına veya buna erişime hizmet eden maddi ya da gayri maddi formdaki şeylerdir⁵³⁸. Örneğin dijital ürünün çalışmasına hizmet eden ek CD/DVD'ler, harici doğrulama cihazları veya internet üzerinden indirilen ve dijital ürünün tüketicinin cihazında düzgün çalışmasını temin eden sürücü (*driver*) dosyaları, aksesuar olarak kabul edilir⁵³⁹. Ancak dijital ürünün taşınmasına özgülenmiş maddi vasıtalar, bir aksesuar olmayıp yalnızca dijital ürünlere ilişkin hükümlerin uygulama alanında değerlendirilir⁵⁴⁰.

Talimatlar, dijital ürünün kullanımına veya buna erişime hizmet eden bilgileri ifade eder⁵⁴¹. Aksesuarlar gibi talimatlar da maddi bir vasıtayla, örneğin basılı bir materyal hâlinde sunulabileceği gibi dijital formda da sağlanabilir⁵⁴². Mesela dijital ürünün tüketicinin cihazına kurulmasına ilişkin talimatlar da bu kapsamdadır. Ancak tarafların sözleşmeyle kararlaştırabileceği talimat türleri, yalnızca kuruluma ilişkin olanlarla sınırlandırılmamıştır⁵⁴³.

Müşteri destek hizmetinin sunulması, özellikle karmaşık dijital ürünler bakımından tüketicinin lehinedir. Taraflar, sözleşme ilişkisinin kurulmasının ardından böyle bir hizmetin tüketiciye sunulacağını kararlaştırabilir. Söz konusu hizmetler, çevrimiçi ortamda canlı

⁵³⁷ **Faber**, 2019, s. 80; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 7, par. 48; **Fries**, 2023, BeckOGK/BGB § 327e, par. 17.

⁵³⁸ Aksesuar, maddi varlığı olan bir şey olabileceği gibi dijital bir formda da olabilir. **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 7, par. 49; **Deutscher Bundestag**, 2021, 19/27653, s. 55; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 18.

⁵³⁹ **Deutscher Bundestag**, 2021, 19/27653, s. 55; **Tamm/Tonner**, 2022, blm. §2, par. 109; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 7, par. 49; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327e, par. 30.

⁵⁴⁰ Bkz. § 3.II.D. **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 73.

⁵⁴¹ **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 7, par. 50; **Fries**, 2023, BeckOGK/BGB § 327e, par. 19.

⁵⁴² Günümüzde dijital ürünlere ilişkin “*user manual*” olarak anılan kullanım talimatları da genellikle dijital formda sunulmaktadır. **Deutscher Bundestag**, 2021, 19/27653, s. 55; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 18.

⁵⁴³ **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 18; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 7, par. 51.

yazışma ya da iletişim formu şeklinde sunulabileceği gibi bir telefon hattı üzerinden de sağlanabilir⁵⁴⁴.

d. Güncellemeler

Taraflar, dijital ürünün mahiyeti itibarıyla sürekli gelişmesini göz önüne alarak sözleşmede dijital ürünün güncellenmesine dair anlaşma yapabilir⁵⁴⁵. Söz konusu anlaşma, dijital ürünün, hangi yönlerden, ne sıklıkla ve nasıl güncelleneceğine ilişkin çeşitli hükümler ihtiva edebilir⁵⁴⁶. Bu durumda, dijital ürün yanında sözleşmede kararlaştırılan güncellemelerin de sunulması gerekir (Direktif m. 7/d; BGB § 327e/2/3). Sözleşmeye uygunluk için söz konusu güncellemelerin eksiksiz ve ayıpsız bir biçimde sağlanması şarttır⁵⁴⁷.

Güncelleme, teknik dünyada daha önce mevcut olan bilgilerin, uygun bir şekilde yenileriyle değiştirilmesi olarak tanımlanmaktadır⁵⁴⁸. Kapsayıcı bu tanımın içerisine duruma göre sürüm yükseltmeleri (*upgrades*), teknik geliştirmeler (*patches*), hataların düzeltilmesi (*bug fixes*) veya web sitelerinin yeni sürümleriyle değiştirilmesi girebilir⁵⁴⁹. Dolayısıyla taraflar, yalnızca kısmi iyileştirmeler içeren güncellemeleri değil; aynı zamanda dijital ürünü baştan aşağı yenileyecek olan sürüm yükseltmeleri ve modifikasyonları da kararlaştırabilir.

2. Objektif şartlar

Dijital ürünün mahiyet ve özelliklerine ilişkin kanunda belirlenmiş zorunlulukları ifade eden objektif şartlar, taraflarca kararlaştırılıp kararlaştırılmadığına bakılmaksızın sözleşmeye uygunluk değerlendirmesinde dikkate alınır⁵⁵⁰. Başka bir anlatımla objektif şartlar ne açık

⁵⁴⁴ **Fries**, 2023, BeckOGK/BGB § 327e, par. 20; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 7, par. 52; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 18.

⁵⁴⁵ Mal ve hizmetlerden farklı olarak dijital ürünlerin, mahiyetleri itibarıyla belirli aralıklarla güncellenmesi önemlidir. **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 19. Ayrıca bkz. Direktif, Rec. 44.

⁵⁴⁶ **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 19; **Tamm/Tonner**, 2022, par. §2, par. 110; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327e, par. 34.

⁵⁴⁷ Direktif, Rec. 44, son cümle.

⁵⁴⁸ **IEEE**, 1990, s. 210.

⁵⁴⁹ **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 7, par. 57; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327f, par. 3; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327f, par. 2. Sürüm yükseltme, dijital ürünlere ilişkin hükümler uyarınca modifikasyon (*modification*) anlamına gelir. Ancak her modifikasyon, bir sürüm yükseltme olmayabilir. Dijital ürünler bakımından gerekli modifikasyonun şartları, Direktif ve BGB’de sözleşmeye uygunluk kurumundan ayrı bir şekilde düzenlenmiştir. Bkz. Direktif m. 19; BGB § 327r.

⁵⁵⁰ **Faber**, 2019, s. 75; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 2. Objektif şartların Türk Hukukundaki karşılığının malda objektif olarak bulunması gereken nitelikler (*lüzumlu vasıf*) olduğu

ne de zımni olarak tarafların üzerinde anlaştığı hususlarla ilişkilidir, aksine doğrudan kanun hükümlerinden kaynaklanan nesnel kıstaslardır⁵⁵¹. Bunlara ilişkin hükümlerin, tamamlayıcı mahiyette olması⁵⁵² nedeniyle tarafların, bu şartların aksini sözleşmeyle kararlaştırması mümkündür. Tüketicinin lehine bir değişiklik yapılması hâlinde herhangi bir ek şart aranmazken tüketicinin aleyhine yapılacak değişiklikler bakımından kanunda öngörülen sıkı şartlara uyulması gerekir⁵⁵³.

Objektif şartlar, sağlayıcının temin edeceği dijital ürüne ilişkin çeşitli standartlar ile makul tüketici beklentilerini içermektedir (Direktif m. 8; BGB § 327e/3). İçerik olarak birbiriyle özdeş nitelikteki Direktif ve BGB hükümlerinden hareketle bu şartlar, beşli bir ayrıma tabi tutulmuştur. Bunlar; (i) dijital ürünün aynı türdeki ürünlerin mutata kullanım amacına uygun olması, (ii) dijital ürünün aynı türdeki ürünler için mutata sayılan ve tüketicinin makul olarak bekleyebileceği nitelik ve özelliklere sahip olması, (iii) dijital ürünün test sürümü ve ön izlemeye uygun olması, (iv) dijital ürünün son sürümünün sağlanması ve (v) dijital ürünün sözleşmeye uygunluğunun korunması amacıyla gerekli olan güncellemelerin sağlanması şeklinde düzenlenmiştir⁵⁵⁴.

Objektif şartların somut olayda kümülatif bir şekilde bulunması gerekir⁵⁵⁵. Ancak bazı durumlarda tüm objektif şartların değerlendirilmesine ihtiyaç yoktur. Örneğin deneme sürümüyle uyumluluk, ancak dijital ürünün bir deneme sürümünün sağlayıcı tarafından tüketiciye sunulduğu hallerde gündeme gelir⁵⁵⁶. Aksesuar ve talimatlar açısından da benzer husus geçerlidir⁵⁵⁷.

söylenbilir. Bkz. § 6.II.B. Konunun CISG, 99/44 sayılı Direktif ve TKHK bağlamında değerlendirilmesine ilişkin ayrıca bkz. **Aydoğdu**, 2014, s. 32 ve 39.

⁵⁵¹ **Geiregat/Steennot**, 2017, s. 121; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 2; **Ebers**, 2021, s. 217.

⁵⁵² **Geiregat/Steennot**, 2017, s. 121. **Metzger**'e göre bu kurallar ne emredici ne de tamamlayıcıdır; bir ara pozisyondadır. Kurallar, sözleşmede kararlaştırılmasa dahi uygulanması nedeniyle emredici kurallarla benzer. Öte yandan tarafların, tüketici aleyhine değiştirme yasağıyla karşılaşmadan ve fakat öngörülen sıkı şartlara uyarak bu hükümlerin aksini kararlaştırabilmesi, bu hükümleri tamamlayıcı kurallara da yaklaştırmaktadır. **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 25.

⁵⁵³ Bkz. § 4.II.A.3.

⁵⁵⁴ Sayılan şartların birçoğu AB Hukuku bakımından 2011/83 sayılı Tüketici Hakları Direktifi ve CESL'den mülhem olmakla birlikte bunlar, dijital ürünlerin mahiyetine uyarlanarak Direktif'e alınmıştır. **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 11.

⁵⁵⁵ **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327e, s. 37; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 24; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 13.

⁵⁵⁶ **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 24; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 13.

⁵⁵⁷ Bu sonuç, Direktif m. 8/1/c hükmündeki "where applicable" ifadesinden çıkarılmaktadır.

Objektif şartların, kendi içinde bir çatışma hâlinde bulunması mümkündür. Alman Hukukundaki bir görüşe göre tüm objektif şartlar sağlayıcı tarafından karşılanmış olmalıdır⁵⁵⁸. Nitekim objektif şartların kümülatif olarak bulunması gerekliliği de bu görüşle uyumludur. Ancak problem, bu şartların birbiriyle çatışması durumunda hangisine öncelik tanınacağıdır. Örneğin bilgisayar programının deneme sürümünde yer alan bir özellik, makul tüketici beklentileri kapsamında bulunmuyorsa, sözleşmeye konu ürünün bu özellikten yoksun olarak tüketiciye temini durumunda bir uygunsuzluk oluşur mu? Tam tersi durumda, deneme sürümünde bulunmayan bir özellik, makul tüketici beklentileri veya mutata kullanım amacı kapsamında yer alıyorsa uygunsuzluktan bahsedilebilir mi?

AB Hukukundaki bir görüşe göre mesela sağlayıcının tüketiciye sunduğu deneme sürümüyle, o dijital ürünün mutata kullanım amacı ve tüketicinin makul beklentileri birbiriyle çatışıyorsa deneme sürümüne öncelik tanınmalıdır. Mutata kullanım amacıyla makul tüketici beklentileri arasında bir çatışma olması hâlindeyse mutata kullanım amacına öncelik verilmelidir⁵⁵⁹. Deneme sürümleri açısından bu görüşe isabet atfetmek mümkündür. Zira tüketicinin, kısıtlı özelliklere sahip olsa da doğrudan deneyimlediği bir ürünün özelliklerine öncelik tanımak irade özerkliğine daha uygun bir yorumdur. Ancak makul tüketici beklentileriyle, mutata kullanım amaçları arasındaki çatışmada mevcut hükümlerden net bir çözüme ulaşılamayacağı kanaatindeyiz. Dolayısıyla bu yönden AB ve Alman Hukuku hükümlerindeki belirsizliğin somut olayın şartlarına göre ancak yargı kararlarıyla çözülebileceğini düşünüyoruz.

a. Mutata kullanım amaçları

Objektif şartlardan ilki, sözleşmeye konu dijital ürünün, aynı türdeki diğer ürünlerin mutata kullanım amaçlarına uygun olmasıdır (Direktif m. 8/1/a). Direktif'e göre mutata kullanım amacına uygunluğun tespitinde, tatbik edilebildiği ölçüde AB ve üye ülke hukuku ile teknik standartlar dikkate alınmalı; bunların bulunmaması hâlindeyse sektöre özgü uygulanabilir davranış kurallarına başvurulmalıdır. Direktif'ten farklı olarak BGB'nin lafzında, aynı türden diğer ürünlere ve başvurulması gereken hukuk kuralları ile teknik standartlara yer verilmemiş; yalnızca mutata kullanıma uygun olması hükme bağlanmıştır (BGB §

⁵⁵⁸ Faber, 2019, s. 101.

⁵⁵⁹ Staudenmayer, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 14.

327e/3/1)⁵⁶⁰. Ancak gerekçede, BGB hükümlerinin yorumlanması bakımından Direktif'teki ifadelerin de dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir⁵⁶¹. Dolayısıyla mesele, Direktif'in lafzına uygun bir şekilde (i) aynı türden diğer dijital içerik ve hizmetlerin mutata kullanım amaçları ile (ii) hukuk kuralları, teknik standartlar ve sektöre özgü davranış kuralları üzerinden incelenmelidir.

Sözleşmeye konu dijital içerik ve hizmetin (*dijital ürün*) mutata kullanım amacının belirlenmesi maksadıyla o ürünle aynı kategori veya pazarda bulunan diğer dijital ürünler dikkate alınmaktadır⁵⁶². Buna göre sözleşmeye konu dijital ürünle genel olarak ortak bir kullanım amacına hizmet eden diğer dijital ürünler, aynı türden kabul edilir⁵⁶³. Örneğin sözleşmeye konu olan bir bilgisayar programının beta sürümüyse, yalnızca aynı amaca hizmet eden diğer programların beta sürümleri aynı tür olarak kabul edilir. Diğer programların tamamlanmış sürümleri ise aynı tür kapsamına girmez⁵⁶⁴.

Aynı tür için referans olarak kabul edilecek ürün grubunun nasıl yorumlanacağı tartışmalıdır⁵⁶⁵. Referans ürün grubunun çok dar yorumlanması, tüketici aleyhine sonuçlar doğuracağından bu anlayış kabul edilmemelidir⁵⁶⁶. Örneğin sadece sözleşmenin tarafı olan sağlayıcının diğer dijital ürünleriyle değil, onun rakiplerinin ürettiği dijital ürünlerle de bir karşılaştırma yapmak gerekir. Ayrıca aynı türün tespiti bakımından dijital ürünün bir miktar ücret ödeme karşılığında edinilmesiyle tüketicinin kişisel verilerinin temini karşılığında edinilmesi arasında bir fark olmamalıdır. Ancak ücret seviyelerine bağlı olarak farklı dijital ürünler için farklı dijital pazarlar ortaya çıkarsa, bu durum, aynı türün yorumlanmasında dikkate alınır⁵⁶⁷.

Referans ürün grubunun çok geniş yorumlanması ise sözleşmeye uygunluğun temini bakımından sağlayıcıyı zorlayacaktır. Bu durum, sağlayıcı üzerinde dijital ürünlerin

⁵⁶⁰ BGB'nin, bu konuda Direktif'ten lafzen ayrışmasının sebebi, mutata kullanım amacına uygunluğa dair hükmün doğrudan satış sözleşmesine ilişkin BGB § 434/1, c. 2, no. 2'den alınmış olmasıdır. **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 26.

⁵⁶¹ **Deutscher Bundestag**, 2021, 19/27653, s. 56.

⁵⁶² **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327e, par. 41; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 62; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 39.

⁵⁶³ **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 21.

⁵⁶⁴ **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 27.

⁵⁶⁵ **Faber**, 2019, s. 89; **Riehm/Abold**, 2021, s. 535.

⁵⁶⁶ Öte yandan dar yorum, sağlayıcının sözleşmeye uygunluk iddiasını kolayca ispatlamasına yarar. **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 27.

⁵⁶⁷ **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 27-28.

sunulması konusunda caydırıcı bir etkiye yol açarak inovasyonu engelleyebilir⁵⁶⁸. Dolayısıyla referans grubun tayininde mahkemelerin, yalnızca tüketicilerin bireysel menfaatlerini değil, katma değerli ürünlerin üretilmesine yönelik toplum menfaatlerini de dikkate alması gerekir. Somut olay bazında gerçekleştirilecek yorum faaliyetleri için mahkemelerin, tartışmaya konu hükümlerle benzer ifadeler içeren CISG m. 35/2 gibi diğer normatif düzenlemelere yönelik içtihatlardan hareket etmesi de faydalı olacaktır⁵⁶⁹.

Aynı türden diğer dijital ürünlerin tespit edilmesinin ardından söz konusu ürünlerin mutata nitelikteki kullanım amaçlarının belirlenmesi gerekir. Diğer dijital ürünlerin istisnai ya da nadiren görülen kullanım amaçları, mutata olarak kabul edilemez⁵⁷⁰. Direktif ve BGB’de açıkça atıf yapılmamakla birlikte mutata kullanım amacının tespitinde, ortalama bir tüketicinin kullanım ve alışkanlıklarının esas alınması gerektiği savunulmaktadır⁵⁷¹. Dolayısıyla o türdeki dijital ürünler bakımından mutata kullanım amacı, ortalama bir tüketicinin perspektifiyle belirlenecektir. Örneğin bir *office suit* yazılımı için geleneksel dosya formatlarında metin üretme ve bunları yerel bilgisayara kaydetme amacı, mutata sayılır. Dosyalar, bu yazılım aracılığıyla yalnızca bulut ortamında saklanabiliyorsa mutata kullanım amacına aykırılık söz konusudur.

Mutata kullanım amacına uygunluğun tespitinde tatbik edilebildiği ölçüde; hukuk kuralları, teknik standartlar ve sektöre özgü davranış kuralları da dikkate alınır (Direktif m. 8/1/a). Direktif hükmü, hukuk kuralları ve teknik standartların yalnızca dikkate alınacağını ifade etmektedir; dolayısıyla bunların mutlak suretle sözleşmeye uygunluk değerlendirmesinde bir kıstas olarak ele alınması gerekmez⁵⁷². Bunların dikkate alınabilmesi için sözleşmeye uygunluğun değerlendirildiği esnada dijital ürünün sunulan sürümü açısından uygulanabilir bir hukuk kuralı veya teknik standardın bulunması gerekir. Mesela AB telif düzenlemeleri kapsamında, kullanıcılara özel kopya oluşturma hakkı öngörülmesi nedeniyle sözleşmeye

⁵⁶⁸ Bu nedenle görece dar yorumun benimsenmesi gerektiği hakkında bkz. **Faber**, 2019, s. 90; **Riehm/Abold**, 2021, s. 535.

⁵⁶⁹ **Faber**, 2019, s. 89.

⁵⁷⁰ **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 18; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 28.

⁵⁷¹ **Geiregat/Steennot**, 2017, s. 130; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 18; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 28; **Fries**, 2023, BeckOGK/BGB § 327e, par. 23. Ortalama tüketiciler, ne bilişim teknolojileri alanında uzman ne de dijital dünyaya dair hiç tecrübesi olmayan kişilerdir. **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 18.

⁵⁷² Özellikle normatif hukuk kuralı olarak kabul edilmeyen sektör spesifik davranış kuralları bakımından bir gerekliliğin olmaması durumu daha açıktır. **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 24, 31.

konu dijital ürünün, anılan hakla birlikte tüketiciye sağlanması gerekir⁵⁷³. Aksi hâlde sözleşmeye uygunluğun bulunmamasından bahsedilecektir. Öte yandan teknik standartların dikkate alınması gerektiğine ilişkin Direktif hükmü, kamu hukukundan kaynaklı tüm teknik gerekliliklerin karşılanması anlamına gelmez⁵⁷⁴. Dolayısıyla bu gereklilik, geniş anlamıyla siber güvenlik düzenlemelerinden ya da kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı gibi temel haklardan kaynaklı tüm gerekliliklerin yerine getirilmesi şeklinde yorumlanmayacaktır⁵⁷⁵. Bir teknik standardın bulunmaması hâlinde, sektöre özgü davranış kuralları da mutata kullanım amacına uygunlukta dikkate alınacaktır⁵⁷⁶.

b. Mutat sayılan ve tüketicinin bekleyebileceği şart ve özellikleri

Objektif şartlardan bir diğeri de sözleşmeye konu dijital ürünün, (i) aynı türdeki diğer ürünler için mutat sayılan ve (ii) dijital ürünün mahiyeti dikkate alındığında, tüketicinin makul olarak bekleyebileceği nitelik ve özelliklere uygun olmasıdır (Direktif m. 8/1/b). Bu iki hususun kümülatif olarak bir arada bulunması gerekir⁵⁷⁷. BGB hükmünde neredeyse aynı ifadeler bulunmasına rağmen Direktif’te geçen “*makul olarak*” ifadesine yer verilmemiştir (BGB § 327e/3/2)⁵⁷⁸. Bununla birlikte gerekçede, Direktif’in lafzında yer alan “*makul olarak*” ifadesinin de dikkate alınacağı belirtilmiştir⁵⁷⁹.

Direktif ile BGB’nin ilgili hükümleri, dijital ürünün kendisinde bulunan veya bulunduğu dijital ortamla ilişkisinden kaynaklanan tüm özellikleri ihtiva eder⁵⁸⁰. Dolayısıyla dijital ürünün; miktarı, işlevselliği, uyumluluğu, erişilebilirliği ve güvenliği gibi aşağıda alt başlıklar altında incelenen tüm hususlar, bu hükümlerin kapsamındadır. Direktif m. 8/1/b

⁵⁷³ Bilgisayar programları açısından geçerli olan bu yükümlülük, Bilgi Toplumunda Telif Hakları ve Bağlantılı Hakların Belirli Yönlerinin Uyumlaştırılmasına dair 22 Mayıs 2001 tarihli ve 2001/29/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi’nin (*InfoSoc Directive*) 5/2/b ve 6/4/2 maddelerinde öngörülmüştür.

⁵⁷⁴ **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 31.

⁵⁷⁵ Geleneksel mal ve hizmetler bakımından *Faber*, konuya ilişkin olarak otomobillerin çevresel standartları ihlâl etmesinin, arabayı ayıplı kılmadığı örneğini vermektedir. **Faber**, 2019, s. 107.

⁵⁷⁶ Sektöre özgü davranış kuralları, öz-regülasyon (*self-regulation*) mahiyetindeki kuralların örneğini oluşturmaktadır. Ancak bu husus, sözleşmeye uygunluk kriterlerini, sektörün etkisine açtığı için eleştirilmektedir. **Ciacchi/van Schagen**, 2017, s. 125.

⁵⁷⁷ **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 31; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 36.

⁵⁷⁸ Dijital ürünlere ilişkin BGB hükümlerinin bu konudaki ilham kaynağı satış sözleşmesinin düzenlendiği BGB 434/1, c. 2, no. 2’dir. **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 31; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327e, par. 43.

⁵⁷⁹ **Deutscher Bundestag**, 2021, 19/27653, s. 56; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 31.

⁵⁸⁰ **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327e, par. 44; **Deutscher Bundestag**, 2021, 19/27653, s. 54; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 31.

hükümündeki “*dahil olmak üzere*” (*including*) ifadesinden çıkarılabileceği üzere bu özellikler tahdidi olarak sayılmamıştır⁵⁸¹. Yani bu hükümde açıkça sayılmasa dahi sözleşmeye konu dijital ürünün, mutata sayılan ve tüketicinin makul olarak bekleyebileceği diğer nitelik ve özelliklere de uygun olması gerekir. Örneğin kişisel verilerin saklanması hizmet eden bir yazılımın, GVKT’deki genel ilkelerden asgari veri işleme ilkesine uyumlu bir şekilde çalışması gerekir⁵⁸².

Nitelikler ve performans özellikleri, dijital ürünün işlev ve amacını yerine getirmeye hizmet eder⁵⁸³. Bir görselin çözünürlüğü, bir yazılımın dili, bir bilgisayar oyununun hangi sürümde olduğu; dijital ürünün niteliklerine ve performans özelliklerine dair örneklerdir⁵⁸⁴. Dijital ürünün, nitelik ve özellikleri bakımından ortalama bir kalitede olması gerekir; yani ürünün üstün özellikler taşıması şart değildir⁵⁸⁵. Mutata sayılan ve beklenebilecek şart ve özellikler açısından Direktif ve BGB hükümlerinde özel olarak belirtilen hususlardan önce, bunların tamamı bakımından geçerli olan ve ayrıca dijital ürünün ortalama kalitesinin belirlenmesine de hizmet eden kavramların incelenmesi gerekir. Bu kapsamda sırasıyla “*aynı tür dijital ürün*”, “*mutata sayılma*” ve “*tüketicinin makul beklentileri*” ifadeleri açıklanmaktadır.

İlk olarak aynı tür dijital ürün, sözleşmeye konu dijital ürünle aynı kategori veya pazarda yer alan diğer dijital ürünleri ifade eder⁵⁸⁶. Örneğin sözleşmeye konu dijital ürünün, bir bulut bilişim hizmeti mi yoksa bir sosyal medya platformu mu olduğunun belirlenmesi gerekir. Zira bulut bilişim hizmetleriyle sosyal medya platformlarında mutata sayılan ve tüketicinin bekleyebileceği şart ve özellikleri birbirinden farklıdır. Bulut bilişim hizmetinin doğal işlevi, burada verinin depolanmasıyken sosyal medya platformunun tabii işlevi, kullanıcılar arasında etkileşim sağlamaktır⁵⁸⁷.

⁵⁸¹ **Ciacchi/van Schagen**, 2017, s. 121; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 57; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 33.

⁵⁸² Direktif, Rec. 48.

⁵⁸³ Tüketici tarafından aktif olarak kullanılsa dahi dijital ürünün bunları taşıması gerekir. **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 41.

⁵⁸⁴ Direktif, Rec. 42, c. 2.

⁵⁸⁵ **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 42. Yapay zekâ alanındaki standartlar, teknolojiye hızlı gelişmeler ve yapay zekâ mahsulü dijital ürünlerin kendini makine öğrenmesi yoluyla geliştirebilmesi nedeniyle kolaylıkla tespit edilemeyebilir. Objektif şartların yapay zekâ sistemlerine uygulanmasına dair tartışmalar için bkz. **Ebers**, 2021, s. 217 vd.

⁵⁸⁶ Referans ürün grubunun belirlenmesi konusunda, mutata kullanım amacına uygunluk başlığında ifade edilenler geçerlidir. Bkz. § 4.II.A.2.a.

⁵⁸⁷ **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 62. Bulut bilişimin sahip olması gereken özellikler için bkz. **Tunç**, 2020, s. 11.

İkinci olarak bir nitelik veya özelliğin mutata sayılıp sayılmadığı, ilgili kategori veya pazardaki duruma bakılarak değerlendirilir⁵⁸⁸. Buna göre bir nitelik veya özellik, ilgili dijital ürün kategorisi veya pazarında yaygın olarak bulunuyorsa bu özellik mutata sayılır. Dolayısıyla bir özelliğin mutata sayılması için bunun ilgili pazardaki rekabet açısından ayırt edici bir özellik olmaması gerekir⁵⁸⁹. Örneğin video işleme yazılımları pazarında, bir yazılımın yapay zekâ algoritmaları kullanarak *deepfake* videolar üretebilmesi özelliğinin, çalışmanın kaleme alındığı dönem bakımından (2023) bu pazarda rekabette ayırt edici bir özellik olduğu kanaatindeyiz. Dolayısıyla aynı pazardaki başka bir yazılımın bu özelliği içermemesi, sözleşmeye aykırılığa neden olmaz. Ancak aynı pazarda, yazılımın 4K kalitede bir video üretebilmesi ise rekabette ayırt edici değildir; bu özelliğin bulunmaması sözleşmeye aykırılığa neden olur. Örnekten anlaşılacağı üzere her bir somut olay bakımından bir şart veya özelliğin mutata sayılıp sayılmadığının ayrıca değerlendirilmesi gerekir.

Son olarak tüketicinin bekleyebileceği makul nitelik ve özelliklerden ne anlaşılması gerektiği incelenmelidir⁵⁹⁰. Tıpkı mutata sayılmada olduğu gibi tüketicinin bekleyebileceği nitelik ve özellikler de aynı tür dijital ürünlerin yer aldığı pazar veya kategorideki duruma göre tespit edilir⁵⁹¹. Aynı tür ürün grubunun belirlenmesine ilişkin mutata kullanım amacındaki tartışmalar tüketicinin makul beklentileri açısından da geçerlidir⁵⁹². Düzenlemelerde, tüketicinin makul beklentileri ifadesine yapılan atıfların hukuki bir belirsizlik oluşturduğu düşünülmeyle⁵⁹³ birlikte kanaatimizce bu beklentilerin tespitinde; dürüst, orta zekâlı ve makul bir tüketicinin perspektifinden hareket edilmelidir. Buna göre tüketicinin, kullanım amacına uygun şekilde dijital ürüne erişebilmesi ve bundan faydalanabilmesi için gerekli nitelik ve özelliklerin dijital üründe yer alması gerekir⁵⁹⁴.

Makul beklentiler, özellikle dijital ürünün niteliği, amacı, somut olayın şartları ve sözleşme taraflarının kullanım pratikleri dikkate alınarak belirlenmelidir⁵⁹⁵. Örneğin sözleşmeye konu

⁵⁸⁸ Direktif, Rec. 46; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 39; **Fries**, 2023, BeckOGK/BGB § 327e, par. 25.

⁵⁸⁹ **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 41.

⁵⁹⁰ Direktif m. 8/1/b hükmü dışında tüketicinin makul beklentilerine, aksesuar ve talimatların düzenlendiği m. 8/1/c hükmüyle güncelleme yükümlülüğünün düzenlendiği m. 8/2/b hükmünde de atıf yapılmıştır.

⁵⁹¹ **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 42.

⁵⁹² Bkz. § 4.II.A.2.a.

⁵⁹³ **Riehm/Abold**, 2021, s. 540.

⁵⁹⁴ **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 58.

⁵⁹⁵ Direktif, Rec. 46; **Faber**, 2019, s. 93.

dijital ürünün, *beta* sürümlü bir yazılım olması hâlinde makul tüketici beklentisi de düşecektir⁵⁹⁶. *Beta* sürümler, henüz ayıplar için test edilmemiş, bir nev’i deneme aşamasında olan ve tamamlanmamış sürümleri ifade eder. Tüketicinin sözleşmedeki karşı edim yükümlülüğünün ücret ödeme borcu olmasıyla kişisel veri sağlama borcu olması arasında, beklentiler açısından kural olarak bir fark bulunmamaktadır. Ancak karşı edime bağlı olarak farklı dijital ürünler için farklı dijital pazar ya da kategoriler ortaya çıkarsa, bu durum, beklentinin yorumlanmasında dikkate alınır⁵⁹⁷.

Mutat sayılan ve beklenebilecek şart ve özellikler açısından “*aynı tür dijital ürün*”, “*mutat sayılma*” ve “*tüketicinin makul beklentileri*” ifadelerine ilişkin bu açıklamalar, Direktif ve BGB hükümlerinde özel olarak belirtilen hususların tamamı açısından geçerlidir⁵⁹⁸. Bu kapsamda sırasıyla dijital ürünün miktarı, işlevselliği, uyumluluğu, erişilebilirliği, devamlılığı, güvenliği, aksesuarları, talimatları ve kamuya açıklanan özellikleri incelenmektedir.

i. Miktarı

Sözleşmeye konu dijital ürünün, aynı türdeki diğer dijital ürünler bakımından mutat sayılan ve tüketicinin makul olarak bekleyebileceği miktarda sunulması gerekir (Direktif m. 8/1/b; BGB § 327e/3/2). Örneğin kelime işlemci yazılımlar yaygın şekilde beş farklı cihazda kullanılabiliriyorsa, bu kategorideki herhangi bir yazılımın beş cihazda kullanılabilir olması bir objektif şart olarak değerlendirilmelidir. Mutat sayılan ve tüketicinin makul olarak bekleyebileceği miktardan eksiklik hâlinde sözleşmeye uygunluğun bulunmaması gündeme gelir. Başka bir deyişle eksik ifa, ifa etmemeye ilişkin hükümlere tabi olmaz; sözleşmeye uygunluk kapsamındadır⁵⁹⁹.

Miktardaki fazlalığın sözleşmeye aykırılık sonucuna yol açıp açmayacağı meselesi, Direktif m. 3/7 hükmüne göre genel sözleşme hukuku kapsamında yer alması nedeniyle üye ülkelerin takdirine bırakılmıştır⁶⁰⁰. Alman Hukukunda ise konuya özgü bir düzenleme yapılmamış;

⁵⁹⁶ **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 63. Bunun için yazılımın beta sürümde olduğunun açık ve net bir biçimde tüketiciye bildirilmesi gerekir. **Faber**, 2019, s. 87.

⁵⁹⁷ **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 42.

⁵⁹⁸ **Faber**, 2019, s. 93.

⁵⁹⁹ **Faber**, 2019, s. 99; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 39.

⁶⁰⁰ Bununla birlikte şöyle bir yorum geliştirilebilir: Tüketicinin fazla ifayı hâkimiyetinde tutmaya devam etmesi hâlinde bir sözleşmeye aykırılık yoktur. Bu durumda sağlayıcı, yeni bir sözleşme teklifinde

gerekçede de fazla ifa durumuna ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiştir. Alman kanun koyucunun dijital ürünlere ilişkin hükümlerde lafız olarak örnek aldığı satış sözleşmesine ilişkin BGB hükümlerindeki fazla ifaya ilişkin yorumun, dijital ürünler bakımından da gündeme gelebileceği söylenebilir⁶⁰¹.

ii. İşlevselliği ve uyumluluğu

Sözleşmeye konu dijital ürünün, aynı türden diğer dijital ürünler bakımından mutata sayılan ve tüketicinin makul olarak bekleyebileceği şekilde çeşitli işlevleri yerine getirmesi ve ilgili yazılım ve donanımlarla uyumlu şekilde çalışması gerekir (Direktif m. 8/1/b; BGB § 327e/3/2)⁶⁰². Bu kapsamda örneğin işlevsellik için sözleşmeye konu dijital ürünün, dijital haklar yönetimi altında (*DRM - digital rights management*) ya da coğrafi bölge gibi herhangi bir teknik kısıtlama olmadan tüketiciye sunulması gerekebilir⁶⁰³. Öte yandan bir bilgisayar oyununun *Microsoft Xbox*'ta ya da *Sony Playstation*'da oynanabilmesi, e-kitabın *iPad*, *Kindle* ya da *Kobo* cihazlarda okunabilmesi, CD/DVD içindeki müzik veya film dosyasının çeşitli oynatıcı cihazlarda çalıştırılabilmesi ise uyumluluğa örnek teşkil eder⁶⁰⁴.

iii. Erişilebilirliği, sürekliliği ve güvenliği

Sözleşmeye konu dijital ürünün, aynı türden diğer ürünler için mutata sayılan ve tüketicinin makul olarak bekleyebileceği şekilde erişilebilir, sürekli ve güvenli olması gerekir (Direktif m. 8/1/b; BGB § 327e/3/2). Erişilebilirlik (*accessibility*), tüketicinin dijital ürüne erişimini sağlayan tüm hususları ihtiva eder⁶⁰⁵. Özellikle dijital hizmetler bakımından önem arz eden erişilebilirliğe dair yükümlülükler, dijital ürünün edinilmesi veya kullanımı esnasında ortaya çıkabilir⁶⁰⁶. Dijital ürünün internetten indirilmesinin sağlayıcı tarafından engellenmemesi,

bulunmuş; tüketici de bu teklifi kabul etmiştir. Dolayısıyla tüketicinin yeni sözleşmeye ilişkin ücret ödeme yükümlülüğü doğar. **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 40.

⁶⁰¹ Fazla ifaya dair BGB'nin satış sözleşmesi hükümlerindeki durum için bkz. § 2.III.B.3.

⁶⁰² İşlevsellik ve uyumluluk kavramları için bkz. § 4.II.A.1.a.ii.

⁶⁰³ Direktif, Rec. 43.

⁶⁰⁴ **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 51.

⁶⁰⁵ **Twigg-Flesner**, 2020, s. 25; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 53; **Tamm/Tonner**, 2022, blm. §2, par. 113; **Deutscher Bundestag**, 2021, 19/27653, s. 56. Erişilebilirliği ilgilendiren hususların kapsamına taşınabilirlik (*portability*) de girmektedir. Tüketicinin bir ülkede satın aldığı içeriği başka bir ülkede, coğrafi engelleme (*geo blocking*) uygulamaları nedeniyle kullanamaması, makul tüketici beklentilerine aykırılık teşkil edebilir. **Koukal**, 2021, s. 69-70.

⁶⁰⁶ **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 35; **Fries**, 2023, BeckOGK/BGB § 327e, par. 27.

dijital ürünün edinilmesiyle ilişkilidir⁶⁰⁷. Bir çevrimiçi video yayın platformuna 7/24 ulaşılması gerektiği ise dijital ürünün kullanımıyla ilişkilidir. Otuz günlüğüne kiralanan bir e-kitapta, bu süre boyunca içeriğe erişilebilmesi ise dijital içerikler bakımından da bu kavramın gündeme gelebileceğini göstermektedir.

Süreklilik (*continuity*), dijital ürüne ait işlevlerin sürekli ve kesintisiz olarak erişilebilir ve kullanılabilir durumda olmasıyla ilgilidir⁶⁰⁸. Sağlayıcının süreklilikle ilgili yükümlülüğü, tüm dijital ürünler bakımından gündeme gelmeyebilir. Bu şart, örneğin sürekli edimle temin edilen dijital video hizmetinde olduğu gibi yalnızca buna uygun dijital ürünler bakımından bir değerlendirme kıstası olarak ele alınacaktır⁶⁰⁹. Nitekim sürekli edimle sunulan dijital ürünlerin akit süresi boyunca sözleşmeye uygun olması gerektiği, Direktif'te bir objektif şart olarak ayrıca düzenlenmiştir (Direktif m. 8/4). Sürekliliğin aynı zamanda erişilebilirlikle de ilişkilendirilebiliyor olması nedeniyle bu iki şart arasında net bir ayrım yapmak mümkün görünmemektedir⁶¹⁰. Direktif, Rec. 51, c. 3'e göre kısa süreli kesintiler bakımından ancak tekrar eden veya göz ardı edilebilir seviyeyi aşan kesintiler sözleşmeye uygunluğun ortadan kalkmasına sebep olur. Uzun dönemli kesintiler bakımından ise aynı sonuç evleviyetle geçerli olacaktır.

Güvenlik (*security*), yazılım ve donanıma erişimi, bunları değiştirmeyi veya işlevsiz kılmayı amaçlayan siber saldırılara karşı dijital ürünün ve tüketicinin dijital ortamının korunmasıyla ilgilidir⁶¹¹. Genel mahiyetteki siber saldırıların dışında, örneğin kişisel verilerin korunmasına veya dijital ödeme süreçlerine ilişkin güvenlik riskleri de bu kavram altında değerlendirilir⁶¹². Bununla birlikte hangi güvenlik tedbirlerinin sağlanacağı, Direktif'te özel olarak belirlenmemiştir. AB Siber Güvenlik Kanunu (*Cybersecurity Act*) ve AB Genel Veri Koruma Tüzüğü (*GDPR*) gibi üye ülke hukukunda geçerli olan düzenlemeler, güvenlik tedbirlerinin tespiti konusunda bir referans olarak ele alınabilir⁶¹³. Ancak bunların mutlak

⁶⁰⁷ **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 53.

⁶⁰⁸ **Tamm/Tonner**, 2022, blm. §2, par. 113; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 55; **Twigg-Flesner**, 2020, s. 25; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 37.

⁶⁰⁹ **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 55; **Fries**, 2023, BeckOGK/BGB § 327e, par. 28.

⁶¹⁰ Direktif, Rec. 51, c. 3; esas olarak süreklilik yükümlülüğüne atıf yapmakla birlikte **Metzger**, bu cümleyi aynı zamanda erişilebilirlik yükümlülüğüyle de ilişkilendirmiştir. Ancak her ikisinin de birer objektif şart olması nedeniyle sonuç, pratikte aynı olacaktır. **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 35, 37.

⁶¹¹ **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 56; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 38.

⁶¹² **Tamm/Tonner**, 2022, blm. §2, par. 114; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 56.

⁶¹³ **Sein/Spindler**, 2019, Part 2, s. 369; **Fries**, 2023, BeckOGK/BGB § 327e, par. 29.

bir referans noktası olarak ele alınıp alınamayacağına yönelik tartışmalar bulunmaktadır⁶¹⁴. Yukarıda ifade edildiği üzere siber güvenlik düzenlemelerinden ya da gizlilik hakkı gibi temel haklardan kaynaklı tüm gerekliliklerin yerine getirilmemesi, kanaatimizce uygunsuzluğa neden olmayacaktır⁶¹⁵.

iv. Kamuya açıklanan özellikleri

Sözleşmeye konu dijital üründe, tüketicinin makul olarak bekleyebileceği nitelikler ve performans özelliklerinin tespiti için kamuya açık beyanlara da başvurulur. Buna göre sağlayıcının veya onun adına bir kimsenin ya da işlem zincirinin önceki bağlantılarında yer alan üçüncü kişinin, özellikle reklam ve etiketler aracılığıyla yaptığı kamuya açık beyanları (*public statements*), tüketicinin makul beklentisinin belirlenmesinde dikkate alınacaktır (Direktif m. 8/1/b; BGB § 327e/3, par. 2). Örneğin sağlayıcının, dijital ürünün tanıtım sayfasında yer verdiği, dijital video platformunun 7/24 çalıştığına dair ifade, bu kapsamda değerlendirilir⁶¹⁶.

Kamuya açık beyanların dikkate alınabilmesi için yalnızca Direktif ve BGB hükmünde öngörülen kimselerce ve öngörülen şekilde yapılması gerekir. Öncelikle bu beyan, sözleşmenin tarafı olan sağlayıcı veya onun adına hareket eden bir kimse ya da tüketiciye dijital ürün teminine yönelik işlem zincirinin önceki bir bağlantısında yer alan üçüncü bir kişi tarafından yapılmış olmalıdır⁶¹⁷. Sağlayıcı adına hareket eden bir kimsenin kamuya açık beyanlarının dikkate alınabilmesi için sağlayıcı ile bu kimseler arasında temsil ya da vekâlet gibi bir hukuki ilişkinin bulunması gerekir. Söz konusu hukuki ilişki bulunduğu süreçte sağlayıcı adına hareket edenlerin, örneğin temsilcilerin veya reklam ajanslarının, kamuya açık beyanları ilgili hüküm kapsamında değerlendirilir⁶¹⁸. İşlemler zincirinin önceki halkasında yer alan üçüncü kişilerin ise sağlayıcı adına hareket etmesi şart değildir⁶¹⁹.

⁶¹⁴ Ring, 2023, s. 1091.

⁶¹⁵ Bkz. § 4.II.A.2.a.

⁶¹⁶ Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 20.

⁶¹⁷ Wendland, 2022, BeckOK/BGB § 327e, s. 50; Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 43; Staudenmayer, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 64.

⁶¹⁸ Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 43.

⁶¹⁹ Staudenmayer, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 64.

Örneğin dijital ürün üreticisinin veya aracısının bu kapsamda değerlendirilmesi mümkündür⁶²⁰.

İkinci olarak, bir beyanın kamuya açık olarak kabul edilebilmesi için o beyanın muhatabının tanımlanmamış olması, yani kamuya yöneltilmiş olması gerekir. Beyanın herkese açık bir internet adresi üzerinden, basılı bir yayınlı -örneğin broşürle- ya da herkese açık bir etkinlik kapsamında yapılmış olması, bunun kamuya açık beyan olarak kabul edilebilmesi için yeterlidir⁶²¹. Kamuya açık beyan, dijital ürün üzerindeki bir etiketleme faaliyeti şeklinde de gerçekleşebilir. *Microsoft Office* yazılımının CD'yle tüketiciye sunulduğu bir durumda, bu CD'nin üzerindeki “5 cihaza kadar kullanılabilir” ifadesi etiketlemeye ilişkin bir örnek teşkil eder.

Sağlayıcının, kamuya açık beyanlardan kaynaklanan sorumluluktan kurtulması için Direktif ve BGB'de öngörülen üç durumdan birinin somut olayda bulunması gerekir⁶²². İlk durumda sağlayıcı, yapılan kamuya açık beyan hakkında bir bilgiye sahip değilse veya gereken özeni gösterse dahi bu beyanı bilemeyecek durumdaysa beyanlar nedeniyle sağlayıcıya sorumluluk atfedilemez⁶²³. İkinci durumda, sözleşmenin kurulması esnasında kamuya açık beyanın sağlayıcı tarafından açıklandığı şekilde ya da benzer bir yoldan düzeltilmesi hâlinde de beyanlar nedeniyle onun sorumluluğuna başvurulamaz⁶²⁴. Son olarak kamuya açık beyandan sözleşmenin tarafı olan tüketicinin sözleşme yapma iradesinin etkilenmediğinin sağlayıcı tarafından ispatlanması hâlinde, sağlayıcının sorumluluğundan söz edilemez⁶²⁵.

⁶²⁰ Geiregat/Steennot, 2017, s. 132; Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 43. Direktif'teki “işlemler zinciri” ifadesinden murat edilen, özellikle sağlayıcı tarafından tüketiciye sunulan dijital ürünün teminine dair işlemler zinciridir. Bu sebeple, tüketicinin bulunduğu bölgeden, örneğin Almanya'dan, sorumlu olmayan bir kimsenin kamuya açık beyanları, salt işlemler zincirinde yer alması nedeniyle bu hüküm kapsamında değerlendirilemez. Staudenmayer, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 64. Aksi hâlde dijital ürüne herhangi bir teması olan tüm üçüncü kişilerin bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir, ki bu durum, sağlayıcının menfaatlerini zedeleyecektir.

⁶²¹ Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 43.

⁶²² Bkz. Direktif m. 8/1/b; BGB § 327e/3, par. 2. c. 2. Söz konusu üç hâl, özellikle işlemler zincirinin önceki bağlantılarında yer alan üçüncü kişiler tarafından yapılan kamuya açık beyanlar açısından önemlidir. Zira sağlayıcının kendi açıklamaları ile onun adına yapılan beyanlar bakımından sorumluluğu daha katıdır. Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 44. Bu hâlleri ispat yükü sağlayıcıdadır. Faber, 2019, s. 91.

⁶²³ Sağlayıcının göstermesi gereken özenin derecesi, ilgili dijital ürün piyasasındaki bir sağlayıcı için geçerli olan şartlara göre belirlenecektir. Staudenmayer, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 67; Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 44.

⁶²⁴ Bu düzeltmeden tüketicinin haberi olmasa dahi sağlayıcı, sorumluluktan kurtulacaktır. Staudenmayer, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 68; Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 44.

⁶²⁵ Wendland, 2022, BeckOK/BGB § 327e, par. 53; Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 44; Staudenmayer, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 69.

v. Aksesuar ve talimatları

Sözleşmeye konu dijital ürünün, tüketicinin makul olarak bekleyebileceği aksesuar ve talimatlarla birlikte sunulması gerekir (Direktif m. 8/1/c; BGB § 327e/3/4)⁶²⁶. Aksesuar ve talimat sağlama yükümlülüğü, yalnızca sözleşmenin tabiatına uygun düştüğü ölçüde söz konusu olur⁶²⁷. Böyle bir şartın varlığı hâlinde, aksesuar ve talimatların nasıl sağlanacağına dair bir sınırlama öngörülmemiş olup bunlar, maddi bir vasıtayla sunulabileceği gibi internet üzerinden de temin edilebilir⁶²⁸.

Dijital ürünler açısından kurulum ve kullanım talimatlarına duyulan ihtiyaç, mallara göre daha az yaygın olmakla birlikte makul beklenti kapsamına giren her tür talimat, objektif şartlar arasında değerlendirilir⁶²⁹. Dolayısıyla sübjektif şartlardaki durumun aksine, özel olarak kurulum talimatları sayılmasa da tüketicinin makul beklentileri içinde yer aldığı sürece bunlar da objektif şart olarak kabul edilir⁶³⁰. Böyle bir durumda talimatların tüketiciye, onun anlayacağı bir dilde sunulmuş olması şarttır⁶³¹. Benzer şekilde, dijital ürünün paketlenmesiyle ilgili de açıkça bir düzenleme bulunmamaktadır⁶³². Ancak tüketicinin makul beklentisi olduğu sürece paketlenme de bir objektif şart olarak kabul edilebilir. Örneğin CD'yle sunulan bir bilgisayar oyununun korunması ve saklanması için CD'nin bir paket içinde tüketiciye teslimi, tüketicinin makul beklentisi olarak değerlendirilebilir.

c. Deneme ve ön izleme sürümleri

Sözleşmeye konu dijital ürünün, sözleşmenin kurulmasından önce tüketiciye sağlanan deneme veya ön izleme sürümünün özellikleriyle uyumlu olması gerekir (Direktif m. 8/1/d; BGB § 327e/3/3). Bunun için ilk olarak bir deneme veya ön izleme sürümünün sağlayıcı

⁶²⁶ Aksesuar ve talimat kavramları için bkz. § 4.II.A.1.c.

⁶²⁷ Bu sonuca Direktif m. 8/1/c'deki "where applicable" ifadesinden ulaşılmaktadır.

⁶²⁸ Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 48.

⁶²⁹ Fries, 2023, BeckOGK/BGB § 327e, par. 33; Staudenmayer, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 75, 77; Wendland, 2022, BeckOK/BGB § 327e, par. 62.

⁶³⁰ Staudenmayer, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 76.

⁶³¹ Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 48. Örneğin Çin'de geliştirilen ve AB'li tüketicilere sunulan bir dijital içeriğe dair talimatların sadece Mandarin dilinde sunulması, talimatlara ilişkin objektif şartta aykırılık teşkil eder. Staudenmayer, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 80.

⁶³² Paketlenme yükümlülüğü, mallar bakımından, Dijital İçerik Direktifi'nin ikiz direktifi mahiyetindeki 2019/771 sayılı Malların Satışına İlişkin Direktif'te aksesuarlarla ilişkilendirilerek objektif şartlar altında düzenlenmiştir (Bkz. m. 7/1/c).

tarafından sözleşmenin tarafı olan tüketiciye sunulmuş olması gerekir. Sağlayıcının herkesin kullanabileceği şekilde kamuya açık olarak sunduğu veya sağlayıcı dışındaki bir kimsenin tüketiciye sunduğu deneme veya ön izleme sürümleri bir objektif şart olarak dikkate alınmaz⁶³³. İkinci olarak deneme veya ön izleme sürümünün, tüketiciye sözleşmenin kurulmasından önce sunulmuş olması gerekir⁶³⁴. Bu şartların varlığı hâlinde sağlayıcının, deneme veya ön izleme sürümleriyle olumsuz yöndeki çelişen açıklamaları kural olarak göz önünde tutulmaz⁶³⁵.

Deneme sürümü, dijital ürünün sınırlı işlevlere sahip şekilde veya sınırlı bir süre için sağlanan versiyonudur⁶³⁶. Bu sürümle tüketicinin dijital ürünün amaç ve işlevlerini test etmesi imkânı sağlanır. Genellikle “*ücretsiz deneme sürümü*” adıyla yalnızca belirli işlevlere sahip şekilde sunulan bilgisayar programları, deneme sürümünün tipik örneklerindendir. *Exxen* ve *Blutv* gibi dijital yayın hizmetlerinin sınırlı bir süreyle, örneğin 7 günlüğüne tüketiciye sağlanması hâli de deneme sürümüne örnek teşkil eder. Dijital ürünün sözleşmeye uygun kabul edilebilmesi için sözleşmenin kurulmasından önce sunulan deneme sürümüyle uyumlu olması yeterlidir. Tüketici, deneme sürümünde düzgün çalışmayan işlevler bakımından asıl ürünün düzgün çalışmasını bekleyemez⁶³⁷. Örneğin bir müzik dosyasının deneme sürümü olarak sunulan 30 saniyelik kaydının 16 *kbps* (*kilobits per second*) kalitede olması hâlinde, sözleşmeye konu dijital ürünün 192 *kbps* olmaması sözleşmeye aykırılık oluşturmaz.

Ön izleme sürümleri, dijital ürünlerin içerik ve işlevlerine ilişkin fikir vermesi açısından tüketiciye sunulan görüntü veya videolardır⁶³⁸. Bilgisayar oyunlarının video görüntüleri ya da bir filmde seçilmiş sahneleri içeren video dosyası buna örnektir. Her ikisi bakımından

⁶³³ **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 87-88. Öte yandan üçüncü kişilerin sunduğu deneme veya ön izleme sürümlerinin, kamuya açık beyanlar (bkz. § 4.II.A.2.b.iv.) kapsamında değerlendirilmesi de mümkündür. **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 46.

⁶³⁴ **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327e, par. 54; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 46; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 89.

⁶³⁵ **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 45; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 91. Örneğin sağlayıcı, “*deneme sürümü yanıtı, aslında bu dijital ürünün önemli hataları (bug) var*” gibi bir beyanda bulursa dahi kural olarak bunun bir önemi yoktur. Bu beyanın dikkate alınabilmesi için tarafların Direktif m. 8/5 ile BGB § 327h’deki şartlara uyarak bir kararlaştırma yapmaları gerekir. Bkz. § 4.II.A.3.

⁶³⁶ **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 46; **Tamm/Tonner**, 2022, blm. §2, par. 116; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327e, par. 57; **Fries**, 2023, BeckOGK/BGB § 327e, par. 32.

⁶³⁷ **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 86; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327e, par. 59.

⁶³⁸ **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 46; **Tamm/Tonner**, 2022, blm. §2, par. 116; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327e, par. 58; **Fries**, 2023, BeckOGK/BGB § 327e, par. 32.

tek bir ekran görüntüsü ön izleme olarak kabul edilemez; zira tüketicinin tek bir görüntü üzerinden oyunu ya da filmi inceleme şansı bulunmamaktadır. Buna mukabil elektronik kitapların edinilmeden önce giriş sayfalarının okunmasının sağlanması, deneme sürümü ya da ön izleme olarak değerlendirilebilir⁶³⁹.

d. Son sürümü

Aksi kararlaştırılmadığı sürece, dijital ürünün, sözleşmenin kurulduğu esnada mevcut olan en son sürümünün tüketiciye sağlanması gerekir (Direktif m. 8/6; BGB § 327e/3/6). Genellikle üreticisi veya sağlayıcısı tarafından kullanılan resmî isminden anlaşılan dijital ürün sürümüne, *Windows 11 22H2* veya *MacOS Ventura 13.1* örnek olarak gösterilebilir. Son sürüm için sözleşmenin kurulduğu anın esas alınması nedeniyle, bundan sonra sağlayıcı tarafından yeni sürümlerin yayınlanmış olması, sözleşmeye uygunluğu ortadan kaldırmayacaktır⁶⁴⁰. Başka bir deyişle sağlayıcının, dijital ürünün sözleşme kurulduktan sonraki yeni bir sürümünü sağlama yükümlülüğü bulunmamaktadır⁶⁴¹. Ancak bu durumda da diğer bir objektif şart olarak güncellemelerin sağlanması yükümlülüğü devreye girebilir⁶⁴².

Tarafların son sürümün sağlanmasına ilişkin yükümlülüğün aksini kararlaştırması mümkündür. Diğer objektif şartların aksine bu konuda yapılacak sözleşme, Direktif m. 8/5 ve BGB § 327h'nin şartlarına tabi değildir⁶⁴³. Zira bu hükümlerin kapsamı, son sürümü sağlama yükümlülüğünü dışlayacak şekilde tasarlanmıştır⁶⁴⁴. Ancak daha önceki bir sürümün sağlanacağına ilişkin anlaşmanın sözleşmeye sarıh bir şekilde yansıtılması gerekmekte olup bu anlaşmayı ispat yükü sağlayıcı üzerindedir⁶⁴⁵.

⁶³⁹ **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 85.

⁶⁴⁰ **Geiregat/Steennot**, 2017, s. 132; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 42; **Gelbrich/Timmermann**, 2021, s. 1255.

⁶⁴¹ **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 51; **Fries**, 2023, BeckOGK/BGB § 327e, par. 35.

⁶⁴² Bkz. § 4.II.A.2.e. Tarafların, objektif şartları aşan düzeyde bir güncelleme yükümlülüğü kararlaştırması da mümkündür. Bu durumda, sunulması kararlaştırılan yeni sürümlerin tüketiciye sağlanmaması sözleşmeye aykırılığa sebep olur. **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 108. Ayrıca yeni sürüm sağlama yükümlülüğünün, Direktif ve BGB'deki modifikasyonu (*modification*) düzenleyen hükümler uyarınca da doğması mümkündür.

⁶⁴³ **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 109; **Tamm/Tonner**, 2022, blm. §2, par. 120; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327e, s. 65.

⁶⁴⁴ Bkz. § 4.II.A.3.

⁶⁴⁵ **Deutscher Bundestag**, 2021, 19/27653, s. 57.

e. Güncellemeler

Malların aksine dijital ürünlerin etkileşim hâlinde bulunduğu yazılım ve donanımlar sürekli olarak değişmekte ve gelişmektedir. Yani dijital ürünler, güvenlik başta olmak üzere çeşitli yönlerden sürekli olarak güncellenmelidir⁶⁴⁶. Bu ihtiyacı gözeten AB kanun koyucu, meseleyi AB Tüketici Hukuku bakımından çığır açıcı bir yaklaşımla, sübjektif şartların yanı sıra objektif şartlar altında da düzenlemiştir⁶⁴⁷. Buna göre dijital ürünün sözleşmeye uygunluğunun devamlılığını sağlamak için gerekli olan güncellemelerin tüketiciye sunulması onun bilgilendirilmesi gerekir (Direktif m. 8/2; BGB § 327f/1).

Güncellemelerin sağlayıcı tarafından sunulmasındaki temel amaç, sözleşmeye uygunluğun devamlılığının sağlanmasıdır. Dolayısıyla güncelleme yükümlülüğü, yalnızca bu amaç için gerekli olan asgari ölçüyle sınırlıdır⁶⁴⁸. Örneğin *Microsoft*'un tüketiciye temin ettiği *Windows 8* işletim sisteminin *Windows 10*'a yükseltmemesinden (*upgrade*) sorumlu tutulması mümkün değildir⁶⁴⁹. Ne var ki *Windows 8* işletim sisteminin güncel güvenlik tehditleri karşısında belirli aralıklarla güncellenmesi gerekecektir. Asgari ölçü ilkesiyle paralel olarak tüketicinin seçimlik hakları, güncellemelerin sağlanmasını amaçlamaz. Bilakis güncelleme tedarik edilmiş olsaydı devam edecek olan uygunluk hâlinin veya edim – karşı edim dengesinin yeniden kurulması amaçlanır⁶⁵⁰. Bu bakımdan güncelleme sunma yükümlülüğü, kiraya verenin, kiralananı sözleşme süresince boyunca amaçlanan kullanıma elverişli durumda bulundurma yükümlülüğüne benzetilebilir⁶⁵¹.

Direktif ve BGB hükümlerinin lafzından hareketle güncellemelere ilişkin olarak güncellemelerin sağlanması ile buna dair bilgilendirme yükümlülüğü şeklinde iki alt yükümlülükten bahsedilebilir. Bu kapsamda öncelikle (i) güncelleme sağlama

⁶⁴⁶ **Sein/Spindler**, 2019, Part 2, s. 369; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 113; **Twigg-Flesner**, 2020, s. 26; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327f, par. 1; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327f, par. 1.

⁶⁴⁷ **Faber**, 2019, par. 79; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 110; **Tamm/Tonner**, 2022, blm. §2, par. 123; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327d, par. 4. Buna mukabil, güncellemelerle ilişkili bir kavram olarak planlı eskitme (*planned obsolescence*) konusunda ne 2019/770 sayılı Dijital İçerik Direktifi'nde ne de 2019/771 sayılı Mal Satış Direktifi'nde doğrudan bir düzenleme yapılmıştır. **Carvalho**, 2019, s. 13.

⁶⁴⁸ **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 114; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327f, par. 1; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327f, par. 7. Taraflar, bunu aşan güncellemeleri sübjektif şart olarak kararlaştırabilir. Bkz. § 4.II.A.1.d.

⁶⁴⁹ **Sein/Spindler**, 2019, Part 2, s. 370.

⁶⁵⁰ **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 115.

⁶⁵¹ **Fries**, 2023, BeckOGK/BGB § 327f, par. 3. Kiraya verenin, kiralananın sonradan ayıplı hâle gelmesinden de sorumlu tutulması, kanaatimizce bu benzetmenin isabetini göstermektedir.

yükümlülüğünün içeriği, zamanı ve bunun kim tarafından yerine getirilmesi gerektiği incelenmiş, ardından (ii) güncellemelere ilişkin bilgilendirme yükümlülüğü ile (iii) güncellemenin kurulmaması hâlinde sorumluluk durumlarına yer verilmiştir.

(i) Direktif ve BGB hükümlerinde, güvenlikle ilgili olanları özellikle anılmakla birlikte sunulması gereken güncellemelere ilişkin tahdidi bir sayım yapılmamıştır. Dolayısıyla kullanıcı ara yüzü (*user interface*), kullanıcı deneyimi (*user experience*), ve veri tabanı (*database*) gibi dijital ürünün her yönünü ilgilendiren gerekli güncellemelerin tüketiciye sunulması gerekir. Örneğin Avrupa'daki üç komşu ülkenin gerçek zamanlı toplu taşıma verileri üzerinden tüketicilere bağlantılı hatlar bulmalarını sağlayan bir mobil uygulama kapsamında, bu ülkelerden birindeki veri tabanı yapısının değişmesi hâlinde buna ilişkin bir güncellemeye ihtiyaç duyulur⁶⁵².

Güncelleme yükümlülüğünün zamanı, Direktif ve BGB'de sürekli edimli sözleşmeler ile ani ve dönemli edimli sözleşmeler şeklinde ikiye ayrılarak düzenlenmiştir. Sürekli edimler yönünden güncelleme sağlama yükümlülüğü, dijital ürünün sözleşme uyarınca temin edileceği sürenin tamamına yayılmıştır (Direktif m. 8/2/a; BGB § 327f/1/1)⁶⁵³. Mesela iki yıllık bulut bilişim hizmetine üyelik açısından güncelleme sunma yükümlülüğü iki yılla sınırlıyken; süre sınırı olmaksızın abone olunan sosyal medya platformları bakımından yükümlülük, akdi ilişkinin devam ettiği süre boyunca devam eder⁶⁵⁴.

Ani ve dönemli edimli sözleşmeler bakımından güncelleme süresine ilişkin kesin bir zaman öngörülmemiştir⁶⁵⁵. Bu durumlarda güncelleme süresi; ilgili tüketicinin makul beklentileri, dijital ürünün tür ve amacı ile sözleşmenin tabiat ve şartları dikkate alınarak somut olaya göre tespit edilecektir (Direktif m. 8/2/b; BGB § 327f/1/2)⁶⁵⁶. Örneğin *Eurovision* şarkı yarışması gibi belirli bir tarihteki etkinlik için oluşturulan bir mobil uygulamanın, etkinlikten

⁶⁵² **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 117.

⁶⁵³ **Sein/Spindler**, 2019, Part 2, s. 370; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 135; **Beale**, 2021, s. 101; **Gelbrich/Timmermann**, 2021, s. 1255; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327f, par. 9.

⁶⁵⁴ Sürekli edimli sözleşmelere dair örnekler için bkz. Direktif, Rec. 57.

⁶⁵⁵ Güncelleme yükümlülüğüne dair zamanaşımı düzenlemeleri için bkz. § 5.III.A.

⁶⁵⁶ **Faber**, 2019, s. 94; **Sein/Spindler**, 2019, Part 2, s. 369; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 139; **Deutscher Bundestag**, 2021, 19/27653, s. 59; **Gelbrich/Timmermann**, 2021, s. 1255; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327f, par. 10. Bu kapsamda, güncelleme süresine veya buna etki edebilecek hususlara dair taraflarca sözleşmede kararlaştırılanlar da dikkate alınacaktır. **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 143; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327f, par. 13; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327f, par. 20.

sonra güncellenmesi beklenemez⁶⁵⁷. Öte yandan örneğin cep telefonları için tasarlanmış işletim sistemleri ile akıllı ev ısıtma sistemlerindeki güncelleme sürelerinin daha uzun olarak tayin edilmelidir⁶⁵⁸. Ancak her halükârda sağlayıcının güncelleme sunma yükümlülüğü sınırsız değildir⁶⁵⁹. Nitekim ani edimli şekilde temin edilmekle birlikte kullanımı uzun bir süreye yayılan dijital ürünler açısından güncelleme süresinin uzun sürecek olması, hukuki belirsizliğe yol açabileceği endişesiyle eleştirilmiştir⁶⁶⁰. Yasama sürecinde de yöneltmiş olmasına rağmen söz konusu eleştiriler karşısında ne AB ne de Alman kanun koyucu, bu süreyi somutlaştırmamış; bir alt veya üst sınır da belirlememiştir⁶⁶¹.

Gerekli güncellemelerin, dijital üründeki subjektif ve objektif şartlardan sapmanın tespitinin hemen ardından kuruluma hazır bir şekilde tüketiciye sunulması gerekir⁶⁶². Bu sapma, örneğin dijital ürünün fonksiyonelliği, uyumluluğu ve erişilebilirliğine (*objektif şartlar*) ilişkin olabileceği gibi ürünün, sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde karşılıklı işlerliğini de (*subjektif şart*) ilgilendirebilir⁶⁶³. Sunulan güncellemeler, tüketiciler için herhangi bir ek maliyet getirmemeli ve güncellemeler esnasında tüketiciden lüzumundan fazla kişisel veri toplanmamalıdır.

Direktif ve BGB hükümlerinde, güncellemelerin mutlaka sağlayıcı tarafından üretilmesi şart koşulmamış; yalnızca bunların tüketiciye sunulması gerektiği öngörülmüştür. Dolayısıyla güncellemelerin; üretici, aracı platform veya diğer üçüncü kişilerce de sunulması mümkündür⁶⁶⁴. Örneğin *Google Play Store* tarafından sağlanan bir mobil uygulamanın güncellemesi, bunu geliştiren üretici firma tarafından yapılabilir. Ancak tüketici,

⁶⁵⁷ **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 142; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327f, par. 11.

⁶⁵⁸ **Deutscher Bundestag**, 2021, 19/27653, s. 59; **Gelbrich/Timmermann**, 2021, s. 1255. Dijital unsurlu mallar bakımından dijital unsurun güncelleme süresinde, malların kullanım ömrü dikkate alınır. **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327f, par. 27.

⁶⁵⁹ **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 142.

⁶⁶⁰ **Riehm/Abold**, 2021, s. 540; **Spindler**, 2021, Schwerpunkt 1, s. 455; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327f, par. 10; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 139. Ayrıca bkz. **Loos**, 2017, s. 38.

⁶⁶¹ **Deutscher Bundestag**, 2021, 19/27653, s. 59. Maddi vasıta ile temin edilenler bakımından vasıtanın kullanım ömrünün güncelleme yükümlülüğünün süresine ilişkin bir gösterge olabileceği hakkında bkz. **Riehm/Abold**, 2021, s. 535.

⁶⁶² **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 118; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327f, par. 7.

⁶⁶³ **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327f, par. 8; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327f, par. 5.

⁶⁶⁴ Direktif ve BGB'deki ifadeler sağlayıcının güncellemeleri yalnızca sunmakla yükümlü olduğunu, bunu geliştirme ya da üretmekle sorumlu olmadığını göstermektedir. Bkz. Direktif m. 8/2; BGB § 327f.

güncellemenin sunulmaması nedeniyle seçimlik haklarını, yalnızca akdi ilişki içinde olduğu sağlayıcıya karşı kullanabilir⁶⁶⁵.

