



**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**DOKTORA
TEZİ**

**BİLGİSAYAR PROGRAMI
İMÂL SÖZLEŞMESİ**

GÖKHAN ŞAHAN

**ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI**

MART 2015



BİLGİSAYAR PROGRAMI İMÂL SÖZLEŞMESİ

Gökhan ŞAHAN

**DOKTORA TEZİ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI**

**GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

MART 2015

Gökhan ŞAHAN tarafından hazırlanan “Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesi” adlı tez çalışması aşağıdaki jüri tarafından OY BİRLİĞİ ile Gazi Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalında DOKTORA TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Danışman: Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM

Özel Hukuk, Gazi Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum



Başkan : Prof. Dr. Mehmet ÜNAL

Özel Hukuk, Başkent Üniversitesi

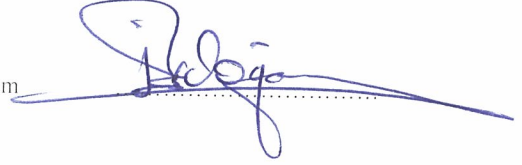
Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum



Üye : Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Özel Hukuk, Gazi Üniversitesi

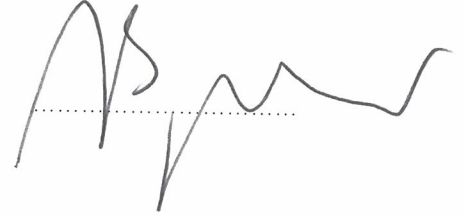
Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum



Üye : Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR

Özel Hukuk, Ankara Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum



Üye : Prof. Dr. Murat DOĞAN

Özel Hukuk, Erciyes Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum



Tez Savunma Tarihi: 26/03/2015

Jüri tarafından kabul edilen bu tezin Doktora Tezi olması için gerekli şartları yerine getirdiğini onaylıyorum.



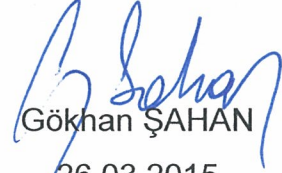
Prof. Dr. Suna BAŞAK
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

ETİK BEYAN

Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmada;

- Tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi,
- Tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu,
- Tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi,
- Kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı,
- Bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu,

bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.


Gökhan ŞAHAN
26.03.2015

BİLGİSAYAR PROGRAMI İMÂL SÖZLEŞMESİ
(Doktora Tezi)

Gökhan ŞAHAN

GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Mart 2015

ÖZET

Tezin konusu “Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesi”dir. Tez üç bölümden oluşmaktadır. Tezin giriş bölümünde konu hakkında genel bilgiler verilmiştir. Bu çerçevede bilgisayar, bilgisayar programı ve bilgisayar programı sözleşmeleri kavramlarına yer verilmiştir. Birinci bölümde; sözleşmelerde tip meselesi ve bu çerçevede bilgisayar programı imâl sözleşmesinin hukukî niteliği ve bilgisayar programının imâli incelenmiştir. İkinci bölümde bilgisayar programı imâli sözleşmesinin kurulması, genel işlem şartlarının bilgisayar programı imâli sözleşmesi açısından değerlendirilmesi üzerinde durulmuştur. Bununla birlikte, ikinci bölümde tarafların hak ve yükümlülükleri ele alınmıştır. Üçüncü bölümde ise bilgisayar programı imal sözleşmesinin hüküm ve sonuçları araştırılmıştır. Burada bilgisayar programı imal sözleşmesinde ayıba ve zapta karşı tekeffülün özellikleri, sözleşmeyi sona erdiren sebepler ve zamanaşımına yer verilmiştir. Bu çalışma hazırlanırken; Türk Borçlar Kanunu, İsviçre Borçlar Kanunu ve Alman Medenî Kanunu dikkate alınmıştır. Bununla birlikte, Türk, İsviçre ve Alman Hukuku’ndaki yargı kararları ve görüşler çalışmanın hazırlanmasında göz önünde bulundurulmuştur.

Bilim Kodu	: 501.2.086
Anahtar Kelimeler	: Bilgisayar Programı Sözleşmesi, Bilgisayar Programı, Bilgisayar Programı İmâli, Kaynak kod.
Sayfa Adedi	: 199
Tez Danışmanı	: Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM

SOFTWARE DEVELOPMENT CONTRACTS
(Ph. D. Thesis)

Gökhan ŞAHAN

GAZİ ÜNİVERSİTY
INSTITUTE OF SOCIAL SCIENCES

March 2015

ABSTRACT

The subject of the thesis is "Software Development Contracts". The thesis consists of three chapters. General information about the subject of the thesis is given in the introduction. In this context, the terms of 'computer', 'computer programme' and 'computer software contracts' have important covarege. In the first chapter, the legal nature of 'software development contract' and the development of softwares in the context of the matter of type of contracts are scrutinised. In the second chapter, establishment of 'Software Development Contracts' and standard terms are exemined in the aspect of 'Software Development Contracts'. In addition, in the second chapter, rigts and obligations of the parties are covered. In the third chapter, provisions, effects and results of software development contracts are enquired. In this part, waranter and quite enjoyment, the reasons of termination, lapse of time of software development contracts are included. In the preperation of this study, the Turkish Code of Obligation, the Swiss Code of Obligations and the German Civil Code are taken into considiration. In addition judicial decisions and opinions in Turkish, Swiss and German Law are considered and take part in the study.

Science Code : 501.2.086
Key Words : Software Contracts, Software, Software Development,
Source Code
Page Number : 199
Supervisor : Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM

TEŞEKKÜR

Çalışmanın konusu “Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesi”dir. Bu konu, tez danışmanım Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM’ın önerileri doğrultusunda belirlenmiştir. Mesele özellikle Borçlar Hukuku açısından incelenmiştir. Söz konusu konu hakkında daha önce yazılmış Türkçe monografik bir eser bulunmamaktadır. Bu sebeple özellikle Alman ve İsviçre mahkeme kararları ve öğretisi ışığında konu ele alınmaya çalışılmıştır. Tez konusunu belirlememi sağlayan ve yazım sürecinde maddi ve manevi desteklerini esirgemeyen hocam ve danışmanım Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM’a teşekkürü bir borç bilirim. Akademik hayatımın başından bu yana beni destekleyen ve yönlendiren, bu tezi hazırlanması ve savunulması sürecinde de önemli katkılar sağlayan hocam Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR’a şükranlarımı sunarım. Yine akademik hayatımın başlangıcından itibaren beni destekleyen ve yönlendiren hocam ve büyüğüm Prof. Dr. Murat DOĞAN’a teşekkürü bir borç bilirim. Tez savunmamda bulunan ve eleştirileri ile tezin şekillenmesini sağlayan hocalarım Prof. Dr. Mehmet ÜNAL ve Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN’a müteşekkirim. Akademik hayata başlamama vesile olan, içine düştüğüm karamsırlıklarda ve çıkmazlarda bana hep yol gösteren hocam ve ağabeyim Yrd. Doç. Dr. Akın ÜNAL’ı ayrıca zikretmek isterim. Çalışmanın hazırlanması sırasında Yüksek Öğretim Kurulu bursu ile Augsburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde misafir araştırmacı olarak bulundum. Almanya’ya gitmeme vesile olan orda bulunduğum süreçte bana yardımcı olan hocam Doç. Dr. Erhan TEMEL’e şükranlarımı sunarım. Çalışmanın hazırlanması sürecin desteklerini esirgemeyen arkadaşlarım Öğr. Gör. Dr. Ömer Çelen ve Arş. Gör. Musa İyiler’e teşekkür ederim. Yine bu süreçte bana destek ve yardımcı olan araştırma görevlisi arkadaşlarım, Oğuz Usta, Emre Koroğlu, Arif Kalkan, İsmail Atamulu ve Alperen Polat da teşekkür etmem kişiler ararsındadır. Eğitim hayatımın önemli bir kısmında beraber olduğum kadim dostum Ahmet Hulusi Akkaş’a da ayrıca teşekkür erdim. Bu günlere gelip yetişmeme vesile olan ve haklarını hiçbir zaman ödeyemeceğim annem Hamide ve Babam Duran ŞAHAN’a şükranlarımı sunarım. En zor zamanlarımda yanımda olan, her zaman maddi ve manevi fedakarlıkta bulunan, bu çalışmanın hazırlama sürecinde benimle aynı zorlukları yaşayan, zaman zaman kendisini ihmal ettiğim eşim Nilay ŞAHAN ile çocuklarım İlay ve İlter ŞAHAN’a ne kadar teşekkür etsem azdır.

İÇİNDEKİLER

	Sayfa
ÖZET	iv
ABSTRACT	v
TEŞEKKÜR	vi
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR	xiv
1. GİRİŞ	1
2. KONU İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR	7
2.1. BİLGİSAYAR PROGRAMI KAVRAMI	7
2.1.1. Bilgisayar Programının Tanımı	7
2.1.2. Bilgisayar Programının Unsurları	8
2.1.2.1. Program Akışı	8
2.1.2.2. Algoritma	9
2.1.2.3. Kaynak Kodu ve Nesne Kodu	10
2.1.2.4. Arayüzler	11
2.1.3. Bilgisayar Programının Çeşitleri	11
2.1.3.1. İşletim Sistemi Programı ve Uygulama Programı	12
2.1.3.2. Standart Programlar ve Ferdî (Şahsî) Programlar	13
2.1.3.3. Çevirici Programlar	13
2.2. BİLGİSAYAR PROGRAMININ HUKUKÎ NİTELİĞİ	14
2.2.1. Bilgisayar Programını Eşya Olarak Kabul Eden Görüş	14
2.2.2. Bilgisayar Programını Eşya Olarak Kabul Etmeyen Görüş	18
2.2.3. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Şahsî Kanaatimiz	22
2.3. BİLGİSAYAR PROGRAMI SÖZLEŞMELERİ KAVRAMI	24
2.3.1. Genel Olarak	24
2.3.2. Bilgisayar Programı Sözleşme Çeşitleri	25

Sayfa

2.3.2.1.Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesi.....	25
2.3.2.2.Bilgisayar Programı Devir Sözleşmesi	25
2.3.3.3.Bilgisayar Programı Bakım Sözleşmesi	26
3. BİLGİSAYAR PROGRAMININ İMÂLİ VE BİLGİSAYAR PROGRAMI İMÂL SÖZLEŞMESİNİN HUKUKÎ NİTELİĞİ	27
3.1. BİLGİSAYAR PROGRAMININ İMÂLİ	27
3.1.1. Genel Olarak	27
3.1.2. Bilgisayar Programı İmâl Aşamaları	27
3.1.2.1. Karar Verme Aşaması.....	27
3.1.2.2. Ön Çalışmanın Yapılması	28
3.1.2.3. Bilgisayar Programının Taslağının Hazırlanması	29
3.1.2.4. Bilgisayar Programının İmâl Edilmesi	29
3.1.2.5. İmâl Edilen Bilgisayar Programının Teste Tabi Tutulması	30
3.1.2.6. İmâl Edilen Bilgisayar Programının Uygulanması	30
3.1.2.7. İmâl Edenin İmal Aşamasındaki Diğer Görevleri.....	31
3.1.3. Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesinin Konusu Ve Özellikleri	31
3.1.3.1.Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesinin Konusu.....	31
3.1.3.2. Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesinin Özellikleri	32
3.1.3.2.1. Tarafların Birlikte Çalışması Gerekliliği	32
3.1.3.2.2. Çerçeve İlişki ve Güven Borcu.....	33
3.1.3.2.3. Proje Değişiklikleri	34
3.1.3.2.4. Özel Olarak Aydınlatma ve Bilgilendirme Yükümlülüğü	35
3.1.3.2.5. Başlangıçta Destek ve Eğitim	36
3.2. BİLGİSAYAR PROGRAMI İMÂLİ SÖZLEŞMESİNİN HUKUKÎ NİTELİĞİNİN BELİRLENMESİNDE TİP MESELESİ	37
3.2.1. Sözleşmede Tip Meselesi	37
3.2.1.1. Genel Olarak.....	37

Sayfa

3.2.1.2. Sözleşmede Tip Kavramının Özellikleri	38
3.2.1.3. Tipin Açık veya Kapalı Olması	39
3.2.2. Tipik Sözleşme Ve Atipik Sözleşme	41
3.2.2.1. Tipik Sözleşme	41
3.2.2.2. Atipik Sözleşme	42
3.3. ESER SÖZLEŞMESİ VE BİLGİSAYAR PROGRAMI İMÂL SÖZLEŞMESİNİN KANUNDAKİ ESER SÖZLEŞMESİNE UYGUNLUĞU	43
3.3.1. Eser Sözleşmesi Ve Unsurları	43
3.3.1.1. Eser Sözleşmesinin Tanımı	43
3.3.1.2. Eser Sözleşmesinin Unsurları	44
3.3.1.2.1. Eser	44
3.3.1.2.2. Eser Meydana Getirme	48
3.3.1.2.3. Ücret	49
3.3.1.2.4. Taraflar Arasında Anlaşma	49
3.3.2. Bilgisayar Programı İmal Sözleşmesinin Kanundaki Eser Sözleşmesine Uygunluğu	50
3.4. VEKÂLET SÖZLEŞMESİ VE BİLGİSAYAR PROGRAMI İMÂL SÖZLEŞMESİNİN KANUNDAKİ VEKÂLET SÖZLEŞMESİNE UYGUNLUĞU	54
3.4.1. Vekâlet Sözleşmesi Ve Unsurlar	54
3.4.1.1. Vekâlet Sözleşmesinin Tanımı	54
3.4.1.2. Vekâlet Sözleşmesinin Unsurları	54
3.4.1.2.1. İş Görme veya İşlem Yapma	54
3.4.1.2.2. İşin veya İşlemin Başkası Menfaatine Yapılması	55
3.4.1.2.3. Vekilin Edim Sonucundan Sorumlu Olmaması ve Bağımsız Olması	56
3.4.1.2.4. Karşılıklı veya Karşılıksız Olması	56

Sayfa

3.4.1.2.5. Kanunda Düzenlenmemiş Olan İş Görme Sözleşmelerine Vekâlet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Uygulanması	57
3.4.2. Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesinin Kanundaki Vekâlet Sözleşmesine Uygunluğu	58
3.5. BİLGİSAYAR PROGRAMI İMÂL SÖZLEŞMESİNİN KENDİNE ÖZGÜ YAPISI OLAN SÖZLEŞME OLARAK NİTELENDİRİLMESİ	60
3.5.1. Genel Olarak	60
3.5.2. Bigisayar Programı İmâl Sözleşmesinin Karma Sözleşme Olarak Nitelendirilmesi Meselesi	61
3.5.3. Bigisayar Programı İmâl Sözleşmesinin Bileşik Sözleşme Olarak Nitelendirilmesi Meselesi	62
3.5.4. Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesinin Kendine Özgü Yapısı Olan Sözleşme Olarak Nitelendirilmesi	63
4. BİLGİSAYAR PROGRAMI İMAL SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI, TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ	67
4.1. BİLGİSAYAR PROGRAMI İMÂL SÖZLEŞMENİN KURULMASINA İLİŞKİN ÖN HAZIRLIK İŞLEMLERİ	67
4.1.1. Genel Olarak	67
4.1.2. Şartname Hazırlanması	67
4.1.2.1. Şartnamenin Tanımı Ve Önemi	67
4.1.2.2. Şartnamenin Hazırlanmasında Tarafların Rolü	68
4.1.2.2.1. Genel Olarak	68
4.1.2.2.2. Sözleşmenin Kurulmasından Önceki Aşamada Şartnamenin Hazırlanmasında Tarafların Rolü	69
4.1.2.2.3. Sözleşmenin Kurulmasından Sonraki Aşamada Şartnamenin Hazırlanmasında Tarafların Rolü	71
4.1.2.3. Şartname Hazırlanmasının Türk Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi	74
4.1.2.3.1. Sözleşme Kurulmasından Önceki Aşamada Şartnamenin Hazırlanmasının Değerlendirilmesi	74

Sayfa

4.1.2.3.2. Sözleşme Kurulmasından Sonraki Aşamada Şartnamenin Hazırlanmasının Değerlendirilmesi	75
4.2. BİLGİSAYAR PROGRAMI İMÂL SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI VE ŞEKLİ	79
4.2.1. Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesinin Kurulması	79
4.2.1.1. Genel Olarak Sözleşmenin Kurulması	79
4.2.1.2. Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesinin Kurulması	80
4.2.2. Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesinin Şekli	82
4.2.2.1. Genel Olarak Sözleşmelerde Şekil	82
4.2.2.2. Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesinin Şekli	84
4.3. BİLGİSAYAR PROGRAMI İMÂL SÖZLEŞMESİNDE GENEL İŞLEM ŞARTLARI	88
4.3.1. Genel Olarak	88
4.3.2. Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesi Açısından Genel İşlem Şartlarının Unsurlarının Değerlendirilmesi	89
4.3.2.1. Genel Olarak	89
4.3.2.2. Genel İşlem Şartları Önceden ve Tek Yanlı Hazırlanmış Olmalıdır	90
4.3.2.3. Genel İşlem Şartları Birden Fazla Sözleşmede Kullanılmak Amacıyla Hazırlanmış Olmalıdır	91
4.3.2.4. Önceden Hazırlanan Sözleşme Metinlerinin Özdeş Olması Şart Değildir	91
4.3.2.5. Genel İşlem Şartları Genel ve Soyut Nitelikte Olmalıdır	92
4.3.2.6. Genel İşlem Şartları Karşı Tarafa Sunulmalıdır	92
4.3.3. Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesinde Genel İşlem Şartlarının Denetimi	93
4.3.3.1. Genel Olarak	93
4.3.3.2. Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesinde Genel İşlem Şartlarının Yürürlük Denetimi	93
4.3.3.3. Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesinde Genel İşlem Şartlarının Yorum Denetimi	96

Sayfa

4.3.3.4. Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesinde Genel İşlem Şartlarının İçerik Denetimi	97
4.3.3.5. Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesinde Genel İşlem Şartlarını Değiştirme Yasağı.....	98
4.3.4. Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesinde Karşılaşılan Genel İşlem Şartları	99
4.3.4.1. Genel Olarak.....	99
4.3.4.2. Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesinde Uygulamada Karşılaşılan Genel İşlem Şartları	99
4.4. BİLGİSAYAR PROGRAMI İMÂL SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ.....	104
4.4.1. Genel Olarak.....	104
4.4.2. Bilgisayar Programı İmâl Edenin Yükümlülükleri.....	105
4.4.2.1. Genel Olarak.....	105
4.4.2.2. Bilgisayar Programını İmâl Etme ve Teslim Etme Yükümlülüğü.....	105
4.4.2.2.1. Bilgisayar Programını İmâl Etmek.....	105
4.4.2.2.2. Bilgisayar Programını Teslim Etmek.....	107
4.4.2.3. Gerekli Fikî Hakların Devri Yükümlülüğü	107
4.4.2.3.1. Genel Olarak Fikrî Hakların Devri	107
4.4.2.3.2. Mali Hakların Devrine İlişkin Sözleşme.....	108
4.4.2.3.3. Lisans (Ruhsat) Sözleşmesi	109
4.4.2.3.4. Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesinde Fikrî Hakların Devri.....	110
4.4.2.4. Kaynak Kodu Devir Yükümlülüğü.....	114
4.4.2.4.1. Genel Olarak.....	114
4.4.2.4.2. Kaynak Kodun Devrine İlişkin Mahkeme Kararları.....	114
4.4.2.4.3. Kaynak Kodun devrine İlişkin Doktrindeki Görüşler	116
4.4.2.4.4. Değerlendirme ve Şahsî Kanaatimiz	118

Sayfa

4.4.2.5. Bilgisayar Programı İle İlgili Dokümanların Devir Yükümlülüğü	119
4.4.2.6. İmâl Edenin Özen Ve Sadakat Yükümlülüğü	122
4.4.3. İş Sahibinin Yükümlülükleri	125
4.4.3.1. Ücret Ödeme Yükümlülüğü	125
4.4.3.2. İşbirliği Yapma Yükümlülüğü.....	126
5. BİLGİSAYAR PRORAMI İMÂL SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI VE SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ.....	133
5.1. BİLGİSAYAR PROGRAMI İMÂL SÖZLEŞMESİNDE AYIPTAN DOĞAN SORUMLULUK	133
5.1.1. Genel Olarak.....	133
5.1.2. Ayıp Kavramı.....	133
5.1.2.1. Genel Olarak Ayıp Kavramı	133
5.1.2.2. Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesinde Ayıp Kavramı	135
5.1.2.2.1. Genel Olarak.....	135
5.1.2.2.2. Bilgisayar Programında Ayıp Sayılan Durumlar	136
5.1.2.2.2.1. Bilgisayar Programındaki Bir Fonksiyonun Ayıplı Olması	138
5.1.2.2.2.2. Bilgisayar Programındaki Fonksiyon Eksikliği Olması	138
5.1.2.2.2.3. Bilgisayar Programı Uyumsuzluğu Olması	139
5.1.2.2.2.4. Bilgisayar Programında Kapasite Ayıbı Olması	139
5.1.2.2.2.5. Bilgisayar Programının Hızının Yavaş Olması.....	140
5.1.2.2.2.6. Bilgisayar Programının Virüslü Olması	140
5.1.2.2.2.7. Bilgisayar Programında İş Sahibine Yönelik Hizmet Yardıminin Eksikliği Olması	140
5.1.2.2.2.8. Bilgisayar Programı Tasarım Ayıpları Olması.....	141
5.1.3. Bilgisayar Proramı İmâl Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıptan Doğan Hakları	141

Sayfa

5.1.3.1. Genel Olarak.....	141
5.1.3.2. Ayıptan Doğan Hakların Kullanılmasının Şartları	142
5.1.3.2.1. Eser Teslim Edilmiş Olmalıdır	142
5.1.3.2.2. Ayıp İş Sahibinden Kaynaklanmamış Olmalıdır	142
5.1.3.2.3. İş Sahibi Eseri Kabul Etmemiş Olmalıdır	144
5.1.3.2.4. İş Sahibi Eseri Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetlerini Yerine Getirmiş Olmalıdır	146
5.1.3.2.4.1. Genel Olarak	146
5.1.3.2.4.2. Gözden Geçirme (Muayene) Külfeti	147
5.1.3.2.4.3. Bildirim (İhbar) Külfeti	149
5.1.3.3. İş Sahibinin Ayıptan Doğan Hakları	151
5.1.3.3.1. Sözleşmeden Dönme Hakkı	151
5.1.3.3.2. Bedelde İndirim Talep Hakkı.....	153
5.1.3.3.3. Ayıbın Giderilmesini Talep Hakkı.....	156
5.2. BİLGİSAYAR PROGRAMI İMÂL SÖZLEŞMESİNDE ZAPTAN DOĞAN SORUMLULUK	158
5.2.1. Genel Olarak.....	158
5.2.2. Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesinde Eser Sahipliği	160
5.2.2.1. Genel Olarak Eser Sahipliği.....	160
5.2.2.2. Birden Fazla Kişinin Eser Sahipliği	160
5.2.2.3. Bilgisayar Programında Eser Sahipliği.....	161
5.2.3. Bilgisayar Programında Zapt Ve Sorumluluk	166
5.3. BİLGİSAYAR PROGRAMI İMÂL SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ	168
5.3.1. Genel Olarak.....	168
5.3.2. Yaklaşık Bedelin Aşılması Sebebiyle Sona Erme	168
5.3.3. Yükleniciye Bedel ve Tazminat Ödemek Suretiyle Sözleşmeden Dönme	170

	Sayfa
5.3.4. Eserin Yok Olması	172
5.3.5. İş Sahibinden Kaynaklı Bir Sebep İfanın İmkânsızlaşması.....	175
5.3.6. Yüklenicinin Ölümü Veya Yeteneğini Kaybetmesi.....	176
5.3.7. Zamanaşımı	179
SONUÇ	183
KAYNAKLAR.....	187
ÖZGEÇMİŞ	199

KISALTMALAR

AB.	: Avrupa Birliği
ABGB.	: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
AGB.	: Allgemeine Geschaeftsbedingungen
AcP.	: Archiv für die civilistische Praxis
Art.	: Artikel
AÜEHFD.	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD.	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
BATİDER.	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BB.	: Betriebsberater
Bd.	: Band
BGB.	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE.	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgericht
BGH.	: Bundesgerichtshof
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CR.	: Computer und Recht
Çev.	: Çeviren
DB.	: Der Betrieb
DIN.	: Deutsche Institut für Normung
DEÜHFD.	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
BK.	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
EÜHFD.	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GRUR.	: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GÜHFD.	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
FSEK.	: Fikir Sanat Eserleri Kanunu
HD.	: Hukuk Dairesi

HGB.	: Handelsgesetzbuch
HHFD.	: Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
IT.	: Informationstechnologie
ITRB.	: IT-Rechtsberater
İBD.	: İstanbul Barosu Dergisi
İHFM.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JuS.	: Juristische Schulung
K.	: Karar
KG.	: Kammergericht
K&R.	: Kommunikation und Recht
LG.	: Landgericht
md.	: madde
MDR.	: Monatsschrift des deutschen Recht
MMR.	: Multimedia und Recht
N.	: Nummer
NJW.	: Neue Juristische Wochenschrift
NJW –RR.	: Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungsreport
OLG.	: Oberlandesgericht
OR.	: Obligationenrecht
Rn	: Randnummer
S.	: Sayı
s.	: sayfa
SJZ.	: Schweizerische Juristen-Zeitung
T.	: Tarih
TAAD.	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBBD.	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK.	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK.	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK.	: 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu

TTK.	: 6101 sayılı Türk Ticaret Kanunu
v.	: vom/von
vd.	: ve devamı
vs.	: ve saire
WM.	: Wertpapier - Mitteilungen
WIPO.	: World Intellectual Property Organization
Y.	: Yargıtay
YD.	: Yargıtay Dergisi.
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi
ZGB.	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZUM.	: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

1. GİRİŞ

Bilgisayar modern hayatın vazgeçilmez bir parçası; hatta bir zorunluluğudur. Gerçekten de, bilgisayar hızlı bir şekilde hayatımıza girmiştir. Diğer taraftan, günümüzde bilgisayar; endüstri, ticaret, sigortacılık, gazetecilik, tıp, trafik, bilim, ekonomi ve hukuk gibi birçok alanda kullanılmaktadır. Bilgisayarın modern hayatın birçok alanında yoğun bir şekilde kullanılmasının sonucu olarak, beraberinde bu alanla ilgili pek çok hukukî meseleler de ortaya çıkmıştır. Bu alanda, özellikle veri ve veri güvenliğinin sağlanması, meslekî ve ticarî sırların ve kişilik haklarının ihlâli gibi değişik çok mesele ile karşılaşilmektedir. Kayıtların bilgisayar aracılığı ile tutulması, program üzerindeki fikrî haklar, bilgisayar programlarından yararlanabilmek için yapılan sözleşmelerin hukukî kaderi gibi problemler de bu alanda karşılaşılan diğer meselelerdir.

Bilgisayarlar, program bulunmadığı takdirde, bir makine olarak kaldığından, elektronik devre yığınınından öteye gidemeyen cihazlar olurlar. Çünkü bilgisayarın fonksiyonunu yerine getirebilmesi için programlara ihtiyaç vardır. Gerçekten de bilgisayardan, verilen emirlerini yerine getiren, istenen ve beklenen sonuçları ortaya çıkarabilen programlar vasıtasıyla yararlanılabilmektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere, çok geniş bir kullanım alanı olan bilgisayar için, her alanda o sahaya özgü programlar yapılmakta ve iş sahiplerine sunulmaktadır.

Çalışma veya günlük hayatta bilgisayar kullanmak isteyen kişiler veya karşılaştığı problemleri bilgisayar vasıtası ile çözmek isteyenler, daha önceden hazırlanmış standart bilgisayar programlarından yararlanmaktadırlar. Bu programlar, şahsî ihtiyaçlardan ziyade, objektif olarak belirli bir alanda karşılaşılan ve standart olan problemleri çözmektedirler. Bu tür programlar diğer mallar gibi seri halde üretilmekte ve kullanılmaya hazır halde bulunmaktadırlar. İhtiyaçlarını var olan standart bilgisayar programlarından gideremeyen ve meselelerini bu programlarla çözemeyen kişiler, şahsî ihtiyaç ve arzularına uygun programlar imâl ettirebilmektedir. Bu tür programlara, bu çalışmada da ayrıntılı olarak yer verilen “*Ferdî(Şahsî) bilgisayar programı*” denir.

Piyasada hazır bulunan standart bilgisayar programlarından yararlanacak olan kişiler, “*standart bilgisayar programı devri sözleşmesi*¹” ile bunları devralarak

¹ Standart bilgisayar programlarının devri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; Yıldırım, M. F. (1999). *Standart Bilgisayar Program Devri*. İstanbul.

yararlanabilmektedir. Ancak ihtiyaçların her zaman standart bilgisayar programları ile karşılanması mümkün olmayabilir. Böyle bir halde, söz konusu kimseler, problemlerini çözecek ferdî bilgisayar programına almak isterler. Bu sebeple kişiler, ferdî bir programın imâl edilmesi için bilgisayar programı imâl edenle bir sözleşme yaparlar. Bu sözleşmeye kanaatimizce “*bilgisayar programı imâl sözleşmesi*” adı verilir.

Bu çalışmanın konusunu bilgisayar programı imâl sözleşmesi oluşturmaktadır. Söz konusu sözleşme bilgisayar programı sözleşmelerinin çeşitlerinden sadece biridir. Gerçekten de bilgisayar program sözleşmeleri üst başlığı altında bilgisayar programı devir, bakım, geliştirme ve imâl sözleşmeleri gibi birden fazla sözleşme çeşidi yer almaktadır. Bu çalışmada iş sahibinin talepleri doğrultusunda, onun ihtiyaç ve arzularına uygun olarak imâl edilecek bilgisayar programı üzerinde durulmuş, diğer sözleşme çeşitlerine yer verilememiştir.

Bilgisayar programı imâli ülkemizde giderek gelişmekte olan bir alandır. Bu tür programların imâli ülkemizde ekonomik açıdan da büyük bir yer tutmaktadır. Günümüzde hemen hemen her alanda bilgisayar programı imâli yapılmaktadır. Teknolojinin gelişmesi sonucunda modern hayatta kullanılan makineler ve araçlar, mekanik bir yapı yanında elektronik bir yapıya da sahiptir. Bu sebeple, söz konusu makine ve araçların kullanılabilmesi için onlara özgü programlara ihtiyaç vardır. Bilgisayar programı, bilgisayarlar için imâl edildiği gibi, bir motorlu araç için veya fabrikalarda çalışan makineler için de imâl edilmektedir.

Ülkemizde bilgisayar programlarına dair sözleşmeler hukukçular arasında şu an için yeterince ilgi görmemiştir. Bu konuda yapılan çalışma sayısı da belki de bir elin parmaklarını geçmez. Çünkü Türkiye’de genellikle hukukçular tarafından yapılan çalışmalar, bilgisayar programının korunması ile ilgilidir². Tez konusunun seçiminde etkili olan sebeplerden birisi budur.

Bilgisayar programı imâl sözleşmesi, bilgisayar programı imâl ettirmek isteyen kişi ile bilgisayar programını imâl edecek kişi arasında yapılan bir sözleşmedir. Taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde öncelikle söz konusu sözleşmenin hukukî niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir. Bunun yanında

² Aksu, M. (2006). *Bilgisayar Programlarının Fikrî Mülkiyet Hukukunda Korunması*. İstanbul; Ayşe Saadet; Bilgisayar Programlarının Korunması AB. Ve Türkiye, TBBD, S. 3, 1996, s. 308-391; Dalyan, Ş. (2009). *Bilgisayar Programlarının Fikrî Hukukta Korunması*. Ankara. Kaypakoğlu, S. (2004). *Bilgisayar Programlarının Hukukî Korunması*. İstanbul. Topaloğlu, Topaloğlu, M. (1997). *Bilgisayar Programı Üzerindeki Haklar ve Bu Hakların Korunması*. İstanbul; Erel, Ş. (1994). *Fikri Hukukta Bilgisayar Programlarının Korunması*. AÜSBFD, C. 49, S. 1-2, s. 141-164.

tarafların birbirlerine karşı sahip oldukları haklar ve yükümlölükler doğru tespit edilmelidir.

Bilgisayar programı ile ilgili ölkemizdeki çalışmaların çoğunluğu fikrî haklar çerçevesinde yapılmıştır. Buna karşılık tarafların aralarındaki sözleşmede karşılaşacakları Borçlar Hukuku'na ilişkin problemler üzerinde durulmamıştır. Özellikle bir Borçlar Hukuku sözleşmesinde karşılaşlabilecek olan sözleşmenin kurulması, şekli ve tarafların hak ve yükümlölükleri gibi konular bilgisayar programlarını konu alan sözleşmeler açısından yeterince incelenmemiştir. Bu konuda monografik bir eserin hukuk alanında yazılmamış olması da tez konusun seçiminde önemli olan etkenlerden birisidir.

Tezin bir amacı da ileride yapılacak kanun metinlerinin hazırlanmasında, kanun koyucuya yardımcı olmak ve yol göstermektir. Özellikle mukayeseli hukuktaki durum ortaya konularak kanun koyucunun modern bir metin hazırlamasına yardımcı olmak bu tezin amaçları arasındadır.

Bu çalışmada bilgisayar programı imâl sözleşmesinde karşılaşılabilir olan Borçlar Hukuku'na ilişkin problemlere çözümler getirilmeye çalışılmıştır. Özellikle bilgisayar programı imâl sözleşmesinin hukukî niteliği ve tarafların birbirlerine karşı sahip oldukları haklar ve yükümlölükler incelenmiştir.

Bilgisayar programı imâl sözleşmesinin hukukî niteliği incelenirken, vekalet ve eser sözleşmesi ile isimsiz sözleşmeler üzerinde durulmuştur. Bu çerçevede sözleşmede tip kavramı incelenmiştir. Bilgisayar programı imâl sözleşmesini vekalet, eser veya isimsiz sözleşme kabul eden görüşler belirtilerek sözleşmenin hukuki niteliği tespit edilmiştir.

Bilgisayar programı imal sözleşmesinde taraflar hak ve yükümlölükleri incelenirken, özellikle bilgisayar programına özgü karşılaşılabilir problemler üzerinde durulmuştur. Bu çerçevede imâl edenin, bilgisayar programını teslim yükümlölüğünün kapsamı, kaynak kodu devredip devredemeyeceği, programla ilgili dokümanların hangilerinin ve imâl edilen programla birlikte hangi fikrî hakların devredilmesi gerektiği açıklanmıştır. İmâl edenin yükümlölüğü kapsamında, bilgisayar programında karşılaşılabilir ayıplar ve bu ayıplardan imâl edenin hangi hallerde sorumlu olacağı incelenmiştir. Yine bu kapsamda, bilgisayar programın zapt ve imâl edenin zapta karşı tekeffül sorumluluğunun şartları üzerinde durulmuştur. Bu bilgiler ışığında iş sahibinin ayıp ve zapt sebebiyle hangi haklara sahip olacağı açıklanmıştır.

İş sahibinin, imâl edene yükümlülüğü kapsamında ücret borcu ve işbirliği yapma yükümlülüğü incelenmiştir. Özellikle iş sahibinin bilgisayar programı imâl aşamasında sağlaması gereken işbirliğinin hangi kapsamda olacağı ve bu işbirliğini hukukî niteliği tespit edilmiştir.

Bu çalışmanın konusu, “*Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesi*”dir. Söz konusu başlık aynı zamanda çalışmanın sınırlarını da belirlemektedir. Çalışmanın amacı program imâl ettirmek isteyen kişi ile imâl edecek kişi arasındaki sözleşmenin hukukî niteliğini ve tarafların yükümlülüklerinin neler olabileceğini Borçlar Hukuku sınırları çerçevesinde belirlemektir. Bununla birlikte, taraflar arasındaki hukukî ilişkiden doğan meseleler tespit edilmiş ve bunların çözüm yolları araştırılmıştır. Özellikle bilgisayar programı imâl sözleşmesinin Borçlar Hukuku sözleşmeleri içerisindeki yeri tespit edilmeye çalışılmıştır.

Bu çalışmada, bilgisayar programı imâl eden ile kendi ihtiyaç ve arzuları doğrultusunda bilgisayar programı imâl ettirmek isteyen iş sahibi arasındaki sözleşme ilişkisi incelenmiştir. Bilgisayar programı ile ilgili yapılan diğer sözleşmeler, meselâ bilgisayar programı devri sözleşmesi veya bakım sözleşmesi gibi sözleşmeler çalışmanın dışında tutulmuştur. Çünkü bu sözleşmelerin her biri ayrı bir çalışmanın konusu olacak kapsamdadır. Bu sebeple konu ile ilgili bütün sözleşmelerin ele alınıp incelenmesi hem tez boyutunu aşar, hem de amacın dışına çıkılmasına yol açar. Bununla birlikte, konunun daha iyi anlaşılabilmesi için yeri geldikçe ilgili sözleşmelere gerektiği kadar yer verilmiştir.

Bilgisayar programı, fikrî haklara ilişkin düzenlemelere de konu olmaktadır. Ancak, Borçlar Hukuku sınırlarını aşmamak için, bu çalışmada bilgisayar programının fikrî haklara ilişkin hükümlerle korunması konusuna ve fikrî haklara ilişkin sözleşmelere yer verilmemiştir. Bununla birlikte, fikrî haklarla ilgili hükümlerin bilgisayar programı imâl sözleşmesi açısından önem arz edenleri de bu incelemede dikkate alınmıştır. Sözleşmenin hukukî niteliği ile tarafların hak ve yükümlülükleri konuları bu hükümler dikkate alınarak değerlendirilmiştir.

İncelememiz bir giriş, üç bölüm ve sonuçtan meydana gelmektedir. Çalışmanın giriş bölümünde konu hakkında genel bilgiler verilmiştir. Bu çerçevede bilgisayar, bilgisayar programı ve bilgisayar programı sözleşmeleri kavramlarına yer verilmiştir. Birinci bölümünde; sözleşmelerde tip meselesi ve bu çerçevede bilgisayar program imâl sözleşmesinin hukukî niteliği ve bilgisayar programının imâli incelenmiştir. İkinci bölümde ise bilgisayar programı imâli sözleşmesinin

kurulması, genel işlem şartlarının bilgisayar programı imâli sözleşmesi açısından değerlendirilmesi üzerinde durulmuştur. İkinci bölümde ayrıca tarafların hak ve yükümlülükleri ele alınmıştır. Üçüncü bölümde ise, bilgisayar programı imal sözleşmesinin hüküm ve sonuçları araştırılmıştır. Burada bilgisayar programı imal sözleşmesinde ayıba ve zapta karşı tekeffülün özellikleri, sözleşmeyi sona erdiren sebepler ve zamanaşımına yer verilmiştir.

Çalışma sırasında varılan kanaatler, topluca “sonuç” kısmında yer almaktadır.

2. KONU İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR

2.1. BİLGİSAYAR PROGRAMI KAVRAMI

2.1.1. Bilgisayar Programının Tanımı

Bilgisayar, donanım (hardware) ve program (yazılım/software) olmak üzere iki unsurdan oluşmaktadır. Donanım kısmı, bilgisayarın fizikî yapısını ifade etmektedir. Donanım, işlemci, ana kart, bellek ve ekran kartı gibi elektronik aksamalardan oluşmaktadır. Program ise insan ile bilgisayar arasındaki iletişimi sağlamaktadır. Program, problemlerin çözülmesi veya belirli işlemlerin geliştirilmesi gibi çıkış değerlerinin elde edilebilmesi için bilgisayara iletilen komutlar dizisidir³.

Gündelik hayatta “yazılım” olarak da isimlendirilen bilgisayar programları, bilgisayarın ruhu gibidir. Çünkü bilgisayar, program olmaksızın bir makine yığınının başka bir şey değildir⁴. Bilgisayar programı kavramı için İngilizce “software” kavramı kullanılmaktadır. Ancak bazı yazarlar “bilgisayar programı” ve “software” kavramlarının farklı olduğunu ileri sürmektedir. Bu yazarlara göre; “software” kavramı, bilgisayar programı kavramını da içine alan üst bir kavramdır⁵. “Software” kavramı, bilgisayar programı yanında, kullanım kılâvuzu, bakım kitabı veya programın yazılımı gibi bilgisayar programına eşlik eden diğer unsurları da kapsamaktadır⁶. Buna göre “software” kavramı geniş anlamda bilgisayar programı tanımını karşılamaktadır. Dar anlamda bilgisayar programı ise makine tarafından okunabilen, bir bilgi işlem sisteminin belirli bir fonksiyonu yerine getirmesini veya belirli bir görevi ifa etmesini ya da belirli bir sonucu göstermesini sağlayan komutlar bütünü olarak tanımlanmaktadır⁷. WIPO’nun dar anlamda bilgisayar

³ Vatansever, F. (2011). *Algoritma Geliştirme ve Programlamaya Giriş*. Ankara, s. 15.

⁴ Yıldırım, 1999, 8.

⁵ Dalyan, Ş. (2009). Bilgisayar Programlarının Fikrî Hukukta Korunması. Ankara, s. 25; Aksu, M. (2006). *Bilgisayar Programlarının Fikrî Mülkiyet Hukukunda Korunması*. İstanbul, s. 43; Yıldırım, 1999, 8; Kinderman, M. (1982). Was ist Computer-Software. ZUM, s. 2.

⁶ Thewalt, 2004, S. (2004). *Der Softwareerstellungvertrag nach der Schuldrechtsreform*. München. 35; Karger, M. (2001). Rechtseinräumung bei Software-Erstellung. CR, s. 357; Yıldırım, 1999, 8; Aksu, 2006, 43-44; Kinderman, 1982, 2.

⁷ Erişgin, N. (1999). Standart Yazılım Devrini Amaçlayan Sözleşmelerde Edimin Konusu Olarak Bilgisayar Programı. AÜHFD, C. 48, S. 1-4, s. 214-215; Aksu, 2006, 44; Yıldırım, 1999, 8-9, Thewalt, 2004, 35.

programı tanımı aynıdır⁸. Bununla birlikte, WIPO dar anlamda bilgisayar programı yanında, program yordamı (Programbeschreibung) ve ekli belgeler (Begleitmaterial) kavramlarını, “software” kavramı kapsamında değerlendirmektedir. Program yordamı; programa uygun olan komutların, sonucunu tespit etmek için dille, şema ile veya başka bir biçimde belirli bir prosedürde yapılmasıdır⁹. Ekli belgeler ise bilgisayar programı ve program yordamı dışındaki, bir bilgisayar programının anlaşılabilmesi ve uygulanabilmesi için gerekli olan belgelerin tamamıdır¹⁰.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 1/B maddesinde bilgisayar programı, *“bir bilgisayar sisteminin özel bir işlem veya görev yapmasını sağlayacak bir şekilde düzene konulmuş bilgisayar emir dizgesini ve bu emir dizgesinin oluşum ve gelişimini sağlayacak hazırlık çalışmaları”* olarak tanımlanmıştır.

2.1.2. Bilgisayar Programının Unsurları

2.1.2.1. Program Akışı

Program imâl edecek olan, programı yazmaya başlamadan önce, programla çözülecek problemi tespit eder. Bu problem çerçevesinde hangi verilerin bulunduğunu ve bu problem için nasıl bir çözüm yolu gerektiğini belirler. Daha sonra elde ettiği verileri belirli bir mantık çerçevesinde sıralayarak bir taslak oluşturur. Bu taslakta, programın fonksiyonunu ne şekilde yerine getireceğini genel olarak belirleyen işlem basamakları bulunmaktadır. Program akışı, verilerin işlem basamaklarının mantıklı bir dizi şeklinde birbirine bağlanmasıdır¹¹.

Program akışı, program imâl edecek olanların program kodu yazmasında büyük kolaylık sağlamaktadır. Bu yönüyle program akışı, inşaata başlamadan önce mimarlar tarafından hazırlanan projelere benzetilmektedir. Bir programın

⁸ Eroğlu, S. (2000). *Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması*. İstanbul, s. 2; Krause, J. D. (1991). *Der Software-Erstellungsvertrag*. München, s. 6; Kaypakoğlu, S. (2004). *Bilgisayar Programlarının Hukukî Korunması*. İstanbul, s. 4; Bartsch, M. (1992). Softwareüberlassung-was ist das? *CR*, s. 393; Aksu, 2006, 44; Dalyan, 2009, 25-26; Yıldırım, 1999, 9; Thewalt, 2004, 35.

⁹ Aksu, 2006, 48; Krause, 1991, 6; Yıldırım, 1999, 9.

¹⁰ Krause, 1991, 6-7; Aksu, 2006, 48-49; Yıldırım, 1999, 9.

¹¹ Topaloğlu, 1997, 24; Topaloğlu, M. (2005). *Bilişim Hukuku*. Adana, s. 5; Eroğlu, 2000, 2; Dalyan, 2009, 29;

amaç ve fonksiyonunun, başka bir ifade ile fikrinin ne olduğu program akışından anlaşılmaktadır¹².

2.1.2.2. Algoritma

Algoritma kelimesi, IX. Yüzyılda yaşamış olan ünlü Türk bilgini matematikçi “Ebu Cafer Muhammed bin Musa El - Harezmi”nin isminin kısaltılmasından türetilmiştir. Algortima kelimesinin matetmatikte kullanılan “logaritma” kavramı ile bir ilgisi yoktur. El – Harezmi kelimesinden esinlenerek İngilizce’de “algorithm” denilmiştir¹³.

Algoritma, bilgisayar programı ile yapılması istenen işlemlerim adım adım ortaya konmasıdır¹⁴. Algoritma, çözüm yolu aranan problemin hangi adımında hangi işlemlerin yapılacağıının bir yemek tarifinde olduğu gibi yazıya dökülmüş şeklidir¹⁵. Başka bir deyişle, algoritma, problemlerin çözülebilmesi veya kontrollerin gerçekleştirebilmesi gibi işlemleri yaptırabilmek için bilgisayara iletilen işlem basamaklarıdır¹⁶. Algoritmada her adımda giriş ve çıkış bilgileri, bölme, çarpma, aktarma, test ve benzeri işlemler yer almalıdır. Algoritma anlatımında kullanılan ifadelerin kolay, anlaşılabilir ve benzer konularda geçerli olmasına dikkat edilmelidir¹⁷. Algoritmanın özel geometrik şekillerle çizilmiş haline akış diyagramı denir¹⁸.

Program akışı ile algoritma karşılaştırıldığında, program akışında, bir programın adımları genel olarak bir liste halinde sıralanmaktadır. Bu adımların nasıl yerine getirileceği ayrıntılı olarak belirtilmemektedir. Program akışı, programlama sürecinin ilk basamağıdır. Algoritmada ise bir programın işletilebilmesi için tüm ayrıntılara yer verilmektedir¹⁹. Doktrinde program akışı ve algoritma ayrımında şöyle bir kriter ileri sürülmüştür: Bir metodun amacı bilgisayarla ilgili bir işlemi yönlendirmek ise bu metot algoritma olarak değerlendirilmelidir. Şayet söz konusu metodun amacı bir veya sınırlı sayıda

¹² Dalyan, 2009, 30; Topaloğlu, 1997, 24; Topaloğlu, 2005, 6; Aksu, 2006, 51.

¹³ Topaloğlu, 2005, 6-7.

¹⁴ Vatansever, 2011, 37; Dalyan, 2009, 30; Topaloğlu, 1997, 25; Topaloğlu, 2005, 7.

¹⁵ Aksu, 2006, 51-52; Dalyan, 2009, 30; Topaloğlu, 1997, 25; Topaloğlu, 2005, 7.

¹⁶ Çobanoğlu, B. (2009). *Algoritma Geliştirme ve Veri Yapıları*. İstanbul, s. 22; Vatansever, 2011, 37.

¹⁷ Topaloğlu, 1997, 25; Topaloğlu, 2005, 7; Çobanoğlu, 2009, 22.

¹⁸ Vatansever, 2011, 37.

¹⁹ Dalyan, 2009, 30; Topaloğlu, 1997, 25; Topaloğlu, 2005, 7.

uygulamayı birbirine bağlamak ise bu metot program akışı olarak değerlendirilmelidir²⁰.

2.1.2.3. Kaynak Kodu ve Nesne Kodu

Program akışı ve algoritma hazırlandıktan sonra programın kaynak kodunun yazılması aşamasına geçilmektedir. Kaynak kodunun yazılması, program yazılmasının edebî kısmıdır. Kaynak kodu yazılırken genellikle yüksek seviyeli bir programlama dili kullanılmaktadır. Bu programlama dilinin çözülecek problemin yapısına uygun olması gerekmektedir²¹. Kaynak kod, insanlar tarafından okunabilir, yazdırılabilir ve üzerinde değişiklik yapılabilir. Programın kaynak kod şeklinde yazılmış hali bilgisayar tarafından anlaşılamaz ve çalıştırılmaz. Bu sebeple, kaynak kodun bilgisayarın anlayabileceği şekle dönüştürülmesi gerekmektedir. Bu amaçla kaynak kod derleyici ve yorumlayıcılar kullanılarak “0” ve “1” lerden oluşan makine diline dönüştürülmektedir. Kaynak kodun bu değiştirilmiş haline “*objektif kod*” ya da “*nesne kodu*” denir²².

Nesne kodu insanlar tarafından kolay anlaşılamaz. Bu sebeple programla ilgili gizli bilgiler ve teknikler nesne kodun içinde yer almaktadır. Bu gizli bilgi ve teknikler ancak nesne kodunun ters bir işlemle kaynak koduna çevrilmesiyle öğrenilebilmektedir. Bu yüzden programlar nesne kodu şeklinde piyasaya sürülmektedir²³.

Bir programdaki hataların giderilmesi veya programın geliştirilebilmesi, bu programın kolayca okunabilir nitelikte olmasına bağlıdır. Bu sebeple bir programın istenilen fonksiyonu yerine getirmesi yanında, kolay okunabilir olması da önemlidir²⁴.

²⁰ Dalyan, 2009, 30-31; Topaloğlu, 1997, 25; Topaloğlu, 2005, 7-8.

²¹ Kaypakoğlu, 2004, 5; Eroğlu, 2000, 3; Topaloğlu, 1997, 25-26; Topaloğlu, 2005, 8.

²² Arıkan, A. S. (1996). Bilgisayar Programlarının Korunması AB. Ve Türkiye, *TBBD*, S. 3, s. 325-326; Aksu, 2006, 47-48; Kaypakoğlu, 2004, 4-5; Dalyan, 2009, 32; Eroğlu, 2000, 3; Topaloğlu, 1997, 26; Topaloğlu, 2005, 8-9.

²³ Dalyan, 2009, 32; Aksu, 2006, 48; Topaloğlu, 1997, 26; Topaloğlu, 2005, 9.

²⁴ Topaloğlu, 1997, 25; Topaloğlu, 2005, 8.

2.1.2.4. Arayüzler

Arayüz, bir işlemin bilgisayar tarafından yerine getirilebilmesi için bilgisayar sistemindeki, makine, programlar ve iş sahibi arasındaki fizikî ve mantıkî bağlantıyı kuran ve bunların birlikte çalışmasını sağlayan unsurdur²⁵. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 1/B maddesinde arayüz, "bilgisayarın donanım ve yazılım unsurları arasında karşılıklı etkilenme ve bağlantıyı oluşturan program bölümleri" olarak tanımlanmaktadır. Bilgisayarın fonksiyonunu yerine getirilebilmesi için, program, donanım, iş sahibi ve diğer unsurların birlikte çalışması ve iyi bir iletişim içinde olması gerekmektedir. Arayüzler, bu unsurların birlikte çalışabilmesi için gerekli bağlantı ve etkileşimi sağlamaktadır. Arayüzler de birer programdırlar, ancak görevleri sadece bağlantı ve etkileşimi sağlamaktır²⁶.

Arayüzler, program arayüzü ve iş sahibi arayüzü olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Program arayüzü, bilgisayarın ana birimi ile yazıcı, disk veya modem gibi yan birimlerle bağlantısını sağlayan elektronik aksamdır²⁷. İş sahibi arayüzü ise iş sahibi ile bilgisayar arasındaki iletişimi sağlayan unsurdur²⁸. İş sahibi arayüzü, iş sahibine komutlar verip çıktılar almasını ve bilgisayara da bu komutlar doğrultusunda işlem yapmasını sağlayan program bölümleridir²⁹.

İş sahibi arayüzü biri fonksiyonel, diğeri görmeye ve duymaya dayalı olmak üzere iki unsurdan oluşmaktadır. Fonksiyonel unsur, iş sahibinin klavyede belirli bir tuşa ya da tuşlara bastığında özel bir fonksiyonu yerine getirmesidir. Meselâ, tıklama yaparak bilgisayarın resim ya da grafik çizmesini sağlamaktır. Görmeye ve duymaya dayalı unsur ise iş sahibinin hiçbir müdahalesi olmaksızın ekranda görülebilen şeylerdir³⁰.

2.1.3. Bilgisayar Programının Çeşitleri

Günlük hayatta kullanılmakta olan birçok bilgisayar programı çeşidi bulunmaktadır. Ancak konunun kapsamı itibarıyla sadece işletim sistemi programı ve uygulama programı ayrımı ile standart program ve ferdî program ayrımı

²⁵ Dalyan, 2009, 32-33.

²⁶ Arıkan, 1996, 330; Kaypakoğlu, 2004, 7; Yıldırım, 1999, 32.

²⁷ Arıkan, 1996, 331; Dalyan, 2009, 33.

²⁸ Topaloğlu, 1997, 26; Topaloğlu, 2005, 9; Dalyan, 2009, 33.

²⁹ Arıkan, 1996, 330; Dalyan, 2009, 33.

³⁰ Topaloğlu, 1997, 26; Topaloğlu, 2005, 9-10.

üzerinde durulmuştur. Bununla birlikte, bilgisayar programının bir başka çeşidi olan çevirici programlar hakkında da açıklamalar yapılmıştır.

2.1.3.1. İşletim Sistemi Programı ve Uygulama Programı

Bilgisayar programı, temelde uygulama programları ve işletim sistemi programı olarak ikiye ayrılmaktadır.

İşletim sistemi programı, bilgisayarın işletilmesini sağlayan sistem programlarından oluşmaktadır. İşletim sistemi programı hizmet programları, organizasyon programları ve denetim programları olmak üzere üç programdan oluşmaktadır. Hizmet programları, bilgisayarın fonksiyonunu yerine getirmesini, meselâ, bilgileri seçmesini veya bazı bilgilerin bir bilgi taşıyıcısından diğer bir bilgi taşıyıcısına devredilmesini sağlayan bir programdır. Organizasyon programları ise farklı bölümlerin makinede birleşmesini sağlayan ve bilgisayarın yönetimini kapsayan programlardır. Denetim programları ise bütün bilgisayarın merkezi yönetimini gerçekleştiren programlardır³¹.

İşletim sistemi programı bir bilgisayarın işletilebilmesi için, yani fonksiyonunu yerine getirebilmesi için gereklidir. İşletim sistemi programı olmadan bilgisayar çalıştırılmaz. İşletim sistemi programı verilen görevlere özel çözümler sunmaz. Bu programlar bilgisayar donanımına daima bağlı olmakla birlikte, hukukî kaderleri de bilgisayarın donanımına bağlıdır. İşletim sistemi programları standart bilgisayar programı şeklinde bulunurlar³².

Uygulama programı, bilgisayar kullanıcısının özel ihtiyaçlarına hizmet eden programlardır. Uygulama programı, işletmeye özgü, teknik veya bilimle ilgili görevleri yerine getirmektedir³³.

İşletim sistemi programı, bilgisayarın donanımının tekniğinden kaynaklanan problemleri çözmek için kullanılmaktadır. Uygulama programları ise donanım, diğer bir deyişle makine dışında kalan problemlerin çözümünde kullanılmaktadır³⁴.

³¹ Slongo, 1991, D.(1991). *Der Softwareerstellungvertrag*. Zürich, s. 4-5; Yıldırım, 1999, 12-13.

³² Arıkan, 1996, 320; Yıldırım, 1999, 13; Kaypakoğlu, 2004, 6; Eroğlu, 2000, 4; Aksu, 2006, 49; Thewalt, 2004,3; Slongo, 1991, 5; Dalyan, 2009, 35; Topaloğlu, 1997, 28; Topaloğlu, 2005, 12; Erişgin, 1999, 215-216.

³³ Thewalt, 2004,3; Slongo, 1991, 4; Kaypakoğlu, 2004, 8; Aksu, 2006, 49; Eroğlu, 2000, 4; Dalyan, 2009, 37; Topaloğlu, 1997, 30; Topaloğlu, 2005, 14; Erişgin, 1999, 216.

³⁴ Yıldırım, 1999, 13.

2.1.3.2. Standart Programlar ve Ferdî(Şahsî) Programlar

Ferdî bilgisayar programı, iş sahibinin kendine özgü ihtiyaçları ve özel menfaatleri için üretilmektedir³⁵. Her duruma özgü ve özel olarak gelen talimatlara uygun çözümler bulmaya çalışmaktadır³⁶. Ferdî bilgisayar programı tamamen yeniden yapılabileceği gibi var olan bir standart programın devam ettirilmesi, geliştirilmesi, tamamlanması veya iyileştirilmesi şeklinde de teşekkül edebilmektedir³⁷.

Standart bilgisayar programı ise soyut ve standartlaştırılmış görevleri yerine getiren bilgisayar programlarıdır. Standart bilgisayar programlarının, program mantığı ve işleyişi önceden belirlenmiştir. Bu tür programlar sipariş veren bir kişi için değil, aksine muhtemel veya gerçekte var olan piyasa ihtiyaçları için üretilmektedir³⁸. Standart bilgisayar programları, geniş bir kullanıcı kitlesinin aynı veya benzer ihtiyaçlarına hizmet etmektedir. Bir işletme ile ilgili standartlaşmış problemleri çözmektedir³⁹. Bazı durumlarda standart bilgisayar programlarının, işletmelerin kendine özgü özellikleri sebebiyle, uyarlanarak işletmenin ihtiyaçlarına cevap verir hale getirilmesi gerekmektedir. Bu durumda standart ve ferdî bilgisayar programı karışımı bir program söz konusu olmaktadır⁴⁰.

2.1.3.3. Çevirici Programlar

Bilgisayarlar, yukarıda da ifade edildiği üzere nesne kodu şeklinde yazılmış olan programları anlayabilmektedirler. Ancak programlar kaynak kodu şekline yazılmaktadırlar. Kaynak kodu şeklinde hazırlanan programları, bilgisayarın anlayacağı şekle yani nesne koduna dönüştüren programlara çevirici programlar denir. Bu programlar farklı dili konuşan iki kişi arasındaki bir tercüman gibi görev yapmaktadırlar⁴¹.

³⁵ Kaypakoğlu, 2004, 9; Eroğlu, 2000, 5; Kath, P. (2006). *Softwareentwicklungsvertraege*. Giessen, s. 6; Aksu, 2006, 50; Thewalt, 2004,3; Slongo, 1991, 5; Yıldırım, 1999, 13; Erişgin, 1999, 216.

³⁶ Kath, 2006, 6.

³⁷ Thewalt, 2004,4.

³⁸ Kaypakoğlu, 2004, 9; Kath, 2006, 6; Yıldırım, 1999, 13; Erişgin, 1999, 216.

³⁹ Erişgin, 1999, 216; Yıldırım, 1999, 13; Aksu, 2006, 50; Eroğlu, 2000, 5; Thewalt, 2004,3; Slongo, 1991, 5; Kaypakoğlu, 2004, 9-10.

⁴⁰ Slongo, 1991, 5.

⁴¹ Arıkan, 1996, 323; Eroğlu, 2000, 4; Dalyan, 2009, 36; Topaloğlu, 1997, 29; Topaloğlu, 2005, 12-13.

Çevirici programlar, yorumlayıcılar ve derleyiciler olmak üzere ikiye ayrılırlar. Yorumlayıcılar, kaynak kodu halinde yazılmış olan program çalıştırıldığında, kaynak kodunun bütününe ele almazlar. Gelen komutları tek tek ele alır, yorumlar, makine diline dönüştürür ve bilgisayar mikro işlemcisine iletirler. Mikro işlemcinin komutu yerine getirmesini bekler, daha sonra bir sonraki komutu ele alırlar. Derleyiciler ise kaynak kodu şeklinde yazılmış olan programı bir bütün olarak ele alır ve makine diline başka bir ifade ile nesne koduna dönüştürürler⁴².

2.2. BİLGİSAYAR PROGRAMININ HUKUKÎ NİTELİĞİ

2.2.1. Bilgisayar Programını Eşya Olarak Kabul Eden Görüş

Bilgisayar programının hukukî niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bu konuda değişik görüşler ileri sürülmüştür. Alman Federal Mahkemesi ve doktrindeki bazı yazarlar bilgisayar programını eşya olarak kabul etmektedir. Bundan dolayı bu görüş sahipleri, Alman Medenî Kanunu'nda yapılan reformdan sonra, önceleri eser teslim sözleşmesi olarak kabul edilen bilgisayar programı imâl sözleşmesine satım sözleşmesi hükümlerinin (BGB. § 651) uygulanmasının gerektiğini savunmaktadırlar⁴³.

Bilgisayar programını eşya olarak kabul edenlere göre; bilgisayar programı ancak maddî bir nitelik kazandığında, başka bir deyişle cismanileştiği zaman fonksiyonunu yerine getirebilmektedir. Bu sebeple, fikrî ürünlerin somutlaştırılıp taşındığı transfer araçlarının hukuken önemsiz olduğunu kabul etmek yanlıştır⁴⁴. Bu görüşe göre⁴⁵; bilgisayar programı imâl edildikten sonra işlem hayatına çıkabilmesi, ekonomik bir değerinin oluşabilmesi ve kullanıcının bilgisayar programından yararlanabilmesi için herhangi bir veri taşıyıcısı üzerine yerleştirilmesi gerekmektedir⁴⁶. Kullanıcı bakımından bilgisayar programının işe

⁴² Dalyan, 2009, 36; Topaloğlu, 1997, 29; Topaloğlu, 2005, 13.

⁴³ Kotthoff, J. (2002). Softwareerstellungs-Verträge nach der Schuldrechtsmodernisierung. *K&R*, s.105.

⁴⁴ Bydlinski, P. (1998). Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter: zeitlos oder anpassungsbedürftig? *AcP*, s. 305-306; Marly, J. (2006). *Softwareüberlassungsverträge*. München, Rn. 96; König, M. M. (1989). Die Qualifizierung von Computerprogrammen als Sachen i. S. Des §90 BGB. *NJW*, s. 2604; Thewalt, 2004, 44.

⁴⁵ Taeger, J. (1996). Produkt- und Produzentenhaftung bei Schäden durch fehlerhafte Computerprogramme. *CR*, s. 261; Marly, J. (1991). Die Qualifizierung der Computerprogramme als Sache nach §90 BGB. *BB*, s. 433; Marly, 2006, Rn. 39; König, 1989, 2605.

⁴⁶ BGH v. 15.11.2006 - XII ZR 120/04, MMR 2007, 243.

yarar olabilmesi için veri taşıyıcısının onun hâkimiyet alanına sokulmuş olması gerekmektedir. Kullanıcının bilgisayar programından ve veri taşıyıcısından kaynaklı iki farklı menfaatinden söz etmek mümkün değildir. Aksine kullanıcı bilgisayar programı ve veri taşıyıcısının oluşturduğu bütün üzerinde tek bir menfaati vardır.

Başka bir görüşe göre⁴⁷; bilgisayar programı bir veri taşıyıcısı ile teslim edilmiş veya veri taşıyıcısı olmaksızın doğrudan iş sahibinin bilgisayarına kaydedilmiş olsun, yine de sözleşmenin konusu bir eşyanın devridir. Çünkü eşya olma unsurlarından biri olan üzerinde hâkimiyet kurulabilirlik unsuru mevcuttur. Ancak burada klâsik anlamda bir hâkimiyet değil, iş sahibinin bilgisayarına kaydedilmekle oluşan teknik bir hâkimiyet söz konusu olmaktadır.

Bir yazara göre; fikrî bir edim olarak veya programlama yapanın Know-how'u olarak problemin çözümü, gerçek bir bilgisayar işleyişi değil, bunun aksine imâl edilen somut bilgisayar programıdır. Know-how sahibi Know-how'unu herhangi bir yere sabitlemeden veya kaydetmeden de kullanabilmektedir⁴⁸. Buna karşılık, bilgisayar programı ancak maddî bir biçim kazandığı zaman fonksiyonunu yerine getirebilmektedir⁴⁹. Bu fikre göre; her ne kadar aletler arasındaki bilgi aktarımı maddî nitelikte yani gözle görülür şekilde olmasa da, bu bilgilerin kaydedilebilmesi için maddîleşmesi gerekmektedir. Bu sebeple, programın devri ile veri taşıyıcısının devri eşit niteliktedir⁵⁰.

Başka bir görüş bilgisayar programını, kitapla eşit tutmuştur ve şunları ileri sürmüştür: Bilgisayar programını da, kitabı da devralanın amacı bilgi edinmek ve bu bilgiye her zaman başvurabilmektir. Bu da ancak bunların maddîleştirilmesi ile gerçekleştirilebilmektedir. Elde edilen bilgiye her zaman başvurabilmek, okuyucu için ne kadar önemli ise bilgisayar programı da, iş sahibi açısından o kadar önemlidir⁵¹.

Bilgisayar programını eşya kabul eden görüşü savunan bazı yazarlar⁵², programın devrini bir videonun veya kitabın devrine benzetmektedirler. Söz

⁴⁷ Martinek, 1993, M. (1993). *Moderne Vertragstypen*. Band III. München, s. 16; Marly, 1991, 435; Taeger, 1996, 261; Bartsch, 1992, 396.

⁴⁸ König, M. M. (1991). *Das Computerprogramm im Recht*. Köln, Rn. 306.

⁴⁹ Marly, 2006, Rn. 96.

⁵⁰ Marly, 2006, Rn. 102.

⁵¹ Marly, 2006, Rn. 97; Thewalt, 2004, 45.

⁵² König, M. M. (1993). Software(Computerprogramme) als Sache und deren Erwerb als Sachkauf. *NJW*, s. 3122; Redeker, H. (1992). Wer ist Eigentümer von Goethes Werther? *NJW*, s. 1739; Martinek, 1993, 13.

konusu yazarlara göre; bir eserden yararlanabilmek için, içerdiği fikrî ürünün bir video veya kitapta somutlaştırılıp çoğaltılması gerekmektedir. Bunun gibi programdan da yararlanabilmek için bir veri taşıyıcısına yerleştirilmesi gerekmektedir. Burada orijinal eser değil, bir veri taşıyıcısına yerleştirilmiş, çoğaltılmış nüshalar devredilmektedir. Bu fikri savunanlar, programı fikrî ürün ya da gayri maddî mal sayanları, fikir ve sanat eserleri hukuku tarafından korunan fikrî ürün ile bunun çoğaltılmış nüshaları arasında ayrımı yapmadıkları gerekçesiyle eleştirmektedirler.

Bilgisayar programını eşya olarak kabul edenler, görüşlerini Alman Federal Mahkemesinin 1987 tarihli bir kararına dayandırmaktadırlar. Söz konusu kararda⁵³; Mahkeme, sözleşmenin konusunun, içinde maddîleştirdiği programla birlikte veri taşıyıcısı olduğunu, bu sebeple de program devrinin bir şey devrinde olduğu gibi, şey satımına ilişkin hükümlere tabi tutulması gerektiğini hükme bağlamıştır. Alman Federal Mahkemesi, veri taşıyıcısı olmadan, doğrudan program aktarımının olduğu durumda da aynı bu karara yakın bir görüş savunmuştur.

Alman Federal Mahkemesi 1987 yılında verdiği kararında; bilgisayar programını taşıyıcısı ile birlikte değerlendirmiş ve açık bir nitelendirme yapmadan eşya olarak kabul etmiştir. Özellikle bilgisayar programı ayıplarını eşyaya ilişkin ayıp olarak kabul etmiştir. Taşıyıcı içindeki bilgisayar programının hatalarını, araç ve gereçlerin yapısı ile ilgili ortaya çıkan hatalara benzetmiştir⁵⁴. Alman Federal Mahkemesi programın neden eşya niteliğinde olduğunu gerekçelendirmeden, sadece ayıba ilişkin hükümlerden hareketle bilgisayar programını eşya olarak kabul etmiştir. Mahkeme bu kararında “*en azından daha uygun (zumindest entsprechend)*” kriterini dikkate alarak bilgisayar programına ilişkin ayıpları, eşyaya ilişkin ayıp olarak değerlendirmiştir⁵⁵. Alman Federal Mahkemesi daha sonraki bir kararında ayıp hükümlerini de dikkate almadan içinde program bulunan taşıyıcıyı, maddî anlamda eşya olarak kabul etmiştir⁵⁶. Alman Federal Mahkemesi, sonraki bir kararında yeniden “*en azından daha uygun*” kriterini esas almıştır⁵⁷. Standart bilgisayar programını taşınır bir eşya olarak kabul eden başka bir kararda; mahkeme, standart bilgisayar programının alıcının veya sipariş verenin isteklerine

⁵³ König, M. M. (1990). Zur Sacheigenschaft von Computerprogrammen und deren Überlassung. NJW, s. 1584; König, 1993, 3121; Martinek, 1993, 12.

⁵⁴ BGH v. 04.11.1987, VIII ZR 314/86, NJW, 1988, 406

⁵⁵ Thewalt, 2004,39.

⁵⁶ BGH v. 18.10.1989- VIII ZR 325/88, CR, 1990, 24.

⁵⁷ BGH v. 07.03.1990- VIII ZR 56/89, CR, 1990, 707.

göre uyarlanmasına da satım veya eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağına hükmetmiştir⁵⁸. Daha sonra Federal Mahkeme herhengi bir sebep veya kriter belirtmeden, standart bilgisayar programının edinimine ilişkin sözleşmeyi satım sözleşmesi olarak kabul etmiştir⁵⁹. Federal Mahkeme, sonraki tarihli başka bir kararında ise, yeniden “*en azından daha uygun*” kriterini esas almıştır. Bununla birlikte Alman Medenî Kanunu’nun § 433 ve § 459 hükümleri ile Alman Ticaret Kanunu’nun § 377 hükmünün uygulanabileceğini kabul etmiştir⁶⁰.

Alman Federal Mahkemesi başka bir kararında, programlama ile ilgili bir alacak davasında programlama ediminin Alman Ticaret Kanunu’nun § 381/II hükmü anlamında bir eşya olup olmadığı incelenmiştir⁶¹. Doktrindeki bir görüş tarafından, bu karar esas alınarak ferdî bir bilgisayar programı imâli ediminin sadece eser sözleşmesine veya hizmet sözleşmesine konu olabileceği sonucu çıkarılmıştır⁶².

Alman Federal Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararlarında bilgisayar programının bir eşya olduğu doğrudan hükme bağlanmamış ve karara konu olan olaylar bağlamında eşya gibi gözüktüğü ifade edilmiştir. Ayrıca bilgisayar programının eşya olmadığı konusunda da açıkça bir hüküm verilmemiştir. Federal Mahkeme, bir taşıyıcının içinde bulunan bilgisayar programını eşya olarak kabul etmiştir. Bundan da anlaşılmaktadır ki, Federal Mahkeme, taşıyıcı ile meydana getirilen bilgisayar programı arasında kesin bir ayrım yapmayı gerekli görmemiştir⁶³.

Bilgisayar programını eşya kabul eden başka bir görüşe göre⁶⁴, bilgisayar programı ile veri taşıyıcısı arasında sıkı bir ilişki vardır. Bu görüşe göre, veri taşıyıcısı alelade bir taşıma aracı değildir ve bilgisayar programının veri taşıyıcısından ayrı düşünülmesi gerçekçi değildir. Bilgisayar programları ancak veri taşıyıcısı ile taşınabilir ve devredilebilir. Söz konusu görüşe göre; üzerine bilgisayar programı kaydedilmiş veri taşıyıcısı ile bilgisayar programı kaydedilmemiş veri taşıyıcısının farklı değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede bilgisayar programı ile veri taşıyıcısının tamamen bir bütünlük

⁵⁸ BGH v. 14.07.1993- VIII ZR 147/92, CR, 1993, 681.

⁵⁹ BGH v. 04.03.1997- X ZR 141/95, CR, 1997, 470.

⁶⁰ BGH v. 22.12.1999- VIII ZR 299/98, CR, 2000, 207.

⁶¹ BGH v. 09.10.2001- X ZR 58/00, CR 2002, 93.

⁶² Günther, A. (2002). Software-Portierung als Werkvertrag. *ITRB*, s. 26-27.

⁶³ Thewalt, 2004, 42.

⁶⁴ Yıldırım, 1999, 53.

oluşturduğu, veri taşıyıcısını telef etmeden veya taşıyır etmeden bunların birbirinden ayrılamayacağı ileri sürülmektedir. Bilgisayar programı veri taşıyıcısından ayrıldığında, elde sadece veri taşıyıcısı kalır. Ancak veri taşıyıcısına zarar verilirse program da yok edilmiş olur. Aynı görüşe göre; veri taşıyıcısı ile bilgisayar programı arasında asıl şey-eklenti veya asıl şey-bütünleyici parça ilişkisi de yoktur. Çünkü böyle bir ilişki düşünüldüğünde, veri taşıyıcısı ile bilgisayar programı arasından zihnî de olsa bir ayırım yapılmaktadır. Bilgisayar programının hukuken dikkate alınabilmesi için, bir veri taşıyıcısında yer alması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu da bir şeyin işlenmesi olarak değerlendirilmiştir. Bu durum da şu örnekle açıklanmıştır: Nasıl ki bir taş, basit bir şey iken Michelangelo tarafından işlendikten sonra değerlenir ama basit bir taş kalmaya devam ederse, veri taşıyıcısı da bilgisayar programı ile işlenir ve değerlenir, ancak basit bir şey olarak kalmaya devam eder⁶⁵.

2.2.2.Bilgisayar Programını Eşya Olarak Kabul Etmeyen Görüş

Bilgisayar programını eşya olarak kabul etmeyenler Alman Medenî Kanunu'nun § 90. hükmünde yer alan maddîlik yani cismanîlik ilkesinden hareket etmektedirler. Bilgisayar programını yemek tarifi ve edebi bir eserle kıyaslamaktadırlar. Bilgisayar programının belirli problemleri çözen emir ve talimatlar olduğu, bu haliyle de yemek tarifine veya edebi bir esere benzediğini ileri sürmektedirler. Alman Medenî Kanunu'na göre eşya kavramı kriterinin maddîlik (körperlich) olduğunu savunmaktadırlar. Bu fikri savunanlara göre; bilgisayar programı içinde bulunduğu bilgi taşıyıcısından bağımsızdır ve başka iletişim araçlarının içinde de taşınabilmektedir. Özellikle programın bilgisayara internetten indirildiği durumlarda bir bilgi taşıyıcısına gerek kalmamakta, daha doğru bir ifade ile programı taşıyabilmek için veya devredebilmek için başka bir eşyaya ihtiyaç duyulmamaktadır. Bilgisayar programı sadece elektronik sinyallerle bilgisayarın hard diskine yerleştirilmektedir⁶⁶.

⁶⁵ Yıldırım, 1999, 54.

⁶⁶ Müller-Hengstenberger, C. D. (1994). Computersoftware ist keine Sache. *NJW*, s. 3129-3130; Bormann, F. W. ve Bormann, M. (1991). Rechtsnatur und Rechtsschutz der Software. *DB*, s. 2644; Redeker, H. (2007). *IT-Recht*. München, Rn. 285-286; Kaelin, O. (2002). *Der Sachbegriff im schweizerischen ZGB*. Zürich, s. 191; Redeker, 1992, 1739; Thewalt, 2004, 43.

Başka bir görüş; bilgisayar programını kitap, CD veya video-kaset gibi şeylerle karşılaştırmıştır. Bu ürünlerde araçla içindeki bilgi arasında ayrılmaz bir bağ olduğu dile getirilmiştir. Bu görüşü savunan yazarlar, kitap olmazsa yazılı metnin okunamayacağını veya bir ses kaydının, bir plâk veya benzeri bir şey olmadan dinlenemeyeceğini ifade etmişlerdir. Ancak aynı yazarlar, bilgisayar programının taşıyıcısından ayrılabilceğini, bilgisayara yüklenmekle artık taşıyıcısı olmadan da fonksiyonuna devam edebileceğini belirtmişlerdir⁶⁷.

Doktrinde bilgisayar programının kitaba benzetilmesi ile ilgili şöyle bir eleştiri de yapılmaktadır⁶⁸: Kitap, insanlar arasında bilgi alış verişini sağlayan bir araçtır. Kitap, insanların okuması için ve anlaması için sunulan edebi eserdir. İnsan düşünce ve davranışlarına etki etmektedir. Bilgisayar programı ise bilgisayar donanımının bir soruna çözüm üretmesi için oluşturulmakta ve ancak makine tarafından okunabilmektedir. Programdan ancak arayüz sayesinde yararlanılabilmektedir. Kitap okuyan bir insan, okuduktan sonra kitabı elinden çıkarsa bile, az çok kitabın etkileri devam etmektedir. Meselâ, bir romandan bir parça veya bir şiirden birkaç dize akılda kalabilmektedir. Ancak bilgisayar programı donanımdan kaldırıldıktan sonra, donanımda bilgisayarla birlikte yüklenen hiçbir fonksiyon kalmaz. Yeni program yüklendiğinde de eski programının herhangi bir etkisi olmaz.

Başka bir görüşe göre; henüz yazıya dökülmemiş edebi eserler eşya olarak nitelendirilemez. Bundan dolayı bu tür talimatlar eşya olarak değerlendirilemez. Bu çerçevede, bilgisayar programını veya diğer şeyleri elde edenlerin amaçları da dikkate alınmalıdır. Meselâ, bir müzik plâğını satın alan kişinin amacı sadece onun içindeki nota sırasına sahip olmaktır. Ancak bilgisayar programını devralan kişi, programı, beklenen fonksiyonlarını yerine getirerek, hedeflenen amaç doğrultusunda kullanmayı amaçlamaktadır⁶⁹.

Bilgisayar programının eşya niteliğinde olduğunu savunan bir görüş; bilgisayar programının fonksiyonunu yerine getirebilmesi için maddîleşmesi gerektiğini başka bir deyişle somut bir nitelik kazanması gerektiğini savunmaktadır. Bu sebeple de aynı yazarlar bilgisayar programını eşya olarak kabul etmektedir⁷⁰.

⁶⁷ Bormann, F. W. ve Bormann, M., 1991, 2641; Thewalt 44.

