

**T.C.  
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**SÖZLEŞME MÜZAKERELERİ**

**DOKTORA TEZİ**

**PELİN İŞINTAN**

**Tez Danışmanı: Prof. Dr. ERDEN KUNTALP**

**ŞUBAT 2009**

## ÖNSÖZ

Doktora tez konumuz olan “Sözleşme Müzakereleri” başlıklı bu çalışma, sözleşme öncesinde taraflar arasında oluşan ilişkiyi ele alıp inceleme amacı taşıyan bir çalışmadır. Çalışmanın kaynak araştırması büyük ölçüde İsviçre Mukayeseli Hukuk Enstitüsü’nde gerçekleştirilmiştir. Önce van Calker, daha sonra ise İsviçre Hükümeti’nden aldığım araştırma bursları sayesinde bünyesinde çalışma fırsatını bulduğum Enstitü’nün sunduğu imkanlarla, çalışmamda kullandığım yabancı kaynakların hemen hemen tamamını burada geçirdiğim sürede elde etmiş oldum. Bana bu konuda büyük yardımları dokunan enstitü müdürü Mme. Eleanor Cashin Ritaine, kütüphane müdürü Alfredo Santos, bilimsel ekip şefi Martin Sychold ve yayınlardan sorumlu Sadri Saieb’e teşekkürlerimi iletmeyi bir borç bilirim.

İlk hukuk dersini kendisinden dinlediğim ve o günden beri hayatıma yön veren, akademik hayatımı kendisine borçlu olduğum saygıdeğer Hocam Prof. Dr. Erden Kuntalp, bu tez çalışmamda da danışmanlığımı üstlenmiştir. Bilimadamlığının ne demek olduğunu her konuşmamızda bir kez daha anladığım muhterem Hocam’a ne kadar teşekkür etsem azdır. Fakültemizin Medeni Hukuk Anabilim Dalı’na geldiği günden beri asistanlığımı yaptığım ve kendisinden çok şey öğrendiğim Prof. Dr. Nami Barlas’a da teşekkürlerimi sunarım. Kendisi hem konunun seçiminde bana yol göstermiş hem de tezin ilk taslağını okuyarak nihai halini almasında katkıda bulunmuştur.

Her doktora çalışmasında olduğu gibi uzun ve zahmetli bir süreçte hazırlanan bu tezin oluşum sürecini ve tüm sıkıntısını benimle birlikte, bu tezi yazmışçasına paylaşan sevgili eşim Alper Işıntan’a minnet duygularımı ifade etmeliyim. Bu tezin ortaya çıkması nihai olarak onun sayesinde.

Pelin IŞINTAN  
*Tarabya, 2009*

## SÖZLEŞME MÜZAKERELERİ

ÖNSÖZ.....	ii
İÇİNDEKİLER .....	iii
KISALTMALAR .....	ix
RESUME .....	xiii
ABSTRACT .....	xviii
ÖZET .....	xxiii
GİRİŞ .....	1
I- SUNUŞ .....	1
II – ÇALIŞMANIN AMACI.....	3
III – İNCELEME PLANI VE KONUNUN SINIRLANDIRILMASI .....	7

### BİRİNCİ BÖLÜM:

#### SÖZLEŞME MÜZAKERELERİNE BAŞLANMASIYLA OLUŞAN HUKUKİ İLİŞKİNİN YAPISI VE ÖZELLİKLERİ

§1. MÜZAKERE SÜRECİNE GENEL BAKIŞ .....	9
I. Müzakere Süreci ve Sözleşme Özgürlüğü Prensipleri .....	12
II. Müzakere Sürecinin Tarihsel Süreç İçerisinde Hukukî Olarak Değerlendirilmesi.....	20
A. Roma Hukuku .....	20
B. Doğal Hukuk Okulu .....	23

C. Alman Hukuku .....	27
1. Jhering ve <i>Culpa in Contrahendo</i> Teorisi .....	27
2. <i>Windscheid</i> ve sözleşmesel risk teorisi .....	34
3. BGB düzenlemesi .....	37
a) 1 Ocak 1900 tarihli BGB düzenlemesi .....	37
b) Modernleştirme çalışmalarından sonra BGB düzenlemesi .....	40
D. İtalyan Hukuku .....	42
E. Fransız Hukuku .....	48
III. Sözleşmenin Kurulması Yöntemleri .....	51
A. Klasik Yöntem: İcap ve Kabul beyanlarıyla sözleşmenin kurulması .....	52
B. Sözleşmenin kurulmasına farklı bir yaklaşım: Sözleşmenin katmanlardan oluşması (geniş anlamıyla <i>punctation</i> , formation par couches successives) .....	56
§2. MÜZAKERE SÜRECİNDE ORTAYA ÇIKAN ÇEŞİTLİ METİNLERİN GENEL ÖZELLİKLERİ VE HUKUKÎ NİTELİKLERİ .....	61
I. Müzakere Sürecinde Hazırlanan Metinlerin Görünüm Biçimleri .....	62
A. Hazırlayan Taraf Sayısı Açısından .....	64
1. Tek Tarafın Hazırladığı Metinler .....	64
2. Tarafların Birlikte Hazırladıkları Metinler .....	64
B. Taraflara Borç Yükleme Açısından .....	65
1. Borç Yükleme Metinler .....	65
2. Borç Yüklemeyen Metinler .....	65
C. Tarafları Bağlayıcı Olması Açısından .....	65
1. Bağlayıcı Olan Metinler .....	65
2. Bağlayıcı Olmayan Metinler .....	66
D. Doğurduğu Sonuçların Müzakere Süreciyle Sınırlı Olması Açısından ....	67
1. Sadece Müzakere Sürecinde Geçerli Olan Metinler .....	67
2. Müzakere Süreci Sonrasında Etkisini Koruyan Metinler .....	67

E. Konu ve Amaç Açısından.....	68
1. Kurulması Hedeflenen Sözleşmeyi Kurmaya Yönelik .....	68
2. Yan Esasları Düzenleyen Metinler .....	69
3. Karma Yapılı Metinler .....	69
II. Müzakere Sürecinde Düzenlenen Metinler.....	69
A. Niyet Mektubu ( <i>Letter of Intent, Lettre d'Intention</i> ) .....	69
1. Tanımı .....	70
2. Unsurları.....	73
a) Yazılı olması .....	73
b) Tek taraflı bir irade açıklaması olması.....	73
c) Kurulmak istenen ilişkinin kapsam ve çerçevesini belirlemesi.....	74
d) Bağlanma iradesinin bulunmaması .....	74
3. Hükümleri .....	77
B. İfaya Yönelik Talimatlar ( <i>Instruction to Proceed, Authority to Proceed</i> )	80
C. Müzakere Sözleşmesi .....	82
D. Sözleşme Tasarısı ( <i>Punctuation, Memorandum of Understanding, Heads of Agreement, Accord de Principe</i> ).....	84
1. Kavram.....	84
2. BK md. 2/f. 1 kapsamında esaslı noktalarda uyuşma .....	85
3. BGB § 154 ve <i>Punctuation</i> .....	92
E. Toplantı Tutanaqları ( <i>Meeting Minutes</i> ).....	94
F. Centilmen Anlaşmaları ( <i>Gentlemen's Agreements, Engagements d'honneur</i> ).....	95
1. Tanımı .....	95
2. Hükümleri .....	95
III. Metinlerin Hukukî Nitelikleri Konusunda Gündeme Gelen Çeşitli Nitelik Kalıpları ve Bunların Değerlendirilmesi .....	101

A. Metinlerin Hukukî Nitelikleri Konusunda Gündeme Gelen Çeşitli Nitelik Kalıpları .....	101
1. Sözleşme Esasından Hareket Eden Kalıplar .....	101
a. Ön Sözleşme.....	101
aa) Ön sözleşmenin unsurları.....	102
α. Asıl sözleşmeyi yapma borcu doğurması .....	102
β. Asıl sözleşmenin bir borçlandırıcı sözleşme olması .....	103
bb) Ön sözleşmede şekil .....	103
cc) Ön sözleşmenin içeriği.....	104
b. Öncelik hakkı veren Sözleşme ( <i>rüçhan hakkı, pacte de préférence, right of first refusal</i> ).....	105
c. Opsiyon hakkı doğuran Sözleşme .....	107
d. Çerçeve Sözleşme .....	109
2. Tek Taraflı Hukukî İşlem Esasından Hareket Eden Kalıplar .....	112
a. İcap / İltizamsız İcap .....	112
b. Eksik (Tabii) Borç.....	117
B. Değerlendirme ve Görüşümüz.....	119

## İKİNCİ BÖLÜM:

### SÖZLEŞME MÜZAKERELERİNDE TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE BUNLARA AYKIRILIĞIN YAPTIRIMI

§3. SÖZLEŞME MÜZAKERELERİNDE TARAFLARIN UYMALARI GEREKEN DAVRANIŞ YÜKÜMLÜLÜKLERİ .....	123
<i>I. Tarafların Hazırlamış Oldukları Bir Müzakere Metninden Kaynaklanan Yükümlülükler .....</i>	<i>124</i>
A. Müzakerelerde Bulunma .....	124

B. Sır Saklama ( <i>confidentialité, non-disclosure</i> ).....	125
1. Tanımı .....	125
2. Kapsamı .....	126
3. Süresi.....	129
4. Tarafların anlaşması.....	129
C. Masrafların Paylaşılması .....	131
D. Paralel Müzakere Yapmama ( <i>münhasırlık, exclusivité</i> ).....	132
II. Dürüstlük Kuralından Kaynaklanan Yükümlülükler.....	134
A. Sadakat ve Koruma Yükümlülüğü .....	137
1. Genel Olarak .....	137
2. Özel Olarak .....	142
a) Bilgi verme yükümlülüğü .....	142
b) İmkânsız bir edime söz vermeme .....	147
B. Sebepsiz ve Zamansız Şekilde Müzakerelere Son Vermemek .....	149
§4. SÖZLEŞME ÖNCESİ YÜKÜMLÜLÜKLERE AYKIRI DAVRANIŞIN KLASİK	
YAPTIRIMI: <i>CULPA IN CONTRAHENDO</i> SORUMLULUK .....	152
I. Genel Olarak <i>Culpa in Contrahendo Sorumluluk</i> .....	152
II. Sorumluluğun Unsurları.....	154
A. Davranış Yükümlülüklerine Aykırılık .....	155
1. Taraflarca Düzenlenen Yükümlülüklerle Aykırılık .....	155
2. Dürüstlük Kuralından Kaynaklanan Yükümlülüklerle Aykırılık.....	155
B. Zarar .....	156
1. Maddî Zarar.....	156
2. Manevî Zarar.....	162
C. İlliyet Bağı.....	163
D. Kusur .....	164

§5. SÖZLEŞME ÖNCESİ SORUMLULUĞA UYGULANABİLECEK HÜKÜMLER VE BUNLARIN SONUÇLARI .....	167
<i>I. Sözleşme Öncesi Sorumluluğa Uygulanabilecek Hükümlerle İlgili Çeşitli Görüşler .....</i>	<i>170</i>
A. Sözleşmeye Aykırılık Hükümlerinin Uygulanmasına Yönelik Görüşler	171
1. Kurulması Hedeflenen Sözleşmeye Ait Hükümlerin Uygulanması (Amaç sözleşme teorisi).....	172
2. Sözleşmeye Aykırılık Hükümlerinin Kıyasen Uygulanması.....	174
3. Sözleşmeye Aykırılık Hükümlerinin Doğrudan Uygulanması.....	176
B. Haksız Fiil Hükümlerinin Uygulanmasına Yönelik Görüşler.....	180
1. Haksız Fiil Hükümlerinin Doğrudan Uygulanması .....	182
2. Piotet'nin <i>culpa in contrahendo</i> sistemi .....	183
C. Karma Görüşler .....	186
1. <i>Jäggi</i> 'nin görüşü ( <i>Eklektik görüş</i> ).....	186
2. <i>Bühler</i> 'in görüşü .....	188
3. <i>Bucher</i> 'in görüşü.....	189
<i>II. Uygulanacak Hükümler İçin Yapılacak Tercihin Sonuçları .....</i>	<i>192</i>
A. İspat Yükü Açısından.....	193
B. Zamanaşımı Açısından.....	195
C. Yardımcı Şahısların Sorumluluğu Açısından.....	196
<i>III. Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin Uygulamaları.....</i>	<i>199</i>
A. Yargıtay Uygulaması .....	199
B. İsviçre Federal Mahkemesi'nin Uygulaması.....	200
<i>IV. Değerlendirme ve Görüşümüz.....</i>	<i>202</i>
<b>SONUÇ.....</b>	<b>207</b>
<b>KAYNAKLAR .....</b>	<b>211</b>



## KISALTMALAR

<b>2d cir.</b>	: Second circuit
<b>ABD</b>	: Ankara Barosu Dergisi
<b>Abs.</b>	: Absatz
<b>A.C.</b>	: Appeal Cases (Law Reports)
<b>ACP</b>	: Archive für civilistische Praxis
<b>AG</b>	: Aktiengesellschaft
<b>a.g.e</b>	: Adı geçen eser
<b>All E.R.</b>	: All England Law Reports
<b>Am. Soc. Rev.</b>	: American Sociological Review
<b>App.</b>	: Appellate (Temyiz)
<b>art. / Art.</b>	: Article / Artikel
<b>ATF</b>	: Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
<b>AÜHFD</b>	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>b.</b>	: Bend
<b>BDDK</b>	: Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu
<b>BGB</b>	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
<b>BGH</b>	: Bundesgerichtshof (Alman Federal Mahkemesi)
<b>BK</b>	: Borçlar Kanunu
<b>BKomm.</b>	: Berner Kommentar
<b>bkz.</b>	: Bakınız

<b>C.</b>	: Cilt
<b>c.</b>	: Contre (karşı)
<b>Capp. Tex.</b>	: Texas Court of Appeals
<b>Cass. Comm.</b>	: Cour de Cassation Chambre Commerciale, Financière et Economique
<b>CC</b>	: Code civil suisse (İsviçre Medeni Kanunu)
<b>CO</b>	: Code des obligations suisse (İsviçre Borçlar Kanunu)
<b>cons.</b>	: Considérant (gerekçe)
<b>CVIM</b>	: Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması)
<b>D.</b>	: Digesta
<b>D.C.</b>	: District of Columbia
<b>D.L.R. (2d)</b>	: Dominion Law Reports (second series) (Kanada Hukuku)
<b>diss.</b>	: Dissertation (doktora tezi)
<b>dpn.</b>	: Dipnot
<b>E.</b>	: Esas
<b>ed</b>	: Edition
<b>f.</b>	: Fıkra
<b>F.3d</b>	: Federal Reporter Third Series
<b>F.Supp.</b>	: Federal Supplement
<b>FSEK</b>	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
<b>HD</b>	: Hukuk Dairesi
<b>HGK</b>	: Hukuk Genel Kurulu
<b>HoA</b>	: Heads of Agreement
<b>ILO</b>	: International Labour Organization (Uluslararası Çalışma Örgütü)
<b>İsv. BK</b>	: İsviçre Borçlar Kanunu
<b>İsv. MK</b>	: İsviçre Medeni Kanunu
<b>İÜHFM</b>	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

<b>J.</b>	: Justice (Amerikan mahkemelerinde hâkim)
<b>JdT</b>	: Journal des Tribunaux
<b>K.</b>	: Karar
<b>K.B.</b>	: King's Bench (Law Reports)
<b>Krş.</b>	: Karşılaştırınız
<b>LoI</b>	: Letter of Intent
<b>LZ</b>	: Leipziger Zeitschrift für Deutches Recht
<b>Mass.</b>	: Massachusetts Eyaleti
<b>md.</b>	: Madde
<b>MDR</b>	: Monatsschrift für deutsches Recht
<b>MHAD</b>	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
<b>MK</b>	: Türk Medeni Kanunu
<b>MoU</b>	: Memorandum of Understanding
<b>N.</b>	: Paragraf numarası
<b>N.E.2d</b>	: North Eastern Reporter Second Series
<b>NJW</b>	: Neue Juristische Wochenschrift
<b>no.</b>	: numara
<b>OECD</b>	: Organisation for Economic Co-operation and Development (Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü)
<b>Q.B.</b>	: Queen's Bench (Law Reports)
<b>RDAI</b>	: Revue de Droit des Affaires Internationales
<b>reimp.</b>	: Réimpression
<b>Rev.</b>	: Revue
<b>RG</b>	: Reichsgericht (Alman İmparatorluk Mahkemesi)
<b>RGZ</b>	: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
<b>RSJ (=SJZ)</b>	: Revue Suisse de Jurisprudence
<b>RTD Civ.</b>	: Revue Trimestrielle de Droit Civil

<b>RTD Com.</b>	: Revue Trimestrielle de Droit Commercial et Economique
<b>S.</b>	: Sayı
<b>S.D.N.Y</b>	: United States District Court for the Southern District of New York
<b>S.W.2d</b>	: Southwestern Reporter Second Series
<b>sf.</b>	: Sayfa
<b>SJZ (=RSJ)</b>	: Schweizerische Juristen-Zeitung
<b>SPK</b>	: Sermaye Piyasası Kurumu
<b>T.</b>	: Tome (cilt)
<b>t.</b>	: Tarih
<b>TF</b>	: Tribunal Fédéral
<b>th.</b>	: Thèse (Doktora tezi)
<b>TTK</b>	: Türk Ticaret Kanunu
<b>UCC</b>	: Uniform Commercial Code (Amerika Birleşik Devletleri Yeknesak Ticaret Kanunu)
<b>UNIDROIT</b>	: Institut International pour l'Unification du Droit Privé International Institute for the Unification of Private Law (Özel Hukukun Birleştirilmesi Enstitüsü)
<b>v.</b>	: Versus (karşı)
<b>vd.</b>	: Ve devamı
<b>Vol.</b>	: Volume (Cilt)
<b>Vorbem.</b>	: Vorbemerkungen
<b>W.L.R.</b>	: Weekly Law Reports
<b>W.W.R.</b>	: Western Weekly Reports (Kanada Hukuku)
<b>Yarg.</b>	: Yargıtay
<b>YKD</b>	: Yargıtay Kararları Dergisi
<b>ZKomm.</b>	: Zürcher Kommentar

## **RESUME**

Le titre “Les Négociations Précontractuelles” présente un processus assez dur et complexe qui n’est pas réglé dans le Code des Obligations et les relations entre les parties pendant ce processus.

Notre Code des Obligations ne contient pas de règles spéciales concernant la période précontractuelle et considère que la formation du contrat est momentané. Cependant, on ne peut pas accepter qu’une période qui parfois dure des années et pendant laquelle les parties arrivent à apprendre réciproquement des secrets professionnels et financiers, ne présente pas une valeur juridique seulement parce qu’elle n’est pas réglée dans le Code.

Il est clair que dans un système formaliste, comme l’ancien droit romain où les parties doivent obéir à certaines formes pour déclarer leur volonté, toute déclaration faite sans respecter cette forme ne posséderait aucune valeur juridique. Dans un cas pareil, il est évident que la période précontractuelle n’aurait pas d’importance. Cette période ne pourrait avoir un certain intérêt juridique que dans un système qui cède place aux volontés des parties et c’est seulement avec le libéralisme que la période précontractuelle devient de plus en plus importante. Les Codes qui sont préparés sous l’influence de ce courant mettent le principe de la liberté contractuelle dans le premier plan et les contrats cessent d’être formels. En vertu du principe de la liberté contractuelle qui règne également notre Code des Obligations, les parties ont le libre choix concernant leur contrat et alors la période précontractuelle gagne un caractère favorable à faire naître des conséquences juridiques.

Les développements économiques peuvent être considérés comme la raison pratique du fait que la période précontractuelle a gagné une importance juridique. Le fait que les agents économiques sont grandis et ont obtenu une dimension

internationale, tout avec les développements dans le domaine de la communication, offre une multitude de choix devant les parties qui voudraient conclure un contrat. Avec le développement des instruments financiers, des moyens de communication et de transport impensable au début du dernier siècle, il est devenu possible d'avoir accès aux marchés partout dans le monde. Quand les choix sont ainsi multipliés, il est normal, et même préférable pour une personne de rechercher quelle serait l'alternative la plus favorable et pour le faire il va falloir qu'elle entre en contact avec plusieurs personnes. Le fait qu'elle choisit l'une parmi les autres va forcément mettre fin à toute autre négociation qu'elle entraînait entretemps. Comme il n'est pas possible que chaque négociation aboutisse à un contrat, les conditions dans lesquelles la négociation a été entretenue et pris fin présenteront une grande importance.

Même si le Code des Obligations ne contient pas de dispositions concernant la période précontractuelle, tout problème qui peut surgir pendant cette période va être forcément résolu par les règles dudit Code. Alors, pour pouvoir régler ces problèmes, il est essentiel de prendre un point de référence dans les dispositions du système existant.

Notre étude essaie de trouver des réponses à certains de ces problèmes comme la nature juridique des documents précontractuels, la validité de certaines clauses inspirées des droits anglo-américains et insérées dans ces documents, les devoirs du comportement des parties pendant la période précontractuelle, la responsabilité naissant du non-respect des comportements précontractuels et la nature juridique de cette responsabilité dans le système existant et en deux grandes parties.

La première partie comprend la période précontractuelle comme un tout et examine la nature juridique et les particularités de la relation qui se forme entre les parties pendant cette période. Pour le faire, on essaie de traiter le principe vital de la liberté contractuelle dans un premier plan et puis on essaie de déterminer la période précontractuelle dans une perspective historique. Cette sous-partie se termine avec les modalités de formation du contrat qui serait le fruit de la période précontractuelle.

Ensuite, dans un deuxième plan, on essaie de classer les documents précontractuels sous différents angles et on essaie d'examiner de près certains de ces documents: *la lettre d'intention, instructions to proceed, le contrat de négociation, le principe d'accord, la punctuation, les notes de cessions et les engagements d'honneur.*

On essaie de déterminer quelles seraient les formes juridiques favorables pour ces documents précontractuels.

La deuxième partie comprend tout d'abord les devoirs du comportement que les parties doivent respecter. On essaie d'établir la différence entre les situation où les parties ont en effet fixés ces devoirs dans un document précontractuel et celle où un tel document n'existe pas. Dans ce dernier cas, les devoirs de comportement seraient basés sur le principe de bonne foi. La responsabilité *culpa in contrahendo* qui est la sanction du non-respect de ces devoirs de comportement serait traité également dans cette partie. On essaie d'analyser cette responsabilité en tenant compte surtout de la rupture des négociations et on établit ses éléments en donnant une place particulière à la notion de la faute. Ensuite, on essaie de trouver les dispositions à appliquer à cette responsabilité qui n'est pas régie par le Code des Obligations. Dans cette perspective, on a considéré les différentes théories existantes de la doctrine et on a essayé de mettre en relief les conséquences de ces théories considérant surtout le fardeau de la preuve, la prescription et le fait des auxiliaires.

En examinant la responsabilité précontractuelle, notre étude considère particulièrement le cas du rupture des négociations où un contrat ne se trouve pas conclu même en apparence. Les autres cas de la *culpa in contrahendo* qui sont régis par le Code des Obligations (ex: art. 26, art. 36 al. 2, art. 39 CO) ne sont pris en considération que dans la mesure nécessaire, mais en grande partie, ils sont laissés hors de cette étude car ils sont aptes d'être traité dans d'autres.

En guise de conclusion, on arrive à établir deux principes fondamentaux qu'il faut prendre en considération pendant les négociations précontractuelles. Ces principes sont d'une part la liberté contractuelle et de l'autre le bonne foi.

La liberté contractuelle assure que les parties initient les négociations et forment des contrats à leur gré. Dans ce contexte, elles peuvent conclure le contrat momentanément ou elles peuvent le considérer comme un processus. La phase précontractuelle présente une période de découverte où les parties tentent à connaître leurs limites respectives. Surtout pour les contrats complexes comme un contrat de joint-venture ou un contrat de fusion et d'acquisition des sociétés, la période des pourparlers peuvent durer des années. Pendant cette période, les parties peuvent rédiger des documents précontractuels dans le but de faciliter le processus. Quand

même ces documents peuvent présenter des effets catastrophiques et innattendus par les parties surtout lorsqu'ils sont rédigés par des non-juristes.

La seule limite pour ces documents, qui peuvent être de maintes formes et contenu, est l'imagination des parties. Pour cette raison il n'est pas possible de les classer d'une façon exacte et de délimiter leur contenu. Il n'est également possible de leur attribuer une nature juridique sans connaître leur contenu. Pourtant, on pourrait les classer en tenant compte de certains éléments communs comme le nombre des parties qui préparent les documents, le fait qu'ils créent des obligations, le temps de validité ou le fait qu'ils ont un effet obligatoire. Ils faut surtout faire attention aux termes utilisés dans ces documents. Même si d'après l'art. 18 CO, la volonté réelle des parties est prépondérante, elles doivent éviter d'utiliser les termes juridiques ainsi que "*l'offre*", "*l'acceptation*", "*l'obligation*" etc. pour ne pas se trouver dans une situation où elles sont liées juridiquement. Une autre précaution à prendre serait importante dans le cas où elles décident de rédiger une *punctuation*. Le plus grand risque d'un tel document consisterait en ce que les parties peuvent se trouver en présence d'un contrat conclu à un moment inattendu où elles n'avaient envisagés que d'énumérer les points acquis ainsi pour ne pas y revenir. Devant l'art. 2 al. 1 CO, qui estime qu'il est suffisant d'être en accord sur les points objectivement essentiels, on pourrait présumer que le contrat est conclu. Pour éviter une telle conséquence, il est préférable que les parties y insère une clause de "*subject to contract*" dans ces documents.

Le principe de la liberté contractuelle se montre dans le processus de la formation du contrat comme la liberté de ne pas conclure. D'après ce principe, chacune des parties peut initier les négociations librement et par principe elle peut mettre fin à ces négociations sans engager sa responsabilité. Chaque partie à une négociation doit considérer le fait qu'un contrat ne serait pas conclu à la fin de ce processus. La seule limite pour mettre fin aux négociations, est de le faire dans le cadre du principe de la bonne foi. En d'autres termes, la raison pour engager la responsabilité des parties n'est pas parce qu'elles mettent fin aux négociations mais parce qu'elles commettent une faute en le faisant. La faute, dans ce contexte, consiste en "*une contravention des devoirs du comportement que les parties doivent suivre pendant la période précontractuelle d'une manière intentionnelle ou négligente.*".



Dans le cas où les parties ne prévoient pas quels seraient ces devoirs, le principe de la bonne foi sert de base. Le non-respect de ces devoirs ne présente pas un cas d'illicéité qui donnerait naissance à un acte illicite. Au contraire, une contravention à ces devoirs n'est possible que pour les parties à la négociation et alors constitue une illicéité relative, ce qui éloigne la responsabilité de culpa in contrahendo du domaine de la responsabilité extra contractuelle. La relation créée entre les parties pendant la période précontractuelle se ressemble à une relation contractuelle en ce qui concerne les intérêts reciproques des parties. Pourtant il n'est pas facile à déclarer que la responsabilité née dans une période où les parties se trouvent assez loin et assez proche d'un contrat, est une responsabilité contractuelle car il n'y a pas de contrat. En effet, considérant le caractère de la relation entre les parties de la négociation, la responsabilité précontractuelle présente les différentes couleurs des deux types de responsabilités. Cela nous emmène à constater qu'il existe une lacune concernant les dispositions à appliquer à la responsabilité précontractuelle.

Ainsi, le Tribunal Fédéral suisse a admis que la *culpa in contrahendo* est une responsabilité à caractère *sui generis* et il opte pour la théorie éclectique de Jäggi qui prévoit l'application des dispositions des deux types de responsabilités d'après les modalités. Nous nous alignons avec le Tribunal Fédéral en admettant qu'il existe une lacune concernant la culpa in contrahendo, pourtant nous acceptons l'application par analogie des dispositions de la responsabilité contractuelle pour la combler.

## **ABSTRACT**

“Precontractual Negotiations” essentially represents a tough and complicated process, which has not been regulated in positive law and further a certain relationship among the parties, appearing in the framework of this process. Turkish Code of Obligations regulates the conclusion of the contract as a process, demoted to a certain time point and the procedure preceding to the conclusion of the contract has not been administered in the Code. However, it has to be stated clearly, that the lack of regulation may not degrade the legal value of such a process, which the parties may carry out during a long time period, during which the parties would mutually acquire informations related with each other’s professional confidentiality and further with each other’s trade secrets. Evidently, it would not be appropriate to claim that law would hold aloof from this legal relationship.

In accordance with Roman Law, formalistic legal approach is based on the concept, that the parties shall express their wills in certain forms, whereas an expression excluding such forms may not be legally appreciated. As a consequence of this, the negotiation process has no value in the context of this approach. On the other hand, liberalistic view, putting forward the value of the will attaches importance to the negotiation process. Several codes enforced on the base of this liberalistic view have underlined the principle of freedom of contract, which led to the point, that the contracts were liberated from formal validity rules. According to this principle concurrently governing Turkish Law of Obligations, since the parties are liberated in every phase regarding the conclusion of the contract, the negotiation process has become a regime adequate to create legal consequences.

Moreover, economic development equivalently constitutes the practical base, bringing the negotiation process in the foreground. The enhancement and

internationalization of the economic units and further evolutions in telecommunication create innumerable options for the conclusion of a contract. Evolutions in financing, transport and telecommunication enable the access to worldwide markets within some seconds. In view of these innumerable options, a party, tending to conclude a contract, has to communicate several persons and further to find out the most feasible option. Such communications with many eventual counterparties has the consequence, that solely a party will be nominated as the counterparty, whereas the other eventual contractors will not bring the negotiations to the conclusion phase. Regarding this point, the provisions governing the negotiation process and the fact how the negotiations have been finalized without the conclusion of the contract, will be deemed as important subjects affecting the legal situation of these non-parties to the contract.

Although the negotiation process has not become subject to any regulations, legal conflicts arising from this process shall be equivalently governed and resolved by the regulations of the Code of Obligations. Subsequently, prevailing legal rules shall be deemed as a basis in resolving such conflicts.

Our dissertation, consisting of two main chapters, focuses on the legal problems such as the legal nature of the documents referring to the negotiation process and formulated by the negotiation parties, the validity of certain institutions originating from Anglo- American Law, the determination of the obligations of conduct of the parties during the negotiation process, the consequences of invading such obligations and finally the legal nature of the liability regime arising from the negotiation process, whereas the appropriate manner to resolve such legal problems according to prevailing positive law.

The first chapter handles the negotiation process as a whole and focuses on the nature and preferences of the relationship among the negotiation parties. First, the principle of freedom of contract has been examined in this chapter, followed by the evaluation of the negotiation process in the view of historical approach. This approach will be integrated to the examination of the methodology to be applied as of the conclusion of the contract.

Subsequently, several versions of the negotiation documents are appraised in view of different aspects, whereas certain types of these documents, such as letter of intent, instructions to proceed, contract of negotiation, draft of contract, punctuation,

meeting minutes and gentlemen's agreement have been examined by regarding their preferences and elements by taking into account certain forms of legal nature asserted to legally evaluate and classify such documents.

The second chapter of the dissertation treats the obligations of the parties during the negotiation process, whereas obligations arising from a negotiation document and obligations arising from bona *fides* rule, in the event of the absence of a negotiation document, have been analyzed individually in detail. *Culpa in contrahendo* liability, appearing as the fundamental sanction covering the breach of such obligations shall be handled in this chapter. In this framework, the elements of this liability regime have been determined, the concept of fault has been defined and the rules of positive law applicable to this institution lacking of a positive law base have been inquired by considering the preferences of failed negotiation courses. Regarding the discussions in the literature related with these considerations, specific aspects such as burden of proof, prescription and liability arising from the acts of the accessory personnel shall be assessed thoroughly.

Assessing the liability arising from the negotiation relation, the rupture of negotiations which causes to the failure of contracting which is an apparent legal situation has been taken into account as a base. Several versions of *culpa in contrahendo* liability, formulated in the Turkish Code of Obligations (i.e. art. 26, 36/2, 39 CO) have not been equivalently treated independently, but mentioned as the specific context may require, since each version is adequate to be handled as an independent dissertation subject.

As a consequence of these considerations, two main principles have been identified to govern the negotiation process: Freedom of contract and bona *fides*.

Freedom of contract enables the parties to commence the negotiations in any manner according to their consents and to formulate the content of the contract equivalently in the manner the parties' desire. The parties may conclude the agreement instantly or may expand this process to a long period. The negotiation process shall be deemed as a course, where the parties discover own and each other's limits, which may generate sophisticated conflicts. Particularly, the conclusion of joint venture agreements and merger contracts may take years. As a result, the parties tend to formulate certain negotiation documents to facilitate the process. In the event

that such documents will be drafted by non-lawyers, the parties may face complicated problems.

The sole limitation in formal and material views affecting the precontractual documents, bearing many titles, is the imagination of the parties. As a consequence, it is not appropriate to classify such documents in a strict manner and to determine its content in a definite way, since the legal nature of such documents may not be assessed without analyzing the content of such documents. Despite that, it is possible to deduct common aspects such as the number of parties, creation of obligations, the binding nature of the document and the period of validity. Determining such aspects, specific attention shall be attracted to the legal terminology, applied in these documents. Although Article 18 of CO definitely prescribes that the authentic will of the parties shall be regarded in state of their expressions, the parties shall act very carefully in or even abstain from utilizing the terms such as “offer”, “acceptance”, “commitment” and “obligation”. Another important aspect is the punctuation, where the parties tend to formulate the phase, which they have arrived during the negotiation. Actually, such a document, serving to determine the points already concluded among the parties bears the risk of the conclusion of the agreement in an unexpected manner for the parties. Evidently, article 2/1 enforces the presumption, that the contract has been concluded and completed, in the event that the parties have agreed on objective essential elements of the contract. Regarding this risk, the parties shall use the terms “*subject to contract*” or “*not binding*” in order to prevent the conclusion of the contract.

Freedom of contract, governing the negotiation process decisively appears as “freedom not to contract” in this process. According to this principle, any of the parties may initiate the negotiation at any time, whereas such party may end the negotiation without concluding the contract. Any party, participating in the negotiations in order to conclude an agreement, shall take into consideration that the contract may not be concluded. The sole limit compassing the parties to stop the negotiations is the obligation to act in accordance with the principle of *bona fides*.

In other words, in the event that the parties will be charged with a liability of compensation in case of the rupture of the negotiations, the ground of this compensation is not the failure of conclusion but the faults of the parties during this process and their infringement of the obligations of conduct. Fault in this framework

means that the party in fault has invaded the obligations of conduct on purpose or on negligence.

In the event that the parties have not regulated such issue mutually, the composition of the obligations of conduct shall be determined and evaluated in the light of *bona fides* principle. Such infringement may not be classified as a tort, whereas it is the invasion of a relative relationship among the parties of negotiation, binding solely such parties and subject to be invaded solely by these parties. As a result, *culpa in contrahendo* liability clearly differentiates itself from the liability of tort. The expectations and mutual interests of the parties related to the culpa in contrahendo liability are similar to the elements of contractual liability. However, such comparison may not serve to the classification of *culpa in contrahendo* liability as a contractual liability as of the absence of a concluded contract. Essentially, the dual characteristics of the relationship among the parties bears the preferences of these two different liability regimes and consequently constitutes an independent type of liability.

For this reason, the rules applicable to the precontractual negotiations are deprived of a ground of positive law. Evidently, Swiss Cassation Court, prescribing that the liability of culpa in contrahendo constitutes an independent and *sui generis* source of liability and that such liability regime challenges its own logic of opportunity, has perceived the eclectic approach of Jäggi. Our dissertation is that there is a lacuna of law but such lacuna shall be covered by applying the contractual liability rules to *culpa in contrahendo* liability in an analogical manner.

## ÖZET

“Sözleşme Müzakereleri” esas itibariyle, kendine has kanuni bir düzenlemesi olmayan, zorlu ve karmaşık bir süreci ve bu süreçte taraflar arasındaki ilişkiyi ifade etmektedir. Borçlar Kanunu’umuzda sözleşmenin kuruluşu, sadece bir anda gerçekleşmesi düşünülerek ele alınmış ve sözleşme öncesi dönem bir düzenlemeye tâbi kılınmamıştır. Bununla birlikte, tarafların belki de uzun seneler boyunca sürdürecekleri ve birbirlerinin malî ve meslekî bir çok sırlarına vâkıf olmaları sonucuna yol açacak böyle bir zaman diliminin, kanunda düzenlenmemiş olması sebebiyle, hukukî bir değer taşımadığı ya da hukuk düzeninin böyle bir ilişkiye seyirci kaldığı düşünülemez.

Roma Hukuku’nda olduğu gibi tarafların, iradelerini belli kalıplar halinde beyan etmeleri esasına dayanan şekilci bir sistemde, bu kalıplar kullanılmadan yapılan beyanların hiçbir hukukî kıymeti olmayacağı açıktır. Dolayısıyla müzakere safhası da bir önem taşımayacaktır. Ancak liberalizmle birlikte, taraf iradelerinin ön plana çıkmaya başlaması sonucunda gelişen bir hukuk sisteminde, sözleşme öncesi dönem bir ehemmiyet arz edecektir. Liberal akımın etkisiyle hazırlanan kanunlarda sözleşme serbestisi prensibi ön plana çıkartılmış ve giderek sözleşmeler şekle tâbi olmaktan kurtarılmıştır. Bizim Borçlar Kanunumuza da hâkim olan bu prensip gereğince, taraflar sözleşmeyle ilgili her türlü seçimlerinde serbest bırakılmış; bu gelişmenin bir sonucu olarak da, sözleşmenin müzakere safhası hukukî sonuçlar doğurmaya müsait bir yapı kazanmıştır.

Ekonomik gelişmeler de, müzakere safhasının önem kazanmasının temelinde yatan pratik sebep olarak gösterilebilir. Ekonomik yapıların büyümesi ve özellikle uluslararası boyut kazanması, iletişim alanındaki gelişmelerle paralel olarak ele alındığında, herhangi bir konuda bir sözleşme kurmak isteyen kişilerin önüne sayısız seçenek koymaktadır. Geçtiğimiz yüzyılın başında akla gelmeyecek finansman,

ulaşım ve iletişim araçlarının gelişmesiyle birlikte dünyanın her yerindeki pazarlara birkaç saniye içinde erişmek mümkün hale gelmiştir. Seçeneklerin bu Şekilde çoğalması sonucunda hukukî ilişki kurulmadan önce kişinin hangi seçeneğin kendisi için daha elverişli olduğunu araştırması, bunun için de çeşitli kimselerle temaslarda bulunması gerekmektedir. Bu temaslarn neticesinde bir değerlendirme yapılarak birinde karar kılınması, mecbur olarak diğerleriyle olan görüşmelerin neticesiz kalması anlamına gelecektir. Her görüşmenin bir sözleşmeyle sonuçlanması mümkün olmadığından, geri kalanlar için bu görüşmelerin hangi Şartlar altında sürdürülmüş ve sona erdirilmiş olduğu özel bir önem arz edecektir.

Müzakere dönemi her ne kadar Borçlar Kanunu kapsamında özel bir düzenlemeye konu olmamişsa da, bu dönemle ilgili olarak ortaya çıkabilecek sorunlarda uygulanması gereken kurallar yine Borçlar Kanunu'nun hükümleri olacaktır. Dolayısıyla, bu sorunları ozmek için mevcut sistemdeki bir noktanın esas alınması zaruridir.

Tarafların hazırladıkları müzakere metnlerinin hukuki niteliği, bu metinlerde yer alan ve çoğunlukla Anglo-amerikan hukuk sisteminde var olan bazı kavramların geçerliliği, tarafların müzakere sürecinde uymaları gereken davranış yükümlülüklerinin nelerden ibaret olduğu, bunlara aykırı hareketlerin ne tip bir sorumluluk yaratacağı ve nihayet bu sorumluluğun hukuki niteliğinin ne olduğu gibi sorunların mevcut sistem içerisinde nasıl ozleceğini tespit edebilmeyi amaçlayan çalışmamız iki ana bölümden oluşmaktadır:

Birinci bölümde müzakere süreci bir bütün olarak ele alınmakta ve bu dönemde taraflar arasında oluşan hukuki ilişkinin yapısı ve özellikleri inceleme konusu yapılmaktadır. Burada öncelikle, müzakere aşamasına hayatiyet kazandıran sözleşme özgürlüğü prensibi irdelenmekte, daha sonra ise müzakere sürecinin tarihsel perspektif içinde nasıl ele alındığı tespit edilmeye çalışılmaktadır. Bu genel bakış, müzakere sürecinin arzu edilen sonucu olan sözleşmenin kuruluşunda ortaya çıkabilecek yöntemlerin incelenmesiyle sona ermektedir.

Daha sonra, müzakere sürecinde taraflarca hazırlanan çeşitli metnlerin görünüm biçimleri farklı açılardan ele alınmakta ve bu metinlerden *niyet mektubu, ifaya yönelik talimatlar, müzakere sözleşmesi, sözleşme tasarısı, punctuation, toplantı tutanakları ve centilmen anlaşmalarının* zellikleri ile unsurları incelenmekte; ayrıca



bu metinlerin hukukî nitelikleri konusunda gündeme gelen çeşitli nitelik kalıpları değerlendirilmektedir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, öncelikle sözleşme müzakerelerinde tarafların yükümlülükleri incelenmekte ve bu açıdan tarafların bir müzakere metninden kaynaklanan yükümlülükleri ile böyle bir metnin yokluğu halinde dürüstlük kuralından kaynaklanan yükümlülükleri ayrı ayrı ele alınmaktadır. Bu yükümlülükler aykırılığın klasik yaptırımı olarak karşımıza çıkan *culpa in contrahendo* sorumluluğu da, bu bölümde inceleme konusu yapılmaktadır. Bu sorumluluk incelenirken, öncelikle akamete uğrayan müzakere ilişkileri göz önünde tutularak, unsurları tespit edilmiş; özellikle kusurun tanımı üzerinde durulmuş ve daha sonra kanunî bir düzenlemeye sahip olmayan bu sorumluluğa uygulanabilecek hükümler belirlenmeye çalışılmıştır. Bu amaçla, doktrinde bu hususta mevcut tartışmalar ve çeşitli görüşler ele alınarak, bunların ışığında sorumluluğa uygulanacak hükümler için yapılacak tercihin özellikle ispat yükü, zamanaşımı ve yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk açılarından değerlendirmesi yapılmıştır.

Çalışmamızda, müzakere ilişkisinden doğan sorumluluk incelenirken, sadece hedeflenen sözleşmenin görünürde dahi olsa kurulamadığı durum olan müzakerelerin kesilmesi hali dikkate alınmıştır. Her biri ayrı bir çalışmanın konusunu oluşturmaya müsait bulunan ve *culpa in contrahendo* sorumluluğun Borçlar Kanununda yer alan somut düzenlemeleri olarak kabul edilen hallere (örnek olarak BK md. 26, md. 36/f. 2, md. 39) yeri geldikçe değinilmiş; fakat genel itibariyle bu hususlar kapsam dışı bırakılmıştır.

Bu incelemenin neticesinde, sözleşme müzakereleri yürütülürken dikkate alınması gereken iki temel ilke bulunduğu tespit edilmiştir. Bunlar sözleşme özgürlüğü ve dürüstlük kuralıdır.

Sözleşme özgürlüğü gereğince, taraflar istedikleri şekilde müzakereleri başlatabilmekte ve bunların içeriğini de diledikleri gibi düzenleyebilmektedirler. Bu bağlamda taraflar arzu ettikleri sözleşmeyi hemen kurabilecekleri gibi, bunu belli bir sürece de yayabilirler. Taraflar için, hem kendilerinin hem de karşı tarafın sınırlarını yokladıkları bir keşif dönemi olan bu müzakere safhası, bazı durumlarda oldukça çetin çekişmelere de sahne olabilmektedir. Özellikle, yapısı gereği karmaşık olan joint-venture ya da şirket birleşmelerine dair sözleşmelerin kurulması için bazen seneler süren müzakereler yaşanmaktadır. Bu süreçte taraflar, işlerini kolaylaştırmak

amacıyla bazı metinler hazırlama yoluna gidebilirler. Kolaylık sağlamak amacıyla düzenlenen bu metinler, özellikle hukukçu olmayan kişiler tarafından kaleme alındığında, tarafları hiç beklemedikleri sonuçlarla başbaşa bırakabilmektedir.

Çok çeşitli isimler alan ve sözleşme öncesinde taraflarca hazırlanan metinlerin, hem şekil hem içerik bakımından tek sınırı, tarafların hayâl gücüdür. Bu nedenle, bu metinleri kesin bir şekilde kategorilere ayırmak ve içeriklerini belirlemek mümkün olmadığı gibi, bunların içeriklerini değerlendirmeden hukukî niteliklerini belirlemek de mümkün değildir. Ancak, hazırlayan taraf sayısı, borç yaratması, bağlayıcı olması, geçerli olduğu süre gibi bazı ortak özelliklerin tespit edilmesi imkân dahilindedir. Bu hususta özellikle dikkat edilmesi gereken nokta ise, metinlerin içeriğinde kullanılan hukukî terimlerdir. Her ne kadar BK md. 18 gereğince, tarafların kullandıkları ifadelerden ziyade gerçek iradeleri dikkate alınacak olsa da, tarafların henüz bir sözleşme ile bağlanmak istemedikleri bu aşamada, bunu riske atacak şekilde “*icap*”, “*kabul*”, “*taahhüt*”, “*borç*” ve benzeri terimleri kullanırken dikkatli davranmaları ve mümkünse bundan kaçınmaları yerinde bir tedbir olacaktır. Alınacak bir başka tedbir ise, tarafların bir sözleşme tasarısı (*punctuation*) hazırlamaları durumunda önem kazanacaktır. Sadece o güne kadar katedilen mesafeyi değerlendirerek, gelinen noktayı tespit etmek ve üzerinde anlaşma sağlanmış bulunan noktaları sıralamak amacı taşıyan böyle bir metnin düzenlenmesindeki en büyük risk, tarafların hiç tahmin etmedikleri ve ummadıkları bir anda kurulacak bir sözleşmeyle karşı karşıya kalmalarıdır. Gerçekten de, BK md.2/f.1 gereğince, tarafların objektif yönden esaslı noktalar üzerinde anlaşma sağladıkları tespit edilebiliyorsa, müzakere edilen sözleşmenin kurulduğu karine olarak kabul edilebilecektir. Bu nedenle, böyle bir belge düzenlendiğinde, henüz sözleşmeyi kurmaya hazır olmayan tarafların bu durumu “*subject to contract*” ya da “*bağlayıcı değildir*” gibi ifadelerle belirtmeleri yararlı olacaktır.

Taraflar arasındaki müzakere ilişkisinde belirleyici bir yere sahip olan sözleşme özgürlüğünün, müzakere aşamasındaki esas görünümü sözleşme kurmama serbestisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu prensip gereğince, taraflardan her biri serbest şekilde müzakerelere başlayabildiği gibi, kural olarak, herhangi bir sorumlulukla karşılaşmadan buna son verebilecektir. Bir sözleşmeyi kurma amacıyla müzakereye başlayan taraflardan her biri, bu müzakerenin mutlaka bir sözleşmeyle neticelenmeyeceğini hesaba katmak ve beklentilerini de buna göre şekillendirmek

zorundadır. Müzakerelere son verebilme hususundaki tek sınır, son vermek isteyen tarafın bunu dürüstlük kuralı çerçevesinde kalarak gerçekleştirmesidir.

Bir başka deyişle, taraflar müzakerelere son verdiklerinde bir tazminat yükümlülüğü altına giriyorlarsa, bunun sebebi hedeflenen sözleşmenin kurulmamış olması değil, fakat tarafların bu yolda giderken işledikleri bir kusurdan ve bu kusurla ihlâl ettikleri bir davranış yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır. Bu anlamda kusur, taraflardan birinin “*müzakereler esnasında uyması gereken davranış yükümlülüklerini kasten veya ihmâl ile ihlâl etmiş*” olması şeklinde karşımıza çıkacaktır.

Davranış yükümlülüklerinin nelerden ibaret olduğu ise, tarafların bir düzenleme yapmadıkları olasılıkta, dürüstlük kuralı ekseninde belirlenmektedir. Bu davranış yükümlülüğüne aykırılık, haksız fiile sebebiyet verecek nitelikte bir hukuka aykırılık teşkil etmeyip, sadece müzakerenin tarafları arasında geçerli olan ve sadece onlar tarafından ihlâl edilebilecek nisbî bir hukuka aykırılık yaratmakta ve bu nedenle *culpa in contrahendo* sorumluluğu haksız fiil sorumluluğundan uzaklaşmaktadır. Aksine, taraflar arasında oluşan ilişkideki beklentiler ve karşılıklı menfaatler bir sözleşme ilişkisinde rastlanacak menfaatler ile benzerlik göstermektedir. Fakat, bir sözleşmeye hem yakın hem uzak durulan bu noktada ortaya çıktığı kabul edilen sorumluluk, rahatlıkla bir sözleşmesel sorumluluk olarak da nitelendirilememektedir; çünkü ortada henüz kurulmuş bir sözleşme yoktur. Esas itibariyle, taraflar arasındaki ilişkinin bu ikili niteliği gereğince, ortaya çıkan sorumluluk da her iki sorumluluk tipinin renklerini barındıran özel bir sorumluluk görünümü arz etmektedir. Bu nedenle, sözleşme öncesi sorumluluğa uygulanacak hükümler açısından kanunda bir boşluk olduğu neticesine varmak gerekmektedir. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi, *culpa in contrahendo* sorumluluğun *sui generis* bir sorumluluk türü olduğunu ve kendine göre bir yerindelik mantığı içerdiğini kabul ederek, uygulanacak hükümlerin belirlenmesi açısından Jaeggi'nin eklektik görüşünü benimsemiştir. Biz ise, kanunda bu noktada bir boşluk olduğu görüşünü savunmakla birlikte, bu boşluğun doldurulması için sözleşmeye aykırılık hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanması gerektiği fikrini benimsiyoruz.

## GİRİŞ

### I- Sunuş

Borçlar Kanunu'na göre, sözleşme karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulur. Bunlardan zaman olarak önce gelen icap, sonra gelen ise kabul olarak isimlendirilir. Taraflar bu beyanlarla iradelerini ortaya koyar ve bunların uyuşmasıyla da sözleşme kurulmuş olur. Günlük hayatımızda bir bayiden gazete alırken, taksiye binip bir yere giderken ve benzeri durumlarda, sıklıkla bu şekilde sözleşmeleri hem kendimiz kurarız hem de başkaları tarafından kurulduğuna şahit oluruz.

Ancak sözleşmelerin kurulması her zaman bu kadar kısa zamanda ve basit bir şekilde gerçekleşmez. Tarafların daha çok düşünmeye, hem işin gelişimini hem karşı tarafı hem de kurulacak sözleşmenin genel yapısını daha çok irdelemeye, belki de gelecek başka teklifleri incelemeye ihtiyaç duydukları zamanlarda sözleşmenin kuruluşu hemen gerçekleşmez ve sözleşme görüşmeleri ya da müzakereleri olarak adlandırılan bir sürece ihtiyaç gösterir. Taraflar açısından bir “*keşif dönemi*” olarak ifade edilen bu müzakere sürecinde taraflar karşılıklı olarak birbirlerinden gelen teklifleri değerlendirir ve sözleşme yavaş yavaş, katmanlar halinde kurulmuş olur. Örneğin, iki şirketin birleşmesinde, birleşme teklifinin bir anda kabul edileceğini ve âni bir şekilde bu birleşmenin gerçekleşeceğini teklifi gönderen taraf dahi düşünemez. Aynı şekilde, altyapı tesislerinin inşa edilmesine veya üretim tesislerinin kurulmasına yönelik anahtar teslim inşaat projeleri, doğal kaynakların araştırılması

---

<sup>1</sup> François **Terré**/Philippe **Simler**/Yves **Lequette**, Droit Civil – Les Obligations, 9<sup>e</sup> édition, Paris 2005, sf. 167.

ve işletilmesine yönelik anlaşmalar, teknoloji transferi gibi işlemler oldukça karmaşık yapıdadır. Bu tip operasyonlara yönelik sözleşmelerin hazırlanması da, doğal olarak aynı oranda titizlik ve özen isteyen, oldukça ayrıntılı bir çalışma gerektirmektedir<sup>2</sup>. Değerlendirilecek bir çok nokta ihtiva eden bu gibi işlemlerde ilk girişimden sonra teklif – karşı teklif (icap – yeni icap) aşamalarından geçilmesi normal ve beklenen bir süreçtir. Bir nevi pazarlık aşaması olarak da nitelendirebileceğimiz bu süreçte, taraflar karşılıklı birbirlerini tartarak kendileri için en iyi sonucu almaya çalışırlar. Bu nedenle, bugün gelinen noktada artık sözleşmelerin kuruluşunun, anlık bir olay olmaktan ziyade, bir süreci (*processus*) ifade ettiğinden bahs olunmaktadır<sup>3</sup>. Öyle ki, bazı durumlarda müzakerelerin nerede bittiği ve sözleşmenin hangi anda kurulduğunun tespit edilmesi bile zorlaşır. Aradaki sınır kesin çizgilerle ayrılmadığı için net bir sonuca varmak her zaman kolay olmamaktadır.