(ii) Güncellemelere dair Direktif ve BGB hükümlerinde öngörülen diğer bir yükümlülük de bu konu hakkında tüketicinin bilgilendirilmesidir (Direktif m. 8/2; BGB § 327f/1). Gerekli bir güncelleme ihtiyacının ortaya çıkması hâlinde tüketici, kanunda belirlenen zaman diliminde aydınlatılmalıdır⁶⁶⁶. Bilgilendirme, güncellemeyi kurmaması hâlinde karşılaşılabilecek sonuçlar dâhil olmak üzere güncellemeye ilişkin temel bilgileri içermeli ve makul, orta zekâlı ve dürüst bir tüketicinin anlayabileceği dilde yapılmalıdır⁶⁶⁷. Bilgilendirmeyi sağlayıcı yapabileceği gibi bunun üretici, geliştirici ve aracı platform gibi üçüncü kişilerce gerçekleştirilmesi de mümkündür⁶⁶⁸.

(iii) Tüketici, kendisine sunulan güncellemeleri kurmakla yükümlü değildir⁶⁶⁹. Buna mukabil tüketicinin güncellemeyi kurmaması hâlinde, dijital ürünün sözleşmeye uygunluğunun devam ettirilmesi konusundaki beklentisi artık sona ermelidir⁶⁷⁰. Yani güncellemelerin makul bir süre içinde kurulmaması ya da hatalı kurulması durumunda, diğer şartlar da oluşmuşsa, sözleşmeye uygunluğun devamlılığının sağlanmamasından dolayı sağlayıcı sorumlu tutulamaz (Direktif m. 8/3; BGB § 327f/2)⁶⁷¹.

Sağlayıcıyı sorumluluktan kurtaran bu hükmün uygulanabilmesi için dört şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir. İlk şart olarak tüketicinin güncellemenin varlığı ve kurulmamasının sonuçları hakkında bilgilendirilmiş olması gerekir⁶⁷². İkinci şart, güncellemenin sunulmasının ardından makul bir süre geçmesine rağmen güncellemenin kurulmaması ya da

⁶⁶⁵ **Tamm/Tonner**, 2022, blm. §2, par. 131.

⁶⁶⁶ **Gelbrich/Timmermann**, 2021, s. 1255; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 125; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327f, par. 12.

⁶⁶⁷ **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327f, par. 11.

⁶⁶⁸ **Tamm/Tonner**, 2022, blm. §2, par. 137; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 126; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327f, par. 8.

⁶⁶⁹ Direktif, Rec. 47; **Carvalho**, 2019, s. 14; **Sein/Spindler**, 2019, Part 2, s. 370; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 147; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327f, par. 22.

⁶⁷⁰ Direktif, Rec. 47; **Sein/Spindler**, 2019, Part 2, s. 370; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327f, par. 22.

⁶⁷¹ Direktif ve BGB hükümlerinde kurmada başarısızlık ya da ihmal (*fail*, *unterlassen*) olarak anılan durum, **Metzger** tarafından güncellemenin tüketici tarafından hiç kurulmaması ya da hatalı kurulması şeklinde detaylandırılmıştır. **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327f, par. 21. Ayrıca bkz. **Gelbrich/Timmermann**, 2021, s. 1255.

⁶⁷² **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327f, par. 22; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 149; **Tamm/Tonner**, 2022, blm. §2, par. 139; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327f, par. 20.

hatalı kurulmasıdır⁶⁷³. Üçüncü şart, güncellemenin kurulmaması ya da hatalı kurulması, sağlayıcının temin ettiği kurulum talimatlarının kusurlu olmasından kaynaklanmamalıdır. Son olarak güncellemenin kurulmaması ya da hatalı kurulmasıyla sonrasında ortaya çıkan ayıp arasında bir illiyet bağının bulunmaması gerekir⁶⁷⁴.

3. Sübjektif ve objektif şartlar arasındaki ilişki

Sübjektif ve objektif şartlar, içerik bakımından Direktif ve BGB’de genel anlamda birbiriyle uyum hâlinde düzenlenmiştir. Örneğin dijital ürünün özellikleri, işlevselliği, kurulum talimatları ve güncellenmesi her iki kategoride de yer almaktadır. Bu nedenle sübjektif ve objektif şartların birlikte mütalaa edilmesi gerekir⁶⁷⁵. Ancak yalnızca sözleşmede yer verilmesi hâlinde uygulama alanı bulması itibariyle sübjektif şartlar, objektif şartlara göre ikincil mahiyettedir⁶⁷⁶.

Sübjektif ve objektif şartların büyük ölçüde aynı meseleleri içermesi, ikisi arasında bir çatışmaya da sebep olabilir. Başka bir anlatımla, tarafların sözleşmeyle bir sübjektif şart olarak öngördüğü hususların, objektif şartlarla çatışması gündeme gelebilir. Bu durumda, sübjektif şartlara mı yoksa objektif şartlara mı öncelik verilmelidir, sorusunun cevaplanması gerekir. Bu sorunun cevaplanması için ikili bir ayrım yapılmalıdır. Şöyle ki taraflar, sözleşmede, dijital ürünlerin mahiyetine ilişkin objektif şartlardan daha yüksek bir seviyede belirleme öngörebilecekleri gibi dijital ürünün mahiyetini, bu kriterlerin altına da çekebilirler.

Sözleşmede, objektif şartlardan *daha yüksek bir seviyenin* kararlaştırılması hâlinde bir problemle karşılaşılmayacak, taraflar arasındaki sözleşme hükümleri, objektif şartları

⁶⁷³ Makul süre, o güncellemenin tüketici tarafından incelenmesi için gereken zamanı ifade eder. Bu süre, önemli güvenlik güncellemeleri için daha kısa değerlendirilebilir. **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327f, par. 18. BGB’nin gerekçesinde söz konusu sürenin tespiti mahkemelere bırakılmıştır. **Deutscher Bundestag**, 2021, 19/27653, s. 60.

⁶⁷⁴ Yani tüketici, güncellemeyi başarılı bir şekilde yükleyseydi dahi söz konusu ayıp ortaya çıkacak idiyse sağlayıcının sorumluluğu devam eder. **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327f, par. 19.

⁶⁷⁵ **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327e, par. 35; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 7, par. 22. İstisnaen dijital ürünün karşılıklı işlerliği, müşteri destek hizmeti ve özel kullanım amacına yalnızca sübjektif şartlarda yer verilmektedir. Dolayısıyla bu hususlar bakımından sübjektif ve objektif şartların birlikte değerlendirilmesine ihtiyaç duyulmaz. Bkz. § 4.II.A.1.

⁶⁷⁶ **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 7, par. 2. AB Komisyonu’nun teklifinde sübjektif şartlara öncelik verilmişti ancak eleştirilerin ardından nihai metinde ağırlık objektif şartlara kaydırılmıştır. **Ciacchi/van Schagen**, 2017, s. 115; **Geiregat/Steennot**, 2017, s. 121; **Loos**, 2017, s. 36; **Schulze/Staudenmayer**, 2020, Introduction, par. 18; **Twigg-Flesner**, 2020, s. 24.

zımnen ilga ederek öncelikli olarak uygulanacaktır⁶⁷⁷. Sözleşmede, objektif şartlardan *düşük bir seviyenin* kararlaştırılması hâlindeyse kural olarak tüketiciye asgari koruma standardı getiren objektif şartlar öncelikli olarak tatbik edilecektir. Bu durumda sağlayıcıların, sözleşmeden bağımsız olarak objektif şartlara uyması zorunludur⁶⁷⁸. Ancak istisnai olarak taraflarca yapılan sözleşme, Direktif ve BGB'deki şartları taşıdığı sürece objektif şartlardan düşük bir standart öngörse dahi öncelikli olarak uygulanır. Buna göre (i) sağlayıcının, tüketiciyi daha düşük koruma seviyesi hakkında en geç sözleşmenin kurulduğu esnada açıkça bilgilendirmiş olması ve (ii) tüketicinin, bu bilgilendirmeyi dijital ürünün teminine ilişkin sözleşmeden ayrı bir şekilde kabul etmesi gerekir (Direktif m. 8/5; BGB § 327h)⁶⁷⁹.

İlk şart, sağlayıcının, en geç sözleşmenin kurulduğu esnada, dijital ürünün objektif şartlardan sapan hususlarla ilgili olarak doğrudan tüketiciyi bilgilendirmesidir⁶⁸⁰. Bu bilgilendirmenin somut bir şekilde dijital ürünün hangi vasıflarında sapmanın bulunduğunu içermesi gerekir. Başka bir deyişle yalnızca objektif şartların bulunmadığına yönelik “*sınırlı işlevsellik*” ve benzeri battaniye ifadeler, bilgilendirilmiş sayılma için yeterli değildir⁶⁸¹. Örneğin bir yazılımın *beta* sürümünün sağlandığının belirtilmesi kâfi değildir, yazılımdaki mutlak sayılan özelliklerden hangilerinin bulunmayacağını özel olarak belirtilmesi gerekir⁶⁸². Bilgilendirmenin yapıldığına ilişkin ispat yükü sağlayıcıdadır⁶⁸³.

⁶⁷⁷ **Faber**, 2019, s. 81; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 7, par. 22; **Ebers**, 2021, s. 217; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 5.

⁶⁷⁸ **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327e, par. 3; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 6, par. 31-32.

⁶⁷⁹ **Faber**, 2019, s. 81; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 6, par. 35; **Beale**, 2021, s. 98; **Ebers**, 2021, s. 217; **Riehm/Abold**, 2021, s. 575; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327d, par. 3; 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 4; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327e, s. 68; **Fries**, 2023, BeckOGK/BGB § 327h, par. 4. Anılan şartların nasıl yerine getirileceğiyle ilgili olarak ABAD'ın tüketicinin şeffaf bir biçimde bilgilendirilmesine yönelik içtihatları yol gösterici olacaktır. **Geiregat/Steennot**, 2017, s. 123. Ayrıca bkz. Direktif, Rec. 49.

⁶⁸⁰ **Faber**, 2019, s. 82; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 162; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327h, par. 6; **Fries**, 2023, BeckOGK/BGB § 327h, par. 5. Sağlayıcının, bu durumu örneğin internet sitesinde veya sosyal medya hesaplarında paylaşması yeterli değildir. **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 164.

⁶⁸¹ **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 165; **Deutscher Bundestag**, 2021, 19/27653, s. 71; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327h, par. 5; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327h, par. 7. Bu ve benzeri şekilde, genel olarak sağlayıcının sorumluluğunu sınırlandıran veya ortadan kaldıran hükümlerin bulunması durumu hakkında bilgi için bkz. § 4.IV.

⁶⁸² **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327h, par. 4; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327h, par. 7. Örneğin bir yapay zekâ yazılımı için *beta* sürümü olduğuna veya yazılım fonksiyonlarının öngörülemez olduğuna işaret etmek, geçerli bir bilgilendirme için yeterli değildir. **Ebers**, 2021, s. 217.

⁶⁸³ **Faber**, 2019, s. 83; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327h, par. 2; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327h, par. 11.

İkinci şart, tüketicinin bu bilgilendirmeyi, dijital ürünün teminine ilişkin sözleşmeden bağımsız olarak ve açıkça kabul etmesidir⁶⁸⁴. Tüketicinin kabulünün, gizlilik beyanı, ödeme kabul beyanı gibi diğer meselelerden bağımsız bir şekilde gerçekleştirilmesi gerekir⁶⁸⁵. Mesela dijital ürünün teminine ilişkin sözleşmenin içinde, objektif şartlardan sapmaya ilişkin bir maddenin bulunması, bu gereklilik için yeterli değildir. Ayrıca tüketicinin, bir kutucuğu işaretleme veya (*checkmarking*), bir butonu aktif hâle getirme gibi aktif bir davranışta bulunarak bunu açıkça kabul etmesi gerekir⁶⁸⁶. Tüketicinin sözleşmeden bağımsız ve açıkça bir kabulünün bulunduğunu ispat yükü sağlayıcıdadır⁶⁸⁷.

Objektif şartlardan daha düşük bir standart öngören anlaşmaları düzenleyen Direktif m. 8/5 hükmü, yalnızca m. 8/1 ile 8/2’de yer alan objektif şartları kapsamaktadır. Dolayısıyla güncellemelere ilişkin m. 8/3 hükmüyle⁶⁸⁸, sürekli edimli sözleşmelere dair m. 8/4 hükmünün taraflar arasında yapılacak bir anlaşmayla tüketicinin aleyhine olacak şekilde değiştirilmesi mümkün değildir⁶⁸⁹. BGB’de ise Direktif’te sayılanların dışında, hukuki ayıbı düzenleyen § 327g hükmünün de tüketici aleyhine değiştirilemeyeceği hükme bağlanmıştır (BGB § 327h).

Tüketicinin aleyhine olacak şekilde objektif şartların öngördüğü standarttan daha düşük bir standardın kararlaştırılması, teknik olarak sağlayıcının sorumluluğunun sınırlandırılması veya ortadan kaldırılması anlamına gelmez. Bu durumda sağlayıcı, sözleşmede belirlenen standartlar üzerinden sözleşmeye uygun ifayı gerçekleştirmekle yükümlüdür. Zaten sağlayıcının sorumluluğunun ortadan kaldırılmasına ilişkin anlaşmalar da Direktif m. 22 ve BGB § 327s uyarınca kural olarak tüketiciyi bağlamamaktadır⁶⁹⁰. Ancak objektif şartların standardını düşüren Direktif m. 8/5 ile BGB § 327h hükümleri, Direktif ve BGB hükümlerinin emredici niteliğini zayıflattığı için eleştirilmektedir⁶⁹¹. Kanaatimizce bu eleştiriler yerinde olmayıp anılan hükümler, tüketici lehine öngörölmüş sıkı şartlar altında

⁶⁸⁴ **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 165; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327h, par. 9. Direktif’teki “*açıkça*” ifadesi, Haksız Şartlar Direktifi’nde olduğu gibi tüketiciye sağlanması gereken şeffaflığı da içerecek şekilde yorumlanmalıdır. **Beale**, 2021, s. 98.

⁶⁸⁵ **Faber**, 2019, s. 85; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327h, par. 6.

⁶⁸⁶ **Sein/Spindler**, 2019, Part 2, s. 374; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327h, par. 10; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 165; **Riehm/Abold**, 2021, s. 535.

⁶⁸⁷ **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 166.

⁶⁸⁸ Bkz. § 4.II.A.2.e.

⁶⁸⁹ **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327s, par. 5. Ayrıca bkz. **Faber**, 2019, s. 78.

⁶⁹⁰ Bkz. § 4.IV.

⁶⁹¹ **Ring**, 2023, s. 1093.

da olsa tüketiciyle sağlayıcı arasındaki bireysel müzakereye imkân sağlaması itibariyle yerindedir⁶⁹².

B. Dijital İçerik ve Hizmetin Tüketicinin Dijital Ortamına Entegrasyonu

Dijital içerik ve hizmetin sözleşmeye uygun bir şekilde kullanılabilmesi amacıyla tüketiciye ait dijital ortama hatasız bir şekilde entegre edilmesi gerekir (Direktif m. 9; BGB § 327e/4). Dijital ürünler, tabiatları gereği amaçlanan şekilde çalışmak için çoğu zaman diğer yazılım, donanım veya ağ bağlantılarına ihtiyaç duyar⁶⁹³. Örneğin hiçbir müzik veya video dosyası uygun yazılım olmadan dinlenemez veya görüntülenemez. Benzer şekilde hiçbir e-kitap, uygun yazılım ya da donanım olmadan okunamaz. Entegrasyonla birlikte dijital ürün, tüketicinin dijital ortamına bağlanmakta ve bunun sözleşmeye uygun şekilde çalışması amaçlanmaktadır.

Entegrasyon, AB tüketici hukuku ile Alman Hukukuna yabancı bir kavramdır. Öğretide, söz konusu şartın, satış hukukundaki IKEA ya da “*kendin yap*” maddesi olarak anılan montaja ilişkin hükümlerle benzeştiği ifade edilmektedir⁶⁹⁴. Nitekim dijital ürünlere ilişkin entegrasyon hükümleri, 99/44 sayılı mülga Direktif’in 2/5. maddesi, 2019/771 sayılı Malların Satışına İlişkin Direktif’in 8. maddesi ve BGB § 434/2’yle ifade yapısı açısından oldukça benzeşmektedir⁶⁹⁵. Bu hâliyle montajın, dijital ürünler bakımından karşılığının entegrasyon olduğu söylenebilir⁶⁹⁶.

Entegrasyon ve dijital ortam terimleri, Direktif ve BGB’de birbiriyle paralel olarak tanımlanmıştır. Buna göre entegrasyon, dijital ürünün sözleşmeye uygun şekilde kullanılabilmesi amacıyla tüketicinin dijital ortamındaki bileşenlere bağlanmasını (*linking*) veya bunlarla birleştirilmesini (*incorporation*) ifade eder⁶⁹⁷. Örneğin dijital ürünün, tüketicinin bilgisayarındaki sabit diske hatasız bir biçimde kurularak kullanıma hazır hâle

⁶⁹² Olması gereken hukuka ilişkin değerlendirmelerimiz için bkz. § 7.II.A.

⁶⁹³ **Geiregat/Steennot**, 2017, s. 134. Örneğin akıllı robot süpürgeci, akıllı ev ortamına dâhil edilmesi için genellikle bir mobil yazılıma ihtiyaç duyulur. **Gelbrich/Timmermann**, 2021, s. 1255.

⁶⁹⁴ **Rosenkranz**, 2020, EU Digital Law: art. 9, par. 4; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 71.

⁶⁹⁵ **Rosenkranz**, 2020, EU Digital Law: art. 9, par. 4, 6; **Gelbrich/Timmermann**, 2021, s. 1254; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 71.

⁶⁹⁶ **Geiregat/Steennot**, 2017, s. 134. Dijital İçerik Direktifi’nde entegrasyon (*integration*) ifadesinin kullanılmasının sebebi, malların satışına dair hükümlerdeki kurulum (*installation*) ifadesinin dijital ürünler bakımından dar bir anlama sahip olmasıdır. **Rosenkranz**, 2020, EU Digital Law: art. 9, par. 8.

⁶⁹⁷ Direktif m. 2/4; BGB § 327e/4, par. 2. Başarılı bir entegrasyon için dijital ürünle dijital ortam arasında ayrılmaz bir bağ kurulması şart değildir. **Rosenkranz**, 2020, EU Digital Law: art. 9, par. 25-26.

getirilmesi durumunda entegrasyon gerçekleştirilmiştir. Ancak entegrasyon için her zaman dijital ürünün tüketicinin cihazına kurulması şart değildir. *Netflix*'e *Safari* veya *Chrome* gibi bir web tarayıcısı üzerinden erişilmesinde olduğu gibi bazen yalnızca veri alışverişinde bulunabilmesinde de entegrasyon tamamlanmıştır⁶⁹⁸.

Dijital ortam (*digital environment*), tüketicinin dijital ürüne erişmek veya bundan faydalanmak amacıyla kullandığı donanım, yazılım veya ağ bağlantısından oluşan teknik altyapıyı ifade eder⁶⁹⁹. Altyapının kapsamının belirlenmesinde, sözleşmenin tarafı olan tüketicinin durumu dikkate alınacaktır⁷⁰⁰. Donanım, yazılım ve ağ bağlantısı ifadeleri dijital ürünlere ilişkin hükümlerde tanımlanmamış olup bunların anlamlarının belirlenmesinde bilişim dünyasının genel anlayışına göre hareket edilmektedir⁷⁰¹.

Entegrasyonun temel amacı, dijital ürünün sözleşmeye uygun olarak kullanılabilmesidir. Tüketici, entegrasyonun tamamlanmasıyla dijital ürünü subjektif ve objektif şartlara uygun bir şekilde ve hukuki ayıptan arı olarak kullanabilmelidir. Entegrasyonun tamamlanmasından sonra, bunlardan birinde meydana gelecek sapma, sözleşmeye uygunluğun bulunmaması sonucunu doğurur⁷⁰². Dolayısıyla entegrasyon şartının yerine getirilip getirilmediği, yalnızca teknik bağlantının sağlanması ya da dijital ortamla dijital ürünün birleştirilmesi fiilleri üzerinden değerlendirilmez. Bu şart, daha geniş bir pencereden sözleşmeye uygunluk amacı dikkate alınarak tespit edilir⁷⁰³.

Dijital ürünün tüketicinin dijital ortamına entegre edilmesi, ancak bunun gerekli olduğu dijital ürünler bakımından sözleşmeye uygunluğun bir parçasıdır⁷⁰⁴. Sağlayıcının bir entegrasyon yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı, subjektif ve objektif şartlara göre tespit edilir. Yani bu yükümlülük, taraflar arasındaki sözleşmede kararlaştırılmış olabileceği gibi (subjektif şart) somut olayda tüketicinin makul olarak bekleyebileceği ve mutad sayılan bir husus (objektif şart) olarak da değerlendirilebilir. Objektif şartlar kapsamında yer alması

⁶⁹⁸ **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 64.

⁶⁹⁹ Direktif m. 2/9; BGB § 327e/4, par. 2. Ayrıca bkz. **Geiregat/Steennot**, 2017, s. 135; **Loos**, 2017, s. 37.

⁷⁰⁰ Yani objektif şartlarda atıf yapılan ortalama tüketiciye ilişkin kriterler burada geçerli değildir. **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 66.

⁷⁰¹ **Rosenkranz**, 2020, EU Digital Law: art. 9, par. 18-21; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 66.

⁷⁰² **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327e, par. 75; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 70; **Rosenkranz**, 2020, EU Digital Law: art. 9, par. 36.

⁷⁰³ **Rosenkranz**, 2020, EU Digital Law: art. 9, par. 30; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 65.

⁷⁰⁴ Direktif'in 6. maddesinde; 7, 8 ve 9. maddelerdeki şartların yerine getirilmesi yükümlülüğünün ancak uygun olduğu hallerde aranacağı ifadesinin ("*where applicable*") sonuçlarından birisi de budur.

durumunda taraflar, entegrasyona ilişkin yükümlülüğün aksini kararlaştıramaz⁷⁰⁵. Böyle bir yükümlülüğün varlığı hâlinde entegrasyon, bir yan edim yükümlülüğü mahiyetindedir⁷⁰⁶. Zira Direktif ve BGB hükümlerine göre bu yükümlülüğün ihlâli hâlinde, sözleşmeye aykırılık nedeniyle tüketicinin seçimlik haklara başvurusu mümkündür. Başka bir deyişle yükümlülüğün ihlâli, tüketiciye bağımsız talep ve dava açma imkânı sunar.

Entegrasyona ilişkin hükümler, yalnızca hatalı bir entegrasyonun varlığı hâlinde dijital ürünün sözleşmeye uygun kullanımının engellenmesiyle ilişkilidir. Hatalı entegrasyonun tüketicinin dijital ortamına verdiği zararlar yönünden bu hükümlere başvurulamaz⁷⁰⁷. Örneğin bir mobil uygulamanın tüketicinin cihazına entegrasyonu, o dijital ürünün sözleşmeye uygun kullanımını sağlamış ancak entegrasyon esnasında diğer bir mobil uygulamanın silinmesine neden olmuşsa, bu zarar bakımından dijital ürünlere ilişkin hükümler uygulanmaz; bu durumda sözleşme sorumluluğuna ilişkin genel hükümlere başvurulmalıdır⁷⁰⁸.

Entegrasyon, sağlayıcı tarafından üstlenilebileceği gibi bunu doğrudan tüketici de gerçekleştirebilir⁷⁰⁹. Sağlayıcının üstlendiği durumlarda, entegrasyonun hatasız bir biçimde yapılması gerekirken bunun tüketici tarafından gerçekleştirildiği durumlarda sağlayıcı, ayıpsız talimat sunmakla yükümlüdür. Sağlayıcı tarafından hatalı bir entegrasyon yapılması veya ayıplı entegrasyon talimatı sunulması durumlarında sağlayıcının sorumluluğu gündeme gelecektir⁷¹⁰.

C. Hukuki Ayıptan Arilik

1. Sözleşmeye uygunluğun bir unsuru olarak hukuki ayıptan arilik

Üçüncü kişilerin haklarının, dijital ürünün subjektif ve objektif şartlara uygun şekilde kullanımını sınırlaması durumunda hukuki ayıp gündeme gelir. Dijital ürünün, hukuki

⁷⁰⁵ Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327h, par. 1.

⁷⁰⁶ Kavram olarak Rosenkranz, 2020, EU Digital Law: art. 9, par. 70.'de ve Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 67.'de farklı ifadeler kullanılsa da bu kaynaklardaki anlatımdan çıkarılan sonuç, bu yükümlülüğün bir yan edim yükümlülüğü olduğu mahiyetindedir.

⁷⁰⁷ Rosenkranz, 2020, EU Digital Law: art. 9, par. 1, 62.

⁷⁰⁸ Direktif'te bu konu, üye ülkelerin takdirine bırakılmıştır. Beale, 2021, s. 104.

⁷⁰⁹ Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 64.

⁷¹⁰ Geiregat/Steennot, 2017, s. 136. Direktif m. 9'daki "veya" ifadesi, şartların kümülatif olmadığını gösterir. Rosenkranz, 2020, EU Digital Law: art. 9, par. 2.

ayıptan arı bir şekilde tüketiciye sağlanması şartı, sözleşmeye uygunluğun bir parçasıdır⁷¹¹. Dolayısıyla sağlayıcının sorumluluğu yönünden subjektif ve objektif şartlar ile entegrasyon yükümlülüğüne aykırılık hâlindeki sonuçlarla, hukuki ayıptan doğan sorumluluğun sonuçları aynıdır⁷¹². Dijital ürünün birinci el olmasıyla ikinci el olması arasında bir fark yoktur, her iki durumda da hukuki ayıp gündeme gelebilir⁷¹³.

Hukuki ayıbı düzenleyen Direktif ve BGB hükümleri, içerik olarak benzeşmekle birlikte lafzen birbirinden ayrılmıştır. Direktif'e göre üçüncü kişilerin haklarının ihlâlinden kaynaklanan bir kısıtlama, dijital ürünün subjektif ve objektif şartlara uygun olarak kullanımını engelliyor veya sınırlandırıyorsa, tüketici seçimlik haklarına başvurabilir (Direktif m. 10)⁷¹⁴. BGB'ye göre tüketicinin, dijital ürünü üçüncü kişilerin haklarını ihlâl etmeden subjektif ve objektif şartlara uygun olarak kullanabilmesi hâlinde o ürün, hukuki ayıptan aridir (BGB § 327g). Zapattan doğan sorumluluk hâli, Direktif ve BGB'de ayrıca düzenlenmemiş, bunlar da hukuki ayıp kavramı içinde değerlendirilmiştir⁷¹⁵.

Dijital içerikler başta olmak üzere dijital ürünler üzerinde üçüncü kişilerin telif ve benzeri haklarının olması muhtemeldir⁷¹⁶. Direktif ve BGB hükümlerinin amacı, dijital ürünün üçüncü kişilerin haklarından arı bir şekilde tüketiciye temini değildir⁷¹⁷. Aksine amaç, bu hakların dijital ürünün kullanımını sınırlamamasını sağlamaktır. Dolayısıyla tek başına o dijital ürün üzerinde üçüncü kişilerin haklarının bulunması, uygunsuzluğa neden olmaz⁷¹⁸.

⁷¹¹ Ciacchi/van Schagen, 2017, s. 112; Faber, 2019, s. 103; Rosenkranz, 2020, EU Digital Law: art. 10, par. 16; Zdraveva, 2021, s. 409. Hukuki ayıp ifadesinin kullanımı hakkında bkz. § 4.I.

⁷¹² Deutscher Bundestag, 2021, 19/27653, s. 61; Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327g, par. 22. Öte yandan Direktif'te, hukuki ayıp hâli için üye ülkelerin, seçimlik hakların yanı sıra sözleşmenin geçersiz kılınması veya iptal edilebilmesi gibi imkânları düzenleyebileceği hükme bağlanmıştır (Direktif m. 10). Ancak Alman kanun koyucu, buna ilişkin bir düzenleme yapmamıştır.

⁷¹³ Deutscher Bundestag, 2021, 19/27653, s. 61; Fries, 2023, BeckOGK/BGB § 327g, par. 4; Ring, 2023, s. 1093. Ayrıca bkz. § 3.II.A.

⁷¹⁴ Direktif'te sözleşmeye uygunluğa ilişkin ana kuralın yer aldığı 6. maddede, sözleşmeye uygunluk için dijital ürünün, hukuki ayıba ilişkin 10. madde hükmüne "*hâlel getirmeksizin*" (*without prejudice*) temin edilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Bunun sebebi, üçüncü kişilerin haklarının ihlâlinin, uygunsuzluk yerine başlangıçtaki imkânsızlık ve benzeri sebeplerle sözleşmenin hükümsüzlüğü olarak değerlendirilmesini önlemektir. Böylelikle hukuki ayıbın, bir ifa etmeme hâli değil, uygunsuzluk olduğu netleştirilmiştir. Sein/Spindler, 2019, Part 2, s. 368.

⁷¹⁵ Hukuki ayıbın özel ve kamu hukuku kaynaklı sınırlamaları kapsamaması, dolaylı da olsa bu sonuca ulaştırmaktadır. Rosenkranz, 2020, EU Digital Law: art. 10, par. 22; Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327g, par. 6. Ayrıca bkz. § 2.III.B.1.

⁷¹⁶ Faber, 2019, s. 103; Deutscher Bundestag, 2021, 19/27653, s. 61; Zdraveva, 2021, s. 409. Üçüncü kişilerin hakları, özellikle dijital içerikler için önem arz eden bir durumdur. Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327g, par. 1; Wendland, 2022, BeckOK/BGB § 327g, par. 7.

⁷¹⁷ Bu husus, m. 3/9 ve Rec. 20'de, Direktif'in telif hakkından kaynaklanan düzenlemelere hâlel getirmeyeceği şeklinde hükme bağlanmıştır.

⁷¹⁸ Geiregat/Steennot, 2017, s. 147; Rosenkranz, 2020, EU Digital Law: art. 10, par. 16.

Söz konusu haklar, ne zaman ki dijital ürünün sübjektif ve objektif şartlara uygun kullanımını sınırlar, o zaman hukuki ayıp oluşur⁷¹⁹. Yani sübjektif ve objektif şartlar, hukuki ayıbın varlığı hususunda bir kıstas rolü oynamaktadır.

Hukuki ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin Direktif ve BGB hükümleri emredici mahiyette olup bu hükümleri ihlâl eden anlaşmalar, kural olarak tüketiciyi bağlamaz⁷²⁰. İstisnaen bu sorumluluk, dolaylı olarak ortadan kaldırılabılır. Bunun için taraflar, Direktif m. 8/5 ve BGB § 327h'de belirlenen şartlara uygun olarak hukuki ayıptan doğan sorumluluğu tayin eden objektif şartları tüketici aleyhine değiştirmelidir⁷²¹. Yani sağlayıcının, tüketiciyi bu konuda açıkça bilgilendirmesi ve asıl sözleşmeden ayrı olarak onun rızasını alması gerekir. Örneğin EULA'da yer alan kullanım sınırlamaları hakkında sağlayıcının tüketiciyi özel olarak bilgilendirmesi ve ondan bu konuda ayrıca bir rıza alması hâlinde EULA'dan kaynaklı sınırlamalarla ilgili olarak hukuki ayıp gündeme gelmeyecektir⁷²².

2. Hukuki ayıp nedeniyle sağlayıcının sorumluluğunun şartları

Hukuki ayıp nedeniyle sağlayıcının sorumluluğuna başvurulabilmesi için (i) üçüncü kişilerin bir hakkının varlığı, (ii) bunun ihlâl ve (iii) ihlâl nedeniyle dijital ürünün kullanımının sınırlanması ya da engellenmesi şartlarının bir arada bulunması gerekir. Buna karşılık sağlayıcının kusurlu olması bir şart olarak aranmamaktadır⁷²³. Örneğin sağlayıcı, üçüncü kişi haklarının ihlâl edilmesinin bir kısıtlamaya neden olacağından habersiz olsa dahi hukuki ayıptan doğan sorumluluk gündeme gelir.

a. Dijital içerik ve hizmet üzerinde üçüncü kişinin bir hakkının varlığı

Hukuki ayıp nedeniyle sağlayıcının sorumluluğunun doğması için öncelikle dijital içerik ve hizmet (dijital ürün) üzerinde üçüncü kişilerin bir hakkının bulunması gerekir. Dijital ürünün sağlanmasını konu edinen akdi ilişkinin tarafı olmayan tüm kişi ve kurumlar, üçüncü kişi

⁷¹⁹ **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327g, par. 8; **Rosenkranz**, 2020, EU Digital Law: art. 10, par. 16; **Riehm/Abold**, 2021, s. 535.

⁷²⁰ **Rosenkranz**, 2020, EU Digital Law: art. 10, par. 67.

⁷²¹ Direktif, Rec. 53. Anlaşmanın şartlarına ilişkin detaylı bilgi için bkz. § 4.II.A.3.

⁷²² **Sein/Spindler**, 2019, Part 2, s. 373; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327g, par. 23. Ayrıca bkz. **Ring**, 2023, s. 1093.

⁷²³ **Rosenkranz**, 2020, EU Digital Law: art. 10, par. 55.

olarak kabul edilir⁷²⁴. Örneğin dijital ürünün (sağlayıcısı olmayan) üreticileri, aracı platformlar ve o ürün üzerindeki fikri hak sahipleri üçüncü kişidir⁷²⁵. Benzer şekilde doğrudan sağlayıcıyla yapılmadığı sürece, EULA'daki lisans veren taraf da müzik eserinin fikri haklarını elinde bulunduran meslek birlikleri de üçüncü kişi niteliğindedir.

Direktif ve BGB'de hangi hakların hukuki ayıptan doğan sorumluluğa yol açacağı konusunda bir sınırlama yapılmamıştır⁷²⁶. Bu haklar, bir sözleşme ilişkisinden kaynaklanabileceği gibi bir ayni veya fikri haktan ya da zilyetlik durumundan yahut diğer kanuni düzenlemelerden doğabilir⁷²⁷. Telif hakkı ve buna bağlı manevi haklar ile mülkiyet hakkı, bu haklara örnek teşkil etmektedir⁷²⁸. Öte yandan yalnızca özel hukuk kaynaklı haklar değil, kamu hukukundan kaynaklanan haklar da hukuki ayıptan doğan sorumluluğa neden olabilir⁷²⁹. Mesela, savcılık ya da mahkeme kararıyla dijital ürüne el koyulması ya da bunun müsadereci durumunda hakkın kaynağı, ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerdir.

b. Üçüncü kişinin hakkının ihlâl edilmiş olması

Hukuki ayıptan doğan sorumluluk için dijital ürünün subjektif ve objektif şartlara uygun kullanımından dolayı tüketicinin üçüncü kişiye ait bir hakkının ihlâl edilmiş olması gerekir⁷³⁰. Örneğin EULA'yla dijital ürünün kullanılması ve bundan faydalanılmasına ilişkin sınırlamalar, subjektif ve objektif şartlara aykırı olduğu ölçüde hukuki ayıba neden olur⁷³¹. Bir yazılım geliştiricinin, dijital ürünün EULA'da belirtilen donanımdan başka bir

⁷²⁴ Yalnızca özel hukuk değil, kamu hukuku kişileri de üçüncü kişi olabilir. **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327g, par. 8.

⁷²⁵ **Rosenkranz**, 2020, EU Digital Law: art. 10, par. 28.

⁷²⁶ Nitekim Direktif, Rec. 53'te ve dijital ürünlere ilişkin BGB'nin gerekçesinde, fikri hak sahiplerinin bundan doğan sınırlamaları örnek mahiyetinde sayılmıştır. **Deutscher Bundestag**, 2021, 19/27653, s. 61.

⁷²⁷ Benzer şekilde, hakkın görünüm biçimleri olarak kabul edilen talepler, itirazlar ve savunmalar da bu kapsamdadır. Yani söz konusu hak, dijital ürünün kullanımını engellediği ya da sınırlandırdığı müddetçe bunun nasıl isimlendirildiği önemli değildir. **Rosenkranz**, 2020, EU Digital Law: art. 10, par. 24, 27.

⁷²⁸ **Rosenkranz**, 2020, EU Digital Law: art. 10, par. 25. Smai haklar içinde yer alan marka, patent ve tasarım haklarının bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışmalıdır. Zira bu hakların temel özelliği, yalnızca ticari eylemlerle ihlâl edilebilmesidir. Dolayısıyla **Metzger**, bunları hukuki ayıp hâlinde dışlamaktadır. **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327g, par. 5.

⁷²⁹ **Rosenkranz**, 2020, EU Digital Law: art. 10, par. 22; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327g, par. 6. Sözleşmeye uygunluk kapsamında, hukuki ayıbın kamu hukuku kaynaklı hakları da kapsadığına ilişkin bkz. § 2.III.B.1..

⁷³⁰ Direktif, Rec. 54.

⁷³¹ Direktif, Rec. 53. Ayrıca bkz. **Geiregat/Steennot**, 2017, s. 145; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327g, par. 12; **Tamm/Tonner**, 2022, blm. §2, par. 143; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327g, par. 10.

donanıyla kullanılmasına izin vermemesi, objektif şartlardan uyumluluğa (*compatibility*) aykırıysa bu durumda bir hukuki ayıp söz konusudur.

Fiilen bir ihlâl gerçekleşmemekle birlikte ihlâl ihtimalinin bulunmasının hukuki ayıba neden olup olmayacağı tartışmalıdır⁷³². Kanaatimizce de isabetli olan bir görüşe göre ihlâl ihtimalinin bulunması sorumluluk için yeterlidir⁷³³. Mesela sağlayıcının dijital ürünün birden fazla cihazda kullanılabilmesini taahhüt etmesine (*sübjektif şart*) rağmen bunun üretici tarafından EULA’da yasaklanmış olması hâlinde, dijital ürün fiilen tek bir cihazda kullanılsa da bir hukuki ayıp vardır. Daha ileriye giden bir başka görüş, üçüncü kişilerin haklarına dayalı iddia ve talepleri mesnetsiz olsa dahi tüketicinin dijital ürünü kullanımına bir müdahale gerçekleştiğinden hakkın ihlâli şartını gerçekleştirmiş sayar. Zira zayıf tarafta yer alan tüketicinin, üçüncü kişinin hakkının bir dayanağı olup olmadığını değerlendiremeyeceği kabul edilir⁷³⁴. Ancak kanaatimizce bu durumda tüketicinin menfaatleri, gereğinden fazla korunurken sağlayıcı, ağır bir hukuki yük altına konulmuş olacaktır. Bunun olumsuz sonucu ise dijital içerik ve hizmetlerin sağlanması konusunda sağlayıcıyı caydırarak (*chilling effect*) inovasyonun engellenmesi riskinin ortaya çıkmasıdır⁷³⁵.

c. İhlâl nedeniyle dijital içerik ve hizmetin kullanımının sınırlandırılması ya da engellenmesi

Sağlayıcının hukuki ayıptan doğan sorumluluğu için üçüncü kişiye ait hakkın ihlâlinin, dijital içerik ve hizmetin (dijital ürün) kullanımında hukuken veya fiilen bir sınırlamaya ya da engellemeye sebebiyet vermesi gerekir⁷³⁶. Yani üçüncü kişiye ait hakkın ihlâliyle sınırlama arasında bir illiyet bağı bulunmalıdır⁷³⁷. Örneğin sağlayıcının sunduğu dizi ve film platformunun mobil cihazlarda çalışabileceğini taahhüt etmesi hâlinde, hak sahibiyle yapılan EULA’da ayrıca bir kod çözücü cihazın (*decoder*) kullanılması gerekliliği öngörülmüşse

⁷³² Faber, 2019, s. 105.

⁷³³ Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327g, par. 9.

⁷³⁴ Rosenkranz, 2020, EU Digital Law: art. 10, par. 32.

⁷³⁵ Ayrıca bkz. Faber, 2019, s. 104.

⁷³⁶ Direktif, Rec. 54. Rosenkranz, 2020, EU Digital Law: art. 10, par. 35; Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327g, par. 13.

⁷³⁷ Rosenkranz, 2020, EU Digital Law: art. 10, par. 40. İlliyet bağının, modern anlayış doğrultusunda uygun olmasının yeterli olduğu kanaatindeyiz.

hukuki ayıp gündeme gelir⁷³⁸. Ancak dijital ürünün teminine ilişkin sözleşmeyle çatışan hükümler ihtiva etse dahi EULA hâlen geçerlidir⁷³⁹. Bu durumda tüketici, hukuki ayıptan doğan sorumluluk hükümlerini hak sahibine değil, sağlayıcıya karşı işletecektir.

Bilgisayar programı üzerinde süresiz bir lisans hakkı olan tüketicinin, bu programı ikinci el olarak başkalarına devretmesinin EULA'yla engellenmesi de hukuki ayıba sebebiyet verir⁷⁴⁰. Normatif düzenlemeler ve içtihatlar çerçevesinde, telif hukukundaki tükenme ilkesi uyarınca tüketicinin, bilgisayar programlarını yeniden satış işlemine konu edebilmesi mümkündür⁷⁴¹. Ayrıca ortalama bir tüketicinin, bilgisayar programının devredilebilirliğine ilişkin makul bir beklentisinin de bulunduğu söylenebilir⁷⁴². Öte yandan tükenme ilkesi, yalnızca mülkiyetin devrine ilişkin olduğundan, programın kullanımının geçici bir süreyle bir başkasına devrinin EULA'yla sınırlanması ise hukuki ayıba neden olmayacaktır⁷⁴³.

Bilgisayar programı haricindeki diğer dijital ürünler açısından tükenme ilkesinin uygulamasının ikili bir ayrım ile incelenmesi gerekir. Maddi vasıta ile sunulan dijital ürünler, tükenme ilkesinin kapsamında yer aldığından bunların yeniden satışının EULA'yla yasaklanması hukuki bir ayıba neden olacaktır. Gayri maddi yollarla temin edilen diğer dijital ürünler ise tükenme ilkesine tabi olmadığından, süresiz bir lisansla tüketiciye devredilse dahi EULA'yla bunların yeniden satışının yasaklanması mümkündür⁷⁴⁴. Örneğin tamamen dijital yollarla sunulan e-kitap, müzik dosyaları ya da filmleri yönünden hak sahibi üretici, lisans anlaşmasıyla bunların üçüncü kişilere devrini yasaklayabilir. Benzer durum, dijital ürünlerin geçici bir süreyle başkalarına devri için de geçerlidir.

⁷³⁸ Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327g, par. 13.

⁷³⁹ Yalnızca EULA'nın yapılmış olmasının bir hukuki ayıba neden olmayacağı da ifade edilmelidir. Rosenkranz, 2020, EU Digital Law: art. 10, par. 45-46.

⁷⁴⁰ Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327g, par. 17; Wendland, 2022, BeckOK/BGB § 327g, par. 4.

⁷⁴¹ Normatif düzenlemelere, UrhG gibi Alman Hukukundaki telif düzenlemeleri; içtihatlarla ise ABAD ve Alman Federal Mahkemesi kararları örnek gösterilebilir. Bkz. 37 ve 98. dipnotlar. Bu hak hem maddi vasıta ile sunulan hem de gayri maddi yollarla temin edilen bilgisayar programları bakımından geçerlidir. Detaylı bilgi için bkz. Kontoğlu, 2020, s. 37 vd.; A. Açıkgöz, 2021, s. 154 vd.; Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327g, par. 17.

⁷⁴² Sein/Spindler, 2019, Part 2, s. 373.

⁷⁴³ Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327g, par. 17.

⁷⁴⁴ Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327g, par. 19. Bu durumun objektif şartları ihlâl edebileceği yönünde bkz. Oprysk/Sein, 2020, s. 619.

III. SÖZLEŞMEYE UYGUNLUĞUN DEĞERLENDİRİLME ZAMANI

Sözleşmeye uygunluğun değerlendirilme zamanı, Direktif ve BGB’de birbirine paralel şekilde düzenlenmiştir. Buna göre uygunluk, ani ve dönemli edimler bakımından kural olarak dijital ürünün tüketiciye sağlandığı andaki duruma göre değerlendirilir (Direktif m. 11/2, par. 1; BGB § 327j/1)⁷⁴⁵. Mesela tüketicinin cihazına e-kitabı indirme anında ya da her ay indirdiği sesli kitaplar bakımından bunların indirildiği anda bir değerlendirme yapılır. Entegrasyona ilişkin şart ise istisnaen entegrasyonun tamamlandığı anda değerlendirilir⁷⁴⁶.

Sürekli edimli akitler bakımından sözleşmeye uygunluk, temin süresi boyunca sürekli olarak değerlendirilir (Direktif m. 11/3, par. 1). Örneğin *Netflix*’in abonelik dönemi boyunca tüketiciye sözleşmeye uygun şekilde sağlanması gerekir⁷⁴⁷. Nitekim sürekli edimle sunulan dijital ürünlerin akit süresi boyunca sözleşmeye uygun olması gerektiği, Direktif’te bir objektif şart olarak ayrıca düzenlenmiştir (Direktif m. 8/4)⁷⁴⁸. Sürekli edimden kastedilen hukuki değil; teknik bir sürekliliktir. Teknik süreklilik ise dijital ürüne erişimi sağlamak amacıyla dijital ürünün temininin tüm sözleşme süresince teknik bir işleme tabi olarak sürdürülmesini ifade eder⁷⁴⁹. Örneğin bulut bilişim hizmeti alınması ya da bir sosyal medya platformuna üyelik hâlinde durum böyledir⁷⁵⁰.

IV. SORUMLULUĞUN SINIRLANDIRILMASI VEYA KALDIRILMASI

Direktif ve BGB hükümlerinin nisbi emredici olması nedeniyle sağlayıcının sorumluluğun sınırlandırılması veya kaldırılmasına ilişkin anlaşmalar, kural olarak tüketiciyi bağlamaz (Direktif m. 22; BGB § 327s). Yani dijital ürünlerin ifa edilmemesine, sözleşmeye uygunluğunun bulunmamasına ve değiştirilmesine (*modification*) ilişkin kanun hükümlerini

⁷⁴⁵ Dijital ürünün temin zamanı, Dijital İçerik Direktifi, m. 5 ile BGB § 327b hükümlerine tabidir. Ayrıca bkz. Direktif, Rec. 41; **Geiregat/Steennot**, 2017, s. 151; **Faber**, 2019, s. 65; **Sein/Spindler**, 2019, Part 2, s. 385; **Gelbrich/Timmermann**, 2021, s. 1255; **Riehm/Abold**, 2021, s. 535; **Kurtulan Güner/Atamer**, 2022, s. 632.

⁷⁴⁶ **Geiregat/Steennot**, 2017, s. 151; **Rosenkranz**, 2020, EU Digital Law: art. 9, par. 57; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327f, par. 63.

⁷⁴⁷ **Carvalho**, 2019, s. 15.

⁷⁴⁸ **Faber**, 2019, s. 77; **Twigg-Flesner**, 2020, s. 26; **Beale**, 2021, s. 101.

⁷⁴⁹ **Zoll**, 2020, EU Digital Law: art. 11, par. 33.

⁷⁵⁰ **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 6.

tüketicinin aleyhine olarak değiştiren anlaşmalar, aksi belirtilmediği sürece tüketici açısından bağlayıcı değildir⁷⁵¹. Tüketicinin lehine olan anlaşmalar ise geçerlidir⁷⁵².

Direktif’te, tüketiciyi bağlamamanın hangi geçersizlik türünü ifade ettiği belirlenmemiş; bu konuda üye ülkelere serbesti tanınmıştır⁷⁵³. Bu hususa ilişkin BGB’de doğrudan bir geçersizlik türü öngörülmemiş, yalnızca sağlayıcının bu anlaşma şartlarına dayanamayacağı belirtilmiştir. Yani tüketici, sorumluluğu sınırlayan veya kaldıran anlaşmayla *ipso iure* olarak bağlı olmayacaktır⁷⁵⁴. Direktif’ten farklı olarak BGB’de, bu yasağı dolanmayı amaçlayan diğer işlemlerin de aynı hukuki sonuca tabi olacağı hükme bağlanmıştır (BGB § 327s/3)⁷⁵⁵.

Sağlayıcının sorumluluğunu sınırlandıran veya kaldıran anlaşmaların tüketiciyi bağlamayacağı kuralı için Direktif ve BGB’de bir istisna öngörülmüştür. Buna göre tüketicinin ifa etmeme veya uygunsuzluk hâlini sağlayıcıya bildirdikten sonra yapılan anlaşmalar geçerlidir (Direktif m. 22/1; BGB § 327s/1)⁷⁵⁶. Benzer durum dijital ürünün değiştirilmesiyle (*modification*) ilgili anlaşmalar bakımından da geçerlidir⁷⁵⁷. Yani bildirim öncesinde yapılan anlaşmalar tüketiciyi bağlamazken, sonrasında yapılanlar, her iki taraf açısından hüküm ve sonuç doğuracaktır. Böylelikle tüketicinin, sözleşmeye aykırılık konusunda bilgi sahibi olduktan sonra sağlayıcıyla müzakere edebilir olduğu kabul edilmiştir⁷⁵⁸.

⁷⁵¹ **Možina**, 2020, EU Digital Law: art. 22, par. 8; **Tamm/Tonner**, 2022, blm. §2, par. 232; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327s, par. 4; **Ring**, 2023, s. 1091. Bu kural hem bireysel müzakereyle oluşturulmuş hükümleri hem de genel işlem koşullarını kapsar. **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327s, par. 1; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327s, par. 10. Tüketicinin Kanun’dan kaynaklanan haklarının hangi şekilde sınırlandığı önemli değildir, her tür sınırlama bu yasağa tabidir. **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327s, par. 6.

⁷⁵² **Možina**, 2020, EU Digital Law: art. 22, par. 3; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327s, par. 1; **Tamm/Tonner**, 2022, blm. §2, par. 232; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327s, par. 7.

⁷⁵³ Yani üye ülkeler; yokluk, butlan veya başka bir yaptırımdan birini tercih edebilecektir. **Možina**, 2020, EU Digital Law: art. 22, par. 11.

⁷⁵⁴ **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327s, par. 7; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327s, par. 8; **Fries**, 2023, BGB § 327s, par. 1.

⁷⁵⁵ **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327s, par. 8; **Tamm/Tonner**, 2022, blm. §2, par. 235; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327s, par. 3.

⁷⁵⁶ **Možina**, 2020, EU Digital Law: art. 22, par. 2; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327s, par. 6; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327s, par. 11. Yapılacak bildirim konusunda herhangi bir şekli şart öngörülmemiştir ancak bildirimin, ifa etmeme, uygunluk eksikliği veya değişikliğe ilişkin olarak gerekli bilgileri içermesi gerekir. **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327s, par. 6; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327s, par. 15.

⁷⁵⁷ Bkz. Direktif m. 22/1; BGB § 327s/2; **Možina**, 2020, EU Digital Law: art. 22, par. 2; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327s, par. 14.

⁷⁵⁸ **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327s, par. 12; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327s, par. 6.

Direktif'ten farklı olarak BGB'de, tazminat hakkına dair sorumluluğu sınırlandıran veya ortadan kaldıran anlaşmalar, tüketicinin bildirimine dayanan istisnai duruma tabi tutulmamıştır. Buna göre tüketicinin tazminat hakkının sınırlandırılmasına veya kaldırılmasına ilişkin anlaşmalar için genel hükümlere başvurulur (BGB § 327s/4)⁷⁵⁹. Dolayısıyla tazminat hakkından feragate dair genel kurallar, dijital ürünlere ilişkin sözleşmelerde de geçerli olacak ve bu sözleşmeler genel işlem şartları denetimine tabi tutulacaktır⁷⁶⁰.

Tarafların, objektif şartları tüketici aleyhine olacak şekilde değiştiren bir anlaşma yapmaları ise sorumluluğun sınırlandırılması veya kaldırılmasından tamamıyla ayrıdır. Bu durumda sübjektif ve objektif şartlar arasındaki ilişkiye dair kurallar uygulanır⁷⁶¹. Yani Direktif m. 22 ve BGB § 327s hükümleri değil, Direktif m. 8/5 ve BGB § 327h hükümleri tatbik edilir. Problem, genel olarak sağlayıcının sorumluluğunu sınırlandıran veya kaldıran anlaşmaların, objektif şartların aksine yapılan anlaşmalardan nasıl ayırt edileceğidir. Bunun için taraflar arasındaki anlaşmanın, doğrudan dijital ürünün kalite ve performansını, “*Bu oyun Xbox cihazlarda çalışmaz*” gibi somut ifade ve özellikler mi yoksa, “*hiçbir oyun kusursuz değildir*” gibi genel ifadeler mi içerdiğine bakılır⁷⁶². Birinci durumda Direktif m. 8/5 ve BGB § 327h hükümleri uygulanacakken; ikinci durumda Direktif m. 22 ve BGB § 327s hükümlerine başvurulacaktır⁷⁶³.

⁷⁵⁹ Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327s, par. 9-10; Tamm/Tonner, 2022, blm. §2, par. 237; Wendland, 2022, BeckOK/BGB § 327s, par. 20.

⁷⁶⁰ Wendland, 2022, BeckOK/BGB § 327s, par. 23.

⁷⁶¹ Bkz. § 4.II.A.3.

⁷⁶² Wendland, 2022, BeckOK/BGB § 327s, par. 25.

⁷⁶³ Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327s, par. 11.

§ 5. SÖZLEŞMEYE UYGUNLUĞUN BULUNMAMASI

I. SÖZLEŞMEYE UYGUNLUĞUN BULUNMAMASININ TESPİTİ

Dijital ürünlere ilişkin Direktif ve BGB hükümlerinde, ifa engelleri yönünden ikili bir ayrıma başvurulmuştur⁷⁶⁴. Buna göre dijital ürünler, ya ifa edilmemiştir (*failure to supply, unterbliebener Bereitstellung*), ya da gerçekleştirilen ifa, sözleşmeye uygun değildir (*lack of conformity, vertragswidrigkeit*)⁷⁶⁵. Anılan iki durum, Direktif ve BGB’de şartları ve sonuçları itibarıyla birbirinden ayrılarak düzenlenmiştir. Sağlayıcının, dijital ürünü sağlama yükümlülüğünü ifa etmemesi hâline bağlanan sonuçlar Direktif m. 13 – BGB § 327c’de, dijital ürünü sözleşmeye uygun şekilde temin etme yükümlülüğünü ihlâl etmesinin sonuçları ise Direktif m. 14 – BGB § 327i’de düzenlenmiştir.

İfa etmeme durumunda, kanunla veya sözleşmeyle belirlenmiş zaman diliminde dijital ürün temin edilmemiştir⁷⁶⁶. Örneğin sağlayıcı, sözleşme konusu *Microsoft Office* yazılımını tüketiciye temin etmemiştir. Buna mukabil sözleşmeye uygunluğun bulunmaması durumunda, bir ifa yapılmış olmakla birlikte bu ifa, objektif ve sübjektif şartlarda öngörülen şartları taşımamaktadır⁷⁶⁷. Mesela sağlayıcının temin ettiği *Office* yazılımı, çeşitli hatalar (*bug*) içermektedir. Teorik olarak ifa etmemeye sözleşmeye uygunluğun bulunmaması arasındaki ayrım net görünse de pratikte bunları ayırmak, her zaman kolay değildir. Zira Direktif hükümleri, ifa etmeme anlamına gelebilecek birçok durumu sözleşmeye uygunluğun bulunmaması kapsamında düzenlemiştir. O hâlde somut olayda hangi hâlin var olduğunu tespit etmek gerekir.

⁷⁶⁴ Rieländer, 2021, Teil I, s. 261; Tamm/Tonner, 2022, blm. 2, par. 83.

⁷⁶⁵ Riehm/Abold, 2018, s. 83; Gündoğdu, 2020, s. 978; Rieländer, 2021, Teil I, s. 261. BGB’nin gerekçesinde, sözleşmeye uygunluğa ilişkin hükümlerin, sağlayıcının dijital ürün temin etme yükümlülüğü dışında yeni bir yükümlülük oluşturmadığı, aksine bu yükümlülüğü müşahhas hâle getirdiği ifade edilmektedir. **Deutscher Bundestag**, 2021, 19/27653, s. 52. Bu yaklaşım, sözleşmeye uygunluğu, ifanın bir parçası olarak gören görüşle de uyumludur. Bkz. § 2.IV.D. Temerrüt hâlinin bu hükümlerde düzenlenmediğine dair görüşler için bkz. **Ciacchi/van Schagen**, 2017, s. 111; **Fries**, 2023, BeckOGK/BGB § 327i, par. 3. *Vertragswidrigkeit* ifadesinin kullanımına ilişkin açıklama için bkz. 5. dipnot.

⁷⁶⁶ **Fervers**, 2020, EU Digital Law: art. 13, par. 15. İmkânsızlık hâlinde BGB § 327c hükmü değil, BGB § 275 hükmü uygulanacaktır. **Deutscher Bundestag**, 2021, 19/27653, s. 50. İmkânsızlığa dair genel hükümlerle BGB § 327c’de düzenlenen ifa etmeme durumu arasındaki ilişki için bkz. **Kesisoglulugil/Lang**, 2023, s. 1011.

⁷⁶⁷ Bkz. § 4.I.

Söz gelişi, sağlayıcının tüketiciye beş farklı yazılımın bulunduğu bir yazılım paketi sunmayı üstlendiği ancak bunlardan yalnızca ikisini temin ettiği durumda sağlayıcı, kalan üç yazılımı ifa etmemiştir. Benzer şekilde, sağlayıcının bir dijital yayın hizmeti sunmayı üstlendiği ancak bunun yerine ilgisiz bir *PDF* dosyası sunduğu örnekte de yine bir ifa etmemenin varlığı göze çarpmaktadır. Bu misaller bakımından bir ifa etmeme hâli varmış gibi görünse de Direktif hükümleri, bu hâlleri açıkça sözleşmeye uygunluk kapsamında değerlendirmektedir⁷⁶⁸. Öyle ki bu misallerde, sağlayıcının ifası, Direktif m. 7 uyarınca subjektif şartlara aykırıdır, yani bir uygunluk eksikliği söz konusudur. Benzer şekilde Direktif, Rec. 51’de sürekli edimli sözleşmelerdeki kesintiler bakımından, Direktif, Rec. 44’te ise sağlayıcının güncelleme sunma yükümlülüğü yönünden oluşacak kesinti ve ifa etmeme hâlleri de açıkça sözleşmeye uygunluğun bulunmaması kapsamında değerlendirilmiştir⁷⁶⁹.

Neticede, ifa etmeme hâlinin sözleşmeye uygunluğun bulunmaması durumundan ayrılmasında, teorik yaklaşımın yanı sıra Direktif ve BGB hükümlerindeki sözleşmeye uygunluk kriterlerine başvurulması elzem görünmektedir. Başka bir deyişle, bir ihlâl durumunun ikili ayırmada nerede yer aldığını tespit edebilmek için bunun sözleşmeye uygunluğa ilişkin hükümlerde düzenlenip düzenlenmediğine bakılacaktır. Düzenlendiyse sözleşmeye uygunluğa dair sonuçlar uygulanacak, aksi hâlde ifa etmeme hükümlerine başvurulacaktır.

II. TÜKETİCİNİN SEÇİMLİK HAKLARI

Sözleşmeye uygunluğun bulunmaması durumunda tüketici, ilgili hükümlerde öngörülen seçimlik hakları için sağlayıcıya başvurabilir. Bunun için sağlayıcının kusuru aranmaz; sözleşmeye uygunluğun bulunmaması, bir kusursuz sorumluluk hâlidir⁷⁷⁰. Direktif’e göre tüketicinin seçimlik hakları; (i) dijital ürünün sözleşmeye uygun hâle getirilmesi (sonraki ifa), (ii) bedelde indirim yapılması ve (iii) sözleşmenin sonlandırılmasıdır (Direktif m. 14/1). Düzenlenişini üye ülkelerin takdirine bırakmış olması⁷⁷¹ sebebiyle Direktif’te yer

⁷⁶⁸ Fervers, 2020, EU Digital Law: art. 13, par. 15.

⁷⁶⁹ Fervers, 2020, EU Digital Law: art. 13, par. 16-17.

⁷⁷⁰ Kurtulan Güner/Atamer, 2022, s. 631.

⁷⁷¹ Direktif m. 3/10 ve Rec. 73; Spindler, 2021, Schwerpunkt 2, s. 528. Bu durum, tazminatın, uyumlaştırılması gereken en önemli alanlardan biri olması nedeniyle eleştirilmektedir. Beale, 2021, s. 109.

verilmeyen tazminat hakkı da BGB’de açıkça tüketicinin başvurabileceği yollar arasında sayılmıştır (BGB § 327i).

Seçimlik haklar, sözleşmeye uygunluk için kümülatif olarak aranan şartlardan birinin sağlanmaması hâlinde gündeme gelir. Esasa ilişkin bu şartların dışında gözden geçirme ve belirli bir sürede bildirimde bulunma külfeti gibi ek şekli şartların yerine getirilmesine ihtiyaç yoktur⁷⁷². Yani sübjektif, objektif veya entegrasyona ilişkin şartların yerine getirilmemesi hâlinde ya da hukuki bir ayıbın bulunması durumunda uygunluk eksikliğinden bahsedilir. Dijital ürünün sözleşmede kararlaştırılan özelliklerle uyumlu olmaması, sözleşmeye uygunluğun devamı için gereken güncellemelerin tüketiciye sağlanmaması bu durumlara örnek teşkil eder. Benzer şekilde, kararlaştırılan dijital üründen tamamen farklı bir dijital ürünün tüketiciye sağlanması veya kararlaştırılan miktardan farklı sayıda dijital ürünün tüketiciye temini hâli de bu kapsamdadır.

Tüketicinin başvurabileceği seçimlik haklar, hiyerarşik bir şekilde düzenlenmiştir⁷⁷³. Tüketici, *favor contractus* ilkesi uyarınca kural olarak öncelikle dijital ürünün sözleşmeye uygun hâle getirilmesini (sonraki ifa) talep etmelidir⁷⁷⁴. Ancak ilgili hükümlerdeki şartlardan birinin gerçekleşmesi hâlinde bedelde indirim veya sözleşmenin sonlandırılması haklarından birine başvurabilir⁷⁷⁵. Tüketici, seçimlik haklarla birlikte tazminat hakkına başvurulabileceği gibi bunlardan bağımsız olarak genel hükümler uyarınca tazminat talebinde bulunabilir. Bu kapsamda sırasıyla, dijital ürünün sözleşmeye uygun hâle getirilmesi, bedelde indirim ve sözleşmeyi sonlandırma hakları ile tazminat talebi incelenmektedir.

A. Dijital İçerik ve Hizmetin Sözleşmeye Uygun Hâle Getirilmesi Hakkı (Sonraki İfa)

Sözleşmeye uygunluğun bulunmaması durumunda tüketici, dijital içerik ve hizmetin sözleşmeye uygun hâle getirilmesini talep etme hakkına sahiptir (Direktif m. 14/2). Bu hak,

⁷⁷² Bir bildirim külfetinin olmadığı Dijital İçerik Direktifi, Rec. 11’de açıkça şöyle ifade edilmiştir: “Üye Devletler, (...) tüketicinin uygunsuzluğu belirli bir süre içerisinde sağlayıcıya bildirme yükümlülüğü öngörmemelidir”. Ayrıca bkz. **Claeys/Vancoillie**, 2017, s. 198; **Geiregat/Steennot**, 2017, s. 155; **Beale**, 2021, s. 98; **Kurtulan Güner/Atamer**, 2022, s. 631. 2019/771 sayılı Direktif’in aksine Dijital İçerik Direktifi’nde, üye ülkelerin böyle bir gereklilik öngörme yolu tamamıyla kapatılmıştır. **Vanherpe**, 2020, s. 270.

⁷⁷³ **Claeys/Vancoillie**, 2017, s. 198; **Carvalho**, 2019, s. 18; **Vanherpe**, 2020, s. 266; **Deutscher Bundestag**, 2021, 19/27653, s. 23; **Riehm/Abold**, 2021, s. 536; **Rieländer**, 2022, Teil II, s. 28; **Ring**, 2023, s. 1093.

⁷⁷⁴ **Hoekstra/Diker-Vanberg**, 2019, s. 11; **Riehm/Abold**, 2021, s. 535; **Zdraveva**, 2021, s. 411; **Rieländer**, 2022, Teil II, s. 29; **Fries**, 2023, BeckOGK/BGB § 327m, par. 7; **Ring**, 2023, s. 1093.

⁷⁷⁵ İlgili sebepler için bkz. § 5.II.B.1.

BGB’de sonraki ifa (*Nacherfüllung*) kavramıyla düzenlenmekle birlikte içerik olarak Direktif’le paraleldir (BGB § 327I)⁷⁷⁶. Hakkın kullanılmasıyla sağlayıcıya dijital ürünün sözleşmeye uygun hâle getirilmesi için ikinci bir fırsat verilmektedir⁷⁷⁷. Uygunluğun tesisini talep hakkı, diğer seçimlik haklardan önce gelen bir seçimlik haktır⁷⁷⁸. Sağlayıcının ilgili hükümlerde öngörülen çeşitli sebeplerle⁷⁷⁹ bunu yerine getirememesi hâlinde tüketici, diğer seçimlik hakları olan bedelde indirim veya sözleşmeyi sonlandırma yollarına başvurabilir.

Dijital ürünün sözleşmeye uygun hâle getirilmesi hakkının kullanılması için tüketicinin uygunluk eksikliğini sağlayıcıya bildirmesi gerekir⁷⁸⁰. Tüketicinin açık bir şekilde uygunluğun tesisini talep etmesine gerek yoktur; yalnızca uygunsuzluğun bildirilmesi yeterlidir⁷⁸¹. Söz konusu bildirim için bir şeklî şart öngörülmemiştir⁷⁸². Bildirim üzerine sağlayıcının, dijital ürünü; makul bir sürede, ücretsiz olarak ve tüketiciye önemli bir rahatsızlık vermeden sözleşmeye uygun hâle getirmesi gerekir (Direktif m. 14/3; BGB § 327I/1)⁷⁸³. Anılan hususlardan birine aykırılığın bulunması durumunda tüketicinin, bedelde indirim veya sözleşmeyi sonlandırma haklarından birini kullanması mümkündür⁷⁸⁴.

Dijital ürünün nasıl sözleşmeye uygun hâle getirileceği sağlayıcının takdirindedir⁷⁸⁵. Sağlayıcı, uygunluğu, dijital ürünü ayıpsız bir benzeriyle değiştirerek yerine getirebileceği gibi mevcut ürüne yeni bir güncelleme sunarak da gerçekleştirebilir⁷⁸⁶. Ayrıca sağlayıcı, bu iki seçenekle sınırlı olmayıp teknik gelişmelere bağlı olarak başka bir yol da tercih edebilir. Örneğin tüketicinin cihazına uzaktan bağlantı kurularak gerekli yapılandırma ayarlarının sağlayıcı eliyle gerçekleştirilmesi de dijital ürünün sözleşmeye uygun hâle getirilmesi

⁷⁷⁶ Bu hakkın BGB’de *sonraki ifa* adıyla düzenlenmesinin sebebi, satış, eser ve hizmet sözleşmelerindeki hükümlerle uyum sağlanmasıdır. **Deutscher Bundestag**, 2021, 19/27653, s. 66.

⁷⁷⁷ **Claeys/Vancoillie**, 2017, s. 200; **Gsell**, 2020, EU Digital Law: art. 14, par. 19; **Vanherpe**, 2020, s. 265; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327I, par. 2.

⁷⁷⁸ **Gsell**, 2020, EU Digital Law: art. 14, par. 3; **Deutscher Bundestag**, 2021, 19/27653, s. 66; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327I, par. 1; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327I, par. 1.

⁷⁷⁹ İlgili sebepler için bkz. § 5.II.B.1.

⁷⁸⁰ **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327I, par. 3.

⁷⁸¹ **Deutscher Bundestag**, 2021, 19/27653, s. 66; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327I, par. 6.

⁷⁸² **Gsell**, 2020, EU Digital Law: art. 14, par. 20; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327I, par. 3.