⁶⁸ Kinderman, M. (1983). Vertrieb und Nutzung von Computersoftware aus urheberrechtlicher Sicht. *GRUR*, s. 154-156, Redeker, 1992, 1739 vd.; Erişgin, 1999, 239.

⁶⁹ Ruppelt, M. (1988). Vertragseinheit und Softwaremangel, *CR*, s. 994; Thewalt, 2004, 44.

⁷⁰ Marly, 2006, Rn. 96.

Ancak bir görüşe göre; bir şeyin maddî nitelikte olup olmaması onun fonksiyonunu yerine getirip getirmemesi ile ilgili değildir. Meselâ gayri maddî bir hakkın kullanılabilmesi için maddî bir şekil kazanması gerekmektedir. Maddî bir şekil kazanması ona eşya niteliği kazandırmaz, bilâkis gayri maddî bir hak olarak kalmaya devam eder⁷¹. Bu görüşe göre; örs, çekiç olmadan fonksiyonunu yerine getiremez ancak eşya niteliğini de kaybetmez. Başka bir deyle bir şey sırf fonksiyonunu yerine getiriyor diye eşya olarak nitelendirilemez. Bir şey eşya niteliğini kaybetmese bile, fonksiyonunu yerine getiremeyebilir. Bir şeyin eşya niteliğinde olması ile fonksiyonunu yerine getirip getirmemesi arasında bir bağlantı yoktur⁷². Bilgisayar programı, maddî nitelikte taşıyıcısından bağımsız olarak da fonksiyonunu yerine getirebilir⁷³. Söz konusu görüş; bilgisayar programının çok karmaşık olmasından dolayı, mevcut olabilmesi için her zaman maddîleştirilmesi gerektiğini ve bu sebeple eşya olduğunu savunanların düşüncelerini kabul etmemektedir. Çok basit olarak imâl edilen bilgisayar programlarının da söz konusu olabileceği ifade edilmektedir. Yani programın karmaşıklığı ile dokunabilir olup olmaması arasında bir ilişki olmadığını belirtilmektedir⁷⁴. Söz konusu görüşe göre; bilgisayar programı bilgi taşıyıcısına bağlı değildir. Başka maddî nitelikteki transfer araçları ile de taşınabilir. Bunun aksinin düşünülmesi, bilgisayar programı ile taşıyıcısı arasında ayrılmaz bir ilişki olduğu anlamına gelir. Bu durumda da programın içeriğinin tamamen taşıyıcının elektromanyetik gelişimine bağlı olacağı belirtilmektedir. Böyle bir halde de bir sınırlama söz konusu olmaz. Çünkü taşıyıcı devamlı değişebilmektedir⁷⁵. Aynı görüş, bilgisayar programı ile bilgi taşıyıcısı arasındaki ilişkiyi metal para ile kalıbı arasındaki ilişkiye benzetmiştir. Metal para basmak için kullanılan kalıbı bilgisayar programına, bilgi taşıyıcısını da metal paraya benzetmiştir. Normal şartlar altında metal para yapılan demir parçası, bir kalıba konularak metal para olarak basılmadıkça değersizdir. Ancak para olarak basıldığında değerli hale gelir. Kalıp bir eşya değildir. Sadece paranın şeklidir. Demir parçasının sahibi olan paranın da sahibi olur⁷⁶. Bilgisayar programını elde eden kişi bu programı, bilgisayarının hafızasında bulundurmaktadır. Programın bilgisayarın hafızasına taşınması veya yüklenmesi sadece bilgi taşıyıcısı ile olmaz.

⁷¹ Thewalt, 2004, 46.

⁷² Thewalt, 2004, 46.

⁷³ Thewalt, 2004, 46.

⁷⁴ Thewalt, 2004, 46.

⁷⁵ Thewalt, 2004, 46.

⁷⁶ Thewalt, 2004, 47.

Başka yollarla da olabilmektedir. Meselâ, bilgisayara internetten doğrudan da yüklenebilmektedir⁷⁷. Bu görüş, bilgisayar programının sınırlandırılabilir bir nitelikte olmadığını da savunmaktadır. Özellikle bir bilgi taşıyıcısında birden fazla bilgisayar programı olduğu durumlarda, programın sınırlandırılabilir olduğunun nasıl tespit edilebileceğini sorgulanmaktadır. Bu çerçevede programlar bilgi taşıyıcısında somutlaşmış olsa bile sınırlarının belli olmadığı savunulmaktadır. Sonuç olarak bilgisayar programını Alman Medenî Kanunu'nun § 90. hükmü çerçevesinde eşya olarak değerlendirilemeyeceği kabul edilmektedir. Çünkü bilgisayar programı Alman Medenî Kanunu'nun § 90. hükmü anlamında hem maddî nitelikte ve hem de sınırlanabilir nitelikte değildir⁷⁸. Alman Medenî Kanunu'nun § 90. hükmüne göre, bir şeyin eşya olarak değerlendirilebilmesi için maddî nitelikte yani cismanî nitelikte (körperlich) olmalıdır.

Doktrindeki bir görüşe göre; Alman Medenî Kanunu'ndaki eşya kavramı nisbî bir kavram olup, farklı alanlarda değişik anlaşılabilmektedir. Bu duruma ilişkin olarak da Alman Medenî Kanunu'nun § 119/II. hükmü örnek olarak gösterilmektedir. Söz konusu hükümde hata ile ilgili hükümler düzenlenmiştir. Burada eşya terimi yerine “*işlemin konusu*” teriminin kullanıldığı ifade edilmektedir. Alman Medenî Kanunu'nun § 90. hükmünde yer alan eşyanın, sadece eşya hukukuna ilişkin olduğu ve diğer alanlarda yer alan eşya kavramının Alman Medenî Kanunu'nun § 90. hükmü kapsamında anlaşılmaması gerektiği belirtilmektedir⁷⁹.

Alman Medenî Kanunu'nun § 453/I. hükmünde eşya satımına uygulanacak hükümlerin hak veya diğer şeylerin (sonstigen Gegenständen) devrine de uygulanacağı düzenlenmiştir. Ancak bu hükmün sadece satım sözleşmesi ile sınırlı kaldığı kabul edilmektedir. Bu sebeple “*diğer şeyler*” kavramının satım sözleşmesi için kullanıldığı, diğer sözleşmeler için kullanılmayacağı kabul edilmektedir⁸⁰. Bu çerçevede değerlendirildiğinde satım sözleşmesi bakımından bilgisayar programının “*diğer şeyler*” olarak değerlendirebileceği kabul

⁷⁷ Diedrich, K. (2002). Typisierung von Softwareverträgen nach der Schuldrechtsreform. CR, 475; Thewalt, 2004, 47.

⁷⁸ Redeker, 2007, Rn. 285; Thewalt, 2004, 48.

⁷⁹ Thewalt, 2004, 51, 56-57.

⁸⁰ Stichtenoth, J. (2003). Softwareüberlassungsverträge nach der Schuldrechtsmodernisierungsgesetz. K&R, s. 107-108; Thewalt, 2004, 56.

edilmektedir. Bu değerlendirmenin sadece satım sözleşmesi bağlamında yapılması gerektiği ileri sürülmektedir⁸¹.

Doktrinde bir başka görüş; bilgisayar programının Alman Medenî Kanunu'nun § 453/I. hükmü anlamında “*diğer şeyler*”den olduğunu, taşınır bir eşya olmadığını ve bu sebeple de Alman Medenî Kanunu'nun § 651. hükmünün burada uygulanamayacağını savunmaktadır⁸².

Bilgisayar programını eşya olarak kabul etmeyen bir başka görüşe göre⁸³; maddî dünyada eşya ya zaten vardır ya da var olan eşyadan biçim ve bileşim değişikliği yaratılarak oluşturulur. Ancak program, var olan bilgi birikiminden üretilmiş fikirdir. Program, bilgisayarın işlevini yerine getirmesini sağlayan fikrî ve fonksiyonel bir araçtır. Bilgisayar programı taşınabilir bir veri taşıyıcısına kaydedilerek ve bunun teslimi ile iş sahibine devredilebileceği gibi, doğrudan bilgisayara kaydedilerek veya kurularak da iş sahibine devredilebilmektedir. Programın bu yollardan biri ile teslim edilmesi, onu maddîleştirmek amacıyla yapılmamaktadır ve maddîleşmesini de sağlamaz. Programın taşındığı disket, CD-Room vs. gibi taşıyıcılar programın ambalajı niteliğindedirler. Maddî nitelikte olan taşıyıcıların eşya olduğu şüphesizdir. Ancak program maddî olmayıp, fikrî olduğundan eşya değildir. Bu görüşe göre; nasıl ki her fikir ve bilgi kendi nesnesinden ve taşıyıcısından ayrılabilen bir şey ise program da kendi taşıyıcısından ayrı bir varlık olarak değerlendirilmelidir. Bilgisayar programını, sadece üzerinde kayıtlı olduğu unsurlardan dolayı ve satım sözleşmesinin hükümlerini uygulayabilmek için eşya olarak nitelendirmek doğru değildir⁸⁴.

2.2.3. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Şahsî Kanaatimiz

Türk Medenî Kanunu'nda eşya kavramı ve nelerin eşya kabul edileceği açıkça düzenlenmemiştir. Eşya kavramı, her hukuk sisteminde farklı bir şekilde belirlenmiştir. Meselâ, Fransa Medenî Kanununa göre ekonomik bir değeri olan ve edinilmeye elverişli olan her şey eşya olarak kabul edilmiştir (Art. 529). Buna karşılık Alman Medenî Kanunu'na göre ise sadece cismani varlığı olan şeyler

⁸¹ Thewalt, 2004, 57.

⁸² Stichtenoth, 2003, 107-108.

⁸³ Erişgin, 1999, 235 vd.

⁸⁴ Aksoy Dursun, S. (2012). *Eşya Kavramı*. İstanbul, s. 78, 84; Erişgin, 1999, 249; Eroğlu, 2000, 114.

(körperliche Gegenstaende) eşya olarak kabul edilmiştir. İsviçre Medenî Kanununda ise, Türk Medenî Kanununda olduğu gibi eşya kavramı ile ilgili bir tanımlama yoktur⁸⁵.

Doktrinde eşya, üzerinde şahsî hâkimiyet kurulabilen, sınırları belirli maddî (cismanî) varlıklar olarak tanımlanmaktadır⁸⁶. Bazı yazarlar⁸⁷; bir varlığın eşya olabilmesi için ekonomik bir değer taşıması gerektiğini savunurken, diğer bazı yazarlar⁸⁸ ise ekonomik bir değer taşımasının şart olmadığını ileri sürmektedirler. Bir varlığın eşya olarak kabul edilebilmesi için şahsî hâkimiyet kurulabilme, belirli ve maddî olma özelliklerini taşıması yeterli görülmektedir. Yukarıda belirtilen özellikleri taşımasına rağmen, doktrinde bir görüş⁸⁹, Alman Medenî Kanunu'nda (BGB § 90a) ve İsviçre Medenî Kanunu'nda (ZGB § 641a) olduğu gibi, ayrı bir kanunla korunduğu için hayvanı eşya olarak kabul etmemektedir.

Maddî bir niteliği olmayan, gayri maddî mallar olarak da adlandırılan, fikir ve sanat eserleri ile teknolojik buluşlar Türk Medenî Hukuku açısından eşya olarak nitelendirilmemektedir⁹⁰.

Yukarıdaki ifadelerden de anlaşılacağı üzere; Türk Medenî Hukuku açısından bir varlığın eşya olarak nitelendirilebilmesi için maddî, yani cismanî bir varlığının olması, sınırlandırılabilir olması ve üzerinde hâkimiyet kurulabilecek nitelikte olması gerekmektedir.

Bilgisayar programını eşya olarak kabul eden görüşlerin önemli bir kısmı bilgisayar programını, taşıyıcısı ile bir bütün olarak değerlendirmiştir. Bilgisayar programının taşıyıcısı olmadan transfer edilemeyeceğini ileri sürmektedirler. Bununla birlikte, fonksiyonunu yerine getirebilmesi için maddîleşmesi gerektiğini savunmaktadırlar. Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, bilgisayar programının transfer edilebilmesi için mutlaka bir veri taşıyıcısına ihtiyaç yoktur. Bilgisayar

⁸⁵ Akıntürk, T. ve Akipek, G. J. (2009). *Eşya Hukuku*. İstanbul, s. 27; Ünal, M. ve Başpınar, V. (2012). *Şekli Eşya Hukuku*. (6. Baskı). Ankara, s. 65-66; Oğuzman, M. K., Seliçi, Ö. ve Oktay-Özdemir, S. (2014). *Eşya Hukuku*. (17. Bası). İstanbul, s. 4-5; Aybay, A. ve Hatemi, H. (2012). *Eşya Hukuku*. İstanbul, s. 12; Aksoy Dursun, 2012, 4.

⁸⁶ Ayan, M. (2012). *Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili*. Konya, s. 15; Esener, T. ve Güven, K. (2012). *Eşya Hukuku* (5. Baskı). Ankara, s. 37; Tekinay, S. S., Akman, S., Burcuoğlu, H. ve Altop, A. (1989). *Tekinay Eşya Hukuku*. C. I. İstanbul, s. 19; Ünal ve Başpınar, 2012, 72; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, 2014, 8; Akıntürk/Akipek, 2009, 26; Aybay ve Hatemi, 2012, 12; Aksoy Dursun, 2012, 23.

⁸⁷ Ayan, 2012, 16; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, 2014, 8; Esener/Güven, 2012, 38.

⁸⁸ Ünal ve Başpınar, 2012, 61-62; Akıntürk/Akipek, 2009, 28-29; Aksoy Dursun, 2012, 31.

⁸⁹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, 2014, 10.

⁹⁰ Ayan, 2012, 15; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, 2014, 7-8; Esener/Güven, 2012, 37; Ünal ve Başpınar, 2012, 66; Akıntürk/Akipek, 2009, 28; Aksoy Dursun, 2012, 24.

programı elektronik sinyaller kullanılarak ve gönderilerek de bir başka bilgisayara taşınabilmektedir. Özellikle internet ortamında doğrudan bilgisayara indirilen programlarda olduğu gibi herhangi bir veri taşıyıcısına ihtiyaç yoktur. Ancak bilgisayar programının yazılabilmesi için kendisine özgü manyetik bir ortam bulunması zorunludur. Bilgisayar programı veri taşıyıcısı ile taşınmış olup olmaması önemli değildir. Çünkü bilgisayar programı taşınmadan veya devredilmeden önce mutlaka manyetik bir ortamda yazılması gerekmektedir. Bundan dolayı da bilgisayar programı her zaman maddîleşmelidir. Daha doğru bir ifade ile cismani bir varlığı sahip olmak zorundadır.

Bilgisayar programı ile veri taşıyıcısı arasında sıkı bir ilişki vardır. Veri taşıyıcısı alelade bir taşıma aracı değildir. Bilgisayar programının veri taşıyıcısından ayrı düşünülmesi gerçekçi de değildir. Bilgisayar programları ancak veri taşıyıcısı ile taşınabilmekte ve devredilebilmektedir. Bilgisayar programı ve veri taşıyıcısı ya da üzerine yazıldığı manyetik alan bir bütünlük oluşturur ve veri taşıyıcısını ya da manyetik alanı telef etmeden bunlar birbirinden ayırt edilemez. Veri taşıyıcısı ya da manyetik alana zarar verildiğinde, bilgisayar programı da zarar görmektedir. Bilgisayar programının hukuken dikkate alınabilmesi için, bir veri taşıyıcısında yer alması gerekmektedir. Meselâ bir taş, basit bir şey iken Michelangelo tarafından işlendikten sonra değerlendirir ama basit bir taş kalmaya devam etmektedir. Veri taşıyıcısı da bilgisayar programı ile işlenir ve değerlendirir, ancak basit bir şey olarak kalmaya devam eder⁹¹.

Bu açıklamalar ışığında; bilgisayar programı, üzerinde şahsî hâkimiyet kurulabilen, ekonomik bir değeri ve cismanî bir varlığı olan bir varlık olduğu için kanaatimizce, Türk Hukuku açısından bir eşya olarak kabul edilmelidir.

2.3. BİLGİSAYAR PROGRAMI SÖZLEŞMELERİ KAVRAMI

2.3.1. Genel Olarak

Bilgisayar programı sözleşmeleri; imâl edenin, iş sahibine bilgisayar programının imâlini, devrini veya bakımını ve bununla birlikte gerekli ve yararlı dokümanların devrini belirli bir karşılık mukabilinde borçlandığı sözleşmelerdir⁹².

⁹¹ Yıldırım, 1999, 54.

⁹² Slongo, 1991, 7.

Bu tanım bir yazar tarafından haklı olarak eleştirilmektedir. Bir sözleşmenin bilgisayar programı sözleşmesi olabilmesi için mutlaka bir karşılık olması şart değildir. Taraflar bir karşılık kararlaştırmamışlarsa bu sözleşme bilgisayar programı sözleşmesi olmaktan çıkmaz. Sadece uygulanacak hükümlerde değişiklik söz konusu olur⁹³. Bu görüşler doğrultusunda söz konusu yazar bilgisayar programı sözleşmelerini şu şekilde tanımlamaktadır⁹⁴: Bilgisayar programı sözleşmeleri, konusunu ağırlıklı olarak bilgisayar programının oluşturduğu, bilgisayar programının devrine, bakımına, programın öğretilmesine ilişkin her türlü sözleşmelerdir.

2.3.2. Bilgisayar Programı Sözleşmesi Çeşitleri

2.3.2.1. Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesi

Bilgisayar programı imâl sözleşmesi, şartnamede (Pflichtenheft) veya başka bir şekilde doğru tanımlanmış olan bilgisayar programını imâl etmek için yapılan sözleşmedir. Bununla birlikte, programın testten geçirilmesi, yüklenmesi, eğitim ve dokümanların teslimi de bu sözleşmenin kapsamındadır. Sonuç olarak taraflar aksini kararlaştırmamışsa bir bilgisayar programının imâl edilmesi ve kullanıma hazır hale getirilmesi için yapılan bütün çalışmalar bilgisayar programı imâl sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır⁹⁵. Daha önceden var olan standart bir bilgisayar programının iş sahibinin ihtiyaçlarına göre uyarlanması da bilgisayar programı imâl sözleşmesi kapsamında değerlendirilmektedir⁹⁶.

2.3.2.2. Bilgisayar Programı Devir Sözleşmesi

Bilgisayar programı devir sözleşmesi, bir bilgisayar programının ve bu program üzerindeki fikrî haklardan alelade çoğaltma hakkı ile işleme hakkının

⁹³ Yıldırım, 1999, 17-18.

⁹⁴ Yıldırım, 1999, 18.

⁹⁵ Koch, F. (2009). *Computer-Vertragsrecht*. Freiburg, s. 460-461; Moritz, H-W. ve Tybusseck, B. (1992). *Computersoftware, Rechtsschutz und Vertragsgestaltung*. München, Rn. 961; Kronberger, J. (1992). *Der Software-Vertrag*. Wien, s. 137; Tybusseck, B. (1986). *Vertragsgestaltung für Computersoftware*. Holzgerlingen, Rn. 187; Gennen, K. ve Völkel, A. (2009). *Recht der IT-Verträge*. Heidelberg, s. 205; Slongo, 1991, 40; Thewalt, 2004, 18.

⁹⁶ Moritz ve Tybusseck, 1992, Rn. 961; Gennen ve Völkel, 2009, 205; Thewalt, 2004, 18; Hoeren, T. (2007). *IT Vertragsrecht*. Köln, s. 177.

kullanılmasının kural olarak bir ivaz karşılığında sürekli ya da belirli bir süreli devredildiği, tarafların fikrî haklar yönünden belirlenen diğer haklara saygı göstermek ve yükümlülöklere uymak zorunda oldukları sözleşmedir⁹⁷.

Bilgisayar programı devir sözleşmeleri ile uygulamada; bilgisayar programının nüshasının kullanıcıya bir karşılık alınarak sürekli devri, belirli süreli devri, karşılıksız devri ve bilgisayar programının donanım ile birlikte devri olmak üzere dört şekilde karşılaşılmaktadır⁹⁸.

2.3.2.3. Bilgisayar Programı Bakım Sözleşmesi

Bilgisayar programı bakım sözleşmesi, programdaki eksikleri ve aksaklıkları belirsiz süreli veya süreli ve karşılıklı olarak giderilmesini, iş sahibinin karşılaştığı problemleri çözölmesini ve programın fonksiyonunu daima istenilen şekilde yerine getirmesi yönünde çaba ve çalışmayı konu edinen sözleşmelerdir⁹⁹.

⁹⁷ Tybusseck, 1986, Rn. 12; König, 1991, Rn. 615; Yıldırım, 1999, 68; Gennen ve Völkel, 2009, 96-97; Moritz ve Tybusseck, 1992, Rn. 709; Marly, 2006, Rn. 33 vd; Koch, 2009, 395 vd.

⁹⁸ Yıldırım, 1999, 68; König, 1991, Rn. 663-715; Marly, 2006, Rn. 33 vd.

⁹⁹ Tybusseck, 1986, Rn. 175; Yıldırım, 1999, 24; Kronberger, 1992, 175; König, 1991, Rn. 635; Gennen ve Völkel, 2009, 215; Moritz ve Tybusseck, 1992, Rn. 948; Koch, 2009, 523.

3. BİLGİSAYAR PROGRAMININ İMÂLİ VE BİLGİSAYAR PROGRAMI İMÂL SÖZLEŞMESİNİN HUKUKÎ NİTELİĞİ

3.1. BİLGİSAYAR PROGRAMININ İMÂLİ

3.1.1. Genel Olarak

Bilgisayar programı imâli, iş sahibinin özel ihtiyaçlarına uygun olarak, uygulama alanında kullanılmaya elverişli ve yeterli bilgisayar programı geliştirmektir. Bilgisayar programı imâli; iş sahibinin öngördüğü problem çözümlerine uygun bilgisayar programının imâl edilmesini sağlayan bütün adımları kapsamaktadır¹⁰⁰.

Bilgisayar programının imâl süreci doktrinde farklı aşamalarda değerlendirilmiştir. Bir görüş; imâl sürecini planlama, kodlama ve test olmak üzere üç aşamada incelemiştir¹⁰¹. Başka bir görüş¹⁰²; bilgisayar programının imâlini konu ve zaman bakımından birbirinden farklı bir takım aşamalara ayırmıştır. Bilgisayar programının bu şekilde aşama aşama yapılması sayesinde imâl süreci mümkün olan en iyi şekilde incelenmektedir. Böylece hatalı veya ayıplı imâl tehlikesi en aza indirilmektedir. İmâl sürecinde iş sahibi de aktif rol oynamaktadır. İş sahibinin aktif olarak katkı sağladığı kısımlarla ilgili sorumluluk ona ait olmaktadır¹⁰³. Bu çalışmada da imâl süreci aşağıda olduğu gibi aşama aşama incelenmiştir.

3.1.2. Bilgisayar Programı İmâl Aşamaları

3.1.2.1. Karar Verme Aşaması

Bir bilgisayar programının imâl edilebilmesi için her şeyden önce iş sahibinin bu yönde bir kararının oluşması gerekmektedir. Bu aşama iş sahibinin karşılaştığı sorunu çözebilmek veya içinde bulunduğu durumu daha iyi hale getirebilmek için bilgisayar programı imâl ettirip ettirmeyeceğine ve nasıl bir

¹⁰⁰ Malzer, H. M. (1991). Der Softwarevertrag. Köln, s. 262; Thewalt, 2004, 4; Slongo, 1991, 8; Tybusseck, 1986, Rn. 187; Moritz ve Tybusseck, 1992, Rn. 961.

¹⁰¹ Thewalt, 2004, 5.

¹⁰² Moritz ve Tybusseck, 1992, Rn. 971; Slongo, 1991, 8; Tybusseck, 1986, Rn. 190.

¹⁰³ Slongo, 1991, 8.

programa ihtiyaç duyduğuna karar verdiği aşamadır. Piyasada var olan standart bilgisayar programları ile sonuca ulaşılıyorsa program imâl ettirilmesine de gerek yoktur. Bu aşamada iş sahibinin aydınlatılması gerekmektedir. Özellikle genel bir durum analizi yapılmalıdır. İş sahibinin hangi problemleri için bilgisayar programı kullanacağı veya hangi iyileştirmelerin daha doğru olacağı tespit edilmelidir. Mümkün olan çözüm imkânlarını gösteren, içinde genel şartların, imâlin masrafının, personel imkânlarının, yer imkânlarının ve mutlaka olması gereken şartların yer aldığı bir taslak hazırlanır¹⁰⁴.

İş sahibi, bu aşamada var olan problem ve çözüm imkânları ile ilgili sorularına cevaplar bulmalıdır. Böylelikle bir sonraki aşama olan ön çalışma aşamasına geçip geçmemeye karar verir¹⁰⁵.

3.1.2.2. Ön Çalışmanın Yapılması

Ön çalışma aşamasında, karar aşamasında ortaya çıkan fikirlere son şekli verilmektedir. İş sahibinin ihtiyaçlarına uygun olan programın türü ve kapsamı değerlendirilmekte ve imâl aşamasında izlenecek yol hakkında karar verilmektedir¹⁰⁶. Bunların tespit edilebilmesi için uzman kişilerden oluşan bir çalışma grubuna ihtiyaç vardır. Bu çalışma grubu, imâl edenin bilgisayar programı alanında uzman proje takımı ve iş sahibinin yetkili temsilcilerinden oluşmaktadır. Bu çalışma grubunun üyeleri, birlikte ve uyum içinde çalışabilecek kişilerden oluşmalıdır¹⁰⁷.

Ön çalışma sayesinde imâl eden ve çalışma grubu içinde yer alan çalışanlar, iş sahibinin işletmesini tanırlar; onun ihtiyaçlarını, imkânlarını ve sınırlarını öğrenirler. Aynı zamanda bu aşamada, iş sahibi ve iş sahibinin çalışanları ile imâl eden ve imâl edenin çalışanlarından oluşan çalışma grubunun birlikte çalışmasının temelleri şekillenmektedir. Bu çalışma grubu, iş sahibinin işletmesinin analizini yapar ve işletmeye uygun çözüm imkânlarını araştırır. Bu çerçevede; çözümü istenen problemin durumu, çözümün çerçevesi ve çözüm imkânlarının neler olabileceği tespit edilmektedir. Başka bir deyişle bilgisayar programının imâlinin öngörülebilir masrafı ve imâlin yaklaşık olarak ne zaman

¹⁰⁴ Kronberger, 1992, 143; Aksu, 2006, 47; Thewalt, 2004, 4; Yıldırım, 1999, 16; Slongo, 1991, 9.

¹⁰⁵ Slongo, 1991, 9.

¹⁰⁶ Gennen ve Völkel, 2009, 46; Kronberger, 1992, 143; Krause, 1991, 17.

¹⁰⁷ Yıldırım, 1999, 16; Slongo, 1991, 9.

bitirileceğinin planı üzerinde çalışılmaktadır. İmalin sonraki aşamaları, çalışma grubu tarafından anlaşılır bir şekilde iş sahibine gösterilmektedir¹⁰⁸.

3.1.2.3. Bilgisayar Programı Taslağının Hazırlanması

Ön çalışma aşamasında memnun edici sonuçlar alınır ve bilgisayar programının imâl edilebilme imkânı ortaya çıkmışsa, bilgisayar programının taslağının hazırlanacağı aşamaya geçilmektedir. Bilgisayar programının taslağının hazırlanması aşamasında, bilgisayar programının imâl edilmesi için en elverişli çözüm usulleri tespit edilmektedir. Bununla birlikte, bu aşamada bilgisayar programının imâl edilmesi sürecinin başarısız olup olmayacağı da tespit edilmektedir. Bu aşamada birçok uygun çözüm şekli, teknik olarak gerçekleştirilebilirliği ile ekonomik maliyeti ilişkisi çerçevesinde gösterilmektedir. Eğer ön çalışma aşamasında tespit edilmemişse; proje grubunun nasıl oluşacağı, kimlerin hangi görevlerden sorumlu olacağı, proje yönetiminin kime ait olacağı ve proje takımı ile iş sahibi arasındaki ilişkinin nasıl olacağı, taslağın hazırlanması sürecinde tespit edilmelidir¹⁰⁹. Bu aşamanın sonunda denenen çözüm tekliflerinin tanımlanması yapılmaktadır. Birden fazla çözüm şekli, maliyeti ve faydalanılabilirliği açısından karşılaştırılarak değerlendirilmektedir. Çözüm usulleri içinden tarafların menfaatine uygun olan tespit edilmekte ve imâl edilecek bilgisayar programı belirlenmektedir. Bu süreçten sonra artık proje sona erdirilmemeli veya köklü bir değişiklik yapılmamalıdır. Çünkü bu aşamadan sonra, seçilen yöntemin bilgisayar programı olarak imâl edilmesi aşamasına geçilmektedir¹¹⁰.

3.1.2.4. Bilgisayar Programının İmâl Edilmesi

Bilgisayar programının imâl edilmesi aşamasında öncelikle ayrıntılı bir taslak hazırlanır. Bu taslakta; arayüz, verilerin tanımlanması ve dâhili bölümlerle birlikte, ileride var olacağı tespit edilen iş sahibi sistemi (Anwendersystem)

¹⁰⁸ Krause, 1991, 17-18; Slongo, 1991, 10; Yıldırım, 1999, 16.

¹⁰⁹ Aksu, 2006, 47; Slongo, 1991, 10; Gennen ve Völkel, 2009, 47; Krause, 1991, 18-19.

¹¹⁰ Gennen ve Völkel, 2009, 48; Slongo, 1991, 11; Krause, 1991, 18-19.

gösterilir. Bunun için seçilen taslak, gelecekteki kullanım amacı doğrultusunda alt bölümlere ayrılarak, adım adım geliştirilir ve tamamlanır¹¹¹.

Program imâl aşamasında, görevlerin doğru tespiti, yapılan katkının yeterli olması ile iyi bir proje organizasyonu önemlidir. İş sahibi ve proje grubu mümkün olan en üst düzeyde bilgilendirilmelidir. Ayrıntılı bir çalışma ile kesin başarıya ulaşılabilir¹¹². Ayrıntılı taslak hazırlanırken, iş sahibi için sistemin tanımlamasını yapan bir sistem el kitapçığı (Systemhandbuch) ve programlama için çalışmanın temelini oluşturan program dokümanları oluşturulur¹¹³. Ayrıntılı taslağa dayanılarak ilk test için hazır olacak bilgisayar programının programlanma çalışmaları yapılır.

Bilgi işlem çözümünün uygulanması ve gelecekteki kullanımının testi için veriler hazır hale getirilmelidir. Bu veriler işletmeye devredilir, yeniden girilir ve kendine yabancı bölümlerle ilişkilendirilir¹¹⁴.

3.1.2.5. İmâl Edilen Bilgisayar Programının Teste Tabi Tutulması

İmâl edilen bilgisayar programı, doğru işleyip işlemediğinin tespiti ve varsa hataların giderilebilmesi için imâl eden tarafından test edilmelidir. Ortaya çıkan hatalar giderilmeli ve dokümanlar uygun bir şekilde düzeltilmelidir¹¹⁵.

3.1.2.6. İmâl Edilen Bilgisayar Programının Uygulanması

İmâl edilen bilgisayar programının uygulanabilmesi için iş sahibinin, işletmesini bu programa uygun hale getirmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, gerekli bilgilerin iş sahibine verilmesi imâl edenin önemli bir yükümlülüğüdür. İşletmedeki mevcut çalışma sisteminin ve işleyişin, yeni sisteme devri, sorunsuz ve mümkün olduğunca işletmenin işleyişini tehlikeye sokmadan yapılmalıdır. Bunun için, mevcut sistem ile yeni sistem, yeni sistemin işletmede güvenli ve sorunsuzca işlemesine kadar, birlikte paralel kullanılabilir¹¹⁶.

¹¹¹ Krause, 1991, 19-20; Yıldırım, 1999, 16-17; Slongo, 1991, 11-12.

¹¹² Slongo, 1991, 12.

¹¹³ Yıldırım, 1999, 17; Slongo, 1991, 12.

¹¹⁴ Slongo, 1991, 12.

¹¹⁵ Kronberger, 1992, 144; Gennen ve Völkel, 2009, 49; Thewalt, 2004, 4; Slongo, 1991, 13; Krause, 1991, 20-21.

¹¹⁶ Krause, 1991, 21; Slongo, 1991, 13.

3.1.2.7. İmâl Edenin İmâl Aşamasındaki Diğer Görevleri

İmâl edenin, bilgisayar programını imâl aşamasında yukarıda kademe kademe belirtilen işlemlerin yanında, iş sahibine karşı, amacın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği konusunda danışma görevi vardır. Bununla birlikte, imâl eden, farklı çözüm şekillerinin olumlu ve olumsuz yönleri ile ekonomik durumu hakkında iş sahibine bilgi vermelidir. İş sahibini projenin durumu, yani imâlin işleyişi hakkında düzenli olarak haberdar etmelidir. İmâl eden belirlenen zaman planını denetlemelidir¹¹⁷.

3.1.3. Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesinin Konusu Ve Özellikleri

3.1.3.1. Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesinin Konusu

Bilgisayar programı imâl sözleşmesinin konusu, şartnamede (Pflichtenheft) veya başka bir şekilde doğru tanımlanmış olan bilgisayar programını imâl etmektir. Bununla birlikte, programın testten geçirilmesi, yüklenmesi, eğitim ve dokümanların teslimi de sözleşmenin konusu kapsamındadır. Buna göre, taraflar aksini kararlaştırmamışsa bir bilgisayar programının imâl edilmesi ve kullanıma hazır hale getirilmesi için yapılan bütün çalışmalar bilgisayar programı imâl sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır¹¹⁸. Fakat daha önceden var olan standart bir bilgisayar programının iş sahibinin ihtiyaçlarına göre uyarlanması da bilgisayar programı imâl sözleşmesi kapsamında değerlendirilmektedir¹¹⁹.

¹¹⁷ Slongo, 1991, 14.

¹¹⁸ Fritzsche, J. (1995). Rechtsfragen der Herstellung und Überlassung von Software. *JuS*, s. 501; Hoeren, 2007, 177; Karger, 2001, 357; Kronberger, 1992, 137; Slongo, 1991, 40; Thewalt, 2004, 18; Gennen ve Völkel, 2009, 205; Tybusseck, 1986, Rn. 198.

¹¹⁹ Hoeren, 2007, 177; Thewalt, 2004, 18; Fritzsche, 1995, 501; Gennen ve Völkel, 2009, 205.

3.1.3.2. Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesinin Özellikleri

3.1.3.2.1. Tarafların Birlikte Çalışması Gerekliliği

Bilgisayar programının imâl edilmesi, imâl eden tarafından tek taraflı yerine getirilecek bir iş olmayıp, aksine iş sahibi ile imâl eden arasında sistematik ve yoğun bir ortak çalışma gerekmektedir. Çünkü işletmesinin ihtiyaçları ve çözülmesi istenen problem hakkında bilgi sahibi olan iş sahibidir. Bununla birlikte, bilgisayar programı alanında uzman olan ise imâl edendir. Bundan dolayı iş sahibi gerekli bütün bilgileri ayrıntılı şekilde imâl edene vermelidir. İmâl eden de bu bilgiler doğrultusunda incelemeler ve çalışmalar yaparak, iş sahibinin ihtiyaçlarına uygun ve problemlerini çözecek bilgisayar programını imâl etmelidir. Her şeyden önce bu ortak çalışma işin başlangıç aşamasında gereklidir. Çünkü burada yapılan incelemeler sonucunda uygun bir program imâl edilip edilmeyeceği tespit edilir ve buna göre diğer aşamalara geçilir¹²⁰.

Projenin başarısı için iki tarafın da bilgilendirme yükümlülüğü vardır. İmâl edenin bilgi işlem alanında uzmanlık gerektiren konularda bilgilendirme yükümlülüğü var iken, iş sahibinin ise imâl edenin ulaşamayacağı işletmesi ile ilgili konularda bilgilendirme yükümlülüğü vardır¹²¹.

İş sahibi, bu birlikte çalışma sonucunda, imâl edenin bu konudaki bilgilendirilmesini de dikkate alarak imâl sürecinin devamına ve projenin gerçekleştirilmesine karar verir. Bu aşamada imâl eden, iş sahibinden aldığı ve kendi sahip olduğu bilgileri birlikte değerlendirir. Daha sonra da iş sahibine projeye devam edip etmeme konusunda önerilerde bulunur¹²².

İmâl sürecinin hemen hemen her aşamasında iş sahibinin işbirliği yapması gerekmektedir. İş sahibi, imal süresince imâl eden tarafından işletmeyle ilgili sorulara cevap vermeli ve imâl edeni aydınlatmalıdır. Bununla birlikte imâl eden, iş sahibinin işletmesine her zaman girip çıkabilmelidir. İşletmede imâl edilecek programın test edilebileceği bir bilgi işlem sistemi de hazır bulundurulmalıdır. Programlama aşaması, imâl eden tarafından, iş sahibinin işbirliğine ihtiyaç

¹²⁰ Kronberger, 1992, 139-140; Slongo, 1991, 31.

¹²¹ Slongo, 1991, 32.

¹²² Slongo, 1991, 32.

duymadan gerçekleştirilmektedir. Programlama aşaması iş sahibinin işbirliği yapmasının gerekli olmadığı tek aşamadır¹²³.

İş sahibinin işletmesinde, bir bilgi işlem bölümü varsa, iş sahibi, çalışmanın bir kısmını kendisi de yapabilir. Meselâ, ön çalışma aşamasını veya programın taslağının hazırlanmasının ilk bölümünü kendi başına yapabilir. Ancak bu durumda da kararlaştırılan veya gerekli bilgiler imâl edene verilmelidir¹²⁴.

Projenin başarılı şekilde gerçekleştirilmesi için gerekli olan işbirliği, proje sonunda elde edilen sonuçtan dolayı sorumluluğun da iki tarafa paylaşılması sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Ancak imâl eden, kural olarak her zaman bütün projeden ve kararlaştırılan sonuçtan sorumludur. İmâl eden, işletme ile ilgili gerekli bilgileri almışsa ve bu bilgilerin doğruluğu veya tam olup olmadığı konusunda bir şüphe söz konusu değilse, bununla birlikte imâl edenin uyarılarına rağmen iş sahibi projenin devamı konusunda talimat vermişse, sorumluluktan kurtulur. İmâl eden, gerekli olan bilgiyi iş sahibinden almak için göstermesi gereken çabayı göstermiş olmasına rağmen, iş sahibi hiç veya gereği gibi bilgi vermişse, imâl edenin, söz konusu kısmın imâlinde ortaya çıkan eksiklikler ve aksaklıklar sebebiyle sorumluluğu söz konusu olmaz. İş sahibi, sadece kısmî katkıda bulunursa, imâl eden kendi varsayımlarına göre hareket eder. Sonuçta iş sahibinin memnun olmayacağı bir sonuç çıkarsa bunun sonuçlarına iş sahibi katlanmalıdır¹²⁵. Tarafların sorumluluk ve yetki alanlarının tespiti açısından kapsamlı ve doğru bir şartname (Pflichtenheft) hazırlanması gerekmektedir.

Taraflar arasında birlikte çalışmanın yapılandırılmasının açık olması için; tarafların çalışanları hangi görevle görevlendirdiklerini ve çalışanlara hangi yetkileri verdiklerini kapsayan doğru belirlenmiş bir proje organizasyonu oluşturulmalıdır¹²⁶.

3.1.3.2.2. Çerçeve İlişki ve Güven Borcu

Bilgisayar programının imâl süreci, yukarıda da belirtildiği üzere taraflar arasında sıkı bir işbirliğini gerektiren ve masraflı bir süreçtir. Bu süreçte iş sahibinin, programı imâl edecek olana işletmesiyle ilgili bilgileri ve işletmesi ile ilgili sırları vermesi gerekmektedir. Bu sebeple, imâl sürecinin söz konusu imâl eden

¹²³ Slongo, 1991, 33.

¹²⁴ Slongo, 1991, 33.

¹²⁵ Slongo, 1991, 34.

¹²⁶ Slongo, 1991, 35.

tarafından tamamlanıp bitirilmesi iş sahibi için çok önemlidir. İmâl edenin işi bitirmeden başka bir deyişle programı imâl etmeden projeden çekilmesi durumunda, iş sahibi programın imâli için başkaları ile sözleşme yapmak zorunda kalır. Bu durum onun için hem ekonomik hem de zaman kaybına sebep olur. Bununla birlikte, iş sahibi işletmesi ile ilgili bilgilerin ve sırların açığa çıkması tehlikesi ile de karşı karşıya kalır. Projenin yarım kalmasının imâl eden açısından da olumsuz sonuçları vardır. Özellikle imâl edenin bu proje için bir takım kişileri istihdam ettiğini ve kendisine gelen teklifleri reddettiği düşünüldüğünde, imâl edenin de ekonomik kayıpları olduğu gibi, zaman kaybı da söz konusu olur. Ancak projenin yarım kalması halinde imâl edenin zararı iş sahibi kadar olmaz. Çünkü imâl eden en azından o zamana kadar ki çalışmasının karşılığını alabilir. Bununla birlikte, imâl edenin işletmesiyle ilgili herhangi bir sır da açıklanmış değildir¹²⁷.

Taraflar arasında, gerekli olan işbirliğinin ve karşılıklı menfaat dengesinin sonucu olarak bir çerçeve ilişki (Rahmenverhaeltnis) söz konusu olmaktadır. Bu çerçeve ilişki içerisinde taraflar bir araya gelmekte ve bağlanmaktadır. Söz konusu çerçeve ilişki, imâl aşamalarını da içine alan, taraflar arasında özel bir sadakat borcu yaratmaktadır. Bu çerçeve ilişki tarafların haklarının ve borçlarının somutlaşmasında büyük bir önem taşır. Taraflar arasındaki sözleşme ilişkisine bu çerçeve ilişki kapsamında bakıldığında, birbirinden ayrı aşamalardan oluşan imâl aşaması bir bütün olarak görülebilir ve değerlendirilebilir¹²⁸.

3.1.3.2.3. Proje Değişiklikleri

Bilgisayar programı imâl sözleşmesinin bir başka özelliği de, sözleşmenin yapıldığı sırada çoğu zaman imâl edilecek programın ve çözülecek problemin sınırlarının tam olarak belirlenebilir olmamasıdır. İmâl sürecinin karmaşık ve kapsamının geniş olmasından dolayı, sözleşmenin akdedilmesinden sonra, projede, bir takım tamamlamalar ve değişiklikler yapılması gerekebilir. Bu değişiklikler, çalışma şartlarından veya taraflar arasındaki ilişkiden kaynaklanabilir. Projede yapılacak değişiklikler ve tamamlamalar gerekli olduğu kadar taraflar açısından faydalı da olabilmektedir. Bu sebeple taraflar, karşılıklı sadakat ilişkisine de uygun olarak, proje kapsamında yapılacak değişiklikleri kabul

¹²⁷ Slongo, 1991, 36.

¹²⁸ Slongo, 1991, 37.

etmelidirler. Bu değişikler kabul edilebilir olduğu ölçüde, kararlaştırılan ücret, vade veya diğer şartlarla ilgili olabilir¹²⁹. Bu tür değişikliklerin yapılması ilk bakışta “*ahde vefa*” ilkesine aykırı olarak değerlendirilebilirse de sözleşmede projede değişiklikler yapılabileceği yönünde uyarılama hükümlerine sıklıkla yer verildiği görülmektedir¹³⁰. Bazen de projede değişiklik dürüstlük kuralının bir sonucu olarak ortaya çıkabilir.

3.1.3.2.4. Özel Olarak Aydınlatma ve Bilgilendirme

Bilgisayar programı imâl sözleşmesinde genellikle iş sahibi, bilgisayar veya bilgi işlem teknolojileri hakkında diğer tarafa nazaran sınırlı bir bilgiye sahiptir. Deyim yerinde ise taraflar arasında genellikle bir bilgi uçurumu vardır. Çünkü iş sahibi, imâl edilecek olan programının istenen sonucu sağlayıp sağlamayacağını, işletmesinin veya kendi ihtiyaçlarına uygun olup olmayacağını imâl aşamasında çoğu kez değerlendiremez. Gerçekten de bilgi işlem veya bilgisayar teknolojileri alanında uzman olan kişi ile tecrübesiz kişi arasında çok büyük, neredeyse karşılaştırma yapılamayacak kadar bilgi farkı bulunmaktadır. Bu sebeple, iş sahibi, imâl sürecinin adımlarını anlamak istediğinde ve bir değerlendirme yapmak istediğinde, bu alanda uzman olan imâl eden tarafından verilen bilgilere bağlıdır. Dolayısıyla bilgisayar programı imâl sözleşmesinde imâl edenin özen yükümlülüğü daha kapsamlıdır. Özellikle iş sahibini aydınlatma ve bilgilendirme konusunda mümkün olduğunca özenli davranmalıdır. Ancak iş sahibinin yanında bilgisayar teknolojileri veya bilgi işlem alanında uzman bir kişi varsa, imâl edenin özen yükümlülüğü biraz hafifletilebilir. Bu durumda aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı biraz daraltılmakta; başka bir deyişle ile daha dar kapsamda bir aydınlatma yeterli görülmektedir¹³¹.

İmâl eden, çoğu kez yapacağı aydınlatmayı, iş sahibinin yaptığı işbirliğini, özellikle işletmesi hakkında bilgilendirmesini dikkate alarak yerine getirmektedir. Fakat iş sahibi, işbirliğinden, özellikle bilgilendirmeden kaçınmış ise, imâl eden, iş

¹²⁹ Kronberger, 1992, 143; Slongo, 1991, 38.

¹³⁰ Slongo, 1991, 44; Kronberger, 1992, 143.

¹³¹ Slongo, 1991, 43.

sahibinin yokluğunda bir değerlendirme yapmak zorunda kalacağı için, aydınlatma borcundan da uygun ölçüde kurtulur¹³².

3.1.3.2.5. Başlangıçta Destek ve Eğitim

İmâl edilen programın istenilen şekilde kullanılabilmesi için, iş sahibinin işletmesine uyum sağlaması gerekmektedir. Bu uyum personelle, işletmenin organizasyonu ile veya işletmedeki diğer unsurlarla ilgilidir. Her şeyden önce personelin ve iş sahibinin program konusunda bilgilendirilmesi ve eğitilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, işletmedeki mevcut sistem ile yeni programın birbirine uyum sağlaması gerekmektedir. Bu sebeple imâl eden, programın kullanılmaya başlandığı ilk aşamada iş sahibine destek olmalı ve uyum sağlanmasında yardımcı olmalıdır¹³³.

İş sahibi, bilgisayar teknolojileri veya bilgi işlem alanında yeterli bilgiye sahip değildir. İş sahibinin yeni sistemi işletmesine uyumlu hale getirip, zamanında başarılı şekilde kullanabilmesi için, imâl eden tarafından doğru zamanda ve kapsamlı bir şekilde yapılacak bilgilendirmeye ihtiyacı vardır. Bununla birlikte, iş sahibinin programı sözleşmede öngörülen amaç doğrultusunda kullanabilmesi için, kendisinin ve personelinin bu programla ilgili eğitilmesi de gerekmektedir. Aksi takdirde iş sahibi, programı gerektiği gibi kullanamayacağından, edim yerine getirilmiş olmaz. Bu sebeple, iş sahibinin başlangıçta desteklenmesi ve eğitilmesi bilgisayar programı imâl sözleşmesinde imâl edenin yükümlülüklerindendir¹³⁴.

¹³² Slongo, 1991, 43.

¹³³ Slongo, 1991, 45.

¹³⁴ Slongo, 1991, 45-46.

3.2. BİLGİSAYAR PROGRAMI İMÂL SÖZLEŞMESİNİN HUKUKÎ NİTELİĞİNİN BELİRLENMESİNDE TİP MESELESİ

3.2.1.Sözleşmede Tip Meselesi

3.2.2.1. Genel Olarak

Tip, birbirine benzeyen sosyal olayların ortak karakteristik unsurlarını birleştiren bir kavramdır. Tip, bunu yaparken de, bu sosyal olayların niteliklerini, özelliklerini ve yapı farklılıklarını ortaya çıkarmaktadır. Tip, bir hukukî ilişkinin unsurlarını birbirinden bağımsız olarak basit bir şekilde yan yana birleştirmez. Bu unsurları, hukukî ilişkinin görevini, niteliğini ve yapı farklılığını dikkate alarak, kendine özgü anlamı çerçevesinde belirtir ve birleştirir. Tip, sözleşme ilişkilerini, görevlerini, niteliklerini ve yapı farklılıklarını açık ve seçik ortaya koymasından dolayı hukuk bilimi açısından çok önemlidir¹³⁵.

Sözleşmeler belirli bir amaca ulaşmak için yapırlar. Sözleşmeler hukuken değerli olan amaçlara ulaşmak için bir vasıta. Başka bir deyişle sözleşmelerin görevi istenilen amaca ulaşmaktır. Söz konusu amaçlara sözleşmeden doğan borçların ifası ile ulaşılabilir. Her sözleşmenin ortak unsuru olan bu hususlar, tek başına her bir sözleşmede özelleştirilmiş ve somutlaştırılmış şekilde bulunmaktadır. Meselâ, bir sözleşme bir bedel karşılığında bir malın devrini amaçlarken, başka bir sözleşme bir bedel karşılığında bir sonucu garanti etmektedir. Yukarıda belirtilen ortak hususların özelleştirilmesi ve somutlaştırılması sonucu, her sözleşme diğer sözleşmelerden farklı kendine özgü anlam ve muhtevaya sahip olmaktadır. Tip kavramı, bu sözleşmelerin kendine özgü yapıları içinde anlaşılmasını ve düzenlenmelerini sağlamaktadır¹³⁶.

Sözleşme tipine konu olan olaylar, kanunda düzenlenmeden önce hayatta var olan olaylardır. Kanun koyucu tarafından düzenlenen tipler, yeni meydana getirilmiş olmayıp, önceden hayatın içinde bulunan ilişkiler, kanun tarafından kavranmakta ve düzenlenmektedir. Kanunda yer alan sözleşme tipleri hayatta çok

¹³⁵ Larenz, K. (1969). *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin/Heidelberg/NewYork, s. 427 vd.; Tandoğan, H. (2008). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. C. I/1. İstanbul, s. 8; Kuntalp, E. (2013). *Karışık Muhtevalı Akit*. (2. Baskı). Ankara, s. 63; Pekgüçlü Karabulut, G. (2007). *Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret Sözleşmesi*. Ankara, s. 78.

¹³⁶ Kuntalp, 2013, 63-64.

sık tekrarlanmaları sebebiyle düzenlenmişlerdir. Ancak unutulmamalıdır ki, kanunda bir sözleşme tipinin düzenlenmemiş olması, bu sözleşme tipinin hayatta yer almadığı anlamına gelmez. Hayatın içerisinde özellikle tarafların iradesi ile oluşturulan veya örf adetten doğan, ancak kanun tarafından düzenlenmemiş sözleşmeler de bulunmaktadır¹³⁷.

Kanun koyucu, hayatın içerisinde doğmuş olan sözleşme ilişkilerini, bir takım ahlâkî ve politik değerleri dikkate alarak aynen düzenlemez. Hatta zaman zaman bu ilişkilerden uzaklaşarak da düzenleme yapabilmektedir. Bu sebeple, hayatın içerisinde aynı olan ilişkiler, farklı ülkelerde farklı şekilde düzenlenmektedir. Sonuç olarak kanundaki sözleşme tipleri önce hayatın içerisinde doğmakta, daha sonra kanun koyucunun değerlendirilmesinden geçerek tespit edilmektedir. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, kanundaki sözleşme tipleri, ne hayatın içerisinde yer alan ilişkilerin bir kopyasıdır, ne de kanun koyucu tarafından serbestçe düzenlenmişlerdir¹³⁸.

3.2.1.2. Sözleşmede Tip Kavramının Özellikleri

Tip, birbirine benzeyen sosyal olayların ortak unsurlarını, özelliklerini, niteliklerini ve farklılıklarını dikkate alarak birleştiren bir bütündür. Söz konusu sosyal olayların unsurları tek tek değerlendirildiğinde bir anlam ifade etmez. Bunlar ancak bir bütün halinde anlamlı olmaktadır¹³⁹.

Tip, sadece tek bir sözleşmeyi düzenlemez. Hayatın içerisinde çok karşılaşılan sözleşmeleri düzenlemektedir. Birbirine benzeyen ve birbirine uygun unsurları olan somut sözleşmeleri genel bir isim altında toplamaktadır. Başka bir ifade ile tip, birbirine benzeyen bu sözleşmeleri bir plan dâhilinde genel bir düzene sokmaktadır¹⁴⁰.

“Tip” ve “kavram” birbirinden farklıdır. “Tip” de “kavram” gibi genel ve soyuttur. Ancak “kavram” gerçekleşmesi mümkün olayları kapsamaktadır. “Kavramın” kapsamına girecek olayların gerçekleşmesi şart değildir. Mümkün olması yeterlidir. Bir olayın “tip” in konusu olabilmesi için ise gerçekleşmiş olması gerekmektedir. “Tip”, hayatın içerisindeki gerçekleşmiş olayları veya devamlı

¹³⁷ Larenz, 1969, 431; Tandoğan, 2008, 8; Kuntalp, 2013, 65.

¹³⁸ Kuntalp, 2013, 65-66; Larenz, 1969, 432.

¹³⁹ Kuntalp, 2013, 66; Pekgüçlü Karabulut, 2007, 81.

¹⁴⁰ Larenz, 1969, 428; Kuntalp, 2013, 75; Pekgüçlü Karabulut, 2007, 81.

uygulanen sözleşme ilişkilerini kapsamaktadır. “*Tip*”, mümkün olduğunca gerçeği esas almaya çalışmaktadır¹⁴¹.

Tip, özel bir ilişkiyi genel bir şekilde düzenlemektedir. Tip, birbirine benzer ve uygun ilişkileri, kendine özgü anlamları içinde açıkça ortaya koymaktadır. Başka bir ifade ile tip, bütün sözleşme ilişkilerini değil, bu ilişkilerin bir türünü düzenlemektedir. Her tipik sözleşme kendine has özelliklerinden dolayı diğerlerinden farklıdır. Bu açıdan değerlendirildiğinde tip, bir sözleşme ilişkisini genel olarak düzenlemektedir. Kısacası tip, çeşitli sözleşme ilişkilerinden bir tanesini kendine özgü unsurları, özellikleri ve nitelikleri çerçevesinde genel olarak düzenlemektedir. Özel bir durumu düzenlemesi açısından değerlendirildiğinde tip, somut olarak değerlendirilebilir. Ancak tip, kendisine uyan bütün somut ilişkileri kapsamı açısından da geneldir. Bu kısa açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, tip tam olarak somut değildir. “*Tip*”, “*kavrama*” göre somut, kişiler arasındaki ilişkiler açısından ise soyuttur¹⁴².

3.2.1.3. Tipin Açık veya Kapalı Olması

Tipte tek tek unsurlar bir değer ifade etmemelerinden dolayı, her somut olayda bu unsurların bulunması şart değildir. Somut olayın tipin kapsamına girebilmesi için tipin açıkladığı anlam yapısına uygun bir yapıya sahip olması yeterlidir. Bu sebeple, somut olayda tipin bazı unsurları bulunmayabilir veya sınırlandırılmış olabilir¹⁴³.

Tipin unsurları kesin çizgilerle tespit edilmemiş ve bu unsurlar değiştirilebilir nitelikte ise, “*açık tipten*” söz edilmektedir. Açık tip, belli bir niteliği, özelliği ve yapı bakımından farklılıkları olan ilişkilerin ortaya çıkabilmesi için, unsurların nasıl birbirine bağlanmalarının gerektiğini açıklamaktadır¹⁴⁴. Açık tipin unsurları değiştirilebilmekte ve kendi içinde farklılaşabilmektedir. Bundan dolayı, devamlı bir gelişme içinde olan sosyal hayata ve olaylara kolaylıkla uyum sağlamaktadır. Ancak sınırlarının kesin olmaması ve değişken olması hukukun gerektirdiği açıklığın sağlanmasını engelleyebilmektedir¹⁴⁵.

¹⁴¹ Thewalt, 2004, 57-58; Kuntalp, 2013, 75-76; Pekgüçlü Karabulut, 2007, 81-82.

¹⁴² Larenz, 1969, 429-430; Pekgüçlü Karabulut, 2007, 82; Kuntalp, 2013, 76-77.

¹⁴³ Larenz, 1969, 440; Kuntalp, 2013, 70-71.

¹⁴⁴ Kuntalp, 2013, 70.

¹⁴⁵ Kuntalp, 2013, 78.

Açık tipte, somut olayın tipin kapsamına girebilmesi için, söz konusu olayda bulunması gerekli unsurların tamamının bulunmasına gerek yoktur. Somut olay, az ya da çok uygun düşüyorsa tipin kapsamına girmektedir¹⁴⁶.

Kanun koyucu, hayatın içerisinde doğmuş açık tipi ele alıp, unsurlarını tespit ederek ona kesin bir şekil veriyor ve unsurlarını da belirleyerek tipi tanımlıyorsa, bu durumda “*kapalı tipin*” varlığından söz edilmektedir. Somut olaylar ancak uygun düştüğü ölçüde bir tip altında toplanabilmektedir. Bu tipin kapsamına giren bütün ilişkilere de aynı kurallar uygulanmaktadır¹⁴⁷. Türk Borçlar Kanunu’ndaki sözleşme tipleri, kanun koyucu, sözleşme tiplerini tanımladığı için kural olarak “*kapalı tip*” içinde değerlendirilebilir. Kanun koyucu sözleşme tiplerinin tanımını bunların esaslı unsurlarını belirterek yapmaktadır¹⁴⁸.

Kanun koyucu, sözleşme tiplerini aynî haklarda olduğu gibi mutlak kapalı tip şeklinde düzenlememiştir. Kanun koyucunun tanıdığı sözleşme özgürlüğü sebebiyle açık tipin bir özelliği olarak sözleşme tipleri kendi içinde farklılaşabilmektedir¹⁴⁹.

Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde(TBK md. 26)¹⁵⁰, taraflar kanunda düzenlenmiş olan bir sözleşme tipinin hükümlerini emredici olmamaları şartıyla değiştirebilirler. Buradan da anlaşılacağı üzere, sözleşme özgürlüğü emredici hükümlerle sınırlıdır. Bir sözleşme tipinin unsurları; esaslı unsurlar, tabî unsurlar ve talî unsurlar olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Esaslı unsurlar, bir sözleşme tipinde bulunması zorunlu olan unsurlardır. Bu unsurlardan bir tanesinin yokluğu veya değiştirilmesi o sözleşmeyi, söz konusu sözleşme tipinin kapsamının dışına çıkarmaktadır. Tabî unsurlar ve talî unsurlar tarafların iradesi ile değiştirebilen, değiştirildiğinde de sözleşme tiplerini etkilemeyen unsurlardır. Buna göre; kanunda öngörülen belirli bir sözleşme tipini yapmak isteyen taraflar, o sözleşme tipinin esaslı unsurları konusunda anlaşmak zorundadırlar. Esaslı unsurlarda bir değişiklik yapılırsa söz konusu sözleşme tipinin varlığından söz edilemez. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere tabî unsurlar ile tali unsurlar değiştirilebilir. Bu çerçevede değerlendirildiğinde kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerinin “*nisbî*

¹⁴⁶ Kuntalp, 2013, 71.

¹⁴⁷ Larenz, 1969, 441; Kuntalp, 2013, 79.

¹⁴⁸ Kuntalp, 2013, 80-81.

¹⁴⁹ Kuntalp, 2013, 92.

¹⁵⁰ Başpınar, V. (1998). *Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı*. Ankara, s. 13; Eren Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Ankara 2014, s. 297; Tekinay, S. S., Akman, S., Burcuoğlu, H. ve Altop, A. (1993). *Tekinay Borçlar Hukuku*. İstanbul, s. 59.

açık” karakterde olduğu söylenebilir. Çünkü sözleşme tiplerine ilişkin hükümler emredici olmamaları şartıyla değiştirilebilmektedir. Bu da göstermektedir ki, esaslı unsurlarla sınırlı olmak şartıyla, sözleşme tipleri kendi içinde farklılaşabilmektedir¹⁵¹.

Açık tip söz konusu olduğunda, tipler arasında açık ve kesin sınırlar koymak mümkün olmamaktadır. Bu durumda hukukî güvenlik ve yargı kararlarının yeknesaklığı zedelenebilir. Bununla birlikte sosyal hayat sürekli değişmektedir ve buna uyum sağlamak gerekmektedir. Bu sebeple kanun koyucu, sadece esaslı unsurları belirlemiş ve bu esaslı unsurlara göre sözleşmeleri bir tip altına toplamıştır. Böylelikle hukukî güvenliği ve yargı kararlarının yeknesaklığını sağlamaya çalışmıştır. Bunun yanında esaslı unsurlarla sınırlı olmak şartıyla, sözleşme tiplerinin kendi içinde farklılaşabilmelerine imkân tanıyarak, hukukun, hayatın gelişimine uyum sağlamasına imkân vermiştir¹⁵².

3.2.2. Tipik Sözleşme Ve Atipik Sözleşme

3.2.2.1. Tipik Sözleşme

Kanunda düzenlenmiş olan sözleşmelere tipik sözleşme denir. Bu sözleşmeler Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiş olabileceği gibi, diğer kanunlarda tanzim edilmiş olabilir. Kanunda düzenlenmiş olan bu sözleşmelere belirli bir isme ve tipe sahip oldukları için isimli sözleşme de denmektedir¹⁵³. Bir sözleşmenin sadece isminin kanunda geçmiş olması, onu isimli sözleşme haline getirmez. Bir sözleşmenin isimli sözleşme olarak değerlendirilebilmesi için, kanunda sözleşmenin esaslı unsurları, tarafların hakları ve borçları ile hüküm ve sonuçlarının da düzenlenmiş olması gerekmektedir¹⁵⁴.

¹⁵¹ Pekgüçlü Karabulut, 2007, 82; Kuntalp, 2013, 92-94.

¹⁵² Kuntalp, 2013, 95.

¹⁵³ Oktay, S. (1996). İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması. *İHFM*, s. 263; Eren, F. (2014). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. (17. Baskı). Ankara, s. 207; Gümüş, M. A. (2013). *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. C. I. (3. Baskı). İstanbul, s. 4.

¹⁵⁴ Aral, F. ve Ayrancı, H. (2014). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. (10. Bası). Ankara, s. 54; Eren, F. (2008). İsimli Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar. *Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan*. İstanbul, s. 86; Oktay, 1996, 264; Gümüş, 2013, 4.

3.2.2.2. Atipik Sözleşme

Borçlar Kanunu'nda ve diğer kanunlarda düzenlenmemiş olan sözleşmelere atipik veya isimsiz sözleşme denir. Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olan sözleşme özgürlüğü, özellikle sözleşmenin tipini belirleme özgürlüğü çerçevesinde taraflar emredici hükümlere aykırı olmamak şartıyla diledikleri gibi sözleşme yapabilirler. Bu tür sözleşmelere, kanundaki tipe uymadıkları için atipik veya isimsiz sözleşme denir¹⁵⁵.

Atipik sözleşmeler, kanunda düzenlenmiş olan tipik sözleşmelerin unsurlarının bir araya getirilmesiyle yapılabileceği gibi, kanunda düzenlenmiş tipik sözleşmelerin unsurlarına benzemeyen tamamen farklı unsurlar taşıyan sözleşmeler olarak da yapılabilmektedir. Kanunda düzenlenmiş olan sözleşme tiplerine ait olan unsurların özellikle esaslı unsurlarının, kanunun öngörmediği bir şekilde bir araya getirilmesiyle oluşturulan sözleşmelere "*karma sözleşme*" denmektedir¹⁵⁶. Karma sözleşmeyi oluşturan tipik sözleşmelere ait olan unsurlar, bağımsızlıklarını kaybederek, yeni bir sözleşme içinde karışıp birleşerek bir bütün oluşturmaktadırlar¹⁵⁷. Atipik sözleşmelerin bir başka türü ise "*kendine özgü yapısı olan sözleşmeler*"dir. Kendine özgü yapısı olan sözleşmeler, kanunda düzenlenmiş olan sözleşmelerin unsurlarına benzemeyen, tarafların kararlaştırdıkları yeni unsurlar taşıyan, bu yeni unsurların bir araya getirilmesi ile oluşturulan sözleşmelerdir. Bu tür sözleşmelerin unsurları kısmen veya tamamen kanunda düzenlenmiş olan sözleşmelerde mevcut değildir¹⁵⁸. Atipik sözleşme olarak değerlendirilen bir başka sözleşme türü ise "*bileşik sözleşmeler*"dir. Bileşik sözleşme, birbirinden bağımsız ve farklı olan sözleşmelerin, özelliklerini ve niteliklerini kaybetmeden birleştirildiği sözleşmelerdir. Bileşik sözleşmede birden fazla sözleşme bağımsızlıklarını yitirmeden bir araya gelmektedir. Ancak bir araya

¹⁵⁵ Eren, F. (2014a). *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara, s. 18; Arat, A. (2006). İsimli Sözleşmelerin Tamamlanması. EÜHFD, C. I, S. 2, s. 241; Kocayusufpaşaoğlu, N., Hatemi, H., Serozan, R. ve Arpacı, A. (1992). *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*. İstanbul, s. 35-36; Yavuz, C. (2014). *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. (11. Baskı). İstanbul, s. 22; Zevkliler, A. ve Gökyayla, E. K. (2014). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. (14. Baskı). Ankara, s. 10; Oktay, 1996, 263; Tandoğan, 2008, 12; Eren, 2014, 207; Aral ve Ayrancı, 2014, 54; Gümüş, 2013, 4.

¹⁵⁶ Eren, 2008, 91; Arat, 2006, 243; Oktay, 1996, 273-274; Tandoğan, 2008, 12, 68; Yavuz, 2014, 24; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, 1992, 44 vd.; Aral ve Ayrancı, 2014, 58; Eren, 2014, 207-208; Gümüş, 2013, 8; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 18; Eren, 2014a, 23.

¹⁵⁷ Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, 1992, 44; Eren, 2014, 208; Eren, 2014a, 23.

¹⁵⁸ Arat, 2006, 243; Gümüş, 2013, 11; Eren, 2008, 99; Oktay, 1996, 275; Tandoğan, 2008, 12-13; Aral ve Ayrancı, 2014, 57; Eren, 2014, 209; Yavuz, 2014, 28; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, 1992, 50; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 12; Eren, 2014a, 33.

gelen bu sözleşmelerin varlık ve geçerliliği diğer sözleşmenin varlık ve geçerliliğine bağlı olmaktadır¹⁵⁹. Meselâ; A, sahibi olduğu et lokantasını B'ye kiralayıp, yemekler için kullanılacak etleri de kendisinde alması konusunda onunla anlaşırca bileşik sözleşmenin varlığından söz edilmektedir. Bir müteahhidin inşaat halindeki bir binanın elektrik işlerini bir bedek karşılığında yapmayı borçlanırken, bina sahibinin de bu binanın bir dairesini belirli bir bedel karşılığında satmayı borçlanması halinde de bileşik sözleşme vardır¹⁶⁰.

Bileşik sözleşmeler iki farklı sözleşmeyi ihtiva edebileceği gibi, daha fazla sözleşmeyi de içinde bulundurabilir. Meselâ, A, B'ye karşı B'nin iki evinden birini satın alırken, diğerini kiralamayı; arsası üzerinde de bir villa inşa etmeyi taahhüt etmişse, bu bileşik sözleşmenin içinde satım, kira ve istisna sözleşmesi olmak üzere üç farklı sözleşme bulunmaktadır¹⁶¹.

3.3. ESER SÖZLEŞMESİ VE BİLGİSAYAR PROGRAMI İMÂL SÖZLEŞMESİNİN KANUNDAKİ ESER SÖZLEŞMESİNE UYGUNLUĞU

3.3.1. Eser Sözleşmesi Ve Unsurları

3.3.1.1. Eser Sözleşmesinin Tanımı

Türk Borçlar Kanunu'nun 470. maddesine göre; *"Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir."* Eski Borçlar Kanunu'nda "istisna sözleşmesi"¹⁶² olarak tanımlanan eser sözleşmesi, belirli bir sonucun garanti edildiği bir iş görme sözleşmesidir¹⁶³. Eser sözleşmesinin konusunu sadece yeni

¹⁵⁹ Eren, 2008, 100; Yavuz, 2014, 22; Arat, 2006, 244; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, 1992, 41; Tandoğan, 2008, 75; Aral ve Ayrancı, 2014, 61; Oktay, 1996, 275; Eren, 2014, 209; Gümüş, 2013, 6; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 21; Eren, 2014a, 35-36.

¹⁶⁰ Başpınar, 1998, 67-68.

¹⁶¹ Başpınar, 1998, 68.

¹⁶² Mecellenin 124. maddesinde istisna sözleşmesi şu şekilde tanımlanmaktadır: *"İstisna', bir şey yapmak üzere ehl-i san'at ile akd-i mukavele etmektir ki yapana sani', ve yaptırana mustasni', ve yapılan şeye masnu' denilir."*

¹⁶³ Gauch, P. (2011). *Der Werkvertrag*. (5. Auflage). Zürich, Rn. 7; Honsell, H. (2010). *Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil*. (9. Auflage). Bern, s. 280; Huber, F. ve Schwendener, N. (2009). *OR Kommentar zum Schweizerisches Obligationenrecht*. Art. 363-379. Zürich, Art. 363, N. 1; Baygın, C. (1999). *Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler*. İstanbul, s. 4; Erzurumluoğlu, E. (2013). *Sözleşmeler Hukuku*. (3. Baskı). Ankara, s. 130; Gümüş, M. A. (2014). *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. C. II. (3. Baskı). İstanbul, s.

bir eser meydana getirilmesi oluşturmaz. Mevcut bir eserin değiştirilmesi, onarılması, bakımı veya ortadan kaldırılması da eser sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır¹⁶⁴.

3.3.1.2. Eser Sözleşmesinin Unsurları

3.3.1.2.1. Eser

Eser sözleşmesinde yüklenici belirli bir edim sonucunu borçlanmaktadır. Eser sözleşmesinde borçlanılan veya garanti edilen bu sonuca eser denmektedir¹⁶⁵.

Bazı yazarlar¹⁶⁶ tarafından, eser sözleşmesinin konusunu oluşturan “eser” kavramının maddî bir varlığa sahip olması gerektiği savunulmaktadır. Ancak hâkim görüş, maddî olmayan varlıkları da eser sözleşmesinin konusunu oluşturan “eser” olarak kabul etmektedir¹⁶⁷. Eser sözleşmesinin konusuna maddî olmayan

1; Tandoğan, H. (2010). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. C. II. İstanbul, s. 1; Öz, T. (1989). *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*. İstanbul, s. 3; Kurt, Leyla Müjde; Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara, 2012, s. 27; Tandoğan, H. (1970). İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırdedilmesi. *İmran Öktem'e Armağan*. Ankara, s. 311; Becker, H. (1934). İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi (Çev. Dura, A. S.). Bern, s. 587; Kurşat, Z. (2009). Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükmü. *İÜHFM*, C. LXVII, S. 1-2, s. 145; Usta, S. (2010). Eser Sözleşmesinin Konusu Özellikleri ve Tarafları. *İBD*, C. 84, S. 6, s. 3520; Aral ve Ayrancı, 2014, 333; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 473; Eren, 2014a, 579.

¹⁶⁴ Büyükay, Y. (2014). *Eser Sözleşmesi*. (2. Bası). Ankara, s. 35; Erzurumluoğlu, 2013, 167; Aral ve Ayrancı, 2014, 333; Gümüş, 2014, 1; Yavuz, 2014, 961; Tandoğan, 2010, 23; Honsell, 2010, 280; OR/Huber/Schwendener, Art. 363, N. 1.

¹⁶⁵ Şenocak, Z. (2002). *Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*. Ankara, s. 12; Akkurt, S. S. (2008). Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi. *DEÜHFD*, C. 10, S. 2, s. 34; Canbolat, 2009, F. (2009). *İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları*. Ankara, s. 6; Acar, F. (2013). Eser Sözleşmesinde Eserin Tamamlama Oranı ve Bu Oranın Etkileri. *Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, S. 134. Web: <http://www.e-akademi.org/makaleler/facar.pdf>, s. 2; OR/Huber/Schwendener, Art. 363, N. 2; Gauch, 2011, Rn. 18; Becker, 1934, 589; Aral ve Ayrancı, 2014, 334-335; Yavuz, 2014, 956; Öz, 1989, 3; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 474; Kurşat, 2009, 147; Usta, 2010, 3521.

¹⁶⁶ Gautschi, G. (1967). *Berner Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch*. Bd. VI, Das Obligationenrecht, Abt. 2, Der Werkvertrag, Art. 363-379, Bern, Vorbem zu Art. 363-379, N. 1, 4; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, 1992, 353; Gümüş, 2014, 6.

¹⁶⁷ Zindel, G. G. ve Pulver, U. (2007). *Basler Kommentar zum Obligationenrecht I*. Art. 1-529 OR, 4. Auflage, Basel, Vor Art. 363-379, N. 1-2; Eren, F. (2001). *İnşaat Sözleşmeleri*. Ankara, s. 53; Uçar, A. (2003). *İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*. Ankara, s. 32; Altaş, H. (2002). *Eserin Tesliminden Önce Telef Olması*. Ankara, s. 54; Olgaç, S. (1977). *İstisna Akdi*. Ankara, s. 2; Gökyayla, E. (2009). *Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği*. İstanbul, s. 5-6; Becker, H. (1983). Eser(İstisna) Sözleşmesi (Çev. Dura, A. S.). *YD*, C. 9, S. 3, s. 311; Aral ve Ayrancı, 2014, 335; Erzurumluoğlu, 2013, 167; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 475; Yavuz, 2014, 957; Tandoğan, 2010, 17 vd.; Baygın, 1999, 8; Kurt, 28-29; Büyükay, 2014, 32; Canbolat, 2009, 12; Şenocak, 2002, 17; Becker, 1934, 589; Tandoğan, 1970, 314; Akkurt, 2008, 35; Honsell, 2010,

sonuçların da dâhil edilmesi Alman Medenî Kanunu'na da uygundur. Gerçekten de, Alman Medenî Kanunu § 631/II. hükmüne göre; eser sözleşmesinin konusu bir şeyin imâli veya değiştirilmesi olabileceği gibi, ayrıca bir hizmet ve çalışmanın diğer sonuçları da olabilir¹⁶⁸. Çünkü Alman Medenî Kanunu § 662 hükmüne göre, vekâlet ücretsiz bir sözleşme olduğundan, ücretli bir faaliyet eser veya hizmet sözleşmesine dâhil edilmektedir¹⁶⁹. İsviçre Federal Mahkemesi de 1937 yılında verdiği bir kararında¹⁷⁰, maddî olmayan sonuçları eser sözleşmesinin konusu olarak kabul etmiştir. Ancak daha sonraki bir kararında¹⁷¹ maddî varlığı olan şeylerin eser sözleşmesinin konusu olabileceğini hükme bağlamıştır. İsviçre Federal Mahkemesi bu kararının eleştirilmesi¹⁷² sonucunda, tekrar eski görüşü olan maddî olmayan sonuçların da eser sözleşmesinin konusunu oluşturabileceği görüşüne dönmüştür¹⁷³.

Eser kavramını maddî olmayan varlıkları da dâhil ederek geniş yorumlayan bir görüşe göre¹⁷⁴; eser sözleşmesinin ayırt edici özelliği, taahhüt edilen sonucun maddî bir cisim olmasından ziyade, belirli bir emek sonucunun bir karşılık alınarak garanti edilmesidir. Eser sözleşmesinde önemli olan, yüklenicinin bir sonuç rizikosunu taşımasıdır. Bu sonuç rizikosunun taşınabilmesi için eserin maddî bir varlığa sahip olup olmamasının bir önemi yoktur.

Eser sözleşmesinin konusuna maddî olmayan varlıkları da dâhil eden görüşler arasında da bir bütünlük yoktur. Bir görüşe göre¹⁷⁵; maddî olmayan

280; OR/Huber/Schwendener, Art. 363, N. 2; Gauch, 2011, Rn. 24; Eren, 2014a, 583; Kuşat, 149; Usta, 2010, 3523.

¹⁶⁸ Sprau, 2011, H. (2011). *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*. München, §631, Rn. 7; Peters, F. ve Jacoby, F. (2008). *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz*. Buch 2, § 631-651. Berlin, § 631, Rn. 1; Busche, J. (2009). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Bd. IV, §631-651. München, §631, Rn. 1; Schwenker, H. C. (2011). *Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar*. Bd. I. Köln, §631, Rn. 1; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, 1992, 348; Tandoğan, 2010, 4; Aral ve Ayrancı, 2014, 336.

¹⁶⁹ Başpınar, V. (2004.) *Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu*. (2. Baskı). Ankara, s. 2.

¹⁷⁰ BGE 64 II 12, Aral ve Ayrancı, 2014, 336; Tandoğan, 2010, 3.

¹⁷¹ BGE 98 II 311, Gauch, 2011, Rn. 37; Aral ve Ayrancı, 2014, 336; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, 1992, 350.

¹⁷² Jaeggi, P. (1973). Bemerkungen zu einem Urteil über Architektenvertrag. *SJZ*, s. 301.

¹⁷³ BGE 109 II 34, Aral ve Ayrancı, 2014, 336; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, 1992, 350.

¹⁷⁴ Y. 15. HD., 06.02.2009 T., E. 2008/7916, K. 2009/599, Karadaş, İ. (2013). *Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri*. Ankara, s. 34-35; Ateş, M. (2012). İstisna(Eser) Sözleşmesi Kapsamında Meydana Getirilen Eser Üzerindeki Fikrî Haklar. *BATİDER*, C. XXVIII, S. 1, s. 46; Tandoğan, 2010, 7; Uçar, 2003, 33; Canbolat, 2009, 12; Büyükkay, 2014, 32; Kurt, 33; Şenocak, 2002, 17; Tandoğan, 1970, 314; Eren, 2014a, 586.