Sözleşmelerin Roma Hukuku'nda olduğu gibi belli formüller çerçevesinde kurulduğu, kesin şekil kurallarının var olduğu dönemlerden uzaklaştıkça bu tespit de giderek zorlaşmaktadır. Müzakere safhasının önem kazanması da, tabiidir ki, bu şekilci hukuk düzeninden uzaklaşılmasıyla mümkün olmuştur. Tarafların, iradelerini belli kalıplar halinde beyan etmeleri esasına dayanan böyle bir sistemde, bu kalıplar kullanılmadan yapılan beyanların hiçbir hukukî kıymeti olmayacağı açıktır. Dolayısıyla müzakere safhası da bir önem taşımayacaktır. Ancak liberalizmle birlikte, taraf iradelerinin ön plana çıkmaya başlaması sonucunda gelişen bir hukuk sisteminde, sözleşme öncesi dönem bir ehemmiyet arz edecektir. Liberal akımın etkisiyle hazırlanan kanunlarda sözleşme serbestisi prensibi ön plana çıkartılmış ve giderek sözleşmeler şekle tâbi olmaktan kurtarılmıştır. Bizim Borçlar Kanunumuza da hâkim olan bu prensip gereğince, taraflar sözleşmeyle ilgili her türlü seçimlerinde serbest bırakılmış ve hatta sözleşme serbestisi giderek sözleşmeyi kurmama serbestisi şeklinde anlaşılmaya başlanmıştır. Bu gelişmenin bir sonucu olarak da, sözleşmenin müzakere safhası hukukî sonuçlar doğurmaya müsait bir yapı kazanmıştır.

---

<sup>2</sup> Örnek olarak Amerika'daki Empire State Binası 65 milyon dolara satıldığında, otuz dört tarafı temsilen, yüzden fazla avukatın dört yüz sayfalık bir sözleşme hazırladığı gösterilebilir. Bkz. S. **Macaulay**, "Non-contractual Relations in Business: a Preliminary Study", Am. Soc. Rev., Vol. 28 no: 1, 1963, sf. 57.

<sup>3</sup> Nicolas **Kuonen**, La Responsabilité Précontractuelle, Zürich-Bâle-Genève, 2007, sf. 3; Marcel **Fontaine**, Le Processus de Formation du Contrat, Contributions Comparatives et Interdisciplinaires à l'Harmonisation du Droit Européen, Bruxelles 2002, sf. 448.

Ekonomik gelişmeler de, müzakere safhasının önem kazanmasının temelinde yatan pratik sebep olarak gösterilebilir. Ekonomik yapıların büyümesi ve özellikle uluslararası boyut kazanması, iletişim alanındaki gelişmelerle paralel olarak ele alındığında, herhangi bir konuda bir sözleşme kurmak isteyen kişilerin önüne sayısız seçenek koymaktadır. Geçtiğimiz yüzyılın başında akla gelmeyecek finansman, ulaşım ve iletişim araçlarının gelişmesiyle birlikte dünyanın her yerindeki pazarlara birkaç saniye içinde erişmek mümkün hale gelmiştir. Seçeneklerin bu şekilde çoğalması sonucunda hukukî ilişki kurulmadan önce kişinin hangi seçeneğin kendisi için daha elverişli olduğunu araştırması, bunun için de çeşitli kimselerle temaslarda bulunması gerekmektedir. Bu temaslara neticesinde bir değerlendirme yapılarak birinde karar kılınması, mecburî olarak diğerleriyle olan görüşmelerin neticesiz kalması anlamına gelecektir. Her görüşmenin bir sözleşmeyle sonuçlanması mümkün olmadığından, geri kalanlar için bu görüşmelerin hangi şartlar altında sürdürülmüş ve sona erdirilmiş olduğu özel bir önem arz edecektir.

## II – Çalışmanın Amacı

Bu tablodan da anlaşılacağı gibi, müzakere süreci bir hukukî değere sahiptir. Borçlar Kanunu’nda sözleşmenin kuruluşu, sadece yukarıda belirtildiği gibi, bir anda gerçekleşmesi düşünülerek ele alınmış ve sözleşme öncesi dönem bir düzenlemeye tâbi kılınmamıştır. Bununla birlikte, tarafların belki de uzun seneler boyunca sürdürecekleri ve birbirlerinin malî ve meslekî bir çok sırlarına vâkıf olmaları sonucuna yol açacak böyle bir zaman diliminin, kanunda düzenlenmemiş olması sebebiyle, hukukî bir değer taşımadığı ya da hukuk düzeninin böyle bir ilişkiye seyirci kalacağı düşünülemez.

Gerçekten de taraflar, uygulamada da sıklıkla karşılaştığı üzere özellikle uzun bir hazırlık döneminde, müzakere sürecinin bazı yönlerini belirlemek, daha en başta görüşmelerin amacı ve sınırları üzerinde uzlaşmak, sürmekte olan müzakerelerde o güne kadar gelinen noktaları tespit etmek ve dökümünü yapmak gibi çeşitli amaçlarla bazı metinler düzenleyebilir. Bu metinler *niyet mektubu*, *protokol*, *sözleşme tutanağı*, *memorandum of understanding*, *heads of agreement* vs. gibi çeşitli isimler alabilir. Bütün bu ifadeler pratikte birbirinin yerine geçecek şekilde kullanılır ve belirli bir içeriği ifade etmezler. Fakat bununla birlikte bazıları, yine pratikte bu şekilde kullanılageldikleri için daha spesifik bir anlam kazanmış da olabilir. Örneğin *memorandum of understanding* ve *heads of agreement* daha ziyade

müzakerelerde elde edilen kazanımları ortaya koyan metinler olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte *niyet mektubu* ifadesinin, hem çağrıştırdığı şekilde tarafların (veya bir tarafın) niyetini ortaya koyan bir mektup anlamına geldiği hem de yukarıda adı geçen hazırlık metinlerinin tümünü kapsayacak şekilde kullanıldığı da bilinmektedir.

Bu belgelerin daha isimlerinden başlayan karışıklık, içeriklerinde ve dolayısıyla hukukî niteliklerinde de kendisini göstermektedir. Özellikle hukukçu olmayan kişiler işin içine girince, hiç beklenmeyen sonuçların doğması kaçınılmazdır. Bu sonuçlardan en önemlisi, dikkatsizce kullanılan ifadeler neticesinde, tarafların hiç akıllarında olmayan bir sözleşmenin kurulduğunu olasıdır.

Müzakere sürecinde ortaya çıkan bu metinlerde çok çeşitli formüller kullanılmaktadır. Öyle ki, ne kadar metin ya da belge varsa o kadar model olduğunu söylemek bile mümkündür. Uluslararası sözleşmelerle ilgili yapılan bir çalışmada incelenen yüzlerce metin, 26 ayrı başlık altında toplanabilmiştir<sup>4</sup>. Bunların bazıları, daha müzakere aşamasında bile çeşitli borçlar doğururken; diğerleri basit bir icap ya da kabul oluşturabilmekte, duruma göre bir ön sözleşme veya çerçeve sözleşme niteliğini haiz olmakta, hatta henüz müzakere aşamasında olunmasına rağmen ifaya başlama yetkisi verebilmektedir.

Taraflar bu belgelerde, aralarındaki görüşmelerin hukuki bir nitelik arz etmeyeceğini ya da sorumluluk doğurmayacağını baştan kararlaştırma yoluna da gidebilirler. '*Centilmen Anlaşmaları*' yoluyla taraflar birbirlerini hukuk önünde takip etmeyeceklerini taahhüt ederek, aralarındaki ilişkinin kendilerini sadece ahlâkî açıdan bağlayacağını beyan edebilecekleri gibi; özellikle İngiliz Hukuku'nda kabul edilen '*subject to contract*' klotunun kullanımıyla müzakerelerin, yazıya dökülmüş olsa bile, hiçbir bağlayıcı karakteri olmadığını belirtebilir ya da '*best effort*' klotu ile bunun tam tersi bir tutum izleyerek, başlanmış görüşmelerin bir sözleşme ile sonuçlandırılması için ellerinden geleni yapacaklarına dair bir taahhüt altına da girebilirler.

Aynı şekilde bu belgelerde yer alan bazı yükümlülükler sadece müzakere dönemiyle sınırlı olabileceği gibi; sır saklama yükümlülüğü gibi bazı

---

<sup>4</sup> Marcel Fontaine / Filip de Ly, Droit des Contrats Internationaux, Analyse et rédaction des clauses, 2<sup>e</sup> édition, Bruxelles 2003, sf. 10 vd.

yükümlülüklerin etkileri, hedeflenen sözleşme kurulmasa bile, müzakereler sona erdikten sonra da devam edebilir.

Bu dönemde hazırlanan metinlerden bir kısmı tamamen müzakere safhasının düzenlenmesine ilişkin görünürken (müzakereleri zaman itibariyle düzenleyen, sırsaklama yükümü getiren, üçüncü kişilerle paralel görüşmeleri yasaklayan, müzakere masraflarının paylaşımını öngören metinler gibi), diğer bir bölümü ise müzakere safhasının herhangi bir ânında ortaya çıkabilen ve asıl sözleşmenin kurulması amacına hizmet eden, tarafları adım adım hedefledikleri sözleşmeye götüren bazı etapları içermektedir (genel bir niyet bildiren, müzakerenin hangi aşamada olduğunu gösteren, o âna kadar elde edilen kazanımların dökümünü yapan belgeler gibi).

İçerikleri birbirinden bu kadar farklı olan metinlerin hukukî niteliklerinin de bir o kadar farklı olması, bu durumda tabîî karşılanmak gerekir. Yukarıda belirtildiği gibi, bu belgeler esas olarak müzakere dönemine aittir ve bu açıdan da Borçlar Kanunu sistematığına yabancısıdır. Ancak netice itibariyle, herhangi bir sorunla karşılaşıldığında uygulanacak hükümler yine Borçlar Kanunu hükümleridir. Dolayısıyla, her ne kadar Kanunda bir başlık altında düzenlenmiş olmasa da, tarafların ortaya koyduğu bu metinlerin sistemde mevcut bir nokta esas alınarak değerlendirilmesi zarurîdir. Bunun yanı sıra, yapılan uluslararası sözleşmelerde yabancı hukuklarda var olan bazı kavramların kullanılması da söz konusu olabilmektedir. Özellikle Anglo – Amerikan hukukunun bütün dünya hukuk sistemleri üzerinde gösterdiği etki göz önüne alındığında, bu etkiyle hazırlık belgelerine konulan ve yukarıda da bahsi geçen bazı ifadelerin Türk Hukuku açısından geçerli olup olmadığı ve geçerliyse etkisinin ne olacağı, yine mevcut Borçlar Kanunu kapsamında çözülmesi zorunlu sorunlardır.

Sözleşme müzakereleri esnasında hazırlık belgeleri düzenlenmiş olmasa bile, bu dönemde tarafların birbirlerine karşı bazı yükümlülükler altına girmeleri kaçınılmazdır. Taraflarca kaleme alınan metinlerin mevcut olmadığı bir ortamda bu yükümlülükler özellikle dürüstlük ilkesinden kaynaklanacaktır. Buradan doğabilecek talepler karşılanmadığı ya da verilen taahhütler yerine getirilmediği veya her ne kadar sözleşmeyi kurma mecburiyeti olmasa da, müzakerelere zamansız ve beklenmedik bir şekilde son verildiği takdirde, tarafların herhangi bir sorumluluğu ortaya çıkmayacak mıdır? Aynı şekilde, en baştan itibaren taraflardan birinin esasen sözleşmeyi kurma niyeti olmadığı ve diğer tarafı oyalamak veya bu yolla çeşitli ticarî



sırları elde etmek gibi art niyetli bir yaklaşım içinde olduğu, başka bir deyişle müzakereleri dürüst bir şekilde sürdürmediği öğrenildiği takdirde, bunun bir yaptırım olmayacak mıdır?

Görüldüğü gibi, bu soruların cevapları açısından sözleşme kurulmadan önce hazırlanan metinlerin hukukî niteliği kadar, sözleşme öncesinde taraflara ne gibi borçlar yüklendiği ve tarafların sorumluluklarının belli bir hukuk düzeninde ne şekilde ele alındığı da, önem arz eden noktalar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Sözleşme öncesi sorumluluk açısından, bu sorumluluğun unsurların tespiti de her zaman kolay olmamaktadır. Kişilerin sözleşme öncesindeki yükümlülüklerinin belirlenmesi, özellikle, zararı doğuran olayın tespit edilebilmesi açısından önem arz edecektir. Bunun için genel birtakım ilkeler ortaya korsa da, sözleşme öncesinde tarafların davranış yükümlülüklerinin nelerden ibaret olduğunun tüketici bir şekilde ele alınması imkânı yoktur. Bu nedenle, duruma göre, somut olayın özelliklerinin de dikkate alınması gerekebilir. Kusurun tespiti, hatta bu durumda tanımlanması açısından da aynı yöntem izlenmelidir. Sözleşme öncesi sorumluluk söz konusu olduğunda, bir tarafın kusuru nasıl tanımlanacaktır? Müzakerelerin akamete uğraması ve sözleşmenin kurulamamasından dolayı uğranılan bir zarar söz konusu olduğunda, bu zararın kapsamı neden ibaret olacaktır? Bununla bağlantılı bir başka soru ise, bu zararın aynen tazmininin mümkün olup olmadığıdır.

Unsuruları bu şekilde ele alınan ve *culpa in contrahendo* sorumluluğu olarak adlandırılan sözleşme öncesi sorumluluğun, hangi temel üzerinde değerlendirileceği ise ayrı bir sorun teşkil etmektedir. Sözleşme öncesinde bir sorumluluğun mevcudiyeti, her hukuk düzeninin kabul ettiği bir sonuç değildir. *Common law* ülkeleri bu konuya çekingen yaklaşmakta, örneğin İngiliz Hukuku genel anlamda bir sözleşme öncesi sorumluluğu kabul etmemektedir. Ancak, sözleşme öncesinde bir sorumluluk doğacağını, kural olarak, kabul eden hukuk sistemlerinde bile, bu döneme hangi tip sorumluluğun uygulanması gerektiği konusunda fikir ayrılıkları mevcuttur. Bu konuda bazı ülke mevzuatlarında mevcut düzenlemeler, sadece genel olarak müzakerelerde tarafların dürüstlük kuralına uygun davranması gerektiğini belirtmektedir. Ancak, aksi bir davranışın yaptırımının hangi hükümlere göre uygulanacağı noktası genellikle eksik kalmaktadır. UNDRÖIT ve Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri'nde de aynı eksiklik göze çarpmaktadır.

İsviçre ve Türk Hukuk sistemlerinde müzakereler özel bir hükümle düzenlenmiş değildir. Buna bağlı olarak, *culpa in contrahendo* sorumluluğu da Borçlar Kanununda yer almamaktadır. Tarafların, müzakere ilişkisi kapsamında birbirlerine karşı olan birtakım yükümlülüklerinin ihlâlinin yaptırımını olarak karşımıza çıkan bu sorumluluk, zaman zaman çeşitli tartışmalara sebebiyet vermiştir. Özellikle kanunî bir düzenlemeye sahip olmaması, bazı durumlarda içeriği ve uygulamasıyla ilgili soru işaretleri uyanmasına sebep olabilmektedir. Buradaki temel sorun, hiç şüphesiz, kanunda açık bir şekilde düzenlenmeyen bu sorumluluğa uygulanacak hükümlerin belirlenmesidir. Genel olarak bu sorumlulukla ilgili tartışmalar ve *culpa in contrahendo* sorumluluğuna hangi esasların uygulanması gerektiği, bu konuda bir düzenlemeye sahip olmayan Türk Borçlar Hukuku açısından da ele alınması gereken bir sorundur.

Sözleşmenin müzakere dönemi ile ilgili karşılaşılabilecek bu kadar çok sorun olmasına rağmen, konu Türk Hukukunda yeteri kadar incelenmemiştir. Mevcut olan birkaç çalışma ya sadece sorumluluk aşamasına odaklanmış ve bu sorumluluğun hukukî niteliğini tespit amacıyla veya ön sözleşme kavramının müzakere metinleriyle mukayese edilmesi amacıyla sınırlı olarak yapılmıştır. Konuyla ilgili yargı kararları, kanunî düzenlemesi olmayan bir alanda bize ışık tutamayacak kadar az sayıda ve yetersiz içeriktedir. Müzakere sürecini bir bütün olarak ele alan, bu kapsamda süreç içerisinde hazırlanan metinlerin gruplandırılması, bunların hukukî açıdan alabilecekleri çeşitli nitelik kalıplarının ortaya konması, tarafların yükümlülüklerinin incelenmesi ve özellikle akamete uğrayan müzakerelerde tarafların sorumluluklarının belirlenerek, unsurlarının tespit edilmesi ile ilgili özel bir çalışma yapılması bu nedenle gerekli görülmüştür.

### **III – İnceleme Planı ve Konunun Sınırlandırılması**

Yukarıda ortaya koyduğumuz soruların cevaplarını bulabilmek amacıyla hazırladığımız çalışmamız iki ana bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölümde müzakere süreci bir bütün olarak ele alınıp inceleme konusu yapılmaktadır. Burada öncelikle, müzakere aşamasının hayatiyet kazandıran sözleşme özgürlüğü prensibi irdelenmekte, daha sonra ise müzakere sürecinin tarihsel perspektif içinde nasıl ele alındığı tespit edilmeye çalışılmaktadır. Bu genel bakış, müzakere sürecinin arzu edilen sonucu olan sözleşmenin kuruluşunda ortaya çıkabilecek yöntemlerin incelenmesiyle sona ermektedir.

Birinci bölümde, daha sonra müzakere sürecinde taraflarca hazırlanan çeşitli metinlerin, görünüm biçimleri çeşitli açılardan ele alınmakta ve bu metinlerden *niyet mektubu, ifaya yönelik talimatlar, müzakere sözleşmesi, sözleşme tasarısı, punctuation, toplantı tutanakları ve centilmen anlaşmalarının* özellikleri ile unsurları incelenmekte; ayrıca bu metinlerin hukukî nitelikleri konusunda gündeme gelen çeşitli nitelik kalıpları değerlendirilmektedir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, öncelikle sözleşme müzakerelerinde tarafların yükümlülükleri incelenmekte ve bu açıdan tarafların bir müzakere metninden kaynaklanan yükümlülükleri ile böyle bir metnin yokluğu halinde dürüstlük kuralından kaynaklanan yükümlülükleri ayrı ayrı ele alınmaktadır. Bu yükümlülüklerle aykırılığın klasik yaptırımı olarak karşımıza çıkan *culpa in contrahendo* sorumluluğu da, bu bölümde inceleme konusu yapılmaktadır. Bu sorumluluk incelenirken, öncelikle akamete uğrayan müzakere ilişkileri göz önünde tutularak, unsurları tespit edilmiş; daha sonra kanunî bir düzenlemeye sahip olmayan bu sorumluluğa uygulanabilecek hükümler belirlenmeye çalışılmıştır. Bu amaçla, doktrinde bu hususta mevcut tartışmalar ve çeşitli görüşler ele alınmış; bunların ışığında sorumluluğa uygulanacak hükümler için yapılacak tercihin ispat yükü, zamanaşımı ve yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk açılarından değerlendirmesi yapılmıştır.

Çalışmamızda, müzakere ilişkisinden doğan sorumluluk incelenirken, sadece hedeflenen sözleşmenin görünürde dahi olsa kurulamadığı durum olan müzakerelerin kesilmesi hali dikkate alınmıştır. Her biri ayrı bir çalışmanın konusunu oluşturmaya müsait bulunan ve *culpa in contrahendo* sorumluluğun Borçlar Kanununda yer alan somut düzenlemeleri olarak kabul edilen hallere (örnek olarak BK md. 26, md. 36/f. 2, md. 39) yeri geldikçe değinilmiş; fakat genel itibariyle bu hususlar kapsam dışı bırakılmıştır.

## BİRİNCİ BÖLÜM

# SÖZLEŞME MÜZAKERELERİNE BAŞLANMASIYLA OLUŞAN HUKUKİ İLİŞKİNİN YAPISI VE ÖZELLİKLERİ

### §1. Müzakere Sürecine Genel Bakış

Sözleşmeyi kurma süreci olarak nitelendirilebilecek müzakere süreci hem hukukî hem ekonomik hem de sosyal boyutları olan bir süreçtir. Biz her ne kadar çalışmamızda esas olarak sözleşme müzakerelerinin, bir başka ifadeyle sözleşme görüşmelerinin hukukî boyutunu inceleme konusu yapacak olsak da, bu üstyapının bütünüyle anlaşılabilmesi ve tarafların bu süreçteki tutum ve davranışlarının tam olarak değerlendirilebilmesi için sosyal ve ekonomik altyapının, kısaca da olsa, ele alınması gerekmektedir.

Sözleşme öncesi dönemde taraflar arasındaki ilişki esas itibariyle bir rekabet ilişkisidir. Taraflar bu aşamada birbirlerine hem uzak hem yakın durmakta<sup>5</sup> ve her iki taraf da birbirlerini tartarak temelde kendi çıkarları için bu müzakereleri sürdürmektedirler. Bu nedenle sözleşme öncesinde taraflar arasındaki ilişkinin “*yapıcı bir karşıtlık ilişkisi*” (*relation d’antagonisme coopératif*) olduğu ifade edilmektedir<sup>6</sup>. Her birey bu etapta kendi çıkarını kollamakta ve bu şekilde kendisini en az yükümlülük altına sokarken karşısındakinden de en fazla faydayı sağlamayı hedeflemektedir. İyi bir müzakereci, karşı tarafın istek ve ihtiyaçlarına kulak verse

---

<sup>5</sup> Bu aşamada tarafların birbirlerine bir kol boyu uzaklıkta (*at arm’s length*) olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Kuonen**, sf. 212. Kanada’da Ontario istinaf mahkemesinin bu ifadeye yer veren bir kararı için bkz. *Westcom TV Group Ltd. c. CanWest Global Broadcasting Inc.* (1997) 1 W.W.R. 761, 29 B.L.R. (2d) 123 (metin için bkz. Louis **Péloquin**/Christopher K. **Assié**, “La Lettre d’Intention”, *Revue Juridique Thémis*, Volume: 40 numéro: 1, 2006, sf. 195.).

<sup>6</sup> Bu kavram için bkz. **Kuonen**, sf. 212 ve dpn. 595.

de, bunu ancak kendi hedefine ulaşmak amacıyla yapacaktır. Netice olarak müzakereler karşı tarafın sorunlarını çözmek için değil, kişinin kendi hedefine ulaşması için sürdürülmektedir<sup>7</sup>.

Bu nedenle de müzakere dönemi, en azından başlangıcında esas itibariyle bir güven ilişkisine mahal verecek noktada değildir. Tam tersine, tarafların birbirlerine karşı adeta bir güvensizlik duyarak ihtiyatla yaklaşmaları gerekmektedir. Taraflar arasındaki güven ilişkisi, müzakereler ilerledikçe giderek artan bir şekilde ortaya çıkacaktır<sup>8</sup>. Sözleşme öncesi döneme ilişkin bir sorumluluk sisteminin kabul edilmesi de bu güvenin doğmasına yardımcı olmaktadır. Tarafların, bu dönemde belli yükümlülükler altında olduklarının bilinciyle hareket etmeleri, bir güven ortamının yaratılmasına olanak tanımaktadır<sup>9</sup>.

Ekonomik açıdan bakıldığında da, müzakere dönemi, tarafların sözleşme için birtakım yatırımlar yaptıkları ve bunun belli şekilde geri dönüşünü bekledikleri bir dönemdir. Sözleşme öncesi yatırımlardan anlaşılması gereken, esas itibariyle tarafların müzakere sürecinde sözleşmenin kuruluşu için yaptıkları harcamalardır. Bu harcamalar, sözleşmenin ve buna bağlı olarak yatırımı yapan tarafın, bundan beklediği geri dönüşün de değerini arttırmaya yöneliktir. Müzakereler başarıyla sonuçlandığı takdirde bu yatırımlar bir katma değer yaratmış olacak, sekteye uğraması halinde ise gereksiz yere yapılmış harcamalar olmaktan öteye gidemeyecek ve tarafların malvarlıklarında bir azalmaya sebebiyet verecektir. Bu aşamada, hangi tarafın, bu azalmaya ne oranda katlanması gerektiği, hukuk düzeninin benimsediği sözleşme öncesi sorumluluk sistemine göre belirlenecektir<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> **Kuonen**, sf. 212 dph. 596'da anılan yazarlar.

<sup>8</sup> **Kuonen**, sf. 213; İlhan **Uluslan**, "Culpa in Contrahendo Üstüne", Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan I, İstanbul 1982, sf. 298.

<sup>9</sup> **Kuonen**, sözleşme öncesi yükümlülüklerin taraflar arasındaki güveni yarattığını ileri sürmektedir. Buna göre, hukuk düzeninin sözleşme öncesi döneme müdahalesi ile, tarafların doğal olarak çekişme ve güvensizlik üzerine kurulu ilişkilerinde bir güven ortamı oluşturmaktadır. Bkz. **Kuonen**, sf. 213.

**Uluslan** da benzer bir şekilde, tarafların müzakereler sürecinde maddî ve manevî zararlara uğrayabileceğini, yasal açıdan genel olarak çözüm yoluna bağlanmamış bu zararların, sözleşme öncesi sorumluluk çerçevesinde giderilmesinin zarara uğrayan kişinin iç huzuruna kavuşması bakımından da değer ifade ettiğini belirtmektedir. Bkz. **Uluslan**, sf. 298.

<sup>10</sup> Bu aşamada yapılan her harcama ekonomik olarak giderime uygun olmayabilir. Tarafların bunu göze alarak müzakere sürecine yatırım yapması bir sözleşme öncesi risk (*risque précontractuel*) oluşturmaktadır. Bkz. **Kuonen**, sf. 216 vd. Sözleşme öncesi sorumluluk sisteminin varlığı tarafların gereksiz harcamalarla bu yatırımları ve riski arttırmalarını da önlemiş olmaktadır. Bu şekilde taraflar alternatif yaptırım ve teminat arayışlarına girmeden birbirlerinin verdikleri sözlere güvenerek hareket etme imkanına sahip olmaktadır. Bkz. Kenneth J. **Arrow**, "The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market versus Nonmarket Allocation",

Tabii olarak sözleşme öncesi sorumluluğun ortaya çıkması için, öncelikle, taraflar arasında sözleşme kurma yönünde görüşmelere başlanmış olması gerekir. Oysa, bunun ortaya konması her zaman çok kolay olmamaktadır<sup>11</sup>. Görüşmelerin başlayıp başlamadığı sorusu çoğunlukla ancak bir sorunla karşılaşıldığında akla gelmektedir. Genel olarak, yukarıda da belirtildiği gibi, bu sürecin başında tarafların sözleşmeye yatırım yapmaları için gerekli olan güven ilişkisi henüz tam olarak kurulmadığından, bu aşamada ortaya çıkan sorunlar her zaman karşı tarafın sorumluluğunun doğmasına yol açmayacaktır<sup>12</sup>.

Teknik olarak müzakere süreci, bir tarafın diğerine belli bir sözleşmeyi kurmaya yönelik olarak görüşmelere başlamayı teklif etmesiyle başlamış olacaktır<sup>13</sup>. Bu teklifin mümkün olduğunca geniş kapsamlı tutulması ve bu aşamada sözleşmenin

---

Collected Papers of Kenneth J. Arrow, vol. 2: General Equilibrium, Oxford 1983, sf. 151 (Kuonen, sf. 221 dpn. 621'den naklen. ).

<sup>11</sup> Müzakere döneminin başlayıp başlamadığının kolayca anlaşılmadığı durumlarda kurulması amaçlanan sözleşmenin türüne ve iş yaşamındaki geleneklere göre sorunun çözülmesi gerektiği yönünde Hamdi **Yılmaz**, "Sözleşme Görüşmelerinde Kusur "Culpa in Contrahendo" ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler", Yargıtay Dergisi, Cilt: 11 Sayı: 3, Temmuz 1985, sf. 238.

<sup>12</sup> Bununla beraber, müzakerelere başlama teklifinin başlı başına bu güveni oluşturmaya yettiği durumlar da mevcut olabilir. Bu durumda, bu etapta dahi karşı tarafın hayal kırıklığına uğraması halinde sözleşme öncesi sorumluluk devreye girebilmektedir. Özellikle, ciddi olarak sözleşme kurma niyeti olmamasına rağmen sözleşme görüşmelerini başlatmaya yönelik yanıltıcı hareketler sorumluluğa sebep olacaktır.

<sup>13</sup> Aksi görüşte **Yılmaz**, sf. 238. Yazar, sözleşme görüşmelerinin başlamış sayılabilmesi için taraf iradelerinin bu konuda uyum sağlaması gerektiği görüşündedir ve tek yanlı bir irade açıklamasının sözleşme görüşmeleri ilişkisinin kurulması için yeterli olmadığını ifade etmektedir.

Esas itibarıyla, müzakere sürecinin varlığı için tek taraf yeterli olmadığına göre, tabii olarak, teklife maruz kalan kişinin onayı gerekli olacaktır. Ancak süreci başlatan, neticede taraflardan birinin yaptığı teklif olacaktır. Müzakere sürecinin ne zaman başladığını tespit etmek, bu döneme ait sorumluluğun da hangi andan itibaren ortaya çıkacağını tespit etmek anlamına geldiğinden, önem arz eden bir husustur. Bu konuda çeşitli görüşler mevcuttur. **Adal**, sözleşme öncesi sorumluluğun doğması için taraflardan birinin sözleşmenin yapılması için ciddi olarak bir fiilde bulunmasını yeterli görmektedir. Bkz. Erhan **Adal**, Akit Öncesi Sorumluluk (Culpa in Contrahendo), Yayınlanmamış doçentlik tezi, İstanbul Üniversitesi 1970, sf. 27. **Ballerstedt** (Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter, ACP 151, sf. 506. Paul **Piotet**, Culpa in Contrahendo et responsabilité précontractuelle en Droit privé suisse, Berne 1963, sf. 44'den naklen) kendisine teklifte bulunulan tarafın olumlu bir tepkisini aramakta; **Raiser** (Schadenersatz bei verstecktem Dissens, ACP 127, sf. 24-25. **Piotet**, *Culpa*, sf. 44'den naklen.) hukukî ilişkinin müzakereleri başlatan işlemin tamamlanmasıyla ortaya çıktığını kabul etmektedir. **Heldrich**'e göre (Das Verschulden beim Vertragsabschluß im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung, Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 7, Leipzig 1924, sf. 55. **Piotet**, *Culpa*, sf. 44'den naklen.), taraflardan biri diğeriyle temasa geçmeye karar verdiği andan itibaren sözleşme öncesi ilişki kurulmuş olurken, **Hildebrandt** (Erklärungshaftung, ein Beitrag zum System des bürgerlichen Rechtes, Berlin&Leipzig 1931, sf. 93. **Piotet**, *Culpa*, sf. 44'den naklen.) daha ileri giderek mantıken öngörülen veya öngörülebilir şartlarda henüz belirli olmayan bir şahısla objektif olarak müzakerelere başlama imkânı ortaya çıktığında sözleşme öncesi yükümlülüklerin de doğacağını ileri sürmektedir. Böylelikle, müzakere ilişkisini başlatmak isteyen taraf gerekli hazırlıkları yapmak ve tedbirleri almakla yükümlü olacak, aksi takdirde karşı tarafın uğradığı zararı gidermek durumunda kalacaktır.

detaylarına girilmemesi müzakerelerin niteliği icabıdır. Önemli olan teklifte bulunan kişinin karşı tarafla bir iş ilişkisi içerisine girme niyetini ve bunun için gereken görüşmelerde bulunma arzusunu ortaya koymuş olmasıdır. Müzakerelere başlama teklifi, herhangi bir şekle tâbi değildir; yazılı olarak, örneğin bir niyet mektubu<sup>14</sup> gönderilmesi şeklinde yapılabileceği gibi, sözlü olarak da yapılabilir. Teklif, hukukî açıdan bir icap niteliğini taşıyabileceği gibi, bir icaba davet de olabilir. İcabın unsurlarını taşıdığı hallerde, gelen bir kabul cevabıyla sözleşme kurulacağı için müzakere dönemi de oldukça kısa sürmüş olacaktır; ancak, genellikle, yapılan ilk icap bir tartışma zemini hazırlamaktan öteye gitmeyecektir.

Bundan sonra, karşı taraftan gelecek cevabın niteliğine göre, tarafların iki aşamadan daha geçecekleri söylenebilir<sup>15</sup>. Bu aşamaların ilkinde sözleşmenin genel hatları belirlenerek temel esaslar üzerinde fikir birliğine varılır; bu aşamada taraflar isterlerse bir sözleşme tasarısı<sup>16</sup> hazırlayarak üzerinde anlaşılmış esasları bir metinde de toplayabilirler. Sözleşme müzakerelerindeki son aşama ise, tarafların artık teknik olarak bir icabı oluşturmaya hazır oldukları döneme denk gelecektir<sup>17</sup>. İcap oluşturulduktan sonra karşı tarafın bunu kabul etmesiyle birlikte, müzakere dönemi de doğal yoldan sona ermiş olacaktır. Ancak, bunun dışında müzakere dönemi tek tarafı olarak veya tarafların ortak kararıyla da sona erdirilebilir. Bu durum ise, belli koşullara bağlı olarak, taraflar açısından sözleşme öncesi sorumluluğun doğmasına yol açabilir.

### I. Müzakere Süreci ve Sözleşme Özgürlüğü Prensibi

Sözleşme özgürlüğü prensibi, kişilere hukukî ilişkilerini serbest iradeleri ile düzenleme hakkı veren irade özerkliği (muhtariyeti) ilkesinin sözleşmeler hukukuna bir yansımasıdır<sup>18</sup>. Sözleşme, tanım gereği özerk iradelerden oluşmaktadır ve hür

<sup>14</sup> Bu kavram için bkz. ileride § 2, II, A.

<sup>15</sup> Müzakere döneminin bu şekilde üç etaplı bir süreç olarak ele alınmasına yönelik ilk çalışma İtalyan müellif *Faggella* tarafından yapılmıştır. Bkz. ileride § 1, II, D.

<sup>16</sup> Bu kavram için bkz. ileride § 2, II, D.

<sup>17</sup> Ancak sözleşmenin ortak muvafakatle kurulması durumunda kimin icapta bulunduğu belirlenemediğinden bu kurgu tam olarak uygulanamayacaktır. Bkz. ileride § 1, III, B.

<sup>18</sup> Mehtap **İpek**, Sözleşme Serbestisi ve Günümüzdeki Sınırlamaları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2002, sf. 11; Kemal **Oğuzman**/Turgut **Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden geçirilmiş 5. Baskı, İstanbul 2009, sf. 19 vd; Selahattin Sulhi **Tekinay**/Sermet **Akman**/Haluk **Burcuoğlu**/Atilla **Altop**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul 1993, sf. 363; Turhan **Esener**, Borçlar Hukuku I, Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği, Ankara 1969, sf. 193; Mehmet **Altunkaya**, Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Ankara 2005, sf. 66.

iradenin ortaya konmasını sağlayan en önemli araçtır<sup>19</sup>. Bu şekilde ortaya konan hür iradeleriyle, taraflar ileriye dönük olarak bazı neticeler elde etmeyi umarlar ve bu neticelerin elde edileceğine ilişkin birbirlerinde karşılıklı bir güven uyandırırılar. Bu güvenin korunması gereğiyle de bir sözleşme oluşturan kişiler, bununla bağlı hale gelirler<sup>20</sup>. Hukuk düzeni de kişilerin serbest iradesine bu şekilde değer vermekle, bu bağlılığı destekler ve yaptırım gücüyle verilen sözlerin tutulmasını sağlar. Ancak burada da sınır, taraf iradeleridir. Şöyle ki, sözleşmeyle bağlılık ancak taraf iradeleri doğrultusunda ve ölçüsünde söz konusu olur, taraflara kararlaştırılanlar dışında bir yükümlülük yüklenemez<sup>21</sup>.

Sözleşme özgürlüğü en genel şekilde, kişilerin borçlar hukuku alanındaki hukukî ilişkilerini düzenleyebilme serbestileri olarak ifade edilebilir<sup>22</sup>. İlk etapta, kişilerin bir sözleşme kurup kurmamaları konusunda sahip oldukları bir seçim hakkı (kuruluş serbestisi) olarak kendini gösterse de tek görünümü bu değildir. Bu prensip gereğince kişiler kuruluş serbestisinin yanı sıra, kuracakları sözleşmeyi düzenleme serbestisine; başka bir deyişle sözleşmenin karşı tarafını, şeklini, kanunî sınırlar içinde kalmak suretiyle içerik ve tipini belirleme, ayrıca sözleşmede değişiklik yapma ve ona son verme özgürlüğüne de sahiptirler<sup>23</sup>.

---

Sözleşme özgürlüğü ile ilgili kararlara örnek olarak bkz. **Yarg. 4. HD**, 26.10.1978, E. 1977/13113 K. 1978/12134 (YKD Mayıs 1979, C: 5, S. 5, sf. 633.); **Yarg. HGK**, 10.12.2003, E. 4-693 K. 740 (YKD Nisan 2004, C: 30, S. 4, sf. 493.); **Yarg. 13. HD**, 22.11.2004, E. 15671 K. 16821 (YKD Nisan 2005, C: 31, S. 4, sf. 550).

Sözleşme özgürlüğü aynı zamanda Anayasa md. 48 ile korunan bir temel hak ve özgürlüktür. Bu konuda örnek olarak bkz. **Yarg. 15. HD**, 17.3.2003, E. 2002/4636 K. 2003/1326 (YKD Haziran 2003, C: 29, S. 6, sf. 931.). Anayasa hükümlerinin özel hukuk üzerindeki etkisi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Necip **Kocayusufpaşaoğlu**, *Borçlar Hukukuna Giriş - Hukukî İşlem - Sözleşme, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Bası, İstanbul 2008*, sf. 502, dpn. 4; Rona **Serozan**, *Medeni Hukuk Genel Bölüm, Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 2008*, sf. 119.

<sup>19</sup> **İpek**, sf. 12; **Altunkaya**, sf. 67.

<sup>20</sup> **İpek**, sf. 13 ve dpn. 38'de anılan yazarlar.

<sup>21</sup> **İpek**, sf. 13.

<sup>22</sup> Sözleşme serbestisi, kendini tam anlamıyla ancak borçlar hukuku alanında gösterebilir. Eşya hukuku ve aile hukuku alanlarında, emredici hükümlerin ağırlıkta olması ve sınırlı sayı prensibi nedeniyle kişi her konuda seçim serbestisine sahip değildir. Borçlar hukuku alanında ise, tamamlayıcı ve yorumlayıcı kuralların ağırlıkta olması, kişinin iradesini özel ilişkilerini düzenleme açısından daha etkin bir hale getirmiştir. Bkz. bu yönde Andreas **von Tuhr**, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, Cilt: 1-2, çeviren: Cevat Edege, Ankara 1983, sf. 243; **İpek**, sf. 23-24; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, sf. 363.

<sup>23</sup> **İpek**, sf. 14; **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 503; **Esener**, *Borçlar Hukuku*, sf. 193 vd.; **Oğuzman/Öz**, sf. 20; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, sf. 362; **Altunkaya**, sf. 71; Kenan **Tunçomağ**, *Türk Borçlar Hukuku*, I. Cilt, Genel Hükümler, Üzerinde çalışılmış ve geliştirilmiş 6. Bası, İstanbul 1976, sf. 240; Haluk **Tandoğan**, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt: I/1, Tümü yeniden işlenmiş ve genişletilmiş 4. Bası, Ankara 1985, sf. 9 vd.; Ahmet M. **Kılçoğlu**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 10. Bası*, sf. 52 vd.; **Yarg. HGK**, 10.12.2003, E. 4-693 K. 740 (YKD Nisan 2004, C: 30, S. 4, sf. 493.).



Liberal düşünce ve akılcı doğal hukuk sistemlerinde felsefî temelini bulan sözleşme özgürlüğü prensibindeki temel inanç, esasen her iki tarafın da serbest iradeleri ile müzakere edecekleri ve bu görüşmeler neticesinde her iki taraf için de âdil ve kârlı bir ilişki doğuracak bir sözleşmenin kurulacağıdır; zira, menfaatlerini en iyi tartabilecek olanlar sözleşmenin taraflarıdır. İrade temel kaynak olarak ele alındığında kişi ancak istediği ve iradesine uygun olan bir borcu üstlenecek ve serbest iradesiyle üstlendiği bu borcu da mutlaka yerine getirecektir<sup>24</sup>. Bu açıdan ilk başlarda, şeklî açıdan sözleşme özgürlüğü, sözleşme adaletinin de bir garantisi olarak kabul edilmiştir. Ancak aşırı özgürlükçü bu görüş, sözleşme serbestisi adı altında büyük eşitsizliklere yol açması bakımından eleştirilere konu olmuştur<sup>25</sup>.

Tabiidir ki, bu görüşün doğrulanabilmesi için her iki tarafın da gerçek anlamda eşit konumda olması gerekmektedir. Liberal görüşün, toplumsal koşulların yarattığı farklar gözetilmeksizin kabul ettiği, hukukun karşısında herkesin eşit olduğu fikri, kişiler zekâ, güç ve zenginlik açısından hiçbir zaman eşit olmayacakları için ancak şeklî bir özgürlük sağlar ve gerçek adaleti yerine getiremez<sup>26</sup>. Ekonomik güç, piyasa bilgisi, müzakere yeteneği ve sair unsurlar arasındaki dengesizlik, taraflar arasındaki güç dengesini de ister istemez bunlardan biri aleyhine bozar ve bu kişilerin her ikisi açısından âdil bir ilişki kurulması mümkün olmaz<sup>27</sup>. Sözleşme serbestisi adı altında yaratılacak eşitsizliklerin önlenmesi hukukun devreye girmesi ve devlet müdahalesi ile gerçekleştirilebilir. Nitekim ancak eşitler arasında bir denge sağlanabileceği fikri de sosyal adalet ve sosyal devlet kavramlarının gelişmesi neticesinde kabul edilmiştir<sup>28</sup>.

Ancak, sözleşme özgürlüğünün sınırsız olduğu düşünülmemeli; sözleşme özgürlüğü de akla ve vicdana uygun şekilde, özünden saptırılmadan kullanılmalıdır.

<sup>24</sup> **Terré/Simler/Lequette**, sf. 30. Esas itibarıyla sözleşmelerin nisbîliği ilkesi de buradan kaynaklanmaktadır, kural olarak sözleşme sadece serbest iradesiyle bir sözleşme bağı kurmak isteyen kişiler için bir sonuç doğurmaktadır. Bkz. **Terré/Simler/Lequette**, sf. 32.

<sup>25</sup> Bu eleştiriler için bkz. **İpek**, sf. 40; **Terré/Simler/Lequette**, sf. 37 vd; **Serozan**, *Medeni Hukuk*, sf. 71.

<sup>26</sup> **İpek**, sf. 41. **Esener** (bkz. *Borçlar Hukuku*, sf. 194), kişiler arasında böyle bir eşitlik sağlanmasının gerçekleşmesi mümkün olmayan bir hayâl olduğunu ifade etmektedir.

<sup>27</sup> Alman Anayasa Mahkemesi bir kararında (NJW, 47 (1994), 36) “Bugün, sözleşme özgürlüğünün sadece taraflar arasında yaklaşık bir güç dengesinin var olması durumunda çatışan menfaatleri dengelemeye yaradığı ve zedelenmiş sözleşme eşitliğinin giderilmesinin günümüz Medeni Hukuku’nun en önemli ödevlerinden biri olduğu konusunda yaygın bir fikir birliği mevcuttur.” demek suretiyle bu duruma dikkat çekmiştir. Karar metninden yapılan bu alıntı için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 505.

<sup>28</sup> **İpek**, sf. 38.

Bu şekilde kullanıldığında gerçek bir özgürlükten bahsedilebilecek, aksi takdirde kişiler özgürlük adı altında ihtirasları doğrultusunda karar verip canlarının her istediğini yapabileceklerdir. Dolayısıyla, ahlâkî açıdan bakıldığında sözleşme özgürlüğünün de, her özgürlük gibi, sınırlanması akla uygundur<sup>29</sup>. Bu sınırlamalar düzenleme serbestisine getirilebildiği gibi<sup>30</sup> (sözleşmelerin BK md. 19 ve 20 hükümlerine uygun içerikte olması<sup>31</sup>), kuruluş serbestisine de getirilebilir.

Biz konumuz açısından özellikle kuruluş serbestisine getirilen sınırlamalarla ilgileniyor ve şu sorunun cevabını arıyoruz: Bir sözleşme kurmak için müzakerelere başlanmış olması kuruluş serbestisine getirilen bir sınırlama olabilir mi? Bunun için, evvelâ, bu konuda getirilen sınırlamaların nelerden ibaret olduğunun kısaca ele alınması gerekmektedir.

Kuruluş serbestisi ile ilgili olarak genellikle kabul edilen sınırlamalar, öncelikle sözleşmenin kuruluşunu bir kamu organının iznine tâbi tutmakla kendini gösterir. Buna göre, örneğin Rekabet Kurumu veya BDDK onayı olmadan, bu alanlara yönelik bazı sözleşmeler geçerli olarak kurulamaz<sup>32</sup>.

Kuruluş serbestisine getirilen ikinci bir sınırlama ise, sözleşme kurma zorunluluğudur. Bazı kişi, kurum ve kuruluşların, sağladıkları mal ve hizmetlerden yararlanmak isteyen kişilerle sözleşme yapma yükümlülüğünü ifade eden sözleşme yapma zorunluluğu<sup>33</sup> kanundan doğabileceği gibi, kişinin bir hukukî işlemiyle kendisini sınırlaması halinde de ortaya çıkabilir. Sözleşme kurma zorunluluğu, sözleşmeyi kurmaktan kaçınan kişiye karşı bir aynen ifa davası açarak onu

<sup>29</sup> **İpek**, sf. 4-5; **Esener**, *Borçlar Hukuku*, sf. 198.

<sup>30</sup> Bu konuda bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 525 vd.; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, sf. 369 vd.; **İpek**, sf. 51 vd.; **Tunçomağ**, sf. 246 vd.; **Altunkaya**, sf. 79 vd. **Esener**, *Borçlar Hukuku*, sf. 198 vd.'da düzenleme serbestisini sınırlayan haller arasında sendikal hareketleri ve kanun koyucu tarafından öngörülen düzenleyici anlaşmaları zikretmektedir.

Ayrıca **Grotius**'un kabul ettiği eşitlik prensibinin sözleşmelere uygulanması da sözleşme özgürlüğünü kısıtlayan bir netice yaratmaktadır. Bu prensip uygulandığında sözleşme içerik yönünden kontrole tâbi olmakta ve özellikle iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşılıklı edimlerin dengede olması aranmaktadır. Bkz. **Grotius**, *De iure belli ac pacis*, 2,12,8 (**Kuonen**, sf. 83 dpn. 210'den naklen.) Bu durum bizi, bugünkü hukuk düzeninde de kabul edilen ve BK md. 21'de düzenlenen gabin müessesesine getirmektedir.

<sup>31</sup> **Yarg. 13. HD**, 22.11.2004, E. 15671 K. 16821 (YKD Nisan 2005, C: 31, S. 4, sf. 550).

<sup>32</sup> Diğer örnekler için bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sf. 367.

<sup>33</sup> **İpek**, sf. 77.

**Yarg. HGK**, 10.12.2003, E. 4-693 K. 740 sayılı kararında sözleşme yapma mecburiyeti “*bazı kişi, kuruluş ve kurumların hukuk düzeninde hak sahibi sayılan kişilerin talebi üzerine bunlarla belirli bir sözleşmeyi yapma yükümlülüğü*” olarak ifade edilmektedir (YKD Nisan 2004, C: 30, S. 4, sf. 493.).

sözleşmeyi kurmaya zorlama neticesini doğurabileceği gibi, sözleşmenin kurulmamasından doğan zararın tazmin edilmesi neticesini de doğurabilir.

Kanunla getirilen sözleşme kurma mecburiyeti, genel olarak, taraflardan birinin ekonomik ve sosyal olarak diğeriyle eşit olmadığı durumlarda zayıf tarafın korunması amacını taşımaktadır. Yukarıda da ele alındığı gibi sosyal devlet ve adalet anlayışının gelişmesi, güçsüz olanların hukukî korunmadan yararlanması gerektiği fikrini de beraberinde getirmiştir. Bu anlamda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun gibi bazı kanunlar bu amacı gütmektedirler<sup>34</sup>. Bu kanunlardan başka, hayatî madde ve hizmet satanların sözleşme kurma mecburiyeti, güdümlü ekonomiden kaynaklanan sözleşme kurma mecburiyeti ve BK md. 41/f. 2'den kaynaklanan sözleşme kurma mecburiyeti de aynı amaca hizmet etmektedir<sup>35</sup>. Bu şekilde devlet, bireyi toplumdaki sosyal durumuna ve rolüne uygun olarak ele almış olmaktadır<sup>36</sup>.

Kişinin bir sözleşme kurma zorunluluğu altına girmesi, sözleşmesel bir ilişkiye girmiş olmasından kaynaklanabilir. Bu hale ilişkin olarak, özellikle bir ön sözleşme yapılmış olması durumu gündeme getirilmektedir<sup>37</sup>. Bu durumda kişi bir sözleşme yaparak, ileride bir başka sözleşmeyi kurma borcu altına girmektedir. Başka bir deyişle, ön sözleşmeyi yapan kişi serbest iradesi ile bu sözleşmeden doğan borcun ifası zımında bir başka sözleşmeyi kurmak durumundadır. Görüldüğü gibi burada kişi, bir sözleşme yapma zorunluluğu altındadır; ancak bu zorunluluk onun kendi serbest iradesiyle karar vermiş olduğu, başka bir deyişle kendi tercihiyle üstlenmiş olduğu bir zorunluluktur. Kanaatimizce, burada, esas olarak, sözleşme özgürlüğünün düzenleme serbestisi görünümü öne çıkmaktadır. Kişi, yaptığı sözleşmenin içeriğini kanunî sınırlar içerisinde kalmak koşuluyla serbestçe belirlemiş ve bu serbestisini, bir başka sözleşmeyi kurma yönünde taahhüt altına girme yönünde kullanmıştır. Dolayısıyla, tarafın iradî olarak kabul ettiği asıl sözleşmeyi yapma mecburiyeti, örneğin, köyün tek lokantasının sahibi olan kişinin her gelen müşteriye servis yapma zorunluluğundan farklıdır; çünkü, bu örnekte bir kuruluş zorunluluğu vardır. Dolayısıyla, bir sözleşmenin ifası manasını taşıyan sözleşme kurma zorunluluğu,

<sup>34</sup> Bu kanunlarda, aynı zamanda tarafların sözleşmenin içeriğini belirleme serbestilerine de bir müdahale görülmektedir. Bkz. **Oğuzman/Öz**, sf. 20 vd..

<sup>35</sup> **Esener**'e göre, 6570 s. Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun, güdümlü ekonomi politikasının bir uygulamasıdır. Bkz. **Esener**, *Borçlar Hukuku*, sf. 196; aynı yönde **Tunçomağ**, sf. 243.

<sup>36</sup> **İpek**, sf. 39.

<sup>37</sup> **İpek**, sf. 83 vd; **Ulusan**, sf. 292.

gerçek anlamda sözleşme özgürlüğüne getirilmiş bir kısıtlama olarak değerlendirilemez<sup>38</sup>.

Sözleşme kurulmadan önceki dönem, esas itibariyle bir karar verme aşamasıdır. Bir icaba muhatap olan kişi kendisini başka birisine bir sözleşme bağı ile bağlamadan önce bir düşünme ve karar verme sürecine ihtiyaç duyabilir. Aynı şekilde bir icapta bulunacak olan kişi de, BK md. 3 ve devamı hükümleri gereği belli ölçüde icabıyla bağlı olacağından, kendisi açısından en iyi, en uygun olanı seçebilmek için birden fazla kişiyle görüşebilir<sup>39</sup>. Bu görüşmelerin neticesinde belli bir kişiyle sözleşme kurmaya karar verebileceği gibi, bu fikrinden tamamen vazgeçebilir.

Bir kişinin sözleşme kurmama yönündeki kararı da, tıpkı sözleşme kurma yönündeki kararı gibi, sözleşme serbestisi prensibinin şemsiyesi altında değerlendirilir ve hukuk düzeni tarafından korunur<sup>40</sup>. Bu açıdan sözleşme serbestisinin olumlu ve olumsuz nitelikte iki yönü olduğundan bahsedilebilir<sup>41</sup>. Sözleşme serbestisinin olumlu yönü, herkese sözleşme kurma hakkı tanırken; olumsuz yönü de, aynı şekilde sözleşme kurmama hakkını güvence altına almaktadır.