⁷⁸³ **Carvalho**, 2019, s. 19; **Vanherpe**, 2020, s. 266. Makul süre, ücretsiz olma ve tüketiciye önemli rahatsızlık vermeme şartları, bu seçimlik hak bakımından *üçlü gereklilik* olarak anılmaktadır. **Gsell**, 2020, EU Digital Law: art. 14, par. 48.

⁷⁸⁴ Direktif, Rec. 65.

⁷⁸⁵ **Claeys/Vancoillie**, 2017, s. 200; **Sein/Spindler**, 2019, Part 2, s. 376; **Gsell**, 2020, EU Digital Law: art. 14, par. 20; **Deutscher Bundestag**, 2021, 19/27653, s. 66; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327I, par. 4; **Rieländer**, 2022, Teil II, s. 29; **Ring**, 2023, s. 93.

⁷⁸⁶ Direktif, Rec. 63; **Riehm/Abold**, 2021, s. 535; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327I, par. 7.

anlamına gelir⁷⁸⁷. Direktif ve BGB’de açıkça düzenlenmemekle birlikte sağlayıcının dijital ürünü sözleşmeye uygun hâle getirmemesi hâlinde, varsa sonraki ödemeler yönünden tüketicinin ödemezlik def’ine başvurabileceği kanaatindeyiz⁷⁸⁸.

Makul süre, dijital ürünün sözleşmeye uygun hâle getirilmesi için muhakkak gerekli olan süreyi ifade eder⁷⁸⁹. Her hâlükârda bu süre, uygunluğu bozan sebebin ve bunun hangi yolla aşılacağına tespit edilmesi için gereken zaman dilimini kapsamalıdır⁷⁹⁰. Yaygın olarak internet üzerinden sunulmaları sebebiyle uygunluğu sağlanmış dijital ürünün tüketiciye temini için gerekli süre, makul süre hesabına katılmamalıdır⁷⁹¹. Somut olayın şartları dikkate alınarak belirlenmesi gereken bu süre, yazılımdaki basit bir yapılandırma (*configuration*) ayarının düzeltilmesi için birkaç saatle sınırlı olabileceken özellikle karmaşık dijital ürünler bakımından gün ve haftaları da bulabilir⁷⁹². Sözleşmenin tarafı olan tüketicinin subjektif durumu da makul sürenin tespitinde dikkate alınmalıdır. Örneğin bir tüketici, bir dijital içeriği bir cumartesi gecesi, izinli olduğu bir zamanda kullanmak üzere sipariş etmişse, bu içeriğin pazar günü uygun hâle getirilmesi durumunda makul süre aşılmış olacaktır⁷⁹³. Sözleşmeye uygunluğun tesisi için tarafların kendi aralarında makul süreden daha kısa bir süre kararlaştırmaları mümkündür⁷⁹⁴. Daha uzun bir sürenin kararlaştırılması hâlinde bunun geçerliliği, Direktif m. 22 ila BGB § 327s’teki şartlara tabi olacaktır⁷⁹⁵.

Uygunluğun tesisi için gerekli olan masrafların sağlayıcı tarafından karşılanması gerekir⁷⁹⁶. Başka bir deyişle, uygunluğun tesisi sağlayıcı tarafından ücretsiz bir şekilde yerine getirilmelidir. Mesela tüketici, dijital ürünlerdeki ayıbbı ortadan kaldıracak güncellemenin

⁷⁸⁷ **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327I, par. 8; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327I, par. 4.

⁷⁸⁸ Bu durumda ödemezlik def’ini düzenleyen BGB § 320’ye başvurulabileceğine ilişkin görüş için bkz. **Riehm/Abold**, 2021, s. 536. Ödemezlik def’ine başvurma imkânı, özellikle dönemli ve sürekli edimli sözleşmeler bakımından önemlidir. **Claeys/Vancoillie**, 2017, s. 200-201.

⁷⁸⁹ **Gsell**, 2020, EU Digital Law: art. 14, par. 22.

⁷⁹⁰ **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327I, par. 6.

⁷⁹¹ Ancak dijital ürünü içeren bir maddi vasıtanın (*data carrier*) bulunması hâlinde maddi vasıtanın tüketiciye ulaştırılması için gereken süre, makul süreye dâhil edilebilir. **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327I, par. 6.

⁷⁹² **Claeys/Vancoillie**, 2017, s. 200; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327I, par. 6; **Rieländer**, 2022, Teil II, s. 29; **Fries**, 2023, BeckOGK/BGB § 327I, par. 9.

⁷⁹³ **Gsell**, 2020, EU Digital Law: art. 14, par. 23.

⁷⁹⁴ Direktif, Rec. 64.

⁷⁹⁵ **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327I, par. 13. Şartlar için bkz. § 4.IV.

⁷⁹⁶ **Sein/Spindler**, 2019, Part 2, s. 376; **Gsell**, 2020, EU Digital Law: art. 14, par. 25; **Riehm/Abold**, 2021, s. 535; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327I, par. 5; **Rieländer**, 2022, Teil II, s. 30; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327I, par. 10.

geliştirilmesi için ayrıca bir masrafa katlanmak zorunda olmamalıdır⁷⁹⁷. Ücretsiz olma, tüketici tarafından uygunluk için bir miktar para ödenmesinin yanı sıra tüketicinin gereğinden fazla kişisel verisinin işlenmemesini de kapsar⁷⁹⁸.

Dijital ürünün sözleşmeye uygun hâle getirilmesi amacıyla yapılacak işlemlerde tüketiciye önemli bir rahatsızlık verilmemelidir⁷⁹⁹. Böyle bir rahatsızlığın olup olmadığı, somut olay bazında değerlendirilecek ve bu değerlendirmede dijital ürünün tabiatı ve kullanım amacı dikkate alınacaktır (Direktif m. 14/3)⁸⁰⁰. Örneğin tüketici, uygunluğun tesisi amacıyla kendi dijital ortamındaki yazılım ve donanımlarda ciddi değişiklikler yapmak zorunda kalmışsa, önemli bir rahatsızlığın varlığından söz edilebilir⁸⁰¹. Benzer şekilde tüketicinin dijital üründen çok daha büyük dosyaları indirmek zorunda kalması ya da sürücü dosyalarını yeniden yüklemek zorunda bırakılması hâlinde de rahatsızlığın önemli olduğu söylenebilir⁸⁰².

Dijital ürünün sözleşmeye uygun hâle getirilmesini talep hakkı, uygun hâle getirmenin imkânsız olması veya sağlayıcı için orantısız güçlükler doğurması hâlinde kullanılamaz (Direktif m. 14/2, BGB § 327I/2). Kanaatimizce bir imkânsızlık veya orantısız güçlüğü bulunup bulunmadığının, sözleşmenin tarafı olan sağlayıcı açısından sübjektif olarak değil, objektif bir şekilde değerlendirilmesi gerekir⁸⁰³. Anılan durumlardan birinin varlığı hâlinde,

⁷⁹⁷ Direktif, Rec. 64.

⁷⁹⁸ **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327I, par. 5.

⁷⁹⁹ **Fries**, 2023, BeckOGK/BGB § 327I, par. 10. Tüketicinin herhangi bir rahatsızlık yaşaması değil, önemli bir rahatsızlık yaşaması dikkate alınır. **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327I, par. 9. Direktif m. 14/3'te, 99/44 sayılı Direktif m. 3/3, c. 3 model alınmıştır. Bu nedenle ABAD'ın 99/44 sayılı Direktif'e dair *Füllä* kararındaki yorum, rahatsızlığın önem derecesinin belirlenmesinde dikkate alınır. Buna göre tüketici ile satıcının menfaatleri arasında adil bir denge kurulmalıdır. Örneğin tüketicinin, ayıplı bir malın iadesi için malı paketlemesi ve iade etmesi için yaptığı emek ve masraflar, ortalama bir tüketicinin gözünden kabul edilebilir düzeydeyse önemli bir rahatsızlıktan bahsedilemez. CJEU C-52/18, *Christian Füllä v Toolport GmbH*, par. 40-41.

⁸⁰⁰ AB yasa koyucusu tarafından seçilen *makul*, *ciddi* veya *orantısız* gibi kavramların nasıl yorumlanacağı, büyük ölçüde somut olaya bağlıdır. **Vanherpe**, 2020, s. 266. ABAD'ın *Füllä* kararındaki yorumu dikkate alındığında tüketicinin, sözleşmeye uygun hâle getirilen dijital ürünü cihazına indirmesi veya yeniden kurmasıyla ilgili çabayı üstlenmesi beklenir. **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327I, par. 17.

⁸⁰¹ **Deutscher Bundestag**, 2021, 19/27653, s. 66; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327I, par. 18.

⁸⁰² **Rieländer**, 2022, Teil II, s. 29; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327I, par. 9; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327I, par. 18; **Gsell**, 2020, EU Digital Law: art. 14, par. 29.

⁸⁰³ **Gsell**, 2020, EU Digital Law: art. 14, par. 39; **Fries**, 2023, BeckOGK/BGB § 327I, par. 12. Hem sübjektif hem de objektif imkânsızlık hallerinde bu hakkın kullanılamayacağı yönündeki görüş için bkz. **Riehm/Abold**, 2021, s. 536; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327I, par. 23.

tüketicinin doğrudan bedelde indirim veya sözleşmeyi sonlandırma hakkına başvurması mümkündür⁸⁰⁴.

İlk olarak uygunluğun tesisi, hukuken veya fiilen imkânsızsa sözleşmeye uygun hâle getirilmesini talep hakkı kullanılamaz⁸⁰⁵. Mesela tüketici, pazar akşamı canlı olarak yayınlanan bir programı ya da bir futbol maçını dijital bir platformdan izlemek üzere sipariş etmesine rağmen o yayın, tüketiciye sözleşmede kararlaştırılan 1080p kalitenin aksine 360p kalitede sunulmuşsa, kalitenin telafisi mümkün olsa dahi zamanın telafisi mümkün olmayacağından fiili bir imkânsızlık söz konusudur. Dijital ürün üzerinde hukuki bir ayıp bulunması durumunda, üçüncü kişinin hakkından kaynaklanan sınırlamanın, sonraki ifa yoluyla giderilmesi genellikle hukuken mümkün değildir. Zira sağlayıcının, üçüncü kişiyle sözleşme ilişkisi içinde olmadığı sürece onu tüketiciye karşı, haklarını kullanmaması konusunda zorlaması mümkün değildir⁸⁰⁶. Dolayısıyla hukuki ayıbın, aynen ifa talebini genellikle imkânsız kıldığı söylenebilir.

İkinci durum, dijital ürünün sözleşmeye uygun hâle getirilmesinin, sağlayıcı için orantısız bir güçlüğe sebep olmasıdır. Bu durumda sağlayıcı, dijital ürünün sözleşmeye uygun hâle getirilmesi talebini reddedebilir⁸⁰⁷. Orantısız güçlüğün tespitinde, ayıpsız durumdaki dijital ürünün değeri ile uygunsuzluk hâlinin önem derecesi dikkate alınacaktır (Direktif m. 14/2, BGB § 327I/2). Örneğin uygunluğun tesisine ilişkin maliyetin, ayıpsız hâldeki dijital ürünün maliyetini aşması durumunda bir orantısızlıktan söz edilebilir⁸⁰⁸. Sağlayıcının, dijital ürünün hangi yöntemle sözleşmeye uygun hâle getirileceğini seçme hakkı bulunduğundan seçilebilecek tüm yollar bakımından bir orantısızlık aranır⁸⁰⁹.

⁸⁰⁴ Direktif, Rec. 65.

⁸⁰⁵ Direktif, Rec. 65. Ayrıca bkz. **Gsell**, 2020, EU Digital Law: art. 14, par. 31; **Deutscher Bundestag**, 2021, 19/27653, s. 67; **Rieländer**, 2022, Teil II, s. 30; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327I, par. 21. Bu bakımdan başlangıçta bir imkânsızlığın bulunması ile bu durumun sonradan ortaya çıkması arasında bir fark yoktur. **Gsell**, 2020, EU Digital Law: art. 14, par. 32; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327I, par. 10.

⁸⁰⁶ **Rosenkranz**, 2020, EU Digital Law: art. 10, par. 59; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327g, par. 9.

⁸⁰⁷ **Gsell**, 2020, EU Digital Law: art. 14, par. 45; **Rieländer**, 2022, Teil II, s. 31.

⁸⁰⁸ **Sein/Spindler**, 2019, Part 2, s. 376; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327I, par. 12; **Gsell**, 2020, EU Digital Law: art. 14, par. 39.

⁸⁰⁹ **Deutscher Bundestag**, 2021, 19/27653, s. 67; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327I, par. 12.

B. Bedelde İndirim Hakkı ve Sözleşmeyi Sonlandırma Hakkı

Sözleşmeye uygunluğun bulunmaması hâlinde tüketici, ikinci seviye haklardan bedelde indirim veya sözleşmeyi sonlandırma haklarından birine başvurabilir. Söz konusu hakların ikinci seviye olarak adlandırılmasının sebebi, ancak ilk seviyede yer alan, dijital ürünün sözleşmeye uygun hâle getirilmesi hakkının sonuç vermemesi veya kullanılamaması hâlinde gündeme gelmesidir⁸¹⁰.

Direktif'te her iki hak bakımından öngörülmüş bazı ön şartlar bulunmaktadır. Tüketici, ikinci seviye seçimlik haklarını ancak bu durumlardan birinin varlığı hâlinde kullanabilir. Söz konusu durumları düzenleyen BGB § 327m hükmünde, yalnızca sözleşmeyi sonlandırma ve tazminat hakkına yer verilmiştir. Ancak bedelde indirim hakkını düzenleyen § 327n hükmünde § 327m'ye atıf yapılmış olması, Direktif'teki sonucun BGB bakımından da geçerli olduğunu göstermektedir⁸¹¹. Başka bir deyişle, Direktif'te olduğu gibi BGB'de de hem sözleşmeyi sonlandırma hem bedelde indirim bakımından ortak ön şartlar bulunmaktadır⁸¹².

1. Ortak ön şartlar

Hem bedelde indirim hakkı hem de sözleşmeyi sonlandırma hakkı bakımından gündeme gelebilecek ve birbirinin alternatifi niteliğinde beş durum düzenlenmiştir (Direktif m. 14/4; BGB § 327m/1)⁸¹³. Bu durumlar kendi içerisinde, tüketicinin makul bir süre beklemesi gereken hâller ile bu hakları derhal kullanabileceği durumlar şeklinde ikiye ayrılarak incelenebilir. İlk kategoride, (i) sağlayıcının, tüketicinin talebine rağmen dijital ürünü sözleşmeye uygun hâle getirmemiş olması ile (ii) sağlayıcının çabasına rağmen dijital ürünün sözleşmeye uygun hâle getirilememiş olması yer almaktadır. Bu durumlarda tüketicinin ikinci seviye seçimlik haklarından faydalanması için makul bir süre beklemesi gerekir.

⁸¹⁰ **Claeys/Vancoillie**, 2017, s. 201; **Gsell**, 2020, EU Digital Law: art. 14, par. 43.

⁸¹¹ İlgili durumlar BGB § 327m/1'de sözleşmeyi sonlandırma ve tazminat hakkı için düzenlenmiş; bedelde indirim hakkını düzenleyen § 327n/1'de de bu hükme atıf yapılmıştır. **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327n, par. 1.

⁸¹² **Deutscher Bundestag**, 2021, 19/27653, s. 67; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327n, par. 3; 2022, MüKo/BGB § 327m, par. 2.

⁸¹³ **Zdraveva**, 2021, s. 414; **Rieländer**, 2022, Teil II, s. 32; **Gsell**, 2020, EU Digital Law: art. 14, par. 44; **Riehm/Abold**, 2021, s. 536.

İkinci kategoride ise (iii) dijital ürünün sözleşmeye uygun hâle getirilmesinin imkânsız olması veya sağlayıcı için orantısız güçlükler doğurması, (iv) sözleşmeye uygunluğun bulunmamasının, bedelde indirim veya sözleşmeyi sonlandırma haklarının derhal kullanılmasını haklı kılacak derecede önemli olması ve (v) sağlayıcının dijital ürünü sözleşmeye uygun hâle getirmeyeceğini beyan etmiş olması veya somut olayın şartlarından sağlayıcının dijital ürünü makul bir süre içinde veya tüketiciye önemli rahatsızlık vermeden sözleşmeye uygun hâle getirmeyeceğinin anlaşılması durumları yer almaktadır. Bu hâllerde tüketicilerin ikinci seviye hakları makul bir süre beklemeden kullanmasında, haklı menfaatleri olduğu kabul edilmiş ve tüketicilere bu hakları derhal kullanma imkânı tanınmıştır⁸¹⁴.

İlk durum, tüketicinin talebine rağmen sağlayıcının dijital ürünü makul bir süre içinde, ücretsiz olarak ve tüketiciye önemli rahatsızlık vermeden sözleşmeye uygun hâle getirmemiş olmasıdır (Direktif m. 14/4/b; BGB § 327m/1/2). Makul süre, ücretsiz olma ve tüketiciye önemli rahatsızlık vermeme unsurları kümülatif olup bunlardan birindeki eksiklik tüketiciye, ikinci seviye seçimsel haklarını kullanma hakkı verir⁸¹⁵. Bu durumda tüketici, ikincil seviye haklarını, yani bedelde indirim veya sözleşmeyi sonlandırma haklarını kullanabilir. Örneğin sağlayıcı, makul bir süre geçmesine rağmen dijital ürünü sözleşmeye uygun hâle getirmemişse bu haklar kullanılabilir⁸¹⁶.

İkinci hâlde sağlayıcı, çabalamasına rağmen dijital ürünü, sözleşmeye uygun hâle getirememiştir (Direktif m. 14/4/c; BGB § 327m/1/3). İlkinden farklı olarak burada sağlayıcı, dijital ürünü makul süre içinde, ücretsiz olarak ve tüketiciye önemli bir rahatsızlık vermeden sözleşmeye uygun hâle getirmek için girişimde bulunmuş ancak başarılı olamamıştır⁸¹⁷. Mesela sağlayıcının bir güncelleme yayınlamasına rağmen bu güncellemenin ayıbı gidermekte başarısız olması durumunda tüketici artık ikincil seviye seçim haklarını kullanabilir. Zira artık tüketicinin, sağlayıcının ifayı gerçekleştirmesine ilişkin güveni sarsılmıştır⁸¹⁸.

⁸¹⁴ **Gsell**, 2020, EU Digital Law: art. 14, par. 44.

⁸¹⁵ **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327m, par. 4; **Rieländer**, 2022, Teil II, s. 32.

⁸¹⁶ **Gsell**, 2020, EU Digital Law: art. 14, par. 49; **Rieländer**, 2022, Teil II, s. 32.

⁸¹⁷ **Gsell**, 2020, EU Digital Law: art. 14, par. 52; **Spindler**, 2021, Schwerpunkt 2, s. 529; **Rieländer**, 2022, Teil II, s. 32; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327m, par. 16; **Fries**, 2023, BeckOGK/BGB § 327m, par. 10.

⁸¹⁸ **Deutscher Bundestag**, 2021, 19/27653, s. 68; **Rieländer**, 2022, Teil II, s. 32.

Üçüncü durumda sağlayıcının dijital ürünü sözleşmeye uygun hâle getirmesi imkânsızdır veya uygunluğun tesisi sağlayıcı açısından orantısız güçlükler doğuracaktır (Direktif m. 14/4/a; BGB § 327m/1/1). Böyle bir durumda tüketicinin ikinci seviye hakları kullanmak için bir süre beklemesine ihtiyaç bulunmamaktadır. Tüketicinin, imkânsızlık veya orantısız güçlük hâline dair sağlayıcıdan bir bildirim beklemesine de gerek yoktur⁸¹⁹. Zira yukarıda açıklandığı üzere bu iki durum, birinci seviye seçimlik hak olan dijital ürünün sözleşmeye uygun hâle getirilmesinden istisna tutulmuştur⁸²⁰.

Dördüncü hâlde, sözleşmeye uygunluğun bulunmaması, bedelde indirim veya sözleşmeyi sonlandırma haklarının derhal kullanılmasını haklı kılacak derecede önemlidir (Direktif m. 14/4/d; BGB § 327m/1/4). Bir ayıp hâlinin, derhal kullanımı haklı kılacak derecede önemli olup olmadığının tespitinde, somut olaydaki tüketici ve sağlayıcının çatışan menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulması gerekir⁸²¹. Mesela tüketiciye sunulan anti-virüs yazılımının virüslü çıkması durumunun, hakların derhal kullanılmasını haklı kılacak derecede önemli olduğu kabul edilebilir⁸²². Bu durumda tüketicinin, sağlayıcının dijital ürünü sözleşmeye uygun hâle getirme imkânına güvenmesi beklenmez. Dolayısıyla tüketici, doğrudan ikinci seviye seçimlik haklara başvurabilir.

Her iki seçimlik hakkı da ilgilendiren son durum, sağlayıcının dijital ürünü sözleşmeye uygun hâle getirmeyeceğini beyan etmiş olması veya somut olayın şartlarından sağlayıcının dijital ürünü, makul bir süre içinde veya tüketiciye önemli bir rahatsızlık vermeden sözleşmeye uygun hâle getirmeyeceğinin anlaşılmasını kapsar (Direktif m. 14/4/e; BGB § 327m/1/5 ve § 327m/1/6). Sağlayıcının dijital ürünü sözleşmeye uygun hâle getirmeyeceğini beyan etmiş olması, yani sonraki ifayı reddetmesi hâlinde tüketiciyi bunun için bekletmek makul olmayacağından bu durumda tüketiciye diğer seçimlik hakları kullanma imkânı tanınmıştır⁸²³. Sağlayıcının sonraki ifayı doğrudan reddetmesinin yanı sıra, bunu makul bir süre içinde yapmayacağını ya da tüketiciye önemli bir rahatsızlık vererek gerçekleştireceğini

⁸¹⁹ **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327m, par. 3.

⁸²⁰ Bkz. § 5.II.A.

⁸²¹ **Deutscher Bundestag**, 2021, 19/27653, s. 68; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327m, par. 19. Uygunluk eksikliğinin önemli olması, CISG'daki esaslı ihlâl kavramıyla benzeşmektedir. **Gsell**, 2020, EU Digital Law: art. 14, par. 55.

⁸²² Direktif, Rec. 65. Örneğin tüketicinin *Kaspersky* anti-virüs yazılımını satın aldıktan sonra bu yazılımın Rus istihbarat örgütleri için casusluk yaptığını öğrenmesi durumunda (*spyware*), tüketicinin sağlayıcıya olan güveni kaybolmuştur. **Sein/Spindler**, 2019, Part 2, s. 377.

⁸²³ **Rieländer**, 2022, Teil II, s. 33; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327m, par. 7; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327l, par. 27; **Ring**, 2023, s. 1094.

beyan etmesi de bu kapsamda değerlendirilir⁸²⁴. Somut olayın şartlarından sağlayıcının dijital ürünü sözleşmeye uygun hâle getirmeyeceğinin anlaşılması, henüz gerçekleşmemiş ancak ileride gerçekleşebilecek bir hususa işaret eder⁸²⁵. Hükümün uygulama alanı bulabilmesi için sözleşmeye uygunluğun bulunmaması hâlinin devam edeceğinin muhtemel olması gerekir. Dolayısıyla yalnızca somut olaydaki tüketicinin gözlemleri değil; makul, orta zekâlı ve dürüst bir kimsenin perspektifi esas alınır⁸²⁶.

2. Bedelde indirim hakkı

Tüketici, sağlayıcıya bir bildirimde bulunarak dijital ürün bedelinin ayıpla orantılı olarak indirilmesini talep edebilir (Direktif m. 14/5; BGB § 327n). Bedelde indirim hakkının kullanılabilmesi için ayıbın önemli olması şart değildir (BGB § 327n/1)⁸²⁷. Bu hak, tabiatı gereği, dijital ürün karşılığında tüketicinin ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmelerde gündeme gelir⁸²⁸. Yani tüketicinin kişisel veri sağlamayı üstlendiği sözleşmelerde bu hakkın kullanılması mümkün değildir. Örneğin tüketicinin yeme alışkanlıklarına ilişkin kişisel verileri karşılığında edindiği vücut geliştirmeye yönelik mobil uygulamada bir ayıp gündeme gelirse, tüketicinin bedelde indirim hakkını kullanması mümkün değildir. Buna karşılık karşı edim olarak hem ücret hem de kişisel verinin kararlaştırıldığı sözleşmelerde bu hak kullanılabilir⁸²⁹.

Tüketicinin, hakkın kullanımı için sağlayıcıya bir bildirimde bulunmasının gerekip gerekmediği, Direktif'te açıkça öngörülmemiştir⁸³⁰. Ancak yenilik doğuran bir hak olması nedeniyle re'sen uygulama mümkün olmayacağından, tüketicinin, hakkın kullanımına dair beyanda bulunması şarttır. Nitekim BGB'de, tüketicinin bedelde indirim hakkını

⁸²⁴ Sağlayıcının, ayıbın sebebini araştıracağını bildirmesi, sonraki ifayı reddettiği şeklinde yorumlanmamalıdır. **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327m, par. 7.

⁸²⁵ **Fries**, 2023, BeckOGK/BGB § 327m, par. 13.

⁸²⁶ **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327m, par. 8.

⁸²⁷ **Deutscher Bundestag**, 2021, 19/27653, s. 70; **Riehm/Abold**, 2021, s. 537; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327n, par. 2; **Rieländer**, 2022, Teil II, s. 36; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327n, par. 5; **Fries**, 2023, BeckOGK/BGB § 327n, par. 4. Buna karşılık ayıbın çok önemsiz olduğu durumlarda, indirim talebinin reddedilmesi gerektiğine ilişkin olarak bkz. **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327n, par. 5.

⁸²⁸ **Sein/Spindler**, 2019, Part 2, s. 376; **Gsell**, 2020, EU Digital Law: art. 14, par. 59; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327n, par. 1; **Rieländer**, 2022, Teil II, s. 36; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327n, par. 4; **Ring**, 2023, s. 1095. Dijital ürünlere ilişkin hükümlerde ücretin ne anlama geldiği hakkında bilgi için bkz. § 3.II.A.

⁸²⁹ **Deutscher Bundestag**, 2021, 19/27653, s. 70; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327n, par. 2; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327n, par. 4. Ayrıca bkz. Direktif, Rec. 67.

⁸³⁰ **Gsell**, 2020, EU Digital Law: art. 14, par. 64.

kullandığına ilişkin beyanını, sağlayıcıya yöneltmesi gerektiği düzenlenmiştir (BGB § 327n/1)⁸³¹. Bedelde indirim beyanı hakkında herhangi bir şeklî şart öngörülmemiş olup bu beyan, çevrimiçi veya çevrimdışı ortamda yazılı ya da sözlü olarak gerçekleştirilebilir⁸³².

Bedelde indirimin nasıl yapılacağı konusunda iki aşamalı bir yol izlenir. İlk aşamada dijital ürünün ayıplı değeriyle temini anındaki ayıpsız değeri arasındaki oran tespit edilir⁸³³. İkinci aşamadaysa, bu oran üzerinden ne kadar indirim yapılacağı belirlenir (Direktif m. 14/5; BGB § 327n/2)⁸³⁴. Tarafların sözleşme ücretini 80 avro olarak kararlaştırdığı bir durumda, sözleşmeye konu dijital ürünün piyasa bedeli 100 avro ise ve bu bedel ayıptan ötürü 50 avroya düşmüşse, ürünün değerinde yüzde ellilik bir değer kaybı söz konusu olur. Dolayısıyla tarafların anlaştığı miktardan yüzde elli oranında, yani 40 avroluk, bir indirim yapılması gerekir⁸³⁵.

Ani ve dönemli edimler bakımından mesela yıllar sonra sunulmayan bir güncellemeden hareketle indirilecek bedelin nasıl hesaplanacağı tartışmalıdır⁸³⁶. Ancak bu örnek yönünden tüketicinin bedelde indirim hakkına başvurusunun muhtemel olmadığını düşünüyoruz. Öyle ki tüketicinin, seçimlik haklar arasındaki hiyerarşi gereği önce dijital ürünün sözleşmeye uygun hâle getirilmesi hakkını kullanması gerekir. Tüketici, yalnızca yukarıda sayılan ön şartlardan birinin varlığı hâlinde bedelde indirim yoluna başvurabilecektir⁸³⁷. Bu durumda indirim, kanaatimizce Alman Hukuku yönünden BGB § 327n/3'te yer alan kıymet takdiri (*Schätzung*) yoluyla hesaplanabilir.

Sürekli edimli sözleşme ilişkilerinde, ayıbın bulunduğu zaman dilimi bakımından ayrıca bir oranlamanın da yapılması gerekir (Direktif m. 14/5; BGB § 327n/2). Örneğin 100 avro karşılığında 10 aylık dizi ve film izleme hizmetinin alındığı bir durumda, tespit edilen yüzde

⁸³¹ Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327n, par. 6; Rieländer, 2022, Teil II, s. 36; Wendland, 2022, BeckOK/BGB § 327n, par. 6; Ring, 2023, s. 1095.

⁸³² Gsell, 2020, EU Digital Law: art. 14, par. 64.

⁸³³ Sein/Spindler, 2019, Part 2, s. 376-377; Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327n, par. 8; Wendland, 2022, BeckOK/BGB § 327n, par. 7; Spindler, 2021, Schwerpunkt 2, s. 529; Gsell, 2020, EU Digital Law: art. 14, par. 61. Dijital ürünün ayıplı ve ayıpsız değerlerinin belirlenmesinde objektif standartlara göre hareket edilir. Bunların belirlenmesinde genellikle güçlüklerle karşılaşıldığı için Direktif'ten farklı olarak BGB'de kıymet takdirine (*Schätzung*) başvurulması gerektiği düzenlenmiştir (BGB § 327n/3). Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327n, par. 11, 13; Wendland, 2022, BeckOK/BGB § 327n, par. 10.

⁸³⁴ Deutscher Bundestag, 2021, 19/27653, s. 70; Riehm/Abold, 2021, s. 537; Rieländer, 2022, Teil II, s. 36; Fries, 2023, BeckOGK/BGB § 327n, par. 5; Ring, 2023, s. 1095.

⁸³⁵ Gsell, 2020, EU Digital Law: art. 14, par. 61; Fries, 2023, BeckOGK/BGB § 327n, par. 5.1.

⁸³⁶ Riehm/Abold, 2021, s. 539.

⁸³⁷ Bkz. § 5.II.B.1.

ellilik ayıp 1 ay sürmüşse, bu durumda indirim miktarı 5 avro olacaktır. Dönemli bir edimin bulunması hâlinde indirim, her bir münferit dijital ürün bakımından orantılı olarak hesaplanmalıdır⁸³⁸. Hesaplama yönteminden hareketle bedelde indirim hakkının, tüketicinin zararlarını tazmin etmeyi değil, yalnızca sözleşmedeki ayıp nedeniyle bozulan menfaat dengesinin yeniden tesisini amaçladığı ifade edilmektedir⁸³⁹.

Hesaplama neticesinde ortaya çıkan indirim miktarının sağlayıcı tarafından tüketiciye iade edilmesi gerekir⁸⁴⁰. Söz konusu miktar, bedelde indirim beyanının sağlayıcıya ulaşmasının ardından gecikmeksizin ve en geç 14 gün içinde tüketiciye iade edilmelidir (Direktif m. 18; BGB § 327n/4). Başka bir deyişle, tüketicinin iade için ayrıca bir bildirimde bulunmasına ihtiyaç yoktur. Taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece iadenin, tüketicinin ödeme yaptığı kanaldan yapılması gerekir⁸⁴¹. Sağlayıcının başka bir ödeme kanalı tercih etmesi durumunda, bundan kaynaklı bir masrafın tüketiciye yükletilmesi veya ondan tazmin edilmesi mümkün değildir.

Bedelde indirim hakkının kullanılmasıyla birlikte tüketici, artık ne dijital ürünün sözleşmeye uygun hâle getirilmesini bekleyebilir, ne de diğer seçimlik hakları olan sözleşmeyi sonlandırma ve tazminat talep etme haklarına başvurabilir⁸⁴². İstisnaen tüketici, sözleşmeye uygun olmayan dijital ürünü bir *kısmi ifa* olarak kabul edip kalan kısım bakımından ifa yerine tazminat talebinde bulunabilir (*kleiner Schadensersatz*)⁸⁴³. Bu durumda indirilen bedelin, tazminat miktarından düşülmesi gerekir⁸⁴⁴. Öte yandan ifaya eklenen zararların tazmini ise BGB § 327i/3 uyarınca her zaman mümkündür⁸⁴⁵.

3. Sözleşmeyi sonlandırma hakkı

Tüketici, sağlayıcıya bir bildirimde bulunarak sözleşmeyi sonlandırabilir (Direktif m. 14/6; BGB § 327m). Anı, dönemli ve sürekli edimlerin tamamı bakımından uygulama alanı bulan sözleşmeyi sonlandırma hakkı (*Termination, Vertragsbeendigung*), dönme (*Rücktritt*) ile

⁸³⁸ Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327n, par. 12.

⁸³⁹ Gsell, 2020, EU Digital Law: art. 14, par. 61.

⁸⁴⁰ Gsell, 2020, EU Digital Law: art. 14, par. 65; Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327n, par. 16.

⁸⁴¹ Wendland, 2022, BeckOK/BGB § 327n, par. 13; Fries, 2023, BeckOGK/BGB § 327n, par. 7.

⁸⁴² Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327n, par. 15.

⁸⁴³ *Kleinen Schadensersatz* ile *großen Schadensersatz* arasındaki fark için bkz. § 5.II.C.

⁸⁴⁴ Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327n, par. 15.

⁸⁴⁵ Bilgi için bkz. § 5.II.C.

sözleşmenin feshini (*Kündigung*) kapsamaktadır⁸⁴⁶. Bedelde indirim hakkının aksine bu hak, dijital ürün karşılığında hem ücret hem de kişisel verinin kararlaştırıldığı sözleşmelerde kullanılabilir⁸⁴⁷.

Sözleşmeyi sonlandırma hakkına başvurulabilmesi için kural olarak uygunsuzluğun önemli olması şarttır⁸⁴⁸. Katıldığımız bir görüşe göre bu şartın, Viyana Satım Antlaşması'ndaki "*esashi ihlâl*"de olduğu kadar katı yorumlanmaması gerekir⁸⁴⁹. Tüketicinin ediminin yalnızca kişisel veri sağlama olduğu sözleşmelerde ise istisnaen önemli olma şartı aranmamaktadır (BGB § 327m/2; Direktif, Rec. 67)⁸⁵⁰. Yani yalnızca ücretin kararlaştırıldığı sözleşmelerde, sözleşmeye uygunluğun bulunmamasının önemli olması, bir şart olarak aranırken, sadece kişisel veri temininin kararlaştırıldığı akdi ilişkilerde böyle bir şart aranmamaktadır. Tüketicinin kişisel veri sağlamayı üstlenmesine ilaveten bir miktar ücret ödemeyi de taahhüt ettiği durumda, seçimlik hakkın kullanımı için yine uygunsuzluğun önemli olması gerekir⁸⁵¹. Sağlayıcı, tüketicinin sözleşmeyi sonlandırma hakkını kullanmasını engellemek istiyorsa, ayıbın önemli olmadığını ispat etmek zorundadır (Direktif m. 14/6). Örneğin sağlayıcının, *Dropbox*'ın ücretli sürümüne, ayda iki kez birkaç saatliğine erişememenin, önemsiz bir ihlâl olduğunu kanıtlaması gerekir⁸⁵².

Uygunluk eksikliğinin önemli olup olmadığının tespitinde sözleşmenin amacı, hükümleri ve süresi dikkate alınır⁸⁵³. Mesela tüketici, dijital ürünlerdeki bir özelliğin kendisi için elzem olduğunu belirtmesine rağmen bu özellik temin edilmemişse, önemlilik şartının gerçekleştiği

⁸⁴⁶ **Gsell**, 2020, EU Digital Law: art. 14, par. 66; **Deutscher Bundestag**, 2021, 19/27653, s. 67; **Spindler**, 2021, Schwerpunkt 2, s. 528; **Rieländer**, 2022, Teil II, s. 31; **Tekelioğlu**, 2022, s. 299; **Fries**, 2023, BeckOGK/BGB § 327m, par. 2; **Ring**, 2023, s. 1094.

⁸⁴⁷ **Deutscher Bundestag**, 2021, 19/27653, s. 70; **Riehm/Abold**, 2021, s. 536; **Rieländer**, 2022, Teil II, s. 33.

⁸⁴⁸ **Gsell**, 2020, EU Digital Law: art. 14, par. 67; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327m, par. 9; **Rieländer**, 2022, Teil II, s. 33; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327m, par. 6.

⁸⁴⁹ **Gsell**, 2020, EU Digital Law: art. 14, par. 68.

⁸⁵⁰ **Sein/Spindler**, 2019, Part 2, s. 378; **Vanherpe**, 2020, s. 269; **Riehm/Abold**, 2021, s. 536; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327m, par. 7; **Fries**, 2023, BeckOGK/BGB § 327m, par. 6. Yukarıda açıklandığı üzere bu durumda bedelde indirim hakkının kullanılması da mümkün olmadığından (bkz. § 5.II.B.2), makul olan önemlilik şartının bu hâl için aranmamasıdır. **Gsell**, 2020, EU Digital Law: art. 14, par. 67; **Rieländer**, 2022, Teil II, s. 33. Ayrıca bkz. Direktif, Rec. 67.

⁸⁵¹ **Deutscher Bundestag**, 2021, 19/27653, s. 69; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327m, par. 9; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327m, par. 7. Karşıt görüş için bkz. **Rieländer**, 2022, Teil II, s. 33.

⁸⁵² **Sein/Spindler**, 2019, Part 2, s. 378.

⁸⁵³ **Gsell**, 2020, EU Digital Law: art. 14, par. 69; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327m, par. 10; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327m, par. 8. Önemliliğin tespitinde hangi kriterlere başvurulacağı Direktif ve BGB'de düzenlenmemiştir. Alman Hukuku bakımından BGB § 327m'nin BGB § 323'e dayanması nedeniyle bu hükümde yer alan kriterlerin BGB § 327m bakımından geçerli olduğu hakkındaki görüş için bkz. **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327m, par. 10.

kabul edilebilir. Ancak bu, tüketicinin sağlayıcıya belirtmediği özelliklerdeki ayıbın önemli olmadığı sonucunu doğurmaz⁸⁵⁴. Başka bir deyişle, tüketici tarafından sağlayıcıya bildirilmese dahi bir eksikliğin bulunması, somut olayın şartları dikkate alındığında önemli bir uygunsuzluk hâli olarak kabul edilebilir. Bundan başka sürekli edimli sözleşmeler bakımından ayıbın kısa süreli olup olmadığı, sağlayıcının dijital ürünlerdeki ayıbı gizleyip gizlemediği gibi hususlar da önemliliğin tespitinde dikkate alınmalıdır⁸⁵⁵.

Yenilik doğuran bir hak olması itibarıyla, tüketicinin tek taraflı irade beyanı, sözleşmeyi sonlandırmak için gerekli ve yeterlidir (Direktif m. 15; BGB § 327o/1)⁸⁵⁶. Sözleşmeyi sonlandırmaya ilişkin beyan hakkında Direktif'te herhangi bir şekli şart öngörülmemiş olup bu beyan, hazırlar veya hazır olmayanlar arasında yazılı ya da sözlü olarak yapılabilir⁸⁵⁷. Söz konusu irade beyanı, muhatabı olan sağlayıcıya varmasıyla birlikte sağlayıcı ve tüketici yönünden hüküm ve sonuçlarını doğurur⁸⁵⁸.

a. Sağlayıcı bakımından doğurduğu sonuçlar

Sözleşmenin sonlanmasıyla birlikte sağlayıcının dijital ürünü tüketiciye sağlama yükümlülüğü ortadan kalktığından, buna ilişkin bir ücret talep etme hakkı da son bulur (BGB § 327o/2). Yani artık tüketiciye, dijital ürüne ilişkin bir ücret ödeme yükümlülüğü getirilmemelidir⁸⁵⁹. Sağlayıcı, sözleşmenin sonlandırılmasıyla birlikte tüketicinin ödediği tüm ücretleri de ona iadeyle yükümlüdür (Direktif m. 16/1, par. 1; BGB § 327o/2)⁸⁶⁰. Geniş şekilde yorumlanması gereken⁸⁶¹ tüm ücretlerin kapsamında tüketicinin peşinen ödediği

⁸⁵⁴ **Gsell**, 2020, EU Digital Law: art. 14, par. 69.

⁸⁵⁵ BGB açısından önemliliğin tespitinde başvurulacak kriterler hakkında detaylı bilgi için bkz. **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327m, par. 10.

⁸⁵⁶ **Claeys/Vancoillie**, 2017, s. 202; **Sein/Spindler**, 2019, Part 2, s. 379; **Gsell**, 2020, EU Digital Law: art. 14, par. 71; **Spindler**, 2021, Schwerpunkt 2, s. 529; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327o, par. 5. İrade beyanının, sözleşmenin kurulma aşamasında sağlayıcının Tüketici Hakları Direktifi uyarınca tüketiciyi bilgilendirdiği kanal üzerinden yapılması gerektiği hakkındaki görüş için bkz. **Twigg-Flesner**, 2020, EU Digital Law: art. 15, par. 17.

⁸⁵⁷ **Sein/Spindler**, 2019, Part 2, s. 379; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327o, par. 3; **Rieländer**, 2022, Teil II, s. 33; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327o, par. 6; **Twigg-Flesner**, 2020, EU Digital Law: art. 15, par. 8.

⁸⁵⁸ **Twigg-Flesner**, 2020, EU Digital Law: art. 15, par. 14; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327o, par. 3.

⁸⁵⁹ Direktif, Rec. 72.

⁸⁶⁰ **Rieländer**, 2022, Teil II, s. 34; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327o, par. 7; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327o, par. 9; **Riehm/Abold**, 2021, s. 537. Sağlayıcının iade yükümlülüğünü düzenleyen Direktif m. 16/1 hükmüyle tüketiciye sözleşmeye uygun olmayan dönem için ödeme yükümlülüğü getirilemeyeceğine dair Direktif m. 17/3 hükmü birbirini tamamlamaktadır. **Twigg-Flesner**, 2020, EU Digital Law: art. 17, par. 32.

⁸⁶¹ **Twigg-Flesner**, 2020, EU Digital Law: art. 16, par. 16.

ücretler de yer alır (Direktif m. 16/1, par. 2). Mesela tüketici, bir dijital ürünün on iki aylık kullanımı için toplam 180 avro ödemiş ve sözleşme dokuzuncu ayın sonunda sonlandırılmışsa, kalan üç aylık peşin ücret olan 45 avronun tüketiciye iadesi gerekir. Benzer şekilde örneğin tüketicinin dijital ürünü kullanırken uygulama içi alışverişler (*in-app purchases*) kapsamında ödediği ücretlerin de iade edilmesi icap eder⁸⁶².

Karşı edim olarak kişisel verilerin kararlaştırıldığı sözleşmeler bakımından iadenin kapsamına kişisel verilerin girip girmediğine ilişkin Direktif ve BGB’de bir düzenleme yapılmamıştır. *Twigg-Flessner*, Direktif m. 16/1’in; *Metzger* ise BGB § 327o’nin lafzının, kişisel verileri dışladığı düşüncesindedir⁸⁶³. Yani tüketicinin karşı edim olarak sunduğu kişisel verilerle ilgili olarak sağlayıcının bir iade yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak kişisel verilerin değerinin, kıymet takdiri (*Schätzung*) yoluyla belirlenerek iadeye konu edilebileceğine ilişkin bir başka görüş de bulunmaktadır⁸⁶⁴. Kanaatimizce, mâlî değeri göz önüne alındığında, özellikle karşı edim olarak yalnızca kişisel verinin temin edildiği sözleşmeler bakımından, objektif bir şekilde tespit edilebildiği sürece kişisel verilerin de iade kapsamında yer alması gerekir⁸⁶⁵.

Tüketicinin bir ücret ödemeyi üstlendiği sürekli edimli sözleşme ilişkilerinde, dijital ürünün sözleşmeye uygun olarak temin edildiği dönemlere karşılık gelen ücretlerin iade edilmesine gerek yoktur (Direktif m. 16/1, par. 2; BGB § 327o/3)⁸⁶⁶. Örneğin sözleşmeye uygun olarak temin edilmeye başlanan bir bulut bilişim hizmetinin, birinci ayın sonunda ayıplı hâle gelmesi durumunda tüketici sözleşmeyi sonlandırmışsa, iade yükümlülüğü yalnızca ayıbın bulunduğu dönemi kapsar⁸⁶⁷. Bir ay boyunca ayıpsız olarak sunulan dönem bakımından

⁸⁶² **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327o, par. 7.

⁸⁶³ **Twigg-Flessner**, 2020, EU Digital Law: art. 16, par. 14; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327o, par. 9.

⁸⁶⁴ **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327o, par. 9. Kıymet takdiri uygulaması, aynı zamanda bedelde indirim hakkı kapsamında BGB § 327n/3’te de yer almaktadır. Bkz. § 5.II.B.2.

⁸⁶⁵ Kişisel verilerin mâlî değerinin tespitiyle ilgili bkz. **OECD**, 2013, Exploring the Economics of Personal Data.

⁸⁶⁶ **Sein/Spindler**, 2019, Part 2, s. 380; **Riehm/Abold**, 2021, s. 537; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327o, par. 6; **Rieländer**, 2022, Teil II, s. 34; **Fries**, 2023, BeckOGK/BGB § 327o, par. 7. Bu hüküm, tüketiciyle sağlayıcının menfaatleri arasında bir denge kurma amacı gütmektedir (Direktif, Rec. 68). Direktif’te tüketiciye sözleşmeyi kısmi sonlandırma hakkı tanınmadığından böyle bir dengelemenin yapılması elzem görünmektedir. **Gsell**, 2020, EU Digital Law: art. 14, par. 72. Sunulan dijital içerik veya hizmet, ortalama bir tüketici için anlamını kaybetmişse BGB § 327o/3’ün teleolojik redüksiyona tabi tutulması gerektiği hakkındaki görüş için bkz. **Rieländer**, 2022, Teil II, s. 34.

⁸⁶⁷ **Sein/Spindler**, 2019, Part 2, s. 380; **Twigg-Flessner**, 2020, EU Digital Law: art. 16, par. 15. Buna karşılık dijital ürünün kısa aralıklarla sürekli olarak problem çıkarması hâlinde, sağlayıcının bu süreleri düşmek yerine tüm temin dönemine ilişkin ücretleri iade etmesi gerektiği hakkındaki görüş için bkz. **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327o, par. 6.

sağlayıcının bir iade yükümlülüğü yoktur. Ayrıca hüküm, yalnızca sürekli edimli sözleşme ilişkilerini düzenlediğinden ani edimli sözleşmeler bakımından uygulama alanı bulmaz. Mesela tüketicinin tek seferliğine indirdiği bilgisayar programları ya da kelime işlemci yazılımlar bu hükmün kapsamı dışındadır⁸⁶⁸.

Bedelde indirim hakkında olduğu gibi sağlayıcı, gecikmeksizin ve tüketicinin sözleşmeyi sonlandırma bildirimini öğrenmesinden itibaren 14 gün içinde iadeyi gerçekleştirmekle yükümlüdür (Direktif m. 18/1; BGB § 327o/4). Tüketicinin, iade için ayrıca bir bildirimde bulunması gerekmez. İadenin, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece, tüketicinin ödeme yaptığı kanaldan yapılması gerekir. Sağlayıcının başka bir kanal tercih etmesi durumunda, bundan kaynaklı masraflar tüketiciye yükletilemez (Direktif m. 18/2; BGB § 327o/4).

Sözleşmenin sonlandırılmasının ardından sağlayıcının, kişisel veriler ile bunların dışındaki diğer içerikler bakımından çeşitli yükümlülükleri bulunmaktadır. Sağlayıcı, kişisel verilerle ilgili olarak AB Genel Veri Koruma Tüzüğü'nden (GVKT) doğan yükümlülüklerini ifa etmelidir (Direktif m. 16/2)⁸⁶⁹. Örneğin tüketicinin veri taşınabilirliği (*data portability*) hakkına başvurması durumunda sağlayıcı, bunun gereğini yerine getirmelidir⁸⁷⁰. GVKT'den kaynaklanan yükümlülükler, karşı edim olarak yalnızca kişisel verilerin sağlanmasının üstlenildiği sözleşmelerde değil, ücretin kararlaştırıldığı sözleşmelerde de geçerlidir⁸⁷¹. Mesela tüketicinin kişisel verilerini sözleşmenin sonlandırılmasının ardından işlemek isteyen sağlayıcının, Tüzük'te yer alan işleme sebeplerinden birine dayanması ve Tüzük'teki genel ilkelere uyması zorunludur⁸⁷².

Tüketicinin dijital ürünün kullanımı esnasında oluşturduğu veya sağladığı kişisel veri dışındaki diğer içerikler⁸⁷³, sözleşmenin sonlandırılmasından sonra kural olarak sağlayıcı tarafından kullanılamaz (Direktif m. 16/3; BGB § 327p/2)⁸⁷⁴. Tüketicinin mobil cihazındaki

⁸⁶⁸ **Twigg-Flesner**, 2020, EU Digital Law: art. 16, par. 15.

⁸⁶⁹ Kanaatimizce böyle bir hüküm öngörülmüş olmasaydı dahi kişisel veri işleme faaliyetlerinde GVKT'deki yükümlülüklerle uyulması gerekecekti. Zira GVKT hükümleri, kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik yollarla işlenmesi ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olan veya kayıt sisteminin parçasını oluşturması amaçlanan kişisel verilerin, otomatik olmayan yollarla işlenmesi hakkında uygulanır (GVKT m. 2/1). Bkz. **Çekin**, 2020, s. 24.

⁸⁷⁰ **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327p, par. 6; **Rieländer**, 2022, Teil II, s. 35.

⁸⁷¹ Direktif Rec. 69.

⁸⁷² **Twigg-Flesner**, 2020, EU Digital Law: art. 16, par. 30.

⁸⁷³ Direktif'te ve GVKT'de “*kişisel veri dışındaki diğer içerikler*” tanımlanmamıştır. Ancak bu içeriklerin ne olduğu, kişisel veri tanımının mefhum-u muhalifinden hareketle tespit edilebilir.

⁸⁷⁴ Kişisel veri dışındaki diğer içeriklerden bahsedebilmek için tüketicinin, ilgili içeriği dijital ürüne yüklemesi, bir metin yazması veya diğer içerikleri oluşturması gibi aktif bir eylemde bulunması gerekir.

fotoğraf, video ve ses dosyaları, kişisel veri dışındaki diğer içeriklerin örneğini teşkil eder⁸⁷⁵. Tüketicinin oluşturduğu metinler, çalma listeleri ve veri tabanları da bu kapsamdadır. Ancak bu dosyaların, kişisel veri dışındaki diğer içerik olarak kabul edilebilmesi için kişilerin görüntüsü ve sesi gibi gerçek kişiyi belirli veya belirlenebilir kılan unsurları içermemesi gerekir⁸⁷⁶. Aksi hâlde bu içerikler, kişisel veri olarak nitelendirilecek ve buna ilişkin hükümlere tabi tutulacaktır⁸⁷⁷. Yükümlülük, tüketicinin dijital ürünün kullanımı esnasında oluşturduğu içeriklerin yanı sıra daha önce başka bir yolla meydana getirdiği içerikleri de kapsamaktadır⁸⁷⁸. Söz gelişi, tüketicinin bir sosyal medya platformuna yüklediği fotoğraflar da bu kapsamdadır. Kural, sözleşmenin sonlandırılmasının ardından bu içeriklerin sağlayıcı tarafından kullanılamaması olmakla birlikte Direktif ve BGB’de öngörülen istisnai durumlardan birinin varlığı hâlinde bunların sağlayıcı tarafından kullanılması mümkündür⁸⁷⁹.

Sağlayıcının, kişisel veri haricindeki diğer içeriklerle ilgili bir başka yükümlülüğü de tüketicinin talebi üzerine bu içeriklerin kendisine sağlanmasıdır (Direktif m. 16/4; BGB § 327p/3)⁸⁸⁰. Mesela tüketicinin bir sosyal medya platformuna yüklediği fotoğraf, video, illüstrasyon, tasarım ve ses dosyalarının talebi hâlinde kendisine iade edilmesi gerekir. İade için tüketicinin sözleşmenin sonlandırılması bildiriminden ayrı olarak sağlayıcıdan bir talepte bulunması gerekir⁸⁸¹. Taleple birlikte tüketicinin, bu verilere makul bir süre içinde,

Dolayısıyla tüketicinin dijital ürünü kullandığı esnada sağlayıcı tarafından ona ilişkin topladığı bilgi ve içerikler, bu kapsamda yer almaz. **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327p, par. 7; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327p, par. 10.

⁸⁷⁵ Direktif, Rec. 69.

⁸⁷⁶ **Deutscher Bundestag**, 2021, 19/27653, s. 73. Örneğin bir manzara fotoğrafı ya da endemik kuşların sesini içeren ses dosyaları kişisel veri dışındaki diğer içeriklerdendir. Bir kişinin sahilde çekilen fotoğrafı ise kişisel veri niteliği taşıdığından bu kategoriye dahil edilemez. **Twigg-Flesner**, 2020, EU Digital Law: art. 16, par. 37.

⁸⁷⁷ Teknolojik gelişmeler, verinin kişiyle ilişkilendirilebilmesini her geçen kolaylaştırmaktadır. Bu nedenle kişisel veri dışındaki diğer içeriklere ilişkin kuralların uygulama alanının gittikçe daralması öngörülmektedir. **Sein/Spindler**, 2019, Part 2, s. 382.

⁸⁷⁸ **Deutscher Bundestag**, 2021, 19/27653, s. 73.

⁸⁷⁹ İstisnai durumlar Direktif m. 16/3 ile BGB § 327p/2’de düzenlenmiştir. Bilgi için bkz. **Twigg-Flesner**, 2020, EU Digital Law: art. 16, par. 41-48; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327p, par. 8; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327p, par. 14; **Fries**, 2023, BeckOGK/BGB § 327p, par. 9. Ayrıca bkz. Direktif, Rec. 69.

⁸⁸⁰ **Vanherpe**, 2020, s. 269. Direktif ve BGB’de yer alan bu hükümler, lafız olarak AB Genel Veri Koruma Tüzüğü’nün 20. maddesinde yer alan veri taşınabilirliği (*data portability*) hakkına dayanmaktadır. **Deutscher Bundestag**, 2021, 19/27653, s. 74; **Spindler**, 2021, Schwerpunkt 2, s. 530. Ancak GVKT m. 20’den farklı olarak Direktif ve BGB’deki hükümler, kişisel veri dışındaki diğer içerikleri, yalnızca sözleşmenin sonlanmasından sonraki zaman dilimi açısından düzenlemektedir. **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327p, par. 10. Ayrıca bkz. **Akkanat-Öztürk**, 2022, s. 341 vd.

⁸⁸¹ **Twigg-Flesner**, 2020, EU Digital Law: art. 16, par. 51; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327p, par. 12. Söz konusu talebe ilişkin Direktif’te şekli bir şart öngörülmemiştir. Dolayısıyla bu talep, çevrimiçi veya

ücretsiz şekilde⁸⁸² ve sağlayıcının bir engeliyle karşılaşmadan⁸⁸³ yaygın olarak kullanılan ve makine tarafından okunabilen bir formatta (*machine-readable format*) erişilmesi gerekir (Direktif m. 16/4, par. 2; BGB § 327p/3).

Sözleşme ilişkisinin sonlanmış olmasından hareketle sağlayıcının, dijital ürünün tüketici tarafından daha fazla kullanımını engelleme yetkisi bulunmaktadır (Direktif m. 16/5; BGB § 327p/1). Buna paralel olarak aşağıda değinildiği üzere, tüketicinin de dijital ürünü kullanmaktan kaçınma yükümlülüğü bulunmaktadır⁸⁸⁴. Bu kapsamda sağlayıcı, tüketiciden yalnızca dijital ürünü kullanmamayı talep etmekle yetkili değildir. Aynı zamanda dijital haklar yönetimi (*DRM – digital rights management*) ve benzeri sistemlerle tüketicinin dijital ürüne erişimini teknik olarak kaldırabileceği gibi varsa onun kullanıcı hesabını da pasif hâle getirebilir⁸⁸⁵.

b. Tüketici bakımından doğurduğu sonuçlar

Sözleşmeyi sonlandırma hakkının kullanılmasıyla tüketici, ne dijital ürünü kullanmaya devam edebilir ne de bunu üçüncü kişilerin kullanımına sunabilir (Direktif m. 17/1; BGB § 327p/1)⁸⁸⁶. Dolayısıyla dijital ürüne ilişkin dosya veya kullanılabilir kopyaların tüketicinin ve daha önce paylaşılmışsa üçüncü kişilerin cihazlarından silinmesi için gerekli adımların atılması şarttır⁸⁸⁷. Mesela tüketici, *Netflix* hesabını kullanmamakla ve hesap bilgilerini paylaştığı üçüncü kişilerin de bu hizmete erişmemesini sağlamakla yükümlüdür. Bu

çevrimdışı ortamda sözlü ya da yazılı olarak gerçekleştirilebilir. **Twigg-Flesner**, 2020, EU Digital Law: art. 16, par. 52.

⁸⁸² Tüketicinin içeriğe erişmesi için gerekli olan ücretler, örneğin internet bağlantı ücreti, ücretsiz olmanın kapsamına girmez (Direktif, Rec. 71).

⁸⁸³ Sağlayıcının, içeriğin tüketiciye aktarılmasını hukuken ya da teknik olarak engellememesi gerekir. Örneğin veri aktarımının kasten yavaşlatılması veya engellenmesi teknik bir engel teşkil eder. **Deutscher Bundestag**, 2021, 19/27653, s. 75.

⁸⁸⁴ **Twigg-Flesner**, 2020, EU Digital Law: art. 16, par. 75; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327p, par. 4.

⁸⁸⁵ **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327p, par. 4; **Rieländer**, 2022, Teil II, s. 35; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327p, par. 6; **Fries**, 2023, BeckOGK/BGB § 327p, par. 5.

⁸⁸⁶ **Rieländer**, 2022, Teil II, s. 35; **Twigg-Flesner**, 2020, EU Digital Law: art. 17, par. 9; **Vanherpe**, 2020, s. 268. Bu yükümlülüğün ihlâli, Direktif'te bir yaptırıma bağlanmış değildir. Bu konu, bir anlamda, ABAD kararları ile üye ülke düzenlemelerine bırakılmıştır. **Twigg-Flesner**, 2020, EU Digital Law: art. 17, par. 13.

⁸⁸⁷ Direktif, Rec. 72; **Riehm/Abold**, 2021, s. 537; **Rieländer**, 2022, Teil II, s. 35; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327p, par. 5.

yükümlülük, yukarıda bahsedilen sağlayıcının dijital ürünün daha fazla kullanılmasını engelleme yetkisiyle birlikte değerlendirilmelidir⁸⁸⁸.

Sağlayıcının dijital içeriği CD/DVD gibi bir maddi vasıtayla temin etmesi hâlinde tüketici, sağlayıcının talebi üzerine bu vasıtayı gecikmeksizin ona iadeyle yükümlüdür (Direktif m. 17/2; BGB § 327o/5). Sağlayıcının, iadeye ilişkin talebini, sözleşmeyi sonlandırma bildirimini öğrendiği günden itibaren 14 gün içinde gerçekleştirmesi gerekir (Direktif, 17/2; BGB § 327o/5). Herhangi bir şekli şarta tabi olmayan bu talebin ardından tüketicinin iade işlemleri kapsamında yapacağı masraflar, sağlayıcıya ait olur (BGB § 327o/5)⁸⁸⁹. Ne var ki iadeye ilişkin ayrı bir talep olmadığı sürece tüketicinin maddi vasıtayı iade yükümlülüğü bulunmadığı gibi⁸⁹⁰ tamamıyla dijital yollarla sunulan dijital ürünler yönünden de böyle bir iade borcu yoktur⁸⁹¹.

Tüketiciden, sözleşmeye uygun olmayan dijital ürünün kullanıldığı dönemler yönünden bir kullanım karşılığı istenemez (Direktif m. 17/3). Bu hususa, BGB’de açıkça yer verilmemekle birlikte gerekçede, Alman Hukukunda da Direktif hükmünün geçerli olduğu belirtilmiştir⁸⁹². Dolayısıyla sözleşme sonlandırılana kadar dijital üründen ayıplı da olsa faydalanmasına rağmen bunun karşılığında bir bedel talep edilemeyecektir⁸⁹³.

Direktif m. 3/6’da üye ülkelere tanınan yetkiden hareketle BGB’de ayrıca sözleşmenin sonlandırılması hakkının paket sözleşmelerdeki ve entegre dijital ürünlerdeki sonuçları da düzenlenmiştir⁸⁹⁴. Bir paket sözleşmenin varlığı hâlinde, dijital ürünün sözleşmeye uygun olmaması, tüketicinin akdin diğer kısımlarına dair menfaatlerini de ortadan kaldırıyorsa sözleşme tamamen sonlandırılabilir (BGB § 327m/4). Entegre dijital ürünler yönünden, dijital ürünlerdeki uygunluk eksikliği, bunu içeren veya bununla bağlantılı eşyanın mutlak kullanımını

⁸⁸⁸ **Twigg-Flesner**, 2020, EU Digital Law: art. 17, par. 9; **Rieländer**, 2022, Teil II, s. 35; **Vanherpe**, 2020, s. 268.

⁸⁸⁹ **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327o, par. 19; **Twigg-Flesner**, 2020, EU Digital Law: art. 17, par. 19; **Riehm/Abold**, 2021, s. 537.

⁸⁹⁰ **Twigg-Flesner**, 2020, EU Digital Law: art. 17, par. 18; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327o, par. 10.

⁸⁹¹ **Rieländer**, 2022, Teil II, s. 35. Dijital içeriklerin çoğunlukla internet üzerinden sunulduğu dikkate alındığında maddi vasıtaların iadesine ilişkin hükmün pratik faydası gün geçtikçe azalmaktadır. **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327o, par. 10.

⁸⁹² **Deutscher Bundestag**, 2021, 19/27653, s. 71; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327o, par. 2.

⁸⁹³ **Twigg-Flesner**, 2020, EU Digital Law: art. 17, par. 31; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327o, par. 2; **Rieländer**, 2022, Teil II, s. 35.

⁸⁹⁴ Paket sözleşmeler (BGB § 327a/1) hakkında bilgi için bkz. § 3.II.E.

Entegre dijital ürünler hakkında (BGB § 327a/2) bilgi için bkz. § 3.II.F.1.

da ortadan kaldırıyorsa, tüketicinin sözleşmeyi tüm hükümler yönünden sonlandırma hakkı bulunmaktadır (BGB § 327m/5).

C. Tazminat Hakkı

Tazminat hakkı, diğer seçimlik hakların aksine Direktif'te düzenlenmemiş; bu konu, üye ülkelerin takdirine bırakılmıştır (Direktif m. 3/10)⁸⁹⁵. Bununla birlikte AB kanun koyucu, dijital ürünlere ilişkin sözleşme ilişkilerinden kaynaklanan zararlardan sağlayıcının sorumlu tutulmasını temel bir ilke olarak kabul etmiştir (Direktif, Rec. 73).

Alman kanun koyucu, Direktif'teki yetkiden hareketle dijital ürünlere ilişkin hükümlerde tazminat hakkını ayrıca düzenlemiştir⁸⁹⁶. Buna göre tüketici, sözleşmeye uygunluğun bulunmamasından kaynaklı zararları için (i) ifadan vazgeçerek tazminat talebinde bulunabileceği gibi bunun yerine (ii) masrafların iadesini de isteyebilir (BGB § 327i/3, § 327m/3)⁸⁹⁷. Ayrıca tüketicinin, sözleşmenin ihlâl edilmesinden dolayı genel hükümler uyarınca (BGB § 280/1) tazminat talep etme hakkı saklıdır⁸⁹⁸.

(i) İfa yerine tazminat talebinde bulunabilmenin ön şartı, sözleşmeyi sonlandırma hakkının kullanılabilmesi beş durumdan birinin gerçekleşmesidir⁸⁹⁹. Örneğin tüketicinin talebine rağmen dijital ürünün sözleşmeye uygun hâle getirilmemiş olması durumunda böyle bir talepte bulunulabilir. Beş durumdan birinin varlığı hâlinde tüketicinin tazminat talebi kendi içinde ikiye ayrılarak incelenebilir. (a) İlk durumda tüketici, sözleşmeye uygun olmayan dijital ürünü bir *kısmi ifa* olarak kabul edip kalan kısım açısından tazminat talebinde bulunabilir (*kleiner Schadensersatz*). Bu hâlde tazminat miktarı, uygunsuzluk hâli nedeniyle

⁸⁹⁵ **Claeys/Vancoillie**, 2017, s. 212; **Riehm/Abold**, 2018, s. 90; **Carvalho**, 2019, s. 20; **Sein/Spindler**, 2019, Part 2, s. 384; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 3, par. 150; **Zdraveva**, 2021, s. 418.

⁸⁹⁶ **Riehm/Abold**, 2021, s. 538; **Tamm/Tonner**, 2022, blm. §2, par. 148; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327i, par. 2; **Ring**, 2023, s. 1095.

⁸⁹⁷ BGB § 327m/3 kapsamında tazminat talebi için sağlayıcının kusurlu olması şarttır. **Tamm/Tonner**, 2022, blm. §2, par. 183. BGB § 327m/3'teki ifa yerine tazminat talebi, tüketicinin müspet menfaatlerini tazmin etmeyi amaçlamaktadır. **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327m, par. 15. Bununla bağlantılı olarak ifa yerine tazminat talebinde bulunulmasıyla birlikte ifayı talep etme hakkı da son bulacaktır. Bu durum, BGB § 327m/3 hükmünün, BGB § 281/4'e yaptığı yollamadan çıkarılmaktadır.

⁸⁹⁸ **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327i, par. 7.

⁸⁹⁹ **Rieländer**, 2022, Teil II, s. 36; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327i, par. 10. Anılan durumlar için bkz. § 5.II.B.1.

dijital üründe meydana gelen değer azalması üzerinden veya uygunsuzluğun giderilmesi için gerekli masraflar esas alınarak hesaplanacaktır⁹⁰⁰.

(b) Tüketici için bir başka seçenek de *tamamen ifanın yerine geçen* bir tazminat talebinde bulunulmasıdır (*großer Schadensersatz*). Yani tüketici, dijital ürünü hiç kabul etmeyecek ve ifaya ilişkin menfaatinin tamamının tazmin edilmesini talep edecektir. İlkinden farklı olarak bu durumda uygunsuzluk hâlinin önemli olması şarttır⁹⁰¹. Tamamen ifanın yerine geçen bir tazminat talebinde bulunmak, sonuçları itibariyle sözleşmeyi sonlandırmayla aynı anlama gelir⁹⁰². Bu kapsamda tüketici, sözleşmeye uygun bir ifa gerçekleşmiş olsaydı elde edeceği kârını, bir dijital ürünü temin etme ihtiyacından kaynaklanan masraflarını ve diğer dolaylı zararlarının tazminini talep edebilecektir⁹⁰³. Sözleşmenin sonlandırılması hakkı, tamamen ifa yerine geçen tazminat talebiyle birlikte kullanılabilir (BGB § 327m/3)⁹⁰⁴.

(ii) Tüketicinin, tazminat yerine masrafının iadesini de talep etmesi mümkündür (BGB § 327i/3). Masrafın iadesi talebi, tazminat talebinin ikamesi niteliğinde olduğundan tüketicinin bu iki yoldan birini tercih etmesi gerekir. İadenin kapsamına tüketicinin, sözleşmeye uygun bir dijital ürünün edinilmesine güvenerek yaptığı harcamalar girmektedir. Örneğin tüketicinin dijital ürünü kullanabilmek için dijital ortamında yaptığı ek donanım ve yazılım edinme masrafları bu kapsamdadır. Ancak yalnızca dijital ürünün teminine bağlı olarak maruz kaldığı ve maruz kalması makul olarak beklenebilecek masraflar ise kapsam dışıdır⁹⁰⁵.