¹⁷⁵ Gauch; Rn. 42-45; Tandoğan, 2010, 19; Aral ve Ayrancı, 2014, 337; Altaş, 2002, 56; Canbolat, 2009, 12; Yavuz, 2014, 958; Öz, 1989, 7; Usta, 2010, 3523; Kuşat, 149.

varlıkların eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilmesi için, belirli bir ölçüde maddî bir varlıkta kendini göstermeli ve devamlılık unsuru taşınmalıdır. Diğer görüşe göre ise¹⁷⁶ maddî olmayan varlığın maddî bir şekilde kendini göstermesine gerek yoktur. Maddî varlıkta kendini gösterme unsuru eser sözleşmesinin talî nitelikte unsurudur ve taraf iradelerine uygulanacak hukuk kurallarının belirlenmesinde ölçüt değildir. Bunun sonucu olarak da fikrî eser ve fikrî eser sözleşmesi (Geist-Werkvertrag) kavramının ortaya çıktığı belirtilmektedir¹⁷⁷.

Türk Hukuku'nda Yargıtay uygulamasına bakıldığında da maddî olmayan varlıkların eser sözleşmesinin konusuna dâhil edildiği görülmektedir. Yargıtay Başkanlar Kurulu bir kararında¹⁷⁸; belirli bir gündelik karşılığında gazinoda şarkı söylemeyi taahhüt eden bir ses sanatçısı ile gazino sahibi arasındaki sözleşmeyi eser sözleşmesi olarak kabul etmiştir. Bu çerçevede Yargıtay; mimarî bir proje yapılmasına ilişkin sözleşmeyi eser sözleşmesi olarak nitelendirmekle birlikte¹⁷⁹; fizibilite raporunun hazırlanmasını¹⁸⁰, nikâh törenin video kaset ile görüntülenmesini¹⁸¹, bir film artistinin, meydana getirdiği filmin o sahnesini kendi sanat gücü ve yeteneği oranında gerçekleştirmesini¹⁸², bağımlı olmadan yaptığı işlerin bağımlı işlere nazaran üstün olduğu durumları eser sözleşmesi olarak kabul etmiştir.

Doktrinde maddî olmayan varlıkların eser sözleşmesinin konusu oluşturması açısından bazı yazarlar¹⁸³ tarafından iki tane sınırlandırma getirilmektedir. Bunlardan birincisi; maddî olmayan varlıklar ancak bir iş görme sonucu olarak taahhüt edilebiliyorsa, eser sözleşmesinin konusu oluşturabilirler. Bu çerçevede belirli bir sonucun taahhüt edilemeyeceği öğretim, dava ve tedavi konuları ile ilgili yapılan sözleşmeler eser sözleşmesi olarak nitelendirilemez¹⁸⁴.

¹⁷⁶ Kurt, 33; Şenocak, 2002, 17; Eren, 2014a, 587.

¹⁷⁷ Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, 1992, 349; Eren, 2014a, 588; Ayrıntılı bilgi için bkz., Zimmerman, Peter; Der Geist-Werkvertrag, Main, 1984.

¹⁷⁸ 23.2.1968, E. 12/K. 76, Aral ve Ayrancı, 2014, 337; Tandoğan, 2010, 17.

¹⁷⁹ Y. 15. HD., 11.2.1991, E. 2751/K. 526, Uygur, T. (1997). *İnşaat Hukuku Sözleşmeden Doğan Borçlar ve Eser Sözleşmesi*. C. I. Ankara, s. 329; Y. 15. HD., 20.9.1976, E. 2108/K. 3038, YKD, 1978, s. 423; Uyan, G. (2006). *İsviçre-Türk Hukukunda Mimari Proje Düzenleme Sözleşmesinin Hukuki Niteliği*. İstanbul, s. 86.

¹⁸⁰ Y. 15. HD., 20.6.1978, E. 644/K. 640, Karahasan, M. R. (1992). *Türk Borçlar Hukuku*. C. 6. İstanbul, s. 41

¹⁸¹ Y. 15. HD., 20.6.1989, E. 1742/K. 2970, Uygur, 1997, 329.

¹⁸² Y. 10. HD., 21.7.1974, E. 3612/K. 4738, Uygur, 1997, 332.

¹⁸³ Gökyayla, 2009, 7; Baygın, 1999, 11; Altaş, 2002, 56; Gauch, 2011, Rn. 42; Tandoğan, 2010, 21; Aral ve Ayrancı, 2014, 337; Yavuz, 2014, 959.

¹⁸⁴ Gauch, 2011, Rn. 43; Gökyayla, 2009, 7; Aral ve Ayrancı, 2014, 337-338; Baygın, 1999, 11; Tandoğan, 2010, 21; Yavuz, 2014, 959; Büyükkay, 2014, 34; Kurşat, 2009, 150-151.

Hasta ile doktor arasındaki tedavi ve genel cerrahi müdahalelere ilişkin sözleşmeler vekâlet sözleşmesi olarak kabul edilmektedir¹⁸⁵. Estetik amaçlı yapılan ameliyatlarda da, cerrahi müdahalenin şahsî karakter taşıması ve taraflar arasında belirgin bir güven ilişkisinin olması sebebiyle vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği savunulmaktadır¹⁸⁶. Bununla birlikte, Yargıtay bir kararında, burun estetik ameliyatında eser sözleşmesinin var olduğuna karar vermiştir. Yüksek Mahkeme bu kararında¹⁸⁷; davada dayanılan olgunun, burun estetik ameliyatı yapılmak suretiyle istenilen ve kararlaştırılan şekle uygun güzel bir görünüm kazandırılması olduğunu belirtmiştir. Bu olgunun, böyle bir sözleşmede belirli bir sonucun taahhüt edildiğini açıkça ve duraksamaya yer bırakmayacak şekilde ortaya koyduğunu hükme bağlamış ve bu sözleşmeyi eser sözleşmesi olarak nitelendirmiştir.

Maddî olmayan varlıkların eser sözleşmesinin konusunu oluşturması ile ilgili olarak doktrinde belirtilen ikinci sınırlandırma¹⁸⁸; maddî olmayan sonucun belirli ölçüde maddîlik kazanması gerektiği şeklindedir. Eser sözleşmesine ilişkin, özellikle eserin teslimi ve muayenesine ilişkin olan hükümlerin uygulanabilmesi için, maddî olmayan varlığın bir maddîlik kazanması, devamlılık arz eden bir şekilde ve görülebilir olması gerektiği savunulmaktadır. Meselâ, bir projenin bir kâğıtta, bir modelde veya fikrî bir eserin bilgisayar ortamında ya da diğer elektronik ortamlarda devamlılık arz eden bir maddîlik kazanması gerekmektedir¹⁸⁹.

Eser sözleşmesinin konusunun maddî olmayan varlıkları da kapsayacağını savunan bir görüşe göre¹⁹⁰; iş görme sonucunun maddî veya maddî olmayan nitelik taşıması, maddî bir şey üzerinde oluşması veya geçicilik arz etmesi önemli değildir. Önemli olan, iş görme sonucunun kendi içinde bir bütünlüğe sahip olması ve belirli ölçüde belirlenebilir olmasıdır. Bu görüşe göre¹⁹¹; eser sözleşmesinin ayırt edici özelliği; taahhüt edilen iş görme sonucunun maddî bir şey üzerinde kendini göstermesi değildir. Eser sözleşmesinin ayırt edici özelliği, kendi içinde bir

¹⁸⁵ Aral ve Ayrancı, 2014, 338; Gauch, 2011, Rn. 44.

¹⁸⁶ Kurşat, 2009, 153; Tandoğan, 2010, 21; Aral ve Ayrancı, 2014, 338; Yavuz, 2014, 959; Gauch, 2011, Rn. 44.

¹⁸⁷ 13. HD., 5.4.1993, E. 131/K. 2741, YKD, S. 1, 1994, s. 79.

¹⁸⁸ Baygın, 1999, 12; Altaş, 2002, 56; Aral ve Ayrancı, 2014, 338; Tandoğan, 2010, 21-22; Yavuz, 2014, 959; Gökyayla, 2009, 7; Gauch, 2011, Rn. 45.

¹⁸⁹ Gauch, 2011, Rn. 45; Aral ve Ayrancı, 2014, 338; Tandoğan, 2010, 21-22; Yavuz, 2014, 959; Baygın, 1999, 12;

¹⁹⁰ Şenocak, 2002, 17.

¹⁹¹ Şenocak, 2002, 18.

bütün oluşturan iş görme sonucunun, bir ivaz karşılığında yüklenici tarafından taahhüt edilmesi ve bu sonucun gerçekleşmeme rizikosunun üstlenilmesidir.

Maddî olmayan varlıkların eser sözleşmesinin konusunu oluşturacağını savunan bir başka görüşe göre ise¹⁹² maddî olmayan bir sonucun taahhüt edildiği iş görme sözleşmelerini eser sözleşmesi olarak kabul etmek bir zorunluluktur. Çünkü bu tür sözleşmeler vekâlet sözleşmesi olarak kabul edilirse, vekâlet sözleşmesinde taraflardan biri istediği zaman sözleşmeyi feshettiğinde, diğer tarafın sadece menfî zararları karşılanmaktadır. Ancak söz konusu hukuki ilişki eser sözleşmesi olarak kabul edildiğinde karşı tarafın hem menfî, hem de müspet zararları karşılanmaktadır.

Doktrindeki bir başka görüşe göre ise maddî olmayan iş görme sonuçlarını konu edinen sözleşmeleri bir eser sözleşmesi olarak kabul etmemekte ve bu tür sözleşmeleri kendine özgü(sui generis) sözleşme olarak nitelendirmektedir¹⁹³.

3.3.1.2.2. Eser Meydana Getirme

Eser sözleşmesinde, eser meydana getirmekten kasıt, sadece yeni bir eser meydana getirmek değildir. Yeni bir eser meydana getirmenin yanında, var olan bir eser üzerinde yapılan değişiklikler ve yenilemeler de eser sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır¹⁹⁴. Bununla birlikte, insan vücudu üzerinde yapılan çalışmalar da, belirli sonuç garantisi verilebiliyorsa eser sözleşmesinin konusu olabilmektedir. Meselâ; saç boyama, saç yapma veya manikür pedikür gibi çalışmalar da belirli sonuç garantisi olduğu için eser sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır¹⁹⁵.

¹⁹² Altaş, 2002, 54-55.

¹⁹³ Kocayusufoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, 1992, 353; Gümüş, 2014, 6.

¹⁹⁴ Usta, 2010, 3524; Zindel ve Pulver, 2007, Art. 363, N. 2-3; Kurt, 35-36; Baygın, 1999, 13; Şenocak, 2002, 13-14; Canbolat, 2009, 14-15; Karadaş, 2013, 35; Aral ve Ayrancı, 2014, 339; Tandoğan, 2010, 23-24; Altaş, 2002, 45-46; Gökyayla, 2009, 8; Yavuz, 2014, 961; Büyükcay, 2014, 35; Öz, 1989, 8-9; Olgaç, 1977, 3; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 478-479; Tandoğan, 1970, 320; Eren, 2014a, 589-590.

¹⁹⁵ Zindel ve Pulver, 2007, Art. 363, N. 2-3; Kurt, 35-36; Baygın, 1999, 13; Şenocak, 2002, 13-14; Canbolat, 2009, 14-15; Karadaş, 2013, 35; Aral ve Ayrancı, 2014, 339; Tandoğan, 2010, 23-24; Altaş, 2002, 45-46; Gökyayla, 2009, 8; Yavuz, 2014, 961; Büyükcay, 2014, 35; Öz, 1989, 8-9; Olgaç, 1977, 3; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 478-479; Tandoğan, 1970, 320; Eren, 2014a, 589-590.

3.3.1.2.3. Ücret

Yapılan iş karşılığında, iş sahibinin ücret ödeme borcu altına girmesi eser sözleşmesinin esaslı unsurlarından biridir. Sözleşmede ücret ödeme borcunun bulunması yeterlidir. Ücretin miktarının önceden tespit edilmesi şart değildir. TBK'nun 481. maddesine göre, ücret önceden belirlenmemişse veya yaklaşık olarak belirlenmişse, ücret, eserin yapıldığı yer ve zamandaki değeri ile yüklenicinin gidelerine bakılarak belirlenir¹⁹⁶.

Bir sözleşmede bir eser meydana getirme borcu ücretsiz olarak borçlanılırsa bu durumda eser sözleşmesi söz konusu olmaz. Eser meydana getirmenin ücretsiz borçlanıldığı sözleşmeleri vekâlet sözleşmesi olarak kabul edenler bulunmaktadır¹⁹⁷. Ancak kanaatimizce bu tür sözleşmeleri eser sözleşmesi benzeri isimsiz sözleşme olarak kabul eden görüşün¹⁹⁸ gerekçeleri daha sağlamdır.

3.3.1.2.4. Taraflar Arasında Anlaşma

Eser sözleşmesi, rızaî bir sözleşmedir. Bu sebeple, sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların bir ücret karşılığına belirli bir eser meydana getirilmesi konusunda anlaşması gerekmektedir. Eser sözleşmesinin tarafları yüklenici ve iş sahibidir (TBK md. 470). Eser sözleşmesinin kurulabilmesi için tarafların yukarıda belirtilen hususlarda anlaşmış olması yeterlidir. Ücretin miktarının kararlaştırılmış olması veya ücretin belirlenmesine ilişkin unsurların gösterilmiş olması şart değildir¹⁹⁹.

¹⁹⁶ OR/Huber/Schwendener, Art. 363, N. 11; Gauch, 2011, Rn. 110; Zindel ve Pulver, 2007, Art. 363, N. 4; Becker, 1934, 591; Aral ve Ayrancı, 2014, 340; Usta, 2010, 3525; Baygın, 1999, 14-15; Yavuz, 2014, 961-962; Gökyayla, 2009, 10; Karadaş, 2013, 35-36; Tandoğan, 2010, 24 vd; Altaş, 2002, 43-44; Becker, 1983, 312; Canbolat, 2009, 13; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 481, Büyükcay, 2014, 35-36; Kurt, 36-37; Olgaç, 1977, 4; Eren, 2014a, 591; Akkurt, 2008, 37; Kurşat, 2009, 154.

¹⁹⁷ Karadaş, 2013, 35.

¹⁹⁸ Honsell, 2010, 306; Zindel ve Pulver, 2007, Art. 363, N. 6; OR/Huber/Schwendener, Art. 363, N. 11; Gökyayla, 2009, 11; Canbolat, 2009, 16; Gauch, 2011, Rn. 115; Aral ve Ayrancı, 2014, 340; Tandoğan, 2010, 24 vd; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 482; Büyükcay, 2014, 36; Baygın, 1999, 15.

¹⁹⁹ Eren, 2014a, 591; Usta, 2010, 3528; Tandoğan, 1970, 324; Gökyayla, 2009, 11; Canbolat, 2009, 19; Gümüş, 2014, 7; Altaş, 2002, 46; Karataş, 36; Aral ve Ayrancı, 2014, 340; Tandoğan, 2010, 28; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 483; Büyükcay, 2014, 37; Kurt, 38; Yavuz, 2014, 962; Baygın, 1999, 17.

3.3.2. Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesinin Kanundaki Eser Sözleşmesine Uygunluğu

Bilgisayar programı imâl sözleşmesini eser sözleşmesi olarak kabul eden görüşe göre²⁰⁰; eser sözleşmesinde yüklenici bir ücret karşılığında bir eser meydana getirmeyi borçlanmaktadır. Yüklenici, eser sözleşmesinde bir edim fiilini değil, edim sonucunu borçlanmaktadır. Çünkü eser sözleşmesinde sonuç sorumluluğu (Erfolgshaftung) söz konusudur. Eser sözleşmesinin konusu maddî varlıklar olabileceği gibi maddî olmayan varlıklar da olabilmektedir. Bilgisayar programı imâl sözleşmesinde de imâl eden iş sahibine karşı bir edim sonucunu, başka bir ifade ile talep edilen bilgisayar programını imâl etmeyi borçlandığı için eser sözleşmesi olarak kabul edilmelidir.

Doktrindeki bir görüşe göre²⁰¹; maddî olmayan bir niteliğe sahip olan bilgisayar programı, elektronik bir bilgi taşıyıcısı ile fark edilebilir olduğundan ve somutlaştığından eser sözleşmesinin unsurlarına uygundur. Aynı görüşe göre; imâl edilen bilgisayar programının iş sahibine bir bilgi taşıyıcısı ile devredilmesi veya iş sahibinin bilgisayarına doğrudan yüklenmesi, bilgisayar programı imâl sözleşmesinin eser sözleşmesi olması özelliğini değiştirmez. Bir bilgisayar programı imâl etmek de, mevcut bir standart bilgisayar programını geliştirmek de eser sözleşmesi olarak değerlendirilmektedir. Söz konusu görüşe göre²⁰²; bilgisayar programı imâl sözleşmesinde gerekli olan, tarafların ortak çalışması ve sıkı ilişki içerisinde olması hususu eser sözleşmesinin doğasına aykırı değildir. Aksine bu şekilde sıkı bir ilişki ve beraber çalışma, eser sözleşmesinde taraflar arasındaki hukukî ilişkinin de bir gereğidir. Bilgisayar programı imâl sözleşmesinde, imâl edenin kullanıcı belgelerini iş sahibine vermesi gerekebilir

²⁰⁰ Klunzinger, E. (2011). *Einführung in das Bürgerliche Recht*. München, s. 444; Turgut, Ş. (2009). *Bilgisayar Programlarının Hukukî Niteliği ve Vergilendirilmesi*. Ankara, s. 25-26; Bauer, I. M. ve Witzel, M. (2003). Individualsoftwareerstellung. *ITRB*, s. 63; Rehmann, W. A. (1989). Herstellung von Individualanwendersoftware. *CR*, s. 961; Ihde, R. (1999). Das Pflichtenheft beim Softwareerstellungsvertrag. *CR*, s. 409-414. s. 409; Otto, D. (2008). *Recht für Software- und Webentwickler*. Bonn, s. 98; Bartl, H. (1988). Rechtliche Problematik der Softwareverträge. *BB*, s. 2124; Heppner, H. (1997). *Software-erstellungsverträge*. Köln, s. 60; Bömer, R. (1988). Die Pflichten im Computersoftwarevertrag. München. s. 46-47; Engel, F-W. (1985). Mängelansprüche bei Software-Verträgen. *BB*, s. 1161; Fritzsche, 1995, 501; Şenocak, 2002, 17; Gauch, 2011, N. 334; Bartsch, 1992, 397; Diedrich, 2002, 478; Malzer, 1991, 266; Martinek, 1993, 17-18; Redeker, 2007, Rn. 296; Uçar, 2003, 34; Ateş, 2012a, 47; Hoeren, 2007, 66; Krause, 1991, 10-11; Gauch, 2011, Rn. 34; Kaelin, 2002, 190; Acar, 2013, 1; Kurşat, 2009, 149.

²⁰¹ Gauch, 2011, Rn. 334.

²⁰² Gauch, 2011, Rn. 335.

veya sözleşmede bu bir borç olarak da kararlaştırılabilir. Bununla birlikte imâl eden, bilgisayar programının kaynak kodunu da devretmeyi borçlanmış olabilir. Sözleşmedeki edimin bu şekilde genişletilmesi de bilgisayar programı imâl sözleşmesinin, eser sözleşmesi karakterini değiştirmeyeceği savunulmaktadır²⁰³.

Alman Federal Mahkemesi, 1971 yılında verdiği bir kararında bilgisayar programı imâl sözleşmesini eser sözleşmesi olarak kabul etmiştir²⁰⁴. Daha sonraki kararlar da bu görüşü desteklemiştir²⁰⁵. Ancak bu kararda eser sözleşmesi olarak kabul edilmesi tam anlamıyla gerekçelendirilmemiştir. O dönemde doktrinde de bu konuda görüş bulunmadığından başka bir gerekçe olmadan eser sözleşmesi olarak kabul edilmiştir²⁰⁶. Alman Borçlar Hukuku'nda yenilik yapılmadan önce doktrindeki büyük bir çoğunluk da bilgisayar programı imâl sözleşmesini eser sözleşmesi olarak kabul etmiştir. Bu yazarlar, bilgisayar programı imâl sözleşmesinde belirli bir sonuç ortaya çıkarılması borçlanıldığı için eser sözleşmesi olarak değerlendirmişlerdir²⁰⁷.

Alman Borçlar Hukuku'nda reform yapılmadan önce bilgisayar programı sözleşmesinin niteliği ile ilgili tartışmalarda satım sözleşmesi dikkate alınmamıştır. Çünkü satım sözleşmesine üretilmiş hazır şeyler konu olmaktadır. Bilgisayar programı imâli sözleşmesinde ise sözleşmenin kurulduğu aşamada henüz üretilmiş bir şey söz konusu değildir. Sadece sipariş verenin istekleri vardır²⁰⁸.

Alman Medenî Kanunu'nun § 651. hükmünde düzenlenen “*eser teslim sözleşmesi (Werklieferungsvertrag)*” ile ilgili Alman Borçlar Hukuku'nda yapılan yenilikle birlikte önemli değişiklikler olmuştur. Alman Borçlar Hukuku'nda yenilik

²⁰³ Gauch, 2011, Rn. 336.

²⁰⁴ BGH v. 11.02.1971, WM, 1971, 615.

²⁰⁵ BGH v. 30. 01. 1986 - I ZR 242/83, NJW, 1987, 1259; BGH v. 07-03-1990 - VIII ZR 56/89, NJW, 1990, 3011; BGH v. 23-01-1996 - X ZR 105/93, NJW, 1996, 1745; OLG Düsseldorf v. 1. 7. 1997 - 21 U 239/96, NJW-RR, 1998, 347; OLG Düsseldorf v. 18. 7. 1997 - 22 U 3/97, NJW-RR, 1998, 345; OLG Köln v. 26.6.1992- 19 U 261/91, CR, 1992, 544; BGH v. 20. 2. 2001 - X ZR 9/99, NJW, 2001, 1718; BGH v. 9.10.201 - X ZR 58/00, CR, 2002, 1993.

²⁰⁶ Köhler, H. (1987). Rechtsfragen zum Softwarevertrag. CR, s. 828; Thewalt, 2004, 19-20; Kath, 2006, 107.

²⁰⁷ Redeker, H. (2004). Softwareerstellung und §651 BGB. CR, s. 88; Thewalt, S. (2002). Softwareerstellung als Kaufvertrag mit werkvertraglich Einschlag. CR, s. 4; Thewalt, 2004,20; Fritzsche, 1995, 501; Bukart, A. (2003). Softwareerstellung – Anspruch auf Herausgabe des Quellcodes. ITRB, s. 55; Hoene, T. ve Zeifang, G. (2003). Softwareerstellung und –anpassung in der Bilanz des Softwareherstellers. ITRB, s. 230; Meyer, O. (2008). Aktuelle vertrags- und urheberrechtliche Aspekte der Erstellung, des Vertriebs und der Nutzung von Software. Karlsruhe.s. 158; Kotthoff, 2002, 106; Rehmann, 1989, 961; Ihde, 1999, 409; Malzer, 1991, 266; Martinek, 1993, 17; Koch, 2009, 460-461; Heppner, 1997, 56 vd.; Bömer, 1988, 46-47; Engel, 1985, 1161.

²⁰⁸ Koch, 2009, 461; Thewalt, 2004, 21.

yapıldıktan sonra satım sözleşmesinin uygulama alanı genişlemiştir. Alman Medenî Kanunu'nun önceki § 651. hükmü ile yeni § 651. hükmü karşılaştırıldığında, yeni § 651. hükmünde üretilen ve imâl edilen eşyaların devrini içeren sözleşmelere satım sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir. Söz konusu hükmün önceki halinde satım sözleşmesinin uygulama alanı daha dar tutulurken, yeni halinde genişletilmiştir. Şöyle ki; hükmün önceki haline göre; imâl edilecek şeye ilişkin malzemeleri borçlu getiriyorsa ve imâl edilen bir misli taşınır eşyanın devri söz konusu ise satım sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Buna karşılık, eğer gayri misli eşya söz konusu ise, satım ve eser sözleşmesine ilişkin hükümlere atıfta bulunulmuş ve bu hükümlerin karışık uygulanacağı belirtilmiştir. Söz konusu hükmün yeni halinde ise satım sözleşmesinin misli, gayri misli ayrımı yapmaksızın imâl edilen veya üretilen bütün taşınır malların devrini içeren sözleşmelere uygulanacağı düzenlemiştir. Bu hükmün uygulanabilmesi için imâl edilecek ya da üretilecek mal için kimin malzeme getireceğinin de önemi yoktur²⁰⁹. Ancak Alman Medenî Kanunu'nun § 651. hükmünün 3. cümlesinde eğer üretilen veya imâl edilen eşya gayri misli eşya ise eser sözleşmesine ilişkin § 642., 643., 645., 649. ve 650. hükümlerinin uygulanabileceği ifade edilmiştir²¹⁰²¹¹.

Bilgisayar programı imâl sözleşmesi Alman Medenî Kanunu § 651. hükmü çerçevesinde değerlendirildiğinde; bilgisayar programının bir eşya olarak kabul edilmesi halinde Alman Hukuku'na göre, eser teslim sözleşmesi olarak kabul edilip satım sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerekmektedir²¹². Bilgisayar programının eşya olarak kabul edilmemesi halinde ise eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerekmektedir²¹³.

²⁰⁹ Schmidl, M. (2004). Softwareerstellung und §651 BGB – ein Versöhnungsversuch. *MMR*, s. 590; Müller-Hengstenberg, C. D. ve Krcmar, H. (2002). Mitwirkungspflichten des Auftraggebers bei IT-Projekten. *CR*, s. 549; Redeker, 2004, 88; Bauer/ Witzel, 63; Koch, 2009, 466-467.

²¹⁰ Bauer ve Witzel, 2003, 63; Schmidl, 2004, 590; Thewalt, 2002, 2-3; Thewalt, 2004, 22 vd.; Müller-Hengstenberg ve Krcmar, 2002, 549; Koch, 2009, 467.

²¹¹ BGB 651'in yeni hali bağlamında bir değerlendirme yapıldığında Alman Hukuku'nda eser sözleşmesine ilişkin hükümler sadece, inşaat işlerinde, tamirat işlerinde ve gayri maddî malların imâlinde uygulanacaktır. Müller-Hengstenberg ve Krcmar, 2002, 549; Meyer, 2008, 159.

²¹² BGH v. 23.7.2009 – VII ZR 151/08, *CR*, 2009, 637.

²¹³ Hantschel, I. (2011). *Softwarekauf und- weiterverkauf*. Berlin, s. 181 vd; Schneider, J. (2003). Softwareerstellung und Softwareanpassung – Wo bleibt der Dienstvertrag? *CR*, s. 322; Braeutigam, P. ve Rücker, D. (2006). Softwareerstellung und §651 BGB – diskussion ohne Ende oder Ende der Diskussiom? *CR*, s. 363; Redeker, H. (2002). Softwareerstellung im neuen Schuldrecht. *ITRB*, s. 119-120; Lejeune, M. (2002). IT-Besonderheiten der Schuldrechtsreform: Ein Praxisüberblick. *K&R*, s. 446; Junker, A. ve Benecke, M. (2003). *Computerrecht*. Baden-Baden, s. 125; Kotthoff, 2002, 106; Bukart, 2003, 55; Hoene/Zeifang, 2003,

Bilgisayar programı imâli sözleşmesinde, imâl eden belirli bir sonucu meydana getirmeyi borçlanmaktadır. İmâl eden, bilgisayar programını imâl edimini yerine getirirken, fikrî bir faaliyette bulunmanın yanı sıra, programlama için gerekli olan hazırlıklar veya programın analizinin ön çalışmalarını da yapmaktadır. Bununla birlikte imâl eden, bilgi işlem teknikleri alanında tasarımlar imâl etmektedir. Bu haliyle değerlendirildiğinde bu çalışmanın eser sözleşmesine konu olabileceği düşünülebilir. Bilgisayar programının imâlinde bilgi taşıyıcısının önemi ikinci plandadır. Sipariş veren için önemli olan programın muhtevasının amaca uygun olması, işlerliği veya hızlı kullanılabilir olmasıdır. Önemli olan programın imâl edilmesi ve sipariş verenin isteklerine uygun olmasıdır²¹⁴. İş sahibinin bilgisayarına nasıl taşındığı veya yüklendiği önemli değildir. İmâl eden için ise önemli olan, yaptığı işin karşılığı olan ücreti almaktır. Bilgi taşıyıcısı sadece bir taşıma aracıdır²¹⁵. Doktrindeki bir görüşe göre; bilgisayar programı bir bilgi taşıyıcısında somutlaşsa da, söz konusu sözleşmede ön planda duran fikrî edimdir²¹⁶. Sipariş veren için asıl olan, eşyanın kendisi değil içindeki fikrî edimdir. Bu açıdan değerlendirildiğinde bilgisayar programı imâl sözleşmesi eser sözleşmesi olarak kabul edilmektedir²¹⁷.

Doktrindeki başka bir görüşe göre; bilgisayar programı sözleşmesinin ağırlık noktasında fikrî bir edim olan programlama vardır. Maddîleşmiş çalışma sonucu, bu fikrî edimin gerisindedir. Bu sebeple bilgisayar programı imâl sözleşmesinde Alman Medenî Kanunu § 651. hükmü anlamında üretilmiş veya imâl edilmiş bir eşyanın devri söz konusu olmadığından, bu hüküm bilgisayar programı imâl sözleşmesine uygulanmaz. Buna karşılık eser sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanmalıdır²¹⁸.

Yargıtay bir kararında²¹⁹ internet yazılımı hazırlanmasına ilişkin sözleşmeyi eser sözleşmesi olarak kabul etmiştir. Bu karara göre; *“Taraflar arasında ‘Web Tasarım Hizmet Sözleşmesi’ başlıklı sözleşme imzalanmıştır. Davacı iş sahibi, davalı ise yüklenicidir. Davalı yüklenici şirket tarafından; davacının; iletişim,*

230; Meyer, 2008, 160 vd.; Karger, 2001, 359; Günther, 2002, 27; Redeker, 2007, Rn. 297; Koch, 2009, 470 vd.

²¹⁴ Thewalt, 2004, 64-65.

²¹⁵ Thewalt, 2004, 62-63.

²¹⁶ Müller-Hengstenberger/Krcmar, 549-550; Kath, 2006, 108.

²¹⁷ Lejeune, 2002, 446-447; Thewalt, 2004, 63; Junker ve Benecke, 2003, 125.

²¹⁸ Braeutigam ve Rücker, 2006, 368; Stichtenoth, 2003, 110; Thewalt, 2004, 66; Thewalt, 2002, 7; Kath, 2006, 108; Junker ve Benecke, 2003, 125.

²¹⁹ Y. 15. HD, 02.04.2013 T., 2013/1132 E., 2013/2246 K., Kazancı Bilişim Otomasyon.

tanıtım, reklam, vb. hizmetleri yürütebilmesi amacıyla ihtiyaç duyduğu internet yazılımlarının hazırlanması sözleşmeyle kararlaştırılmıştır. Söz konusu sözleşme, konusu ve içeriği itibarıyla eser sözleşmesidir.”

3.4. VEKÂLET SÖZLEŞMESİ VE BİLGİSAYAR PROGRAMI İMÂL SÖZLEŞMESİNİN KANUNDAKİ VEKÂLET SÖZLEŞMESİNE UYGUNLUĞU

3.4.1. Vekâlet Sözleşmesi Ve Unsurları

3.4.1.1. Vekâlet Sözleşmesinin Tanımı

Vekâlet sözleşmesi, TBK'nun 502. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin menfaatine ve iradesine uygun olan sonuca yönelik iş görmeyi veya işlemi yapmayı; belirli bir zaman şartına bağlı olmaksızın, belirli ölçülerde bağımsız olarak ve bir sonuç garantisi vermeksizin üstlendiği sözleşmedir²²⁰.

3.4.1.2. Vekâlet Sözleşmesinin Unsurları

3.4.1.2.1. İş Görme veya İşlem Yapma

Vekâlet sözleşmesinin konusu hukukî bir işlemin yapılması olabileceği gibi maddî bir fiilin yapılması da olabilir. Vekâlet sözleşmesine konu olan edimler bir şey yapmaya ilişkin olumlu edimlerdir. Yapmama veya katlanma şeklindeki edimler vekâlet sözleşmesinin konusunu oluşturmazlar²²¹.

²²⁰ Akıncı, Ş. (2004). *Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi*. Konya, s. 3; Yalçınduran, T. (2007). *Vekâlet Sözleşmesinde Ücret*. Ankara, s. 34; Akipek, Ş. (2003). *Alt Vekalet*. Ankara, s. 31; Sarı, S. (2004). *Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi*. İstanbul, s. 4-5; Başpınar, 2004, 70; Honsell, 2010, 315; Gümüş, 2014, 115; Erzurumluoğlu, 2013, 182; Aral ve Ayrancı, 2014, 407; Tandoğan, 2010, 356; Yavuz, 2014, 1120; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 611; Eren, 2014a, 698; Kuşat, 145.

²²¹ Akipek, 2003, 32-33; Akıncı, 2004, 5; Başpınar, 2004, 73; Aral ve Ayrancı, 2014, 408-409; Gümüş, 2014, 117-118; Tandoğan, 2010, 356; Yavuz, 2014, 1121-1122; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 617; Eren, 2014a, 701.

Bir hukukî işlemin veya hukukî işlem benzerinin başkası adına ya da hesabına yapıldığı vekâlet sözleşmelerinde, vekil doğrudan doğruya temsilci veya dolaylı temsilci olarak hareket edebilir²²².

Maddî fiilleri konu alan vekâlet sözleşmelerinde vekil, başkası adına veya hesabına bir maddî fiilin yapılmasını ya da bir hizmetin görülmesini borçlanmaktadır. Hukukçunun mütalâa vermesi, doktorun hastasını muayene etmesi, bir öğretmen özel ders vermesi, bir mimarın yapıyı kontrol etmesi²²³ bu tür vekâlet sözleşmelerine örnek olarak gösterilmektedir²²⁴.

3.4.1.2.2. İşin veya İşlemin Başkası Menfaatine Yapılması

Vekâlet sözleşmesinde yapılan işlem veya iş başkasının menfaatine yapılması gerekmektedir. Sadece vekilin menfaatine iş yapılıyorsa vekâlet sözleşmesi söz konusu olmaz²²⁵. Bir kişi sadece kendi menfaatine işlem yaptığında sözleşmeden doğan bir borçtan söz edilmez²²⁶.

Vekâlet sözleşmesi, sadece vekâlet verenin menfaatine yapılabileceği gibi, hem vekâlet verenin hem de vekilin menfaatine de yapılabilir²²⁷. Hem vekilin hem de vekâlet verenin menfaatine yapılan vekâlet sözleşmesi adi şirket sözleşmesi ile karıştırılabilir. Ancak adi şirket sözleşmesinde ortak hem kendi adına ve hesabına hareket etmekte, hem de diğer ortağının adına ve hesabına hareket etmektedir. Vekâlet sözleşmesinde ise vekil, kendi adına veya vekâlet verenin adına hareket edebilir ama her durumda vekâlet verenin hesabına hareket etmektedir. Adi şirket sözleşmesinde, ortak bir amacın gerçekleştirilmesi için ortaklar emeklerini veya sermayelerini ya da hem emeklerini hem de sermayelerini birleştirmektedir. Vekâlet sözleşmesinde hem vekilin hem de vekâlet verenin menfaati bulunsa da, bunların menfaatlerinin nitelikleri farklıdır. Meselâ, bir menajerlik sözleşmesinde

²²² Yalçınduran, 2007, 35; Akipek, 2003, 33; Aral ve Ayrancı, 2014, 409; Tandoğan, 2010, 356-357; Yavuz, 2014, 1123; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 615.

²²³ Akünal, T. (1974). İsviçre Federal Mahkemesinin Mimarlık Sözleşmesinin Niteliği Konusunda 3 Ekim 1972 Tarihli Kararı. *İHFM*, C. 40, S. 1-4, s. 701-707.s. 701.

²²⁴ Başpınar, 2004, 73-74; Sarı, 2004, 8; Gümüş, 2014, 118-119; Aral ve Ayrancı, 2014, 409; Akipek, 2003, 33; Tandoğan, 2010, 359-360; Yalçınduran, 2007, 36; Yavuz, 2014, 1121; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 618.

²²⁵ Eren, 2014a, 704; Sarı, 2004, 17; Aral ve Ayrancı, 2014, 409; Akıncı, 2004,5; Gümüş, 2014, 120; Tandoğan, 2010, 360-361; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 617; Yavuz, 2014, 1128.

²²⁶ Akipek, 2003, 33-34; Tandoğan, 2010, 361.

²²⁷ Sarı, 2004, 17; Yalçınduran, 2007, 39; Akıncı, 2004, 5; Gümüş, 2014, 120; Akipek, 2003, 34; Aral ve Ayrancı, 2014, 409; Tandoğan, 2010, 361; Yavuz, 2014, 1129; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 617; Eren, 2014a, 704.

sanatçının hem kariyeri açısından mesleki bir menfaati hem de mali bir menfaati vardır. Menajerin ise menfaati sadece mali açıdan komisyon almaktır²²⁸.

3.4.1.2.3. Vekilin Edim Sonucundan Sorumlu Olmaması ve Bağımsız Olması

Vekil, vekâlet verenin hesabına veya adına bir işin görülmesinden veya işlemin yapılmasından sorumludur. Vekil kendisine verilen işi veya işlemi yaparken özenli hareket etmek zorundadır. Ancak vekil, sonucun gerçekleşip gerçekleşmemesinden sorumlu değildir. Çünkü vekil, sonucun gerçekleşmesinden değil, sonucun gerçekleşmesi için belirli bir yönde faaliyet göstermekten sorumludur. Gerçekten de, vekâlet sonuç sorumluluğunu değil, belli bir yönde hareket sorumluluğu olan sözleşmedir. Vekil bir edim sonucunu borçlanmamakta, sadece edim fiilini borçlanmaktadır. Başka bir deyişle, vekâlet sözleşmesinde bir sonuç rizikosunu üstlenmemektedir²²⁹. Vekâlet sözleşmesinde yapılan iş veya işlem herhangi bir zaman sınırlamasına tabi olmaksızın yerine getirilmektedir²³⁰.

Vekâlet sözleşmesinde vekil ile vekâlet veren arasında, hizmet sözleşmesindeki işçi ve işveren arasındaki gibi bir bağımlılık yoktur. Vekil, vekâlet verenin organizasyonuna dâhil olarak çalışmaz. Vekil, vekâlet verenin talimatlarına uymak dışında, vekâlet verenden bağımsızdır. Vekil kendi çalışma şartlarını serbestçe düzenleyebilmektedir²³¹.

3.4.1.2.4. Karşılıklı veya Karşılıksız Olması

Türk ve İsviçre Hukuku'nda vekile ücret ödenmesi vekâlet sözleşmesinin zorunlu ve kanunî bir unsuru değildir. Taraflar sözleşmede kararlaştırmışlarsa veya ücret ödeneceğine dair teamül varsa vekile ücret ödenmesi söz konusu

²²⁸ Tandoğan, 2010, 362; Akipek, 2003, 34-35; Zevkliiler ve Gökyayla, 2014, 617-618; Yavuz, 2014, 1128.

²²⁹ Başpınar, 2004, 72; Akıncı, 2004, 6-7; Sarı, 2004, 13; Yalçınduran, 2007, 40 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, 1992, 388; Akipek, 2003, 36-37; Gümüş, 2014, 124; Aral ve Ayrancı, 2014, 410; Tandoğan, 2010, 363; Yavuz, 2014, 1129-1130; Zevkliiler ve Gökyayla, 2014, 618; Eren, 2014a, 703.

²³⁰ Akıncı, 2004, 6; Akipek, 2003, 35; Tandoğan, 2010, 363; Başpınar, 2004, 72; Zevkliiler ve Gökyayla, 2014, 618.

²³¹ Yalçınduran, 2007, 46; Sarı, 2004, 19-20; Akıncı, 2004, 6; Gümüş, 2014, 119-120; Aral ve Ayrancı, 2014, 411; Akipek, 2003, 35-36.

olmaktadır (TBK. md. 502 f. III)²³². Buna karşılık Alman Hukuku'nda (BGB § 662) vekâlet ücretsizdir.

Vekâlet sözleşmesinde, vekile ücret ödeneceği sözleşme yapılırken kararlaştırılabileceği gibi, sözleşme yapıldıktan sonra da kararlaştırılabilir. Vekile ücret ödeneceği açık ve zımnî şekilde kararlaştırılabilir. Anlaşmazlık söz konusu olduğunda vekile ücret ödeneceğini vekil ispat etmelidir²³³.

Taraflar ücret kararlaştırmamışlarsa, ama teamül gereği vekile ücret ödenmesi gerekiyorsa, böyle bir teamülün varlığı sözleşmede belirtilmemiş olsa da vekile ücret ödenmesi gerekmektedir²³⁴.

3.4.1.2.5. Kanunda Düzenlenmemiş Olan İş Görme Sözleşmelerine Vekâlet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Uygulanması

Türk Borçlar Kanunu'nun 502. maddesinin II. fıkrasında göre, “*Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır.*” Bu husus BK'nun 386. maddesinin II. fıkrasında “*Diğer akitler hakkında kanuni hükümlere tabi olmayan işlerde dahi, vekâlet hükümleri cari olur.*” şeklinde düzenlenmişti. Kanundaki bu düzenleme, iş görme sözleşmeleri alanında isimsiz sözleşme olup olmayacağı konusunda bir tartışma alanı oluşturmuştur.

Bir görüşe göre²³⁵, kanunda düzenlenmiş olan iş görme sözleşmeleri olan hizmet ve istisna sözleşmesi dışındaki iş görme sözleşmeleri kanunun yukarıdaki hükmü gereğince vekâlet sözleşmesi olarak kabul edilmelidir. Bu görüşe göre; iş görme sözleşmeleri alanında isimsiz sözleşme söz konusu olmamaktadır.

Doktrindeki bir görüşe göre ise²³⁶ TBK'nun 502. maddesinin II. fıkrasındaki hüküm iş görme sözleşmeleri alanında isimsiz sözleşme yapılmasına engel

²³² Sarı, 2004, 22-23; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, 1992, 391; Akıncı, 2004, 7-8; Yalçınduran, 2007, 45; Akipek, 2003, 39; Aral ve Ayrancı, 2014, 411; Başpınar, 2004, 71-72; Gümüş, 2014, 123; Tandoğan, 2010, 364-365; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 619; Yavuz, 2014, 1131; Eren, 2014a, 700.

²³³ Akipek, 2003, 40; Sarı, 2004, 24-25; Aral ve Ayrancı, 2014, 411-412; Tandoğan, 2010, 365; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 619; Yavuz, 2014, 132.

²³⁴ Aral ve Ayrancı, 2014, 412; Sarı, 2004, 25; Akipek, 2003, 41; Tandoğan, 2010, 365; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 619; Yavuz, 2014, 1133.

²³⁵ Gautschi, G. (1971). *Berner Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch*. Bd. IV, Das Obligationenrecht, Abt. 2, Der Einfache Auftrag, Art. 394-406, Bern, Art. 394, N. 56.

²³⁶ Kayıhan, Ş. ve Günergök, Ö. (1998). Borçlar Kanunu M. 386/f.2 Karşısında İsimsiz İş Görme Sözleşmeleri Yapılabilir mi? *AÜEHFD*, C. II, S. 1, s. 280; Başpınar, 2004, 69; Aral ve Ayrancı, 2014,

değildir²³⁷. Söz konusu görüşe göre; bir iş görme sözleşmesi, kanunda öngörülen tiplere uymuyorsa ve taraflar açık bir şekilde isimsiz sözleşme olarak düzenlememişlerse vekâlet sözleşmesi olarak değerlendirilebilir. Bu görüşe göre; TBK.'nın 502. maddesinin II. fıkrasındaki hüküm talî niteliktedir. Kanunî tiplere uymayan veya isimsiz sözleşme olarak kabul edilip edilmeyeceği belli olmayan ve tarafların hukuken yeterli açıklıkta düzenlemedikleri iş görme sözleşmelerine, vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanmalıdır.

Başka bir görüşe göre²³⁸; BK.'nın 386. maddesinin II. fıkrasındaki düzenlemeye göre, kanundaki tipe uymayan iş görme sözleşmelerine hangi hükümlerin uygulanacağı konusunda, öncelikle vekâlet sözleşmesi dışındaki hükümlere bakılması gerekmektedir. Daha sonra vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerekirdi. Ancak TBK.'nın 505. maddesinin II. fıkrasındaki düzenlemeye göre ise kanundaki tipe uymayan iş görme sözleşmelerine öncelikle vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Bu görüşe göre; BK.'nın 386. maddesinin II. fıkrasında vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasının talî kabul edildiği, TBK.'nın 505. maddesinin II. fıkrasında ise aslî kabul edildiği savunulmaktadır. Söz konusu görüşe göre; Türk Borçlar Kanunu'nda vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler uygun düşmediğinde ne olacağı hususu düzenlenmemiştir. Hâkim sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna başvurulmalıdır. Uygulanacak bir hüküm bulamazsa, ya tarafların farazî iradesine göre, ya da TMK.'nın 1. maddesi çerçevesinde hukuk yaratarak sözleşmedeki boşluğu dolduracaktır.

3.4.2. Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesinin Kanundaki Vekâlet Sözleşmesine Uygunluğu

Bilgisayar programı imâl sözleşmesinde, imâl eden, iş sahibinin isteklerine uygun, onun karşılaşılabileceği problemleri çözecek ve iş sahibinin kendi işlerinde kullanıp yararlanabileceği bir bilgisayar programı imâl etmeyi taahhüt etmektedir. Bu açıdan bakıldığında, bilgisayar programı imâl sözleşmesinde bir sonuç garantisi verilmekte ve sonucun gerçekleşmemesi rizikosunu üstlenilmektedir.

413; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, 1992, 352; Yavuz, 2014, 1127; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 615; Tandoğan, 2010, 384-385.

²³⁷ Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, 1992, 390.

²³⁸ Gümüş, 2014, 125.

Vekâlet sözleşmesinde bir sonuç garantisi verilmediğinden, sadece bir işin veya işlemin özenli şekilde yapılması borçlanıldığından, bilgisayar programı imâl sözleşmesini vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirmek uygun değildir. Ancak TBK.'nın 502. maddesinin II. fıkrasında yer alan *“Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştüğü ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanır.”* hükmü dikkate alındığında, bilgisayar programı imâl sözleşmesi bu hüküm çerçevesinde değerlendirilerek vekâlet sözleşmesi olarak kabul edilebilir mi sorusu ile karşılaşmak mümkündür.

İş görme sözleşmeleri alanında isimsiz sözleşme olmayacağını, kanunda düzenlenmiş olan iş görme sözleşmeleri dışındaki sözleşmelere vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı görüşü²³⁹ dikkate alındığında bilgisayar programı imâl sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Ancak hâkim görüş²⁴⁰, iş görme sözleşmeleri alanında isimsiz sözleşmelerin olabileceği yönündedir. Bu çerçevede değerlendirildiğinde, özellikle bilgisayar programı imâl sözleşmesinin hukukî niteliği belirlenirken, özellikle bir sonuç garantisi olması dikkate alınmalıdır. Bununla birlikte, vekâlet sözleşmesinde TBK.'nın 512. maddesinde belirtilen vekâlet verenin veya vekilin sözleşmeyi her zaman fesih hakkına sahip olduklarına ilişkin bir hüküm bulunmaktadır. Bu sebeple vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin bilgisayar programı imâl sözleşmesine uygulanması mümkün değildir.

Bilgisayar programı sözleşmesinin isimsiz bir iş görme sözleşmesi olup olmadığı konusu ise aşağıda ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

²³⁹ Gautschi, 1971, Art. 394, N. 56.

²⁴⁰ Başpınar, 2004, 69; Aral ve Ayrancı, 2014, 413; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, 1992, 352; Gümüş, 2014, 125; Yavuz, 2014, 1127; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 594; Tandoğan, 2010, 384-385.

3.5. BİLGİSAYAR PROGRAMI İMÂL SÖZLEŞMESİNİN KENDİNE ÖZGÜ YAPISI OLAN SÖZLEŞME OLARAK NİTELENDİRİLMESİ

3.5.1. Genel Olarak

İsimsiz sözleşmeler, Türk Borçlar Kanunu'nda ve diğer kanunlarda düzenlenmemiş olan sözleşmelerdir²⁴¹. Bir sözleşmenin sadece kanunda isminin yazılı olması o sözleşmeyi isimli sözleşme haline getirmez. Sözleşmenin esaslı unsurları ile asgarî ölçüde hüküm ve sonuçları, tarafları, tarafların hakları ve borçları, kanunda düzenlenmemişse, o sözleşmenin kanunda ismi yer alsa dahi isimsiz sözleşme olarak kabul edilmektedir²⁴².

Taraflar arasında yapılan bir sözleşmenin objektif esaslı noktaları, kanunda düzenlenmiş olan bir sözleşmenin esaslı noktalarına uygun olmadığı her durumda isimsiz sözleşmenin varlığından söz edilmektedir²⁴³.

İsimsiz sözleşmeler; karma sözleşmeler, kendine özgü yapısı olan (sui generis) sözleşmeler ve bileşik sözleşmeler olmak üzere üç grup halinde incelenmektedir²⁴⁴.

İsimsiz sözleşmelerle ilgili olarak, “*tipikleşmiş isimsiz sözleşmeler (kitlese isimsiz sözleşmeler)*” ve “*tekil, atipik isimsiz sözleşmeler (ferdî isimsiz sözleşmeler)*” olmak üzere bir ayırım da yapılmaktadır²⁴⁵. İş hayatında çok sık kullanılan, uygulamada alışlagelmiş hale gelen sözleşmeler, tipikleşmiş isimsiz sözleşmeler olarak tanımlanmaktadır. Buna karşılık, uygulamada çok az rastlanan, iş hayatında henüz çok az kullanılan isimsiz sözleşmelere ise, tekil, atipik isimsiz sözleşme denmektedir²⁴⁶.

Çalışmanın bu bölümünde bilgisayar programı imâl sözleşmesinin, karma sözleşme, bileşik sözleşme veya kendine özgü yapısı olan sözleşme olup olmadığı değerlendirilmiştir.

²⁴¹ Arat, 2006, 241; Oktay, 1996, 253; Eren, 2014, 207; Gümüş, 2013, 4; Eren, 2008, 86; Aral ve Ayrancı, 2014, 54; Yavuz, 2014, 22; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 11; Eren, 2014a, 18.

²⁴² Eren, 2014a, 18-19; Aral ve Ayrancı, 2014, 54; Eren, 2008, 86; Arat, 2006, 241; Oktay, 1996, 264; Gümüş, 2013, 4; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 11.

²⁴³ Gümüş, 2013, 4-5.

²⁴⁴ Eren, 2014, 207; Oktay, 1996, 272; Aral ve Ayrancı, 2014, 57; Eren, 2008, 90-91; Yavuz, 2014, 22.

²⁴⁵ Eren, 2008, 90-91; Eren, 2014a, 19.

²⁴⁶ Eren, 2008, 90-91; Eren, 2014a, 19.

3.5.2. Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesinin Karma Sözleşme Olarak Nitelendirilmesi

Karma sözleşmenin dar anlamda karma sözleşme ve geniş anlamda karma sözleşme olmak üzere iki tanımı vardır. Kanunda düzenlemiş olan sözleşmelerin unsurlarının kanunda öngörülmemiş şekilde birleştirilmesi ile oluşan sözleşmeler dar anlamda karma sözleşme olarak tanımlanmaktadır²⁴⁷.

Geniş anlamda karma sözleşme ise; kanunda düzenlenmiş veya düzenlenmemiş olan, yani isimli veya isimsiz sözleşmelere ait unsurların kanunda öngörülmemiş şekilde birleşmesi ile kurulan sözleşme olarak tanımlanmaktadır²⁴⁸. Geniş anlamda karma sözleşme tanımının kabul edilmesi durumunda karma sözleşme ile kendine özgü yapısı olan (sui generis) sözleşmeler birbirleri ile karıştırılabilir²⁴⁹.

Doktrinde bir görüş²⁵⁰; isimli sözleşmeler ile isimsiz sözleşmelerin unsurlarının birleşmesi ile oluşan sözleşmeleri kendine özgü yapısı olan sözleşme olarak kabul etmemektedir. Bunun kabul edilmesi halinde geniş anlamda karma sözleşme ile kendine özgü yapısı olan sözleşme ayrımının yapılamayacağını belirtilmektedir. Bununla birlikte, isimli sözleşmelerin ve isimsiz sözleşmelerin unsurlarının birleşmesi ile oluşan sözleşmelerin uygulamada sıklıkla karşılaşılanlarına tipikleşmiş isimsiz sözleşme, uygulamada az sayıda karşılaşılanlarına ise tekil, atipik isimsiz sözleşme olarak bir ayrıma tabi tutulabileceği belirtilmektedir.

Bilgisayar programı imâl sözleşmesi, eser sözleşmesinin ve lisans sözleşmesinin unsurlarını ihtiva etmektedir. Lisans sözleşmesi isimsiz bir sözleşme olduğu için, bilgisayar programı imâl sözleşmesi dar anlamda karma sözleşme olarak değerlendirilemez. Ancak bilgisayar programı imâl sözleşmesi geniş anlamda karma sözleşme olarak değerlendirilebilir. Bu durumda da kendine özgü yapısı olan sözleşme olup olacağı ayrımı yapılamaz. Bilgisayar programı imâl sözleşmesi muhtevasında lisans sözleşmesinin unsurlarını taşıması ve kendi

²⁴⁷ Arat, 2006, 243; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, 1992, 44; Gümüş, 2013, 8; Aral ve Ayrancı, 2014, 58; Tandoğan, 2008, 68; Oktay, 1996, 273; Eren, 2008, 91; Yavuz, 2014, 24; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 18; Eren, 2014a, 23.

²⁴⁸ Oktay, 1996, 274; Aral ve Ayrancı, 2014, 58; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, 44; Gümüş, 2013, 8; Eren, 2008, 91-92.

²⁴⁹ Aral ve Ayrancı, 2014, 58-59; Gümüş, 2013, 8; Eren, 2008, 99.

²⁵⁰ Eren, 2008, 99.

özgü özelliklerinin de bulunmasından dolayı karma sözleşme olarak kabul edilemez.

3.5.3. Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesinin Bileşik Sözleşme Olarak Nitelendirilmesi

Birbirinden bağımsız ve farklı niteliklere sahip olan sözleşmelerin, bağımsızlıklarını ve niteliklerini kaybetmeden kanunun öngörmediği bir şekilde bir araya getirilmesi ile oluşan sözleşmelere bileşik sözleşme denir. Bileşik sözleşmelerde, bir araya gelen birden fazla sözleşme bağımsızlıklarını kaybetmemektedir. Ancak geçerlilikleri birbirine bağlıdır. Başka bir deyişle bu sözleşmelerden birinin varlığı ve geçerliliği diğerinin varlığına ve geçerliliğine bağlıdır. Bu sözleşmeler belirli bir ekonomik fonksiyonu yerine getirmek için birbirine bağlanmaktadır²⁵¹. Bir araya gelen birden fazla sözleşmenin bileşik sözleşme oluşturup oluşturmadığı, tarafların iradelerine ve ekonomik anlamda bir bütün oluşturup oluşturmadıklarına göre belirlenmektedir²⁵².

Karma sözleşmeler, birden fazla sözleşmeye ait unsurlar, kanunun öngörmediği bir şekilde bağımsızlıklarını kaybederek birleştirilmesi ile oluşturulurken; bileşik sözleşmeler, birden fazla sözleşme bağımsızlıklarını kaybetmeden ancak birbirlerine bağlı olarak bir araya getirilmesi ile oluşturulmaktadır²⁵³. Meselâ, bir kişi, birahanesini başka bir şahsa biraları kendisinden alması konusunda anlaşarak kiralarsa bileşik sözleşmenin varlığından söz edilmektedir²⁵⁴. Belirli bir marka ürünün alınması veya belirli satıcıdan ürün alınması için bir finans kurumu tarafından kredi verilmesi de bileşik sözleşmeye örnek olarak gösterilmektedir²⁵⁵. Bir müteahhidin inşaat halindeki bir binanın elektrik işlerini bir bedel karşılığında yapmayı borçlanırken, bina sahibinin de bu

²⁵¹ Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, 1992, 41; Arat, 2006, 244; Aral ve Ayrancı, 2014, 61; Eren, 2008, 100-101; Oktay, 1996, 275; Gümüş, 2013, 6-7; Tandoğan, 2008, 75; Yavuz, 2014, 22; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 21; Eren, 2014a, 35-36.

²⁵² Tandoğan, 2008, 76; Aral ve Ayrancı, 2014, 61; Eren, 2008, 101-102; Eren, 2014a, 37; Yavuz, 2014, 22.

²⁵³ Eren, 2008, 103; Tandoğan, 2008, 75.

²⁵⁴ Tandoğan, 2008, 76; Eren, 2008, 101; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 21; Eren, 2014a, 36.

²⁵⁵ Gümüş, 2013, 7; diğer örnekler için bkz. Tandoğan, 2008, 76; Eren, 2008, 101; Aral ve Ayrancı, 2014, 62.

binanın bir dairesini belirli bir bedel karşılığında satmayı borçlanması halinde de bileşik sözleşme vardır²⁵⁶.

Bileşik sözleşmeler iki farklı sözleşmeyi ihtiva edebileceği gibi, daha fazla sözleşmeyi de içinde bulundurabilir. Meselâ, A, B'ye karşı B'nin iki evinden birini satın alırken, diğerini kiralamayı; arsası üzerinde debir villa inşa etmeyi taahhüt etmişse, bu bileşik sözleşmenin içinde satım, kira ve istisna sözleşmesi olmak üzere üç farklı sözleşme bulunmaktadır²⁵⁷.

Bilgisayar programı imâl sözleşmesinde, eser sözleşmesi ve lisans sözleşmesinin unsurları bağımsızlıklarını kaybederek tek bir sözleşmede bir araya gelmektedir. Söz konusu sözleşmeler birbirinden bağımsız, birinin geçerliliğinin diğerinin geçerliliğine bağlı olacak şekilde bir araya gelmemektedir. Bu sebeple bilgisayar programı imâl sözleşmesi bileşik sözleşme olarak nitelendirilemez.

3.5.4. Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesinin Kendine Özgü Yapısı Olan Sözleşme Olarak Nitelendirilmesi

Kendine özgü yapısı olan sözleşmeler, kendisini oluşturan unsur ya da unsurların, kısmen veya tamamen kanunda düzenlemiş olan sözleşme tiplerinde bulunmayan sözleşmelerdir. Bu tür sözleşmelerde, taraflar, kanunda düzenlenmiş olan sözleşmelerin unsurlarına benzemeyen kendilerinin öngördükleri tamamen yeni unsurlar belirleyerek ve bu unsurları bir araya getirerek yeni bir sözleşme oluşturmaktadır²⁵⁸.

Kendine özgü yapısı olan sözleşmelerde, taraflar söz konusu unsurları kendine özgü bir şekilde birleştirerek sözleşme oluşturmaktadırlar. Karma sözleşmelerde, kanunda öngörülen sözleşmelerin unsurları kanunda öngörülmeyen özgün bir şekilde birleştirilmektedir. Kendine özgü yapısı olan sözleşmelerde ise, çeşitli unsurların özgün bir şekilde birleştirilmesinin yanında, bu unsurların bizzat kendileri, kendine özgüdür²⁵⁹.

Bilgisayar programı imâl sözleşmesinin hukukî niteliği ile ilgili doktrindeki bir görüş, imâl aşamasını iki bölüme ayırmaktadır. Bu görüşe göre; imâl

²⁵⁶ Başpınar, 1998, 67-68.

²⁵⁷ Başpınar, 1998, 68.

²⁵⁸ Aral ve Ayrancı, 2014, 57; Arat, 2006, 243; Eren, 2014a, 33; Gümüş, 2013, 11; Tandoğan, 2008, 3; Oktay, 1996, 275; Eren, 2008, 99; Yavuz, 2014, 28; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 12.

²⁵⁹ Kocayusufoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, 1992, 50; Eren, 2008, 99; Gümüş, 2013, 11.

sözleşmesinin birinci bölümü ön çalışma ve programın taslağının hazırlanmasından oluşmaktadır. İkinci bölüm ise projenin gerçekleştirilmesi yani imâl edildiği kısımdır. Söz konusu görüş, iki bölüm için ayrı ayrı anlaşma yapılması gerektiğini ileri sürmektedir. Buna göre; ilk bölümde bir sonuç garanti edilmemektedir. Sadece belirli yönde faaliyette bulunmaktadır. Bu sebeple aslî niteliği bir sonuç garantisi olan eser sözleşmesi hükümleri imâl sözleşmesinin bu kısmına uygulanmaz. İkinci bölümde belirli veya belirlenebilir bir çalışma sonucu üzerinde taraflar anlaşmaktadır. Eser sözleşmesi bu bölüm için düşünülmelidir²⁶⁰. Bu görüşe göre; ilk bölümde bir sonuç garantisi olmadığı için ve imâl eden sonuç garanti etmeksizin belirli yönde bir faaliyette bulunduğu için, bu bölüm vekâlet sözleşmesi olarak değerlendirilmektedir. Özellikle imâl edenin ilk bölümdeki bilgilendirme ve aydınlatma yükümlülüğü, sır saklama yükümlülüğü gibi unsurları dikkate alarak bu bölüm vekâlet sözleşmesi olarak değerlendirilmiştir²⁶¹. Bu görüşü savunanlardan *Slongo*; imâl aşamasının iki bölümden oluştuğunu ve bu iki bölümde iki farklı sözleşme türünün söz konusu olduğunu ileri sürmesine rağmen, bilgisayar programı imâlinin tek bir çerçeve ilişki içerisinde gerçekleştiğini belirtmektedir²⁶². Yazar; ilk bölüm olan ön çalışma ve taslağın hazırlanması aşaması için vekâlet sözleşmesi hükümleri üzerinden inceleme yapmıştır. Vekâlet sözleşmesine ilişkin hangi hükümlerin uygun olup olmadığını değerlendirmiştir. Vekâlet sözleşmesine ilişkin olan bazı hükümlerin özellikle istenildiği zaman sözleşmenin fesih edileceğine ilişkin hükümlerin bilgisayar programı imâl sözleşmesinin bu ilk aşamasına uygulanamayacağını belirtmiştir²⁶³. Aynı şekilde projenin gerçekleştirilmesi aşaması olan programın imâl edildiği aşamayla ilgili olarak eser sözleşmesine ilişkin hükümler tek tek incelenmiştir. Eser sözleşmesine ilişkin olan bazı hükümlerin bu aşamaya uygun olmayacağını belirtilmiştir. Ayrıca yazar; bilgisayar programı imâl sözleşmesinin adi şirket sözleşmesi²⁶⁴ olup olmadığı veya hizmet sözleşmesi²⁶⁵ olup olmadığı üzerinde de durmuştur. Ancak bu sözleşme tiplerinin uygun bilgisayar programı imâl sözleşmesine uygun olmadığı kanaatine ulaşmıştır.

²⁶⁰ Tybusseck, 1986, Rn. 194; Moritz ve Tybusseck, 1992, Rn. 970; *Slongo*, 1991, 64-65.

²⁶¹ *Slongo*, 1991, 108 vd.

²⁶² *Slongo*, 1991, 156.

²⁶³ *Slongo*, 1991, 126 vd.

²⁶⁴ *Slongo*, 1991, 134 vd.

²⁶⁵ *Slongo*, 1991, 61-62.

Slongo, bu tespitlerinden sonra, bilgisayar programı sözleşmesinin hem her iki bölümüne ait yapılan sözleşmenin her ikisinin, hem de bilgisayar programı imâline ilişkin sözleşmenin tamamının isimsiz kendine özgü (sui generis) bir sözleşme olduğu sonucuna varmıştır²⁶⁶. Yazara göre²⁶⁷; bilgisayar programı imâl sözleşmesi diğer sözleşmelerden farklı özellikleri olan, daha kapsamlı bir sözleşmedir. Taraflar arasında alışılmışın dışında, şirket sözleşmesi ilişkisine benzer sıkı bir birlikte çalışma ilişkisi bulunması gerekmektedir. Bununla birlikte olağan bir Borçlar Hukuku sözleşmesinde bulunması beklenenin üzerinde bir sadakat ve özen borcunun bulunması gerekmektedir. Bu şartlar olmadan başarılı bir bilgisayar programının imâl edilmesi mümkün olmaz. Bundan dolayı taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi şirket sözleşmesi ile karşılıklılık özelliği olan Borçlar Hukuku sözleşmesi arasında bir yerde bulunmaktadır.

Doktrindeki bir başka görüşe göre²⁶⁸; imâl eden, iş sahibine karşı bilgisayar programını imâl etmekle birlikte, bilgisayar programını standart bir donanımda kurmayı da borçlanmış ise, programı teslim etmekle birlikte mülkiyetini de iş sahibine devretmesi gerekmektedir. Bu durumda eser sözleşmesi ile satım sözleşmesinden oluşan karma bir isimsiz sözleşme söz konusu olduğu savunulmaktadır. Bilgisayar programı imâl sözleşmesinde, imâl eden, bilgisayar programı imâl etmekle birlikte belirli bir süre ya da süresiz bu programın bakımını da üstlenmişse, eser sözleşmesi ve bakım sözleşmesinden oluşan bir isimsiz sözleşmenin varlığı savunulmaktadır²⁶⁹.

Kanaatimize göre; bilgisayar programı imâl sözleşmesinde, imâl eden, iş sahibinin isteklerine uygun bir bilgisayar programı imâl edip teslim etmeyi borçlanmaktadır. Bilgisayar programının imâl edilip teslim edilmesiyle birlikte, bilgisayar programını imâl edenin program üzerindeki fikrî hakları da devredilmektedir. Bu yönüyle değerlendirildiğinde bilgisayar programı imâl sözleşmesinin muhtevasında lisans unsuru da bulunmaktadır. Bu çerçevede bilgisayar programı imâl sözleşmesi, bir programın imâl edilip teslim edilmesini konu alması ve lisans unsurunu da içinde bulundurmasından dolayı eser sözleşmesi ve lisans sözleşmesinin birleştiği bir sözleşmedir.

²⁶⁶ Slongo, 1991, 156.

²⁶⁷ Slongo, 1991, 163.

²⁶⁸ Gauch, 2011, Rn. 338.

²⁶⁹ Gauch, 2011, Rn. 338.

Eser sözleşmesi, kanunda düzenlenen bir sözleşme olmasına rağmen lisans sözleşmesi kanunda düzenlenmemiş olan isimsiz bir sözleşmedir. Bunu yanında bilgisayar programı imâl sözleşmesinin kendine özgü özellikleri de bulunmaktadır. Bu açıdan değerlendirildiğinde bilgisayar programı imâl sözleşmesi isimli ve isimsiz bir sözleşmenin kanun öngörmediği bir tarzda bir araya gelmesiyle oluşan kendine özgü yapısı olan (sui generis) bir sözleşmedir.

4. BİLGİSAYAR PROGRAMI İMÂL SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI, TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

4.1. BİLGİSAYAR PROGRAMI İMÂL SÖZLEŞMENİN KURULMASINA İLİŞKİN ÖN HAZIRLIK İŞLEMLERİ

4.1.1. Genel Olarak

Bilgisayar programı imâl sözleşmesi kurulmadan önce, bir ön hazırlık çalışması yapılmalıdır. Özellikle imâl edilecek bilgisayar programı ile ilgili iş sahibinin istek ve ihtiyaçlarına göre bir alt yapı çalışması yapılmalıdır. Bu çerçevede iş sahibi ile devamlı iletişim içerisinde olunmalı ve özellikle gerekli ise iş sahibinin işletmesine düzenli şekilde ziyaretlerde bulunup, incelemeler yapılmalıdır. Alt yapı çalışmaları sonucu ve iş sahibi ile yapılan görüşmeler sonunda imâl edilecek bilgisayar programının tespiti için bir şartname hazırlanmalıdır.

4.1.2. Şartname Hazırlanması

4.1.2.1. Şartnamenin Tanımı Ve Önemi

Bilgisayar programı imâli dikkatli ve özenli bir planlama gerektirmektedir. Planlama ne kadar dikkatli ve özenli yapılırsa, bilgisayar programı imâlinde uyumsuzluk, yanlış anlaşılma ve eksiklikler o derece az olur²⁷⁰. Bilgisayar programı imâl ettirecek kişinin bu alanda uzman olmamasından dolayı, ihtiyaçlarını giderecek olan programın nasıl olması gerektiği konusunda tam bir bilgiye sahip değildir. Bu sebeple, bilgisayar programı imâl ettirecek olan iş sahibinin, ihtiyacı olan programın belirlenebilmesi ve karşılaşılabilecek hataları veya eksiklikleri en aza indirilebilmesi için bir planlamanın yapılması çok önemlidir²⁷¹. Bu planlamanın yapılabilmesi için, iş sahibinin taleplerini gösteren ve ihtiyaçlarına cevap verecek olan bilgisayar programının tanımını ihtiva eden bir şartname (Pflichtenheft) hazırlanması gerekmektedir.

²⁷⁰ Thewalt, 2004, 128; Köhler, H. (1988). Herstellungsrisiken und Informationspflichten. *CR*, s. 623-625.

²⁷¹ Schaub, B. (1993). Das Pflichtenheft im Spiegel der Rechtsprechung. *CR*, s. 329; Thewalt, 2004, 128; Otto, 2008, 86; Junker ve Benecke, 2003, 150; Hoeren, 2007, 177.

Bilgisayar programı imâl sözleşmesinde, imâl edenin ediminin konusu şartname ile somutlaşmaktadır²⁷². Şartname, genel olarak bilgisayar programının amacını, sisteme yerleştirilecek olan donanımı, programın mahiyetini ve bilgisayar programının fonksiyonun tanımını içermektedir²⁷³.

Şartnamenin üç tane fonksiyonu vardır. En önemli fonksiyonu, şartname ile imâl edilecek olan bilgisayar programının hatasız ve eksiksiz olması için gereken kriterlerin tespit edilmesidir²⁷⁴. Şartname ile imâl edenin hangi sonuçları borçlandığı, imâl edilecek programın bilgisayarın donanımına ve diğer programlara ne kadar sürede ve ne kadar uyum sağlayacağı, hangi ölçütlerle bu uyumu başaracağı ve programın nasıl kurulacağı tespit edilmektedir²⁷⁵. Şartnamenin ikinci fonksiyonu ise garanti edilen edimin tam olarak ne olduğunun şartname ile tespit edilmesidir. Tarafların yetki ve sorumluluk alanlarının belirlenmesi de şartnamenin üçüncü fonksiyonudur²⁷⁶.

4.1.2.2. Şartnamenin Hazırlanmasında Tarafların Rolü

4.1.2.2.1. Genel Olarak

Şartnamenin taraflardan hangisi tarafından hazırlanması gerektiği, şartnamedeki eksikliklerden ve hatalardan kimin sorumlu olacağı konusu çözülmesi gereken bir meseledir. Asıl önemli olan şartname hazırlanmasının edimin içeriğine dâhil olup olmadığıdır²⁷⁷. Şartname hazırlanması ile ilgili sorumluluğun kime ait olacağı konusu sözleşme öncesi aşama ve sözleşmenin kurulmasından sonraki aşama olmak üzere iki kısımda incelenmiştir.

²⁷² Bömer, 1988, 18; Redeker, 2007, Rn. 302; Thewalt, 2004, 129; Gennen ve Völkel, 2009, 112; Koch, 2009, 63.

²⁷³ Thewalt, 2004, 129; Schaub, 1993, 329-330; Ihde, 1999, 409; Bömer, 1988, 18.

²⁷⁴ Otto, 2008, 86; Schaub, 1993, 333; Bömer, 1988, 18; Thewalt, 2004, 130; Ihde, 1999, 409; Redeker, 2007, Rn. 302; Gennen ve Völkel, 2009, 112; Koch, 2009, 63.

²⁷⁵ Gennen ve Völkel, 2009, 112; Thewalt, 2004,130; Koch, 2009, 63.

²⁷⁶ Otto, 2008, 86; Thewalt, 2004,130; Redeker, 2007, Rn. 302; Bömer, 1988, 18; Gennen ve Völkel, 2009, 112; Koch, 2009, 63.

²⁷⁷ Schaub, 1993, 331; Thewalt, 2004,130.

4.1.2.2.2. Sözleşmenin Kurulmasından Önceki Aşamada Şartnamenin Hazırlanmasında Tarafların Rolü

Sözleşmenin yapıldığı sırada edim belirli veya belirlenebilir olması gerekmektedir. Sözleşmenin kurulabilmesi için edimin kesin olarak belirlenmiş olması şart değildir. Edimin objektif olarak belirlenebilecek durumda olması yeterlidir. Edim belirli veya belirlenebilir değilse, sözleşme, buna bağlı olarak da borç doğmaz²⁷⁸. Bir borç ilişkisinde alacaklının ifayı dava edebilmesi için, belirli bir dava dilekçesi yazması gerekmektedir. Bu dava dilekçesinde de borçlunun borcu belirli ya da en azından belirlenebilir olması gerekmektedir²⁷⁹.

Bilgisayar programı imâl sözleşmesinin kurulabilmesi için imâl edilecek programın tam olarak bütün ayrıntısı ile belirlenmiş olması gerekmez. Sözleşmenin kurulabilmesi için imâl edilecek olan bilgisayar programının genel olarak özelliklerinin belirlenmiş olması veya imâl edilecek bilgisayar programının nasıl olacağının belirlenebilir olması yeterlidir. Bu sebeple sözleşme kurulmadan önceki aşamada imâl edilecek bilgisayar programının, özelliklerinin ve niteliklerinin tanımını ihtiva eden şartnamenin hazırlanması her iki taraf için de bir yükümlülük değildir²⁸⁰.

Bilgisayar programı imâl sözleşmesinde edimin doğru tespit edilebilmesi için tarafların birlikte çalışmaları gerekmektedir. Sözleşme öncesi aşamada iş sahibi ihtiyacı olan ve problemlerini çözecek olan programın hangi özelliklere sahip olması gerektiği konusunda bir bilgisi vardır. Ancak iş sahibinin bu bilgisi yeterli değildir. Gerçekten de, iş sahibi, bilgisayar programının teknik olarak uygulama imkânları, uygulandığından karşılaşılabilecek problemler ve imâl edilecek programın etkileri konusunda tam bir bilgi sahibi değildir. Buna karşılık imâl eden uzmanlık alanı olmasından dolayı, bilgisayar programı alanında ayrıntılı bilgilere sahiptir. Fakat imâl eden de, iş sahibinin işletmesi hakkında, iş sahibinin ihtiyaçları ve istekleri konusunda veya problemleri konusunda bilgi sahibi değildir. Bu sebeple, sözleşme öncesi aşamada tarafların birbirlerine karşı aydınlatma ve danışma yükümlülükleri vardır²⁸¹. Sözleşme öncesi aşamada bu aydınlatma ve

²⁷⁸ Kocayusufpaşaoğlu, N. (2014). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. C. I. (6. Baskı). İstanbul, s. 38-39; Eren, 2014, 100-101; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, 9; Thewalt, 2004,131,

²⁷⁹ Eren, 2014, 100; Thewalt, 2004,132.

²⁸⁰ Thewalt, 2004,132.

²⁸¹ Redeker, 2007, Rn. 302a; Thewalt, 2004,133.

danışma yükümlülüğünün hangi kapsamda olduğu belirli değildir. Bu durum sözleşmenin kurulması aşamasında da belirsizdir. Bu aşamada imâl edecek konumunda olan kişi, yaptığı aydınlatma ve danışma sebebiyle bir karşılık talep edemez²⁸². İmâl eden, iş sahibinin taleplerine hangi programın uygun olduğunu belirlemesinden dolayı, yani iş sahibinin isteklerini somutlaştırmasından dolayı sözleşmeye bağlı olarak veya sözleşmeden ayrı bir karşılık talep edemez. Bundan dolayı, edimin açık bir şekilde belirlenmesi sözleşme öncesi aşamada taraflar için bir yükümlülük değildir²⁸³.

İmâl edenin aydınlatma yükümlülüğü, edimin doğru tanımlanabilmesi için gerekli olan hususların neler olduğu ve muhtemel masrafların ne kadar olacağı kapsamındadır²⁸⁴. İmâl eden bu yükümlülüğü yüksek masraflı olmaksızın ve ayrıca ücret talep etmeksizin yerine getirmelidir²⁸⁵.

Sözleşme öncesi aşamada, kendi menfaatleri açısından taraflar şu iki olanağa sahiptirler: Ya sadece şartnamenin hazırlanması üzerine bir sözleşme yapabilirler ya da bütün projeyi kapsayan iki aşamalı bir sözleşme yapabilirler. Buna göre; birinci aşama şartnamenin hazırlanmasını, ikinci aşama ise hazırlanan şartnamenin uygulanmasını ihtiva etmektedir²⁸⁶.

Sonuç olarak sözleşme öncesi aşamada tarafların şartname hazırlaması yükümlülükleri yoktur. Ancak imâl edenin ayrıntılı bir planlama yapabilmesi için nelerin gerekli olacağı konusunda aydınlatma yükümlülüğü vardır. İmâl edenin bu yükümlülüğü, şartname hazırlanması için gerekli olan hususların açıklanmasını aşacak şekilde olmamalıdır²⁸⁷.

²⁸² OLG Nürnberg v. 18.02.1993-12 U 1163/92, NJW-RR, 1993, 760; Thewalt, 2004,133

²⁸³ Thewalt, 2004,133.

²⁸⁴ OLG Koblenz v. 11.11.1988- 2 U 4/86, CR, 1990, 41; OLG Stuttgart v. 18.10.1988- 6 U 64/88, CR, 1989, 598; Schmidt, H. (1992). Beratungsleistungen und Miwirkungspflichten, CR, s. 710-711; Thewalt, 2004,133

²⁸⁵ Thewalt, 2004,133-134.

²⁸⁶ Ihde, 1999, 410; Gennen ve Völkel, 2009, 116-117; Thewalt, 2004,134

²⁸⁷ Thewalt, 2004,134.

4.1.2.2.3. Sözleşmenin Kurulmasından Sonraki Aşamada Şartnamenin Hazırlanmasında Tarafların Rolü

Sözleşmenin kurulmasından sonraki aşamada, şartnamenin hazırlanması önceleri imâl edenin görevi olarak kabul edilmiştir²⁸⁸. 80'li yıllardaki ve 90'lı yılların başında verilen mahkeme kararları da bu yöndedir²⁸⁹.

LG Bamberg'in kararına göre, bilgisayar programı imâl sözleşmesinde ayıplardan doğan sorumluluk imâl edene ait olduğu için, öncelikle imâl eden, şartname hazırlamalıdır. Bu sebeple şartname hazırlamanın imâl edenin sorumluluğunda olduğu kabul edilmektedir²⁹⁰.