Bununla beraber, bir sözleşme kurmak için müzakerelere başlanmış olması halinin, taraflar arasında belli bir hukukî ilişki kurduğu ve onlara birtakım yükümlülükler yüklediği de gözden kaçırılmamalıdır<sup>42</sup>. Yukarıda değinilmiş olduğu üzere, kişiler bir sözleşme kurarlarken hür iradelerini ortaya koyduklarında bir yandan da karşı tarafa belli neticelerin elde edileceğine dair bir güven telkin ederler. İşte müzakere aşamasında karşılaşılan kişiler arasında da, özellikle belli bir noktadan sonra henüz sözleşme kurulmamış olsa dahi benzer bir güven ilişkisi gelişir. Burada da taraflar dürüst bir şekilde müzakere edileceği ve bunun neticesinde bir sözleşme kurulması için ellerinden geleni yapacakları yönünde karşılıklı bir güven ilişkisi içine girerler. Bu nedenle de bu güvenin korunması zorunludur. Bu durum kendisini her

<sup>38</sup> Bu görüşte **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 505; **Ayrancı**, sf. 52. Aksi görüşte **İpek**, sf. 83 vd.; **Doğan**, sf. 37; **Ulusan**, sf. 292.

<sup>39</sup> Bu açıdan **Kocayusufpaşaoğlu**, sözleşme serbestisinin esas olarak kabul beyanında bulunmaya zorlanmama şeklinde tecelli ettiği fikrini benimser gözükmektedir. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 505. Buna karşın **Tandoğan**, bu özgürlüğü hem kendisine karşı icapta bulunulan kişinin bunu kabul etmeye hem de bir kimsenin icapta bulunmaya zorlanmaması olarak irdelemektedir. Bkz. **Tandoğan**, sf. 9.

<sup>40</sup> **İpek**, sf. 24. **Tunçomağ**, sözleşme yapma serbestisini, bir sözleşme kurmayı reddetme yetkisinin tanınmış olmasıyla eşanlamlı kabul etmektedir. Bkz. **Tunçomağ**, sf. 240.

<sup>41</sup> **Kuonen**, sf. 8.

<sup>42</sup> Bkz. bu yönde TF 17.11.2005, 4C.247/2005.

zaman bir sözleşme kurma zorunluluğu olarak göstermese de, belli koşulların varlığı halinde karşı tarafın zararını tazmin etme borcu olarak da ortaya çıkabilir.

Kişi serbest iradesiyle, özgür olarak hareket ediyor ve davranışlarının tek hâkimi olarak kabul ediliyorsa, kendisinden bunun sonuçlarına katlanması da beklenecektir. Bu anlamda sözleşme özgürlüğü kabul edildiğinde, aynı zamanda sözleşme öncesi bir sorumluluğun doğacağı da kabul edilmiş olmaktadır<sup>43</sup>. Bir kimseye, sözleşme kurma amacıyla başlamış olduğu görüşmelere son vermesi halinde, karşı tarafın bundan dolayı uğrayabileceği zararı tazmin etme borcunun yüklenmesi, ister istemez onun sözleşme özgürlüğüne getirilmiş bir sınırlamayı oluşturur. Esasen burada sözleşme kurmama hakkının sınırlandırılmasından bahsedilebilecektir<sup>44</sup>. Hukuk düzeni bir kişinin sözleşme kurmama hakkını kısıtlamamakta, ancak kötü bir şekilde kullanılmasını yaptırıma bağlamaktadır.

Özgürlüklerin sınırı, diğer kişilerin özgürlüğünün başladığı noktaysa, sözleşme özgürlüğünün sınırını da bu şekilde belirleyebiliriz. Şöyle ki: Müzakerelere başlamış olmak, her ne kadar bunu bir sözleşmeyle taçlandırmak mecburiyeti yüklemese de, temel amaç kuşkusuz budur. Bu noktada, esasen her iki taraf da böyle bir beklenti içindedir ve müzakereler devam ettikçe, bunun olumlu olarak sonuçlanacağı yönündeki beklenti de artar. Bu bağlamda, kişinin sözleşme kurmama özgürlüğünün sınırını, karşı tarafta uyanan sözleşme kurulacağı algısı oluşturur. Tabii olarak, bu algının haklı sebeplere dayanması gerekmektedir. Bu haklı algı ne kadar güçlenirse, sözleşme kurmama özgürlüğü de o ölçüde sınırlandırılmış olur. Her ne kadar sözleşme özgürlüğü çerçevesinde belli bir ilişki içine giren tarafların, bu aşamada davranışlarını düzenleyen ya da onları belli yükümlülükler altına sokan kanunî bir düzenleme bulunmasa da, bu durum tarafların bu süreçte tamamen serbest olacakları ve hiçbir yükümlülük altına girmeyecekleri anlamına gelmez. Taraflar, kanunî bir düzenleme olmamasına rağmen aralarındaki ilişkiyi sözleşmesel olarak düzenleme yoluna gidebilir ve bu anlamda uyulması gereken bazı yükümlülükleri öngörebilirler. Bunun yanı sıra, müzakere döneminde tarafların MK md. 2'de yer alan dürüstlük kuralından kaynaklanan birtakım yükümlülükleri de bulunmaktadır<sup>45</sup>. İşte her ne kadar kanunî bir düzenden yoksun görünse de, her hukukî ilişkide olduğu gibi müzakere ilişkisinde de uyulması gereken belli kurallar mevcuttur ve bu kurallara

<sup>43</sup> Kuonen, sf. 10.

<sup>44</sup> Kuonen, sf. 8'de sözleşme kurmama hakkının dolaylı olarak sınırlandırıldığını söylemektedir.

<sup>45</sup> Bu konuyla ilgili olarak bkz. ileride § 3, II.

uyulmaması durumunda oluşacak zararın *culpa in contrahendo* sorumluluğu çerçevesinde tazmin edilmesi gündeme gelecektir.

Bu nedenle, müzakere dönemindeki yükümlülüklerin doğru bir şekilde belirlenmesi ve bunlara aykırılığın sorumluluk doğurması konusunda hassas olmak gereklidir. Sözleşme özgürlüğünün, aynı zamanda, kişinin sözleşmeyi kurmama konusundaki bir serbestiyi kapsadığı düşünüldüğünde, müzakerelerin sona erdirildiği her halde sorumluluğun ortaya çıkması ve bir tazminat borcuyla karşılaşılması, bu özgürlüğü anlamsız ve boş kılacaktır. Tarafların kurdukları sözleşmeyle bağlı olmalarının bir nedeni de, bu sözleşme kuruluncaya kadar, istedikleri takdirde müzakerelerden çekilerek, sözleşmeyi kurmama serbestisini kullanabilme imkânının varlığıdır. Bir başka deyişle, yukarıda da belirtildiği gibi, taraflar serbest iradeleriyle sözleşmeyi kurmaktadır; son verildiği takdirde bir tazminat borcunun doğacağından korkarak devam edilen bir müzakere neticesinde kurulan sözleşmenin ise serbest iradeyle kurulduğu söylenemeyecektir. Sözleşme özgürlüğü, esas itibariyle, sözleşme öncesinde özgürlük anlamına gelmektedir<sup>46</sup>. Bu anlamda, tarafların genel olarak, müzakerelere devam etmeye ya da sözleşmenin kuruluşunu kolaylaştırmaya yönelik bir yükümlülüğü bulunmamakta, bir başka ifadeyle, müzakerelere son vererek sözleşmeyi kurmama başlı başına bir sorumluluk sebebi olarak karşımıza çıkmamaktadır<sup>47</sup>.

Bununla beraber, her türlü hakkın kullanılmasında olduğu gibi, sözleşme özgürlüğünden kaynaklanan sözleşme yapmama hakkının da dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılması gerekmektedir. Her ne kadar prensip olarak, taraflar müzakereleri bir sözleşmeyle sonlandırma mecburiyeti içinde olmasalar da, birbirlerine karşı dürüst davranmalı, gereken bilgileri vermeli ve müzakereleri ciddi bir şekilde yürütmelidirler. Bu tip yükümlülüklere aykırı davranılması ise sözleşme müzakerelerinde kusurlu bir davranış, *culpa in contrahendo*, olarak nitelendirilir ve kusurlu tarafın sorumluluğuna yol açar.

<sup>46</sup> Nicolas **Rouiller**, Devoirs Précontractuels (*culpa in contrahendo*) : L'identification exacte de leur violation et ses conséquences. Droit suisse et travaux d'harmonisation internationaux et européens ; Bulletin CEDIDAC no : 45, Octobre 2006, sf. :1.

<sup>47</sup> **Adal**, kural olarak taraflardan her birinin müzakereleri hesap vermeksizin kesebileceğini ifade etmektedir. Bkz. **Adal** sf. 74. **Rouiller**, müzakerelerin genellikle bir sözleşme öncesi yükümlülüğe, örneğin bilgi verme yükümlülüğüne aykırılıktan dolayı kesildiğini ve bu nedenle sorumluluğu doğuran olayın başlı başına müzakerelere son verilmesi değil, fakat bu yükümlülüğün ihlâl edilmesi olduğu görüşündedir. Bkz. **Rouiller**, *Devoirs Précontractuels*, sf. 2. İsviçre Federal Mahkemesi de “*tarafların herbiri sebep göstermeden müzakereleri sona erdirme hakkına sahiptir*” demek suretiyle bu görüşü desteklemektedir. Bkz. bu yönde yukarıda dñn. 42’de anılan karar.

## II. Müzakere Sürecinin Tarihsel Süreç İçerisinde Hukukî Olarak Değerlendirilmesi

Sözleşme kurulmadan önceki dönemde taraflar henüz bir sözleşme kurmamış olmakla birlikte, buna yönelik bir çaba içindedirler. Bu da, onlar arasında başka kişilerle olandan farklı bir ilişki kurulmasını gerektirir. Bu ilk bakışta bir rekabet ve çekişme ilişkisi gibi görülse de bazı hallerde bir iş birliğine de dönüşebilir ve taraflar ortak bir amaca doğru birlikte hareket ettiklerini hissedebilirler. Bu ilişkinin samimiyet derecesi her olayda değişebilir; fakat, genel olarak kabul edilmesi gereken husus, sözleşme yapmak üzere müzakerelere başlamış olan taraflar arasında alelade bir sosyal temasın ötesinde bir ilişkinin gelişmiş olduğudur.

Tarafların bir sözleşmeye hem yakın hem uzak durdukları, bir yandan sözleşme özgürlüğünden sonuna kadar yararlanmak isterken diğer yandan ise karşı tarafı bağlamanın yollarını aradıkları, bir başka ifadeyle sözleşme ilişkisine nazaran “*oynak*”<sup>48</sup> bir durum arz eden bu süreç zarfında da birtakım hak ve borçların doğabileceği genel olarak kabul edilmiş olmakla birlikte, bu sürecin önemi zaman içerisinde gitgide daha çok ortaya çıkmıştır. Roma Hukuku’nda sözleşme öncesi dönemle ilgili özel bir düzenleme bulunmazken, doğal hukuk ekolünden itibaren yavaş yavaş bu süreç bir hukukî değerlendirmeye konu olmaya başlamış ve Jhering ile birlikte kendine has bir yapısı olduğu ortaya konmuştur.

### A. Roma Hukuku

Roma Hukuku, sözleşme öncesi dönemde taraflar arasında birbirlerine karşı sorumluluk doğurabilen bir ilişki olduğunu genel olarak kabul etmekle birlikte, bugün anladığımız kapsamda bir sözleşme öncesi sorumluluk düzenlemesi içermemektedir. Bu dönemdeki hukukçular, sınırsız sayıda olaya uygulanabilecek genel ve soyut bir sorumluluk düzeni oluşturmaktansa, tek tek olaylardan yola çıkarak bunu çözüme yoluna gitmişlerdir<sup>49</sup>. Başka bir deyişle, ne sözleşmeye aykırılık halleri ne de haksız fiilden doğan sorumluluk hususunda genel bir prensip mevcut olmadığı gibi, sözleşme öncesi döneme ait bir genel prensip de mevcut değildir. Bunun yerine hukuk düzeninin tanıdığı ve kabul ettiği münferit sözleşmeler ve

<sup>48</sup> Bu terim için bkz. Walter **Erman**, Beiträge zur Haftung für das Verhalten bei Vertragsverhandlungen, Archiv für die zivilistische Praxis 139, sf. 274 (**Ulusan**, sf. 287’den naklen.).

<sup>49</sup> **Kuonen**, sf. 15.

bunlara aykırılık halleri ile münferit haksız fiiller söz konusudur<sup>50</sup>. Zaman içinde, bunlara yeni sözleşmeler veya yeni fiiller eklenmiş olsa da bir genel prensip oluşturulmamıştır.

Bununla birlikte yine de sözleşme öncesi dönemde taraflar arasındaki ilişkilere ait yaklaşıma yönelik bazı ortak özellikler tespit edilebilir. Nitekim, ileride inceleyeceğimiz üzere Jhering *culpa in contrahendo* teorisini geliştirirken Roma Hukuku'nda düzenlenen bazı meselelerden yola çıkmış ve bu ortak özellikleri ortaya çıkarmıştır.

Bu bağlamda öncelikle belirtilmesi gereken husus, sorunların her zaman satım sözleşmesi temelinde ele alındığıdır. Nitekim, Jhering de satım sözleşmesine ilişkin iki özel hali ele alarak teorisini geliştirmiştir. Bunlar, ticarî olmayan nesnelere (*res extra commercium*<sup>51</sup>) satımı ile gerçekte var olmayan veya mevcut olmakla birlikte muris henüz hayatta olduğu için gerçek anlamda tereke niteliği kazanmamış bir terekenin (*hereditas non existens*) satımıdır.

Ulpianus döneminde, satım sözleşmesinin başlangıçtaki imkânsızlığı halinde<sup>52</sup> durumu bilmeyen alıcıya, sözleşmenin geçerli olmamasından dolayı uğradığı zararını *actio in factum* yoluyla tazmin etme imkânı tanınmıştır<sup>53</sup>. Sözleşme dışı bir dava

<sup>50</sup> Türkan **Rado**, Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İstanbul 1982, sf. 186; aynı yönde **Kuonen**, sf. 15; **Uluslan**, sf. 293; Selim **Kaneti**, Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, İstanbul 2007, sf. 37; Reinhard **Zimmermann**, The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford 1996, sf. 565.

<sup>51</sup> Ticarî olmayan nesnelere mezarlar gibi dinsel (*res religiose*), tapınaklar gibi kutsal (*res sacrae*) ya da tiyatrolar, yollar, stadyumlar gibi kamuya ait (*usu publico*) mal veya yerlerdir. Bkz. **Kuonen** sf. 17.

<sup>52</sup> Roma Hukuku'nda başlangıçtaki imkansızlık *res extra commercium*'un satım akdine konu olması durumunda ortaya çıkabilir. Bu konuda bkz. **Kuonen**, sf. 17; **Zimmermann**, *Foundations*, sf. 241 vd. **Zimmermann**'a göre bu nesnelere esas itibarıyla satım sözleşmesine konu olmaları objektif olarak imkansız değildir, ancak kanunen yasaklanmıştır ve bu nedenle kurulan sözleşme geçersizdir. Ferdi mamelek dışında kalan eşyanın satışının muteber olmadığı yönünde ayrıca **Rado**, sf. 118. Ancak bu eserde başlangıçtaki imkansızlık durumuna değinilmemektedir.

<sup>53</sup> D. 11, 7, 8, 1 (**Kuonen** sf. 34'den naklen.). *Actio in factum*'la ilgili genel bilgi için bkz. **Rado**, sf. 157 vd.

Ulpianus'un tanıdığı bu imkan daha sonra öğrencisi Modestinus'un bu halleri de *actio empti* kapsamına alması için bir yol açmıştır (D. 18, 1, 62, 1). Buna göre "Kutsal, dinsel veya kamuya ait yerler böyle oldukları bilinmeden satın alındıkları zaman alım satım batıl olmakla birlikte alıcıya, satıcıya karşı bir dava hakkı (*actio ex empto*) verilir; bu yolla alıcının aldanmamış olmasındaki çıkarı giderilir. (madde metni için bkz. **Uluslan** sf. 294)." Bu yönde bkz. **Zimmermann**, *Foundations*, sf. 243.

Yine aynı metinlere dayanmasına rağmen **Jhering** ise burada sözleşmesel bir sorumluluk hali bulunduğu görüşündedir. Bkz. Rudolph von **Jhering**, "Culpa in contrahendo bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen", *Œuvres Choiesies traduites par O. De Meulnaere*, Tome II, 1893 Paris, sf. 15. Ayrıca **Zimmermann**, *Foundations*, sf. 244.



niteliği taşıyan *actio in factum* ile kabul edilen sorumluluk, bir çok açıdan *actio doli* ile getirilen sorumluluğa benzemektedir.

*Actio doli* ise pretorlar döneminde hilenin (*dolus*) bir haksız fiil olarak kabul edilmesi üzerine zarar gören kimseye tanınan bir davadır. Önceleri bir ceza davası niteliğinde olan *actio doli* zaman içinde bir tazminat davası niteliği almıştır<sup>54</sup>. Bu davanın yanı sıra, yine pretorlar tarafından, hilenin etkisiyle bir işlem yapan kişiye kendisine karşı açılan davada kullanılmak üzere bir de *exceptio doli* adı altında bir def'i imkânı tanınmıştır<sup>55</sup>.

*Ius civile* döneminde hile etkisi altında yapılan sözleşmelerin geçerli sayılmasının ardından, pretor döneminde hile, sözleşmenin oluşum aşamasında iradeyi bozan bir sebep olarak kabul edilmiş ve himaye görmemiştir<sup>56</sup>. Bu şekilde, sözleşmenin kurulma aşamasında tarafların birbirlerine karşı sahip oldukları dürüst davranma mecburiyetinin varlığı da kabul edilmiş olmaktadır. Karşı tarafta yanlış kanaatler uyandırma ve karşı tarafı sözleşmeyi yapmaya sevk etmek için aldatıcı ifadeler kullanma durumu yaptırma bağlanınca bu mecburiyet de kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Nitekim *dolus* kavramı da zaman içinde genişlemiş ve *bona fides*'e aykırı tüm hareketler bu kapsamda değerlendirilmiştir<sup>57</sup>. Bu anlamda sözleşmenin kurulma aşamasında, müzakereler sırasında taraflar arasında mevcut olduğu kabul edilen dürüst davranma mecburiyetinin temelini buradan kaynaklandığı söylenebilir.

Genel olarak denebilir ki, Roma Hukuku'nda zarara uğrayan taraf iyi niyetli olarak sözleşmenin geçersiz olduğunu bilmiyorsa ya da bunu bilmemesi karşı tarafın hilesine dayanıyorsa sözleşme öncesi bir sorumluluktan bahsedilebilecektir. Bu şekilde, genel olarak sözleşme öncesi sorumluluk da sözleşme dışı bir temele oturmuş görünmektedir<sup>58</sup>. Bununla beraber, Roma'lı hukukçuların pragmatik

<sup>54</sup> Bu dava hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. **Rado**, sf. 199.

<sup>55</sup> **Rado**, sf. 198.

<sup>56</sup> **Rado**, sf. 198.

<sup>57</sup> **Rado**, sf. 198; **Uluslan** sorumluluğun devletin büyümesine paralel biçimde gelişerek, zaman içerisinde daha ince bir nitelik kazandığını ve hileye dayalı sorumluluğun yetersizliğinin anlaşılacak yavaş yavaş *bona fides*'e aykırı davranışların da sorumluluğa bağlanması düşüncesinin yerleştiğini ifade etmektedir. Bkz. **Uluslan**, sf. 293.

<sup>58</sup> **Kuonen**, sf. 49.

düşünce yapılarından ötürü buna atfedilecek hukukî niteliğin bugünkü önemi taşımadığı da söylenebilir<sup>59</sup>.

## B. Doğal Hukuk Okulu

17. yüzyılda kendisini gösteren Doğal Hukuk Okulu, sorumluluk kavramının algılanışıyla ilgili önemli değişiklikleri beraberinde getirmiş ve Roma Hukuku'ndaki kazüistik yaklaşımdan uzaklaşarak genel bir sorumluluk kuramının ortaya konmasını sağlamıştır. Bunda genel olarak sözleşme kavramına olan yaklaşımlarının etkisi olduğu da söylenebilir. Doğal Hukuk akımı hukukçuları için sözleşme kavramsal olarak toplumun temel taşı oluşturmaktadır; çünkü insanlar toplum içindeki her türlü ilişkilerini onun aracılığıyla düzenlemektedirler. Bu şekilde ele alınan sözleşme kavramı özel hukukun merkezine oturtulmuş olmaktadır<sup>60</sup>.

Bu dönemde de sözleşmenin kuruluş aşamasındaki sorumluluk kendine has bir düzenlemeye sahip değildir; ancak genel prensibin bir uygulaması şeklinde sınırlı bir kapsamda da olsa ele alınmaktadır. Sözleşmenin kurulması aşamasına ilişkin olarak yazarlar özellikle hata, hile ve başlangıçtaki imkânsızlık halleri üzerinde durmuşlar ve bu durumdaki sorumluluğu incelemişlerdir.

**Grotius**<sup>61</sup>, genel bir haksız fiil sorumluluğundan ilk defa bahseden kişi olmuştur<sup>62</sup>. Yazar, bu anlamda kusurun olduğu yerde bir tazminat borcunun doğması gerektiği düşüncesindedir. **Grotius**, özel olarak sözleşme kurulmadan önceki dönemle ilgili bir sorumluluk kuramından söz etmemekle birlikte, müzakere döneminde taraflar arasında, insanları bir arada tutan genel bağdan daha sıkı bir ilişki olduğu düşüncesini benimsemekte ve ortaya koyduğu genel sorumluluk prensibinden de hareketle, sözleşme öncesi yükümlülükler aykırılık halinin bir yaptırıma bağlanacağını kabul etmektedir.

**Grotius**'e göre iki kişi bir sözleşme kurmak için müzakereye başladıklarında, bunlar arasında bir "ortaklık" kurulmuş olur<sup>63</sup>. Bu kişiler arasında zaten aynı topluma ait olmaktan dolayı mevcut olan ilişki, müzakerelerin başlaması ile daha da yoğunlaşır ve taraflar arasında sıkı bir güven ilişkisi meydana gelir. Bu güven

<sup>59</sup> **Kuonen**, sf. 34.

<sup>60</sup> Bkz. **Zimmermann**, *Foundations*, sf. 567.

<sup>61</sup> Hugo **Grotius**, *De iure belli ac pacis*, Lyon 1939, réimp. Aalen 1993, 2,17,1 (**Kuonen**, sf. 77'den naklen.).

<sup>62</sup> **Kuonen**, sf. 77.

<sup>63</sup> **Kuonen**, sf. 83.

ilişkinde temel eşitlik prensibi<sup>64</sup> uygulandığında, satıcıya sözleşme öncesinde bilgi verme yükümlülüğü yüklenmiş olur. Bu yükümlülük sadece pasif bir şekilde kaçınma borcu olarak değil; fakat aktif, olumlu bir davranış şeklinde yüklenmektedir<sup>65</sup>. Fakat **Grotius** burada bir sözleşmesel ilişki görmemekte ve sorumluluğu sözleşme dışı bir sorumluluk olarak kabul etmektedir.

Burada **Grotius**'un teorisinin temelinde yer alan kavramın ne sözleşme ne de uzlaşma (*consensus*) fakat tek taraflı vaad (*promissio*) olduğunu belirtmekte fayda vardır<sup>66</sup>. **Grotius** teorisini satım sözleşmesini esas alarak kurmakta ve bu kuralları tek taraflı vaadlere uygulamaktadır<sup>67</sup>. Skolastik ahlâk anlayışının bir uzantısı olarak kişiler, Tanrı'nın önünde doğruluk ve dürüstlükten sapmış olmamak için verdikleri sözü yerine getirmek zorundadırlar ve bu açıdan, basit bir sözle Tanrı önünde edilmiş bir yemin arasında fark bulunmamaktadır. **Grotius** bu bakış açısını, kişinin belli bir şekilde hareket edip etmeme yönünde sahip olduğu doğal özgürlükle birleştirmiştir<sup>68</sup>. Buna göre bağlayıcı bir vaadde bulunmak, özgürlüğün sınırlanması manasına gelmektedir ve bu şekilde bir sınırlama ancak, özgürlüğünü kısıtlayan kişinin iradî davranışıyla meşru kılınabilecektir. Bunun yanı sıra, vaadde bulunulan kişinin de kabulü (*acceptatio*) gerekmektedir. Bu şekilde sözleşme iki adet tek taraflı bağlayıcı iradenin toplamından oluşmaktadır<sup>69</sup>.

Büyük ölçüde **Grotius**'ten yararlanmış olan **Pufendorf**<sup>70</sup> ise, doğal hukukçuların çalışmalarının merkezine tek taraflı vaad yerine karşılıklı "*pactum*"<sup>71</sup>

<sup>64</sup> Temel eşitlik prensibi, sözleşme özgürlüğünü geniş ölçüde etkileyen bir prensiptir. Bu prensip uygulandığında, sözleşmelerin içerik yönünden kontrole tâbi olması ve özellikle her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşılıklı edimlerin dengede olması aranmaktadır: **Grotius**, 2, 12,8 (**Kuonen** sf. 83, dpn. 210'dan naklen.).

<sup>65</sup> **Kuonen**, sf. 83.

<sup>66</sup> **Zimmermann**, *Foundations*, sf. 567.

<sup>67</sup> Buradaki vaad, hukuken bağlayıcı olmayan basit *pollicitatio*'dan ayrılmaktadır. Öncelikle, burada vaad, temelinde yer alan verilerin gerçekle örtüştüğü zımni şartına bağlı olarak verilmiştir. Ayrıca, hukuken zorlayıcı olması için karşı tarafın kabul etmiş olması gereklidir. Oysa *pollicitatio*, ifaya yönelik bir talep hakkı vermemekte ve bu nedenle bağlayıcı olmamaktadır. Bkz. **Kuonen**, sf. 78 dpn. 193 ve sf. 88, dpn. 226. Ayrıca **Rado**, sf. 52; **Zimmermann**, *Foundations*, sf. 572 vd., özellikle sf. 575, dpn. 200.

<sup>68</sup> **Zimmermann**, *Foundations*, sf. 568.

<sup>69</sup> **Zimmermann**, *Foundations*, sf. 568, dpn. 148.

<sup>70</sup> Samuel **Pufendorf**, *De Jure naturae et gentium libri octo*, Francofurti ad Moenum, 1694, Lib. III, Cap. IV (**Zimmermann**, *Foundations*, sf. 568'den naklen.).

<sup>71</sup> Roma Hukuku'nda sözleşmeler alanında çeşitli terimler kullanılır. Bunlardan *contractus*, Gaius'dan itibaren *ius civile*'ye göre dava edilebilen anlaşmalar için kullanılmıştır. *Pactum* öncelikle, bir haksız fiil karşılığında kısıstan kurtulmak için yapılan bir anlaşma olarak ortaya çıkmış; sonraları ise dava edilemeyen tüm anlaşmaları ifade etmek için kullanılmaya başlamıştır. Ancak, stipulatio sisteminin bozulması ve dava edilebilir *pacta* sayısının giderek artmasıyla, *contractus* ve *pactum*

kavramını koyan kişi olmuştur. O da, yine *Grotius* ile aynı çizgide giderek, sözleşmeye katılan her iki taraftan gelecek iki adet rıza aramakta ve bu şekilde sözleşmenin kurulması her iki tarafın irade faaliyetine ihtiyaç göstermekte; netice itibariyle de, iki irade beyanı sözleşmenin kurulması için temel unsur olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>72</sup>.

Bu yazar da sözleşme kurulmadan önceki dönemde sorumluluğu iki halde öngörmektedir: Hata ve başlangıçtaki imkânsızlık<sup>73</sup>. Buna göre bir söz veren, vaade bulunan kişi, bu sözü verirken içinde bulunduğu durumu değerlendirmede özensiz davranır ve bu hal sözüne temel teşkil ederse, karşı tarafın bu sözden dolayı uğradığı zararı tazmin etmesi gerekir<sup>74</sup>. Bu şekilde sübjektif imkânsızlık halinde bu durumu bilerek bir vaade bulunan kişiyi sorumlu tutmakta ve imkânsızlık hali bir kusur sorumluluğu olarak karşımıza çıkmaktadır. Kusur burada, açıkça ihmâl ve özensiz davranış şeklinde ortaya çıkmaktadır; genel olarak ise kusur, bir özen borcunun ihlâli olarak ifade edilmektedir<sup>75</sup>.

Yine *Grotius*'un etkisinde kalan bir başka yazar olan *von Wolff*, özellikle *consensus* kavramı üzerinde durmuş, irade uyuşmasının sözleşmeden doğan borçların temeli ve sebebi olduğunu belirtmiştir<sup>76</sup>. Netice olarak, sözleşmenin iki irade beyanına dayanan analizi *von Wolff*'un rıza teorisi ile birleşmiş ve Doğal Hukuk Okulu'nun modern hukuka bir mirası olarak günümüze gelmiştir<sup>77</sup>.

Sözleşme öncesi dönemdeki sorumlulukla ilgili olarak *von Wolff*, verilen bir sözün hata sebebiyle geçersiz olması ve bu sebeple karşı tarafın bir zarara uğraması

---

arasındaki ayırım da manasız hale gelmiştir. Bu iki terimden başka bir de, bir araya gelmek manasını haiz *convenire* fiilinden türeyen *conventio* terimi kullanılmaktadır. Bu terimin geçtiği ilk metinlerde *conventio*, *consensus* ile eş anlamlı kullanılmaktadır ve *akulların bir araya gelmesini*, fikirlerin uyuşmasını (meeting of the minds) ifade etmektedir. Zaman içerisinde tüm anlaşmaların *consensus*'e dayandığı ve hepsinin dava edilebilir olduğu kabul edilince, sözleşmeler hukukunda jenerik isim olarak hangisinin tercih edileceği sorusu ortaya çıkmıştır. Bu soruya Fransızlar *conventio* terimini, Alman ve Hollandalı müellifler ise *pactum* terimini seçerek cevap vermişlerdir. Bkz. *Zimmermann*, *Foundations*, sf. 562 vd. Dolayısıyla burada *pactum* bugünkü manada sözleşme olarak kullanılmaktadır. *Pactum* terimi ile ilgili olarak genel bilgi için bkz. *Rado*, sf. 161 vd.

<sup>72</sup> *Zimmermann*, *Foundations*, sf. 569.

<sup>73</sup> Samuel *Pufendorf*, *De Jure naturae et gentium libri octo*, editio secunda, auctior multo et emendatior, Francofurti ad Moenum 1684, 3,6,6 (*Kuonen*, sf. 84'den naklen.).

<sup>74</sup> *Kuonen*, sf. 85.

<sup>75</sup> *Kuonen*, sf. 87.

<sup>76</sup> Modern bir terim olarak *vertrag* kelimesinin von Wolff tarafından kullanılmış olduğu yönünde bkz. *Zimmermann*, *Foundations*, sf. 568.

<sup>77</sup> *Zimmermann*, *Foundations*, sf. 569.

haliyle ilgilenmiştir<sup>78</sup>. Burada da **Grotius**'de olduğu gibi verilen sözün, temelinde yer alan verilerle örtüştüğü kural olarak kabul edilmekte ve yokluğu halinde böyle bir sözün verilmeyeceği bir olaya dayanarak verilmiş olan söz geçersiz olarak kabul edilmektedir<sup>79</sup>. Bundan doğan sorumluluk ise kusura dayalı sözleşme dışı sorumluluktur. Kusur yine ihmâlden ve özen yükümlülüğüne aykırılık şeklinde ortaya çıkmaktadır; ancak burada daha geniş kapsamlıdır.

Doğal Hukuk akımı kapsamında, sözleşme öncesi dönemde tarafların sorumluluğunu inceleyen Fransız yazarlardan en etkilisi olan **Domat**<sup>80</sup> başlangıçtaki imkânsızlık, hile ve ikrah hallerini ele almış; başlangıçtaki imkânsızlığı da yine Roma Hukuku'ndaki gibi, ticarî nitelik taşımayan malların satıma konu edilmesi halinde kabul etmiş ve konusu imkânsız olan bir sözleşmenin geçersiz olduğunu belirtmiştir. Buradan hareketle genel bir sonuca varan **Domat**, taraflardan birine yüklenecek bir nedenle geçersiz olan sözleşmenin, bu geçersizliğe rağmen, buna sebebiyet veren tarafı bir tazminat borcu altına sokacağını söylemiştir<sup>81</sup>.

Bir başka Fransız yazar olan **Pothier**<sup>82</sup> de Roma Hukuku ile Fransız örf ve âdet hukukuna dayanmaktadır<sup>83</sup>. Sözleşmenin kurulmasında tarafların iç iradelerinin uyumunu arayan **Pothier**, ticarî nitelik taşımayan bir malın satımının yanı sıra, hata ve icabın geri alınması hallerini de incelemektedir. Burada öne çıkan durum, **Pothier**'nin güvenin korunmasına verdiği önemdir. Buna göre, gerçekte olmayan bir hukukî durumun varlığına güvenen bir kişinin bu güveni korunmalıdır. İyiniyetli olmakla aynı anlamda kullanılan güvenin düzeltici bir etkisi yoktur; çünkü şartları gerçekleşmemiş olan bir hukukî durumun var olmasına yol açmaz. Bununla beraber

<sup>78</sup> Christian **von Wolff**, Jus naturae methodo scientifica pertractatum, Pars III, De modo derivativo acquirendi dominium et jus quodcunque praesertim in re alterius ubi et agitur de officiis circa sermonem juramentis ac votis, nec non usucapione et praescriptione, Halae Magdeburgicae 1743, §571 (**Kuonen**, sf. 88'den naklen).

<sup>79</sup> **Kuonen**, sf. 89.

<sup>80</sup> Jean **Domat**, Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public et legum delectus, (nouvelle édition) Tome I, Paris 1756 (**Kuonen**, sf. 91'den naklen.).

<sup>81</sup> **Domat** sözleşme öncesi dönemdeki sorumluluğu açıkça nitelendirmemiştir. Ancak başlangıçtaki imkansızlık halinde sözleşmesel bir sorumluluk öngördüğü sonucuna varılmaktadır. Hile ve tehdit halinde ise sözleşme dışı sorumluluk söz konusudur: Bkz. **Kuonen**, sf. 92 vd.

<sup>82</sup> Robert Joseph **Pothier**, Traité des Obligations, Tome I, Paris 1821; Traité du Contrat de vente, Paris 1821; Pandectae Justinianae, in novum ordinem digestae, cum legibus codicis et novellis, quae jus pandectarum confirmant, explicant aut abrogant, Tomus secundus, Parisiis 1825 (**Kuonen**, sf. 97'den naklen).

<sup>83</sup> Grotius'den etkilenmiş olan her iki yazarın da görüşleri Napolyon dönemi kodifikasyon çalışmalarında büyük ölçüde etkili olmuştur. Bkz. **Kuonen**, sf. 124 dpn. 338; **Terré/Simler/Lequette**, sf. 37.

koruyucu bir etkisi vardır. Şu kadar ki, icapta bulunan kişinin bu iradesi kabul beyanından önce değişmiş olursa sözleşme kurulamayacak; ancak, icapçının iradesindeki bu değişiklikten zamanında haberdar olmayan karşı taraf sözleşmenin kurulduğuna haklı olarak inanmış olursa, ortaya çıkan zararının giderilmesini talep edebilecektir<sup>84</sup>.

### C. Alman Hukuku

#### 1. Jhering ve *Culpa in Contrahendo* Teorisi

Roma Hukuku kaynaklarına geri dönüşü savunan ve bu kaynakları sistematik ve kavramsal bir şekilde inceleyerek modern bir hukukî düşünce sistemi oluşturmak isteyen pandekt akımı, 19. yüzyılda ortaya çıkmış ve bu dönemin Alman yazarlarını etkisi altına alarak “tarihî hukuk okulu”, “kavram içtihatçılığı”, “menfaat içtihatçılığı” gibi çeşitli akımlara da ortak bir arka plan oluşturmuştur<sup>85</sup>. Jhering de, yukarıda ifade edildiği üzere, *culpa in contrahendo* teorisinde bu akımdan etkilenmiş ve teorisini ayakta tutan savları büyük ölçüde Roma Hukuku’ndan elde etmiştir. Ancak içinde yer aldığı akımın gereği olarak, bu kaynakları kavramsal olarak ele almış, kazuistik anlayıştan uzaklaşarak olayları sistematize etmiş ve dolayısıyla bir soyutlama ve genellemeye ulaşmıştır<sup>86</sup>.

Taraftarları olduğu kadar eleştirenlerinin de mevcut olduğu *culpa in contrahendo* teorisi, sözleşme öncesi sorumluluğu, hakkaniyet ve güvenin korunması esasları üzerine oturtmakta<sup>87</sup> ve esas olarak bir kanun boşluğunu doldurmaya çalışmaktadır. Zamanın mevcut sistemi ve geleneksel sorumluluk hukuku kuralları bir müzakerenin taraflarını birbirlerine verebilecekleri zararlara karşı korumadığı için Jhering, hakkaniyetten yararlanma yoluna gitmiştir<sup>88</sup>. Taraf olduğu bir sözleşmede

<sup>84</sup> **Kuonen**, sf. 99. Sözleşme öncesi sorumluluğa ne sözleşmesel ne de sözleşme dışı bir nitelik atfeden **Pothier**, bu sorumluluğu sözleşme benzeri (quasi-contractuelle) olarak adlandırmaktadır: *Traité des Obligations* I, n. 114 (104) (**Kuonen**, sf. 101’den naklen.).

<sup>85</sup> **Kuonen**, sf. 137.

<sup>86</sup> **Kuonen**, sf. 138; Damla **Gürpınar**, *Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukukî Sorumluluk*, İzmir 2006, sf. 141; Mehmet Serkan **Ergüne**, *Olumsuz Zarar*, İstanbul 2008, sf. 78.

<sup>87</sup> Çalışmamızın bu aşamasında *culpa in contrahendo* teorisi sadece müzakere sürecinde tarafların birbirleriyle olan ilişkileri açısından ele alınacak, sorumluluğun unsurlarına ileride değinilecektir. Bkz. §5, II.

<sup>88</sup> Bu teoriye göre adalet duygusunun gerektirdiği bazı durumlarda bir zararın tazmini için kusur şartından bile uzaklaşılabileceği yönünde bkz. **Kuonen**, sf. 141. Gerçekten de örneğin, gaipiler arasında kurulmak istenen bir sözleşme için icapta bulunan kişinin, kabul beyanından önce ölmesi halinde, durumdan haberi olmayan ve icabı kabul eden kişinin uğradığı zararın giderilmesini hakkaniyet duygusuyla sağlamak isteyen **Jhering**, böyle bir halde ölenin kusurundan bahsedilemeyeceği için teorisinin sınırlarını zorladığını kabul etmekte, ancak adalet duygusunun

esaslı bir hata yapan kişinin, bu hatasından dolayı karşı tarafın uğradığı zararı tazmin etmesinin gerekip gerekmediği sorusuna mevcut sistem içerisinde tatmin edici bir cevap bulamayan Jhering<sup>89</sup>, geliştirdiği teoriyle sözleşmenin geçersizliği nedeniyle zarara uğrayan tarafa bir tazminat elde etme imkânı sağlamıştır.

Güvenin korunması, sözleşme öncesi sorumluluğun temel amacını oluşturmaktadır. Buna göre, kişiler arasında bir güven ilişkisi oluştuğunda bunu korumak ve keyfi bir şekilde bozulmasını önlemek gerekmektedir. Haklı bir güven uyanmasına sebep olan kişi, karşısındakini hayal kırıklığına uğrattırsa bir yaptırımla karşılaşmalıdır; bu, aynı zamanda adalet duygusunun da bir gereğidir. Bu nedenle de, geçerli bir sözleşmenin kurulduğuna haklı olarak inanan kişi, *culpa in contrahendo* kuramı ile korunmaktadır. Buradaki koruma ile sözleşme kurulmuş sayılmamakta; fakat gerçek durum ile yaratılan görüntünün birbiriyle örtüşmemesinden kaynaklanan, başka bir deyişle, uyandırılan güvenin boşa çıkmasından doğan zararın giderilmesi sağlanmaktadır<sup>90</sup>.

Jhering'in bu şekilde ele aldığı sözleşme öncesi sorumluluğun gerçekleşmesi için, görünürde de olsa kurulmuş bir sözleşmenin mevcudiyeti gereklidir<sup>91</sup>. Böylece sözleşmenin kurulduğu; ancak, bir tarafın ehliyetsizliği, konusunun imkânsızlığı ya da taraflardan birinin iradesinin fesada uğramış olması sebeplerinden biri nedeniyle hükümsüz<sup>92</sup> olduğu durumlarda, güveni boşa çıkan ve sözleşmenin geçerli şekilde kurulmuş olduğuna inanan taraf korunacak ve bu nedenle uğradığı zarar tazmin edilebilecektir<sup>93</sup>.

Sözleşme kurulmadan önceki dönemde tarafların uğrayabilecekleri zarar, genellikle, malvarlığına veya şahıs varlığına yönelik bir saldırı sonucunda

---

ağır bastığını belirtmektedir. Bununla birlikte kusur şartını tam olarak da göz ardı etmemekte; icapta bulunan kişinin sözleşmeyi yapmayı düşündüğü kişiyle yüz yüze görüşme zahmetine girmemiş olmasının sonuçlarına bu şekilde katlanması gerektiğini açıklamaktadır. Bu haliyle kusur, icapta bulunanın en emin yol olan karşı tarafla yüz yüze görüşmek yerine daha az emin ve riskli başka bir yolu tercih etmiş olması şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bkz. **Jhering**, sf. 83. Bu durumda esas itibarıyla yaratılan riskten kaynaklanan bir sorumluluk olduğu yönünde bkz. **Kuonen**, sf. 152.

<sup>89</sup> **Jhering**, sf. 4.

<sup>90</sup> **Kuonen**, sf. 141.

<sup>91</sup> **Jhering**, sf. 10-11; **Kuonen**, sf. 142; **Ulusan**, sf. 295. Teori, bu haliyle günümüzdeki uygulanışından önemli ölçüde farklar arz etmektedir. Bkz. ileride sf. 34, ayrıca § 4.

<sup>92</sup> Sözleşmenin hükümsüzlüğü ifadesi, burada hukukî işlemin etkisizleştiği her türlü hâli karşılayacak şekilde geniş anlamıyla kullanılmıştır. Bu hususta bkz. Kemal **Oğuzman**/ Nami **Barlas**, Medeni Hukuk, Giriş – Kaynaklar – Temel Kavramlar, 15. Bası, İstanbul 2008, sf. 187.

<sup>93</sup> **Jhering**, sf. 51 vd.

oluşmadığı için, saf ekonomik zarardır ve bu tip bir zarar *actio legis Aquiliae* ile giderilmemektedir<sup>94</sup>. Aynı şekilde, karşı tarafı aldatma amacı olmayan hallerde *actio de dolo*<sup>95</sup> uygulanması da mümkün olmamaktadır<sup>96</sup>. Jhering, Roma Hukuku'nda *Modestinus*<sup>97</sup> tarafından geçerli bir sözleşme mevcut olmadığı halde, alıcıya sözleşmeye dayanan bir dava (*actio empti*) hakkı tanınmasından yola çıkarak, burada bir sözleşmesel sorumluluk bulunduğu sonucuna varmaktadır.

Buna göre, “*actio*” terimi sadece usulü ifade eden bir kelime olmaktan ötede bir anlam içermeli ve belli bir konuda dava hakkı tanınmış olmasının mutlaka maddî hukuk anlamında da bir temeli olmalıdır<sup>98</sup>. Bu kelimeyle ifade edilmek istenen, aslında hukukî ilişkinin niteliğidir. Şu halde, sözleşmeye dayalı bir dava hakkı (*actio empti*) tanınmış olması olgusundan yola çıkarak taraflar arasında bir sözleşmesel ilişki bulunduğu ve tazminat talebinin sözleşmesel bir borca dayandığı sonucuna

<sup>94</sup> *Actio legis Aquiliae* ile tazmin edilebilecek zararın gözle görülür, maddî nitelikli, mal veya şahıs varlığına yönelik bir zarar olması gerektiği yönünde bkz. **Jhering**, sf. 23.

Roma Hukuku'nda *actio legis Aquiliae*, *Lex Aquilia* kanununun düzenlediği haksız fiillerin işlenmesi halinde açılabilen bir ceza davasıdır. Bu davanın açılabilmesi için ortada hukuka aykırı olarak verilmiş bir zarar bulunmalıdır; ancak *Lex Aquilia* düzenlemesine göre bu zarar bir kölenin ya da hayvanın yaralanması veya öldürülmesi ya da kişinin mallarının hasara uğraması şeklinde olabilir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Rado**, sf. 192-197; **Kaneti**, sf. 38.

Saf ekonomik zararda ise, tabii olarak malvarlığında meydana gelen bir eksilme olmakla birlikte, ortada belirli ve somut bir malvarlığı değerini hedef alan bir saldırı yoktur. Ortaya çıkan zarar fiziksel değil sadece rakamsal bir zarardır. Bu nedenle, saf ekonomik zarar bazı yazarlar tarafından şahsa verilen zarar ve şeye verilen zarar dışında diğer zararlar adı altında ele alınmaktadır. Bu yazarlara örnek olarak bkz. **Eren**, sf. 480. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Ergüne**, sf. 34; **Tuba Akçura Karaman**, Üreticinin Ayıplı Ürününün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, İstanbul 2008, sf. 224 vd.; **Çiğdem Kırcı**, Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004, sf. 9 vd. Müzakerelerin akamete uğraması halinde tazmin edilecek zararın saf ekonomik zarar olduğu yönünde bkz. ileride § 4, II, B, 1.

<sup>95</sup> *Actio de dolo* ya da *actio doli* aynı anlama gelmektedir, bkz. **Rado**, sf. 199. Biz bu kavramları atf yaptığımız eserlerde yazarların kullanmış olduğu şekliyle muhafaza ediyoruz.

<sup>96</sup> **Jhering**, sf. 23. Yazara göre, sözleşme müzakeresi sırasında meydana gelen zararların tazmini sözleşme dışı alana sıkıştırılırsa, bu davaların uygulanabilmesi için *actio de dolo*'dan *dolus*, *actio legis Aquiliae*'den de özel zarar kavramlarının çıkartılması gerekir ki bu da bir hukuk anomalisi yaratır.

<sup>97</sup> D. 18, 1, 62, 1. Ayrıca bkz. yukarıda dpn. 53 ve buna bağlı metin.

<sup>98</sup> **Jhering**, sf. 27. Bununla birlikte, Roma Hukuku düşünce tarzına göre, bir dava hakkı tanınmış olmasının ardında esas olarak belli bir fiilî duruma hukukî koruma sağlama eğilimi vardır ve bu durum, önceden mevcut olan bir maddî hukuk olayını genel olarak ele alma amacı taşımamaktadır. Başka bir deyişle bir dava hakkının kabul edilmiş olması buna yol açan fiilî durumun hukukî açıdan da kesin bir şekilde nitelendirilmiş olması anlamına gelmemektedir. Bkz. bu yönde **Kuonen**, sf. 145 ve dpn. 409. Oysa **Jhering** yaptığı yorumla taraflar arasında zaten bir sözleşmesel ilişkinin bulunması dolayısıyla sözleşmeye dayalı bir dava hakkı verildiği sonucuna varmaktadır. Yazarın kendisi de, özellikle sözleşmenin geçersizliği ile ilgili düşünce tarzının eski Roma hukuku açısından fazla incelikli ve yapay olabileceğini kabul etmektedir. Bkz. **Jhering**, sf. 28.



varılması mümkün olacaktır<sup>99</sup>. Görüldüğü üzere, Jhering'in teorisinde en önemli husus, sözleşme öncesi dönemde tarafların arasında varolan ilişkiyi münferit olayların özelliklerinden soyutlamak suretiyle, bu ilişkiye sözleşmesel bir nitelik atfetmiş olmasıdır.

Buna göre, kurulmaya çalışılan sözleşmenin geçersiz olması da varılan bu sonucu engellemeyecektir; çünkü yazar, sözleşmenin geçersizliğinin de sınırlı bir anlamda ele alınması gerektiğini ve sözleşmenin tüm hükümlerine değil, sadece belli bazı hükümlerine etki edeceğini kabul etmektedir<sup>100</sup>. Bunun aksinin kabulü durumunda, yani sözleşmenin mutlak bir şekilde geçersiz sayılması ihtimalinde, sözleşmeye dayalı bir dava hakkı tanınması anlamsız hale gelmektedir. Böyle bir davanın tanınması ise sözleşmenin -geçersiz olsa da-, bazı hükümler doğurabildiğini kanıtlamaktadır. Sözleşmenin nihaî amacı ifanın gerçekleştirilmesidir ve bir sözleşmenin geçerli ya da geçersiz olarak nitelendirilmesi de bu amaca ulaşılabilmesiyle ilgilidir. Bu nihaî amaca ulaşulamayan hallerde dahi sözleşmenin, verilen şeyin iadesi, pey akçesi, tazminat gibi ifa amacına yönelik olmayan başka türlü borçların doğumuna yol açması mümkündür<sup>101</sup>.

Buna göre, burada ele alındığı şekliyle, geçersizlik halinde sadece sözleşmenin ifasına yönelik olan edimler sona ermekte ve böylece tazminat borcu geçerli bir şekilde talep edilebilmektedir. Geçersizlik nedeniyle açılan dava da (*actio empti*) sözleşmenin ifasına yönelik olmayan bir tazminat davası niteliğindedir<sup>102</sup>.

Bu dava ile korunmak istenen ise alıcının iyiniyetidir<sup>103</sup>; başka bir deyişle, satıcının beyanına iyiniyetle güvenmiş olan alıcının bu güveninin korunmasıdır. Davalının tazminat yükümlülüğünün temel koşulu ise kusurdur (*culpa*). Burada bir

<sup>99</sup> **Jhering**, sf. 27. Karşı görüşte bkz. Heinrich **Dernburg**, Pandekten, Vol. II, Obligationenrecht, 7e éd., Berlin 1903 (**Kuonen**, sf. 148'den naklen. Orijinal atıfta sayfa numarası belirtilmemiştir.). Yazara göre tarafları bağlayan geçerli bir sözleşme olmadan *culpa in contrahendo* teorisi ancak sözleşme dışı bir niteliği haiz olabilir.

<sup>100</sup> **Jhering**, sf. 27.

<sup>101</sup> **Jhering**, sf. 28. Yazar burada ticarî olmayan bir malın (*res extra commercium*) bu özelliğinin sadece bu mala yönelik ifa imkanını ortadan kaldırdığını, tarafların diğer tüm hususlarda bir uzlaşma içinde olduktan sonra bu sözleşmeden başka borçların da doğabileceğini ve bu borçların ifasının mümkün olduğunu belirtmektedir.

<sup>102</sup> **Jhering**, bu durumu bozucu şartın gerçekleşmesi halinde sözleşmenin hükümsüz kalması fakat buna bağlı talî hükümlerin geçerli olarak devam etmesi durumuna benzetmektedir. Yazar, aynı zamanda sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulup sonradan fesih ile sona erdirilmesi halinde asli amacın elde edilememesi durumunun da bu bağlamda değerlendirilmesini sorgulamaktadır. Bkz. **Jhering**, sf. 28 dpn. 28.

<sup>103</sup> **Jhering**, sf. 32. Buradan da anlaşılabilirliği gibi, sözleşme öncesi sorumluluğun gerçekleşmesi için aranacak diğer bir unsur da alıcının sözleşmeyle ilgili gerçeği bilmemesi olacaktır.

sözleşme kurmaya yönelik çabalar söz konusu olduğuna göre, kusurun da bu sözleşmenin kurulmasına giden yolda ve bu bağlamda ortaya çıkması aranacaktır. Dolayısıyla burada kısıtlı bir alandaki kusurdan bahsedilmektedir: *culpa in contrahendo*<sup>104</sup>.

Satıcının kusuru, kurmaması gereken bir sözleşmeyi akdetmiş olmasındadır. Bu noktada, satıcıya kusur izafe edilmesinin sebebi, sattığı malın niteliğine yönelik bir olumsuzluğu bilmemesi değildir. Tam tersine satıcı, malın niteliğinin satıma uygun olmadığını bilmesede dahi, bunu bilmesi gerektiği için kusurlu olarak kabul edilmektedir. Satışa yönelik mevcut bir engeli bilmediği için alıcının zarara uğramış olması, satıcının bu zararı tazmin etmesi için yeterlidir. Satıcının mevcut bir engeli tüm iyiniyetine karşın bilemeyecek durumda olması halinde bile, bu bilgisizliğin neticesine katlanması gereken taraf alıcı olmamalı<sup>105</sup>; bu halde dahi satıcının sorumlu tutulması hakkaniyete de uygun bir çözüm olarak benimsenmelidir<sup>106</sup>.

Görüldüğü gibi, davalının bilgisizliği mutlak ve tamamen olayın özelliklerinden arındırılmış bir şekilde ele alınarak bir kusur olarak değerlendirilmektedir. Alıcı (davacı) için, uğramış olduğu zararın satıcının bilgisizliğinden mi yoksa kötü niyetinden mi kaynaklanmış olduğu bir önem arz etmeyecektir<sup>107</sup>. Satıcının bilgisizliği tamamen hoş görülebilir bir nitelikte olmasına rağmen böyle bir satışı gerçekleştirmiş olma eylemi kendi başına *culpa* teşkil etmektedir<sup>108</sup>.