⁹⁰⁰ Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327m, par. 15.

⁹⁰¹ Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327m, par. 16; Rieländer, 2022, Teil II, s. 36; Tamm/Tonner, 2022, blm. §2, par. 185; Wendland, 2022, BeckOK/BGB § 327m, par. 34. Tamamen ifanın yerine geçen tazminat talebindeki önemlilik şartı, BGB § 327m/3'ün BGB § 281/1, c. 3'e yollamasından çıkarılmaktadır. Rieländer, 2022, Teil II, s. 37. Uygunsuzluğun önemli olup olmadığının tespiti hakkında bkz. § 5.II.B.3.

⁹⁰² Riehm/Abold, 2021, s. 538. Dolayısıyla tüketici artık aynen ifa talebinde bulunamayacaktır. Tamm/Tonner, 2022, blm. §2, par. 185.

⁹⁰³ Riehm/Abold, 2021, s. 538; Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327m, par. 17.

⁹⁰⁴ Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327m, par. 16; Rieländer, 2022, Teil II, s. 37; Tamm/Tonner, 2022, blm. §2, par. 185; Fries, 2023, BeckOGK/BGB § 327m, par. 15.

⁹⁰⁵ Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327i, par. 9.

III. ZAMANAŞIMI VE İSPAT YÜKÜ

A. Zamanaşımı

Zamanaşımının genel anlamda millî hukukları ilgilendirmesi nedeniyle Direktif'te yalnızca iki yıllık asgari zamanaşımı süresi öngörülmüş; meselenin detayları üye ülkelere bırakılmıştır⁹⁰⁶. Alman Hukukunda zamanaşımını düzenleyen BGB § 327j hükmü, tüketicinin seçimlik haklarından yalnızca sonraki ifa ve tazminat talepleri için uygulanmaktadır⁹⁰⁷. Yenilik doğuran haklar olmaları itibariyle sözleşmeyi sonlandırma ve bedelde indirimle ilişkin süreler ise BGB § 327j/5 uyarınca genel hükümlere tabidir⁹⁰⁸.

BGB'de dijital ürünlere ilişkin sözleşmelerden doğan talepler bakımından genel zamanaşımı süresi, Direktif'le uyumlu şekilde iki yıl olarak belirlenmiştir (BGB § 327j/1). Bu süre, tüm edim türleri bakımından dijital ürünün temin edildiği anda başlar⁹⁰⁹. Ancak sürenin çeşitli şartlar altında uzaması mümkündür⁹¹⁰. Öyle ki ani ve dönemli edimli sözleşmelerde genel zamanaşımı süresi içinde ortaya çıkan ayıplar bakımından (gizli ayıplar) zamanaşımı süresi, ayıbın ilk ortaya çıkmasından itibaren dört ay geçmedikçe başlamaz (BGB § 327j/4). Tüketicinin sürekli edimli sözleşmelerdeki talepleri, teminin bitmesinden on iki ay sonrasına kadar zamanaşımına uğramış sayılmaz (BGB § 327j/2)⁹¹¹. Söz gelişi, beş yıllığına akdedilen bulut bilişim hizmet sözleşmesinde tüketici, sözleşmenin yapılmasından itibaren altıncı yılın sonuna kadar taleplerini ileri sürebilecektir. Öte yandan bu hüküm, dijital ürünlere ilişkin genel zamanaşımı süresini ortadan kaldırmadığından, on iki aydan daha kısa süreli sürekli

⁹⁰⁶ **Zoll**, 2020, EU Digital Law: art. 11, par. 2; **Fries**, 2023, BeckOGK/BGB § 327j, par. 3. Direktif'te güncellemelere ilişkin ayrı zamanaşımı süresi öngörülmemiş olması eleştiri konusu yapılmıştır. **Faber**, 2019, s. 79-80. Kanaatimizce bunun sebebi, AB kanun koyucunun zamanaşımı meselesini genel olarak üye ülke hukuklarına bırakmış olmasıdır. Alman Hukukunda bu meselenin ayrıca düzenlenmiş olması, anılan eleştirinin geçerliliğini ortadan kaldırmıştır.

⁹⁰⁷ **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327j, par. 3; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327j, par. 4.

⁹⁰⁸ **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327j, par. 1; **Rieländer**, 2022, Teil II, s. 38; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327j, par. 15; **Fries**, 2023, BeckOGK/BGB § 327j, par. 9.

⁹⁰⁹ Söz konusu iki yıllık asgari zaman aşımı süresi hem ani ve dönemli edimler hem de sürekli edimler bakımından geçerlidir. **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327j, par. 5; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327j, par. 8; **Fries**, 2023, BeckOGK/BGB § 327j, par. 5.

⁹¹⁰ **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327j, par. 5; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327j, par. 8.

⁹¹¹ Dijital ürünün temini, kararlaştırılan sürenin geçmesi veya tüketicinin sözleşmenin sonlandırılması hakkını kullanmasıyla sonlanabilir. Her iki durumda da bu hüküm uygulanacaktır. **Deutscher Bundestag**, 2021, 19/27653, s. 63; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327j, par. 10.

edimli sözleşmeler yönünden iki yıllık genel zaman aşımı süresi uygulanmaya devam edecektir⁹¹².

Sağlayıcının güncelleme yükümlülüğünü ihlâl etmesinden kaynaklanan taleplerde zamanaşımı süresi, her bir güncellenmenin teminiyle başlamaktadır⁹¹³. Talep hakkı, güncelleme yükümlülüğünün bitmesinden on iki ay sonrasına kadar zamanaşımına uğramış sayılmaz (BGB § 327j/3). Güncelleme yükümlülüğüne ilişkin zamanaşımı kuralıyla genel zamanaşımı hükmünün çelişmesi hâlinde güncellemeye ilişkin kural öncelikli olarak uygulanır⁹¹⁴. Böylelikle güncellemeye ilişkin bir talebin şartları henüz oluşmadan genel zamanaşımı süresinin dolması ihtimalinde, tüketicinin yaşayacağı hak kaybının önüne geçilmiştir⁹¹⁵. Ancak güncelleme yükümlülüğünün, teminden sonraki on iki aylık süreden önce sona ermesi ihtimalinde, iki yıllık genel zamanaşımı süresi tüketici lehine olacak şekilde uygulanmaya devam edecektir⁹¹⁶. Bu kapsamda BGB'deki zamanaşımı hükümlerinin, bir bütün hâlinde tüketici dostu olduğu ifade edilmelidir⁹¹⁷.

B. İspat Yükü

Genel ispat kuralları uyarınca sözleşmeye uygunluğun bulunmadığını ispat yükü, lehine sonuç doğuracak olguyu ileri süren tüketici üzerindedir. Ancak genel ispat yükü, Direktif ve BGB'de öngörülen karinelerle, iki durum için tüketici lehine olacak şekilde ters çevrilmiştir. Yani bu durumlar için sözleşmeye uygunluğun ilgili zaman diliminde bulunduğunu ispat yükü sağlayıcıdadır⁹¹⁸.

⁹¹² **Rieländer**, 2022, Teil II, s. 38; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327j, par. 7.

⁹¹³ **Fries**, 2023, BeckOGK/BGB § 327j, par. 7; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327j, par. 8.

⁹¹⁴ **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 146. Zira Direktif m. 11/2'de açıkça m. 8/2/b'nin öncelikli olarak uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

⁹¹⁵ **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327j, par. 8. Sağlayıcının bir bilgisayar oyunu sunduğunu ve bu oyunun iki yıl boyunca güncellenmeye ihtiyaç duymaması nedeniyle genel zamanaşımı süresinin dolduğunu varsayalım. Güncellemelere ilişkin özel bir zamanaşımı düzenlemesi öngörülmeseydi, teminden itibaren yirmi beşinci ay içinde bir güvenlik güncellemesi ihtiyacının doğması durumunda tüketici, zamanaşımı süresinin dolması nedeniyle bu güncellemeyi talep edemeyecekti.

⁹¹⁶ **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327j, par. 8.

⁹¹⁷ **Rieländer**, 2022, Teil II, s. 38; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327j, par. 14.

⁹¹⁸ **Beale**, 2021, s. 99; **Zdraveva**, 2021, s. 410; **Rieländer**, 2022, Teil II, s. 38; **Fries**, 2023, BeckOGK/BGB § 327k, par. 3.

Direktif ve BGB hükümleri, ispat yüküne ilişkin karinelerin, sübjektif ve objektif şartlar ile entegrasyon yükümlülüğüne uygulanması noktasında hem fikirdir⁹¹⁹. Ne var ki karinelerin hukuki ayıba uygulanması konusunda düzenlemeler arasında lafız farklılığı bulunmaktadır. Hukuki ayıp, Direktif'in aksine, BGB § 327k/1'de açıkça karinelerin uygulama alanına dâhil edilmiştir. Uygunsuzluğun tespiti konusunda sağlayıcının, tüketiciye göre daha mahir olduğuna dair Direktif, Rec. 59'daki kabulün⁹²⁰, hukuki ayıp için de geçerli sayılmaması için doyurucu bir sebebe rastlanmamıştır⁹²¹. Dolayısıyla hukuki ayıpların, BGB'de olduğu gibi Direktif açısından da ispat yüküne ilişkin karinelerin kapsamında yer aldığı kanaatindeyiz.

İspat yükünün tüketici lehine çevrildiği ilk durum, ani ve dönemli edimlerde dijital ürünün temininden sonra ortaya çıkan uygunsuzluk hâllerine ilişkindir. Dijital ürünün temininden itibaren bir yıl sonrasına kadar ortaya çıkan uygunsuzluk hallerinin, dijital ürünün temini anında da bulunduğu kabul edilir (Direktif m. 12/2, BGB § 327k/1). Ancak tespit edildiği an itibariyle bir uygunsuzluğun varlığına ilişkin ispat yükü, hâlen tüketicinin üzerindedir⁹²². Yani tüketici, dijital ürünün temininden sonraki bir yıl içinde bir uygunsuzluğun bulunduğunu ispatla yükümlüdür. Bunu kanıtlaması hâlinde uygunsuzluğun, dijital ürünün temini anında da var olduğu kabul edilecektir.

İkinci durum sürekli edimli sözleşmelere ilişkindir. Sürekli edimli sözleşmelerde, teminin gerçekleştiği dönemin içinde bir uygunsuzluk tespit edilirse, dijital ürünün tespit anından önceki zamanda da uygunsuz olduğu kabul edilir (Direktif m. 12/3; BGB § 327k/2). Mesela iki yıllığına yapılan bir bulut bilişim sözleşmesinin sonlanmasına kısa bir süre kala, sağlayıcının taraflarca kararlaştırılan 100 GB (*gigabyte*) yerine 50 GB sunmaya başlaması durumunda, en başından beri 50 GB sunduğu varsayılır⁹²³. Bu durumda sağlayıcı, ancak dijital ürünün önceki zaman diliminde sözleşmeye uygun olduğunu ispatlayarak bu dönemler bakımından sorumluluktan kurtulabilir⁹²⁴. Sağlayıcının, karinenin aksini işaret

⁹¹⁹ **Rosenkranz**, 2020, EU Digital Law: art. 9, par. 65; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327k, par. 3. Bununla birlikte karinelerin, güncellemelere dair şartlara uygulanması konusunda bazı çekinceler bulunmaktadır. Bkz. **Rieländer**, 2022, Teil II, s. 39.

⁹²⁰ Direktif, Rec. 59'da bilgi asimetrisi problemine bağlı olarak sağlayıcının, dijital içerik veya hizmetin sözleşmeye uygun olmadığını tespiti konusunda tüketiciye göre daha iyi bir konumda olduğu belirtilmiştir.

⁹²¹ **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327k, par. 3. Hukuki ayıbın bu kapsamda yer almaması gerektiğine ilişkin çekinceler için bkz. **Rieländer**, 2022, Teil II, s. 39.

⁹²² **Sein/Spindler**, 2019, Part 2, s. 387; **Ebers**, 2021, s. 219; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327k, par. 4; **Fries**, 2023, BeckOGK/BGB § 327k, par. 8.1.

⁹²³ **Fries**, 2023, BeckOGK/BGB § 327k, par. 9.

⁹²⁴ **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327k, par. 5.

eden bazı emareleri öne sürmesi yeterli değildir, karinenin tam aksi durumunu net bir şekilde ispatlaması gerekir⁹²⁵.

Tüketici lehine öngörülmuş ispat karineleri, Direktif ve BGB hükümlerine göre iki durumda uygulanmaz. Karinelerin sağlayıcıya yüklediği yük, istisnai bu iki durumla birlikte bir anlamda azaltılmıştır. İlk olarak sağlayıcının, tüketiciye ait dijital ortamın ona sunulan dijital ürünün teknik gereklilikleriyle uyumlu olmadığını göstermesi hâlinde tüketici lehine öngörülmuş ispat karineleri uygulanmayacaktır (Direktif m. 12/4; BGB § 327k/3/1). Yani sağlayıcı artık sözleşmeye uygunluğun bulunduğunu ispatla yükümlü değildir⁹²⁶. Bu durumda genel ispat kuralı yeniden işleyecek olup tüketicinin, ilgili zaman diliminde veya döneminde uygunsuzluk hâlinin bulunduğunu ispat etmesi gerekir⁹²⁷.

İkinci durumda tüketiciye sağlayıcıyla iş birliğinde bulunma yükümlülüğü getirilmekte ve bu yükümlülüğün ihlali hâlinde söz konusu karineler uygulanmamaktadır. Buna göre tüketici, dijital ürünün sözleşmeye uygun olmamasının nedeninin, kendisine ait dijital ortamdan kaynaklanıp kaynaklanmadığının tespit edilmesi için sağlayıcıyla iş birliği yapmak zorundadır. Makul, mümkün ve gerekli olmasına rağmen sağlayıcıyla iş birliği yapılmaması hâlinde karineler uygulama alanı bulmaz (Direktif m. 12/5; BGB § 327k/3/2). Başka bir deyişle tüketicinin karinelere faydalanması için sağlayıcıyla iş birliği yapması gerekir. İş birliğinin nasıl olması gerektiği, dijital ürünün ve dijital ortamın türü gibi somut olayın tüm şartları dikkate alınarak değerlendirilecektir⁹²⁸. Her hâlükârda iş birliğinde bulunma yükümlülüğü, tüketici için mevcut seçenekler arasından en az müdahaleci olan yolla ve teknik olarak mevcut araçlarla sınırlı olacaktır⁹²⁹.

Tüketici lehine öngörülmuş ispat karinelerinin anılan iki durumda uygulanmaması için sağlayıcının, dijital ortama ilişkin gereklilikler ile iş birliği konularında, tüketiciyi

⁹²⁵ Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327k, par. 9.

⁹²⁶ Zdraveva, 2021, s. 411; Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327k, par. 12; Wendland, 2022, BeckOK/BGB § 327k, par. 7; Zoll, 2020, EU Digital Law: art. 12, par. 22. Dijital ortamın tanımı için bkz. § 4.II.B.

⁹²⁷ Sein/Spindler, 2019, Part 2, s. 387; Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327k, par. 11; Wendland, 2022, BeckOK/BGB § 327k, par. 7.

⁹²⁸ Zoll, 2020, EU Digital Law: art. 12, par. 29.

⁹²⁹ Geiregat/Steennot, 2017, s. 157; Zoll, 2020, EU Digital Law: art. 12, par. 29; Beale, 2021, s. 99; Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327k, par. 13; Wendland, 2022, BeckOK/BGB § 327k, par. 12. Genellikle dijital içerik veya hizmet içindeki gömülü bir algoritmayla oluşturulan otomatik olay raporları (*error reporting*), az müdahaleci yollardan biridir. Diğer muhtemel yollar denenmesine rağmen başarılı olunamamışsa, istisnai olarak tüketicilerin dijital ortamlarına sanal erişim izni vermeleri gerekebilir. Bkz. Direktif, Rec. 60. Tüketicinin dijital ortamına erişim, sağlayıcı için son çare olarak kabul edilmelidir. Sein/Spindler, 2019, Part 2, s. 388.

sözleşmenin akdedilmesinden önce açık ve anlaşılır bir şekilde bilgilendirmesi gerekir (Direktif m. 12/4; BGB § 327k/4). Aksi hâlde tüketici lehine öngörölmüş karineler uygulanmaya devam edecektir. Dijital ortama ilişkin gereklilikler konusunda sağlayıcının; yazılım, video veya görsel gibi dijital ürün türünün ne olduğu, hangi yazılım veya işletim sistemiyle uyumlu çalıştığı, hangi web tarayıcısında sorunsuz görüntölenebildiğı gibi konularda sözleşmenin kurulmasından önce tüketiciyi aydınlatması şarttır. Yine tüketicinin iş birliğinde bulunmakla yükümlü olduğu ve bunun ihlâli hâlinde meydana gelecek hukuki sonuçlardan da tüketici haberdar olmalıdır⁹³⁰.

⁹³⁰ **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327k, par. 16; **Ring**, 2023, s. 1096.

BÖLÜM 3

TÜRK HUKUKUNDA DİJİTAL İÇERİK VE HİZMETLERİN SÖZLEŞMEYE UYGUNLUĞU

§ 6. YÜRÜRLÜKTEKİ HUKUK

Türk sözleşme hukukunda dijital içerik ve hizmetlerin konu edildiği hukuki işlemlere dair doğrudan bir düzenleme bulunmadığı⁹³¹ gibi adi ve ticari işlemlerle tüketici işlemleri bakımından sözleşmeye uygunluk konseptine de rastlanmamaktadır. Bu bölümde çalışmanın sınırları uyarınca dijital içerik ve hizmetlerin yalnızca tüketici işleminin konusunu oluşturması durumuna odaklanılmıştır. Dolayısıyla ağırlıklı olarak 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) hükümlerine başvurulmuş; TBK ve diğer düzenlemelere ise ilişkili olduğu hususlarda değinilmekle yetinilmiştir.

I. DİJİTAL İÇERİK VE HİZMETLERİN TÜKETİCİ İŞLEMLERİNİN KONUSUNU OLUŞTURMASI

Tüketici işlemlerine yönelik değerlendirilmesi gereken ilk mesele, dijital içerik ve hizmetlerin yürürlükteki düzenlemeler açısından hangi hükümlere tabi olduğudur.

⁹³¹ Bilgisayar programları yönünden bkz. **Yıldırım**, 1998, s. 155. Bununla birlikte adi işlemler bakımından standart bilgisayar programının ayıplı olması hâlinde borcun gereği gibi ifa edilmemesine ilişkin TBK m. 112 vd. hükümleri ile özel hüküm niteliğindeki satış, kira ve eser sözleşmelerine özgü ayıp hükümleri uygulanır. **Yıldırım**, 1998, s. 153-154.

A. Dijital İçerik ve Hizmetlerin TKHK’de Mal Olarak Sınıflandırılması

Dijital içerik ve hizmetler, TKHK’de özel olarak tanımlanmamıştır. TKHK’ye göre tüketici işlemlerinin konusunu ya mal ya da hizmetler oluşturur⁹³². Kanun’daki mal tanımında (m. 3/h), “*elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi mallar*” ifadesinin bulunması sebebiyle dijital içerik ve hizmetler de normatif olarak mal kategorisinde değerlendirilebilir. Zira 0 ve 1’ler şeklinde dizilen koddan oluşan dijital içerik ve hizmetler de gayri maddi mahiyette olup Kanun’un ifadesiyle “*elektronik ortamda kullanılmak üzere*” hazırlanmıştır. Tanımda geçen yazılım, ses, görüntü ve benzeri şeyler ise dijital içerik ve hizmetlerin örneklerini teşkil eder⁹³³. Dijital içerik ve hizmetlerin mal olarak sınıflandırıldığını gösteren bu anlayış, Türk Hukukuna, ilga edilmiş 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’u değiştiren 4822 sayılı Kanun’la kazandırılmıştır⁹³⁴.

Kanun’un lafzından, dijital içerik ve hizmetlerin mal olarak sınıflandırıldığı sonucuna varılsa da bunların birer hizmet olarak kabul edilip edilemeyeceğinin de tartışılması gerekir. Zira *Netflix* ve *Dropbox* gibi sürekli edimle sunulan dijital ürünlerin, teorik olarak hizmet şeklinde sınıflandırılması mümkündür. Ancak bu durumda ani veya dönemli edimle temin edilen dijital ürünler mal olarak nitelendirilecek, süreklilik arz edenler ise hizmet olarak değerlendirilecektir. Kanaatimizce edim türlerine göre farklı hükümlere başvurulması yönündeki bir sonuç, Kanun’un ne lafzından ne de ruhundan (*ratio legis*) çıkarılabilir. Ayrıca ilk bölümde ifade edildiği üzere hizmetlerin koruma seviyesinin mallara göre daha düşük olduğunu yeniden belirtmek gerekir⁹³⁵. TKHK’de malların aksine hizmetler için tüketici lehine öngörölmüş bir ispat kuralına yer verilmemesi de bu sonucu teyit

⁹³² 6502 sayılı TKHK’nin yürürlüğe girmesinden önce dar yorumlanan tüketici işlemleri, bu Kanun’la birlikte olması gereken kapsamına erişmiştir. **Akipek Öcal**, 2016, s. 19.

⁹³³ İstinaf mahkemesi, *Dijitürk*’ün sunduğu ücretli dijital içeriğin konut içi kullanımını, TKHK hükümleri çerçevesinde değerlendirmesine rağmen sözleşmenin konusunun mal mı yoksa hizmet mi olduğuna dair bir nitelemde bulunmamıştır. Ankara BAM 13. HD, 09.02.2018, E. 2018/105, K. 2018/153 (UYAP).

⁹³⁴ 4077 sayılı Kanun için bkz. RG: 08.03.1995, 22221. 4822 sayılı Kanun için bkz. RG: 14.03.2003, 25048. Mallar, 4077 sayılı mülga Kanun’da “*ticaret konusu taşınır eşya*” şeklinde tanımlanmaktaydı. Bu tanım, 4822 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikle “*alış-verişe konu olan taşınır eşyayı, konut ve tatil amaçlı taşınmaz malları ve elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi mallar*” hâlini almıştır. Gerekçeye göre “*mal tanımı (...) yeniden yapılmış, böylece tüketicinin korunma alanı genişletilmiştir*”. **Akipek**, henüz dijital ürünlere özgü düzenlemelerin gündemde olmadığı o dönemde yapılan değişikliği, isabetli olarak değerlendirmiştir. **Akipek**, 2003, s. 112.

⁹³⁵ **Green/Saidov**, 2007, s. 170. Bkz. § 1.II.B.3.

etmektedir⁹³⁶. Netice itibariyle hem edim türlerine göre farklı hükümlere başvurulmasını önleyerek hukuki istikrarı sağlamak hem de tüketiciyi daha iyi şartlarda korumak için Kanun'un lafzını zorlayan bir yorumda bulunulmaması gerektiği kanaatindeyiz. Yani dijital içerik ve hizmetler, yürürlükteki hukuk kapsamında mal olarak kabul edilmelidir.

Gayri maddi mallara ilişkin TKHK m. 3/h'de sayılanlar, tahdidi nitelikte değildir⁹³⁷. Aksine bu sayım örnek mahiyetinde olup elektronik ortamda hazırlanan diğer gayri maddi şeyler de bu tanıma dahildir. Örneğin web siteleri, bilgisayar oyunları, elektronik kitaplar ile sosyal medya ve dijital video yayın hizmeti sunan platformlar da bu kapsamda değerlendirilebilir. Tereddüt hâlinde mal tanımının geniş bir şekilde yorumlanması gerektiğine ilişkin görüş⁹³⁸ de bu sonucu desteklemektedir.

TKHK'de, elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan gayri maddi malların hangi yolla temin edildiğine ilişkin bir sınırlama getirilmemiştir. Yani dijital içerik ve hizmetlerin, mal kabul edilmesi için bunların CD/DVD veya USB bağlantılı flaş bellek gibi maddi bir vasıta ile sunulması şart değildir⁹³⁹. Ancak bir görüş, malların maddi varlıklarının bulunması gerektiğinden hareketle tanımın yalnızca maddi vasıta ile temin edilmiş yazılımları kapsadığını savunur⁹⁴⁰. Kanaatimizce bu görüşün kabulü mümkün değildir⁹⁴¹. Zira yalnızca aktarım vasıtalarındaki değişiklik nedeniyle aynı dijital ürüne farklı hükümlerin uygulanacak olması hukuki belirsizliğe sebep olacaktır⁹⁴². Bir anti virüs yazılımının CD'yle satın alınmasına mallara ilişkin hükümler uygulanacakken aynı yazılımın internetten indirilerek edinilmesine hizmetlere ilişkin hükümlerin tatbik edilecek olması, buna tipik bir örnek teşkil eder⁹⁴³. Böyle bir belirsizliğe yol açmamak için hem maddi vasıta ile temin

⁹³⁶ Ayıplı mallar için TKHK m. 10'da tüketici lehine düzenlemelere yer verilmesine rağmen ayıplı hizmetler için böyle bir hüküm ihdas edilmemiştir.

⁹³⁷ **Atamer/Micklitz**, 2009, s. 556; **Zevkliler/Özel**, 2016, s. 100.

⁹³⁸ **Akipek Öcal/Kara**, 2021, s. 29.

⁹³⁹ **Gezder**, 2016, s. 1129. Konuya dair az sayıdaki kararlarından birinde Yargıtay, *D-Smart* aboneliği ile kod çözücü cihazın (*decoder*) tüketiciye temin edilmesi işlemini kül hâlinde hizmet temini olarak değerlendirmiştir. Yargıtay 13. HD, 19.04.2018, E. 2016/11648, K. 2018/4802 (UYAP). Karara konu olayda, tüketiciye bir dijital içerikle birlikte mal temin edilmesi ve dolayısıyla sözleşmeye konu edilen şeylerin TKHK m. 3/h'deki mal tanımına girmesine rağmen mahkemenin bunu hizmet olarak nitelendirilmesini isabetli bulmuyoruz.

⁹⁴⁰ **Tiryaki**, 2007, s. 54; **Gümüş**, 2014, s. 28-29.

⁹⁴¹ Aynı yönde bkz. **Çabri**, 2016, s. 44.

⁹⁴² Dijital içerik ve hizmetlerin mal ve hizmet ayrımındaki konumu için bkz. § 1.II.B.

⁹⁴³ **Tiryaki**, bunun bir fark oluşturmayaacağı kanaatinde. **Tiryaki**, 2007, s. 54. Kanaatimizce, mal ve hizmetlere dair hükümler, tüketiciyi koruma mekanizması yönünden birbirinden ayrılır. Hizmetlerdeki koruma seviyesinin mallara göre daha düşük bir seviyede olduğu hakkında bkz. § 1.II.B.3; **Hojnik**, 2016, s. 66; **Bradgate**, 2010, par. 17.

edilen hem de internetten indirilerek edinilen dijital içerik ve hizmetlerin, TKHK'nin mal tanımını içinde kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

B. Dijital İçeriklerle İlgili Tüketicuyu Koruyan Diğer Düzenlemeler

TKHK'de ismen yer almayan dijital içeriklere bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan bazı yönetmeliklerde rastlamak mümkündür. Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nde dijital içerik, “bilgisayar programı, uygulama, oyun, müzik, video ve metin gibi dijital şekilde sunulan her türlü veri” olarak tanımlanmıştır (m. 4/1/a)⁹⁴⁴. Tanımdan başka Yönetmelik'te, dijital içeriklerin işlevselliğini etkileyebilecek teknik koruma önlemleri konusunda tüketicinin bilgilendirilmesine ve dijital içeriklerin konu edildiği sözleşmelerde cayma hakkının kullanılmasına dair düzenlemelere yer verilmiştir (MSY m. 5/i, 15/e, 15/ğ). Cayma hakkı yönünden benzer bir düzenleme İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler Yönetmeliği, m. 14/ç'de de yer almaktadır⁹⁴⁵. Bu hükümlerde, dijital içerik ve hizmetlerin, mal ve hizmet ayrımındaki yerine ilişkin bir belirleme yapılmaması nedeniyle dijital içerik ve hizmetlere ilişkin TKHK ile anılan yönetmelikler arasında bir çelişki bulunmamaktadır.

Dijital içerik kavramının, TKHK'de yer almamasına rağmen Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nde tanımlanması, bir eleştiri konusu yapılabilir. 2011/83 sayılı Tüketici Hakları Direktifi hem TKHK'nin hem de Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nin mehzazını oluşturmaktadır⁹⁴⁶. Buna rağmen dijital içerik kavramına yalnızca Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nde yer verilmiştir. Başka bir deyişle, her ikisinin de mehzazı aynı düzenleme olmasına rağmen dijital içeriklere Kanun düzeyinde yer verilmeyip bunların Yönetmelik'e dahil edilmesi isabetli olmamıştır.

⁹⁴⁴ RG: 27.11.2014, 29188. Söz konusu tanım, Yönetmeliğin mehzazlarından biri olarak kabul edilen 2011/83 sayılı Tüketici Hakları Direktifi'nin 2019/770 sayılı Dijital İçerik Direktifi'yle uyumlu hâle getirilmeden önceki dijital içerik tanımıyla benzeşmektedir. Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nin, 2011/83 sayılı Tüketici Hakları Direktifi'yle ilişkisi için bkz. **Dönmez**, 2016.

⁹⁴⁵ RG: 14.01.2015, 29236.

⁹⁴⁶ Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği açısından bkz. **Gezder**, 2016, s. 1126. TKHK açısından bkz. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı, 2013, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d24/c061/tbmm24061013ss0490.pdf> (18.09.2023 tarihinde erişildi), s. 6.

II. SÖZLEŞMEYE UYGUNLUĞUN TKHK'DEKİ YERİ

Değerlendirilmesi gereken bir başka mesele de çalışmanın konusunu oluşturan sözleşmeye uygunluk konseptinin, tüketiciyi koruyan düzenlemelerdeki karşılığının tespiti.

A. TKHK'deki Ayıplı İfa Düzenlemeleri

Sözleşmeye uygunluğun TKHK'deki yerinin tespiti için 4077 sayılı mülga Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'dan başlayarak kronolojik bir inceleme yapmakta fayda vardır. Mülga Kanun'da tüketici işlemlerinin konusunu oluşturan mal ve hizmetlerin ayıplı olması durumu, tek madde altında düzenlenmişti (m. 4). 4822 sayılı Kanun'la bu Kanun'da bazı değişiklikler yapılmış ve ayıplı mal ve hizmetlere ilişkin hüküm adeta mitoz bölünme yoluyla yerini iki yeni hükme bırakmıştır. Buna göre ayıplı mallar m. 4'te, ayıplı hizmetler ise m. 4/A'da düzenlenmiştir. Ancak söz konusu değişiklik, bir mal veya hizmetin ayıplı olması için gereken maddi şartlarda esaslı bir farklılık getirmemiş; mal ve hizmetler, bildirim külfeti ve zamanaşımı gibi konular bakımından birbirinden ayrılmıştır.

7.11.2013 tarihli Resmî Gazete'de yayınlanan ve 4077 sayılı Kanun'u ilga eden 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da ayıplı mal ve hizmetlere ilişkin hükümler, detaylandırılarak üçüncü kısımda düzenlenmiştir (m. 8-16). Buna göre satıcı, malı tüketiciye sözleşmeye uygun olarak teslim etmekle, sağlayıcı da hizmeti yine sözleşmeye uygun olarak ifa etmekle yükümlüdür (m. 9/1; m. 14/1). Sözleşmeye uygunluğun bulunmaması halleri, Kanun'da ayıplı mal ve hizmetler olarak isimlendirilmiş ve bu sonuca sebep olan çeşitli durumlara yer verilmiştir. Yani ayıplı mal ve hizmetler, kanunda sayılan sebeplerle sözleşmeye aykırı olan mal ve hizmetleri ifade eder (m. 8/1; m. 13/1). Kanun'da sözleşmeye aykırılık, bir üst kavram olarak kullanılmış; ayıplı ifa ise sözleşmeye aykırılığın bir görünüm biçimi olarak düzenlenmiştir⁹⁴⁷. Ayıplı ifa dışındaki diğer sözleşmeye aykırılık halleri ise TKHK m. 83/1 hükmünden hareketle TBK hükümlerine tabidir⁹⁴⁸. Ancak bu durumda ifa engellerine ilişkin TBK hükümlerinin, tüketici hukukunun amacı ve özellikleri dikkate alınarak uygulanması gerekir⁹⁴⁹.

⁹⁴⁷ Aydoğdu, 2014, s. 32.

⁹⁴⁸ TKHK, TBK'ya göre özel hüküm (*lex specialis*) niteliğindedir. Öz, 2016, s. 178.

⁹⁴⁹ Sirmen'e göre uygulanacak genel hüküm, tüketici hukukunun amaç ve özellikleriyle çatışıyorsa hâkim, bir hukuk boşluğu olduğundan hareketle TMK m. 1 uyarınca hukuk yaratma yoluna başvurulmalıdır. Sirmen, 2013, s. 2471.

B. Sözleşmeye Uygunluğun TKHK'deki Ayıptan Ari İfayla Özdeşleştirilebileceği

Dijital içerik ve hizmetlerin TKHK'de mal olarak sınıflandırılması nedeniyle ayıplı mal hükümlerinin daha yakından incelenmesi gerekir. TKHK'deki ayıplı mallara ilişkin hükümlerin kaynağını, büyük ölçüde o dönem AB'nin yürürlükte olan 99/44 sayılı Tüketici Mallarının Satışına İlişkin Direktif oluşturmaktadır. Direktif'in ikinci maddesine göre satıcı, malları sözleşmeye uygun şekilde tüketiciye teslimle yükümlüdür. Sözleşmeye uygun teslimin, hiç ifa etmeme ile ifanın zamanını ilgilendiren temerrüt hâlini kapsayıp kapsamadığı tartışmalıdır⁹⁵⁰. Direktif'in üçüncü maddesinde, seçimlik hakların kullanılması için malların teslim edilmesinin bir ön şart olarak düzenlenmesi, kanaatimizce hem ifa etmeme hem de ifada gecikme hâlini sözleşmeye uygunluğun dışında bırakır⁹⁵¹. Nitekim 99/44 sayılı Direktif'in mehzazı niteliğindeki CISG'da hiç ifa etmeme ve temerrüdün, sözleşmeye uygunluk kapsamında değerlendirilmemesi de görüşümüzü destekler niteliktedir⁹⁵².

99/44 sayılı Direktif'e göre satıcının bildirdiği ve tarafların kararlaştırdığı nitelikler (*zikir ve vaat edilen vasıf*) ile o malda objektif olarak bulunması gereken özelliklerin (*lüzumlu vasıf*) varlığı durumunda mal, sözleşmeye uygun sayılır. Direktif'te sözleşmeye uygun ifa için öngörülen bu şartlar, tersten bir anlatımla TKHK'de ayıplı ifa kapsamında değerlendirilmiştir (m. 8-9) Benzer şekilde montaja ilişkin yükümlülükler bakımından da her iki düzenleme, birbiriyle aynı yönde hükümler içermektedir (bkz. **Tablo-2**). Dolayısıyla TKHK'deki ayıptan ari ifanın, 99/44 sayılı mehzaz Direktif'te yer alan sözleşmeye

⁹⁵⁰ Direktif'teki konseptin geç ifa ile hiç ifa etmeme dâhil her tür sözleşmeye aykırılığı kapsadığı yönündeki görüş için bkz. **Aydoğdu**, 2014, s. 34, 48. Ancak katıldığımız görüşe göre ifa etmeme ile ifada gecikme halleri 99/44 sayılı Direktif kapsamında yer almaz. **Capilli**, 2012, s. 164.

⁹⁵¹ Direktif m. 3: “*Satıcı, malların teslim edildiği anda var olan herhangi bir uygunsuzluktan dolayı tüketiciye karşı sorumlu olacaktır.*” Ayrıca ücretsiz onarım hakkıyla ayıpsız bir benzeriyle değiştirme hakkının temerrüt durumunda nasıl kullanılabileceği de bir muammadır. *Gümüş*, bu durumda yalnızca sözleşmeden dönme hakkının kullanılabileceği görüşündedir. **Gümüş**, 2014, s. 91.

⁹⁵² Bkz. § 2.II.A.

uygunlukla özdeşleştirilebileceği kanaatindeyiz⁹⁵³. Nitekim TKHK m. 9/1’de satıcı için malı “*satış sözleşmesine uygun olarak tüketiciye teslim*” yükümlülüğü öngörülmüştür⁹⁵⁴.

	99/44 sayılı Tüketici Mallarının Satışı ve İlgili Garantiler Direktifi	6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
	<i>Olumlu bir durum olarak sözleşmeye uygunluğun şartları düzenlenmiştir.</i>	<i>Olumsuz bir durum olarak ayıplı ifanın şartları düzenlenmiştir.</i>
Sözleşmeye uygun ifa	m. 2/1: “Satıcı, malları satış sözleşmesine uygun olarak tüketiciye teslimle yükümlüdür.”	m. 9/1: “Satıcı, malı satış sözleşmesine uygun olarak tüketiciye teslim etmekle yükümlüdür.”
Satıcının bildirdiği ve tarafların kararlaştırdığı nitelikler (zikir ve vaat edilen vasıf)	m.2/2/a: “Satıcı tarafından verilen tanıma uygunsa ve satıcının tüketiciye örnek veya model olarak sunduğu malların niteliklerine sahipse” m.2/2/b ⁹⁵⁵ : “Tüketicinin sözleşmenin akdedilmesi esnasında satıcıya bildirerek talep ettiği ve satıcının kabul ettiği herhangi bir özel amaca uygunsa”	m. 8/1: “taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması” m. 8/2: “satıcı tarafından bildirilen (...) niteliğe aykırı olan”
Malda objektif olarak bulunması gereken nitelikler (lüzumlu vasıf)	m. 2/2/d: “aynı tür mallarda normal kabul edilen ve malın niteliği göz önünde bulundurulduğunda ve özellikle reklam veya etiketleme yoluyla malın belirli özellikleri hakkında satıcı, üretici veya temsilcisi tarafından yapılan kamuya açık beyanlar dikkate alındığında tüketicinin makul olarak bekleyebileceği kalite ve performansı göstermesi” m.2/2/c: “aynı türden malların normalde kullanıldığı amaçlara uygun olması”	m. 8/1: “objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşıyamaması” m. 8/2: “Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda, internet portalında ya da reklam ve ilanlarında yer alan özelliklerinden bir veya birden fazlasını taşımayan” m. 8/2: “teknik düzenlemesinde tespit edilen niteliğe aykırı olan” m. 8/2: “muadili olan malların kullanım amacını karşılamayan, tüketicinin makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar”
Montaj yükümlülüğü	m. 2/5: “Kurulumun satış sözleşmesinin bir parçası olması ve malların kurulumunun satıcı tarafından veya onun sorumluluğu altında gerçekleştirilmesi durumunda, hatalı kurulumdan kaynaklanan herhangi bir uygunsuzluk, malların sözleşmeye uygunsuzluğu anlamına gelir. Aynı durum, ürünün tüketici tarafından kurulması ve yanlış kurulumun, kurulum talimatlarındaki bir eksiklikten kaynaklanması hâlinde de geçerlidir.”	m. 8/3: “Sözleşmeye konu olan malın, (...) montajının satıcı tarafından veya onun sorumluluğu altında gerçekleştirildiği durumlarda gereği gibi monte edilmemesi sözleşmeye aykırı ifa olarak değerlendirilir. Malın montajının tüketici tarafından yapılmasının öngörüldüğü hâllerde, montaj talimatındaki yanlışlık veya eksiklik nedeniyle montaj hatalı yapılmışsa, sözleşmeye aykırı ifa söz konusu olur.”

Tablo 2: Ayıplı mallara ilişkin TKHK hükümleriyle 99/44 sayılı Direktif hükümlerinin karşılaştırılması

⁹⁵³ **Aydoğdu**, 2014, s. 33; **Kahveci**, 2014, s. 83; **Kırca**, 2016, s. 153. CISG m. 35’teki sözleşmeye uygunluk kavramını, ayıptan arındırılmış ifayla özdeşleştiren görüş için bkz. **Temel**, 2015, s. 62. Direktif’teki sözleşmeye uygunluk kavramı, satım hukukundaki ayıplı olmama hâlinde daha geniştir. **Demir**, 2005, s. 29. 99/44 sayılı Direktif’le 4077 sayılı mülga Kanun hükümleri arasındaki ilişki için bkz. **Atamer/Micklitz**, 2009, s. 567 vd. 99/44 sayılı Direktif’i ilga eden 2019/771 sayılı Direktif’teki sözleşmeye uygunlukla ayıplı ifa kavramını özdeşleştiren görüş için bkz. **Atamer/Hermidas**, 2020, s. 53. Ayrıca bkz. **Gündoğdu**, 2020, s. 974.

⁹⁵⁴ Hükümün lafzı, ayıplı ifadan doğan sorumluluğunun hukuki niteliğinin “tekeffül”de değil, “ifa teorisi”nde aranması gerektiğine dair zımni bir kabulü de içerir. **Gümüş**, 2014, s. 93.

⁹⁵⁵ 99/44 sayılı mehz Direktif’teki özel kullanım amacına uygunluk düzenlemesine TKHK’de yer verilmemiştir. **Kırca**, 2016, s. 168. Ne var ki taraflar, bu hususu sözleşmeyle kararlaştırabilir.

TKHK'deki ayıptan arı ifa durumu, Direktif'teki “*sözleşmeye uygunluk*” kavramıyla özdeşleştirilebilir; “*sözleşmeye aykırılık*”la değil. Çünkü sözleşmeye aykırılık çatısı altında, yalnızca ifanın konusunu ilgilendiren sözleşmeye uygunluğun bulunmaması değil, aynı zamanda temerrüt ve hiç ifa etmeme hâlleri de bulunmaktadır⁹⁵⁶. Başka bir deyişle sözleşmeye aykırılık, sözleşmeye uygunluğun bulunmamasını da kapsayan daha üst bir kavram mahiyetindedir. Bu noktada her ne kadar ayıplı ifa altında düzenlenmişse de temerrüde ilişkin TKHK m. 8/3 hükmünün, ayıplı ifanın mantığıyla uyuşmadığı ve bu nedenle “*sapkın kaya*” olarak yorumlanması gerektiği yönündeki görüşe katılıyoruz⁹⁵⁷. Zira temerrüdün ne sözleşmeye uygunluk ne de ayıplı ifayla uyuşan bir tarafı vardır⁹⁵⁸. Temerrütle ifanın zamanına ilişkin menfaatler korunurken, ayıplı ifayla sözleşmenin konusuna dair menfaatlerin muhafazası amaçlanmıştır⁹⁵⁹. Dolayısıyla temerrüdü, ayıplı ifa kapsamında değerlendirmiyor ve ayıplı ifayla sözleşmeye aykırı ifayı eş tutan görüşe katılamıyoruz⁹⁶⁰.

Özdeşleştirilebilir görünmekle birlikte TKHK'deki ayıplı ifanın, sözleşmeye uygunluk çatısında yer alan tüm ifa engellerini kapsayıp kapsamadığı tartışmalıdır. Öyle ki maddi ayıp ve hukuki ayıp ile montaj yükümlülüğüne ilişkin hususlar TKHK m. 8'de açıkça düzenlenmesine rağmen aliud ile eksik ve fazla ifa açısından sarıh bir hükme yer verilmemiştir. Benzer muğlaklık zapttan doğan sorumluluk için de geçerlidir. Yani mesele, sözleşmeye uygunluk kapsamında değerlendirilen aliud, eksik ve fazla ifa ile zapt sorumluluğunun, TKHK'deki ayıplı ifa kapsamında yer alıp almadığıdır. Bu kapsamda

⁹⁵⁶ Bkz. § 2.I.A.

⁹⁵⁷ Sapkın kaya, bulunduğu yere ait olmayan kaya olarak tanımlanmaktadır. Görüşün detayları için bkz. **Erkan**, 2017, s. 300. Netice olarak satıcının temerrütten doğan sorumluluğunun, TKHK'de düzenlenmediği sonucuna varılmalıdır. **Kırca**, 2016, s. 173. İfa engelleri sistematığındaki bu sapma, TKHK'deki ifa engelleri sistematığını Türk Borçlar Kanunu'na da yaklaştırmış değildir. **Zevkliler/Özel**, 2016, s. 146; **Aydın Ünver**, 2020, s. 879. Çünkü TBK'daki ifa engelleri sistematığı; imkânsızlık, gereği gibi ifa etmeme ve temerrüt şeklindeki üçlü bir ayırım üzerine kuruludur. Ayıplı ifa ise hukuki niteliği itibarıyla bir gereği gibi ifa etmeme hâlidir. **Edis**, 1963, s. 25; **C. Yavuz**, 1989, s. 30-31. Yani ayıplı ifanın hukuki niteliği tekeffüle değil ifaya dayanır. **Gümüş**, 2014, s. 93.

⁹⁵⁸ **Çabri**, 2016, s. 181; **Kırca**, 2016, s. 172; **Zevkliler/Özel**, 2016, s. 149; **Erkan**, 2017, s. 300; **Akipek Öcal/Kara**, 2021, s. 65. Aksi yöndeki görüş için bkz. **Aydoğdu**, 2014, s. 48.

⁹⁵⁹ **Kırca**, 2016, s. 172. “*Borçlunun temerrüdünün ayıplı ifaya eş değer tutulması, ayıptan sorumluluğun temel ilkelerine aykırıdır*” **Çabri**, 2016, s. 181. Bir görüşe göre tüketici, temerrüt hâlinde TKHK'deki ayıplı ifa hükümlerine veya TBK'daki temerrüt hükümlerine başvurabilir. **Gümüş**, 2014, s. 92; **Aydoğdu**, 2016, Milli Şerh: m. 8, s. 212.

⁹⁶⁰ **Aydoğdu**, TKHK'deki ayıplı ifa kavramıyla CISG'daki sözleşmeye aykırı ifayı birbirine eş durumlar olarak kabul etmektedir. **Aydoğdu**, 2014, s. 40.

TKHK'nin me hazı olan 99/44 sayılı Direktif ile bunun me hazı olarak kabul edilen CISG esas alınarak bir yorum geliştirilebilir.

Mehaz zincirinde yer alan düzenlemelerden CISG'a göre aliud da eksik ifa da sözleşmeye uygunluk kapsamında değerlendirilmektedir⁹⁶¹. Aynı sonuç, 99/44 sayılı Direktif bakımından da geçerlidir⁹⁶². Dolayısıyla me haz düzenlemelerde sözleşmeye uygunluk kapsamında değerlendirilen aliud ile eksik ifaya ilişkin durumların TKHK'de, sözleşmeye uygunlukla özdeşleştirilen ayıplı ifa kapsamında yer aldığı kabulü, makul ve mantıklı görünmektedir⁹⁶³. Eksik ifa bakımından, 4077 sayılı mülga Kanun'da yalnızca “*niteliği etkileyen nicelik*” eksikliklerinin ayıp çerçevesinde değerlendirilmesi nedeniyle aynı yorumun 6502 sayılı TKHK açısından da geçerli olabileceği düşünülebilir⁹⁶⁴. Dolayısıyla bu yorumun kabulü hâlinde her tür eksik ifa değil, niteliği etkileyen nicelik eksiklikleri, ayıplı ifa kapsamında değerlendirilecektir. Öte yandan özellikle CISG bakımından fazla ifanın her durumda uygunluk eksikliğine yol açıp açmayacağı net değildir⁹⁶⁵.

Zapttan doğan sorumluluk konusunda da benzer bir yorum geliştirilebilir. Öyle ki CISG'da ayıbın bir türü olarak kabul edilen hukuki ayıpla zapttan doğan sorumluluk arasında bir fark gözetilmemekte, her ikisi de sözleşmeye uygunluk kapsamında ele alınmaktadır⁹⁶⁶. 99/44 sayılı Direktif bakımından ise bu kadar net bir sonuca varmak mümkün değildir⁹⁶⁷. Türk Hukukunda bir görüş, zapttan doğan sorumluluğa, TKHK m. 83/1'den hareketle TBK'daki satış sözleşmesinin zapt hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunmaktadır⁹⁶⁸. Ancak bu görüşe katılmıyoruz. Çünkü Direktif'in de me hazını teşkil eden CISG hükümlerinde, TBK'dan ayrılan bir ifa engelleri sistemiği benimsendiği göz önüne alındığında, zapttan

⁹⁶¹ Bkz. § 2.III.B.2 ve § 2.III.B.3. Ayrıca bkz. **Aydoğdu**, 2014, s. 43.

⁹⁶² **Aydoğdu**, 2014, s. 46.

⁹⁶³ **Aydoğdu**, 2016, Milli Şerh: m. 8, s. 207, 210. *Zevkliler* ve *Özel*, eksik ve fazla ifanın, ayıplı ifa kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucunu, TKHK m. 9'daki satıcının sözleşmeye uygun mal teslimi yükümlülüğünden çıkarmaktadır **Zevkliler/Özel**, 2016, s. 150, 154.

⁹⁶⁴ “*Niteliği etkileyen nicelik*” eksikliğine ilişkin ifade, TKHK'de bulunmamakla birlikte TBK m. 219, CISG ve 99/44 sayılı Direktif'te yer alan hükümlerin yorumundan hareketle aynı sonucun TKHK açısından da kabul edilebileceği hakkında bkz. **Aydoğdu**, 2014, s. 44; **Gümüş**, 2014, s. 85-86; **Aslan**, 2015, s. 125.

⁹⁶⁵ Bkz. § 2.III.B.3.

⁹⁶⁶ Bkz. § 2.III.B.1. Ayrıca bkz. **Aydoğdu**, 2014, s. 35.

⁹⁶⁷ **Aydoğdu**, 2014, s. 35.

⁹⁶⁸ Bazı Yargıtay kararlarında bu yaklaşım benimsenmiştir. Bkz. **Aslan**, 2015, s. 123.

doğan sorumluluğun da ayıplı ifaya ilişkin hükümler kapsamında mütalaa edilmesi gerekir⁹⁶⁹.

Neticede, temerrüde ilişkin m. 8/3 hükmü dışında TKHK'deki ayıplı ifaya ilişkin hükümlerin, 99/44 sayılı Direktif ile CISG'daki sözleşmeye uygunluk kavramıyla örtüştüğü sonucuna varılabilir⁹⁷⁰. TKHK'nin ayıplı mallar başlıklı bölümünde, satıcının malı sözleşmeye uygun teslimi yükümlülüğünün öngörülmesi de Yargıtay ve istinaf mahkemelerinin ayıplı ifayı değerlendirirken *-hukuki bir terim olarak kullanılmasa da-* sözleşmeye uygunluk ifadesine başvurması da bu örtüşmeyi teyit etmektedir⁹⁷¹. Bu sonuç, özellikle maddi ayıp ve hukuki ayıp ile bir ifaya yardımcı yan yükümlülük olarak montaj yükümlülüğü bakımından nettir. Sözleşmeye uygunluğun kapsadığı diğer ifa engelleri olan aliud, eksik ve fazla ifa ile zapttan doğan sorumluluk konularında ise tartışmalar olmakla birlikte kanaatimizce bu ifa engelleri de TKHK'nin ayıplı ifaya ilişkin hükümleri kapsamında değerlendirilebilir. Dolayısıyla Kanun'da *“ayıplı ifa”* olarak kabul edilen durumlarla 99/44 sayılı Direktif'te *“sözleşmeye uygunluk”* kapsamında yer alan ifa engellerinin lafzen farklı olmakla birlikte birbiriyle özdeşleştirilebileceği düşüncesindeyiz.

III. DİJİTAL İÇERİK VE HİZMETLERİN AYIPLI İFASINDAN DOĞAN SORUMLULUK

TKHK'de normatif olarak mal kategorisine dâhil edilmesi nedeniyle dijital içerik ve hizmetlerdeki ayıp sorumluluğunun, ayıplı mallara ilişkin hükümler (m. 8 vd.) üzerinden incelenmesi gerekir⁹⁷². TKHK'nin ayıplı mallara ilişkin hükümleri, satış sözleşmesi üzerinden düzenlenmiş olmakla birlikte eser sözleşmesi gibi mal sağlama amacı taşıyan

⁹⁶⁹ Aslan, 2015, s. 123; Aydoğdu, 2016, Milli Şerh: m. 8, s. 205.

⁹⁷⁰ Aydoğdu, 2014, s. 48.

⁹⁷¹ “Uyuşmazlık, taraflar arasındaki sözleşme uyarınca davalı/birleşen dosya davacısı Y.Y. tarafından yazılımın *sözleşmeye uygun* yapılıp yapılmadığı, sözleşmeden kaynaklanan edimlerin tam ve eksiksiz yerine getirip getirilmediği, bu kapsamda davacının, davalı/birleşen dosya davacısı Y.Y. alacaklı olup olmadığı hususunda”dır. İstanbul BAM 15. HD, 01.03.2022, E. 2022/114, K. 2022/405 (UYAP). “Somut olayda, davacı iş sahibi, davalı yüklenici ile evine... marka PVC yapılması hususunda anlaştıklarını fakat yapılan PVC'lerin numuneden farklı olup... marka olmadığını dolayısıyla ayıplı ürün yapıldığını iddia etmiş; davalı yüklenici ise *sözleşmeye uygun* PVC yaptıklarını bu nedenle davanın reddini talep etmiştir” Yargıtay 15. HD. 28.02.2017, E. 2016/711 K. 2017/826 (Lexpera). Benzer yönde bkz. Yargıtay 3. HD, 17.01.2022, E. 2021/7116 K. 2022/36 (Lexpera); Yargıtay 13. HD, 10.4.2019, E. 2016/27702 K. 2019/4817 (Kazancı). Alıntılardaki vurgular bana aittir.

⁹⁷² TKHK'de düzenlenen bir başka ayıp sorumluluğu ise garantili mallardaki ayıptan doğan sorumluluktur (m. 56). Hangi mallar bakımından garanti belgesi düzenlenmesinin zorunlu olduğu, Garanti Belgesi Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir (RG: 13.06.2014; 29029). Ancak Yönetmelik'in ekinde yer alan listede dijital içerik ve hizmet türlerinden birinin bulunmaması sebebiyle bu meseleye değinilmemiştir.

diğer sözleşmelere de uygulanabilir⁹⁷³. Yani bu hükümler, sözleşmenin tipinden bağımsız şekilde kural olarak dijital içerik ve hizmetlerin konu edildiği -*isimli veya isimsiz*- her tip sözleşme ilişkisine uygulanabilir. Çalışmanın sınırları dışında kalması itibariyle dijital içerik ve hizmetlerin konu edildiği tüketici sözleşmelerinin hukuki niteliğine değinilmemiştir⁹⁷⁴.

Dijital içerik ve hizmetler, TKHK’de özel olarak düzenlenen tüketici sözleşmelerinin konusunu da oluşturabilir. Bunlara dair sözleşmelerin, uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle satıcı ile tüketicinin eş zamanlı fizikî varlığı olmaksızın kurulması hâlinde bir mesafeli sözleşme gündeme gelir. Tüketicinin, akıllı televizyonunda izlemek üzere internetten bir film kiralaması durumunda mesafeli bir sözleşme kurulmuştur. Satıcının dijital içerik veya hizmetin teminini, sürekli veya dönemli edim olarak borçlanması durumundaysa bir abonelik sözleşmesinin varlığından bahsedilir. Tüketicinin, *Exxen*’den faydalanmak üzere akdettiği sözleşme, kanaatimizce abonelik sözleşmesi mahiyetindedir. Dijital içerik ve hizmetlerin, iş yeri dışında kurulan bir sözleşmeye konu edilmesi de mümkündür⁹⁷⁵. Anılan tüketici sözleşmeleri, TKHK ile bunlara dair yönetmeliklerdeki özel bazı hükümlere konu edilmekle birlikte bu düzenlemelerde ayıptan doğan sorumluluk bakımından TKHK m. 8 vd. hükümlerinden ayrılmayı gerektiren bir duruma yer

⁹⁷³ **İnceoğlu**, 2015, s. 155; **Öz**, 2016, s. 176. Bu husus, TKHK m. 2 ve m. 3/1’den çıkarılabilir. **Gümüş**, 2014, s. 9; **Akıpek Öcal**, 2016, Milli Şerh: m. 3, s. 57-58; **Tüzüner**, 2016, Milli Şerh: m. 1, s. 37. Ayrıca bkz. **Ozanoğlu**, 2001, s. 66.

⁹⁷⁴ Dijital içerik ve hizmetlerin konu edildiği sözleşmelerin hukuki niteliğine ilişkin bkz. **Yıldırım**, 1998, s. 154; **Erişgin**, 1999, s. 220; **Şahan**, 2016, s. 119; **Gündoğdu**, 2020, s. 969-972; **Tunç**, 2020, s. 30 vd. İstinaf mahkemesi, bir şirketin araç kiralama hizmetlerini tedarikçileri vasıtasıyla internet üzerinden gerçekleştirmek için başka bir şirkete yazılım ürettirmesini eser sözleşmesi olarak nitelendirmiştir. Bu karar, tüketici işlemine dair olmasa da ihtiyaca özgü geliştirilen (*tailor-made*) dijital ürün sözleşmelerinin eser sözleşmesi olarak nitelendirilebileceğini göstermesi açısından önemlidir. İstanbul BAM 15. HD, 01.03.2022, E. 2022/114, K. 2022/405 (UYAP). Aynı yönde bkz. İstanbul BAM 15. HD, 27/11/2018, E. 2017/1241, K. 2018/1559 (UYAP); İstanbul BAM 15. HD, 28.12.2017, E. 2017/621, K. 2017/1006 (UYAP). İngiliz Hukukunda bu sözleşmelerin, satış ve lisans sözleşmelerinin edimlerini içeren *sui generis* bir sözleşme olarak kabul edildiği yönünde içtihatlar bulunmaktadır. **Bradgate**, 2010, par. 106. Alman Hukukunda bu sözleşmelerin hukuki niteliğine ilişkin bir düzenleme yapılmamış; mesele yargı kararlarına bırakılmıştır. **Deutscher Bundestag**, 2021, 19/27653, s. 24.

⁹⁷⁵ Firma satış personelinin, tüketicinin evine gelerek orta öğretime giden çocukları için internet üzerinden faydalanabileceği canlı ders paketini maddi ortam üzerinden (CD/DVD vb.) satmasına dair hukuki işlem, istinaf mahkemesi tarafından iş yeri dışındaki dijital içerik satışı olarak nitelendirilmiştir. Mahkeme, TKHK m. 47 ile İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler Yönetmeliği’ndeki cayma hakkının usulüne uygun şekilde kullanılıp kullanılmadığının tespiti için ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına hükmetmiştir. Gaziantep BAM 13. HD, 22.11.2017, E. 2017/2610, K. 2017/2704 (UYAP). Benzer yönde bkz. Ankara BAM 3. HD, 06.07.2022, E. 2021/980, K. 2022/1873 (UYAP); İzmir BAM 13. HD, 18.12.2018, E. 2018/541, K. 2018/2474 (UYAP).

verilmemiştir⁹⁷⁶. Dolayısıyla özel tüketici sözleşmelerine konu edilse dahi dijital içerik ve hizmetlerde ayıptan doğan sorumluluk için TKHK hükümlerine başvurulması gerekir.

A. Ayıp Kavramı ve Çeşitleri

Sözleşme konusu dijital içerik veya hizmetle ilgili olarak satıcının bildirdiği veya tarafların kararlaştırdığı (*zikir ve vaat edilen vasıf*) ya da objektif olarak o dijital içerik veya hizmette bulunması gereken özelliklerde (*lüzumlu vasıf*) eksiklik olması durumunda ayıp gündeme gelir⁹⁷⁷. Bu eksiklikler, alıcının sözleşme konusu dijital içerik veya hizmetten tamamen veya gerektiği gibi yararlanmasını engellemektedir⁹⁷⁸. Zikir ve vaat edilen vasıf ile lüzumlu vasıftaki eksiklikler, malın (i) maddi, (ii) ekonomik veya (iii) hukuki durumuna ilişkin olabilir.

(i) Maddi ayıp; malın fiziki yapısındaki bozulma, yırtılma, kırılma, çatlama ile malın özelliklerindeki çeşitli eksiklikleri ifade eder⁹⁷⁹. Fiziki ayıp, dijital içerik veya hizmetin ancak CD/DVD gibi maddi bir vasıtayla temin edilmesi hâlinde ortaya çıkabilir. Maddi vasıtanın kırık, çizik ya da çatlak olması bu duruma örnek teşkil eder. Bunun dışında, gayri maddi mahiyette olmaları nedeniyle dijital içerik ve hizmetler bakımından fiziki bir ayıbın gündeme gelmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz⁹⁸⁰.

⁹⁷⁶ Mesafeli sözleşmeler için bkz. TKHK m. 48; Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği (RG: 27.11.2014, 29188). Abonelik sözleşmeleri için bkz. TKHK m. 52; Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği (RG: 24.01.2015, 29246). İş yeri dışında kurulan sözleşmeler için bkz. TKHK m. 47; İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler Yönetmeliği (RG: 14.01.2015, 29236). Dijital içerik ve hizmetlerin bu tür sözleşmelere konu edilmesi durumunda; satış yapacaklarda aranacak nitelikler, sözleşmenin şekli, tüketicinin bilgilendirilmesi ve cayma hakkının kullanımı gibi hâller için anılan hükümlere başvurulması gerekir.

⁹⁷⁷ Yaygın görüşe göre ayıp, zikir ve vaat edilen vasfa aykırılık ile lüzumlu vasfa aykırılık şeklinde gerçekleşebilir. TBK'dan mülhem bu ayırım, TKHK'de de aynen benimsenmiştir. **Gümüş**, 2014, s. 84; **Zevkliler/Özel**, 2016, s. 151. *Çabri*'ye göre TKHK m. 8 hükmünde ayıba dair çeşitli ihtimallere yer verilse de tanım olarak Türk Borçlar Kanunu'ndan ayrılmayı gerektiren bir durum söz konusu değildir. **Çabri**, 2016, s. 171. Kanaatimizce bu ayırım, aynı zamanda 2019/770 sayılı Dijital İçerik Direktifi'yle 2019/771 sayılı Mal Satış Direktifi'ndeki sübjektif – objektif şartlar ayırımına karşılık gelmektedir. Buna göre zikir ve vaat edilen vasıf, sübjektif şartları işaret ederken lüzumlu vasıf, objektif şartlara denk düşmektedir. 99/44 sayılı Direktif ile TKHK hükümleri bakımından da benzer bir durum söz konusudur. **Aydoğdu**, 2016, Milli Şerh: m. 8, s. 201.

⁹⁷⁸ **Zevkliler/Özel**, 2016, s. 150.

⁹⁷⁹ **C. Yavuz**, 1989, s. 60; **Kapancı**, 2012, s. 12-13; **Gümüş**, 2014, s. 90; **Aslan**, 2015, s. 122; **Aydoğdu**, 2016, Milli Şerh: m. 8, s. 196; **N. Yavuz**, 2016, s. 43; **Zevkliler/Özel**, 2016, s. 156.

⁹⁸⁰ Yazılımdaki fonksiyonelliğe dair hataların, maddi ayıba neden olacağı hakkındaki görüş için bkz. **Akikol**, 2008, s. 142.

(ii) Ekonomik ayıplar, tüketicinin maldan beklediği faydayı veya verimi azaltan ya da malın ekonomik değerini düşüren eksiklikleri ifade eder⁹⁸¹. Bir bilgisayar programının; işletim sistemiyle uyumsuzluğu, çalışma hızının düşüklüğü, virüs içermesi veya ara yüzündeki bozukluklar, ekonomik ayıba örnek gösterilebilir⁹⁸². Benzer şekilde, bir dijital video platformunun hatalı şekilde kodlanması veya gereği gibi test edilmemesi nedeniyle uygulamanın ara yüzünde veya video oynatıcı modülünde yaşanan problemler de bu türden ayıplardandır.

Yukarıda açıklandığı üzere eksik ifa, TKHK’de ayıplı ifa olarak kabul edilmiştir⁹⁸³. Kanaatimizce bu hâl, bir maddi ya da ekonomik ayıp türü olarak kabul edilebilir. Zira bu durumda taraflarca kararlaştırılan veya objektif olarak o dijital içerik veya hizmette bulunması gereken miktarda bir eksiklik söz konusudur. Örneğin *Spotify* ya da *Apple Music* gibi bir dijital müzik hizmetinin, abonelerine bildirdiği müzik kütüphanesinin (*music library*) tamamını sunmaması durumunda miktarda eksiklik vardır. Yine *Google Drive* gibi bir bulut bilişim hizmetinin, bildirilen depolama kapasitesini sağlamaması da (örneğin yüz *gigabyte* yerine on *gigabyte* sağlanması) bir eksik ifa teşkil eder. Benzer şekilde aynı kategori ve pazarda yer alan diğer dijital video platformları, eş zamanlı olarak beş kullanıcının hizmetten faydalanmasına imkân sağlarken, sözleşmeye konu dijital hizmetin yalnızca iki kullanıcıya izin vermesi, miktarda eksiklik ve ayıba neden olur.

(iii) Hukuki ayıp, tüketicinin maldan faydalanmasını sınırlayan hukuki kısıtlamaların bulunmasını ifade eder⁹⁸⁴. Dijital içerik veya hizmetler bakımından tipik hukuki ayıp hallerinden biri, üçüncü kişilerin haklarının ihlâli nedeniyle yazılımın kullanımının bloke edilmesidir. Mesela ikinci el olarak alınan bir yazılımın lisanssız çıkması durumunda tüketici, yazılımın kullanımına ilişkin çeşitli sınırlamalarla karşılaşacağından hukuki ayıp

⁹⁸¹ C. Yavuz, 1989, s. 60; Kapancı, 2012, s. 13; Aydoğdu, 2016, Milli Şerh: m. 8, s. 199; Zevkliler/Özel, 2016, s. 157.

⁹⁸² Yıldırım, 1998, s. 151-152; Zevkliler/Özel, 2016, s. 158.

⁹⁸³ bkz. § 6.II.B.

⁹⁸⁴ C. Yavuz, 1989, s. 62; Zevkliler/Özel, 2016, s. 157. Hukuki ayıbın yalnızca kamu hukukundan kaynaklanan yasaklama ve sınırlamalarla mümkün olabileceği görüşü için bkz. Gümüş, 2014, s. 91; Aydoğdu, 2016, Milli Şerh: m. 8, s. 198. Ancak yukarıda ifade edildiği üzere TKHK’de, zapttan doğan sorumlulukla hukuki ayıp arasında bizce bir fark bulunmamaktadır. Bkz. § 6.II.B. Bilgisayar programlarındaki teknik sınırlamaların, hukuki ayıp teşkil edip etmeyeceği konusunda ayrıca bkz. Yıldırım, 2003, s. 575.

gündeme gelecektir⁹⁸⁵. Bir başka örnekte, kullanılması yasaklanmış bir bilgisayar oyununun veya diğer bir dijital ürünün satılması hâlinde de bir hukuki ayıp söz konusudur.

B. Ayıptan Doğan Sorumluluğun Şartları

Satıcının ayıptan doğan sorumluluğu kusura dayanmamakta; satıcının kusuru, tazminat gibi yalnızca ayıbın bazı sonuçlarını etkilemektedir⁹⁸⁶. Sorumluluğun doğması için satıcının ayıptan haberdar olması da şart değildir⁹⁸⁷. TKHK kapsamında ayıptan doğan sorumluluğun bulunması için öncelikle ifanın gerçekleştirilmiş olması, yani dijital içerik veya hizmetin tüketiciye temin edilmiş olması gerekir. Zira ancak bu durumda sözleşme konusunun ayıplı olup olmadığı değerlendirilebilecektir. Bu ön şarta ilaveten sorumluluğun doğması için dijital içerik veya hizmetin ayıplı olması ile tüketicinin ayıptan haberdar olmaması şartlarının bir arada bulunması icap eder.