KG'nin bir kararında ise²⁹¹ şartnamenin hazırlanmasının imâl edenin sorumluluğunda olduğu, ancak bunun bir yükümlülük değil, imâl eden için bir külfet olduğu kabul edilmiştir. Mahkeme, özellikle Alman Medenî Kanunu'nun § 634. hükmünün önceki haline göre, eser sözleşmesinde ayıpların giderilmesi için belirlenen sürenin uygun olup olmadığının değerlendirilmesinde, şartnamenin belirleyici olduğunu gerekçe göstererek, bunun bir külfet olduğunu kabul etmiştir.

Alman Federal Mahkemesi ise bir kararında²⁹², şartname hazırlanmasını iş sahibi için bir külfet olarak kabul etmiştir. Karara göre, imal edilecek bilgisayar programının bir şartname ile teknik özelliklerinin ve niteliklerinin tam olarak belirlenmediği durumlarda, imâl eden teknik standartlara ve durumlara göre ortalama bir bilgisayar programı imâl etmeyi borçlanmaktadır. Bu sebeple, iş sahibinin isteklerine uygun bir bilgisayar programı imâl edilebilmesi için, şartname hazırlanması iş sahibinin sorumluluğundadır. Ancak bunun bir külfet olduğu kabul edilmektedir²⁹³.

Doktrinde hâkim görüş²⁹⁴, şartnamenin hazırlanmasının iş sahibinin sorumluluğunda olduğunu kabul etmektedir. Bu görüşü savunanlar; bilgisayar programı imâl sözleşmesini bir eser sözleşmesi olarak kabul etmelerinden dolayı,

²⁸⁸ Ihde, 1999, 409-410; Schaub, 1993, CR, 1993, 329-331.

²⁸⁹ LG Bamberg v. 08.11.1988- 1 O 250/86, BB, 1989, 2; KG v. 01.06.1990- 14 U 4238/86, CR, 1990, 768; OLG Düsseldorf v. 10.06.1992- 19 U 23/91, CR 1993, 351-353.

²⁹⁰ LG Bamberg v. 08.11.1988- 1 O 250/86, BB, 1989, 2.

²⁹¹ KG v. 01.06.1990- 14 U 4238/86, CR, 1990, 768.

²⁹² BGH v. 24.09.1991- X ZR 85/90, CR, 1992, 543-544.

²⁹³ Aday, N. (2000). *Özel Hukukta Yükümlülük Kavramı ve Sonuçları*. İstanbul.s. 193.

²⁹⁴ Schneider, J. (2000). Projektsteuerung – Projektrisiken bei Software, CR, s. 29; Müller-Hengstenberger, C. D. (1995). Risikoteilung in DV-Projekten. CR, s. 199-201; Junker ve Benecke, 2003, 150; Koch, 2009, 62; Köhler, 1988, 623-628; Malzer, 1991, 277; Redeker, 2007, Rn. 302-302a; Ihde, 1999, 410; Marly, 2006, Rn. 783.

eserin imâl edilebilmesi için iş sahibinin de işbirliği yapması gerektiğini düzenleyen Alman Medenî Kanunu'nun § 642. hükmü ve devamı hükümlerine dayanmaktadırlar. Bilgisayar programı imâl sözleşmesinde sözleşmeye ve iş sahibinin istek ve ihtiyaçlarına uygun bir bilgisayar programı imâl edilmektedir. Bu sebeple iş sahibi, bilgisayar programında olmasını istediği özellikleri, nitelikleri ve bilgisayar programını hangi amaç için kullanacağını açıkça ortaya koymalıdır. Bunu da en iyi şekilde yapabilecek olan iş sahibi olduğu için, şartname hazırlamak iş sahibinin sorumluluğundadır.

Doktrinde başka bir görüşe göre ise²⁹⁵ şartname hazırlanması imâl edenin sorumluluğundadır. Şartnamede var olan bir eksiklik bilgisayar programının ayıplı olmasına sebebiyet verebilir. Ayıplardan da imâl edenin sorumlu olacağını düşünüldüğünde, bilgisayar programının ayıpsız olarak imâl edilebilmesi için şartnameye uygun olarak imâl edilmesi gerekmektedir. İmâl edilen programın ayıplı olup olmadığının tespiti şartnameye uygun olup olmadığına göre belirlenir. Bu sebeple şartnamenin, imâl eden tarafından hazırlanması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre; iş sahibi, şartnamenin hazırlanması için, imâl edene gerekli desteği sağlamalıdır. Bu desteği sağlamazsa, ayıptan doğan haklardan mahrum kalır.

Doktrinde üçüncü bir görüşe göre ise²⁹⁶ imâl edilecek programın hangi özelliklere ve niteliklere sahip olması gerektiği şartname ile belirlenmektedir. Bu sebeple, şartname olmaması durumunda; imâl eden iş sahibinin isteklerini, ihtiyaçlarını, iş sahibi için gerekli olan bilgisayar programının nasıl olması gerektiğini kendi başına belirleyemez. Dolayısıyla iş sahibinin işbirliğine ihtiyaç vardır. İş sahibi, imâl edilecek bilgisayar programı konusunda işbirliği yapmazsa, imâl eden tek başına nasıl bir program imâl etmesi gerektiğini tespit edemez. Bu görüşe göre; eser sözleşmesinde iş sahibinin eserin imâlinde işbirliği yapmasını düzenleyen Alman Medenî Kanunu'nun § 642. hükmünün şartname içinde uygulanabileceği kabul edilmektedir. Bu işbirliği de bir yükümlülük değil, külfet olarak kabul edilmektedir. Alman Medenî Kanunu'nun § 642. hükmünün şartnamenin hazırlanmasına uygulanabileceğini savunan başka bir görüşe göre ise²⁹⁷ şartname hazırlanması bir külfet olduğu için, imâl eden şartnamenin

²⁹⁵ Schaup, 334.

²⁹⁶ Redeker, 2007, Rn. 307; Thewalt, 2004,140.

²⁹⁷ Ihde, 1999, 412-413.

hazırlanmasını ve devredilmesini sözleşmeden kaynaklanan bir borç olarak talep ve dava edemez. Bu durumda imâl eden, sadece imâl edilecek programın tanımlanmasını ve özelliklerinin belirlenmesini iş sahibinden talep edebilir. İş sahibi bunları yerine getirmediğinde de alacaklının temerrüdü hükümlerine başvurabilir. Bununla birlikte, imâl eden, iş sahibine imâl edilecek bilgisayar programının tanımını yapması, özelliklerini ve niteliklerini belirlemesi için bir süre vermelidir. Bu süre içinde iş sahibi, üzerine düşeni yapmazsa Alman Medenî Kanunu'nun § 643. hükmü çerçevesinde sözleşmenin kendiliğinden sona ereceği kabul edilmektedir²⁹⁸. İş sahibi, imâl edilecek eserin belirlenmesi konusunda işbirliği yapmayı reddetmesi halinde ve böylelikle eserin meydana getirilmesinin imkânsız olması halinde, imâl edenin bütün ücretini talep edeceği yönünde görüşler de bulunmaktadır²⁹⁹.

Sözleşmenin yorumlanmasında, şartname hazırlanmasının iş sahibi için bir yükümlülük olduğu ortaya çıkıyorsa, bu durumda şartname hazırlamak bir külfet değil sözleşmeden kaynaklanan bir borç olarak kabul edilmektedir³⁰⁰.

Doktrindeki bir görüşe göre ise³⁰¹ imâl eden ile iş sahibi arasındaki ilişkinin ticari bir iş niteliğinde olması halinde Alman Ticaret Kanunu'nun § 375. hükmünde düzenlenen *“tahsis kaydı ile satım (Spezifikationskauf)”* sözleşmesine ilişkin hükümlerin şartnamenin hazırlanmasına uygulanabileceği savunulmaktadır. Söz konusu hükme göre tahsis kaydı ile satım, satım konusu taşınır malın şekli, ölçüleri veya benzeri özelliklerini alıcının belirlemek zorunda olduğu bir satım türüdür. Alıcı bu belirlemeleri yapmada gecikirse kanun hükmüne göre satıcı kendi başına belirleyebilir veya tazminat isteyebilir ya da sözleşmeden dönebilir. Bu görüşe göre³⁰²; bilgisayar programı imâl sözleşmesinde, imâl eden, iş sahibi tarafından şartnamede belirlenmiş ve özelleştirilmiş bir bilgisayar programı imâl etmektedir. Taraflar arasındaki ilişki ticari iş niteliğinde ise Alman Ticaret Kanunu'nun § 375. hükmü, bilgisayar programı imâl sözleşmesinde şartnamenin hazırlanmasına uygulanmalıdır. Söz konusu görüş³⁰³; bilgisayar programının şekli ve ölçüleri olmayacağını, ancak kanun hükmünde benzeri özelliklerden

²⁹⁸ Thewalt, 2004,140; Ihde, 1999, 412-413.

²⁹⁹ BGH v. 15.05.1990- X ZR 128/88, NJW, 1990, 3008; BGH v. 25.04.1996- X ZR 59/94, NJW-RR, 1996, 883-884; Köhler, H. (1989). Mitwirkungspflicht. CR, s. 105-106.

³⁰⁰ Thewalt, 2004,141.

³⁰¹ Thewalt, 2004,144-146.

³⁰² Thewalt, 2004,146.

³⁰³ Thewalt, 2004,148.

bahsedildiği için bu hükmün bilgisayar programı imâlinde, şartname hazırlanmasına uygulanabileceğini ileri sürmektedir. Benzeri özelliklerden kasıt; edim konusunun rengi, işlerliği, kaynağı, miktarı veya hammaddesinin bileşimleri gibi özelliklerdir. Bu görüşe göre; programın ekran yüzündeki görünümünü, bir ürünün rengi ile ürünün işlerliğini de bilgisayar programının bilgisayara yerleştirilerek fonksiyonunu yerine getirmesi ile kıyaslayarak, şartname hazırlanmasının Alman Ticaret Kanunu'nun § 375. hükmü anlamında tipik bir özelleştirme olduğu savunulmaktadır³⁰⁴. Söz konusu görüşe göre; bilgisayar programı imâl sözleşmesi ticari iş niteliğinde değilse şartname hazırlanması Alman Medenî Kanunu'nun § 642. hükmü çerçevesinde iş sahibi için bir külfettir. Ancak aradaki ilişkinin ticarî iş olması halinde ise şartname hazırlanması Alman Ticaret Kanunu'nun § 375. hükmüne göre bir yükümlülüktür³⁰⁵.

4.1.2.3. Şartname Hazırlanmasının Türk Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

4.1.2.3.1. Sözleşme Kurulmasından Önceki Aşamada Şartnamenin Hazırlanmasının Değerlendirilmesi

Bir borcun doğabilmesi için, sözleşme yapılırken edimin belirli olması şart değildir. Belirlenebilir olması da yeterlidir. Belirlenebilir edim, sözleşme yapılırken açıkça ve kesin olarak belirlenmemiş ancak sözleşme yapıldıktan sonra veya ifa zamanında objektif olarak belirlenebilecek olan edimdir³⁰⁶. Bilgisayar programı imâl sözleşmesinde şartname, imâl edilecek olan bilgisayar programının özellikleri, nitelikleri ve fonksiyonları gibi unsurlarını açıkça ortaya koymaktadır. Başka bir ifade ile şartname, nasıl bir program imâl edileceğini kesin bir şekilde belirlemektedir. Bilgisayar programı imâl sözleşmesi kurulurken tarafların sözleşmenin başında imâl edilecek programı, bir şartname hazırlayarak açık ve kesin bir şekilde belirlemiş olması şart değildir. Taraflar, bir bilgisayar programı imâli için sözleşme yaparlarken, şartname hazırlayıp imâl edilecek programı

³⁰⁴ Thewalt, 2004,148-149.

³⁰⁵ Thewalt, 2004,153.

³⁰⁶ Ayan, M. (2013). *Borçlar Hukuku*. Konya, s. 20; Kılıçoğlu, A. M. (2014). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. (18. Bası). Ankara, s. 7; Kocayusufoğlu, 2014, 38-39; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, 9-10; Eren, 2014, 100-101.

ayrıntılı şekilde belirleyebilecekleri gibi, bir şartname hazırlamadan da ayrıntılarını ve özelliklerini daha sonra belirleyecekleri bir bilgisayar programı imâli konusunda da anlaşabilirler. Sözleşmenin kurulup, borcun doğması için genel olarak bir bilgisayar programı imâl etme konusunda anlaşmış olmaları yeterlidir.

Bir sözleşmenin kurulabilmesi için, borcun konusu olan edimin belirlenebilir olması yeterlidir. Bu sebeple sözleşme kurulmadan önce veya sözleşme kurulurken tarafların şartname hazırlamaları bir zorunluluk değildir.

4.1.2.3.2. Sözleşme Kurulmasından Sonraki Aşamada Şartnamenin Hazırlanmasının Değerlendirilmesi

Bilgisayar programı imâl sözleşmesinde imâl eden, iş sahibinin isteklerine uygun, onun ihtiyaçlarına cevap verecek ve problemlerini çözecek bir bilgisayar programı imâl etmeyi borçlanmaktadır. Bu sebeple iş sahibini ihtiyaçlarının, isteklerinin ve problemlerinin ne olduğunun doğru tespit edilmesi gerekmektedir. Bunları en iyi bilecek olan iş sahibidir. İmâl eden, iş sahibinin ne gibi bir bilgisayar programa ihtiyaç duyduğu, bilgisayar programının hangi ihtiyaçlara cevap vermesi gerektiği ve hangi problemleri çözmesi gerektiği konusunda tam olarak bilgi sahibi değildir.

Bilgisayar programı imâl sözleşmesi kurulurken bir şartname hazırlanmamışsa, imâl edenin, imâl edeceği programın sözleşme kurulduktan sonra çok iyi tanımlaması gerekmektedir. Bu tanımlama da ancak şartnamenin hazırlanması ile mümkündür. Şartnamenin hazırlanması sorumluluğu ise kural olarak iş sahibindedir. Çünkü yukarıda da belirtildiği üzere bilgisayar programı, iş sahibinin isteklerine ve ihtiyaçlarına uygun olarak imâl edilmektedir. İş sahibi, nasıl bir bilgisayar programı istediğini, ihtiyaçlarının ve çözülmesini beklediği problemlerin neler olduğunu bir şartname hazırlayarak ayrıntılı bir şekilde belirlediğinde, imâl eden, sözleşmeye uygun bir bilgisayar programı imâl edebilir. Bununla birlikte, iş sahibi nasıl bir bilgisayar programına ihtiyaç duyduğunu, ihtiyaçlarının veya çözülmesi gereken problemlerin neler olduğunu bilmektedir, ancak genelde teknik konularda bilgi sahibi değildir. Bu konuda bilgi sahibi olan ise, bilgisayar programını imâl edecek olan kişidir. İş sahibinin şartnameyi hazırlarken, ihtiyaç olduğunda ve özellikle teknik konularla ilgili aydınlatılması

gerekmektedir. Bu sebeple, aydınlatma ve danışmanlık yapma görevi imâl edene aittir.

İş sahibinin şartname hazırlaması kanaatimizce de bir yükümlülük değil, külfettir. Bu sebeple, şartname hazırlanmaması halinde, iş sahibine bu konuda bir zorlama söz konusu olamaz. Şartname hazırlaması için herhangi bir davaya veya hukukî yola başvurulamaz. Türk Borçlar Kanunu'nda, Alman Medenî Kanunu'nun § 642. hükmünde yer alan eser sözleşmesinde, iş sahibinin işbirliği yapmasına ilişkin veya Türk Ticaret Kanunu'nda, Alman Ticaret Kanunu'nda olduğu gibi tahsis kaydı ile satıma (spezifikationskauf) (HGB § 375) ilişkin bir hüküm yoktur. Bu çerçevede değerlendirildiğinde, iş sahibi şartname hazırlamazsa, imâl eden, imâl edeceği bilgisayar programının tanımı yapılmış olmayacağından edimini yerine getiremez. Bu durumda kanaatimizce alacaklının temerrüdü hükümleri uygulanmalıdır.

Alacaklının temerrüdü, TBK.'nin 106. ve 111. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Buna göre; borçlunun alacaklıya ifayı gereği gibi sunmasına rağmen alacaklı haksız olarak ifayı kabulden kaçınırsa veya ifanın gerçekleşebilmesi için kendisine düşen hazırlık fiillerini yerine getirmezse alacaklının temerrüdü söz konusu olmaktadır³⁰⁷. Alacaklının temerrüdü, alacaklının ifaya kabule zorunlu olduğu hallerde veya ifanın gerçekleşmesi için alacaklının da katılması gerektiği hallerde söz konusu olmaktadır³⁰⁸.

Bir borç ilişkisinde alacak, alacaklıya tanınmış bir haktır. Alacak, bir hak olduğu için, alacaklı bunu kabul edip etmemekte serbesttir. Alacaklının alacağı kabul etmesi veya ifa için hazırlık fiillerinde bulunması bir yükümlülük değildir. Alacaklının ifayı kabul etmesi veya ifaya katılması, onun için bir külfettir. Bu bir külfet olduğu için, alacaklı ifayı kabul etmezse veya ifaya katılmazsa alacak hakkını kaybetmeyeceği gibi, bir yükümlülüğün ihlâli de olmadığı için borçluya tazminat ödemek zorunda değildir³⁰⁹.

³⁰⁷ Koç, N. (1992). *İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü*. Ankara, s. 6 vd.; Üçer, M. (2007). *Roma Hukukunda ve Karşılaştırılmalı Hukukta Alacaklının Temerrüdü*. Ankara, s. 10 vd.; Serozan, R. (2014). *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*. C. III. İstanbul, s. 142; Hatemi, H. ve Gökyayla, E. (2012). *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*. İstanbul, s. 239-240; Oğuzman, K. ve Öz, T. (2014). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. C. I. (12. Baskı). İstanbul, s. 361; Nomer, H. N. (2013). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul, s. 250; Ayan, 2013, 330; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, 837 vd.; Eren, 2014, 1010; Kılıçoğlu, 2014, 677.

³⁰⁸ Oğuzman ve Öz, 2014, 361-362; Eren, 2014, 1011

³⁰⁹ Serozan, 2014, 144-145; Oğuzman ve Öz, 2014, 366-367; Eren, 2014, 1011-1012

Alacaklının temerrüdünün söz konusu olabilmesi için kural olarak kusurlu olması gerekmez³¹⁰.

Alacaklının temerrüdü halinde, borçlunun borcu sona ermeyeceği için, TBK.'nın 107. maddesine göre; borçlu, edim konusunu tevdi ederek borcundan kurtulmaktadır. Tevdi söz konusu olabilmesi için edimin konusunun maddî bir edim ve verme borcu niteliğinde olması ve bununla birlikte edimin konusu tevdi de elverişli olması gerekmektedir. Tevdi yerini kural olarak hâkim belirlemektedir. Ancak taraflar arasında ticarî bir ilişki varsa ve mal ticari bir mala ilişkinse, tevdi yerini borçlu kendisi de belirleyebilmektedir. Bu durumda borçlu edim konusunu bir ardiyeye tevdi edebilmektedir³¹¹. Edimin konusu tevdi elverişli değilse, özellikle edim konusunun niteliği veya işin özelliği tevdi edilmesine uygun değilse ya da tevdi edilecek şey bozulabilir veyahut bakımı, korunması veya tevdi edilmesi önemli bir gideri gerektirirse, borçlu, TBK.'nın 108. maddesi gereğince alacaklıya ihtarda bulunarak hâkim izni ile edim konusunu açık artırma ile sattırarak bedelini tevdi edebilir³¹².

Edimin konusu bir şeyin teslimi değilse, yani bir yapma borcu söz konusu ise tevdi ve satış mümkün değildir. Bu durumda TBK.'nın 110. maddesine göre alacaklının temerrüdü halinde borçlu, borçlunun temerrüdü hükümleri çerçevesinde sözleşmeden dönebilir. Borçlunun temerrüdü halinde sözleşmeden dönme, TBK.'nın 125. maddesinin II. ve III. fıkralarında düzenlenmiştir. Buna göre, kural olarak borçlunun TBK. 123 maddesi çerçevesinde uygun bir süre vermesi gerekmektedir. Ancak TBK.'nın 124. maddesindeki haller söz konusu olduğundan borçlunun sözleşmeden dönebilmesi için süre vermesine gerek yoktur³¹³.

³¹⁰ Koç, 1992, 53 vd.; Eren, 2014, 1013; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, 837; Hatemi ve Gökyayla, 2012, 241; Üçer, 2007, 17.

³¹¹ Serozan, 2014, 149-150; Koç, 1992, 177 vd.; Nomer, 2013, 251; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, 843; Hatemi ve Gökyayla, 2012, 242; Oğuzman ve Öz, 2014, 370; Eren, 2014, 1020-1021; Üçer, 2007, 172-173; Ayan, 2013, 331; Kılıçoğlu, 2014, 680-681.

³¹² Hatemi ve Gökyayla, 2012, 242; Koç, 1992, 234 vd.; Serozan, 2014, 150; Oğuzman ve Öz, 2014, 372; Eren, 2014, 1022; Kılıçoğlu, 2014, 683; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, 845; Nomer, 2013, 251-252; Üçer, 2007, 206; Ayan, 2013, 331-332.

³¹³ Koç, 1992, 257 vd.; Oğuzman ve Öz, 2014, 374-375; Kılıçoğlu, 2014, 685; Eren, 2014, 1024-1025; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, 846; Üçer, 2007, 213-214.

Borçlunun sözleşmeden dönmesi halinde uğradığı zarar sebebiyle tazminat isteyip isteyemeyeceği tartışmalıdır. Bazı yazarlar³¹⁴, TBK.'nın 110. maddesinde tazminattan söz edilmediğini belirterek tazminat talep edilemeyeceğini ileri sürmektedirler. Başka bir görüşe göre ise³¹⁵ borçlunun alacaklının temerrüdü halinde sözleşmeden dönme hakkını düzenleyen TBK.'nın 110. maddesinin borçlunun temerrüdü hükümlerine atıf yaptığı, nasıl ki borçlunun temerrüdü halinde alacaklı sözleşmeden dönmesi halinde tazminat talep edebiliyorsa, borçlunun da tazminat talep edebileceği savunulmaktadır. Bu görüşe göre, borçlunun tazminat isteyebilmesi için alacaklının temerrüde düşmede kusurlu olması gerekmektedir³¹⁶.

Kanaatimizce, TBK.'nın 110. maddesinin, alacaklının bir yapma edimi söz konusu olduğunda sözleşmeden dönmesi ile ilgili olarak açıkça borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere atıf yapılmaktadır. Bu sebeple borçlu, alacaklının temerrüdü halinde sözleşmeden dönmesi halinde varsa menfi zararlarının tazmin edilmesini isteyebilmelidir. Eser sözleşmesinde iş sahibi ile ilgili beklenmedik bir olay sebebiyle ifanın imkânsız olması halinde, yüklenicinin tazminat isteyebileceğini düzenleyen TBK.'nın 485. maddesinin II. fıkrasında ise bu husus açıkça düzenlenmiştir³¹⁷. Bununla birlikte, TBK.'nın 110. maddesinin TBK.'nın 125. maddesine açıkça atıfta bulunması sebebiyle alacaklı, temerrüde düşmede kusursuz olduğunu ispat ederse tazminat sorumluluğundan kurtulur³¹⁸.

Türk Borçlar Kanunu'nun 106. maddesine göre; alacaklı, borçlu ifayı hukuka uygun bir şekilde ifa etmek istemesine rağmen haksız olarak ifayı kabulden kaçınması halinde veya borçlunun ifada bulunabilmesi için kendisine düşen hazırlık fiillerinden kaçınması halinde, alacaklının temerrüdü söz konusu olmaktadır. İş sahibinin şartname hazırlamamış olması, borçlunun edimini yerine getirebilmesi için kendisine düşen hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınması olarak değerlendirilmelidir. Çünkü imâl edilecek programın nasıl olması gerektiğini belirleyen bir şartname olmazsa, imâl eden edimini ifaya başlayamaz ya da ifa

³¹⁴ Nomer, 2013, 252; Serozan, 2014, 151-152. Serozan, menfi zararların talep edilemeyeceğini belirtmekte ancak, borçlunun, alacaklının temerrüdü halinde, boşuna yaptığı masrafları talep edebileceğini öngörmektedir.

³¹⁵ Serozan, R. (2007). *Sözleşmeden Dönme*. İstanbul, s. 325; Koç, 1992, 273-274; Eren, 2014, 1025-1026; Üçer, 2007, 230; Menfi zarar ile birlikte müsbet zararın da talep edilebileceği savunulmaktadır, Hatemi ve Gökyayla, 2012, 241-242.

³¹⁶ Serozan, 2007, 325; Eren, 2014, 1026; Üçer, 2007, 230.

³¹⁷ Eren, 2014, 1026.

³¹⁸ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, 846.

edemez. Bu çerçevede değerlendirildiğinde, kanaatimizce iş sahibinin şartname hazırlamaması halinde alacaklının temerrüdüne ilişkin hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Ancak bilgisayar programı imâl sözleşmesindeki edim bir yapma edimi olduğu için, alacaklının temerrüdünün sonuçlarından olan tevdi veya edimin sattırılmasına ilişkin hükümler burada uygulanmaz. Bu durumda, alacaklının temerrüdünün diğer bir sonucu olan, borçlunun sözleşmeden dönmesi söz konusu olur. İmâl eden, iş sahibinin şartname hazırlamaması sebebiyle bilgisayar programını imâl edemiyorsa sözleşmeden dönebilir. İmâl eden, sözleşmeden dönmesi sebebiyle zararları varsa bu zararlarının da tazmini talep edebilmelidir.

Şartnamenin hazırlanabilmesi için, imâl edenin de desteğine ihtiyaç vardır. Özellikle teknik konularda imâl edenin bilgi vermesi gerekiyorsa ve bu bilgi olmadan iş sahibi şartnameyi hazırlayamaz. Bu durumda ise ifa borçludan kaynaklanan bir sebepten dolayı yerine getirilemediğinden kanaatimizce borçlunun temerrüdü hükümlerine başvurulmalıdır.

Taraflar sözleşmeyi yaparlarken, şartnameyi borçlunun hazırlayacağını da kararlaştırabilirler. Bu durumda, borçlu şartnameyi hazırlamazsa ve bilgisayar programı imâli gerçekleşmezse, yine borçlunun temerrüdü hükümlerine başvurulmalıdır.

4.2. BİLGİSAYAR PROGRAMI İMÂL SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI VE ŞEKLİ

4.2.1. Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesinin Kurulması

4.2.1.1. Genel Olarak Sözleşmenin Kurulması

Belirli bir hukukî sonucu, hakkı veya hukukî ilişkiyi kurmaya, değiştirmeye ve sona erdirmeye yönelik olan tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarına sözleşme denir³¹⁹. TBK.'nın 1. maddesinde de belirtildiği üzere, sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamasında bulunması gerekmektedir. Sözleşme, iki taraflı olabileceği gibi çok taraflı da olabilir. Ortaklık sözleşmesi veya paylı mülkiyette paydaşların malın

³¹⁹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, 51; Eren, 2014, 227; Oğuzman ve Öz, 2014, 42-43; Nomer, 2013, 23; Ayan, 2013, 115-116; Hatemi ve Gökyayla, 2012, 28.

yönetimine ilişkin yaptıkları anlaşmalar ya da malın paylaşılmasına ilişkin anlaşmalar, çok taraflı sözleşmelere misâl gösterilebilir³²⁰.

Sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamasında bulunması gerekmektedir. İradelerin birbirine uygun olmasından kasıt, bir tarafın teklifinin diğer tarafça kabul edilmesidir. Başka bir ifade ile önerinin (icabın) kabul edilmesi ile sözleşme kurulur³²¹.

Sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların iradeleri; sözleşmenin objektif ve sübjektif esaslı noktalarında birbirine uygun olmalıdır. Objektif esaslı noktalar, yapılmak istenen sözleşmede mutlaka bulunması gereken, sözleşmenin tipini ve türünü belirleyen, sözleşmenin asgari içeriğini oluşturan noktalardır. Sübjektif esaslı noktalar ise, tarafları anlaşarak sözleşmenin içeriğine dâhil ettikleri veya bir tarafın diğer tarafın da bilgisi dâhilinde sözleşmenin içeriğinde mutlaka olmasını istediği unsurlardır³²².

Sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların iradelerinin uyuşması gereken esaslı noktalar, belirli veya belirlenebilir olmalıdır. Esaslı noktaların, sözleşme kurulurken belirli olmamasına rağmen, daha sonra objektif kriterlere göre belirlenebilir olması, sözleşmenin kurulması için yeterlidir³²³.

4.2.1.2. Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesinin Kurulması

Sözleşmelerin kurulabilmesi için karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarının bulunması gerekmektedir. Bu irade açıklamalarından biri “*öneri (icap)*”, diğeri ise “*kabul*”dür.

Bir sözleşmenin kurulabilmesi için zaman itibarıyla önce yapılan, karşı tarafa varması gerekli, tek taraflı, bağlayıcı ve karşı tarafın kabulü ile sözleşmenin kurulmasını sağlayan irade açıklamasına öneri denir. Öneri, sözleşmenin bütün

³²⁰ Oğuzman ve Öz, 2014, 42-43; Eren, 2014, 228; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, 53 vd.; Ayan, 2013, 116; Nomer, 2013, 25.

³²¹ Kocayusufpaşaoğlu, 2014, 171; Kılıçoğlu, 2014, 53-54; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, 60-70; Eren, 2014, 229; Oğuzman ve Öz, 2014, 49-50; Ayan, 2013, 126; Nomer, 2013, 28; Hatemi ve Gökyayla, 2012, 28.

³²² Oğuzman ve Öz, 2014, 73-74; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, 75-76; Eren, 2014, 231; Kocayusufpaşaoğlu, 2014, 175-176; Hatemi ve Gökyayla, 2012, 29-30; Nomer, 2013, 35.

³²³ Eren, 2014, 231-232; Kocayusufpaşaoğlu, 2014, 180.

esaslı noktalarını içermelidir. Öneri ciddi olmalıdır ve öneride bulunanın bağlanma iradesi olmalıdır³²⁴.

Sözleşme, önerinin kabul edilmesiyle kurulur. Kabul, sözleşmenin kurulmasını sağlayan, öneriye uygun olarak açıklanan, varması gerekli tek taraflı bir irade açıklamasıdır³²⁵. Tek taraflı bir irade açıklaması olmasından ve sözleşmenin kurulmasını sağlamasından dolayı kabul açıklaması, kurucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılması olarak kabul edilmektedir³²⁶.

Kabulün içeriği, öneriye uygun olmalıdır ve öneride bulunanın, önerisi ile bağlı olduğu süre içerisinde varmalıdır. Kabul, önerinin içeriğini değiştiriyorsa, bu önerinin reddedildiği anlamına gelebileceği gibi yeni bir öneri olarak da sayılabilir. Öneride bulunanın, önerisi ile bağlı olduğu süre geçtikten sonra gelen kabul haberi yeni bir öneri olarak değerlendirilmektedir³²⁷.

Kabul, açıkça bildirilebileceği gibi, kabul anlamına gelen fillerle de açıklanabilir. Kabul açıklaması, örtülü veya açık olabilir³²⁸.

İhtiyaçlarını gidermek veya problemlerini çözmek için bilgisayar programı kullanan kişiler, piyasada var olan standart bilgisayar programlarının ihtiyaçlarına cevap vermediğinde veya problemlerini çözmediğinde, kendisine uygun imâl edilmiş bilgisayar programlarına ihtiyaç duymaktadırlar. Bu kişiler ihtiyaçlarına cevap verecek, isteklerini yerine getirecek ve problemlerini çözecek bilgisayar programını elde edebilmek için, bilgisayar programı imâl eden kişiler ile bir bilgisayar programı imâl sözleşmesi yapması gerekmektedir³²⁹.

Bilgisayar programı imâl sözleşmesi yapmak isteyen kişiler, bilgisayar programı imâl eden şahıslarla nasıl bir bilgisayar programına ihtiyaç duyduklarını, imâl edilmesi gereken bilgisayar programının özelliklerini ve çözülmesi gereken problemlerin neler olduğunu bildirirler. Sözleşme yapmadan önce bir şartname hazırlanıp, imâl edilecek bilgisayar programını kesin olarak belirlenebileceği gibi, imâl edilecek bilgisayar programı genel olarak tanımlanıp, şartname sözleşme

³²⁴ Kocayusufpaşaoğlu, 2014, 180; Kılıçoğlu, 2014, 55 vd.; Oğuzman ve Öz, 2014, 51 vd.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, 82 vd.; Eren, 2014, 243 vd.; Ayan, 2013, 128.

³²⁵ Kılıçoğlu, 2014, 68; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, 93; Eren, 2014, 254; Oğuzman ve Öz, 2014, 65-66; Kocayusufpaşaoğlu, 2014, 203-204; Ayan, 2013, 133.

³²⁶ Kocayusufpaşaoğlu, 2014, 203; Eren, 2014, 254-255; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, 93-94; Ayan, 2013, 135.

³²⁷ Oğuzman ve Öz, 2014, 66; Kocayusufpaşaoğlu, 2014, 204-205; Eren, 2014, 255; Ayan, 2013, 134; Kılıçoğlu, 2014, 68.

³²⁸ Eren, 2014, 255; Oğuzman ve Öz, 2014, C. I, 66-67; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, 93; Kocayusufpaşaoğlu, 2014, 205-206; Kılıçoğlu, 2014, 69; Ayan, 2013, 133-134.

³²⁹ Bkz., §2, III, B,1.

yapıldıktan sonra da hazırlanabilir³³⁰. Bilgisayar programına ihtiyacı olan şahsın, isteklerine ve taleplerine uygun bir bilgisayar programı imâl etmesi konusunda, bilgisayar programını imâl edecek şahsa yaptığı teklif bir öneridir. Yukarıda belirtildiği üzere öneri, yapılacak olan sözleşmenin bütün esaslı noktalarını içermelidir. Ancak öneride yer alması gereken esaslı noktalar belirli olabileceği gibi belirlenebilir olması da yeterlidir.

Bilgisayar programının teknik anlamda karmaşık bir yapıya sahip olması sebebiyle sözleşme yapıldığı sırada imâl edilecek olan bilgisayar programının kesin olarak belirlenmesi mümkün olmayabilir. Bu sebeple yapılan öneride, imâl edilecek bilgisayar programı genelde kesin olarak belirli değil, belirlenebilir bir durumdadır. Sözleşmenin yapıldığı sırada tarafların karşılıklı müzakeresi sonucunda imâl edilecek program kesin olarak belirlenebileceği gibi, sözleşme yapıldıktan sonra da özellikle şartname hazırlanarak imâl edilecek program belirlenebilir.

Bilgisayar programı imâl edecek olan şahıs, bilgisayar programı imâli konusundan kendisine yapılan teklifi, talep edilen bilgisayar programı ve kendi teknik imkânlarını da dikkate alarak değerlendirir. Böyle bir bilgisayar programı imâl etmeyi kabul eder veya kabul etmez. Bilgisayar programını imâl edecek kişinin söz konusu bilgisayar programını imâl etmeyi kabul etmesiyle, taraflarından biri imâl eden, diğer tarafı ise iş sahibi olan bir bilgisayar programı imâl sözleşmesi kurulmuş olur.

4.2.2. Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesinin Şekli

4.2.2.1. Genel Olarak Sözleşmelerde Şekil

Şekil, bir iradeyi dışa açıklamak üzere kullanılan kalıp veya araçtır. Bu sebeple her irade beyanının bir şekli vardır. Bir irade beyanının, hukukî işlemin veya sözleşmenin şekle tabi olmasından kasıt “şekilsizlik” değildir. Şekle tabi olmama, bir hukukî işlemin veya sözleşmenin belirli bir şekle tabi olmadığını,

³³⁰ Bkz., II. Bölüm, §8.

yazılı, sözlü ya da resmi şekilde yapılabileceğini ifade eder. Bu durum ise “*şekil özgürlüğü*” olarak tanımlanmaktadır³³¹.

Şekil tarafları düşünmeye sevk ederek, onların acele ve dikkatsiz davranmalarını engeller. Şekil sözleşmeye kesinlik ve açıklık sağlayarak yorumlanmasını kolaylaştırır. Şekil taraflar arasında ve üçüncü kişiler açısından güven sağlar. Şeklin bir başka önemli işlevi ise ispat güvenliği ve kolaylığı sağlamasıdır³³². Hukukî işlemlerin veya sözleşmelerin şekle bağlı olmasının yukarıda belirtilen faydalarının yanında bir takım sakıncaları da vardır. Sözleşmelerin veya hukukî işlemlerin şekle tabî olması, bunların yapılmasını veya yerine getirilmesini geciktirir ve ekonomik açıdan da pahalı olabilir. Şeklin bir başka önemli sakıncası ise hukukî işlemin esasının şekle feda edilmesidir. Gerçekten de samimi olarak bir hukukî işlem yapmak isteyen taraflar sadece şekle uymamasından dolayı hükümsüzlük yaptırımını ile karşılaşabilmektedirler³³³.

Türk Borçlar Hukuku’nda şekil özgürlüğü ilkesi kabul edilmiştir. Gerçekten de, TBK.’nın 12. maddesinin I. fıkrasına göre “*Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle tabî değildir.*” Kanun hükmünden de anlaşıldığı üzere, kural şekil özgürlüğüdür. Ancak kanunda bir hukukî işlemin belirli şekilde yapılacağı öngörülmüşse o şekilde yapılmalıdır. Aksi halde sözleşme geçerli olmaz. Bir hukukî işlem için kanunda bir şekil öngörülmüşse bu şekle “*kanunî şekil*” denir. Diğer taraftan, bir hukukî işlemin geçerliliği, belirli bir şekilde yapılmasına bağlanmışsa bu şekle de “*geçerlilik şekli*” denir. TBK.’nın 12. maddesinin II. fıkrasına göre kanunda öngörülen şekiller kural olarak geçerlilik şeklidir³³⁴.

Kanunda bir hukukî işlemin geçerliliği şekle bağlanmamış olmasına rağmen, taraflar bazı hallerde yapacakları hukukî işlemin geçerliliğini kendi iradeleri ile şekle bağlayabilirler. Kanunda öngörülmemesine rağmen, tarafların kararlaştırdıkları şekle “*iradî şekil*” denir. İradî şeklin aksi kararlaştırılmamışsa

³³¹ Tuğ, 1994, A. (1994). *Türk Özel Hukukunda Şekil*. Konya, s. 3; Altaş, H. (1998). *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*. Ankara, s. 60; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, 99; Kocayusufpaşaoğlu, 2014, 270; Eren, 2014, 264; Oğuzman ve Öz, 2014, 141; Kılıçoğlu, 2014, 110; Ayan, 2013, 137; Hatemi ve Gökyayla, 2012, 42.

³³² Eren, 2014, 265-266; Altaş, 1998, 67; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, 99; Kılıçoğlu, 2014, 108; Kocayusufpaşaoğlu, 2014, 271-272; Ayan, 2013, 137; Tuğ, 1994, 46-47.

³³³ Kocayusufpaşaoğlu, 2014, 272; Eren, 2014, 266-267; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, 100; Ayan, 2013, 137; Tuğ, 1994, 47-48; Altaş, 1998, 67; Kılıçoğlu, 2014, 109-110.

³³⁴ Tuğ, 1994, 32-33; Oğuzman ve Öz, 2014, 142; Eren, 2014, 268; Kocayusufpaşaoğlu, 2014, 272-273; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, 99-100; Altaş, 1998, 68-71; Ayan, 2013, 137-139; Nomer, 2013, 79-80; Kılıçoğlu, 2014, 111; Hatemi ve Gökyayla, 2012, 42.

geçerlilik şekli olduğu kabul edilmektedir. Bu husus TBK.'nın 17. maddesinin I. fıkrasında da açıkça ifade edilmiştir³³⁵. Buna göre; *“Kanunda şekle bağlanmamış bir sözleşmenin taraflarca belirli bir şekilde yapılması kararlaştırılmışsa, belirlenen şekilde yapılmayan sözleşme tarafları bağlamaz.”*

Hukukî işlemin geçerliliği herhangi bir şekle tabi olmamasına rağmen, uyumsuzluk halinde ihtilafın belirli bir şekilde ispat edilmesi gerekiyorsa bu şekle *“ispat şekli”* denir. İspat şekli, kanunda düzenlenebileceği gibi (HMK md. 200), taraflarca da kararlaştırılabilir³³⁶.

4.2.2.2. Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesinin Şekli

Yukarıda da belirtildiği üzere, Türk Borçlar Hukuku'nda şekil özgürlüğü ilkesi kabul edilmiştir. Buna göre; kanunda aksi öngörülmemişse veya taraflar aksini kararlaştırmamışsa sözleşmeler istenilen şekilde yani sözlü, yazılı veya resmî şekilde yapılabilmektedir.

Bilgisayar programı imâl sözleşmesi, eser sözleşmesinin unsurları ağırlıklı olmakla birlikte, lisans unsurunu da içinde bulunduran bir sözleşmedir³³⁷. Türk Borçlar Kanunu'nda eser sözleşmesi için özel bir şekil şartı öngörülmemiştir. Ancak lisans sözleşmeleri için Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda özel bir şekil şartı kabul edilmiştir. Gerçekten de, FSEK.'nin 52. maddesine göre; *“Malî haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır.”* Söz konusu hükme göre, fikrî hukuktan kaynaklanan malî bir hakkın devrini konu edinen sözleşmelerin yazılı şekilde yapılması gerekmektedir. Hükümde her ne kadar lisanslardan açıkça söz edilmemiş olsa da, lisans verme mali hakka ilişkin kullanma yetkisini devri anlamına geldiğinden, lisans sözleşmelerinin de FSEK.'nin 52. maddesi gereğince yazılı şekilde yapılması gerekmektedir³³⁸.

³³⁵ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, 134-135; Kocayusufpaşaoğlu, 273; Eren, 2014, 269; Kılıçoğlu, 2014, 112; Oğuzman ve Öz, 2014, 161-162; Hatemi ve Gökyayla, 2012, 49; Nomer, 2013, 81; Altaş, 1998, 69-70; Ayan, 2013, 138; Tuğ, 1994, 33.

³³⁶ Eren, 2014, 271; Kocayusufpaşaoğlu, 2014, 273; Oğuzman ve Öz, 2014, 141; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, 101; Nomer, 2013, 95; Altaş, 1998, 72; Ayan, 2013, 139; Tuğ, 1994, 32; Hatemi ve Gökyayla, 2012, 42-43.

³³⁷ Bkz., I. Bölüm, §7, IV.

³³⁸ Arbek, Ö. (2005). *Fikir Ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi*. Ankara, s. 167; Arslanlı, H. (1954). *Fikrî Hukuk Dersleri*. C. II, İstanbul, s. 176; Tüysüz, 2007, M. (2007). *Fikrî Haklar Üzerindeki Sözleşmeler*. Ankara, s. 87-88; Erel, Ş. (2009). *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*. Ankara, s. 319; Ayiter, 1981, N. (1981). *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri*. Ankara, s. 217; Yıldırım, 1999, 110.

Yazılı şekil şartı, hem sözleşme, hem de tasarruf işlemi için geçerlidir. Taahhüt ve tasarruf işlemleri birleştirilmişse, bunların bir metinde yazılı olarak düzenlenmesi yeterlidir³³⁹.

Malî hak veya lisans bir karşılık alınmadan, yani ivazsız devredilecekse yazılı şeklin tamam olması için eser sahibinin veya mali hak sahibinin imzası yeterlidir. Devir karşılıklı yapılacaksa her iki tarafın da imzasının bulunması gerekmektedir³⁴⁰.

Fikir ve Sanat Eseleri Kanunu'na göre, malî haklara ilişkin sözleşmelerin geçerli olması için sadece yazılı yapılması yeterli değildir. Bu sözleşmelerin geçerli olabilmesi için, yazılı yapılmasının yanı sıra, sözleşme konusu hakların ayrı ayrı gösterilmesi de gerekmektedir. Bu şekil şartı, doktrinde “*munzam*” şekil şartı olarak kabul edilmektedir³⁴¹. Eserin üzerindeki fikrî hakların tamamının devredilmesi halinde de bu hakların ayrı ayrı gösterilmesi gerekmektedir. Bu sebeple bütün hakların devredildiği yönünde bir beyan yeterli değildir ve şekil şartı tamamlanmamış kabul edilmektedir³⁴². Doktrinde bir görüş³⁴³; bir şekil şartı olarak, yapılan sözleşmede mali hakların ayrı ayrı gösterilmesinin kanunen zorunlu olmasını şu şekilde açıklamaktadır: “*Kamuoyunda eser üzerindeki hakkın “telif hakkı” denilen tek bir mali haktan ibaret olduğu ve bunun bir defa devredilmesiyle, devir alanın eser üzerinde dilediğince tasarruf edebileceği yolunda yaygın ve yanlış bir kanaat hâkimdir. Kanun koyucu bu kanaati bertaraf etmek amacıyla devre konu olan mali hakların açıkça belirtilmesi lüzumuna işaret etmiş ve özellikle işleme hakkı bakımından bu hususu md. 55’de ayrıca hükme bağlamıştır.*”

Kanunda malî haklara ilişkin sözleşmelerin veya lisansların yazılı yapılması gerektiği yönünde bir hüküm olmasına rağmen, Yargıtay bir kararına göre³⁴⁴; taraflar arasında yazılı bir sözleşme olmamasına rağmen, sözlü sözleşme olduğu ve bu sebeple de eserin kullanılmasında hak sahibinin onayı olduğunu kabul

³³⁹ Yıldırım, 1999, 111; Arslanlı, 1954, 177; Tüysüz, 2007, 88; Erel, 2009, 319.

³⁴⁰ Erel, 2009, 319; Tüysüz, 2007, 88; Yıldırım, 1999, 111.

³⁴¹ Arslanlı, 1954, 176-177; Arbek, 2005, 167; Ayiter, 1981, 217; Erel, 2009, 319; Tüysüz, 2007, 88; Yıldırım, 1999, 111.

³⁴² Erel, 2009, 319; Tüysüz, 2007, 88; Ayiter, 1981, 217; Arbek, 2005, 167.

³⁴³ Topçuoğlu, H. *Fikrî Haklar Ders Notları*, s. 128.

³⁴⁴ “... yasanın 52. maddesine göre düzenlenmiş yazılı bir sözleşme mevcut değilse de, aralarında sözlü sözleşme olduğu konusunda uyuşmazlık yoktur. Bu durumda, dava konusu eserlerin davalılarca kullanılmasında davacının muvafakati olduğu kabul edilmelidir...”. Y. 19.03.2001 T., 2001/226 E., 2001/2031 E., Kerimoğlu, H. B. (2003). Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans (Ruhsat) Sözleşmesinin Hukukî Niteliği. *Kamu-İş*, C. 7, S. 2, s. 9

etmiştir. Yargıtay bu kararında yazılı şekil şartını bir ispat şartı olarak yorumlamıştır.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 52. maddesinde sadece malî haklardan söz edilmektedir. Bu sebeple malî haklara bağlı olarak devredilecek olan manevî hakların sözleşmede açıkça gösterilmesi zorunlu değildir. Aslında bu manevî haklar devredilmemektedir. Sadece malî hakkın kullanılması, manevî hakkın kullanılmasına bağlı olduğu için, manevî hakkın kullanılması devredilmektedir. Malî hakkı devralan kişi, bu hakların kullanabilmek için, manevî hakları da kullanmak durumunda kalmaktadır³⁴⁵.

Bilgisayar programı imâl sözleşmesinde lisans unsurunun bulunmasından dolayı, bu sözleşmeye lisansa ilişkin şekil şartlarının uygulanıp uygulanmayacağı meselesi ile karşılaşılmaktadır. Doktrinde bir görüşe göre³⁴⁶, standart bilgisayar programlarının devri sözleşmelerine, sadece lisans unsurunu bulundurmasından dolayı mutlaka yazılı şekilde yapılması gerekmemektedir. Bu görüşe göre; fikrî hakların devrine ilişkin sözleşmelerin yazılı şekilde yapılmasının amacı hangi kapsamda bir devrin gerçekleştiğinin kolaylıkla tespit edilebilmesidir. Devir sözleşmesinin yazılı yapılmaması halinde, devredilen fikrî hakkın, özellikle çoğaltma hakkının Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda belirlenen kapsamda olduğu kabul edilmektedir. Ancak kanunda belirlenen kapsamdan daha geniş bir devir söz konusu olacaksa, sözleşme yazılı şekilde yapılmalı ve devredilen fikrî hakların kapsamı ayrıntılı gösterilmelidir. Aynı şekilde kanunda belirtilen haklardan daha dar kapsamda bir fikrî hakkın devri söz konusu olduğunda da, sözleşmenin şekli yazılı olmalı ve hakların kapsamının gösterilmesi gerekmektedir.

Doktrindeki bu görüşe göre³⁴⁷; standart bilgisayar programı devri sözleşmesinin yazılı yapılmadığında veya yazılı yapılmış olsa dahi devredilen hakların kapsamının belirlenmediği hallerde sözleşme tamamen geçersiz sayılmamalıdır. Sözleşmedeki fikrî hakların kanunda öngörülen kapsamda devredildiği kabul edilmelidir.

Kanaatimizce bilgisayar programı imâl sözleşmesi çerçevesinde imâl edilen bilgisayar programının iş sahibine devredilirken, lisans sözleşmesine konu olan mali hakların devri de söz konusu olabilmektedir. Bu açıdan bakıldığında bilgisayar

³⁴⁵ Tüysüz, 2007, 88-89.

³⁴⁶ Yıldırım, M. F. (2001). İsviçre Federal Mahkemesi'nin Bir Kararı(BGE 125 III263 ff) ve Değerlendirilmesi. AÜEHFD, C. V, S. 1-4, s. 672; Yıldırım, 1999, 111-112.

³⁴⁷ Yıldırım, 1999, 112.

programı imâl sözleşmesinin FSEK.'nun 52. maddesi çerçevesinden yazılı yapılması ve devredilen hakların ayrı ayrı gösterilmesi gerekmektedir. Ancak yapılan sözleşmenin sadece yazılı yapılmaması tek başına geçersizlik sebebi olmamalıdır. Özellikle 19.03.2001 tarihli Yargıtay kararında, kullandırma hakkı sağlayan sözleşmelerin sözlü de olabileceğini hükme bağlamıştır³⁴⁸. Bununla birlikte, FSEK.'nun 38. maddesinde şahsî kullanım amacıyla sınırlı olmak şartıyla özellikle çoğaltma ve işleme hakkı ile ilgili bir takım serbestiler tanınmıştır. Söz konusu maddede bilgisayar programını kanunî yollardan edinen kişiye; programı yüklemek, çalıştırmak, düzeltmek, programın yedek kopyasını yapmak, işleyişini gözetlemek, tetkik etmek ve sınamak ile ilgili de bir takım serbestiler tanınmıştır. İlgili maddede belirli şartlar altında bilgisayar programının kod biçimini değiştirilmesi konusunda dahi serbesti tanınmaktadır³⁴⁹.

Yargıtay kararı ve FSEK.'nun 38. maddesi çerçevesinde bir değerlendirme yapıldığında, bilgisayar programı imâl sözleşmesinin yazılı yapılmaması halinde geçersiz saymamak ve özellikle kanun hükmü kapsamında bir devir yapıldığını kabul etmek gerekmektedir. Ancak yapılacak devir kanunda öngörülen kapsamdan daha geniş veya dar olacaksa, sözleşmenin yazılı şekilde yapılması ve devredilen hakların ayrı ayrı gösterilmesi gerektiğini kabul etmek gerekmektedir.

Bilgisayar programı imâl sözleşmesi ile ilgili önemli unsurlardan biri olan şartnamenin şeklinin nasıl olacağı da çözülmesi gereken bir meseledir. Şartname, imâl edilecek bilgisayar programının tanımı yapan, içeriğini gösteren, başka bir ifade ile sözleşmeye uygun bir bilgisayar programı imâl edilmesi için gerekli olan bilgileri içermektedir. Şartnamenin kimin tarafından hazırlanması gerektiği, şartname hazırlanmasında sorumluluğun kime ait olduğu veya şartnamenin ne zaman hazırlanması gerektiği ile ilgili bilgileri yukarıda verilmiştir³⁵⁰. Burada sadece şartnamenin şekli konusu üzerinde durulmuştur.

Kanaatimizce sözleşmelerde şekil serbestisi çerçevesinde şartnamenin mutlaka bir şekle tabi olarak yapılması gerekmez. Çünkü sözleşmenin kendisinin sadece yazılı olmaması sebebiyle geçersiz olmayacağı kabul edildiğine göre, şartnamenin mutlaka belirli bir şekilde yapılmasını iddia etmek doğru olmaz. Ancak bilgisayar programının sözleşmeye uygun yapıp yapılmadığı konusunda bir

³⁴⁸ Y. 19.03.2001 T., 2001/226 E., 2001/2031 E., Kerimoğlu, 2003, 9; Tekinalp, Ü. (2012). *Fikrî Mülkiyet Hukuku*. İstanbul, s. 232.

³⁴⁹ Tekinalp, 2012, 210-211.

³⁵⁰ Bkz., II. Bölüm, §8, II.

uyuşmazlık çıkarsa, özellikle taraflar arasında bilgisayar programının ayıplı olup olmadığı konusunda bir ihtilaf varsa, bunun çözülmesinde şartnamedeki bilgiler yol gösterir. Bu sebeple şartnamenin yazılı olarak yapılması bilgisayar programının sözleşmeye uygun yapılıp yapılmadığının ispatı açısından önemlidir. Bundan dolayı şartnamenin geçerli olması herhangi bir şekil şartına bağlı olmamasına rağmen, ispat açısından en azından yazılı şekilde yapılması tercih edilmelidir.

4.3. BİLGİSAYAR PROGRAMI İMÂL SÖZLEŞMESİNDE GENEL İŞLEM ŞARTLARI

4.3.1. Genel Olarak

Borçlar Hukuku alanında “sözleşme” kavramının tanımı yapılırken ilk akla gelen, aynı konumda olan kişilerin karşılıklı gelerek ve müzakere ederek kurdukları hukukî işlemlerdir. Ancak uygulamada pek çok alanda, rasyonelliği ve standardı sağlamak amacıyla, aynı konulara ilişkin sözleşmelerde, sözleşmenin içeriğini oluşturan şartlar, ilerde yapılması düşünülen birçok sözleşmede kullanılmak amacıyla önceden, tek taraflı olarak, karşı tarafla tartışılmadan ve görüşülmeden hazırlanmakta ve karşı tarafa kabul etmesi için sunulmaktadır. Taraflardan birinin, ilerde çok sayıda sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek taraflı hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme şartlarına genel işlem şartları denir³⁵¹.

Genel işlem şartları ile ilgili düzenlemeler 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda bulunmamaktaydı. Gerçekten de, genel işlem şartları, 1 Temmuz 2012’de yürürlüğe giren 6098 sayılı TBK.’nin 20. ve 25. maddeleri arasında “*Genel İşlem Koşulları*” başlığı altında düzenlenmiştir. Ancak, genel işlem şartları ile ilgili Türk Hukuku’nda ilk yasal düzenleme, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında

³⁵¹ Açıkgöz, O. (2013). *Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları*. İstanbul, s. 192-193; Atamer, Y. (2011). Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKKHK M. 6 Ve TTK M. 55, F. 1 (f) İle Karşılaştırmalı Olarak. *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu*, Ankara, s. 12; Havutçu, A. (2003). *Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*. İzmir, s. 74; Atamer, Y. (2001). Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi. İstanbul, s. 61-62; Yağcıoğlu, A. H. (2013). Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu’nda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi (UWG Art. 8). *Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan*, C. III. İzmir, s. 3057; Yelmen, A. (2014). *Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şartları*. Ankara, s. 47-48; Baş, E. (2013). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi. *Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan*, İstanbul, s. 278-279; Topuz, M. (2013). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi. *Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan*. İstanbul, s. 1139; Eren, 2014, 215; Kocayusufpaşaoğlu, 2014, 225-226;

Kanun'na 4822 sayılı kanunla 06.03.2003 tarihinde eklenen 6. maddedeki “Sözleşmedeki Haksız Şartlar” kenar başlıklı düzenlemedir.

Genel işlem şartları TBK.'nın 20. maddesinin I. fıkrasında şu şekilde tanımlanmıştır: *“Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.”*

Bir sözleşmedeki şartların genel işlem şartı olarak nitelendirilebilmesi için, bu şartların sözleşmenin metninde veya ekinde yer almasının, kapsamının, yazı türünün ve şeklinin önemi yoktur(TBK. md. 20).

Bilgisayar programı alanında çalışanlar, özellikle bilgisayar programı imâl edenler de, program imâl ettirecek kişiler ile sözleşme yaparlarken, sözleşmenin ekinde veya sözleşmenin içeriğinde, tek taraflı önceden hazırlanmış standart şartlar kullanmaktadırlar. Bilgisayar programı imâl edenler, ileride yapacakları sözleşmeler için önceden kendileri tarafından hazırlanmış şartları sözleşmenin içeriğine dâhil edebilmektedirler. Bu şartları sözleşmenin eki olarak da sunabilmektedirler. Söz konusu şartlar, kanunda öngörülen unsurları taşıyor ise genel işlem şartları olarak değerlendirilmelidir. Dolayısıyla da Türk Borçlar Kanunu'nun genel işlem şartlarını düzenleyen hükümlerine tabi olmalıdır.

Genel işlem şartları her alanda olduğu gibi bilgisayar programı ile ilgili sözleşmelerde de yaygın olarak kullanılmaktadır. Çalışmanın bu bölümünde genel işlem şartlarının unsurlarının ve denetiminin bilgisayar programı imâl sözleşmesi açısından değerlendirilmiştir. Bununla birlikte, bilgisayar programı imâl sözleşmesinde karşılaşılabilecek genel işlem şartları üzerinde durulmuştur.

4.3.2. Bilgisayar Proramı İmâl Sözleşmesi Açısından Genel İşlem Şartlarının Unsurlarının Değerlendirilmesi

4.3.2.1. Genel Olarak

Genel işlem şartlarının unsurları şunlardır: Genel işlem şartları önceden ve tek yanlı hazırlanmış olmalıdır. Genel işlem şartları birden fazla sözleşmede kullanılmak amacıyla hazırlanmış olmalıdır. Önceden hazırlanan sözleşme metnlerinin özdeş olması şart değildir. Genel işlem şartları genel ve soyut

niteliktedir. Genel işlem şartları karşı tarafa sunulmalıdır. Söz konusu unsurlar aşağıda bilgisayar programı imâl sözleşmesi açısından değerlendirilmiştir.

4.3.2.2. Genel İşlem Şartları Önceden ve Tek Taraflı Hazırlanmış Olmalıdır

Genel işlem şartları sözleşme kurulurken tarafların karşılıklı müzakere ederek kararlaştırdıkları şartlar değildir. Aksine genel işlem şartları, sözleşme kurulmadan önce düzenleyenin tek taraflı olarak hazırlayıp karşı tarafa sunduğu şartlardır³⁵². Bilgisayar programı imâl sözleşmesinde yer alan hükümlerin genel işlem şartı olarak değerlendirilebilmesi için, önceden ve tek taraflı hazırlanmış olması gerekmektedir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinde genel işlem şartlarını düzenleyenin "*tek başına*" hazırlamasından söz edilmektedir. Buradaki ifadedden, genel işlem şartlarının mutlaka bizzat hazırlaması sonucu çıkarılmamalıdır. Zira burada ifade edilmek istenen, diğer tarafın genel işlem şartlarının hazırlanmasından söz sahibi olmamasıdır. Düzenleyen genel işlem şartlarını, bizzat hazırlayabileceği gibi, özellikle vekâlet verdiği bir avukata veya bu konuda uzman başka bir kişiyi de hazırlattırabilir³⁵³. Bilgisayar programı imâli, uzmanlığı gerektiren bir konu olduğundan, bilgisayar programı imâl sözleşmesinde, hazırlanacak genel işlem şartları bu konuda uzman kişiler tarafından hazırlanmalıdır.

Bilgisayar programı imâl sözleşmesinde yer alan hükümler, genel işlem şartı olmanın unsurlarını taşıyor ise bu hükümlerin tartışılarak kararlaştırıldığı yönünde kayıtlar bulunması tek başına bu hükümleri genel işlem şartı olmaktan çıkarmaz (TBK. md. 20 f. III)³⁵⁴. Başka bir deyişle sözleşmede bulunan hükümler genel işlem şartı olmanın niteliklerini taşıyorsa, taraflar bu hükümlerin genel işlem şartı olmayacağını kararlaştıramazlar³⁵⁵.

³⁵² Baş, 2013, 285; Atamer, 2011, 14; Eren, 2014, 219; Oğuzman ve Öz, 2014, 165; Havutçu, 2003, 75; Atamer, 2001, 65-66; Yelmen, 2014, 53; Açıkgöz, 2013, 195.

³⁵³ Aydoğdu, 2011, M. (2011). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı. *DEÜHFD*, C. 13, S. 2, s. 13-14; Oğuzman ve Öz, 2014, 165; Açıkgöz, 2013, 195-196; Atamer, 2011, 15; Havutçu, 2003, 75-76; Atamer, 2001, 66; Yelmen, 2014, 54; Baş, 2013, 285.

³⁵⁴ Altop, A. (2006). Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi. *Prof. Dr. Ergün A. Çetingil ve Prof. Dr. Rageyan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı*, İstanbul, s. 257; Eren, 2014, 219; Oğuzman ve Öz, 2014, 166; Atamer, 2011, 21; Aydoğdu, 2011, 30.

³⁵⁵ Oğuzman ve Öz, 2014, 166; Altop, 2006, 257; Aydoğdu, 2011, 31.

Hizmetlerini kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürüten kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de bunların niteliklerine bakılmaksızın genel işlem şartları ile ilgili hükümler uygulanır (TBK. md. 20 f. IV)³⁵⁶. Buradan da anlaşılacağı üzere, genel işlem şartları açısından hiçbir kişi veya kuruluşa bir ayrıcalık tanınmamıştır. Başka bir deyişle kamu kurum veya kuruluşları da, yaptıkları özel hukuk sözleşmelerinde, unsurları varsa genel işlem şartları ile ilgili hükümlere tabi olurlar³⁵⁷.

4.3.2.3. Genel İşlem Şartları Birden Fazla Sözleşmede Kullanılmak Amacıyla Hazırlanmış Olmalıdır

Bilgisayar programı imâl sözleşmesindeki hükümlerin genel işlem şartı olarak değerlendirilebilmesi için, önceden düzenlenen bu şartların ilerde birden fazla sözleşmede kullanılmak amacıyla hazırlanmış olması gerekmektedir³⁵⁸.

Birden fazla kullanım fiilen gerçekleşmemiş olması, bunları genel işlem şartı olmaktan çıkarmaz. Önemli olan genel işlem şartlarının birden fazla sözleşmede kullanılmak amacıyla hazırlanmış olmasıdır. Ancak hazırlanan şartlar sadece bir defalık, belirli bir sözleşmede kullanılmak amacıyla hazırlanmışsa genel işlem şartı olarak değerlendirilemez³⁵⁹.

4.3.2.4. Önceden Hazırlanan Sözleşme Metinlerinin Özdeş Olması Şart Değildir

Bilgisayar programı imâl sözleşmesinin metninde yer alan hükümlerin, birbirinin tıpatıp aynısı olmaması, bu hükümlerin genel işlem şartı olmasını engellemez³⁶⁰. TBK.'nın 20. maddesinin II. fıkrasına göre; *“Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metnlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez.”* Bu hükümden hareketle, sözleşmede yer alan bazı hükümlerin farklı olması, söz konusu hükümlerin genel

³⁵⁶ Eren, 2014, 219; Oğuzman ve Öz, 2014, 166; Yelmen, 2014, 57.

³⁵⁷ Altop, 2006, 258; Atamer, 2001, 63; Havutçu, 2003, 80; Oğuzman ve Öz, 2014, 166.

³⁵⁸ Yelmen, 2014, 55; Baş, 2013, 286; Havutçu, 2003, 84; Eren, 2014, 218; Atamer, 2001, 67; Aydoğdu, 2011, 17-18; Atamer, 2011, 16; Açıkgöz, 2013, 198.

³⁵⁹ Aydoğdu, 2011, 18; Baş, 2013, 286; Atamer, 2001, 67; Yelmen, 2014, 55; Havutçu, 2003, 81; Atamer, 2011, 16; Açıkgöz, 2013, 198-199.

³⁶⁰ Yelmen, 2014, 56-57; Aydoğdu, 2011, 32; Eren, 2014, 219; Oğuzman ve Öz, 2014, 166; Atamer, 2011, 17.

işlem şartı olarak değerlendirilmesini etkilemez. Sözleşmede yer alan ortak hükümlerin farklı sıralarda veya farklı yerlerde yer alması da bu hükümlerin genel işlem şartı olmasını engellemez. Anlamları aynı olması şartıyla, sözleşmedeki hükümlerin farklı dillerde veya aynı dilde olmak kaydıyla farklı cümlelerle veya kelimelerle ifade edilmesi, bu hükümlerin genel işlem şartı olarak değerlendirilmesini değiştirmez. Önceden hazırlanan sözleşmelerin tamamında değil de bazılarında ortak hükümler bulunması halinde, bu ortak hükümler dahi genel işlem şartı olarak değerlendirilmektedir. Ancak aynı amaçla hazırlanan sözleşmelerin birinde diğerlerinden farklı kendisine özgü hükümler yer alırsa, bu hükümler genel işlem şartı olarak kabul edilmez³⁶¹.

4.3.2.5. Genel İşlem Şartları Genel ve Soyut Nitelikte Olmalıdır

Genel işlem şartları, belirli kişi veya kişiler dikkate alınmadan hazırlanmaktadır. Genel işlem şartları, kim olduğu önceden bilinmeyen kişilerle yapılacak sözleşmelerde kullanılmak amacıyla hazırlandığından genel niteliktedir³⁶².

Genel işlem şartları, belirli bir sözleşme için değil, gelecekte yapılacak olan çok sayıdaki benzer türdeki sözleşmeler için hazırlandığından, aynı zamanda soyut niteliktedirler³⁶³.

Bilgisayar programı imâl sözleşmesinde yer alan hükümlerin genel işlem şartı olarak değerlendirilebilmesi için, belirli kişi veya kişiler dikkate alınmadan, soyut nitelikte hazırlanmış olması gerekmektedir.

4.3.2.6. Genel İşlem Şartları Karşı Tarafa En Geç sözleşmenin Kuruluşunda Sunulmalıdır

Genel işlem şartlarından söz edebilmek için aranan bir başka şart ise, hazırlanan genel işlem şartlarının sözleşmeye dâhil edilmek niyetiyle karşı tarafa

³⁶¹ Oğuzman ve Öz, 2014, 166; Altop, 2006, 257; Aydoğdu, 2011, 32-33.

³⁶² Aydoğdu, 2011, 17; Havutçu, 2003, 80; Eren, 2014, 219; Atamer, 2001, 65; Atamer, 2011, 14; Yelmen, 2014, 56.

³⁶³ Atamer, 2001, 65; Havutçu, 2003, 80; Aydoğdu, 2011, 17; Eren, 2014, 219; Atamer, 2011, 14; Yelmen, 2014, 56.

sunulmasıdır. Hazırlanan şartlar, karşı tarafa müzakere edilmek veya tartışmak amacıyla sunulmamakta, karşı tarafın kabul etmesi amacıyla sunulmaktadır³⁶⁴.

4.3.3. Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesinde Genel İşlem Şartlarının Denetimi

4.3.3.1. Genel Olarak

Genel işlem şartları, karşı tarafla müzakere etmeden tek taraflı olarak hazırlanarak karşı tarafa sadece kabul etmesi için sunulmaktadır. Bu durumda da özellikle düzenleyen konumunda olan tarafın daha güçlü olmasından dolayı zayıf olan taraf açısından haksızlıklar ortaya çıkabilmektedir. Sonuç olarak düzenleyenin karşısından bulunan kişinin genel işlem şartlarını belirleme konusunda bir söz hakkı yoktur. Bu sebeple kanun koyucu, özellikle zayıf olan tarafı korumak adına genel işlem şartlarının denetlenmesi amacıyla bir takım özel hükümler düzenlemiştir. Bu özel hükümler dolayısıyla yapılan denetim, yürürlük denetimi, içerik denetimi ve yorum denetimi olmak üzere üç başlık altında toplanmaktadır. Bilgisayar programı imâl sözleşmesinde yer alan genel işlem şartlarının denetimi de bu üç başlık altında incelenmiştir.

4.3.3.2. Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesinde Genel İşlem Şartlarının Yürürlük Denetimi

Genel işlem şartlarının yürürlük denetiminde, düzenleyenin, ne zamandan bu yana, karşı tarafın somut olayda dürüstlük kuralı gereği, genel işlem şartlarını bildiğini düşünerek hareket ettiği tespit edilmektedir. Bununla birlikte yürürlük denetiminde karşı tarafın sözleşmenin yapılması sırasında hangi hallerde genel işlem şartlarından haberdar olduğu ya da haberdar olmasa dahi düzenleyenin haberdar olduğunu düşünmekte, hangi hallerde haklı olacağı sorularına cevap aranmaktadır³⁶⁵.

³⁶⁴ Eren, 2014, 219; Atamer, 2001, 69; Havutçu, 2003, 85-86; Atamer, 2011, 17-18; Baş, 2013, 287; Yelmen, 2014, 57-58.

³⁶⁵ Atamer, 2001, 81-82; Atamer, 2011, 27; Yelmen, 2014, 81-82; Açıkgöz, 2013, 265.

Türk Borçlar Kanunu'nun 21. maddesinin I. fıkrasına göre; *“Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır.”* Bu hükme göre; karşı tarafın menfaatine aykırı olan genel işlem şartlarının sözleşmenin kapsamına girebilmesi için, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyen tarafından bu şartlar hakkında karşı tarafa açıkça bilgi verilmelidir. Karşı tarafa bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlanmalı ve karşı tarafça da bu şartlar kabul edilmelidir. Karşı tarafın menfaatine aykırı olan şartlar konusunda karşı tarafa bilgi verilmezse, bunları öğrenme imkânı sağlanmazsa veya karşı tarafça bu şartlar kabul edilmez ise bu şartlar yazılmamış sayılır³⁶⁶.

Kanundaki hükme göre; karşı tarafın menfaatine aykırı olan genel işlem şartlarının sözleşmenin kapsamına girebilmesi için, karşı tarafa açıkça bilgi verilmesi, içeriğini öğrenmesi konusunda imkân sağlanması ve karşı tarafın bunu kabul etmesi gerekmektedir. Hükümün lafzına göre; eğer söz konusu şartlar, karşı tarafın menfaatine aykırı değilse, düzenleyenin kanunda öngörülen yukarıda belirtilen şartlar oluşmasa dahi sözleşmenin kapsamına dâhil olacaktır³⁶⁷.

Doktrindeki bir görüşe göre³⁶⁸; yürürlük denetimi konusunda karşı tarafın menfaatine aykırı olan hükümlerin dikkate alınması doğru değildir. Karşı tarafın lehine dahi olsa, karşı tarafa bildirilmeyen veya karşı tarafın öğrenmesine imkân sağlanmayan şartlar da sözleşmenin kapsamına giremez. Bu görüşe göre, yürürlük denetiminde önemli olan genel işlem şartlarının sözleşmenin muhtevasına dâhil olup olmadığının tespitidir. Yürürlük denetiminde hükümlerin tarafların menfaatine aykırı olup olmadığı veya taraflar arasındaki dengenin bozulup bozulmadığı dikkate alınmaz. Genel işlem şartlarının sözleşmenin muhtevasına dâhil olabilmesi için önemli olan, karşı tarafı genel işlem şartlarının kullanıldığı konusunda açıkça uyarmak ve genel işlem şartlarının metninden karşı tarafın haberdar olmasını sağlamaktır. Ancak düzenleyenin genel işlem şartları hakkında tek tek bilgi verme ve genel işlem şartlarının mutlaka öğrenilmesi sağlama gibi bir

³⁶⁶ Yelmen, 2014, 82-83; Yopuz, 1145-1146; Eren, 2014, 220-221; Oğuzman ve Öz, 2014, 167; Atamer, 2011, 29-30; Açıkgöz, 2013, 256-257.

³⁶⁷ Oğuzman ve Öz, 2014, 167; Eren, 2014, 220-221; Yelmen, 2014, 81-82.

³⁶⁸ Sirmen, L. (2011). Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi. *Türk Hukukunda Genel İşlem Koşulları Sempozyumu*. Ankara, s. 113-114; Atamer, 2011, 28; Aydoğdu, 2011, 21-22; Yelmen, 2014, 82.

yükümlülüğü söz konusu değildir³⁶⁹. Uyarı yapılmamışsa ve metinden haberdar olma konusunda imkân sağlanmamışsa, genel işlem şartları karşı tarafın menfaatine aykırı olmasa dahi sözleşmenin muhtevasına dâhil olmaz. Uyarının yapılması ve haberdar olma imkânının sağlanması sözleşmenin kurulduğu sırada gerçekleştirilmelidir³⁷⁰.

Doktrinde bir başka görüş³⁷¹; karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem şartları ile diğer genel işlem şartları arasında bir ayırım yapmaktadır. Bu görüşe göre; karşı tarafın menfaatine aykırı olan genel işlem şartlarının, varlığı hakkında bilgi verilmesi ve bunların tek tek gösterilmesi gerekmektedir. Diğer genel işlem şartlarının sözleşmenin kapsamına dâhil olabilmesi için bunları varlığı hakkında uyarıda bulunma ve bunların öğrenilmesine imkân sağlanması yeterlidir.

Bilgisayar programı imâl sözleşmesinde genel işlem şartlarını düzenleyen konumunda olan imâl eden, bu alanla ilgili uzman kişidir. İş sahibi genelde bu konuda daha az bilgiye sahiptir. Bu sebeple hazırlanan genel işlem şartlarının bilgisayar programı imâl sözleşmesine dâhil olabilmesi için imâl eden, hazırlanan genel işlem şartları konusunda iş sahibine bilgi vermeli ve öğrenme imkânı sağlanmalıdır. Özellikle teknik konularla ilgili şartlar hakkında açıkça bilgi vermelidir. İş sahibinin menfaatine aykırı olan hükümleri açıkça göstermeli ve iş sahibinin bu hükümler sebebiyle karşılaşılabileceği muhtemel tehlikeler hakkında bilgi vermelidir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 21. maddesinin I. fıkrasına göre; düzenleyen, karşı tarafın menfaatine aykırı olan genel işlem şartları hakkında açıkça bilgi vermezse, içeriğini öğrenme konusunda imkân sağlamazsa ve karşı taraf bu şartları kabul etmezse, bu şartlar yazılmamış sayılır. Doktrinde ağırlıklı görüşe göre, "yazılmamış sayılma" "yokluk" olarak kabul edilmektedir³⁷². TBK.'nın 22. maddesine göre; *"Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez."* Buna göre; genel işlem şartları yazılmamış sayılmayan hükümleri dışındaki

³⁶⁹ Kaşak, E. (2012) Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 1, s. 419; Atamer, 2011, 28-29; Aydoğdu, 2011, 22.

³⁷⁰ Atamer, 2011, 29-30.

³⁷¹ Kuntalp, E. (2011). Bankalar ve Genel İşlem Koşulları. *Türk Hukukunda Genel İşlem Koşulları Sempozyumu*. Ankara, s. 94-95.

³⁷² Eren, 2014, 221; Topuz, 2013, 1167; Atamer, 2011, 30-31; Oğuzman ve Öz, 2014, 168; Açıkgöz, 2013, 264.

hükümlerin geçerli olacağı düşünüldüğünde, bu durumda “kısmi yokluk” söz konusu olduğu kabul edilmektedir.

Yürürlük denetimi kapsamından değerlendirilecek bir başka hüküm TBK.’nın 21. maddesinin II. fıkrasıdır. Bu hükme göre; “*Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.*” Karşı tarafın, genel işlem şartlarını kabulü, normal şartlar altında ve objektif ölçütlerde sözleşmede bulunması muhtemel olan veya beklenen şartlar çerçevesinde olmaktadır. Karşı tarafın, sözleşme ile tamamen yabancı unsurları da kabul ettiği beklenemez³⁷³.

4.3.3.3. Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesinde Genel İşlem Şartlarının Yorum Denetimi

Genel işlem şartlarına kanun tarafından sınırlama getirilirken, sadece yürürlük ve muhteva denetimi yapılmamıştır. Bunların yanı sıra, genel işlem şartlarının yorumlanması konusunda da bir kural getirmiştir. TBK.’nın 23. maddesine göre; “Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.” Buna göre; genel işlem şartları arasında yer alan açık ve anlaşılır olmayan ya da birden çok anlama gelen hükümler, düzenleyen aleyhine karşı tarafın lehine yorumlanır .

Bilgisayar programı imâl sözleşmesinde yer alan genel işlem şartları, yürürlük denetimi çerçevesinde sözleşmenin kapsamında dâhil olduktan ve içerik denetimi açısından da geçerli olduktan sonra, hükümlerin yorumlanması açısından sorun söz konusu olursa yorum denetimi uygulanır. Bu çerçevede; söz konusu genel işlem şartları arasında yer alan hükme anlam verilirken bir belirsizlik söz konusu olduğunda veya muhtemel anlamlardan biri tercih edilirken, düzenleyen aleyhine ve karşı tarafın lehine sonuç çıkartılmalıdır . Bilgisayar programı imâl sözleşmesinde yer alan genel işlem şartlarında, iş sahibini bu alanda daha az bilgi sahibi olmasından dolayı, özellikle teknik konularda, imâl eden tarafından konulan hükümler açık ve anlaşılır olmayabilir. Bu hükümler yorumlanırken, imâl eden aleyhine ve iş sahibi lehine yorumlanmalıdır.

³⁷³ Kaşak, 2012, 420 vd.; Oğuzman ve Öz, 2014, 169; Atamer, 2011, 29-30; Yelmen, 2014, 106-107.

4.3.3.4. Bilgisayar Programı İmal Sözleşmesinde Genel İşlem Şartlarının İçerik Denetimi

İçerik denetimi, sözleşme kapsamına dâhil olan genel işlem şartlarının, muhteva olarak değerlendirilmesidir. Uygun olmayan, özellikle taraflar arasındaki adaleti ve hakkaniyeti sağlamayan şartların geçersiz olmasını sağlayan, bir denetimdir³⁷⁴.