Bu şekilde bir kusurun kabulü ile sözleşme öncesi sorumluluğun genelleştirilmesi imkânı da doğmuş olmakta ve böylece Roma Hukuku metinlerinde

<sup>104</sup> **Jhering**, sf. 8.

<sup>105</sup> Bir söz veren kimsenin bunda yanılıya düşme hakkı olmadığını ileri süren **Jhering**, yanılma halinde bunun sonucuna, söz veren kişinin kendisinin katlanması gerektiğini söylemektedir, sf. 37. Benzer şekilde temerrüt halinde de işi zamanında teslim etmemek değil, işinden emin olmadan bu sözü vermiş ve sözleşmeyi yapmış olmak noktasında *culpa* olduğu görüşündedir. Bkz. **Jhering**, sf. 36.

<sup>106</sup> **Jhering**, sf. 32.

<sup>107</sup> **Jhering** burada Ulpianus'un bir metnine dayanmaktadır: L. 1 § 2 de aed. ed. (21-1), bkz. **Jhering**, sf. 33.

<sup>108</sup> Satıcı tarafından satılan maldaki bazı niteliklerin açıkça taahhüt edilmiş olması ile olmaması arasında bir fark gözetilmemektedir. Buna göre satım sözleşmesinin akdedilmiş olması satıcı tarafından maldaki belli özelliklerin zımni olarak taahhüt edildiğini göstermektedir. Bkz. **Jhering**, sf. 33.

ele alınan haller<sup>109</sup> ile sınırlı kalmadan *culpa*'nın mevcut olduğu diğer tüm hallerde de aynı sonuca ulaşabilmek mümkün hale gelmektedir<sup>110</sup>.

Taraflar arasında sözleşme kurulmadan önce de sözleşmesel nitelikte bir ilişki olduğunu ileri süren Jhering, tarafların bu dönemde birbirlerine karşı sözleşmesel nitelikte bir özen borcu (*diligentia in contrahendo*<sup>111</sup>) altında olduklarını dile getirerek, bir sözleşmeyi kurmak amacıyla müzakere eden tarafların arasındaki ilişkiyi, toplumdaki diğer kişiler arasındaki ilişkilerden daha yakın ve özel bir ilişki<sup>112</sup> olarak nitelendirmekte ve bu açıdan da tarafların birbirlerine karşı sahip oldukları yükümlülüklerin sözleşmesel niteliğini doğrulamaktadır. Buna göre, bu dönemde taraflar arasında yapma borcu olarak adlandırılabilir borçlar mevcuttur ve bu tip borçlar sözleşmesel bir nitelik taşırlar. Oysa, haksız fiil sorumluluğu ya da sözleşme dışı sorumluluğun konusu olumsuz tipteki kaçınma borçlarıdır<sup>113</sup>. Bir

<sup>109</sup> Bunlar mevcut olmayan bir terekenin (*hereditas non existens*) satılması ile ticarî olmayan bir malın (*res extra commercium*) satılması halleridir.

<sup>110</sup> **Jhering**, sf. 38. Yazara göre, *culpa* olmadan kaynak metinlerde ele alınmış olan iki hali, bir tazminat davası ihtiyacı hissedilen diğer sayısız hallere bağlayacak bir köprü kurulamayacaktır.

Sorumluluğun *culpa* esasına dayanmasına karşı çıkararak burada *dolus* (kast) aranması gerektiğini savunan yazarların başında **Mommsen** gelmektedir. Kaynak metinlerde açık bir şekilde *culpa* ya da *dolus* aranmıyor olmasının genel kuralların uygulanması gerektiği manasında yorumlayan **Mommsen**, buradan yola çıkarak sorumluluğun niteliğini de sözleşme dışı olarak kabul etmektedir: Friedrich **Mommsen**, Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse, Braunschweig 1853, réimpr. Aalen 1997, sf. 123 (**Kuonen**, sf. 149'dan naklen.). **von Savigny** de geçerli bir sözleşmenin yokluğunda, kusurun değil ancak *dolus in contrahendo*'nun sorumluluğun temelini oluşturabileceğini ifade etmiştir: Friedrich Carl **von Savigny**, System des heutigen Römischen Rechts, 8 vol., Berlin 1840-1851, sf. 294 vd. (**Kuonen**, sf. 149'dan naklen.).

**Windscheid** ise önceleri imkansızlık halinde sorumluluğun doğması için hilenin varlığı gerektiğini savunurken, sonra görüşünü değiştirmiştir. Buna göre, burada ele alınan hallerde mutlaka hile unsurunun aranmasının keyfi olduğu ve sorumluluğu kusura dayandırmanın da çok ikna edici bulunmadığı kanısındadır. Buna göre, satıcının iradesinin sorumluluk hususunda bir önemi yoktur, o kanun gereği sorumlu tutulacaktır. Böylece bir tarafın sözleşmenin kurulduğuna dair oluşan güvenini tam olarak koruma amacını güden bir kusursuz sorumluluk hali kabul edilmiş olmaktadır: Bernhard **Windscheid**, Lehrbuch des Pandektenrechts, T. I, 9<sup>e</sup> éd. Par Th. Kipp, 2<sup>e</sup> réimp. Aalen 1984 (éd. Francfort-sur-le-Main 1906) (**Kuonen**, sf. 149'dan naklen.).

<sup>111</sup> **Jhering**, sf. 40.

<sup>112</sup> **Grotius**'un aynı yöndeki görüşü için bkz. yukarıda dpn. 63 ve ona bağlı metin. Bununla beraber, tarafların henüz müzakere aşamasındayken birbirlerine karşı sadece ortak bir zemin arayan üçüncü kişi konumunda oldukları yönünde bir görüş de mevcuttur. Bkz. André **Cohérier**, Des Obligations naissant des Pourparlers préalables à la Formation des Contrats, Paris 1939, sf. 53. Yazar sözleşmenin geçersizliği halindeki durumun ise böyle olmadığını, tarafların bu durumda birbirlerine karşı üçüncü kişi konumunda bulunmadıklarını, geçersiz de olsa bir sözleşmenin tarafı olduklarını, fakat buna rağmen konuyu inceleyen yazarların bu iki hâl arasında bir ayırım yapmadan aynı sorumluluk esaslarını uyguladıklarını belirtmektedir.

<sup>113</sup> **Grotius** de taraflar arasında bu şekilde aktif borçlar olduğunu söylemekte, fakat yine de bundan kaynaklanan sorumluluğu sözleşme dışı olarak nitelendirmektedir: Bkz. yukarıda dpn. 41 ve ona bağlı metin. Taraflar arasındaki borçların bu şekilde sınıflandırılmasının yanlış olduğu ve sorumluluğun temelinde hiçbir zaman tek başına bir kaçınma borcunun yer almadığı yönündeki eleştiriler için bkz. Friedrich **Mommsen**, Über die Haftung der Contrahenten bei der

sözleşme ilişkisinin birincil ve en genel nitelikte doğurduğu yükümlülük pozitif özen (*positiven diligentia*) yükümlülüğüdür; öyle ki, bir sözleşme ilişkisine başlayan taraflar bu andan itibaren genel olarak bir *diligentia* borcu altındadır ve sözleşme ilişkisine yönelik adımlar atıldığı andan itibaren gerekli özeni göstermekle yükümlüdür. Bu özen sadece hali hazırda kurulmuş bulunan sözleşme ilişkileri için değil, kurulmakta olan ilişkiler için de geçerlidir ve *culpa* kuralları bunlara da uygulanır<sup>114</sup>. Sözleşmeye giden ilk adım olan icap beyanından itibaren *diligentia in contrahendo* yükümlülüğü ortaya çıkar<sup>115</sup>.

Jhering'in bu şekilde ortaya koyduğu *culpa in contrahendo* teorisi Roma Hukuku'ndaki metinlerden yola çıkarak<sup>116</sup> sözleşme kurulmadan önceki dönemde de genel ve soyut bir sorumluluk kavramının varlığından bahsetmiş olması ve özellikle de bu sorumluluğu sözleşme temeline oturtmuş olması açısından 19. yüzyılın sonu ve 20. yüzyılın başlarında büyük yankılar uyandırmıştır.

Bu teoride dikkati çeken bir başka nokta ise uygulanması için mutlaka görünürde de olsa bir sözleşmenin kurulmuş olması halini aramasıdır. Başka bir deyişle bu teori ile ancak geçersiz bir sözleşme dolayısıyla uğranılan zararlar tazmin edilebilecektir. Oysa, günümüzün hukuk uygulamasında *culpa in contrahendo* yalnızca sözleşmenin geçersizliğine sebebiyet veren bir kusuru değil, sözleşme yapma yolunda ilerlerken bu yoldan sapılmasını gerektiren herhangi bir kusuru da

---

Abschliessung von Schuldverträgen, in: Erörterungen aus dem Obligationenrecht, Braunschweig 1859-1879, réimpr. Aalen 1997, sf. 8 vd (**Kuonen**, sf. 147 ve dpn. 415'den naklen.).

<sup>114</sup> **Jhering**, sf. 39.

<sup>115</sup> Bununla birlikte, icap kabul edilmedikçe bu yükümlülükten zarar verici bir netice ortaya çıkmayacaktır. Bu nedenle de kabul beyanından önce icap geri alınmış olursa karşı taraf bir zarara uğramış olsa dahi tazminat yükümlülüğü doğmayacaktır. Bir icaba muhatap olan kişi, bunu kabul etmek yerine hemen ifa faaliyetlerine girişmiş olursa icabın geri alınması halinde bundan dolayı uğrayacağı zarar tamamen kendi ihmal ve tedbirsizliğinden kaynaklanmış demektir. İcabın geri alınma ihtimalini düşünmeden hareket etmesi onun kendisinin *culpa* halinde olduğunu gösterir. Bkz. **Jhering**, sf. 40. Sorumluluk ancak geri alma beyanının kabul beyanından sonra ulaşması durumunda ortaya çıkacaktır; zaten kabul beyanında bulunulmadan önce görünürde dahi olsa bir sözleşme kurulmuş sayılmayacağından teorinin uygulama imkânı da olmayacaktır. Bkz. **Jhering**, sf. 78 vd.

**Cohérier**, sf. 71'de **Jhering**'in *diligentia in contrahendo* borcunun içeriğini belirtmiş olmadığını, ne gibi bir borcun ihlal edildiğini belirtmeden kusur bu borcun ihlâlidir demenin yeterli olmadığını söyleyerek bir eleştiri getirmektedir. Kanaatimizce borcun ne olduğu bellidir ancak sınırları çok geniştir. Taraflar ne olursa olsun vermiş oldukları sözü yerine getirmek mecburiyeti altında gibi görünmektedirler.

<sup>116</sup> Söz konusu metinlerle ilgili yaptığı yorumların bazı yerlerde zorlama olduğu ve esas itibarıyla bu metinlerde mevcut olmayan sonuçlara ulaştığı yönündeki eleştiriler için bkz. **Cohérier**, sf. 66 vd. Bu teorinin temeliyle ilgili eleştiriler için bkz. **Kuonen**, sf. 146, ayrıca sf. 325 vd.

ifade etmektedir<sup>117</sup>. Bir başka ifadeyle, sadece müzakerenin geçersiz bir sözleşmeyle sonuçlanması hali değil, geçerli bir şekilde kurulmuş sözleşmelerin mevcudiyeti ya da müzakerelere son verilmesi ve bu nedenle sözleşmenin hiç kurulamaması hali de *culpa in contrahendo* kapsamında değerlendirilmekte ve sorumluluğa sebebiyet vermektedir<sup>118</sup>.

## 2. Windscheid ve sözleşmesel risk teorisi<sup>119</sup>

Bir kimse bir sözleşme kurmak için harekete geçtiğinde, karşı tarafın veya üçüncü kişilerin bu sözleşmenin kurulmamasından dolayı uğrayabilecekleri zararları karşılamayı da üstlenmiş olur. Sözleşmenin hangi sebepten ötürü kurulamamış olduğu önem taşımaz; hatta bu sebep sorumlu kişinin bilgisi dahilinde bile olmayabilir. Bir başka ifade ile, bu sorumluluk başlı başına sözleşme girişiminin yapılmış olmasına bağlı olarak ortaya çıkacaktır; dolayısıyla, herhangi bir kusurun ispatına da gerek yoktur. Sözleşme faaliyeti zaten bazı kimseler için riskler taşıdığından, meydana gelen zarardan da bu hareketi başlatan kimsenin sorumlu olması gereklidir. Bu şekilde kurulan sistem esas itibariyle bir kusursuz sorumluluk tipi yaratmaktadır. Zararın ortaya çıkması halinde sözleşme kurma girişiminde

<sup>117</sup> Nitekim **Cohérier**, 20. yüzyılın ortalarına doğru yaptığı bir çalışmada bu açıdan eleştirilere yer vermiştir, sf. 53 – 54. Yazar esasen bu noktada Jhering'i değil daha sonra gelen yazarları sadece eskileri tekrar ettikleri ve müzakerelerin kesilmesi halini gereği gibi değerlendirmedikleri için eleştirmektedir.

<sup>118</sup> Bu yönde bkz. **Uluslan**, sf. 285; **Yılmaz**, sf. 236; **Gürpınar**, sf. 142; Ayfer **Kutlu Sungurbey**, Yetkisiz Temsil Özellikle *culpa in contrahendo* (sözleşmenin görüşülmesinde kusur) ve olumsuz zarar, İstanbul 1988, sf. 122; Cem **Baygın**, *Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması*, Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: IV Sayı: 1-2, Erzincan 2000, sf.: 346; Nihat **Yavuz**, “Culpa in contrahendo ya da Asli Edim Yükümünden Bağımsız Yasal Borç İlişkisi Kuramı (Nazariyesi) Açısından Tapulu Taşınmazın Harien Satışı Nedeniyle Alıcının Talep Hakları”, Yargıtay Dergisi Cilt: 28, Ocak – Nisan 2002, Sayı: 1 – 2, sf. 74.

Modern hukukta, sadece müzakerelere son verilmesi değil, müzakereler hiç başlamadan önce dahi taraflar arasında bir sosyal temasın gerçekleşmiş olması bile bir koruma yükümlülüğü oluşturmakta ve bu yükümlülüğe aykırı davranışlar da *culpa in contrahendo* kapsamında değerlendirilmektedir. Bu açıdan bir değerlendirilme ve edim yükünden bağımsız borç ilişkisi kavramıyla bağlantısı için bkz. Rona **Serozan**, “Culpa in Contrahendo”, “Akdin müsbet ihlali” ve “Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme” kurumlarının ortak temeli : Edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi”, MHAD, yeni seri Yıl : 1 no : 3, sf. : 108 – 129; **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 12 vd. Ayrıca bkz. ileride § 3, II, A, 1.

<sup>119</sup> Bernhard **Windscheid**, Wille und Willenserklärung “Archiv für die civilistische Praxis”, t. 63, N.F. XIII, 1880, p. 72 et suiv. (**Cohérier**, sf. 75 vd.’den naklen.).

**Windscheid**, bir süre sonra bu teoriyi terk ederek sorumluluğun hakkaniyet temeline dayalı kanuni (*ex lege*) bir borçtan kaynaklandığını kabul etmiştir. Bu yönde bkz. **Saleilles**, “De la responsabilité précontractuelle, à propos d’une étude nouvelle sur la matière”, RTDCiv., Tome VI, Année 1907, sf. 703; **Ergüne** sf. 85 dpn. 36’da anılan yazarlar.

bulunan kişi her türlü kusurdan bağımsız olacak şekilde sorumlu tutulacaktır<sup>120</sup>. Bununla birlikte zarara uğrayan kişinin bir kusuru ortaya çıkarsa sorumluluğun da hafifletilmesi gerekecektir.

Bu teori de yine satım sözleşmesini temel alarak ortaya konulmuştur. Buna göre, kurulmuş bir satım sözleşmesinin geçersizliği halinde satıcı her zaman alıcının zararını tazmin etmekle yükümlü olacaktır. Bununla birlikte, alıcıya ait bir kusurun varlığı halinde de satıcı sorumluluktan kurtulabilecektir. Bu teorinin taraftarları alıcının ufak bir ihmali ya da özen yükümlülüğünün ihlâli halini ispatlamak suretiyle satıcının sorumluluğun tamamından ya da büyük bir kısmından kurtulabileceğini ileri sürmektedirler.

Bu açıdan bakıldığında sözleşmelerin geçersizliği halindeki sorumlulukta bu teori ile Jhering'in teorisi arasında pek büyük bir fark görülmemektedir. Bu iki teori arasında asıl önemli fark kendisini kusurun ispatı konusunda göstermektedir.

Buna göre Jhering'in sisteminde kusurun ispatı zarar gören kişiye ait olmaktadır. *Diligentia in contrahendo* borcuna aykırı hareket edilmiş olduğunu zarar gören kimse ortaya koymalıdır. Sözleşmesel risk teorisinde ise, zararın ortaya konması karşı tarafın sorumlu tutulması için yeterli olduğundan, kusurun ispatına gerek olmadığı gibi ispatlanması gereken bir kusur dahi yoktur<sup>121</sup>. Buna mukabil, sorumluluktan kurtulmak için, davacının göstermesi gereken bir özen borcuna aykırı hareket ettiği ya da sözleşmenin geçersizliğine neden olan sebebin, örneğin konusunun imkânsızlığının, davacı tarafından bilinmekte olduğu gibi bir olgunun davalı tarafından ispat edilmesi gerekmektedir.

Bu açıdan bakıldığında sözleşmesel risk teorisinin bir kusursuz sorumluluk türü yarattığı görüşüne katılmamaktayız. Kanaatimizce burada kusurun ortadan kalkması değil, fakat ispat yükünün yer değiştirmesi söz konusudur. Bir başka şekilde ifade etmek gerekirse, bu teoride davalının kusurlu olduğu karine olarak kabul edilmiş durumdadır ve davalı sorumluluktan kurtulabilmek için bu karineyi çürütmek zorundadır. Bunu da ancak davacının kusurunu ya da kendi kusursuzluğunu ortaya koyarak gerçekleştirebilecektir. Hukukumuzda da benzer bir

<sup>120</sup> **Coh erier**, sf. 76. Burada sözleşmeyi yapan kimsenin, sözleşmenin geçerliliği hususunda karşı tarafın bilmediği ve bilmesi de gerekmeyen hükümsüzlüğün meydana getirdiği sonuçlardan sorumlu olmayı zımni bir garanti sözleşmesi çerçevesinde üstlenmiş olduğu yönünde bkz. **Kuonen**, sf. 150; **Ergüne**, sf. 85.

<sup>121</sup> **Coh erier**, sf. 77.

durumla BK md. 96 uygulamasında karşılaşılmaktadır. Gerçekten de bu madde hükmüne göre sözleşmeden kaynaklanan bir borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden kaynaklanan zararın tazmin edilmesi için zarara uğrayan alacaklının zararın varlığını kanıtlaması yeterlidir; ayrıca borçlunun kusurunu ispat etmesine gerek yoktur. Borca aykırı davranan borçlunun kusurlu olduğu karine olarak kabul edilmekte ve sorumluluktan kurtulmak için borçlunun borca aykırılık hususunda kendisine atfedilecek bir kusuru olmadığını ispatlaması gerekmektedir<sup>122</sup>. Bu maddede de kusursuz bir sorumluluğun öngörülmüş olduğunu savunan yazarlar<sup>123</sup> bulunmakla birlikte, çoğunlukla kabul edilen görüş<sup>124</sup> burada bir kusur sorumluluğunun düzenlenmiş olduğu, ancak ispat yükünün kusuru ispat yerine kusursuzluğun ispatı şeklinde ele alındığı yolundadır.

*Windscheid*'in bu teorisi fazla basit olduğu ve kusuru bertaraf ederek sorumluluğu ciddi bir zemine oturtmadığı için eleştirilere konu olmuştur<sup>125</sup>. Aynı zamanda serbest rekabete dayanan bir sistemde sözleşmesel risk teorisinin uygulama imkânı bulamayacağı; bu teorinin kabulü ile çoğu kimsenin başarısızlığa uğraması durumunda sorumlu tutulacağı için bir sözleşme girişiminde bulunmaktan kaçınacağı ve ticarî ilişkilere de bu şekilde ölümcül bir darbe indirilmiş olacağı da ileri sürülmüştür<sup>126</sup>. Ayrıca bu teoride tüm sorumluluk, sözleşme teklifini getiren, bu süreci başlatan kişi üzerinde görünmektedir. Halbuki müzakere aşaması sürekli değişikliklere açık bir süreçtir ve buna bağlı olarak tarafların üstlendikleri roller de değişikliğe uğrayabilir. Bir sözleşme kurulması için kendisine icapta bulunulan muhatap, bu icabı redderek kendisi yeni bir icapta bulunabilir. Bunun gibi, yine müzakerelerin kesintiye uğramasından dolayı zarar görebilecek tek kişi de her zaman

<sup>122</sup> Bu hususla ilgili olarak bkz. ileride § 5, II, A, 1.

<sup>123</sup> Bu yöndeki bir görüş için bkz. Rona **Serozan**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Cilt, İfa – İfa Engelleri – Haksız Zenginleşme, Gözden geçirilip genişletilmiş 4. Bası, İstanbul 2006, sf. 199. **Tunçomağ**, sf. 810'da bu yönde görüşler olduğunu belirtmiş ve eleştirmiştir.

<sup>124</sup> **Tunçomağ**, sf. 810; **Kılıçoğlu**, sf. 478; **Eren**, sf. 1017; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sf. 888; **Oğuzman/Öz**, sf. 356; Haluk **Tandoğan**, Türk Mes'uliyet Hukuku Akit Dışı ve Akdî Mes'uliyet, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 159, Ankara 1961, sf. 416.

<sup>125</sup> Bu eleştiriler için bkz. **Cohérier**, sf. 78.

<sup>126</sup> **Cohérier**, sf. 78. Yazar aynı zamanda bu teori ile Fransa'da 1930'dan itibaren içtihatların kabul etmiş olduğu üreticinin sorumluluğu arasında paralellik kurmakta ve bu sorumluluğun kabul edilmesine neden olan ekonomik sebeplere dayanarak sözleşmeler alanında bu teorinin yer almaması gerektiğini ileri sürmektedir.

muhatap olmayabilir. Nitekim muhatabın müzakerelere son vermesiyle icapta bulunan kişinin zarara uğraması da mümkündür<sup>127</sup>.

### 3. BGB düzenlemesi

#### a) 1 Ocak 1900 tarihli BGB düzenlemesi

1 Ocak 1900 tarihinde yürürlüğe giren Alman Medeni Kanunu da pandekt akımın etkisini taşımaktadır<sup>128</sup>. Buna rağmen, bu kanunda Jhering'in ortaya koyduğu *culpa in contrahendo* teorisini ve sözleşme öncesi dönemde tarafların sorumluluğunu düzenleyen, genel nitelikte bir hükme rastlanmamaktadır. Alman kanun koyucu, sözleşme öncesi dönemde tarafların sorumluluğunun hukukî niteliğini ve şartlarını genel olarak düzenlemek yerine, bazı hallerde (§ 122, 307, 309) sözleşmenin geçersizliği nedeniyle zarara uğrayan tarafa masraflarını tazmin edebilme imkânı tanıma yolunu tercih etmiş; sorumluluğun hukukî niteliği konusunu ise, hukuk bilimine bırakmıştır.

Pandekt akımın bu kanundaki bir diğer yansıması ise, sözleşme dışı sorumluluğun oldukça sınırlı bir şekilde düzenlenmiş olmasında kendisini göstermektedir<sup>129</sup>. Haksız fiil sorumluluğunun genel kuralı olan BGB § 823'e göre, sözleşme dışı sorumluluk, yalnızca bir kişinin şahıs veya malvarlığına yönelik saldırılar neticesinde ortaya çıkan zararların karşılanmasını amaçlamaktadır ve kural olarak, saf ekonomik zararların bu kapsamda değerlendirilmesi imkânı yoktur. Bu durumda, sözleşme öncesi dönemde ortaya çıkan saf ekonomik zararların sözleşme dışı sorumluluk kapsamında tazmin edilmesi yolu, bu düzenlemeyle, kapatılmış olmaktadır. Bir başka deyişle, BGB açısından, sözleşme öncesi sorumluluk, Fransız Hukuku'nun aksine, haksız fiil sorumluluğunun bir uygulaması görünümünde değildir; çünkü, Fransız Hukuku'nun aksine Alman Hukuku'nda haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen genel nitelikte bir hüküm bulunmamaktadır<sup>130</sup>. BGB §823/Abs. 1, ancak burada sınırlı olarak sayılmış bulunan bazı mutlak hakların

<sup>127</sup> **Coh erier**, sf. 94. Yazar aynı eleştiriyi bu dönemde ortaya çıkan ve müzakere aşamasında ortaya çıkan sorumluluğu taraflar arasındaki ilişkileri vekâlet, vekâletsiz iş görme ya da tek taraflı borç altına girme gibi kalıplara oturtmak isteyen tüm teorilerle ilgili olarak getirmektedir. Bu teorilerle ilgili olarak bkz. **Coh erier**, sf. 79 vd.

<sup>128</sup> Bu konuda bkz. Reinhard **Zimmermann**, "The German Civil Code and the Development of Private Law in Germany", (2006) Oxford University Comparative Law Forum 1 at oucl.iuscomp.org, dpn. 16'yı takip eden metin.

<sup>129</sup> Bu durumun Roma Hukuku ile bağlantısı için bkz. **Kuonen**, sf. 143 ve 171; ayrıca bkz. yukarıda dpn. 94 ve ona bağlı metin.

<sup>130</sup> Özellikle, kanunda düzenlenmiş bulunan haller için sorumluluğun niteliğinin haksız fiil olmadığı konusunda doktrinde fikir birliği bulunduğu belirtilmektedir. Bkz. **Kuonen**, sf. 179.



ihlâlini düzenlemekte; buna mukabil, mutlak haklara bir saldırı olmaksızın ortaya çıkan saf ekonomik zararların tazmini yalnızca §823/Abs. 2 hükmü gereğince başkasının menfaatlerini koruyan özel bir koruma normu veya § 826 hükmü gereğince ahlâka aykırı ve kasıtlı davranışların mevcudiyeti halinde kabul edilmektedir<sup>131</sup>. Buradan da anlaşılacağı gibi, kanunda özel olarak düzenlenen durumlardan birini teşkil etmeyen sözleşme müzakerelerinin akamete uğraması hali, keyfî bir şekilde dahi gerçekleşmiş olsa, kural olarak tazminatı gerektirmemektedir. Bununla birlikte, eğer karşı tarafı zarara uğratma amacı ile böyle bir tutum izlenmişse, her zaman BGB § 826 hükmü uygulanabilecektir. Bir başka deyişle, kanuna göre sadece bir *dolus in contrahendo* bulunduğu zaman, müzakere döneminde sözleşme dışı sorumluluğa ait hükümlerin uygulanması söz konusu olabilmektedir.

Bu dar kapsamdan sıyrılmak için Alman doktrini ve içtihatlarında, müzakereyi yürüten taraflar arasındaki ilişkinin, bir sözleşme ilişkisi olmasa bile, özellik arz eden bir hukukî ilişki olduğu, böylelikle, taraflar arasında sözleşme benzeri (*quasi contractus*) bir güven ilişkisi kurulduğu fikri benimsenmiştir<sup>132</sup>. Bu ilişki, taraflara nisbî bir özen ve koruma yükümlülükleri yükleyen bir borç ilişkisidir<sup>133</sup>. Buna göre, icapta bulunan kişi, örneğin kabul cevabı gelinceye kadar icap konusu edimin imkânsızlaşmasını engellemekle yükümlüdür. Bunun yanı sıra taraflar, özellikle bir bilgi verme yükümlülüğü altında olup; birbirlerini, sözleşmeyi kurma veya kurmama yönündeki kararlarına etki edebilecek hususlar üzerinde bilgilendirmek durumundadırlar. Bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamı ise, şartlara ve kurulması hedeflenen sözleşmenin özelliklerine göre değişiklik arz edecektir. Taraflar ayrıca,

<sup>131</sup> Winfried-Thomas **Schneider**, “La codification d’institutions prétorienne”, La Réforme du droit allemand des obligations, Colloque du 31 Mai 2002 et nouveaux aspects, Paris 2004, sf. 40.

<sup>132</sup> Bu yönde bkz. **Schneider**, sf 40; Peer **Zumbansen**, “The Law of Contracts”, Introduction to German Law, edited by Mathias Reimann & Joachim Zekoll, München 2005, sf. 196. Bu görüşü benimseyen **von Tuhr**, bir icap gönderilinceye kadar, tarafların müzakerelere serbestçe son vermeleri mümkün olduğundan, bu serbesti mevcut bulunduğu müddetçe, taraflar arasında onları bağlayan bir hukukî ilişki kurulmuş olmayacağını belirtmektedir. Bkz. Andreas **von Tuhr**, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band II/1: Die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft, München und Leipzig 1914, sf. 486 vd. (**Kuonen**, sf. 180 vd.’den naklen.).

<sup>133</sup> **Schneider**, sf. 40. **von Tuhr**, bu borca aykırılığı “nisbî hukuka aykırılık (*relatives Unrecht*)” olarak nitelendirmektedir. Bkz. Andreas **von Tuhr**, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band II/2: Die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft, München und Leipzig 1918, sf. 463 vd. (**Kuonen**, sf. 181’den naklen.).

Bu kavramın Türk Hukuku’ndaki yansıması için bkz. **Ulusan**, sf. 282; **Serozan**, sf. 110, dpn. 5a; **Kaneti**, sf. 1, dpn. 2 ve ayrıca ileride dpn. 559 ve ona bağlı metin.

koruma yükümlülüğü gereğince, karşılıklı olarak, birbirlerinin can ve mal güvenliğini de sağlamak ve zarar görmesini engellemek yükümlülüğü altındadırlar.

Mahkeme içtihatlarında da, müzakere eden taraflar arasındaki ilişkiye sözleşmesel sorumluluk hükümlerinin uygulanması yönünde bir eğilim gözlenmektedir. Burada Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin meşhur “*Linoleumrollenfall*” kararı<sup>134</sup> örnek olarak anılmak gerekir. Bu kararda, mağazada çalışan tezgâhtarın iki top muşambayı müşteri ve çocuğunun üzerine düşürerek yaralanmasına neden olması karşısında, mahkeme müşterinin sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre tazminat talep etmesine olanak tanımıştır. Bu karar, müzakere döneminde taraflar arasında, karşı tarafın can ve mal güvenliğinin sağlanması için gerekli özenin gösterilmesi hususunda bir yükümlülük yaratan, sözleşme benzeri bir hukukî ilişkinin mevcudiyetini ortaya koyması açısından önem taşımaktadır. Bu kararın yanı sıra, hem İmparatorluk Mahkemesi'nin hem Federal Mahkeme'nin kararlarında özellikle, müzakereler esnasında uğranılan cismanî zarar<sup>135</sup>, sözleşmenin kusurla geçersiz olarak kurulması<sup>136</sup>, müzakerelerin zamansız şekilde akamete uğraması gibi hallerde sözleşmesel sorumluluk hükümlerini uyguladığı görülmektedir.

Özellikle müzakerelerin zamansız şekilde akamete uğraması haliyle ilgili içtihatlar ilginç bir gelişim izlemiştir. Yukarıda belirtildiği gibi, kanunun dar düzenlemesinden yola çıkan Alman İmparatorluk Mahkemesi, sözleşme müzakerelerinin tamamlanamaması durumunda *culpa in contrahendo* sorumluluğunu kabul etmeye önceleri istekli gözükme de, doktrinin bilinçlenmesi ve ekonomik ilişkilerin giderek daha girift bir hal almasıyla birlikte, içtihadını değiştirmiş ve müzakerelerin akamete uğraması durumunda da karşı tarafın haklı beklentisinden dolayı uğradığı zararın tazmin edilmesine imkân tanımıştır<sup>137</sup>. Gerçekten de Mahkeme, 1909 yılında vermiş olduğu bir kararda<sup>138</sup> bu durumu açıkça dile getirmiş

<sup>134</sup> RGZ 78, 239. Karar metninin çevirisi için bkz. **Kutlu Sungurbey**, sf. 103 – 105.

<sup>135</sup> BGH, 28.01.1976, BGHZ 66, 51 (“*Gemüseblatt*” kararı). Bu kararın ingilizce tercümesi için bkz. Raymond **Youngs**, Sourcebook on German Law, 2nd edition, London-Sydney-Portland-Oregon, 2002, sf. 377 – 391.

<sup>136</sup> RG, 05.04.1922, RGZ 104, 267. Bu kararın, The University of Texas School of Law <http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work> adresinde Prof. Basil Markesinis tarafından yapılan ingilizce tercümesinden yararlanılmıştır.

<sup>137</sup> Thomas Robert **Ehrecke**, Die Haftung wegen Abbruchs der Vertragsverhandlungen im Grenzüberschreitenden Rechtsverkehr – auf der Grundlage des deutschen, französischen, englischen und UN Kaufrechts -, diss., Saarbrücken 2007, sf. 6 vd.

<sup>138</sup> RG, 29.11.1909, LZ 1910, Sp. 80 N.2 (bu kararla ilgili olarak bkz. **Ehrecke**, sf. 7.).

ve davalının hileli bir davranışı bulunmadığı için, sözleşmenin kurulmamasından dolayı uğranan saf ekonomik zararın tazminine yer olmadığına hükmetmiş; ancak daha sonra bu içtihadını değiştirmiş<sup>139</sup> ve “*Bir tarafın bir diğer taraf nezdinde bir sözleşmesel ilişkinin kurulacağı veya mevcut bir sözleşmesel ilişkinin sürdürüleceği yönünde güven uyandırması ve onu bu doğrultuda masraf yapmaya yöneltmesi halinde sözleşme müzakerelerinde kusurdan söz edilir.*” demek suretiyle müzakerelerin kesilmesi halinde tazminat yükümlülüğünün doğması için gereken kusuru da tanımlamıştır<sup>140</sup>.

Aynı şekilde Alman Federal Mahkemesi de daha yeni tarihli bir kararında<sup>141</sup> “*Sözleşme müzakerelerinde kusurlu davranıştan kaynaklanan sorumluluğun temeli beklentilerin hüsrana uğramasıdır. Eğer bir taraf, diğerinde bir sözleşmenin kurulacağı yönünde haklı bir beklenti uyandırmış ya da bu beklentiye devam ettirmişse, geçerli bir neden olmaksızın müzakerelerin kesilmesi halinde zararı tazminle yükümlü tutulabilir.*” demek suretiyle paralel bir tutum izlemektedir.

#### **b) Modernleştirme çalışmalarından sonra BGB düzenlemesi**

26 Kasım 2001 tarihinde kabul edilen ve 1 Ocak 2002’de yürürlüğe giren Alman Borçlar Hukukunun Modernleştirilmesi Hakkında Kanun ile BGB’nin borçlar hukukunu düzenleyen kısmında, reform niteliğinde önemli değişiklikler gerçekleştirilmiştir.

Bu reform esnasında, doktrin ve içtihat yoluyla kabul edilmiş olan birçok müessesenin kanun içinde düzenlendiği tespit olunmaktadır<sup>142</sup>; *culpa in contrahendo* da bunlardan biridir. Yukarıda da görüldüğü gibi, kanunda bu tarihe kadar sözleşme öncesi dönemle ilgili genel bir düzenleme mevcut bulunmamakta; ancak doktrin ve içtihatlar, tarafların müzakere döneminde birtakım yükümlülüklerle sahip olduklarını kabul etmektedir. Getirilen değişiklikte, § 241/Abs. 2 ve § 311/Abs. 2 aracılığıyla

<sup>139</sup> RG, 19.10.1921, RGZ 103, 47; RG, 24.02.1931, RGZ 132, 26; RG, 19.01.1934, RGZ 143, 219; RG, 29.10.1938, RGZ 159, 33.

<sup>140</sup> RG, 29.10.1938, RGZ 159, 33.

<sup>141</sup> BGH, 12.06.1975, NJW 1975, 1774. Bu kararın, The University of Texas School of Law <http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work> adresinde Prof. Basil Markesinis tarafından yapılan İngilizce tercümesinden yararlanılmıştır.

<sup>142</sup> **Schneider**, sf. 41; **Zumbansen**, sf. 185; Claude **Witz**, “Pourquoi la Réforme?”, La Réforme du droit allemand des obligations, Colloque du 31 Mai 2002 et nouveaux aspects, Paris 2004, sf. 15. Bunun yanı sıra, bu reform kapsamında Alman borçlar hukukunda pandekt akım geleneğinin terk edildiği ve sözleşmeler hukuku alanında Roma Hukuku’ndan uzaklaşarak, son yıllardaki uluslararası gelişmelere paralel bir çizgi yakalandığı hususunda bkz. Filippo **Ranieri**, “La nouvelle partie générale du droit des obligations”, La Réforme du droit allemand des obligations, Colloque du 31 Mai 2002 et nouveaux aspects, Paris 2004, sf. 21.

borç ilişkisi kavramı genişletilerek, bu ilişkinin sadece aslî edimler içermediği, koruma ve davranış yükümlülüklerinden ibaret bir borç ilişkisinin de var olabileceği düzenlenmektedir. Böylece, sözleşme öncesindeki müzakerelerin de taraflar arasında bir borç ilişkisi oluşturduğu yönündeki görüş açık bir şekilde kanunun metninde ifadesini bulmuş olmaktadır<sup>143</sup>.

“*Borç ilişkisinden kaynaklanan yükümlülükler*” başlığını taşıyan BGB § 241<sup>144</sup> hükmünün ikinci fıkrası “*Borç ilişkisi, içeriğine göre, her iki tarafı, diğer tarafın haklarına, hukukî değerlerine ve menfaatlerine saygı göstermekle yükümlü kılabilir.*” dedikten sonra, § 311/Abs. 2 bu borç ilişkisinin nasıl oluştuğuna açıklık getirmektedir. Bu madde hükmü şöyledir<sup>145</sup>:

“§ 241/Abs. 2’deki yükümlülükler göre borç ilişkisi,

1. *Sözleşme görüşmelerine başlamakla,*

2. *Bir tarafın hukukî işlemsel bir ilişki nedeniyle diğer tarafın haklarını, hukukî değerlerini ve menfaatlerini etkileyebilecek bir durum yaratmasıyla veya bu duruma diğerinin güvenmesiyle oluşan bir sözleşme kurulması süreci ile,*

3. *Benzer işlemsel temaslarla da meydana gelir.*”

Görüldüğü gibi, maddenin birinci bendi kapsamında sözleşme müzakerelerine başlayan taraflar arasında bir borç ilişkisinin oluştuğu kabul edilmektedir. Bunun yanı sıra, ikinci bendde sözleşme hazırlıklarıyla ilgili alınması gereken tedbirler hedeflenmektedir. Bu konudaki klasik örnek, yukarıda anılan İmparatorluk

<sup>143</sup> Bunun yanı sıra, BGB § 311/Abs. 3 “§ 241/Abs. 2’ye göre yükümlülük getiren bir borç ilişkisi, sözleşmenin tarafı olmayan kişiler arasında da meydana gelebilir. Böyle bir borç ilişkisi, özellikle üçüncü kişinin özel bir ölçüde kendisi için güven sağladığı ve böylece sözleşme görüşmelerine veya sözleşmenin kurulmasına önemli ölçüde etki ettiği takdirde meydana gelir.” demek suretiyle sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişilerin de, sözleşmenin kurulmasına kendileri için özel bir güven yaratarak etki etmiş olmaları halinde, bu üçüncü kişiler ile onlara güvenen kişi arasında da bir borç ilişkisi kurulacağını kabul etmiş olmakta ve borç ilişkisinin sınırlarını genişletmektedir. Madde metninin tercümesi ve açıklamalar için bkz. **Ç. Kırca**, sf. 174 vd.

<sup>144</sup> § 241 *Pflichten aus dem Schuldverhältnis* “(2) *Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.*” Madde metninin tercümesi için bkz. **Ç. Kırca**, sf. 173.

<sup>145</sup> § 311 *Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse*

“(2) *Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 entsteht auch durch*

1. *die Aufnahme von Vertragsverhandlungen*

2. *die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder*

3. *änliche geschäftliche Kontakte.*” Madde metninin tercümesi için bkz. **Ç. Kırca**, sf. 174.

Mahkemesi kararına konu olan olaydaki gibi<sup>146</sup>, bir müşterinin alışveriş yapmak üzere girmiş olduğu mağazada bir salata yaprağına basarak düşmesidir. Bir başka deyişle, burada mağazada müşteriye bu tip bir zarardan korumak için alınması gereken tedbirler, borç ilişkisinden kaynaklanan yükümlülükler olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>147</sup>. Ancak, bunun için sadece alelâde bir sosyal temas yeterli olmayacak ve tarafların işlemsel bir temasa geçmiş olmaları aranacaktır<sup>148</sup>.

Böylelikle Alman Hukukunda, doktrin ve yargı kararlarıyla geliştirilen ve dürüstlük kuralından kaynaklandığı kabul edilen, aslî edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi kavramı BGB'nin metninde vücut bularak, kanunî bir altyapıya da kavuşmuş olmaktadır<sup>149</sup>. Bu yükümlülükler aykırı davranmak, borç ilişkisinin ihlâlini oluşturacak ve § 280 vd. hükümleri uygulama alanı bulacaktır<sup>150</sup>.

#### D. İtalyan Hukuku

İtalyan doktrininde sözleşme müzakereleri hususunda zamanına göre yeni bir teori geliştiren en önemli isim *Faggella*'dır. Yazar sözleşmenin kuruluşunu üç etaplı bir süreç olarak kabul etmekte ve tarafların sorumluluğunu da içinde bulunulan etaba göre farklı olarak değerlendirmektedir<sup>151</sup>.

<sup>146</sup> Bkz. dpn. 134'de anılan BGH, 28.01.1976, BGHZ 66, 51 “*Gemüseblatt*” kararı.

<sup>147</sup> **Schneider**, sf. 42.

*Ergüne* ise, § 311/Abs. 2'de ayrı ayrı düzenlenen hallerin esasen birbirlerinden farklı olup olmadıklarının ve bunların hepsinin “sözleşme görüşmelerinin başlaması” başlığı altında toplanıp toplanamayacaklarının tartışmaya değer olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre, bu şekildeki ayrıntılı düzenlemenin pratik etkisi, münferit olayların *culpa in contrahendo* kapsamında değerlendirilmesine yönelik olarak ortaya çıkabilecek tereddütleri ortadan kaldırmaktır. Bkz. *Ergüne*, sf. 110, dpn. 120.

<sup>148</sup> **Zumbansen**, sf. 196; **Ergüne**, sf. 115, dpn. 137. Türk Hukukunda taraflar arasında edim yükümlülüğünden bağımsız bir borç ilişkisinin doğması için sosyal temasın yeterli olduğu görüşünde bkz. özellikle **Serozan**, sf. 123; **idem**, sf. 250; bu konuda ayrıca bkz. ileride § 3, II, A, 1.

<sup>149</sup> **Zumbansen**, sf. 196; **Kırca**, sf. 174; **Ergüne**, sf. 109.

Müzakere döneminde tarafların sahip oldukları davranış yükümlülüklerinin neler olduğu ve edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi kavramı ileride ayrıca incelenecektir. Bkz. ileride § 3, II, A.

<sup>150</sup> **Ranieri**, sf. 28; **Schneider**, sf. 41.

<sup>151</sup> Gabriele **Faggella**, “*Dei periodi precontrattuali et della loro vera ed esatta costruzione scientifica*”, *Studi giuridici in onore de Carlo Fadda*, Naples, 1906, vol. III, sf. 269 vd. (**Cohérier**, sf. 25 vd.'den naklen. Ancak yazar Faggella'nın teorisini açıklarken sayfa numarası zikretmemiştir.).

Fransız yazar Raymond **Saleilles** de Faggella'nın teorisinden etkilenen yazarların başında gelmektedir. Faggella'nın bu çalışmasının hemen akabinde yazdığı ve yukarıda dpn. 119'da anılan makalesinde **Saleilles** de Fransız Hukuku açısından sözleşme öncesi sorumluluğu incelemiştir.

Bu üç etaplı sürecin modern yorumu için bkz. **Kuonen**, sf. 226 vd.

*Faggella*'nın teorisine göre bir sözleşmenin kurulması için üç aşamadan geçmek gerekmektedir. Bunlar hazırlayıcı görüşmeler (*négotiations préliminaires*), icabın oluşturulması ve icabın gönderilmesi aşamalarıdır. Bunların içerisinde en uzununu, tarafların sözleşmenin çeşitli unsurları hakkında tartışıp, belli anlaşmalara vardıkları birinci aşamadır. Fakat bu dönemde yapılan anlaşmaların hiçbir hukukî değeri ve bağlayıcılığı yoktur; bunların hedefi tamamen hedeflenen sözleşmenin kurulmasına yöneliktir. Taraflar sözleşme özgürlüğü çerçevesinde hiçbir surette anlaşılan konularla bağlı olmadıkları gibi, sözleşmeyi kurmaya ya da görüşmeleri sürdürmeye de mecbur değildirler. Yapılan anlaşmalardan geri dönülmesi ya da taraflardan birinin vermiş olduğu bir kararı gözden geçirmek istemesi her zaman imkân dahilindedir. Bu dönem esas itibarıyla tarafların esaslı unsurlar üzerindeki irade uyuşmasını sağlayabilmek amacıyla yönelik bir araştırma evresidir. Bu anlaşmalar bir borç yaratmaya yönelmiş anlaşmalar değildir; bunların amacı bir anlamda bir yol haritası çıkarmak ve bir proje hazırlamaya yarayacak esasları belirlemektir<sup>152</sup>.

Bununla birlikte bu dönemde tarafların bazı bağlayıcı anlaşmalar yapmasına da bir engel yoktur. Taraflar örneğin bir ön sözleşme ya da asıl sözleşmenin şeklini karara bağladıkları bir sözleşme yapabilirler. Ancak bu tip sözleşmeler, birinci etapta bahsedilen anlaşmalardan farklıdır; bu fark tarafların bağlanma iradelerinde kendini ortaya koymaktadır<sup>153</sup>.

Esaslı unsurlar üzerinde bir ön anlaşma sağlanıp, bir sözleşme projesi inşa edilince ikinci etap olan icabın oluşturulması aşamasına geçilecektir<sup>154</sup>.

Bu aşamada sözleşmenin temeli kurulmuştur. Her iki taraf da kendi açılarından kesin bir değerlendirmeye varmak için bir düşünme sürecine girecek ve bu süreçte oluşan temel üzerinde bir pozisyon alıp almayacağına, sözleşmenin kendi açısından sunduğu olumlu ve olumsuz sonuçları da göz önünde bulundurularak rıza gösterip göstermeyeceğine karar verecektir. Bu aşamada müzakerelere başlama çağrısı yapan taraf oluşmuş olan sözleşme projesini ele alarak detaylar üzerinde çalışmalar yapar ve nihai halini verdiği projeyi bir icap olarak karşı tarafa sunulmaya hazır şekle

<sup>152</sup> **Faggella**, sf. 281 – 282 (**Saleilles**, sf. 708'den naklen.).

<sup>153</sup> **Faggella**, sf. 279 vd. (**Saleilles**, sf. 707'den naklen.).

<sup>154</sup> **Cohérier**, sf. 26.

**Kuonen** ise sözleşme projesinin inşasını ikinci etap içerisinde değerlendirmektedir, sf. 227.

getirir<sup>155</sup>. Bu nihaî halin müzakerelerde varılmış olan genel sonuçlara aykırı düşmemesi gereklidir; aksi takdirde karşı tarafa onay vermemek için haklı bir gerekçe verilmiş olur. *Faggella*'ya göre bu aşamada birbirinin peşi sıra varılmış olan anlaşmaları bir araya toplayarak bunlara kesin bir icap şeklini vermeye yönelik bir irade mevcuttur. Bu irade ise ikinci etabı bir öncekinden ayıran en önemli özelliktir<sup>156</sup>.

Takip eden üçüncü etap ise, icabın karşı tarafa yönlendirilmesi aşamasıdır. Artık burada sözleşmenin kurulması için tek eksik, karşı tarafın kabul beyanıdır.

*Faggella*'nın, dönemi için yenilikçi kabul edilen bu teorisi de özellikle her sözleşmeye uygulanamayacak olması açısından eleştiriye uğramıştır<sup>157</sup>. Gerçekten de bahsedilen ikinci etap tüm sözleşmelerde mevcut değildir; çoğunlukla müzakere safhası bir bütün olarak ele alınır ve icabın hazırlanması için bu şekilde belirli bir süre tespit edilemeyebilir. Nitekim bazı yazarlar bu etabın varolabilmesi için mutlaka bir noktada müzakerelere ara verilmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>158</sup>.

*Faggella* sözleşme öncesi dönemi, her birinin kendine has özellikleri olan üç ayrı etap halinde ele almış olmasına rağmen, bu dönemin tamamına aynı hukukî değeri vermektedir. Şöyle ki: Bu dönemin tamamında taraflar birbirine tamamen yabancı kişiler gibi ele alınmamakta ve aralarında özel nitelikli borçlar doğduğu

<sup>155</sup> **Saleilles** genellikle olayın bu şekilde cereyan edeceğini, fakat bunun zorunlu olmadığını belirtmektedir, sf. 709.

**Kuonen**'e göre taraflardan her biri konuşulmuş bulunan esaslar üzerine bir teklif hazırlayarak diğer tarafa sunabilir, sf. 227.

<sup>156</sup> **Saleilles**, sf. 710; **Cohérier**, sf. 27.

<sup>157</sup> **Cohérier**, sf. 28. Yazar bunun yanı sıra bu teoriyi bir de esaslı unsurlar açısından eleştirmektedir. Bir taraf için esaslı olan unsurun diğeri için esaslı olmayabileceğini ileri süren **Cohérier**, teoriyi bu açıdan gerçeğe uygun bulmadığını belirtmektedir, sf. 29-30.

Halbuki bir sözleşmenin objektif esaslı unsurları o sözleşmeye tipini bahşeden, sözleşmenin asgari içeriğini oluşturan noktalar; subjektif esaslı unsurları ise bir tarafın o sözleşmede olmazsa olmaz kabul ettiği unsurlardır. Bu unsurlar müzakereye konu olurlarsa aynı objektif unsurlar gibi sözleşmenin bir parçası haline gelir ve bunlar üzerinde anlaşma sağlanmadıkça sözleşme kurulmuş sayılmaz. Nitekim **Faggella** da sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde anlaşma sağlandıktan sonra müzakereyi bozan tarafın bundan dolayı sorumlu olacağını ve kaçırılan tüm fırsatları da tazmin edeceğini öngörmektedir. Tabiidir ki, esaslı unsurların ne olduğunun belli olmadığı bir sistemde bu teorinin ayakta kalması güçtür ancak Fransız Hukuku da esaslı unsurların varlığını kabul etmekte ve bu unsurları “sözleşmeye kendine özgü rengini veren unsurlar” olarak tanımlamaktadır, bkz. **Terré/Simler/Lequette**, sf. 119 dpn. 2’de anılan yazarlar. Türk Hukuku açısından da durum böyledir. Bu nedenle **Cohérier**'nin bu eleştirisine katılmamız da mümkün olmamaktadır. Türk Hukuku’nda sözleşmenin kurulması açısından esaslı noktaların değerlendirilmesi için bkz. ileride, § 2, II, D, 2.

<sup>158</sup> **Saleilles**, sf. 709; **Cohérier**, sf. 31.

**Kuonen** de kendi yaptığı ayırmda böyle bir ara verilmesi gereğinden bahsetmese de, ikinci etabın birinci ve üçüncü etapla karışmaya müsait olduğunu ve bu etabın ayırt edici özelliklerini somut bir şekilde tespit etmenin zor olduğunu belirtmektedir. Bkz. **Kuonen**, sf. 227.

kabul edilmektedir<sup>159</sup>. Bununla birlikte, yine tüm müzakere süreci boyunca sözleşme özgürlüğü varlığını hissettirmekte ve tarafların müzakereye başlamış olmaları onları hiçbir yükümlülük altına sokmamaktadır. Taraflar her zaman müzakerelere son verebilmek ya da sözleşmeyi reddedebilmek hakkına sahiptirler; ancak hakka sahip olmak, bunun kullanılmasından doğacak sorumluluğu bertaraf etmemekte ve bir tazminat yükümlülüğünün doğmasını engellememektedir<sup>160</sup>.

Bu durumda, hangi şartlar altında müzakerelerden çekilmenin bir sorumluluk kaynağı olmayacağını incelemek gereklidir. Bu teoriye göre, sorumluluğun temeli kusura değil, sözleşme kurmaya yönelik çalışmalarda bulunmaya rıza göstermeye dayanmaktadır<sup>161</sup>. Bu şekilde ortaya konan rıza ile taraflar karşılıklı olarak birbirlerine bir çeşit güvence vermiş ve bunun gereği olarak dürüstlük kuralı ve ticarî ahlâka uygun davranma yükümlülüğü altına girmiş olacaklardır. Bu yükümlülükler aykırı davranışlar ise sorumluluğun doğmasına yol açacaktır. Bir başka deyişle, müzakerelerden çekilmek değil ama keyfi olarak çekilmek bu yükümlülüklerin ihlâli olarak kabul edilecektir. Keyfi çekilme durumu ise ekonomik açıdan doğrulanamayan durumlarda karşımıza çıkacaktır<sup>162</sup>.