4077 sayılı Kanun'un aksine 6502 sayılı TKHK'de gözden geçirme (muayene)⁹⁸⁸ ve bildirim⁹⁸⁹ külfetleri kaldırılmıştır. Dolayısıyla bunların birer şart olarak değerlendirilmesi gerekmez. Tüketici lehine nispi emredici hükümler içermesi nedeniyle TKHK'de ayıp sorumluluğunu sınırlandıran veya ortadan kaldıran anlaşmalara cevaz verilmemiştir. Dolayısıyla bu hususun da ayrı bir şart olarak incelenmesine ihtiyaç yoktur⁹⁹⁰. Ayıplı malın

⁹⁸⁵ İstinaf mahkemesine konu edilen bir olayda, yetkili servisçe yapılan bakım esnasında gerçek kişiden edinilen yazılımın sahte olduğu belirlenmiş ve yazılımın kullanımı bloke edilmiştir. İstanbul BAM 14. HD, 23.12.2021, E. 2019/1575, K. 2021/1655 (UYAP). Yazılımın kullanımının üçüncü kişilerin haklarını ihlâl etmesi, İsviçre Hukukunda da hukuki ayıp olarak mütalaa edilmektedir. **Straub**, 2009, s. 244.

⁹⁸⁶ **Edis**, 1963, s. 21-22; **C. Yavuz**, 1989, s. 33. Sözleşmeye uygunluğun bulunmaması hâli, 99/44 sayılı mehz Direktif'te de kusurdan bağımsız olarak gerçekleşir. **Kırca**, 2016, s. 156.

⁹⁸⁷ **Zevkliler/Özel**, 2016, s. 162. Bu husus, açıkça TKHK'de düzenlenmemekle birlikte m. 9/1 hükmünden kolaylıkla çıkarılabilmektedir. **Zevkliler/Özel**, 2016, s. 165. Ayrıca bkz. TBK m. 219/2: "*Satıcı, bu ayıpların varlığını bilmesine bile onlardan sorumludur.*"

⁹⁸⁸ Gözden geçirme külfetindeki durum, bildirim külfetindeki kadar net değildir. TKHK'nin gerekçesinde bu yönde bir ifadeye yer verilmemiştir. Ancak 6502 sayılı TKHK'nin dayandığı AB düzenlemelerinden hareketle yapılacak yorum, gözden geçirme külfetinin de bulunmadığı sonucuna ulaştırmaktadır. **Atamer/Baş**, 2014, s. 32; **Gümüş**, 2014, s. 96-97. Benzer şekilde gözden geçirme ve bildirim külfetlerinin birbirini tamamlayıcı nitelikte olması nedeniyle birindeki eksikliğin diğerini anlamsız kılmasından hareketle gözden geçirme külfetinin de zımnen kaldırıldığı sonucuna ulaşılmaktadır. **Çabri**, 2016, s. 199. Ayrıca bkz. **Aydoğdu**, 2016, Milli Şerh: m. 9, s. 217.

⁹⁸⁹ **Gümüş**, 2014, s. 96. 4077 sayılı TKHK'de yer alan 30 günlük ihbar süresi, 6502 sayılı TKHK'de yer almamıştır. TKHK m. 10'un gerekçesinde durum şöyle açıklanmıştır: "*Ayıplı malda tüketicinin seçimlik haklarından faydalanabilmesi için ayıbı belirli bir süre içinde ihbar etmesi yükümlülüğü kaldırılmıştır.*" Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı, 2013, s. 16. Buna göre tüketicinin seçimlik hakkını kullanması, ayıbın ihbarı anlamına gelir. **Zevkliler/Özel**, 2016, s. 169. Tüketicinin seçimlik hakları bakımından zamanaşımı sınırı ise her halükârda geçerliliğini korumaktadır.

⁹⁹⁰ TKHK'de bu meseleyi doğrudan düzenleyen bir hüküm bulunmaması, TKHK m. 83/1 uyarınca TBK hükümlerine başvurulmasını gerektirmez. Zira TKHK hükümleri nispi emredici nitelikte olup tüketicinin aleyhine yapılan anlaşmaları geçersiz kılar. Ayrıca böyle bir anlaşma, TKHK m. 5 uyarınca haksız şart

satışı durumunda, ayıba ilişkin açıklayıcı bilginin eklenmesi zorunluluğunu öngören TKHK m. 10/3 hükmü ise ayıp sorumluluğunun sözleşmeyle sınırlandırılmasına ilişkin değil, ispat yükü ve tüketicinin ayıptan haberdar olmasına dair bir hükümdür⁹⁹¹.

Ayıbın önemli olmasının, sorumluluğun bir şartı sayılıp sayılmayacağı konusu öğretide tartışmalıdır. Bir görüş, ayıptan doğan sorumluluk için ayıbın önemli olması gerektiğini savunur⁹⁹². Buna göre tüketici, ancak önemli bir ayıbın varlığı hâlinde seçimlik haklarını kullanabilir. Diğer bir görüş ise TBK m. 219'un aksine TKHK m. 8/3'te ayıbın önemli olması şartına yer verilmemesi nedeniyle bu şartın bulunmadığını ileri sürer⁹⁹³. Önemlilik şartı, kanun koyucunun iradesiyle ortadan kaldırılmış ve ayıp kavramı tüketici lehine genişletilmiştir⁹⁹⁴. Ayıbın önemli olması, kanaatimizce sorumluluğun kurucu şartı olmayıp yalnızca kullanılacak seçimlik hakların türünü tayin eder. Örneğin önemsiz bir ayıp hâlinde tüketicinin dönme hakkını kullanması mümkün değildir⁹⁹⁵. Ancak bu durumda, bedelde indirim veya ücretsiz onarım hakkından tüketiciyi mahrum bırakmak da isabetli olmayacağından ayıbın önemliliğini, sorumluluğun şartları bakımından değil, seçimlik haklar yönünden ayrı ayrı değerlendirmek gerekir⁹⁹⁶.

1. Ön şart: Dijital içerik veya hizmetin temin edilmiş olması

İfa gerçekleşmeden malın ayıplı olup olmadığı anlaşılamayacağından ayıp sorumluluğu için ön şart, ifanın gerçekleşmiş olmasıdır⁹⁹⁷. Nitekim TKHK m. 8/1'de satıcıya, malın tüketiciye teslim edilmesi yükümlülüğü getirilmiş ve m. 9/1'de ayıplı malın, “*tüketicie teslimi anın*”da sözleşmeye aykırı mal olduğu hükme bağlanmıştır. TKHK'deki teslim kavramı, TBK

denetiminden de kurtulamayacaktır. Bilgi için bkz. **Aydoğdu**, 2016, Milli Şerh: m. 9, s. 229, 232; **Zevkliler/Özel**, 2016, s. 165 vd.; **Çürük**, 2020, s. 98. Aksi görüşü savunan **Aslan**, TKHK'nin garanti ve haksız şartlar düzenlemesi karşısında sorumsuzluk anlaşmasının uygulama alanın son derece sınırlı olduğunu savunur. **Aslan**, 2015, s. 146.

⁹⁹¹ Bu nedenle TKHK m. 10/3'ten hareketle ayıp sorumluluğunun sınırlandırılmasına ilişkin sözleşmelerin geçerli olabileceğine ilişkin bir yorumun isabetli olmadığı kanaatindeyiz. **Kahveci**, 2016, Milli Şerh: m. 10, s. 249; **Zevkliler/Özel**, 2016, s. 194.

⁹⁹² **Zevkliler/Özel**, 2016, s. 160.

⁹⁹³ **Atamer/Baş**, 2014, s. 26; **Aslan**, 2015, s. 136; **Aydoğdu**, 2016, Milli Şerh: m. 9, s. 223.

⁹⁹⁴ **Aslan**, 2015, s. 116-117, 130; **Aydoğdu**, 2016, Milli Şerh: m. 9, s. 223.

⁹⁹⁵ **Atamer/Baş**, 2014, s. 26. Nitekim 99/44 sayılı mehz Direktif'te de önemli olmayan ayıplarda dönme hakkının kullanılamayacağı düzenlenmiştir (m. 3/6).

⁹⁹⁶ Bkz. § 6.III.D.1.

⁹⁹⁷ **C. Yavuz**, 1989, s. 43; **Aslan**, 2015, s. 128; **Aydoğdu**, 2016, Milli Şerh: m. 9, s. 220; **Çabri**, 2016, s. 187. Bilgisayar programlarının konu edildiği hukuki işlemlerde, edimin konusu; teslim ve ayıptan sorumluluk gibi temel meselelerin çözümü için bir ön problem niteliğindedir. **Erişgin**, 1999, s. 221.

bakımından hasar ve yararın geçişine karşılık gelmektedir⁹⁹⁸. Yani ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine başvurulması için ayıbın, hasar ve yararın geçiş anında bulunması gerekir⁹⁹⁹.

Hasar ve yararın geçişine dair TKHK’de bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle niteliğine uygun düştüğü ölçüde TBK’nın satış sözleşmesindeki ilgili hükümlere başvurulur¹⁰⁰⁰. TBK m. 208’e göre hasar ve yararın geçişi, taşınırлар açısından zilyetliğin devri (m. 208/1 ve m. 208/2) ve teslim (m. 208/3), taşınmazlar açısından ise tescile (m. 208/1) bağlanmıştır. Ancak maddi bir vasıta ile sunulmadığı sürece dijital içerik ve hizmetler, TMK kapsamında ne taşınır ne de taşınmaz olarak kabul edilebilir. İnternet kullanımının yaygınlaşması ve bağlantı hızlarının artmasıyla dijital içerik ve hizmetler daha çok internet üzerinden indirilmeye başlanmış, bunların CD/DVD gibi araçlarla edinilmesi ise gölgede kalmıştır. Dolayısıyla tartışmanın odağında dijital yollarla edinilen dijital içerik ve hizmetler yer almaktadır.

Taşınır malların içeriği TMK m. 762’yle belirlenmiştir. Ancak bu hükümde TKHK’deki mal tanımında yer alan “*elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi mallar*” ifadesine benzer bir ifadeye yer verilmediği gibi dijital içerik ve hizmetlere ilişkin başka ifadeler de kullanılmamıştır. Dijital içerik ve hizmetler, bu hükümde, taşınabilen maddi şeyler dışında, kanunen taşınır olarak kabul edilen “*edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçler*”den de değildir. O hâlde CD/DVD gibi bir maddi vasıta ile tüketiciye sunulmadığı sürece dijital içerik ve hizmetlerin Türk Hukuku bakımından taşınır eşya olmadığı açıktır¹⁰⁰¹. Bunların TMK m. 704’te yer alan taşınmaz mülkiyetine konu edilemeyeceği de tartışmasız olduğundan dijital içerik ve hizmetlerin bir eşya olmadığı sonucuna ulaşılır¹⁰⁰². Dolayısıyla TKHK açısından hasar ve yararın geçişiyle ilgili başvuru TBK m. 208 hükmünün, dijital

⁹⁹⁸ Aydoğdu, 2016, Milli Şerh: m. 9, s. 224. Zevkliler ve Özel, doğrudan bu sonuca varmamakla birlikte TKHK’nın anılan hükümleriyle TBK’nın hasar ve yararın geçişine ilişkin hükümlerinin birbirine paralel olduğunu belirtmiştir. Zevkliler/Özel, 2016, s. 162.

⁹⁹⁹ C. Yavuz, 1989, s. 86; Kahveci, 2014, s. 238; Aydoğdu, 2016, Milli Şerh: m. 9, s. 224; Çabri, 2016, s. 188. Satıcı, yarar ve hasarın tüketiciye geçmesinden sonra “oluşan” ayıplardan sorumlu tutulamaz. Aydoğdu, 2016, Milli Şerh: m. 9, s. 226; Çabri, 2016, s. 189; Zevkliler/Özel, 2016, s. 162.

¹⁰⁰⁰ Aydoğdu, 2016, Milli Şerh: m. 9, s. 224.

¹⁰⁰¹ Maddi vasıta ile sunulsa dahi bilgisayar programlarının eşya olarak nitelendirilmesi sorundur. Zira bir şeyden faydalanma usulüyle, bunun hukuken nitelendirilmesi farklı şeylerdir. Erişgin, 1999, s. 242.

¹⁰⁰² Bilgisayar programlarının devrine ilişkin sözleşmelerde, şey tesliminden söz edilemez. Erişgin, 1999, s. 237 vd. Bilgisayar programlarını eşya olarak niteleyen görüş için bkz. Şahan, 2016, s. 69.

içerik ve hizmetler açısından uygulanabilir olmadığı kanaatindeyiz¹⁰⁰³. Zira kanun koyucunun, TMK m. 704 ve 762’de taşınmaz ve taşınır eşya türlerini sınırlı sayı prensibiyle belirlemesi karşısında dijital içerik ve hizmetlere, eşyaya ilişkin hükümleri kıyasen uygulamak, yorum kurallarını zorlama anlamına gelecektir¹⁰⁰⁴.

TBK’deki hasar ve yarara ilişkin hükümlerin dijital içerik ve hizmetlere uygulanamaması, meselenin çözümsüz kalmasına yol açmamalıdır. Kanaatimizce çözüm, TKHK’deki “*teslim*” kavramının geniş yorumlanmasında yatmaktadır. Nitekim TKHK’nin yalnızca satış sözleşmesine değil, tüketici işlemi olduğu sürece diğer sözleşme tiplerine de uygulanabilir olması, geniş yorumun dayanağını oluşturabilir¹⁰⁰⁵. Yani bize göre dijital içerik ve hizmetler açısından teslim, satıcının ifa yükümlülüğünü yerine getirmesi şeklinde yorumlanmalıdır.

Geniş yorum prensibi kabul edildiğinde, dijital içerik ve hizmetlere ilişkin sözleşmeler bakımından ifa yükümlülüğü içeriğinin tespitinde, çalışmanın önceki bölümlerinde de atıf yapılan ikili ayrımın dikkate alınması gerekir. Buna göre dijital içerik ve hizmetlerin CD/DVD gibi maddi vasıtalar aracılığıyla teslimi ile bunların internet ortamı gibi tüketiciye tamamıyla dijital ortamdan sunulması birbirinden ayrılmalıdır. İlk durum açısından bir problemle karşılaşılmaz. Zira bu durumda teslim, taşınır sıfatını haiz maddi vasıtanın zilyetliğinin tüketiciye devredilmesiyle gerçekleşmiş olacaktır.

Dijital ürünlerin, tamamen dijital yollarla sunulduğu hallerde ise satıcının, teslim edebileceği bir eşya bulunmamaktadır. Bu durumda, dijital içerik ve hizmetler açısından teslim, bunların tüketiciye temin edilmiş olması şeklinde anlaşılabilir¹⁰⁰⁶. Böylelikle, ani ve dönemli edim ihtiva eden sözleşmeler bakımından problem çözülmüş gibi görünmektedir. Mesela e-kitap dosyasının indirme linkinin tüketicinin erişimine sunulması durumunda teminin gerçekleştiği kabul edilebilir. Ancak bulut bilişim sözleşmelerinde olduğu gibi satıcının

¹⁰⁰³ Mülkiyetin nakline veya teslime ilişkin hükümler, dijital ürünlere ya hiç uygulanamaz ya da güçlükle uygulanabilir. **Bradgate**, 2010, par. 187; **Hojnik**, 2016, s. 80.

¹⁰⁰⁴ Şey olarak nitelendirilmemekle birlikte bilgisayar programlarına eşyaya ilişkin hükümlerin uygulanabileceği hakkındaki bir görüş için bkz. **Erişgin**, 1999, s. 232. Bilgisayar programlarına, duruma göre hak satışı ile ürün kirasına ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği yönündeki görüş için bkz. **Yıldırım**, 1998, s. 157. Ne var ki buna şüpheyle yaklaşılmalıdır. Hak satışı açısından mevzu bahis, dijital ürünün kullanma ve faydalanma hakkıysa bu durumda bilgisayar programı zaten lisans sözleşmesinin konusunu teşkil edecektir. Bilgisayar programının, kiracısına bir ürün sunması ise kanaatimizce pek mümkün değildir.

¹⁰⁰⁵ TKHK m. 2’de, Kanun’un her türlü tüketici işlemi kapsadığı ve TKHK m. 3/1’deki tüketici işleminin de her türlü sözleşme ve hukuki işlemi kapsadığı hüküm altına alınmıştır. **Akıpek Öcal**, 2016, Milli Şerh: m. 3, s. 57-58; **Tüzüner**, 2016, Milli Şerh: m. 1, s. 37.

¹⁰⁰⁶ **Faber**, 2019, s. 65; **Kurtulan Güner/Atamer**, 2022, s. 624. Teminin gerçekleşmesiyle hukuken olmasa da teknik bir hâkimiyet kurulmuş olur. **Erişgin**, 1999, s. 227-228.

sürekli edim üstlendiği sözleşmeler açısından teminin ne zaman gerçekleştiği sorusu, yürürlükteki normlarla hâlâ net olarak cevaplanabilmiş değildir. Dolayısıyla maddi varlığa sahip mallar açısından teslim karşılık gelen hususun, olması gereken hukuk bakımından dijital içerik ve hizmetler için detaylarıyla düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz¹⁰⁰⁷.

2. Dijital içerik veya hizmetin ayıplı olması

Dijital içerik veya hizmetin ayıplı olması, onun maddi, hukuki ya da ekonomik özelliklerindeki eksikliği ifade eder¹⁰⁰⁸. Söz konusu eksiklikler, satıcının bildirdiği ve tarafların kararlaştırdığı niteliklerde (*zikir ve vaat edilen vasıf*) olabileceği gibi dijital içerik veya hizmette objektif olarak bulunması gereken niteliklerde de (*lüzumlu vasıf*) gerçekleşebilir¹⁰⁰⁹. TKHK'ye göre aynı zamanda montajın gereği gibi yapılmaması veya montaj talimatlarındaki yanlışlıklar da ayıplı sayılır. Her ne kadar temerrüt hâli de TKHK'de ayıplı mal kapsamında değerlendirilmişse de yukarıda açıkladığımız¹⁰¹⁰ sebeplerle bunu ayıp sorumluluğu kapsamında incelemenin isabetli olmayacağı kanaatindeyiz.

a. Satıcının bildirdiği ve tarafların kararlaştırdığı niteliklerde ayıp (zikir ve vaat edilen vasıf)

Vasıf veya nitelik, bir malın durumunu belirten, onu diğer mallardan ayırmaya yarayan ve ölçülebilen özellikleri ifade eder¹⁰¹¹. Satıcının bildirdiği ve tarafların kararlaştırdığı nitelikler (*zikir ve vaat edilen vasıf* veya *sübjektif şartlar*); (i) malın ambalajı, tanıtım materyalleri ve kullanım kılavuzundakiler de dahil olmak üzere satıcının, malın özelliklerine ilişkin olarak alıcıya bildirdiği ve vadettiği hususlar ile (ii) tarafların satılanın bir örnek ya da model

¹⁰⁰⁷ AB Hukukunda da temin (*supply*) ile teslimin (*delivery*) hukuken farklı mahiyette olduğu savunulmaktadır. **Zoll**, 2020, EU Digital Law: art. 11, par. 12. Nitekim buna uygun olarak CESL m. 142, par. 2'de maddi vasıta ile taşınmayan dijital içerikler açısından hasarın geçişine ilişkin özel bir hüküm öngörülmüştür. Buna göre hasar, dijital içeriğin kontrolünün tüketici veya tüketicinin belirlediği üçüncü bir tarafın eline geçmesi anında tüketiciye geçer. Ancak bu hüküm, sürekli edimli sözleşmeler açısından nasıl uygulanacağını belirsiz olması nedeniyle eleştirilmiştir. Buna göre sürekli edimli sözleşmeler açısından, dijital içeriğin sözleşme süresi boyunca sözleşmeye uygun kalmasını sağlayan bir hükmün öngörülmesi gerekir. **BEUC**, 2012, s. 11. Söz konusu eleştiri, 2019/770 sayılı Dijital İçerik Direktifi'nde dikkate alınmış ve sürekli edimli sözleşmeler bakımından da bir düzenleme yapılmıştır (Direktif m. 11/3, par. 1). Detaylar için bkz. § 4.III.

¹⁰⁰⁸ Bkz. § 6.III.A.

¹⁰⁰⁹ Zikir ve vaat edilen vasıf – lüzumlu vasıf ayrımı, TKHK m. 8/1'den çıkarılabilmektedir. **Aslan**, 2015, s. 117. **Kırca**, ayırım için sübjektif ve objektif ayıp ifadelerini kullanmaktadır. **Kırca**, 2016, s. 151.

¹⁰¹⁰ Bkz. § 6.II.B.

¹⁰¹¹ TDK Güncel Türkçe Sözlük, “*nitelik*”, <https://sozluk.gov.tr/> (18.09.2023 tarihinde erişildi).

üzerinden teslimi başta olmak üzere malın özelliklerine dair anlaştığı hususları kapsar¹⁰¹². Nitekim TKHK’de, “*satıcı tarafından bildirilen (...) niteliğe aykırı olan*” (m. 8/2), “*ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda, internet portalında ya da reklam ve ilanlarında yer alan özelliklerinden bir veya birden fazlasını taşımayan*” (m. 8/2) ve “ *taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele*” (m. 8/1) uygun olmayan mallar, ayıplı olarak kabul edilmiştir. Satıcının vaat ve bildirimleri, hukuken tasavvur açıklaması mahiyetinde olduğundan taraflar arasındaki sözleşme bir şekle tabi olsa dahi satıcı vaat ve bildirimlerini şekil serbestisine tabi olarak gerçekleştirebilir¹⁰¹³. Yani vaat ve bildirimler, sözlü veya yazılı şekilde yapılabilir.

(i) Satıcı, malın özelliklerine ilişkin olarak alıcıya bir vaat veya bildirimde bulunmuş olabilir. Örneğin sözleşme konusu yazılımın ara yüzünde yer alan menülerin Türkçe olacağı veya bilgisayar oyununun v11.5 sürümünün temin edileceği hususları, satıcının bu yöndeki bildirimleridir. Benzer şekilde sözleşmeye konu bulut bilişim hizmetinin, resim dosyalarını düzenlemeye imkân sağlayan gömülü bir yazılımla sunulacağına ilişkin bildirim de bu türden vaatler arasında yer alır. Yine bir yazılımın, üçüncü kişilerin geliştirdiği diğer yazılımlarla uyumlu şekilde çalışacağının, yani özel bir kullanım amacına uygunluğun taahhüt edilmesi hâlinde de satıcının bir vaadi söz konusudur¹⁰¹⁴.

Satıcının; malın ambalajı, etiketi, kullanım kılavuzu, internet sitesi veya reklam ve ilanlarında bazı özelliklerini taşıdığını belirtmesi de tüketiciye yönelik bir bildirim olarak kabul edilir¹⁰¹⁵. Söz gelişi bir dijital müzik uygulamasının internet sitesinde, *premium* üyeliğin müzik kalitesini artırdığının ve reklamsız dinleme imkânı sağladığının belirtilmesi, tüketiciye yönelik bir bildirim mahiyetindedir. Satıcı, belirli hususların o dijital içerik ve hizmette bulunmadığı şeklinde bir bildirimde de bulunabilir¹⁰¹⁶. Bir e-kitap satıcısının, tüketiciye sunduğu kitapların sesli kitap sürümünün bulunmadığını belirtmesi durumunda böyle bir bildirim söz konusudur.

¹⁰¹² Çabri, 2016, s. 174.

¹⁰¹³ Aslan, 2015, s. 131; Çabri, 2016, s. 135.

¹⁰¹⁴ OLG Saarbrücken, 30.05. 1990, 1 U 21/90 (BeckOnline); Straub, 2009, s. 241-242. Türk Hukuku bakımından sözleşme özgürlüğü kapsamında da satıcının bu yönde bir taahhütte bulunmasında bir engel olmadığı kanaatindeyiz.

¹⁰¹⁵ Tek taraflı olarak yapılan kamuya yapılan açıklamalardan sorumluluk için tarafların bilinçli bir anlaşmasına ihtiyaç duyulmaz. Kırca, 2016, s. 160.

¹⁰¹⁶ Çabri, 2016, s. 174.

Satıcının dijital içerik veya hizmeti anılan vaatlerine aykırı şekilde temin etmesi, başka bir araştırma yapmaya gerek olmaksızın ayıptan doğan sorumluluğa neden olmaktadır¹⁰¹⁷. Zira dijital ürünün ambalajında veya diğer tanıtım materyallerindeki özellikleri, tüketicinin sözleşme yapması konusunda önemli bir rol oynamakta, onun için bir motivasyon kaynağı olabilmektedir¹⁰¹⁸. Ancak sorumluluğun doğması için satıcının malın nitelik veya vasfa ilişkin vaat ve bildirimlerinde ciddi olması gerekir¹⁰¹⁹. Bu kapsamda “dünyanın en hızlı fotoğraf editörü” ve “en gelişmiş grafiklere sahip bilgisayar oyunu” gibi sözleşme konusunu güzel göstermeye yönelik ifadeler vaat ve bildirim olarak kabul edilmeyecektir¹⁰²⁰. Benzer şekilde, latife beyanları da bir vaat olarak değerlendirilmez.

Satıcının, TKHK m. 9/2’de yer alan şartlardan birini yerine getirmesi hâlinde reklam yoluyla yapılan açıklamalardan kaynaklı sorumluluktan kurtulması mümkündür¹⁰²¹. Buna göre satıcı, reklam yoluyla yapılan ve kendisinden kaynaklanmayan açıklamalardan haberdar olmadığını ve haberdar olmasının da kendisinden beklenemeyeceğini ispatlaması durumunda sorumluluktan kurtulacaktır. Örneğin bir bilgisayar oyunun reklamı, üretici ya da lisans sahibi gibi üçüncü kişiler tarafından yapılmış olabilir. Sorumluluktan kurtulmak isteyen satıcı, bu durumdan haberdar olmadığını ve haberdar olmasının da kendinden beklenemeyeceğini ispatlamalıdır. Bundan başka satıcının, yapılan açıklamanın içeriğinin sözleşmenin kurulduğu esnada düzeltilmiş olduğunu veya sözleşmenin kurulma kararıyla bu açıklama arasında bir illiyet bağı olmadığını ispatlaması durumunda da açıklamanın içeriği ile bağılı olmayacak, sorumluluktan kurtulacaktır.

(ii) Satıcı ve tüketici, satılan şeyin hangi vasıflara sahip olacağını kararlaştırabilecekleri gibi satılanın, bir örnek veya modele uygun şekilde teslimi üzerinde de anlaşmış olabilir. Mesela taraflar, sözleşmeye konu yazılımın hem MacOS hem de Windows işletim sisteminde çalıştırılabileceğine ilişkin bir anlaşma yapmış olabilir. Yine taraflar, yazılımın amaç ve işlevlerinin denenebilmesi için tüketiciye bir deneme sürümü sunulmasını ve asıl sürümün de bununla uyumlu olacağını kararlaştırmış olabilir. Bu durumlarda kararlaştırılan vasfa

¹⁰¹⁷ Aslan, 2015, s. 118.

¹⁰¹⁸ Bu husus TKHK tasarısında şöyle ifade edilmiştir: “Kamuya yapılmış olan bu tür bildirimlerden, satıcının ve tüketicinin haberdar olduğu ve bu bilgi ışığında sözleşmeyi kurdukları varsayılmaktadır.” Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı, 2013, s. 15. Ayrıca bkz. Çabri, 2016, s. 176.

¹⁰¹⁹ Aslan, 2015, s. 131; Çabri, 2016, s. 175.

¹⁰²⁰ Bu yönde bkz. Gümüş, 2014, s. 89; Çabri, 2016, s. 175; Kırca, 2016, s. 157.

¹⁰²¹ Gümüş, 2014, s. 94; Aydoğdu, 2016, Milli Şerh: m. 9, s. 237; Çabri, 2016, s. 203; Kırca, 2016, s. 162.

aykırı dijital içerik ve hizmet temini ile örnek veya modele aykırılık, ayıptan doğan sorumluluğa neden olur¹⁰²².

Sözleşme konusu maldan tamamen farklı bir malın teslim edilmesi anlamına gelen aliud da yukarıda açıklandığı üzere TKHK'deki ayıplı ifa hükümlerine tabidir¹⁰²³. Aliud hâli, kanaatimizce ayıp türleri arasında zikir ve vaat edilen vasıf içerisinde değerlendirilebilir¹⁰²⁴. Zira satıcı, tüketiciyle yaptığı sözleşmede, tarif edilen dijital içerik ve hizmeti temin etmeyi vadetmesine rağmen başka türdeki bir dijital içerik ve hizmeti tüketiciye sunmaktadır. Örneğin tüketici ve satıcı, bir dijital video platformundan belirli bir filmin kiralanması hususunda anlaşmalarına rağmen satıcının, tüketiciye başka bir filmi temin etmesi hâlinde aliud söz konusudur. Benzer şekilde tüketici, bir çevrimiçi eğitim platformundan Almanca dilinde çevrimiçi ders almak için ödeme yapmasına rağmen satıcının tüketiciye İngilizce içeriğin erişimini açması durumunda aliud meydana gelir. Son olarak eksik ifaya ilişkin olarak yukarıda, bunların bir maddi veya ekonomik ayıp oluşturabileceğine ilişkin açıklamalar geçerliliğini korumaktadır¹⁰²⁵.

b. Dijital içerik veya hizmette objektif olarak bulunması gereken niteliklerde ayıp (lüzumlu vasıf)

Bir malda objektif olarak bulunması gereken özellikler (*lüzumlu vasıf* veya *objektif şartlar*)¹⁰²⁶, sözleşme konusuyla aynı türdeki diğer malların tabiatından hareketle veya bu mallarda standart olarak bulunması gereken vasıflardır¹⁰²⁷. Yani her malın, bulunduğu kategori veya pazara göre sahip olması gereken özellikleri içermesi gerekir. Dijital içerikler açısından mesela bir otomobile yüklenen performans artırıcı yazılımın (*car tuning*) hız sınırları dâhilinde seyrederken güç kaybı ya da motor arızasına neden olmaması beklenir¹⁰²⁸.

¹⁰²² Satılanın örnek veya modele uygun teslimi konusunda TKHK'de özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle TKHK m. 83/1 hükmünden hareketle TBK'daki örnek üzerinden satışa ilişkin m. 247 vd. hükümleri uygulanacaktır. **Gümüş**, 2014, s. 88; **Çabri**, 2016, s. 176.

¹⁰²³ **Zevkliler/Özel**, 2016, s. 154. Bkz. § 6.II.B.

¹⁰²⁴ Nitekim aliud hâli; AB ve Alman Hukukundaki zikir ve vaat edilen vasfın karşılığını oluşturan subjektif şartlar kapsamında değerlendirilmektedir. Bkz. § 4.II.A.1.a.i.

¹⁰²⁵ Bkz. § 6.III.A.

¹⁰²⁶ **C. Yavuz**, 1989, s. 68; **Çabri**, 2016, s. 172.

¹⁰²⁷ "Tarafların sözleşme konusu malı belirlerken esas aldıkları örnek bir mal mevcut ise ifa edilen edim onunla; eğer böyle bir örnek mal bulunmuyorsa aynı çeşitten mallar ile karşılaştırılarak bir sonuca varılır." **Zevkliler/Özel**, 2016, s. 150.

¹⁰²⁸ İstinaf mahkemesine konu olayda tüketici, BMW marka, 4.18i model aracına, aracının gücünü artırmak ve yakıt tüketimini düşürmek için Ecufast yazılımının yüklenmesi konusunda üreticinin yetkili bayisi ile anlaşmış ve yazılımı aracına yükletmiştir. Ardından şehirler arası yolda, 100 km hızla seyrederken araçta

Benzer şekilde internet üzerinde web günlüğü (*blog*) oluşturan bir yazılımın yönetim panelinde, o günün teknolojik standartlarına uygun ve yaygın olarak kullanılan *Chrome*, *Safari* ve *Firefox* gibi web tarayıcılarda çalışan bir yazı editörünün bulunması gerekir. Yine bir kelime işlemci programda dipnot ekleme fonksiyonu da lüzumlu vasıf olarak sayılabilir¹⁰²⁹. TKHK m. 8/1'e göre "*objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması*" hâlinde satıcı, özel bir taahhütte bulunmuş olmasa dahi ayıptan doğan sorumluluk gündeme gelir¹⁰³⁰. Hatta satıcının sorumluluğu, ayıpları bilmesi ve bilmediğini ispatlasa da devam eder¹⁰³¹.

Lüzumlu vasfın tespitinde (i) muadili olan malların kullanım amaçları ve tüketicinin o maldan makul olarak bekleyebileceği faydalar ile (ii) mala ilişkin teknik düzenlemeler dikkate alınmaktadır¹⁰³². Nitekim TKHK m. 8/2'de, "*teknik düzenlemesinde tespit edilen niteliğe aykırı olan*" mallarla "*muadili olan malların kullanım amacını karşılamayan, tüketicinin makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar*" ayıplı olarak kabul edilmiştir.

(i) Bir malın, muadili olan malların kullanım amacını taşımaması veya tüketicinin o maldan makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran eksiklikleri içeren mallar ayıplı olarak kabul edilir¹⁰³³. TBK m. 86 hükmü gereği çeşit borcunun konu edildiği

motor arızası oluşmuş ve araçtan dumanlar yükselmiştir. Yetkili serviste yapılan incelemede "*uygun olmayan veri*" hata kaydına rastlanmıştır. Bu olayda mahkeme, yazılımda ayıp olup olmadığını değerlendirebilecek bir bilişim uzmanı ile otomotiv alanındaki uzman mühendisten oluşan bir bilirkişi heyetinden denetime elverişli bir rapor alınarak buna göre karar verilmesi gerekirken yalnızca zararın kullanıcı hatasından kaynaklandığını gösteren yetersiz bilirkişi raporuna göre davanın reddine karar verilmesini usul ve yasaya aykırı bulmuştur. Ankara BAM 3. HD, 29.09.2022, E. 2021/1681, K. 2022/2321 (UYAP).

¹⁰²⁹ Yıldırım, 1998, s. 151.

¹⁰³⁰ Gümüş, 2014, s. 88; Aslan, 2015, s. 133; Aydoğdu, 2016, Milli Şerh: m. 8, s. 194; Zevkliler/Özel, 2016, s. 152.

¹⁰³¹ Aslan, 2015, s. 133; Zevkliler/Özel, 2016, s. 153.

¹⁰³² Çabri, 2016, s. 172. Anılan TKHK hükmüyle paralel olarak Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik m. 5/1'de "*malın piyasaya sunum tarzı, makul kullanım şekli ve piyasaya sürüldüğü an ve benzeri diğer hususlar göz önüne alınarak, bir kimsenin o maldan haklı olarak bekleyebileceği güvenliği sağlamayan mal ayıplı sayılır*" düzenlemesi yer almaktadır (RG: 13.06.2003, 25137). Ancak TKHK'den farklı olarak bu Yönetmelik, üreticinin kusursuz sorumluluğunu düzenlemektedir (m. 1 ve 6).

¹⁰³³ Gümüş, 2014, s. 89; Aslan, 2015, s. 134. 99/44 sayılı mehz Direktif'te olağan kullanım amacıyla tüketicinin makul beklentileri birbirinin içine geçmiştir ancak bu pratikte bir farklılığa yol açmaz. Kırca, 2016, s. 159. "*Muadillik ilişkisi kurarken dikkatli hareket edilmesi gerekir; örneğin IOS işletim sistemini kullanan bir cep telefonu, android işletim sistemini kullanan bir cep telefonunun muadili sayılmaz.*" Gümüş, 2014, s. 90. Alman Federal Mahkemesi'nin BGB § 327 vd. öncesindeki dönemde verdiği kararında; sözleşmeye konu yazılımın, sistemle veya sistemdeki diğer yazılımlarla uyumluluğunun bulunmamasını ayıp olarak değerlendirilmiştir. BGH, 04.11.1987, VIII ZR 314/86 (BeckOnline).

sözleşmeler bakımından orta vasıfta malın teslimi, ifanın yerine getirilmiş sayılması için yeterlidir¹⁰³⁴. Dolayısıyla bir dijital ürünün, muadili olan ürünlerin kullanım amacına ve tüketicinin makul olarak beklediği faydalara sahip olup olmadığının değerlendirilmesinde, tekniğin bilinen durumuna göre ilgili kategorideki en iyi ürün değil, ortalama ürün esas alınacaktır¹⁰³⁵.

Antivirüs yazılımları, bilgisayar ve mobil cihazlar gibi çeşitli dijital sistemlerin zararlı yazılım ve tehditlerden korunması amacıyla kullanılır. Sözleşmeye konu edilen antivirüs yazılımının, bilinen zararlı yazılımları tespit edememesi veya tüketicinin cihazını bunlara karşı koruyamaması hâlinde söz konusu ürün ayıplıdır¹⁰³⁶. Başka bir örnekte, sesli asistan uygulamalarının kullanım amacı, tüketicilerin sesli komutlarla cihazlarını kontrol edebilmeleri ve bilgi edinebilmeleridir. Tüketicie sunulan bir sesli asistan uygulamasının, onun sesli komutlarını algılayamaması durumunda da bir ayıp söz konusudur. Benzer şekilde internet üzerinden canlı ders sağlanmasına ilişkin bir sözleşme kapsamında ders görüntülerinin beklenen kalitede olmaması, donması veya sistemin hata vermesi durumlarında da ayıp gündeme gelir¹⁰³⁷.

Lüzumlu vasfın tespitinde, tüketicinin o dijital içerik veya hizmetten makul olarak beklediği faydalar da göz önünde bulundurulmaktadır. Tüketicinin makul beklentilerinin tespitinde, genel olarak aynı türdeki mallar bakımından makul, orta zekâlı ve dürüst tüketicilerin anlayışı esas alınır¹⁰³⁸. Örneğin aralıklı öğrenme (*spaced repetition*) yöntemine dayanan bir dijital yabancı dil eğitim platformunda öğrenme kartlarının (*flashcards*) sunulması, tüketicinin makul beklentileri arasında değerlendirilebilir. Benzer şekilde, böyle bir dijital yabancı dil eğitim platformu bakımından mobil uygulama sağlanması da makul beklentiler arasında sayılabilir. Muadilleriyle karşılaştırıldığında, sözleşmeye konu yazılımın, birden çok kullanıcı tarafından kullanılabilmesi yönünde tüketicinin makul bir beklentisi

¹⁰³⁴ **Aslan**, 2015, s. 134; **Kırca**, 2016, s. 159.

¹⁰³⁵ **Gümüş**, 2014, s. 90. Alman Federal Mahkemesi, bilgisayar programında bir ayıbın bulunup bulunmadığının değerlendirilmesinde tekniğin bilinen durumu ile ve ortalama uygulama standartlarının dikkate alınacağına hükmetmiştir. BGH, 16.12.2003, X ZR 129/01. Ayrıca bkz. **Junker**, 2005, s. 2833; **Straub**, 2009, s. 242.

¹⁰³⁶ **Sağlam**, 2007, s. 108. Kaspersky antivirüs yazılımıyla ilgili güncel bir örnek için bkz. 822. dn.

¹⁰³⁷ İnternet üzerinden canlı derslere katılmak için satın alınan interaktif eğitim paketinde görüntülerin bulanık olması ve donmasına ilişkin olayda istinaf mahkemesi, tüketicie sunulan çevrimiçi eğitim hizmetinin ayıplı olduğuna hükmetmiştir. Ankara BAM 3. HD, 06.07.2022, E. 2021/980, K. 2022/1873 (UYAP).

¹⁰³⁸ **Aslan** bu hususu, “şeyin satıldığı çevrede egemen olan görüşlere, halin icaplarına, akdin özel şartlarına, malın fiyatına, benzer şartlar altında ne gibi vasıflar aranacağına, şeyin alışılmış olarak hangi işlerde kullanıldığına bakılarak tespit edilmeli” şeklinde ifade etmiştir. **Aslan**, 2015, s. 134. Makul beklenti, marka mallar veya daha ucuz mallara göre farklılık gösterebilir. **Kırca**, 2016, s. 161.

olabilir¹⁰³⁹. Bu ve benzeri örneklerde olduğu üzere tüketicinin makul olarak beklediği faydaları içermeyen dijital içerik ve hizmetler ayıplı olarak kabul edilecektir.

(ii) Lüzumlu vasfın tespitinde o mala ilişkin teknik düzenlemeler de dikkate alınmaktadır¹⁰⁴⁰. Türk Hukukunda teknik düzenlemeler, 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu’yla tanzim edilmiştir¹⁰⁴¹. Bir dijital içerik veya hizmetin, bu Kanun’daki teknik düzenleme hükümlerine tabi olabilmesi için Kanun’daki “ürün” kapsamında yer alması gerekir. Kanun’a göre ürün, “*her türlü madde, müstahzar veya eşyayı*” ifade eder (m. 3/n). Bu tanım, kanun koyucunun yalnızca maddi varlığı olan şeyleri ürün olarak nitelemeyi tercih ettiğini göstermektedir¹⁰⁴². Yani yalnızca CD/DVD gibi maddi vasıtayla sunulan dijital içerik ve hizmetler, “ürün” kapsamında değerlendirilecek; buna karşılık indirme (*download*) ya da bulut bilişim gibi tamamıyla dijital yollarla sunulan dijital içerik ve hizmetler ise 7223 sayılı Kanun kapsamı dışında kalacaktır. Ancak bu durumda, örneğin bir yazılımın CD’yle tüketiciye sunulması hâlinde, varsa bu konudaki teknik düzenleme bir lüzumlu vasıf kriteri olarak değerlendirilecekken, aynı yazılımın internetten indirilmesi durumunda teknik düzenlemenin dikkate alınmayacağı şeklinde karmaşık bir sonuca yol açacaktır¹⁰⁴³.

Teknik düzenlemelerle benzeşmesi itibariyle zorunlu kabul edilen standartlar da lüzumlu vasıf içerisinde ele alınmaktadır¹⁰⁴⁴. Türk Hukukuna göre standartlar, Türk Standartları Enstitüsü tarafından belirlenerek ilan edilir. Söz konusu standartlar ihtiyari nitelikte olup bunların mecburi kılınması için ilgili bakanlığın teklifi ve Sanayi ve Teknoloji Bakanı’nın onayı icap eder¹⁰⁴⁵. Temmuz 2023 itibariyle Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı’nca zorunlu tutulan 350 adet standart bulunmakta olup bunların arasında doğrudan dijital içerik ve

¹⁰³⁹ Tüketicinin beklentisinin makul olup olmadığı, somut olay bazında değerlendirilmelidir. Tacirler arasında akdedilen bir sözleşmeye ilişkin uyuşmazlıkta Yargıtay, satın alınan “*programın tek bilgisayara yüklendiği ve çalışır durumda olduğu ancak çoklu kullanıcı tarafından kullanılabilmesi için eklere ihtiyaç olup, bunun için gerekli olan ek programların davacı tarafından satın alınmadığı*” yönünde hüküm kurmuştur. Yüksek mahkeme, alıcının çoklu kullanıma ilişkin beklentisini bu uyuşmazlık yönünden haklı bulmamıştır. Yargıtay 19. HD, 23.05.2008, E. 2007/9633, K. 2008/5612 (UYAP).

¹⁰⁴⁰ Zevkliler/Özel, 2016, s. 160; Çabri, 2016, s. 173.

¹⁰⁴¹ RG: 12.03.2020, 31066.

¹⁰⁴² Polat, 2021, s. 987. Kanun koyucunun yalnızca taşınır eşyaları esas aldığı hakkındaki görüş için bkz. Çelt, 2021, s. 89.

¹⁰⁴³ Ayrımın ürün sorumluluğundaki sonuçlarına ilişkin tartışma için bkz. Atamer/Kurtulan Güner, 2021, s. 555-556.

¹⁰⁴⁴ Aslan, 2015, s. 132; Aydoğdu, 2016, Milli Şerh: m. 9, s. 220.

¹⁰⁴⁵ Ayrıca mecburi standartlar, Resmî Gazete’de yayınlanır. Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, m. 550/3-4 (RG:15.07.2018, 30479)

hizmetleri ilgilendiren bir standarda rastlanmamıştır¹⁰⁴⁶. Ancak yazılım ve benzeri alanlar için çeşitli standartların zorunlu olarak kabul edilmesi ihtimal dahilindedir.

Yukarıda ifade edilenler, dijital içerik ve hizmetlerin objektif olarak sahip olması gereken özelliklerin tespiti hususunda bir başlangıç noktası olarak kabul edilebilir. Ancak mallara göre daha karmaşık bir mahiyette olan dijital içerik ve hizmetler bakımından bu özelliklerin tam anlamıyla neler olduğunun belirlenmesi konusunda Kanun hükümlerinin yeterli olmadığı kanaatindeyiz. Zira “*objektif olarak sahip olması gereken özellikler*” ifadesi, dijital içerik ve hizmetler yönünden oldukça soyut niteliktedir. Muadil ürünlerin, bunların kullanım amaçlarının ve tüketicinin makul beklentilerinin hangi somut kriterler üzerinden tespit edileceği sorusu, hâlen cevapsızdır. Neticede mer’i mevzuattaki lüzumlu vasfa ilişkin hükümlerin dijital içerik ve hizmetlere uygulanması mümkün olmakla birlikte bir dijital içerik veya hizmette objektif olarak bulunması gereken niteliklerin net bir şekilde tespiti için dijital dünyaya özgü somut kriterlere ihtiyaç olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Buna dair değerlendirmelerimize, aşağıda, olması gereken hukuk başlığında yer verilmiştir¹⁰⁴⁷.

c. Montaj veya montaj talimatındaki ayıp

Montaj, bir makine, cihaz veya mobilyanın parçalarının yerli yerine takılarak monte edilmesini ifade eder¹⁰⁴⁸. Satıcı veya onun sorumluluğu altındaki kişilerce üstlenilmesi hâlinde veya montaj talimatlarındaki yanlışlık ya da eksiklik sebebiyle montajın gereği gibi yapılmaması durumlarında ayıptan doğan sorumluluk gündeme gelir (TKHK m. 8/3). Montaja ilişkin bir ayıbın bulunup bulunmadığı, diğer ayıplı ifa durumları için geçerli olan malın teslim anından farklı olarak montajın tamamlanması anında tespit edilir¹⁰⁴⁹.

Montajın anlamı ve TKHK m. 8/3 hükmünün lafzından hareketle montaja ilişkin yükümlülüklerin, genel olarak taşınır eşyalar açısından düzenlendiği söylenebilir. Ancak Kanun’daki mal kavramının kapsamında dijital içerik ve hizmetlerin de bulunması nedeniyle montaj yükümlülüğünün bunlara uyarlanması şarttır. Bu yükümlülük, dijital içerik ve hizmetlere ilişkin AB ve Alman Hukuku düzenlemeleriyle karşılaştırıldığında entegrasyon

¹⁰⁴⁶ Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı, Mecburi Uygulamada Olan Standart Listesi, <https://www.sanayi.gov.tr/merkez-birimi/6f188a931f68/diger> (18.09.2023 tarihinde erişildi).

¹⁰⁴⁷ Bkz. § 7.II.A.

¹⁰⁴⁸ TDK Güncel Türkçe Sözlük, “montaj”, <https://sozluk.gov.tr/> (18.09.2023 tarihinde erişildi).

¹⁰⁴⁹ Çabri, 2016, s. 178.

yükümlülüğüne denk gelmektedir¹⁰⁵⁰. Nitekim dijital ürünlere ilişkin BGB’deki entegrasyon hükümleri, mallar için öngörölmüş “IKEA” klotuna benzetilmektedir¹⁰⁵¹. Dolayısıyla dijital içerik ve hizmetler açısından montajın, bunların tüketicinin cihazına doğru bir şekilde entegre edilmesi anlamına geldiği kanaatindeyiz.

(i) Sözleşmeye konu malın montajı, satıcı veya onun sorumluluğu altındaki diğer kişilerce üstlenilmiş olabilir. Bu durumda montajın gereği gibi yapılmaması TKHK kapsamında ayıba sebep olur. Söz gelimi satıcının, bir yazılımı uzaktan bağlantı kurarak tüketicinin bilgisayarına yüklemeyi üstlenmesi mümkündür. Bu durumda yazılımın bilgisayardaki yanlış bir konuma yüklenmesi nedeniyle tüketicinin yazılımı bulamayarak çalıştıramaması bir ayıplı montaj hâlidir. Benzer şekilde satıcının, yazılımın yapılandırma (*configuration*) ayarlarını yanlış yapması nedeniyle bazı menülerin çalışmaması veya ara yüzünde bozukluklar oluşması durumunda da montajda bir yanlışlık söz konusudur.

(ii) Montajı üstlenmemesine rağmen satıcının sunduğu montaj talimatındaki yanlışlık veya eksiklik, montajın gereği gibi yapılmamasına ve dolayısıyla satıcının ayıp sorumluluğuna yol açar. Doğru montaj için malın kurulumuna ilişkin adımların, tüketicinin anlayabileceği bir şekilde gösterilmesi gerekir¹⁰⁵². Örneğin bir bilgisayar oyununun hatasız bir şekilde kurularak çalıştırılabilmesi için belirli bir grafik ayarı veya oyun içi ayarın değiştirilmesi gerekiyorsa bunun kullanım kılavuzunda belirtilmemesi, sunulan talimatın ayıplı olduğunu gösterir. Bir yazılımda karşılaşılabilecek ufak tefek problemler hakkında yeterli bilgi verilmemesi de ayıplı olarak sayılabilir¹⁰⁵³. Öte yandan doğru talimatlara rağmen tüketicinin montajı doğru şekilde gerçekleştirememesi hâlinde satıcı sorumlu tutulamaz¹⁰⁵⁴.

3. Tüketicinin ayıptan haberdar olmaması

Ayıptan doğan sorumluluk için tüketicinin, sözleşmenin kurulduğu esnada (i) ayıptan haberdar olmaması ve (ii) haberdar olmasının kendisinden beklenmemesi gerekir¹⁰⁵⁵. Aksi

¹⁰⁵⁰ Bkz. § 4.II.B.

¹⁰⁵¹ Rosenkranz, 2020, EU Digital Law: art. 9, par. 4; Metzger, 2022, MüKo/BGB § 327e, par. 71.

¹⁰⁵² Çabri, 2016, s. 179.

¹⁰⁵³ Yıldırım, 1998, s. 152.

¹⁰⁵⁴ Aydoğdu, 2016, Milli Şerh: m. 9, s. 228.

¹⁰⁵⁵ C. Yavuz, 1989, s. 82; Kahveci, 2016, Milli Şerh: m. 10, s. 243.

hâlde satıcının ayıp sorumluluğuna başvurulamayacaktır (TKHK m. 10/2)¹⁰⁵⁶. Tüketicinin, sözleşmenin kurulmasından sonraki bir aşamada ayıptan haberdar olması hâlindeyse, satıcının sorumluluğu devam eder. Bazen sözleşmenin kurulmasından sonraki bir zaman diliminde, tüketicinin sözleşmenin kurulduğu esnada haberdar olduğu ayıptan başka bir ayıp da ortaya çıkabilir. Satıcı, bu durumda da ayıptan sorumludur¹⁰⁵⁷.

(i) Tüketicinin, sözleşmenin kurulması esnasında ayıptan haberdar olması durumunda, satıcının ayıptan doğan sorumluluğuna başvurulamaz. Yani hemen fark edilebilen ayıplar bakımından sorumluluk gündeme gelmeyecektir¹⁰⁵⁸. Ancak ayıp tam olarak bilinmemesine rağmen buna ilişkin kuşku uyandıran hususlardan hareket edilerek tüketicinin ayıbı bildiği ileri sürülemez¹⁰⁵⁹. Dijital içerik ve hizmetlerle ilgili olarak tüketicinin ayıptan haberdar olabilmesi, mallara göre daha zordur. Zira malların aksine dijital içerik ve hizmetlerin maddi varlığı bulunmamakta; bunlar bilgisayar tarafından okunabilen kod parçacıklarından oluşmaktadır¹⁰⁶⁰. Bununla birlikte tüketici, sözleşmenin kurulmasından önce kendisine sağlanan deneme sürümü aracılığıyla dijital içerik veya hizmetteki bazı hatalardan haberdar olabilir. Örneğin tüketicinin, akıllı telefonuna yüklenen bir mobil oyunun deneme sürümünde GPS sinyal kaybı, düşük performans ve oyun içi diğer bazı hataları tecrübe etmişse artık buna ilişkin ayıplardan haberdar olmuştur. Dolayısıyla tüketici, oyunun kararlı sürümünü (*stable version*) satın aldığı anda, deneme sürümünde karşılaştığı ayıplarla ilgili olarak satıcının sorumluluğuna başvuramayacaktır.

(ii) Sözleşmenin kurulması esnasında, tüketicinin haberdar olmasının beklendiği ayıplar bakımından da satıcının sorumluluğuna başvurulamaz. Tüketicinin doğrudan bakmakla anlayabileceği veya kendisinden kaynaklanan sebeplerle malın ayıplı olduğu bilgisini göz ardı ettiği durumlarda, ayıptan haberdar olmasının beklendiği kabul edilir¹⁰⁶¹. Ancak bu,

¹⁰⁵⁶ Ayrıca satış sözleşmesinde ayıp sorumluluğu bakımından TBK m. 222’de de aynı yönde bir düzenleme bulunmaktadır. **Zevkililer/Özel**, 2016, s. 163.

¹⁰⁵⁷ **Aslan**, 2015, s. 138.

¹⁰⁵⁸ **Kahveci**, 2014, s. 243; **Aslan**, 2015, s. 138.

¹⁰⁵⁹ **Kahveci**, 2016, Milli Şerh: m. 10, s. 245.

¹⁰⁶⁰ Dijital içerik ve hizmetlerin teknik özelliklerine ilişkin bilgi için bkz. § 1.1.

¹⁰⁶¹ **Çabri**, 2016, s. 192. Öte yandan mesafeli sözleşmeler bakımından, ayıbın fark edilmesi teslimden önce mümkün değilse, yani tüketiciden bu beklenemiyorsa bu durumda satıcının ayıptan doğan sorumluluğu devam edecektir. **Çabri**, 2016, s. 193.

tüketicinin olağan gözden geçirme külfeti altında olduğu anlamına gelmez¹⁰⁶². Nitekim gözden geçirme külfeti, ayıp sorumluluğunun bir şartı olarak da sayılmamıştır¹⁰⁶³.

Malın ayıplı olduğuna ilişkin etiket koyma veya bunu tüketiciye bildirme zorunluluğunu düzenleyen TKHK m. 10/3 hükmü de tüketicinin ayıptan haberdar olmasının beklendiğini gösteren durumlardan biridir¹⁰⁶⁴. Dolayısıyla bu yükümlülüğün bulunduğu hâllerde, tüketicinin ayıptan haberdar olduğu sonucuna ulaşılır. TKHK'deki ispat yüküne ilişkin hükümlerle uyumlu olarak tüketicinin ayıptan haberdar olduğunu veya haberdar olması gerektiğini ispat yükü satıcıdadır. Bu hususun ispatlanamaması durumunda satıcının ayıptan doğan sorumluluğu devam eder¹⁰⁶⁵.

C. Ayıbın Değerlendirilme Zamanı

Ayıptan doğan sorumluluktan bahsedebilmek için TKHK m. 8/1 hükmüne göre ayıbın, malın “tüketiciye teslimi anında” bulunması gerekir¹⁰⁶⁶. Teslime ilişkin yukarıda yapılan açıklamalar, ayıbın değerlendirme zamanı bakımından da geçerliliğini korumaktadır¹⁰⁶⁷.

D. Ayıp Hâlinde Tüketicinin Hakları

Tüketici, dijital içerik ve hizmetin ayıplı olması durumunda TKHK m. 11'de öngörülen seçimlik haklarını kullanabilir. Tüketicinin, bu seçimlik haklarıyla birlikte veya bunlardan bağımsız olarak yalnızca tazminat talebinde bulunması da mümkündür (TKHK m. 11/6).

1. Seçimlik haklar

Ayıptan doğan sorumluluk kapsamında tüketici, TKHK m. 11'e göre dört seçimlik haktan birini kullanabilir. Buna göre tüketici; sözleşmeden dönme, satış bedelinden ayıp oranında indirim isteme, satılanın ücretsiz onarılmasını talep etme ve satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini isteme haklarından birini seçebilir. 99/44 sayılı mehz Direktif'in aksine

¹⁰⁶² Çabri, 2016, s. 192. Kahveci'ye göre bu ayıplar, “muayene gerektirmeyen gözle anlaşılabilecek ayıplar”dır. Kahveci, 2016, Milli Şerh: m. 10, s. 245.

¹⁰⁶³ Bkz. § 6.III.B.

¹⁰⁶⁴ Aslan, 2015, s. 139.

¹⁰⁶⁵ Çabri, 2016, s. 194.

¹⁰⁶⁶ Atamer/Baş, 2014, s. 27. Bu hüküm satış sözleşmesinde hasar ve yararı düzenleyen TBK m. 208 hükmüyle uyumludur. Aslan, 2015, s. 134; Zevkliler/Özel, 2016, s. 161.

¹⁰⁶⁷ Bkz. § 6.III.B.1.

TKHK’de, seçimlik hakların kullanılmasına ilişkin bir hiyerarşi bulunmamaktadır¹⁰⁶⁸. Mesela dönme hakkının kullanılması için önce onarım hakkına başvurulması gerekmez. Dolayısıyla tüketici, öncelik-sonralık ilişkisi gözetmeksizin dilediği seçimlik hakka başvurabilir.

Tüketicinin seçimlik hakları, kural olarak yenilik doğuran hak niteliğindedir¹⁰⁶⁹. Bu haklar tek taraflı ve karşıya varması gerekli irade beyanıyla kullanılır. Ancak tüketici, seçimlik haklarını dilerse dava yoluyla da ileri sürebilir¹⁰⁷⁰. Hakkın bir kere kullanılmasıyla hukuki sonuçlar kendiliğinden gerçekleşir ve tüketicinin seçimlik hakkı kural olarak sona erer. Ancak aynen ifanın uzantısı niteliğinde olmaları nedeniyle ücretsiz onarım ve ayıpsız benzeriyle değiştirilmesini talep etme haklarından biri kullanılmasına rağmen ayıp giderilememişse, tüketicinin diğer bir seçimlik hakka başvurması mümkündür¹⁰⁷¹. Nitekim TKHK m. 11/4’te, anılan haklar kullanılmasına rağmen arzu edilen sonuç gerçekleşmediği takdirde, tüketicinin diğer seçimlik haklara başvurabileceği düzenlenmiştir¹⁰⁷².

Tüketicinin seçimlik hakkının muhatabı, kural olarak satıcıdır¹⁰⁷³. Başka bir deyişle satıcı, tüketicinin seçtiği hakkın gereğini yerine getirmekle yükümlü olup tüketiciyi belirli bir hakkı seçmeye zorlayamaz (TKHK m. 11/1)¹⁰⁷⁴. İstisnaen ücretsiz onarım veya malın ayıpsız benzeriyle değiştirilmesi hakları, tüketiciyle aralarında bir sözleşme ilişkisi olmamasına rağmen üretici veya ithalatçıya karşı da kullanılabilir (TKHK m. 11/2)¹⁰⁷⁵. Bu durumda hakların yerine getirilmesi konusunda satıcı, üretici ve ithalatçı kural olarak müteselsilen

¹⁰⁶⁸ **Atamer/Baş**, 2014, s. 45; **Kahveci**, 2014, s. 104; **Aydoğdu**, 2016, Milli Şerh: m. 11, s. 264; **Yücedağ**, 2018, s. 226. 99/44 sayılı mehz Direktif’e göre sözleşmeyi sonlandırma hakkı, kural olarak ancak onarım ve değiştirme haklarından sonra kullanılabilir. **Demir**, 2005, s. 31; **Aydın Ünver**, 2020, s. 864-865. Böylelikle sözleşme ayakta tutulmaya çalışılmıştır (*favor contractus*). **Capilli**, 2012, s. 156.

¹⁰⁶⁹ **Gümüş**, 2014, s. 109; **Aydoğdu**, 2016, Milli Şerh: m. 11, s. 260.

¹⁰⁷⁰ **Aydoğdu**, 2016, Milli Şerh: m. 11, s. 260.

¹⁰⁷¹ **Kahveci**, 2014, s. 100-101. Ücretsiz onarım ve ayıpsız benzeriyle değiştirme haklarında tüketici, sözleşmeye uygun ifayı talep etmektedir ve sözleşmenin şartlarında bir değişiklik gerçekleşmez. **Atamer/Baş**, 2014, s. 35; **İnceoğlu**, 2015, s. 191.

¹⁰⁷² Benzer şekilde TKHK m. 56/3’te de bu yoruma uygun bir hüküm öngörülmüştür. Aksi yöndeki görüşler için bkz. **Aslan**, 2015, s. 166; **Aydoğdu**, 2016, Milli Şerh: m. 11, s. 261.

¹⁰⁷³ **Aydoğdu**, 2016, Milli Şerh: m. 11, s. 258; **Akipek Öcal/Kara**, 2021, s. 66. TKHK’nin 11. maddesinin gerekçesine göre “Sözleşmeye aykırılıktan, sözleşme tarafı olarak öncelikle satıcının sorumlu olması esastır.” Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı, 2013, s. 18.

¹⁰⁷⁴ **Çabri**, 2016, s. 221; **Zevkliler/Özel**, 2016, s. 177.

¹⁰⁷⁵ **Atamer ve Baş**, satıcı ile üretici ve ithalatçı arasında rücu ilişkisinin meydana gelebileceğinden bahisle bu durumu ekonomik ilişkilere ciddi bir müdahale olarak görmemektedir. **Atamer/Baş**, 2014, s. 53.

sorumludur (TKHK m. 11/2, c. 2). Üretici, ithalatçı ve satıcının sorumluluğuna ilişkin detaylara, aşağıda ayrıca yer verilmiştir¹⁰⁷⁶.

Seçimlik hakların kullanılması nedeniyle ortaya çıkan tüm masraflar, tüketicinin seçtiği hakkı yerine getiren tarafça karşılanır (TKHK m. 11/6, c. 1). Gerekçede belirtildiği üzere tüketici, seçimlik hakkın kullanılması nedeniyle hiçbir masrafa katlanmak zorunda bırakılmamalı; nakliye, posta veya iletişim gibi masraflar ilgili tarafça karşılanmalıdır¹⁰⁷⁷. Örneğin bir tüketicinin çevrimiçi eğitim platformunda yaşadığı teknik sorunların giderilmesi için gereken destek personelinin ücreti veya sorunun çözümü için kullanılan diğer kaynaklara ilişkin masrafların platform tarafından karşılanması gerekir.

a. Sözleşmeden dönme hakkı

Ayıplı maldan doğan sorumluluk kapsamında tüketici, dönme hakkını kullanarak sözleşmeyi sonlandırabilir (TKHK m. 11/1/a). Satıcıya varması gerekli tek taraflı irade beyanıyla kullanılan dönme hakkı, yenilik doğuran hak niteliğindedir ve bu hakkın icrası şarta bağlanamaz¹⁰⁷⁸. Bir şekle tabi olmadan kullanılabilen dönme hakkı¹⁰⁷⁹, yalnızca satıcıya yöneltilir; bu hakkın üretici ve ithalatçıya karşı icrası mümkün değildir¹⁰⁸⁰. Benzer şekilde dönme nedeniyle doğacak tazminat taleplerinden de yalnızca satıcı sorumludur.

Dönme hakkının kullanılabilmesi için ayıbın önemli olması gerekir¹⁰⁸¹. Yani ayıbın, sözleşme konusu dijital içerik ve hizmetin kullanımını veya ondan faydalanılmasını önemli ölçüde etkilemesi şarttır. Önemliliğin tespitinde, tarafların iradeleri, ilgili çevredeki teamüller ile somut olayın şartları dikkate alınır¹⁰⁸². Mesela bir bilgisayar oyunundaki ilerlemenin otomatik olarak kaydedilmesi (*auto-save*) gereken hâllerde, oyunun sürekli olarak çökmesi veya oyunun çok oyunculu modunda (*multiplayer mode*) yer alan hatalar nedeniyle tüketicinin diğer oyuncularla oyun oynamasının imkânsız hâle gelmesi

¹⁰⁷⁶ Bkz. § 6.III.D.1.c.iii.

¹⁰⁷⁷ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı, 2013, s. 19.

¹⁰⁷⁸ **Kahveci**, 2014, s. 173; **Aydoğdu**, 2016, Milli Şerh: m. 11, s. 275; **Çabri**, 2016, s. 227. Dönme hakkının yenilik doğuran hak niteliğine ilişkin bilgi için bkz. **Buz**, 2005, s. 179.

¹⁰⁷⁹ **İnceoğlu**, 2015, s. 177.

¹⁰⁸⁰ Bu husus, TKHK m. 11/2'de yer alan hükmün, mefhum-u muhalifinden çıkarılmaktadır.

¹⁰⁸¹ TKHK'de açıkça düzenlenmeyen bu husus, öğretide neredeyse ittifakla kabul edilmektedir. **C. Yavuz**, 1989, s. 74; **Kahveci**, 2014, s. 235; **Çabri**, 2016, s. 229. Ayrıca 99/44 sayılı mehz Direktif'te de önemli olmayan ayıplarda, dönme hakkının kullanılamayacağı düzenlenmiştir (m. 3/6).

¹⁰⁸² **C. Yavuz**, 1989, s. 75; **Kahveci**, 2014, s. 236.

durumlarında, önemli bir ayıbın varlığından bahsedilebilir. Öte yandan, bir çevrimiçi müzik uygulamasının, genel olarak düzgünce çalışmasına rağmen arka planda oynatma özelliğinin yalnızca birkaç müzik parçasında geçici olarak çalışmaması, önemli ayıp olarak kabul görmeyebilir. Ayıbın önemli olmaması durumunda dönme hakkının yerine diğer seçimlik haklardan biri kullanılabilir.

Tüketici işleminin konusunu birden çok malın oluşturması durumunda dönme hakkı, TKHK m. 83/1'den hareketle yalnızca önemli ayıbın bulunduğu kısım açısından kullanılabilir (TBK m. 230/1, c. 1)¹⁰⁸³. Bu durumda kısmi dönmeden bahsedilir¹⁰⁸⁴. Ancak parçalar, satıcı veya tüketiciye önemli bir zarar vermeden ayrılamıyorsa dönme hakkının sözleşmenin tamamını kapsaması şarttır (TBK m. 230/1, c. 2). Sözleşmenin konusunu bir dijital içerik ve hizmetle birlikte başka bir malın oluşturması durumunda, yani AB ve Alman Hukukundaki ifadeleriyle ortada bir paket sözleşme, entegre dijital ürün veya dijital unsurlu mal bulunması hâlinde, bu hükmün tatbiki bakımından yeknesak olmayan uygulamalar oluşabilir¹⁰⁸⁵. Çünkü Türk Hukukunda henüz dijital içeriklere dair doğrudan bir düzenleme yokken, bunların bir mal veya hizmetle birlikte sözleşmenin konusunu oluşturması gibi karmaşık durumlarda, hangi hükümlerin uygulanacağı sarıh değildir.

Hâkimin, dönme hakkının kullanımına müdahale edip edemeyeceği tartışmalıdır¹⁰⁸⁶. Bir görüş, TKHK m. 83/1'den hareketle TBK m. 227/4'te yer alan hüküm gereğince durumun haklı kılınması hâlinde hâkimin dönme hakkının yerine satılanın onarılması veya satış bedelinin indirilmesine karar verebileceğini savunmaktadır¹⁰⁸⁷. Örneğin ayıplı dijital içerik ve hizmet, az bir giderle onararak kullanılabilir duruma getirilebiliyorsa dönme yerine bedelde indirim yapma yoluna gidilmelidir¹⁰⁸⁸. Ancak bu sonuç, irade özerkliğine aykırılık teşkil ettiği için eleştiri oklarını üzerine çekmiştir¹⁰⁸⁹.

¹⁰⁸³ Öz, TBK m. 230 hükmünün, olduğu gibi tüketici sözleşmelerine de uygulanması gerektiği kanaatindedir. Öz, 2016, s. 185.