Genel işlem şartlarının içerik denetimi, TBK'nun 25. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; *“Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.”* Hükümden de anlaşıldığı üzere, genel işlem şartlarında yer alan hükümler dürüstlük kuralına aykırı olmakla birlikte, karşı tarafın aleyhine veya karşı tarafın durumunu ağırlaştıracak nitelikte ise bu hükümler geçerli olmaz³⁷⁵. Genel işlem şartlarında yer alan bu hükümlerin geçersiz olması için, sadece karşı tarafın aleyhine veya durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olması yeterli değildir. Bu hükümlerin dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde de düzenlenmiş olması da gerekmektedir. Başka bir ifade ile genel işlem şartlarında yer alan hükümler, karşı tarafın aleyhine veya durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olsa dahi, dürüstlük kuralına aykırı değilse, bu hükümler geçersiz olmaz³⁷⁶.

Kanun hükmüne göre, içerik denetiminde ölçüt dürüstlük kuralıdır. İçerik denetimi konusunda dürüstlük kuralı dışından hâkime yol gösterecek başka bir kriter verilmemiştir. Dürüstlük kuralı dışında somut bir ölçütün yer almamasından dolayı bir görüşe göre; burada, hüküm içi boşluk olduğu kabul edilmektedir³⁷⁷. Bu görüşe göre; hâkim söz konusu hüküm içi boşluğu doldururken, 6502 sayılı TKHK.'nın 5. maddesini (4077 sayılı TKHK md. 6)³⁷⁸ ve Tüketici

³⁷⁴ Yağcıoğlu, 2013, 3060; Havutçu, 2003, 154; Baş, 2013, 291; Açıkgöz, 2013, 284.

³⁷⁵ Atamer, 2011, 41; Eren, 2014, 221; Oğuzman ve Öz, 2014, 170; Yelmen, 2014, 123.

³⁷⁶ Baş, 2013, 291; Oğuzman ve Öz, 2014, 170.

³⁷⁷ Atamer, 2011, 42; Baş, 2013, 292; Yelmen, 2014, 124.

³⁷⁸ Tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar

MADDE 5- (1) Haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır.

(2) Tüketiciyle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.

Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'in ilgili hükümlerini veya TTK.'nun 55. maddesini I. fıkrasının f bendinde³⁷⁹ yer alan hükümleri kaynak olarak kullanabilir³⁸⁰.

Bilgisayar programı imâl sözleşmesinde, genel işlem şartlarını düzenleyen imâl eden iş sahibine göre daha fazla bilgiye sahip uzman kişidir. Bu sebeple imâl eden, bu alandaki uzmanlığını da kullanarak, dürüstlük kuralına aykırı olarak, iş sahibinin aleyhine ve durumunu ağırlaştırıcı hükümler koyabilir. Bu hükümler içerik denetimi çerçevesinde geçerli olmaz.

4.3.3.5. Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesinde Genel İşlem Şartlarını Değiştirme Yasağı

Türk Borçlar Kanunu'nun 24. maddesinde özel bir düzenleme ile genel işlem şartları ile ilgili bir değiştirme yasağı öngörülmüştür. Buna göre; *“Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren*

(3) Bir sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşmeyi düzenleyen, bir standart şartın münferiden müzakere edildiğini iddia ediyorsa bunu ispatla yükümlüdür. Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez.

(4) Sözleşme şartlarının yazılı olması hâlinde, tüketicinin anlayabileceği açık ve anlaşılır bir dilin kullanılmış olması gerekir. Sözleşmede yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi hâlinde; bu hüküm, tüketicinin lehine yorumlanır.

(5) Faaliyetlerini, kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi veya kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın bu madde hükümleri uygulanır.

(6) Bir sözleşme şartının haksızlığı; sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin kuruluşunda var olan şartlar ve sözleşmenin diğer hükümleri veya haksız şartın ilgili olduğu diğer bir sözleşmenin hükümleri dikkate alınmak suretiyle sözleşmenin kuruluş anına göre belirlenir.¹²¹⁵⁴

(7) Sözleşme şartlarının haksızlığının takdirinde, bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olmak koşuluyla, hem sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki hem de mal veya hizmetin piyasa değeri ile sözleşmede belirlenen fiyat arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz.

(8) Bakanlık, genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış sözleşmelerde yer alan haksız şartların, sözleşme metinlerinden çıkarılması veya kullanılmasının önlenmesi için gerekli tedbirleri alır.

(9) Haksız şartların tespit edilmesi ve denetlenmesine ilişkin usul ve esaslar ile sınırlayıcı olmamak üzere haksız şart olduğu kabul edilen sözleşme şartları yönetmelikle belirlenir.

³⁷⁹ MADDE 55- (1) f) Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak. Özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine;

1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan, veya

2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğü aykırı davranmış olur.

³⁸⁰ Atamer, 2011, 43-44; Baş, 2013, 293-294.

sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır.” Hükümden de anlaşılacağı üzere; bilgisayar programı imâl sözleşmesinde genel işlem şartları içerisinde yer alan, imâl edene tek taraflı olarak iş sahibinin aleyhine değiştirme yetkisi veren veya yeni bir düzenleme yapma yetkisi veren hükümler yazılmamış sayılır. Kanun hükmüne göre, değiştirme yasağı veya yeni düzenleme yapma yasağı, karşı tarafın aleyhine olacak değişiklikler veya düzenlemelerle ilgilidir. Karşı tarafın lehine olacak değişiklikler veya düzenlemelerle ilgili bir yasak söz konusu değildir³⁸¹.

Genel işlem şartları içerisinde yer almasa dahi, başka bir özel anlaşma ile düzenleyene, karşı taraf aleyhine tek taraflı değiştirme veya düzenleme yapma yetkisi veren hükümler kararlaştırılsa bunlar da yazılmamış sayılır³⁸².

4.3.4. Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesinde Karşılaşılan Genel İşlem Şartları

4.3.4.1. Genel Olarak

Çalışmanın bu bölümünde bilgisayar programı imâl sözleşmesinde karşılaşılabilen genel işlem şartları örnekleri üzerinde durulmuştur. Özellikle bu şartların hukuka uygun olup olmadığı veya geçerli olup olamayacağı incelenmiştir. Bu inceleme yapılırken özellikle Alman doktrinindeki ve mahkeme kararlarındaki örnekler dikkate alınmıştır.

4.3.4.2. Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesinde Uygulamada Karşılaşılan Genel İşlem Şartları

Bilgisayar programı imâl sözleşmesine dâhil olacak genel işlem şartlarında, bilgisayar programının normal bir masrafla hatasız veya ayıpsız imâl edilemeyeceği gerekçesi ile imâl edenin ayıplardan sorumlu olmayacağı yönündeki şartlar geçersizdir. Söz konusu gerekçe ile iş sahibinin, imâl edenin

³⁸¹ Demir, M. (2008). 2008 Şubat Tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Genel İşlem Koşulları'na İlişkin Maddelerinin (m. 20-25) Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri. *TBB*, S. 76, s. 222; Atamer, 2011, 59; Eren, 2014, 221; Oğuzman ve Öz, 2014, 171.

³⁸² Oğuzman ve Öz, 2014, 171-172.

ayıplı imâl ettiği bilgisayar programına katlanması beklenemez³⁸³. Ancak iş sahibinin yanlış bağlantı kurması veya yanlış kullanması sebebiyle ortaya çıkan ayıplardan imâl edenin sorumlu olmayacağı kararlaştırılabilir³⁸⁴. Bununla birlikte, bir mahkeme kararına göre ise sadece bilgisayardan, bilgisayar sisteminden veya yan edimlerle ilgili iş sahibinin talimatlarından kaynaklanan ayıplardan imâl edenin sorumlu olmayacağının kararlaştırılabileceği öngörülmektedir³⁸⁵.

Bilgisayar programının ayıpsız imâl edilmesi çoğu defa mümkün değildir. Bu sebeple bilgisayar programının ayıplı imâl edilmesi halinde, bedelde indirim talep etme ve sözleşmeden dönme hakkı saklı kalmak şartıyla, bilgisayar programının ayıpsızını talep etme veya tamir edilmesini isteme hakkı sınırlandırılabilir kabul edilmektedir³⁸⁶.

Bilgisayar programının ayıplı olması halinde, ayıpsızının ifasının iş sahibine yüklendiği şartlar kesin hükümsüzdür. Bununla birlikte, imâl edenin bilgisayar programını bakım borcu ile ayıp sebebiyle ortaya çıkan borçlarını birleştiren şartların da kesin hükümsüz olacağı kabul edilmektedir. Özellikle ayıplı ifa halinde ayıbı giderme borcu ile bakım borcunu birleştiren şartların kesin hükümsüz sayılacağı kabul edilmektedir³⁸⁷. Bu şartlar sözleşmenin muhtevasında yer alan hukuka yakınlıklar olduğu için kesin hükümsüzdür³⁸⁸. Ancak burdaki hükümsüzlükler kısmî butlandır. Bu şartlar dışındaki sözleşmenin diğer hükümleri geçerliliğini devam ettirir³⁸⁹.

Genel işlem şartlarında bilgisayar programının çoğaltılmasını veya kopyalanmasını yasaklayan hükümler yer alabilir. Çünkü bilgisayar programları imâl edenin fikrî edimini içermekle birlikte kolayca çoğaltılabilmektedir. Bilgisayar programının çoğaltılmasını veya kopyalanmasını yasaklayan hükümler, iş sahibinin programdan yararlanmasını kısıtlamadığı sürece ve yedekleme

³⁸³ Hoeren, T. (2008). *Allgemeine Geschaeftsbedingungen bei Internet- und Softwarevertraegen*. München, s. 109; Schmidt, H. (2011). *Ulmer-Brander-Hensen AGB-Recht Kommentar*. Köln, s. 1527-1528; Junker ve Benecke, 2003, 245.

³⁸⁴ BGH v. 20.10.1992- X ZR 74/91, NJW, 1993, 657; Junker ve Benecke, 2003, 246.

³⁸⁵ LG Stuttgart v. 10.8.1999 - 20 O 170/99, JurPC Web-Dok. 230/2000; Junker ve Benecke, 2003, 246.

³⁸⁶ Junker ve Benecke, 2003, 246; Gennen ve Völkel, 2009, 151; Schmidt, 2011, 1528; Hoeren, 2008, 114.

³⁸⁷ Gennen ve Völkel, 2009, 151; Hoeren, 2008, 114.

³⁸⁸ Başpınar, 1998, 124.

³⁸⁹ Başpınar, 1998, 149 vd.

kopyasını almasını engellemediği sürece geçerli olur³⁹⁰. Bilgisayar programının kopyalanması yasağı ile ilgili Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda bir takım sınırlandırmalar mevcuttur. FSEK.'nin 38. maddenin I. fıkrasına göre; *“Bütün fikir ve sanat eserlerinin, kar amacı güdülmeksizin şahsen kullanmaya mahsus çoğaltılması mümkündür. Ancak, bu çoğaltma hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep olmadan zarar veremez ya da eserden normal yararlanmaya aykırı olamaz.”* Buna göre; bilgisayar programları ekonomik bir çıkar olmaksızın, özellikle imâl edenin menfaatlerine zarar vermemek şartıyla ve bilgisayar programından normal yararlanmaya aykırı olmamak şartıyla, şahsî kullanım amacıyla çoğaltılabilir. Yine FSEK.'nin 38. maddesinin III. fıkrasına göre; bilgisayar programının kullanımının gerekli olduğu sürece, bilgisayar programını kullanma hakkına sahip olan kişinin, bilgisayar programının yedekleme kopyasını alması sözleşme ile engellenemez. Bu hükümler çerçevesinde bir değerlendirme yapıldığında; bilgisayar programının kopyalanmasını kesinlikle yasaklayan genel işlem şartları geçersiz olmalıdır³⁹¹.

Bilgisayar programının, söz konusu bilgisayarı veya sistem zarar görmedikçe veya işletme ile ilgili sebepler zorunlu kılmadıkça, belirli sabit bir bilgisayarda veya sistemde kullanılması zorunluluğu getirilebilir. Bilgisayar programının her hangi bir şart belirtmeksizin belirli bir bilgisayarda veya sistemde kullanılacağı yönündeki hükümler geçersiz kabul edilmektedir. Çünkü değişen şartlar sebebiyle bilgisayarın veya sistemin değiştirilmesi gerektiği durumlarda, çok geniş bir sınırlandırma söz konusu olmaktadır³⁹². Ancak iş sahibinin bilgisayar programını sözleşmede önceden öngörülen belirli bir tipte bilgisayarda veya sistemde kullanmasını öngören şartlar geçerli kabul edilmektedir³⁹³. İmâl eden, belirli bir süre imâl edilen bilgisayar programın bakımını da üstlenmiş ise bu süre boyunca bilgisayar programının başka bir sistemde veya bilgisayarda kullanılamayacağı yönünde şartlar getirilebilir. Çünkü sistemin veya bilgisayarın değişmesi halinde bakım şartları da değişmektedir. Bu durumda dürüstlük kuralına

³⁹⁰ Schuhmacher, D. (2000). Wirksamkeit von typischen Klauseln im Softwareüberlassungsvertraegen. CR, s. 645; Schmidt, 2011, 1531-1532; Bartsch, M. (1987). Weitergabeverbote in AGB-Vertraegen zur Überlassung von Standardsoftware, CR, s. 9; Bartl, H. (1985). Hardware, Software und Allgemeine Geschäftsbedingungen. CR, s. 21.

³⁹¹ Yıldırım, M. F. (2003). Bilgisayar Programlarında Akdi ve Teknik Kullanım Sınırlamaları ve Kullanıcının Hukukî Konumu. AÜEHFD, C. VII, S. 1-2, s. 578.

³⁹² Erben, M., Günther, W., Kubert, M. ve Zahrnt, C. (2007). IT-Vertraege. Augsburg, s. 147; Schmidt, 2011, 1532; Junker ve Benecke, 2003, 252.

³⁹³ Erben, Günther, Kubert ve Zahrnt, 2007, 147.

aykırı değerlendirilmektedir³⁹⁴. Bununla birlikte, iş sahibine bilgisayar programını paralel alanlarda kullanabilmesi için ayrıca lisans verilmişse bu tür bir sınırlandırma geçersizdir³⁹⁵.

Bir Alman Mahkeme kararında³⁹⁶, sözleşmede yer alan bilgisayar programının belirli bir merkezi işlem ünitesinde kullanılmasına ilişkin hüküm geçersiz sayılmıştır. Kullanıcının bilgisayar programını performansı daha yüksek bir makinaya kurması üzerine, lisans veren engel programı çalıştırmış ve ek bir ücret verilmediği takdirde engeli kaldırmayacağını beyan etmiştir. Mahkeme lisans verenin bu beyanını bir tehdit olarak değerlendirmiş ve bu tehdit altında açıklanan irade beyanının sahibini bağlamayacağını belirtmiştir. Mahkeme, taraflar arasında yapılan sözleşmede genel işlem şartı olarak yer verilen bilgisayar programının tek tip bir merkezi işlem ünitesinde kullanılmasına ilişkin hükmü, kullanıcıyı istemediği bir donanımda çalışmak zorunda bırakacağı için geçersiz kabul etmiştir.

İmâl edenin fikrî hakları açısından önemli bir yarar söz konusu olduğu için, şaşırtıcı veya alışılmamış olmaması şartıyla, bilgisayar programının ağa kurulmasını yasaklayan hükümlerin geçerli olacağı kabul edilmektedir³⁹⁷.

Eser sözleşmesi niteliği ağır basan bilgisayar programı imâl sözleşmesinde, iş sahibinin istediği zaman sözleşmeyi feshetme hakkı sınırlandırılabilir. İş sahibinin sözleşmeyi istediği zaman feshetme hakkı eser sözleşmesinin önemli özelliklerinden bir tanesidir. Söz konusu şartlarla fesih hakkının tamamen ortada kaldırılması düşünülemez, ancak sınırlandırılabilir. Meselâ, iş sahibinin sözleşmeyi önemli sebeplerle feshedebileceği kararlaştırılabilir³⁹⁸.

Bilgisayar programı imâl edenin genel işlem şartlarına hüküm koyarak, haklı bir menfaati olmaksızın asli edimini sınırlandıran hükümler koyması Alman Medenî Kanunu'nun § 307/II. hükmüne göre geçersiz olur³⁹⁹.

İmâl edilen bilgisayar programını, iş sahibinin kabul ettiği yönünde beyanını açıklayabilmesi için uygun bir süre verilmesi gerekmektedir. İş sahibinin bilgisayar programını kullanmaya başladığı anda, kabul etmiş olacağı yönündeki şartlar geçersiz olmalıdır. Çünkü iş sahibi, bilgisayar programını ilk çalıştırıldığında test

³⁹⁴ Erben, Günther, Kubert ve Zahrnt, 2007, 148.

³⁹⁵ Schmidt, 2011, 1532.

³⁹⁶ OLG Frankfurt a.M. v. 10-03-1994 - 6 U 18/93, NJW-RR, 1995, 182; Yıldırım, 2003, 579-580.

³⁹⁷ Hoeren, T. ve Schuhmacher, D. (2000). Wervendungsbeschränkungen im Softwarevertrag. CR, s. 142-142; Polley, R. (1999). Wervendungsbeschränkungen in Softwareüberlassungsverträgen. CR, s. 347; Yıldırım, 2003, 579.

³⁹⁸ Hoeren, 2008, 115.

³⁹⁹ Erben, Günther, Kubert ve Zahrnt, 2007, 141.

veya kontrol etmesi gerekmektedir. Herhangi bir süre öngörmeden, sadece kullanmaya başlamış olmasından dolayı imâl edilen bilgisayar programının kabul edilmiş olacağı yönündeki değerlendirme yerinde değildir. Bu çerçevede iş sahibinin, imâl edilen bilgisayar programını gecikmesizin kabul etmesi gerektiği yönündeki şartlar da geçersiz olmalıdır⁴⁰⁰.

Bir mahkeme kararında, ücretin muaccel olması ile ilgili bir şart belirsiz ve yoruma açık kabul edilmiştir. Söz konusu şart şu şekildedir: Kararlaştırılan toplam ücretin %30'u işin imâl edene verilmesiyle; %40'ı bilgisayar programının yüklenmesiyle ve %30'u ise programın sisteme uyum sağlamasından itibaren dört hafta sonra muaccel olacaktır. Söz konusu kararda özellikle ücretin %40'nın bilgisayar programının yüklenmesi ile değil, kabul edilmesi ile muaccel olacak şekilde yorumlanması gerektiğine hükmedilmiştir. Çünkü bir eser sözleşmesi niteliği taşıyan bilgisayar programı imâl sözleşmesinde, bir sonuç garantisi olduğu için kabul ile ücretin %40'nın muaccel olacağı şeklinde yorumun daha isabetli olacağı belirtilmiştir⁴⁰¹.

Fikrî haklar açısından bilgisayar programının kullanılması ile ilgili bir takım sınırlandırmalar getirilebilir. Özellikle bilgisayar programının başkalarına devredilemeyeceğine, çoğaltılamayacağına veya değiştirilemeyeceğine ilişkin hükümler genel işlem şartlarında yer alabilir. İş sahibinin bilgisayar programından yararlanmasını sınırlandıran hükümleri değerlendirilirken, taraflar arasındaki menfaat dengesi dikkate alınmalıdır. Sınırsız bir şekilde yararlanma sonucunda iş sahibinin elde edeceği menfaat ile imâl edenin fikrî ve ekonomik bir edimi söz konusu olduğu için, imâl edenin menfaati arasında denge dikkate alınmalıdır. Bu durum da her sözleşmeye göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken bir husustur⁴⁰².

Bir standart bilgisayar programının ivaz karşılığında sürekli devredildiği sözleşmelerde, müzakere edilmeden belirlenen bir genel işlem şartı ile söz konusu bilgisayar programının başkasına devredilemeyeceği yönündeki hükümlerin geçersiz olacağı kabul edilmektedir. Ancak taraflar böyle bir yasağı müzakere

⁴⁰⁰ OLG Hamm, v. 12.12.1988 - 31 U 104/87, NJW, 1989, 1041, Junker ve Benecke, 2003, 248; Erben, Günther, Kubert ve Zahrnt, 2007, 145-146.

⁴⁰¹ OLG Düsseldorf v. 27.10.1995 – 22 U 66/95, NJW-RR, 1996, 821; Junker ve Benecke, 2003, 248-249.

⁴⁰² Yıldırım, 2003, 563-564, 570-571; Junker ve Benecke, 2003, 249-250.

ederek kararlaştırmışlarsa sözleşme özgürlüğü kapsamında geçerli olacağı savunulmaktadır⁴⁰³.

Sonuç olarak, bilgisayar programı imâl sözleşmesi alanında da genel işlem şartları ile sıkça karşılaşılabilmektedir. Sözleşmenin muhtevasında veya ekinde yer alan genel işlem şartlarının geçerli olup olmayacağı; yürürlük denetimi, içerik denetimi veya yorum denetimi sonucunda anlaşılır. Bu kısımda özellikle Alman Hukuku uygulamasından sınırlı sayıda bir takım örnekler verilmiştir.

4.4. BİLGİSAYAR PROGRAMI İMÂL SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

4.4.1. Genel Olarak

Bilgisayar programı imâl sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan her biri, diğer tarafın hem alacaklısı hem de borçlusudur. İki tarafa borç yükleyen sözleşmeler, *“tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler”* ve *“eksik iki taraf borç yükleyen sözleşmeler”* olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁴⁰⁴.

Bilgisayar programı imâl sözleşmesi, her iki tarafın da birbirine karşı aslî bir edimi yüklediği için, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Edimler arasında tam bir karşılıklılık (synallagma) ilişkisi vardır ve bir tarafın edimi, diğer tarafın ediminin karşılığıdır. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimler birbirisiyle değiştirilmektedir. Edimler ararsındaki bu değişim ilişkisine “synallagma” adı verilmektedir⁴⁰⁵.

Bilgisayar programı imâl sözleşmesi tam iki taraf borç yükleyen bir sözleşme olduğu için, imâl edenin yükümlülükleri, aynı zamanda iş sahibinin haklarını oluşturmaktadır. Yine bu çerçevede iş sahibinin yükümlülükleri de imâl edenin haklarını oluşturmaktadır. Bu sebeple çalışmanın bu bölümünde sadece tarafların yükümlülükleri incelenmiştir.

⁴⁰³ Yıldırım, 2003, 577.

⁴⁰⁴ Eren, 2014, 210.

⁴⁰⁵ Eren, 2014, 211.

4.4.2. Bilgisayar Programı İmâl Edenin Yükümlülükleri

4.4.2.1. Genel Olarak

Eser sözleşmesi niteliğinde olan bilgisayar programı imâl sözleşmesinde, imâl edenin yükümlülüklerini açıklarken Türk Hukuk doktrinde bu konu ile ilgili yeterli kaynak olmamasından dolayı Alman Hukuk doktrindeki kaynaklardan yararlanılmıştır. Türk Hukuku açısından değerlendirmelerde bulunurken ise Türk Borçlar Kanunu ve ilgili diğer kanunlar çerçevesinde eser sözleşmesinde yüklenicinin borçlarına ilişkin hükümler kapsamında açıklamalar yapılmıştır.

4.4.2.2. Bilgisayar Programını İmâl Etme Ve Teslim Etme Yükümlülüğü

Bilgisayar programı imâl sözleşmesinde, imâl edenin asli edimi, iş sahibinin talimatları ve isteklerine uygun olarak şartnamede belirlenen özelliklerde bilgisayar programı imâl etmek ve iş sahibine teslim etmektir⁴⁰⁶. İmâl edenin bilgisayar programının hangi araçla teslim edeceği ayrıca kararlaştırılmamışsa, bilgisayar programı herhangi bir bilgi taşıyıcısı ile teslim edilebilir⁴⁰⁷.

4.4.2.2.1. Bilgisayar Programını İmâl Etmek

Türk Borçlar Kanunu'nun 471. maddesinin II. fıkrasına göre; *“Yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşııyorsa, işi başkasına da yaptırabilir.”* Bu hükme göre; eser sözleşmesinde kural olarak yüklenici eseri ya bizzat kendisi meydana getirmeli veya yönetimi altında meydana getirilmesini sağlamalıdır. Bu hüküm özellikle sanat eserlerinde olduğu gibi, yüklenicinin şahsî özelliklerinin ve yeteneklerinin eserin meydana getirilmesinde önemli olduğu durumlarda geçerlidir. Fıkranın ikinci cümlesinde de belirttiği üzere, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin şahsî özelliklerinin önemli olmadığı durumlarda yüklenici, işi bizzat

⁴⁰⁶ Malzer, 1991, 283; Fritzsche, 1995, 501; Thewalt, 2004,161; Koch, 2009, 479.

⁴⁰⁷ Gennen ve Völkel, 2009, 207-208; Thewalt, 2004,161.

yapmak zorunda olmadığı gibi, yönetimi altında da yaptırmak zorunda değildir. Başka bir deyişle yüklenici başkalarına da yaptırabilir⁴⁰⁸. Bununla birlikte, taraflar eserin başkası tarafından meydana getirilebileceğini sözleşme ile de kararlaştırabilirler⁴⁰⁹.

Bilgisayar programı imâlinde, imâl edenin şahsi nitelikleri önem arz edebilir. Bununla birlikte, bilgisayar programı imâl sürecinde iş sahibi ve imâl eden zaman zaman birlikte çalışacaklarından⁴¹⁰, taraflar arasında bir güven ilişkisi oluşmaktadır. Bu sebeple kural olarak imâl eden, bilgisayar programı imâlini ya şahsen yapmalı veya yönetimi altında yaptırmalıdır. Ancak bilgisayar programı imâlinde şahsen ifa kuralı, bir sanat eserinin meydana getirilmesinde olduğu kadar katı uygulanmamalıdır. Bilgisayar programının imâli kapsamlı bir proje gerektirdiği durumlarda, bütün işin şahsen imâl eden tarafından yerine getirilmesini beklemek doğru değildir. İmâl eden belirli bir takımla çalışabileceği gibi yardımcılar da kullanabilir. Bu durumda imâl sürecinde üçüncü kişilerde görev alabilir. Bu sebeple, her zaman bilgisayar programının imâlinin tamamını, imâl edenin şahsen yapmasını beklemek mümkün değildir. Ancak bilgisayar programının imâl edenin yönetiminde imâl edilmesini talep etmek kabul edilebilir bir durumdur⁴¹¹.

Bilgisayar programı imâl edilirken önemli olan, iş sahibinin isteklerine uygun ve onun ihtiyaçlarını giderecek bir bilgisayar programı imâl etmektir. Bu sebeple, bilgisayar programının bütün detaylarının, imâl eden tarafından veya onun yönetiminde imâl edilmesi önemli değildir⁴¹². Başarılı bir şekilde bilgisayar programı imâl edilmesi, bütün faaliyetlerin imâl eden tarafından yapılmaması halinde de mümkündür⁴¹³.

⁴⁰⁸ Kılıçoğlu, A. M. (1975). Mütahhidin Eseri Şahsen Yapma Veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu. *AÜHFD*, C. 32, S. 1-4, s. 188-189; Becker, 1934, 599-600; Gauch, 2011, Rn. 609 vd.; OR/Huber/Schwendener, Art. 364, N. 4; Tandoğan, 2010, 71-72; Gümüş, 2014, 10-11; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, 1992, 354-355; Karadaş, 2013, 106; Baygın, 1999, 22; Büyükkay, 2014, 80-81; Aral ve Ayrancı, 2014, 343-344; Şenocak, 2002, 19-20; Kurt, 57-58; Olgaç, 1977, 13; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 519; Yavuz, 2014, 976-977; Gökyayla, 2009, 148; Eren, 2014a, 603-604; Akkurt, 2008, 41.

⁴⁰⁹ Tandoğan, 2010, 73; Karadaş, 2013, 106; Büyükkay, 2014, 81; Şenocak, 2002, 21; Gökyayla, 2009, 150; Eren, 2014a, 604.

⁴¹⁰ Bkz., I. Bölüm, §3, III, B.

⁴¹¹ Slongo, 1991, 69.

⁴¹² Slongo, 1991, 70.

⁴¹³ Slongo, 1991, 69.

4.4.2.2.2. Bilgisayar Programını Teslim Etmek

Türk Borçlar Kanunu'nda yüklenicinin eseri teslim borcu açıkça düzenlenmemiştir. Ancak eser sözleşmesi ile ilgili hükümlere bakıldığında yüklenicinin böyle bir borcu olduğu sonucuna ulaşılmaktadır⁴¹⁴. Eserin tesliminden kasıt genellikle, tamamlanmış olan eserin sözleşmeye uygun olarak ifa amacıyla iş sahibine verilmesidir⁴¹⁵. Sözleşmesinin konusu maddî olmayan bir eser olduğu durumlarda, üzerinde devamlı surette biçimlendiği şeyin, başka bir deyişle eser taşıyıcısının verilmesi ile teslimin gerçekleşeceği kabul edilmektedir⁴¹⁶.

Bilgisayar programı imâl sözleşmesinde, klâsik eser sözleşmesinde olduğu gibi bir teslim söz konusu değildir. Bilgisayar programının iş sahibinin sadece donanımına yüklenmiş olması da yeterli görülmemektedir. Teslimin gerçekleşmiş sayılabilmesi için, bilgisayar programının iş sahibinin donanımına çalışabilir durumda yüklenmiş olması gerekmektedir. Bununla birlikte, bilgisayar programının gerektiği gibi ve beklenebilir şekilde çalışmasını engelleyebilecek muhtemel hataların mümkün olduğunca en aza indirilmiş olması da gerekmektedir⁴¹⁷.

4.4.2.3. Gerekli Fikrî Hakların Devri Yükümlülüğü

4.4.2.3.1. Genel Olarak Fikrî Hakların Devri

Eser üzerindeki fikrî haklar, malî haklar ve manevî haklardan oluşmaktadır. Eser üzerindeki manevî haklar, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar olarak değerlendirildiğinden devredilemez. Ancak manevî hakların istisnai bazı

⁴¹⁴ Ozanoğlu, H. S. (1999). İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası Kayıtları). *GÜHFD*, C. III, S. 1-2, s. 61; Kurt, 67; Tandoğan, 2010, 124; Baygın, 1999, 27; Yavuz, 2014, 989; Şenocak, 2002, 26; Büyükay, 2014, 74; Gümüş, 2014, 27; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 496; Aral ve Ayrancı, 2014, 367; Eren, 2014a, 615.

⁴¹⁵ Uçar, A. (2001). İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukukî Sonuçları. *AÜEHFD*, C. V, S. 1-4, s. 515; Topuz, M. (2008). Eserin Teslimden Önce Telef Olması ve Roma Hukuku'nun Türk Borçlar Hukuku'na Etkileri. *MÜHF-HAD*, C. 14, S. 1-2, s. 214; Gauch, 2011, Rn. 87-89; Aral ve Ayrancı, 2014, 367; Gümüş, 2014, 27-28; Tandoğan, 2010, 125; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 496-497; Büyükay, 2014, 75; Kurt, 67; Baygın, 1999, 27; Yavuz, 2014, 990; Ozanoğlu, 1999, 62; Akkurt, 2008, 43; Eren, 2014a, 616.

⁴¹⁶ Gauch, 2011, Rn. 90; Tandoğan, 2010, 125; Uçar, 2001, 538; Kurt, 68; Yavuz, 2014, 991; Zevkliler/Gökyayla; 500-501; Aral ve Ayrancı, 2014, 367.

⁴¹⁷ Malzer, 1991, 283-284; Koch, 2009, 479-480; Slongo, 1991, 82; Krause, 1991, 51.

durumlarda kullanılmasının devri mümkündür. Konu bu açıdan ele alındığında kural olarak, fikri hakların devrine malî haklar konu olmaktadır⁴¹⁸. Malî hakların devri, iki ayrı sözleşmenin konusu olabilmektedir. Bu sözleşmelerden birinde, eser üzerindeki malî haklar bütünüyle devredilmektedir. Diğer sözleşme tipinde ise malî hak değil, sadece kullanma hakkı devredilmektedir. Bu durumda ruhsat veya lisans sözleşmesi kurulmaktadır⁴¹⁹.

4.4.2.3.2. Malî Hakların Devrine İlişkin Sözleşme

Malî hakların devri, FSEK.'nın 48. maddesinin I. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre; *“Eser sahibi veya mirasçıları kendilerine kanunen tanınan mali hakları süre, yer ve muhteva itibarıyla mahdut veya gayri mahdut, karşılıklı veya karşılıksız olarak başkalarına devredebilir.”* . Bu hükümden de anlaşıldığı üzere, devreden malî hakların kullanılmasını süre, yer ve muhteva bakımından sınırlandırılabilir. Malî haklar karşılıklı veya karşılıksız devredilebilmektedir.

Malî hakların devri sözleşmesi bir tasarruf işlemi niteliğindedir. Sözleşmenin kurulması ile mali haklar devreden malvarlığından çıkmakta ve devralanın malvarlığına geçmektedir. Bu sebeple, eser sahibi, malî haklarını devrettiği eser üzerinde başka bir tasarruf işlemi yapamaz. Böyle bir işlem yapmış olsa dahi üçüncü kişilerin iyiniyeti korunmaz(FSEK. md. 54 f. I)⁴²⁰.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 20. maddesinin I. fıkrasına göre, malî haklar birbirinden bağımsızdır ve birinin kullanılması diğerini etkilemez. Bu sebeple, malî haklar tamamen devredilebileceği gibi, kısmen de devredilebilmektedir. Bununla birlikte malî hakların her biri farklı kişilere devredilebilir⁴²¹.

Eser henüz meydana getirilmemiş ise, sonradan meydana getrilecek eser üzerindeki malî haklara ilişkin bir taahhüt işlemi yapılabilir. Bu taahhüt

⁴¹⁸ Gökyayla, K. E. (2001). *Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi*. Ankara, s. 235; Ercoşkun Şenol, H. K. (2013). Mali Hakları veya Kullanım Hakkını Devralanların Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Korunması. *HHFD*, C. 3, S. 1, s. 48; Ayiter, 1981, 199; Arslanlı, 1954, 171.

⁴¹⁹ Ayiter, 1981, 199; Gökyayla, 2001, 43; Ercoşkun Şenol, 2013, 48.

⁴²⁰ Erel, 2009, 302-303; Gökyayla, 2001, 48; Arslanlı, 1954, 172-173; Ayiter, 1981, 206-207.

⁴²¹ Ercoşkun Şenol, 2013, 49-50; Erel, 2009, 303.

işlemi ile eser sahibi, ileride meydana getirilecek eser üzerindeki malî hakların bir kısmını veya tamamını devretme yükümlülüğü altına girmektedir⁴²².

Eser henüz tamamlanmadan veya hazırlanmadan da, meydana getirilecek eser üzerindeki malî haklar sözleşmeye konu olabilmektedir. Ancak eser tamamlanmadan veya hazırlanmadan bu haklar tasarruf işlemine konu olamazlar. FSEK.'nın 48. maddesinin III. fıkrasına göre, henüz tamamlanmamış veya hazırlanmamış eseri konu alan tasarruf işlemleri geçersizdir⁴²³.

4.4.2.3.3. Lisans (Ruhsat) Sözleşmesi

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda eser üzerindeki malî hakların tamamen ve kısmen devredilebileceği düzenlendiği gibi, bu hakların kendisinin değil, sadece kullanma yetkisinin devredilmesine de izin verilmiştir (FSEK. md. 48 f. I). Kanunda malî hakların kullanma yetkisinin devredilmesi ruhsat olarak belirtilse de, uygulamada genellikle lisans sözleşmesi kavramı kullanılmaktadır⁴²⁴.

Lisans sözleşmesi ile devralana, sözleşmedeki şartlarla ve sınırlarla bağlı kalmak üzere, malî hakların kullanma yetkisi devredilmektedir. Eser üzerindeki hak eser sahibinin malvarlığında kalmaktadır⁴²⁵.

Lisans sözleşmesinde malî hakkın sağladığı kullanma yetkisinin muhteva, süre ve yer bakımından sınırlandırılması mümkündür⁴²⁶. Bu kullanma yetkisinin farklı farklı kişilere devredilmesi de mümkündür⁴²⁷.

Kanun koyucu, lisans sözleşmesini, tam lisans ve basit lisans olmak üzere ikiye ayırmıştır. Tam lisans sözleşmesinde eser sahibi, malî hakkın kullanılması yetkisini bir bütün halinde karşı taraf devretmektedir. Sözleşme süresi boyunca malî haklar sadece devralan tarafından kullanılır. Eser sahibi bu hakları kendisi kullanamayacağı gibi başkasına da kullandıramaz (FSEK. md. 56 f. I)⁴²⁸. Basit lisans sözleşmesinde mali hakkı kullanma yetkisi daha dardır. Basit lisans sözleşmesinde eser sahibi, hakkı kullanma yetkisini başkalarını da

⁴²² Ayiter, 1981, 215; Gökyayla, 2001, 44; Arslanlı, 1954, 178; Ercoşkun Şenol, 2013, 52.

⁴²³ Gökyayla, 2001, 45; Arslanlı, 1954, 178; Ayiter, 1981, 214; Ercoşkun Şenol, 2013, 52

⁴²⁴ Erel, 2009, 306; Ayiter, 1981, 210; Ercoşkun Şenol, 2013, 50; Gökyayla, 2001, 49.

⁴²⁵ Ercoşkun Şenol, 2013, 50; Ayiter, 1981, 210-211; Gökyayla, 2001, 49.

⁴²⁶ Ercoşkun Şenol, 2013, 50; Gökyayla, 2001, 49.

⁴²⁷ Gökyayla, 2001, 49.

⁴²⁸ Ayiter, 1981, 212; Arslanlı, 1954, 175; Erel, 2009, 305; Gökyayla, 2001, 50; Ercoşkun Şenol, 2013, 50-51.

devredebileceği gibi, kendisi de kullanabilir (FSEK. md. 56 f. I)⁴²⁹. Yapılan lisans sözleşmesinin basit lisans mı, tam lisans mı olduğu konusunda tereddüt varsa, yapılan sözleşmenin basit lisans sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir (FSEK. md. 56 f. II). FSEK.'nın 56. maddesinin III. fıkrasına göre; basit lisans sözleşmelerine hâsılat kirasına ilişkin hükümler, tam lisans sözleşmesine ise intifa hakkına ilişkin hükümler, niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanır⁴³⁰.

4.4.2.3.4. Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesinde Fikrî Hakların Devri

Bilgisayar programı, iş sahibine, bunu kullanabileceği ve yararlanabileceği şekilde devredilmelidir. Bu durumda bilgisayar programı imâl edenin fikrî haklarının korunması meselesi ile karşılaşılabilir. Çünkü imâl eden, bilgisayar programı devrederken, fikrî haklara konu olan bir takım hakları da devretmelidir. Bu fikrî haklar özellikle iş sahibinin bu bilgisayar programını kullanabilmesi ve ondan yararlanabilmesi için gerekli olan fikrî haklardır. Bu çerçevede değerlendirildiğinde iş sahibi ve imâl edenin menfaatleri çatışmaktadır. Sözleşmede açıkça kararlaştırılmamış ise hangi tarafın menfaatinin korunması gerektiği bir belirsizlik oluşturmaktadır. İmâl eden, bilgisayar programı üzerindeki fikrî haklarının bazılarını, özellikle iş sahibinin bu programı üçüncü kişilere devretme yetkisini saklı tutabilir. Bu durumda iş sahibinin sözleşmeye uygun olarak bilgisayar programını kullanmasını engellememelidir⁴³¹.

Bilgisayar programı, teslim edilirken üzerindeki fikrî hakların hangi kapsamda devredileceği sözleşmede kararlaştırılmamışsa, yapılan sözleşmenin amacına bakılarak bir sonuca ulaşılmalıdır. Söz konusu haklar, yapılan bilgisayar programı imâl sözleşmesinin amacının gerçekleşmesini sağlayacak kapsamda olmalıdır⁴³².

Sözleşmenin amacı belirlenirken hukukî ilişkinin kendine özgü özellikleri ve tarafların menfaat durumu dikkate alınmalıdır⁴³³. Meselâ, imâl edilen bir bilgisayar oyununun piyasaya sürüleceği açıktır. Bu durumda imâl eden, münhasır kullanma hakkından daha çok hak devretmesi gerekmektedir. Ancak bir kişinin özel

⁴²⁹ Arslanlı, 1954, 175; Erel, 2009, 305; Gökyayla, 2001, 52; Ayiter, 1981, 212; Ercoşkun Şenol, 2013, 51.

⁴³⁰ Erel, 2009, 305; Gökyayla, 2001, 52; Arslanlı, 1954, 176; Ercoşkun Şenol, 2013, 51.

⁴³¹ Hoeren, 2007, 183; Thewalt, 2004, 161-162.

⁴³² Kronberger, 1992, 160; Karger, 2001, 364; Thewalt, 2004, 163.

⁴³³ Thewalt, 2004, 164; Karger, 2001, 364.

kullanımı için imâl edilen bilgisayar programı, piyasaya sürülmeyeceğinden, iş sahibi tarafından kullanılmasının sağlanması yeterlidir⁴³⁴.

Doktrindeki bir görüşe göre⁴³⁵; iş sahibi programı sadece kendi şahsî kullanımı için imâl ettirmişse, bütün münhasır kullanma ve malî hakların devredilmesine gerek yoktur. Ancak iş sahibi programdan üçüncü kişilere de faydalandırıcaksa ve bu durum önceden taraflarca öngörülebilir bir durumsa, malî haklar geniş kapsamlı devredilmelidir. İş sahibinin aynı zamanda program satıcısı olduğu durumlarda bu kuralın uygulanması daha doğrudur. Çünkü imâl edilen programın üçüncü kişilere devredileceği veya kullanılacağı açıktır. Başka bir görüşe göre ise⁴³⁶ iş sahibi kaynak kod üzerinde tasarruf ediyorsa, bilgisayar programını başkalarına kullandırma hakkına da sahiptir.

Bilgisayar programı imâl sözleşmesinde, programla birlikte kullanma hakkının kapsamı belirlenirken şu tespitler de yapılmaktadır: İmal eden, bilgisayar programını iş sahibine özel imâl etmişse, iş sahibine münhasır kullanma hakkını devretmek zorundadır⁴³⁷. Bununla birlikte taraflar, kaynak kodun iş sahibine devredileceği konusunda anlaşmışlarsa, imâl edenin iş sahibine bilgisayar programını değiştirme yetkisi tanıdığı anlamına geleceği kabul edilmektedir⁴³⁸. Ayrıca, iş sahibine kaynak kod tamamen ve şartsız devredilmişse, iş sahibi bilgisayar programını başkalarına da devredebileceği değerlendirilmesinde bulunmaktadır⁴³⁹.

Bir görüşe göre⁴⁴⁰; devredilen bilgisayar programının kullanma hakkının kapsamını belirlemede kullanılacak hükümler sözleşmede yoksa, iş sahibine basit, imâl eden tarafından sınırlandırılmış ve üçüncü kişilere devretme yetkisi vermeyen bir kullanma hakkı devredilmiş olduğu kabul edilmektedir. Başka bir görüşe göre ise⁴⁴¹ bu durumda iş sahibine sınırlandırılmış alelade bir kullanım hakkı devredilmektedir. Çünkü bilgisayar programı imâl sözleşmesinde, kullanım kapsamını iş sahibinin özel olarak belirlediği bir bilgisayar programı imâl edilmektedir. Sözleşmede özel bir hüküm yok ise imâl eden, bilgisayar programını

⁴³⁴ Thewalt, 2004,164.

⁴³⁵ Karger, 2001, 365.

⁴³⁶ Marly, 2006, Rn. 67.

⁴³⁷ BGH v. 09.05.1985- I ZR 52/83, CR, 1985, 22-24; Kronberger, 1992, 161.

⁴³⁸ Thewalt, 2004,165.

⁴³⁹ Marly, 2006, Rn. 67.

⁴⁴⁰ Karger, M. (2001a). Softwareentwicklung Rechtseinräumung bei fehlender ausdrücklicher Vereinbarung. *ITRB*, s. 68.

⁴⁴¹ Thewalt, 2004,165-166.

iş sahibinin özel kullanım amacı için gerekli olduğu kanaatindedir. Bundan dolayı imâl eden, üçüncü kişilere devredilmeyeceği düşüncesinde olabilir. Üçüncü kişilere devretme hakkı ayrıca saklı tutulmalı ve ücretlendirilmelidir.

İmâl edilen bilgisayar programının, kullanma ve yararlanma hakkı olmaksızın devredilmesi yapılan sözleşmeyi anlamsız kılar. Devredilen kullanma hakkının kapsamı belirlenirken sözleşmenin yorumlanması ile sonuca ulaşılmalıdır. Sözleşmenin amacı çerçevesinde değerlendirildiğinde, iş sahibine, bilgisayar programını kullanabilmesi için ve programdan yararlanabilmesi için belirli fikrî hakların da devredilmesi gerekmektedir. Bu şekilde fikrî hakların devredilmesi bilgisayar programı imâl sözleşmesinin asli ediminin bir parçasıdır. Bu bir yan edim yükümlülüğü değildir⁴⁴². Ancak devredilen fikrî hakların kapsamının ne olacağı sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa, hangi kapsamda devredileceği meselesi ile karşılaşılmaktadır. Sözleşmenin amacının gerçekleşmesi açısından iş sahibinin beklenen menfaatine uygun olarak bilgisayar programını kullanması için gerekli olan asgari fikrî hakların da devredilmesi gerekmektedir⁴⁴³.

Bilgisayar programı imâl sözleşmesinde, lisans sözleşmesine dair unsurlarda yer aldığından, bilgisayar programı ile birlikte, üzerindeki fikrî hakların alelade devri de gereklidir⁴⁴⁴.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 38. maddesinin I. fıkrasında fikir ve sanat eserlerinin, hak sahibinin menfaatlerine haklı bir sebep olmaksızın zarar vermemesi ve eserden normal yararlanmaya aykırı olmaması şartıyla şahsen kullanıma özel çoğaltılabileceği öngörülmektedir. Buna göre; bilgisayar programından yararlanabilmek için zorunlu olarak yapılması gereken çoğaltma, bilgisayar programından normal yararlanma kapsamında değerlendirilmelidir. Bilgisayar programından normal olarak yararlanmak için gerekli olan çoğaltma işlemi engellenmemelidir. Bu çerçevede değerlendirildiğinde şahsen kullanmaya özel çoğaltma, sözleşmenin temelinde vardır ve engellendiğinde sözleşme temelinden çöker⁴⁴⁵.

⁴⁴² Pres, A. (1994). Gestaltungsformen urheberrechtlicher Softwarelizenzvertraege. CR, s. 521; Hoeren, 2007, 183; Gennen ve Völkel, 2009, 208; Thewalt, 2004,166; Koch, 2009, 479; Kronberger, 1992, 160-161; Otto, 2008, 133-134.

⁴⁴³ Otto, 2008, 133-134; Hoeren, 2007, 183-184.

⁴⁴⁴ Yıldırım, 1999, 149.

⁴⁴⁵ Yıldırım, 1999, 137-138.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 38. maddesinin II. fıkrasında; sözleşmede belirleyici bir hüküm olmaması halinde, bilgisayar programının düşünüldüğü amaca uygun kullanımı için gerekli olduğu durumlarda, bilgisayar programı edinen kişinin, onu çoğaltması ve işlemesinin serbest olduğu belirtilmiştir. Bu hükümde hataların düzeltilmesi de bilgisayar programının düşünülen amaca uygun kullanımı için gerekli olan durumlar arasında belirtilmiştir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 38. maddesinin III. fıkrasına göre; bilgisayar programını kanunî yollardan edinen kişinin bilgisayar programını yükleme, çalıştırma ve hataları düzeltme hakları sözleşme ile engellenemez. Yine bu hükme göre, iş sahibinin bilgisayar programının kullanımı için gerekli olduğu sürece, bir adet yedekleme kopyası yapmasının sözleşme ile engellenemez.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 38. maddesinin IV. fıkrasına göre; bilgisayar programını kullanma hakkına sahip olan kişi, yapmaya hak kazandığı bilgisayar programının yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi veya depolanması sırasında, bilgisayar programının temelinde yatan düşünce ve ilkeleri belirleyebilmek amacıyla programın işleyişini, gözlemlemesi, denetlemesi ve denemesi serbesttir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 38. maddesinin V. fıkrasına göre; bağımsız olarak imâl edilmiş bir programın diğer programlarla ara işlerliğini geliştirmek üzere gerekli bilgilerin elde edilebilmesi için, bazı şartlarda, bilgisayar programının çoğaltılmasına, işlenmesi anlamında kodun çoğaltılmasına ve kod formunun çevirisine müsaade edilmiştir. Bu şartlar şunlardır: Bilgisayar programının çoğaltılması, işlenmesi anlamında kodun çoğaltılması ve kod formunun çevirisi, ruhsat sahibi veya bir programının kopyasını kullanma hakkı sahibi diğer bir bilgisayar sahibi diğer bir kişi tarafından veya onların adına bunu yapmaya yetkili kişi tarafından yerine getirilmelidir. Ara işlerliği gerçekleştirmek için gerekli olan bilgilerin, bu kişilere sunulmaması gerekmektedir. Bununla birlikte, söz konusu müsaade ara işlerliği gerçekleştirmek için gereken program parçaları ile sınırlı olmalıdır. Bu çerçevede elde edilen bilgiler, bağımsız imâl edilmiş bilgisayar programının ara işlerliğini gerçekleştirmenin dışında diğer amaçlar için kullanılmayacağı gibi, programın ara işlerliği için gerekli olduğu durumlar dışında başkalarına verilemez. Yine bu bilgiler kullanılarak, benzer bir bilgisayar programı geliştirilmez, üretilmez veya pazarlanmaz. Söz konu bilgiler fikrî hakları ihlal eden herhangi diğer bir fiil için kullanılmaz.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 38. maddesi çerçevesinde bir değerlendirme yapıldığında, bilgisayar programını imâl eden, bilgisayar programını devrederken iş sahibine en azından bu kanun hükmü kapsamında çoğaltma, işleme ve yedek kopyasını alma imkânı tanınmalıdır. Bununla birlikte, imâl eden, bilgisayar programının yüklenebilmesi, çalıştırılabilmesi, hataların düzeltilebilmesi veya incelenip test edilebilmesi için gerekli olan hakları iş sahibine tanınmalıdır.

4.4.2.4. Kaynak Kodu Devir Yükümlülüğü

4.4.2.4.1. Genel Olarak

Kaynak kod, bilgisayar programı imâlinin edebi kısmını oluşturan kodlardır. Kaynak kod belirli bir programlama dilinde yazılmakta ve genelde herkes tarafından okunabilmektedir. Kaynak kod, bilgisayar programının geliştirilmesini ve hatalarının düzeltilmesini sağlamaktadır. Kaynak kodun muhtevasında bilgisayar programının gizli ve teknik bilgileri yer almaktadır. Bilgisayar programının kaynak kod şeklinde yazılmış hali bilgisayar tarafından anlaşılamaz ve çalıştırılmaz. Bu sebeple kaynak kod, yorumlayıcı ve derleyiciler kullanılarak, bilgisayar tarafından anlaşılabilir nesnel koda veya objektif koda dönüştürülmesi gerekmektedir⁴⁴⁶.

Bilgisayar programının esasını kaynak kod oluşturur⁴⁴⁷. Kaynak kod olmaksızın bilgisayar programının güncellenmesi, geliştirilmesi veya eksikliklerin giderilmesi mümkün değildir. İş sahibinin elinde sadece nesnel kod olursa bilgisayar programını kullanabilir, ancak bilgisayar programındaki hataları gideremeyeceği gibi geliştirme de yapamaz⁴⁴⁸.

4.4.2.4.2. Kaynak Kodun Devrine İlişkin Mahkeme Kararları

Alman Federal Mahkemesi'nin 1986 yılındaki bir kararına göre⁴⁴⁹; kaynak kodun devredilip devredilemeyeceği sözleşmenin yorumlanmasına göre

⁴⁴⁶ Keskin, D. (2012). Kaynak Kod (Source Code) Escrow Sözleşmesi. *TAAD*, Y. 3, S. 10, s. 97; Bukart, 2003, 54; Bkz., §2, I, B, 3.

⁴⁴⁷ Keskin, 2012, 97.

⁴⁴⁸ Memiş, T. (2009). Fikrî Hukuk Bakımından Kaynak Kodların Korunması. *Fikrî Mülkiyet Hukuku Yıllığı*, s. 298-299; Dreier, T. (2008). *Software- und Computerrecht. Frankfurt*, s. 162; Keskin, 2012, 97-98; Thewalt, 2004, 170; Junker ve Benecke, 2003, 138.

⁴⁴⁹ BGH. v. 30.01.1986 – I ZR 242/83, NJW, 1987, 1259.

belirlenmelidir. Söz konusu kararda, “*program*” kavramının kaynak kodu da kapsayıp kapsamadığı tartışılmıştır. Kararda, genel anlamda kaynak kodun “*program*” kavramına dâhil olacağı kanaati olsa dahi karara konu olayda açık olmadığından yorumlanması gerektiği hükme bağlanmıştır. Bu kararda, kaynak kodun devredilip devredilemeyeceğinin belirlenmesinde sözleşmenin amacına da bakmak gerektiği belirtilmiştir. Buna göre, imâl edilecek programın hangi amaçla kullanılacağına tespiti de önemlidir.

Yüksek Mahkeme başka bir kararında⁴⁵⁰; kaynak kodun devredilip devredilemeyeceğine ilişkin olarak, bu hususun sözleşmede kararlaştırılmaması halinde, iki kriter öngörmüştür. Buna göre; iş sahibinin söz konusu bilgisayar programını piyasa sürüp sürmeyeceği, bu çerçevede bilgisayar programında değişiklik yapıp yapmayacağına ve bilgisayar programını geliştirmesi gerekip gerekmeyeceğine bakılmalıdır. Bu durumda iş sahibi kaynak koduna ihtiyacı vardır. Diğer kriter ise, sözleşmede belirlenen ücrettir. İş sahibi, bilgisayar programı imâli için gerekli olan masrafın büyük kısmını karşılamış ise, kaynak kod iş sahibine devredilmelidir.

Münih Eyalet Mahkemesi kararına göre⁴⁵¹; taraflar kaynak kodun devredilip devredilmeyeceğini sözleşmede belirlememişlerse ve bakım sözleşmesi yapılmamışsa kaynak kod devredilmelidir.

Alman uygulamasında başka bir mahkeme kararında ise⁴⁵² kaynak kodun devredilip devredilemeyeceği konusunda programı imâl edenle, karşı tarafın menfaat durumunun dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. Ferdî olarak imâl edilen programlarda, kaynak kodun gizli kalması konusunda imâl edenin menfaatinin karşı tarafa göre daha az olacağı ve bu sebeple kaynak kodun devredilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Başka bir kararda⁴⁵³; bakım anlaşması yapılmamışsa kaynak kodun devredilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu kararda, karşı tarafın programda haklı değişiklikler yapmak istediğinde, değişiklik için gerekli dokümantasyon devredilmemişse, kaynak kodun devredilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Aynı yönde bir başka kararda ise⁴⁵⁴ 1 yıllık bakım anlaşması

⁴⁵⁰ BGH. V. 16. 12. 2003 - X ZR 129/01, NJW-RR, 2004, 782.

⁴⁵¹ LG München I v. 18.11.1988-21 O 11130/88, CR, 1989, 990; Thewalt, 2004, 173.

⁴⁵² OLG Celle v. 03-03-1992 - 20 U 69/90, NJW-RR, 432.

⁴⁵³ OLG Karlsruhe v. 14.05.1998- 11 U 39/96, CR, 1999, 11; Thewalt, 2004, 174.

⁴⁵⁴ LG Köln v. 03.05.2000- 20 S 21/99, CR, 2000, 505; Thewalt, 2004, 174.

yapılmış olması, kaynak kodun devredilmesini engelleyen bir bakım sözleşmesi olarak değerlendirilmemiştir.

Yargıtay bir kararında, mahallî mahkemenin kaynak kodun devredilemeyeceğine ilişkin kararını herhangi bir gerekçe göstermeden onaylamıştır. Mahallî mahkemenin kararına göre; "... sistemin nihai bir ürün olması, sistemin teknik dokümantasyon ve yazılım kaynak kodlarının ... şirketinin know-how'u olması, üzerinde davalının fikri ve sınai mülkiyet haklarının bulunması sebebiyle bunların davacıya verilemeyeceği açıktır. Kaldı ki tarafların serbest iradeleriyle imzalamış oldukları protokolde de bunların davacıya teslim edileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır."

4.4.2.4.3. Kaynak Kodun Devrine İlişkin Doktrindeki Görüşler

Doktrindeki bir görüşe göre⁴⁵⁵; imâl eden karşı tarafa açıkça programı işleme ve değiştirme hakkı tanımışsa kaynak kod devredilmelidir.

Başka bir görüş⁴⁵⁶; imâl eden programın bakımını üstlenmediğinde veya karşı tarafa programla ilgili tüm hakları devretmediğinde kaynak kodun devredilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.

Kaynak kodun devredilip devredilemeyeceği konusunda yorum yapılırken ve tarafların menfaat durumu incelenirken, karşı tarafın hangi amaçla program sipariş ettiğinin imâl eden tarafından bilinip bilinmediği araştırılmalıdır. Programın başka sürümleri yapılacaksa ve bunun için gerekli ise kaynak kod devredilmelidir. Diğer sürümler için kaynak kod gerekli ise karşı tarafın menfaati daha ağır basar. Karşı tarafa sözleşmenin amacı çerçevesinde bütün kullanma ve yararlanma hakları devredilmişse ki bu durumda kendisine programı değiştirme yetkisi de verildiği anlamına gelir, bunun için de kaynak kodun devredilmesi gerekmektedir⁴⁵⁷.

Bir başka görüşe göre⁴⁵⁸; karşı tarafa programla ilgili tanınan haklar ile kaynak kodun devri arasında bir uyum sağlanması gerekmektedir. Çünkü meselâ programı değiştirme hakkı tanınmış olması halinde, kaynak kod üzerinde tasarruf

⁴⁵⁵ Burkart, 53-54.

⁴⁵⁶ Bömer, 1988, 110-111; Krause, 1991, 58; Redeker, 2007, Rn. 315.

⁴⁵⁷ Moritz ve Tybusseck, 1992, 225-226; Tybusseck, 1986, 39; Koch, 2009, 493 vd.; Thewalt, 2004, 178.

⁴⁵⁸ Schneider, J. (2003). Neues zur Vorlage und Herausgabe des Quellcodes? *CR*, s. 4.

yetkisi tanınmazsa bu hakkın bir anlamı kalmaz. Tanınan haklarla, kaynak kodun devri arasında uyum sağlandığında, karşı tarafa tanınan yararlanma hakkı kaynak kodu da talep etme hakkı tanıyabilir. Sözleşme kurulurken hazırlanan şartnamede programın bakımının yapılabilir ve geliştirilebilir olduğu ifade edilmiş, ancak kaynak kodun devri konusunda bir hüküm konmamışsa, imâl eden, kaynak kodu devretmek zorundadır.

Üçüncü bir görüşe göre⁴⁵⁹; sözleşmede kaynak kodun devredilip devredilmeyeceğine ilişkin bir hüküm yoksa sözleşmenin yorumlanması ile sonuca ulaşılmalıdır. Yorum yapılırken taraflar arasındaki menfaat durumu da dikkate alınmalıdır. Yapılan yorum sonucunda kaynak kodun devrinde iş sahibinin, kaynak kodun gizli kalmasına göre daha fazla menfaati varsa iş sahibi kaynak kodu talep edebilmelidir. Bilgisayar programın imâl edilmesine, bakım ve geliştirme de dâhil ise kaynak kod devredilmelidir. Bununla birlikte, sözleşmenin kuruluşunda karşı tarafın imâl edilen programı üçüncü kişilere de devredeceği, imâl eden tarafından bilinebilir bir durum ise kaynak kodun devredilmesi gerekmektedir.

Son bir görüşe göre⁴⁶⁰; standart bilgisayar programlarında kaynak kodun devredilmesine gerek yoktur. Ancak ferdî olarak imâl edilen bilgisayar programlarında, iş sahibinin hatalara müdahale etme, hataları düzeltme veya zorunlu ihtiyaçlar sebebiyle yenilik yapma gibi, sebeplerle kaynak koduna ihtiyaç duymaktadır. Bu sebeple sözleşmede özel bir hüküm olmasa dahi kaynak kod iş sahibine devredilmelidir. Bu görüşe göre⁴⁶¹; sözleşmede kaynak kodun devredileceği yönünde bir hüküm bulunmaması halinde, kaynak kodun devredilmeyeceği yönünde bir sonuca ulaşmak taraf menfaatlerine ve hakkaniyete aykırı olur. Aynı görüşe göre⁴⁶², taraflar arasında bakım sözleşmesi yapılmış ise bakım sözleşmesi sona erene kadar kaynak kodun devredilmeyeceği yönünde bir anlaşma yapıldığı kabul edilmektedir. Ayrıca, tarafların sözleşmeye kaynak kodun devrine ilişkin bir hüküm koymadıkları hallerde sözleşmenin yorumlanması ile de isabetli sonuca ulaşılacağı bu görüş tarafından savunulmaktadır. Sözleşmenin muhtevasına göre kaynak kodun devredilmesi gerekiyorsa, örneğin kanunî bir zorunluluk sebebiyle bilgisayar programında sürekli değişiklik yapılması

⁴⁵⁹ Thewalt, 2004,181.

⁴⁶⁰ Memiş, 2009, 303.

⁴⁶¹ Memiş, 2009, 303-304.

⁴⁶² Memiş, 2009, 304.

gerekiyorsa, bu durumda kaynak kodun iş sahibine devredilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁴⁶³.

4.4.2.4.4. Değerlendirme ve Şahsî Kanaatimiz

Standart bilgisayar programlarında kaynak kodun devredilmesine gerek yoktur. Çünkü standart bilgisayar programları özel ve şahsî ihtiyaçlar için değil, olası veya var olan piyasa ihtiyaçları için üretilmektedirler. Standart bilgisayar programları geniş bir kullanıcı kitlesinin benzer ve standart ihtiyaçlarına hizmet eder ve problemlerini çözer. Bu sebeple piyasada belirli bir standartta bulunurlar. Piyasadan elde edilen programda hatalar bulunursa ayıp hükümlerinden yararlanılabileceği gibi, piyasada cinsi olan programlar olduğu için edinilen programda hataları düzeltmek yerine bir yenisi de temin edilebilir. Piyasada standart olarak bulundukları için yeni sürümler düzenli ve standart olarak çıkmaktadır. Bir diğer husus ise kullanıcı kendi şahsî ve özel ihtiyaç ve isteklerine göre bir bilgisayar programı imâl ettirmemektir. Bu sebeple piyasada standart olarak bulunan programdan da beklentisi bu çerçevede olmalıdır.

Şahsî ihtiyaç ve isteklere göre üretilen bilgisayar programlarında ise kaynak kodun devredilip devredilmeyeceği meselesi önemlidir. Çünkü bilgisayar programı özel olarak belirli ihtiyaç ve istekler doğrultusunda imâl edilmektedir. Bu tür bir program standart değildir. Çünkü, onun piyasada devamı ve cinsi yoktur. Özellikle bilgisayar programındaki hataların giderilmesi, bilgisayar programının geliştirilmesi veya güncellenmesi ihtiyacı doğduğunda kaynak koda ihtiyaç vardır. Bilgisayar programı imâl sözleşmesinde kaynak kodun devredilip devredilmeyeceği konusunda açık bir hüküm yoksa sözleşmenin yorumlanması ile sonuca ulaşılmalıdır. Sözleşmenin yorumlanması sonucunda bilgisayar programı imâl edilip devredildikten sonra iş sahibinin sonraki kullanımlar için bilgisayar programında değişiklik yapması gerekiyorsa kaynak kod devredilmelidir. Bununla birlikte, bilgisayar programını geliştirmesi gerekiyorsa veya bilgisayar programının bakımı iş sahibine ait olduğu anlaşılıyorsa kaynak kod devredilmelidir. Bu çerçevede sözleşmenin amacı da önemlidir. Bilgisayar programı imâl sözleşmesinde iş sahibine tanınan haklarla, kaynak kodun devredilip

⁴⁶³ Memiş, 2009, 304.

devredilmeyeceği arasındaki bağlantı da önemlidir. İş sahibi, bilgisayar programı üzerinde kendisine tanınan hakları kaynak kod olmadan kullanamıyorsa, kaynak kodun devredilmesi gerekmektedir. Özellikle imâl eden bilgisayar programının bakımını üstlenmemişse kaynak kod devredilmelidir. Çünkü program üzerindeki hataların giderilmesi veya programın güncellenmesi ancak kaynak kod ile mümkündür.

Kaynak kodun devredilip devredilmemesi sorununda, iş sahibinin kullanma ve yararlanmadan doğan hakları ile imâl edenin fikrî hakları devamlı çatışma halindedir. Yukarıda yapılan açıklamalar haricinde bu konudaki en güzel çözümlerden biri tarafların bilgisayar programı imâl sözleşmesi haricinde “*Kaynak Kod (Escrow) Sözleşmesi*” yapmalarıdır. Kaynak Kod (Escrow) Sözleşmesi, kaynak kodun ait olduğu bilgisayar programının devrine veya kullanılmasına ilişkin sözleşme haricinde, üçüncü kişi durumundaki *escrow aracısı* ile yapılan, kaynak kodun ve teknik belgelerin sözleşmede kararlaştırılan şartların gerçekleşmesi halinde duruma göre imâl eden veya iş sahibine teslim edilinceye kadar muhafaza edilmesini sağlayan bir sözleşmedir⁴⁶⁴.

4.4.2.5. Bilgisayar Programı İle İlgili Dokümanları Devir Yükümlülüğü

Bilgisayar programı ile ilgili dokümanlar, *kullanıcı dokümanları* ve *program dokümanları* olmak üzere ikiye ayrılırlar⁴⁶⁵. Kullanıcı dokümanları; iş sahibinin bilgisayar programını kendi başına, başkalarından yardım almadan amacına uygun olarak kullanmasını sağlayan dokümanlardır. Bu sebeple iş sahibinin, imâl edilen programı gereği gibi kullanabilmesi için, kullanıcı dokümanlarının ona devredilmesi gerekmektedir⁴⁶⁶. Kullanıcı dokümanları kural olarak bir el kitabı şeklinde devredilmelidir⁴⁶⁷. Kullanıcı dokümanlarının içeriği ve kapsamı, bilgisayar programının türüne ve iş sahibinin durumuna bağlı olarak belirlenmelidir⁴⁶⁸.

⁴⁶⁴ Kaynak Kod(Escrow) Sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Kırca, İ. (1997). Escrow Sözleşmesi. *BATİDER*, C. XIX, S. 1, s. 45-61; Keskin, 2012, 95-128.

⁴⁶⁵ Thewalt, 2004,181.

⁴⁶⁶ Hoeren, 2007, 182; Redeker, 2007, Rn. 312; Moritz ve Tybusseck, 1992, 223; Kronberger, 1992, 166; Yıldırım, 1999, 150; Koch, 2009, 481-482; Thewalt, 2004,181; Gennen ve Völkel, 2009, 207-208; Junker ve Benecke, 2003, 141; Krause, 1991, 51-52.

⁴⁶⁷ Backu, 2001, F. (2001) Softwareerstellung und Dokumentation. *ITRB*, s. 249; Junker ve Benecke, 2003, 140-141; Redeker, 2007, Rn. 312; Krause, 1991, 52.

⁴⁶⁸ Endler, M. (1995). Rechtsprechungsübersicht zu Dokumentationsmaengeln. *CR*, s. 7.

Devredilecek kullanıcı dokümanlarının kapsamı ve içeriği konusunda herhangi belirleme yapılmamışsa, bu dokümanlarda asgari olarak bilgisayar programının yüklenmesi ve fonksiyonları ile ilgili talimatlar, listelenmiş ve açıklanmış olması gerekmektedir. Dokümanlar gerektiği kadar açık, eksiksiz ve anlaşılır olmalıdır⁴⁶⁹. Dokümanların içeriği ve kapsamı ile bilgisayar programının yazılımı arasında sıkı bir bağlantı vardır. Bilgisayar programının kullanımı kolay olursa, dokümanların içeriğinde ve kapsamında olması gerekenlerin çok kapsamlı ve geniş olmasına gerek yoktur⁴⁷⁰. Teslim edilen dokümanlar, imâl edilen bilgisayar programının kullanılabilmesine hatasız ve eksiksiz hizmet etmelidirler⁴⁷¹. Bundan dolayı dokümanlar hazırlanırken, bilgisayar programını kullanacak olanların öngörülebilir amaçları da dikkate alınmalıdır⁴⁷².

Program dokümanları; şartnameyi, sistem tanımını, modül tanımını, akış diyagramını, bakım dokümanlarını, kaynak kod ve nesnel kod dokümanlarını içeren dokümanlardır⁴⁷³. Bilgisayar programının amaca uygun kullanılabilmesi için kullanıcı dokümanları genelde yeterlidir. Bu sebeple, imâl edenin program dokümanlarını devretme yükümlülüğünün olup olmadığı somut olaya göre belirlenir⁴⁷⁴. Özellikle bilgisayar programının işletilebilmesi ve olağan kullanımı için program dokümanlarına gerek yoktur⁴⁷⁵. Program dokümanlarının devredilmesinin gerekip gerekmediğinin tespiti yapılırken, iş sahibinin söz konusu bilgisayar programını kullanabilmesi için program dokümanlarına ne kadar ihtiyaç duyduğu önemlidir. İş sahibinin, bu dokümanlara ihtiyacı varsa ve bilgisayar programının kullanımı bu dokümanlara bağlı ise program dokümanlarının devredilmesi gerekmektedir⁴⁷⁶. Özellikle imâl edenin, bilgisayar programının kurulumu, bakımı ve eğitim konuları ile ilgili yükümlülükleri ne kadar az ise o oranda program dokümanlarını devretme yükümlülüğü altındadır⁴⁷⁷.

Doküman teslim etmek yerine online yardım yapılması konusunda taahhütte bulunulması halinde, online yardımların dokümanların yerini tutamayacağından, bu

⁴⁶⁹ Brandt, CR 1998,571; Thewalt, 2004,194.

⁴⁷⁰ Endler, 1995, 10-11; Thewalt, 2004,194.

⁴⁷¹ Redeker, 2007, Rn. 312; Backu, 2001, 250; Junker ve Benecke, 2003, 142.

⁴⁷² Thewalt, 2004,194.

⁴⁷³ Junker ve Benecke, 2003, 141; Endler, 1995, 7.

⁴⁷⁴ Thewalt, 2004,189

⁴⁷⁵ Moritz ve Tybusseck, 1992, 223-224; BGH. v. 30.01.1986 – I ZR 242/83, NJW, 1987, 1259.

⁴⁷⁶ Thewalt, 2004,189; Junker ve Benecke, 2003, 141.

⁴⁷⁷ Thewalt, 2004,189-190.

durumda doküman teslim edilmiş kabul edilmez⁴⁷⁸. Çünkü online yardımda o an için bilgisayar programının fonksiyonunu yerine getirmesini sağlayan kısa ve öz talimatlar yer alır⁴⁷⁹. Buna karşın bilgisayar programının kullanımında iş sahibinin daha geniş bilgilere ihtiyacı vardır. Online yardım programın tamamını ve içeriğini belirlemeye hizmet etmez ve bu konuda yeterli değildir. Özellikle bağlantı koptuğu durumlarda iş sahibi tamamen yardımsız kalır. Bu sebeple sadece online yardım yeterli değildir⁴⁸⁰.

Dijital dokümanlar, yazılı bir metinle aynı içeriğe sahip olabileceğinden, doküman olarak kabul edilebilirler. Sadece farklı bir yolla, meselâ, CD-Rom ile devredilmektedir⁴⁸¹. Dijital dokümanların yeterli bir muhtevaya sahip olması ve yazılı bir metin olarak basılabilir olması gerekmektedir⁴⁸². Bununla birlikte, bilgisayar programının yüklenmesi ve başlatılması için gerekli olan önemli adımlarının yazılı bir şekilde hazırlanması gerekmektedir⁴⁸³.

Devredilen dokümanlar tamamen yanlış, anlaşılmaz, eksik veya karmaşık ve bu sebeple ihtiyacı karşılamaktan uzaksa imâl edene karşı sözleşmeye aykırılık hükümlerine başvurulabilir. Özellikle bu dokümanlardaki eksiklik sebebiyle bilgisayar programı kullanılamıyorsa ifa hiç yapılmamış gibi değerlendirilmelidir⁴⁸⁴. Ancak dokümanlardaki eksiklikler bilgisayar programının sözleşmeye uygun kullanılmasını zorlaştırıyor ve engelliyorsa ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanması daha yerinde olur⁴⁸⁵.

6502 sayılı TKHK.'nın 55. maddesinde dokümanların devri ile ilgili bir hüküm yer almaktadır. Bu hükmeye göre; *“Tüketicinin kullanımına sunulan malların tanıtım, kullanım, kurulum, bakım ve basit onarımına ilişkin Türkçe tanıtma ve kullanma kılavuzuyla, gerektiğinde uluslararası sembol ve işaretleri kapsayan etiketle satışa sunulması zorunludur.”* 4077 sayılı TKHK.'nin 14. maddesinde kullanım kılavuzu zorunluluğu sanayi malları için getirilmişken, yürürlükte bulunan yeni düzenleme tüketiciye sunulan mallar bakımından bir ayırım yapmamıştır.

⁴⁷⁸ Beckmann, H. (1998). EDV-Anwenderdokumentationen. CR, s.521; Redeker, 2007, Rn. 313; Junker ve Benecke, 2003, 143.

⁴⁷⁹ Krause, 1991, 52.

⁴⁸⁰ Thewalt, 2004,196.

⁴⁸¹ Ulmer, D. (2001). Elektronischer Ersatz für Handbücher. ITRB, s. 65; Thewalt, 2004,196.

⁴⁸² Backu, 2001, 249; Beckmann, 1998, 521; Junker ve Benecke, 2003, 143; Redeker, 2007, Rn. 314.

⁴⁸³ Redeker, 2007, Rn. 313; Thewalt, 2004,197.

⁴⁸⁴ Gennen ve Völkel, 2009, 208; Yıldırım, 1999, 151; Thewalt, 2004,194.

⁴⁸⁵ Yıldırım, 1999, 151.

Tanıtma ve Kullanma Kılavuzu Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in 5. maddesinde tanıtma ve kullanım kılavuzu verilmesi zorunlu olmayan mallar belirtilmiştir. Söz konusu maddede sayılanlar arasında bilgisayar programını içine alan bir mal grubu da belirtilmemiştir. Bununla birlikte, bu hükümde tanıtma ve kullanma kılavuzunun CD veya disket gibi elektronik ortamda da hazırlanabileceği belirtilmektedir.

Sonuç olarak, yukarıda açıklanan bilgiler çerçevesinde bilgisayar programı imâl eden, imâl edilen bilgisayar programını devrederken iş sahibinin bilgisayar programını kullanabilmesi için gerekli olan kullanıcı dokümanlarını ve gerekli ise program dokümanını devretmesi gerekmektedir.

4.4.2.6. İmâl Edenin Özen Ve Sadakat Yükümlülüğü

Eser sözleşmesinde yüklenicinin özen borcunu düzenleyen TBK.'nın 471. maddesinin I. fıkrasına göre; *“Yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır.”* Yüklenicinin özen borcunun kapsamı belirleyen II. fıkraya göre ise *“Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır.”* Söz konusu hükümden de anlaşılacağı üzere, yüklenici eseri meydana getirirken, benzer alandaki işleri üstlenen bir yüklenicinin göstermesi gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranmalıdır⁴⁸⁶.

Yüklenici, benzer işleri üstlenen bir yüklenicinin göstermesi beklenen her türlü özeni göstermek zorundadır. Bu özene objektif özen adı verilmektedir⁴⁸⁷.

Yüklenici, eseri meydana getirirken, eserin meydana getirildiği tarihteki bilinen teknik kurallara uymak zorundadır⁴⁸⁸. Bilimde teorik olarak doğruluğu kabul edilmiş ve ilgili uzmanların çoğunluğu tarafından uygulanabilir olan kurallar, bilinen teknik kurallardır. Pratik tecrübelerden doğmuş, ilgili uzman çevrelerce doğruluğu

⁴⁸⁶ OR/Huber/Schwendener, Art. 364, N. 2; Gümüş, 2014, 43; Aral ve Ayrancı, 2014, 355; Büyükcay, 2014, 142-148; Yavuz, 2014, 971-974; Eren, 2014a, 618.

⁴⁸⁷ Gökyayla, E. (2002). Eser Sözleşmesinde Müteaddidin Sadakat ve Özen Borcu. *Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan*, C. I, İstanbul, s. 786; Eren, 2001, 74; Eren, 2014a, 619; Gauch, 2011, Rn. 840-841; Gökyayla, 2009, 173; Yavuz, 2014, 973; Aral ve Ayrancı, 2014, 355; Baygın, 1999, 25; Büyükcay, 2014, 148; Karadaş, 2013, 127; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 510. Ayrıca özen yükümlülüğünün objektif ve sübjektif niteliği hakkında yarınatılı bilgi için bkz. Başpınar, 2004, 154 vd.

⁴⁸⁸ Gauch, 2011, Rn. 842; Kurt, 65; Aral ve Ayrancı, 2014, 355; Büyükcay, 2014, 148; Gökyayla, 2009, 173; Eren, 2014a, 619.

kabul edilmiş ve başarıyla uygulanmış kurallar, bilime uygun olmasalar da, bilinen teknik kurallar olarak kabul edilmektedir⁴⁸⁹. Buna karşılık, bilime uygun olsalar dahi uygulamada başarı ile uygulanmamış kurallar bilinen teknik kurallar olarak kabul edilmezler⁴⁹⁰.

Eser sözleşmesinde yüklenicinin sadakat borcu TBK.'nın 471. maddesinin I. fıkrasında açıkça düzenlenmiştir. Sadakat borcu yüklenicinin, iş sahibinin yararına olan şeyleri yapması ve zararına olan her türlü davranıştan da kaçınması olarak kabul edilmektedir⁴⁹¹. Yüklenicinin özen borcu, iş sahibine karşı olan sadakat borcunun bir sonucudur⁴⁹². Yüklenici sadakat borcu çerçevesinde eserin imâl edilmesi sürecinde öğrendiği iş sahibine ait işletme sırlarını, imâlat sırlarını ve yeni fikirleri başkalarına açıklamamak ve saklı tutmak yükümlülüğü altındadır⁴⁹³.