Bu görüşün gereği olarak sözleşme görüşmeleri içerisinde olan iki taraftan biri, kendisine gelen daha iyi bir teklifi değerlendirmek için bu görüşmelerden çekilirse sorumluluğu doğmayacaktır; çünkü bu çekilme tamamen ekonomik çıkarlarının bir gereğidir. Fakat bu şekilde daha iyi bir teklifle karşılaştığını ilk müzakeredeki karşı tarafa da söyleyen ve o tarafın aynı şartları kendisine taahhüt etmesine rağmen çekilme kararı alan kişi, böyle bir durumda sorumluluğun doğmasına engel olamayacaktır. Burada artık ekonomik çıkarların gereği olan bir çekilme değil, kişisel sebeplerden kaynaklanan bir çekilme söz konusudur<sup>163</sup>. Önemli olan üzerinde görüşmelerin sürdürüldüğü sözleşme bazında aynı şartların sağlanmasıdır; yoksa sonradan ortaya çıkan üçüncü şahıs daha iyi bir müşteri çevresi veya başka şekilde daha iyi iş imkânları yaratacak olabilir, fakat bu durum onun bir sorumluluk doğmadan tercih edilmesi için yeterli gelmeyecektir.

<sup>159</sup> **Faggella**'nın sözleşme öncesi dönem kurgusu bu açıdan önem taşımaktadır, bu teoriye kadar icap oluşturuluncaya kadar geçen zaman bu açıdan ele alınmamış ve bir hukukî değer atfedilmemiştir. Bu yönde bkz. **Saleilles**, sf. 711. Yazar, ticaret hayatının gerçekleri karşısında bu dönemin hukukî niteliği olmamasını yapay ve yetersiz olarak değerlendirmektedir. Bkz. **Saleilles**, sf. 712.

<sup>160</sup> **Cohérier**, sf. 96.

<sup>161</sup> **Saleilles**, sf. 718; **Cohérier**, sf. 97.

<sup>162</sup> **Saleilles**, sf. 718; **Cohérier**, sf. 98.

<sup>163</sup> **Saleilles**, sf. 719; **Cohérier**, sf. 98.



*Faggella*'nın bu teorisi bir yandan sözleşmenin kuruluşunu yeni bir ekonomik düzen çerçevesinde ele almak, diğer yandan da dürüstlük kuralı ve ticarî teamüllere uygun davranmak prensiplerini bağdaştırma çabası olarak değerlendirilebilir<sup>164</sup>. Tarafların birbirlerine verdikleri güvence kapsamında esas olarak korunmak istenen ekonomik düzenin temelinde yer alan sözleşme özgürlüğüdür ve bu güvence kapsamında yer alan dürüstlük kuralı, hakkaniyet, ticarî ahlâk gibi kavramlara uygun davranmak yükümlülüğü sözleşme özgürlüğünün de gerçek amacına uygun bir şekilde hareket edilmesini ve netice olarak sözleşme özgürlüğünün kötüye kullanılmamasını sağlamış olmaktadır<sup>165</sup>.

Bununla birlikte sözleşme müzakeresinden keyfî olarak çekilme durumu sadece sözleşmenin ilk iki etabı için bir sorumluluk kaynağı olacaktır. Üçüncü etaba geçilip icap karşı tarafa sunulduğu andan itibaren, artık keyfî olmayan bir çekilme halinde dahi sorumluluk doğacaktır. Bunun nedenini, artık bu aşamada taraflar arasındaki sözleşmenin kurulmasına yönelik güvenin daha fazla olmasında aramak gerektiği belirtilmektedir<sup>166</sup>. İcabin hazırlanarak karşı tarafa sunulmuş olması, artık bütün müzakere sürecinin sonuna gelindiğini müjdeleyen ve tarafların sözleşmenin kurulmasına neredeyse kesin gözüyle bakabildikleri bir noktaya gelindiğini ifade etmektedir. Bununla birlikte, yine de sözleşme henüz kurulmuş olmadığından, tarafların bu yoldan geri dönme serbestisi halen mevcuttur; fakat artık bu aşamada bu serbestiden yararlanılması her halükârda bir tazminat borcu doğuracaktır.

Yukarıda bu şekildeki bir üçlü ayrımın hayatın gerçeklerine ne kadar uyduğu hususunda çekinceler olduğu belirtilmiştir. Bunun yanı sıra, bu teoriye karşı yöneltilebilecek eleştirilerin başında, sözleşme görüşmelerinden çekilmenin keyfî olup olmadığının belirlenmesinin her zaman kolay olmadığı gelmelidir. Öncelikle, ekonomik çıkarların gereği olan bir çekilmenin çerçevesi oldukça dar çizilmiştir. Kanaatimizce, bir ticarî ilişki içerisine girerken bire bir sözleşmenin konusu olan iş dışında başka unsurlar da karar mekanizmasını etkiler ve bunun başında da iş yapılan tarafın kişiliği, ticarî itibarı gibi hususlar gelir. Bu unsurlar belki basit bir satım sözleşmesi çerçevesinde büyük bir önem taşımayacaktır ama daha büyük çaplı işler ve daha kompleks yapıları sözleşmelerde karşı tarafın ticarî itibarı, müşteri portföyü, bu işle birlikte elde edilebilecek diğer menfaatler de karar verme işlemine etki

---

<sup>164</sup> **Coh erier**, sf. 100.

<sup>165</sup> **Coh erier**, sf. 100.

<sup>166</sup> **Coh erier**, sf. 100.

edecektir<sup>167</sup>. Bu nedenle, tüm bu veriler değerlendirildikten sonra böyle bir ortakta karar kılmak, sürdürülmekte olan müzakerelerden çekilmek için yeterince haklı ve ekonomik çıkarlara da uygun bir karar gibi gözükmektedir. Kaldı ki, basiretli bir tacirin de bu şekilde davranması gerekir. Ayrıca tamamen kişisel nedenlerle müzakerelere son vermek isteyip bunu da ekonomik bir gerekçe arkasına gizlemek çok zor değildir ve bu halde hiçbir sorumluluk da doğmayacaktır<sup>168</sup>.

Bunun yanı sıra *Faggella*, teorisini taraflar arasında var olduğunu ileri sürdüğü bir karşılıklı güven anlaşmasına dayandırmakta ve bu anlaşma gereği tarafların birbirlerine, görüşmeleri kişisel nedenlerle kesmeyeceklerine dair bir taahhütte bulduklarını söylemektedir. Buradaki güvence sözleşmesel nitelikte olmayıp yasal bir yükümlülük doğurmaktadır; zira kanun gereği taraflar dürüstlük kuralına ve ticarî ahlâka uygun davranmak zorundadırlar. Taraflar bir sözleşme kurmaya yönelik olarak iradelerini ortaya koyduklarında, kanun tarafından getirilen bu riski de üstlenmiş olmaktadır. Ancak *Faggella*'nın burada farazî kanunî metinlere dayanmakta olduğu ve bu teoriyi olmayan metinlerle desteklediği bir eleştiri olarak ileri sürülmüştür<sup>169</sup>.

Bununla beraber bu teori sözleşme özgürlüğü, dürüstlük kuralı, ticarî ahlâk gibi genel ve temel kavramlar üzerine inşa edilmiş olması bakımından önemli bir çalışmadır. Ayrıca zarar kalemleri ile müzakerelere son verilmesi arasındaki illiyet bağıını ön plana çıkartması ve hiçbir kanunî düzenlemenin bulunmadığı bir alanda, eski metinlere gitme ihtiyacı duymadan, genel kavramlardan yararlanmış olması açısından da bir yenilik getirdiği kabul edilmektedir<sup>170</sup>.

Günümüzde de İtalyan Medeni Kanunu md. 1337 tarafların sözleşme müzakereleri esnasında dürüstlük kuralına uygun hareket etmeleri gerektiğini düzenlemekte<sup>171</sup> ve bu şekilde tarafların müzakerelere beklenmedik ve ani bir şekilde son vermeleri yasaklandığı gibi, gerçekte sözleşme kurma isteği olmadan müzakereleri başlatmış olan tarafın da sorumluluğu gündeme gelmektedir. Bu hüküm

<sup>167</sup> Bu yönde Marcel **Planiol**/Georges **Ripert**/Paul **Esmein**, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, Tome VI, Obligations 1<sup>ère</sup> partie, Paris 1930, sf. 177.

<sup>168</sup> **Cohérier**, sf. 104.

<sup>169</sup> **Cohérier**, sf. 105. Yazar *Faggella*'nın bu farazi güvence anlaşması yerine kusur kavramını kullanmış olmasının daha basit bir çözüm olacağını da belirtmektedir. Bkz. **Cohérier**, sf. 106.

<sup>170</sup> **Saillies**, sf. 711. **Cohérier**, sf. 108'de *Jhering*'i özellikle, teorisini gerek olmadığı halde eski Roma Hukuku metinlerini kullanarak geliştirdiği için eleştirmektedir.

<sup>171</sup> Rodolfo **Sacco**, "Rapport Italien", *La Bonne Foi*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées Louisianaises, Tome XLIII, 1992, Paris 1994, sf. 137.

aynı zamanda tarafların birbirlerine bilgi verme yükümlülüklerine de dayanak oluşturmaktadır. Bunun yanı sıra belirtmek gerekir ki, İtalyan Hukuku'nda sözleşme öncesi sorumluluk bir haksız fiil sorumluluğu olarak değerlendirilmektedir<sup>172</sup>.

### E. Fransız Hukuku

Fransa'da kanunlaştırma hareketi diğer ülkelere nazaran çok daha önce gerçekleşmiş ve bu kanunda yukarıda ele alınan Doğal Hukuk okulunun da etkileri gözlenmiştir. Fransız örf ve âdet hukuku ile Roma Hukuku'nu, Fransız Devrimi öncesi gelenekleri ve sonraki yeni sistemin ideallerini bir potada eriterek<sup>173</sup> 1804 yılında yürürlüğe giren Fransız Medeni Kanunu, sözleşme öncesi dönemle ilgili özel bir düzenleme içermemekle birlikte, sorumluluk konusunda net bir ayırım getirmiş ve 1382. maddesiyle sözleşme dışı sorumluluğu, 1147. maddesiyle de sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğu oldukça geniş bir şekilde düzenlemiştir. Bu nedenle Fransız yazarların hemen hemen tümü<sup>174</sup> sözleşme kurulmadan önceki dönemde ortaya çıkabilecek bir sorumluluğu sözleşme dışı sorumluluk olarak nitelendirme eğilimi göstermişlerdir. Bu eğilim esasen çok basit bir mantığa dayanmaktadır: Sözleşme özgürlüğü en temel prensiptir ve ortada tarafları bağlayan bir sözleşme olmadığına göre sorumluluk da sözleşmeye dayanmayacaktır. Yukarıda ele alınan teorilerin de, bu kanunun yürürlüğe girmesinden neredeyse bir asır sonra ortaya çıktığı göz önüne alınırsa<sup>175</sup> sözleşme öncesi sorumluluğunun, haksız fiil sorumluluğunun bir uygulaması olduğu yönündeki görüşün<sup>176</sup> Fransız Hukuku'nda ağırlıkta olduğuna şaşırılmamak gereklidir. Fransız Medeni Kanunu kabul edilmeden önce bazı tereddütler olsa da bunlar kolayca bertaraf edilmiş ve sözleşme öncesi sorumluluğun sözleşme dışı sorumluluğun bir uygulaması olduğu fikri kabul edilmiştir<sup>177</sup>.

<sup>172</sup> **Sacco**, sf. 139. Yazar, bu görüşün yanı sıra, bazı yazarların kusur konusunda bir üçüncü kategorinin (sözleşmesel – sözleşme dışı – sözleşme öncesi kusur) kabul edilmesini savunduklarını belirtmektedir.

<sup>173</sup> Bununla ilgili olarak bkz. **Kuonen**, sf. 124 ve özellikle dpn. 336; **Terré/Simler/Lequette**, sf. 35 vd.

<sup>174</sup> Bu yöndeki yazarlar için bkz. **Kuonen**, sf. 132 dpn. 369. Ayrıca bu yönde bkz. **Cohérier**, sf. 120.

<sup>175</sup> **Cohérier** ve **Saleilles** bu nedenle **Jhering**'i Roma Hukuku metinlerini kullandığı için eleştirmektedir. Bkz. yukarıda dpn. 170. **Jhering**'in *culpa in contrahendo* teorisini geliştirdiği dönemde Fransız Medeni Kanunu zaten yürürlüktedir, dolayısıyla modern bir kanun metni mevcutken eski metinlerin kullanılması en azından Fransız yazarlar açısından bir anlam taşımamaktadır. Bu eleştiriler için bkz. **Cohérier**, sf. 65.

<sup>176</sup> Doktrinde bu yöndeki görüşün ağırlıkta olduğu ama herşeyi hâkimlerin takdir yetkisine bırakmamak için bununla yetinilmemesi gerektiği yönünde bkz. **Cohérier**, sf. 136.

<sup>177</sup> **Jourdain**, sf. 130; **Kuonen**, sf. 383.

Buna göre sözleşme öncesi sorumluluk özellikle icabın hükümsüz kalması<sup>178</sup> (icapta bulunan tarafın ölmesi ya da icabın geri alınması), sözleşmenin konusunun imkânsız olması, irade fesadı ve taraflardan birinin ehliyetsiz olması hallerinde<sup>179</sup> karşımıza çıkmakta ve kusura dayanmaktadır<sup>180</sup>.

Fransız doktrininin, temelde müzakere döneminde taraflar arasında dürüstlük kuralından kaynaklanan özel bir ilişki kurulduğunu ve bu ilişkinin gereği olarak bazı yükümlülükler doğabileceğini kabul ettiği belirtilmektedir<sup>181</sup>. Ancak yazarlar, bu yükümlülüklerin kapsamı, hangi davranışların kusur teşkil ettiği ve yükümlülüklere aykırılığın neticesinde doğabilecek sorumluluğun kapsamı hususlarında bazı nüanslarda ayrılabilirler<sup>182</sup>.

Bununla birlikte doktrinde az sayıda da olsa farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Örnek olarak **Labbe**<sup>183</sup>, müzakereye başlayan taraflar arasında yaratılan özel bir

---

Bunun yanı sıra **Jhering**'in *culpa in contrahendo* teorisi ortaya ilk çıktığında bazı yazarlarda bu teoriyi kabul etme yönünde bir eğilim olmuş; fakat bu eğilim doktrin ve içtihatlara etki etme imkânı bulamamıştır. Ali Naim **İnan**, "Culpa in Contrahendo – Mukavele yapılırken işlenen kusurdan dolayı mesuliyetin hukukî sebeplerini izah eden nazariyeler üzerinde mukayeseli bir çalışma", Adalet Dergisi, Temmuz 1954, Yıl : 45 Sayı : 8, sf. 1001'de bu yazarlar arasında Pieddelièvre, Saleilles, Baudry-Lacantinerie, Barde gibi isimleri zikretmektedir. Bu yazarların görüşleri için bkz. **Kuonen**, sf. 153 vd.

<sup>178</sup> 19. yüzyıl Fransız doktrini icapta bulunan kişinin ölmesi durumunda hem icabın hükümsüz kalacağını hem de icapçının mirasçılarının sorumluluğunun doğacağını kabul etmekteydi. Bir kişinin ölmesi kusurlu davranış sayılamayacağına ya da bir kimse ölmeme yükümlülüğü altına giremeyeceğine göre sözleşme öncesi sorumluluğu kusur esasına dayandıran bu sistemde artık bu hallerde bir sorumluluğu doğacağı düşüncesi terk edilmiştir. Bkz. **Kuonen**, sf. 247.

Bugünkü sistemde icap ancak sahibinin gerçek iradesini yansıtıyorsa varlık kazanacaktır. Bu iradenin değişmesi halinde henüz kabul edilmemiş bir icap geri alınabileceği; icapçının ölmesi veya ehliyetini kaybetmesi hallerinde ise icap hükümsüz kalacaktır. Bkz. **Terré/Simler/Lequette**, sf. 125, ayrıca icabın geri alınabilmesiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. sf. 126 vd.

<sup>179</sup> Bu hallerle ilgili olarak bkz. **Kuonen**, sf. 127 vd.

<sup>180</sup> Henri et Léon **Mazeaud**/Jean **Mazeaud**/François **Chabas**, Leçons de Droit Civil, Tome II, 1<sup>er</sup> Volume, Obligations Théorie Générale, 9<sup>e</sup> édition, Paris 1998, sf. 390; Jean **Carbonnier**, Droit Civil, Tome 4, Les Obligations, Paris 1996, sf 67; **Cohérier**, sf. 120. **Terré/Simler/Lequette**, sf. 187'de açıkça Jhering'in teorisine karşı çıkmaktadır; aynı yönde Boris **Starck**/Henri **Roland**/Laurent **Boyer**, Droit Civil: Les Obligations, 2. Contrat, Paris 1998, sf. 719.

<sup>181</sup> **Jourdain**, sf. 122.

<sup>182</sup> **Saleilles**, tarafların tamamen kişisel nedenlerle müzakerelere son vermesinde ticarî ahlâka bir aykırılık görmekte ve kusuru da müzakerelere girmiş olmakla taraflara yüklenen güvenlik borcunun ihlali olarak nitelendirmektedir. Bkz. **Saleilles**, sf.743.

**Planiol/Ripert/Esmein** ise sözleşme özgürlüğü prensibinin üstünlüğünü kabul edip bu prensibi zedelememek için sözleşme öncesi sorumluluğun çok geniş bir şekilde kabul edilmesine karşı çıkmaktadırlar. Buna göre müzakerelerin kesilmesi ancak bir kusurun varlığı halinde sorumluluğa sebep olacaktır. Müzakere taraflarından biri kişisel sebeplere dayanarak da müzakerelere son verebilir, fakat bu hareketinin bir kusur olarak kabul edilebilmesi için onun karşı tarafı oyalamış, bilerek masrafa girmesine, araştırmalar yapmasına göz yummuş olması gereklidir. Sorumluluk ancak bu şartla doğabilir. Bkz. **Planiol/Ripert/Esmein**, sf. 176-177.

<sup>183</sup> Labbé'nin bu görüşüne sf. 121 vd. yer veren **Cohérier**, yazarın hangi eserine atıf yaptığını belirtmemiştir.

durum olduğunu söylemektedir. Buna göre, artık birbirlerine karşı yabancı sayılamayacak bu kişilerin her biri özel bazı borçlar üstlenmiştir ve bu borçların kaynağı kanun değildir. Bunlar tarafların gönüllü olarak üstlendikleri borçlardır. Her kim bir başkasıyla sözleşme kurmak için bir ilişkiye girerse, hem müzakerelerde hem de ifa aşamasında sadakatle yükümlü olacağına dair bir taahhütte bulunmuş olur. Bu nedenle müzakereler kesilir ya da sözleşme geçersiz olursa sorumluluk bu taahhüde uymamaktan kaynaklanacaktır. Buradaki sorumluluk, tarafların sözleşme kurmaya yönelik karşılıklı taahhütlerine dayandığından, sözleşmeden doğan bir sorumluluktur<sup>184</sup>.

Sorumluluğun niteliği konusunda farklı bir fikir ortaya atan bir başka yazar ise *Josserand*'dır<sup>185</sup>. Yazar, hakkın kötüye kullanılması teorisini sözleşmelerin kuruluşuna uygulamıştır. Kural olarak, toplum tarafından bir kişiye bahsedilen haklar ekonomik ve sosyal bir hedef amaçlanarak kullanılmalıdır. Eğer kişi bu hakları hedeften sapacak şekilde kullanırsa, hak uğruna yaratıldığı işlevden saptırılmış olur ve sorumluluk ortaya çıkar. Bu teori müzakere safhasına uygulandığında şöyle bir sonuç ortaya çıkmaktadır: Taraflar müzakerelerden her zaman çekilebilme serbestisine sahiptirler ve bu serbesti onlara ticaret ve sanayinin gelişmesi, serbest rekabet, teşebbüslerin düzgün işlemesi gibi ekonomik nedenlerle tanınmıştır. Bu çekilme hakkı, böyle bir ekonomik sebepten dolayı değil de, tamamen kişisel bir nedenden dolayı kullanılırsa, hak amacından saptırılmış olur ve hakkı bu şekilde kullanan kişi de sorumluluğu üstlenmek durumunda kalır.

Bu farklı görüşlerin mevcudiyeti doktrin ve içtihatlar üzerinde fazla etkili olmamıştır. Bugün Fransa'da kabul edilen görüş, sözleşme kurulmadan önceki dönemde tarafların tam bir serbestlik içinde oldukları ve bir sözleşmeyle bağlanma iradesinin mevcut olmadığı bu aşamada, sözleşmeden kaynaklanan bir sorumluluğun kabul edilemeyeceği yönündedir. Bu nedenle, sözleşme öncesi dönemde

<sup>184</sup> *Cohérier*, sf. 122'de bu görüşü eleştirmektedir. Tarafların taahhüdünün içeriğinin belirsiz olduğunu, ayrıca ortada bir sözleşme olmadığı için sorumluluğun sözleşme kaynağına oturtulamayacağını belirten yazar, tarafların sadakat yükümlülüğü ve dürüstlük kuralına uygun davranmaları gereğinin onların taahhütlerinden kaynaklanmadığını, bu tip bir davranış biçiminin zaten kanunun bir gereği olduğunu ve ayrıca dürüstlük kuralının sözleşme özgürlüğü prensibinin vazgeçilmez bir tamamlayıcısı olduğunu; bu durumun da mevcut yasalardaki genel metinlerle kabul edilmiş olduğunu söylemektedir. Oysa yazar, *Faggella*'yı taraflar arasındaki bu ilişkiyi kanunî bir temele oturttuğu için eleştirmekte ve farazî metinlere dayandığını söylemektedir. Bkz. yukarıda dpn. 169 ve ona bağlı metin.

<sup>185</sup> *Josserand*, *Essai de téléologie juridique*, T. 2: *De l'esprit et droit et de leur relativité*, Paris 1927, sf. 128 vd. (*Cohérier*, sf. 130 vd'den naklen.).

uygulanması gereken sorumluluk, Fransız Medeni Kanunu'nun 1382. maddesinde düzenlenen sözleşme dışı sorumluluktur.

### III. Sözleşmenin Kurulması Yöntemleri

Sözleşme, tarafların kendi iradeleriyle aralarında uygulanacak düzeni başka bir deyişle kendi hukuklarını (*lex contractus*) belirledikleri bir hukukî işlemdir<sup>186</sup>. Fakat iki tarafın bir araya gelerek belli konularda bir anlaşmaya varmaları bizi her zaman bir sözleşmenin kurulmuş olduğu sonucuna götürmez. Ulusal ve uluslararası ticarî anlaşmaların niteliği üzerine yapılan sosyolojik bir araştırmaya<sup>187</sup> göre, taraflar açısından esas önem taşıyan husus çoğunlukla hukuken bağlayıcı anlaşmalar yapma niyeti olmaksızın sağlam ticarî ilişkiler kurmaktır. Bu amaçla bir araya gelen tarafların her teması ise bir sözleşme ile sonuçlanmaz. Bir sözleşmenin meydana gelmesi için, tabî ki tarafların belli bir anlaşmaya varmış olmaları gereklidir; fakat varılan her anlaşma bir sözleşme değildir<sup>188</sup>. Bu iki kavramın birbirinden ayrılması özellikle tarafların sorumluluklarının belirlenmesi açısından önem taşımaktadır. Bu nedenle de sözleşmenin kuruluş aşamasının incelenmesi ve hangi andan itibaren bir sözleşmenin kurulmuş olduğunun tespit edilmesi gereği kendisini göstermektedir.

Sözleşmelerin kuruluş aşaması, tarafların nasıl bir sözleşme kurmak istediklerine göre değişiklik gösteren bir süreçtir. Bazı sözleşmelerin kurulması çok kısa bir sürede gerçekleşir ve bazen kuruluş aşaması ile ifa aşaması arasında hemen hemen hiç fasıla bulunmazken; bazı sözleşmelerin kurulması için tarafların daha fazla çaba sarfetmesi, karşılıklı ödümler vermesi ve birbirini ikna etmesi gerekebilir. Borçlar Kanunumuzda öngörülmüş olan yöntem, tarafların icap ve kabul beyanlarıyla sözleşmeyi kurmalarına dayanmaktadır. Oysa bazı yazarlar<sup>189</sup> bu yöntemin artık istisnâ bir hal aldığı ve hatta modasının geçtiğini ileri sürmektedir. Bu yeni görüşe göre, modern sözleşmeler bir anda kurulmamakta ve esas itibarıyla tarafların müzakereleri sonucunda, adım adım ortaya çıkan metinlerin benimsenmesi yoluyla kurulmaktadır.

<sup>186</sup> Eren, sf. 185.

<sup>187</sup> Macaulay, sf. 55-67.

<sup>188</sup> Grosheide, sf. 94; Terré/Simler/Lequette, sf. 58.

<sup>189</sup> Eugen Bucher, Basler Kommentar Obligationenrecht I (Herausgeber: Honsell/Vogt/Wiegand), Vorbem. zu Art. 3-9, 3. Auflage, Basel 2003, N. 4 (Kocayusufpaşaoğlu, sf. 166'dan naklen.); Marcel Fontaine, "Offre et Acceptation, Approche Dépassée du Processus de Formation des Contrats", Mélanges Offertes à Pierre van Ommeslaghe, Bruxelles 2000, sf. 117.

Bu iki yöntem dışında, sözleşmeler bir de taraflardan birinin hazırlamış olduğu standart metinlere ya da genel işlem şartlarına diğer tarafın katılması ile de kurulabilmektedir. Müzakere edilen sözleşmelerin karşı ucunda yer alan ve taraflardan birinin iradesine sözleşmenin hazırlanması aşamasında hiç yer vermeyen bu yöntemde, çoğu zaman her iki tarafın da menfaatlerinin gözetildiği bir sözleşme adaletine ulaşılamamakta; bu durum her iki tarafın da sosyal ve ekonomik olarak benzer konumlarda olmaması, özellikle de taraflardan birinin tüketici olması hallerinde zayıf olan tarafın korunması açısından belli müdahalelere ihtiyaç göstermektedir<sup>190</sup>. Çalışmamızda sözleşmenin kuruluşuyla ilgili olarak özellikle müzakere aşamasıyla ilgilendiğimiz için bir tarafın genel işlem şartlarına katılmasıyla kurulan sözleşme kurgusu alanımızın dışında kalmaktadır. Bununla birlikte, özellikle uzun süren müzakereler sonucunda sözleşmenin kurulma anının tespiti önem taşıdığı için klasik kuruluş yöntemi ile sözleşmenin zaman içinde katmanlar halinde oluşturulması yöntemlerini inceleme konusu yapacağız.

#### A. Klasik Yöntem: İcap ve Kabul beyanlarıyla sözleşmenin kurulması

Türk Hukuku'nda sözleşmenin kurulması hususundaki temel prensip, yukarıda da ifade edildiği üzere irade özerkliği ve buna bağlı olarak gelişen sözleşme özgürlüğüdür. Kişi yapmak istediği sözleşmenin konusunu, tarafını, tipini ve şartlarını kendi serbest iradesiyle belirleyebilmektedir. Bu sistemde sözleşme iki taraf arasında kurulan bir ilişkidir<sup>191</sup>.

<sup>190</sup> Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 225 vd.; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, sf. 154 vd..

Genel işlem şartlarını içeren sözleşmelerin nitelik itibarıyla iltihaki sözleşmeler olduğu yönünde bkz. **Eren**, sf. 197. **Oğuzman/Öz** ise genel işlem şartlarının iltihaki sözleşmeleri kapsadığını, ancak akdın bütün hükümlerinin önceden bir tarafça tesbit edildiği hallerde iltihaki sözleşmelerden söz edilebileceğini; fakat akdın bazı hükümlerinin taraflarca özel olarak düzenlenip bazı hükümlerinde genel işlem şartlarına yollama yapıldığı hallerde artık iltihaki sözleşme deyiminin kullanılmaması gerektiğini ifade etmektedirler. Bkz. **Oğuzman/Öz**, sf. 21. Bu kavramın çerçeve sözleşmeyle ilişkisi hakkında bkz. Nami **Barlas**, “Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri”, Makalelerim, Cilt: I, sf. 93 vd.

<sup>191</sup> Kara Avrupası'nda mevcut hukuk sistemlerinde sözleşme iki kişi (taraf) arasındaki bir ilişki olarak ele alınırken, *common law* sisteminde sözleşme bir nev'i ticarî işlem (*transaction*) olarak görülür. Bunun temelinde iki sistem arasındaki anlayış farkı yer almaktadır. Yukarıda ele alındığı üzere, Kara Avrupası'nda liberalizm ve bireysellik temelli irade özerkliği prensibi esas alınırken, *common law* sistemi daha ziyade ticarî meseleleri pragmatik olarak çözmeye eğilimindedir. Bunun sonucu olarak da sözleşme kavramı bu sistemde daha ziyade bir değiş tokuş işlemi (*échange*) gibi algılanır. Bu algılama farkı ise, sözleşmenin yorumunda ve sözleşme öncesinde hazırlanan metinlere hukukî bir nitelik atfedilmesi hususunda önemli sonuçlar yaratır. Bu yönde bkz. **Péloquin/Assié**, sf. 180.

Sözleşmenin kuruluşunu etraflıca düzenleyen ve icap ile kabul beyanlarının hukukî rejimini ele alan ilk kanun Alman Medeni Kanunu olmuş<sup>192</sup> ve bu yaklaşım daha sonra yapılan kanunlarda da kendisini göstererek bir klasik haline gelmiştir. Günümüzde de modern kanunların hemen hepsi sözleşmenin kuruluşunu bu klasik şema çerçevesinde ele almaktadır<sup>193</sup>. Bu kanunlardaki düzenlemeler, sözleşmelerin çoğunlukla tarafların yüz yüze olduğu ya da uzakta olsalar da, bir icabın hemen kabul cevabıyla karşılaşabileceği, basit bir kurguyla kurulduğu izlenimini vermektedir. Bu nedenle de, bu şekildeki bir yaklaşımın çetrefilli bir müzakere safhası karşısında yetersiz kaldığı eleştirisi zaman zaman getirilmektedir<sup>194</sup>. Özellikle uluslararası yatırımlar, şirket birleşme ve devirleri, joint-venture'ların kurulması, anahtar teslimi projelerin uygulanması gibi büyük ölçekli işlerde tespit edilebilen durum ise sözleşmelerin her zaman klasik usule göre kurulmadığıdır<sup>195</sup>.

Türk Hukuku da klasik kuruluş yöntemini benimseyen sistemlere dahildir. Buna göre, sözleşmenin kurulması için kural olarak karşılıklı şekilde açıklanan taraf iradelerinin uyuşması gerekli ve yeterlidir<sup>196</sup>. Bu durum BK md. 1/f. 1'de “İki taraf

<sup>192</sup> Bu yönde bkz. **Fontaine**, sf. 116 ve dnp. 5'de anılan yazar.

<sup>193</sup> Örnek olarak İBK md. 3-10, İtalyan Medeni Kanunu md. 1326-1330, 1987 tarihli Louisiana Medeni Kanunu md. 1927-1945, 6. Kitabı 1992'de yürürlüğe giren Hollanda Medeni Kanunu md. 217-225, 1994 tarihli Québec Medeni Kanunu md. 1386-1394 sayılabilir. Kodifiye edilmemiş olmakla beraber, İngiliz Hukuku *offer* (icap) ve *acceptance* (kabul) terimlerini kullanmak suretiyle klasik akımı takip etmektedir. A.B.D.'de de Uniform Commercial Code (UCC) ve Restatement (*Second*) on Contracts yine aynı kavramları kullanmaktadır. Uluslararası platformda da 1980 tarihli Viyana Konvansiyonu (CVIM) sözleşmenin kurulması için klasik yöntemi benimsemiştir, bkz. **Fontaine**, *Offre et Acceptation*, sf. 117. *UNIDROIT Prensipleri ve Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri* de temelde klasik yöntemi benimseyen uluslararası düzenlemelerdir. Bunun yanı sıra, klasik yöntemi benimsemiş olmakla birlikte Fransız Medeni Kanunu sözleşmenin kuruluş aşamasında irade beyanlarının rolü ile ilgili hiçbir hüküm içermemektedir.

<sup>194</sup> Bkz. bu görüşte **Fontaine/De Ly**, sf. 8.; Benzer görüşte **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 168.

<sup>195</sup> **Fontaine/De Ly**, sf. 46; **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 168.

Sözleşmelerin sadece klasik şemaya uygun olarak kurulmayabileceği fikrinin uluslararası bir metinde yer alması ilk olarak 1994 tarihli Uluslararası Ticarî Sözleşmelere Uygulanacak Unidroit Prensipleriyle karşımıza çıkmaktadır. Buna göre sözleşme, bir icabın kabulüyle kurulabileceği gibi tarafların anlaşmış olduklarını yeterince ortaya koyan davranışları ile de kurulabilecektir. *Principes d'UNIDROIT* art. 2.1.1. “*Le contrat se conclut soit par l'acceptation d'une offre soit par un comportement des parties qui indique suffisamment leur accord.*”

<sup>196</sup> Uygunluk kuralı olarak tarafların gerçek iradeleri arasında aranacaktır. Fiilî olarak gerçek iradeler arasında uygunluk bulunmadığı hallerde iradeler güven prensibi ve meram anlatma teorisi çerçevesinde yorumlanarak hukukî uygunluk tespit edilecektir. Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. **Eren**, sf. 205 vd.

**Kocayusufpaşaoğlu** ise hukukun, kural olarak, ne olduğu bilinmeyen iç iradeye değil, bunun dış aleme yansımış şekline önem verdiğini ifade etmekte ve güven prensibinin önemini vurgulayarak meram anlatma teorisinin gereksiz olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 130 vd., ayrıca güven teorisinin irade beyanlarının yorumuyla ilgisi için özellikle bkz. Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul 1968, sf. 5 vd.; bu konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. **Oğuzman/ Öz**, sf. 61 vd.; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, sf. 70 vd.



*karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde, akit tamam olur.”* demek suretiyle belirtilmiştir. Bu iradelerin ortaya konması ise teknik olarak icap ve kabul olarak adlandırılır. Bu beyanların tanımları ve içerikleri Borçlar Kanunu’nda yer almamaktadır. Zaman açısından önce gelen beyan olan icabın, doktrinde<sup>197</sup> kabul edildiği üzere belli bir sözleşmeyi kurmaya yönelik, ciddi ve sözleşmenin tüm esaslı unsurlarını kapsayan bir beyan olması gerekmektedir<sup>198</sup>. Öyle ki, karşı tarafın, kabul beyanı olarak adlandırılan, olumlu cevabıyla sözleşme kurulabilsin. Kabul beyanının sözleşmeyi kurabilmesi, ancak icaba tam olarak uygun olmasıyla mümkündür<sup>199</sup>. Farklı bir unsur ihtiva eden ya da şarta bağlı beyanlar, gönderilmiş olan icabı bire bir karşılamadığı için BK md. 1/f. 1’de yer alan karşılıklılık şartını yerine getirmiş sayılmaz. Böyle bir beyan, icabın reddi ve yeni bir icap olarak değerlendirilir; sözleşme kurulmuş olmaz<sup>200</sup>.

Borçlar Kanunu’nda sözleşmenin kuruluşu için öngörülen tek yöntem sözleşmenin bu şekilde karşılıklı beyanlarla kurulmasıdır. Bununla beraber, bu yöntem de kendi içinde farklılıklar gösterebilir. Bazı durumlarda taraflar bu beyanları belli bir görüşme süreci sonucunda oluşturabilirler. Bu halde, bir taraf icapta bulunduktan sonra, karşı taraf bir düşünme süresi talep ederek daha sonra kabul beyanında bulunabilir. Bazen bu kabul beyanı icapta yer almayan farklı unsurlara da yer verebilir ve bu durumda yeni bir icapta bulunulmuş olur. Bu kurguda mühim olan husus, tarafların hangi beyanda bulduklarının açıkça belli olması ve sözleşmenin kuruluş sürecinde atılan karşılıklı adımların takip edilebilmesidir. Görüşme ya da müzakere aşaması nispeten kısa ve basit tutulmaktadır<sup>201</sup>.

<sup>197</sup> Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, sf. 82 vd.; Eren, sf. 220 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, sf. 179 vd.; Oğuzman/Öz, sf. 64; Esener, *Borçlar Hukuku*, sf. 43; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt I, Yenilenmiş ve genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 1976, sf. 70; Kuonen, sf. 233 vd..

<sup>198</sup> UNIDROIT Prensipleri de benzer bir tanıma yer vermiştir. Buna göre icap belirli olmalı ve beyan sahibinin bağlanma iradesini yansıtmalıdır. *Principes d’UNIDROIT art. 2.2: “Une proposition de conclure un contrat constitue une offre si elle est suffisamment précise et si elle indique la volonté de son auteur d’être lié en cas d’acceptation.”* Bkz. Laurent Hirsch, “Les critères de la conclusion du contrat”, *De Lege Ferenda Réflexions sur le Droit Désirable en l’Honneur du Professeur Alain Hirsch*, Genève 2004, sf. 335.

<sup>199</sup> İcap ve kabul beyanlarının bu şekilde bir uyumla karşılaşmalarına İngilizce terminolojide “*mirror image-rule*” denmektedir. Bkz. Grosheide, sf 98; Dessemontet, *Commentaire Romand*, CO art. 1 N. 18.

<sup>200</sup> Eren, sf. 228; Kocayusufpaşaoğlu, sf. 204; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, sf. 94; Esener, *Borçlar Hukuku*, sf. 56; Kuonen, sf. 249.

<sup>201</sup> Kocayusufpaşaoğlu, sf. 167.

Klasik yönteme uygun olarak sözleşmenin kurulabilmesi için, mutlaka bu şekilde bir görüşme aşamasına ihtiyaç yoktur. Bazı hallerde, bir tarafın yaptığı icabın karşı tarafça derhal kabul edilmesi suretiyle de sözleşmenin kurulması mümkündür. Bu duruma örnek olarak bir mağazanın vitrininde görüp beğendiği bir elbiseyi satın almak için mağazadan içeri giren kişinin durumu gösterilebilir. Burada vitrinde fiyatıyla birlikte malı teşhir eden mağaza sahibi, BK md. 7/f. 3 gereği icapta bulunan, içeri girerek satın alma iradesini ortaya koyan kişi ise kabul beyanında bulunan taraftır ve sözleşme bu şekilde kurulmuş olur. Burada anlık bir kuruluş söz konusudur.

Klasik yöntemde bir üçüncü hâl ise “*elden sözleşme*”<sup>202</sup> olarak nitelendirilen ve sözleşmenin kuruluşu ile ifası aşamalarının içiçe geçmiş olduğu ihtimâldir. Bir bakkaldan ekmek satın alarak, bedeli satıcıya uzatan müşterinin bu davranışıyla oluşan sözleşme veya elden bağışlama buna örnektir.

Genel anlamda fazla detaya sahip olmayan, nispeten basit yapıları sözleşmelerin kurulmasında bu klasik şema kendiliğinden, kolayca uygulanabilir. İcap, kabul ve ifa safhaları sanki kendiliğinden doğal bir akış içerisinde birbiri ardına dizilmekte ve varlıklarını sürdürmektedir. Bu kurguya bakıldığında, bir sözleşmenin müzakere safhasında ortaya çıkabilecek sorunlar, icap ve kabul beyanlarının ne müddetle bağlayıcı olduğu ve bunların geri alınıp alınamayacağı noktalarında toplanmış gibi görünmektedir. Nitekim Borçlar Kanunu’nun 3. ila 10. maddeleri arasında düzenlenen haller de bu durumlara yöneliktir.

Ancak bu geleneksel yaklaşımın her zaman geçeceği yansıtıp yansıtmadığı sorgulanabilir. Özellikle uzun bir müzakere dönemine ihtiyaç gösteren, çağdaş ekonomik hayatın yaygın kullanılan sözleşmeleri daha karmaşık yapıdadır. Bu nedenle bu tip sözleşmelerin kurulmaları da her zaman bu kadar basit bir çizgi takip etmemekte, iradelerin oluşma ve karşılaşma anları bu derece net bir şekilde tespit edilememektedir. Bunun yanı sıra, bu uzun müzakere süreci, hem taraf iradelerinin karşılıklı fikir alışverişi neticesinde olgunlaşarak ortaya çıkması hem de bazı hallerde daha sözleşmenin tüm noktaları üzerinde anlaşma sağlanmadan tarafların ifa aşamasına geçmeleri gibi klasik öğretiyle kavranması ve açıklanması güç olabilecek bazı durumları da ortaya çıkartmaktadır.

<sup>202</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 167; **Eren**, sf. 200; **Dessemontet**, Commentaire Romand, CO art. 1 N. 25.

Bu nedenlerle, son yıllarda klasik teorinin bir alternatifi olup olmadığı üzerinde durulmakta ve bu konuda çeşitli çalışmalar yapılmaktadır. Yukarıda bahsedilen UNIDROIT Prensiplerinden başka, Amerikan Yeknesak Ticaret Kanunu kuralları (UCC) ve Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri de bu hususta çeşitli düzenlemeler getirme arzusunu ortaya koymaktadırlar. Ancak bu yeni arayışlarda dahi klasik şemanın belli ölçülerde korunduğu ve tamamen bertaraf edilemediği gözden kaçmamaktadır.

Bu düzenlemelerin ortak özelliği klasik şemadaki gibi taraf iradelerinin açıklanmasıyla yetinmeyip, tarafların bir sözleşmenin varlığına olan inançlarını ya da kendilerini yapılan anlaşmayla bağlı hissettiklerini gösteren davranışları da hesaba katmalarıdır. Buna göre sözleşme ya irade açıklamasıyla ya da bu tip davranışlarla kurulabilecektir.

Kanaatimizce, burada temelde yeni bir açılım getirildiğinden bahsedilemez. Öncelikle BK md. 1 ve md. 2 hükümleri bu tip bir kuruluşu dışlayan değil, bilakis bu imkâna zaten açık düzenlemeler ihtiva etmektedir. BK md. 1/f. 2 “*Rızanın beyanı sarih olabileceği gibi zımnî dahi olabilir.*” demek suretiyle irade beyanlarının mutlaka açık olmak zorunda olmadığını düzenlemiştir. Bunun dışında doktrinde *factum concludens* yoluyla dahi iradenin ortaya konabileceği kabul edilmektedir<sup>203</sup>. Dolayısıyla, getirilmek istenen “yeni” düzenlemeler, en azından Türk Hukuku açısından, esas itibarıyla doktrinde kabul edilen hallerin bir yansımasından ibaret gibi gözükmektedir. Başka bir deyişle, klasik kuruluş yöntemine bir eleştiri olarak getirilen, iradelerin ne zaman ortaya çıktığı ve ne zaman karşılaştığı, kısaca sözleşmenin ne zaman kurulmuş olduğu gibi soruların cevabı bu düzenlemelerde de sarih bir şekilde yer almamakta ve bu durumda klasik şemadan uzaklaşılmasına bir gerek kalmamaktadır.

#### **B. Sözleşmenin kurulmasına farklı bir yaklaşım: Sözleşmenin katmanlardan oluşması (geniş anlamıyla *punctation, formation par couches successives*)**

Sözleşmeyi oluşturan beyanlar her zaman kolaylıkla icap – kabul şeklinde tespit edilemeyeceği gibi, bazen net bir şekilde kimin hangi beyanda bulunduğu dahi belirlenemeyebilir. Bir sözleşme kurma fikrinde olan kişi, bu konuda ya kendisine

<sup>203</sup> Bu kavramla ilgili olarak bkz. **Oğuzman/Barlas**, sf. 171. Özellikle kabul beyanı açısından bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 205.

yapılan bir teklifi kabul etmek ya da bizzat bir teklifte bulunmak suretiyle bu düşüncesini hemen hayata geçirmek isteyebileceği gibi; bu hususta gelen çeşitli teklifleri değerlendirmek, bu tekliflere karşı teklifler geliştirmek ve en doğru sonuca bu şekilde ulaşmak isteyebilir. Bu durumda sözleşmenin kuruluşu anlık bir olay şeklinde gerçekleşmeyecek, bir sürece yayılmış olacaktır<sup>204</sup>. Bu süreç tarafların karşılıklı olarak birbirlerine ilettikleri irade beyanlarıyla şekillenecek ve tıpkı bir binanın inşa edilmesi gibi sözleşme de üst üste konan beyanlardan ibaret olacaktır. Sözleşmenin bu şekilde kurulması sözleşmenin ard arda gelen katmanlardan oluşması olarak nitelendirilmektedir. Günümüzün ekonomik gerçekleri ve karmaşık yapılı, uzun uzadıya müzakere edilen sözleşmelerin artışı karşısında, tarafların ortak iradelerinin, anlık olarak ortaya çıkmasından ziyade bir müzakere süreci içerisinde aşama aşama oluştuğu görüşü kendisini göstermektedir. *Punctation* kavramının geniş anlamını esas alan bu görüşün taraftarları<sup>205</sup> klasik sözleşme kurma modelinin aşılmış olduğunu ileri sürmekte, hatta bazı yazarlar BK md. 2 çerçevesinde de bu görüşün kanunî ifadesini bulduğunu ifade etmektedirler<sup>206</sup>.

Örnek olarak, bir elbise diktirmek için terziye giden kişi, burada terziyle karşılıklı olarak elbisenin modeli, kumaşı, fiyatı üzerinde tartışıp fikir beyan ederek belli bir karara varır. Buradaki sözleşmenin kuruluş süreci ile istediği elbiseyi mağaza vitrininde fiyatıyla birlikte görerek satın almak isteyen kişinin sözleşmeyi kurması arasında farklılık vardır. İlk geldiğinde belki elbiseyi sipariş edip etmeme hususunda bile şüpheli olan kişi, bu süreç sonucunda hem kendi fikirlerini hem de terzinin fikirlerini harmanlayarak bir neticeye varmış olmaktadır. Bu süreç, anılan olaydaki gibi birkaç saatten ibaret olabileceği gibi, farklı boyutta ve daha büyük

<sup>204</sup> Yargıtay'ın da sözleşmeyi bir süreç olarak nitelendirdiği kararları mevcuttur. Örnek olarak bkz. **Yarg. 13. HD**, 13.11.1995, E. 1995/9375 K. 1995/9860 sayılı kararı: “Gerçekte de akit bir süreçtir. Bir anda kurulup meydana gelen hukukî bir işlem değildir. Akit kurulmadan önce taraflar akdin muhtevası, şartları, içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde görüşmeler yaparlar; bu görüşmeler kısa veya uzun sürebilir.” (karar için bkz. [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)) Burada esas itibariyle, sözleşmenin kendisinden değil ama kurulma aşamasından bir süreç olarak bahsedilmesi daha yerinde bir ifade olurdu kanaatindeyiz.

<sup>205</sup> **Kuonen**, sf. 229, dpn. 637'de İsviçre Hukuku'nda bu görüşteki yazarları şu şekilde nakletmektedir: Eugen **Bucher**, Basler Kommentar, n. 4 ad Vorbem. zu Art. 3 - 9 CO; **Gauch/Schluep/Schmid/Rey**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, vol. I, 8<sup>e</sup> éd. Zürich 2003, n. 486; Reimann Theodor **Bühler**, “Der verhandelte Vertrag”, RSJ 1989, sf. 257; Heinz **Schärer**, “Vertragsverhandlungsvereinbarungen”, Sachen Baurecht, Zum 50. Geburtstag von Peter Gauch, Fribourg 1989, sf. 24.

Bu yazarların yanı sıra mukayeseli hukukta da bu görüşün temsilcilerini bulmak mümkündür. Bkz. **Fontaine**, *Offre et Acceptation*, sf. 115; E. Allan **Farnsworth**, “Negotiation of Contracts and Precontractual Liability: General Report”, Conflicts et Harmonisation, Mélanges en l'Honneur d'Alfred E. von Overbeck à l'Occasion de son 65e anniversaire, Fribourg 1990, sf. 658.

<sup>206</sup> **Fontaine / De Ly**, sf. 61. Bu görüşün değerlendirilmesi için bkz. ileride §2, II, D, 3.

montanlı işlerde, örneğin bir şirket birleşmesinde ya da bir joint-venture oluşumunda kimi zaman görüldüğü üzere bir kaç ay hatta bir kaç sene dahi sürebilmektedir.

Kanaatimizce burada esas itibariyle klasik çerçevenin dışına fazlaca çıkıldığı iddia edilemez. Tarafların karşılıklı beyanları kuruluş sürecinde takip edilebilmekte ve sözleşme yine bir icabın kabulüyle kurulmaktadır. Sadece bu beyanların oluşumu biraz daha uzun bir sürece yayılmakta ve taraf beyanlarının karşılıklı etkileşimi daha ön planda görünmektedir.

Yukarıda da bahsetmiş olduğumuz gibi sözleşme, kimi zaman oldukça uzun bir süreç sonucunda ulaşılan bir sonuçtur. Klasik teori sözleşmenin icap ve kabul beyanlarıyla kurulduğunu söylerken, esas itibariyle bir soyutlamaya gitmekte ve bu beyanların oluşturulma sürecini dikkate almamaktadır. Oysa günümüzde ele alınan büyük projelerde bu süreç çok önem teşkil etmektedir. Taraflar karşılıklı yazışmalar, görüşmeler, temaslar sonucunda ne istediklerini, bundan da önemlisi ne elde edebileceklerini anlama noktasına gelmekte, bu arada da sürekli olarak nihai amaçları olan sözleşmeyi inşa etmektedirler. Yapılan her yazışma, her telefon görüşmesi, tutulan her tutanak ve arada yapılan öncül nitelikli hazırlık sözleşmeleri<sup>207</sup> esas itibariyle nihai sözleşmeyi oluşturan yapı taşlarıdır. Öyle ki, bu süreç içerisinde artık kimin beyanının icap, kiminkinin kabul olduğu bile belirsiz hale gelebilir. Tarafların her ikisi de verdikleri teklif ve karşı tekliflerle hem icabın hem de kabulün oluşturulmasına katkıda bulunabilirler<sup>208</sup>. Hatta bazı durumlarda tam olarak bir icap – karşı icap olarak nitelendirilemeyecek küçük parçaların, birkaç turun sonunda yavaş yavaş bir araya gelmesiyle belli bir uzlaşmaya varılması söz konusu olabilir<sup>209</sup>. Taraflar önce birbirlerini tanımak amacıyla basit bir bilgi alışverişinde bulunurlar. Bu şekilde birbirlerinin önceliklerini, ilgilendikleri ve ilgilenmedikleri konuları tespit edebilirler. Daha sonra ise karşılıklı birtakım tavizlerle belli başlı konularda bir uzlaşma zemini arama noktasına gelinir. Bu aşamada görüşmeleri yürüten idareciler işi hukuk danışmanlarına bırakabilir ve bazı taslak metinlerin düzenlenmesi söz konusu olabilir. Ancak bu noktaya kadar henüz kimse kesin bir icapta bulunmuş değildir. İdareciler kendilerini bağlayacak tekliflerde bulunmak istemez ve önemli konuları belirlemekle yetinirler; avukatlar

<sup>207</sup> Bu kavramla ilgili olarak bkz. ileride § 2, II, C.

<sup>208</sup> **Kocayusufoğlu**, sf. 168; Fabien **Accad**, Les Pourparlers, Villeneuve d'Ascq 1999, sf. 88.

<sup>209</sup> **Farnsworth**, sf. 658.

ise kendilerine verilen yetki çerçevesinde çoğunlukla bağlayıcı anlaşmalar yapma imkânına zaten sahip olmayacaklardır<sup>210</sup>.

İşte bu süreci dikkate almayan klasik teorinin taraf beyanlarını icap ve kabul olarak kategorize edip, sözleşmenin kuruluşunu da ancak bu iki beyanın karşılaşması haline indirgemesi bazı yazarlar tarafından keyfi bir ayırım olarak nitelendirilmiş<sup>211</sup> ve sözleşmenin kuruluşu ile ilgili klasik kuralların 19. yüzyılın ölçülü temposuna uygun olduğu ve günümüzün büyük çaplı işlemlerinin karmaşık oluşum sürecinde bu kuralların kendilerine çok az yer bulabilecekleri ifade edilmiştir<sup>212</sup>. Hatta bazı yazarlar sözleşmenin kurulması için asıl olan yöntemin klasik yöntem değil, müzakere sonucu hazırlanan metnin benimsenmesi yolu olduğunu ileri sürmektedirler<sup>213</sup>.

Sözleşmenin kuruluşu hususundaki bu yaklaşımı bazı hallerde hayatın gerçeklerine daha yakın bulmakla birlikte, göz ardı edemeyeceğimiz gerçek, bugün yürürlükte olan Borçlar Kanunu'nun klasik teoriyi kabul etmiş olduğudur. O halde sözleşmenin katmanlar halinde kurulması teorisinin Türk Hukuku'nda uygulanabilir olup olmadığı incelenmelidir. Başka bir deyişle, cevap aradığımız husus, bugünkü Borçlar Kanunu md. 1'in sözleşmenin kuruluşu için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını aradığı gerçeği karşısında, sözleşmenin bu beyanların bir anda karşılaşmasıyla değil de zaman içinde oluşturulmasıyla kurulup kurulamayacağıdır.