¹⁰⁸⁴ Aydoğdu, 2016, Milli Şerh: m. 11, s. 284; Çabri, 2016, s. 234.

¹⁰⁸⁵ Olması gereken hukuk açısından değerlendirmelerimiz için bkz. § 7.II.D.3.

¹⁰⁸⁶ Atamer ve Baş'a göre bir yandan dönme hakkını irade beyanının şekli ve süre gibi herhangi bir ön şarta bağlamazken, diğer taraftan hâkime böyle bir takdir hakkının verilmesi isabetli değildir. Atamer/Baş, 2014, s. 46. Ayrıca bkz. Çabri, 2016, s. 230.

¹⁰⁸⁷ Çabri, 2016, s. 230.

¹⁰⁸⁸ Zevkililer/Özel, 2016, s. 178.

¹⁰⁸⁹ Buz, 2005, s. 180; Atamer/Baş, 2014, s. 46-47; Öz, 2016, s. 184. Aslan'a göre yalnızca hakkın kötüye kullanımı teşkil eden durumlarda dönme hakkının kullanımı, hâkim tarafından sınırlandırılabilir. Aslan, 2015, s. 184.

Kanaatimizce TBK m. 227/4 hükmü, dönme hakkının kullanılması için ayıbın önemli olması gerektiğini tasdik eden bir hüküm olarak yorumlanmalıdır. Zira dönme hakkının, ancak ayıbın önemli olduğu durumlarda kullanılabileceği kabul edildiğinde, zaten hâkimin müdahalesine ihtiyaç duyulmaz. Ayıbın önemsiz sayıldığı durumlarda hâkim, TBK m. 227/4 uyarınca dönme yerine bedelde indirim veya ücretsiz onarıma karar verebilir¹⁰⁹⁰. Ancak bu durumda hâkimin neden malın ayıpsız benzeriyle değiştirilmesine hükmedemeyeceği sorusu cevapsız kalmakta, bu cevaba hükmün gerekçesinde de rastlanmamaktadır¹⁰⁹¹.

Dönmenin sözleşmeye etkisine dair öğretide çeşitli görüşler bulunmakla birlikte kanaatimizce bu hak, yeni dönme görüşü uyarınca sözleşmeyi bir tasfiye ilişkisine dönüştürür¹⁰⁹². Buna göre yerine getirilmemiş edimlere ilişkin yükümlülükler son bulacak; yerine getirilmiş edimler ise taraflarca sözleşme ilişkisine dayanılarak talep edilebilecektir¹⁰⁹³. Dönmenin sonuçlarına ilişkin TKHK’de bir düzenleme bulunmaması nedeniyle TKHK m. 83/1’den hareketle satış sözleşmeleri açısından TBK m. 229’a, eser sözleşmeleri açısından ise TBK m. 475’e başvurulur¹⁰⁹⁴. Ancak özellikle satış sözleşmesi başta olmak üzere TBK hükümleri, maddi varlığı olan eşyalar üzerinden kurgulanmıştır¹⁰⁹⁵. Dijital içerik ve hizmetlerin tabiatı itibariyle gayri maddi mahiyette olması, dönmenin sonuçlarının bunlara uygulanmasını zora sokmaktadır.

Dönme durumunda tüketici, ayıplı malı ve o maldan elde ettiği yararları satıcıya iade etmekle yükümlüdür (TBK m. 229/1)¹⁰⁹⁶. Dönmenin tüketiciye ilişkin sonuçları bakımından tartışma, tüketicinin malın kullanımı karşılığında bir bedel ödeme yükümlülüğünün olup olmadığına ilişkindir¹⁰⁹⁷. Zira tüketicinin, dönme anına kadar ayıplı da olsa maldan

¹⁰⁹⁰ Aydoğdu, 2016, Milli Şerh: m. 11, s. 275.

¹⁰⁹¹ Atamer/Baş, 2014, s. 47.

¹⁰⁹² Gümüş, 2014, s. 111; Kahveci, 2014, s. 184; F. Eren/Dönmez, 2022, art. 131-162, par. 22. Kira sözleşmesi gibi sürekli edim içeren akitlerin bulunduğu durumlarda, dönme yerine fesihten bahsedilir. Gümüş, 2014, s. 109.

¹⁰⁹³ Sözleşmeye dayanması itibariyle tarafların talepleri, on yıllık genel zaman aşımı süresine tabidir. F. Eren/Dönmez, 2023, art. 227-228-229-230, par. 28.

¹⁰⁹⁴ Gümüş, 2014, s. 111; Aydoğdu, 2016, Milli Şerh: m. 11, s. 276; Çabri, 2016, s. 233; Öz, 2016, s. 186.

¹⁰⁹⁵ Erişgin, 1999, s. 221. İsviçre Borçlar Kanunu (OR) yönünden benzer yöndeki tespit için bkz. Lukas, 1999, s. 60; Schönle/Higi, 2005, ZK/OR 192-204, par. 47.

¹⁰⁹⁶ Gümüş, 2014, s. 111. Ancak tüketicinin, mal üzerindeki zilyetliği iyiniyetli kabul edildiğinden, elde etmeyi ihmal ettiği yararları iade yükümlülüğü bulunmamaktadır. Gümüş, 2014, s. 112; Aydoğdu, 2016, Milli Şerh: m. 11, s. 277; Çabri, 2016, s. 236. TBK m. 228/1’e göre tüketicinin elinde kalanı iade etmesi yeterlidir. Öz, 2016, s. 186. Bu hükmün uygulama şartları için bkz. Çağlayan, 2010, s. 79 vd.

¹⁰⁹⁷ Çabri, 2016, s. 237.

faйдalanmış olma ihtimali bulunmaktadır¹⁰⁹⁸. Öğretideki bir görüşe göre buna satıcı katlanmalıdır¹⁰⁹⁹. Diğer görüş ise TKHK m. 83/1'den hareketle TBK m. 229'un uygulanmasının gerekeceğinden tüketicinin, malı iade tarihine kadar kullanmasının karşılığı olarak bir bedel ödemesi gerektiğini savunur¹¹⁰⁰. Kanaatimizce de isabetli olan ikinci görüş uyarınca tüketicinin, kullanım bedelini, elde ettiği yararlar kapsamında satıcıya ödemesi gerekir. Nitekim satıcı da tüketiciye sözleşme bedelinin faizini ödemektedir. Başka bir deyişle her iki taraf da uhdesinde bulundurduğunun kullanım bedelini birbirine ödemekle yükümlüdür¹¹⁰¹. Bu bedelin hesaplanması konusunda Alman Federal Mahkemesi, sözleşme konusu şeyin ortalama kullanım ömrü ile tüketicinin bunu kullandığı dönem üzerinden bir orantı kurmaktadır¹¹⁰². Ancak aşınmaz ve yıpranmaz olmaları nedeniyle dijital içerik ve hizmetlerin ortalama ömürlerinin belirlenmesinde zorluklarla karşılaşılabilir.

Dönme durumunda satıcı, tüketiciye, malın satış bedeli ile faizini ödemekle yükümlüdür (TKHK m. 11/5). Tüketici, satış bedeli kendisine iade edilinceye kadar malı alıkoyabilir. Ayrıca varsa yargılama giderleri ile tüketicinin mal üzerinde yaptığı zorunlu ve faydalı giderlerin de satıcıdan talep edilebilmesi mümkündür¹¹⁰³. Dönme hakkının kullanılmasıyla tüketici, satıcının kusuru bulunmasa dahi ayıptan doğan doğrudan zararlarını isteyebilir. Örneğin akıllı telefona indirilen bir mobil uygulamanın hatalı çalışması nedeniyle kullanıcının cihazındaki diğer verilerinin veya cihazının zarar görmesi durumunda böyle bir zarar söz konusudur. Dolaylı zararlar ise ancak satıcının kusurunun ispatlanması durumunda tazmin edilebilecektir¹¹⁰⁴.

¹⁰⁹⁸ İnceoğlu, 2015, s. 177.

¹⁰⁹⁹ Aslan, 2015, s. 188; Çabri, 2016, s. 237.

¹¹⁰⁰ Kahveci, 2014, s. 302; Zevkililer/Özel, 2016, s. 177.

¹¹⁰¹ Bu sebeple Yargıtay'ın tüketici sözleşmelerinde, dönme hâlinde tüketiciden kullanım karşılığı istenemeyeceği yönündeki uygulamasını terk etmesi gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Atamer/Baş, 2014, s. 49. Yargıtay'ın dönme hâlinde kullanım bedelinin düşülemeyeceğine dair kararı için bkz. Yargıtay HGK, 22.06.2005, E. 2005/4-309, K. 2005/391 (Kazancı).

¹¹⁰² Örneğin Mahkeme'nin kullanım ömrünü altı yıl (yetmiş iki ay) olarak belirlediği bir dizüstü bilgisayarın satın alma bedeli olan 1369 Avro'yu 72'ye böler ve aylık kullanım bedelini 19,01 avro olarak hesaplar. Tüketici, yirmi bir ay boyunca bilgisayarı kullandığı için kullanım bedeli olarak 399,21 avro ödemesi gerektiği sonucuna varılır. Karar hakkında bkz. Atamer/Baş, 2014, s. 48-49.

¹¹⁰³ Aslan, 2015, s. 190; Çabri, 2016, s. 240.

¹¹⁰⁴ Gümüş, 2014, s. 112; Çabri, 2016, s. 240.

b. Bedelde indirim hakkı

Ayıplı maldan doğan sorumluluk kapsamında tüketici, dijital içerik ve hizmeti alıkoyarak ayıp oranında bedelden indirim yapılmasını talep edebilir (TKHK m. 11/1/b). Bu hak, maldaki ayıp nedeniyle bozulan ifa dengesini yeniden kurmaya hizmet etmektedir¹¹⁰⁵. Yenilik doğuran hak niteliğindeki bedelde indirim hakkının¹¹⁰⁶ tek taraflı ve satıcıya varması gerekli irade beyanıyla kullanılmasıyla birlikte sözleşmenin bedele ilişkin hükmünde değişiklik yapılmaktadır. Bu hakkın kullanılması, dönme hakkının aksine, ayıbın önemli olması şartına bağlı değildir. Ancak maldaki değer azalmasının malın değerine çok yakın olduğu hallerde bedelde indirim hakkının kullanılması mümkün değildir (TKHK m. 83/1; TBK m. 227/5)¹¹⁰⁷. Örneğin önemli bir hata nedeniyle bilgisayar programının kendi kendini silerek yok ettiği bir durumda bu hakkın kullanılması mümkün değildir¹¹⁰⁸. Bu durumda tüketicinin sözleşmeden dönme veya malın ayıpsız benzeriyle değiştirme haklarına başvurusu mümkündür.

Dijital içerik ve hizmetin bedelinin ödendiği hallerde satıcı, indirim tutarını tüketiciye iade etmekle yükümlüdür (TKHK m. 11/5). Seçimlik hakkın kullanılmasıyla borç muaccel olacağından bu andan itibaren söz konusu borca faiz işletilebilir¹¹⁰⁹. Tüketicinin bedeli henüz ödemediği durumlarda ise borç, indirim oranında kendiliğinden sona erer. Bedelde indirimin nasıl hesaplanacağı Kanun'da öngörülmemiştir¹¹¹⁰. Avrupa ülkelerinin çoğunda kabul edilen nispi hesaplama yöntemi, Türk Hukukunda da kabul görmekte ve Yargıtay tarafından uygulanmaktadır¹¹¹¹. Buna göre malın ayıplı ve ayıpsız değeri arasındaki oran belirlenecek ve bu oran üzerinden kararlaştırılan bedelde indirim yapılacaktır¹¹¹². Örneğin

¹¹⁰⁵ Atamer/Baş, 2014, s. 45; Kahveci, 2014, s. 107; Çabri, 2016, s. 247.

¹¹⁰⁶ Buz, 2005, s. 179; Kahveci, 2014, s. 101; Aslan, 2015, s. 193.

¹¹⁰⁷ Atamer/Baş, 2014, s. 47-48; F. Eren/Dönmez, 2023, art. 227-228-229-230, par. 57.

¹¹⁰⁸ Ticari bir uyumsuzlukta, sözleşmeye konu yazılım sistemi arıza yapmış ve program, kendi kendini silerek yok etmiştir. Bkz. Yargıtay 19. HD, 14.02.2012, E. 2011/7238, K. 2012/210 (UYAP).

¹¹⁰⁹ Gümüş, 2014, s. 114; Çabri, 2016, s. 250.

¹¹¹⁰ Kahveci, 2014, s. 108; Aslan, 2015, s. 193; Zevkliler/Özel, 2016, s. 179. Aksi görüşte bkz. Gümüş, 2014, s. 113.

¹¹¹¹ Atamer/Baş, 2014, s. 45; Aydoğdu, 2016, Milli Şerh: m. 11, s. 285; Çabri, 2016, s. 248; Zevkliler/Özel, 2016, s. 179.

¹¹¹² İstinaf mahkemesi kararına konu olayda mahkeme, “*oluşturulan bilgisayar programının kullanılma amacı da değerlendirilerek (...) kabule icbar edilemeyecek derecede ayıplı olup olmadığı, bu nitelikte değilse yargılamayla belirlenecek sözleşme bedelinden nefaset oranında indirim gerekip gerekmeyeceği hususları*”nın değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir. İstanbul BAM 15. HD, 28/12/2017, E. 2017/621, K. 2017/1006 (UYAP). Ayrıca bkz. Kahveci, 2014, s. 109; Aydoğdu, 2016, Milli Şerh: m. 11, s. 286.

bir yazılımın ayıpsız piyasa değeri 100 TL olduğu, ayıp nedeniyle değeri 70 TL'ye düştüğü ve taraflar arasındaki anlaşma bedelinin de 90 TL olduğu bir durumda hesaplama şöyle yapılacaktır¹¹¹³: İlk aşamada ayıplı / ayıpsız değer oranı bulunacaktır ($70/100=0,7$). İkinci aşamada bu oran, sözleşmede kararlaştırılan bedelle çarpılacaktır ($90 \times 0,7=63$). O hâlde indirilmesi gereken tutar $90-63=27$ TL'dir.

c. Ücretsiz onarım hakkı ve ayıpsız benzeriyle değiştirme hakkı

Ayıplı maldan doğan sorumluluk kapsamında tüketici, satılanın ücretsiz onarımını talep edebileceği gibi imkân varsa malın ayıpsız benzeriyle değiştirilmesini de isteyebilir (TKHK m. 11/1/c, ç). TKHK'de her iki hakka ilişkin ortak hükümlerin öngörülmüş olması nedeniyle bunların aynı başlık altında açıklanması tercih edilmiştir.

i. Ücretsiz onarım hakkı

Ücretsiz onarım hakkı, maldaki ayıplar giderilmek suretiyle tüketicinin aynen ifaya ilişkin menfaatlerini korumaya hizmet eder. Bu nedenle ücretsiz onarım talep etme hakkı, bir yenilik doğuran hak değil; aynen ifa talebinin uzantısı niteliğindedir¹¹¹⁴. Nitekim TKHK m. 11/4'le onarım talebinin yerine getirilmemesi durumunda tüketicinin diğer seçimlik haklarını kullanabileceğinin belirtilmesi, bu hakkın aynen ifanın uzantısı olduğu kanaatini desteklemektedir. Satıcı, ücretsiz onarım hakkının kullanılması durumunda, tüketicinin cihazına uzaktan bağlanma veya güncelleme sunma gibi çeşitli teknik yollarla ayıplı dijital içerik ve hizmeti onarmak durumundadır¹¹¹⁵.

¹¹¹³ Sipariş üzerine hazırlanan dijital içerik ve hizmetlerin eksik ifası durumunda hesaplama daha basittir. İstinaf mahkemesi kararına konu edilen web sitesi hazırlama sözleşmesine dair ticari uyuşmazlıkta mahkeme, “web sitesinin sözleşmede kararlaştırılan şekilde tam olarak bitirilmiş olması hali 100 birim kabul edilerek, şu anki mevcut hâldeki web sayfasının buna göre yüzde (%) olarak tamamlanma oranı belirlenip, bu oran sözleşmede kararlaştırılan iş bedeline oranlanarak yüklenicinin hak ettiği iş bedelinin bulunması” gerektiğine hükmetmiştir. İstanbul BAM 15. HD, 24.03.2021, E. 2018/1806, K. 2021/627 (UYAP).

¹¹¹⁴ Buz, 2005, s. 172; Kapancı, 2012, s. 45; Atamer/Baş, 2014, s. 35; Kahveci, 2014, s. 101; İncoğlu, 2015, s. 191; Çabri, 2016, s. 252; Yücedağ, 2018, s. 307. Aksi görüşte bkz. Gümüş, 2014, s. 115.

¹¹¹⁵ Dijital ürünün teknik yollarla onarılması imkânı bulunmadığı yönündeki görüşe katılmak mümkün görünmemektedir. Bkz. Sağlam, 2007, s. 109.

ii. Ayıpsız benzeriyle değiştirme hakkı

Ayıpsız benzeriyle değiştirme hakkı, TKHK m. 11/1/ç’de “*satılanın ayıpsız bir misli ile değiştirilmesini isteme*” ifadesiyle dñzenlenmiřtir. Ayıpsız benzeriyle değiştirme hakkı, ücretsiz onarım hakkı gibi aynen ifanın uzantısı niteliğindedir¹¹¹⁶. Kanun’da yer verilen “*misli*” ifadesinden hareketle bu hak, çeşit borçlarıyla sınırlanmış gibi görünmektedir. Öğretide aksi yönde bazı görüşler olmakla birlikte kanaatimizce bu hakkın, parça borçları açısından uygulanması mümkün değildir¹¹¹⁷. Zira parça borcu niteliğindeki edimler, mahiyetleri gereği birbirlerini tam anlamıyla ikame edemezler. Dolayısıyla standart mahiyetteki dijital içerik ve hizmetler açısından bu hak kullanılabilirken tñketicinin siparişine özgü şekilde oluşturulmuş dijital içerik ve hizmetler için aynı sonuca varılamaz.

Ayıpsız benzeriyle değiştirme hakkı bakımından öğretide sık tartışılan konulardan biri de tñketicinin, satıcıya bir kullanım karşılığı ödeyip ödemeyeceęidir¹¹¹⁸. Zira tñketicisi, ayıplı da olsa maldan kısmen faydalanmış veya ayıp, sözleşmenin kurulmasından sonraki bir tarihte ortaya çıkmıştır. ABAD’a göre sözleşmeden dönölmediği sürece tñketiciden bir kullanım karşılığı istenemez¹¹¹⁹. Yargıtay da TKHK’de “*kullanım bedelinin dñřölmesine yönelik bir hükme yer verilmemiştir*” gerekçesiyle aynı sonuca varmaktadır¹¹²⁰. Bu yaklaşım, kanaatimizce de isabetlidir. Zira dönmedeki durumun aksine ayıpsız benzeriyle değiştirme durumunda satıcı, tñketicisiye ayıplı kısım açısından bir iadede bulunmamaktadır. O hâlde tñketicinin de satıcıya malın kullanım karşılığını ödemesi gerekmez¹¹²¹.

¹¹¹⁶ **Kapancı**, 2012, s. 45; **Atamer/Baş**, 2014, s. 37; **Kahveci**, 2014, s. 109; **İnceoğlu**, 2015, s. 191; **Çabri**, 2016, s. 261; **Yücedağ**, 2018, s. 307. Ayıpsız benzeriyle değiştirme talebinin yerine getirilmemesi durumunda tñketicinin diğer seçimlik haklarını kullanabilmesi, bu yöndeki nitelemeyi doğrulamaktadır (TKHK m. 11/4). Ancak talebin yenilik doğurucu hak niteliğinde olduğuna dair aksi yönde görüşler de bulunmaktadır. Bkz. **Gümüş**, 2014, s. 121; **F. Eren/Dönmez**, 2023, art. 227-228-229-230, par. 66.

¹¹¹⁷ **Atamer/Baş**, 2014, s. 38; **F. Eren/Dönmez**, 2023, art. 227-228-229-230, par. 73. Malın benzerinin temin edilmesinin de yeterli olacağı dolayısıyla parça borçlarının da bu kapsamda yer aldığına ilişkin görüş için bkz. **Gümüş**, 2014, s. 121; **Aydoğdu**, 2016, Milli şerh: m. 11, s. 289; **Çabri**, 2016, s. 260.

¹¹¹⁸ **Atamer/Baş**, 2014, s. 42; **Kahveci**, 2014, s. 116.

¹¹¹⁹ CJEU C-404/06, *Quelle AG v Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*. Karar hakkında detaylar için bkz. **Atamer/Baş**, 2014, s. 43. Tñketiciden kullanım karşılığı istenemeyeceği, 2019/771 sayılı Mal Satış Direktifi, m. 14/4’te açıkça hükme bağlanmışır. Ayrıca bkz. **Vanherpe**, 2020, s. 267.

¹¹²⁰ Yargıtay 13. HD, 18.09.2006, E. 2006/6251 K. 2006/11865 (Yargıtay Karar Arama).

¹¹²¹ Aynı yönde bkz. **Kahveci**, 2014, s. 116; **Aydoğdu**, 2016, Milli şerh: m. 11, s. 294; **Yücedağ**, 2018, s. 274-275.

iii. Ortak hükümler

Ücretsiz onarım ve ayıpsız benzeriyle değiştirme hakkına yönelik olarak TKHK’de ortak bazı hükümler bulunmaktadır. Tüketici hem ücretsiz onarım hem de ayıpsız benzeriyle değiştirme taleplerini, satıcının dışında, üretici veya ithalatçıya da yöneltebilir (TKHK m. 11/2, c. 1)¹¹²². Bu durumda hakların yerine getirilmesi konusunda satıcı, üretici ve ithalatçı kural olarak müteselsilen sorumludur (TKHK m. 11/2, c. 2). Ancak üretici ve ithalatçı, her türlü ayıptan değil, yalnızca dijital içerik ve hizmette objektif olarak bulunması gereken niteliklerdeki eksiklikler ile dijital içerik ve hizmetin ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda ya da reklam ve ilanlarında yer alan özellikler taşınamaması nedeniyle sorumlu tutulabilecektir¹¹²³. Üretici veya ithalatçının, ayıbın dijital içerik ve hizmetin kendisi tarafından piyasaya sürülmesinden sonra doğduğunu ispat etmesi hâlinde sorumluluktan kurtulması mümkündür (TKHK m. 11/2, c. 3). Buna mukabil sonradan ortaya çıksa bile ayıp, üretimden kaynaklanıyorsa üretici veya ithalatçının sorumluluğu devam eder¹¹²⁴.

Her iki talep açısından hakkın gereğinin, asgari otuz iş günü içerisinde ücretsiz bir şekilde yerine getirilmesi gerekir (TKHK m. 11/4, c. 1)¹¹²⁵. Ücretsiz olma, onarım esnasında ortaya çıkan tüm masrafların, onarımı gerçekleştiren satıcı, üretici veya ithalatçı tarafından karşılanması anlamına gelir¹¹²⁶. Talep, kime yöneltildiyse iş gücü başta olmak üzere seçimlik hakka ilişkin masrafların da bu kişi tarafından karşılanması icap eder¹¹²⁷. Seçimlik hakka ilişkin talebin, tüketiciye masraf yükletilemeyecek şekilde yerine getirilememesi durumunda, tüketici diğer seçimlik haklarından birini kullanabilir (TKHK m. 11/4, c. 3).

¹¹²² **Gümüş**, 2014, s. 117. Seçimlik hakların tamamının satıcıya yöneltilebilmesine rağmen üretici ve ithalatçıya yalnızca ücretsiz onarım ve ayıpsız benzeriyle değiştirme haklarının yöneltilebilmesi, 99/44 sayılı mehz Direktif’in uygulanmasına dair baskın görüşle uyumludur. **Akipek Öcal/Kara**, 2021, s. 67. Ayrıca bkz. 1075. dn.

¹¹²³ Başka bir deyişle satıcının vadettiği özelliklerdeki eksikliklerden üretici ve ithalatçı sorumlu tutulamaz. **Atamer/Baş**, 2014, s. 54.

¹¹²⁴ **Çabri**, 2016, s. 254.

¹¹²⁵ Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliği’nin ek listesinde bazı mallar için ayrı onarım süreleri öngörülmüştür (RG: 13.06.2014, 29029). Ancak bu listede dijital içerik veya hizmetlere ilişkin bir örneğe rastlanmamıştır.

¹¹²⁶ **Çabri**, 2016, s. 257; **Zevkliler/Özel**, 2016, s. 182. 99/44 sayılı mehz Direktif’le ilgili olarak ABAD, ücretsiz ifadesini geniş yorumlamaktadır. **Atamer/Baş**, 2014, s. 41-42.

¹¹²⁷ **Atamer/Baş**, 2014, s. 41.

Ücretsiz onarım ile ayıpsız benzeriyle değiştirmeyi talep etme hakları, bunların gereğinin yerine getirilmesinin (i) objektif açıdan mümkün olmadığı durumlar ile (ii) satıcı yönünden orantısız güçlükler doğurduğu durumlarda kullanılamaz.

(i) Ücretsiz onarım hakkı bakımından ilk olarak ayıbın giderilmesinin objektif açıdan mümkün olması gerekir¹¹²⁸. TKHK'nin gerekçesinde de belirtildiği üzere aksi durumda, “*tamir edilmesi objektif açıdan imkânsız olan bir mal için*” bu talep kabul görmeyecektir¹¹²⁹. Örneğin bir yazılımın, tüketiciye taahhüt edilen veya lüzumlu vasıf olarak kabul edilen hizmet destek süresi geçtikten sonra objektif olarak bunun geliştirmeye devam edilmesi beklenmez. Böyle bir durumda yazılımın onarımının talep edilmesi satıcı için objektif açıdan imkânsız olarak kabul edilebilir. Ayıpsız benzeriyle değiştirme hakkı, Kanun'un lafzından hareketle ancak “*imkân varsa*” kullanılabilir¹¹³⁰. Yani hakkın kullanımı için sözleşmeye konu malın benzerinin mevcut olması gerekir. Aksi hâlde tüketici, diğer seçimlik haklarından birini kullanmalıdır¹¹³¹.

(ii) Taleplere ilişkin ikinci sınırlama, bunların gereğinin yerine getirilmesinin satıcı açısından orantısız güçlükler doğurmasıdır. Bu durumda tüketici, ücretsiz onarım veya ayıpsız benzeriyle değiştirme haklarına başvuramaz (TKHK m. 11/3). Orantısız güçlüğü tayininde satıcının beyanlarına dayalı sübjektif şartlar değil, Kanun'da öngörülmüş üç kriter olan malın ayıpsız değeri, ayıbın önem derecesi ve diğer seçimlik hakka başvurma hakkının tüketici açısından bir sorun doğurup doğurmayacağı dikkate alınır¹¹³². Örneğin ayıbın giderilmesine ilişkin masraflar, satış bedeline yaklaşıyor veya bunu aşıyorsa ücretsiz onarım talep etme hakkı kullanılamayacaktır¹¹³³. Benzer şekilde, ayıp önemli mahiyetteyse tüketici, artık ücretsiz onarım konusunda talepte bulunamayacaktır. Çünkü bu durumlarda malın ayıpsız benzeriyle değiştirilmesi hakkı; satıcı, üretici veya ithalatçı açısından daha pratik ve az masraflıdır¹¹³⁴. Buna karşılık malda önemli olmayan bir ayıp bulunuyor ve malın onarımı

¹¹²⁸ Atamer/Baş, 2014, s. 37; Gümüş, 2014, s. 115; Çabri, 2016, s. 255.

¹¹²⁹ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı, 2013, s. 18.

¹¹³⁰ Atamer/Baş, 2014, s. 37; Aydoğdu, 2016, Milli Şerh: m. 11, s. 288.

¹¹³¹ Çabri, 2016, s. 263.

¹¹³² Zevkliler/Özel, 2016, s. 182. TKHK'de öngörülmüş kriterler, 99/44 sayılı mehzar Direktif'le uyumludur (m. 3/3). Kahveci, 2014, s. 102.

¹¹³³ Atamer/Baş, 2014, s. 38-39; Gümüş, 2014, s. 115; Çabri, 2016, s. 256.

¹¹³⁴ Çabri, 2016, s. 256.

mümkünse, ayıpsız benzeriyle değiştirme hakkına başvurmak yerine ücretsiz onarımının talep edilmesi daha yerindedir¹¹³⁵.

2. Tazminat talep etme hakkı

Tüketici, seçimlik haklarla birlikte veya bunlardan bağımsız olarak tazminat talebinde bulunabilir (TKHK m. 11/6)¹¹³⁶. Talebin hüküm ve sonuçları, her hâlükârda TBK m. 112 vd. hükümlerine göre tespit edilecektir¹¹³⁷. Tazminat talebi, doğrudan ve dolaylı zararlar ile maddi ve manevi zararları kapsar¹¹³⁸. Örneğin bir yazılımdaki hatanın, tüketicinin dijital ortamını siber saldırılara karşı korumasız hâle getirmesi durumunda, tüketiciye verdiği dolaylı zararın tazmini mümkündür¹¹³⁹. Benzer şekilde sözleşmeye konu dijital içerik ve hizmetten faydalanmak için ilave donanım satın alınmasına rağmen dijital içerik ve hizmetin ayıplı olması hâlinde bunlar da tazminat talebine konu edilebilir¹¹⁴⁰. Tazmini talep edilen zararın tüketici tarafından ispatlanması gerekir¹¹⁴¹.

Yalnızca tazminat talebinde bulunulması hâlinde, bu talebin muhatabı, ancak tüketiciyle sözleşme ilişkisinde olan satıcıdır. Bu durumda TBK m. 112 uyarınca ispat yükü satıcıdadır; satıcı, yalnızca kusursuzluğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir¹¹⁴². İthalatçı ve üreticiden sözleşmeye dayalı tazminat talebinde bulunmaksa mümkün değildir¹¹⁴³. Yalnızca

¹¹³⁵ Çabri, 2016, s. 265.

¹¹³⁶ Kahveci, 2014, s. 123; Aydoğdu, 2016, Milli Şerh: m. 11, s. 301; Çabri, 2016, s. 270.

¹¹³⁷ TKHK m. 11/6: (...) “Tüketici bu seçimlik haklarından biri ile birlikte 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir.” Ayrıca bkz. Öz, 2016, s. 191.

¹¹³⁸ Gerekçede ayıplı malın; ölüm, yaralanma veya bir malın zarar görmesine sebep olabileceği, bunlardan doğan zararların, TBK hükümleri uyarınca tazmin edilebileceği belirtilmiştir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı, 2013, s. 19. Doğrudan zarar niteliğindeki bu kalemlerin yanı sıra öğretide, dolaylı zararların da tazminat hakkının kapsamında yer aldığı ifade edilmektedir. Çabri, 2016, s. 270. Nitekim TKHK m. 11/6’nın yollamasıyla TBK m. 112 vd.’da yer alan hükümlerde de zarar tipi açısından bir ayırım yapılmamıştır. İstinaf mahkemesine konu edilen bir olayda tüketici, otomobiline yüklenen performans artırıcı ayıplı yazılımın, araç motorunda yol açtığı zararı da talep etmiştir. Ankara BAM 3. HD, 29.09.2022, E. 2021/1681, K. 2022/2321 (UYAP). Karara konu olay için bkz. 1028. dn. Ayrıca bkz. Kahveci, 2014, s. 125; Aydoğdu, 2016, Milli Şerh: m. 11, s. 302-303; Hojnik, 2016, s. 80.

¹¹³⁹ Bradgate, 2010, par. 26. Mesela bir yazılımdaki açık (*exploit*) nedeniyle üçüncü kişilerin cihaza erişim yetkisi elde ederek tüketicinin banka hesaplarına, cihazdaki diğer verilere erişmek suretiyle maddi ve manevi zarar vermesi mümkündür.

¹¹⁴⁰ İstinaf mahkemesine konu edilen bir ticari uyuşmazlıkta davacı, “sözlü olarak yazılım programının kurulması konusunda davalı ile anlaşıldığını, yazılımın 2012 Ocak ayında kabul edildikten sonra çalışması için bir takım maliyeti yüksek cihazların alındığı” hususundan bahsederek bu cihazlarla ilgili olarak da tazminat talebinde bulunmuştur. İstanbul BAM 15. HD, 27.11.2018, E. 2017/1241, K. 2018/1559 (UYAP).

¹¹⁴¹ Çabri, 2016, s. 260.

¹¹⁴² Aydoğdu, 2016, Milli Şerh: m. 11, s. 307; Zevkliler/Özel, 2016, s. 186.

¹¹⁴³ Zevkliler/Özel, 2016, s. 186.

tazminat talebinde bulunmak, tüketici için ilave bir hukuki imkân sağlamaktaysa da ayıptan doğan sorumluluğa dair zamanaşımı süresi geçmediği müddetçe tüketicinin genellikle bu yola başvurma ihtiyacı olmaz¹¹⁴⁴.

Tazminat talebinin dönme hakkıyla birlikte ileri sürülmesinin hüküm ve sonuçları açısından TKHK’de özel bir düzenleme bulunmamaktadır¹¹⁴⁵. TKHK m. 83/1’den hareketle satış sözleşmeleri bakımından genel hüküm mahiyetindeki TBK m. 229/1 uyarınca doğrudan zararlar, satıcının kusuru olmasa da ondan talep edilebilir¹¹⁴⁶. TBK m. 229/2’de düzenlenen dolaylı zararlar açısından ise TBK m. 112 hükmündeki kusur karinesi geçerlidir; satıcı, ancak kusursuzluğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir¹¹⁴⁷.

Tazminat talebinin; bedelde indirim, ücretsiz onarım veya ayıpsız benzeriyle değiştirme haklarından biriyle birlikte ileri sürülmesi hâlinde, tazminatın kapsamı ile hüküm ve sonuçları dönmedeki kadar açık değildir¹¹⁴⁸. Kanaatimizce dönmedeki doğrudan zararların tazminine ilişkin durumun (TBK m. 229/1) aksine diğer seçimlik haklarla birlikte talep edilen tazminatlar için satıcının kusuru aranır¹¹⁴⁹. Zararın hesabında, seçimlik hakkın kullanımı yoluyla elde edilen menfaatlerin zarardan mahsup edilmesi gerekir. Mesela bedelde indirim hakkını kullanan tüketici, ayrıca indirilen bedelin tazminini talep edemez. Bu gibi durumlarda tüketicinin, ancak kişi varlığı değerlerine veya hakkın kullanımı için yaptığı masraflar gibi malvarlığı değerlerine verdiği zararı tazmin edebilir¹¹⁵⁰.

¹¹⁴⁴ Zira TKHK’ye göre gözden geçirme ve bildirim külfetleri kaldırılmıştır. **Kahveci**, 2014, s. 124. Dolayısıyla tüketici, ayıp zamanaşımı süresi içinde seçimlik haklarıyla birlikte tazminat talebinde bulunarak menfaatlerinin daha iyi korunmasını sağlayabilir.

¹¹⁴⁵ **Aydoğdu**, 2016, Milli Şerh: m. 11, s. 303. Öğretideki yaygın görüşe göre bu durumda menfi zararın tazmini talep edilir. **Öz**, 2016, s. 189.

¹¹⁴⁶ **Gümüş**, 2014, s. 112; **Kahveci**, 2014, s. 284; **Aydoğdu**, 2016, Milli Şerh: m. 11, s. 303; **Öz**, 2016, s. 189. *İnceoğlu*’na göre dönme hâlinde doğrudan – dolaylı zarar ayırımı başvurulması, TBK m. 229’daki tartışmaların, tüketici hukukuna taşınması sonucunu doğurur. **İnceoğlu**, 2015, s. 184.

¹¹⁴⁷ **Gümüş**, 2014, s. 112; **Kahveci**, 2014, s. 287; **Aydoğdu**, 2016, Milli Şerh: m. 11, s. 304; **Öz**, 2016, s. 190.

¹¹⁴⁸ **Zevkliler/Özel**, 2016, s. 185; **Aydoğdu**, 2016, Milli Şerh: m. 11, s. 305. Bu durumda müspet zararın tazmini talep edilir. **Öz**, 2016, s. 192.

¹¹⁴⁹ **Öz**, 2016, s. 192-194. Bedelde indirim hakkının, tazminat talebiyle birlikte kullanılması tartışmalı olmakla birlikte yaygın görüş, TKHK m. 11/6’daki hüküm karşısında zarar ispat edildiği sürece bunun mümkün olabileceği yönündedir. **Çabri**, 2016, s. 250.

¹¹⁵⁰ **Öz**, 2016, s. 193.

E. Zamanaşımı

Ayıplı maldan doğan sorumluluk, kanunda veya sözleşmede daha uzun bir süre öngörülmediği sürece iki yıllık zamanaşımı süresine tabidir (TKHK m. 12/1). Söz konusu süre, sonradan ortaya çıkan ayıplar açısından da geçerli olup malın tüketiciye teslim tarihinden itibaren başlar¹¹⁵¹. İkinci el ürünler bakımından ayıptan doğan sorumluluğun süresi bir yıldan kısa olamaz (TKHK m. 12/2). Genel hükümlere atıf yapılmış olması nedeniyle tazminat talebine ise TBK m. 146 ve 147'deki hükümler uygulanacaktır¹¹⁵².

Ayıbın ağır kusur veya hileyle gizlenmesi durumunda özel zamanaşımı sürelerine başvurulmaz (TKHK m. 12/3). Bir yazılımın sahte veya kırılmış (*cracked*) sürümlerinin orijinal ürün olarak gösterilerek satılması ya da bir dijital hizmetin kullanıcı etkileşim istatistikleri manipüle edilerek olduğundan çok yüksek gösterilmesi ve bu sayede tüketicileri cezbetmeye çalışması halleri, ayıbın hile ile gizlenmesine örnek teşkil eder. Bu durumlarda genel hükümlere başvurularak TBK m. 146 uyarınca on yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır¹¹⁵³.

TKHK hükümlerinin nispi emredici mahiyette olması nedeniyle zamanaşımı süreleri, tüketici aleyhine kısaltılamaz ancak uzatılabilir¹¹⁵⁴. Sürenin geçmesiyle birlikte satıcı, zamanaşımı def'ini ileri sürerek tüketicinin taleplerini etkisiz hâle getirebilir. Ayrıca ayıplı malın üçüncü kişiye devri hâlinde, zamanaşımı süresi de devredilmiş sayılır¹¹⁵⁵. Dolayısıyla dijital içerik veya hizmeti, ikinci el olarak edinen tüketici, kalan zamanaşımı süresi içinde ayıptan doğan sorumlulukla ilgili taleplerini satıcıya yöneltebilir¹¹⁵⁶.

¹¹⁵¹ **Gümüş**, 2014, s. 126; **Aydoğdu/Kahveci**, 2016, Milli Şerh: m. 12, s. 332; **Çabri**, 2016, s. 275. Teslime ilişkin açıklamalar için bkz. § 6.III.B.1.

¹¹⁵² Zamanaşımı süreleri bakımından TBK hükümlerinin uygulanması hakkında bilgi için bkz. **Öz**, 2016, s. 194.

¹¹⁵³ **Gümüş**, 2014, s. 128; **Çabri**, 2016, s. 283; **Zevkliler/Özel**, 2016, s. 202; **Akıpek Öcal/Kara**, 2021, s. 74. Aksi görüşteki **Yavuz**, bu hükmü hiçbir zamanaşımı süresinin uygulanmaması gerektiği yönünde yorumlamaktadır. **N. Yavuz**, 2016, s. 63.

¹¹⁵⁴ **Aydoğdu/Kahveci**, 2016, Milli Şerh: m. 12, s. 331; **Çabri**, 2016, s. 277; **Zevkliler/Özel**, 2016, s. 202.

¹¹⁵⁵ **Atamer/Baş**, 2014, s. 60; **Çabri**, 2016, s. 284.

¹¹⁵⁶ **Çabri**, ayıplı malın tacire devredilmesi durumunda da bu kuralın uygulanacağını savunur. **Çabri**, 2016, s. 284.

F. İspat Yüğü

İspat yüküne ilişkin genel kural, kendi lehine hak iddiasında bulunan kimsenin, ilgili olguyu ispatlamakla yükümlü olmasıdır. Ancak ispat yükü, TKHK’de genel olarak tüketici lehine olacak şekilde ters çevrilmiştir¹¹⁵⁷. Buna göre malın tesliminden itibaren altı ay içinde ortaya çıkan ayıpların, teslim tarihinde de bulunduğu kabul edilir (TKHK m. 10/1). Ayıp karinesi olarak adlandırılan¹¹⁵⁸ bu hükme göre satıcı, ancak maldaki ayıbın teslimden sonra ortaya çıktığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir.

Ayıp karinesi, istisnaen malın veya ayıbın niteliğiyle bağdaşmadığı durumlarda uygulanmaz (TKHK m. 10/1, c. 3)¹¹⁵⁹. Örneğin tüketici bir yazılımı satın alıp kullanmaya başlamasından itibaren ilk altı ay içinde, yazılıma uyumsuz bir eklenti (*plugin*) yüklemiş olabilir. Eklenti, yazılımın işlevlerini gereği gibi yerine getirememesine sebep oluyorsa, bu durumda ispat yüküne ilişkin tüketici lehine öngörülen karine uygulanmayacaktır. Başka bir deyişle, artık tüketicinin yazılımın teslim edildiği anda ayıplı olduğunu ispat etmesi gerekir.

¹¹⁵⁷ **Kahveci**, 2016, Milli Şerh: m. 10, s. 242.

¹¹⁵⁸ **Gümüş**, 2014, s. 97; **Çabri**, 2016, s. 209. TKHK’de öngörülen karine, adi karine niteliğindedir. **Kahveci**, 2016, Milli Şerh: m. 10, s. 242.

¹¹⁵⁹ **Gümüş**, 2014, s. 98; **Kahveci**, 2016, Milli Şerh: m. 10, s. 242; **Akipek Öcal/Kara**, 2021, s. 69.

§ 7. OLMASI GEREKEN HUKUK

I. DİJİTAL İÇERİK VE HİZMETLERİN MALLARDAN AYRIŞTIRILMASI

Dijital içerik ve hizmetler, Türk Hukuku bakımından normatif olarak mallara ilişkin hükümlere tabidir¹¹⁶⁰. Ancak mallara dair hükümlerin dijital içerik ve hizmetlere uygulanmasının çeşitli sakıncaları bulunmaktadır. Öncelikle bunlar, birinci bölümde detaylarıyla ifade edilen üç kriter üzerinden değerlendirildiğinde mal veya hizmet olarak nitelendirilememektedir¹¹⁶¹. Yalnızca bu kriterler üzerinden dahi dijital içerik ve hizmetlerin, mal ve hizmetlerden ayrı, *sui generis* bir kategori olarak ele alınması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

TKHK’de hüküm bulunmayan hallerde m. 83/1’den hareketle TBK hükümlerine başvurulması da dijital içerik ve hizmetler bakımından sakıncalı sonuçlara yol açabilir¹¹⁶². Öyle ki TBK’nın özel borç ilişkileri kısmında yer alan ve konusunun ancak “eşya” olabileceği sözleşme tiplerine dair hükümlerin, dijital içerik ve hizmetlerin konu edildiği tüketici işlemlerine uygulanması mümkün değildir¹¹⁶³. Çünkü dijital içerik ve hizmetler, TMK m. 704 ve 762 uyarınca ne taşınır ne taşınmaz eşyadır¹¹⁶⁴. Kanun koyucunun, sınırlı sayı prensibiyle belirlediği eşya türlerinde yer almamasına rağmen dijital içerik ve hizmet sözleşmelerine ancak bir eşyanın konu edilebileceği sözleşme kurallarının uygulanması, kanaatimizce isabetli değildir¹¹⁶⁵.

Mal ve hizmetlerle karşılaştırıldığında dijital içerik ve hizmetler, bilgi asimetrisi (*information asymmetry*) ve buna bağlı çeşitli problemlerin daha yoğun yaşandığı bir kategoriye oluşturmaktadır¹¹⁶⁶. Asimetrinin doğurduğu temel problemlerden biri,

¹¹⁶⁰ Bkz. § 6.I.A.

¹¹⁶¹ Bkz. § 1.II.B.

¹¹⁶² Ayıbın şartları bakımından sakıncaları için bkz. § 6.III.B. Tüketicinin seçimlik hakları bakımından sakıncaları için bkz. § 6.III.D.

¹¹⁶³ Aydos’a göre bilgisayar programlarının, bir taşıyıcı (maddi vasıta) olmaksızın internet ve benzeri bir ortamdan müşterinin donanımına aktarılması durumunda, bir eşya nakli söz konusu değildir. Dolayısıyla eşyaya ilişkin hukuk kuralları, hiçbir şekilde bilgisayar programları için doğrudan kullanılamaz. Aydos, 2009, s. 138.

¹¹⁶⁴ Bkz. § 6.III.B.1.

¹¹⁶⁵ Benzer yöndeki görüşler için bkz. Yıldırım, 1998, s. 158.

¹¹⁶⁶ Tüketiciler; dezenformasyon, çerezler (*cookies*) gibi dijital izlerin korunamaması ve kendi ana dillerinde bilgilendirilememeleri gibi çeşitli problemlerle karşılaşmaktadır. Micklitz/Oehler, 2006, par. 18, 31, 33,

tüketicilerin dijital okur yazarlık becerilerine sahip olmaması ile dijital dünyaya yönelik güven eksikliğidir¹¹⁶⁷. Bu nedenle, dijital dünyaya müdahil olamayan tüketicilerin fikirleri kolaylıkla manipüle edilebilmektedir¹¹⁶⁸. Örneğin hem dijital içerik ve hizmetlerin teminine hem de bunlara lisans verilmesine ilişkin sözleşmelerde yer alan karmaşık ve genellikle adil olmayan şartlar, tüketicilere adeta dayatılabilmektedir¹¹⁶⁹. Anılan problemlerin çözümü için tüketicilere yol gösterici prensiplerin oluşturulması ve bunların politik enstrümanlarla hayata geçirilmesi gerektiği ifade edilmiştir¹¹⁷⁰.

İngiliz Hükümeti, bu yolu izleyerek önce 2009 yılında “Tüketiciler için daha iyi bir çözüm” başlıklı bir belge (*white paper*) yayınlamış; 2010 yılında Bradgate’e bir rapor hazırlatmıştır¹¹⁷¹. Büyük ölçüde bu belgelere dayanılarak hazırlanan 2015 tarihli Tüketici Hakları Kanunu’nda dijital içerikler, mal ve hizmetlerden ayrılarak bağımsız bir kategori olarak ele alınmıştır. Benzer şekilde Avrupa Birliği ve Alman Hukuku bakımından da dijital içerik ve hizmetler, ayrı bir kategori olarak değerlendirilmiş ve tüketicilere, dijital içerik ve hizmet edindiklerinde veya bunlara eriştiklerinde açık ve net bir biçimde bazı haklar tanınmıştır¹¹⁷². Böylelikle tüketicilerin dijital içerik ve hizmetler edinme konusunda güvenlerinin artırılması amaçlanmıştır¹¹⁷³.

Neticede, Türk Hukukundaki problemlerin etkin şekilde çözümü için İngiliz, AB ve Alman Hukukundakine benzer bir yol izlenmelidir. Yani dijital içerik ve hizmetler, mal ve hizmetlerden bağımsız *sui generis* bir kategori olarak değerlendirilmeli ve bunlar kanunda ayrıca tanımlanmalıdır¹¹⁷⁴. Böylelikle ayrı bir sözleşme tipi ihdas edilmeye ihtiyaç duyulmayacak ve konusunu dijital içerik ve hizmetlerin oluşturduğu tüketici işlemlerine,

37. Dönmez, bilgi asimetrisi problemiyle bağlantılı olarak tüketiciyi, “entelektüel olarak güçsüz sözleşme tarafı” olarak nitelendirmektedir. Dönmez, 2016, s. 966.

¹¹⁶⁷ Dijital İçerik Direktifi, Rec. 5: “Tüketicilerin güven eksikliğinin en önemli faktörlerinden biri, sözleşmeden doğan temel hakları konusundaki belirsizlik ve dijital içerik veya dijital hizmetler için net bir sözleşme çerçevesinin bulunmamasıdır”. Ayrıca tüketicilere yönelik AB stratejilerinin temelinde “kendine güvenen tüketici” (*confident consumer*) konsepti bulunmaktadır. Tonner/Fangerow, 2012, s. 69.

¹¹⁶⁸ Micklitz/Oehler, 2006, par. 18. Tüketicinin, Fransız öğretisinde ifade edilen “*zayıf, mütevazî, savunmasız ve fikirleri çabuk değiştirilebilir*” nitelikleri, dijital dünya bakımından daha da derinleşmiştir. Tüzüner, 2016, Milli Şerh: m. 1, s. 9.

¹¹⁶⁹ BEUC, 2012, s. 1.

¹¹⁷⁰ Micklitz/Oehler, 2006, par. 52.

¹¹⁷¹ Bkz. § 1.III.A.

¹¹⁷² Wendland, 2019, s. 223. Bkz. § 1.III.B, § 1.III.C ve § 5.II.

¹¹⁷³ Dijital İçerik Direktifi, Rec. 8; Deutscher Bundestag, 2021, 19/27653, s. 23.

¹¹⁷⁴ Dijital içerik ve hizmetlerin ne mal ne de hizmet olarak kabul edilebileceği hakkında bkz. § 1.II.C.

bunlar için tesis edilecek kurallar uygulanabilecektir¹¹⁷⁵. Aksi hâlde TKHK'nin dijital içerik ve hizmetlerin tabiatına uygun olmayan hükümleri uygulanmaya devam edecek, bu da tüketicinin dijital dünyadaki menfaatlerinin gerektiği gibi korunamamasına sebep olacaktır.

II. DİJİTAL İÇERİK VE HİZMETLERE ÖZGÜ KURALLARIN TESİSİ

Mal ve hizmetlerden ayrılmasının tabii bir sonucu olarak dijital içerik ve hizmetlerin konu edildiği sözleşmelerdeki ayıp (sözleşmeye uygunluk) kriterleri ve seçimlik haklara ilişkin hükümlerin de ihdas edilmesi gerekmektedir¹¹⁷⁶. Aksi hâlde dijital içerik ve hizmetler, yalnızca tanım bakımından mal ve hizmetlerden ayırtırılmış olacaktır ki bu, tüketici menfaatlerinin korunması açısından beklenen faydayı sağlamaz¹¹⁷⁷. Yeni hükümler, aynı zamanda sağlayıcıların menfaatlerine de hizmet eder. Böylelikle sağlayıcılar, dijital içerik ve hizmetleri hangi şartlar altında sunacaklarını öngörebilecek ve dolayısıyla hukuki belirlilik temin edilmiş olacaktır¹¹⁷⁸.

A. Ayıp (Sözleşmeye Uygunluk) Kriterleri

TKHK'de, sözleşmenin konusunun, objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması ve satıcı tarafından bildirilen niteliğe aykırı olması gibi geleneksel bazı hususların dijital içerik ve hizmetlere uyarlanarak tatbik edilmesi mümkündür¹¹⁷⁹. Ancak mevcut hükümler; örneğin dijital içerik veya hizmetin, tüketicinin dijital ortamındaki diğer yazılım, donanım ve bağlantılarla uyumlu olmasına (*compatibility*), dijital içerik veya hizmetin son sürümünün sağlanmasına veya bunlara güncelleme sunulmasına dair tüketicinin makul beklentilerini yansıtmamaktadır. Bu durumda tüketicilerin kullanım sınırını, genellikle sağlayıcı tarafından hazırlanan genel işlem şartları veya hak sahiplerinin hazırladığı son kullanıcı lisans anlaşmaları tayin etmektedir¹¹⁸⁰. Bu sözleşmelere göre

¹¹⁷⁵ AB ve Alman Hukukunda da benzer bir yaklaşım sergilenmiştir. Bkz. § 3.II.B. ve 436. dn.

¹¹⁷⁶ *Bradgate*, İngiliz Hukuku açısından bir düzenleme yapılmadan önceki dönemde, dijital üründe bir ayıp tespit edilmesine rağmen alıcının hangi haklara sahip olacağını belirsiz olduğunu düşünmekteydi. **Bradgate**, 2010, par. 5.

¹¹⁷⁷ Bu fayda, bir önceki başlıkta bilgi asimetrisi ve buna bağlı olarak ortaya çıkan problemlerle doğrudan ilişkilidir. Bkz. § 7.I.

¹¹⁷⁸ Dijital İçerik Direktifi, Rec. 11; **Vanherpe**, 2020, s. 271; **Deutscher Bundestag**, 2021, 19/27653, s. 23.

¹¹⁷⁹ *Howells*'e göre tüketicinin korunmasına ilişkin temel değerlerin dijital ortama uyarlanabilir olması, kanun koyucuya dijital dünyaya özgü kurallar üretmek için zaman kazandırır. **Howells**, 2020, s. 149.

¹¹⁸⁰ Alman Hukukunda BGB § 327 vd. hükümleri yürürlüğe girmeden önce tüketicilerin dijital ürünlere ilişkin haklarının sınırını, sağlayıcılar tarafından hazırlanan genel işlem koşulları oluşturuyordu. **Fries**, 2023, BeckOGK/BGB § 327e, par. 3.

örneğin bazı e-kitaplar yalnızca belirli cihazlarda çalıştırılabilir¹¹⁸¹. Sağlayıcı ve hak sahipleri tarafından tüketici aleyhine olacak şekilde belirlenen bu ve benzeri kullanım sınırlarının kaldırılarak tüketici lehine bir standart oluşturulması için dijital içerik ve hizmetlerin teknik ve hukuki tabiatına uygun yeni ayıp kriterlerinin öngörülmesine ihtiyaç vardır¹¹⁸².

Dijital içerik ve hizmetlere ilişkin ayıp kriterleri, AB ve Alman Hukukundaki gibi objektif ve sübjektif şartlar şeklindeki ikili ayrımla düzenlenmelidir¹¹⁸³. Yürürlükteki hukukta, açıkça böyle bir ayrıma başvurulmamakla birlikte öğretide ayıp, benzer şekilde o şeyde objektif olarak bulunması gereken nitelikler (*lüzumlu vasıf*) ile sağlayıcının bildirdiği ve tarafların kararlaştırdığı nitelikler (*zikir ve vaat edilen vasıf*) üzerinden değerlendirilmektedir¹¹⁸⁴. İkili bir ayrıma başvurulduğu sürece Kanun'da, öğretide yerleşmiş ifadelerin kullanılmasında bir sakınca olmadığı kanaatindeyiz.

Dijital içerik veya hizmette objektif olarak bulunması gereken niteliklerin (*objektif şartlar*) Kanun'da ayrıca düzenlenmesiyle aynı türden diğer dijital içerik ve hizmetlerin mutlak kullanım amaçları ile mutlak sayılan ve tüketicinin bekleyebileceği asgari performans ve özellikler de ayıbın tespitinde birer kriter olarak kullanılabilir¹¹⁸⁵. Uyumluluk, işlevsellik ve erişilebilirlik gibi asgari performans ve özelliklere dair alt kısıtlımları da Kanun'la düzenlemek, uygun içtihadın oluşmasını beklemekten daha makul bir tercih olacaktır¹¹⁸⁶. Aksi hâlde mâlî sınır nedeniyle genellikle temyiz yoluna başvurma mümkün olmadığı¹¹⁸⁷ tüketici uyuşmazlıklarına dair istinaf mahkemelerinin farklı yöndeki muhtemel kararları, dijital içerik ve hizmetlerin konu edildiği sözleşmeler açısından amaca uygun içtihatların oluşamamasına sebep olabilir. Ayrıca alt kısıtlımların Kanun'da düzenlenmemesi

¹¹⁸¹ Helberger/Guibault/Loos, 2012, s. 4.

¹¹⁸² BEUC, 2012, s. 3; Twigg-Flesner, 2020, s. 4; Ring, 2023, s. 1091. AB ve Alman Hukukunda öngörülen ayıp kriterleri için bkz. § 4.

¹¹⁸³ Bu ikili ayrım, dijital içerik ve hizmetlere özgü değildir. 99/44 sayılı Direktif'i ilga eden 2019/771 sayılı Mal Satış Direktifi'nde de Direktif'in Alman Hukukuna aktarılmasıyla birlikte BGB § 434 hükmünde de bu ayrım benimsenmiştir.

¹¹⁸⁴ Bkz. § 6.III.B.2.

¹¹⁸⁵ Böylelikle makul tüketici beklentileri de kanuna dahil edilmiş olacaktır. Loos/Mak, 2012, s. 11.

¹¹⁸⁶ Bradgate, 2010, par. 188.

¹¹⁸⁷ Temyiz yoluna başvurmak için istinaf mahkemesi kararında yer alan miktar ve değer, 2023 yılı için 238.730 TL'yi geçmesi gerekir (6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, m. 362/1/a). Tüketicilere sunulan dijital içerik ve hizmetlerin değer itibarıyla bu sınırı aşması pek muhtemel görünmemektedir.

durumunda, makul tüketici beklentilerinin, ilgili sektördeki sağlayıcılar tarafından etki altına alınması da muhtemeldir¹¹⁸⁸.

Dijital içerik veya hizmette objektif olarak bulunması gereken niteliklerin Kanun'da düzenlenmesiyle ayıbın (sözleşmeye uygunsuzluk) tespiti konusunda hukuken daha öngörülebilir bir manzara tesis edilmiş olacaktır¹¹⁸⁹. Özel önemi sebebiyle bu nitelikler, aşağıda alt başlıklar hâlinde ayrıca incelenmektedir. AB ve Alman Hukukundaki tüm objektif şartlara ise yer verilmemiştir. Çünkü dijital içerik ve hizmetlerin aynı türdeki dijital ürünlerin mutlak kullanım amaçlarına, teknik standartlara ve kamuya açıklanan özelliklerine uygun olması, yürürlükteki hükümlerden de kolaylıkla çıkarılabilir. Dolayısıyla değerlendirmede, dijital dünya bakımından en özellikli kriterler olarak kabul ettiğimiz işlevsellik, uyumluluk, erişilebilirlik, süreklilik ve güvenlik ile dijital ürünün son sürümünün sağlanması, güncellemelerin sunulması, aksesuarlar ve talimatlara yer verilmiştir. Bununla birlikte özel olarak ele alınmayan şartların da şüphesiz AB ve Alman Hukuku model alınmak suretiyle düzenlenmesi icap eder.

Sağlayıcının bildirdiği ve tarafların kararlaştırdığı niteliklerin (*sübjektif şartlar*) Kanun'da sınırlı olmayan bir sayımla düzenlenmesiyle, tüketicilere dijital içerik ve hizmetlerin performans ve özelliklerine ilişkin hangi hususları sözleşmede kararlaştırabilecekleri konusunda yol gösterilmiş olacaktır¹¹⁹⁰. Böylelikle tüketiciler, sözleşme ilişkisinde, örneğin karşılıklı işlerlik (*interoperability*), erişilebilirlik ve devamlılık gibi hususların kararlaştırılabileceği konusunda bilgilendirilmiş olacaktır¹¹⁹¹. AB ve Alman Hukukunda sübjektif ve objektif şartların içerik olarak neredeyse birbirini tekrar eder şekilde düzenlenmiş olması nedeniyle sağlayıcının bildirdiği ve tarafların kararlaştırdığı niteliklerin ayrıca incelenmesine ihtiyaç bulunmadığı kanaatindeyiz. Buna mukabil karşılıklı işlerlik ve müşteri destek hizmetleri ise istisnai olarak ayrıca açıklanmıştır¹¹⁹².

¹¹⁸⁸ Kanuni düzenlemenin olmaması, ilgili sektördeki sağlayıcılara, tüketici beklentilerini manipüle etmek suretiyle dijital içerik ve hizmetlerin standardını belirleme gücü sağlamaktadır. **Europe Economics**, 2011, s. 82 vd.; **Loos/Mak**, 2012, s. 12.

¹¹⁸⁹ **Loos/Mak**, 2012, s. 22; **Twigg-Flesner**, 2020, par. 4.

¹¹⁹⁰ **Ciacchi/van Schagen**, 2017, s. 104. Nitekim AB Hukukundaki sübjektif şartlara ilişkin düzenleme de ancak taraflar arasında kararlaştırıldığı sürece bağlayıcı nitelik kazanmaktadır. Yani bu hükümler de bir nev'i tüketicilere rehberlik etme işlevine sahiptir. **Faber**, 2019, s. 75.

¹¹⁹¹ Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nin beşinci maddesinin (i) ve (j) bentlerine göre satıcı veya sağlayıcı, işlevsellik ve uyumluluk konularında tüketiciyi bilgilendirmekle yükümlüdür. Şüphesiz bunlar, dijital içerik ve hizmetler için yeterli değildir; güncellemeler, karşılıklı işlerlik ve sürüm bilgisi gibi diğer konularda da tüketicinin bilgilendirilmesi gerekir.

¹¹⁹² Bkz. § 7.II.A.5.

Ele alınması gereken bir başka mesele de dijital içerik veya hizmette objektif olarak bulunması gereken nitelikler ile sağlayıcının bildirdiği ve tarafların kararlaştırdığı nitelikler arasındaki ilişkidir. Detayları ikinci bölümde izah edildiği üzere AB ve Alman Hukukunda taraflar, objektif şartlardan ancak bazı sıkı şartlara uyarak tüketicinin aleyhine olacak şekilde ayrılabilir¹¹⁹³. Yürürlükteki hukukta, TKHK hükümlerinin nispi emredici olmasından hareketle lüzumlu vasıf kriterlerinin aksine yapılan anlaşmalar, tüketici bakımından geçersiz kılınmıştır. Bu yol, şüphesiz tüketicinin lehine olmakla birlikte sağlayıcıya, hiçbir hâl ve şartta lüzumlu vasıf kriterleri altında bir belirleme yapma imkânı tanımamaktadır¹¹⁹⁴. Kanaatimizce olması gereken hukuk bakımından AB ve Alman Hukukunda olduğu gibi TKHK’de de tarafların sözleşmeyle, objektif şartların aksine bir anlaşma yapabileceğine ilişkin hüküm ihdas edilmeli ve anlaşma aynı ek sıkı şartlara tabi tutulmalıdır. Böylelikle sözleşme özgürlüğü kapsamında bireysel müzakerede bulunma kapısı açık bırakılarak tüketiciyle sağlayıcı arasında daha adil bir menfaat dengesi kurulmuş olacaktır¹¹⁹⁵.

1. İşlevsellik ve uyumluluk

Maddi varlığı bulunan mallardan farklı olarak dijital içerik ve hizmetlerden bazıları, veri akışına bağlı algoritma ve fonksiyonlar vasıtasıyla çalışabilmektedir. Örneğin finansal içerikler sunan bir mobil uygulama, ağırlıklı olarak anlık şekilde internetten finans verisi çekme fonksiyonu üzerinden çalışıyor olabilir. Söz konusu dijital içerik ve hizmetlerden yararlanan tüketicilerin, bunların amaçları doğrultusunda fonksiyonlarını yerine getirmesinde haklı bir beklentiye sahip olduğu kabul edilmelidir. Çünkü tüketici açısından nasıl ki bir malın amacı doğrultusunda işlevini yerine getirmesi gerekiyorsa, bir dijital hizmetin tanımlanmış işlevi de kusursuz bir şekilde çalışmalıdır¹¹⁹⁶. Dijital içerik ve hizmetlerin konu edildiği sözleşmelerde sık rastlanan hükümlerden biri de dijital içerik ve hizmetin işlevsel olmamasından kaynaklanan her türlü sorumluluktan muaf tutulmasına

¹¹⁹³ Buna göre (i) sağlayıcının tüketiciyi daha düşük koruma seviyesi hakkında en geç sözleşmenin kurulduğu esnada açıkça bilgilendirmiş olması ve (ii) tüketicinin, bu bilgilendirmeyi dijital ürünün teminine ilişkin sözleşmeden ayrı bir şekilde kabul etmesi durumunda kararlaştırılan sübjektif şartlar, ilgili objektif şartlara göre öncelikli olarak uygulanır. Bkz. § 4.II.A.3.

¹¹⁹⁴ İspat yüküne ve tüketicinin ayıptan haberdar olmasına dair bir hüküm olması nedeniyle TKHK m. 10/3 hükmünün bu kapsamda değerlendirilemeyeceği kanaatindeyiz. Bkz. § 6.III.B.

¹¹⁹⁵ **Twigg-Flesner**, 2020, s. 4. Mesela bu sayede tüketici, bir yazılımın son sürümü yerine önceki bir sürümün temini konusunda sağlayıcıyla anlaşma yapabilir.

¹¹⁹⁶ İşlevsellik (*functionality*), dijital içerik ve hizmetlerin amaçları doğrultusunda fonksiyonlarını yerine getirmesini ifade eder. Bkz. Dijital İçerik Direktifi, m. 2/11; BGB § 327e/2, par. 2. c. 1.

ilişkindir¹¹⁹⁷. Hem söz konusu haksız şartların önüne geçilmesi hem de makul tüketici beklentilerinin karşılanması amacıyla işlevselliğin, olması gereken hukuk açısından bir lüzumlu vasıf kriteri olarak düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz¹¹⁹⁸.

Mal ve hizmetlerden farklı olarak dijital içerik ve hizmetlerin, diğer yazılım ve donanımlardan bağımsız şekilde çalışması mümkün değildir. Örneğin tüketiciler, e-kitap dosyalarından faydalanabilmek için bir donanıma ihtiyaç duyar. Benzer şekilde bilgisayar oyunları, ancak uygun işletim sistemleriyle, yani yazılımlarla çalışabilir. Bu bakımdan tüketicilerin, dijital içerik ve hizmetlerin mutata olarak kabul edilen yazılım ve donanımlar üzerinde çalıştırabilmesinde menfaati bulunmaktadır¹¹⁹⁹. Dolayısıyla dijital içerik ve hizmetlerin, başka bir formata dönüştürülmesine gerek olmaksızın aynı türdeki dijital içerik ve hizmetlerin mutata olarak kullanıldığı yazılım ve donanımlarla çalışabilmesi, yani uyumluluk meselesi, bir lüzumlu vasıf kriteri olarak kabul edilmelidir¹²⁰⁰. Aksi durumda sağlayıcıların, mesela kendi sundukları içeriklerin, yalnızca kendi yazılımlarında çalıştırılabilmesine yönelik kısıtlamaları, tüketicinin aleyhine sonuç doğurmaya devam edecektir¹²⁰¹.

2. Erişilebilirlik, süreklilik ve güvenlik

Malların tüketiciye teslimiyle birlikte tüketici, o mal üzerinde fiili hâkimiyet kurmakta ve dolayısıyla mala erişimine ilişkin bir problem yaşama ihtimali ortadan kalkmaktadır. Buna karşılık 0 ve 1 şeklinde dizilen kodlardan oluşması nedeniyle dijital içerik ve hizmetler bakımından fiili hâkimiyete karşılık gelecek hususlar olan erişilebilirlik ve sürekliliğin Kanun'da ayrıca ele alınması gerekir¹²⁰². Örneğin bir yazılımın, internetten indirilmesinin engellenmemiş olması ya da bir çevrimiçi video yayın platformunun sürekli olarak erişime açık olması, dijital dünyada tüketicinin makul beklentileri arasında değerlendirilmelidir.

¹¹⁹⁷ Örneğin Apple iTunes'un 2012 yılında yayınladığı kullanım koşullarında, hizmetin kullanımının "kesintisiz veya hatasız" olacağını veya hizmetin "kayıp, bozulma, saldırı, virüs, müdahale, bilgisayar korsanlığı veya diğer güvenlik ihlallerinden (...)" arınmış olacağını garanti etmediğini belirtmiştir. **BEUC**, 2012, s. 13.

¹¹⁹⁸ İşlevselliğe ilişkin AB ve Alman Hukukundaki düzenleme için bkz. § 4.II.A.2.b.ii.

¹¹⁹⁹ **BEUC**, 2012, s. 13. Uyumsuzluk, standart bilgisayar programları bakımından sayılan tipik ayıp kategorilerinden birini oluşturmaktadır. **Yıldırım**, 1998, s. 151.