Yüklenicinin özen yükümlülüğü TBK.'nın 472. maddesinin I. ve II. fıkralarında somut olarak düzenlenmiştir⁴⁹⁴. TBK.'nın 472. maddesinin I. fıkrasına göre, yüklenici malzemeleri iş sahibi sağlanmışsa, onları gerekli özeni göstererek kullanılmalıdır. TBK.'nın 472. maddesinin II. fıkrasına göre ise iş sahibi tarafından sağlanan malzemelerin ayıplı olması veya eserin meydana getirilmesi için

⁴⁸⁹ Eren, 2014a, 619; Tandoğan, 2010, 55; Büyükcay, 2014, 148; Gauch, 2011, Rn. 846; Aral ve Ayrancı, 2014, 355.

⁴⁹⁰ Büyükcay, 2014, 148; Tandoğan, 2010, 55; Gauch, 2011, Rn. 846; Aral ve Ayrancı, 2014, 355; Eren, 2014a, 619-620.

⁴⁹¹ Gökyayla, 2002, 790; Gökyayla, 2009, 168; Karadaş, 2013, 122; Büyükcay, 2014, 144; Tandoğan, C. II, 49; Gauch, 2011, Rn. 820; Aral ve Ayrancı, 2014, 356.

⁴⁹² Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 508; Gökyayla, 2002, 787; Tandoğan, 2010, 49; Aral ve Ayrancı, 2014, 356; Karadaş, 2013, 122; Y. 15. HD., 25.01.1999 T., 1998/4289 E., 1999/115 K., "Sözleşmede yer verilme dahi işin imar mevzuatına, fen ve teknik kurallara uygun yapılması zorunludur. Bu husus kamu düzeninden olup mahkemece de doğrudan gözetilecek hususlardandır. Somut olayda işin anılan kurallara uygun yapılmadığı, Merciiince verilen durdurma kararı ve çeşitli aşamalarda alınan fenni bilirkişi görüşleriyle sabit ve mahkemenin de kabulündedir. Sözleşme hükümlerine uyulması ise hukukda temel ilke olan "ahde vefa" kuralı gereğidir. Eser sözleşmesinde yüklenici, üstlendiği işi kendisine duyulan güvene uygun olarak sadakat ve özenle yapmak, iş sahibine zarar verecek her türlü davranıştan kaçınmak zorundadır. Özen borcu sadakat borcunun bir sonucudur. Yüklenici, sözleşmeye uygun olmayan proje ve bu projeye aykırı iş yapmakla sadakat ve özen borcunu ağır biçimde ihmal etmek, davacıda varolan güveni kökünden sarsmakla kusurlu olduğu gibi, kamu düzenine ilişkin imar kurallarına uymamakla da başka bir neden aranmaksızın kusurludur. Sadece bu nedenle dahi iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkının varlığı ortadadır. Dairemizin süregelen uygulaması da bu doğrultudadır. İşin devamı süresinde yapılan uyarılara kayıtsız kalan yüklenicinin kasıtlı bu tutumu karşısında, davacının sözleşmeden dönme hakkının varlığının duraksamaya yer olmaksızın kabulü gerekir.", Kazancı Bilişim Otomasyon.

⁴⁹³ Baygın, 1999, 25-26; Eren, 2014a, 622; Gümüş, 2014, 46; Gökyayla, 2002, 787; Eren, 2001, 77; Büyükcay, 2014, 145; Gauch, 2011, Rn. 820; Tandoğan, 2010, 50; Aral ve Ayrancı, 2014, 356; Yavuz, 2014, 971.

⁴⁹⁴ Akkurt, 2008, 39; Aral ve Ayrancı, 2014, 356; Büyükcay, 2014, 144-145; Gökyayla, 2002, 795; Eren, 2014a, 620.

gösterilen yerin ayıplı olması sebebiyle, eserin gereği gibi veya zamanında yerine getirilmesi tehlikeye düşerse, yüklenici, bu durumu derhal iş sahibine bildirmelidir.

Kanunda somut olarak düzenlenmiş özen yükümlülüklerini yanında, yüklenicinin sadakat borcundan kaynaklanan bir kısım başka özen yükümlülükleri vardır. Bu çerçevede yüklenici, eseri meydana getirirken kendisinin veya yardımcılarının bu işi yapmada gerekli mesleki bilgiye ve uzmanlığa sahip olup olmadığını değerlendirmelidir. Bu iş için yeterli maddî gücünün olup olmadığını iyi tespit etmelidir. Kendisini yetersiz görürse sözleşme yapmaktan kaçınmalıdır⁴⁹⁵. Yine özen yükümlülüğü çerçevesinde yüklenici eserin kullanılması ile ilgili ve iş sahibinin talimatları ile ilgili aydınlatıcı bilgiler vermek zorundadır⁴⁹⁶. Bununla birlikte, yüklenici eserin meydan getirilmesi sebebiyle iş sahibinin şahıs ve malvarlığının zarar görmemesi için gereken özeni göstermek zorundadır⁴⁹⁷.

Bilgisayar programı imâl sözleşmesinin özelliği sebebiyle tarafların zaman zaman birlikte çalışmaları gerekmektedir⁴⁹⁸. Bu çerçevede taraflar arasında bir güven ve sadakat bağı oluşmaktadır. Bilgisayar programı imâl sözleşmesinde konunun uzmanı konumunda olan imâl edenin sadakat ve özen borcu bulunmaktadır. Çünkü, imâl eden bilgisayar programı alanında uzman olan kişidir. İmâl eden, iş sahibini ihtiyacı olan bilgisayar programının nasıl olması gerektiği ve ihtiyaçları için mümkün olan en iyi çözüm yollarının hangisinin olacağı konusunda bilgilendirmelidir⁴⁹⁹. Bu husus sadakat ve özen borcunun bir gereğidir.

İmâl eden, bilgisayar programı imâl sürecinde iş sahibinin ihtiyaçlarına uygun bir bilgisayar programı imâl edeceğinden, bu süreçte, iş sahibinin gizli bilgi ve verilerini elde etmiş olabilir. Yine bu çerçevede iş sahibinin tesislerini ve bilgi işlem alanını kullanmış olabilir. Bu sebeple imâl eden, öğrendiği ve gizli kalması gereken iş sahibi ile ilgili bilgilerin korunması için gerekli özeni göstermek zorundadır⁵⁰⁰.

İş sahibinin işletme organizasyonundan veya tesislerinden dolayı ya da iş sahibinin işletmesi ile ilgili verdiği bilgilerden dolayı bilgisayar programının ayıplı imâl edilmesi söz konusu olabilir. İmâl eden bu durumu iş sahibine ihbar etmesi

⁴⁹⁵ Gökyayla, 2002, 791; Tandoğan, 2010, 56; Aral ve Ayrancı, 2014, 356; Karadaş, 2013, 124; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 511; Gauch, 2011, Rn. 835.

⁴⁹⁶ Gauch, 2011, Rn. 836; Gümüş, 2014, 46; Eren, 2001, 76; Aral ve Ayrancı, 2014, 356; Kurt, 65.

⁴⁹⁷ Eren, 2014a, 622; Gauch, 2011, Rn. 838; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 512; Aral ve Ayrancı, 2014, 356; Eren, 2001, 76; Kurt, 64.

⁴⁹⁸ I. Bölüm, §3, III, B.

⁴⁹⁹ Slongo, 1991, 68; Yıldırım, 1999, 153-154.

⁵⁰⁰ Dreier, 2008, 184; Hoeren, 2007, 186; Slongo, 1991, 73; Redeker, 2007, Rn. 406.

gerekmektedir. İş sahibinin kendisinden kaynaklanan bir sebeple, meselâ, imâl edilen bilgisayar programı için yeterli kapasite bulunmamasından veya iş sahibinin donanımı imâl edilen bilgisayar programı için uygun olmamasından dolayı ifa imkânsız olabilir. Bilgi işlem biliminin o an ki seviyesinden kaynaklı bir imkânsızlık da söz konusu olabilir. Bu gibi durumlarda imâl eden tarafından, imâl sürecinde bilgisayar programının gerçekleştirilebilir olmadığının iş sahibinin bildirilmesi gerekmektedir⁵⁰¹. Bu kapsamda bir Alman ilk derece mahkemesi kararına göre; *“sipariş üzerine hazırlanan bir programın, fonksiyonlarını tamamıyla yerine getirebilmesinin müşterinin donanımının eksikliği veya bilgisayarını değiştirmesi gerekliliği, müşteriye açıklanmalı, hangi özelliklere sahip bir konfigürasyonun olması gerektiği konusunda aydınlatılmalıdır”*⁵⁰².

Bilgisayar programı imâl sürecinde, iş sahibinin ihtiyaç ve isteklerine göre bir bilgisayar programı imâl edilmektedir. Bu çerçevede, iş sahibinin istek ve ihtiyaçları sadece kendisi tarafından bilinebilir. İmâl eden ise bilgi işlem alanında uzman bir kişidir. Bu sebeple bilgisayar programı imâl sözleşmesinde kendi alanında bilgi sahibi olan iki taraf bir araya gelmektedir. Sözleşmenin her iki tarafı da imâl sürecinde gerekli denetim ve incelemeyi yapabilmeleri için, gerekli olan dokümanları, talimatları, bilgileri birbirlerine sağlamalıdır. Elde edilen ara sonuçları kendi özel alanları çerçevesinde değerlendirmelidirler. Bundan dolayı sorumlulukların paylaşılması gerekmektedir⁵⁰³. İmâl edenin, iş sahibinin işletmesi ile ilgili zorunluluklar hakkında yeterince bilgi edinmiş olması halinde, ihmali bir davranışı ile bir zarar vermiş olsa dahi sorumlu olacağı kabul edilmektedir. Ancak imâl eden, gerekli çabayı göstermiş olmasına rağmen yeterli bilgi edinememişse sorumlu olmayacağı kabul edilmektedir⁵⁰⁴.

4.4.3. İş Sahibinin Yükümlülükleri

4.4.3.1. Ücret Ödeme Yükümlülüğü

Bilgisayar programı imâl sözleşmesinde, iş sahibi, şartnamede belirtilen kendi istek ve ihtiyaçlarına göre imâl edilen bilgisayar programı karşılığında bir

⁵⁰¹ Yıldırım, 1999, 154; Slongo, 1991, 74.

⁵⁰² LG Celle 26.2.1986- 6 U 154/84, CR, 1988, 303; Yıldırım, 1999, 154.

⁵⁰³ Slongo, 1991, 74.

⁵⁰⁴ Slongo, 1991, 75.

ücret ödemesi gerekmektedir⁵⁰⁵. Taraflar ödenecek ücretin miktarını açıkça kararlaştırabilecekleri gibi, ücret ödenmesi konusunda anlaşıp ancak ücretin miktarını açıkça belirlememiş olabilirler. Bu durumda TBK.'nın 481. maddesine göre ödenecek ücret, imâl edilen bilgisayar programının imâl edildiği yer ve zamandaki değerine göre ve imâl edenin giderlerine göre belirlenmelidir. Taraflar ücretin ne zaman ödeneceğini kararlaştırılmamış ise imâl edenin ücret alacağı TBK.'nın 479. maddesinin I. fıkrasına göre bilgisayar programının teslim edildiği anda muaccel olur⁵⁰⁶.

Taraflar bilgisayar programı imâl sözleşmesinde, kısmi ödeme kararlaştırabilirler⁵⁰⁷. Bilgisayar programı imâli aşama aşama gerçekleştirildiği için, imâl sürecinin ilerlemesine göre bir ücret kararlaştırılabilmektedir⁵⁰⁸.

4.4.3.2. İşbirliği Yapma Yükümlülüğü

İş sahibinin işbirliği yapmasından kasıt, eserin imâl edilebilmesi için iş sahibi tarafından yapılması gereken faaliyetlerdir. Birçok eser sözleşmesinde iş sahibinin işbirliği yapması gerektiğinden, pratikte iş sahibinin yapması gereken işbirliği faaliyetleri büyük önem arz etmektedir. İş sahibinin iş birliği yapması, eserin imâline başlamadan önce hazırlık aşamasında gerekli olabileceği gibi, eserin imâl sürecinde de gerekli olabilir. İş sahibinin yapması gereken işbirliği faaliyeti farklı şekillerde ortaya çıkmaktadır. İmâl edilecek eserin özellikleri ayrıntılı ve somut olarak belirtmek, tamir edilecek eşyayı teslim etmek, evinde yenilikler yapılacaksa evini açmak, inşaat iznini almak, ulaşım veya mecra için gerekli olan kullanım haklarını sağlamak, plan, malzeme ve gerekli enerjiyi sağlamak gibi faaliyetler iş sahibinin yapması gereken işbirliği faaliyetlerine örnek olarak gösterilmektedir⁵⁰⁹.

Eser sözleşmesinde iş sahibinin işbirliği yapması Alman Medenî Kanunu'nda (BGB § 642) açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen, İsviçre Borçlar Kanunu'nda ve Türk Borçlar Kanunu'nda bu konuda açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

⁵⁰⁵ Koch, 2009, 502; Gennen ve Völkel, 2009, 209; Malzer, 1991, 285; Hoeren, 2007, 184; Krause, 1991, 76; Kronberger, 1992, 147; Redeker, 2007, Rn. 381.

⁵⁰⁶ Bilgisayar programının teslim edilmiş olması ile ilgili bkz., II. Bölüm, §11, II, B.

⁵⁰⁷ Thewalt, 2004,198; Slongo, 1991, 94; Kronberger, 1992, 147; Redeker, 2007, Rn. 381.

⁵⁰⁸ Koch, 2009, 503; Slongo, 1991, 94; Kronberger, 1992, 147.

⁵⁰⁹ Sprau, 2011, § 642, Rn. 1; Peters ve Jacoby, 2008, § 642, Rn. 1; Busche, 2009, §642, Rn. 1; Schwenker, 2011, § 642, Rn. 1; Gauch, 2011, Rn. 1330 vd.

İş sahibinin bu işbirliğini yapması hâkim görüşe göre, bir külfet olarak değerlendirilmektedir. Çünkü iş sahibinin işbirliği yapmaması halinde alacaklının temerrüdü hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir⁵¹⁰. İş sahibinin işbirliği yapması bir ifa olarak değerlendirilmemektedir. Sadece iş sahibinin menfaati ile ilgili olduğu, iş sahibinin işbirliği yapıp yapmamakta özgür olduğu ileri sürülmektedir. Bu sebeple de, imâl edenin bir dava ile veya icra yoluyla zorla yerine getiremeyeceği kabul edilmektedir⁵¹¹.

Alaman Medenî Kanunu'nun § 642/I. hükmüne göre eser sözleşmesinde iş sahibi eserin imâli için gerekli olan işbirliğini yapmadığında imâl eden uygun bir tazminat talep edebilmektedir. Aynı yönde Avusturya Medenî Kanunu'nun § 1168. hükmünde de düzenleme bulunmaktadır. Bu hükme göre, eser iş sahibinden kaynaklı bir nedenle meydana getirilmezse, imâl eden ücretini yine de talep edebilir. Yine bu hükem göre, iş sahibi yapması gereken işbirliğini yapmaması nedeniyle eser meydana getirilemiyorsa, imâl eden ona uygun bir süre verir. Ancak iş sahibi bu sürede de gereken işbirliğini yapmazsa imâl eden sözleşmeyi fesh edebilir. Ancak İsviçre Borçlar Kanunu'nda ve Türk Borçlar Kanunu'nda bunun gibi iş sahibin eserin imâlinde işbirliği yapmasına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır⁵¹².

İsviçre Hukuku'nda; eserin imâli için götürü bir ücret belirlendiğinde, alacaklı konumunda olan iş sahibinin eseri kabul etmede gecikmesi sebebiyle, fazla bir masraf ortaya çıkarsa imâl eden söz konusu fazla masrafı talep edebileceği kabul edilmektedir⁵¹³. Buna göre; imâl eden götürü ücret belirlenmesi halinde, sipariş değişikliği yapılırsa nasıl ki, ortaya çıkan masraflar talep edilebiliyorsa, iş sahibinden kaynaklanan bir sebeple ortaya çıkan fazla masrafları da talep edebilmelidir. Ancak bu bir zararın giderilmesi değildir. Aslında, İsviçre Hukuku'nda eser sözleşmesinde götürü ücret belirlendiğinde, iş sahibi olan alacaklının temerrüdü halinde imâl edenin fazla masrafları isteyeceğine dair bir hüküm yoktur. Sözleşmenin içeriğinden veya yorumlanmasından da böyle bir sonuca ulaşılamıyorsa, söz konusu kanun boşluğunun imâl eden lehine doldurulması gerektiği ve iş sahibi alacaklının temerrüdüne düştüğünde, imâl edenin fazla ücreti

⁵¹⁰ Gauch, 2011, Rn. 1328; Schwenker, 2011, § 642, Rn. 4; Peters ve Jacoby, 2008, § 642, Rn. 17; Sprau, 2011, § 642, Rn. 2; Busche, 2009, § 642, Rn. 4; Aday, 2000, 197.

⁵¹¹ Sprau, 2011, § 642, Rn. 3; Busche, 2009, § 642, Rn. 2.

⁵¹² Gauch Rn. 1336.

⁵¹³ Thewalt, 2004,202; Gauch, 2011, Rn. 1337.

isteyebileceği kabul edilmektedir⁵¹⁴. Bu fazla ücret bir tazminat niteliğinde değildir. İş sahibinin işbirliği yapmayı ihmal etmesi veya geciktirmesi halinde eserin imâli için ortaya çıkan engeller sebebiyle, imâl eden, yaptığı fazla masraflarla ilgili olarak bir ücret talep edebilmelidir. İş sahibinin işbirliği yapması bir yükümlülük olmayıp, külfet olduğu için bu bir tazminat değildir. Ancak taraflar iş sahibinin işbirliği yapmasını bir yükümlülük olduğunu kararlaştırmış olabilecekleri gibi, iş sahibini işbirliği yapmadığı zaman ortaya çıkan zararı tazmin edeceğini de kararlaştırabilirler⁵¹⁵.

İş sahibinin yaptığı işbirliğinin ayıplı olması sebebiyle imâl eden bir zarar uğramışsa, imâl edenin bu sebeple ortaya çıkan zararları tazmin edilmelidir. Bu zararın tazmini konusunda iş sahibinin işbirliği yapıp yapmaması veya geç yapması önemli değildir. İş sahibinin yaptığı işbirliğinden dolayı, meselâ ayıplı malzeme sağlaması sebebiyle, bir zarar ortaya çıkmış ise zararın tazmini için işbirliği yapmanın gerçek bir yükümlülük olup olmadığının da bir önemi yoktur. Bu durumda bir sözleşmeye aykırılık söz konusu olmaktadır⁵¹⁶.

İmâl eden, iş sahibinin gerekli olan işbirliğini yapmaması durumunda veya geciktirmesi halinde, ek süre veya fazla ücret talep edebilir. Ancak bazı durumlarda sözleşmeden dönmesi kendisi için daha yararlı olabilir. İmâl eden, TBK.'nın 110. (OR. md. 95) maddesine göre sözleşmeden dönebilir. Bu hükme göre; *“Borcun konusu bir şeyin teslimini gerektirmiyorsa, alacaklının temerrüdü halinde borçlu, borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere göre sözleşmeden dönebilir.”* Bu durumda, eserin imâline başlanmış ise, imâl eden o ana kadar yaptığı işin ücretini ve bu değere girmeyen giderlerini isteyebilir (TBK. md. 485/OR. md. 378). Buna karşılık iş sahibi de, eserin o ana kadarki imâl edilmiş kısmını talep etme hakkına sahiptir⁵¹⁷.

Eser sözleşmesi, başka bir sebeple sona ermesi hallerinde TBK.'nın 110. maddesinin uygulanmasına gerek yoktur. Bu çerçevede özellikle TBK.'nın 484. ve 485.(OR. md. 377/378) maddeleri üzerinde durmak gerekmektedir. TBK.'nın 484. maddesine göre; iş sahibi, eser sözleşmesini, eserin o ana kadar yapılmış kısmının karşılığını ödeyerek ve imâl edenin bütün zararlarını tazmin etmek şartıyla sözleşmeyi her zaman feshedebilir. İş sahibinin eserin imâli için gerekli

⁵¹⁴ Gauch, 2011, Rn. 1337.

⁵¹⁵ Gauch, 2011, Rn. 1340.

⁵¹⁶ Gauch, 2011, Rn. 1341.

⁵¹⁷ Gauch, 2011, Rn. 1342.

olan işbirliğini yapmaktan kesin olarak kaçınması, zımni olarak sözleşmeyi TBK. 484. maddesi çerçevesinde sona erdirdiği anlamına gelebilir. Ancak iş sahibinin yapması gereken işbirliği eserin imâli için basit bir katkı ise ya da önemsiz ise, bu işbirliğini yapmaktan kaçınması halinde TBK.'nun 484. maddesi gereğince sözleşmeyi feshettiği sonucu çıkarılmamalıdır. İş sahibinin işbirliği yapmaması halinde eserin imâli imkânsız hale geliyor ise bu durumda da TBK.'nun 485. maddesinde düzenlenen "*iş sahibi yüzünden ifanın imkânsızlaşması*" kapsamında bir değerlendirme yapılmalıdır⁵¹⁸.

İş sahibinin eser sözleşmesinde işbirliği yapması genel anlamda, bir külfet olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte, tarafların sözleşmede iş sahibinin işbirliği yapmasını bir yükümlülük olarak kararlaştırabileceği kabul edilmektedir. Bu durumda da gerekli olan işbirliği yapılmadığında dava açılabilmesi ve tazminat talep edilebileceği kabul edilmektedir⁵¹⁹.

Eser sözleşmesinde tarafların işbirliği yapılmasını bir yükümlülük olarak kabul edip etmediklerinin tespitinde, sözleşmenin yorumlanması sorunu ile karşılaşılacaktır. Bu durumda tarafların menfaat durumları dikkate alınarak bir sonuca ulaşılmalıdır⁵²⁰. Özellikle eserin imâlinin uzun süreceği eser sözleşmelerinde, sözleşmenin başından itibaren, eserin imâlinde, imâl edenin kendine özgü bir menfaatinin olduğu, iş sahibi tarafından öngörülebilir bir durumdur. Bu gibi hallerde, iş sahibinin işbirliği yapmasının külfet olarak değerlendirilmemesi gerektiği ve bir yükümlülük olarak değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bununla birlikte, tarafların karşılık anlaşılarak eser sözleşmesinde iş sahibinin istediği zaman sözleşmeyi feshetme yetkisini ortadan kaldırılması halinde de, işbirliği yapmanın külfetten öte yükümlülük olarak değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Ancak yine de, eser sözleşmelerinde bütün yorum araçlarından ve kurallarından faydalanmadan, sadece emir cümlelerinin bulunması halinde, en baştan iş sahibinin işbirliği yapmasını yükümlülük olarak değerlendirmek doğru kabul edilmemektedir⁵²¹. Bir

⁵¹⁸ Gauch, 2011, Rn. 1343.

⁵¹⁹ Nicklisch, F. (1979). Mitwirkungspflichten des Bestellers beim Werksvertrag, insbesondere beim Bau- und Industrieanlagenvertrag. *BB*, s. 533; Busche, 2009, §642, Rn. 21.

⁵²⁰ Aday, 2000, 150-151; Nicklisch, 1979, 540; Peters ve Jacoby, 2008, § 642, Rn. 31; Busche, 2009, §642, Rn. 22.

⁵²¹ Nicklisch, 1979, 540-542; Thewalt, 2004, 213; Gauch, 2011, Rn. 1345.

görüŖe göre⁵²²; sözleşmede kararlaŖtırılan iŖ sahibinin yapması gereken iŖbirlięi, söz konusu eser sözleşmesi için tipik bir katkı ise, bunun külfet olarak değerlendirilmelidir. Ancak kararlaŖtırılan iŖbirlięi, söz konusu eser sözleşmesi bağlamında değerlendirildiğinde atipik ise, yükümlölük olarak değerlendirilmelidir. Bu sebeple, sözleşmede kararlaŖtırılan iŖbirlięi faaliyetlerinin tamamı için aynı sonuca ulaŖılmamalıdır. Yukarıda da belirtildiği üzere, kararlaŖtırılan bu iŖbirlięi faaliyetlerinden bazıları külfet olabileceği gibi yükümlölük niteliğinde de olabilir.

İŖ sahibinin yapması gereken iŖbirlięini ihlal etmesi halinde, sözleşmeden beklenen amacın gerçekteŖmesi tehlikeye düŖecek ise, iŖ sahibinin iŖbirlięi yapması yükümlölük olarak kabul edilebilir⁵²³. Eser sözleşmesinde imâl eden aısından sözleşmenin asıl amacı ücrettir. İŖ sahibinin iŖbirlięi yapmaması halinde, eserin imâli tehlikeye gireceğinden ve bu sebeple imâl edenin ücret alacağı da tehlikeye girmektedir. İŖ sahibinin iŖbirlięi yapması, bu gibi durumlarda külfet değil, yükümlölük olarak nitelendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁵²⁴.

Bilgisayar programı imâl sözleşmesinde, bilgisayar programının her aŖamasında iŖ sahibinin yoğun bir iŖbirlięi yapması gerekmektedir⁵²⁵. Sözleşmede, imâl eden, imâl edilecek bilgisayar programının analizini de üstlenmiŖ ise iŖ sahibinin isteklerini ve ihtiyaçlarını da tespit etmesi gerekmektedir. Bu ise imâl edenin, özellikle iŖ sahibinin iŖletmesinin yapısı hakkında ve bilgisayar programını kullanacağı alanla ilgili geniŖ bir bilgi sahibi olmasına bağlıdır. Yine bu çerçevede, imâl eden, bilgisayar programının yerleŖtirileceęi donanım hakkında bilgi sahibi olmalıdır. Söz konusu donanımda önceden var olan ve imâl edilen programla bağlantılı olacak bilgisayar programları hakkında da bilgi sahibi olması gerekmektedir. Bu sebeple imâl edenin, bilgisayar programının imâl aŖamalarında iŖ sahibinin iŖbirlięine ihtiyaçı vardır⁵²⁶.

⁵²² Werz, Delay in; Construction Contracts, Diss. Freiburg, 1994/AISUF bd. 138, s. 273, (Gauch Rn. 1345'den atfen)

⁵²³ Sprau, 2011, §642, Rn. 3; Thewalt, 2004, 214.

⁵²⁴ Thewalt, 2004, 218-219.

⁵²⁵ Koch, 2009, 509-510; Thewalt, 2004, 198; Kath, 2006, 122-123; Hoeren, 2007, 185; Gennen ve Völkel, 2009, 209; Dreier, 2008, 176; Rehmann, 1989, 961; Fritzsche, 1995, 501; Busche, 2009, §642, Rn. 10.

⁵²⁶ Thewalt, 2004, 198-199; Hoeren, 2007, 185; Dreier, 2008, 176; Fritzsche, 1995, 501; Koch, 2009, 510; Rehmann, 1989, 961.

İmâl eden, bilgisayar programı imâli işini belirli bir yerde yapması gerekiyorsa, iş sahibi imâl edene gerekli çalışma ortamını ve yerini sağlamalıdır. İş sahibi gerektiğinde gerekli yardımcı personeli sağlamalıdır⁵²⁷.

Bilgisayar programı imâl sözleşmesinde iş sahibinin işbirliği yapmasını bir yükümlülük olarak kabul eden görüşe göre; iş sahibinin işbirliği yapmasına ilişkin olan Alman Medenî Kanunu'nun § 642. hükmü bilgisayar programı imâl sözleşmesine uygun değildir. Çünkü bu hükme göre eserin tamamlanmasında imâl edenin özel bir menfaati yoktur. Ancak bilgisayar programı imâl sözleşmesinde, imâl edenin bilgisayar programının imâlinde özel menfaatleri vardır. Çünkü bilgisayar programı imâl sözleşmesinde, özellikle imâl edenin Know-How'dan kaynaklı menfaatleri olabileceği gibi, teknik anlamda yeni alanlar oluşabilmektedir⁵²⁸. Bilgisayar programı imâl sözleşmesinde, standart bir eser sözleşmesinden farklı olarak eserin imâl edilebilmesi için, iş sahibinin işbirliği yapması zorunludur. Bu işbirliği normal eser sözleşmesine göre daha geniş ve kapsamlı olmalıdır⁵²⁹. Bilgisayar programı imâlinde iş sahibinin yapması gereken işbirliği Alman Medenî Kanunu'nun § 642. hükmünde düzenlenmiş olan işbirliğinden daha geniş ve kapsamlıdır. Çünkü bilgisayar programının imâli, iş sahibi ile imâl eden arasında zorunlu ve kapsamlı bir birlikte çalışma gerektirmektedir⁵³⁰. Bu çerçevede bir sözleşmede iş sahibini işbirliği yapması bir yükümlülük olarak değerlendirilmesi, söz konusu eser sözleşmesinin türü ve doğası gereği kendiliğinden ortaya çıkabileceği gibi⁵³¹, sözleşmenin yorumlanmasından da ortaya çıkabilmektedir⁵³².

Bilgisayar programı imâl sözleşmesinde taraflar standart bir eser sözleşmesinden farklı olarak birlikte ve işbirliği içerisinde çalışmaları gerekmektedir⁵³³. Özellikle siparişi veren iş sahibi, kendi problemlerini ve ihtiyaçlarını kendisi bilebileceğinden öncelikle bu konuda imâl edeni bilgilendirmesi gerekmektedir. Buna bağlı olarak özellikle imâl edilecek bilgisayar programı ile ilgili

⁵²⁷ Moritz ve Tybusseck, 1992, Rn. 974; Hoeren, 2007,185; Dreier, 2008, 176; Rehmann, 1989, 961.

⁵²⁸ Müller-Hengstenberg ve Krcmar, 2002, 555.

⁵²⁹ Müller-Foell, C. (1982). Die Mitwirkung des Bestellers beim Werkvertrag. Berlin, s. 86; Rehmann, 1989, 961.

⁵³⁰ Müller-Hengstenberg ve Krcmar, 2002, 555.

⁵³¹ Müller-Foell, 1982, 75.

⁵³² Nicklisch, 1979, 540; Rehmann, 1989, 961-962.

⁵³³ Bkz., I. Bölüm, §3, III, B, 1.

hazırlanacak şartnamenin iş sahibi tarafından hazırlanması gerekmektedir⁵³⁴. Bu çerçevede değerlendirildiğinde ve yukarıda yapılan açıklamalar ışığında bilgisayar programının imâl edilebilmesi için, iş sahibinin işbirliği yapmasına ihtiyaç vardır.

Kanaatimizce, iş sahibinin yapması gereken işbirliği kural olarak bir yükümlülük değil, külfettir. Çünkü bilgisayar programı imâl sözleşmesinde, özellikle de eser sözleşmesi bağlamında da değerlendirildiğinde, iş sahibinin işbirliği yapması bir edim yükümlülüğü değildir. İş sahibinin işbirliği yapmaması halinde bilgisayar programı imâl edilemeyecek ise imâl eden, alacaklıdan kaynaklı bir sebeple edimini ifa edemeyeceğinden alacaklının temerrüdü hükümlerine başvurabilir. Bu durumda imâl eden, TBK.'nın 110. maddesi hükümlerine başvurarak, borçlunun temerrüdü hükümleri çerçevesinde sözleşmeden dönüp menfi zararlarının tazminini isteyebilir. İş sahibinin işbirliği yapmaması sebebiyle, eserin imâl edilmesi ve tamamlanması mümkün olmuyorsa, imâl eden TBK.'nın 485. maddesi hükümlerine de başvurabilir. Buna göre, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderler ile iş sahibinin kusurunun bulunması halinde tazminat talep edebilir. Çünkü eserin imâli iş sahibinden kaynaklı bir sebeple mümkün olmamaktadır.

Bilgisayar programı imâl sözleşmesinde, Türk Borçlar Kanunu açısından iş sahibinin aslî edimi ücret ödemektir. Buna karşılık iş birliği yapması onun için bir edim yükümlülüğü değildir. İş sahibinin işbirliği yapmaması sebebiyle, eser imâl edilemediği durumlarda, imâl edenin ücret alacağının tehlikeye düşmektedir. İmâl edenin sadece ücreti alamayacağı gerekçesiyle, edim borcu olmayan bir davranışı yükümlülük olarak kabul etmek kanaatimizce doğru bulunmamaktadır. Kaldı ki, böyle bir durumda yukarıda da izah edildiği üzere, TBK.'nın 110. ve 485. maddeleri çerçevesinde, imâl eden yaptığı işin giderlerini, bu değere girmeyen giderleri ve tazminat talep edebilmektedir. Ancak taraflar sözleşme özgürlüğü çerçevesinde iş sahibini katkı sağlamasını, onun bir edimi olarak kararlaştırıp yükümlülük haline getirebilirler.

⁵³⁴ Bkz., II. Bölüm, §8, II.

5. BİLGİSAYAR PRORAMI İMÂL SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI VE SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ

5.1. BİLGİSAYAR PROGRAMI İMÂL SÖZLEŞMESİNDE AYIPTAN DOĞAN SORUMLULUK

5.1.1. Genel Olarak

Bilgisayar programı imâl sözleşmesi, eser sözleşmesi niteliği ağır basan kendine özgü yapısı olan sözleşmedir⁵³⁵. Ayıp ve ayıptan doğan sorumlulukla ilgili açıklamalar, özellikle eser sözleşmesi hükümleri çerçevesinde yapılmıştır. Bu bağlamda öncelikle eser sözleşmesi çerçevesinde ayıp kavramı üzerinde durulmuştur. Sonra bilgisayar programı imâl sözleşmesinde ayıp kavramı açıklanmıştır. Daha sonra da bilgisayar programının ayıplı sayılabileceği haller üzerinde durulmuştur. Ayıplardan sorumluluk konusunda ise, uygun düştüğü ölçüde eser sözleşmesinde ayıpla ilgili Türk Borçlar Kanunu hükümleri bağlamında açıklamalar yapılmıştır.

5.1.2. Ayıp Kavramı

5.1.2.1. Genel Olarak Ayıp Kavramı

Ayıp kavramı, satım sözleşmesinde satıcı tarafından bildirilen niteliklerin satılarda bulunmaması, nitelik ve niteliği etkileyen nicelik aykırılıklarının bulunması, satılanın kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği menfaatleri önemli ölçüde azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukukî ve ekonomik ayıplar olarak tanımlanmaktadır (TBK. md. 219) Kira sözleşmesinde kiraya verenin kiralananı sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli teslim etmeli ve sözleşme sürsince bu durumda kalmasını sağlamalıdır. Eğer bunu sağlamazsa kiraya veren ayıba karşı tekeffülden sorumlu olur (TBK. md. 301) Eser sözleşmesinde ise, iima edenin ayıba karşı tekeffülden sorumlu olabilmesi için,

⁵³⁵ Bkz. I. Bölüm, §5 ve §7.

eser iş sahibini kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı veya sözleşmeye aykırı olmalıdır (TBK. md. 475).

Eser sözleşmesinde ayıp, doktrinde, imâl edilen eserin sözleşmede kararlaştırılan niteliklere sahip olmaması veya eserin nitelikleri konusunda bir anlaşma olmasa dahi, sözleşmenin muhtevası dikkate alındığında, eserde dürüstlük kuralı gereği olması gereken niteliklerin (lüzumlu vasıfların) bulunmaması olarak tanımlanmaktadır⁵³⁶. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, eserin ayıplı olması somut eser sözleşmesinin muhtevasına bağlı olmasından dolayı nisbî bir kavramdır. Eserin ayıplı imâl edilmiş olup olmadığının tespiti için, sözleşmede belirlenen niteliklerle, eserin fiilen taşıdığı niteliklerin karşılaştırılması gerekmektedir. Bu karşılaştırma yapılırken de, iş sahibini sözleşmenin muhtevasına ve dürüstlük kuralına göre eserde bulunması gereken nitelikler açısından haklı sayılabilecek beklentileri dikkate alınmalıdır⁵³⁷. Tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları nitelikler, yer, biçim, ölçü, imâl tarzı ve renk gibi eseri somut olarak belirleyen genel nitelikler olabilir. Bunun yanında eseri daha yakından tanımlayan özel nitelikler de kararlaştırılabilir. İmâl edilen eserde bu niteliklerden birinin eksik olması, o eserin ayıplı olduğu sonucunu ortaya çıkarır. Bu nitelikler hazırlanan planlarda ve şartnamelerde yer alabilir⁵³⁸.

Taraflar sözleşmede, imâl edilecek eserin niteliklerini belirlememişlerse, imâl eden, kullanılmaya elverişli ve normal bir eser teslim etmesi gerekmektedir. Bu husus, genel yaşam deneyimlerine ve eserin amacı bakımından kullanılabilirliğine bakılarak tespit edilmelidir. Başka bir deyişle eserde dürüstlük kuralı gereği bulunması gereken lüzumlu vasıfların bulunması gerekmektedir. Bu lüzumlu vasıflardan birinin eksik olması, o eseri ayıplı hale getirmektedir. Eserde bulunması gereken lüzumlu vasıflar, eserin çeşidine, kullanım amacına ve

⁵³⁶ Burcuoğlu, H. (1990). Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler. *Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Anısına Armağan*. Ankara, s. 284-285; Günel, M. C. (2004). Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin İnşaatteki Ayıp Nedeni ile Sahip Olduğu Haklar. *Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan*. İstanbul, s. 411-412; Öktem, S. (2006). Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıptan Doğan Hakları. *İBD*, C. 80, S. 5, s. 1947-1948; OR/Huber/Schwendener, Art. 368, N. 1; Tandoğan, 2010, 161; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 534-535; Şenocak, 2002, 93; Canbolat, 2009, 65; Aral ve Ayrancı, 2014, 374; Uçar, 2003, 124; Yavuz, 2014, 993; Büyükay, 2014, 101; Karadaş, 2013, 184; Gümüş, 2014, 49; Altaş, 2002, 207; Kurt, 85; Öz, 1989, 92; Gökyayla, 2009, 203; Eren, 2014a, 629.

⁵³⁷ Uçar, 2003, 126-127; Büyükay, 2014, 102; Tandoğan, 2010, 161-162; Yavuz, 2014, 995; Şenocak, 2002, 93; Canbolat, 2009, 68.

⁵³⁸ Tandoğan, 2010, 162; Şenocak, 2002, 94; Altaş, 2002, 208; Büyükay, 2014, 102; Canbolat, 2009, 68-69; Yavuz, 2014, 997; Gümüş, 2014, 49; Karadaş, 2013, 196; Öz, 1989, 92.

kullanılma yönüne göre belirlenir. İmâl eden en az orta kalitede bir eser teslim etmesi gerektiği kabul edilmektedir⁵³⁹.

İmâl edenin teslim etmesi gereken eserin genel anlamda kullanılmaya elverişli olması yeterli değildir. Eser somut sözleşmedeki kullanım amacına uygun ve kullanılmaya elverişli olmalıdır. Sözleşmede özel bir kullanım amacı açıkça ve örtülü olarak belirtilmişse, eser bu kullanım amacına uygun olmalıdır⁵⁴⁰.

5.1.2.2. Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesinde Ayıp Kavramı

5.1.2.2.1. Genel Olarak

Bilgisayar programı alanında, ayıpsız bir bilgisayar programı imâl edilemeyeceği kabul edilmektedir⁵⁴¹. Tamamen ayıpsız bir bilgisayar programı imâl etmek çok masraflı olur. Ancak basit bilgisayar programları için ayıpsız bir imâl söz konusu olabilmektedir⁵⁴². Bilgisayar programının ayıpsız imâl edilememesi, teknik ve ekonomik anlamda ayıp kavramı ile ilgili değildir. Bu husus bilgisayar programının imâlinin sınırlı olan insan faaliyetlerinin bir ürünü olmasından kaynaklanmaktadır. Bilgi işlem sistemi karmaşık bir yapıya sahiptir. Uygulama organizasyonun muhtevası geniş kapsamlıdır. Bu sebeple imâl edilen bilgisayar programının test edilmesi ve ifaya uygun olup olmadığının denetlenmesi, imâl eden tarafından tam anlamıyla kontrol edilemez⁵⁴³.

Bilgisayar programında var olan bütün hatalar ayıp olarak değerlendirilmemelidir. Önemli nitelik taşıyan hatalar ayıp olarak değerlendirilmelidir. Bilgisayar programının sözleşmede kararlaştırılan amaca uygun olarak çalışıyorsa ve özellikle sözleşmede belirlenen özelliklere uygun şekilde imâl edilmişse bu bilgisayar programı ayıpsız kabul edilmelidir. Sözleşmede belirlenen kullanım amacını etkilemeyen, sonradan yapılacak

⁵³⁹ Şenocak, 2002, 97-98; Büyükay, 2014, 102; Altaş, 2002, 208; Öz, 1989, 92-93; Canbolat, 2009, 72-73; Tandoğan, 2010, 164; Gümüş, 2014, 49; Uçar, 2003, 128-129; Yavuz, 2014, 997.

⁵⁴⁰ Tandoğan, 2010, 164; Canbolat, 2009, 73; Şenocak, 2002, 98.

⁵⁴¹ Lauer, J. (1982). Vertraege über Software-Leistungen in der Praxis. *BB*, 1982, s. 1760; Mehrings, J. (1985). Computersoftware und Maengelhaftung. *GRUR*, s. 193; Tellis, N. (1990). Gewaehrleistungsansprüche bei Sachmaengeln von Anwendersoftware. *BB*, s. 502; Engel, 1985, 1165; Thewalt, 2004, 236; Slongo, 1991, 48; Moritz ve Tybusseck, 1992, Rn. 814; Gennen ve Völkel, 2009, 268.

⁵⁴² Slongo, 1991, 48-49; Mehrings, 1985, 193.

⁵⁴³ Engel, 1985, 1165; Slongo, 1991, 49.

düzeltilmelerle giderilebilecek hatalar söz konusu olabilir. Bu durumda yapılacak düzeltmeler sözleşmenin amacını da etkilemiyorsa, söz konusu programın ayıpsız imâl edildiği kabul edilmelidir⁵⁴⁴.

Bilgisayar programlarında ayıp; tespit edilen, gözlemlenen ve değerlendirilen veriler ile özel ihtiyaçlar ve teorik olarak geçerli durumlar birlikte ele alındığında, bilgisayar programının imâli, kapsamı ve ele alınışı bakımından her türlü sapma olarak kabul edilmektedir. Kısaca bilgisayar programının kalitesini belirleyen nitelik ve unsurlardaki herhangi bir sapma ayıp olarak değerlendirilmektedir⁵⁴⁵. Söz konusu ayıp tanımı, hukukî anlamda ayıp kavramından daha geniş bir tanımlamadır. Hukukî anlamda bilgisayar programındaki ayıp; sözleşmede kararlaştırılan niteliklerden veya bilgisayar programının değerini veya elverişliliğini önemli ölçüde azaltan lüzumlu niteliklerden sapma olarak kabul edilmektedir⁵⁴⁶.

Bilgisayar programının taşıyan taşıyıcıda veya bilgisayar programı ile birlikte devredilen dokümanlarda var olan ayıplar açısından satım veya eser sözleşmesi açısından bir fark bulunmamaktadır⁵⁴⁷.

5.1.2.2.2. Bilgisayar Programında Ayıp Sayılan Durumlar

Bilişim bilimciler tarafından bilgisayar programlarında belirtilen ayıplar, hukukî açıdan önem arz ettiği ölçüde hukukçular tarafından dikkate alınmaktadır. Bir bilgisayar programındaki lüzumlu niteliklerindeki eksiklik, hukukçular tarafından dikkate alınabilmesi için, bu eksikliklerin bilgisayar programının değerini veya elverişliliğini önemli ölçüde azaltması veya ortadan kaldırması gerekmektedir⁵⁴⁸.

Doktrindeki bir görüş; bilgisayar programı alanında ayıplarla ilgili ayırım yaparken, bu ayırımın sözleşmenin hangi tarafından kaynaklandığını dikkate alarak bir tespit yapmaktadır. Buna göre; ayıplar iş sahibinden kaynaklanan ve imâl

⁵⁴⁴ Kilian, W. (1986). Vertragsgestaltung und Maengelhaftung bei Computersoftware. *CR*, s. 190-191; Thewalt, 2004,236; Slongo, 1991, 49; Tellis, 1990, 502; Engel, 1985, 1165.

⁵⁴⁵ Yıldırım, M. F. (1998). Standart Bilgisayar Programı Ayıplarından Sözleşmeye Dayalı Sorumluluk. *AÜEHFD*, C. II, S. 1, s. 150; Yıldırım, 1999, 211; Heussen, B. (1988). Technische und rechtliche Besonderheiten von Maengel bei Computerleistung(I). *CR*, s. 894; Mehrings, J. (1986). Computersoftware und Gewaehrleistungsrecht. *NJW*, s. 1905; Tellis, 190, 502; Engel, 1985, 1164, Bömer, 1988, 157.

⁵⁴⁶ Tellis, 1990, 502; Mehrings, 1986, 1905; Yıldırım, 1999, 211; Slongo, 1991, 49.

⁵⁴⁷ Slongo, 1991, 49.

⁵⁴⁸ Kilian, 1986, 191; Yıldırım, 1999, 212.

edenden kaynaklanan ayıplar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Sözleşme yapılırken bilgisayar programının sahip olması gereken niteliklerin yeterince tanımlanmaması, eksik ve yanlış bilgi verilmesi, işbirliği yapma yükümlülüğünün yeterince yerine getirilmemesi iş sahibinden kaynaklı ayıplardır. Bununla birlikte, kararlaştırılan edimin gereklerine yeteri kadar dikkat edilmemesi veya ortaya çıkan bir takım yeni ihtiyaçların dikkate alınmaması gibi durumlar da iş sahibinden kaynaklı ayıplar olarak kabul edilmektedir. Bilgisayar programı imâl edilirken taslağın yanlış oluşturulması, algoritmanın yanlış hazırlanması, programlar arasında geçiş ve irtibatı sağlayan arabirimlerin fonksiyonunun yeterli olmaması imal edenden kaynaklı ayıplardır. Veri intikallerinin yavaş olması ve sistem kilitlenmelerinin olması da imâl edenden kaynaklı ayıp olarak kabul edilmektedir. Programlama dilinde kodlama yapılırken yanlış kodlama yapılması, performans testlerinin istenilen sonuçları vermemesi ve diğer programlarla uyum sağlamaya yarayan arabirimlerin olmaması da imâl edenden kaynaklı ayıplardır. Bunun yanında yerel bir ağa veya birden çok kişinin kullanımına açık olması beklenen bilgisayar programının bu yeteneğe sahip olmaması da bilgisayar programı ayıbıdır. Yanlış bir programlama dilinin seçilmiş olması, verilerin güvenli kaydedilememesi sebebiyle verilerin sık sık kaybolması veya bozulması gibi durumlarda imâl edenden kaynaklı ayıplar olarak değerlendirilmektedir. Bununla birlikte, dokümanların ve satış sonrası destek hizmetlerinin ayıplı olması da imâl edenden kaynaklı ayıp olarak kabul edilmektedir⁵⁴⁹.

Bilgisayar programının yerine getirmesi beklenen fonksiyonları yerine getirmemesi veya istenilmeyen ya da gereksiz fonksiyonlara sahip olması sebebiyle yavaş çalışması ve bilgisayar programının fonksiyonlarını yanlış veya kötü yerine getirmesi başka bir görüş tarafından ayıp olarak kabul edilmektedir. Bu görüşe göre; devir sonrası destek hizmetlerinin kötü olması, bakımının kötü işlemesi veya bakım personelinin işinin uzmanı olmaması da ayıp olarak değerlendirilmektedir⁵⁵⁰.

Bilgisayar programındaki ayıplar ayrıca doktrinde; fonksiyonun ayıplı ve eksik olması, programın uyumsuzluğu, kapasite ayıbı, hızının yavaş olması,

⁵⁴⁹ Kilian, 1986, 191-192; Yıldırım, 1999, 213; Slongo, 1991, 50.

⁵⁵⁰ Yıldırım, 1999, 213; Moritz ve Tybusseck, 1992, Rn. 817; Mehrings, 1985, 193; Mehrings, 1986, 1907.

virüslü olması, hizmet yardımının eksik olması başlıkları altında sınıflandırılmaktadır. Aşağıda bunlar sırasıyla ayrıntılı olarak ele alınmıştır:

5.1.2.2.2.1. Bilgisayar Programındaki Bir Fonksiyonun Ayıplı Olması

Bilgisayar programı sözleşmede belirtilen veya vaad edilen ya da dürüstlük kuralı gereği beklenen bir fonksiyonu yerine getirmiyorsa, iş sahibini tatmin etmiyorsa, yerine getirmemesi gereken bir fonksiyonu yerine getiriyorsa veya yanlış sonuçlar ortaya çıkıyorsa⁵⁵¹ bilgisayar programı ayıplı sayılmaktadır⁵⁵². Meselâ, vergi borcunu hesaplaması için imâl edilen bilgisayar programı, bu hesaplamayı yanlış hesaplıyorsa bilgisayar programında bu tür bir ayıp olduğu kabul edilmektedir⁵⁵³.

5.1.2.2.2.2. Bilgisayar Programındaki Fonksiyon Eksikliği Olması

Bir bilgisayar programında sözleşmede kararlaştırılan veya bulunması gereken bir fonksiyonun bulunmaması ayıp olarak değerlendirilmektedir. Bu durumda bir fonksiyon ayıplı olması değil, kararlaştırılan veya olması gereken bir fonksiyonun hiç bulunmaması söz konusu olmaktadır. Sözleşmede belirtilen veya olması gereken bir fonksiyonun bulunmasına rağmen, fonksiyonunu beklediği gibi yerine getirmiyorsa, fonksiyon ayıbı ortaya çıkmaktadır. Fonksiyon eksikliğinde ise, kararlaştırılan veya olması gereken fonksiyon bilgisayar programında yer almamaktadır⁵⁵⁴. Meselâ, yukarıda da belirtildiği üzere; vergi borcu hesaplaması için imâl edilen bir bilgisayar programının, hesaplamayı yanlış yapması fonksiyon ayıbıdır. Ancak söz konusu programda tek tuşla Katma Değer Vergisi'nin öğrenilebileceği belirtilmesine rağmen, bu gerçekleşmiyorsa bu durumda fonksiyon eksikliği bulunmaktadır. Yine bir metin işleme programında, dipnot fonksiyonun yer

⁵⁵¹ Slongo, 1991, 50.

⁵⁵² Gaul, B. (2000). Mangelhafte Standardsoftware – Untersuchung- und Rügepflichten bei Lieferung. *MDR*, s. 551; Marly, 2006, Rn. 876; Slongo, 1991, 50; Yıldırım, 1999, 214; Yıldırım, 1998, 151; Engel, 1985, 1165; Gennen ve Völkel, 2009, 178-179; Junker ve Benecke, 2003, 187.

⁵⁵³ Marly, 2006, Rn. 876; Yıldırım, 1999, 214; Yıldırım, 1998, 151.

⁵⁵⁴ Dreier, 2008, 189-190; Yıldırım, 1999, 214; Gaul, 2000, 551; Yıldırım, 1998, 151; Gennen ve Völkel, 2009, 178; Marly, 2006, Rn. 892.

alması, bulunması gereken bir fonksiyondur. Bu programda dipnot koyabilmek mümkün olmuyorsa bu da bir fonksiyon eksikliğidir⁵⁵⁵.

5.1.2.2.2.3. Bilgisayar Programı Uyumsuzluğu Olması

İmâl edilen bilgisayar programının belirli bilgisayar donanımları veya işletim sistemi programları başta olmak üzere, diğer programlarla uyumlu olarak çalışması beklenen bir durumdur. Bu husus sözleşmede özellikle kararlaştırılmış veya vaad edilmiş de olabilir. Buna rağmen imâl edilen bilgisayar programı donanımla veya diğer programlarla uyumlu çalışmıyorsa, beklenen ve istenen performansı göstermiyorsa bilgisayar programının uyumsuzluğu sebebiyle bir ayıp bulunduğu kabul edilmektedir⁵⁵⁶. Meselâ, imâl edilip donanıma yüklenen program, daha önce var olan programların çalışmasını engelliyor veya yavaşlatıyorsa ya da söz konusu program daha önceden donanımda var olan programlardan dolayı çalışmıyorsa veyahut istenilen fonksiyonları tam yerine getirmiyorsa bu tür bir ayıbın varlığından söz edilebilir.

5.1.2.2.2.4. Bilgisayar Programında Kapasite Ayıbı Olması

İmâl edilen bilgisayar programının düzenli olarak çalışabilmesi için gerekli olan bellek sözleşmede kararlaştırılından veya beklenenden daha büyük olabilir. Bundan dolayı diğer bilgisayar programlarına bellekte çok az yer bırakabilir. Bu sebeple de o bilgisayar programlarının düzenli bir biçimde çalışmasını engelleyebilir. Bu durum da iş sahibi için önemli ise kapasite ayıbının bulunduğu kabul edilmektedir⁵⁵⁷. Yeni sürümler hafızada büyük yer tutabilir. Bu sebeple program imâlinde, ileride sürümü yapılacak ve geniş yer kaplayacak programlarda dikkate alınarak hafıza ona göre programlanmalıdır.

⁵⁵⁵ Marly, 2006, Rn. 892; Yıldırım, 1998, 151.

⁵⁵⁶ Gaul, 2000, 551; Marly, 2006, Rn. 906; Yıldırım, 1999, 215; Malzer, 1991, 157; Dreier, 2008, 192-193; Yıldırım, 1998, 151; Junker ve Benecke, 2003, 194; Martinek, 1993, 32.

⁵⁵⁷ Malzer, 1991, 158; Yıldırım, 1999, 216; Genen/Völkel, 178; Marly, 2006, Rn. 915; Junker ve Benecke, 2003, 195; Yıldırım, 1998, 151.

5.1.2.2.2.5. Bilgisayar Programının Hızının Yavaş Olması

Bilgisayar programının hızının yavaş olması sebebiyle, bilgisayar donanımının veya diğer programların görevlerini tam olarak yerine getiremiyor olabilir. Bu sebeple sistemden beklenen performans elde edilemeyebilir. Bir programın hızının düşük olması, diğer programlara veya bilgisayarın donanımına zarar verebilir. Bu hallerde imâl edilen bilgisayar programı ayıplı olarak değerlendirilmektedir⁵⁵⁸.

5.1.2.2.2.6. Bilgisayar Programının Virüslü Olması

Bilgisayar virüsü, hafızaya yerleşen, çalıştırılabilen programlara kendini ekleyen, yerleştiği programların yapısını değiştiren ve kendi kendini çoğaltabilen kötü amaçlı programlardır. Eğer bu programlar herhangi bir şekilde çalıştırılırsa, programlanma şekline göre bilgisayara zarar vermeye başlamaktadır⁵⁵⁹. Bilgisayar virüsleri, bir bilgisayardan diğerine yayılması ve bilgisayarın çalışmasına müdahale etmesi amacıyla tasarlanmış küçük programlardır⁵⁶⁰. İmâl edilen bilgisayar programında bu tür bir virüs var ise söz konusu program ayıplı sayılmaktadır⁵⁶¹. Programda olmasa bile, disket, CD veya flash diskten virüs bulaşmasına karşı da koruma sağlanmalıdır.

5.1.2.2.2.7. Bilgisayar Programında İş Sahibine Yönelik Hizmet Yardımının Eksik Olması

İmâl edilen bilgisayar programının muhtevasında iş sahibinin gerektiğinde başvurabileceği yardım dosyalarının bulunması gerekmektedir. Bilgisayar programı kullanılırken ortaya çıkabilecek hataların sebepleri ve bu hataların giderilmesi için gerekli bilgilerin verilmesi gerekmektedir. Tehlikeli ve verilerin yok olmasına sebep olacak komutlar konusunda iş sahibinin uyarılması gerekmektedir. Söz konusu hizmetler sağlanmamış ise bir hizmet eksikliğinin olduğu kabul

⁵⁵⁸ Slongo, 1991, 50; Marly, 2006, Rn. 921; Yıldırım, 1999, 216; Yıldırım, 1998, 152.

⁵⁵⁹ <http://yunus.hacettepe.edu.tr/~sadi/dersler/ebb/ebb467-guz2000/hale-p.html>;
<http://bid.ankara.edu.tr/yardim/virus.html>

⁵⁶⁰ <http://www.microsoft.com/tr-tr/security/pc-security/virus-what-is.aspx>

⁵⁶¹ Marly, 2006, Rn. 929; Yıldırım, 1999, 217; Yıldırım, 1998, 152.

edilmektedir. İş sahibine bu tür hizmetlerin sağlanmış olmasına rağmen, bu hizmetlerle ilgili dilin bilgisayar programının kullanılacağı ülkenin yaygın dilinde yazılmamış olması da hizmet eksikliği olarak değerlendirilmektedir⁵⁶².

İş sahibine, bilgisayar programının kullanılması konusunda aydınlatıcı ve yardımcı olması için ve karşılaştığı küçük problemler karşısında ne yapması gerektiği yönünde doküman verilmelidir. Bu dokümanlar verilmemişse veya iş sahibini anlamadığı bir dilde yazılmış ise, bunlar ayıp olarak kabul edilmektedir⁵⁶³.

5.1.2.2.2.8. Bilgisayar Programı Tasarım Ayıpları Olması

Bilgisayar programı imâl edilirken, teknik gelişmeler izlenememiş veya dikkate alınmamış ya da programlama tekniklerinin gereklerine uyulmamış ise söz konusu bilgisayar programında tasarım ayıbı ortaya çıkmaktadır⁵⁶⁴.

5.1.3. Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıptan Doğan Hakları

5.1.3.1. Genel Olarak

İmâl edilen programın ayıplı olması halinde, iş sahibinin bazı hakları doğar. Bu haklar eser sözleşmesi dikkate alınarak açıklanmıştır. Çünkü bilgisayar programı imâl sözleşmesi eser sözleşmesi niteliği ağır basan kendine özgü bir sözleşmedir⁵⁶⁵. Eser sözleşmesinde iş sahibinin yükleniciye karşı sahip olduğu hakları düzenleyen Türk Borçlar Kanunu'ndaki ilgili hükümlerden hangilerinin bilgisayar programı imâl sözleşmesine uygulanıp uygulanmayacağı incelenmiştir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 475. maddesinde imâl edilen eserin ayıplı olması halinde iş sahibine üç tane seçimlik hak tanınmıştır. Bu haklar; sözleşmeden dönme, ücrette indirim ve ayıbın giderilmesini talep etme haklarıdır.

⁵⁶² Gennen ve Völkel, 2009, 179; Martinek, 1993, 32; Marly, 2006, Rn. 955; Junker ve Benecke, 2003, 191; Gaul, 2000, 551; Yıldırım, 1999, 218; Slongo, 1991, 50.

⁵⁶³ Slongo, 1991, 50; Marly, 2006, Rn. 947; Kronberger, 1992, 153; Yıldırım, 1999, 219; Junker ve Benecke, 2003, 198; Gaul, 2000, 551; Yıldırım, 1998, 152; Martinek, 1993, 32.

⁵⁶⁴ Yıldırım, 1999, 219; Yıldırım, 1998, 152; Marly, 2006, Rn. 983.

⁵⁶⁵ Bkz., I. Bölüm, §7, IV.

5.1.3.2. Ayıptan Doğan Hakların Kullanılmasının Şartları

5.1.3.2.1. Eser Teslim Edilmiş Olmalıdır

İmâl edenin ayıplardan sorumlu tutulabilmesi için eserin tamamlanarak iş sahibine teslim edilmiş olması gerekmektedir. Eser henüz tamamlanmamış ve teslim edilmemiş ise imâl edenin ayıptan doğan sorumluluğu hükümlerine başvurulamaz⁵⁶⁶. Bilgisayar programı imâl sözleşmesinde, imâl edenin ayıplardan sorumlu olabilmesi için, imâl edilen bilgisayar programının da iş sahibine teslim edilmiş olması gerekmektedir⁵⁶⁷.

5.1.3.2.2. Ayıp İş Sahibinden Kaynaklanmamış Olmalıdır

Eserdeki ayıp, imâl edenin ihtarlarına rağmen, iş sahibini verdiği talimatlardan veya başka bir sebepten dolayı iş sahibinden kaynaklanırsa, iş sahibi, kanunda öngörülen seçimlik haklardan yararlanamaz (TBK md. 476).

İş sahibi tarafından verilen talimatlar imâl edeni bağlayıcı nitelikte ise imâl eden TBK.'nın 476. maddesinden yararlanabilir. Ancak iş sahibi tarafından verilen talimatlar, bağlayıcı olmayıp sadece görüş ve tavsiye niteliğinde ise imâl eden bu hükümden yararlanamaz⁵⁶⁸. İmal edenin bu hüküm sebebiyle sorumluluktan tamamen kurtulup kurtulmayacağını tespiti yapılırken, onun meslekî birikim ve tecrübesinin gerektirdiği bir özen borcunun bulunup bulunmadığı belirlenmelidir. Tarafların sözleşmeye koydukları her hüküm, TBK.'nın 476. maddesi kapsamında bir talimat olarak değerlendirmemelidir. Sözleşmenin bir hükmü veya iş sahibinin talimatı sebebiyle imâl edenin sorumlu olmayacağını kabul etmek her zaman doğru değildir⁵⁶⁹.

İmâl edenin ayıba sebebiyet verecek talimatlarına ilişkin ihtarla bulunması, eser sözleşmesinin kurulması ile ortaya çıkan bir yükümlülüktür. İş sahibinin

⁵⁶⁶ Ergezen, M. (2007). *İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı*. Ankara, s. 67; Büyükcay, 2014, 101; Tandoğan, 2010, 160; Aral ve Ayrancı, 2014, 374; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 534; Yavuz, 2014, 994; Gökyayla, 2009, 203; Uçar, 2003, 89; Canbolat, 2009, 44; Şenocak, 2002, 78; Gümüş, 2014, 48; Karadaş, 2013, 194; Öktem, 2006, 1948.

⁵⁶⁷ Bilgisayar programının teslimi ile ilgili bkz., II. Bölüm, §11, II, B.

⁵⁶⁸ Karadaş, 2013, 198; Gümüş, 2014, 59; Büyükcay, 2014, 123; Tandoğan, 2010, 214-215; Aral ve Ayrancı, 2014, 375; Şenocak, 2002, 137; Uçar, 2003, 234-235.

⁵⁶⁹ Büyükcay, 2014, 123; Şenocak, 2002, 137.

sözleşme kurulmadan önce verdiği ve daha sonra sözleşmenin parçası olacak olan talimatlar konusunda da imâl eden, iş sahibini uyarması gerekmektedir. İmâl eden sözleşmenin kurulması sırasında genel olarak aydınlatma yükümlülüğü kapsamında, söz konusu talimatlarla ilgili, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmiş ise TBK.'nın 476. maddesi kapsamında ayrıca ihtar yükümlülüğü yoktur⁵⁷⁰.

Türk Borçlar Kanunu'nun 476. maddesine göre ayıbın, iş sahibine yüklenebilecek herhangi bir sebepten kaynaklanması halinde de, iş sahibini ayıptan doğan hakları kaybedeceği düzenlenmiştir⁵⁷¹. Bu madde genel bir hüküm niteliğindedir⁵⁷². İş sahibine yüklenebilecek sebepleri tek tek saymak mümkün değildir. Her somut olaya göre değişmektedir. İş sahibi tarafından sağlanan malzeme veya eserin yapılması için gösterilen yerin ayıplı olması sebebiyle eserin de ayıplı olması, iş sahibine yüklenebilecek bir sebepten doğan ayıp olarak kabul edilmektedir⁵⁷³. Ancak yüklenicinin bu durumda sorumluluktan kurtulabilmesi için TBK.'nın 472. maddesinin III. fıkrası gereğince malzemenin veya eserin yapılacağı yerin ayıplı olmasını hemen bildirmesi gerekmektedir⁵⁷⁴. Malzemedeki veya eserin yapılacağı yerdeki ayıp açıksa veya yükleniciden beklenen bir inceleme ile anlaşılabilir durumda ise yüklenici ayıbı bilmediğini ileri sürerek bildirim yapmaması halinde sorumluluktan kurtulmaz⁵⁷⁵.

Türk Borçlar Kanunu'nun 476. maddesi bilgisayar programı imâl sözleşmesi için de uygulanabilir. Buna göre; ayıp iş sahibinin sağlaması gereken katkıdan⁵⁷⁶ kaynaklanıyorsa imâl eden sorumlu olmaz. Bununla birlikte, imâl edenin

⁵⁷⁰ Tandoğan, 2010, 213.

⁵⁷¹ Gümü, 2014, 59-60; Büyü, 2014, 123; Tandoğan, 2010, 210; Aral ve Ayrancı, 2014, 375; Şenocak, 2002, 141;

⁵⁷² Aral ve Ayrancı, 2014, 375; Gümü, 2014, 59.

⁵⁷³ Gümü, 2014, 59; Büyü, 2014, 125-126; Tandoğan, 2010, 214; Aral ve Ayrancı, 2014, 375; Yavuz, 2014, 1000; Canbolat, 2009, 166; Şenocak, 2002, 142.

⁵⁷⁴ Tandoğan, 2010, 215-216; Eren, 2014a, 630-631; Aral ve Ayrancı, 2014, 375; Karda, 199; Canbolat, 2009, 166; Şenocak, 2002, 142

⁵⁷⁵ Tandoğan, 2010, 215; Aral ve Ayrancı, 2014, 375; Şenocak, 2002, 142; Y. 15. HD., 03.10.2007 T., 2006/4800 E., 2007/5945 K., "Somut olayda, davacı hasta (iş sahibi), davalı doktorun yaptığı protezi kullanamamış ve iddiaya göre birtakım rahatsızlıklar meydana gelmiştir. Bu husus doğru ise, davalı, sözleşmenin amacına uygun bir sonucu gerçekleştirememiştir. Başka bir anlatımla, davalının yaptığı protez, kabule icbar edilemeyecek derecede ayıplı sayılır (BK m.360/1)Protez işinin yapımı sırasında, hastadan kaynaklanan bir durum, özellikle diş eti hastalığının varlığı anlaşılırsa ve bu hastalık proteze engel ise öncelikle doktorun bu durumu hastasına bildirmesi ve hastanın kabulü hâlinde de önce diş eti tedavisi yapması gerekirdi. Bu bildirimin doktor tarafından yapıp yapılmadığı ve hastadaki mevcut hastalığın o hali ile proteze uygun olup olmadığı anlaşılammaktadır. Doktor, ancak bu bildirimden sonra sorumluluktan kurtulur (BK.md.357 /son)", Kazancı Bilişim Otomasyon.

⁵⁷⁶ Bkz., III. Bölüm, §12, II.

uyarılara rağmen iş sahibi, belirli bir çözüm yolunda direniyorsa ve bu sebeple ayıp ortaya çıkmışsa, imâl edenin sorumluluğu söz konusu olmaz⁵⁷⁷. Bilgisayar programının imâli için hazırlanan şartnamede⁵⁷⁸ belirtilen iş sahibinin taleplerine ve ihtiyaçlarına uygun bir program imâl edildiğinde, bunun için yüksek kapasiteli ve daha hızlı bir donanım gerekebilir. Bu konuda imâl edenin iş sahibini uyarmasına rağmen, iş sahibinin söz konusu donanımı sağlamaması sebebiyle bilgisayar programının hızının düşük olmasından dolayı imâl edenin sorumlu tutulmaması gerekmektedir. İmâl edilen bilgisayar programına, iş sahibinin donanımından dolayı virüs bulaşmışsa, imâl eden, sorumlu değildir. İmâl edilmesi talep edilen bir aile filtre programının, talep edildiği haliyle imâl edilmesi halinde birçok web sayfasının açılmayacağı konusunda iş sahibi uyarılmasına rağmen yine de imâli istenmişse, bu durumda imâl edenin sorumluluktan kurtulacağını kabul etmek gerekmektedir. Ayıbın iş sahibinin talimatından veya iş sahibine yüklenebilecek başka bir sebepten kaynaklandığı hallerle ilgili yukarıda belirtilenler birer misâldir. Yoksa bu hallerin tek tek sayılması mümkün değildir.

Bilgisayar programı ayıplarının iş sahibinin talimatlarından veya ona yüklenebilecek herhangi bir sebepten kaynaklandığı durumlarda, imâl edenin her zaman sorumluluktan kurtulacağını kabul etmek doğru değildir. Çünkü bilgisayar programı imâl sözleşmesinde, imâl eden konumunda olan kişi, bilişim teknolojileri alanında uzman bir kişidir. Genel olarak iş sahibi, bu konuda çok fazla bilgi sahibi değildir. Bu sebeple imâl eden, verilen talimatlar konusunda ve diğer durumlarda, daha özenli ve dikkatli davranmalı ve uyarılarını da ona göre yapmalıdır. İş sahibi tarafından sağlanan katkı veya talimatlar sebebiyle bilgisayar programının ayıplı olarak imâl edileceği, imâl eden tarafından bilinmesi beklenebilecek bir durum ise imâl eden ayıbı bilmediğini ileri sürerek, uyarıda bulunmamasından dolayı sorumluluktan kurtulamaz.

5.1.3.2.3. İş Sahibi Eseri Kabul Etmemiş Olmalıdır

İş sahibi ayıptan doğan seçimlik hakları kullanabilmesi için eseri kabul etmemiş olması gerekir. İş sahibi, yüklenici tarafından teslim edilen eseri açık veya örtülü olarak kabul etmiş ise yüklenici ayıptan doğan sorumluluktan kurtulur (TBK.

⁵⁷⁷ Slongo, 1991, 90.

⁵⁷⁸ Bkz., II. Bölüm, §8.

md. 477 f. I)⁵⁷⁹. Eserin kabulü, yüklenici tarafından teslim edilen eserin sözleşmeye uygun olarak ve ayıpsız olduğuna ilişkin iş sahibinin irade açıklamasında bulunmasıdır⁵⁸⁰.

Yüklenicinin, iş sahibinin kabulü ile sorumluluktan kurtulması açık ayıplar için söz konusu olmaktadır. Eserdeki ayıp usulüne uygun bir gözden geçirme ile anlaşılamayacak ise veya usulüne uygun bir gözden geçirme ile anlaşılabilir ayıplar, yüklenici tarafından kasten gizlenmiş ise yüklenici sorumluluktan kurtulamaz⁵⁸¹.

Türk Borçlar Kanunu'nun 477. maddesinin III. fıkrasına göre, eserdeki ayıp sonradan ortaya çıkarsa, iş sahibi bu ayıbı gecikmeksizin yükleniciye bildirmezse eseri kabul etmiş sayılır. Yine TBK'nun 477. maddesinin II. fıkrasına göre, iş sahibi kanunda öngörülen, gözden geçirme ve bildirimi yerine getirmezse, eseri kabul etmiş sayılır⁵⁸².

Türk Borçlar Kanunu'nun 477. maddesi bilgisayar programı imâl sözleşmesi içinde uygulanabilecek bir hükümdür⁵⁸³. Ancak bilgisayar programının kabul edilmiş olup olmadığını tespit ederken bilgisayar programının kendine özgü özelliklerini göz ardı etmemek gerekmektedir. Öncelikle imâl edilen bilgisayar programının ayıplı olup olmadığının anlaşılabilmesi için, söz konusu bilgisayar programının iş sahibinin ilgili donanımına yüklenip çalıştırılması gerekmektedir. Ancak bu durumda sözleşmede kararlaştırılan özelliklerin veya bulunması beklenen özelliklerin var olup olmadığı tespit edilmelidir. Bu çerçevede bilgisayar

⁵⁷⁹ Eren, 2014a, 634; Canbolat, 2009, 167-168; Yavuz, 2014, 1000; Uçar, 2003, 252; Gümüş, 2014, 57; Gökyayla, 2009, 205; Büyükay, 2014, 113; Tandoğan, 2010, 217; Aral ve Ayrancı, 2014, 377; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 536-537.

⁵⁸⁰ Tandoğan, 2010, 217; Gümüş, 2014, 57; Canbolat, 2009, 168; Uçar, 2003, 253; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 536; Eren, 2014a, 634.

⁵⁸¹ Uçar, 2003, 257; Gümüş, 2014, 57; Canbolat, 2009, 171-172; Büyükay, 2014, 113; Tandoğan, 2010, 219-220; Aral ve Ayrancı, 2014, 377; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 537; Gökyayla, 2009, 205; Y. 15. HD., 26.03.2004 T., 2003/4499 E., 2004/1707 K., "Eser sözleşmelerinde, yüklenicinin ana borcu eseri fen ve sanat kurallarına uygun meydana getirerek iş sahibine teslim etmektir. Somut olayda, eser meydana getirilmiş, davacı arsa sahiplerine 6.7.1998 tarihli tutanakla teslim edilmiştir. Eserin kabulü ile yüklenici kendisine ayıp ihbarı yapılmayan açık ayıplı işlerden kurtulur. Açık ayıplar genellikle eserdeki basit bir muayene ile ilk bakışta görülebilen fen ve sanat kurallarına uygun düşmeyen imalatlardır. Gizli ayıplar ise eserin kabulünden sonra genellikle kullanım sonucu ortaya çıkan eserin kullanımını engelleyen vasıf eksiklikleridir. Eserin kabulünden sonra ortaya çıkan ve genellikle yüklenicinin kasten sakladığı ve kötü malzeme kullanılmasından kaynaklanan gizli ayıplardan ise, yüklenici ayıba karşı tekeffül borcu sebebiyle zaman aşımı süresince sorumludur. Uyuşmazlıkta, bilirkişi asıl ve ek raporlarındaki hasar ve zararlar ayıplı malzeme ve ayıplı işlerden kaynaklandığından davalı yüklenici bunların giderilmesi ile sorumludur.", Kazancı Bilişim Otomasyon.

⁵⁸² Gümüş, 2014, 58; Uçar, 2003, 257-258; Yavuz, 2014, 1000; Büyükay, 2014, 113; Tandoğan, 2010, 220-221; Aral ve Ayrancı, 2014, 377; Canbolat, 2009, 174; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 536.

⁵⁸³ Slongo, 1991, 91.

programında açıkça anlaşılabilecek ayıp olarak ilk akla gelen fonksiyon eksikliği olabilir. Ancak niteliği gereği bilgisayar programı imâl sözleşmesinde karşılaşılabilecek ayıplar genelde, iş sahibinin bilişim teknolojisi alanında uzman bir kişi olmadığını da düşünüldüğünde, gizli ayıplardır. Özellikle de sonradan ortaya çıkabilecek ayıplardır. Meselâ, bilgisayar programının virüslü olduğu sonradan ortaya çıkabilir veya ilk kullanılmaya başlandığında istenilen hızda olan bir bilgisayar programı daha sonra yavaşlayabilir. Yine imâl edilen bilgisayar programın diğer programlar veya donanımlarla uyumlu olup olmadığı ancak kullanılması ile sonradan ortaya çıkmaktadır. Yardım hizmetlerinin yetersiz olduğu veya ayıplı olduğu, iş sahibini bilgisayar programını kullanırken, sorunlarla karşılaştığında bu yardım hizmetlerine başvurduğunda ortaya çıkar. Bütün bu sebeplerden dolayı, bilgisayar programı imâl sözleşmesinde, iş sahibinin bilgisayar programını kullanmaya başlaması ve usulüne uygun olarak ilk başta gözden geçirmiş olması ortaya çıkacak bu ayıplara rağmen eseri kabul ettiği anlamına gelmez. Ancak bilgisayar programının kullanılması sürecinde ayıpların ortaya çıkmasına rağmen iş sahibi, bir bildirimde bulunmazsa ve bilgisayar programını kullanmaya devam ederse söz konusu ayıba rağmen bilgisayar programını kabul ettiği sonucu çıkarılmalıdır. Bilgisayar programındaki ayıp, usulüne uygun bir gözden geçirme ile anlaşılabilecek bir ayıp olsa dahi, imâl eden bunu kasten gizlemiş ise⁵⁸⁴ bu ayıplardan da sorumlu olur.

5.1.3.2.4. İş Sahibi Eseri Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetlerini Yerine Getirmiş Olmalıdır

5.1.3.2.4.1. Genel Olarak

İş sahibi, eserin ayıplı olması halinde kanunda öngörülen seçimlik hakları kullanabilmesi için, TBK.'nın 474. maddesinin I. fıkrası gereğince *“eseri gözden geçirme ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirme”* külfetlerini yerine getirmiş olması gerekmektedir. İş sahibi bu külfetleri yerine getirmezse, TBK.'nın 477. maddesinin II. fıkrası gereğince eseri zımnen kabul

⁵⁸⁴ İmal edenin bilişim teknolojileri alanında uzman bir kişi olması ve genelde iş sahibinin bu alanda uzman olmadığını düşündüğümüzde, İmal eden bunu daha kolay yapabilir.

etmiş sayılacağından, TBK.'nın 475. maddesinde belirtilen seçimlik hakları kaybeder⁵⁸⁵.

5.1.3.2.4.2. Gözden Geçirme (Muayene) Külfeti

Türk Borçlar Kanunu'nun 474. maddesinin I. fıkrasına göre, iş sahibi, eseri teslim aldıktan sonra *“işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz”* gözden geçirmesi gerekmektedir⁵⁸⁶. Bu kriter, gözden geçirmenin başlangıç anı için de, sona erme anın için de esas alınması gerekmektedir⁵⁸⁷. Gözden geçirme süresi, hayatın olağan akışına göre ve gözden geçirme zamanındaki işlem hayatında geçerli olan teamüllere göre belirlenmektedir. İş sahibinin durumu ile gözden geçirilecek olan eserin niteliği ve özellikleri dikkate alınarak, makul ve özenli bir inceleme yapılabilmesi için iş sahibine gerekli olan bir süre tanınması gerekmektedir⁵⁸⁸.

İş sahibinin gözden geçirme külfetinin kanunda eserin teslimi ile başlayacağı belirtilmiştir⁵⁸⁹. Ancak gözden geçirme imkânı teslim anında objektif olarak mümkün olmayabilir. Özellikle eserin gözden geçirilebilmesi için kullanılması gerekiyorsa, gözden geçirme külfetinin teslimden belirli bir süre sonra ortaya çıkacağının kabul edilmesi gerekmektedir⁵⁹⁰.