Bu soruya verilmesi gereken cevap hiç şüphesiz ki olumlu olacaktır. BK md. 1 metni icap ve kabulün belli bir tanımını vermezken, bu beyanların oluşturulması ya da karşılaşması zamanı açısından da hiçbir sınırlama getirmemektedir. Burada aranan, *iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan etmeleridir*.

<sup>210</sup> Farnsworth, sf. 658. Bu konuda bkz. *International Telemeter Corp. v. Teleprompter Corp.*, 592 F.2d 49, (2d cir. 1979), kararın tam metni için bkz. [http://www.altlaw.org/v1/cases/555015#fn1-1\\_ref](http://www.altlaw.org/v1/cases/555015#fn1-1_ref).

<sup>211</sup> Alfred Rieg, "La punctuation: contribution à l'étude de la formation successive du contrat", Etudes offertes à Alfred Jauffret, d'Aix-Marseilles 1974, sf. 594.

İcap ve kabul beyanlarının sözleşme kurmanın tek yolu olmadığı, esas itibarıyla sözleşmeler yüz yüze kurulduğu için taraf iradelerinin bu şekilde kalıplara sokulmasına uzun yıllar gerek görülmediği, ancak güvenilir bir posta teşkilatının kurulmasıyla gaipler arasında sözleşme kurulması imkanı hasıl olunca bu ihtiyacın ortaya çıktığı yönündeki görüş için bkz. H. Kötz/A.Flessner, *European Contract Law, Volume I, Formation, Validity and Content of Contracts, Contracts and Third Parties*, Oxford 1997, sf. 16 (Fontaine, *Processus*, sf. 452'den naklen.).

<sup>212</sup> Farnsworth, sf. 657.

<sup>213</sup> Bkz. bu görüşte Bucher, *Basler Kommentar, Vorbem. zu Art. 3-9, N. 4* (naklen Kocayusufpaşaoğlu, sf. 166.).

Taraflar bu rızalarını oluştururken çeşitli etkenler rol oynayabilir. Özellikle teknik uzmanlık ve bilgi birikimi gerektiren hususlarda konunun uzmanlarından görüş almak gerekebilir. Bazı büyük projelerde öncelikle finans uzmanları, hukuk danışmanları, muhasebe uzmanları gibi teknik kişilerin müzakereleri imza aşamasına kadar yürütmeleri sıklıkla rastlanan bir durumdur. Bu müzakereler sonucunda oluşan nihai metnin içinde artık her iki tarafın da konuya ilişkin isteklerinin yansımış olması da normaldir. Böyle bir metin yetkili kişilerce imzalandığında, onların iradeleri açıkça ortaya konmuş olur ama artık burada şeklen icap ve kabul olarak bölünmeye müsait iradelerden bahsetmek oldukça zordur<sup>214</sup>. Taraflar yine *rızalarını* karşılıklı ve birbirine uygun olarak ortaya koymaktadırlar; nihai olarak bir metin imzaladıklarında ya da el sıkıştıklarında her ikisi de üzerinde anlaşılacak hususlarda mutabıktır, bu anlaşmayla kendilerini bağladıklarının da bilincindedir. Her ikisi de bir diğeriyle sözleşme ilişkisi içine girmek istemektedir, beyan edilen iradeler de bu yöndedir. Bu şekilde bir mutabakat sağlanmış olmasında BK md. 1 hükmüne de Borçlar Hukuku'nun genel prensiplerine de hiçbir aykırılık yoktur. Dolayısıyla, her ne kadar günümüzün ekonomik imkânları gereği uzun müzakereler sonucunda oluşturulacak karmaşık yapıdaki sözleşmelere daha sık rastlansa da, mevcut sistem içerisindeki prensiplerden bu nedenle vazgeçilmesini gerektiren bir durum yoktur. Zaten sözleşme bir kere kurulduktan sonra icabı kimin yapmış olduğu, kabulün kimden geldiği gibi konular da önem arz etmeyecek ve bunun teknik olarak tespit edilememesinin de yaratacağı bir olumsuzluk söz konusu olmayacaktır<sup>215</sup>.

Kaldı ki, şöyle bir soru da akla gelebilir : Acaba bütün bu müzakere aşamasının sonucunda, taraflardan biri kendisini varılan sonuçla bağlı sayıp karşı tarafa bu esasları kabul etmesi yönünde bir teklifte bulunmayacak mıdır? Başka bir deyişle, ne kadar uzun sürerse sürsün müzakerelerin bir aşamasında mutlaka taraf beyanları icap ve kabul olarak kendini belli etmeyecek midir<sup>216</sup>?

Şüphesiz ki, çoğu halde, bu soruya olumlu yönde cevap verilmesi mümkündür. Taraflar, müzakere sürecinde üzerinde teker teker anlaşma sağlanan hususlarda olumlu rızalarını beyan ederken, bu rıza hiçbir zaman sözleşmenin tamamına yönelik

<sup>214</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**'na göre burada *birlikte muvafakat* yoluyla kurulmuş bir sözleşme vardır, sf. 168. Böyle bir durumda yukarıda ele alınmış olan ve sözleşme müzakerelerini üç etap halinde ele alan görüşün en azından üçüncü etabı uygulama alanı bulamayacaktır. Bkz. yukarıda Birinci Bölüm, §1, II, E.

<sup>215</sup> Bu yönde **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 180; **Eren**, sf. 219; **Oğuzman/Öz**, sf. 46;

<sup>216</sup> Hans **Merz**, Vertrag un Vertragsschluss, 2. Auflage, Fribourg 1992, N. 191a (naklen **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 168.); aynı görüşte **Kuonen**, sf. 230.

bir bağlanma iradesi şeklinde değildir. Sözleşmenin tamamına yönelik olan bağlanma iradesi ancak sözleşmenin tüm unsurları üzerinde anlaşma sağlandığında ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla, her ne kadar oluşumu belli bir sürece yayılmış olsa da, ortaya çıkışı itibariyle sözleşmenin kuruluşu ihtimallerin büyük çoğunluğunda bir an itibariyle olacaktır. Gerçekten de taraflardan biri müzakerelerin belli bir aşamasında, o âna kadar gelinen noktaya tatmin olarak, bu esaslar üzerinden sözleşmenin kurulması için bir icapta bulunabilir. Fakat yine de bu sorunun cevabı tüm ihtimalleri karşılayacak şekilde geniş tutulmamalıdır. Aksi halde yukarıda ele alındığı gibi tarafların ortak iradelerini ortaya koyarak birlikte hazırladıkları bir metni esas almaları hali karşısında bu metnin tamamına yönelik bir icap ya da kabul beyanını aramak fazlasıyla zorlama ve yapay kalacaktır<sup>217</sup>. Ancak netice olarak kanaatimizce, sözleşmenin kuruluşu için tamamen farklı bir teori geliştirerek BK md. 2’de yer alan klasik kuruluş modelinin dışına çıkmak için bir sebep bulunmamaktadır. Kaldı ki, pratik açıdan da sözleşmenin ne zaman kurulduğunu tespit edebilmek kanunun bağladığı kimi sonuçların<sup>218</sup> gerçekleşebilmesi açısından da önem arz etmekte ve klasik model dışında bunu tespit edebilmek her zaman mümkün görünmemektedir.

Borçlar Kanunu esas itibariyle sözleşmenin kuruluşundan sonrası ile ilgilenmekte ve ilk icabın oluşturulması anından itibaren bazı düzenlemeler öngörmektedir. Kanaatimizce, ne kadar karmaşık olursa olsun, taraflar müzakere sürecini bir anlaşmayla tamamlar ve hedefledikleri sözleşmeyi kurabilirlerse bundan önceki süreçle ilgilenmenin zaten bir anlamı da yoktur. Buradaki asıl problem tarafların müzakereler neticesinde bir uzlaşmaya varamamaları halinde kendisini gösterir ve esas itibariyle üzerinde durulması gereken husus da budur.

## **§2. Müzakere Sürecinde Ortaya Çıkan Çeşitli Metinlerin Genel Özellikleri ve Hukukî Nitelikleri**

Her türlü sözleşme ve iş ilişkisinin müzakere safhasında esas sözleşme metni dışında birtakım öncül nitelikli hazırlık metinlerine rastlanabilir. Bu tip metinlerin

<sup>217</sup> Bu yönde **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 169; **Fontaine**, *Offre et Acceptation*, sf. 126. Sözleşmenin kurulma süreci yukarıda ele alındığı seyri izledikten sonra nihaî sözleşmeyi imzalamaya yetkili kimseler “*closing*” için bir araya gelerek bir sözleşme metnini imzalar. Bu aşamada tarafların önüne konan metin her iki tarafın da önem verdiği konuları kapsamaktadır. Böyle bir metnin imzalanması halinde artık teknik manada bir icap – kabul karşılaşmasından bahsedilemeyecektir.

<sup>218</sup> Sözleşmenin kuruluş ânının tespiti örnek olarak ayıp, yarar ve hasarın alıcıya geçmesi, imkânsızlık gibi hususların tespiti açısından önem arz etmektedir. Bu açıdan, özellikle kabul beyanının gönderilme ânının belirlenmesiyle sözleşmenin hükümlerini doğurmaya başlaması söz konusu olacağı için ancak klasik teorinin benimsenmesiyle bu sonuca ulaşılabilir. Örnek olarak bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sf. 97.



düzenlenmesine genel olarak mal ve hizmetlere yönelik satım sözleşmeleri, finans işlemleri, gayrimenkullere yönelik işlemler ve şirket birleşme ve devirleri kapsamında rastlanmaktadır<sup>219</sup>.

Sözleşmeye giden yolun döşeme taşları olarak nitelendirilebilecek bu metinlerin hukukî nitelikleri oldukça belirsizdir. Bunun bir sebebi çeşitli hukuk düzenlerinde bu konuda farklı yaklaşımların mevcut olması, bir diğer sebebi de içeriklerinin tamamen tarafların iradelerine bağlı olmasıdır. Bu nedenle metinlerin başlıkları da çoğu zaman aldatıcı olabilmekte ve aynı başlığa sahip iki metnin içerikleri birbirinden tamamen farklı görünüm arz edebilmektedir. Bu belirsizliğe rağmen, sözleşme öncesinde bu tip bir belgenin düzenlenmiş olması müzakerelerin belgelenmesi ve pekiştirilmesi açısından önemli bir rol oynamaktadır. Bir sözleşme niteliğinde olmasa da bir belgenin düzenlenerek imzalanmış olmasının taraflar üzerinde psikolojik bir etkisi olacaktır. Öte yandan bu tip metinler tarafların sorumlulukları üzerinde de önemli etkilere sahip olabilmektedir. Bu etkinin ne derecede olabileceğini anlayabilmek için ise hazırlanması muhtemel bu metinlerin çeşitli tiplerini ve genel özelliklerini incelemek gerekmektedir.

Bu tip metinlerin büyük çaplı uluslararası operasyonlarda da kullanıldığı göz önünde bulundurulduğunda, işadamları ve hukukçular bu operasyonlar kapsamında kendilerine yabancı bir hukuk düzeniyle karşılaşmaktadırlar. Bu yabancı düzende sözleşme öncesinde hazırlanan metinlerle varılması hedeflenen hukukî sonuçlar ise Türk Hukuku açısından her zaman tatmin edici olmayabilir. Taraflar bazen pozitif hukuktaki, bazen de sisteme egemen olan temel prensiplerdeki farklılıklar sebebiyle hiç beklemedikleri neticelerle karşılaşabilirler. Bu nedenle de bu metinlerin Türk Hukuk düzeni açısından hangi sonuçları doğurmaya müsait olduğunu incelemekte fayda olacaktır.

### **I. Müzakere Sürecinde Hazırlanan Metinlerin Görünüm Biçimleri**

Müzakere sürecinde ortaya çıkan metinler hem içerik hem şekil itibarıyla esas olarak taraf iradelerine bağlıdır, bu nedenle de çok farklı çeşit düzenlemelerle

<sup>219</sup> Ralph B. Lake/Ugo Draetta, Letters of Intent and Other Precontractual Documents Comparative Analysis and Forms, 2<sup>nd</sup> edition, Salem 1994, sf. 3. Yazarlar Amerika'da 1993 yılında taraflardan en azından birinin bir Amerikan şirketi olduğu, toplam değeri 5 milyon doların üzerinde 3889 adet birleşme ve devir işleminin yapıldığını; ayrıca Amerikan şirketlerinin taraf olduğu bu işlemlerin yüzde 22'sinde diğer tarafın bir yabancı şirket olduğunu ifade etmektedirler. Aynı şekilde Avrupa'da da 1990 yılının ilk çeyreğinde 695 adet sınır ötesi birleşme ve devralma işleminin yapıldığı tespit edilmiştir.

karşılaşılmaktadır. Bu metinlerin bu derece çeşitli şekil ve isim altında karşımıza çıkması bizi, tarafların esas olarak bu metinleri birer sözleşme olarak görmedikleri ve buna paralel olarak iradelerini de bu yönde kullanmak istemedikleri sonucuna götürebilir<sup>220</sup>.

Taraflardan birinin anlaşmaya aykırı davrandığının ileri sürülebilmesi ve onu anlaşmaya uygun davranmaya mecbur edecek yaptırımlar uygulanabilmesi için söz konusu anlaşmada tarafların kendilerini hukuken bağlayarak, bir yükümlülük altına girmek istedikleri yönündeki iradelerinin açık bir şekilde ortaya konması gereklidir. Oysa, tarafların amaçladıkları sözleşmeyi kurmadan önce ortaya koydukları iradeler, belli bir metinde açığa vurulmuş olsa bile, bu her zaman hukukî bir yükümlülük altına girmek istedikleri, kendilerini hukuken bu metinlerle bağlı gördükleri ve özellikle de bir sözleşme kurdukları şeklinde bir neticeye varmaya uygun olmayabilir. Hazırlanan müzakere metinlerinde amaçlanan sadece sözleşme sürecindeki birtakım belirsizliklerden kaçınmak ve bu süreci bir düzen altına almaktır<sup>221</sup>. Yukarıda da ifade edilmiş olduğu gibi, her sözleşme mutlaka tarafların arasında bir anlaşma olduğunu gösterir ama her anlaşma bir sözleşme değildir. Bununla beraber, bu metinler ne kadar çeşitli amaçlarla hazırlanmış olurlarsa olsunlar, nihaî hedef her zaman bir sözleşmenin kurulmasıdır. Bu nedenle de sözleşme öncesi metinler düzenlenirken nasıl kaleme alındıkları ve seçilen kelimeler büyük önem taşımaktadır.

Bazı genel çizgiler dışında müzakere metinlerini tipik olarak ayırma ve sınırlarını mutlak olarak belirleme imkânı yoktur. Kanunî bir düzenlemenin olmamasının yanı sıra, doktrin ve uygulamada da bu hususta bir terim birliği bulunmaması konunun ele alınmasını zorlaştırmaktadır. Bir yazar tarafından *Memorandum of Understanding (MoU)* olarak adlandırılan bir metin, diğeri tarafından *Heads of Agreement (HoA)* olarak adlandırılabilir ya da niyet mektubu (*Letter of Intent = LoI*) örneğinde görüldüğü gibi sözleşme öncesi hazırlanan belgelerin tümünü ifade etmek için tek bir kavram da kullanılabilir<sup>222</sup>.

<sup>220</sup> **Péloquin/Assié**, sf. 177; aynı yönde **Lake/Draetta**, sf. 6; benzer yönde **Farnsworth**, sf. 669.

<sup>221</sup> **Farnsworth**, sf. 669.

<sup>222</sup> Bu kavramların değişik içerikleri ifade ettiği ve birbirleri yerine kullanıldığı konusunda bkz. Marcel **Fontaine/Filip De Ly**, *Droits des Contrats Internationaux Analyse et Rédaction de Clauses*, 2<sup>ème</sup> édition, Bruxelles 2003, sf. 6 ve 7; **Lake/Draetta**, sf. 5. Bu metinlerin hem içerikleri hem de hukukî neticeleri açısından tam bir tutarlılık göstermediği yönünde J.M. **van Dunné**, “The

Aşağıda müzakere metnlerinin çeşitli kriterlere göre nasıl gruplanabileceği görülmektedir. Bu gruplandırma tüketici olmadığı gibi, gruplar da birbirini dışlar nitelikte değildir. Bir başka deyişle bir müzakere metni esas alınan kritere göre farklı gruplarda yer alabilecektir.

## A. Hazırlayan Taraf Sayısı Açısından

### 1. Tek Tarafın Hazırladığı Metinler

Genel olarak niyet mektupları ve ifaya yönelik talimatların yer aldığı *instruction to proceed* tek taraflı hazırlanan metinlerdir. Özellikle niyet mektupları açısından uygulamada karşılıklı hazırlanan bazı metinlere de rastlanmaktaysa da bizim benimsediğimiz ayırım itibarıyla bu çalışma kapsamında niyet mektupları tek tarafın hazırladığı metinler olarak ele alınacaktır.

### 2. Tarafların Birlikte Hazırladıkları Metinler

Tarafların birlikte hazırladıkları metinlerde genellikle tek taraflı ya da karşılıklı yükümlülükler öngörülmektedir. Bu açıdan müzakere sözleşmeleri, sözleşme tasarısı ve centilmen anlaşmaları tarafların birlikte hazırladıkları metinlerdir.

Bununla beraber, taraflardan biri de örneğin bir *memorandum of understanding* hazırlayarak diğerine gönderebilir. Böyle bir durumda o taraf, müzakerelerde o ana kadar gelinen aşamayı kendi anladığı şekilde özetlemiş olacak; ancak böyle bir metni düzenlemekle karşı tarafı herhangi bir yükümlülük altına sokamayacaktır. Karşı tarafın da bu metinle bağlanması ancak ona açık ya da zımni bir şekilde rıza göstermesine bağlı olacaktır. Burada bağlanma ile ifade edilmek istenen, tarafların bu metinde yer alan hususların doğruluğu konusunda anlaşmış olmalarıdır.

Toplantı tutanakları ise müzakere sürecinde yapılan her görüşme sırasında tutulan zabıtlardan ibarettir. Taraflardan her biri bunun için kendi adamlarını görevlendirebilecekleri gibi, ortak bir kâtip de görevlendirebilirler.

---

Prelude to Contract, the Treshold of Tort. The law of Precontractual Dealings in the Netherlands”, Netherland Report to the XIIIth IACL Congress, sf. 223-237 (naklen **Grosheide**, sf. 96.). **Fontaine** bu açıdan bir terminoloji anarşisi yaşandığından bahsetmektedir, “Les Lettres d’intention dans la négociation des contrats internationaux”, Droit et Pratique du Commerce International T: 3 No : 2, Avril 1977, sf : 99.

Bir Amerikan mahkemesi sözleşme öncesi öncesinde hazırlanan metinlerin ilkini niyet mektubu olarak nitelendirmiş, daha sonra gelen ve nispeten daha uzun hazırlanan taslaklara ise anlaşma (*agreement*) ya da *memorandum* deneceğini ifade etmiştir, bkz. *Chicago Inv. Corp. V. Dollins*, 481 N.E. 2d 712 (1985). Karar için bkz. **Lake/Draetta**, sf. 7 dpn. 17.

## **B. Taraflara Borç Yükleme Açısından**

### **1. Borç Yükleme Metinleri**

Sözleşme kurulmadan önceki müzakere döneminde taraflar kural olarak bu sözleşmeyi kurup kurmamak, hatta müzakerelere devam edip etmemek konusunda özgürdürler. Bu aşamada onlara yüklenen borçlar genel olarak bir özen borcu niteliği taşımaktadır.

Bununla birlikte tarafların bazı düzenlemeler yaparak bu dönemde de sonuç borcu niteliğinde birtakım borçlar üstlenmeleri mümkündür. Bu borçların neler olabileceği ileride ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Müzakere sözleşmeleri, belli ölçüde prensip anlaşmaları ve centilmen anlaşmaları taraflara borç yükleyen metinlerdir.

### **2. Borç Yüklemeyen Metinler**

Müzakere sürecinde taraflara herhangi bir borç yüklemeyen metinlerin başında toplantı tutanakları gelir. Bunun yanı sıra, niyet mektubu da borç yükleyen bir metin değildir. *Instruction to proceed* olarak ifade edilen ifaya yönelik talimatlar ise karşı tarafa ifaya başlaması yönünde bir talimat verir, ama tek taraflı olarak kimseye borç yükleme imkânı olmadığına göre bu metni de borç yüklemeyen bir metin olarak değerlendirmek gereklidir. Bu talimatı alan karşı taraf ifaya başlamadığı takdirde hukukî bir yaptırımla karşılaşamaz; bir başka ifadeyle bu talimata uygun davranması için hukuken zorlanamaz.

## **C. Tarafları Bağlayıcı Olması Açısından**

### **1. Bağlayıcı Olan Metinler**

Hukuken bağlayıcı olmaları açısından bu metinler oldukça geniş bir yelpazeye yayılmış durumdadır. Bu yelpazenin bir ucunda tarafların kendilerini belli şartlarla yükümlülük altına soktuğu, sözleşmeyle ilgili temel bazı esasların belirlendiği metinler yer alır. Müzakerelerin ana çerçevesini de çizebilen bu metinlerle taraflar müzakere sürecinde ve bazı hallerde ise daha sonrasında bağlı olurlar.

Esas itibarıyla taraflara borç yükleyen müzakere metinleri aynı zamanda kaçınılmaz olarak bağlayıcı da olmaktadır. Ancak, burada da bağlayıcılık metnin tamamı açısından değil, sadece üstlenilen borçlar açısından söz konusudur; bunlar taraflarca kararlaştırılmış ve üzerinde tam bir uyum sağlanmış sözleşmesel borçlardır. Öyle ki, bu tip borçların kendi başlarına ayrı bir sözleşme olarak da düzenlenme imkânı mevcuttur. Bu yola başvurulmadığı takdirde ise taraflara

yüklenen borçların yer aldığı metnin geri kalan bölümleri tarafları sözleşmesel olarak bağlamayacaktır.

Ele alınacak metinler içerisinde bütünüyle bağlayıcı olan tek metin, başlı başına bir sözleşme olan müzakere sözleşmesidir. Bunun dışında centilmen anlaşmaları da hukukî açıdan olmasa da ahlâki ve vicdanî açıdan bağlayıcı kabul edilmektedir.

## 2. Bağlayıcı Olmayan Metinler

Yelpazenin bir diğer ucunda ise tarafların kendilerini hukuken hiçbir yükümlülük altına sokmak istemediği ve kendilerini açıkça “hukuk dışında” konumlandığı metinler bulunmaktadır. Esas itibariyle bunlar da bir açıdan bağlayıcı metinler olarak değerlendirilebilir, ancak buradaki bağlayıcılık hukuken yaptırım olan bir bağlayıcılık değildir. Daha ziyade tarafların ticarî şöhret ve itibarlarını ilgilendiren bir bağlayıcı olma hali söz konusudur<sup>223</sup>.

Kural olarak müzakere sürecinde hazırlanan ve sözleşmesel niteliği bulunmayan niyet mektubu, sözleşme tasarısı, toplantı tutanakları, *instruction to proceed* gibi metinler bağlayıcı değildir. Ancak özellikle niyet mektubu ve sözleşme tasarısı ya da prensip anlaşması gibi metinlerde kullanılan ifadeler son derece önem taşımaktadır. Bazı durumlarda bu metinlerin kaleme alınışı sebebiyle taraflara bir irade atfedilmesi ve onların bu metinlerle bağlanması söz konusu olabilmektedir. Bu nedenle bağlanma yönünde bir iradelerinin bulunmadığını açıkça belirtmelerinin faydalı olacağı ifade edilmektedir.

Bununla birlikte, bu tip metinlerin hazırlanmış olması taraflar arasındaki ilişkide belli bir mesafe katedildiğinin göstergesidir ve bu aşamadan sonra taraflar sözleşmesel olarak bir bağlılık içinde olmasalar dahi, müzakerelerin başlangıcındaki kadar rahat hareket edemeyeceklerdir. Özellikle, üzerinde anlaşılmış hususların neler olduğu tespit edildikten sonra bir tarafın sebepsiz yere bu konuları tekrar tartışmaya açması müzakereleri zora sokmaya yönelik bir hareket olarak değerlendirilebilecek ve bunu ileri süren tarafın *culpa in contrahendo* sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

<sup>223</sup> Burada esas itibariyle bir hazırlık metninin değil ama hukuken bağlayıcılığı olmayan bir nihai metnin söz konusu olduğu hakkında bkz. **Péloquin/Assié**, sf. 178. Genel olarak *gentlemen's agreement* olarak isimlendirilen bu tip metinlere örnek olarak yazarlar himaye beyanlarını (*comfort letter*) göstermektedir. Bu konuyla ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz. § 2, II, F.

## **D. Doğurduğu Sonuçların Müzakere Süreciyle Sınırlı Olması Açısından**

### **1. Sadece Müzakere Sürecinde Geçerli Olan Metinler**

Müzakere sürecinde hazırlanan metinlerin bazıları sadece bu sürece yöneliktir ve dolayısıyla sadece bu sürecin sonuna kadar etkilidir. Bu açıdan özellikle müzakerelerin süresi, toplantı yer ve saatleri, ne kadar sıklıkta görüşmeler yapılacağı, masrafların nasıl paylaşılacağı ve bunun gibi tamamen müzakere sürecinin planlanıp organize edilmesine yönelik düzenlemeleri ihtiva eden müzakere sözleşmeleri sadece müzakereler devam ettiği müddetçe geçerli olacaktır. Bu kapsamda tarafların birbirlerine karşı müzakere ettikleri konularda üçüncü kişilerle paralel müzakereler yürütmemeye yönelik vermiş oldukları taahhütleri içeren münhasırlık sözleşmeleri de tabii olarak sadece müzakere sürecinde geçerli olacaktır<sup>224</sup>.

Aynı şekilde, hazırlanan bir sözleşme tasarısı da müzakereler neticesinde hedeflenen asıl sözleşmenin kurulmasıyla etkisini kaybedecektir. Bunun gibi toplantı tutanakları, niyet mektubu gibi metinlerin doğurduğu sonuçların da genel olarak sözleşmenin müzakere dönemiyle ilgili olduğu söylenebilir. Centilmen anlaşmaları ise düzenledikleri konu itibarıyla her iki kategoride de yer almaya uygundur. Eğer taraflar hazırladıkları bir centilmen anlaşmasında, sadece müzakere sürecine yönelik bir anlaşmaya varmışlarsa, bu metin taraf iradelerine uygun olarak müzakere süreci sonrasında geçerli olmayacaktır. Ancak taraflar, müzakere sürecinin sona ermesinden sonra da geçerli olacak şekilde bir anlaşma yapabilirler.

### **2. Müzakere Süreci Sonrasında Etkisini Koruyan Metinler**

Tarafların yapacakları bazı anlaşmaların etkisi müzakere sürecinden sonra da devam edebilir. Burada özellikle sır saklamaya (*confidentialité, non disclosure*) yönelik yapılan anlaşmalar önem taşımaktadır. İleride ayrıntılı olarak ele alacağımız sır saklama yükümlülüğü, kural olarak hedeflenen sözleşme kurulsun ya da kurulmasın müzakereler sona erdikten sonra da belli bir süre devam edecek şekilde düzenlenmektedir<sup>225</sup>. Taraflar bu şekilde müzakereler kapsamında karşı tarafın eline geçen bilgileri kendi çıkarına kullanmasını da engelleyerek dolaylı yoldan bir rekabet etmeme yükümlüğünü de öngörmüş olmaktadır.

<sup>224</sup> Bu yükümlülükle ilgili olarak bkz. § 3, I, B.

<sup>225</sup> Uygulamada bir ila üç yıllık süreler öngörüldüğü hakkında bkz. § 3, I, B.

Bunun dışında, sözleşme tasarısı ya da toplantı tutanakları gibi metinler, yukarıda da ifade edildiği gibi hem bağlayıcı değildir hem de müzakere sürecinden sonra etkili olmazlar. Bununla birlikte sözleşme kurulurken tarafların pozisyonlarını göstermeleri açısından kurulan sözleşmenin yorumlanmasında rol oynayabilir ve bu açıdan müzakere sürecinden sonra da etkili oldukları söylenebilir. Fakat yukarıda da ifade edildiği gibi taraflar getirecekleri bir düzenlemeyle bu tip metinlerin ileride kurulacak sözleşmenin yorumunda kullanılmasını engelleme hakkına da sahiptirler<sup>226</sup>.

## E. Konu ve Amaç Açısından

### 1. Kurulması Hedeflenen Sözleşmeyi Kurmaya Yönelik

Müzakere metinleri (*precontractual agreements, preliminary agreements, documents précontractuels*) içeriklerine göre de gruplanabilir. Bu açıdan sadece müzakere sürecini düzenlemeye yönelik metinler olabileceği gibi, kurulması hedeflenen sözleşmenin içeriğine yönelik metinler de hazırlanabilir. Bu tip metinlerde artık yavaş yavaş hedeflenen sözleşmenin şekillendiğini görmek mümkündür.

Bunlar arasında en önde gelen metin, sözleşme tasarısıdır. Sözleşme tasarısı ile taraflar ileride kurmayı hedefledikleri sözleşmenin temelini oluşturmaktadırlar. Bu amaçla taraflar karşılıklı borç ve yükümlülüklerinin neler olduğuna ilişkin bir taslak metin hazırlamış olurlar. Burada dikkat edilmesi gereken husus ise, tarafların ileride kurulması hedeflenen sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde anlaşma sağlamış olmaları halinde bu aşamada dahi sözleşmenin kurulmuş kabul edilebileceğidir<sup>227</sup>. Bu tip metinler hazırlanırken taraflar, bir yandan kendi sözleşme özgürlüklerini olabildiğince muhafaza ederken, diğer yandan da karşı tarafın bu özgürlüğünü mümkün olduğunca sınırlama yönünde bir eğilim göstermekte ve bu amaçla da kendi lehlerine yorumlanabilecek muğlak ifadeleri tercih etmektedirler. Esas itibarıyla ortaya çıkan sorunların kaynağında da bu tip davranışlar yer almaktadır<sup>228</sup>.

<sup>226</sup> “*Four corners clause*” ya da “*merger clause*” gibi isimler alan bu düzenlemeyle ilgili bkz. ileride § 2, II, D, 3.

<sup>227</sup> Hangi durumlarda bu tip bir sonuçla karşılaşılabileceğine ilişkin olarak bkz. § 2, II, D, 2.

<sup>228</sup> *Péloquin/Assié* anlaşmazlık halinde yorum yapmak zorunda kalan hakimin, olmaması gereken yerlerde hukuken bağlayıcı ifadelerle rastlayabileceğini ve tarafların bu şekilde bir felakete davetiye çıkardıklarını ifade etmektedirler. Bkz. *Péloquin/Assié*, sf. 198.

## 2. Yan Esasları Düzenleyen Metinler

Müzakere metinlerinin bazıları ileride kurulması hedeflenen sözleşmenin içeriğine ilişkin hiçbir hüküm içermeyip sadece müzakere uulü ile ilgili bazı düzenlemeler öngörebilir. Müzakere sözleşmeleri bu tip metinlerdendir.

## 3. Karma Yapılı Metinler

Bu iki uç noktanın arasında ise melez<sup>229</sup> ya da karma metinler olarak nitelendirilebilecek, hem kurulması hedeflenen sözleşmenin içeriğine yönelik bazı düzenlemeler hem de müzakerelerin yönünü belirleyen bazı ilkeler ihtiva eden metinler bulunur. *Memorandum of Understanding* ya da prensip anlaşmaları bu tip karma yapıları metinlerden sayılabilirler.

Hangi kategoride yer alırsa alsın müzakere metinlerinin değerlendirilmesinde belirleyici olacak unsur tarafların niyetleridir. Bunun yanı sıra metinlerde kullanılmış olan bazı klozlar, operasyonun büyüklüğü ve karmaşıklığı, tarafların tutum ve davranışları, müzakerelerin süresi, teamüller gibi diğer bazı unsurlar da metinlerin belirli bir yönde değerlendirilmesinde yardımcı olurlar. Bu tip unsurların da değerlendirilmesiyle bazı durumlarda metinlerin bir sözleşme olarak nitelendirilmesi mümkün olabilmektedir. Burada BK md. 18'de ifadesini bulan *falsa demonstratio non nocet* ilkesi gereğince tarafların bir metni hangi başlık altında düzenlediklerine bakılmaksızın, iradelerinin diğer unsurlar da göz önünde bulundurularak değerlendirilmesi ve bu metnin hukukî niteliğinin tespit edilmesi söz konusu olacaktır<sup>230</sup>. Müzakere metinlerinin hukukî niteliğinin tespit edilmesinin önemi kendisini özellikle bu metinlerin bağlayıcılık sorunu açısından ortaya koymaktadır.

## II. Müzakere Sürecinde Düzenlenen Metinler

### A. Niyet Mektubu (*Letter of Intent, Lettre d'Intention*)

Niyet mektubu sözleşme öncesi aşamada en sık kullanılan kavram olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>231</sup>. Yukarıda da bahsedildiği gibi, bazı yazarlar bu terimi

<sup>229</sup> Bu nitelendirme için bkz. **Péloquin/Assié**, sf. 178; **Kuonen**, sf. 257; **Farnsworth**, sf. 669.

<sup>230</sup> Bununla beraber, şüphe halinde, tarafların söz konusu metni, örneğin bir niyet mektubu başlığı altında düzenlemiş olmaları, özellikle de metin bir hukukçu tarafından düzenlenmiş bulunursa, onların henüz bu aşamada bağlanma iradelerinin olmadığı ihtimalini kuvvetlendirecektir, R. **Schlosser**, "Les lettres d'intention: portée et sanction des accords précontractuels", *Responsabilité Civile et Assurance, Etudes en l'honneur de Baptiste Rusconi*, Lausanne 2000, sf. 353.

<sup>231</sup> Yabancı hukuklarda niyet mektubu ifadesi himaye beyanları için de kullanılmaktadır. Himaye beyanı bir holding ya da şirketler grubundaki ana şirketin yavru şirketler lehine özellikle bunların kredi ilişkisine girdikleri bankalara yönelttikleri bazı beyanlar olarak ifade edilebilir. Bu tip niyet



sözleşme öncesi hazırlanan metinlerin tamamını kapsayan bir üst başlık olarak kullanılmaktadırlar<sup>232</sup>. Biz niyet mektubu kavramını bu şekilde kullanmak yerine, niyet mektubunu sözleşme öncesi metinlerin sadece bir türü olarak ele alıyoruz.

### 1. Tanımı

Niyet mektubunun tipik bir amacı veya muhtevası bulunduğu söylenememekle<sup>233</sup> birlikte, bazı temel karakteristik unsurların varlığından bahsedilebilir.

Öncelikle belirtilelim ki, düzenlenme zamanı açısından niyet mektubu sözleşme müzakerelerini başlatacak ilk beyan olabileceği gibi, bunun müzakereler başladıktan sonra da kaleme alınması mümkündür. Gerçekten de bazı hallerde taraflar, önceden düzenlenen bir niyet mektubu olmaksızın, bazı hususlarda görüşürler ve bunun neticesinde bir taraf diğerinden konuşulan hususları içerecek şekilde bir niyet mektubunu düzenleyerek kendisine göndermesini isteyebilir.

Ancak bundan daha önemli olan husus, niyet mektuplarının taraf sayısına göre gruplandırılmasıdır. Bu açıdan hem doktrinde hem de uygulamada niyet mektuplarına yönelik iki temel yaklaşım görülmektedir. Bunlardan birincisi, niyet mektubunu iki taraflı bir belge olarak nitelendiren yaklaşımdır. Buna göre, niyet mektubu “*kurulmak istenen hukukî yapının ana hatlarını, bir sonraki aşamada*

---

mektuplarında ana şirket yavru şirkette belli bir oranda hissesi olduğunu ve kredi geri ödeninceye kadar da bu hisseleri başkasına devretmeyeceğini ya da kredinin geri ödenmesi için elinden geleni yapacağını belirterek bankayı rahatlatma amacı taşır. Hukukî niteliği tartışmalı olan bu beyanlar için kullanılan terimler arasında *comfort letter*, *lettre de patronage*, *lettre de confort*, *lettre de parrainage*, *Patronatserklärung* sayılabilir. Konumuz itibarıyla himaye beyanı niteliğindeki niyet mektuplarını incelememizin dışında bırakacağız. Bu konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Anne **Schollen**, *Les lettres de parrainage ont-elles toujours de bonnes intentions ?*; RDAI no : 7, 1994 ; pp : 793-804; İbrahim **Najjar**, “L’autonomie de la lettre de confort”, *Dalloz* 1989, I, sf : 217 vd.; Michael **Elland-Goldsmith**, “Comfort letters in English law and practice”, RDAI no: 5, 1994, sf: 527-541; Xavier **Barré**, *La lettre d’intention. Technique contractuelle et pratique bancaire*, Paris 1995; Sir Guenter **Treitel**, *The Law of Contract*, 11th edition, London 2003, sf. 167 – 168; Burcu **Oğuztürk**, *Güven Sorumluluğu*, İstanbul 2008, sf. 214 vd.; **Kuonen**, sf. 310 vd; **Lake/Draetta**, sf. 13 vd.

Türk Hukuku’nda bu konudaki bir çalışma için bkz. İsmail **Kırca**, *Kredi Teminatı Aracı Olarak Himaye Beyanı*, AÜHFD, Yıl 1995, Cilt : 44, sayı : 1-4, sf. 451-475.

<sup>232</sup> Bu yazarlara örnek olarak bkz. İsmail Gökhan **Esin/S. Tunç Lokmanhekim**, *Uygulamada Birleşme ve Devralmalar*, İstanbul 2003, sf. 8. Yazarlar niyet mektubu kavramını *Heads of Agreement* ve *Memorandum of Understanding* gibi müzakerelerin herhangi bir aşamasında kaleme alınabilen metinleri de kapsayacak şekilde kullanılmaktadırlar. Aynı yönde **Lake/Draetta**, sf. 5.

<sup>233</sup> Doktrinde mevcut çeşitli yaklaşımlar ve tanımlar için bkz. Cem **Dinar**, *Niyet Mektubunun Hukukî Niteliği ve Bağlayıcılığı*, İstanbul 2008, sf. 5 ve ayrıca dñn. 9 ve 10’da anılan yazarlar. Ayrıca bkz. **Doğan**, sf. 78; **Ayrancı**, sf. 91.

*detaylandırılabilir olan işlemlerin çerçevesini ortaya koyan, yazılı, karşılıklı ve fakat genellikle bağlayıcı olmayan bir irade açıklaması*<sup>234</sup> şeklinde tanımlanabilir.

Bu görüş çerçevesinde, niyet mektubu “*Memorandum of Understanding*” ve “*Heads of Agreement*” gibi tarafların sözleşme müzakerelerinin herhangi bir aşamasında birlikte kaleme aldıkları bazı belgeleri de kapsayacak şekilde kullanılmakta olduğundan *karşılıklı* irade açıklamasından bahsedilmektedir. Bu tip mektupları tarafların birlikte kaleme almayarak, bir tarafın hazırladığı metni diğer tarafın onay vererek imzalaması da mümkündür<sup>235</sup>.

Bu konudaki ikinci yaklaşım ise, niyet mektubuna tek taraflı bir beyan niteliği atfetmektedir<sup>236</sup>. Buna göre niyet mektubu, içeriği tam olarak belirlenmemiş (veya yerine göre tam olarak belirlenmiş) bir sözleşmenin kurulmasını sağlamak niyetinin açığa vurulduğu ve bu sonuca ulaşmak için görüşmelerin ciddi olarak sürdürülmesinin taahhüt edildiği bir metindir; ancak bu taahhüt bağlayıcı nitelik taşımaz. Bu durumda niyet mektubu ile taraflardan biri diğerine belirli şartlar altında sözleşmeyi kurmaya hazır olduğunu bildirmekte<sup>237</sup>, bu husustaki niyetini açığa vurmaktadır<sup>238</sup>. Görüldüğü gibi, bu çerçevede ele alındığında niyet mektubunun tek taraflı beyan karakteri öne çıkmakta ve hiçbir sözleşmesel yükümlülük de içermemektedir.

Doktrinde Ayrancı<sup>239</sup>, niyet mektubu ile sözleşme taslağını niyet mektubunun tek taraflı olarak formüle edilmesi noktası üzerinde durarak birbirinden ayırmakta ve esasen niyet mektubunun bağlanma iradesi içermediği için, bir irade beyanı da

<sup>234</sup> **Esin/Lokmanhekim**, sf. 9. **Lake/Draetta** da benzer bir şekilde niyet mektubunu bir veya daha fazla tarafın ilerideki bir sözleşmeye yönelik olarak uyuşma ve uzlaşmalarını yansıtan sözleşme öncesi bir belge olarak tarif etmektedir, sf. 6. **Kuonen** de iki taraflı niyet mektuplarına oldukça sık rastlandığını ifade etmektedir, sf. 279.

<sup>235</sup> Bu durumda ortaya çıkan metnin basit bir niyet açıklamasının ötesinde, iki taraflı bir sözleşme öncesi anlaşma olarak değerlendirilmesi ve duruma göre bir ön sözleşme, prensip anlaşması ya da müzakere sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkün olacaktır, bkz. **Kuonen**, sf. 279. Bu kavramlar için bkz. §2, II, C vd.

<sup>236</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 111. Yazar niyet mektubunun *tarafları* sözleşmeyi kurma yükümlülüğü altına sokmadığını söylediği için ilk bakışta niyet mektubunu iki taraflı olarak algıladığı izlenimi verse de bu doğru değildir; çünkü yazar aynı zamanda niyet mektubunun karşı tarafın onayına sunulmasından bahsetmekte ve bu onay verilse bile *tarafları* bağlamayacağını ifade etmektedir. Krş. **Dinar**, sf. 18.

<sup>237</sup> **Ayrancı**, sf. 91.

<sup>238</sup> **Kuonen**, tek taraflı niyet mektuplarını “gerçek anlamda niyet mektubu” olarak nitelendirmekte ve burada kesin bir iradenin değil, bir niyetin açıklanmasının söz konusu olduğunu vurgulamaktadır. Bkz. **Kuonen**, sf. 305. Kanaatimizce bu açıdan, niyet açıklamasında bulunmakla bağlanma iradesi olmadan bir beyanda bulunmak arasında sonuçları itibarıyla bir fark yoktur. Bu nedenle yukarıdaki eleştirilerimiz bu görüş için de geçerlidir.

<sup>239</sup> **Ayrancı**, sf. 92.

olmadığını ileri sürmektedir. Yazarın niyet mektubu ve sözleşme taslağı arasında yaptığı ayırımı katılmakla birlikte, kanaatimizce, bağlanma iradesi irade beyanının unsurlarından biri olmadığı cihetle bu doğru bir ifade değildir. Eğer burada bağlanma iradesi ile kastedilen hukukî sonuç iradesi ise, bu ifade bir ölçüde kabul edilebilir olmakla birlikte hukukî sonuç iradesinden yoksun beyanlar, hatta beyan iradesi veya bilincinden yoksun birtakım davranışlar dahi, güven prensibi çerçevesinde, duruma göre bir irade beyanına bağlanan sonuçları doğurabilmekte ve bu davranış bir irade beyanı olarak kişiye bağlanabilmektedir<sup>240</sup>. Kaldı ki, niyet mektubu belli bir sözleşmeyle bağlanma iradesi olmasa da, en azından bu sözleşmeye yönelik müzakereleri başlatma amacı ortaya konduğuna göre, bu amaca yönelik bir irade beyanının varlığından söz edilebilecektir. Bu anlamda bir sözleşme yapma iradesi (*animus contrahendi*) ile bir sözleşmeyle bağlanma iradesi (*animus obligandi*) farklı şeyleri ifade etmektedir. Sözleşme müzakereleri başlıbaşına bir hukukî işlem olmasa da, hukukî bir süreci ifade etmektedir ve niyet mektubu da netice itibariyle bir dostluk ve hatır beyanı<sup>241</sup> olmayıp, bu süreci başlatan bir beyandır.

Çalışmamız kapsamında biz de niyet mektubunu sadece bir tarafın, sözleşme ilişkisi içine girmeyi düşündüğü diğer tarafa gönderdiği tek taraflı bir beyan olarak anlıyoruz. Kanaatimizce, bahsedilen belge bir mektup olduğuna göre, esasen bir tarafın hukukî ilişkiye girmek istediği diğer tarafa hitaben yazıp yolladığı bir niyet açıklamasından bahsetmek gereklidir<sup>242</sup>. Bu nedenle, yukarıda verilen tanımlarda yer

<sup>240</sup> **Serozan**, *Medeni Hukuk*, sf. 295’de irade beyanının unsurları arasında genel beyan (bağlanma) bilincini de saymakta; fakat bu bilincin eksikliğinin de güven prensibi ile giderilebileceğini belirtmektedir.

Güven prensibine göre, tarafların ne iç iradesi (irade prensibi) ne de dışa yansıyan beyanları (beyan prensibi) tek başına değerlendirilir. Güven prensibi, beyan prensibine yaklaşmakla birlikte ona bir ilave getirmektedir: Beyanlar, ancak karşı tarafın, dürüstlük ilkesi uyarınca ve içinde bulunduğu şartlar gereğince, bu beyana vermesi gereken anlam esas alınmak suretiyle bağlayıcı olacaktır. Böylelikle, beyan sahibi iç iradesine uymayan bir neticeyle karşılaşabilecek ve sözleşme iç iradelerin uyuşması olmasa bile kurulmuş kabul edilecektir. Bu halde ise, beyan sahibi hata hükümlerine başvurmak suretiyle durumu düzeltme imkânına kavuşacaktır. Bu hususta bkz. Turhan **Esener**, “Borçlar Hukuku Sistemimize Göre Akitlerin İn’ikadında İtimat Prensibinin Ehemmiyeti”, AÜHFD, Yıl: 1959, Cilt: 16, Sayı: 1 – 4, sf. 171 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 130 vd. özellikle sf. 142; **idem**, *Hata*, sf. 22 vd.; **Oğuzman/Barlas**, sf. 168 vd.; **Oğuzman/Öz**, sf. 62; **Serozan**, *Medeni Hukuk*, sf. 331 vd.; François **Dessemontet**, *Commentaire Romand*, CO art. 1 N. 9 vd.

<sup>241</sup> **Serozan**, *Medeni Hukuk*, sf. 292’de, geniş anlamıyla hukukî sonuç doğurma iradesinin bile bulunmadığı durumlarda bir hukukî işlem değil, dostluk ve hatır işinden söz edileceğini belirtmekte ve buna örnek olarak derslikte yer tutma ricasını göstermektedir. Kanaatimizce, önemli bir hukukî süreci başlatma gücüne sahip olan niyet mektubunu, hiçbir hukukî değeri olmayan yer tutma ricasıyla aynı değerde görmemek gerekmektedir.

<sup>242</sup> Krş. **Lake/Draetta**, sf. 6.

alan diğer unsurlara katılmakla birlikte karşılıklılık unsuruna katılmıyor ve aşağıda yer alan açıklamalarda da bu noktayı esas alıyoruz.

## 2. Unsurları

### a) Yazılı olması

Sözlü bir irade açıklaması mektup olarak nitelendirilemeyeceğine göre, niyet “mektubu” tanımı gereği yazılı olmak zorundadır<sup>243</sup>. Ancak bunun dışında özel bir şekil şartı öngörülmemiştir. Niyet mektubunun kural olarak adî yazılı şekilde gönderilmesi, hatta elektronik posta veya faks aracılığıyla gönderilmiş olması dahi yeterli sayılmalıdır. Esasen kanunî düzenlemesi bulunmayan bir kavramdan bahsettiğimiz için bunun bir şekle bağlanması da düşünülemez. Bu açıdan ıslak imza da aranacak şartlardan biri olmayacaktır. Niyet mektubunun kimden sâdir olduğunu ortaya koymaya yetecek işaretlerin, bu kapsamda elektronik imzanın da kullanılması mümkündür. Müzakere döneminde hazırlanan metinlerin hukukî niteliğini incelerken değineceğimiz<sup>244</sup> gibi, niyet mektubunun, bir icap oluşturmadığı sürece, asıl sözleşmenin şekline tâbi olması da söz konusu olmayacaktır.

### b) Tek taraflı bir irade açıklaması olması

Niyet mektubu bir tarafın diğerine gönderdiği bir irade açıklaması olduğuna göre tek taraflıdır<sup>245</sup>. Bu mektubu gönderen kişi diğer tarafa onunla kapsamını ve şartlarını belirttiği ya da müzakereler başladıktan sonra birlikte belirleyecekleri bir hukukî ilişkiyi kurmak isteyeceğini söylemektedir. Açıklanan irade belirli şartlarla bir ilişki kurma düşüncesine yöneliktir.

Yukarıda ele alındığı gibi, tarafların müzakereye başlamalarının ardından belli bir noktada bir taraf diğerinden kendisine konuşulan hususları içerecek şekilde bir niyet mektubunu düzenleyerek göndermesini isteyebilir. Bu durumda içerik esas itibarıyla her iki tarafça ortak olarak belirlenmiş olmasına rağmen mektup şeklinde formüle edilmiş hali yine tek tarafın iradesini yansıtacaktır.

<sup>243</sup> *Dinar* da sf. 6’da, uygulamada bu başlık altında yazılan metinlerin muhataba yönelik bir mektup tarzında kaleme alındığını belirtmektedir.

<sup>244</sup> Bkz. §2, III, A, 2, a.

<sup>245</sup> Bu yönde *Lake/Draetta*, sf. 10; *Schlosser* sf. 346’da niyet mektubunun tek taraflı olarak da düzenlenebileceğini belirtmektedir.

Bu tek taraflı açıklamanın belli sonuçlara yol açması için karşı tarafa ulaşması gerekmektedir, ancak bir metnin niyet mektubu olarak değerlendirilmesi karşı taraftan gelecek bir onaya ya da kabul cevabına bağlı değildir<sup>246</sup>.

### c) Kurulmak istenen ilişkinin kapsam ve çerçevesini belirlemesi

Müzakereleri başlatma amacıyla hazırlanıp gönderilen bir niyet mektubunda, bunu gönderen kişi diğer tarafa kendisiyle hangi kapsamda ve ne amaçla bir hukukî ilişki kurmakla ilgilendiğini belirtir. Karşı tarafın da bu ilişkiyi kurmakla ilgilenmesi durumunda başlanacak görüşmeler detaylar üzerinde belirleyici olacaktır. Bu aşamada sadece genel hatlar üzerinde durulması mümkün ve yeterlidir.

Bununla birlikte, niyet mektubu sözleşme müzakerelerinin usul ve çerçevesine yönelik bazı hükümler içerebileceği gibi, gönderen kişi açısından kurulması düşünülen hukukî ilişkinin önemli hususları, hatta kendisi için hedeflenen sözleşmede yer alması gereken olmazsa olmaz noktaları gibi unsurlar da niyet mektubunun içeriğinde yer alabilir.

### d) Bağlanma iradesinin bulunmaması

Niyet mektubunun en önemli özelliği bağlanma iradesinin bulunmamasıdır<sup>247</sup>. Bundan anlaşılması gereken niyet mektubunu gönderen kişinin asıl sözleşmenin kurulması ile ilgili olarak kendisini bağlamak istememesidir. Bir başka ifadeyle, niyet mektubunu gönderen taraf diğerine, “sizinle, belirttiğim şartlarda bir hukukî ya da ticarî ilişki kurmayı düşünebilirim” demektedir<sup>248</sup>. Sadece bir anlaşma yapma niyetinin ortaya konduğu veya anlaşmanın esaslı unsurlarının belirsizlik arz ettiği

<sup>246</sup> **Kuonen**, sf. 305, ancak iki taraflı niyet mektuplarında farklı bir yorum olabileceği yönünde bkz. dpn. 919’da anılan yazarlar.

<sup>247</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 111; **Esin/Lokmanhekim**, sf. 11; **Schlosser**, sf. 352.

*Dunhill Secs. Corp. v. Microthermal Applications, Inc.* 308 F. Supp. 195 (S.D.N.Y. 1969) davasında New York Eyalet mahkemesi “*niyet mektubu finans camiasında mutad olarak kullanılan bir belgedir ve finans camiasının bu belgeyi bağlayıcı bir anlaşma olarak kabul etmekten ziyade, tarafların kesin olmayan niyetlerini ortaya koyan bir belge olarak nitelendirdiği açıktır*” demek suretiyle niyet mektubunun bağlayıcı olmadığını ifade etmiştir. Karar için bkz. **Lake/Draetta**, sf. 8 dpn. 22.

Bununla birlikte hukuk dünyasının metinleri bağlayıcı olan ve olmayan biçiminde değerlendirmesinin her zaman iş dünyasıyla uyummadığı yapılan bazı araştırmalarda ortaya çıkmaktadır. Hukuken bağlayıcılık mevcut olmasa dahi ekonomik açıdan ve ticarî itibar gereği söylenen şeyin yapılması gerektiği inancıyla ahlâki açıdan bağlayıcı olan anlaşmalar daha çok ciddiye alınabilmektedir. Bu konuyla ilgili olarak bkz. **Macaulay**, sf. 55 vd.