¹²⁰⁰ Uyumluluğa ilişkin AB ve Alman Hukukundaki düzenleme için bkz. § 4.II.A.2.b.ii.

¹²⁰¹ **Helberger/Guibault/Loos**, 2012, s. 11.

¹²⁰² Erişim, tüketicilerin dijital hizmetlerle ilgili en sık problem yaşadığı alanlardan biridir. **Europe Economics**, 2011, s. 168; **Helberger/Guibault/Loos**, 2012, s. 10.

Buradan hareketle erişilebilirlik ve sürekliliğin birer lüzumlu vasıf kriteri olarak öngörülmesi gerekir¹²⁰³.

Mal ve hizmetlerden farklı olarak dijital içerik ve hizmetler, bazı durumlarda yalnızca diğer yazılım, donanım ve ağ bağlantılarına bağlı olarak çalışabilir. Bu harici bağlar, kimi zaman siber saldırılara kapı aralamakta ve tüketicilerin kişisel verilerinin hukuka aykırı şekilde işlenmesine veya cihazlarının zarar görmesine yol açabilmektedir¹²⁰⁴. Dolayısıyla hem dijital içerik ve hizmetlerin hem de bunları etkileyen harici bağların güvenli olmasının, tüketicinin makul beklentileri arasında değerlendirilmesi gerekir. Ayrıca bunların, bilişim teknolojilerindeki gelişmelerden doğrudan etkilenmesi de güvenlikle ilgilidir. Neticede dijital içerik ve hizmetler açısından güvenlik meselesinin bir lüzumlu vasıf kriteri olarak düzenlenmesinde fayda vardır¹²⁰⁵.

3. Son sürümün sağlanması

Dijital içerik ve hizmetler, mal ve hizmetlerden farklı olarak kısa sayılabilecek zaman dilimlerinde güncellenmekte ve bunların yeni sürümleri yayınlanmaktadır. Mesela Windows işletim sisteminin *XP*, *8* veya *11* gibi çeşitli sürümleri bulunmaktadır. Bilişim teknolojilerindeki hızlı gelişmelerden doğrudan etkilenmesi nedeniyle dijital içerik ve hizmetlerin, sözleşmenin kurulduğu esnada yayınlanmış son sürümünün tüketiciye sağlanması, onun makul beklentileri arasında değerlendirilmelidir¹²⁰⁶. Böylelikle tüketici, kendi dijital ortamındaki işletim sistemi, cihaz ve ağ bağlantılarına dair karşılaşılabileceği uyumluluk problemlerini en aza indirerek dijital içerik ve hizmeti daha uzun süreyle kullanabilecektir. Benzer şekilde güncelliğini kaybetmiş dijital içerik veya hizmetlerin tüketicileri güvenlik açıklarına maruz bırakması da son sürümün sağlanmasının bir lüzumlu vasıf kriteri olarak öngörülmesini gerekli kılmaktadır.

¹²⁰³ Erişilebilirlik ve sürekliliğe ilişkin AB ve Alman Hukukundaki düzenleme için bkz. § 4.II.A.2.b.iii.

¹²⁰⁴ **Europe Economics**, 2011, s. 169; **Helberger/Guibault/Loos**, 2012, s. 17.

¹²⁰⁵ Güvenliğe ilişkin AB ve Alman Hukukundaki düzenleme için bkz. § 4.II.A.2.b.iii.

¹²⁰⁶ Son sürümün sağlanmasına ilişkin AB ve Alman Hukukundaki düzenleme için bkz. § 4.II.A.2.d.

4. Güncellemelerin sunulması

Aşınmaz ve yıpranmaz olmalarından¹²⁰⁷ hareketle mallara göre daha uzun ömürlü kullanıma yatkın olan dijital içerik ve hizmetlerin belirli aralıklarla güncellenmesi ihtiyacı doğabilir. Çünkü dijital içerik ve hizmetlerin birlikte çalıştığı yazılım ve donanımlar veya daha geniş bir pencereden bilişim teknolojisi ürünleri sürekli olarak gelişmekte ve değişmektedir¹²⁰⁸. Söz konusu değişimler, mesela sözleşmeye konu dijital içerik ve hizmetin ara yüzünde (*user interface*) veya veri tabanı bağlantı yapısında meydana gelebileceği gibi diğer modüllerinde de gerçekleşebilir. Bu nedenle sözleşmenin kurulmasının ardından güvenlik başta olmak üzere çeşitli hususlara ilişkin güncellemelerin sunulması da tüketicinin makul beklentileri arasında değerlendirilmelidir¹²⁰⁹.

Dolayısıyla dijital içerik ve hizmetten ayıptan ari (sözleşmeye uygun) şekilde faydalanmanın sürdürülebilmesi amacıyla tüketicinin makul olarak bekleyebileceği ve aynı türdeki diğer dijital ürünler bakımından makul sayılan süre boyunca sözleşmeye konu dijital içerik ve hizmete güncelleme sağlanmasının da bir lüzumlu vasıf kriteri olarak düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz¹²¹⁰. Bununla birlikte AB ve Alman Hukukundaki düzenlemenin sağlayıcılar yönünden hukuki belirsizliğe yol açtığı gerekçesiyle çokça eleştirilmesini¹²¹¹ dikkate alarak özellikle ani edimli sözleşmeler yönünden bu belirsizliğin giderilebilmesi için teminden itibaren beş yıl gibi azami bir sürenin öngörülmesi isabetli olacaktır. Sürekli edimle sunulan dijital ürünlerin ise sözleşme uyarınca temin edilmesi gereken süre boyunca güncellenmesine ilişkin hüküm ihdas edilmelidir¹²¹².

5. Diğer hususlar

Karşılıklı işlerlik (*interoperability*), sözleşmeye konu dijital ürünün, aynı türdeki dijital ürünlerin mutata olarak kullanıldığı yazılım ve donanımlar haricindeki yazılım ve

¹²⁰⁷ “*Digital content is not subject to wear and tear*”. European Commission, *Digital Contracts for Europe - Question & Answer (Memo)*, 09.12.2015, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_15_6265 (18.09.2023 tarihinde erişildi).

¹²⁰⁸ **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 113; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327f, par. 1.

¹²⁰⁹ Güncellemelerin sağlanmasına ilişkin AB ve Alman Hukukundaki düzenleme için bkz. § 4.II.A.2.e.

¹²¹⁰ Benzer yönde bkz. **European Law Institute**, 2016, s. 5.

¹²¹¹ **Riehm/Abold**, 2021, s. 540; **Spindler**, 2021, Schwerpunkt 1, s. 455; **Metzger**, 2022, MüKo/BGB § 327f, par. 10; **Staudenmayer**, 2020, EU Digital Law: art. 8, par. 139.

¹²¹² **Loos/Mak**, 2012, s. 24. Dijital içeriğin bir defaya mahsus olarak sağlanmadığı durumlarda dijital içeriğin sözleşme süresi boyunca sözleşmeye uygun şekilde tutulması gerektiği kanaatindeyiz. **Loos/Mak**, 2012, s. 14.

donanımlarla çalışabilmesidir¹²¹³. Dijital içerik ve hizmetler bakımından karşılıklı işlerliğin bir lüzumlu vasıf kriteri olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin tartışılması gerekir. Zira uyumluluğun aksine karşılıklı işlerlik, dijital ürünün mutadın dışındaki yazılım ve donanımlarla çalışabilmesiyle ilgilendir. Kanaatimizce bu hususun bir lüzumlu vasıf kriteri olarak belirlenmesi, sağlayıcıya gereğinden fazla sorumluluk yükleyebilir. Dolayısıyla bunun tıpkı AB ve Alman Hukukunda olduğu gibi tarafların sözleşme özgürlüğü çerçevesinde belirleyebileceği bir husus olarak bırakılması isabetlidir¹²¹⁴. Ne var ki dijital okur yazarlığı olmayan tüketiciler göz önünde bulundurularak bu hususun, tarafların sözleşmeyle kararlaştırabileceği bir şart olarak Kanun'da belirtilmesi, tüketici menfaatlerinin korunmasına hizmet edecektir.

Mallarla benzer şekilde tüketicilerin dijital içerik ve hizmetlerden faydalanabilmesi için ona çeşitli aksesuar ve talimatların sunulması icap edebilir. Zira bazı dijital ürünler, bunlardan faydalanılması bakımından daha sofistikedir. Örneğin banka hesaplarına erişim sağlayan bir bilgisayar programının güvenli şekilde çalıştırılması için harici PIN doğrulama cihazına ihtiyaç duyulabilir. Yine tüketicinin yazılımdan faydalanabilmesi için mobil cihazında belirli bir yolu izlemesi veya bir kod kütüphanesini (*code library*) kurması gerekebilir. Buradan hareketle aksesuar ve talimatların bir lüzumlu vasıf kriteri olarak öngörülmesinde tüketicinin menfaatleri açısından fayda vardır¹²¹⁵. Müşteri destek hizmetleri ise tüketicinin lehine olmakla birlikte sağlayıcıya ek bazı yükümlülükler getirecek olması nedeniyle bu hususun AB ve Alman Hukukunda olduğu gibi ancak sözleşmede kararlaştırıldığı durumlarda bir ayıp kriteri olarak dikkate alınacağının düzenlenmesi icap eder¹²¹⁶.

B. Montaj (Entegrasyon) Yükümlülükleri

Yürürlükteki hukukta malların montajına ilişkin hükmün, dijital içerik ve hizmetlere uyarlamak suretiyle tatbik edilebileceğinden bahsedilebilir (TKHK m. 8/3)¹²¹⁷. Ancak

¹²¹³ Direktif m. 2/12; BGB § 327e/2, par. 2. c. 3.

¹²¹⁴ Karşılıklı işlerliğe ilişkin AB ve Alman Hukukundaki düzenleme için bkz. § 4.II.A.1.a.ii.

¹²¹⁵ İstinaf mahkemesi, tüketicinin otomobiline yüklenen performans artırıcı yazılımla ilgili olarak aracın yazılımlı şekilde kullanılması hususunda satıcının tüketiciyi yeterli şekilde bilgilendirip bilgilendirmediğine de atıf yapmıştır. Ankara BAM 3. HD, 29.09.2022, E. 2021/1681, K. 2022/2321 (UYAP). Karara konu olay için bkz. 1028. dn. Aksesuar ve talimatlara ilişkin AB ve Alman Hukukundaki düzenleme için bkz. § 4.II.A.1.c.

¹²¹⁶ Müşteri destek hizmetlerine ilişkin AB ve Alman Hukukundaki düzenleme için bkz. § 4.II.A.1.c.

¹²¹⁷ AB Hukukunda da benzer bir durum geçerlidir. Buna göre 2019/771 sayılı Mal Satış Direktifi'ndeki montaj yükümlülüğü, 2019/770 sayılı Dijital İçerik Direktifi'ndeki entegrasyon yükümlülüğünün karşılığı olarak değerlendirilmektedir. **Vanherpe**, 2020, s. 260.

mallara yönelik bu montaj hükmünün, tüketicilerin dijital menfaatlerini karşılayıp karşılamadığı tartışmalıdır. Çünkü TKHK'deki montaj hükümleri, maddi varlığı olan mallar üzerinden kurgulanmıştır. CD/DVD gibi bir maddi vasıta ile teslim edilen dijital içerik ve hizmetler bakımından uyarlamada bir problemle karşılaşılmaz. Ne var ki hükmün, tamamıyla dijital yollarla temin edilen dijital içerik ve hizmetlerin tüketicinin donanım, yazılım ve ağ bağlantılarına entegrasyonunu kapsayıp kapsamadığı belirsizdir. Bu belirsizliğin giderilmesi amacıyla Kanun'da, dijital terminolojiyle uyumlu olarak *entegrasyon* ve *dijital ortam* kavramları tanımlanmalı ve tüketicinin dijital ortamına yönelik entegrasyon yükümlülükleri düzenlenmelidir.

C. Hukuki Ayıp

TKHK'de ayrıca düzenlenmeyen hukuki ayıp kurumu, bir ayıp türü olarak değerlendirilmiştir¹²¹⁸. 99/44 sayılı mehz Direktif'te de hukuki ayıba ilişkin ayrı bir düzenlemeye yer verilmemiştir¹²¹⁹. Dijital içerik ve hizmetlere ilişkin AB ve Alman Hukukundaki düzenlemelerde ise bu kurum, sözleşmeye uygunluk kapsamında açıkça ayrı bir kriter olarak öngörülmüştür¹²²⁰. Buna göre dijital ürünün kullanımına veya ondan faydalanılmasına ilişkin bir sınırlama, dijital ürünün subjektif ve objektif şartlara uygun şekilde kullanımını engelliyor veya sınırlandırıyorsa tüketici, sözleşmeye uygunluğun bulunmamasına ilişkin seçimlik haklarını kullanabilir. Dijital İçerik Direktifi ile BGB § 327 vd. hükümlerinde yer alan ayırık düzenlemeden hareketle hukuki ayıbın, olması gereken hukuk bakımından ayrı bir ayıp türü olarak düzenlenmesi gerektiği düşünülebilir. Ancak gerçekten buna yönelik bir ihtiyacın bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir.

Sözleşmeye uygunluk, içinde maddi ayıp, hukuki ayıp, aliud, eksik ifa ve ifaya yardımcı yan yükümlülükleri de kapsayan çatı mahiyetinde bir kavramdır¹²²¹. Bu kavram tercih edildiği sürece hukuki ayıbın ayrıca düzenlenmesine ihtiyaç bulunmadığı söylenebilir. Hatta “*ayıp*” ifadesi tercih edilse dahi hukuki ayıbın hâli hazırda bir ayıp çeşidi olarak değerlendirilmesi, bunun ayrıca düzenlenmesine ihtiyaç olmadığını göstermektedir. Kanaatimizce AB ve Alman hukukundaki hukuki ayıba ilişkin düzenleme de eleştiriye muhtaçtır. Zira bu

¹²¹⁸ Bkz. § 6.III.A.

¹²¹⁹ 99/44 sayılı Direktif'i ilga eden 2019/771 sayılı Direktif'te ise hukuki ayıp, ayrı bir maddeyle düzenlenmiştir (m. 9).

¹²²⁰ Carvalho, 2019, s. 11. Bkz. § 4.II.C.

¹²²¹ Sözleşmeye uygunluk kavramına ilişkin detaylı bilgi için bkz. § 2.

hükümlerde yalnızca hukuki ayıbın, sözleşmeye uygunluğu ortadan kaldıracağına ilişkin bir kural öngörülmüş, bunun istisnasını teşkil eden bir duruma ise yer verilmemiştir. CISG’da olduğu gibi kuralın istisnasını teşkil eden haller de öngörülmüş olsaydı, hukuki ayıbın ayrıca düzenlenmesi makul sayılabilirdi¹²²². Ancak Direktif ve BGB’nin hukuki ayıba ilişkin hükümleri yalnızca temel prensibi tekrar etmekte, istisnai bir düzenleme öngörmemektedir.

Neticede olması gereken hukuk açısından hukuki ayıbın, ayrıca düzenlenmesine ihtiyaç olmadığı kanaatindeyiz. Bize göre hukuki ayıp, lüzumlu vasıf kapsamında yer verilecek olan dijital içerik ve hizmetin aynı türdeki dijital içerik ve hizmetlerin mutlak kullanım amacına uygun olması ve tüketicinin makul beklentilerini karşılaması gerektiği hususlarından kolaylıkla çıkarılabilir.

D. Seçimlik Haklar

TKHK’deki seçimlik haklara ilişkin hükümlerin dijital içerik ve hizmetlere uygulanması, bazı yönlerden problemli görünmektedir. Yukarıda ele alınan problemler¹²²³ kapsamında özellikle hüküm ve sonuçları bakımından dijital içerik ve hizmetlerin tabiatına uygun kuralların ihdas edilmesi gerekir¹²²⁴. Dijital İçerik Direktifi’nde öngörülen seçimlik haklar da bunların kullanılmasının sağlayıcı ve tüketiciye ilişkin sonuçları bakımından yenilikler ihtiva etmektedir¹²²⁵. Ne var ki tazminat hakkı açısından yeni hükümlere ihtiyaç olmadığı kanaatindeyiz. Zira tüketici, dijital içerik ve hizmetin konu edildiği sözleşmelerde de TBK m. 112 vd. hükümlerine göre tazminat talep edebilir. Nitekim Dijital İçerik Direktifi’nde de üye ülkelerin tazminat hakkını serbestçe düzenleyebilecekleri hükme bağlanmıştır. Bu çerçevede öncelikle seçimlik haklar arasındaki hiyerarşi meselesine değinilmiş ve sonrasında ücretsiz onarım, ayıpsız benzeriyle değiştirme ve sözleşmeyi sonlandırma haklarına ilişkin düzenlemeler ele alınmıştır. Bedelde indirim hakkı ise ayrıca incelenmemiş; bu hak yönünden özellikle sürekli edimli sözleşmeler için öngörülmesi gereken istisnai hesaplama yönteminin düzenlenmesi gerektiğinin belirtilmesi yeterli görülmüştür¹²²⁶.

¹²²² CISG m. 41’de önce üçüncü kişilerin haklarına ilişkin prensip öngörülmüş, ardından CISG m. 42 ve 43’te istisnai bazı durumlara yer verilmiştir.

¹²²³ Bkz. § 6.III.D.1.

¹²²⁴ **Bradgate**, 2010, par. 181.

¹²²⁵ **Zdraveva**, 2021, s. 412.

¹²²⁶ Buna göre sürekli edimli sözleşme ilişkilerinde, ayıbın bulunduğu zaman dilimi bakımından ayrıca bir oranlamanın yapılması gerekir (Direktif m. 14/5; BGB § 327n/2). Bedelde indirim hakkına ilişkin AB ve Alman Hukukundaki düzenleme için bkz. § 5.II.B.2.

1. Seçimlik haklar arasındaki hiyerarşi

AB-Alman Hukukunda seçimlik haklar arasında bir hiyerarşi öngörölmüş; bedelde indirim ve sözleşmeyi sonlandırma hakkına başvurulmadan önce kural olarak sonraki ifa hakkının kullanılması gerektiği düzenlenmiştir¹²²⁷. Türk Hukuku bakımından böyle bir hiyerarşinin düzenlenmesine şüpheyile yaklaşılmalıdır¹²²⁸. Zira ayıplı mallar bakımından dönme hakkının kullanılması zaten ayıbın önemli olması şartına bağlanmış ve tüketicinin herhangi bir ihlâl hâlinde doğrudan bu hakka başvurmasının önüne geçilmiştir¹²²⁹. Bedelde indirim hakkı ise değer azalmasının ürünün değerine çok yakın olduğu durumlarda kullanılamamaktadır. Ayıplı mallara ilişkin bu hükümler, dijital içerik ve hizmetlere ilişkin kurallarda korunduğu sürece hiyerarşinin düzenlenmesine ihtiyaç olmadığını düşünüyoruz. Ayrıca hiyerarşik yapının iç hukuka aktarılması hem sözleşmeyi sonlandırma hem de bedelde indirim talep etme hakkına başvurulması için detaylı bazı şartların düzenlenmesini gerektirecektir¹²³⁰ ki bu, düzenlemeyi karmaşık hâle getirerek bunun anlaşılabilirliğine olumsuz etkiye bulunabilir¹²³¹.

2. Ücretsiz onarım ve ayıpsız benzeriyle değiştirme hakları

Ücretsiz onarım ve ayıpsız benzeriyle değiştirme hakları, ayıplı mallara ilişkin TKHK hükümlerinde birbirinden ayrı olarak düzenlenmekle birlikte ortak bazı hükümlere tabi tutulmuştur¹²³². AB ve Alman Hukukunda ise bu iki seçimlik hak sonraki ifa çatısı altında değerlendirilmiş ve sonraki ifanın nasıl gerçekleştirileceği sağlayıcının takdirine bırakılmıştır. Böyle bir takdir hakkının tanınmasının sebebi, dijital içerik ve hizmetin nasıl

¹²²⁷ Bkz. § 5.II.

¹²²⁸ 99/44 sayılı Direktif'te de bir hiyerarşi öngörölmesine rağmen üye ülkeler, bu konuda serbest bırakılmıştı. **Zdraveva**, 2021, s. 413.

¹²²⁹ Dönme hakkı, ayıbın önemli olmasına bağlanmasa dahi dönmenin dijital içerik ve hizmetlere dair sözleşmeler üzerindeki etkisi, mal satış sözleşmelerindeki etkisinden daha az zararlıdır. Dönme hâlinde dijital içerik veya hizmet, malların aksine değerini kaybetmez ve "*kullanılmış*" olarak sınıflandırılmaz. **Zoll**, 2016, s. 253.

¹²³⁰ Bu hükümler Dijital İçerik Direktifi, m. 14/4'te ve BGB § 327m/1'de bulunmaktadır. Bilgi için bkz. § 5.II.B.1.

¹²³¹ Hiyerarşinin varlığı, uygunsuzluk hâlinin tüketici açısından ciddi bir güvensizliğe yol açması durumlarında tüketicilerin menfaatlerine hizmet etmeyecek bir sonuçla karşılaşılabilir olması nedeniyle AB Hukukunda da eleştirilmektedir. **Vanherpe**, 2020, s. 266.

¹²³² Bkz. § 6.III.D.1.c.

sözleşmeye uygun hâle getirileceği konusunda sağlayıcının, tüketiciye göre daha donanımlı ve mahir bir konumda olmasıdır¹²³³.

Sonraki ifa çatısının varlığının tüketicinin menfaatine de hizmet ettiği kanaatindeyiz. Mesela tüketicinin onarım talep etmesi durumunda sağlayıcı, bu hakkın gereğinin yerine getirilmesinin imkânsız olduğu savunmasında bulunamayacak, bu durumda dijital içerik veya hizmeti ayıpsız benzeriyle değiştirecektir. Dolayısıyla olması gereken hukuk bakımından ücretsiz onarım ile ayıpsız benzeriyle değiştirme haklarının, AB-Alman hukukuyla paralel olarak sonraki ifa çatısı altında değerlendirilmesi isabetli olacaktır.

Ayıplı bir malın, ayıpsız benzeriyle değiştirilmesi ve ücretsiz onarılması için Türk Hukukunda öngörülen süre, azami otuz iş günüdür (TKHK m. 11/4, c. 1). Oysaki mal ve hizmetlerden farklı özellikleri bulunan dijital içerik ve hizmetlerin tamiri veya ayıpsız benzeriyle değiştirilmesi, genellikle daha kısa sürelerde tamamlanabilir¹²³⁴. Örneğin bir yazılımdaki basit bir yapılandırma hatasının düzeltilmesi için birkaç saat dahi yeterlidir. O hâlde olması gereken hukuk yönünden seçimlik hakların gereğinin yerine getirilmesi konusunda kesin bir süre belirlemek yerine AB-Alman Hukukunda olduğu gibi “*makul süre*”ye başvurmak daha isabetli olacaktır¹²³⁵. Ayrıca bu eleştiri, Türk Hukuku açısından mallara ilişkin hükümlere de getirilmiştir¹²³⁶.

99/44 sayılı mehz Direktif’le uyumlu olarak TKHK’nin ayıplı mallara ilişkin hükümlerinde onarım veya ayıpsız benzeriyle değiştirme taleplerinin “*ücretsiz*” bir şekilde yerine getirileceği kabul edilmiştir (TKHK m. 11/1/c). Buna mukabil mehz Direktif’te bulunmasına rağmen taleplerin gereğinin yerine getirilmesi esnasında tüketiciye önemli bir rahatsızlık verilmemesi gerektiği düzenlenmemiştir¹²³⁷. Yani bu haklar, ücretsiz şekilde yerine getirilirken tüketiciye önemli bir rahatsızlık verilirse bir hukuka aykırılık gündeme gelmeyecektir. Söz gelişi, ücretsiz onarım esnasında tüketicinin kendi dijital ortamındaki

¹²³³ Gsell, 2020, EU Digital Law: art. 14, par. 20.

¹²³⁴ İstinaf mahkemesi kararına konu olan olaya dair mahkemece alınan bilirkişi raporunda “*mütalaanın 12. maddesi a-b-c-d-e maddelerinde yer alan problemlerin bilgisi olan herhangi bir yazılımcı tarafından bir günde tamamlanabilecek işlemler olduğu*” ifadelerine yer verilmiştir. İstanbul BAM 15. HD, 24/03/2021, E. 2018/1806, K. 2021/627 (UYAP).

¹²³⁵ Dijital İçerik Direktifi, Rec. 64’e göre dijital içerik ve hizmetlerin çeşitliliği karşısında bunların sözleşmeye uygun hâle getirilmesi için kesin vadeler belirlemek makul değildir.

¹²³⁶ Atamer/Baş, 2014, s. 41; Gümüş, 2014, s. 118; Çabri, 2016, s. 267.

¹²³⁷ 99/44 sayılı Direktif m. 3/3/par. 3: “*Herhangi bir onarım veya değiştirme, malların niteliği ve tüketicinin malları hangi amaçla talep ettiği dikkate alınarak makul bir süre içinde ve tüketiciye önemli bir rahatsızlık vermeden (‘without any significant inconvenience to the consumer’) gerçekleştirilir.*”

yazılım ve donanımlarda önemli değişiklikler yapmak zorunda kalmasına rağmen talebin sağlayıcı tarafından hukuka uygun şekilde yerine getirildiği kabul edilecektir¹²³⁸. Oysaki tüketicinin bu durumda bir zarar görme ihtimali mevcuttur. Dolayısıyla dijital içerik ve hizmetlere ilişkin hükümlerde, anılan seçimlik haklar yönünden önemli bir rahatsızlık verilmemesi şartının öngörülmesi icap eder.

3. Sözleşmeyi sonlandırma hakkı

Sözleşmeden dönme hakkının hüküm ve sonuçlarının tespiti için TKHK m. 83/1'den hareketle TBK hükümlerine başvurulmaktadır¹²³⁹. Ancak satış sözleşmesi başta olmak üzere TBK'nın özel borç ilişkileri kısmındaki düzenlemeler, genel olarak maddi varlığı olan eşyalar için kurgulanmıştır¹²⁴⁰. TBK hükümlerinin, gayri maddi niteliği haiz olan ve tabiatları itibarıyla mallara göre daha karmaşık bir mahiyet arz eden dijital içerik ve hizmetlere nasıl uygulanacağı çoğu zaman belirsizdir. Örneğin sözleşmenin konusunu bir dijital içerikle birlikte eşyanın oluşturması durumunda, TBK m. 230 hükmünün nasıl tatbik edileceği belirli değildir. Bu durumda; dijital ürünün “parça” sayılıp sayılamayacağı, buna cevaz verilmesi hâlinde dijital ürünün maldan ayrılması için hangi kriterlerin kullanılacağı ve Alman Hukukundaki ifadesiyle entegre dijital ürünlerle dijital unsurlu mallar arasında bir ayrımın gözetilip gözetilmeyeceği sorularını yürürlükteki kurallarla cevaplamak mümkün görünmemektedir.

Sözleşmeyi sonlandırma hakkının sonuçları, 2019/771 sayılı Mal Satış Direktifi'nde sade bir yapıyla ele alınmışken, 2019/770 sayılı Dijital İçerik Direktifi'nde daha detaylı şekilde düzenlenmiştir¹²⁴¹. Bu da meselenin dijital içerik ve hizmetler için daha sofistike olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla AB-Alman Hukukundaki düzenlemeler takip edilerek dijital unsurlu mallara, dijital içerik ve hizmetlerin konu edildiği paket sözleşmelere ve entegre dijital içerik ve hizmetlere hangi hukuk kurallarının uygulanacağını öngörülmesi ve sözleşmeyi sonlandırmanın bu ilişkilerdeki sonuçlarının düzenlenmesi, hukuki öngörülebilirliği sağlaması yönünden faydalı olacaktır¹²⁴². Bu düzenlemede, terim olarak

¹²³⁸ Alman Hukukunda bu durum, tüketici açısından önemli bir rahatsızlığın varlığına işaret eder. **Deutscher Bundestag**, 2021, 19/27653, s. 66.

¹²³⁹ Bkz. § 6.III.D.1.a.

¹²⁴⁰ **Erişgin**, 1999, s. 222.

¹²⁴¹ **Kurtulan Güner/Atamer**, 2022, s. 635.

¹²⁴² Dijital unsurlu malların nasıl düzenleneceği konusunda kanun koyucunun takip edebileceği iki yol bulunmaktadır. İlkinde AB ve Alman Hukukundaki düzenlemeleri takip edilerek dijital unsurlu mallara,

mallara dair hükümlerdeki *dönme* ifadesi yerine *sözleşmeyi sonlandırmaya* başvurulmalıdır. Böylelikle anılan hakkın sürekli edimli sözleşmeleri kapsayıp kapsamadığına dair tartışmaların önüne geçilecek ve bu hak, AB ve Alman Hukukundaki gibi net bir şekilde hem dönme hem de fesih hakkını kapsamış olacaktır¹²⁴³.

Karşı edim olarak bir ücretin kararlaştırılmadığı dijital içerik ve hizmetlere dair sözleşmelerde sağlayıcılar, kişiselleştirilmiş reklamlar ve benzeri yollarla tüketicinin kişisel verilerini işleyerek gelir elde etmeye çalışır¹²⁴⁴. Dijital İçerik Direktifi ve BGB'deki durumun aksine Türk Hukukunda, tüketicinin kişisel verilerinin dijital içerik ve hizmetlerin temini için bir karşı edim olarak kullanılıp kullanılamayacağı konusunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. İrade özerkliği prensibine dayalı bir yorum yapıldığında kişisel verilerin, bir karşı edim olarak borçlanılması mümkün görünmektedir¹²⁴⁵. Ne var ki hukuki niteliğinin kişilik hakkına dayanıyor olması itibariyle bunların metalaştırılamayacağını savunanlar da bulunmaktadır¹²⁴⁶.

Bir görüşe göre kişisel verinin karşı edim olarak kullanılabileceğini kabul etmek ve bunu dijital içerik ve hizmetlere ilişkin kuralların kapsamına almak, şeffaflık sağlaması itibariyle tüketicinin menfaatinedir. Aksi hâlde sağlayıcılar, kuralları dolaşmak için dijital içerik ve hizmetleri tüketicilere yine ücretsiz şekilde sunarak onların kişisel verileri üzerinden gelir elde etmeye çalışabilir¹²⁴⁷. Bu durum, sağlayıcıların dijital içerik ve hizmetlere ilişkin kurallara tabi olmadan tüketicilerin kişisel verileri üzerinden gelir elde etmesi sonucuna yol açacaktır. Her ne kadar kişilik hakkına dayanıyor olsa da sağlayıcıların yaygın kişisel veri işleme pratikleri karşısında, kişisel verilerin karşı edim olarak kullanılmasına kanunen yeşil ışık yakılmalıdır¹²⁴⁸. Bu durumda, kişisel verilerin değerinin nasıl hesaplanacağı ile bunun ücret iadesi kapsamında yer alıp almayacağı başta olmak üzere hakkın kullanılmasının sonuçlarının da belirlenmesi şarttır.

satış sözleşmesine ilişkin kuralların uygulanması hükme bağlanabilir. Diğer ihtimal ise mal kısmına satış hukuku kurallarının, mala gömülü dijital içerik veya hizmete ise dijital içerik ve hizmetlere dair hükümlerin uygulanmasıdır. **Kurtulan Güner/Atamer**, 2022, s. 642.

¹²⁴³ Sözleşmeyi sonlandırma hakkına ilişkin AB ve Alman Hukukundaki düzenlemeler için bkz. § 5.II.B.3.

¹²⁴⁴ **Helberger/Guibault/Loos**, 2012, s. 5; **Loos/Mak**, 2012, s. 16.

¹²⁴⁵ **Akkanat-Öztürk**, 2022, s. 376.

¹²⁴⁶ AB'deki tartışmalar için bkz. **Taştan**, 2017, s. 51 vd.

¹²⁴⁷ **Loos/Mak**, 2012, s. 24.

¹²⁴⁸ Benzer yönde bkz. **Riehm/Abold**, 2021, s. 540.

Tüketiciler, özellikle dijital hizmetlerden faydalanırken kişisel veri niteliğinde olmayan içerikler üretebileceği gibi daha önce ürettiği içerikleri de bu mecralarda paylaşabilir. Kara kalem çizen bir tüketicinin, eserlerini Facebook'ta paylaşması buna örnektir. AB-Alman Hukukunda sağlayıcılar, bunları tüketiciye iadeyle yükümlü olup sözleşme sona erdikten sonra kullanamamaktadır. Yani tüketicinin bir sosyal medya platformuna yüklediği fotoğraf, video ve ses dosyalarının talebi hâlinde bunların kendisine iadesi gerekir. Kanaatimizce her iki yükümlülüğün de Türk Hukukuna aktarılması gerekir. Aksi hâlde kişisel veri dışındaki diğer içeriklerin, sözleşme sonlandıktan sonra sağlayıcılar tarafından kullanılabilmesi, genel işlem şartları başta olmak üzere sözleşme hükümleriyle tüketicilere dayatılabilir¹²⁴⁹. Sağlayıcıya yönelik iki yükümlülüğün Kanun'da yer alması, bunları birer nispi emredici hükme dönüştürecek ve bunların tüketici aleyhine değiştirilmesi neredeyse mümkün olmayacaktır¹²⁵⁰.

E. Ayıbın (Sözleşmeye Uygunluğun) Değerlendirilme Zamanı ve Zamanaşımı

TKHK'nin ayıplı mallara ilişkin hükümlerinin dijital içerik ve hizmetlere uygulanmasında karşılaşılan diğer bir problem de ayıbın değerlendirilme zamanıdır. Zira dijital içerik ve hizmetlerin taşınır veya taşınmaz olarak kabul edilememesi, TKHK m. 9/1'de düzenlenen "teslim" hükmünün dijital içerik ve hizmetlere uygulanmasını zora sokmaktadır. Teslim kavramının genişletici bir yorumla "*satıcının ifa yükümlülüğünü yerine getirmesi*" olarak kabul edilmesi¹²⁵¹ yalnızca ani ve dönemli edimli sözleşmeler bakımından bir çözüm üretmekte, sürekli edimli sözleşmelere tam anlamıyla çare olamamaktadır. Oysaki tüketicinin, sürekli edimli sözleşmelerde dijital içerik ve hizmetin akit süresi boyunca sözleşmeye uygun biçimde sunulması konusunda makul bir beklentisi bulunmaktadır¹²⁵². Kanaatimizce AB ve Alman Hukukunda olduğu gibi ayıbın değerlendirme zamanına ilişkin ayrı bir hüküm ihdas edilmeli ve burada ani ve dönemli edimler ile sürekli edimler açısından farklı kurallar öngörülmelidir¹²⁵³. Ayıbın değerlendirme zamanıyla bağlantılı olarak

¹²⁴⁹ Alman Hukukunda, dijital ürünlere ilişkin düzenlemeler yapılmadan önce bu meselelerin, sağlayıcıyla tüketici arasındaki sözleşmeler aracılığıyla düzenlendiği belirtilmiştir. **Deutscher Bundestag**, 2021, 19/27653, s. 24. Dijital ürünlerin konu edildiği tüketici sözleşmelerinde haksız şartlara ilişkin problemler için bkz. **BEUC**, 2012, s. 12.

¹²⁵⁰ Tüketici aleyhine değişiklik için dijital içerik veya hizmette objektif olarak bulunması gereken nitelikler (lüzumlu vasıf) ile sağlayıcının bildirdiği ve tarafların kararlaştırdığı nitelikler (zikir ve vaat edilen vasıf) arasındaki ilişkiye dair hükümlerin dikkate alınması gerekecektir. Önerdiğimiz model için bkz. § 7.II.A.

¹²⁵¹ Bkz. § 6.III.B.1.

¹²⁵² **Loos/Mak**, 2012, s. 14.

¹²⁵³ Ayıbın değerlendirilme zamanına ilişkin AB ve Alman Hukukundaki düzenlemeler için bkz. § 4.III.

zamanaşımı süreleri de dijital içerik ve hizmetler için ayrıca düzenlenmeli ve bu düzenlemede gizli ayıplar, sürekli edimli sözleşmeler ve güncelleme yükümlülüğü bakımından tüketici lehine istisnai hükümlere yer verilmelidir¹²⁵⁴.

F. İspat Yükü

TKHK'deki ayıplı mallara ilişkin ispat kurallarının, dijital içerik ve hizmetlere uygulanmasında bir engel yoktur. Ancak AB ve Alman Hukukundaki kurallar üzerinden dijital ürünlere özgü bir düzenlemeye ihtiyaç olup olmadığının ele alınmasında fayda vardır. AB ve Alman Hukukunda ispat yükü, Türk Hukukundaki gibi belirli bir süre için tüketicinin lehine olacak şekilde ters çevrilmiştir¹²⁵⁵. Ne var ki Türk Hukukundan farklı olarak Dijital İçerik Direktifi ve BGB'de, sürekli edimli sözleşmeler için ani ve dönemli edimlerden ayrı bir hüküm de öngörülmüştür. Buna göre sürekli edimli sözleşmelerde, teminin gerçekleştiği dönem içinde bir uygunsuzluk tespit edilirse, dijital ürünün bundan önceki zamanda da uygunsuz olduğu kabul edilir¹²⁵⁶.

TKHK'de sürekli edimli sözleşmeler için ayrı bir ispat kuralı öngörülmemiştir. Her tip edime uygulanacak olan TKHK m. 10/1'deki altı aylık süreyi kapsayan karinenin, bulut bilişim hizmetleri gibi sürekli edimle temin edilen dijital içerik ve hizmetlere uygulanması tam anlamıyla tüketicinin menfaatlerini koruyamayabilir. Çünkü bu durumda hem teminden başlayarak altıncı ayın sonrasında ortaya çıkacak ayıpları hem de dijital hizmetin bu andan önce de ayıplı olduğunu tüketicinin ispatlaması icap edecektir. Tüketicinin sürekli edimli sözleşmelerdeki menfaatlerinin tam anlamıyla korunabilmesi için akit süresine yayılan bir karine öngörülerek sürekli edimlerin, ani ve dönemli edimlerden ayrıştırılmasının faydalı olduğunu düşünüyoruz. Böylelikle mesela yirmi dört aylığına yapılan bir dijital hizmet sözleşmesinde tüketici, akit süresi boyunca bu karineden faydalanabilecektir.

¹²⁵⁴ Zamanaşımına ilişkin AB ve Alman Hukukundaki düzenlemeler için bkz. § 6.III.E.

¹²⁵⁵ Bu süre TKHK'de altı ay, Dijital İçerik Direktifi ve BGB'de ise bir yıl olarak öngörülmüştür. Bkz. TKHK m. 10/1; Direktif m. 12/2, BGB § 327k/1. İspat yüküne ilişkin hükmün Dijital İçerik Direktifi'ne alınmasında, Avrupa Hukuk Enstitüsü'nün görüşü de etkili olmuştur. Bkz. **European Law Institute**, 2016, s. 6.

¹²⁵⁶ Direktif m. 12/3; BGB § 327k/2.

III. SÖZLEŞMEYE UYGUNLUK KAVRAMININ TERCİH EDİLMESİ

TKHK'deki ayıptan ari ifa konseptinin, m. 8/3'te yer alan temerrüt durumu haricinde 99/44 sayılı mehz Direktif'teki sözleşmeye uygunlukla özdeşleştirilebileceğini ifade etmiştik¹²⁵⁷. Ne var ki bu sonuca bir yorumlama faaliyeti neticesinde erişilmiştir. Yani TKHK'yi uygulayacak mercilerin, ayıptan ari ifa konseptini yalnızca maddi ayıptan arılık olarak yorumlamak suretiyle aksi yönde bir sonuca varması ihtimal dâhilindedir. Zira mallara ilişkin kurallarda “ayıp” mefhumunun tercih edilmesi, borçlar hukukundaki ayıp tartışmalarının TKHK'ye ithal edilmesi sonucunu doğurmuştur. Örneğin zapt hâlinin ayıp sorumluluğu kapsamında yer alıp almadığı, eksik ifa ve aliud hâli için hangi hükümlere başvurulması gerektiği gibi konulardaki tartışmalı hukuki manzara, aynen TKHK'ye aktarılmıştır. Bu nedenle Kanun'daki ayıp kavramının kullanılmasını sakıncalı bulmakta; yeknesak bir uygulama oluşturmak için sözleşmeye uygunluk kavramının benimsenmesinde fayda olduğu kanaatindeyiz.

Sözleşmeye uygunluk; CISG, AB direktifleri ve BGB'deki düzenlemelerden de çıkarılabileceği üzere ifanın konusunu ilgilendiren maddi ayıp, hukuki ayıp, aliud, eksik ifa ile ifaya yardımcı yan yükümlülükleri kapsayan çatı mahiyetinde bir kavramdır¹²⁵⁸. Dijital içerik ve hizmetlere ilişkin hükümlerde bu kavramın tercih edilmesiyle ayıplı ifanın kapsamının tespitinde karşılaşılan problemlere dair daha net bir hukuki manzara ortaya çıkacaktır¹²⁵⁹. Yani zapt ve ayıp arasındaki ayrım tartışmasız olarak kalkacak¹²⁶⁰; aliud, eksik ifa ve ifaya yardımcı yan yükümlülükler de sözleşmeye uygunluk kapsamında değerlendirilecektir.

Sözleşmeye uygunluk kavramı, Dijital İçerik Direktifi'yle doğmuş yeni bir kavram olmayıp normatif köklerini Türkiye'nin de onayladığı CISG'dan almaktadır¹²⁶¹. Başka bir deyişle bu kavram, Türk Hukukuna yabancı değildir. Kavramın iç hukuka aktarılması ihtiyacının temel sebebi ise aday ülke statüsündeki Türkiye'nin, tüketici hukuku alanında AB düzenlemelerini takip ediyor olmasıdır. Üstelik bu kavramın yalnızca dijital içerik ve hizmetler yönünden

¹²⁵⁷ Bkz. § 6.II.B.

¹²⁵⁸ Sözleşmeye uygunluğun tanımı ve kapsamı hakkında bkz. § 2.III.

¹²⁵⁹ Dijital İçerik Direktifi'nin amaçlarından biri de hukuki belirliliğin artırılmasıdır. Bkz. DCD; Rec. 3.

¹²⁶⁰ *Aydoğdu*, zapttan doğan sorumluluğun hukuki ayıp ve dolayısıyla sözleşmeye uygunluk kapsamında değerlendirilebilmesi için açık bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu kanaatinde. *Aydoğdu*, 2016, Milli Şerh: m. 8, s. 205.

¹²⁶¹ Bkz. § 2.I.B.3.

değil; mallara dair hükümler bakımından da TKHK’de yer alması gerekir. Öyle ki TKHK hükümleri, 99/44 sayılı mehzaz Direktif’in ifa engelleri sistematüğını tam olarak yansıtmadığı¹²⁶² gibi bu direktifi ilga eden 2019/771 sayılı Mal Satış Direktifi’ne göre de güncellenmiş değildir¹²⁶³. Dolayısıyla dijital içerik ve hizmetlere dair hükümlerde sözleşmeye uygunluk kavramının tercih edilmesi, AB düzenlemelerindeki terminolojinin iç hukuka aktarılması için bir işaret fişegi işlevi de görmüş olacaktır¹²⁶⁴.

Hukuken bir gereğı gibi ifa etmeme hâli olarak nitelendirilen¹²⁶⁵ sözleşmeye uygunluk kavramına başvurulması, TKHK ile TBK’daki ifa engelleri sistematüğü yönünden bir çelişki oluşturmayacaktır. Sözleşmeye uygunluğun benimsenmesiyle bu kapsamda yer alan ifa engelleri, TBK’daki “*imkânsızlık – gereğı gibi ifa etmeme – temerrüt*” şeklindeki üçlü ayırında gereğı gibi ifa etmeme çerçevesinde değerlendirilecektir. Yani kavram kabul edildiğinde hiç ifa etmeme ve temerrüt durumlarında TBK hükümleri uygulanmaya devam edecektir. Öte yandan, bu kavramın TBK’da kullanılmaması da bir problem teşkil etmez. Alman Hukukunda da genel anlamda bir sözleşmeye uygunluk konsepti bulunmamasına rağmen dijital içerik ve hizmetlere dair tüketici sözleşmelerini düzenleyen BGB § 327d hükmünde bu kavrama yer verilmiştir¹²⁶⁶.

IV. ÇÖZÜM ÖNERİLERİNİN TÜRK HUKUKUNA UYARLANMASI

Türk Hukukunda dijital içerik ve hizmetlerin, mal ve hizmetlerden ayrı bir kategori olarak ele alınması ve bunlara özgü düzenlemelerin ihdas edilmesi gerektiğini yukarıda ifade etmiştik¹²⁶⁷. Yani tıpkı bir ayakkabı veya mobilya satışında olduğu gibi e-kitap, bilgisayar oyunu ve yazılım gibi dijital içerik ve hizmetlere dair sözleşmeler için de hukuk kurallarına ihtiyaç vardır¹²⁶⁸. Çalışmanın sınırları çerçevesinde bu kurallardan yalnızca sözleşmeye uygunluğa odaklanılarak yukarıda yer verilen çözüm önerilerinin, Türk Hukukuna nasıl

¹²⁶² Zira TKHK’de temerrüt hâli de ayıplı ifa kapsamında düzenlenmiştir. Bkz. § 6.II.B.

¹²⁶³ Bu bakımdan 2019/770 sayılı Dijital İçerik Direktifi ile 2019/771 sayılı Mal Satış Direktifi’nin birbirinin tamamlayıcısı olduğu yeniden ifade edilmelidir. Bkz. Dijital İçerik Direktifi, Rec. 20. 99/44 sayılı Direktif’le 2019/771 sayılı Direktif hükümlerinin karşılaştırması için bkz. **Aydın Ünver**, 2020, s. 866 vd.

¹²⁶⁴ **Aydoğdu**, ayıplı mallar bakımından 99/44 sayılı mehzaz Direktif ile CISG’a uyum sağlamak adına yeni bir düzenlemenin yapılmasını önermektedir. **Aydoğdu**, 2014, s. 48. Bu düzenlemelerde AB düzenlemelerindeki terminolojinin kullanılması gerekir. **Aydoğdu**, 2016, Milli Şerh: m. 8, s. 203.

¹²⁶⁵ Bkz. § 2.IV.D.

¹²⁶⁶ 2019/771 sayılı Direktif’te “*sözleşmeye uygunluk*” kavramına yer verilmesine rağmen satış sözleşmesine ilişkin BGB § 434 hükmünde ayıp kavramı kullanılmaya devam etmektedir.

¹²⁶⁷ Bkz. § 7.I.

¹²⁶⁸ **Hojnik**, 2016, s. 81.

uyarlanacağı meselesi de ayrıca incelenmeyi hak etmektedir. Ne var ki tüketicinin menfaatlerinin tam olarak korunabilmesi için Dijital İçerik Direktifi ve BGB § 327 vd. hükümlerinin, kapsadığı diğer konular da dâhil edilerek bir bütün hâlinde iç hukuka aktarılması gerektiği gözden uzak tutulmamalıdır.

A. Kanun Seviyesinde Düzenleme Yapılması

İlk olarak çözüm önerilerinin, kanun seviyesinde yapılacak bir düzenlemeyle Türk Hukukuna aktarılması icap eder. Çalışmada temel çözüm önerisi olarak mal ve hizmetler şeklindeki ikili ayırım yerine mal, hizmet ve dijital içerik ve hizmet şeklinde üçlü bir ayırım benimsenmesi gerektiği ifade edilmiştir¹²⁶⁹. Bunun için dijital içerik ve hizmetler, normatif olarak mal ve hizmetlerle aynı seviyedeki regülasyon aracı olan bir kanunla düzenlenmelidir. Kanuni düzenleme, TKHK’de bir değişiklik yapılarak gerçekleştirilebileceği gibi dijital içerik ve hizmetlere özgü ayrı bir kanun da çıkarılabilir¹²⁷⁰. Kanaatimizce TKHK’nin kod kanun niteliğine zarar vermemek ve genel-özel kanun tartışmalarını önlemek için yeni hükümlerin, bu kanuna dercedilmesi tercih edilmelidir¹²⁷¹. Nitekim Alman kanun koyucu, ayrı bir kanun çıkarmayı da bir alternatif olarak değerlendirmiş olmakla birlikte 2002 reformunda olduğu gibi özel hukuk sisteminin şeffaflığı ve anlaşılabilirliğini korumak amacıyla dijital içerik ve hizmetleri, BGB’de düzenlemeyi seçmiştir¹²⁷².

B. Dijital İçerik ve Hizmetler İçin Kanun’da Yeni Bir Bölüm Oluşturulması

Dijital içerik ve hizmetlere ilişkin düzenlemeler için TKHK’de ayıplı mal ve hizmetlere dair hükümlerden sonra gelmek üzere yeni bir bölüm oluşturulmalıdır. Nitekim İngiliz Tüketici Hakları Kanunu’nda tüketici sözleşmeleri; mallar (m. 3-32), dijital içerikler (m. 33-47) ve

¹²⁶⁹ Bkz. § 7.I.

¹²⁷⁰ AB Hukukunda, dijital içerik ve hizmetlerin ya yeni bir direktifle ya da 99/44 sayılı Direktif’in revize edilerek düzenlenebileceği belirtilmişti. **BEUC**, 2012, s. 10. İngiliz Hukukunda ise alternatif olarak bunlara özgü bir regülasyonun yapılabileceği ifade edilmişti. **Bradgate**, 2010, par. 200. Tüketici sözleşmelerinin borç ilişkilerinin düzenlendiği genel nitelikli bir kanunda mı yoksa ayrı bir kanunda mı düzenlenmesi gerektiğine yönelik tartışma için bkz. **Huguenin/Hermann/Benhamou**, 2009, s. 160, 165.

¹²⁷¹ Böylelikle dijital içerik ve hizmetlere dair hükümlerle tüketicinin korunmasına ilişkin diğer düzenlemeler arasında uyum problemleri doğmayacak ve rasyonellik korunmuş olacaktır. **Bradgate**, 2010, par. 31.

¹²⁷² **Deutscher Bundestag**, 2021, 19/27653, s. 27. Avusturya hukukunda ise 2019/770 sayılı Dijital İçerik Direktifi ile 2019/771 sayılı Direktif’in iç hukuka aktarılması için Tüketici Garanti Kanunu (*Verbrauchergewährleistungsgesetz - VGG*) adlı yeni bir kanun çıkarılmıştır. **Zöchling-Jud**, 2021, s. 223. Ancak Avusturya Hukukundaki tüketiciyi koruyan düzenlemelerin, genel olarak dağınık olduğunu ifade etmekte fayda vardır. Bkz. **Zöchling-Jud**, 2021, s. 222.

hizmetler (m. 48-57) şeklinde sıralı üç bölüm hâlinde düzenlenmiştir. Alman Hukukunda da dijital ürün sözleşmeleri için diğer tüketici sözleşmelerinden ayrı bir bölüm ihdas edilmiştir (BGB § 327 vd). Bu yaklaşımın Türk Hukukunda takip edilmesiyle dijital içerik ve hizmetlere ilişkin hükümler, mal ve hizmetlerde olduğu gibi sözleşme tipinden bağımsız olarak tüketici işlemlerine uygulanabilecektir¹²⁷³.

Hükümlerin istikrarlı şekilde uygulanması için terminoloji ve tanımlar açısından mümkün olduğunca açık ve kesin bir yaklaşım benimsenmelidir¹²⁷⁴. Yapılacak düzenlemede; dijital içerik, dijital hizmet, entegrasyon, dijital ortam, uyumluluk, fonksiyonellik ve karşılıklı işlerlik gibi sözleşmeye uygunluğa dair kavramlara tanımlarıyla birlikte yer verilmelidir¹²⁷⁵. Zira sözleşmeye uygunluk ve seçimlik haklara dair madde hükümlerinin somut olaylara yeknesak şekilde uygulanabilmesi için dijital dünyaya ait olan bu kavramların tanımlanması gerekir. Kanun'daki sağlayıcı kavramı ise dijital içerik ve hizmetleri kapsayacak şekilde yeniden tanımlanmalıdır¹²⁷⁶.

Sözleşmeye uygunluğa ilişkin sübjektif ve objektif şartların, Alman Hukukunda olduğu gibi (BGB § 327e) tek madde hâlinde düzenlenebileceği kanaatindeyiz. Türk kanun koyucunun bu şartları düzenlerken, sağlayıcının bildirdiği ve tarafların kararlaştırdığı nitelikler (*zikir ve vaat edilen vasıf*) ile dijital içerik veya hizmette objektif olarak bulunması gereken nitelikler (*lüzumlu vasıf*) ifadelerini kullanmasında bir sakınca yoktur. Zira ayrımda tercih edilen ifadeler, korumanın esasını etkilememektedir. Güncellemeler ve hukuki ayıp bakımından Alman Hukukunun aksine ayrı maddeler (BGB § 327f ve § 327g) ihdas etmeden, bunların da objektif şartlar altında düzenlenmesi norm enflasyonunu önleyecektir¹²⁷⁷. Ayrıca uygunsuzluk hâlinde tüketicinin seçimlik hakları, taleplerin tabi olduğu zamanaşımı süresi

¹²⁷³ Alman Hukukunda bu sonuç, gerekçede açıkça ifade edilmiştir. Bkz. **Deutscher Bundestag**, 2021, 19/27653, s. 26.

¹²⁷⁴ **Hoekstra/Diker-Vanberg**, 2019, s. 15; **Twigg-Flesner**, 2020, s. 28.

¹²⁷⁵ Kanun'da tanımlanacak olsa da bazı mefhumların içeriklerinin netleştirilmesi için mahkeme kararlarına ihtiyaç duyulacaktır. Nitekim AB Hukukunda, fonksiyonellik ve işlevsellik gibi önemli bazı kavramların içeriklerinin ABAD tarafından doldurulması beklenmektedir. **Lehmann**, 2016, s. 768; **Vanherpe**, 2020, s. 262.

¹²⁷⁶ Dijital içerik ve hizmetlere ilişkin sözleşmelerde, satıcı yerine sağlayıcı ifadesinin tercih edilme sebebi hakkında bkz. 396. ve 397. dn.

¹²⁷⁷ Alman kanun koyucu, taşıdığı önem nedeniyle sağlayıcının güncelleme sunma yükümlülüğünü, ayrı bir madde altında düzenlemiştir. **Deutscher Bundestag**, 2021, 19/27653, s. 25; **Tamm/Tonner**, 2022, blm. §2, par. 119; **Wendland**, 2022, BeckOK/BGB § 327f, par. 4. AB Hukukunda ise güncellemeler, objektif şartlara ilişkin m. 8 hükmünde düzenlenmiştir. Hukuki ayıba ilişkin ayrı bir madde ihdas edilmesine neden ihtiyaç duyulmadığı hakkında bkz. § 7.II.C.

ile bunların hüküm ve sonuçları ve ispat yükü ise ihdas edilecek yeni maddelerle düzenlenmelidir.

C. Dikkate Alınması Gereken Regülasyon Yöntemleri

Dijital içerik ve hizmetlerin, bilişim teknolojilerinin etkisi altında olması nedeniyle yapılacak düzenlemelerde AB ve Alman Hukukunda olduğu gibi gelecekteki gelişmelerden etkilenmeyebilecek bir terminoloji ve yöntemin kullanılması (*future-proof*)¹²⁷⁸ ve herhangi bir teknolojiyi kayırmayan (*technology neutral*) yaklaşımın benimsenmesi gerekir¹²⁷⁹. Ancak AB ve Alman Hukukundan kısmen farklı olarak meselenin daha öz mahiyetteki hükümler üzerinden düzenlenmesi gerektiğini düşünüyoruz. Böylelikle bilişim teknolojilerine ilişkin düzenlemeler bakımından sıkça gündeme gelen caydırıcı etkinin (*chilling effect*) önlenmesi için de bir tedbir alınmış olunacaktır. Bu etkiye göre sağlayıcılar, kendileri için ağır veya anlaşılması zor yükümlülükler öngörülmesi durumunda ya inovasyondan uzaklaşarak rekabetin zayıflamasına neden olmakta ya da dijital ürünlerin fiyatlarını artırma yolunu tercih etmektedir ki her iki durum da tüketicinin aleyhinedir¹²⁸⁰.

¹²⁷⁸ **Bradgate**, 2010, par. 201. Zira dijital içerik ve hizmet sektörü sürekli olarak bir değişim ve dönüşüm hâlinindedir. **Europe Economics**, 2011, s. 174.

¹²⁷⁹ Bu niteliklere sahip bir düzenleme için örneğin dijital içerik ve hizmetin tanımında herhangi bir teknolojiye vurgu yapılmamalı ve bunların tüketiciye temin yollarına da bir sınırlama getirilmemelidir. Dijital İçerik Direktifi, Rec. 10: “*Bu Direktifin hem kapsamı hem de esasa ilişkin kuralları teknolojik açıdan tarafsız ve gelecekteki gelişmelerden etkilenmeyebilecek nitelikte olmalıdır*”. Dijital İçerik Direktifi, Rec. 19: “*Dijital içerik veya dijital hizmetlerin temininin çok sayıda yolu olduğundan (...) bu Direktif, dijital içeriğin veya dijital hizmetin iletilmesi veya bunlara erişim sağlanması için kullanılan araçtan bağımsız olarak uygulanmalıdır.*”

¹²⁸⁰ **Hoekstra/Diker-Vanberg**, 2019, s. 6; **Riehm/Abold**, 2021, s. 535. Dijital İçerik Direktifi, ilk aşamada, Avrupalı tüketicilere eskisinden daha iyi koruma sağlayacak olmakla birlikte uzun vadede, bu gelişmiş tüketici korumasının, sağlayıcılar açısından artan bir riske ve bunun neticesinde ek maliyetlere yol açma ihtimali bulunmaktadır. **Vanherpe**, 2020, s. 273.

SONUÇ

Dijital içerik ve hizmetlerin konu edildiği tüketici işlemleri, başta bilişim teknolojilerindeki gelişmeler olmak üzere çeşitli fenomenlerin etkisiyle hızla yaygınlaşmaktadır. Yeni sayılabilecek bu işlemlerde, sözleşmenin kurulmasından hasar ve yararın geçişine, genel işlem şartlarından ifa engellerine kadar henüz tazeliği üstünde olan birçok problem ortaya çıkmıştır. Bu çalışmada, anılan meselelerden, Türk Hukukundaki ayıptan ari ifa durumuyla özdeşleştirilebilecek sözleşmeye uygunluk kavramına odaklanılmış ve şu araştırma sorusunun cevabı aranmıştır:

Türk tüketici hukukundaki mal ve hizmet ayırımına dayanan kurallar, dijital içerik ve hizmetlerin sözleşmeye uygunluğunun değerlendirilmesinde tüketici menfaatlerinin korunması için yeterli midir? Şayet yetersizse, Avrupa Birliği ve Almanya örneklerinden hareketle Türk Hukukunda nasıl bir reform gerçekleştirilmelidir?

Araştırma sorusunun cevaplanması için ilk olarak dijital içerik ve hizmetlerin, mal ve hizmet ayırımındaki konumu tespit edilmeye çalışılmıştır. Normatif düzenlemelerden bağımsız olarak yapılan incelemede, dijital içerik ve hizmetlerin, mal ve hizmet ayırımına dâhil edilememesi nedeniyle bunların *sui generis* bir kategori olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Nitekim İngiliz, AB ve Alman Hukukundaki düzenlemelerde dijital içerik ve hizmetler hem kavramsal yönden hem de sözleşmeye uygunluk kriterleri ile uygunsuzluk hâlinde tüketiciye tanınan seçimlik haklar bakımından mal ve hizmetlerden net bir biçimde ayrılmıştır. Kanaatimizce bu durum, gelenekselleşmiş mal ve hizmet ayırımının, yerini mal, hizmet ve dijital içerik-hizmet şeklindeki üçlü bir ayrıma bıraktığını

Dijital içerik ve hizmetlerin mal ve hizmet ayırımındaki yeri

göstermektedir. Türk Hukukunda ise dijital içerik ve hizmetler, hâlen normatif olarak mal kapsamında değerlendirilmektedir (TKHK m. 3/h).

Sarih bir çözümleme için ikinci olarak sözleşmeye uygunluk kavramının hangi ifa engellerini kapsadığına mercek tutulmuştur. Modern ifa engelleri döneminde ortaya çıkmış olan sözleşmeye uygunluk kavramı, ifanın konusuna ilişkin tüm ihlâl türlerini kendi çatısı altında toplamaktadır. Buna göre sözleşmeye uygunluk; maddi ayıp, hukuki ayıp, aliud, eksik ifa ile ifaya yardımcı yan yükümlülüklerin ihlâlini kapsayan çatı mahiyetinde bir kavramdır. Çokça tartışılan hukuki ayıpla zapttan doğan sorumluluk arasındaki ayırım da sözleşmeye uygunluk çatısı altında eritilmiştir. Yani sınırlamaya neden olan hakkın özel hukuk ve kamu hukuku kaynaklı olmasına göre yapılan ayırım kaldırılmış, her iki durum da hukuki ayıp olarak kabul edilerek aynı esaslara tabi tutulmuştur. Sözleşmeye uygunluk, ifanın konusuyla ilişkilendirilmesi nedeniyle bir gereği gibi ifa etmeme hâli olarak değerlendirilmektedir. Bu kavram, CISG'a taraf olunmasıyla birlikte Türk Hukukuna yabancı olmaktan çıkmıştır. Ne var ki 99/44 sayılı mehzaz Direktif'te de yer almasına rağmen TKHK'de bu kavrama yer verilmemiştir. Bununla birlikte temerrüde ilişkin TKHK m. 8/3 hükmü hariç tutulduğunda, TKHK'deki ayıptan ari ifa konseptinin, kapsam itibarıyla 99/44 sayılı mehzaz Direktif'teki sözleşmeye uygunlukla özdeşleştirilebileceği söylenebilir.

Sözleşmeye uygunluk kavramının hangi ifa engellerini kapsadığı

Türk Hukukunda bir reform ihtiyacı olup olmadığının tespit edilebilmesi için öncelikle dijital içerik ve hizmetlerdeki sözleşmeye uygunluğun yürürlükteki hangi kurallar üzerinden değerlendirildiği incelenmiştir. Bu mesele, TKHK'nin ayıplı mallara ilişkin hükümlerine tabi olmakla birlikte bu durumun çeşitli problemlere gebe olduğu da belirtilmelidir. 99/44 sayılı mehzaz Direktif'teki sözleşmeye uygunluk kavramının içeriği, TKHK'ye ayıplı ifa başlığıyla yansıtılmaya çalışılmıştır. Buradan hareketle çalışmada ayıptan ari ifanın, sözleşmeye uygunlukla özdeşleştirilebileceği sonucuna varılsa da bu sonuç, bir yorumlama faaliyetinin neticesinde ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla borçlar hukukundaki ayıptan doğan sorumluluk kapsamında ele alınan tartışmaların, mahkemeler aracılığıyla TKHK'ye ithal edilerek farklı sonuçlara varılması her zaman için ihtimal dahilindedir. Örneğin zapt hâlinin ayıp sorumluluğu kapsamında yer alıp almadığı ve dolayısıyla TKHK'nin mi yoksa TBK hükümlerinin mi uygulanacağı, eksik ifa

Dijital içerik ve hizmetlerde sözleşmeye uygunluğun, Türk Hukukunda tabi olduğu hükümler

ve aliud hâli için hangi hükümlere başvurulması gerektiği gibi konularda mahkemelerin yeknesak olmayan uygulamaları ortaya çıkabilir.

Diğer bir mesele, mallara dair hükümlerin genel olarak maddi varlığı olan şeyler üzerinden kurgulanmış olmasıdır. Bu kurgu, ilgili hükümlerin, gayri maddi mahiyetteki dijital içerik ve hizmetlere uygulanmasını, tümüyle olmasa da çeşitli yönlerden zora sokmaktadır. Zira internetten indirilen dijital içerik ve hizmetler, TMK hükümleri uyarınca taşınır veya taşınmaz eşya tanımı içinde bulunmamaktadır. Hâl böyle olunca konusunu ancak bir eşyanın oluşturabileceği sözleşme tipleri bakımından TKHK’de hüküm bulunmayan hallerde TBK hükümlerinin nasıl uygulanacağına eksiksiz bir şekilde cevap verilememektedir. Mesela ayıptan doğan sorumluluğun ön şartı mahiyetindeki “teslim” anının ve bununla bağlantılı olan ayıbın değerlendirilme zamanının, internetten indirilen dijital içerik ve hizmetler için nasıl tespit edileceği net değildir.

TKHK’nin ayıplı mallara ilişkin hükümleri, sofistike özellikler taşıyan dijital içerik ve hizmetlerin konu edildiği sözleşmelerde, tüketicinin menfaatlerini korumakta yetersiz kalmaktadır. Mesela bir dijital içerik veya hizmetin objektif olarak sahip olması gereken özelliklerin tespiti konusunda TKHK’deki düzenlemeler oldukça soyuttur. Muadili olan ürünlerin, bunların mutlak kullanım amaçlarının ve tüketicinin makul beklentilerinin hangi kriterler üzerinden tespit edileceği soruları, dijital içerik ve hizmetler açısından Kanun’da cevaplanmış değildir. Benzer şekilde özellikle internetten indirilen dijital içerik ve hizmetlerin tüketicinin donanım, yazılım ve ağ bağlantılarına nasıl entegre edileceği belirsizdir. Sözleşmenin konusunu dijital içerikle birlikte bir malın oluşturması durumunda, yani paket sözleşme veya dijital unsurlu malın varlığı hâlinde, tüketicinin seçimlik haklarından dönme hakkının sözleşmeye nasıl uygulanacağı da açık değildir. Anılan yönlerden uygun bir içtihadı rastlanmadığı gibi mâlî sınır nedeniyle genellikle temyiz yoluna başvurma mümkün olmadığı tüketici uyuşmazlıklarında, bu içtihadın oluşmasını beklemek de gerçekçi görünmemektedir.

Ayıplı mallara ilişkin TKHK hükümlerinin dijital içerik ve hizmetlere uygulanmasında karşılaşılan problemler, Türk Hukukunda bir reformu gerektirecek kadar fazla ve ciddidir. Bu ihtiyaç hem dijital dünyaya uygun ayıp kriterlerinin oluşturulması hem de ayıptan ari ifa yerine sözleşmeye uygunluk ifadesinin kullanılması bakımından göze çarpmaktadır. İhtiyacın karşılanmasında sözleşmeye uygunluk kavramını benimseyen ve dijital içerik ve hizmetlerle ilgili özgü hükümlere yer verilen AB ve Alman Hukuku düzenlemeleri model alınabilir. Çalışmada model almak için neden İsviçre Hukukunun tercih edilmediği düşünülebilir. İsviçre’de ne dijital içerik ve hizmetlere ne de tüketicinin korunmasına ilişkin genel nitelikli bir regülasyon vardır. Ayrıca bu hukuk sisteminde ifa engelleri sistematigi, modern anlayışın ve AB’nin tüketiciyi koruma amacı taşıyan direktiflerinin aksine Türk Hukukunda olduğu gibi hâlen Roma Hukukundan kalma çoklu ayrımlara tabi tutulmaktadır. İngiliz Hukukunda ise dijital içerik ve hizmetlere ilişkin özel bir düzenleme bulunmakla birlikte AB ve Alman Hukuku kuralları daha yeni ve dinamiktir. Dijital içerik ve hizmetler, Türk Hukukunda olduğu gibi Amerikan Hukukunda da hâlen mallara ilişkin hükümlere tabi tutulmaktadır. Ayrıca Amerikan ve İngiliz Hukukunun Anglo-Sakson hukuk geleneği içinde yer alması, bunların model olarak kabul edilmesini önlemektedir. Dolayısıyla reform için model alınması gereken normların 2019/770 sayılı Dijital İçerik Direktifi ile BGB § 327 vd. hükümleri olması icap eder.