İş sahibi, eseri gözden geçirirken, ortalama bir kişinin göstereceği dikkatle, sözleşmeye uygun olup olmadığı ve ayıp bulunup bulunmadığı bakımından makul

⁵⁸⁵ Yücer Aktürk, İ. (2012). *Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri*. Ankara, s. 70-71; Aday, 2000, 194; Karadaş, 2013, 200; Gümüş, 2014, 53; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 539-540; Tandoğan, 2010, 167-168; Aral ve Ayrancı, 2014, 376; Uçar, 2003, 136-137; Gökyayla, 2009, 206; Şenocak, 2002, 107; Canbolat, 2009, 82; Eren, 2014a, 636; Ergezen, 2007, 78; Öktem, 2006, 1950-1951.

⁵⁸⁶ Ergezen, 2007, 81; Yücer Aktürk, 2012, 121; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 538; Eren, 2014a, 638; Büyükay, 2014, 116; Gümüş, 2014, 54; Tandoğan, 2010, 169; Aral ve Ayrancı, 2014, 377; Uçar, 2003, 137; Şenocak, 2002, 110; Canbolat, 2009, 88.

⁵⁸⁷ Büyükay, 2014, 117; Gümüş, 2014, 54; Tandoğan, 2010, 169; Ergezen, 2007, 81; Aral ve Ayrancı, 2014, 377.

⁵⁸⁸ Şenocak, 2002, 112; Yücer Aktürk, 2012, 132; Büyükay, 2014, 117; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 537; Canbolat, 2009, 89; Karadaş, 2013, 204; Gümüş, 2014, 54; Tandoğan, 2010, 169; Aral ve Ayrancı, 2014, 377-378; Gökyayla, 2009, 206; Eren, 2014a, 638.

⁵⁸⁹ Y. 15. HD., 13.05.2002, 2002/1685 E., 2002/2483 K., *“Oysa, işin ayıplı olup olmadığına dair muayene ve ihbar yükümlülüğü, BK.nun 359. maddesi uyarınca imal olunan şeyin tesliminden sonra doğmaktadır. Dava konusu olayda 130 adet dairenin kalorifer yapımı söz konusu olup, 50 adedi henüz teslim edilmediğinden iş sahibinin muayene ve ihbar külfeti (bu aşamada) bulunmamaktadır.”*, Kazancı Bilişim Otomasyon.

⁵⁹⁰ Yücer Aktürk, 2012, 122 vd.; Uçar, 2003, 143; Tandoğan, 2010, 169-170; Gümüş, 2014, 54; Şenocak, 2002, 111; Canbolat, 2009, 89; Büyükay, 2014, 118.

bir değerlendirme yapacak şekilde incelemelidir. Bu incelemenin tarzı, kapsamı ve yöntemi eserin çeşidine göre değişir⁵⁹¹.

Türk Borçlar Kanunu'nun 474. maddesinde yer alan gözden geçirme külfetinin eserdeki açık ayıplar için söz konusu olacağı, gizli ayıplar veya yüklenici tarafından kasten saklanan ayıplar için söz konusu olmayacağı kabul edilmektedir. Gizli ayıplar zaten olağan bir gözden geçirme ile anlaşılamayan ayıplardır. Bu sebeple ortaya çıktıklarında yükleniciye bildirilir. Yüklenici tarafından saklanan ayıplar gizli de olsa açık da olsa, yüklenici gözden geçirme külfetinin yerine getirilmemesi sebebiyle sorumluluktan kurtulamaz⁵⁹².

Eser sözleşmesinin konusu bir fikrî eser olduğunda, bunların gözden geçirilmesi, özellikle iş sahibinin imâl edilen eser konusunda uzmanlık bilgisi eksik olacağından, diğer eserlere göre daha zor olacaktır. Bu sebeple bu tür eserlerde iş sahibine gözden geçirme külfetinin yükletilemeyeceği ve ortaya çıkan ayıpların gizli ayıp olduğu kabul edilmektedir. Özellikle eser sözleşmesinin konusu bir proje veya plan olduğunda, bunların ayıplı olup olmadığının ancak uygulanmaları ile tespit edilebileceği kabul edilmektedir⁵⁹³.

İş sahibi veya imâl eden masrafı kendisine ait olmak üzere, isterlerse, gözden geçirmenin bir bilirkişiye yaptırılmasını ve bir raporla tespit edilmesini isteyebilirler (TBK. md. 474 f. I). Gözden geçirmenin bilirkişiye yaptırılması konusunda, sözleşme ve teamül gerektirmedikçe zorunluluk yoktur. Bilirkişinin

⁵⁹¹ Tandoğan, 2010, 170; Büyükcay, 2014, 117-118; Canbolat, 2009, 87; Şenocak, 2002, 115; Yücer Aktürk, 2012, 98-99.

⁵⁹² Büyükcay, 2014, 117; Karadaş, 2013, 202; Ergezen, 2007, 82; Yücer Aktürk, 2012, 94-95; Canbolat, 2009, 90; Y. 15. HD., 21.06.2004 T., 2004/6321 E., 2004/3464 K., "Gerçekten, eser, sözleşmeye fen ve sanat kurallarına aykırı daha açığı ayıplı meydana getirilmişse bunların giderilmesine karşılık yükleniciden giderilme bedeli istenebilir. Uygulamada, ayıp, gizli-açık ayıp ayırımına da tabi tutulmaktadır. Gizli ayıp, eserin tesliminden sonra genellikle kullanım sonucu kendini gösteren ve o eserde sözleşme ve dürüstlük kurallarına göre olmaması gereken farklılıklardır. Açık ayıp ise yine sözleşme ve dürüstlük kurallarına göre eserde olması gerektiği halde fiilen mevcut olmayan vasıf eksikliğidir. Ancak bunlar eserin iş sahibine teslimi sırasında kolaylıkla görülebilir. Bu özelliğinden dolayı arsa sahibinin yapılan şeyi teslim aldıktan sonra işin mutad seyrine göre muayene etmesi ve açık ayıpları yükleniciye bildirmesi gerekir (BK. madde 359/I). Aksi halde yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur (BK. madde 362/I). Eksik işler ise hiç yapılmamış işler olduğundan bunların teslimi ve muayenesi söz konusu edilemeyeceğinden eksik işler bedeli zamanaşımı süresince istenebilir. Somut olayda bilirkişilerce düzenlenen raporda eserdeki ayıplar açık-gizli ayıp ayırımına tabi tutulmamış, tüm işler gizli ayıplı veya eksik nitelendirilmesi ile değerlendirilmiştir.", Kazancı Bilişim Otomasyon.

⁵⁹³ Şenocak, 2002, 119-120; Gümüş, 2014, 54.

kanunda bir açıklık olmamasına rağmen, resmen yani mahkemece atanan bir bilirkişi olması gerektiği kabul edilmektedir⁵⁹⁴.

Bilgisayar programının, iş sahibinin donanımına yüklenmiş olması onun teslim edildiği anlamına gelmez. Öncelikle bilgisayar programının iş sahibinin donanımına yüklendiğinde çalışır durumda olması gerekmektedir. Bununla birlikte, donanıma yüklendikten sonra gerekli testlerin yapılıp muhtemel hatalar giderilmeli veya en aza indirilmelidir⁵⁹⁵. Bilgisayar programı yüklendikten sonra sözleşmede kararlaştırılan veya beklenen fonksiyonları yerine getirip getirmediğinin tespiti için, ilgili testler yapılması gerekmektedir. Bilgisayar programında ayıpların tespit edilebilmesi için, yapılacak gözden geçirme, bilgisayar programının yapısından dolayı çok masraflı olabileceği gibi, çok zaman da alabilir⁵⁹⁶. Bu testler yapılsa dahi ayıplar, ancak bilgisayar programı uygulandıktan belirli bir süre sonra ortaya çıkacak nitelikte olabilir. Bilgi teknolojileri alanında yeterli bilgiye sahibi olmayan iş sahibi, gözden geçirme faaliyetini, TBK.'nın 474. maddesinin II. fıkrası sebebiyle bir bilirkişiye de yaptırabilir⁵⁹⁷. Bu durumda dahi, teslimden sonraki gözden geçirme ile ayıplar ortaya çıkmayabilir.

İmâl edilen bilgisayar programındaki ayıplar, bu bilgisayar programının belirli testlerden geçirilmesi veya belirli bir süre kullanılması ile ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple söz konusu ayıpların “gizli ayıp” olarak kabul edilmesi gerekmektedir. İş sahibine imâl edilen bilgisayar programı ile ilgili teslimden sonra bir gözden geçirme külfetinin yükletilmesi yerinde olmaz⁵⁹⁸. Çünkü ayıp genelde gizlidir ve iş sahibi, bilişim teknolojileri alanında imâl edene göre daha az bilgi sahibi olan veya hiç bilgi sahibi olmayan bir kişidir.

5.1.3.2.4.3. Bildirim (İhbar) Külfeti

İş sahibi farkına vardığı her türlü ayıbı, uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır. Bu ayıpların gözden geçirme ile ortaya çıkması veya sonradan ortaya çıkması önemli değildir. Başka bir ifadeyle, ayıbın gizli ya da açık

⁵⁹⁴ Büyükay, 2014, 118; Karadaş, 2013, 205; Gümüş, 2014, 55; Gökyayla, 2009, 207; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 538; Tandoğan, 2010, 170-171; Aral ve Ayrancı, 2014, 378; Uçar, 2003, 139; Ergezen, 2007, 79; Şenocak, 2002, 120; Yücer Aktürk, 2012, 96-97.

⁵⁹⁵ Slongo, 1991, 82.

⁵⁹⁶ Slongo, 1991, 83.

⁵⁹⁷ Slongo, 1991, 84.

⁵⁹⁸ Slongo, 1991, 84.

olmasının bir önemi yoktur. Farkına varıldığında yükleniciye bildirilmesi gerekmektedir⁵⁹⁹.

Türk Borçlar Kanunu'nun 474. maddesinin I. fıkrasında yer alan "*bildirme*", eserin ayıplı olduğuna dair yükleniciye sadece bir bilgi aktarımı niteliğinde tasavvur açıklaması değildir. İş sahibinin bu bildirimini, eserin ayıplı olması sebebiyle kabul edilmediğine ve yüklenicinin sorumlu tutulacağına ilişkin bir irade açıklamasıdır⁶⁰⁰.

Yapılan bildirimdeki, "*eser ayıplıdır*", "*sözleşmeye aykırıdır*" veya "*eser tatmin edici değildir*" gibi genel nitelikli ifadelerin bulunması yeterli değildir. Yüklenicinin gerekli değerlendirmeyi yapabilmesi için, yapılan bildirimde ayıbın türü ve kapsamı gerekli açıklıkta ve ayrıntılı olarak yer almalıdır⁶⁰¹. Ancak ayıbın uzmanlığı gerektirecek şekilde, bütün ayrıntılarıyla ve sebebinin bildirilmesi zorunlu değildir⁶⁰².

Ayıbın bildirilmesi herhangi bir şekle tabi değildir. Sözlü olarak yapılabileceği gibi zımnî de yapılabilir⁶⁰³.

Türk Borçlar Kanunu'nun 474. maddesinin I. fıkrasında açıkça ifade edilmese de; iş sahibi eseri gözden geçirdikten sonra ortaya çıkan ayıpları derhal bildirmesi gerekmektedir. Ancak teknik açıdan karmaşık tesislerde olduğu gibi gözden geçirmenin uzun süreceği hallerde, yüklenicinin korunmaya değer bir menfaati varsa, gözden geçirme süresi dolmadan, ayıbın öğrenilmesi ile bildirim

⁵⁹⁹ Eren, 2014a, 638; Büyükyay, 2014, 119; Gümüş, 2014, 55; Tandoğan, 2010, 172; Karadaş, 2013, 205; Aral ve Ayrancı, 2014, 378; Canbolat, 2009, 90; Ergezen, 2007, 82; Şenocak, 2002, 121; Uçar, 2003, 144-145.

⁶⁰⁰ Tandoğan, 2010, 172; Yücer Aktürk, 2012, 174; Aral ve Ayrancı, 2014, 378; Şenocak, 2002, 127; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 539-540; Gökyayla, 2009, 207-208; Uçar, 2003, 145.

⁶⁰¹ Ergezen, 2007, 83; Tandoğan, C. II, 172; Aral ve Ayrancı, 2014, 378; Gümüş, 2014, 56; Eren, 2014a, 639.

⁶⁰² Yücer Aktürk, 2012, 176-177; Gökyayla, 2009, 207; Tandoğan, 2010, 172; Canbolat, 2009, 92; Şenocak, 2002, 126; Uçar, 2003, 147.

⁶⁰³ Karadaş, 2013, 206; Yücer Aktürk, 2012, 184-185; Canbolat, 2009, 90-91; Eren, 2014a, 639; Şenocak, 2002, 125; Tandoğan, 2010, 172; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 538; Aral ve Ayrancı, 2014, 378; Gümüş, 2014, 56; Uçar, 2003, 153; Gökyayla, 2009, 207; Y. 15. HD., 12.06.2009 T., 2009/2567 E., 2009/2953 K., "*Eser sözleşmelerinde yüklenicinin kararlaştırılan iş bedeline hak kazanabilmesi için eseri sözleşme ve eklerine ve iş sahibinin ondan beklediği amaca uygun olarak tamamlayarak teslim etmesi gerekir. Eserin, sözleşmede kararlaştırılan niteliklerine, ya da iş sahibinin beklediği amaca uygun olmaması veya lüzumlu bazı vasıflardan bir ya da bir kaçının bulunmaması halinde ayıplı yapıldığının kabulü gerekir. Dairemizin yerleşik içtihat ve uygulamalarına göre ayıp ihbarının yapılması şekle tabi değildir. Her türlü delille, hatta tanık beyanı ile dahi kanıtlanması mümkündür. Eserin ayıplı olması ve süresinde ayıp ihbarı yapılmış olması halinde iş sahibi BK'nın 360. maddesinde öngörülen haklarını kullanabilir. Dinlenen davalı tanığı ayıp ihbarının süresinde yapıldığını beyan etmiştir. Asıl olan tanığın doğru söylemesi olup davalının çalışması tanığın anlatımını hükümden düşürecek bir neden olmadıkça beyanına itibar edilmemesini gerektirmez.*", Kazancı Bilişim Otomasyon.

yapılması gerektiği kabul edilmektedir⁶⁰⁴. Ayıbın gizli olduğu durumlarda ise ayıp fark edilince gecikmesizin bildirilmesi gerekmektedir. Yüklenici ayıbı kasten saklamış ise iş sahibi herhangi bir sebeple ayıbı bildirememiş olması durumunda yüklenici sorumluluktan kurtulamaz. İş sahibi bildirim yapmamış olmasına rağmen yinede ayıptan doğan haklarını kullanma hakkına sahiptir⁶⁰⁵.

Bilgisayar programındaki ayıplar olağan bir gözden geçirme ile ortaya çıkacak nitelikte değildir. Ancak bilgisayar programının test edilmesi veya kullanılması ile ortaya çıkarlar. Başka bir ifade ile bilgisayar programında karşılaşılabilecek ayıplar gizli ayıptır. Bu sebeple, iş sahibi ayıplar ortaya çıktığında bunu gecikmesizin uygun bir süre içinde imâl edene bildirmesi gerekmektedir.

5.1.3.3. İş Sahibinin Ayıptan Doğan Hakları

5.1.3.3.1. Sözleşmeden Dönme

Eserdeki ayıp, onu kullanılamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanılamayacağı ölçüde ise, iş sahibi sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Bununla birlikte, imal edilen eser, aynı ölçüde sözleşme hükümlerine aykırı olursa da iş sahibi sözleşmeden dönebilir. Gerçekten de, Türk Borçlar Kanunu'nun 475. maddesinin I. fıkrasına göre; iş sahibi, *"Eser iş sahibinin kullanılamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanılamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme"* hakkına sahip olur.

Kanun hükmünden de anlaşılacağı üzere, iş sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için ayıbın önemli bir ayıp olması gerekmektedir. Görüldüğü gibi, eserde bulunan her ayıpta değil, bu ayıp dolayısıyla eser, kullanılamayacak durumda veya hakkaniyet gereği kabul edilemeyecek durumda ise iş sahibi sözleşmeden dönebilir⁶⁰⁶. Buna karşılık, eserdeki ayıp önemli değilse ve iş sahibi tarafından dürüstlük kuralı gereği kabul edilebilecek durumda ise iş sahibi

⁶⁰⁴ Şenocak, 2002, 123; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 539; Gökyayla, 2009, 208; Gümüş, 2014, 56; Büyükkay, 2014, 120; Tandoğan, 2010, 173-174; Aral ve Ayrancı, 2014, 378-379; Uçar, 2003, 151.

⁶⁰⁵ Canbolat, 2009, 94; Şenocak, 2002, 123-124; Yücer Aktürk, 2012, 186 vd.; Gümüş, 2014, 56; Büyükkay, 2014, 120; Tandoğan, 2010, 174; Uçar, 2003, 151; Eren, 2014a, 640.

⁶⁰⁶ Eren, 2014a, 642; Burcuoğlu, 1990, 290; Günel, 2004, 416; Canbolat, 2009, 106; Gökyayla, 2009, 210; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 541; Uçar, 2003, 177-178; Yavuz, 2014, 1005; Gümüş, 2014, 61; Büyükkay, 2014, 131; Tandoğan, 2010, 181; Aral ve Ayrancı, 2014, 380; Ergezen, 2007, 88; Karadaş, 2013, 210-211; OR/Huber/Schwendener, Art. 368, N. 6; Öktem, 2006, 1956.

sözleşmeden dönemez. Bu durumda iş sahibi, diğer seçimlik haklar olan, ücrette indirim veya ayıbın giderilmesini talep etme haklarından birini kullanmalıdır⁶⁰⁷.

Eserin iş sahibi tarafından kullanılabilecek durumda olup olmadığı veya ayıbın iş sahibi tarafından hakkaniyet gereği kabul edilebilir olup olmadığı somut olayın özelliklerine tespit edilir. Bu tespit yapılırken, dürüstlük kuralı çerçevesinde tarafların karşılıklı menfaatleri dikkate alınarak değerlendirme yapılması gerekmektedir⁶⁰⁸. Bununla birlikte, ayıbın türü ve kapsamı ile somut olayın bütün özellikleri dikkate alınmalıdır. Bu çerçevede sözleşmenin ortadan kalkmasının haklı olup olmadığı değerlendirilmelidir⁶⁰⁹. Ücretten indirim veya ayıbın giderilmesinin iş sahibinin yararına olup olmadığı, sözleşmeden dönme halinde yüklenicini karşılaştacağı olumsuzluklar birlikte değerlendirilerek, taraflar arasındaki menfaat durumunun belirlenmesi gerekmektedir⁶¹⁰.

Bilgisayar programı imâl sözleşmesinin karşılıklı yüksek güven ve sözleşmenin ayakta tutulmasının çok önemli olması gibi kendine has özelliklerinin

⁶⁰⁷ Büyükay, 2014, 134; Eren, 2014a, 642; Uçar, 2003, 178; Gökyayla, 2009, 210; Karadaş, 2013, 212-213; Yavuz, 2014, 1007; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 541; Gümüş, 2014, 61; Tandoğan, 2010, 186 vd.; Aral ve Ayrancı, 2014, 381 vd.; Y. 15. HD., 23.01.2006 T., 2005/7623 E., 2006/166 K., “Tüm bu yönler gözetilip dava konusu olaya dönüldüğünde temel uyuşmazlık eserdeki ayıpların eserin reddini gerektirecek derecede olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Borçlar Yasası’nın 360. maddesi uyarınca eser ismarlayanın kullanamayacağı veya hakkaniyete göre kabul etmesi beklenmeyecek derecede önemli ayıplı ya da başkaca akde aykırı olursa iş sahibi (ismarlayan) eseri red edebilir ve müteahhidin kusuru varsa giderim isteyebilir. Ayıplar veya sözleşmeye aykırılıklar daha az önemli ise iş sahibi ücretten eserin değer düşüklüğüne uygun bir indirim yapabilir veya müteahhide aşırı masrafi mucip olmadığı takdirde, eserin ücretsiz olarak düzeltilmesini ve kusur halinde tazminat verilmesini isteyebilir. Dosyada mevcut tespit raporu ile yargılama sürecinde yerinde yapılan keşif sonucu düzenlenen bilirkişi raporlarında malzeme ve işçilik nazara alınıp zarar miktarı hesaplanmış ancak eser bir bütün olarak ele alınıp tüm imalat değerlendirilip kusur ve ayıpların eserin reddini gerektirecek derecede olup olmadığı eğer reddi gerekiyorsa sadece kullanılan malzemelerin değerinin ne kadar olduğu hususları her türlü tereddüt ve kuşkudan uzak bir şekilde saptanmamıştır. Mevcut raporlar bu haliyle Yargıtay denetimine ve hüküm kurmaya elverişli değildir. Bu bakımdan yerel mahkeme kararı usul, yasaya, yöneme ve dosya içeriğine uygun değildir. O halde mahkemece yapılması gereken iş, konusunda uzman iki inşaat mühendisi, teknik bilirkişi, hukuki yorum ve nitelendirmede yardımcı olmak üzere bir de hukukçu bilirkişi tayin edilerek yerinde tatbiki keşif de yapıp bu bilirkişi kurulunca tüm eserin imalatı bir bütün halinde değerlendirilip rapor alınmalıdır, inceleme sonucunda ayıpların eserin reddini gerektirir derecede olup olmadığı, reddini gerektiriyorsa iş sahibince verilen malzemenin bedeli saptanmalı bundan hurda bedel düşülmeli, hükme esas olarak zarar miktarı hesaplanmalı, peşin ödenen 450.000.000 TL.da dikkate alınıp hüküm kurulmalıdır. Eğer ayıpların eserin reddini gerektirmeyip onarım yoluyla giderilmesi mümkünse onarım tutarı, eserdeki ayıplar kabule engel teşkil etmiyorsa bedelde indirim gerekip gerekmediği belirlenmeli sonucu dairesinde hüküm tesis edilmelidir.” Kazancı Bilişim Otomasyon.

⁶⁰⁸ Karadaş, 2013, 212; Ergezen, 2007, 89; Büyükay, 2014, 123-135; Canbolat, 2009, 106-107; Uçar, 2003, 178; Gümüş, 2014, 61; Tandoğan, 2010, 181; Aral ve Ayrancı, 2014, 380; Öktem, 2006, 1956.

⁶⁰⁹ Tandoğan, 2010, 181; Gümüş, 2014, 61; Yavuz, 2014, 1005; Uçar, 2003, 178.

⁶¹⁰ Gökyayla, 2009, 210; Aral ve Ayrancı, 2014, 380; Tandoğan, C. II, 181-182; Uçar, 2003, 178.

bulunmaktadır⁶¹¹. Bundan dolayı ayıp halinde sözleşmeden dönme hakkının sınırlı uygulanması gerekmektedir⁶¹². Bilgisayar programındaki ayıp, iş sahibi için bilgisayar programını kullanılamaz hale getirecek derecede bir ayıp olması halinde, sözleşmeden dönme hakkı kullanılmalıdır. Sözleşmeden dönülmesi halinde, iş sahibi ihtiyacı olduğu bilgisayar programını üçüncü kişiye yaptırmak zorunda kalır. Bu durumda da hem iş sahibinin hem de imâl edenin muhtemel menfaatleri zarar görebilir⁶¹³. Bu sebeple, iş sahibinin dönme hakkı karşılıklı menfaatlerin durumu dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Sözleşmenin mümkün olduğunca ayakta tutulması amacı ve taraflar ararsındaki özel bir sadakat ilişkisi dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla sözleşmenin uygun bir masrafla değiştirilmesi veya yenilenmesi mümkün ise sözleşmeden dönmek yerine, sözleşmenin değiştirilmesi veya yenilenmesi seçeneği tercih edilmelidir. Bu husus tarafların menfaati açısından daha yerinde olur⁶¹⁴. Sözleşme değiştirilmesi veya yenilenmesi yapılırken tarafların menfaati göz önünde tutulmalıdır. Bu durumda iş sahibine ihtiyaçlarını ve buna uygun çözümleri belirleyebilmesi için uygun bir süre verilmesi gerekmektedir. İş sahibinin menfaatleri değerlendirilirken, mevcut sözleşme ile değiştirilecek veya yenilenecek sözleşme arasında bir karşılaştırma yapılmalıdır. İmâl edenin de değiştirilen veya yenilenen sözleşmedeki edimi yerine getirip getiremeyeceği değerlendirilmelidir⁶¹⁵.

Taraflar, değiştirilen veya yenilenen sözleşmenin aralarındaki hukukî işlemin karakterine uygun olmasını sağlamalıdır. Sözleşmenin değiştirilmesi veya yenilenmesi yapılırken tarafların karşılıklı menfaatleri değerlendirilmeli ve şüpheli durumlarda, iş sahibinin menfaatine öncelik tanınmalıdır. Çünkü sözleşmenin kötü ifası imâl edenin sorumluluk alanı ile ilgili bir durumdur⁶¹⁶.

5.1.3.3.2. Bedelde İndirim Talep Hakkı

Bedelde indirim, eserdeki ayıbın önemli olmadığı hallerde talep edilebilir. Gerçekten de, Türk Borçlar Kanunu'nun 475. maddesinin I. fıkrasının 2. bendine

⁶¹¹ Bkz., I. Bölüm, §3, III, B.

⁶¹² Slongo, 1991, 87.

⁶¹³ Slongo, 1991, 87.

⁶¹⁴ Slongo, 1991, 87.

⁶¹⁵ Slongo, 1991, 87.

⁶¹⁶ Slongo, 1991, 88.

göre; imâl edilen eserdeki ayıp dönme hakkının kullanılabileceği ölçüde önemli değilse, iş sahibi eseri alıkoyarak bedelde indirim talep edebilir⁶¹⁷.

Bedelde indirim yapılabilmesi için, ayıp sebebiyle eserin değerinde bir eksiklik söz konusu olması gerekmektedir. Başka bir ifade ile ayıplı olan eser ile eserin ayıpsız hali arasında bir fark bulunmalıdır. Başka bir ifade ile eserin ayıpsız hali, eserin ayıplı halinden daha değerli olmalıdır. Eserin ayıplı ve ayıpsız değeri tespit edilirken, tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları değer değil, eserin satım değeri yani rayiç bedeli esas alınmalıdır⁶¹⁸.

Eserde bulunan ayıp iş sahibine sözleşmeden dönme hakkı tanıyacak oranda olsa dahi, iş sahibi bedelde indirim talep edebilir. Ancak söz konusu ayıp sebebiyle eser değersiz bir hale gelmişse veya indirilecek bedel eserin değerine eşit ise bu durumda TBK.'nın 227. maddesinin IV. fıkrası kıyasen uygulanarak, iş sahibinin sadece sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir⁶¹⁹.

İndirilecek bedelin hesabında uygulamada⁶²⁰ ve doktrinde nisbî metodun uygun olduğu kabul edilmektedir. Buna göre; sözleşmede kararlaştırılan bedel ile eserin ayıplı bedeli çarpılır ve çıkan sonuç eserin ayıpsız bedeline oranlanması ile indirilecek bedel bulunur⁶²¹.

İş sahibinin, ayıp önemli olmadığı durumlarda eseri alıkoyarak bedelde indirim isteyebileceğine ilişkin olan TBK.'nın 475. maddesinin I. fıkrasının 2.

⁶¹⁷ Öktem, 2006, 1957; Canbolat, 2009, 123; Ergezen, 2007, 86; Eren, 2014a, 644; Burcuoğlu, 1990, 292; Günel, 2004, 419; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 542; Karadaş, 2013, 215; Gökyayla, 2009, 211; Uçar, 2003, 185; Gümüş, 2014, 63; Aral ve Ayrancı, 2014, 381; Tandoğan, 2010, 186; Büyükay, 2014, 140; Yavuz, 2014, 1007.

⁶¹⁸ Burcuoğlu, 1990, 294; Gümüş, 2014, 64; Aral ve Ayrancı, 2014, 381; Tandoğan, 2010, 188; Uçar, 2003, 188; Canbolat, 2009, 124-125; Büyükay, 2014, 141; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 543; Gökyayla, 2009, 211; Huber ve Schwender, 2009, Art. 368, N. 8; Eren, 2014a, 644-645; Öktem, 2006, 1958-1959.

⁶¹⁹ Huber ve Schwender, 2009, Art. 368, N. 9; Aral ve Ayrancı, 2014, 381; Yavuz, 2014, 1008; Uçar, 2003, 188; Tandoğan, 2010, 188; Büyükay, 2014, 141; Öktem, 2006, 1959; Gökyayla, 2009, 212; Canbolat, 2009, 126; Burcuoğlu, 1990, 294.

⁶²⁰ Y. 15. HD., 24.05.2010 T., 2010/1703 E., 2010/2891 K., "Borçlar Kanunu'nun 360. maddesinde eser-iş sahibine tanınan haklardan hangisinin kullanılması gerektiği, inceleme konusu işi bilir teknik bilirkişi ya da kurulu aracılığıyla yaptırılacak inceleme sonucu mahkemece belirlenir. Az yukarıda açıklandığı üzere, yüklenici tarafından yapılan işin, yanlar arasındaki sözleşme koşullarına uygun olmadığı, gizli ayıplı yapıldığı anlaşılmakta ise de; davacının talebi ve ayıpların niteliği değerlendirildiğinde, ayıp sebebiyle iş bedelinde indirim yapılması gerektiği sonucuna varılmaktadır. İndirimli iş bedelinin hesaplanmasında da "nisbi metod" uygulanmalıdır ve bu metoda göre, kararlaştırılan ücret ile yapılan işin ayıplı değerinin çarpımı sonucu oluşan miktarın ayıpsız değere bölünmesi gerekir. Bir örnekle açıklanacak olursa; kararlaştırılan ücret 200,00 TL, ayıplı değer 250,00 TL ve ayıpsız değer 400,00 TL olduğunda indirilmiş iş bedeli 125,00 TL olarak; iadesi gereken bedel ise 75,00 TL olarak bulunur." Kazancı Bilişim Otomasyon.

⁶²¹ Uçar, 2003, 190; Öktem, 2006, 1959-1960; Günel, 2004, 421; Yavuz, 2014, 1007; Burcuoğlu, 1990, 294; Gümüş, 2014, 63-64; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 543; Canbolat, 2009, 128; Aral ve Ayrancı, 2014, 381; Tandoğan, 2010, 191; Büyükay, 2014, 142.

bendindeki hükmün, bilgisayar programı imâl sözleşmesine uygulanıp uygulanmayacağı, bilgisayar programının özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Çünkü iş sahibi problemleri çözmek ve ihtiyaçlarını gidermek için, özelliklerini belirlediği bir bilgisayar programı imâl edilmesini talep etmektedir. İmâl edilen bilgisayar programından beklenen, iş sahibini problemlerini çözecek ve ihtiyaçlarına cevap verecek fonksiyonlara sahip olmasıdır. Daha önce de belirtildiği üzere bilgisayar programındaki her hata hukukî anlamda ayıp olarak nitelendirilmemektedir. Önemli olan bilgisayar programının ihtiyaçlara cevap verebilecek ve beklenen fonksiyonu yerine getirebilecek durumda olmasıdır. Bu açıdan değerlendirildiğinde, imâl edilen bilgisayar programında, yukarıda belirtilen ayıp durumlarından biri varsa, bilgisayar programı beklenen fonksiyonlarını yerine getiremez veya istenen sonuçları ortaya çıkaramaz. Bu durumda bilgisayar programının kabul edilip, bedelde indirim yapılmasının talep edilmesinin iş sahibinin menfaatleri açısından bir önemi yoktur. Bilgisayar programındaki ayıp onun kullanılışlığını etkilemiyorsa, bu tür ayıplara rağmen beklenen fonksiyonları yerin getirip, istenilen sonuçları ortaya çıkarıyorsa yukarıda da belirtildiği üzere bu zaten hukukî anlamda ayıp olarak da değerlendirilmemektedir. Ancak bilgisayar programındaki ayıba rağmen program beklenen ve istenen fonksiyonları yerine getiriyorsa veya bu ayıba rağmen programın işleyişinde iş sahibi açısından önemli bir eksiklik yoksa iş sahibi bilgisayar programını kabul edip bedelde indirim de talep edebilmelidir. Meselâ, imâl edilen bilgisayar programı istenilen hızda değil ancak, bu haliyle de ihtiyaçlara cevap veriyorsa veya hazırlanan bir muhasebe programında tek tuşla KDV'nin hesaplanması gerekirken, bu fonksiyon bulunmuyorsa ya da imâl edilen bir navigasyon programında son gidilen adresi kaydetme veya lokanta, okul gibi “*ilgi çekici noktaları*” göstermesi gibi özellikler bulunması gerekirken, bu özellikler yoksa ama buna rağmen iş sahibi bu haliyle programı kullanabiliyorsa bedelde indirim talep edebilmelidir. Özellikle bu tür ayıplar, onarılamıyorsa, ama yinede iş sahibi açısından kullanılabiliyorsa sözleşmeden dönmek yerine bedelde indirim talep edilmesi kanaatimizce daha yerinde olur. Çünkü bilgisayar programı imâl sözleşmesinin kendine özgü özelliklerini dikkate alındığında, mümkün olduğunca sözleşmenin ayakta tutulması tarafların menfaati açısından daha doğru olur.

5.1.3.3.3. Ayıbın Giderilmesini Talep Hakkı

İş sahibi, aşırı masraflı olmaması ve onarılması da mümkün olması şartıyla bütün masrafların yükleniciye ait olmak üzere, eserdeki ayıbın ücretsiz onarılmasını talep edebilir (TBK. md. 475 f. I)⁶²².

İş sahibinin eserin onarılmasını isteyebilmesi için öncelikle her ne kadar kanun hükmünde bu şart yer almasa da, eserin onarılmasının objektif olarak mümkün olması gerekmektedir⁶²³. Eserdeki ayıbın tamamen değil de bir kısmının onarılması mümkün ise iş sahibi mümkün olan kısmın onarılmasını isteyebilir⁶²⁴.

İş sabinin ayıbın onarılmasını isteyebilmesi için bir diğer şart ise eserin onarılmasının aşırı masraflı olmamasıdır⁶²⁵. Yapılacak masrafın aşırı olup olmadığı tespit edilirken, ayıbın onarılmasının iş sahibine sağlayacağı yarar ile yapılacak masraf arasında somut olaya göre bir oran yapılmalıdır. Şayet yarar ile masraf arasında bir oransızlık varsa yapılan masrafın aşırı olarak kabul edilmesi gerekmektedir⁶²⁶. Bu oransızlığın büyük olması şart değildir⁶²⁷. İş sahibinin yararının, ayıbın giderilmesi için yapılacak masrafı haklı göstermeyecek derecede olması yeterlidir. Eserdeki ayıbın sebep olduğu değer azalmasını aşmayan masraflar aşırı sayılmamaktadır. Hatta bazı durumlarda somut olayın özelliklerine

⁶²² Y. 15. HD., 14.02.2005 T., 2004/3331 E., 2005/698 K., “Eser sözleşmesinde eserin ayıplı olması halinde bu ayıplar kabule engel değil ise; iş sahibi ayıpların aynen giderilmesini veya giderilmesi için gerekli bedelin tahsilini ya da iş bedelinden bu miktarın indirilmesini; ayıplar eserin kabulüne engel derecede ise, eseri iade ve ödediği bedelin geri verilmesini ve koşulları oluşmuş ise diğer zararlarını talep edebilir (BK.md.360). Öte yandan, ayıbın giderilmesinin aşırı masrafı gerektirmemesi de zorunludur. Çünkü eser bedelini aşan onarım giderini yüklenici reddedebilir. Bu halde, Medeni Yasanın 2. maddesinde öngörüldüğü üzere, dürüstlük kuralı gereğince, iş sahibi ya ücretten indirim yapılmasını veya sözleşmenin feshini isteyebilir. Az yukarda açıklanan bilirkişi incelemesi yaptırılırken, bilirkişi kuruluna işin "ayıp" derecesinin de tespiti mahkemece yaptırılmalıdır.”, Kazancı Bilişim Otomasyon.

⁶²³ Günel, 2004, 423; Gökyayla, 2009, 212; Karadaş, 2013, 223; Gümüş, 2014, 64; Aral ve Ayrancı, 2014, 382; Tandoğan, 2010, 196; Ergezen, 2007, 85; Büyükay, 2014, 139; Yavuz, 2014, 1008; Zevkililer ve Gökyayla, 2014, 544; Burcuoğlu, 1990, 297; Uçar, 2003, 198; Canbolat, 2009, 138; Öktem, 2006, 1961.

⁶²⁴ Karadaş, 2013, 223; Günel, 2004, 423; Tandoğan, 2010, 197.

⁶²⁵ Huber ve Schwender, 2009, Art. 368, N. 11; Ergezen, 2007, 85; Şenocak, 2002, 163; Zevkililer ve Gökyayla, 2014, 543; Gümüş, 2014, 64; Öktem, 2006, 1961; Burcuoğlu, 1990, 297; Karadaş, 2013, 223; Gökyayla, 2009, 212; Aral ve Ayrancı, 2014, 382; Canbolat, 2009, 138; Tandoğan, 2010, 197; Yavuz, 2014, 1008; Uçar, 2003, 199; Büyükay, 2014, 139; Günel, 2004, 423.

⁶²⁶ Canbolat, 2009, 139; Günel, 2004, 423; Gümüş, 2014, 64; Şenocak, 2002, 163; Uçar, 2003, 199; Aral ve Ayrancı, 2014, 382; Tandoğan, 2010, 197; Burcuoğlu, 1990, 297; Huber ve Schwender, 2009, Art. 368, N. 11.

⁶²⁷ Tandoğan, 2010, 197; Gümüş, 2014, 64.

göre, bu masrafların eserdeki değer azalmasını aşmasının dahi aşırı masraf sayılmayacağı kabul edilmektedir⁶²⁸.

İş sahibi ayıbın onarılmasını talep ettiğinde, yüklenici, derhal işe başlamalıdır. Objektif ölçütlerde normal bir yükleniciden beklenen belirli bir sürede de ayıbın giderilmesi işini tamamlaması gerekmektedir⁶²⁹. Yüklenici, bu süre içerisinde işi tamamlamazsa, iş sahibi yükleniciye ihtarda bulunarak onu temerrüde düşürebilir (TBK. md. 117 f. I). İş sahibi işi tamamlaması için yükleniciye bir süre vermiş ise bu durumda yükleniciyi temerrüde düşürebilmesi için ihtara gerek yoktur (TBK. md. 117 f. I)⁶³⁰. Yüklenici ayıbın onarılması işine zamanında başlamaz ve iş sahibinin kusuru olmaksızın işi zamanında bitiremeyeceği anlaşılırsa, iş sahibinin TBK.'nın 475. maddesinin II. fıkrası gereğince ihtarda bulunarak yükleniciyi süre dolmadan da temerrüde düşürebileceği kabul edilmektedir⁶³¹.

Yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde, iş sahibi TBK.'nın 123. maddesi gereğince ona uygun bir süre verir ve TBK.'nın 125. maddesinin II. fıkrasında belirtilen hakları eser sözleşmesinin özellikleri dikkate alınmak şartıyla kullanabilir. Buna göre, iş sahibi süre vermeksizin aynen ifa, başka bir ifade ile ayıbın onarılmasını isteyebileceği gibi, süre vererek aynen ifadan vazgeçip müsbet zararın tazminini isteme veya sözleşmeden dönme hakkına sahiptir⁶³². İş sahibi sözleşmeden dönme hakkını TBK.'nın 475. maddesinin I. fıkrasının 1. bendi çerçevesinde kullanabilir⁶³³. Yüklenici kusursuz olduğunu ispat ederek, müsbet zararı tazmin etmekten kurtulabileceğinden, iş sahibinin kusura dayanmayan bedelde indirim hakkının saklı tutulması gerektiği kabul edilmektedir⁶³⁴.

İmâl edilen bilgisayar programındaki ayıp, imâl eden tarafından daha sonra onarılabilir ve bu aşırı masraflı olmayacaksa, iş sahibi bilgisayar programındaki ayıbın onarılmasını talep edebilir. Meselâ, imâl edilen bilgisayar programındaki fonksiyon eksikliği daha sonra giderilebiliyorsa veya bilgisayar

⁶²⁸ Tandoğan, 2010, 197.

⁶²⁹ Şenocak, 2002, 172; Öktem, 2006, 1961; Günel, 2004, 425; Gümüş, 2014, 65; Aral ve Ayrancı, 2014, 383; Uçar, 2003, 201; Tandoğan, 2010, 198; Büyükay, 2014, 138.

⁶³⁰ Günel, 2004, 425; Öktem, 2006, 1961; Uçar, 2003, 202-203; Şenocak, 2002, 177-178; Aral ve Ayrancı, 2014, 383; Tandoğan, 2010, 198; Gökyayla, 2009, 213.

⁶³¹ Aral ve Ayrancı, 2014, 383; Uçar, 2003, 203; Tandoğan, 2010, 198-199.

⁶³² Karadaş, 2013, 223; Gümüş, 2014, 65; Şenocak, 2002, 173; Uçar, 2003, 204; Aral ve Ayrancı, 2014, 383; Tandoğan, 2010, 199.

⁶³³ Gümüş, 2014, 65; Şenocak, 2002, 179; Aral ve Ayrancı, 2014, 383; Tandoğan, 2010, 199.

⁶³⁴ Aral ve Ayrancı, 2014, 383; Uçar, 2003, 205; Tandoğan, 2010, 199.

programı fonksiyonunu ayıplı yerine getiriyorsa ve bu düzeltilebiliyorsa, iş sahibi ayıbın onarılmasını talep edebilir. Bilgisayar programının hızının düşük olması durumlarında, sonradan yapılacak onarım ile bilgisayar programının hızı artırılabilir veya bilgisayar programındaki virüs sonradan temizlenebiliyorsa, iş sahibi ayıbın onarılmasını talep edebilir.

Klasik bir eser sözleşmesinde, eser imâl edildikten sonra, ayıpların onarılması çoğu kez mümkün olmayabilir. Meselâ, bir bina yapıldığında, bu binadaki pencereler kararlaştırıldan veya olması gerekenden daha küçük yapılmışsa, yapılmış ve bitmiş bir binada bunun daha sonra giderilmesi pek mümkün gözükmemektedir. Ancak imâl edilen bir bilgisayar programında özellikle yazılımından kaynaklı ayıplar, teknik açıdan klasik bir eser sözleşmesine göre sonradan daha kolay onarılabilir. Ancak bilgisayar programındaki ayıp onarılamayacak durumda ise ama bu haliyle de kullanılabiliriyorsa bedelde indirim talep edilebilir.

Kanaatimizce, imâl edilen bilgisayar programının ayıplı olması durumunda, sözleşmeden dönme en son tercih edilmelidir. Bilgisayar programı imâl sözleşmesini özellikleri dikkate alındığında, taraflar arasındaki sözleşmenin mümkün olduğunca ayakta tutulması daha doğrudur. Mümkünse ayıp onarılmalı yoksa bedelde indirim tercih edilmelidir. Ayıbın onarılması mümkün değilse ve bedelde indirim yapılarak bilgisayar programını kabul etmesi de iş sahibinden beklenemezse, bu durumda da yine mümkünse yukarıda da belirttiğimiz üzere sözleşmenin değiştirilmesi veya yenilenmesi daha yerinde olur. Sözleşmeden dönme en son çare olarak tercih edilmelidir.

5.2. BİLGİSAYAR PROGRAMI İMÂL SÖZLEŞMESİNDE ZAPTAN DOĞAN SORUMLULUK

5.2.1. Genel Olarak

Satım sözleşmesinde zapta karşı tekeffül borcu, bir üçüncü kişinin satılan mal üzerinde alıcıya göre bir üstün hakka sahip olması sebebiyle söz konusu malın alıcının elinden alınmasından veya alıcının mülkiyet hakkından doğan bazı yetkilerini kullanamamasından dolayı, satıcının sorumlu olması olarak

tanımlanmaktadır⁶³⁵. Satıcının zapta karşı tekeffül borcu, TBK.'nun 214 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre; satıcının, satılan malın zaptından sorumlu olabilmesi için, satılanın alıcıya teslim edilmiş olması, sözleşmenin kurulduğu sırada üçüncü kişinin zaptı sağlayan üstün bir hakkının olması, satılanın alıcının elinden zapt edilmesi ve zapta karşı tekeffül sorumluluğunun sözleşme ile ortadan kaldırılmamış olması gerekmektedir⁶³⁶.

Türk Borçlar Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda eser sözleşmesinde zapta karşı tekeffüle ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktadır. Hal böyle olmakla birlikte TBK.'nun 472. maddesinin I. göre; yüklenici tarafından sağlanan malzemenin ayıplı olması halinde, yüklenici iş sahibine karşı satıcı gibi sorumludur. Bunda dolayı, satım sözleşmesindeki zapta karşı tekeffül hükümlerinin eser sözleşmesine de uygulanacağı kabul edilmektedir⁶³⁷. Söz konusu hükme göre, eser sözleşmesinde malzemeyi yüklenici sağlamışsa, imâl edilip devredilen eser üzerinde üçüncü kişinin iş sahibine göre daha üstün bir hakkının bulunmamasını sağlamak zorundadır. Bu yükümlülüğe rağmen, üçüncü şahsın üstün nitelikli bir hakkı bulunmaktaysa yüklenici, iş sahibine karşı zapta karşı tekeffül sorumluluğu kapsamında sorumlu tutulmalıdır⁶³⁸. Eser sözleşmesinde zapt, Alman Medenî Kanunu'nda ise açıkça düzenlenmiştir (BGB § 633/III). Söz konusu hükme göre; imal olunan eser üzerinde üçüncü kişinin hiç veya iş sahibine göre daha üstün bir hakkı yoksa, yüklenicinin zapta karşı tekeffül borcunun doğmayacağı kabul edilmektedir⁶³⁹. Ayıp (Sachmangel) ve zapt (Rechtsmangel) Alman Medenî Kanunu'nda aynı maddede düzenlenmiştir ve sonuçları açısından da benzer bir düzenlemeye tabi tutulmuştur⁶⁴⁰. Eser sözleşmesinde zapt, çoğunlukla, imâl edilen eser üzerinde üçüncü kişinin iş

⁶³⁵ Yıldırım, M. F. (2013). Satıcının Zapta Karşı Tekeffül sorumluluğu Bakımından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 216. Maddesi Nasıl Okunmalıdır? *GÜHFD*. C. XVII, S. 1-2, s. 1050; Yavuz, 2014, 107; Tandoğan, 1/I, 147; Aral ve Ayrancı, 2014, 109; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 143; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, 1992, 79-80.

⁶³⁶ Tandoğan, 2008, 151 vd.; Yavuz, 2014, 110 vd.; Aral ve Ayrancı, 2014, 111 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, 1992, 82-83; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 143-144; Gümüş, 2013, 65 vd.

⁶³⁷ Türker, 1974, E. (1974). *Türk ve İngiliz Hukukunda Satıcının Zapta Karşı Teminat Borcu*. Eskişehir, s. 38; Tandoğan, 1/I, 149; Aral ve Ayrancı, 2014, 111; Gauch, 2011, Rn. 1463.

⁶³⁸ Gauch, 2011, Rn. 1463; Türker, 1974, 38.

⁶³⁹ Busche, 2009, § 633, Rn. 33; Sprau, 2011, § 633, Rn. 9; Peters ve Jacoby, 2008, § 633, Rn. 198; Thewalt, 2004, 237; Schwenker, 2011, § 633, Rn. 19.

⁶⁴⁰ Thewalt, 2004, 239-240; Busche, 2009, § 633, Rn. 33; Sprau, 2011, § 633, Rn. 9; Peters ve Jacoby, 2008, § 633, Rn. 198; Junker ve Benecke, 2003, 200; Kotthoff, 2002, 110; Schwenker, 2011, § 633, Rn. 19.

sahibinin eseri kullanmasını veya ondan yararlanmasını engelleyen bir fikrî veya sınaî hakkın bulunması hallerinde ortaya çıkmaktadır⁶⁴¹.

5.2.2. Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesinde Eser Sahipliği

5.2.2.1. Genel Olarak Eser Sahipliği

Bilgisayar programı imâl sözleşmesinde zapttan doğan sorumluluğun tespiti için, imâl edilen bilgisayar programı üzerindeki hak sahipliğinin belirlenmesi önem taşımaktadır.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 8. maddesine göre ise bir eserin sahibi onu meydana getirendir. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 1/B maddesinde de eser sahibi, eseri meydana getiren kişi olarak tanımlanmıştır. Kanunda 2004 yılında yapılan değişiklikten önce, eser sahibi eseri meydana getiren gerçek kişi olarak tanımlanmıştı. Ancak söz konusu değişiklik ile yapılan tanımda “*gerçek*” ibaresi kaldırılmıştır. Buna göre, ilk planda tüzel kişilerin de eser sahibi olabileceği düşünülebilir⁶⁴². Ancak bir eserin meydana getirilmesi, hukuki mahiyeti itibarıyla bir gerçek tarafından yapılan maddî bir fiille mümkündür. Başka bir ifade ile eser ancak bir insan tarafından meydana getirilebilir⁶⁴³. Bu sebeple, eşyanın tabiatı gereği, bir tüzel kişinin eser meydana getirmesi mümkün değildir. Tüzel kişiler, insan tarafından meydana getirilen eser üzerindeki hakları kullanan veya bu haklardan yararlanan sıfatıyla hak sujesi olabilirler⁶⁴⁴.

5.2.2.2. Birden Fazla Kişinin Eser Sahipliği

Fikir ve sanat eserleri bir tek kişi tarafından meydana getirilebileceği gibi birden fazla kişi tarafından da meydana getirilebilir. Eseri birden fazla kişi meydana getirdiğinde, taraflar arasındaki ilişkinin niteliğine göre, “*iştirak halinde eser sahipliği*” ve “*müşterek eser sahipliği*” olmak üzere iki tür eser sahipliği mümkün olmaktadır.

⁶⁴¹ Busche, 2009, §633, Rn. 33; Sprau, 2011, §633, Rn. 9; Peters ve Jacoby, 2008, §633, Rn. 198; Schwenker, 2011, §633, Rn. 19.

⁶⁴² Ateş, M. (2012). *Fikrî Hukukta Eser Sahipliği*. Ankara, s. 32.

⁶⁴³ Doğrul, G. S. (2013). *Mimarın Telif Hakkı*. Ankara.s. 117; Ateş, 2012, 33.

⁶⁴⁴ Ateş, 2012, 33; Doğrul, 2013, 118-119.

İştirak halinde eser sahipliği, FSEK.'nın 10. maddesinin I. fıkrasında düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre; *“Birden fazla kimsenin iştirakiyle vücuda getirilen eser ayrılmaz bir bütün teşkil ediyorsa, eserin sahibi, onu vücuda getirenlerin birliğidir.”* Birden fazla kişi tarafından meydana getirilen eser, ayrılmaz bir bütün teşkil ediyorsa ve her eser sahibinin, eserin hangi kısmı üzerinde katkı yaptığı anlaşılamiyorsa, iştirak halinde eser sahipliğinin bulunduğu kabul edilmektedir. Böyle bir eserin sahibi onu meydana getirenlerin birliğidir⁶⁴⁵. Bununla birlikte, eseri meydana getirilmesine her katkı sağlayan iştirak halinde eser sahipliğine dâhil olmaz. Eser meydana getirilirken bir kişinin yaptığı katkı sadece teknik hizmet ve teferruat niteliğinde kalıyorsa, bu katkı eser sahipliği sonucunu doğurmaz (FSEK. md. 10 f. III)⁶⁴⁶.

Müşterek eser sahipliği FSEK.'nın 9. maddesinin I. fıkrasında düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca; *“Birden fazla kimselerin birlikte vücuda getirdikleri eserin kısımlara ayrılması mümkünse, bunlardan her biri vücuda getirdiği kısmın sahibi sayılır.”* Birden fazla kişi tarafından meydana getirilen eser, nitelik kaybı olmadan, birden çok parçaya ayrılabilirse, söz konusu eser üzerinde müşterek eser sahipliği bulunmaktadır⁶⁴⁷.

Müşterek eser sahipliğinde, birden fazla kişi müşterek çalışmaları sonucunda bir eser meydana getirmektedir. Bu müşterek çalışmadaki her bir kişinin katkısı bağımsız bir eser teşkil etmektedir. Müşterek eser sahipliğini, iştirak halinde eser sahipliğinden ayıran en önemli özellik budur. İştirak halinde eser sahipliğinde, sadece eserin bütünü bağımsız bir eser niteliği taşımaktadır. Müşterek eser sahipliğinde ise müşterek eser sahiplerinden her birinin eser meydana getirilmesine yaptığı katkı, bağımsız bir eser niteliği taşımaktadır⁶⁴⁸.

5.2.2.3. Bilgisayar Programında Eser Sahipliği

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda eseri meydana getiren onun sahibi olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte imâl olunacak eserin fikir ve sanat eserleri

⁶⁴⁵ Doğrul, 2013, 129; Ayiter, 1981, 100; Erel, 2009, 89-90; Arslanlı, 1954, 67-68; Ateş, 2012, 204 vd.; Gökyayla, 2001, 203.

⁶⁴⁶ Gökyayla, 2001, 205; Erel, 2009, 90; Ayiter, 1981, 100-101; Ateş, 2012, 209.

⁶⁴⁷ Arslanlı, 1954, 72; Ayiter, 1981, 98; Doğrul, 2013, 123; Erel, 2009, 93; Gökyayla, 2001, 208-209; Ateş, 2012, 190.

⁶⁴⁸ Gökyayla, 2001, 209; Doğrul, 2013, 124; Erel, 2009, 93; Ayiter, 1981, 98-99; Ateş, 2012, 193-194.

hukuku anlamında bir eser sayılması durumunda, bu eser üzerinde iki tür mülkiyet olduğu dikkate alınmalıdır. Bu mülkiyet türlerinden biri, fizikî mülkiyet, diğeri ise fikrî mülkiyettir. Fizikî mülkiyet eşya hukuku anlamında var olan mülkiyettir. Fikrî mülkiyet ise bir eser üzerinde fikir ve sanat eserleri hukuku anlamında sahip olunan haklardan doğmaktadır. Eser üzerinde fizikî mülkiyet hakkı bir kişiye, fikrî mülkiyet hakkı ise başka bir kişiye ait olabilir. Eser sözleşmesine konu olan bir fikri eserin üzerindeki fizikî mülkiyetin iş sahibine ait olduğu kabul edilmektedir. Meselâ, mimarî bir projenin sahibi, bu projeyi mimarının izni olmadan satabilir veya kiraya verebilir⁶⁴⁹.

Eser üzerindeki fikrî mülkiyet hakkının kime ait olduğunun tespiti yapılırken ikili bir ayırım yapmak gerekmektedir. Buna göre; bir eser sözleşmesi çerçevesinde imâl edilen eser üzerindeki manevî hakların mutlak ve münhasır şekilde eseri imâl edene ait olacağı kabul edilmektedir⁶⁵⁰.

Eser üzerindeki malî hakların kime ait olacağı konusunda öncelikle FSEK.'nun 18. maddesi göz önünde bulundurulması gerekir. FSEK.'nun 18. maddesine göre; memur, hizmetli ve işçiler, işlerini görürken ve yaptıkları işle ilgili imâl ettikleri eserin sahibi olurlar. Ancak imâl edilen eserin kullanma hakkı, bu kişileri çalıştıran veya istihdam eden gerçek veya tüzel kişilere aittir. Taraflar bunun aksini kararlaştırabilirler⁶⁵¹. Bir eser sözleşmesi çerçevesinde eser imâl edildiğinde, taraflar arasında bağımlı bir çalışma ilişkisi bulunmadığında, FSEK.'nun 18. maddesinin uygulanması mümkün değildir. Eser sözleşmesi ile kurulan ilişkide eser üzerindeki mali hakların sahibinin konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda taraflar arasındaki sözleşmeye bakılması gerekmektedir⁶⁵². Sözleşmede mali hakların kime ait olacağı konusunda bir hüküm varsa, bu hükümler uygulanmalıdır⁶⁵³. Sözleşmede bu yönde bir hüküm yoksa sözleşmenin yorumlanması ve somut olayın özelliklerine göre sonuca ulaşılmalıdır. Somut olayda, işin niteliği gereği söz konusu mali hakların iş sahibi tarafından kullanılması gerekebilir⁶⁵⁴. Her ne kadar, eser üzerindeki manevî haklar münhasıran eseri imâl edene ait olsa dahi, somut olayın özelliklerine göre bu

⁶⁴⁹ Ateş, 2012, 397-398.

⁶⁵⁰ Ateş, 2012, 402.

⁶⁵¹ Topaloğlu, 2005, 29-30.

⁶⁵² Ateş, 2012, 402-403; Topaloğlu, 1997, 44; Topaloğlu, 2005, 30.

⁶⁵³ Ateş, 2012, 402.

⁶⁵⁴ Ateş, 2012, 405.

haklardan bazılarının aynı zamanda iş sahibi tarafından kullanılabileceği de kabul edilmektedir⁶⁵⁵.

Doktrindeki bir görüşe göre⁶⁵⁶; bilgisayar programı bir yayım sözleşmesi kapsamında imal edilmiş ise hak sahibi kişi, sözleşmede aksi öngörülmedikçe, programı imâl edendir. Bilgisayar programı, yayımcının talimatı ve onun belirlediği plana göre imâl ediliyorsa, program üzerindeki telif hakkı yayımcıya aittir. Taraflar arasındaki sözleşmede yayımlama yükümlülüğü öngören bir düzenleme yer almıyorsa, hak sahibinin, iş sahibi mi yoksa imâl eden mi olacağı sözleşmedeki hükümlerin yorumlanmasına ile ulaşılabilecek bir sonuçtur. Bu görüşe göre; sözleşme yorumlanırken şu kriterlerden yararlanılabilir⁶⁵⁷:

- Program imâl edenin yeni bir program mı imâl ettiği, yoksa mevcut bir standart programın uyarlanması söz konusu olup olmadığı,
- İş sahibinin imâl edilen program sayesinde rakiplerine karşı avantaj sağlayıp sağlamadığı,
- İmâl edilen programın iş sahibinin ticari sırlarını ne ölçüde ihtiva ettiği,
- İş sahibinin programın imâli için ne oranda katkıda bulunduğu,
- Kaynak kodun iş sahibi tarafından verilip verilmediği, değerlendirilmelidir.

Fikir Sanat Eserleri Kanunu'nun 8. maddesine göre, bilgisayar programının sahibi, onu imâl eden kişidir⁶⁵⁸. Bilgisayar programı birden fazla kişi tarafından imâl edilmiş ise, bilgisayar programı ayrılmaz bir bütün teşkil ediyorsa, iştirak halinde eser sahipliği söz konusu olur. Bununla birlikte, birbirinden bağımsız birkaç program parçacığı bir araya getirilerek bir bütün oluşturulmuşsa müşterek eser sahipliği de söz konusu olabilir.

Bilgisayar programı üzerindeki haklar, fizikî mülkiyet ve fikrî mülkiyet olarak ikili bir ayrım içerisinde değerlendirildiğinde, fizikî mülkiyetin iş sahibine ait olması gerekir. İş sahibi imâl ettirdiği bilgisayar programını başkalarına devredebilir veya kiraya verebilir. Fikrî mülkiyet konusunda ise yine ikili bir ayrım yapmak gerekmektedir. Buna göre bilgisayar programı üzerindeki manevî haklar kural olarak eseri imâl edene aittir. Mali hakların kime ait olacağı konusunda ise taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine bakılmalıdır. Sözleşmede bu konuda açık hükümler varsa hak sahipliği buna göre belirlenir. Sözleşmede açık bir hüküm

⁶⁵⁵ Ateş, 2012, 407.

⁶⁵⁶ Topaloğlu, 2005, 30.

⁶⁵⁷ Topaloğlu, 1997, 44-45; Topaloğlu, 2005, 30.

⁶⁵⁸ Topaloğlu, 1997, 42; Topaloğlu, 2005, 29.

yoksa sözleşmenin yorumlanması ve somut olayın özelliklerine bakılarak sonuca ulaşılmalıdır. Bundan da bir sonuç elde edilememesi halinde, kanunda düzenlenen yedek hukuk kuralları uyarınca hak sahibi belirlenmelidir.

İmâl edilen bilgisayar programının, kullanma ve yararlanma hakkı sağlayacak bir lisans olmaksızın devredilmesi, yapılan sözleşmeyle güdülen amaçla bağdaşmaz. Bilgisayar programı imâl sözleşmesinin amacının gerçekleşmesi açısından, iş sahibinin menfaatlerine de uygun olarak kullanma ve yararlanma sağlayacak şekilde bazı mali hakların iş sahibine devredilmesi gerekmektedir. Söz konusu malî hakların hangi kapsamda devredileceği konusunda sözleşmede bir hüküm yoksa somut olayın özelliklerine ve bilhassa devrin amacına (übertragungszweck)⁶⁵⁹ göre değerlendirme yapılmalıdır. Meselâ; bir bilgisayar oyununun imâl ettirildiği sözleşmede, iş sahibine devredilecek mali haklar konusunda sözleşmede bir hüküm bulunmasa dahi, sözleşmenin amacı gözönünde bulundurularak, yapılacak yorumla, iş sahibinin söz konusu oyunu pazarlamak için imâl ettirdiği sonucu ulaşılmış ise söz konusu oyunu çoğaltma ve yayma hakkının iş sahibine ait olduğu sonucu çıkarılmalıdır. Yine bu kapsamda olmak üzere, bir nakliye firması araçlarını takip ettirmek için, bir takip programı imâl ettirdiğinde, sözleşmede açık bir hüküm bulunmasa dahi, bu program birden fazla araçta kullanılacağı için, en azından çoğaltma hakkının iş sahibine ait olduğu kabul edilmelidir. Söz konusu örneklerde görüldüğü üzere çoğaltma veya yayma hakkının bazı hallerde iş sahibine tanındığı sonucuna varılmalıdır. Aksine bir tutum sözleşmenin amacı ile bağdaşmaz; sözleşme ile güdülen amacı ortadan kaldırır.

Fikir Sanat Eserleri Kanunu'nun 38. maddesinin I. fıkrasında fikir ve sanat eserlerinin, hak sahibinin menfaatlerine haklı bir sebep olmaksızın zarar vermemek ve eserden normal yararlanmaya aykırı olmaması şartıyla şahsen kullanılmaya özel çoğaltılabileceği öngörülmektedir. Buna göre; bilgisayar programından yararlanabilmek için zorunlu olarak yapılması gereken çoğaltma, bilgisayar programından normal yararlanma kapsamında değerlendirilmelidir. Bilgisayar programından normal olarak yararlanmak için gerekli olan çoğaltma işlemi engellenmemelidir. Bu çerçevede değerlendirildiğinde şahsen kullanmaya

⁶⁵⁹ Devrin amacı teorisi doktrinde Zweckübertragungs şeklinde de anılmaktadır. Kanaatimizce bu kullanım hatalıdır.

özel çoğaltma, sözleşmenin temelinde vardır ve engellendiğinde sözleşme temelinden çöker⁶⁶⁰.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 38. maddesinin II. fıkrasında; sözleşmede belirleyici bir hüküm olmaması halinde, bilgisayar programının düşünüldüğü amaca uygun kullanımı için gerekli olduğu durumlarda, bilgisayar programı edinen kişinin onu çoğaltması ve işleminin serbest olduğu belirtilmiştir. Bu hükümde hataların düzeltilmesi de bilgisayar programının düşünülen amaca uygun kullanımı için gerekli olan durumlar arasında belirtilmiştir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 38. maddesinin III. fıkrasına göre; bilgisayar programını kanunî yollardan edinen kişinin bilgisayar programını yükleme, çalıştırma ve hataları düzeltme hakları sözleşme ile engellenemez. Yine bu hükme göre, iş sahibinin bilgisayar programının kullanımı için gerekli olduğu sürece, bir adet yedekleme kopyası yapmasının sözleşme ile engellenemez.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 38. maddesinin IV. fıkrasına göre; bilgisayar programını kullanma hakkına sahip olan kişi, yapmaya hak kazandığı bilgisayar programının yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi veya depolanması sırasında, bilgisayar programının temelinde yatan düşünce ve ilkeleri belirleyebilmek amacıyla programın işleyişini, gözlemlemesi, denetlemesi ve denemesi serbesttir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 38. maddesinin V. fıkrasına göre; bağımsız olarak imâl edilmiş bir programın diğer programlarla ara işlerliğini geliştirmek üzere gerekli bilgilerin elde edilebilmesi için, bazı şartlarda, bilgisayar programının çoğaltılmasına, işlenmesi anlamında kodun çoğaltılmasına ve kod formunun çevirisine müsaade edilmiştir. Bu şartlar şunlardır: Bilgisayar programının çoğaltılması, işlenmesi anlamında kodun çoğaltılması ve kod formunun çevirisi, ruhsat sahibi veya bir programının kopyasını kullanma hakkı sahibi diğer bir bilgisayar sahibi diğer bir kişi tarafından veya onların adına bunu yapmaya yetkili kişi tarafından yerine getirilmelidir. Ara işlerliği gerçekleştirmek için gerekli olan bilgilerin, bu kişilere sunulmaması gerekmektedir. Bununla birlikte, söz konusu müsaade ara işlerliği gerçekleştirmek için gereken program parçaları ile sınırlı olmalıdır. Bu çerçevede elde edilen bilgiler, bağımsız imâl edilmiş bilgisayar programının ara işlerliğini gerçekleştirmenin dışında diğer amaçlar için

⁶⁶⁰ Yıldırım, 1999, 137-138.

kullanılmayacağı gibi, programın ara işlerliği için gerekli olduğu durumlar dışında başkalarına verilemez. Yine bu bilgiler kullanılarak, benzer bir bilgisayar programı geliştirilmez, üretilmez veya pazarlanmaz. Söz konu bilgiler fikrî hakları ihlal eden herhangi diğer bir fiil için kullanılmaz.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 38. maddesi çerçevesinde bir değerlendirme yapıldığında, bilgisayar programını imâl edenin, bilgisayar programını devrederken iş sahibine en azından bu kanun hükmü kapsamında çoğaltma, işleme ve yedek kopyasını alma imkânını tanınması gerektiği sonucuna varılmalıdır. Bununla birlikte, imâl eden, bilgisayar programının yüklenebilmesi, çalıştırılabilmesi, hataların düzeltilebilmesi veya tetkik edilip sınanabilmesi için gerekli olan hakları iş sahibine tanınmalıdır.

5.2.3. Bilgisayar Programında Zapt Ve Sorumluluk

Bilgisayar programı imâl sözleşmesinde zapta karşı tekeffül sorumluluğunun ön şartı, imâl edilen bilgisayar programı üzerinde üçüncü kişinin, imâl eden yükleniciye nazaran üstün nitelikli fikrî veya sınaî bir hakkının bulunmasıdır. Bilgisayar programı bir bütün halinde, başka bir kişinin katkısı olmaksızın yüklenici tarafından imâl edilmişse, üçüncü kişinin bir fikrî veya sınaî hakkının ihlali söz konusu olmayacağından zapttan söz etmek de mümkün değildir. Ancak imâl eden hazır bir modül üzerinden bilgisayar programını imâl etmişse veya programında hazır modüller kullanmış ise ve bu modüller üzerinde üçüncü kişinin üstün nitelikte bir hakkı varsa bu şart gerçekleşmiş sayılmaktadır. Diğer şartların birlikte bulunması ile imal edenin zapta karşı tekeffül sorumluluğu doğar⁶⁶¹.

Bilgisayar programını imâl eden kişi, programla birlikte devrettiği malî hakların varlığını tekeffül borcu altındadır (FSEK. md. 53. f. I). Bununla birlikte söz konusu malî hakları iş sahibine sağlamalıdır. İmâl eden devrettiği mali hakların varlığı konusunda zapta karşı tekeffül hükümlerine göre sorumludur.

İmâl edilen bilgisayar programı üzerinde iş sahibinin çoğaltma, yayma, işleme veya yedek kopyasını alma gibi hakları olmasına rağmen, iş sahibi imâl

⁶⁶¹ Marly, 2006, Rn. 793; Dreier, 2008, 194; Thewalt, 2004,237; Kotthoff, 2002, 110.

edilen bilgisayar programı üzerinde üçüncü kişinin daha üstün hakları olması sebebiyle bu haklarını kullanamıyorsa zaptın yine varlığı kabul edilmelidir.

İmâl edilen bilgisayar programı üzerinde üçüncü bir kişinin hakkının bulunması sebebiyle, söz konusu program iş sahibinin elinden alınır veya iş sahibi bilgisayar programından gerektiği gibi yararlanamazsa, imâl edenin zapttan doğan sorumluluğu söz konusu olur. Özellikle fikrî hakları ihlâl edilen üçüncü kişi FSEK.'nın 66. vd. maddeleri gereğince tecavüzün ref'i davası açtığında veya maddî ve manevî zararı olması sebebiyle FSEK.'nın 70. madde gereğince tazminat davası açtığında imâl edenin zapttan doğan sorumluluğu söz konusu olur.

Devredilen eşya üzerindeki zapt sebebiyle, devreden sorumluluğu zaptın tam veya kısmi olmasına göre farklılık göstermektedir. Tam zapt TBK.'nın 217. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; satılanın tamamının alıcın elinden alınması haline sözleşme kendiliğinden sona erer ve alıcı şu taleplerde bulunabilir: Satılandan elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği ürünlerin değeri indirilerek, ödemiş olduğu bedelin faizi ile birlikte iadesini, satılanı elinden alan üçüncü kişiden isteyemeyeceği giderleri, davayı satıcıya bildirmekle kaçınabileceği giderler dışında kalan, bütün yargılama giderlerini ve yargılama dışındaki giderleri, satılanın elinden alınması sebebiyle uğradığı doğrudan zararları ve satıcını kusursuz olduğunu ispat edememesi haline diğer zararlarının giderilmesini talep edilebilmektedir.

Kısmî zapt TBK.'nın 218. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; satılanın bir kısmı alıcının elinden alınmışsa veya satılan sınırlı bir ayni hak ile yüklü ise, alıcı bu sebeple uğradığı zararların tazminini isteyebilir. Bununla birlikte alıcı, satılanın üzerinde üçüncü kişinin hakkı olduğunu bilseydi, satılanı almayacağı durum ve koşullardan anlaşılıyorsa, hâkimden sözleşmenin sona erdirilmesini talep edebilir. Bu durumda alıcı, satılanın elinde kalmış kısmını o zamana kadar elde etmiş olduğu yararlarla birlikte satıcıya geri vermekle yükümlüdür.

5.3. BİLGİSAYAR PROGRAMI İMÂL SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

5.3.1. Genel Olarak

Bilgisayar programı imâl sözleşmesi her şeyden önce ifa ile sona erer. İfa, borçlanılan edimin tam ve doğru bir şekilde, yerine getirilerek alacaklının tatmin edilmesi sonucunda borcun sona erdirilmesidir⁶⁶². İfa, kural olarak borç ilişkisini değil, borç ilişkisinin muhtevasında bulunan edimi ve borcu sona erdirmektedir. Ancak bir borç ilişkisinden doğan bütün borçların ifa edilmesiyle, borç ilişkisi de sona erdirilebilmektedir⁶⁶³. Bu sebeple ifa, doktrinde dar anlamda borcu sona erdiren haller arasında kabul edilmektedir. Dar anlamda borcu sona erdiren diğer haller ise; ibra, yenileme, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, takas ve kusursuz sonraki imkânsızlıktır⁶⁶⁴. Bilgisayar programı imâl sözleşmesinde ifa, imâl edenin bilgisayar programını sözleşmede kararlaştırılan şekilde imâl ederek, iş sahibine teslim etmesidir⁶⁶⁵. İş sahibinin de kararlaştırılan bedeli ödemesi onun tarafından ifadır. Bilgisayar programı imâl sözleşmesinde imâl eden ve iş sahibi karşılıklı borçlarını ifa ettiklerinde, taraflar arasında bulunan borç ilişkisi de sona erer.

Bilgisayar programı imâl sözleşmesini taraflar, aralarındaki borç ilişkisini karşılıklı olarak, geniş anlamda borcu sona erdiren bir hal olan (ikale) bozma anlaşması (Aufhebungsvertrag) yaparak da sona erdirebilirler⁶⁶⁶. Geniş anlamda borcu sona erdiren diğer haller; fesih, dönme, geri alma ve iptaldir⁶⁶⁷. Bununla birlikte her sözleşmenin, o sözleşmeyi düzenleyen hükümlerde kendine özgü sona erme halleri bulunmaktadır⁶⁶⁸.

Dar anlamda borcu sona erdiren haller ile geniş anlamda borcu sona erdiren hallerin tamamını burada incelemek çalışmanın sınırlarını aşmaktadır. Aşağıda özellikle eser sözleşmesinin kendine özgü sona erme halleri olan; yaklaşık bedelin aşılması, yükleniciye bedel ve tazminat ödeyerek sözleşmenin feshi, eserin yok olması, iş sahibinden kaynaklı bir sebeple ifanın imkânsızlaşması

⁶⁶² Eren, 2014, 906; Oğuzman ve Öz, 2014, 257.

⁶⁶³ Eren, 2014, 907.

⁶⁶⁴ Eren, 2014, 1263; Oğuzman ve Öz, 2014, 549 vd.

⁶⁶⁵ Yıldırım, 1999, 236; ayrıca bkz. II. Bölüm, §11, II.

⁶⁶⁶ Eren, 2014, 1258.

⁶⁶⁷ Eren, 2014, 1257 vd.

⁶⁶⁸ Oğuzman ve Öz, 2014, 549.

ve yüklenicinin ölümü ve yeteneğini kaybetmesi halleri bilgisayar programı imâl sözleşmesi çerçevesinde incelenmiştir.

5.3.2. Yaklaşık Bedelin Aşılması Sebebiyle Sona Erme

Eser sözleşmesinde taraflar, başlangıçta bedeli yaklaşık olarak kararlaştırmışlar ise, iş sahibinin kusuru olmadan bu bedelin aşırı ölçüde aşılabacağı anlaşılırsa, iş sahibi, sözleşmeden dönebilir (TBK. md. 482. f. I). Başka bir deyişle, yüklenici ile iş sahibi sözleşmede yaklaşık bir bedel kararlaştırmışlar ise iş sahibinin kusuru olmaksızın bu bedelin aşılması halinde, iş sahibi eserin meydana getirilme aşamasında veya eser meydana getirildikten sonra sözleşmeden dönme hakkına sahiptir⁶⁶⁹.

Eserin iş sahibinin arsası üzerine yapıldığı durumlarda TBK.'nın 482. maddesinin II. fıkrasında, iş sahibine sözleşmeden dönmek yerine iki tane seçimlik hak tanınmıştır. Buna göre; *“Eser, iş sahibinin arsası üzerine yapılıyorsa iş sahibi, bedelden uygun bir miktarın indirilmesini isteyebileceği gibi, eser henüz tamamlanmamışsa, yükleniciyi işe devamdan alıkoyarak, tamamlanan kısım için hakkaniyete uygun bir bedel ödenmek suretiyle sözleşmeyi feshedebilir.”* Bu hüküm, arazinin üzerine yapılan yapıların arazinin bütünleyici parçası olur ilkesi gereği kabul edilmiştir. Eserin iş sahibinin arazisi üzerine yapıldığında, iş sahibini mülkiyetine geçeceğinden, yaklaşık bedelin aşılması sebebiyle sözleşmeden dönülmesi yüklenici açısından hakkaniyete aykırı bir sonuç doğurmaktadır. Bu sebeple sözleşmeden dönmek yerine bedelde uygun bir miktarın indirilmesi veya eser tamamlanmamışsa sözleşmenin feshedilerek yapılan kısım için yükleniciye hakkaniyete uygun bir bedel ödenmesi öngörülmüştür. Eser tamamlanmış ise iş sahibinin sözleşmeyi feshetme hakkı yoktur. Sadece bedelde indirim talep edebilir⁶⁷⁰.

Türk Borçlar Kanunu'nun 482. maddesinin II. fıkrasındaki seçimlik haklar her ne kadar arazi üzerine yapılan binalar (yapılar) için öngörülmüş olsa da, söz

⁶⁶⁹ Yavuz, 2014, 1021; Ergezen, 2007, 109 vd.; Eren, 2014a, 668; Karadaş, 2013, 452; Gümüş, 2014, 78 vd.; Aral ve Ayrancı, 2014, 396; Tandoğan, 2010, 282 vd.; Büyükcay, 2014, 240; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 585; Usta, 2010, 3528.

⁶⁷⁰ Gümüş, 2014, 80-81; Yavuz, 2014, 1025; Karadaş, 2013, 452; Aral ve Ayrancı, 2014, 397; Tandoğan, 2010, 294; Büyükcay, 2014, 241; Eren, 2014a, 670; Ergezen, 2007, 112-113.

konusu hükmün, iş sahibinin ve yüklenicinin menfaatlerine aykırı olmadığı müddetçe diğer haller içinde uygulanabileceği kabul edilmektedir⁶⁷¹.

Bilgisayar programı imâl sözleşmesinde yaklaşık bedel kararlaştırılmış ise yaklaşık bedelin aşırı ölçüde aşılması sebebiyle sözleşmenin sona erdirilmesi tarafların menfatine uygun olmayabilir. Çünkü bilgisayar programı imâl sözleşmesinin klasik bir eser sözleşmesinden farklı kendine özgü özellikleri vardır. İş sahibi sözleşmeden döndüğünde, işin devamını başka bir imâl edenle devam edeceğinden, her şeyden önce ciddi bir zaman kaybı ve gecikme söz konusu olur⁶⁷². Bununla birlikte, imâl eden, bilgisayar programını, iş sahibi ile aralarındaki şahsî ilişkiye uygun olarak imâl etmektedir. Bu sebeple, söz konusu bilgisayar programını bir başka şahsa da devretmesi de mümkün değildir. Dolayısıyla bilgisayar programı imâl sözleşmesinde, sözleşmeden dönülmesi imâl edenin menfaatine ciddi ölçüde zarar verir⁶⁷³.

Belirlenen yaklaşık bedelin aşılması durumunda, imâl eden bilgisayar programını TBK.'nın 481. maddesi çerçevesinde ve kabul edilebilir şekilde belirlenmiş olan bir bedel karşılığında imâl etmeyi kabul edebilir. Bu durumda da iş sahibine dönme hakkının tanınmaması hakkaniyete daha uygun olur⁶⁷⁴.