<sup>248</sup> Delaware Temyiz Mahkemesi’nde görülen *Itek Corp. V. Chicago Aerial Indus., Inc.*, 274 A.2d 141 (Del. 1971) davası sırasında ifadesine başvurulmuş bir avukat niyet mektubu ile amaçlanan şeyin “*oturup eylemli ve ciddi bir şekilde kesin bir anlaşmaya varmaya çalışacağız*” demek olduğunu belirtmiştir. Karar için bkz. **Lake/Draetta**, sf. 8 dpn. 22.

niyet mektuplarına hiçbir bağlayıcılık atfedilemez. Bu tipteki niyet mektuplarına “saf niyet mektubu” denilmektedir<sup>249</sup>.

Açıklanan iradenin bağlayıcı olmaması neticesinde, mektubu gönderen kişi her an bu arzusundan vazgeçebilir. Karşı taraf gelen mektubu okusa ve ilgilendiğini söylese bile, gönderen kişinin bu ilişkiyi başlatma veya başlamış bir ilişkiyi sürdürme mecburiyeti bulunmamaktadır<sup>250</sup>.

Uygulamada özellikle İngilizce olarak hazırlanan niyet mektupları metinlerinde “*subject to contract*” ya da “*non binding*” gibi ifadeler kullanıldığı görülmektedir<sup>251</sup>. *Common law* kaynaklı bu ifadeler gönderilen metnin hiçbir sözleşmesel kapsamı ve bağlayıcılığı olmadığını belirtmek amacıyla kullanılmaktadır. Lafzî yoruma üstünlük tanıyan İngiliz Hukuku’nda bu klozun etkisi üzerinde bir tartışma bulunmamakta ve bu ifadeyi içeren bir metnin bağlayıcı olmadığı kabul edilerek buna hiçbir sözleşmesel etki tanınmamaktadır<sup>252</sup>. Ancak Amerikan Hukuku’ndaki durum bu kadar net değildir. Hazırlanan metinde sadece böyle bir ifadenin kullanılmış olması yeterli görülmeyle metnin bütününe değerlendirilmesi neticesinde bir sonuca varılması tercih edilmektedir<sup>253</sup>.

<sup>249</sup> E. **Dirix**, “Le “Gentlemen’s Agreement” dans la théorie du droit et la pratique contemporaine”, *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, T. LXXVI, Bruxelles 1999, sf. 243. Brüksel Ticaret Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda bir sözleşmenin kurulması için sadece taraf iradelerinin aynı yönde olması ya da aynı amaca yönelmiş olmasının yeterli olmayacağını, bunun yanı sıra tarafların karşılıklı borçlarının konularının yeterince belirlenmiş olması gerektiğini de ifade etmiştir, *Comm. Bruxelles*, 15.02.1934, J.C.B., 1934, 57 (karar için bkz. **Dirix**, sf. 243.).

<sup>250</sup> Niyet mektubunun karşı tarafça kabulünden sonra bile bağlayıcı nitelik taşımayacağı hususunda bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 111; aynı yönde **Ayrancı**, sf. 91; **Grosheide** ise müzakerelerin sonunda niyet mektubunun yerini doğası gereği bağlayıcı bir sözleşmenin alacağını ifade etmekte ve niyet mektubunun sadece o anlık yapıldığını belirtmektedir (... *They are made for the time being.*). Bkz. **Grosheide**, sf. 110; krş. **Kuonen**, sf. 279 vd.

<sup>251</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 111 ve dpn. 56; **Dirix**, sf. 244;

<sup>252</sup> **Fontaine/De Ly**, sf. 51; **Lake/Draetta**, sf. 94; **Kuonen**, sf. 283.

<sup>253</sup> Amerikan yaklaşımının İngilizler’e göre daha muğlak olduğu ve tarafları sözleşme öncesi yaptıkları anlaşmalar hususunda çok daha dikkatli olmaya sevk ettiği yönünde bkz. **Lake/Draetta**, sf. 94 vd.

*Interway Inc. v. Alagna* (41 III. Dec. 117, 407 N.E.2d at 615.) (App. Court III. 1<sup>st</sup> District, 1980, J. Perlin) kararında Eyalet Temyiz Mahkemesi bu klozu içeren bir niyet mektubunu bağlayıcı olarak nitelendirmemiştir. Fakat bu karara sadece bu klozun varlığı nedeniyle değil, buna ilave olarak niyet mektubunda mevcut diğer hükümlerin de müzakerelerin kesin olmayan bir aşamada olduğuna işaret etmesi neticesinde varmıştır. Benzer kararlar için bkz. **Kuonen**, sf. 283 dpn. 856.

*Ocean Atlantic Development Corporation v. Aurora Christian Schools, Inc.* (322 F.3d 983) kararında ise Federal Temyiz Mahkemesi gönderilen icap mektuplarında böyle bir kloz bulunmamasına rağmen, bu mektupların bağlayıcı etkisi olmadığı yönünde karar vermiştir. Hakim açıkça, nasıl ki “*subject to*” klozunun varlığı tarafların anlaşmalarının onlar için bağlayıcı olması imkanını bertaraf etmemekteyse, yokluğunun da muazzam bir fark yaratmayacağını, tarafların başka yollardan da bir sözleşme kurulana kadar bağlanmak istemedikleri yönündeki iradelerini ortaya koyabileceklerini söylemek suretiyle, bu klozun etkisinin kesin olmadığını ortaya

Türk Hukuku açısından, düzenlenen bir belgeye sözleşme özgürlüğü kapsamında “*subject to contract*”, “*bağlayıcı olmamak kaydıyla*”, “*serbest kalmak üzere*”, “*hiçbir taahhüde girmeksizin*” gibi kayıtların konması kanaatimizce mümkündür ve bir kimsenin bu şekilde bağlanma iradesinin (*animus obligandi*) olmadığını açıklaması geçerlidir<sup>254</sup>. Niyet mektubunu hazırlayan kişinin açık bir şekilde bu mektubun içeriği ile bağlı olmak istemediğini ortaya koyması halinde, kişinin bu arzusunu bertaraf etmeyi gerektirecek bir durum yoktur. Bu nedenle mektuba muhatap olan tarafın da bu mektupla bir hukukî netice doğacağına yönelik geçerli bir beklentisi olmayacaktır<sup>255</sup>.

Bununla beraber niyet mektubunun hukuken bağlayıcılık kazanmasının imkânsız olmadığı da ifade edilmektedir<sup>256</sup>. Özellikle iki taraflı niyet mektupları söz konusu olduğunda, esas olarak saf niyet mektuplarından daha ziyade, bazı hükümlerin bağlayıcı, bazılarının ise bağlayıcı olmadığı karışık nitelikli niyet mektuplarına rastlamak daha olağandır<sup>257</sup>. Dolayısıyla, niyet mektubu bağlayıcı değildir derken asıl sözleşmenin kurulmasına yönelik irade bakımından bağlayıcı olmasa da, bir niyet mektubunun başka açılardan bağlayıcı klozlar içermesinin mümkün olduğu hatırlanmalıdır. Bu durumda niyet mektubu ile içine girilen hukukî durum iyice belirsiz bir hal almaktadır. Bu nedenle uygulamada niyet mektubuna bağlayıcı olan hükümleri sıralayan bir madde konulması ya da niyet mektubunun bağlayıcı olan ve olmayan iki bölümde kaleme alınması gibi yöntemler geliştirilmiştir<sup>258</sup>. Esas itibarıyla, daha güvenli ve şüpheye yer bırakmayacak yöntem ise iki ayrı belgenin hazırlanması olacaktır.

---

koymaktadır. (Kararın tam metni için bkz. <http://legal.rights.com/F.3d/322/322.F3d.983.01-3400.01-2239.html>.) Bu konuda çeşitli yöndeki başka kararlar için bkz. **Lake/Draetta**, sf. 94 vd.

**Farnsworth** hazırlanan metindeki bağlayıcılığı kaldırması açısından “*subject to contract*” ifadesinin her zaman yeterli olmayacağını fakat “nihai anlaşmaya varılıncaya kadar bağlayıcı değildir (*not binding until final agreement is executed*)” yönünde bir ifadenin yeterli geleceğini belirtmektedir. Bkz. **Farnsworth**, sf. 671.

<sup>254</sup> **Esener**, *Borçlar Hukuku*, sf. 51; **Tunçomağ**, sf. 187.

**Péloquin/Assié**, Kıta Avrupası ülkelerinde bu klozun etkili olacağı hususunun net olmadığını ve özellikle metnin içerdiği diğer ifadeler itibarıyla bir bağlanma iradesinin taraflara atfedilebileceği durumlarda hakimlerin müdahale edebileceğini belirtmektedir. Bkz. **Péloquin/Assié**, sf. 203. Kanaatimizce taraflar bağlı olmayacaklarını açık bir şekilde ifade etmişlerse, metinde yer alan diğer ifadeler kadar buna da önem verilmelidir.

<sup>255</sup> **Kuonen**, sf. 285.

<sup>256</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 111.

<sup>257</sup> **Fontaine/De Ly**, sf. 53; aynı yönde **Kuonen**, sf. 281.

<sup>258</sup> **Fontaine/De Ly**, sf. 54; **Lake/Draetta**, sf. 249.

Bunun dışında niyet mektubunu düzenleyen tarafın bağlanmama yönündeki iradesini tam olarak ifade edemediği hallerde mektubun içeriği ve nasıl kaleme alındığı da önem taşıyacaktır. Örneğin, niyet mektubu başlığı altında düzenlenen bir metin kurulması hedeflenen sözleşmenin tüm esaslı unsurlarını içeriyor ve bağlanmama iradesi de metinden anlaşılamiyorsa, burada esas itibariyle sözleşmenin kurulmasına yönelik bir icap olduğundan dahi bahsedilebilecektir<sup>259</sup>. Bu nedenle niyet mektubu kaleme alınırken kullanılan ifadeler konusunda dikkatli olmak, özellikle kesin ifadelerden kaçınmak yerinde olacaktır.

### 3. Hükümleri

Taraflar arasında henüz hiçbir ilişki yokken düzenlenen niyet mektubu, bunu düzenleyen kişinin bir sözleşme kurma yönündeki niyetini ortaya koyar ve taraflar arasında bir müzakere ilişkisinin doğmasına neden olabilir. Bu aşamada bir müzakere davetinden söz edilebilir<sup>260</sup>. Örnek olarak piyasa araştırması yapmak için birden fazla kişiyle irtibata geçildikten sonra bunlardan sadece birine yöneltilen niyet mektubu, bunu düzenleyen kişinin artık arayışına bir son verdiği ya da en azından alanı daralttığı ve ciddi şekilde müzakerelere başlamak istediğinin göstergesi olarak kabul edilecektir<sup>261</sup>.

Özellikle müzakereler başladıktan sonra düzenlenen niyet mektubu, taraflar arasında belli bir güven ilişkisi oluşmasına yardım ederek onların bu güven ilişkisi çerçevesinde müzakereleri farklı bir bilinçle sürdürme eğilimine girmelerini sağlar<sup>262</sup>. Bununla birlikte, uzun süren ve pek de verimli geçmeyen müzakerelerin belli bir aşamasında bu şekilde bir niyet mektubu düzenlenmesi karşı tarafa verilmiş bir uyarı niteliği de taşıyabilir. Buna karşın müzakerelerin ilerlemiş bir safhasında düzenlenen bir niyet mektubu ise bir sözleşme tasarısı ya da prensip anlaşmasına yönelik bir icap gibi sonuç doğurabilir.

Genel olarak müzakereler başladıktan sonra düzenlenen niyet mektuplarında kurulması hedeflenen sözleşme ile ilgili olarak o ana kadar üzerinde konuşulmuş konuların bir özetinin yapılması söz konusu olabilir. Böylece niyet mektubu, bunu

<sup>259</sup> Bu konuyla ilgili bkz. §2, III, A, 2, a.

<sup>260</sup> **Kuonen**, sf. 306.

<sup>261</sup> **Lake/Draetta**, sf. 13.

<sup>262</sup> Böyle bir durumda ayrıca dış dünyaya karşı da taraflar arasındaki müzakerelerin varlığını bildirmek işlevi de yerine getirilmiş olacaktır. Bkz. **Lake/Draetta**, sf. 13. Bu taraflardan birinin girdiği bir kredi ilişkisinde işine yarayabileceği gibi, müzakereyi yürüten kişinin kendi üstlerine karşı durumu belgelendirmesini de sağlayabilir.



düzenleyen kişi açısından üzerinde anlaşma sağlanan konuların neler olduğunu ortaya koymuş olacaktır<sup>263</sup>. Bunun dışında ileride üzerinde konuşulması istenen konular da bu şekilde belirlenebilir. Bu durumda da niyet mektubu, düzenleyen kişinin müzakerelerin gidişatı ile ilgili bakış açısını ortaya koyacak ve belki de müzakerelerin bundan sonraki yönü açısından belirleyici olacaktır<sup>264</sup>.

Niyet mektubu hem taraflar arasındaki müzakere ilişkisinin varlığı hem de bunu düzenleyen kişinin müzakereye yönelik tutum ve konumu açısından belli ölçülerde bir ispat aracı olarak kullanılabilir. Yukarıda ifade edildiği gibi, mektubu düzenleyen kişi müzakerelerde ele alınan konuların bir özetini çıkarmış olduğunda bu durum en azından taraflar arasında bir müzakere ilişkisi kurulmuş olduğuna işaret edecek ayrıca bu müzakerelerin o anda hangi aşamada olduğu hakkında da bilgi verecektir. Özellikle müzakerelerin niyet mektubunu düzenleyen kişi tarafından bozulması halinde, karşı taraf bu mektubun içeriğinden yola çıkarak aralarında belli derecede ilerlemiş bir ilişki bulunduğunu iddia edebilecektir. Bu durumda, mektubu düzenleyen kişinin müzakerelerin varlığını ya da müzakerelerde gelinen noktayı inkar etmesi çelişkili bir davranış<sup>265</sup> oluşturacaktır.

Fakat niyet mektubunun bu konuda bir karine yaratması da söz konusu değildir, çünkü ne de olsa sadece bu mektubu düzenleyen kişinin bakış açısını yansıtmaktadır<sup>266</sup>. Niyet mektubu belli bir hukukî işleme yönelik iradeyi içermediğinden senet olarak da nitelendirilemez. Niyet mektubunda yer alan irade belli bir sözleşmenin yapılmasına yönelik değil, bu sözleşmeyle ilgili müzakerelerin başlatılmasına ve bunların içeriğine yöneliktir. Sözleşme müzakereleri ise hukukî bir işlem olmadığı cihette her türlü delille ispatı mümkündür<sup>267</sup>. Niyet mektubu sadece

<sup>263</sup> *Dirix*, sf. 244'de böyle bir durumda niyet mektubunda ele alınan hususlar üzerinde artık tartışılmayacağına dair bir izlenim uyanacağını ifade etmektedir. Genel olarak Belçika hukukunda niyet mektubunun oldukça dar yorumlandığı hususunda bkz. *Dirix*, sf. 244, dnp. 68'de yer alan İstinaf Mahkemesi kararı.

<sup>264</sup> *Kuonen* bu tip bir niyet mektubunun gerçek anlamda bir sözleşme öncesi belge olduğunu ifade etmektedir. Bkz. *Kuonen*, sf. 306.

<sup>265</sup> Bu kavramla ilgili olarak bkz. Şener *Akyol*, Medeni Hukukta Çelişki Yasağı, İstanbul 2007, sf. 13 vd.

<sup>266</sup> *Kuonen*, sf. 307.

<sup>267</sup> HUMK md. 288 gereğince “*Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve ifası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değer leri dört yüz milyon lira yı geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir.*” Buradan da anlaşılacağı üzere, medeni hukukta senetle ispat zorunluluğu sadece hukukî işlemler için geçerli olup; hukukî işlem sayılmayan hususların, takdiri deliller ve özellikle tanıkla ispatı mümkündür. Bkz. Hakan *Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes*, Medeni Usûl Hukuku, 7. Bası, Ankara 2008, sf. 448.

düzenlendiği an itibariyle bir durum tespiti yaptığından, zamanın geçmesiyle değerini kaybeder ve içerdiği konularla ilgili ispat kuvveti de azalır<sup>268</sup>. Dolayısıyla mektubu düzenleyen kişi, bu mektuptan sonraki olaylara dayanmak suretiyle, niyet mektubunda yer alan unsurların aksini çelişki yasağı kapsamına girmeden ileri sürebilir. Ama yine de herhalde müzakerelerin varlığı açısından bir itirazda bulunma imkânı bulamayacaktır.

Uzun süren bir müzakere sürecinde tarafların birçok müzakere metni hazırlamaları ve bu kapsamda birden çok niyet mektubunun düzenlenmiş olması mümkündür. Bunlar arasında bir çelişki olduğunda, kural olarak en son tarihli mektubun esas alınması gerekecektir<sup>269</sup>.

Niyet mektubunun gönderilmesi taraflar arasında bir güven ilişkisinin kurulması yönünde olumlu bir adım olacağı gibi, özellikle mektubun içeriğinin müzakerelere uyumlu bir şekilde düzenlenmiş olması muhatapta, karşı tarafın müzakerelerle ilgili ciddi ve dürüst bir tavır içerisinde olduğu izlenimini yaratarak var olan ilişkiyi güçlendirecektir<sup>270</sup>. Bu durumda, niyet mektubu asıl etkisini tarafların bir sözleşme kurulacağı ya da en azından bir sözleşmenin kurulması amacıyla ciddi bir çaba gösterileceği yönündeki beklenti ve güvenlerinin kuvvetlendirilmesi noktasında ortaya koyacaktır. Bu anlamda niyet mektubu, taraflara müzakereleri ciddi olarak yürütmek ve muhatabın mektubun içeriğine göre beklemekte haklı olduğu davranış biçimine uygun davranmak gibi birtakım sözleşme öncesi yükümlülükler doğuracaktır<sup>271</sup>. Bununla birlikte muhatabın daima hatırlaması gereken husus, herşeye rağmen niyet mektubunun bağlayıcı bir hüküm içermediği ve hedeflenen sözleşmenin de henüz kurulmuş olmadığıdır; dolayısıyla, karşı taraftan beklentilerini çok ileri bir noktada tutmamalı ve her zaman ihtiyatlı davranması gerekmektedir. Bu bağlamda, muhatabın, her zaman geri dönüşü mümkün bir yolda olduğunu düşünmeden ve karşı taraftan da onay almadan, sözleşmenin ifa aşamasına dönük birtakım faaliyetlere girişmesi halinde, meşru beklenti zemininin dışına çıktığı kabul edilecek ve müzakerelerin kesilmesi halinde bu beklentileri karşılanmayacaktır.

---

<sup>268</sup> **Kuonen**, sf. 307.

<sup>269</sup> **Kuonen**, sf. 308.

<sup>270</sup> **Dirix**, sf. 244; aynı yönde **Kuonen**, sf. 308.

<sup>271</sup> **Kuonen**, sf. 308.

## B. İfaya Yönelik Talimatlar (*Instruction to Proceed, Authority to Proceed*)

Taraflar arasında henüz bir sözleşme kurmaya yönelik müzakereler devam ederken, taraflardan biri diğerine ifaya başlaması yönünde bir talimat gönderebilir ve bunun üzerine talimatı alan taraf ifa aşamasına yönelik birtakım hazırlıklar yapmaya başlayabilir. Özellikle inşaat sektöründe niyet mektubu başlıklı metinlerde bu tip talimatlara rastlamanın olağan olduğu belirtilmektedir<sup>272</sup>.

Türk Hukuku'nda ise Ayrancı, *instruction to proceed*'in sözleşme görüşmelerinin takip ettiği sürece ilişkin bir anlaşma olduğunu belirttiikten sonra, yanlış anlaşılması mümkün olan ismine rağmen içinde tek taraflı bir talimat barındırmadığını; burada tarafların görüşmenin şekli, süresi ve bazı görüşme adımlarının koordinasyonu hakkında bağlayıcı bir anlaşma yaptıklarını ifade etmektedir<sup>273</sup>. **Doğan** da benzer bir tanımlı benimsemekte ve *instruction to proceed*'in “yalnız işverenin iradesine tâbi olmayan, belirli bir edimin ifasına yönelik karşılıklı bir sözleşme” olduğundan bahsetmektedir. Buna göre *instruction to proceed*, bir asıl sözleşme kurma yükümlülüğü doğmaksızın münferit bir sorunun çözülmesi için akdedilmektedir<sup>274</sup>. Kanaatimizce yazarların bahsettiği kavram bizim bu çalışma kapsamında *Müzakere Sözleşmesi* olarak ele aldığımız müzakere metinleriyle benzerlik taşımakta ve burada incelediğimiz haliyle *instruction to proceed* ile aynı ismi taşımasına rağmen farklı içerikleri ifade etmektedir.

**Dinar** ise “Önlemlere İlişkin Hazırlık İşlemleri” başlığı altında benzer bir kavramı incelemektedir<sup>275</sup>. Yazar, bu başlık altında “*muhataba belli önlemler almasını öneren veya gelecekte yapılacak sözleşmeye koşul olarak beyanda bulunan, ancak buna ilişkin önlemlerin alınmasını, metindeki yazıya göre muhataba özel bir biçimde dayatmayan niyet mektupları*”ndan bahsetmektedir. Bu kapsamda mektubu gönderen tarafından alınması istenen önlemler asıl sözleşme için muhatabın işletmesinde yapılan malzeme satın alma, personel istihdamı gibi tipik hazırlık çalışmalarını kapsayacak; böylece potansiyel müşteri kendisini asıl sözleşmeye hazırlamış olacaktır<sup>276</sup>. Bu tip ifaya yönelik hazırlıklar ise esas itibarıyla ifade bulunacak kişinin menfaati gereği yapılmaktadır. Dolayısıyla müzakere edilen

<sup>272</sup> Lake/Draetta, sf. 108.

<sup>273</sup> Ayrancı, sf. 94.

<sup>274</sup> Doğan, sf. 83.

<sup>275</sup> Dinar, sf. 87.

<sup>276</sup> Dinar, sf. 88.

sözleşmenin kurulmaması halinde bu tip masraflar için bir tazminat talebinde bulunma imkânı da olmayacaktır<sup>277</sup>.

Bu hususta ilginç olan nokta, tarafların esas itibariyle müzakere aşamasında olmalarına rağmen, kurulması hedeflenen sözleşmenin ifa aşamasına ait bir talimatın yerine getiriliyor olmasıdır. Bir başka deyişle, sözleşmenin ifa aşamasına geçilmesi, sözleşmenin kurulmasından önce gerçekleşmektedir.

Bu tip talimatların doğuracağı hukukî sonuçlar ise benimsenen hukuk sistemine göre ciddi farklılıklar göstermektedir. İngiliz Hukuku'nda bu talimatları içeren niyet mektupları nadiren bir sözleşme olarak ele alınmakta<sup>278</sup>, Amerikan Hukuku ise tam tersine bir tutum izleyerek tarafların ifaya yönelmiş olmalarını sözleşmenin kurulmuş olmasının bir göstergesi gibi algılamaktadır<sup>279</sup>.

**Kuonen**<sup>280</sup> *instruction to proceed*'in mevcudiyeti halinde, genellikle tek taraflı bir talimattan ziyade, karşı tarafın hiç değilse kanaat verici davranışlarda bulunmak suretiyle kabul ettiği bir anlaşmadan bahsedilmesi gerektiğini belirtmektedir. Yazara göre, bu durumda ortada geçici süreli kısmî bir sözleşme olduğundan bahsedilecektir. Bu sözleşme ise iki şekilde sona erecektir: Müzakere edilen asıl sözleşmenin kurulmasıyla veya müzakerelerin sona erdirilmesiyle. Asıl sözleşmenin kurulması durumunda bir sorun doğmayacak ve o ana kadar gerçekleştirilen ifaya yönelik hareketler asıl sözleşmeye intibak ettirilecektir. Müzakerelerin başarısızlıkla sonuçlanması halinde ise, kısmî sözleşmenin sona ermesiyle ileriye dönük hiçbir edim yükümlülüğü kalmayacak ve ifada bulunan taraf o güne kadar gerçekleştirdiği edimlerin tazmin edilmesini talep edebilecektir. Bu tazminat, ifaya başlanması talimatını veren kişinin sözleşme öncesi sorumluluğuna değil, fakat sona eren kısmî sözleşmeye dayanacaktır.

<sup>277</sup> **Kuonen**, sf. 287.

<sup>278</sup> *British Steel Corp. v. Cleveland Bridge&Engineering Co.* ([1984] 1 All E.R. 504; [1982] Comm. L.R. 55) kararında hakim bir niyet mektubunun bağlayıcı bir anlaşma oluşturup oluşturmadığı konusunda verilecek kesin ve çabuk bir cevap olmadığını, herşeyin somut olayın özelliklerine bağlı olduğunu belirtmiş ve olayda müzakerelerin tamamlanmamış olması nedeniyle tam ifaya rağmen sözleşmenin kurulmadığına karar vermiştir. Bu karar ve açıklaması için bkz. **Lake/Draetta**, sf. 110 vd.

<sup>279</sup> **Lake/Draetta**, sf. 112. Yukarıda ele alınan *British Steel* olayına çok benzeyen *Gunderson&Sons, Inc. v. Cohn* davasında (596 F. Supp. 379, D.C. Mass. 1984) Amerikan mahkemesi tam ters bir tutum izleyerek sözleşmenin kurulduğu sonucuna varmıştır. Bu karara yönelik açıklamalar için bkz. **Lake/Draetta**, sf. 114 vd.

<sup>280</sup> **Kuonen**, sf. 286 vd.

Kanaatimizce, burada böyle bir kısmî sözleşme kurulduğunun kabulüne gerek yoktur. Esas itibariyle, henüz müzakere aşamasında olan bir sözleşmenin ifa aşamasına başlayan taraf, sözleşme öncesi bir risk almaktadır ve bu riskin gerçekleşmesi halinde sonuçlarına da katlanması gerekecektir. Fakat ifaya başlaması yönündeki talimatı alan tarafın, bazı durumlarda bunu kabul etmekten başka çaresi olmadığı da hatırdta tutulmalıdır; ifa aşamasına geçilmesi talimatını veren karşı taraf, aksi takdirde sözleşmeyi kurmayacağını bildirmiş olabilir. Başka bir deyişle, sözleşmeden doğan borcun ifasına başlamak, bu sözleşmeyi kurmak için sürdürülen müzakerelerin devamını sağlamanın tek yolu, hatta bir nevi koşulu olarak karşımıza çıkabilir. Bu durumda müzakereler ifa aşamasına başlanan sözleşmenin kurulmasıyla sona ermezse, ifaya başlamış olan tarafın zararının tazmin edilmesi gerekecektir. Buradaki zarar sözleşmenin kurulmamış olmasından doğan olumsuz zarardır. Bununla birlikte, bir başka iş için de uygulanabilecek önlemlerin varlığı halinde, bunlar için yapılmış bulunan masrafların karşı tarafça tazmin edilmesinin uygun olmayacağı ifade edilmektedir<sup>281</sup>. Ancak kanaatimizce, bu tip bir durumda tazminat imkânını tamamen ortadan kaldırmak yerine, durumun özelliklerine göre tazminat miktarının tespitinde bir indirim kalemi olarak değerlendirmek daha uygun bir çözüm olacaktır.

Karşı taraftan gelen böyle bir talimat olmadan, kendiliğinden ifa hazırlıklarına başlayan taraf ise müzakereler kesildiğinde karşı tarafa hiçbir talep ileri süremeyecektir<sup>282</sup>.

### C. Müzakere Sözleşmesi

Bu başlık altında tarafların birlikte hazırladıkları ve ortak ya da karşılıklı iradelerini gösteren metinler ele alınacaktır. Bu metinler müzakerelerin belli konularda çerçevesini çizen ve daha başından itibaren taraflar açısından bağlayıcı olup, gerçek birer sözleşme niteliği taşıyan metinlerdir. Bir başka deyişle müzakere sözleşmesi, sözleşme öncesi döneme, kısmen de olsa, normal şartlar altında sahip

<sup>281</sup> *Dinar*, sf. 89'da kesin çizgilerle hareket etmek yerine ticarî hayat ve güven prensibi çerçevesinde bu tür önlemlerin kimin tarafından alınacağını ve masrafların kimin tarafından karşılanacağını ortaya konmasının yerinde olacağı görüşündedir. Yazar, özellikle işin teslimi ve yapımı açısından gerekli zemin incelemeleri, jeolojik bilirkişi raporları, altyapı ve planlanmış ürünün satış olanakları ile ilgili incelemelerin niyet mektubunun muhatabına ait olması gerektiğini ileri sürmektedir.

<sup>282</sup> Herhangi bir talimat olmadan yapılan ifa hazırlıklarının karşı tarafın menfaat alanına ilişkin olması halinde şartları gerçekleşirse vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanabileceği yönünde bkz. *Kuonen*, sf. 288.

olmadığı sözleşmesel bir nitelik kazandırmaktadır<sup>283</sup>. Müzakere edilen sözleşmenin maddî içeriğine ait olmayan ama müzakere sürecinin kendisi için önem taşıyan bazı hususlar karara bağlanmaktadır<sup>284</sup>.

Özellikle karmaşık ve uzun sürecek müzakerelerde bu safhanın planlanması dahi başlı başına önemli bir teşebbüstür. Taraflar müzakerenin başlangıcında amaçlarını saptayan ve müzakerenin genel çerçevesini çizen bir metin hazırlayabilirler. Bu metin kapsamında taraflar belli temel prensipleri, örnek olarak hangi kişilerin hangi konulardan sorumlu olacağı, müzakerenin hangi şartlarla ve ne süre içerisinde sürdürüleceği gibi konuları düzenleyebilirler. Taraflar hazırladıkları müzakere sözleşmesinde ayrıca müzakerelerde hedeflenen bazı önemli tarihlerin belirlenmesi, üzerinde tartışılacak hususlar, masrafların nasıl paylaşılacağı, hatta kararlaştırılan noktalara aykırılık olması halindeki yaptırımlar gibi noktaları da düzenleyerek karara bağlayabilirler. Sözleşme görüşmelerinin takip ettiği sürece dair bir nevi davranış talimatnamesi gibi nitelendirilebilecek olan bu metin esas itibarıyla tarafları bağlayıcı nitelikte bir anlaşmadır<sup>285</sup>. Ancak buradaki bağlayıcılık sadece burada yer alan ve karara bağlanan hususlarla ilgilidir. Müzakerenin nihaî hedefi olan sözleşmenin kurulmasına yönelik bir yükümlülük doğurmaz.

Bu genel davranış kurallarının yanı sıra, müzakere sözleşmelerinde bir de özel birtakım düzenlemelerin yer alması sık rastlanan bir durumdur. Bu tip özel düzenlemelerin neler olabileceğine yönelik kapsamlı bir liste çıkartılması imkânı bulunmamakla birlikte, uygulamada sık rastlanan özel hükümler arasında sır saklama (*confidentialité, non-disclosure*), çaba gösterme (*best effort*), münhasırlık (*exclusivité*), rekabet etmeme ve sorumsuzluk kayıtları sayılabilir<sup>286</sup>.

---

<sup>283</sup> Kuonen, sf. 264.

<sup>284</sup> Lake/Draetta, sf. 124.

<sup>285</sup> Ayranç, sf. 94.; Péloquin/Assié bu metinleri Heads of Agreement olarak ele alarak bunları genel hükümlerin uygulandığı, “normal” birer sözleşme olarak nitelendirmektedir. Yazarlar diğer sözleşme öncesi metinlerden ayrı bir yere koydukları bu metinleri birer çerçeve sözleşme olarak nitelendirmektedir. Bkz. Péloquin/Assié, sf. 178. Aynı şekilde Lake/Draetta da sf. 15’de bu metinleri çerçeve niyet mektubu (*framework letter of intent*) adı altında ele almaktadır.

<sup>286</sup> Müzakere sözleşmesine konan bu tip hükümlerin incelenmesi ve bunlara aykırı davranışın yaptırımı olarak sözleşme öncesi sorumluluğun doğması ileride incelenecektir. Bkz. §3, I.

## D. Sözleşme Tasarısı<sup>287</sup> (*Punctuation, Memorandum of Understanding, Heads of Agreement, Accord de Principe*)

### 1. Kavram

Bu kapsamda müzakereler başladıktan bir süre sonra tarafların, genellikle üzerinde anlaşılmış olan belli konuları, yazıya döktüğü metinler ele alınacaktır. Bu metinler uygulamada çok değişik isimler alabilmektedir, ancak daha önce de belirttiğimiz gibi önemli olan metinlere verilen başlıklar değil, onların içerikleridir.

Sözleşmenin müzakere aşaması bazı hallerde çok uzun bir sürece yayılabilir. Bu durumlarda taraflar bu sürecin herhangi bir aşamasında üzerinde mutabakata varılan kimi noktaları not ederek gündemden çıkartmayı arzulayabilir. Böylece müzakerelerin hangi aşamasında bulunduğu ve hangi noktalar üzerinde ne tip bir anlaşma sağlandığı belirli hale getirilir<sup>288</sup>. Bu şekilde temel prensipler düzenlenir, üzerinde durulan ortak zemin netlik kazanır, hatta üzerinde anlaşma sağlanmayan hususlar belirlenir ve taraflar tekrar tekrar aynı konular üzerinde görüşmeye devam ederek zaman ve enerjilerini boşa harcamaktan kurtulmuş olurlar. Pratik açıdan ise bu şekilde bir metnin kaleme alınması bazen yüzlerce sayfayı bulan sözleşmelerle ilgili konuşulan tüm detayları akılda tutmak yükümlülüğünü bertaraf etmiş olur. Bunun yanı sıra bu tip bir belgeyle örneğin şirket birleşme ve devirlerinde şirket

<sup>287</sup> **Kramer**, müzakerelerin bir aşamasında tarafların üzerinde anlaştıkları konuları bir liste halinde düzenlemiş olmalarını *memorandum of agreement* olarak adlandırmakta, *heads of agreement* ise bu yazara göre tarafların temel esasları (Grundprinzipien) belirledikleri bir metin olmaktadır. Bkz. **Kramer**, BKomm. rem. 63 ad art. 22 CO. **Schärer** ise bu terimleri *Punktationen*'in eşanlamlısı olarak kabul etmektedir. Bkz. Heinz **Schärer**, "Vertragsverhandlungsvereinbarungen", Sachen Baurecht, Zum 50. Geburtstag von Peter Gauch, Fribourg 1989 sf. 24. Yazar, aynı zamanda *heads of agreement* terimini de *protocole d'accord* ile eşanlamlı kabul etmekte ve bu metnin tarafların ileride müzakere edecekleri konuları düzenlediğini ifade etmektedir, sf. 25. **Seiburg** ise *heads of agreement* ile *Punktationen*'i eşanlamlı kabul ederek bu metinlerde tarafların anlaşmalarının temel esaslarını yazılı olarak tespit ettiklerini ifade etmektedir. Bkz. **Seiburg**, Der Letter of Intent, Bonn 1979, sf. 152. Görüldüğü gibi bu hususta terminoloji oldukça karışıktır. (bu dipnottaki yazarların tümü naklen **Schlosser**, sf. 347 dpn. 11 ve 12.)

<sup>288</sup> **Esin/Lokmanhekim**, sf. 9. Yazarlar temel olarak niyet mektubuyla ilgili olarak bunu söylemekte ama niyet mektubu kavramı içinde memorandum of understanding ve heads of agreement'ı da değerlendirdiklerini en başta belirtmektedirler. Aynı yönde **Fontaine/De Ly**, sf. 7; **Lake/Draetta**, sf. 16.

**Dirix** ise prensip anlaşması olarak nitelendirdiği bu anlaşmalar çerçevesinde, taraflar müzakere süreci boyunca hangi hususlar üzerinde anlaşma sağlamış olduklarını tespit ederek sözleşme görüşmelerine bu çerçevede devam etmek üzere bir zemin oluştururlar dedikten sonra, bu noktada tarafların sözleşme görüşmelerine devam etme hususunda bir yükümlülük altına girdiklerini de ifade etmektedir. Bkz. **Dirix**, sf. 242.

çalışanlarının, pay sahiplerinin ve diğer üçüncü kişilerin müzakerelerin hangi aşamada olduğu hususunda bilgilendirilmesi de sağlanmış olacaktır<sup>289</sup>.

Bununla beraber, kural olarak taraflar bu şekilde bir belge hazırlamakla sözleşme yapma özgürlüklerini sınırlamış olmazlar ve üzerinde anlaşma sağlanan noktaların varlığı, esas olarak taraflara artık bu noktalar itibariyle bir sözleşmenin kurulduğunu iddia etme hakkı vermez<sup>290</sup>. Bu aşamada sözleşme henüz kurulmuş değildir; daha başka bir ifadeyle, tarafların iradesi henüz sözleşmenin kurulması yönünde olgunlaşmamıştır. Sadece belli bazı hususlar üzerinde anlaşma sağlanmıştır ve kural olarak, geri kalanlar üzerinde de açık bir anlaşmaya varılmadıkça, asıl sözleşmenin kurulması, söz konusu olmayacaktır. Taraflar bu durumda esasen, geri kalan konular üzerinde bir anlaşmaya varılması amacıyla müzakere edileceği hususunda bir prensip anlaşması yapmış ve zımnen de olsa bir müzakere yükümlülüğü altına girmiş bulunmaktadır.

Genel kural bu şekilde olmakla birlikte, özellikle tarafların müzakere edilmekte olan sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde bir anlaşmaya varmış olmaları halinde sözleşmenin kurulup kurulmadığı sorunuyla ciddi bir şekilde karşı karşıya kalınacaktır.

Gerçekten de, BK md. 2/f. 1 sözleşmenin kurulmuş sayılması için tarafların uyuşmalarının ne yönde olması gerektiğini belirlemekte ve tarafların esaslı unsurlar üzerinde anlaşmaya varmaları halinde sözleşmenin kurulmuş sayılacağını bir karine olarak kabul etmektedir<sup>291</sup>. Bu karinenin uygulama alanı bulabilmesi için tarafların sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuş olmaları arandığına göre esaslı noktalardan ne anlamak lazım geldiğini değerlendirmek gereklidir.

## 2. BK md. 2/f. 1 kapsamında esaslı noktalarda uyuşma

Esaslı noktalardan ne anlamak gerektiği hususu doktrinde tartışmalıdır. Bu tartışmanın bir yanında, tarafların sadece objektif yönden esaslı noktalar (*essentialia negotii*) üzerinde anlaşmış olmasını yeterli kabul eden görüş yer almaktadır<sup>292</sup>. Buna

<sup>289</sup> Farnsworth, sf. 672.

<sup>290</sup> Kocayusufpaşaoğlu, sf. 111; idem, *Satış Vaadi*, sf. 89.

<sup>291</sup> Kocayusufpaşaoğlu, sf. 176; Eren, sf. 209.

<sup>292</sup> Kocayusufpaşaoğlu, sf. 176; Feyzioğlu, sf. 67; Oğuzman/Öz, sf. 64; Doğan, sf. 77; Aksoy Dursun, *Borçlar Hukukunda Hakim Söleşmeyi Tamamlaması*, İstanbul 2008, sf. 43; Kuonen, sf. 295. *Dirix* de eğer prensip anlaşmasında açıklığa kavuşturulmayan hususlar sadece ikinci derecede noktalardan ibaretse, prensip anlaşması kesin bir anlaşma olmamakla birlikte, ortada yine de bir sözleşme bulunduğu görüşündedir. Bkz. *Dirix*, sf. 242.



göre müzakereler sırasında sözleşmenin ikinci derecedeki unsurları gündeme gelmiş olmasına rağmen bunlar üzerinde fazla durulmadan, sadece objektif açıdan esaslı unsurlar üzerinde bir anlaşma sağlanmış olursa BK md. 2/f. 1’de yer alan karine devreye girecek ve sözleşme kurulmuş sayılacaktır.

Burada yer alan karine aksi ispat edilebilen adî bir karinedir<sup>293</sup>. Bu nedenle, taraflardan birinin, görüşülen fakat üzerinde anlaşma olmayan ikinci derecedeki unsurların tümünün ya da bir bölümünün kendisi açısından subjektif yönden esaslı bir şart olduğunu, bir başka deyişle, bunlar üzerinde bir anlaşma sağlanmadan hiçbir şekilde sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ispat ederek karineyi çürütme imkânı mevcuttur. Burada önemli olan bir husus, bu noktaların subjektif yönden esaslı unsur olduğunun karşı tarafça da bilinebilir olmasıdır. Sözleşmenin kurulmadığını iddia eden taraf, müzakereler sırasında tartışılan noktaların kendisi için bir *condictio sine qua non* olduğu hususunda karşı tarafı bilgilendirmeli<sup>294</sup> ya da karşı taraf zaten bu durumu biliyor olmalıdır. Bu açıdan karşı tarafın, söz konusu ikinci derece noktaların diğer taraf açısından bu ölçüde önemli sayıldığını bilebilecek durumda olmasının yeterli olduğu ifade edilmektedir<sup>295</sup>. Güven prensibi çerçevesinde hareket edildiğinde, bir noktanın subjektif açıdan esaslı olup olmadığı tarafların müzakereler sırasında diğer tarafça tanınan iradesine göre belirlenecektir. Buna göre, irade beyanına muhatap olan kişi, dürüstlük kuralı gereğince işin mahiyetini, beyan sahibinin tabiatını ve bu kişiyle aralarındaki ilişkiyi de dikkate alarak beyan sahibinin iradesini yorumlamalı, bunun neticesinde de ileri sürülen hususun beyan sahibi açısından sözleşmenin esaslı bir unsuru sayılıp sayılmadığı kanaatine varmalıdır<sup>296</sup>.

İsviçre Borçlar Kanunu md. 2/f. 1 metninde, sözleşmenin kurulmuş sayılması için tarafların ikinci derece noktalar üzerindeki anlaşmayı ileriye bırakmış olmaları aranmaktadır. Bu hüküm bizim kanunumuzdaki “*ikinci derecedeki noktalar sükûtle*

<sup>293</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 176; **Eren**, sf. 209.

Krş. **Kuonen**, sf. 297. Yazar bu karinenin aksi ispat edilemeyen bir karine olduğunu ileri sürmektedir.

<sup>294</sup> **Eren**, sf. 211; **Aksoy Dursun**, sf. 38. **Engel**, *Traité*, sf. 219’da aksi takdirde BK md. 2/f. 1’deki karinenin bu kişinin aleyhine işleyeceğini belirtmektedir.

Sözleşmenin kurulması yönündeki iradesini, ikinci derece noktalar üzerinde anlaşmanın sağlanmış olmasına bağlayan tarafın bunu açıkça bildirmiş olması gerektiği yönünde ATF 118 II 32 = JdT 1993 I 387.

<sup>295</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 177.

<sup>296</sup> **Esener**, *Borçlar Hukuku*, sf. 36.

*geçilmiş olsa bile*” ifadesini tam olarak karşılamamaktadır. Bu nedenle, Kocayusufpaşaoğlu Türk Hukuku açısından tarafların böyle bir anlaşmayı öngörmüş olmalarını, yani ikinci derece noktalar üzerinde sağlanması gereken anlaşmayı saklı tutarak ileri bir tarihe bırakmış olmalarını, BK md. 2/f. 1’deki karinenin ortaya çıkması için gerekli bir şart olarak kabul etmemektedir<sup>297</sup>. Yazara göre, taraflar bazı ikinci derece noktalar üzerindeki anlaşmayı ileriye bırakmalarına rağmen, objektif açıdan esaslı tüm unsurlar üzerinde anlaşma sağladıklarında sözleşmenin kurulduğu karinesi hayat buluyorsa, ikinci derece hususların müzakereye konu olmalarına rağmen nihaî anlaşmada yer almamaları, yani “*sükûtle geçilmiş olmaları*” durumunda bu karinenin evleviyetle uygulanması gerekmektedir<sup>298</sup>.

Tarafların üzerinde anlaşmaları gereken esaslı unsurların hangileri olduğu konusundaki bir diğer görüş<sup>299</sup> ise tarafların hem objektif hem de sübjektif yönden esaslı noktalar üzerinde anlaşmaları gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüşe nazaran, objektif açıdan sözleşmenin esaslı unsurlarından sayılmayan ikinci derece bazı noktalar sübjektif açıdan esaslı sayıldığı takdirde, bunlar üzerinde de anlaşmaya varılması sözleşmenin kuruluşu için gerekli kabul edilmektedir. Gerçekten de, herhangi bir noktanın sözleşmede yer almaması halinde taraflardan birinin bu sözleşmeyi yapmayacak olduğu söylenebiliyorsa, o taraf açısından bu derece önem arz eden bir nokta olmadan sözleşmenin kurulduğunu söylemek doğru olmayacaktır<sup>300</sup>.

Bununla birlikte, bu noktalar üzerindeki anlaşmanın ileriye bırakılmış olması hali ise sözleşmenin kurulmasına engel teşkil etmeyecektir. BK md. 2/f. 1’de öngörülen karine burada devreye girecek ve bu husustaki anlaşmanın ileriye bırakılmış olmasına rağmen, tereddüt halinde karine olarak sözleşmenin kurulduğu

<sup>297</sup> Kocayusufpaşaoğlu, sf. 173; aynı yönde Aksoy Dursun, sf. 41.

*Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop* ise sf. 75 vd.’de iki hüküm arasında bu şekilde bir fark olduğunu belirtmekte, fakat değerlendirmelerini mehazı esas alarak yapmaktadırlar; bkz. aynı yönde Eren, sf. 210 vd. *Feyzioğlu* da (bkz. sf. 68, dpn. 96) “*sükûtle geçilmiş*” ifadesinin mehaza uygun olarak “*saklı tutulmuş*” şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmektedir.

<sup>298</sup> Kocayusufpaşaoğlu, sf. 174.

<sup>299</sup> Bkz. *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, sf. 76; Eren, sf. 211 vd.; Tunçomağ, sf. 202; Kuonen, sf. 295 ve dpn. 885’de anılan yazarlar; Engel, *Traité*, sf. 218; Pierre Tercier, *Le Droit des Obligations*, 3<sup>e</sup> éd., Genève-Zürich-Bâle 2004, sf. 113; Ali-Nagi Kani, *La force créatrice de la volonté dans la formation du contrat: Etude comparative du droit iranien et de certaines législations européennes*, Neuchâtel 1956, sf. 117.

<sup>300</sup> *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, sf. 77’de sözleşmenin bir bütün olduğunu ve bazı noktalarda henüz anlaşmış olmayan ve müzakerelere devam arzusu duyan tarafları bir oldu bitti ile karşı karşıya getirmenin doğru olmadığını ifade etmektedirler.

neticesi ortaya çıkacaktır. Bu bağlamda, anlaşmanın ileriye bırakılması ile ifade edilmek istenen, tarafların ikinci derece noktalar üzerinde bir görüş birliğine varamadıklarının bilincinde olarak, bu noktalar üzerinde daha sonra bir mutabakat aranacağı yönündeki kabulleridir. Tarafların buradaki maksatları, sözleşme müzakerelerinin tıkanmasını önlemek ve görüşmelere devam etmektir.

Kocayusufpaşaoğlu, tarafların hem objektif hem de sübjektif esaslı noktalar üzerinde anlaşmalarının aranması halinde sözleşmenin kesin olarak kurulmuş olacağını ve BK md. 2/f. 1’de öngörülen karinenin bir anlamı kalmayacağını ifade etmektedir<sup>301</sup>.

Kanaatimizce de, böyle bir durumda zaten herhangi bir karinenin uygulanmasına gerek yoktur. Karine, bir durumun nasıl yorumlanacağı hususunda bir tereddüt hasıl olduğunda işimize yarayan ve ispat yükü açısından kolaylık sağlayan bir müessesedir. MK md. 6 hükmü gereğince, herkes kendi iddiasını ispat ile yükümlü olduğuna göre, kural olarak sözleşmenin kurulduğunu ileri süren tarafın bu hususu ispat etmesi gerekecektir. BK md. 2 hükmü, bu tarafın objektif esaslı noktalar üzerinde anlaşılması olduğunu ileri sürmesini yeterli kabul etmektedir. Bu iddia karşısında, birtakım ikinci derece noktalar üzerinde anlaşma sağlanamadığını, bu noktaların kendi açısından sübjektif esaslı unsur teşkil ettiğini ve bunların yokluğu halinde sözleşmenin kurulmuş sayılmayacağını ispat etme yükü artık karşı tarafa ait olacaktır<sup>302</sup>. Bir başka ifadeyle, bu tarafın kendi iradesinin bağlanma yönünde olmadığını ve sözleşmenin kurulmadığını ileri sürerek karineyi çürütme yoluna gitmesi gerekecektir.

Bunun yanı sıra, objektif açıdan ikinci derece noktaların, sübjektif açıdan esaslı sayılabilmesi için bunlara verilen önemin karşı tarafa bildirilmesi gerektiği gerçeği

<sup>301</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 176, dpn. 10; aynı yönde **Aksoy Dursun**, sf. 43.

*Tercier*, İsv. BK md. 2/f. 1’de bahsedilen esaslı unsurların zaten sübjektif esaslı unsurlar olarak anlaşılması gerektiğini, aksi takdirde bu kuralın malûmu ilân eder nitelikte olacağını ifade etmektedir. Bkz. **Tercier**, sf. 114.

Tarafların ikinci derece noktalar üzerindeki anlaşmayı ileriye bırakmaları ile bunları sükûtle geçiştirmeleri arasındaki bir başka fark, sözleşmenin tamamlanmasında ortaya çıkacaktır. Buna göre, hakim saklı tutulan noktalarda işin mahiyetine göre karar verecek; sükûtle geçilen noktalarda ise yedek hukuk kuralları devreye girecektir. Bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sf. 77; **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 178.; **Eren**, sf. 214; **Oğuzman/Öz**, sf. 153; **Engel**, *Traité*, sf. 220. Aksi görüşte bkz. **Feyzioğlu**, sf. 68, dpn. 96. Yazara göre taraflar anlaşmazlığa düştüklerinde yedek hukuk kurallarının devreye girmesi için yine hakim bir kararına ihtiyaç duyulacak ve bunlar kendiliğinden devreye girmeyecektir. Bunun yanı sıra, bu madde hükmünü mehaza uygun şekilde “saklı tutulmuş olsa bile” şeklinde anlamak gerekmektedir.

<sup>302</sup> **Tunçomağ**, sf. 203.

karşısında, bu şekilde bir karineden yararlanma imkânı bazı durumlarda hakkaniyete aykırı sonuçları da beraberinde getirebilmektedir. Tarafların, örneğin bir satım sözleşmesine yönelik müzakereler kapsamında, satım konusu mal ve semen üzerinde anlaşma sağlamış olmalarına rağmen, satıcının malın teslim tarihinin kendisi için önem arz ettiğini ve ancak belli bir tarihte teslimatı gerçekleştirebileceğini belirtmiş olması halinde, bu husus bir anlaşmaya bağlanmadan sözleşme kurulmuş sayılacak; alıcı, satıcı için durumun arz ettiği önemi bile bile bu sözleşmeye dayanarak ifa talebinde bulunabilecek ve satıcı sözleşmenin kurulmuş olduğu karinesini çürütmek mecburiyetinde kalacaktır. Kanaatimizce, taraflardan birinin hem kendisi için önem arz eden bir unsur olmadan o sözleşmeyi kurmayacağını belirtmesi hem de daha sonrasında bu sözleşmenin kurulmadığını ispat yükü altında bırakılması BK md. 2/f. 1 ile getirilen karinenin amacını aşar görünmektedir. Kaldı ki, böyle bir durum zaten taraf iradeleri arasında açık bir uyuşmazlık (*dissens*) yaratacak ve bu nedenle de sözleşme kurulmuş sayılmayacaktır<sup>303</sup>. Taraflardan biri açısından sübjektif esaslı unsur olarak değerlendirilen bir noktanın bu özelliği karşı tarafça bilinmiyor ve bilinmesi de gerekmiyorsa, böyle bir durumda gizli bir uyuşmazlık bulunacak; ancak güven prensibi çerçevesinde BK md. 2/f. 1 hükmü gereğince sözleşmeye kurulmuş gözıyla bakılabilecektir<sup>304</sup>.

Kanaatimizce, tarafların müzakereler sırasında bazı hususlarda belli bir anlaşma zemini yakaladıklarını fark ederek bunu yazıya dökmeleri, söz konusu hususlar sözleşmenin objektif yönden esaslı unsurlarını oluştursa dahi, mutlak surette sözleşmenin kurulduğu anlamına gelmez. Objektif açıdan esaslı unsurlar sözleşmenin asgarî içeriğini meydana getirir; ancak taraflar, özellikle de geniş kapsamlı ve detaylı sözleşmelerde sadece objektif açıdan esaslı unsurları düzenlemekle yetinmeyip bu içeriği genişletmek isteyebilirler<sup>305</sup>. Böyle bir durumda,

<sup>303</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sf. 80; Tercier, sf. 114.

<sup>304</sup> Kuonen, sf. 296.