Türk Hukukundaki
reform için
model alınacak
düzenlemeler

Dijital İçerik Direktifi ve BGB § 327 vd. hükümleri muhteva olarak birbiriyle paraleldir. Genel olarak bu düzenlemelerde, dijital içerik ve hizmetlerin sofistike özellikleri dikkate alınarak tüketicinin dijital dünyadaki menfaatlerinin korunmasına hizmet eden bir anlayış benimsenmiştir. Buna göre sağlayıcının ifasının sözleşmeye uygunluğundan bahsedebilmek için şu dört unsurun kümülatif olarak bir arada bulunması gerekir: (i) subjektif şartlar, (ii) objektif şartlar, (iii) dijital ürünün tüketicinin dijital ortamına entegrasyonu ve (iv) hukuki ayıbın bulunmaması. Subjektif ve objektif şartlar altında güncellemeler, uyumluluk, güvenlik ve karşılıklı işlerlik (*interoperability*) gibi dijital dünyaya özgü kriterlere yer verilmiştir. Şartlardan en az birinin eksikliği durumunda uygunsuzluk hâli (*lack of conformity*) oluşur. Sözleşmeye uygunluğun bulunmaması hâlinde tüketici; dijital ürünün sözleşmeye uygun hâle getirilmesini isteyebileceği gibi bedelde indirim, sözleşmeyi sonlandırma ve tazminat talep etme hakkına da başvurabilir.

Direktif ve BGB’de seçimlik haklar yönünden de dijital dünyaya özgü durumlara yer verilmiş, örneğin sözleşmenin sonlandırılması hakkının kullanılması durumunda tüketicinin kişisel verileri ile bunlar dışında ürettiği içeriğin akıbeti belirlenmiştir.

Türk Hukukunda ihtiyaç duyulan reform için model alınacak düzenleme belirlendiğine göre incelenmesi gereken son mesele reformun muhtevasıdır. Olması gereken hukuk açısından ilk olarak dijital içerik ve hizmetlerin *sui generis* nitelikte olduğu kabul edilerek bunlar kategorik olarak mal ve hizmetlerden ayrıştırılmalı ve kanunda ayrıca tanımlanmalıdır. Tüketicilerin dijital dünyadaki menfaatlerinin korunması amacıyla dijital içerik ve hizmetlere özgü ayıp kriterleri geliştirilmeli, bu kriterler, sağlayıcının bildirdiği ve tarafların kararlaştırdığı nitelikler (zikir ve vaat edilen vasıf) ile dijital içerik veya hizmette objektif olarak bulunması gereken nitelikler (lüzumlu vasıf) başlıkları altında sınıflandırılmalıdır. Bu kapsamda dijital dünyadaki en özellikli kriterler olarak gördüğümüz işlevsellik, uyumluluk, erişilebilirlik, süreklilik ve güvenlik ile dijital ürünün son sürümünün sağlanması, güncellemelerin sunulması, aksesuarlar ve talimatlara yer verilmelidir. Dijital içerik ve hizmetlerin tüketicinin donanım, yazılım ve ağ bağlantılarına nasıl entegre edileceği, yani entegrasyon yükümlülüklerinin de düzenlenmesi gerekir. Buna mukabil hukuki ayıbın ayrıca tanzim edilmesine ihtiyaç olmadığı kanaatindeyiz. Zira hukuki ayıptan arılık şartı, dijital içerik veya hizmette objektif olarak bulunması gereken nitelikler kapsamında kalan, aynı türdeki dijital içerik ve hizmetlerin mutlak kullanım amacına uygunluğu ile tüketicinin makul beklentilerinden kolaylıkla çıkarılabilir.

Türk
Hukukundaki
reformun içeriği

Olması gereken hukukta, seçimlik haklar yönünden de dijital içerik ve hizmetlerin tabiatına uygun kuralların ihdas edilmesi gerekir. Öngörülecek seçimlik hakların isim ve içerikleri yönünden mallara ilişkin hükümlere benzeyecek olması kaçınılmazdır. Bununla birlikte hakların hüküm ve sonuçları yönünden dijital ekosisteme uygun kurallara yer verilmelidir. İlk olarak ücretsiz onarım ve ayıpsız benzeriyle değiştirme hakları, sonraki ifa çatısı altında birleştirilmelidir. Böylelikle tüketicinin, örneğin ücretsiz onarım talebinin yerine getirilmesi imkânsızsa sağlayıcı, ilave bir bildirimi beklemezsizin sözleşmeye konu dijital içerik veya hizmeti ayıpsız benzeriyle değiştirmek zorunda kalacaktır.

Sözleşmenin konusunu dijital içerikle birlikte bir malın oluşturması durumunda, yani paket sözleşme veya dijital unsurlu malın varlığı hâlinde, sözleşmeyi sonlandırma hakkının sonuçlarının ayrıca düzenlenmesi elzemdir. Ayrıca tüketicilerin kişisel verilerinin karşı ifa olarak kullanılmasına yeşil ışık yakılmalı ve sözleşmeyi sonlandırmanın bu verilerin akıbetine etkisi de kişisel veri dışındaki içeriklerle birlikte tanzim edilmelidir. Bu düzenlemede, terim olarak mallara dair hükümlerdeki *dönme* ifadesi yerine *sözleşmeyi sonlandırmaya* başvurulmalıdır. Böylelikle anılan hakkın sürekli edimli sözleşmeleri kapsayıp kapsamadığına dair tartışmaların önüne geçilecek ve bu hak net bir şekilde hem dönme hem de fesih hakkını kapsamış olacaktır. Öte yandan tazminat hakkına dair yeni hükümlere ihtiyaç olmadığı kanaatindeyiz. Zira tüketici, dijital içerik ve hizmet sözleşmelerinde de TBK m. 112 vd. hükümlerine başvurarak tazminat talebinde bulunabilir.

Yapılacak düzenlemede üzerinde durulması gereken hallerden bir diğeri de sağlayıcıların dijital içerik ve hizmetleri sürekli bir edimle sunmalarıdır. Dijital içerik ve hizmetin sürekli edimle temin edilmesi hâli; uygunluğun değerlendirme zamanı, ispat yükü ve zamanaşımı yönünden ani ve dönemli temin durumlarından ayrıştırılmalı ve farklı hükümlere tabi tutulmalıdır. Örneğin uygunluğun değerlendirilme zamanı bakımından sürekli edimli sözleşmeler için dijital içerik ve hizmetin akit süresi boyunca sözleşmeye uygun biçimde sunulması gerektiği düzenlenmelidir. Yine belirlenecek genel zamanaşımı süresinin sonlarına doğru ortaya çıkacak gizli ayıplar ile güncelleme yükümlülüklerindeki zamanaşımı meselesi, sürekli edimler bakımından tüketicinin lehine olacak istisnai hükümlerle tanzim edilmelidir.

Ayıplı ifa kavramının doğurduğu problemler nedeniyle dijital içerik ve hizmetlere dair müstakbel düzenlemede *sözleşmeye uygunluk* ifadesinin kullanımı önerilmiştir. Böylelikle kapsanan ifa engelleri yönünden daha net bir hukuki manzara çizilmiş olacaktır. Zapt ve hukuki ayıp arasındaki ayrım kalkacak; aliud, eksik ifa ve ifaya yardımcı yan yükümlülüklerin ihlâli dâhil akdin konusuna dair tüm ifa engelleri, sözleşmeye uygunluk kapsamında değerlendirilecektir. Hukuken bir gereği gibi ifa etmeme hâli olarak nitelendirilen *sözleşmeye uygunluk* kavramının tercih edilmesi, genel ifa engelleri sistematığıyla bir çelişki de doğurmayacaktır. Zira bu kavram,

TBK'daki *imkânsızlık – gereği gibi ifa etmeme – temerrüt* şeklindeki üçlü ayırmada, *gereği gibi ifa etmeme* çerçevesinde değerlendirilecek, hiç ifa etmeme ve temerrüt durumlarında ise TBK hükümlerinin uygulanmasına devam edilecektir.

Anılan çözüm önerilerinin Türk Hukukuna kanun seviyesinde yapılacak bir düzenlemeyle aktarılması icap eder. TKHK'nin kod kanun niteliğine zarar vermemek ve genel-özel kanun tartışmalarını önlemek için dijital içerik ve hizmetlerle ilgili hükümler bu kanuna dercedilmelidir. Bunun için TKHK'de ayıplı mal ve hizmetlere dair hükümlerden sonra gelmek üzere yeni bir bölüm oluşturulmalı, kuralların istikrarlı şekilde uygulanması için terminoloji ve tanımlar açısından mümkün olduğunca açık ve kesin bir yaklaşım benimsenmelidir. Kanun'daki sağlayıcı kavramı ise dijital içerik ve hizmetleri kapsayacak şekilde yeniden tanımlanmalıdır. Türk kanun koyucunun sözleşmeye uygunluk şartlarını düzenlerken, sağlayıcının bildirdiği ve tarafların kararlaştırdığı nitelikler (*zikir ve vaat edilen vasıf*) ile dijital içerik veya hizmette objektif olarak bulunması gereken nitelikler (*lüzumlu vasıf*) ifadelerini kullanmasında bir sakınca olmadığı kanaatindeyiz. Zira tercih edilen ifadeler, korumanın esasına etki etmemektedir.

Reform önerilerinin
Türk Hukukuna
uyarlanması

Dijital içerik ve hizmetlerin, bilişim teknolojilerinin etkisi altında olması nedeniyle yapılacak düzenlemelerde AB ve Alman Hukukunda olduğu gibi muhtemel teknolojik gelişmelerden etkilenmeyebilecek (*future-proof*) bir terminolojinin kullanılması ve özel bir teknolojiyi kayırmayan (*technology neutral*) yaklaşımın benimsenmesi gerekir. Ancak AB ve Alman Hukukundan farklı olarak meselenin prensipler üzerinden daha öz hükümlerle tanzim edilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Böylelikle bilişim teknolojilerine ilişkin düzenlemeler bakımından sıkça gündeme gelen caydırıcı etkinin (*chilling effect*) önlenmesi için de bir tedbir alınmış olunacaktır.

KAYNAKÇA

LİTERATÜR

- Açıkgöz, Ahunur** (2021) İnternette İndirilen Dijital Eserlerde Yayıma Hakkının Tükeneşmesi İlkesi, İstanbul: On İki Levha.
- Açıkgöz, Emre İkbāl** (2020) Bilişim Sistemi Aracılığıyla Haksız Yarar Sağlama Suçu, Ankara: Adalet.
- Açıkgöl, Hacı Ali** (2015) Türk ve Amerikan Hukukunda Satılanın Ayıplı Olması Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi, Konya.
- Akçaal, Mehmet** (2020) Satıcının Zapttan Sorumluluğu, Ankara: Yetkin.
- Akikol, Diana** (2008) Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf, Obligationenrecht und UN-Kaufrecht (CISG), Zürich: Schulthess.
- Akipek Öcal, Şebnem** (2016) *Madde 3*, Özlem Tüzüner, Hakan Tokbaş (Ed.), Milli Şerh - 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, İstanbul: Aristo (Kısaltılmışı *Milli Şerh: m. 3*).
- Akipek Öcal, Şebnem** (2016) *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Tüketici İşlemi ve Uygulanması*, Esra Hamamcıoğlu, Özge Uzun Kazmacı (Ed.), Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Disiplinler Arası Yaklaşım, Ankara: Seçkin.
- Akipek Öcal, Şebnem/Kara, İlhan** (2021) Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara: Yetkin.
- Akipek, Şebnem** (2003) *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Kredi Kartları*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD), Cilt 52, Sayı 3, s. 103-119.
- Akkanat-Öztürk, Elif Beyza** (2022) Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler, İstanbul: On İki Levha.
- Akünel, Teoman** (1973) *Satıcının Onarım Garantisi*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 38, Sayı 1-4, s. 547-570.

- Antalya, Gökhan** (2019) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Cilt 1), 2. Baskı, Ankara: Seçkin.
- Aslan, İ. Yılmaz** (2015) 6502 sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, 5. Baskı, İstanbul: Ekin.
- Atamer, Yeşim M.** (2006) *Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirme ve Teklifler*, HPD, Sayı 6, s. 8-38.
- Atamer, Yeşim M.** (2008) *Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG'in İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış*, Yeşim M. Atamer (Ed.), *Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması*, İstanbul: On İki Levha.
- Atamer, Yeşim M.** (2010) *İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistematize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematiği*, Baki İlkay Engin, Başak Baysal, Tülay Aydın Ünver, Cüneyt Pekmez (Ed.), *Rona Serozan'a Armağan*.
- Atamer, Yeşim M./Altunbaş Sancak, Zahide** (2020) *Satım Sözleşmesinde Zapt: Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Günümüz Sorunlarına Ne Ölçüde Cevap Verebiliyor?*, Abuzer Kendigelen (Ed.), Prof. Dr. Türkan Rado Anısına Armağan, İstanbul: On İki Levha.
- Atamer, Yeşim M./Baş, Ece** (2014) *Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk*, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 88, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı.
- Atamer, Yeşim M./Eggen, Mirjam** (2017) *Reformbedürftigkeit des schweizerischen Kaufrechts – eine Übersicht*, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (ZBJV), Sayı 153, s. 731-787.
- Atamer, Yeşim M./Hermidas, Semir** (2020) *Die neue EU-Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf: Regelung, Neuerung und mögliche Ausstrahlung auf das schweizerische Kaufrecht*, Aktuelle Juristische Praxis (AJP), s. 48-67.
- Atamer, Yeşim M./Kurtulan Güner, Gökçe** (2021) *Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile İmalatçının Sorumluluğu Konusu Türk Hukuku Açısından Çözülmüş Müdür?*, AÜHFD, Cilt 70, Sayı 2, s. 543-588.
- Atamer, Yeşim M./Küng, Jan** (2021) *Haftungsbegrenzung bei kaufvertraglicher Sachgewährleistung*, Aktuelle Juristische Praxis (AJP), s. 1093-1111.
- Atamer, Yeşim M./Micklitz, Hans W.** (2009) *The Implementation of the EU Consumer Protection Directives in Turkey*, Penn State International Law Review, Cilt 27, s. 551-607.

- Aydın Ünver, Tülay** (2020) *Ayıptan Doğan Sorumluluk*, Arslan Kaya, Baki İlkay Engin, Ali Paslı, Şehriban İpek Aşıkoğlu, Elif Oğuz Şenesen (Ed.), Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumlu Özel Hukuk - Acquis Communautaire'in Alınması - Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler, İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 861-882.
- Aydoğdu, Murat** (2014) *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (DEÜHFD), Cilt 15, Sayı 2, s. 1-62.
- Aydoğdu, Murat** (2016) *Madde 8, 9 ve 11*, Özlem Tüzüner, Hakan Tokbaş (Ed.), Milli Şerh - 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, İstanbul: Aristo (Kısaltılmışı *Milli Şerh: m. 8, 9 ve 11*).
- Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan** (2016) *Madde 12*, Özlem Tüzüner, Hakan Tokbaş (Ed.), Milli Şerh - 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, İstanbul: Aristo (Kısaltılmışı *Milli Şerh: m. 12*).
- Aydos, Oğuz Sadık** (2009) *Ürün Sorumluluğu*, Ankara: Adalet.
- Baudrillard, Jean** (2013) *Tüketim Toplumu*, (Hazal Deliceçaylı ve Ferda Keskin, Çev.), 6. bs., İstanbul: Ayrıntı.
- Baysal, Başak/Sanlı, Kerem Can** (2022) *Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, İstanbul: On İki Levha.
- Beale, Hugh** (2021) *Digital Content Directive and Rules for Contracts on Continuous Supply*, Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law, Cilt 12, Sayı 2, s. 96-110.
- Becker, H.** (1993) *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi*, (A Suat Dura, Çev.), Ankara: Yargıtay Yayınları.
- BEUC** (2012) *Digital products: EU consumers need clear rights* (Position Paper X/2012/099), <https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/2012-00832-01-e.pdf> (Son Erişim Tarihi: 18.09.2023).
- Bezakova, Dominika** (2013) *The Consumer Rights Directive and Its Implications for Consumer Protection Regarding Intangible Digital Content*, Masaryk University Journal of Law and Technology, Cilt 7, Sayı 2, s. 177-191.
- Bianca, Cesare Massimo** (1987) *Article 35*, Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, Milan: Giuffrè, s. 268-283.

- Bowman, Warigia** (2001) *The Uniform Computer Information Transactions Act: A Well Built Fence or Barbed Wire around the Intellectual Commons*, LBJ Journal of Public Affairs, Cilt 13, s. 80-91.
- Bradgate, Robert** (2010) Consumer Rights in Digital Products: A Research Report Prepared for the UK Department for Business, Innovation and Skills, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/31837/10-1125-consumer-rights-in-digital-products.pdf (Son Erişim Tarihi: 18.09.2023).
- Brennan, Lorin E.** (2001) *Why Article 2 Cannot Apply to Software Transactions*, Duquesne Law Review, s. 459-589.
- Briskorn, Nina** (2002) Software Contracts: A Comparative Legal Analysis on Software Transactions in Germany, the United States, South Africa, and under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, University of Cape Town.
- Brunner, Alexander** (1992) *Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht*, Aktuelle Juristische Praxis, s. 591-605.
- Bucher, Eugen** (1988) OR Besonderer Teil, 3. Auflage.
- Burcuoğlu, Haluk** (1990) *İsviçre Federal Mahkemesi'nin, Satım Sözleşmesi'nde Alıcının Ayıp Hükümleri'ne Başvurma Yollarından Birini Seçebileceğine İlişkin 7 Haziran 1988 Tarihli Kararın Değerlendirilmesi*, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 15, Sayı 18, s. 89-103.
- Buz, Vedat** (2005) Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara.
- Buz, Vedat** (2010) *Akamete Uğrayan Sözleşme İlişkilerinin Tasfiyesi*, Baki İlkay Engin (Ed.), Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul: On İki Levha, s. 611-662.
- Capilli, Giovanna** (2012) *The Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law. Outline of Regulatory Impact on Sales Guarantees Introduced by Directive 99/44/EC*, Elsa Malta Law Review, Sayı 2, s. 154-167.
- Carvalho, Jorge Morais** (2019) *Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771*, SSRN Electronic Journal.
- Ciacchi, Aurelia Colombi/van Schagen, Esther** (2017) *Conformity under the Draft Digital Content Directive*, Reiner Schulze, Dirk Staudenmayer, Sebastian Lohsse (Ed.), Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps: Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy II.
- Claeys, Ignace/Vancoillie, Jonas** (2017) *Remedies, Modification of Digital Content and Right to Terminate Long-Term Digital Content Contracts*, Ignace Claeys, Evelyne

- Terryn (Ed.), *Digital Content and Distance Sales: New Developments at EU Level*, Cambridge: Intersentia, s. 167-230.
- Çabri, Sezer** (2016) *Taşınmaz Satışında Satıcının Zapttan Sorumluluğu*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 22, Sayı 3, s. 585-613.
- Çabri, Sezer** (2016) *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, Ankara: Adalet.
- Çağlayan, Pınar** (2010) *Alicının Ayıplı Malı İade Edememesinin Dönme Hakkının Kullanılmasına Etkisi (BK m. 204)*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara.
- Çekin, Mesut Serdar** (2020) *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, 3. Baskı, İstanbul: On İki Levha.
- Çelt, Damla Özden** (2021) *Ürün Sorumluluğunda Yaşanan Güncel Gelişme: 7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu*, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AndHD), Cilt 7, Sayı 1, s. 73-114.
- Çürük, Abdil** (2020) *Tüketici Satış Sözleşmesinde Satış Konusu Malın Ayıplı Olmasının Sonuçları (TKHK m. 11)*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi.
- Daniel, Donauer/Barbara A., Möri** (2015) *Widerrufsrecht im schweizerischen Konsumentenschutz – Aktuelle Entwicklungen*, Aktuelle Juristische Praxis, s. 339-350.
- de Luca, Villy** (2014) *The Conformity of the Goods to the Contract in International Sales*, Pace International Law Review, Cilt 27, Sayı 1, s. 163-256.
- Demir, Mehmet** (2005) *Tüketim Mallarının Satımındaki Garantilere İlişkin AB Yönergesi ve Ülkemizdeki Yasal Düzenleme*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD), Cilt 54, Sayı 3, s. 23-51.
- Der Bundesrat** (2023) *Modernisierungsbedarf des Gewährleistungsrechts beim Kauf* (Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 18.3248 Marchand-Balet vom 15. März 2018), Bern.
- Deutscher Bundestag** (2001) *Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts (14/6040)* (Kısaltılmışı 14/6040).
- Deutscher Bundestag** (2021) *Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (19/27653)* (Kısaltılmışı 19/27653).
- Dias, Ana Cristina Galego** (2017) *The Concept of Lack of Conformity: From the CISG to the Proposal on Online Sale of Goods*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Universidade Nova de Lisboa.

- Dönmez, Zeynep** (2015) *Das Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen Online-Verträge im türkischen und deutschen Recht*, Frankfurt am Main: Peter Lang.
- Dönmez, Zeynep** (2016) *Avrupa Birliği'nde Tüketici Hukuku Alanında Kanunlaştırma Hareketleri ve Tüketicinin Korunması Modelleri*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 22, Sayı 3, s. 953-968.
- Dönmez, Zeynep** (2016) *2011/83/EU Sayılı Tüketici Hakları Direktifi ve Bu Direktifin Mesafeli Sözleşmeler Alanında Türk Hukuku'na Yansımaları*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İNÜHFD), Cilt 7, Sayı 1, s. 351-379.
- Ebers, Martin** (2021) *Liability For Artificial Intelligence And EU Consumer Law*, Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law, Cilt 12, s. 204-220.
- Edis, Seyfullah** (1963) *Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, Ankara: Ajans-Türk.
- Eggen, Mirjam** (2019) *Gewährleistung bei vernetzten Geräten*, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW), s. 358-371.
- Eggen, Mirjam** (2021) *Digitale Inhalte und Dienstleistungen*, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW), s. 470-484.
- Elizalde, Francisco De** (2017) *Should the Implied Term Concerning Quality Be Generalized? Present and Future of the Principle of Conformity in Europe*, European Review of Private Law, Cilt 1, s. 71-108.
- Erbay, İsmail** (1994) *Satım Sözleşmesinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Sorumluluğu*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi.
- Erdoğan, Belgin** (2014) *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, İstanbul: Der Yayınları.
- Eren, Fikret** (2016) *Mülkiyet Hukuku*, 4. Baskı, Ankara: Yetkin.
- Eren, Fikret** (2020) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, Ankara: Yetkin.
- Eren, Fikret** (2020) *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 8. Baskı, Ankara: Yetkin.
- Eren, Fikret/Dönmez, Ünsal** (2022) *Eren Borçlar Hukuku Şerhi (Cilt I-II-III)*, Ankara: Yetkin.
- Eren, Fikret/Dönmez, Ünsal** (2023) *Eren Borçlar Hukuku Şerhi (Cilt IV-V)*, Ankara: Yetkin.
- Eren, Selahattin** (2018) *Satış Sözleşmesinin Tarihsel Kökenleri*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi.

- Erişgin, Nuri** (1999) *Standart Yazılım Devrini Amaçlayan Sözleşmelerde Edimin Konusu Olarak Bilgisayar Programı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD), Cilt 48, Sayı 1, s. 213-253.
- Erkan, Vehbi Umut** (2017) *Tüketici Satış Sözleşmelerinde Kararlaştırılan Sürede Malın Teslim Edilmemesi Durumunda 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Ayıplı Mallara İlişkin Hükümlerinin Uygulanması*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), Sayı 30, s. 293-320.
- Erlor, Katharina** (2019) *Implied Warranties for Digital Products? The Interplay of Intellectual Property and Sales Law in the EU and US (TTLF Working Paper No. 42)*, (Siegfried Fina, Mark Lemley ve Roland Vogl, Ed.), Stanford – Vienna Transatlantic Technology Law Forum.
- Ernst, Wolfgang** (2019) *BGB § 280*, Münchener Kommentar, 8. Auflage (Kısaltılmışı *MüKo/BGB § 280*).
- Europe Economics** (2011) *Digital Content Services for Consumers: Assessment of Problems Experienced by Consumers (Lot 1) Report 4: Final Report*, <http://www.europe-economics.com/13-publications-news/1504-digital-content-services-for-consumers-assessment-of-problems-experienced-by-consumers> (Son Erişim Tarihi: 18.09.2023).
- European Law Institute** (2016) *Statement of the European Law Institute on the European Commission's Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers*, https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Statement_on_DCD.pdf (Son Erişim Tarihi: 18.09.2023).
- Faber, Wolfgang** (2019) *Bereitstellung und Mangelbegriff*, Johannes Stabentheiner, Christiane Wendehorst, Brigitta Zöchling-Jud (Ed.), *Das neue europäische Gewährleistungsrecht: Zu den Richtlinien (EU) 2019/771 über den Warenkauf sowie (EU) 2019/770 über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen*, Wien: Manz.
- Faust, Florian** (2022) *BGB § 434*, Wolfgang Hau, Roman Poseck (Ed.), BeckOK BGB, 64. bs. (Kısaltılmışı *BeckOK/BGB § 434*).
- Fervers, Matthias** (2020) *Article 13*, Reiner Schulze, Dirk Staudenmayer (Ed.), *EU Digital Law: Article-by-Article Commentary*, Baden-Baden: Nomos (Kısaltılmışı *EU Digital Law: art. 13*).
- Fries, Martin** (2023) *BGB § 327 - § 327u*, Beck Online-Grosskommentar (Kısaltılmışı *BeckOGK/BGB § 327 - § 327u*).

- Fritz, Bernhard** (2020) *Der Verbraucher als Bürge*, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), s. 3629.
- Furrer, Andreas/Muller-Chen, Markus/Çetiner, Bilgehan** (2021) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: On İki Levha.
- Geiregat, Simon/Steennot, Reinhard** (2017) *Proposal for a Directive on Digital Content Scope of Application and Liability for a Lack of Conformity*, Ignace Claeys, Evelyne Terryn (Ed.), *Digital Content and Distance Sales: New Developments at EU Level*, Cambridge: Intersentia, s. 95-166.
- Gelbrich, Katharina/Timmermann, Daniel** (2021) *Der Mangelbegriff im Kaufrecht nach Umsetzung der WKRL und DIRM*, Neue Juristische Online-Zeitschrift (NJOZ), s. 1249-1257.
- Gelzer, Philipp** (1997) *Bemerkungen zur Unterscheidung zwischen aliud und peius beim Gattungskauf*, Aktuelle Juristische Praxis (AJP), s. 703-708.
- Gezder, Ümit** (2016) *Elektronik Ticaret Hukuki İşlemlerinin Ayrımı - Dijital İçerik ve Hukuki Niteliği*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 22, Sayı 3, s. 1119-1132.
- Giliker, Paula** (2017) *Regulating Contracts for the Supply of Digital Content: The EU and UK Response*, Tatiana-Eleni Synodinou, Philippe Jougoux, Christiana Markou, Thalia Prastitou (Ed.), *EU Internet Law*, Cham: Springer, s. 101-124.
- Giliker, Paula** (2021) *Legislating on Contracts for the Supply of Digital Content and Services: An EU/UK/Irish Divide?*, Journal of Business Law, Sayı 2, s. 21.
- Gilles, Peter** (1989) *Federal Almanya'da Tüketicinin Korunması ve Borçlar Hukuku Reformu*, (Rıza Ayhan, Çev.) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 2, Sayı 2, s. 313-334.
- Green, Sarah/Saidov, Djakhongir** (2007) *Software as Goods*, Journal of Business Law (JBL), s. 161-181.
- Gsell, Beate** (2020) *Article 14*, Reiner Schulze, Dirk Staudenmayer (Ed.), *EU Digital Law: Article-by-Article Commentary*, Baden-Baden: Nomos (Kısaltılmışı *EU Digital Law: art. 14*).
- Gülel, İlhan** (2023) *Satıcının Üçüncü Kişilerin Hak ve Taleplerinden Ari Mal Teslim Borcu*, Ankara: Yetkin.
- Gümüş, Mustafa Alper** (2013) *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I*, İstanbul.
- Gümüş, Mustafa Alper** (2014) *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi Cilt 1 (m. 1-46)*, İstanbul: Vedat.

- Gündoğdu, Fatih** (2020) *Dijital İçerik ya da Dijital Hizmet Sunulmasına İlişkin Sözleşmeler Bakımından Avrupa Birliği Tüketici Hukukundaki Gelişmeler*, Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu'na Armağan, İstanbul: Filiz, s. 951-996.
- Hayward, Benjamin** (2016) *What's in a Name? Software, Digital Products, and the Sale of Goods*, Sydney Law Review, Cilt 38, s. 441-462.
- Heinrich, Honsell** (1992) *OR - Novelle zum Konsumentenschutz*, Aktuelle Juristische Praxis (AJP), s. 66-68.
- Helberger, Natali/Guibault, Lucie/Loos, Marco** (2012) *Digital Consumers and the Law Towards a Cohesive European Framework*, The Netherlands: Wolters Kluwer.
- Helmut, Heiss** (2020) § 3 *Der Rechtsbegriff «Konsument»*, Helmut Heiss, Leander D. Loacker (Ed.), Grundfragen des Konsumentenrechts, Schulthess Juristische Medien AG, s. 85-108.
- Henschel, Rene Franz** (2007) *Conformity of the goods: Interpreting or supplementing Article 35 of the CISG by using the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law*, John Felemegas (Ed.), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, 1. bs., Cambridge University Press, s. 166-174.
- Heselhaus, Sebastian/Fellmann, Walter** (2022) *Rechtsvergleich Modernisierung des Gewährleistungsrechts (Beilageband A im Rahmen der Regulierungsfolgenabschätzung zur Modernisierung des Gewährleistungsrechts im Auftrag von: Bundesamt für Justiz, Bundesamt für Umwelt, Staatssekretariat für Wirtschaft)*.
- Hill, T. P.** (1977) *On Goods and Services*, The Review of Income and Wealth, Sayı Aralık, s. 315-338.
- Hillman, Robert A./O'Rourke, Maureen A.** (2010) *Principles of the Law of Software Contracts*, Tulane Law Review, Cilt 84, s. 1519-1539.
- HM Government** (2009) *A Better Deal for Consumers: Delivering Real Help Now and Change for the Future*.
- Hoekstra, Johanna/Diker-Vanberg, Aysem** (2019) *The proposed directive for the supply of digital content: is it fit for purpose?*, International Review of Law, Computers & Technology, Cilt 33, Sayı 1, s. 100-117.
- Hofer, Philipp** (2010) *Die Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG in Spanien und Österreich*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Universität Wien.

- Hojnik, Janja** (2016) *Technology Neutral Eu Law: Digital Goods Within the Traditional Goods/Services Distinction*, International Journal of Law and Information Technology, Sayı 25, s. 63-84.
- Honsell, Heinrich** (1990) *Standardsoftware- und Sachmängelhaftung*, Festschrift zum 65. Geburtstag von Mario M. Pedrazzini, s. 313-322.
- Honsell, Heinrich** (2015) *Vor Art. 192-196*, Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand (Ed.), BK - Basler Kommentar, 6. Auflage (Kısaltılmışı BK/OR 192-196).
- Honsell, Heinrich** (2015) *Art. 197*, Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand (Ed.), BK - Basler Kommentar, 6. Auflage (Kısaltılmışı BK/OR Art. 197).
- Honsell, Heinrich** (2015) *Vor Art. 197-210*, Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand (Ed.), BK - Basler Kommentar, 6. Auflage (Kısaltılmışı BK/OR 197-210).
- Honsell, Heinrich** (2017) *İsviçre Borçlar Kanunu/OR2020'ye İlişkin Düşünceler*, (Ümmuhan Kaya, Çev.) Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi (YBHD), Sayı 2, s. 189-197.
- Howells, G.** (2020) *Protecting Consumer Protection Values in the Fourth Industrial Revolution*, Journal of Consumer Policy, Sayı 43, s. 145-175.
- Huber, Peter/Mullis, Alastair** (2007) *The CISG: a new textbook for students and practitioners*, München: Sellier.
- Huguenin, Claire** (2012) *Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil*, Schulthess Juristische Medien AG.
- Huguenin, Claire/Hermann, Mathias/Benhamou, Yaniv** (2009) *Konsumentenvertragsrecht in der Privatrechtsgesetzgebung*, Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht (GPR), Cilt 6, Sayı 4, s. 159-170.
- Hyland, Richard** (1987) *Conformity of Goods to the Contract Under the United Nations Sales Convention and the Uniform Commercial Code*, Peter Schlechtriem (Ed.), Einheitliches Kaufrecht und nationals Obligationenrecht, Baden-Baden: Nomos, s. 305-341.
- IEEE** (1990) *Standard Computer Dictionary: A Compilation of IEEE Standard Computer Glossaries*.
- İnceoğlu, M. Murat** (2015) *Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu*, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, İstanbul: On İki Levha, s. 153-238.
- Junker, Abbo** (2005) *Die Entwicklung des Computerrechts in den Jahren 2003/2004*, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), s. 2829-2834.
- Kahveci, Nalan** (2014) *Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi*, Ankara: Adalet.

- Kahveci, Nalan** (2016) *Madde 10*, Özlem Tüzüner, Hakan Tokbaş (Ed.), Milli Şerh - 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, İstanbul: Aristo (Kısaltılmışı *Milli Şerh: m. 10*).
- Kapancı, Kadir Berk** (2012) *Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri*, İstanbul: On İki Levha.
- Kennedy, John F.** (1962) *Special Message on Protecting the Consumer Interest*.
- Kesisoglugil, Benjamin/Lang, David** (2023) *Ein Jahr „Schuldrechtsreform 2022“ – ungeklärte Fragen zum neuen Recht*, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), s. 1009-1014.
- Kırca, Çiğdem** (2007) *Ürün Sorumluluğu*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Kırca, Çiğdem** (2016) *6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'a Göre Ayıplı Mal*, Hüseyin Can Aksoy (Ed.), Tüketici Hukuku Konferansı (5-6 Aralık 2015) Makaleler-Tebliğler, Ankara, s. 149-174.
- Koller-Tumler, Marlis** (1992) *Konsumentenschutz im Obligationenrecht*, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, s. 40.
- Kontoğlu, Sena** (2020) *The Principle of Digital Exhaustion*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi.
- Koukal, Pavel** (2021) *Digital Content Portability and its Relation to Conformity with the Contract*, Masaryk University Journal of Law and Technology, Cilt 15, Sayı 1, s. 53-84.
- Köycü, Kutlu** (2023) *Tüketicinin Korunması - Dün, Bugün, Gelecek*, Ankara: Yetkin.
- Kruisinga, Sonja Adrienne** (2004) (Non-)conformity in the 1980 UN Convention on the International Sale of Good: A Uniform Concept?, Intersentia.
- Kurtulan Güner, Gökçe/Atamer, Yeşim M.** (2022) *Avrupa Birliği Tüketici Hukukunda Yeni Bir Ayrım: Dijital İçerik Ve Hizmetler İle Dijital Unsurlu Mallar*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (BATİDER), Cilt XXXVIII, Sayı 4, s. 617-653.
- Kuzborska, Jorate** (2005) *Should a Digital Product Be Considered a Service?*, International Journal of Baltic Law, Cilt 2, Sayı 4, s. 25-56.
- Lehmann, Matthias** (2016) *A Question of Coherence: The Proposals on EU Contract Law Rules on Digital Content and Online Sales*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, Cilt 23, Sayı 5, s. 752-774.

- Lenda, Peter** (2001) *Internet and Choice-of-Law - the International Sale of Digitised Products Through the Internet in a European Context*, Oslo: Institutt for Rettsinformatikk.
- Loos, Marco B. M.** (2017) *Not Good but Certainly Content: the Proposals for European Harmonisation of Online and Distance Selling of Goods and the Supply of Digital Content*, Ignace Claeys, Evelyne Terryn (Ed.), *Digital Content and Distance Sales: New Developments at EU Level*, Cambridge: Intersentia, s. 3-53.
- Loos, Marco B. M./Mak, Chantal** (2012) Remedies for buyers in case of contracts for the supply of digital content (briefing note prepared for the Legal Affairs committee of the European Parliament), European Parliament.
- Lorenz, Stephan** (2003) *Aliud, peius und indebitum im neuen Kaufrecht*, Juristische Schulung (JuS), Sayı 1, s. 36-40.
- Lukas, Morscher** (1999) *Gewährleistung und Haftung bei der Software-Überlassung*, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW), s. 61-77.
- Mańko, Rafał** (2017) *Towards New Rules on Sales and Digital Content: Analysis of the Key Issues: In-Depth Analysis*, European Parliamentary Research Service.
- Markesinis, Sir Basil/Unberath, Hannes/Johnston, Angus Charles** (2006) *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*, 2. bs., Oxford: Hart Publishing.
- Metzger, Axel** (2019) *Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen: Neuer BGB-Vertragstypus oder punktuelle Reform?*, Juristen Zeitung (JS), Cilt 74, Sayı 12, s. 577.
- Metzger, Axel** (2022) *BGB § 327 - § 327u*, Münchener Kommentar, 9. Auflage (Kısaltılmışı MüKo/BGB § 327 - § 327u).
- Micklitz, Hans-W./Oehler, Andreas** (2006) *Statement on the Subject Area of Consumer Policy in the Digital World by the Scientific Advisory Board on Consumer and Food Policies at the Federal Ministry of Food, Agriculture and Consumer Protection*, Publications of the Scientific Advisory Board on Consumer and Food Policies.
- Miller, Lucinda** (2011) *The Emergence of EU Contract Law: Exploring Europeanization*, New York: Oxford University Press.
- Moeller, Sabine** (2010) *Characteristics of services – a new approach uncovers their value*, Journal of Services Marketing, Cilt 24, Sayı 5, s. 359-368.
- Možina, Damjan** (2020) *Article 20 ve 22*, Reiner Schulze, Dirk Staudenmayer (Ed.), *EU Digital Law: Article-by-Article Commentary*, Baden-Baden: Nomos (Kısaltılmışı *EU Digital Law: art. 20 ve 22*).

- Müller-Chen, Markus** (2016) *Art. 197*, Markus Müller-Chen, Claire Huguenin (Ed.), *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 3. Auflage (Kısaltılmışı *CHK/OR 197*).
- Müller-Hengstenberg, Rechtsanwalt Claus D.** (1994) *Computersoftware ist keine Sache*, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, s. 3128-3134.
- OECD** (2013) *Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value*, Paris: OECD, https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/exploring-the-economics-of-personal-data_5k486qtxldmq-en (Son Erişim Tarihi: 18.09.2023). (Kısaltılmışı *Exploring the Economics of Personal Data*).
- Ogunsipe, Damilola** (2015) *Regulating Digital Content Under the Consumer Rights Act 2015 (United Kingdom): Lessons for Nigeria*, *SSRN Electronic Journal*.
- Oprysk, Liliia/Sein, Karin** (2020) *Limitations in End-User Licensing Agreements: Is There a Lack of Conformity Under the New Digital Content Directive?*, *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Cilt 51, Sayı 5, s. 594-623.
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin** (2001) *Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı)*, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)*, Cilt 50, Sayı 1, s. 55-90.
- Öcal Apaydın, Bahar** (2021) *TBK ve CISG Uyarınca Taşınır Satımında Ayıplı İfa Halinde Satıcının Sorumlu Olduğu Maddi Zarar*, Ankara: Yetkin.
- Öz, Turgut** (2016) *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerinin Uygulanmasında Borçlar Kanunu Hükümlerinin Yeri ve Rolü*, Hüseyin Can Aksoy (Ed.), *Tüketici Hukuku Konferansı (5-6 Aralık 2015) Makaleler-Tebliğler*, Ankara, s. 175-195.
- Özdemir, Hayrunnisa** (2013) *Türk Borçlar Kanununa ve Viyana Satım Sözleşmesine (CISG) Göre Ayıptan Doğan Sorumluluğun Şartları*, Ankara: Yetkin.
- Özel, Çağlar** (2019) *Tüketicinin Korunması Hukuku*, 5. bs., Seçkin.
- Pak, Hee-Ho** (2005) *Die dogmatische Struktur der Mängelhaftung im neuen Kaufrecht*, *Yayımlanmamış Doktora Tezi*, Eberhard-Karls-Universität Tübingen.
- Pech, Sebastian** (2021) *Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen – Ein Überblick zu den Neuregelungen im BGB (Teil I)*, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in der Praxis (GRUR-Prax)*, s. 509-511.
- Polat, Cemre** (2021) *Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Ürün Sorumluluğu*, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)*, Cilt 70, Sayı 4, s. 973-1041.
- Prosser, William L.** (1943) *The Implied Warranty of Merchantable Quality*, *Minnesota Law Review*, Cilt 27, Sayı 2, s. 117-168.

- Rabel, Ernst** (1958) *Das Recht Des Warenkaufs* (2. Band), Tübingen: De Gruyter.
- Rafel, Rosa Milà** (2016) *The Directive Proposals on Online Sales and Supply of Digital Content (Part I): will the new rules attain their objective of reducing legal complexity?*, IDP, Sayı 23, s. 1-14.
- Rehbinder, Manfred** (1990) *Konsumentenschutz im schweizerischen Recht*, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, s. 129-134.
- Ren, Qianxiao** (2021) *Die Ersatzvornahme im Werkvertragsrecht*, Jacques Dubey, Hubert Stöckli (Ed.), *Die Ersatzvornahme im schweizerischen Zivilrecht*, Schulthess Juristische Medien AG, s. 80-98.
- Riehm, Thomas/Abold, Metawi Adrian** (2018) *Mängelgewährleistungspflichten des Anbieters digitaler Inhalte*, Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM), s. 82-91.
- Riehm, Thomas/Abold, Metawi Adrian** (2021) *Rechtsbehelfe von Verbrauchern bei Verträgen über digitale Produkte — Einführung in das neue Gewährleistungsrecht für die Digitalisierung*, Computer und Recht (CR), Cilt 37, Sayı 8, s. 530-540.
- Rieländer, Frederick** (2021) *Leistungsstörungen im Digitalvertragsrecht – Teil I*, Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union (GPR), Cilt 18, Sayı 6, s. 257-271 (Kısaltılmışı Teil I).
- Rieländer, Frederick** (2022) *Leistungsstörungen im Digitalvertragsrecht – Teil II: Zur Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie im BGB*, Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union (GPR), Cilt 19, Sayı 1, s. 28-41 (Kısaltılmışı Teil II).
- Ring, Gerhard** (2023) *Die Mängelgewährleistung beim Verbrauchervertrag über digitale Produkte*, Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR), Cilt 77, Sayı 17, s. 1090-1096.
- Rosenkranz, Frank** (2020) *Article 9*, Reiner Schulze, Dirk Staudenmayer (Ed.), *EU Digital Law: Article-by-Article Commentary*, Baden-Baden: Nomos (Kısaltılmışı *EU Digital Law: art. 9*).
- Rosenkranz, Frank** (2020) *Article 10*, Reiner Schulze, Dirk Staudenmayer (Ed.), *EU Digital Law: Article-by-Article Commentary*, Baden-Baden: Nomos (Kısaltılmışı *EU Digital Law: art. 10*).
- Ryan, Lorcan/Anastasiou, Dimitra/Cleary, Yvonne** (2009) *Using Content Development Guidelines to Reduce the Cost of Localising Digital Content*, The International Journal of Localisation, Cilt 8, Sayı 1, s. 11-38.
- Sağlam, İpek** (2007) *Elektronik Sözleşmeler*, İstanbul: Legal.

- Saidov, Djakhongir** (2015) *Conformity of Goods and Documents: The Vienna Sales Convention*, Oxford: Hart.
- Sales Law Review Group of Ireland** (2011) *Report on the Legislation Governing the Sale of Goods and Supply of Services*, Dublin: Government Publications.
- Schlechtriem/Schwenzer** (2015) *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi*, (Pinar Çağlayan Aksoy ve Ingebor Schwenzer, Ed.), İstanbul: On İki Levha.
- Schönle, Herbert/Higi, Peter** (2005) *Kauf und Schenkung (Lieferung 2 - Art. 192-204 OR)*, Peter Gauch, Jörg Schmid (Ed.), ZK - Zürcher Kommentar, 3. Auflage, Zürich (Kısaltılmışı ZK/OR 192-204).
- Schönle, Herbert/Peter, Higi** (2005) *Art. 197*, ZK - Zürcher Kommentar (Kısaltılmışı ZK/OR 197).
- Schulze, Reiner/Zoll, Fryderyk** (2021) *Europäisches Vertragsrecht*, Baden-Baden: Nomos.
- Schwab, Martin** (2002) *Das neue Schuldrecht im Überblick*, Juristische Schulung (JuS), s. 1-8.
- Schwarze, Roland** (2022) *Das Recht der Leistungsstörungen*, 3. Auflage, De Gruyter.
- Schwenzer, Ingeborg/Hachem, Pascal** (2009) *The CISG-Successes and Pitfalls*, The American Journal of Comparative Law, Cilt 57, s. 457-478.
- Schwenzer, Ingeborg/Hachem, Pascal/Kee, Christopher** (2012) *Global Sales and Contract Law*, Oxford.
- Sein, Karin** (2021) *The Applicability of the Digital Content Directive and Sales of Goods Directive to Goods with Digital Elements*, Juridica International, Sayı 30, s. 23-31.
- Sein, Karin/Spindler, Gerald** (2019) *The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader’s Obligation to Supply – Part 1*, European Review of Contract Law, Cilt 15, Sayı 3, s. 257-279 (Kısaltılmışı Part 1).
- Sein, Karin/Spindler, Gerald** (2019) *The new Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services – Conformity Criteria, Remedies and Modifications – Part 2*, European Review of Contract Law, Cilt 15, Sayı 4, s. 365-391 (Kısaltılmışı Part 2).
- Sénéchal, Juliette** (2020) *Article 2*, Reiner Schulze, Dirk Staudenmayer (Ed.), *EU Digital Law: Article-by-Article Commentary*, Baden-Baden: Nomos (Kısaltılmışı *EU Digital Law: art. 2*).
- Serozan, Rona** (1975) *Sözleşmeden Dönme*, İstanbul: Vedat.

- Serozan, Rona** (1990) *Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Giderek Önemi Artan Kavramlar: “Sözleşmenin Müspet İhlali” ve “Culpa in Contrahendo”*, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı 18, s. 27-42.
- Serozan, Rona** (2000) *Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt LVIII, Sayı 1-2, s. 233-248.
- Serozan, Rona** (2006) *BK Tasarısı’nın Eksiklik ve Aksaklıklarının İfa ve İfa Engelleri Hukuku Alanından Örneklerle Sergilenmesi*, HPD, s. 38-51.
- Sert, Selin** (2013) *Viyana Satım Sözleşmesinde (CISG) İfa Engelleri ve Sonuçları*, İstanbul: Vedat.
- Sirmen, Lale** (2013) *Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri*, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, Cilt 8, Sayı Özel, s. 2465-2476.
- Spindler, Gerald** (2021) *Umsetzung der Richtlinie über digitale Inhalte in das BGB / Schwerpunkt 1: Anwendungsbereich und Mangelbegriff*, MMR, s. 451-457 (Kısaltılmışı Schwerpunkt 1).
- Spindler, Gerald** (2021) *Ausgewählte Rechtsfragen der Umsetzung der digitalen Inhalte-Richtlinie in das BGB / Schwerpunkt 2: Rechtsbehelfe, Beweislastregelungen und Regress zwischen Unternehmern*, MMR, s. 528-533 (Kısaltılmışı Schwerpunkt 2).
- Staudenmayer, Dirk** (2020) *The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy*, European Review of Private Law, Sayı 28, s. 219-250.
- Staudenmayer, Dirk** (2020) *Article 3, 6, 7 ve 8*, Reiner Schulze, Dirk Staudenmayer (Ed.), EU Digital Law: Article-by-Article Commentary, Baden-Baden: Nomos (Kısaltılmışı EU Digital Law: art. 3, 6, 7 ve 8).
- Stoljar, Samuel J.** (1952) *Conditions, Warranties and Descriptions of Quality in Sale of Goods-I*, The Modern Law Review, Cilt 15, Sayı 4, s. 425-445.
- Straub, Wolfgang** (2009) *Internet-Recht und IT-Verträge (8. Tagungsband)*, (Florian S Jörg ve Oliver Arter, Ed.), 2. Auflage, Bern: Stämpfli.
- Süß, Theodor** (1931) *Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel: Ein dogmatischer Beitrag zur Lehre von der Gewährleistung*, Leipzig: A Deichertsche Verlagsbuchhandlung Dr Werner Scholl.
- Şahan, Gökhan** (2016) *Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesi*, Ankara: Yetkin.

- Şahin, Musa Furkan** (2020) *Viyana Satım Antlaşması'nda Malların Sözleşmeye Uygunluğu*, Şebnem Akipek Öcal (Ed.), Viyana Satım Antlaşması (CISG), Ankara: Yetkin.
- Şen, Elif** (2018) Kısmi İfa, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi.
- Tamm, Marina/Tonner, Klaus** (2022) *Das neue Schuldrecht: Digitale Produkte - Kaufrecht - Vertragsrecht*, (Tobias Brönneke, Carsten Föhlisch ve Klaus Tonner, Ed.), 1. bs., Baden-Baden: Nomos.
- Tandoğan, Haluk** (2008) *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Cilt I/1)*, 6. Tıpkı Basım, İstanbul (Kısaltılmışı *Cilt I/1*).
- Taştan, Furkan Güven** (2017) *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, 2. Baskı, İstanbul: On İki Levha.
- Taştan, Furkan Güven** (2021) *The (im)possibility of personal data as an object of contracts: An analysis of the GDPR and the Digital Content Directive*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Tilburg University.
- Tekelioğlu, Numan** (2022) *Dijital Ürünlere İlişkin Düzenlemeler Hakkında Alman Medeni Kanunundaki Yeni Düzenlemeler*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (DEÜHFD), Cilt 24, Sayı 1, s. 289-316.
- Temel, Erhan** (2015) *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşmasına (CISG) Göre Ayıp Kavramı*, Erhan Temel (Ed.), Viyana Satım Sözleşmesi Hukuku ve Tüketici Hukuku, Ankara: Adalet, s. 53-90.
- Tiryaki, Betül** (2007) *Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk*, Yetkin.
- Tonner, Klaus/Fangerow, Kathleen** (2012) *Directive 2011/83/EU on Consumer Rights: A New Approach to European Consumer Law?*, Journal of European Consumer and Market law, Cilt 1, Sayı 2, s. 67-80.
- Tunç, Aybike** (2020) *Bulut Bilişim Sözleşmeleri*, İstanbul: On İki Levha.
- Tunçomağ, Kenan** (1977) *Türk Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri (Cilt II)*, İstanbul.
- Tüzüner, Özlem** (2016) *Madde 1*, Özlem Tüzüner, Hakan Tokbaş (Ed.), Milli Şerh - 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, İstanbul: Aristo (Kısaltılmışı *Milli Şerh: m. 1*).
- Twigg-Flesner, Christian** (2008) *The Europeanisation of contract law: current controversis in law*, London: Routledge-Cavendish.
- Twigg-Flesner, Christian** (2016) *Disruptive Technology - Disrupted Law? How the Digital Revolution Affects (Contract) Law*, SSRN Electronic Journal.

- Twigg-Flesner, Christian** (2020) *Conformity of Goods and Digital Content/Digital Services*, SSRN Electronic Journal.
- Twigg-Flesner, Christian** (2020) *Article 15-17*, Reiner Schulze, Dirk Staudenmayer (Ed.), EU Digital Law: Article-by-Article Commentary, Baden-Baden: Nomos (Kısaltılmışı *EU Digital Law: art. 15-17*).
- Uçkan, Mertkan** (2022) *Satış Sözleşmesinde Satıcının Zapttan Doğan Sorumluluğu*, Ankara: Seçkin.
- Vanherpe, Jozefien** (2020) *White Smoke, but Smoke Nonetheless: Some (burning) Questions Regarding the Directives on Sale of Goods and Supply of Digital Content*, European Review of Private Law, s. 251-274.
- Vischer, Markus** (2015) *Der Mangelbegriff im Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht*, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, s. 1-9.
- Wank, Rolf** (2019) *Juristische Methodenlehre: Methodenlehre in der Anwendung*, München: Vahlen.
- Warburton, Joshua M.** (2016) *An Innovative Legal Approach to Regulating Digital Content Contracts in the EU*, Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law, Cilt 7, Sayı 3, s. 246-255.
- Weber, Rolf H.** (2017) *The Sharing Economy in the EU and the Law of Contracts*, The George Washington Law Review, Cilt 85, s. 1777-1803.
- Wendehorst, Christiane** (2021) *Die neuen Regelungen im BGB zu Verträgen über digitale Produkte*, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), s. 2913-2919.
- Wendehorst, Christiane** (2022) *BGB § 312*, Münchener Kommentar, 9. Auflage (Kısaltılmışı *MüKo/BGB § 312*).
- Wendland, Matthias** (2019) *Sonderprivatrecht für Digitale Güter*, Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (ZVglRWiss), s. 191-230.
- Wendland, Matthias** (2022) *BGB § 327 - § 327u*, Beck Online-Kommentare, 63. Auflage (Kısaltılmışı *BeckOK/BGB § 327 - § 327u*).
- Westermann, Harm Peter** (2019) *BGB § 434 - § 435*, Münchener Kommentar, 8. Auflage (Kısaltılmışı *MüKo/BGB § 434 - § 435*).
- Wolfgang, Straub** (1999) *Die Haftung für das Jahr-2000-Problem*, Aktuelle juristische Praxis – Pratique juridique Actuelle (AJP/PJA), Cilt 5, Sayı 99, s. 524-540.
- Yağcıoğlu, Ali Haydar** (2021) *Model Bir Kanun Tasarısı Niteliğindeki İsviçre Borçlar Kanununun Genel Hükümleri Hakkındaki 2020 Tasarısı (OR 2020) Hükümlerine İlişkin Açıklamalar*, 1. bs., Ankara: Adalet.

- Yavuz, Cevdet** (1989) Özellikle Tüketicinin Korunması Sorunu Bakımından Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul: Beta.
- Yavuz, Cevdet** (2014) Türk Borçlar Hukuku: Özel Hükümler, İstanbul: Beta.
- Yavuz, Nihat** (2016) Ayıplı İfa, 5. Baskı, Ankara: Seçkin.
- Yıldırım, Mustafa Fadıl** (1998) *Standart Bilgisayar Program Ayıplarından Sözleşmeye Dayalı Sorumluluk*, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜEHFD), Cilt II, Sayı 1, s. 147-160.
- Yıldırım, Mustafa Fadıl** (2003) *Bilgisayar Programlarında Akdi ve Teknik Kullanım Sınırlamaları ve Kullanıcının Hukuki Konumu*, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜEHFD), Cilt VII, Sayı 1-2, s. 563-580.
- Yücedağ, Nafiye** (2018) Sözleşmeye Aykırı Mal Tesliminde Yenisiyle Değiştirme Hakkı - TBK ve CISG Uyarınca-, İstanbul: On İki Levha.
- Yücer Aktürk, İpek** (2015) *Viyana Satım Sözleşmesi Kapsamında Satıcının Ayıptan Doğan Sorumluluğu*, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 2015/1, s. 211-238.
- Yünlü, Semih** (2019) *Zapt Sorumluluğu ve Diğer Hukuki İmkanlarla Karşılaştırması*, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (DÜHFD), Cilt 24, Sayı 40, s. 139-180.
- Zamir, Eyal** (1991) *Toward a General Concept of Conformity in the Performance of Contracts*, Louisiana Law Review, Cilt 52, s. 1-90.
- Zdraveva, Neda** (2021) *Digital Content Contracts and Consumer Protection: Status Quo and Ways Further*, EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC), Sayı 5, s. 398-421.
- Zevkliler, Aydın/Gökyayla, K. Emre** (2015) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 15. Baskı, Ankara: Turhan.
- Zevkliler, Aydın/Özel, Çağlar** (2016) Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara: Seçkin.
- Zimmerman, Reinhard** (1990) *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town: Juta & Co.
- Zimmerman, Reinhard** (2004) *Liability for Non-Conformity: The New System of Remedies in German Sales Law and Its Historical Context*, Irish Jurist, Cilt 39, s. 1-50.
- Zok, Krzysztof** (2019) *Cloud Computing Contracts as Contracts for the Supply of Digital Content: Classification and Information Duty*, Masaryk University Journal of Law and Technology, Cilt 13, Sayı 2, s. 133-159.
- Zoll, Fryderyk** (2016) *The Remedies in the Proposals of the only Sales Directive and the Directive on the Supply of Digital Content*, Journal of European Consumer and Market Law (EuCML), Sayı 6, s. 250-254.

Zoll, Fryderyk (2020) *Article 11-12*, Reiner Schulze, Dirk Staudenmayer (Ed.), EU Digital Law: Article-by-Article Commentary, Baden-Baden: Nomos (Kısaltılmışı *EU Digital Law: art. 11-12*).

Zöchling-Jud, Brigitta (2021) *Digital Consumer Contract Law and New Technologies: Implementation of the Digital Content Directive in Austria*, Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law, Cilt 12, Sayı 2, s. 221-228.

Schulze, Reiner/Staudenmayer, Dirk (2020) *Introduction*, EU Digital Law: Article-by-Article Commentary, Baden-Baden: Nomos (Kısaltılmışı *Introduction*).



MAHKEME KARARLARI

Yargıtay Kararları

Yargıtay 3. HD, 17.01.2022, E. 2021/7116, K. 2022/36 (Lexpera).
Yargıtay 13. HD, 10.4.2019, E. 2016/27702, K. 2019/4817 (Kazancı).
Yargıtay 13. HD, 19.04.2018, E. 2016/11648, K. 2018/4802 (UYAP).
Yargıtay 15. HD, 28.02.2017, E. 2016/711, K. 2017/826 (Lexpera).
Yargıtay 19. HD, 14.02.2012, E. 2011/7238, K. 2012/210 (UYAP).
Yargıtay 19. HD, 23.05.2008, E. 2007/9633, K. 2008/5612 (UYAP).
Yargıtay 13. HD, 18.09.2006, E. 2006/6251, K. 2006/11865 (Yargıtay Karar Arama).
Yargıtay HGK, 22.06.2005, E. 2005/4-309, K. 2005/391 (Kazancı).
Yargıtay İBK, 04.06.1958, E. 1958/15, K. 1958/6 (Resmî Gazete).

Bölge Adliye Mahkemesi Kararları

Ankara BAM 3. HD, 29.09.2022, E. 2021/1681, K. 2022/2321 (UYAP).
Ankara BAM 3. HD, 06.07.2022, E. 2021/980, K. 2022/1873 (UYAP).
İstanbul BAM 15. HD, 01.03.2022, E. 2022/114, K. 2022/405 (UYAP).
İstanbul BAM 14. HD, 23.12.2021, E. 2019/1575, K. 2021/1655 (UYAP).
İstanbul BAM 15. HD, 24.03.2021, E. 2018/1806, K. 2021/627 (UYAP).
İstanbul BAM 15. HD, 27.11.2018, E. 2017/1241, K. 2018/1559 (UYAP).
Ankara BAM 13. HD, 09.02.2018, E. 2018/105, K. 2018/153 (UYAP).
İzmir BAM 13. HD, 18.12.2018, E. 2018/541, K. 2018/2474 (UYAP).
İstanbul BAM 15. HD, 28.12.2017, E. 2017/621, K. 2017/1006 (UYAP).
Gaziantep BAM 13 HD, 22.11.2017, E. 2017/2610, K. 2017/2704 (UYAP).

ABAD Kararları

CJEU C-410/19, *Software Incubator v Computer Associates (UK)*, ECLI:EU:C:2021:742.
CJEU C-479/99, *CBA Computer Handels*, ECLI:EU:C:2001:317.
CJEU C-155/73, *Giuseppe Sacchi*, ECLI:EU:C:1974:40.
CJEU C-52/79, *Debauve*, ECLI:EU:C:1980:83.
CJEU C-403/08 and C-429/08, *Football Association Premier League v QC Leisure and Others and Karen Murphy v Media Protection Services Ltd*, ECLI:EU:C:2011:631.
CJEU C-128/11, *UsedSoft GmbH v Oracle International Corp*, ECLI:EU:C:2012:407.
CJEU C-479/13, *Commission v France*, ECLI:EU:C:2015:141.
CJEU C-502/13, *Commission v Luxembourg*, ECLI:EU:C:2015:143.

CJEU C-464/01, *Johann Gruber v Bay Wa AG*, ECLI:EU:C:2005:32.

CJEU C-52/18, *Christian Füllä v Toolport GmbH*, ECLI:EU:C:2019:447.

CJEU C-404/06, *Quelle AG v Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*, ECLI:EU:C:2008:231.

İsviçre Mahkeme Kararları

BGE, 27.08.1998, 124 III 456 (Swisslex)

BGE, 03.03.2016, 4A_446/2015 (Swisslex)

OG Zug, 23.02.2023, Z1 2022 6 (pace.edu).

HG Zürich, 19.12.2016, HG150050 (Swisslex).

Cantone Del Ticino, La Seconda Camera Civile Del Tribunale D'appello, 05.08.2013, 14.2013.59 (pace.edu).

Alman Mahkeme Kararları

BGH, 15.11.2006, XII ZR 120/04 (BeckOnline).

BGH, 11.01.2006, VIII ZR 268/04 (pace.edu).

BGH, 16.12.2003, X ZR 129/01 (BeckOnline).

BGH, 23.01.1996, X ZR 105/93 (BeckOnline).

BGH, 15.05.1990, X ZR 128/88 (BeckOnline).

BGH, 07.03.1990, VIII ZR 56/89 (BeckOnline).

BGH, 04.11.1987, VIII ZR 314/86 (BeckOnline).

OLG Saarbrücken, 30.05.1990, 1 U 21/90 (BeckOnline).

LG Freiburg, 22.08.2002, 8 O 75/02 (pace.edu).

LG Stuttgart, 04.06.2002, 15 O 179/01 (pace.edu).

AG Viechtach, 11.04.2002, 1 C 419/01 (pace.edu).

İngiliz Mahkeme Kararları

Court of Appeal, *Computer Associates UK Ltd v The Software Incubator Ltd* (2018) EWCA Civ 518 (bailii.org).

Court of Appeal, *St Albans City and DC v International Computers Ltd* (1996) 4 All ER 481 (bailii.org).

Court of Common Pleas, *Laing v Fidgeon* (1815) 128 ER 974 (Westlaw UK).

High Court, *Fern Computer v Intergraph* (2014) EWHC Ch 2908 (bailii.org).

High Court, *SAM Business Systems Limited v Hedley and Company* (2002) 2733 (TCC) (bailii.org).

High Court, *Amstrad plc v Seagate Technology Inc* (1997) 86 BLR 34 (Westlaw UK).
High Court, *Gardiner v Gray* (1815) 171 ER 46 (Westlaw UK).
High Court, *Holcombe v Hewson* (1810) 170 ER 1194 (Westlaw UK).
High Court, *The Software Incubator Ltd v Computer Associates Ltd* (2016) EWHC 1587 (bailii.org).

ABD Mahkeme Kararları

US Court of Appeals for the Third Circuit, *Chatlos Systems, Inc. v. National Cash Register Corp. (NCR Corp.)*, 635 F.2d 1081 (1980) (casetext.com).
US District Court for the District of Massachusetts, *Rottner v. AVG Techs. United States, Inc.*, 943 F. Supp. 2d 222 (2013) (casetext.com).
US District Court for the Northern District of California, *Gross v. Symantec Corp.*, 2012 WL 3116158 (2012) (casetext.com).
US District Court for the Northern District of Texas, *Recursion Software, Inc. v. Interactive Intelligence, Inc.*, 425 F. Supp. 2d 756 (2006) (casetext.com).
US District Court for New Hampshire, *Colonial Life Ins. Co. v. Electronic Data Sys. Corp.*, 817 F. Supp. 235 (1993) (casetext.com).
Supreme Court of Delaware, *Neilson Business Equipment Center, Inc. v. Italo v. Monteleone, M.D., P.A.*, 524 A.2d 1172 (1987) (casetext.com).
Supreme Court of New York County, *Schroders, Inc. v. Hogan Systems, Inc.*, 137 Misc. 2d 738 (1987) (casetext.com).
Supreme Court of New York, *Schroders, Inc. v. Hogan Systems, Inc.*, 137 Misc. 2d 738 (1987) (casetext.com).
Massachusetts Appeals Court, *USM Corp. v. Arthur D. Little Sys.*, 28 108, 546 N.E.2d 888 (1989) (casetext.com).
Massachusetts Appeals Court, *Graphic Sales, Inc. v. Sperry Univac Div. Sperry Corp.*, 824 F.2d 576, 579 (1987) (casetext.com).
Ohio Court of Appeals, *Delorise Brown, M.D., Inc. v. Allio*, 620 N.E.2d 1020 (1993) (casetext.com).
Ohio Court of Appeals, *Hollingsworth v. The Software House, Inc.*, 32 Ohio App.3d 61, 513 N.E.2d 137 (1986) (casetext.com).
New York City Civil Court, *Communications Groups, Inc. v. Warner Communications, Inc.*, 527 N.Y.S.2d 341 (1988) (casetext.com).

İNTERNET KAYNAKLARI

Bu bölümde yer alan internet sayfalarının güncelliği 18.09.2023 tarihinde tekrar erişilmek suretiyle teyit edilmiştir.

Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (*Principles of European Contract Law*)
https://www.trans-lex.org/400200/_pecl/

BEUC (2012) *Digital products: EU consumers need clear rights* (Position Paper X/2012/099), <https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/2012-00832-01-e.pdf>

Brad Stone (2009) *Amazon Erases Orwell Books From Kindle*, The New York Times
<https://www.nytimes.com/2009/07/18/technology/companies/18amazon.html>

Das Bundesministerium der Justiz (2020) *Entwürfe zur Umsetzung der Richtlinie über digitale Inhalte und zu den vertraglichen Regelungen der Modernisierungsrichtlinie vorgelegt*,
https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2021_Bereitsstellung_digitaler_Inhalte.html

DeJure, *Bürgerliches Gesetzbuch in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung*
<https://dejure.org/gesetze/0BGB010102>

Deloitte (2022) *Dijital Tüketici Trendleri 2021 Türkiye*,
<https://www2.deloitte.com/tr/tr/pages/consumer-business/articles/dijital-tuketici-trendleri-2021.html>

EUR-Lex, *Article 288 of the Treaty on the Functioning of the European Union – directives*,
<https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/european-union-directives.html>

European Commission (2015) *Digital Contracts for Europe - Question & Answer (Memo)*,
https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_15_6265

European Commission (2015) *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Certain Aspects Concerning Contracts for the Supply of Digital Content (Explanatory Memorandum)* <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015PC0634>

European Law Institute (2016) *Statement of the European Law Institute on the European Commission's Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers*,
https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Statement_on_DCD.pdf

- Gizem Alper (2021) *Attorney's Guide: Comparison Chart UCC and CISG*, Institute of International Commercial Law, www.iicl.law.pace.edu/
- Hannes Rösler, Sale of Consumer Goods, Max-EuP2012 [https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Sale of Consumer Goods](https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Sale_of_Consumer_Goods)
- HM Government (2009) *A Better Deal for Consumers: Delivering Real Help Now and Change for the Future*, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/238580/7669.pdf
- ISO, 19086-1:2016 Standard, <https://www.iso.org/standard/67545.html>
- ISO, 25000:2014 Standard, <https://www.iso.org/standard/64764.html>
- OECD (2013) *Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value*, Paris: OECD, https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/exploring-the-economics-of-personal-data_5k486qtxldmq-en
- Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı, Mecburi Uygulamada Olan Standart Listesi, <https://www.sanayi.gov.tr/merkez-birimi/6f188a931f68/diger>
- Taslak Ortak Referans Çerçevesi (Draft Common Frame of Reference) https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf
- TBMM Mevzuat Veri Tabanı, <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/>
- TDK Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>
- The Interaction Design Foundation, *Product-Service Hybrids – When Products and Services Become One*, <https://www.interaction-design.org/literature/article/product-service-hybrids-when-products-and-services-become-one>
- Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı, 2013, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d24/c061/tbmm24061013ss0490.pdf>
- UK Parliament, *Faulty goods, digital content, services*, <https://commonslibrary.parliament.uk/faulty-goods-digital-content-services/>