5.3.3. Yükleniciye Bedel Ve Tazminat Ödemek Suretiyle Sözleşmeden Dönme

Eser sözleşmesinde, iş sahibi, eser tamamlanmadığı sürece, o zamana kadar yapılan işin bedelini ve yüklenicinin bütün zararlarını tazmin etmek şartıyla sözleşmeden her zaman dönebilir (TBK. md. 484)⁶⁷⁵. Yüklenicinin tazmin edilmesi gereken zararının, yüklenicinin sözleşmenin yerine getirilmesi sebebiyle sahip olacağı menfaatini karşılayan müsbet zararı olduğu kabul edilmektedir⁶⁷⁶.

⁶⁷¹ Tandoğan, 2010, 293; Gümüş, 2014, 80.

⁶⁷² Slongo, 1991, 102.

⁶⁷³ Slongo, 1991, 102.

⁶⁷⁴ Slongo, 1991, 102.

⁶⁷⁵ Ergezen, 2007, 115-116; Yavuz, 2014, 1026; Eren, 2014a, 677; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 586; Gümüş, 2014, 96; Aral ve Ayrancı, 2014, 398; Tandoğan, 2010, 343; Büyükcay, 2014, 193; Karadaş, 2013, 465.

⁶⁷⁶ Gümüş, 2014, 99; Ergezen, 2007, 119-120; Eren, 2014a, 681; Karadaş, 2013, 465; Yavuz, 2014, 1029; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 588; Aral ve Ayrancı, 2014, 398; Tandoğan, 2010, 343; Büyükcay, 2014, 196.

Yükleniciye ödenecek tazminat kapsamına, yüklenicinin yoksun kaldığı kârın tamamı da girmektedir⁶⁷⁷.

Yüklenici o zamana kadar işini sözleşmeye uygun ve özenle yapmış olsa dahi, iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı vardır⁶⁷⁸.

İş sahibinin, TBK.'nın 484. maddesi gereğince dönme hakkını kullanabilmesi için eserin tamamlanmamış olması gerekmektedir⁶⁷⁹. Eser tamamlanmış ise ayıplı olsa dahi, iş sahibi dönme hakkını kullanamaz⁶⁸⁰. Yüklenici, işe hiç başlamadan da iş sahibi, TBK.'nın 484. maddesine dayanan dönme hakkını kullanabilir. Bu durumda yüklenici sadece mahrum kaldığı kârı tazminat olarak isteyebilir⁶⁸¹.

İş sahibinin o zaman kadar tamamlanmış olan eseri, talep edip edemeyeceği hakkında kanunda açık bir hüküm yoktur. Ancak, o zaman kadar yapılmış işin bedeli ödeyeceğinden o kısmı da talep edebileceği kabul edilmektedir. Bu sebeple, yüklenici dönme anına kadar yapılmış olan işi, iş sahibine vermek zorundadır⁶⁸².

Türk Borçlar Kanunu'nun 484. maddesinde iş sahibine tanınan hakkı, bilgisayar programı imâl sözleşmesi açısından değerlendirilirken, bilgisayar programı imâl sözleşmesinin klasik bir eser sözleşmesinden farklı özellikleri göz önünde bulundurulmalıdır. Çünkü bilgisayar programı imâl sözleşmesinde taraflar

⁶⁷⁷ Yavuz, 2014, 1029; Eren, 2014a, 681; Gümüş, 2014, 99; Aral ve Ayrancı, 2014, 398; Tandoğan, 2010, 347-348; Y. 15. HD., 16.10.1989 T., 1989/1623 E., 1989/4247 K., "Davacılar temyizine gelince; yüklenici durumunda olan davacılar iş sahiplerinin gönderdiği 12.11.1985 tarihli ihtarnamede inşaat sözleşmesinin şartlarını bu günden itibaren kabul etmediklerini, sözleşmeyi feshetmek istediklerini, bundan böyle bu sözleşme gereğince hiç bir işlem yapılmamasını bildirerek açıkca feshi ihbarda bulunmuşlardır. Görülüyor ki, davalılar inşaatla başlanmadan önce Borçlar Kanununun 369. madde hükmü doğrultusunda bu sözleşmeyi feshettikleri anlaşılmaktadır. O halde anılan madde ile düzenlenen toplama sistemi uygulanarak davacıların olumlu ve olumsuz tüm zararlarının ödetilmesi gerekir. Toplama sisteminde uygulanacak usul de, yüklenicilerin fesih anına kadar kar unsuru hariç olmak üzere, yaptıkları gerçek giderlere eser bitmiş olsaydı sağlayabilecekleri net kar eklenerek zararın tesbiti yapılır. Kar oranı her somut olayın özelliğine, yapılması kararlaştırılan inşaatın nicelik ve niteliğine, yöredeki piyasa rayiçlerine ve kara etkili diğer unsurlara göre saptanmalıdır. Somut olayda sözleşmenin 13. maddesi hükmü gereğince gerçek zarara %25 kar oranı uygulanacağı kabul edildiğinden, yukarıda belirtilen toplama sisteminde kar oranı buna göre hesap edilmeli ve sonucuna uygun bir karar verilmelidir.", Kazancı Bilişim Otomasyon.

⁶⁷⁸ Tandoğan, C. II, 343; Yavuz, 2014, 1026; Büyükay, 2014, 193; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 589.

⁶⁷⁹ Eren, 2014a, 678; Ergezen, 2007, 117; Karadaş, 2013, 465; Yavuz, 2014, 1027; Gümüş, 2014, 96; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 587; Aral ve Ayrancı, 2014, 398; Tandoğan, C. II, 344; Büyükay, 2014, 193.

⁶⁸⁰ Ergezen, 2007, 117; Gümüş, 2014, 96-97; Yavuz, 2014, 1027; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 587; Tandoğan, 2010, 344; Büyükay, 2014, 195.

⁶⁸¹ Tandoğan, 2010, 344; Gauch, 2011, Rn. 525.

⁶⁸² Büyükay, 2014, 195-196; Eren, 2014a, 680; Karadaş, 2013, 465; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 587; Gauch, 2011, Rn. 530.

arasında yoğun bir özen ve sadakat yükümlülüğüne dayalı özel bir ilişki bulunmaktadır. İş sahibi açısından değerlendirildiğinde, TBK.'nın 484. maddesi anlamında istediği zaman sözleşmeyi sona erdirmeye hakkının tanınması onun menfaatinedir. Çünkü piyasa şartlarını hızlı değişmektedir. İş sahibinin ihtiyaçlarında ve işletmesindeki durumlarda zamanla değişiklikler olabilmektedir⁶⁸³.

İş sahibinin söz konusu menfaatlerine karşılık, imâl edenin de sözleşmenin ayakta durmasında ciddi menfaatleri söz konusudur. Çünkü imâl eden, sipariş verilen bilgisayar programını imâl etmek için gerekli olan personeli istihdam etmiştir. Gerekli malzeme veya araç ve gereçleri temin etmiştir. Bununla birlikte, diğer işlerinin zamanlamasında bu işe göre ayarlamıştır. Daha da önemlisi, her ne kadar kanun hükmünde imâl edenin bütün zararlarının giderileceği belirtilmiş olsa da, bu zararların tamamının hesaplanması mümkün değildir. Bu sebeple de imâl eden tam anlamıyla tatmin edilemez. Çünkü imâl edenin bu sözleşme sebebiyle kaçırdığı fırsatları, bu sözleşme gereğince gerçekleştireceği proje sebebiyle edineceği, sonraki çalışmalarının da temeli olabilecek tecrübeleri de kaybetmiş olur. Bu zararlarının miktarının tam olarak hesaplanması mümkün gözükmemektedir. Bu sebeple bilgisayar programı imâl sözleşmesinde, iş sahibine TBK.'nın 484. maddesindeki hakkın tanınıp tanınamayacağı, taraflar arasındaki menfaat dengesi gözetilerek değerlendirilmelidir.

5.3.4. Eserin Yok Olması

Eser sözleşmesinde, eser teslimden önce beklenmedik olay sonucu yok olursa iş sahibinin, eseri teslim almada temerrüde düşmemesi şartıyla yüklenici, yaptığı işin ücretini ve giderlerinin ödenmesini talep edemez (TBK md. 483 f. I). Bu göre; eser teslim edilmeden önce yok olursa ve iş sahibi de eseri teslim almada temerrüde düşmemişse, bedele ilişkin hasara yüklenici katlanır⁶⁸⁴. Bu durumda

⁶⁸³ Slongo, 1991, 104.

⁶⁸⁴ Y. 15. HD., 19.2.2003 T., 2003/70 E., 2003/746 K., "Gerçekten, BK.nun 368. maddesi uyarınca yapılan şeyin teslimden evvel "kazara" telef olması halinde iş sahibi onu tesellümden temerrüd etmiş bulunmadıkça yüklenici ne yaptığı işin ücretini ve ne de masrafların ödenmesini isteyebilir. Anılan maddenin ikinci fıkrasına göre de, telef olan malzeme kime ait ise, hasara onun katlanması gerekir. Yasadaki "kazara" sözcüğü ile amaçlanan da, eserin sözleşmenin taraflarından hiçbirine isnad edilemeyecek nedenlerle telef olması halidir. Başka bir deyişle ancak bu durumda hasar meydana gelmişse telef olan malzeme kime ait ise, hasara da o katlanır. Somut olayda, teknenin davalıya ait işyerinde ve davacının hakimiyet alanı dışında çıkan yangınla hasarlandığı çekışmesizdir. Yangının çıkış nedeni saptanamamış ise de zarar, davalının hakimiyet alanındaki işyerinde meydana geldiğinden davacı iş sahibine yüklenecek bir kusur yoktur. Hal böyle olunca,

yüklenici yaptığı işin bedelini ve giderlerini isteyemeyeceği gibi, daha önce kendisine yapılan ödemeleri de iade etmesi gerekmektedir⁶⁸⁵. Ancak iş sahibi eseri teslim almada temerrüde düşerse veya TBK.'nın 483. maddesinin II. fıkrasındaki durum söz konusu olursa bedel hasarı yükleniciye ait olmaz⁶⁸⁶.

Eserin beklenmedik bir olay sebebiyle yok olması halinde, edim hasarının kime ait olacağı konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Edim hasarı, eserin beklenmedik bir olay sonucu yok olması durumunda, yüklenicinin eseri meydana getirme edimini yerine getirmekle yükümlü olup olmadığı ile ilgili bir durumdur. Eserin objektif olarak meydana getirilmesi mümkün olduğu sürece, yüklenicinin eseri meydana getirmekle yükümlü olduğu kabul edilmektedir. Buna göre, bedel hasarı da, edim hasarı da yükleniciye ait olmaktadır. Yok olan eserin yerine yeni bir eser meydana getirmekle yükümlü olan yüklenici, sözleşmede kararlaştırılan ücretinin haricinde ek bir ücret veya masraflarının tazminini isteyemez⁶⁸⁷. Bununla birlikte, eserin yeniden meydana getirilmesi veya sözleşmeye devam etmek, dürüstlük kuralı gereği yükleniciden beklenemeyecekse, yüklenici, TBK.'nın 480. maddesinin II. fıkrasındaki şartlar çerçevesinde sözleşmeyi sona erdirebilir. Eserin yeniden meydana getirilmesi için ek masraf yapmak zorunda kalmışsa, yine TBK.'nın 480. maddesinin II. fıkrasındaki şartlar çerçevesinde uyarlama isteyebileceği kabul edilmektedir⁶⁸⁸.

Türk Borçlar Kanunu'nun 483. maddesinin I. fıkrasının son cümlesinde malzemeye gelen hasarın kime ait olacağı hükme bağlanmıştır. Buna göre, “... *malzemeye gelen hasar, onu sağlayana ait olur.*”. Bu hüküm özellikle malzemenin iş sahibi tarafından sağlandığı durumlar için uygulanır. Malzeme yüklenici tarafından sağlanmışsa, TBK.'nın 483 maddesinin I. fıkrası uygulanır. Buna göre; malzemeyi iş sahibi sağlamışsa ve eser beklenmedik bir olay sebebiyle yok

mahkemece bilirkişilerden tekne motorunun bedeli açısından da ek rapor alınarak bu kalem istemin de kabulü yerine, yasa hükmüne yanlış anlam verilerek bu bölüm talebin reddi doğru olmadığından karar bozulmalıdır.”, Kazancı Bilişim Otomasyon.

⁶⁸⁵ Tandoğan, 2010, 317-318; Eren, 2014a, 686; Aral ve Ayrancı, 2014, 400; Altaş, 2002, 110-111; Gümüş, 2014, 91; Karadaş, 2013, 460; Yavuz, 2014, 965; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 581; Topuz, 2008, 219.

⁶⁸⁶ Topuz, 2008, 219; Eren, 2014a, 686; Tandoğan, 2010, 321 vd.; Altaş, 2002, 127-128; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 582; Aral ve Ayrancı, 2014, 401; Gümüş, 2014, 93-94; Karadaş, 2013, 460-461; Yavuz, 2014, 965-966.

⁶⁸⁷ Altaş, 2002, 112; Yavuz, 2014, 965; Aral ve Ayrancı, 2014, 401-402; Gümüş, 2014, 93; Tandoğan, 2010, 318.

⁶⁸⁸ Aral ve Ayrancı, 2014, 401-402; Yavuz, 2014, 965; Gümüş, 2014, 93; Tandoğan, 2010, 318-319.

olmuşsa, iş sahibi mümkünse yok olan malzeme yerine yeni malzeme sağlamakla yükümlüdür⁶⁸⁹.

Eser, iş sahibi tarafından sağlanan malzeme veya gösterilen arsanın ayıbı ya da iş sahibinin talimatları sebebiyle yok olmuşsa, yüklenici, bu husularla ilgili zamanında bildirim yapmış olması şartıyla, yaptığı işin değerini ve bu değer girmeyen masrafların ödenmesini talep edebilir. Bununla birlikte, yüklenici, eserin yok olmasında iş sahibinin kusuru varsa, ayrıca zararının tazmin edilmesini de talep edebilir (TBK md. 483 f. II). Bu hükümdeki şartlar söz konusu olduğunda, edim hasarına da bedel hasarına da iş sahibi katlanır. Bu durumda, yüklenici eseri yeniden meydana getirmek zorunda kalmayacağı gibi, iş sahibi yüklenicinin yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini ödemek zorundadır. Ayrıca iş sahibinin kusuru varsa, yüklenicinin zararlarını da tazmin etmek zorundadır. Bunla birlikte, TBK.'nın 483. maddesinin II. fıkrasındaki şartlar çerçevesinde, açıkça belirtilmese de sözleşmenin kendiliğinden sona ereceği kabul edilmektedir⁶⁹⁰.

Bilgisayar programı imâl sözleşmesi klasik eser sözleşmesinden farklı kendine has özelliklere sahip olmasından dolayı, imâl edilen bilgisayar programının beklenmedik bir olay sebebiyle yok olması rizikosunun imâl eden tarafından üstlenilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁶⁹¹. Çünkü imâl eden, bilgi işlem teknolojileri alanında uzman bir kişidir. Bilgisayar programının zarar görebileceği veya yok olabileceği durumları tahmin etmesi gerekmektedir. Bu sebeple bilgisayar programının korunması için gerekli tedbirleri alması gerekmektedir⁶⁹². İş sahibi bu alanda uzman değildir ve imâl onun etki alanı dışında gerçekleşmektedir⁶⁹³.

İmâl edenin gerekli olan bütün tedbirleri almasına rağmen bilgisayar programı teslimden önce yok olabilir veya zarar görebilir. Bilgisayar programının yeniden imâl edilmesi objektif olarak mümkünse, imâl eden söz konusu bilgisayar programını herhangi bir ek ücret talep etmeden imâl etmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, bilgisayar programının yeniden imâl edilmesi veya sözleşmeye devam etmek, dürüstlük kuralı gereği imâl edenden beklenemeyebilir. Bu durumda

⁶⁸⁹ Gümüş, 2014, 93-94; Topuz, 2008, 229; Altaş, 2002, 121 vd.; Aral ve Ayrancı, 2014, 401; Yavuz, 2014, 966; Tandoğan, 2010, 318.

⁶⁹⁰ Aral ve Ayrancı, 2014, 402; Altaş, 2002, 124-125; Yavuz, 2014, 966; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 582-583; Gümüş, 2014, 94-95; Tandoğan, 2010, 322 vd.; Topuz, 2008, 225.

⁶⁹¹ Slongo, 1991, 103.

⁶⁹² Slongo, 1991, 103.

⁶⁹³ Slongo, 1991, 103.

imâl eden, TBK.'nın 480. maddesinin II. fıkrasındaki şartlar çerçevesinde sözleşmeyi sona erdirebilir. Bunun yanında bilgisayar programının yeniden imâl edilmesi için ek masraf yapmak zorunda kalmışsa, yine TBK.'nın 480. maddesinin II. fıkrasındaki şartlar çerçevesinde uyarılama isteyebileceği kabul edilmelidir.

İmâl eden bilgisayar programını sözleşmeye uygun olarak imâl edip ve sözleşmeye uygun olarak teslim etmesine rağmen, alacaklı tarafından haklı bir sebep olmaksızın kabul edilmezse, sorumluluk iş sahibine ait olur⁶⁹⁴.

İmâl edenin yaptığı uyarılara rağmen, iş sahibi bilgisayar programının imâli ile ilgili talimatlarında ısrar ederse, bu durumda bilgisayar programının yok olmasından iş sahibi sorumlu olur. İş sahibi, imâl edenin yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini ödemek zorundadır (TBK. m. 483 f. II)⁶⁹⁵.

5.3.5. İş Sahibinden Kaynaklı Bir Sebeple İfanın İmkânsızlaşması

Türk Borçlar Kanunu'nun 485. maddesinin I. fıkrasına göre; *“Eserin tamamlanması, iş sahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla imkânsızlaşırsa yüklenici, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini isteyebilir.”* Bu hükmün uygulanabilmesi için, eserin tamamlanmasının objektif olarak imkânsız olması gerekmektedir⁶⁹⁶. Bu imkânsızlık sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkan bir imkânsızlıktır. Bu imkânsızlık, henüz yapımına başlanmamış bir eserin yapımına veya yapımına başlanmış eserin tamamlanmasına engel olacak bir imkânsızlık olabileceği gibi, tamamlanmış bir eserin teslimini engelleyen bir imkânsızlık da olabilir⁶⁹⁷.

Türk Borçlar Kanunu'nun 485. maddesinin uygulanabilmesi için, eserin tamamlanmasının objektif olarak imkânsız olmasının yanında, bu imkânsızlığın, iş sahibini şahsında, onun tehlike alanında veya ilişkileri çerçevesinde beklenmedik bir olay sebebiyle ortaya çıkmış olması gerekmektedir⁶⁹⁸. İş sahibinden

⁶⁹⁴ Slongo, 1991, 103.

⁶⁹⁵ Slongo, 1991, 103.

⁶⁹⁶ Buz, V. (1994). Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması. *AÜSBFD*, C. 49, S. 1-2, s. 26; Ergezen, 2007, 149; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 584; Altaş, 2002, 189; Yavuz, 2014, 967; Aral ve Ayrancı, 2014, 403; Gümüş, 2014, 102; Tandoğan, 2010, 326-327.

⁶⁹⁷ Ergezen, 2007, 149-150; Yavuz, 2014, 967; Buz, 1994, 26; Aral ve Ayrancı, 2014, 403; Tandoğan, 2010, 327-328; Altaş, 2002, 190.

⁶⁹⁸ Buz, 1994, 27; Altaş, 2002, 192; Ergezen, 2007, 151; Aral ve Ayrancı, 2014, 403; Yavuz, 2014, 967-968; Gümüş, 2014, 102-103; Tandoğan, 2010, 327.

kaynaklanan sebeplere; üzerine elbise dikilecek veya diş takılacak kimsenin ölmesi sebebiyle provalarının yapılamaması misâl olarak gösterilebilir. İş sahibinin tehlike alanında veya ilişkileri çerçevesinden kaynaklı sebeplere ise üzerinde inşaat yapılacak arsanın kamulaştırılması, deprem veya toprak kayması sebebiyle inşaat yapılamayacak duruma gelmesi ya da inşaat yapılacak arsaya inşaat izni verilmemesi veyahut iş sahibinin önerdiğı projeye izin verilmemesi örnek olarak gösterilebilir⁶⁹⁹.

Türk Borçlar Kanunu'nun 485. maddesinin I. fıkrasındaki şartların gerçekteşmesi halinde, eser sözleşmesi kendiliğinden kanun gereğı sona erer. Yüklenici sözleşmenin sona ermesine kadar yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen masraflarını iş sahibinden talep edebilir⁷⁰⁰.

Eserin tamamlanması iş sahibinin kusuru ile imkânsız hale gelmişse, TBK.'nın 485. maddesinin II. fıkrası gereğince yüklenici, yaptığı işin değeri ve bu değere girmeyen masraflarının yanında sözleşmenin ihlali sebebiyle müsbet zararının tamamının tazmini edilmesini talep edebilir⁷⁰¹.

5.3.6. Yüklenicinin Ölümü Veya Yeteneğini Kaybetmesi

Eser sözleşmesi, yüklenicinin şahsî özellikleri dikkate alınarak yapılmış ise, onun ölümü veya eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi halinde, sözleşme kendiliğinden sona erer. Bu halde, eserin o ana kadar tamamlananmış kısmı yararlanılabilecek durumda ise, iş sahibi onu kabul edip karşılığını vermek zorundadır (TBK. md. 486). Türk Borçlar Kanunu'nun 486. hükmünün uygulanabilmesi için her şeyden önce eser sözleşmesi, yüklenicinin şahsî özellikleri ve nitelikleri dikkate alınarak yapılmış olmalıdır⁷⁰². Bu durum eser sözleşmesinde, yüklenicinin işi bizzat veya kendi yönetimi altında yaptırmakla

⁶⁹⁹ Karadaş, 2013, 461-462; Buz, 1994, 27-28; Altaş, 2002, 191; Aral ve Ayrancı, 2014, 403-404; Gümüş, 2014, 103; Tandoğan, 2010, 327; Ergezen, 2007, 151-152.

⁷⁰⁰ Aral ve Ayrancı, 2014, 404; Ergezen, 2007, 152; Buz, 1994, 29; Yavuz, 2014, 968; Gümüş, 2014, 103; Tandoğan, 2010, 329-330; Altaş, 2002, 195.

⁷⁰¹ Eren, 2014a, 690; Ergezen, 2007, 153; Yavuz, 2014, 968; Buz, 1994, 32; Aral ve Ayrancı, 2014, 404-405; Altaş, 2002, 195; Gümüş, 2014, 104; Karadaş, 2013, 462; Tandoğan, 2010, 331-332.

⁷⁰² Y. 15. HD., 22.04.1993 T., 1993/1866 E., 1993/1907 K., "Öte yandan mahkemece davalılardan müteahhidin öldüğü, bu durumda BK.nun 371. maddesi uyarınca akdin sona erdiği gerekçesinde de isabet yoktur. Anılan maddeye göre inşaat sözleşmesinin sona ermesi, akdin müteahhidin şahsı ve özel yetenekleri dikkate alınarak yapılmış olmasına bağılıdır. Oysa, olay bir inşaat yapımından ibaret olup sözleşme yüklenicinin şahsı nazara alınarak akdedilmiş değildir. Yüklenicinin mirasçılarının bizzat ya da bir başkası eliyle inşaatı yapması da imkan dahilinde olduğundan olayda BK.nun 371. maddesinin tatbiki mümkün değildir.", Kazancı Bilişim Otomasyonu

yükümlü olduğu kararlaştırılmışsa söz konusu olur⁷⁰³. Yüklenicinin şahsî özelliklerinin ve niteliklerinin önemli olduğu, sözleşmede açıkça kararlaştırılabileceği gibi sözleşme konusu işin niteliğinden de çıkartılabilmektedir⁷⁰⁴. Yüklenicinin şahsî nitelikleri ve özelliklerinden kasıt, onun özel bilgi ve uzmanlığa veya sanat gücüne sahip olması ya da kuvvetle güvenilir olması gibi özelliklere veya niteliklere sahip olmasıdır⁷⁰⁵.

Yüklenicinin şahsî özellikleri ve nitelikleri dikkate alınarak yapılan eser sözleşmesinde yüklenicinin ölmesi veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan bir objektif imkânsızlık olarak kabul edilmektedir⁷⁰⁶. Yüklenicinin, eseri tamamlama yeteneğinin kaybetmesi fizikî bir özründen kaynaklanması şart değildir. İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararına göre, işletmesini dağıtarak mesleğine son veren yüklenicinin gerekli personele sahip olmaması da TBK.'nın 486. maddesi anlamında bir imkânsızlıktır⁷⁰⁷. Yüklenici bir ortaklık ise ve eserin meydana getirilmesi için ortaklardan birinin şahsî özellikleri ve nitelikleri önemli ise o ortağın yokluğu hallerinde de, yerine işi yapacak kimse yoksa TBK.'nın 486. maddesinin uygulanabileceği kabul edilmektedir⁷⁰⁸.

Yüklenicinin şahsî özellikleri ve nitelikleri dikkate alınarak yapılan eser sözleşmesi, yüklenicinin ölmesi veya kusur olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi halinde, kanun gereği ileriye etkili olarak kendiliğinden sona erer⁷⁰⁹. Sözleşmenin sona erdiği tarihe kadar eserin, iş sahibinin yararlanabileceği bir kısmı tamamlanmışsa, iş sahibi onu kabul etmek ve karşılığını da vermek

⁷⁰³ Gümüş, 2014, 105; Ergezen, 2007, 154-155; Eren, 2014a, 694; Buz, 1994, 35; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 593; Karadaş, 2013, 462; Yavuz, 2014, 968; Aral ve Ayrancı, 2014, 405; Tandoğan, 2010, 332-333; Büyükkay, 2014, 248; Altaş, 2002, 205.

⁷⁰⁴ Buz, 1994, 35; Aral ve Ayrancı, 2014, 405; Tandoğan, 2010, 333; Büyükkay, 2014, 248.

⁷⁰⁵ Tandoğan, 2010, 332; Karadaş, 2013, 463; Aral ve Ayrancı, 2014, 405; Y. 15. HD., 16.6.1994 T., 1993/4758 E., 1994/4044 K., "Davacı iş sahibi, sözleşmeyi davalı yüklenicinin işi yapmaktan acze düştüğünü bildirdiğinden dolayı feshettiğini ileri sürmüş ve buna, davalı yüklenici duruşmaya gelmemek suretiyle karşı çıkmış sayılır ise de B.K.nun 371. Maddesi gereğince davalı işi yapmaktan aciz kalmasında kendisinin herhangi bir kusuru bulunmadığını ispat etmemiş olduğundan davacının haklı nedenlerle sözleşmeyi feshettiğinin kabulü gerekir." Kazancı Bilişim Otomasyon.

⁷⁰⁶ Altaş, 2002, 205; Buz, 1994, 35; Aral ve Ayrancı, 2014, 406; Gümüş, 2014, 106.

⁷⁰⁷ BGE 103 II 58, Gauch, 2011, Rn. 757; Buz, 1994, 35-36; Aral ve Ayrancı, 2014, 406.

⁷⁰⁸ Tandoğan, 2010, 332-333.

⁷⁰⁹ Karadaş, 2013, 464; Eren, 2014a, 696; Buz, 1994, 36; Yavuz, 2014, 969; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 593; Aral ve Ayrancı, 2014, 406; Gümüş, 2014, 106; Tandoğan, 2010, 336; Büyükkay, 2014, 248; Altaş, 2002, 206.

zorundadır⁷¹⁰. TBK.'nın 486. maddesinde, imkânsızlık sebebiyle yüklenicinin tazminat yükümlüsü olup olmadığına söz edilmemiştir. Ancak imkânsızlık yüklenicinin kusuru ile gerçekleşmişse veya imkânsızlık yüklenici temerrüde düştükten sonra gerçekleşmişse, yüklenici iş sahibine tazminat ödemekle yükümlüdür⁷¹¹.

Bilgisayar programının imâli özel bir uzmanlık gerektirmektedir. Bilgisayar programı imâl sözleşmesinde taraflar arasında özen ve güvene dayanan özel bir ilişki bulunmaktadır. Bundan dolayı imâl edenin şahsî özellikleri ve nitelikleri önemlidir. Büyük çaplı ve karmaşık bir bilgisayar programının imâli genelde bir takım çalışması ile gerçekleştirilmektedir. Bu sebeple, imâl eden olmadan, imâlin önemli bir kısmının gerçekleştirilmesi mümkün olmayabilir⁷¹². Bundan dolayı imâl edenin ölmesi halinde veya yeteneğini kaybettiği durumlarda, sözleşmenin sona ereceğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Ancak taraflar sözleşmeyi yaparken imâl edenin ölmesi veya yeteneğini kaybetmesi halinde onun temsilcisi ile veya yerine geçen kişi ile bilgisayar programı imâl edilmesi işine devam edileceğini kararlaştırabilirler⁷¹³.

İmâl edenin bir tüzel kişi olması halinde, tüzel kişilik sona erdiğinde de sözleşme sona erer. Tüzel kişinin çalışanlarının da sözleşmeye dayalı bir sorumluluğu kalmaz. Söz konusu işin çalışanlarla devam edebilmesi için, bu kişiler ile yeni bir sözleşme yapılması gerekmektedir. Ancak söz konusu çalışanların tüzel kişilik sona erdiğinde de işi devam ettirecekleri yönünde sözleşmeye önceden bir hüküm konulursa, çalışanların işi devam ettirmekle yükümlü olacağının kabul edilmesi gerekmektedir⁷¹⁴. İmâl edenin bir ortaklık olduğu durumlarda, bilgisayar programının imâli için şahsî özellikleri ve nitelikleri önemli olan ortaklardan birinin yokluğu halinde, bu ortağın işini yapacak başka kişi yoksa sözleşmenin TBK.'nın 486. maddesi gereğince sona ereceği kabul edilmelidir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 486. maddesinin 2. cümlesinde yer alan, eserin o ana kadar tamamlananmış kısmının yararlanılabilecek durumda olası halinde, iş sahibinin onu kabul edip karşılığını vermekle yükümlü olmasına ilişkin hükmün

⁷¹⁰ Buz, 1994, 37; Eren, 2014a, 696; Yavuz, 2014, 969; Zevkliler ve Gökyayla, 2014, 593; Aral ve Ayrancı, 2014, 406; Altaş, 2002, 206; Karadaş, 2013, 464; Gümüş, 2014, 106; Tandoğan, 2010, 336

⁷¹¹ Buz, 1994, 37; Eren, 2014a, 697; Yavuz, 2014, 969; Aral ve Ayrancı, 2014, 406; Gümüş, 2014, 106; Altaş, 2002, 206; Tandoğan, 2010, 337

⁷¹² Slongo, 1991, 105-106.

⁷¹³ Slongo, 1991, 106.

⁷¹⁴ Slongo, 1991, 106.

(TBK. md. 486) bilgisayar programı imâli sözleşmesi açısından da uygulanabileceği kabul edilmektedir⁷¹⁵. Ancak bilgisayar programının özelliği dikkate alındığında, o ana kadar tamamlanan kısmın kullanılabilir ve iş sahibi tarafından yararlanabilir olup olmadığının değerlendirilmesi zordur. Çünkü imâl edenin ölmesi veya yeteneğini kaybetmesi halinde yarım kalan bilgisayar programı imâli, üçüncü kişi tarafından tamamlanır. Bu durumda da tamamlanmayan kısmın kullanılabilir olup olmadığını tespiti zorluk arz eder⁷¹⁶.

5.3.7. Zamanaşımı

Zamanaşımı, alacaklının hakkını hukuk düzeni tarafından öngörülen süre içinde kullanmaması halinde dava ve takip hakkını kaybetmesidir. Zamanaşımı, borcu sona erdiren bir sebep değildir. Zamanaşımın alacak hakkını zayıflatan bir etkisi vardır. Zamanaşımı borcu sona erdimez, ancak alacaklının elinden alacağını dava yoluyla takip ve tahsil imkânını alır⁷¹⁷.

Zamanaşımı borçluya bir def'î imkânı tanımaktadır. Borçlu zamanaşımı def'îni ileri sürerek, dava edilen edimi yerine getirmekten kaçınma hakkına sahip olur. Borçlu, zamanaşımı def'îni ileri sürerse, alacaklının açmış olduğu dava reddedilir ve borç eksik borç haline gelir. TBK.'nın 161. maddesine göre, hâkim zamanaşımını re'sen dikkate almaz. Borçlunun ileri sürmesi gerekmektedir⁷¹⁸.

⁷¹⁵ Slongo, 1991, 107.

⁷¹⁶ Slongo, 1991, 107.

⁷¹⁷ Berki, Ş. (1968). Hukukta Müddet Çeşitleri. *AÜHFD*, C. 25, S. 1-2, s. 100; Erdem, M. (2010). *Özel Hukukta Zamanaşımı*. İstanbul, s. 7; Berki, Ş. (1974). Türk Borçlar Kanununda İskatî Mürur zaman. *Dr. Recai Seçkin'e Armağan*. Ankara, s. 716; Eren, 2014, 1281, Oğuzman ve Öz, 2014, 603; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, 1030.

⁷¹⁸ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, 1031-1032; Berki, 1974, 716; Oğuzman ve Öz, 2014, 603; Erdem, 2010, 2010, 349-350; Eren, 2014, 1282, Berki, 1968, 106; Y. 15. HD., 10.10.2005 T., 2004/6710 E., 2005/5307 K., "Kaldı ki, dava ecrimisil davası olarak nitelendirilse dahi davalı süresinde ve usulüne uygun şekilde zamanaşımı def'inde bulunmadığı halde, Borçlar Kanununun 140.maddesi hükmü göz ardı edilerek mahkemece kendiliğinden 5 yıllık zamanaşımı süresinin göz önünde bulundurulması, temyiz eden davalı aleyhine olduğundan bozma nedeni yapılmayarak bu yanlışlığa değinilmekle yetinilmiştir.", Kazancı Bilişim Otomasyon; Y. 11. HD., 17.5.1999 T., 1999/3412 E., 1999/4006 K., "Zamanaşımı, alacak hakkının, yasa ile öngörülen belli bir süre kullanılmaması yüzünden "dava edilebilme" niteliğinden yoksun kalınmasını ifade eder. Bir alacağın zamanaşımına uğraması, sona ermesi demek değildir. Hak düşürücü sürenin aksine BK.nun 140 ncı maddesi uyarınca zamanaşımı def'inde bulunulmadığı sürece hakim, zamanaşımını kendiliğinden dikkate alamaz. Davalı İ.. Sigorta AŞ zamanaşımı def'inde bulunmadığı halde onun hakkındaki davanın da zamanaşımına uğradığından bahisle reddedilmesi doğru değildir.", Kazancı Bilişim Otomasyon.

Zamanaşımı borç ilişkisini değil, borcu ve alacağı etkiler. Buna göre; sözleşme zamanaşımına uğramaz, bu sözleşmeden doğan alacak için zamanaşımı söz konusu olur⁷¹⁹.

Zamanaşımının söz konusu olabilmesi için, zamanaşımına tabi bir alacak bulunmalı, borç muaccel olmalı ve hukuk düzenin öngörürdüğü süre dolmalıdır⁷²⁰.

Her alacak kural olarak zamanaşımına tabidir. Ancak istisnai olarak bazı alacaklar zamanaşımına uğramazlar⁷²¹. Taşınmaz rehni ile güvence altına alınan alacaklar, rehin devam ettiği sürece zamanaşımına uğramazlar (TMK. md. 854). Aynı durum miras taksim talepleri için de geçerlidir (TMK. md. 642). TMK.'nın 370. maddesinin I. fıkrasına göre; ana babasıyla birlikte yaşayan ve emeğiyle gelirini aileye özgüleyen ergin alt soyların bu özgüleme kaşılığında isteyebilecekleri tazminat zamanaşımına tabi değildir⁷²².

Türk Borçlar Kanunu'nun 146. maddesine göre, kanunda aksine bir düzenleme bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir. Ancak kanunda daha uzun veya daha kısa zamanaşımı süreleri öngörülmüştür⁷²³. TBK.'nın 147. maddesinin 6. bendine göre; yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç veya gereği gibi ifa etmemesi dışında, eser sözleşmesinden doğan alacaklar beş yılda zamanaşımına uğrar⁷²⁴. TBK.'nın 478. maddesine göre; yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmiş ise bu sebeple açılacak davalar, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın, taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

Bilgisayar programı imâl sözleşmesi, eser sözleşmesi niteliği ağır basan bir sözleşmedir. Bu sebeple bilgisayar programı imâl sözleşmesinden doğan

⁷¹⁹ Eren, 2014, 1282; Oğuzman ve Öz, 2014, 601.

⁷²⁰ Oğuzman ve Öz, 2014, 604; Eren, 2014, 1284 vd.

⁷²¹ Erdem, 2010, 19; Eren, 2014, 1284; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, 1036; Oğuzman ve Öz, 2014, 604.

⁷²² Eren, 2014, 1284; Erdem, 2010, 19 vd.

⁷²³ Berki, 1968, 707; Oğuzman ve Öz, 2014, 605; Erdem, 2010, 41; Eren, 2014, 1288; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, 1036-1037.

⁷²⁴ Y. 15. HD., 5.3.2014 T., 2014/620 E., 2014/1573 K., "Uyuşmazlık eser sözleşmesinden doğduğundan, olayda haksız fillere dair zamanaşımı sürelerinin uygulanması doğru değil ise de; işin teslim edildiği ve ilk davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan 818 Sayılı BK'nın 126/IV. maddesinde yüklenicinin kasıt ve ağır kusuru ile akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş ve bilhassa ayıplı malzeme kullanmış ve ayıplı bir iş meydana getirmiş olması sebebiyle açılacak davalar hariç olmak üzere eser sözleşmesinden doğan davalar 5 yıllık zamanaşımı süresine tabi tutulmuştur. Olayda yüklenicinin kasıt ve ağır kusuru olması ve gizli ayıbın varlığı kabul edilse dahi 818 Sayılı BK'nın 125 ve 6098 Sayılı TBK'nın 146. maddesi gereğince 10 yıllık zamanaşımına tabi olacaktır." Kazancı Bilişim Otomasyon.

alacaklar, TBK. 147. maddesine göre; imal edenin ağır kusuru bulunmaması halinde, beş yıllık zamanaşımına tabidir.

Bilgisayar programı taşınmaz bir yapı niteliğinde değildir. Bu sebeple, bilgisayar programı ayıplı imâl edilmiş ise açılacak davalar iki yıllık zamanaşımına tabidir. TBK.'nın 478. maddesinde, yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı “*eserin niteliğine bakılmaksızın*” yirmi yıllık bir süre öngörülmüştür. Söz konusu hükmün gerekeçesinde de yirmi yıllık zamanaşımı süresi ile ilgili açıklama yapılırken taşınır ve taşınmaz ayrımı yapılmamıştır. Gerçekten de gerekçenin 1. maddesinde iki yıllık ve beş yıllık zamanaşım süreleri açıklanırken, taşınır ve taşınmaz ayrımı yapılmıştır. Ancak 2. maddede yirmi yıllık süre ile ilgili taşınır ve taşınmaz ayrımı yapılmamıştır. Bu sebeple, eser sözleşmesinin konusu bir taşınır olduğunda da, ayıp yüklenicinin ağır kusurundan kaynaklanmış ise yirmi yıllık zamanaşımı süresi uygulanmalıdır. Bundan dolayı, bilgisayar programı imal sözleşmesinde, imal eden ağır kusuru ile programı ayıplı imâl etmişse, ayıptan doğan haklara ilişkin davalar yirmi yıllık zamanaşımına tabi olması gerekmektedir.

SONUÇ

Bilgisayar programı imâl sözleşmesi, konusu bilgisayar programı olan sözleşmelerden bir tanesidir. Bilgisayar programı imal sözleşmesi, şartnamede veya başka bir şekilde doğru tanımlanmış olan bilgisayar programını imâl etmek için yapılan sözleşmedir. Bir bilgisayar programının imâl edilip, kullanıma hazır hale getirilmesi için, yapılan bütün çalışmalar bilgisayar programı imâl sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır.

Bilgisayar programı bir eşyadır. Çünkü veri taşıyıcısı ile bilgisayar programı arasında sıkı bir ilişki vardır. Veri taşıyıcısı alelâde bir taşıma aracı değildir. Bilgisayar programını taşıdığı veri taşıyıcısından ayrı düşünmek gerçekçi değildir. Bilgisayar programı veri taşıyıcısı ile taşınmasa dahi yazılabilmesi için maddî bir manyetik ortama ihtiyaç vardır. Sonuç olarak bilgisayar programı her zaman maddîleşmelidir. Bu sebeple, Türk Hukuku açısından eşya olmanın unsurlarını taşıdığı için bir eşyadır.

Bilgisayar programı imal sözleşmesi, tarafların birlikte çalışmasının gerektiği, karşılıklı güvene dayanan, özel bir aydınlatma ve bilgilendirme yükümlülüğünün bulunduğu ve tarafların devamlı surette birbirine destek olması gerektiği özel bir çerçeve ilişkidir.

Bilgisayar programı imâl sözleşmesinde, imâl eden bir bilgisayar programını imâl edip, üzerindeki fikrî haklarla birlikte iş sahibine devretmektedir. Sözleşmenin konusu bir eserin meydana getirilmesini ve fikrî hakkın devrini ihtiva etmektedir. Bu sebeple, bilgisayar programı imâl sözleşmesi, eser sözleşmesi ile lisans sözleşmesinin birleştiği, kendine özgü yapısı olan isimsiz (atipik) bir sözleşmedir.

Bilgisayar programı imâl sözleşmesinin önemli unsurlarından biri şartnamedir. Şartname, imâl edilecek olan bilgisayar programının tanımını ihtiva eder ve iş sahibinin istek ve ihtiyaçlarını somutlaştırır. Başka bir deyişle şartname ile sözleşmedeki edim somut bir şekilde tespit edilmektedir. Bir sözleşme kurulurken sözleşmenin konusu olan edimin mutlaka belirli olması şart olmayıp, belirlenebilir olması yeterlidir. Bu sebeple, sözleşme kurulmadan önce ve sözleşme kurulurken taraflar şartname hazırlamak zorunda değildir. Sözleşmenin konusu olan bilgisayar programı iş sahibinin istek ve ihtiyaçlarına uygun olarak imal edilmesi gerekmektedir. Bu istek ve ihtiyaçlar iş sahibi tarafından bilinmektedir. Bunları somutlaştıracak olan iş sahibidir. Bu sebeple, şartname iş

sahibi tarafından hazırlanmalıdır. Ancak imal eden, bu alanda uzman olmasından dolayı, özellikle teknik konularda iş sahibini aydınlatmalıdır. İş sahibinin şartname hazırlaması, bir külfettir. Şartname hazırlanmaması halinde imâl eden, iş sahibinden kaynaklı olarak edimi yerine getiremeyeceğinden, bu durumda alacaklının temerrüdü hükümleri uygulanmalıdır.

Bilgisayar programı imâl sözleşmesinde lisans sözleşmesine konu olan malî haklarda devredilmektedir. Bu sebeple, bilgisayar programı imâl sözleşmesinin yazılı yapılması ve devredilen hakların ayrı ayrı gösterilmesi gerekmektedir (FSEK. md. 52). Ancak yapılan sözleşmenin sadece yazılı yapılmaması tek başına geçersizlik sebebi olmamalıdır. Bilgisayar programı imâl sözleşmesinin yazılı yapılmaması halinde kanun hükmü kapsamında bir devir yapıldığı kabul edilmelidir. Ancak yapılacak devir, kanunda öngörülenden daha dar veya daha geniş kapsamda olacaksa, sözleşme yazılı şekilde yapılmalı ve devredilen haklar ayrı ayrı gösterilmelidir.

Bilgisayar programı imâl sözleşmesinde yer alan, imâ eden tarafından hazırlanmış olan hükümler, genel işlem şartlarının özelliklerini taşıyorsa, genel işlem şartı olarak kabul edilmelidir. Bu şartlar, kanunda öngörülen genel işlem şartlarına ilişkin denetime tabi olmalıdır.

Bilgisayar programı imâl sözleşmesinde imâl eden, iş sahibinin istek ve ihtiyaçlarına uygun, şartnamede tanımlamış olan bilgisayar programını, imâl edip, kullanıma hazır şekilde iş sahibine devretmekle yükümlüdür. İmâl eden, bilgisayar programı ile birlikte, iş sahibinin programdan yararlanabilmesi ve kullanabilmesi için gerekli olan fikrî hakları da devretmelidir.

Standart bilgisayar proramlarının devrinde kaynak kodun devredilmesine gerek yoktur. Ancak şahsî ihtiyaç ve isteklere göre imâl edilen bir bilgisayar programı söz konusu olduğunda, kaynak kodun devredilip devredilmeyeceği sözleşmede kararlaştırılmamışsa, sözleşme yorumlanarak, sözleşmenin amacı ve tarafların menfaat durumu dikkate alınarak sonuca ulaşılmalıdır. Kaynak kod olmadan, iş sahibi kendine tanınan hakları kullanamıyorsa kaynak kod devredilmelidir. Bununla birlikte, imâl eden programın bakımını üstlenmemişse, özellikle hataların giderilebilmesi ve güncelleştirme yapılabilmesi için gerekli olduğundan, kaynak kod iş sahibine devredilmelidir.

İmâl eden, iş sahibinin bilgisayar programını kullanabilmesi için gerekli olan kullanıcı dokümanlarını ve gerekli olduğunda program dokümanlarını iş sahibine

devretmekle yükümlüdür. İmâl eden, bilgisayar programını imal ederken gerekli özeni göstermesi gerekmektedir. Bununla birlikte, programı imâl sürecinde iş sahibi ile ilgili öğrendiği gizli bilgi ve verilerin sadakat borcu kapsamında korunması için gereken özeni göstermek zorundadır.

İş sahibinin bilgisayar programı imâl sözleşmesinde en önemli bocu, yapılan işin karşılığı olan, ücreti ödemektir. Bununla birlikte, iş sahibinin gerekli oduğunda imâl sürecinin her aşamasında imâl edenle işbirliği yapması gerekmektedir. İş sahibinin işbirliği yapması, edim yükümlülüğü olmadığı için, niteliği itibariyle bir külfettir. Bu işbirliğinin yapılmaması sebebiyle program imâl edilemiyorsa, iş sahibinden kaynaklı bir sebeple ifa gerçekleştirilemeyeceğinden, imâl eden alacaklının temerrüdü hükümlerine başvurabilir. Bununla birlikte, imâl eden, eser sözleşmesine ilişkin olan iş sahibinden kaynaklı sebeple ifanın imkânsızlaşmasını düzenleyen hükme de başvurabilir (TBK md. 485).

Bilgisayar progarlarında karşılaşılan her hata hukukî anlamda ayıp değildir. Hukukî anlamda ayıp; sözleşmede kararlaştırılan niteliklerdeki veya bilgisayar programının değerini ve kullanılışılığını önemli ölçüde azaltan lüzumlu vasıflardaki sapmalardır. Bilgisayar programında bir fonksiyonun eksik olması veya ayıplı olması, bilgisayar programının donanımla uyumlu olmaması, kapasitesinin beklenende daha büyük olması, hızının yavaş olması, virüslü olması ya da iş sahibne yapılamı gereken hizmet yardımlarının eksik olması ayıp olarak kabul edilir. Bilgisayar programının ayıplı olması halinde iş sahibi; şartları oluşmuşsa sözleşmeden dönme, bedelde indirim veya ayıbın onarılmasını talep edebilir. Ancak sözleşmeden dönme bilgisayar programı imal sözleşmesi karşılık yüksek bir güvene dayalı olması ve sözleşmenin mümkün olduğunca ayakta tutulması çok önemli olduğundan dönme hakkı en son tercih edilmelidir. Özellikle sözleşmenin değiştirilmesi veya yenilenmesi ile mesele çözülebiliyorsa bu yol tercih edilmelidir.

İmâl eden hazır bir modül üzerinden bilgisayar programını imâl etmişse veya programında hazır modüller kullanmış ise ve bu modüller üzerinde üçüncü kişinin üstün nitelikte bir hakkı varsa imal edenin zapta karşı tekeffül sorumluluğu doğar. Bilgisayar programını imâl eden, programla birlikte devrettiği malî hakların varlığını tekeffül borcu altındadır (FSEK. md. 53. f. I). Bununla birlikte, söz konusu malî hakları iş sahibine sağlamalıdır. İmâl eden devrettiği mali hakların varlığı konusunda zapta karşı tekeffül hükümlerine göre sorumludur. İmâl edilen bilgisayar programı üzerinde iş sahibinin çoğaltma, yayma, işleme veya yedek

kopyasını alma gibi hakları olmasına rağmen, iş sahibi imâl edilen bilgisayar programı üzerinde üçüncü kişinin daha üstün hakları olması sebebiyle bu haklarını kullanamıyorsa zaptın varlığı kabul edilmelidir.

Bilgisayar programı imal sözleşmesi, öncelikle ifa ile sona erer. Bilgisayar programını imal sözleşmesini taraflar, karşılık anlaşılarak ikale sözleşmesi ile de sona erdirebilirler. Bununla birlikte, eser sözleşmesinin kendine özgü sona erme sebepleri olan; yaklaşık ücretin aşılması sebebiyle sona erme, yükleniciye bedel ve tazminat ödemek suretiyle sözleşmenin feshi, eserin yok olması, iş sahibinden kaynaklı sebeple ifanın imkânsız hale gelmesi veya yüklenicinin ölmesi ya da yeteneğini kaybetmesi gibi sona erme sebepleri karakterine uygun düştüğü ölçüde, bilgisayar programı imâl sözleşmesine de uygulanır.

Bilgisayar programı imâl sözleşmesinden doğan alacaklar, TBK. 147. madesine göre; imal edenin ağır kusuru bulunmaması halinde, beş yıllık zamanaşımına tabidir. Bilgisayar programı ayıplı imâl edilmiş ise bilgisayar programının taşınmaz bir yapı olmamasından dolayı, açılacak davalar iki yıllık zamanaşımına tabidir. İmal eden, ağır kusuru ile programı ayıplı imâl etmişse, ayıptan doğan haklara ilişkin davalar yirmi yıllık zamanaşımına tabidir.

Çalışmanın sonucunda bazı konularda daha ayrıntılı ve açık yasal düzenlemelere ihtiyaç olduğu kanaatine varılmıştır. Özellikle eser sözleşmesinde teslim ve kabul hususlarının kanunda daha açık ve ayrıntılı düzenlenmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, fikrî haklara konu olan maddi olmayan malların ve teknolojik ürünlerin de eser sözleşmesine konu olduğu düşünüldüğünde özellikle, eser sözleşmesinde yüklenicinin zapta karşı tekeffül borcuna ve iş sahibinin işbirliği yapma yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelere ihtiyaç olduğu sonucuna varılmıştır.

KAYNAKLAR

- Açıkgöz, O. (2013). *Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları*. İstanbul
- Aday, N. (2000). *Özel Hukukta Yükümlülük Kavramı ve Sonuçları*. İstanbul.
- Akıncı, Ş. (2004). *Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi*. Konya.
- Akıntürk, T. ve Akipek, G. J. (2009). *Eşya Hukuku*. İstanbul.
- Akipek, Ş. (2003). *Alt Vekalet*. Ankara.
- Akkurt, S. S. (2008). Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi. *DEÜHFD*, C. 10, S. 2, s. 13-64.
- Aksoy Dursun, S. (2012). *Eşya Kavramı*. İstanbul.
- Aksu, M. (2006). *Bilgisayar Programlarının Fikrî Mülkiyet Hukukunda Korunması*. İstanbul.
- Akünel, T. (1974). İsviçre Federal Mahkemesinin Mimarlık Sözleşmesinin Niteliği Konusunda 3 Ekim 1972 Tarihli Kararı. *İHFM*, C. 40, S. 1-4, s. 701-707.
- Altaş, H. (2002). *Eserin Tesliminden Önce Telef Olması*. Ankara.
- Altaş, H. (1998). *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*. Ankara
- Altop, A. (2006). Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi. *Prof. Dr. Ergün A. Çetingil ve Prof. Dr. Rageyan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı*, İstanbul, s. 254-260.
- Aral, F. ve Ayrancı, H. (2014). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. (10. Bası). Ankara.
- Arat, A. (2006). İsimli Sözleşmelerin Tamamlanması. *EÜHFD*, C. I, S. 2, s. 239-249.
- Arbek, Ö. (2005). *Fikir Ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi*. Ankara.
- Arıkan, A. S. (1996). Bilgisayar Programlarının Korunması AB. Ve Türkiye. *TBBD*, S. 3, s. 308-391
- Arsılanlı, H. (1954). *Fikrî Hukuk Dersleri*. C. II, İstanbul.
- Atamer, Y. (2001). *Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*. İstanbul.
- Atamer, Y. (2011). Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK M. 6 Ve TTK M. 55, F. 1 (f) İle Karşılaştırmalı Olarak. *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu*, Ankara, s. 9-73.

- Ayan, M. (2012). *Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili*. Konya.
- Ayan, M. (2013). *Borçlar Hukuku*. Konya.
- Aybay, A. ve Hatemi, H. (2012). *Eşya Hukuku*. İstanbul.
- Aydoğdu, M. (2011). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı. *DEÜHFD*, C. 13, S. 2, s. 571-621.
- Ayiter, N. (1981). *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri*. Ankara.
- Ateş, M. (2012). *Fikrî Hukukta Eser Sahipliği*. Ankara.
- Ateş, M. (2012a). İstisna(Eser) Sözleşmesi Kapsamında Meydana Getirilen Eser Üzerindeki Fikrî Haklar. *BATİDER*, C. XXVIII, S. 1, s. 41-63.
- Backu, F. (2001) Softwareerstellung und Dokumentation. *ITRB*, s. 248-250.
- Bartl, H. (1988). Rechtliche Problematik der Softwarevertraege. *BB*, s. 2122-2126.
- Bartl, H. (1985). Hardware, Software und Allgemeine Geschäftsbedingungen. *CR*, s. 13-22.
- Bartsch, M. (1992). Softwareüberlassung-was ist das? *CR*, s. 393- 397.
- Bartsch, M. (1987). Weitergabeverbote in AGB-Vertraegen zur Überlassung von Standartsoftware, *CR*, s. 8-13.
- Baş, E. (2013). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi. *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan*, İstanbul, s. 276-306.
- Başpınar, V. (2004.) *Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu*. (2. Baskı). Ankara. (Kısaltılmışı: Başpınar, Özen).
- Başpınar, V. (1998). *Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı*. Ankara.
- Bauer, I. M. ve Witzel, M. (2003). Individualsoftwareerstellung. *ITRB*, s. 62-65.
- Baygın, C. (1999). *Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler*. İstanbul.
- Becker, H. (1934). *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi* (Çev. Dura, A. S.). Bern.
- Becker, H. (1983). Eser(İstisna) Sözleşmesi (Çev. Dura, A. S.). *YD*, C. 9, S. 3, s. 308-328
- Beckmann, H. (1998). EDV-Anwenderdokumentationen. *CR*, s. 519-523.
- Berki, Ş. (1968). Hukukta Müddet Çeşitleri. *AÜHFD*, C. 25, S. 1-2, s. 99-116

- Berki, Ş. (1974). Türk Borçlar Kanununda İskatî Mürurzaman. *Dr. Recai Seçkin'e Armağan*. Ankara.
- Bormann, F. W. ve Bormann, M. (1991). Rechtsnatur und Rechtsschutz der Software. *DB*, s. 2641-2649.
- Bömer, R. (1998). *Die Pflichten im Computersoftwarevertrag*. München.
- Braeutigam, P. ve Rücker, D. (2006). Softwareerstellung und §651 BGB – diskussion ohne Ende oder Ende der Diskussion? *CR*, s. 361-368.
- Bukart, A. (2003). Softwareerstellung – Anspruch auf Herausgabe des Quellcodes. *ITRB*, s. 53-57.
- Burcuoğlu, H. (1990). Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler. *Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Anısına Armağan*. Ankara. s. 283-332.
- Busche, J. (2009). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Bd. IV, §631-651. München.
- Buz, V. (1994). Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması. *AÜSBFD*, C. 49, S. 1-2, s. 23-40.
- Büyükkay, Y. (2014). *Eser Sözleşmesi*. (2. Bası). Ankara.
- Bydlinski, P. (1998). Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter: zeitlos oder anpassungsbedürftig? *AcP*, s. 288-328.
- Canbolat, F. (2009). *İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları*. Ankara.
- Çobanoğlu, B. (2009). *Algoritma Geliştirme ve Veri Yapıları*. İstanbul.
- Dalyan, Ş. (2009). *Bilgisayar Programlarının Fikrî Hukukta Korunması*. Ankara.
- Demir, M. (2008). 2008 Şubat Tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Genel İşlem Koşulları'na İlişkin Maddelerinin (m. 20-25) Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri. *TBBD*, S. 76, s. 217-230.
- Diedrich, K. (2002). Typisierung von Softwareverträgen nach der Schuldrechtsreform. *CR*, s. 473-480.
- Doğrul, G. S. (2013). *Mimarın Telif Hakkı*. Ankara.
- Dreier, T. (2008). *Software- und Computerrecht*. Frankfurt.
- Engel, F-W. (1985). Mängelansprüche bei Software-Verträgen. *BB*, s. 1159-1165.

- Endler, M. (1995). Rechtsprechungsübersicht zu Dokumentationsmängeln. *CR*, s. 7-11.
- Erben, M., Günther, W., Kubert, M. Ve Zahrnt, C. (2007). *IT-Verträge*. Augsburg.
- Ercoşkun Şenol, H. K. (2013). Mali Hakları veya Kullanım Hakkını Devralanların Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Korunması. *HHFD*, C. 3, S. 1, s. 45-64.
- Erdem, M. (2010). *Özel Hukukta Zamanaşımı*. İstanbul.
- Erel, Ş. (2009). *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*. Ankara.
- Erel, Ş. (1994). Fikri Hukukta Bilgisayar Programlarının Korunması. *AÜSBFD*, C. 49, S. 1-2, s. 141-164 (Kısaltılmışı: Erel, Korunma)
- Eren, F. (2014). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. (17. Baskı). Ankara.
- Eren, F. (2014a). *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara.
- Eren, F. (2008). İsimli Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar. *Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan*. İstanbul.
- Eren, F. (2001). *İnşaat Sözleşmeleri*. Ankara.
- Ergezen, M. (2007). *İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı*. Ankara.
- Erişgin, N. (1999). Standart Yazılım Devrini Amaçlayan Sözleşmelerde Edimin Konusu Olarak Bilgisayar Programı. *AÜHFD*, C. 48, S. 1- 4, s. 213-253.
- Eroğlu, S. (2000). *Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması*. İstanbul.
- Erzurumluoğlu, E. (2013). *Sözleşmeler Hukuku*. (3. Baskı). Ankara.
- Esener, T. ve Güven, K. (2012). *Eşya Hukuku* (5. Baskı). Ankara.
- Fritzsche, J. (1995). Rechtsfragen der Herstellung und Überlassung von Software. *JuS*, s. 497-504.
- Gauch, P. (2011). *Der Werkvertrag*. (5. Auflage). Zürich.
- Gaul, B. (2000). Mangelhafte Standardsoftware – Untersuchung- und Rügepflichten bei Lieferung. *MDR*, s. 549-559.
- Gautschi, G. (1971). *Berner Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch*. Bd. IV, Das Obligationenrecht, Abt. 2, Der Einfache Auftrag, Art. 394-406, Bern.

- Gautschi, G. (1967). *Berner Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch*. Bd. VI, Das Obligationenrecht, Abt. 2, Der Werkvertrag, Art. 363-379, Bern
- Gennen, K. ve Völkel, A. (2009). *Recht der IT-Vertraege*. Heidelberg.
- Gökyayla, E. (2009). *Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği*. İstanbul.
- Gökyayla, E. (2002). Eser Sözleşmesinde Müteaddidin Sadakat ve Özen Borcu. *Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan*, C. I, İstanbul. s. 785-805
- Gökyayla, E. (2001). *Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi*. Ankara.
- Gümüş, M. A. (2013). *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. C. I. (3. Baskı). İstanbul.
- Gümüş, M. A. (2014). *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. C. II. (3. Baskı). İstanbul.
- Günel, M. C. (2004). Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin İnşaatteki Ayıp Nedeni ile Sahip Olduğu Haklar. *Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan*. İstanbul. s. 411-433.
- Günther, A. (2002). Software-Portierung als Werkvertrag. *ITRB*, s. 26-27.
- Hantschel, I. (2011). *Softwarekauf und- weiterverkauf*. Berlin.
- Hatemi, H. ve Gökyayla, E. (2012). *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*. İstanbul.
- Havutçu, A. (2003). *Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*. İzmir.
- Heppner, H. (1997). *Software-erstellungsvertraege*. Köln.
- Heussen, B. (1988). Technische und rechtliche Besonderheiten von Mangel bei Computerleistung(I). *CR*, s. 894-900.
- Hoene, T. ve Zeifang, G. (2003). Softwareerstellung und –anpassung in der Bilanz des Softwareherstellers. *ITRB*, s. 228-231.
- Hoeren, T. (2007). *IT Vertragsrecht*. Köln.
- Hoeren, T. (2008). *Allgemeine Geschäftsbedingungen bei Internet- und Softwareverträgen*. München.
- Hoeren, T. ve Schuhmacher, D. (2000). Wervendungsbeschränkungen im Softwarevertrag. *CR*, s. 137-146.
- Honsell, H. (2010). *Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil*. (9. Auflage). Bern.
- Huber, F. ve Schwendener, N. (2009). *OR Kommentar zum Schweizerisches Obligationenrecht*. Art. 363-379. Zürich.
- İnternet: Acar, F. (2013). Eser Sözleşmesinde Eserin Tamamlama Oranı ve Bu Oranın Etkileri. *Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*,

- S. 134. Web: <http://www.e-akademi.org/makaleler/facar.pdf> adresinden 10.10.2014 tarihinde alınmıştır
- lhde, R. (1999). Das Pflichtenheft beim Softwareerstellungsvertrag. *CR*, s. 409-414.
- Jaeggi, P. (1973). Bemerkungen zu einem Urteil über Architektenvertrag. *SJZ*. s. 301-305.
- Junker, A. ve Benecke, M. (2003). *Computerrecht*. Baden-Baden.
- Kaelin, O. (2002). *Der Sachbegrif im schweizerischen ZGB*. Zürich.
- Karadaş, İ. (2013). *Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri*. Ankara.
- Karahasan, M. R. (1992). *Türk Borçlar Hukuku*. C. 6. İstanbul.
- Karger, M. (2001). Rechtseinraeumung bei Software-Erstellung. *CR*. s. 357-366.
- Karger, M. (2001a). Softwareentwicklung Rechtseinraeumung bei fehlender ausdrücklicher Vereinbarung. *ITRB*. s. 67-70.
- Kaşak, E. (2012) Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 1, s. 415-429.
- Kath, P. (2006). *Softwareentwicklungsvertraege*. Giessen.
- Kayıhan, Ş. ve Günergök, Ö. (1998). Borçlar Kanunu M. 386/f.2 Karşısında İsimli İş Görme Sözleşmeleri Yapılabilir mi? *AÜEHFD*, C. II, S. 1, s. 275- 282.
- Kaypakoğlu, S. (2004). *Bilgisayar Programlarının Hukukî Korunması*. İstanbul.
- Kerimoğlu, H. B. (2003). Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans (Ruhsat) Sözleşmesinin Hukukî Niteliği. *Kamu-İş*, C. 7, S. 2, s. 2-22.
- Keskin, D. (2012). Kaynak Kod (Source Code) Escrow Sözleşmesi. *TAAD*, Y. 3, S. 10, s. 95-128.
- Kırca, İ. (1997). Escrow Sözleşmesi. *BATİDER*, C. XIX, S. 1, s.45-61.
- Kılıçoğlu, A. M. (2014). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. (18. Bası). Ankara.
- Kılıçoğlu, A. M. (1975). Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma Veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu. *AÜHFD*, C. 32, S. 1-4, s. 185-199.
- Kilian, W. (1986). Vertragsgestaltung und Maengelhaftung bei Computersoftware. *CR*, s. 187-196.
- Kinderman, M. (1982). Was ist Computer-Software. *ZUM*, s. 2-10.

- Kinderman, M. (1983). Vertrieb und Nutzung von Computersoftware aus urheberrechtlicher Sicht. *GRUR*, s. 150-161
- Klunzinger, E. (2011). *Einführung in das Bürgerliche Recht*. München.
- Koch, F. (2009). *Computer-Vertragsrecht*. Freiburg.
- Kronberger, J. (1992). *Der Software-Vertrag*. Wien.
- Kocayusufpaşaoğlu, N., Hatemi, H., Serozan, R. ve Arpacı, A. (1992). *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*. İstanbul.
- Kocayusufpaşaoğlu, N. (2014). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. C. I. (6. Baskı). İstanbul.
- Koç, N. (1992). *İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü*. Ankara.
- Kotthoff, J. (2002). Softwareerstellungs-Vertraege nach der Schuldrechtsmodernisierung. *K&R*, s. 105-110.
- Köhler, H. (1987). Rechtsfragen zum Softwarevertrag. *CR*, s. 827- 835 (
- Köhler, H. (1988). Herstellungsrisiken und Informationspflichten. *CR*, s. 623-632
- Köhler, H. (1989). Mitwirkungspflicht. *CR*, s. 102-106
- König, M. M. (1991). *Das Computerprogramm im Recht*. Köln.
- König, M. M. (1993). Software(Computerprogramme) als Sache und deren Erwerb als Sachkauf. *NJW*, s. 3121-3124
- König, M. M. (1990). Zur Sacheigenschaft von Computerprogrammen und deren Überlassung. *NJW*, s. 1584-1586
- König, M. M. (1989). Die Qualifizierung von Computerprogrammen als Sachen i. S. Des §90 BGB. *NJW*, s. 2604-2605
- Krause, J. D. (1991). *Der Software-Erstellungsvertrag*. München.
- Kuntalp, E. (2013). *Karışık Muhtevalı Akit*. (2. Baskı). Ankara.
- Kuntalp, E. (2011). Bankalar ve Genel İşlem Koşulları. *Türk Hukukunda Genel İşlem Koşulları Sempozyumu*. Ankara, s. 81-102.
- Kurşat, Z. (2009). Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükmü. *İÜHF*, C. LXVII, S. 1-2, s. 143-166.
- Larenz, K. (1969). *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin/Heidelberg/NewYork.
- Lauer, J. (1982). Vertraege über Software-Leistungen in der Praxis. *BB*, s. 1758-1763.

- Lejeune, M. (2002). IT-Besonderheiten der Schuldrechtsreform: Ein Praxisüberblick. *K&R*, s. 441-447.
- Malzer, H. M. (1991). *Der Softwarevertrag*. Köln.
- Marly, J. (2006). *Softwareüberlassungsverträge*. München.
- Marly, J. (1991). Die Qualifizierung der Computerprogramme als Sache nach §90 BGB. *BB*, s. 432-436.
- Martinek, 1993, M. (1993). *Moderne Vertragstypen*. Band III. München.
- Memiş, T. (2009). Fikrî Hukuk Bakımından Kaynak Kodların Korunması. *Fikrî Mülkiyet Hukuku Yıllığı*, s. 293-308.
- Mehnings, J. (1985). Computersoftware und Mangelhaftung. *GRUR*, s. 189-197.
- Mehnings, J. (1986). Computersoftware und Gewährleistungsrecht. *NJW*, s. 1904-1909.
- Meyer, O. (2008). *Aktuelle vertrags- und urheberrechtliche Aspekte der Erstellung, des Vertriebs und der Nutzung von Software*. Karlsruhe.
- Moritz, H-W. ve Tybusseck, B. (1992). *Computersoftware, Rechtsschutz und Vertragsgestaltung*. München.
- Müller-Foell, C. (1982). *Die Mitwirkung des Bestellers beim Werkvertrag*. Berlin.
- Müller-Hengstenberger, C. D. (1994). Computersoftware ist keine Sache. *NJW*, s. 3128-3134 (Kısaltılmışı: Müller-Hengstenberger, Sache).
- Müller-Hengstenberger, C. D. (1995). Risikoteilung in DV-Projekten. *CR*, s. 198-205
- Müller-Hengstenberg, C. D. ve Krcmar, H. (2002). Mitwirkungspflichten des Auftraggebers bei IT-Projekten. *CR*, s. 549-557.
- Nomer, H. N. (2013). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul.
- Nicklisch, F. (1979). Mitwirkungspflichten des Bestellers beim Werksvertrag, insbesondere beim Bau- und Industrieanlagenvertrag. *BB*, s. 533-544.
- Oğuzman, M. K., Seliçi, Ö. ve Oktay-Özdemir, S. (2014). *Eşya Hukuku*. (17. Bası). İstanbul.
- Oğuzman, K. ve Öz, T. (2014). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. C. I. (12. Baskı). İstanbul.
- Oktay, S. (1996). İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması. *İHFM*, C. LV, s. 263-296.
- Olgaç, 1977, S. (1977). *İstisna Akdi*. Ankara.

Otto, D. (2008). *Recht für Software- und Webentwickler*. Bonn.

Ozanoğlu, H. S. (1999). İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası Kayıtları). *GÜHFD*, C. III, S. 1-2, s. 60-118.

Öz, T. (1989). *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*. İstanbul.

Öktem, S. (2006). Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıptan Doğan Hakları. *İBD*, C. 80, S. 5, s. 1947-1965.

Pekgüçlü Karabulut, G. (2007). *Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret Sözleşmesi*. Ankara.

Peters, F. ve Jacoby, F. (2008). *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz*. Buch 2, § 631-651. Berlin.

Polley, R. (1999). Verwendungsbeschränkungen in Softwareüberlassungsverträgen. *CR*, s. 345-354.

Pres, A. (1994). Gestaltungsformen urheberrechtlicher Softwarelizenzverträge. *CR*, s. 520-525.

Redeker, H. (2007). *IT-Recht*. München.

Redeker, H. (1992). Wer ist Eigentümer von Goethes Werther? *NJW*, s. 1739-1740.

Redeker, H. (2004). Softwareerstellung und §651 BGB. *CR*, s. 88-91.

Redeker, H. (2002). Softwareerstellung im neuen Schuldrecht. *ITRB*, s. 119-121

Rehmann, W. A. (1989). Herstellung von Individualanwendersoftware. *CR*, s. 961-965.

Ruppelt, M. (1988). Vertragseinheit und Softwaremängel, *CR*, s. 994-995.

Sarı, S. (2004). *Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi*. İstanbul.

Schaub, B. (1993). Das Pflichtenheft im Spiegel der Rechtsprechung. *CR*, s. 329-334.

Schmidl, M. (2004). Softwareerstellung und §651 BGB – ein Versöhnungsversuch. *MMR*, s. 590-593.

- Schmidt, H. (2011). *Ulmer-Brander-Hensen AGB-Recht Kommentar*. Köln.
- Schmidt, H. (1992). Beratungsleistungen und Miwirkungspflichten, *CR*, s. 709-714.
- Schneider, J. (2003). Softwareerstellung und Softwareanpassung – Wo bleibt der Dienstvertrag? *CR*, s. 317-323.
- Schneider, J. (2003). Neues zur Vorlage und Herausgabe des Quellcodes? *CR*, s. 1-9.
- Schneider, J. (2000). Projektsteuerung – Projektrisiken bei Software, *CR*, s. 27-35.
- Schuhmacher, D. (2000). Wirksamkeit von typischen Klauseln im Softwareüberlassungsverträgen. *CR*, s. 641-645.
- Schwenker, H. C. (2011). *Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar*. Bd. I. Köln.
- Serozan, R. (2014). *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*. C. III. İstanbul.
- Serozan, R. (2007). *Sözleşmeden Dönme*. İstanbul.
- Sirmen, L. (2011). Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi. *Türk Hukukunda Genel İşlem Koşulları Sempozyumu*. Ankara, s. 109-134.
- Slongo, D. (1991). *Der Softwareerstellungvertrag*. Zürich.
- Sprau, H. (2011). *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*. München.
- Stichtenoth, J. (2003). Softwareüberlassungsverträge nach der Schuldrechtsmodernisierungsgesetz. *K&R*, 2003. s. 105-110.
- Şenocak, Z. (2002). *Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*. Ankara.
- Taeger, J. (1996). Produkt- und Produzentenhaftung bei Schäden durch fehlerhafte Computerprogramme. *CR*, s.257-271.
- Tandoğan, H. (2008). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. C. I/1. İstanbul.
- Tandoğan, H. (2010). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. C. II. İstanbul.
- Tandoğan, H. (1970). İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırdedilmesi. *İmran Öktem'e Armağan*. Ankara, s. 311-332
- Tekinalp, Ü. (2012). *Fikrî Mülkiyet Hukuku*. İstanbul.
- Tekinay, S. S., Akman, S., Burcuoğlu, H. ve Altop, A. (1989). *Tekinay Eşya Hukuku*. C. I. İstanbul.
- Tekinay, S. S., Akman, S., Burcuoğlu, H. ve Altop, A. (1993). *Tekinay Borçlar Hukuku*. İstanbul.

- Tellis, N. (1990). Gewährleistungsansprüche bei Sachmängeln von Anwendersoftware. *BB*, s. 500-506.
- Thewalt, S. (2004). *Der Softwareerstellungsvertrag nach der Schuldrechtsreform*. München.
- Thewalt, S. (2002). Softwareerstellung als Kaufvertrag mit werkvertraglich Einschlag. *CR*, s.1-7.
- Topçuoğlu, H. *Fikrî Haklar Ders Notları* (Basım yılı ve yeri yok).
- Topaloğlu, M. (1997). *Bilgisayar Programı Üzerindeki Haklar ve Bu Hakların Korunması*. İstanbul.
- Topaloğlu, M. (2005). *Bilişim Hukuku*. Adana.
- Topuz, M. (2013). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi. *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan*. İstanbul, s. 1138-1174.
- Topuz, M. (2008). Eserin Teslimden Önce Telef Olması ve Roma Hukuku'nun Türk Borçlar Hukuku'na Etkileri. *MÜHF- HAD*, C. 14, S. 1-2, s. 201-236.
- Tuğ, A. (1994). *Türk Özel Hukukunda Şekil*. Konya.
- Turgut, Ş. (2009). *Bilgisayar Programlarının Hukukî Niteliği ve Vergilendirilmesi*. Ankara.
- Türker, E. (1974). *Türk ve İngiliz Hukukunda Satıcının Zapta Karşı Teminat Borcu*. Eskişehir.
- Tüysüz, M. (2007). *Fikrî Haklar Üzerindeki Sözleşmeler*. Ankara.
- Tybusseck, B. (1986). *Vertragsgestaltung für Computersoftware*. Holzgerlingen.
- Uçar, A. (2003). *İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*. Ankara.
- Uçar, A. (2001). İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukukî Sonuçları. *AÜEHFD*, C. V, S. 1-4, s. 513-555.
- Ulmer, D. (2001). Elektronischer Ersatz für Handbücher. *ITRB*, s. 64-67.
- Usta, S. (2010). Eser Sözleşmesinin Konusu Özellikleri ve Tarafları. *İBD*, C. 84, S. 6, s. 351-3569.
- Uyan, G. (2006). *İsviçre-Türk Hukukunda Mimari Proje Düzenleme Sözleşmesinin Hukukî Niteliği*. İstanbul.
- Uygur, T. (1997). *İnşaat Hukuku Sözleşmeden Doğan Borçlar ve Eser Sözleşmesi*. C. I. Ankara.

- Üçer, M. (2007). *Roma Hukukunda ve Karşılaştırılmalı Hukukta Alacaklının Temerrüdü*. Ankara.
- Ünal, M. ve Başpınar, V. (2012). *Şekli Eşya Hukuku*. (6. Baskı). Ankara.
- Vatansever, F. (2011). *Algoritma Geliştirme ve Programlamaya Giriş*. Ankara.
- Yağcıoğlu, A. H. (2013). Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi (UWG Art. 8). *Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan*, C. III. İzmir, s. 3057- 3098.
- Yalçınduran, T. (2007). *Vekâlet Sözleşmesinde Ücret*. Ankara.
- Yavuz, C. (2014). *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. (11. Baskı). İstanbul.
- Yelmen, A. (2014). *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları*. Ankara.
- Yıldırım, M. F. (1999). *Standart Bilgisayar Program Devir*. İstanbul.
- Yıldırım, M. F. (2001). İsviçre Federal Mahkemesi'nin Bir Kararı(BGE 125 III263 ff) ve Değerlendirilmesi. *AÜEHFD*, C. V, S. 1-4, s. 665-673
- Yıldırım, M. F. (2003). Bilgisayar Programlarında Akdi ve Teknik Kullanım Sınırlamaları ve Kullanıcının Hukukî Konumu. *AÜEHFD*, C. VII, S. 1-2, s. 563-580.
- Yıldırım, M. F. (2013). Satıcının Zapta Karşı Tekeffül sorumluluğu Bakımından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 216. Maddesi Nasıl Okunmalıdır? *GÜHFD*. C. XVII, S. 1-2, s. 1049-1059.
- Yıldırım, M. F. (1998). Standart Bilgisayar Programı Ayıplarından Sözleşmeye Dayalı Sorumluluk. *AÜEHFD*, C. II, S. 1, s. 147-160
- Yücer Aktürk, İ. (2012). *Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri*. Ankara.
- Zevkliler, A. ve Gökyayla, E. K. (2014). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. (14. Baskı). Ankara.
- Zindel, G. G. ve Pulver, U. (2007). *Basler Kommentar zum Obligationenrecht I*. Art. 1-529 OR, 4. Auflage, Basel.

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Soyadı, adı : ŞAHAN, Gökhan
 Uyuğu : Türk
 Doğum tarihi ve yeri : 29.05.1981, Nevşehir/Hacıbektaş
 Medeni hali : Evli
 Telefon : 0352 – 4380661
 e-mail : gsahan@erciyes.edu.tr

Eğitim Bilgileri

1. Yüksek Lisans	Erciyes Üniversitesi	2007
2. Lisans	Ankara Üniversitesi	2004
3. Lise	Sümer Süper Lisesi	1999

İş Deneyimi

2005-2008	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
2008-2011	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
2011-2012	Augsburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi
2012-Devam ediyor	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yabancı Dil

İngilizce, Almanca

Yayınlar

1. Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara, 2009.
2. Destekten Yoksun Kalma Tazminatı ve Eşlerin Evlilik Birliği Giderlerine Katılması İle İlgili Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 20.09.2004 Tarihli, E. 9196, K. 10137 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. I, S.1, 2006, s. 361-369.



GAZİ GELECEKTİR..