**Tunçomağ** böyle bir durumda, gizli uyuşmazlığın hangi noktalara ilişkin olduğuna göre bir ayırımı gitmektedir. Buna göre, eğer gizli uyuşmazlık objektif açıdan esaslı noktalara ilişkin ise sözleşme kurulmayacaktır. Buna karşın, gizli uyuşmazlık ikinci derecede noktalara ilgili ise, BK md. 2 kıyasen uygulanarak, tarafların üzerinde uyuşma sağlanamayan nokta olmaksızın bu sözleşmeyi yapacaklarının kabul edilmesi halinde, sözleşme kurulmuş kabul edilecektir. Bkz. **Tunçomağ**, sf. 204. Güven prensibi ile ilgili olarak bkz. yukarıda dñn. 240.

**Aksoy Dursun**, gizli uyuşmazlık halinde, taraflar objektif açıdan esaslı noktalar üzerinde anlaşmış oldukları müddetçe, favor contractus ilkesi gereğince sözleşmenin ayakta tutulması gerektiğini ve bu amaçla BK md. 2/f. 1'in kıyasen uygulanacağını kabul etmektedir. Bkz. **Aksoy Dursun**, sf. 51.

<sup>305</sup> **Eren**, sf. 211. Bu tip sözleşmeler çoğunlukla kanunda düzenlenmiş tiplerden birine girmek yerine, ekonomik gelişmeler sonucu ortaya çıkan kendine özgü bir sözleşme niteliği taşıyacaktır. Bu nedenle böyle sözleşmeler açısından objektif esaslı unsurlardan bahsedilemeyecek, fakat bunun

her iki taraf için de üzerinde ayrıca durulması gereken, kendilerince önem taşıyan birtakım unsurlar mevcut olacaktır. Ancak, bu şekilde objektif olarak ikinci derece noktaların her zaman sözleşmenin kuruluşunu engelleyeceği sonucuna da varmamak lazımdır. Bunun için, herşeyden önce objektif olarak ikinci derece noktaların, taraflardan en azından biri açısından subjektif açıdan esaslı nokta mertebesinde değerlendirilmesi gereklidir. Bunun dışında, müzakerelerin başlangıcında subjektif açıdan esaslı olarak değerlendirilen bir husus, ilerleyen etaplarda karşılıklı olarak verilen ödümler dahilinde geri çekilebilir ya da bu belli husus, artık bunu ileri sürmüş olan taraf için dahi, önem arz etmez hale gelebilir<sup>306</sup>. Ancak en azından başlangıç safhasında, bir tarafın müzakere masasına taşıdığı ikinci derece noktanın, o taraf açısından belli ölçüde önemli olduğu kabul edilmeli ve bu husus üzerinde anlaşmaya varılmadan o taraf açısından sözleşmenin kurulmuş olacağı düşünülmemelidir<sup>307</sup>. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, BK md. 2/f. 1 hükmünün tarafların bu hususlar üzerindeki anlaşmayı ileriye bırakması durumunda karine olarak sözleşmeyi kurulmuş kabul etmesidir. Başka bir deyişle, taraflar o belli konu üzerinde anlaşamadıklarının bilincinde olarak, ama nasıl olsa bir ortak zemin bulunur düşüncesiyle, bu konunun hallini ileri bir tarihe bırakmış olurlarsa, hiç değilse karine olarak şimdiden bağlayıcı bir sözleşmenin kurulduğu sonucuna varılabilecektir<sup>308</sup>. Böyle bir durumda, taraflar hazırladıkları sözleşmede bilinçli olarak bir boşluk yaratmış olmaktadır. Kaleme alınan metnin (*punctuation*) böyle bir nitelikte olması, henüz sözleşmeyi kurma niyeti olmayan taraf açısından bir risk oluşturabilir. Hiç şüphesiz, bu tarafın sözleşmenin kurulduğu yönündeki karineyi çürütme imkânı

---

anamlı bir bütün oluşturması için iş hayatında aranan şartların gerçekleşmesi beklenecektir. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 175. Hatta bu durumda sözleşmenin bütünüyle subjektif esaslı noktalardan oluştuğu bile söylenebilecektir. Bkz. **Kuonen** sf. 295. Bu durumda BK md. 2/f. 1'in kıyasen uygulanması söz konusu olacaktır. Bkz. **Schönenberger/Jäggi**, ZKomm., OR Art. 2 N. 39. Bu tip sözleşmeler açısından BK md. 2/f. 1'in bir anlam ifade etmesinin tek yolunun taraf iradeleri arasındaki uyuşmanın hem objektif hem de subjektif açıdan esaslı noktalarda aranması gerektiği yönünde bkz. **Kuonen**, sf. 296.

<sup>306</sup> Federal Mahkeme'nin bir kararında tarafların bazı konuları ortaya koyup sonra çözümlenmeden bırakmaları halinde, genellikle bu konuların onlar için sözleşmenin bir şartı olarak değerlendirilmediği ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. ATF 103 II 197.

<sup>307</sup> Salt yorum uyuşmazlığı teorisi kapsamında, müzakereler sırasında taraflardan en azından biri için subjektif açıdan esaslı olan bir noktanın daha sonradan tekrar subjektif açıdan ikinci derece bir nokta haline getirilebileceği kabul edilmektedir. Bu teori ve açıklamalar için bkz. **Eren**, sf. 217 vd.

<sup>308</sup> *Common law* sisteminde böyle bir anlaşma "*agreement* ya da *contract with open terms*" olarak ifade edilmektedir. Bu kapsamda taraflar müzakere ettikleri konuyla ilgili temel noktaların çoğunda uyuşma sağlamış ve varılan uyuşmayla bağlı olduklarını kabul; henüz uyuşma sağlanamayan noktalara ilgili olarak da müzakerelere devam edeceklerini taahhüt etmektedirler. Eğer müzakereler neticesinde bu konularla ilgili bir uyuşma sağlanamaz ve nihai sözleşme kurulamazsa taraflar yapmış oldukları ilk anlaşmayla bağlı olurlar ve diğer hususlar hakimin uygun göreceği şekilde tamamlanır. Bkz. **Farnsworth**, sf. 669 vd.

mevcuttur. Ancak, baştan durumu kontrol altında tutmak, sonradan gereksiz yere zaman ve para kaybetmeyi önleyecek ve her iki tarafın da yararına olacaktır. Bu nedenle tarafların kaleme aldıkları tasarı metnine sözleşmenin henüz kurulmadığına veya bu metnin bağlayıcı olmadığına ilişkin bir kayıt eklemeleri yerinde olacaktır<sup>309</sup>. Bu açıdan BGB § 154’de yer alan çözüm daha isabetli görünmektedir.

<sup>309</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 111.

**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop** ise sf. 81’de, taraflar tutulan zabıtların altını imzalamış dahi olsalar, üzerinde uyuşulması teklif edilen bütün noktalar bir anlaşmaya bağlanmadıkça, ortada henüz bir sözleşme olmadığı görüşünü ileri sürmektedirler.

İsviçre Federal Mahkemesi’nin bir kararı, taraflarca hazırlanan bir metinde bağlanma iradesinin varlığının tespit edilmesi açısından bazı ölçütler olabileceğini göstermektedir. Bu karara konu olan olayda, taraflar noterde mirasın paylaşımına yönelik bir belge düzenlemişlerdir. Federal Mahkeme, belgenin mirasçılar tarafından imzalanmış olmasına rağmen, içeriğinde paylaşma sözleşmesinin esaslı unsurlarına kısmen dahi olsa yer verilmemiş bulunulmasının yanı sıra, belgenin kaleme alınış tarzı açısından da sözleşme niteliğinde olmaktan ziyade, ileride düzenlenecek bir işlemin taslağı görünümünde bulunduğunu kabul etmiştir. Gerçekten de, noter bu belgeyi mirasçılarla düzenlenen bir toplantıda yapılan tartışmalarda varılan sonuçları tespit etmek amacıyla, gelişigüzel bir şekilde ve el yazısıyla kaleme almıştır. Federal Mahkeme, bu tespitin alelade bir kağıt üzerine yapıldığı, herhangi bir şekil ve forma uymadığını, paragraflar arasında bağlantı bulunmadığı gibi sayfa düzeninin de olmadığını, metinde bir giriş (preamble) bölümünün yer almadığını, cümle yapısı ve kaleme alınış tarzı itibarıyla telgraf gibi yazıldığını, üzerinde çok sayıda çizik ve düzeltmenin yer aldığını göz önünde bulundurarak bunun bir müsvedde metin olduğuna karar vermiştir. Bkz. ATF 84 II 418.

Buna mukabil, 5.5.2006 sayılı bir kararında Federal Mahkeme, taraflar arasında hazırlanmış olan ve “*Memorandum of Understanding*” başlığını taşıyan bir metnin, taraflar arasında kurulmak istenen bir joint-venture sözleşmesinin temel sözleşme oluşturduğunu kabul etmiştir. Bkz. TF 5.5.2006, 4C.22/2006.

Bu konudaki en ilgi çekici olaylardan bir tanesi Amerika Birleşik Devletleri’nde yaşanmıştır. Literatürde de geniş yer bulan bu olay Pennzoil Inc. ile Getty Oil şirketleri arasındaki birleşme görüşmeleri sırasında kaleme alınan bir memorandum of understanding’in mahkeme tarafından bir sözleşme gibi değerlendirilmesi neticesinde meydana gelmiştir. İki taraf arasında bu şekilde bir memorandum hazırlanmış, basına konuyla ilgili bilgi verilmiş ve artık nihai sözleşmenin hazırlanması aşamasına gelinmiştir. Bu esnada Texaco Inc. Getty Oil ile temasa geçmiş ve bu şirketin Pennzoil yerine kendisiyle sözleşme yapmasını sağlamıştır. Bunun üzerine Pennzoil, Texaco’yu sözleşme ilişkisine müdahale ettiği ve diğer tarafı bu sözleşmeyi ihlal etmesi için kışkırttığını ileri sürerek dava etmiş ve ortada sadece bir memorandum of understanding olmasına rağmen davayı kazanmıştır. *Pennzoil, Inc v. Texaco, Inc.*, 729 S.W.2d 768 (CAp. Tex. 1987, J. Warren). Bu davayla ilgili çok sayıda çalışma mevcuttur. Bkz. **Fontaine/De Ly**, sf. 51 vd.; **Lake/Draetta**, sf. 135 vd.; **Baron/Baron**, “The Pennzoil-Texaco dispute : An independent Analysis”, Baylor Law Review volume : 38, sf : 253 – 290; Edouard **Chamy**, “L’affaire Texaco-Pennzoil et ses multiples développements au sein du système judiciaire américain”, JDI, 1988, no : 4, sf : 979 – 1006; Ugo **Draetta**, “The Pennzoil case and the binding effect of the letters of intent in the international trade practice”, RDAI, no: 2 – 1988, sf: 155 – 172; Christopher M. **Goffinet**, “The \$10.53 billion question – when are the parties bound?: Pennzoil and the use of agreements in principle in mergers and acquisitions”, Vanderbilt Law Review volume: 40, sf: 1367 – 1396; Gregory **Gelfand**, ““Pun’s oil sues Toxico” : A comedy of errors in (at least) four acts”, Delaware Journey of Corporate Law volume : 11, sf : 345 – 381.

Bu olayı bizim hukuk sistemimiz açısından ilginç kılan bir başka özellik, Pennzoil şirketinin davayı müzakereleri yürütmekte olduğu Getty Oil şirketine karşı değil, bu ilişkiye yabancı olan Texaco şirketine karşı açmış olmasıdır. Türk Hukuku açısından bu durum ancak BK md. 41/f. 2 kapsamında mümkün olabilecek; fakat bu madde hükmünde yer alan zarar verme kastı yoksa, ancak müzakere ilişkisinde bulunulan karşı taraf *culpa in contrahendo* gereği sorumlu tutulabilecektir.

### 3. BGB § 154 ve *Punctuation*

*Punctuation*<sup>310</sup> olarak adlandırılan bu tip metinlerin hukukî niteliği Alman hukukçular arasında tartışmalara neden olmuş; bazılarının göre bu belge bir sözleşme niteliği taşıırken, bazılarının göre ise basit bir sözleşme projesi olmaktan öteye gidememiştir. BGB hazırlanırken de bu sıcak tartışmalar sebebiyle kanun koyucu bu konuyu düzenleme ihtiyacı hissetmiştir. Kanun 154. paragrafında tüm noktaları üzerinde anlaşmaya varılmadan sözleşmenin kurulmuş sayılmayacağı (BGB §154/Abs. 1)<sup>311</sup> ve *yazılı bir projeye konu olmuş olsa bile* sadece bazı hususlarda anlaşmaya varılmış olmasının tarafları bağlamak için kâfi gelmeyeceğini (BGB §154/Abs. 2)<sup>312</sup> düzenlenmektedir. Daha açık bir ifadeyle, taraflar objektif esaslı unsurlar üzerinde anlaşmış, fakat ikinci derece noktalar üzerinde anlaşma sağlayamamış olurlarsa, sözleşmenin kurulmasına yönelik asıl iradelerini araştırmak gerekecektir. Bu bağlamda eğer tarafların ikinci derece noktalar üzerindeki uyuşmayı ileri bir tarihe ertelemiş oldukları sonucuna varılabiliyorsa, bu noktalar üzerindeki mutabakat eksikliği sözleşmenin kurulmasına engel olmayacaktır<sup>313</sup>. Bu açıdan BGB hükmü ile İsviçre ve Türk Borçlar Kanunları hükümleri arasında sonuç itibariyle bir fark bulunmamaktadır.

<sup>310</sup> *Punctuation* geniş anlamıyla, yukarıda da ele alınmış olduğu gibi, sözleşmelerin adım adım ya da üst üste konan katmanlardan oluştuğunu ileri süren bir teoridir. Bkz. yukarıda §1, III, B. Genel olarak bu konuda yapılan incelemelerde varılan sonuç İsviçre Borçlar Kanunu ve Avusturya Medeni Kanunu'nun *punctuation* teorisini kabul ettiği, Alman Medeni Kanunu'nun ise bu teoriyi reddettiği yönündedir. Bu konudaki yorumlar için genel olarak bkz. Etienne **Leduc**, *Des Avant-Contrats*, Paris 1909, sf. 66 vd.; **Rieg**, sf. 594 vd; **Accad**, sf. 92 vd; **Kuonen**, sf. 300; krş. **Lake/Draetta**, sf. 84. Dar anlamıyla ise müzakereler sırasında varılan sonuçların kaleme alındığı, müzakere edilen sözleşmenin bazı noktalarında taraflar arasında hasıl olan uyuşmanın yazılı olarak tespit edildiği bir metni ifade etmektedir. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, *Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi*, İstanbul 1959, sf. 88 ; **Kuonen**, sf. 299.

<sup>311</sup> BGB § 154/Abs. 1: “*Solange nicht die Parteien sich über alle Punkte eines Vertrags geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll, ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen. Die Verständigung über einzelne Punkte ist auch dann nicht bindend, wenn eine Aufzeichnung stattgefunden hat.*” Bu fıkranın açıklaması ve tartışmalar için bkz. Claude **Witz**, *Droit Privé Allemand, Actes Juridiques-Droits Subjectifs*, BGB Partie Générale, *Loi sur les conditions générales d'affaires*, Paris 1992, sf.145 N.158-159; Michel **Pédamon**, *Le Contrat en droit allemand*, Paris 1993, sf. 38.

<sup>312</sup> BGB §154/Abs. 2: “*Ist eine Beurkundung des beabsichtigten Vertrags verabredet worden, so ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen, bis die Beurkundung erfolgt ist.*” **Witz**, sf. 146 N. 160'da *punctuation*'dan BGB §154'ün özel bir uygulaması olarak bahsetmiş, ancak bir açıklama getirmeyip **Rieg**'in “*Punctuation*” makalesine atıfta bulunmuştur.

<sup>313</sup> **Aksoy Dursun**, sf. 42, dpn. 122'de bu tespiti yapmakta ve bu yönde şu yazarları zikretmektedir: Werner **Flume**, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts: Das Rechtsgeschäft*, Zweiter Band, 3. ergänzte Auflage, Berlin 1979, sf. 628; Ernst A. **Kramer**, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Redakteur: Franz Jürgen Säcker, Bd. 1, 4. Auflage, München 2001, BGB § 154 N. 1, N. 6.

Ancak her türlü araştırma sonucunda tarafların asıl iradeleri tespit edilemiyorsa bu durumda “*şüphe halinde sözleşme kurulmamış sayılır*” diyen § 154/Abs. 1 uygulanır<sup>314</sup>. Bu durumda taraflar, diğer hususlarda varmış oldukları anlaşmayı yazılı hale getirmiş olsalar bile bu metin onları bağlayıcı nitelikte olmayacak, bir başka ifadeyle bir sözleşme kurulmuş sayılmayacaktır<sup>315</sup>. Burada görüldüğü gibi BGB, İsviçre ve Türk Borçlar Kanunları’nın öngördüğünün aksi yönünde bir yaklaşımı benimsemiş ve tereddüt halinde sözleşmenin kurulmadığı sonucunu kabul etmiştir. BGB § 154 esas itibarıyla bir yorum kuralıdır. Bir başka deyişle, burada artık bir ispat meselesi mevcut değildir; kanun tarafların arasındaki mutabakat eksikliğini bu şekilde yorumlamak suretiyle bir çözüme bağlamış bulunmaktadır.

*Punctuation* bir sözleşme olarak kabul edilemese bile, başka açılardan önem arz edebilir. İlk olarak, daha sözleşme kurulmamış olmasına rağmen taraflar arasında karşılıklı güvene dayanan bir hukukî ilişki meydana gelmesine yol açar ve bunun kusurlu bir şekilde ihlâli sonucunda ortaya çıkan zararın tazminini gerektirir<sup>316</sup>. İkinci olarak, daha sonra kurulacak sözleşmenin yorumunda bu şekilde düzenlenen sözleşme taslakları önemli bir rol oynar<sup>317</sup>. Bunun yanı sıra *punctuation*, düzenlendiği

<sup>314</sup> **Pédamon**, sf. 38; **Esener**, *Borçlar Hukuku*, sf. 32.

<sup>315</sup> Alman kanun koyucu burada açıkça irade serbestisine uygun bir yol izlemiştir. Böylece İsv. BK md. 2’nin aksine sözleşmenin kurulması tamamen tarafların iradesine bırakılmıştır. Bu yorum için bkz. **Witz**, sf. 145 N. 158. **Kramer** de İsv. BK md. 2/f. 1’de *favor contractus* ilkesinin hakim olduğunu belirtmektedir. Bkz. **Kramer**, BKomm. OR art. 2 N. 4; aynı yönde **Esener**, *Borçlar Hukuku*, sf. 33. **Kuonen** tarafların bazı unsurlardaki anlaşmayı saklı tutmalarının sözleşmenin kurulmamış sayılması için yeterli olduğunu belirtmektedir. Bkz. **Kuonen**, sf. 297.

**Rieg** ise bu durumu, irade açıklamasından doğan görünüşü koruyan bir kanun açısından ilginç bir yaklaşım olarak nitelendirmektedir. Bkz. **Rieg**, sf. 595.

<sup>316</sup> **Kuonen**, sf. 298; **Kocayusufpaşaoğlu**, taraflar arasında karşılıklı güvene dayanan bu hukuki ilişkinin kusurlu şekilde ihlâli neticesinde doğan zararın kıyasen uygulanacak sözleşmesel sorumluluk hükümlerine göre tazmin edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, *Satış Vaadi*, sf. 89, dpn. 8.

**Dirix** de bir prensip anlaşmasına varıldıktan sonra müzakerelerin kesilmesinin sözleşmesel bir sorumluluk doğuracağı görüşündedir. Buna göre, bir nihaî sözleşmeye varılacağı hususunda ortaya çıkan güven böyle bir anlaşma yapılmasıyla kuvvetlenmiş olmaktadır. Dolayısıyla, tarafların tutumları da daha sert bir şekilde değerlendirilecektir. Taraflar artık sözleşmesel olarak müzakereleri iyiniyetle sürdürme borcu altındadırlar. En önemlisi, prensip anlaşmasında belirlenen konulardan tek taraflı olarak vazgeçmek ya da karar değiştirmek mümkün olmayacaktır. Taraflar bu şekilde bir anlaşma yaparak sözleşme özgürlüklerini kısıtlamış olmaktadır: üçüncü kişilerle aynı konularda müzakerelere girmekten kaçınmaları gerekmektedir, aksi takdirde sözleşmesel bir sorumluluk doğacaktır. Bkz. **Dirix**, sf. 242.

<sup>317</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, *Satış Vaadi*, sf. 89, dpn. 8.

*Common law* sisteminde ise mahkemeler sözleşmeyi yorumlamak için buna ait müsveddelere ya da müzakere aşamasındaki taraf iradelerinin ne olduğunu gösterecek belgelere başvuramaz. Bkz. **Péloquin/Assié**, sf. 183. Bunu ifade etmek için İngilizce terminolojide bu tip hükümler “*merger clauses, four corner clauses, integration clauses, entire agreement clauses*” gibi çeşitli terimler kullanılır. Bununla birlikte Kıta Avrupası ülkelerinde de taraflar herhangi bir müzakere metni içine koyacakları bir hükümlerle, kurulacak asıl sözleşmenin yorumunda müzakere safhasına ait belge,



an itibariyle tarafların arasındaki güven ilişkisinin yoğunluğuna ve müzakerelerin durumuna da tanıklık eder<sup>318</sup>. *Punctation* veya sözleşme tasarısı asıl sözleşme olarak kabul edilmese bile, tarafların üzerinde anlaştığı varsayılan birtakım konu başlıklarını içermektedir. Burada amaçlanan, artık bu konuları belirleyip, bir daha bunlar üzerinde tartışmaya gerek olmadan müzakerelerde ilerleyebilmektir. Bu nedenle her ne kadar bir sözleşme gibi bağlayıcı kabul edilmese de, taraflardan birinin burada üzerinde anlaşma olduğu tespit edilen noktaları tekrar tartışmaya açması, bu konularda belirlenen pozisyondan vazgeçtiğini açıklaması çelişkili davranış sayılarak bu tarafın sorumluluğunun doğmasına neden olabilecektir<sup>319</sup>.

Şu hususu belirtmek gerekir ki, müzakere edilen sözleşmenin kanun gereği bir geçerlilik şekline bağlı olması halinde, sözleşme tasarısının bu şekle uymaması durumunda, yukarıda ele alınan tartışmalar büyük ölçüde bertaraf edilmiş olacaktır; çünkü bu halde, taraflar esaslı unsurlar üzerinde anlaşmış olsalar dahi, şekle uymadan sözleşmenin geçerlilik kazanması mümkün değildir<sup>320</sup>. Aynı sonuca, bir ölçüde, tarafların müzakere edilen sözleşme için iradî bir geçerlilik şekli kabul etmeleri halinde de varılabilecektir. Ancak burada taraflarca getirilen şeklin bir ispat şekli olduğu ya da bu şekilden vazgeçilmiş olduğunun ortaya konmasıyla, sözleşmenin kurulduğu karinesi yine hayat bulabilecektir<sup>321</sup>.

### E. Toplantı Tutanaqları (*Meeting Minutes*)

Bir sözleşme kurma amacıyla müzakere eden taraflar, bu süreç içerisinde birçok kere bir araya geleceklerdir. Bu toplantılar sırasında neler konuşulduğunu takip edebilmek için tutanak ya da zabıtlar tutulması doğaldır. Bu şekilde bir önceki toplantıda hangi hususların tartışıldığı ya da bir sonraki toplantının gündeminin hangi konulardan oluşacağı belirlenebilir.

Ayrıca eş zamanlı olarak çeşitli yetkililerin değişik konulardaki müzakereleri sürdürmesi de bu şekilde sağlanmış olur. Böylece her ekip kendi yürüttüğü müzakere bölümüyle ilgili bir tutanak tutmuş olacaktır.

---

yazışmaların ya da sözlü anlaşmaların kullanılmayacağını kararlaştırabilir. Bu konuda örnek kararlar için bkz. **Kuonen**, sf. 275 dpn. 835.

<sup>318</sup> **Kuonen**, sf. 298.

<sup>319</sup> **Schlosser**, sf. 360.

<sup>320</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 179; **Eren**, sf. 214. Belirtelim ki, geçerlilik şartı olarak adı yazılı şekil öngörülmüş olursa bu görüşün önemi azalacaktır, çünkü tarafların düzenlemiş oldukları belgenin adı yazılı şeklin unsurlarını barındırma ihtimali daha fazladır.

<sup>321</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 179; **Kuonen**, sf. 294.

Bu tutanaklarda sadece geçici birtakım tespitler yer aldığından, bunların bağlayıcı olmaları ya da sözleşmesel yükümlülükler içermesi söz konusu değildir.

## F. Centilmen Anlaşmaları (*Gentlemen's Agreements, Engagements d'honneur*)

### 1. Tanımı

Centilmen anlaşmaları, tarafları sadece şeref ve vicdanları açısından yükümlülük altına sokan, fakat hukukî yaptırıma sahip olmayan anlaşmalar olarak tanımlanmaktadır<sup>322</sup>. Hukukî bir yaptırım sonucu doğurmasa da, taraflar arasındaki temasa delil teşkil etmesi açısından sözleşme öncesi sorumluluğa katkıda bulunabileceği de ifade edilmektedir<sup>323</sup>.

Centilmen anlaşması terimi sadece özel hukukta sözleşme müzakereleri kapsamında kullanılan bir belgeyi ifade etmemekte, kamu hukuku ve özellikle devletler umumi hukuku kapsamında da bu isim altında düzenlenen çeşitli içerikte belgelere rastlanmaktadır<sup>324</sup>. Çalışmamız içerisinde sadece özel hukuka ait sözleşme müzakereleri esnasında taraflar arasında düzenlenen bir belge olan centilmen anlaşmaları inceleme konusu yapılacaktır.

### 2. Hükümleri

Bu tip anlaşmaların yapılması çoğu yazarca tarafların kendilerini “hukuk dışında<sup>325</sup>” tutmak istedikleri şeklinde ifade edilmektedir. Bu şekilde yapılan

<sup>322</sup> **Dirix**, sf. 235; F. Willem **Grosheide**, “The Gentlemen’s Agreement in legal theory and in modern practice – The Dutch civil law perspective”, Netherland’s Reports to the XVth International Congress of Comparative Law (Bristol 1998), Antwerpen/Groningen, sf. 91; aynı yönde **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 111; **Ayrancı**, sf. 95; **Doğan**, sf. 84; **Kuonen**, sf. 301; **Schlosser**, sf. 348.

<sup>323</sup> **Grosheide**, sf. 96.

<sup>324</sup> OECD ve ILO’nun çeşitli düzenlemelerinde, Avrupa Birliği kurumsal düzenlemeleri ve özellikle rekabet hukuku alanında, bazı ülkelerde vergi hukuku alanında ve çeşitli kamu otoriteleri arasında centilmen anlaşmalarına rastlanılmaktadır. Bunun yanı sıra Birleşmiş Milletler de centilmen anlaşmalarını kullanmaktadır. Bu konuda bkz. B. **Wessels**, *Gentlemen’s Agreements*, Gouda Quint Arnhem 1984, sf. 19-21 (naklen **Grosheide**, sf. 107); **Doğan**, sf. 84 ve özellikle dpn. 204. İsviçre’de kamu otoritelerinin özel teşebbüslerle centilmen anlaşmaları imzalamasının oldukça yaygın olduğu yönünde bkz. Etienne **Poltier**, “Les gentlemen’s agreements à participation publique”, *Revue de Droit Suisse*, V. 106, Halbband 3, 1987, sf. 367. Yazar bunun yanı sıra İsviçre Merkez Bankası’nın diğer bankalarla bu tip anlaşmaları 1930’lardan beri yapmakta olduğunu ifade etmektedir. Bunun yanı sıra yine Devler Hukuku alanında örnek olarak 1907 yılında Japonya ve Amerika Birleşik Devletleri arasında Japon hükümetinin vatandaşlarının Amerika’ya göç dalgasını azaltmak üzere imzalanan anlaşma sayılabilir. Bkz. **Poltier**, sf. 369.

Ayrıca bazı ailevi ve sosyal ilişkileri düzenlemek için de centilmen anlaşmaları yapılabileceği konusunda bkz. **Dirix**, sf. 236 vd; **Grosheide**, sf. 108.

<sup>325</sup> **Péloquin/Assié**, sf. 178; **Rouiller**, *Droit suisse des obligations et Principes du droit européen des contrats*, Lausanne 2007, sf. 150; **Kuonen**, sf. 301. Benzer bir ifadede **Kocayusufpaşaoğlu**, sf.

anlaşmalar yalnızca ahlâki bir yaptırım gücüne sahiptir<sup>326</sup>. Bir başka ifadeyle, taraflardan birinin bu tip bir anlaşmaya uymaması halinde, karşı taraf onu dava yoluyla anlaşmaya uygun davranmaya zorlayamayacaktır<sup>327</sup>. Bu kapsamda yükümlülüklerin yerine getirilmesi sadece verilen şeref sözüne dayanacak, borcunu yerine getirmeyen taraf ticarî itibarının zedelenmesine katlanmak zorunda kalacaktır<sup>328</sup>.

Bazı durumlarda, tarafların arasındaki ilişki gereği, onların konuları ve yaptıkları anlaşma zaten “hukuk dışı” olarak nitelendirilmeye müsait olabilir. Fakat bunun dışında da tarafların aralarında anlaşarak, normal şartlar altında belli hukukî yükümlülükler doğuracak, hukukî yoldan ifası talep edilebilecek bir anlaşmadan bu niteliği kaldırdıkları ve bu tip anlaşmaları da centilmen anlaşması olarak isimlendirdikleri gözlemlenmektedir. Bu halde ise, tarafların böyle bir anlaşma yoluna giderek kural olarak hukuk düzenine tâbi bir anlaşmayı “hukuk dışına” taşımalarının mümkün olup olmadığı sorusu akla gelmektedir.

---

112; **Dessemontet**, Commentaire Romand, CO art. 1 N. 12. **Poltier**, sf. 372’de bu belgeler için ayrıca “*soft law*” teriminin de kullanıldığını belirtmektedir.

**Engel** ise hukuk dışı terimini, sözleşme hukuku dışı manasında, hukukî sonuç doğurmayacak fiili ilişkiler için kullanmaktadır. Bu ilişkilere giren taraflar birbirlerini bir edimi yerine getirmeye zorlayamamaktadırlar, örnek olarak da ivaz karşılığı olmadan bir bilgi vermek, bedava bir gösteri düzenlemek, bir kimseyi bir yerden bir yere götürmek gibi durumlar gösterilmektedir. Bkz. **Engel**, *Traité*, sf. 221-222. Aynı yönde **Dirix**, sf. 225 vd. Bu yazar da genel olarak sosyal ve duygusal ilişkileri, aile içinde verilen sözleri ya da ahlâki ödevleri hukuk dışı olarak nitelendirmektedir.

**Ayrancı** ise centilmen anlaşmasıyla öngörülen edim yükümlülüğünün hukukî bir sebepten kaynaklanmadığı şeklinde bir ifade kullanmaktadır. Bkz. **Ayrancı**, sf. 95. Kanaatimizce zaten sadece vicdanî bir yaptırıma bağlanan hallerde teknik olarak edim yükümünden bahsedilemeyecektir.

<sup>326</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 111; **Ayrancı**, sf. 95; **Engel**, *Traité*, sf. 223. **Kuonen** sf. 301’de tarafların bu şekilde malvarlıkları üzerine değil, şerefleri üzerine bir bağlılık içine girdiklerini belirtmektedir. **Poltier** de sf. 368’de, bu tip belgelerin çoğunlukla genel ve soyut birtakım davranış kuralları içerdiğini ifade etmekte ve örnek olarak Amerika Birleşik Devletleri’nde sıklıkla başvurulan “Codes of Ethics”, “Trade Practice Conference Rules” gibi düzenlemeleri göstermektedir.

<sup>327</sup> Buradaki dava yolunun hem devlet yargısını hem de tahkimi kapsamakta olduğu yönünde bkz. **Kuonen**, sf. 301.

<sup>328</sup> Ulusal ve uluslararası ticarî anlaşmaların niteliği üzerine yapılan sosyolojik bir araştırmada, şirket yöneticileri için yapmış oldukları anlaşmaları yerine getirmek açısından hukukî yaptırıma uğrama korkusunun ilk planda gelmediği tespit edilmiştir. Bu araştırmaya göre taraflar çoğunlukla hukukun bağlayıcı anlaşmalar yapma niyeti taşımamaktadırlar. Onlar için asıl önemli olan sağlam ticarî ilişkiler kurmaktır. Bu ilişkiler ise hukuk kurallarından ziyade belli bir iş kolundaki ticarî davranış kurallarına göre şekillenmektedir. Yapılan anlaşmalara uymamak sosyal bir yaptırımla karşılaşacak ve o alanda çalışan hiçkimse bir daha anlaşmaya uymayan tarafla iş ilişkisine girmek istemeyecektir. Bu araştırma için bkz. **Macaulay**, sf. 55 vd.; Aynı şekilde tarafların birbirleri üzerinde uyguladıkları ekonomik baskının çoğu zaman cibrî icra yolu baskısından daha etkili olduğu yönünde bkz. **Kuonen**, sf. 301.

Yukarıda ele alınmış olduğu üzere, irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü prensibi gereğince taraflar, kanunî sınırlar içinde kalmak kaydıyla, aralarındaki ilişkiyi istedikleri şekilde düzenleyebilmektedirler. Bu açıdan bakıldığında, tarafların aralarındaki ilişkiyi hukukî etkiden yoksun bırakabilmeleri de sözleşme özgürlüğünden kaynaklanan bir imkân görünümü vermektedir. Taraflar tam anlamıyla hukukî etkiye sahip bir sözleşme yapabileceklerine göre, bunun yerine sadece şerefleri üzerinden bağlanmayı da tercih edebileceklerdir<sup>329</sup>.

Ancak bazı yazarlar<sup>330</sup>, hukuk düzeninin müdahalesinin bu şekilde bertaraf edilemeyeceğini de ileri sürmektedirler. Centilmen anlaşmalarının arkasına şüpheli niyetlerin gizlenebileceği korkusundan kaynaklanan bu görüşe göre hukuk düzeni müdahale edeceği ve etmeyeceği alanları yine ancak kendisi belirlemeli ve taraf iradeleri bu konuda bir rol oynamamalıdır. Ayrıca, bu şekilde hem hukuk düzeninin zayıf tarafa sağladığı korumanın bertaraf edilmesi hem de sosyal ve ekonomik faaliyetlerin önemli bir bölümünün hukuk düzeninin dışında kalması gibi bir sonucun da kabul edilebilir olmadığı ileri sürülmektedir<sup>331</sup>.

Centilmen anlaşmaları yoluyla zayıf tarafın hukuk düzeninin korumasından mahrum bırakılması ya da bu gibi temel nitelikteki ilkelerin zedelenmesi tabîi olarak kabul edilemez. İrade özerkliği de hiçbir zaman bu boyutta düşünülemez. Zaten her zaman ifade edildiği üzere, irade özerkliği ve buna bağlı olarak sözleşme özgürlüğü ancak kanun tarafından çizilen sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla kullanılabilir. Taraflar bir centilmen anlaşması düzenlerken, bununla bir tarafın sahip olabileceği hukukî korumayı bertaraf etme ya da mevcut bir kanun hükmünü dolanma amacı taşıyorlarsa, böyle bir davranış tarafların bu konudaki haklarını kötüye kullandıklarını gösterir. MK md. 2/f. 2 gereği bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumayacağına göre, taraflar böyle bir amaç taşıdıkları

<sup>329</sup> **Dirix**, sf. 235. Belçika doktrininde çoğunluk görüşünün de bu yönde olduğu gözlemlenmektedir, bkz. dpn. 47 ve orada anılan yazarlar. Hollanda hukukunda doktrinin tarafların bu serbestisini kabul ettiği fakat bunun meşru bir zemine nasıl oturtulacağı sorusuyla ilgilenmediği yönünde **Grosheide**, sf. 112. İsviçre hukuku açısından da tarafların bu şekilde sözleşmesel bir bağlanma iradesi içermeyen anlaşmalar yapabilecekleri yönünde bkz. **Kuonen**, sf. 302 dpn. 907 ve orada anılan yazarlar; **Poltier**, sf. 379.

<sup>330</sup> Bruno **Oppetit**, “L’engagement d’honneur”, Recueil Dalloz 1979, I, sf. 114. Hollanda hukukunda **Schoordijk**, devlet yaptırımıyla karşılaşmayan hukukî yükümlülük mefhumunun *contradictio in terminis* oluşturduğu görüşündedir ve bu nedenle borç doğuran bir sözleşmenin taraf iradeleriyle hukukî etkiden yoksun bırakılması kavramını kabul etmemektedir. Bkz. H.C.F. **Schoordijk**, Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek, Kluwer Deventer 1989, sf. 62 (**Grosheide**, sf. 111’den naklen.).

<sup>331</sup> Belçika hukukunda ileri sürülen bu görüş için bkz. M. **Coipel**, “L’aspect moral des lettres de patronage”, Les Lettres de Patronage, Namur 1984 (23), 34, n° 51 (**Dirix**, sf. 236’dan naklen.).

cihette esas itibariyle düzenledikleri belgeyle arzu ettikleri sonuca ulaşamayacaklardır. Dolayısıyla, sırf bu sebeple tarafların özgürce düzenleme yapabilecekleri bir alanda, aralarındaki anlaşmayı hukuk dışında tutmalarının genel olarak engellenmesine gerek bulunmamaktadır<sup>332</sup>.

Tarafların varmış oldukları anlaşmanın doğurduğu yükümlülüklerin hukukî açıdan mı, yoksa ahlâki açıdan mı bağlayıcı olduğu ise nihai olarak tarafların gerçek niyetine ve anlaşmanın yorumuna göre belli olacaktır<sup>333</sup>. Ailevi ve sosyal ilişkiler, ahlâki ödevler gibi alanlarda tarafların hukukî bir yükümlülük altına girmek istemedikleri kural olarak kabul edilebilirse de, ticarî ilişkilerdeki durum bunun tam tersidir. Ekonomik alanda yapılan anlaşmalarda genel olarak tarafların bu anlaşmalara hukukî bir etki atfetmek istedikleri hayatın gerçeklerine daha uygun gözükmektedir. Ticarî hayatta tarafların yapmış oldukları anlaşmanın hukuken etki doğuran ve bağlayıcı bir anlaşma olduğuna güvenmeleri esastır; aksi takdirde işlem güvenliğinden söz edilemez. Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde tarafların bu etkiden vazgeçmeleri mümkün olsa da, temeldeki iradelerinin bu yönde olduğu farz edilemez. Bu nedenle de, tarafların aralarındaki anlaşmayı hukukî etkiden yoksun bırakmak istediklerine yönelik iradenin açık bir şekilde ortaya konması gereklidir<sup>334</sup>. Bu irade yazılı ya da resmî şekilde ortaya konabileceği gibi; hâkim de önüne gelen bir olayda tarafların kullanmış oldukları terimlerden, anlaşmanın yapıldığı şartların değerlendirilmesinden, geçerli ticarî teamüllerden yararlanarak bir sonuca ulaşabilir<sup>335</sup>. Hâkim her ne kadar BK md. 18 gereği tarafların bir metne koydukları başlıkla bağlı kalmayıp, onların gerçek niyetlerini araştırmakla yükümlü olsa da, önüne gelen bir metinde yer alan “*centilmen anlaşması*” ya da “*şerefi üzerine*” veya

<sup>332</sup> Aynı yönde **Dirix**, sf. 236.

<sup>333</sup> **Engel**, *Traité*, sf. 224; **Rouiller**, sf. 150. **Ayrancı** da her somut olayda yapılan anlaşmanın centilmen anlaşması mı yoksa hukuken bağlayıcı bir anlaşma mı olduğunun değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir, bkz. sf. 95.

<sup>334</sup> İngiliz hukukunda bu durum *Rose&Frank Co. v. J. R. Crompton Ltd.* kararında açık olarak ortaya konmuştur [(1923) 2 K.B. 261, (1925) A.C. 445]. Temyiz mahkemesi kararına konu olayda iki tâcir karbon kağıt üretimi ve satımı hususunda bir anlaşma imzalamışlar ve bu anlaşmaya yapmış oldukları yazılı düzenlemenin resmî ya da hukukî bir anlaşma niteliğinde olmadığı ve hukuk mahkemelerinde ileri sürülmeyeceği hususunda bir madde eklemişlerdir. Daha sonra aralarındaki ilişki bozulmuş ve Rose&Frank Co. bu anlaşmaya dayanarak dava açmıştır. Hakim, tarafların ticarî bir konuda sadece karşı tarafın dürüstlük ve şerefine dayanmak isteyerek, dışarıdan gelecek her türlü müdahaleyi bertaraf etmeyi tercih edebileceklerini kabul etmiş; ancak buna yönelik iradenin açık bir şekilde ortaya konmasını gerekli görmüş ve bu şekilde kesin bir açıklıkla beyan edilen iradeye değer vermemek için bir sebep olmadığını belirtmiştir. (karar için bkz. **Dirix**, sf. 238; **Treitel**, sf. 163.)

<sup>335</sup> **Dirix**, sf. 239. Tarafların şerefleri üzerine bir bağlılık altına girmeleri kavramı sadece kelime anlamıyla anlaşılmalıdır. Belirli bir ticaret dalındaki teamül, uygulama ve davranış kuralları da bu kavram içerisinde değerlendirilmektedir, bkz. **Grosheide**, sf 113; **Poltier**, sf. 372.

“karşılıklı sadakat ve arkadaşlık çerçevesinde” gibi terimlerin varlığı hususunda dikkatli olmalıdır.

Yine güven teorisi çerçevesinde karşı tarafın yapılan beyanlara ne anlam yükleyebileceği de göz önünde tutulmalıdır. Buna bağlı olarak bazı şartlarda bu teori gereğince, varılan anlaşmanın bir sözleşme niteliğinde olduğu sonucuna da varılabilir<sup>336</sup>. Özellikle ticaret hayatında yapılan anlaşmalarda esas olan bunların bağlayıcı olması olduğuna göre, bir metnin bağlayıcı olmadığını, başka bir ifadeyle *animus contrahendae obligationis* bulunmadığını iddia eden taraf bunu ispat etmek durumundadır<sup>337</sup>. MK md. 6 gereği herkes “*hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlü*” olduğuna göre, hayatın olağan akışına uygun olmayan durumu iddia eden tarafın bunu ispat yükü altında olması normaldir<sup>338</sup>.

Tarafların hukuken bağlanmak istemediklerinin bir başka göstergesi ise belirsiz terimler kullanılması ve vaadlerinin net bir şekilde ortaya konmaması olabilir. Yazılı düzenleme yapılmasının âdetten olduğu durumlarda bundan kaçınarak sadece sözlü beyanlarda bulunulması veya sözlü olarak verilen taahhütlerin hazırlanan metinlerde yer almaması gibi durumlar da tarafların hukuken bağlanma iradelerinin olmadığını gösterebilir. Tarafların aralarındaki anlaşmanın hükümsüz olduğu bilinciyle hareket etmeleri, şekil şartıyla ilgili düzenlemeleri gözardı etmeleri gibi hususlar da bu kapsamda değerlendirilebilir<sup>339</sup>.

Centilmen anlaşmaları ile ilgili en önemli nokta, bu anlaşmada düzenlenen hususun tarafların serbest iradeleri ile hukuk dışında bırakabilecekleri bir konu olup olmadığıdır. Genel olarak sözleşme serbestisinin sınırlarını çizen BK md. 19 ve 20 düzenlemeleri dışında bir de kamu düzeni ve hukuk politikası açısından bazı konular tarafların serbest düzenleme yapmalarına uygun olmayabilir. Bu konular söz konusu olduğunda tarafların iradeleri artık kurucu bir rol oynayamaz. HUMK md. 518 “*Yalnız iki tarafın arzularına tâbi olmayan mesailde tahkim cereyan etmez.*” demek

<sup>336</sup> **Dirix**, sf. 239; **Kuonen**, sf. 302.

<sup>337</sup> **Ayrancı** da yükümlülük kurma iradesinin bulunmadığı durumda centilmen anlaşmalarının sözleşme olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir. Bkz. **Ayrancı**, sf. 96; aynı yönde **Doğan**, sf. 86.

<sup>338</sup> Aynı yönde **Dirix**, sf. 240.

<sup>339</sup> Bu örnekler için bkz. **Dirix**, sf. 239-240.

Doktrinde tarafların özellikle şekle bağlı sözleşmelerde kuruluş masraflarından kaçınmak için de böyle bir yola başvurabilecekleri ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. **Doğan**, sf. 85; **Ayrancı** sf. 95. Ancak bu şekilde hareket eden taraflar kısa vadede maddî bir külfetten kurtulsalar da uzun vadede büyük bir risk almakta, zira karşı tarafı edimini yerine getirmek için zorlama imkanından mahrum kalmaktadırlar.

suretiyle, tarafların bazı tip uyuşmazlıklar için mutlaka devlet yargısına gitmeleri gerektiğini öngörmektedir. Böyle bir hükmün varlığı karşısında, hem devlet yargısını hem de özel yargılama imkânlarını tamamen bertaraf eden bir düzenlemenin geçerli bir şekilde yapılıp yapılamayacağı sorusu akla gelebilir. Özellikle sosyo-ekonomik olarak belli grupların korunmasını amaçlayan normların mevcut olduğu iş hukuku ve tüketici hukuku ya da çoğunlukla emredici hükümlerin bulunduğu aile hukuku gibi alanlarda taraf iradelerinin ne kadar özerk olduğu bir soru işaretidir. Üstelik, centilmen anlaşmalarının düzenlenmesinin amaçlanan korumayı etkisiz bırakacağı da düşünülürse, bu gibi alanlarda böyle anlaşmalar yapılmasına cevaz verilmemesi gerekecektir. Buna rağmen yapılmış olan bir centilmen anlaşmasının ise kamu düzenine aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz sayılması gereklidir<sup>340</sup>.

Centilmen anlaşması yapılan bir durumda taraflar çoğunlukla bir yapmama borcu altında olacaklardır. Bununla birlikte bir yapma veya verme borcu kararlaştırılmış olmaları da mümkündür. Böyle bir durumda taraflar hazırlamış oldukları centilmen anlaşmasına uygun davranırlarsa, bu kapsamda verdikleri şeyler borç olmayan şeyin ifası teşkil etmez; geçerli bir ifa olarak kabul edilir.

Burada karşımıza çıkacak bir sorun, karşılıklı edimlerin taahhüt edildiği bir durumda taraflardan biri kendi edimini yerine getirmiş bulunur ancak diğeri yerine getirmese, edimini yerine getirmiş olan tarafın bunu geri isteyip isteyemeyeceği sorunudur. Buna paralel bir başka sorun ise, centilmen anlaşması düzenlenen ve her iki tarafın yükümlülükleri arasında bir *synallagma* ilişkisinin mevcut olduğu bir durumda, ödemezlik def'inin uygulanıp uygulanamayacağı sorunudur.

<sup>340</sup> Her ne kadar taraflar her türlü anlaşmaları için BK md. 19 ve 20. maddeleri ile bağlı olsalar da, bu durum bazı hukuka aykırı amaçlar güden anlaşmaların centilmen anlaşmaları adı altında yapılmasına engel olmamaktadır. Özellikle karteller hususundaki anlaşmaların çoğu zaman bu şekilde yapılmakta olduğu yönünde bkz. **Kuonen**, sf. 301; aynı yönde **Ayrancı**, sf. 95. Centilmen anlaşmalarının kartel hukuku ile bağlantısı için bkz. **Poltier**, sf. 379 vd.

Centilmen anlaşmalarının hukuken elde edilemeyecek sonuçlara ulaşma amacıyla da yapılabileceği ancak bu tip bir anlaşmanın konu itibarıyla ahlâka aykırı olduğu için kesin hükümsüz sayılacağı yönünde bkz. **Grosheide**, sf. 108.

Bunun yanı sıra, Türk Hukukunda bu konuda pozitif bir düzenleme daha yer almaktadır. 7.12.1994 tarih ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun "Rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar" başlıklı 4. maddesinde "*Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.*" demek suretiyle bu konuda yapılacak her türlü anlaşmayı yasaklamaktadır. Bu amacı taşıyan centilmen anlaşmaları tabii olarak yasak kapsamına dahil olacaktır.

Kanımızca her iki soruya da olumsuz yanıt vermek gerekmektedir. Taraflar aralarındaki anlaşmayı hukukun müdahale alanından uzak tutarak sadece birbirlerinin sözüne, şerefine, dürüstlüğüne kısaca centilmenliğine güvenmeyi seçmişlerdir. Şu halde taraflardan birinin centilmenlik dışı davranması her zaman bir risk teşkil edecek, ancak bu ihtimal taraflar için hesaplanmış bir risk oluşturacaktır. Bir başka ifadeyle, taraflardan birinin sözünü yerine getirmemesi karşısında diğerinin bunu kabullenmek, “sineye çekmek” dışında yapabileceği birşey bulunmayacaktır. Kaldı ki, yaptığı anlaşmayla dava yoluna gitmemeyi taahhüt eden bir kimsenin, bu anlaşmadan kaynaklanan beklentisini elde edememesi halinde dava yoluna gitmesi çelişkili davranış yasağı kapsamında da değerlendirilebilecektir. Sözünü yerine getirmeyen taraf ise ticarî itibarının zedelenmesi yaptırımıyla karşılaşacaktır ki, bu da çoğu zaman yeterince ağır bir yaptırım olarak kabul edilmektedir<sup>341</sup>.

Centilmen anlaşması zımnen dahi olsa bir müzakere borcu içermemektedir. Zaten genel olarak, bir müzakerenin varlığını ortaya koyan bir belge olmaktan ziyade nihaî bir belge niteliğini haiz görünmektedir<sup>342</sup>.

### **III. Metinlerin Hukukî Nitelikleri Konusunda Gündeme Gelen Çeşitli Nitelik Kalıpları ve Bunların Değerlendirilmesi**

#### **A. Metinlerin Hukukî Nitelikleri Konusunda Gündeme Gelen Çeşitli Nitelik Kalıpları**

##### **1. Sözleşme Esasından Hareket Eden Kalıplar**

###### **a. Ön Sözleşme**

Ön sözleşme ya da sözleşme yapma vaadi<sup>343</sup>, taraflarından biri veya her ikisinin ileride asıl sözleşme olarak adlandırılan bir borçlandırıcı sözleşmeyi kurmayı taahhüt ettikleri bir sözleşmedir<sup>344</sup> ve BK md. 22’de düzenlenmektedir.

Ön sözleşme esas olarak müzakere sürecinden sonra ama kurulması hedeflenen esas sözleşmeden önce bir yerde durmaktadır. Bununla birlikte bu kurumu daha da ilginç hale getiren husus, aslında kendisinin de başlı başına bir “sözleşme” olmasıdır. Bu nedenle müzakereler esnasında hazırlanan metinler arasında ancak her iki tarafın

<sup>341</sup> Bkz. yukarıda dpn. 153, dpn. 212, dpn. 292 ve bağlı metinler.

<sup>342</sup> **Kuonen**, sf. 302.

<sup>343</sup> Terminoloji ile ilgili görüşler için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, *Satış Vaadi*, sf. 45 dpn. 28.

<sup>344</sup> Tanım için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 100; **Ayrancı**, sf. 41; **Doğan**, sf. 51; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sf. 142; **Eren**, sf. 277; **Oğuzman/Öz**, sf. 148; **Schlosser**, sf. 349.



da katılmış olduğu metinler, diğer unsurları da varsa bir ön sözleşme olarak nitelendirilebilir. Bu durumda örneğin, yukarıda ele aldığımız anlamda niyet mektubu tek taraflı bir beyan olduğu için bir ön sözleşme olarak değerlendirilemeyecektir. Bunun yanı sıra niyet mektubu zaman itibariyle genellikle müzakerelerin başlangıcında düzenlendiğinden sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde bir anlaşmayı da içermeyecek ve bu açıdan da bir ön sözleşme olarak değerlendirilemeyecektir<sup>345</sup>.

### aa) Ön sözleşmenin unsurları

Bir sözleşmenin ön sözleşme olarak değerlendirilebilmesi için herşeyden önce asıl sözleşmeyi yapma borcu doğurması ve burada hedeflenen asıl sözleşmenin bir borçlandırıcı sözleşme olması gerekmektedir.

#### a. Asıl sözleşmeyi yapma borcu doğurması

Ön sözleşmede üstlenilen borç asıl sözleşmeyi yapma borcudur. Taraflardan yalnızca biri bu borcu üstlenmiş olabileceği gibi, her ikisi de karşılıklı olarak bu borcu üstlenmiş olabilirler<sup>346</sup>. Tarafların her ikisinin de ön sözleşmeye katılmış olması tabii olarak her iki tarafın da borç altına girmesi anlamına gelmemektedir.

Ön sözleşme ile müzakere metinleri arasında yer alan *punctuation* veya sözleşme tasarısı arasındaki fark kendisini özellikle ön sözleşmede yer alan asıl sözleşmeyi kurma mecburiyeti açısından ortaya koymaktadır<sup>347</sup>. Buna bağlanan sonuç ise, bu ön sözleşmeden kaynaklanan borç yerine getirilmediği takdirde bir ifa davası ile esas sözleşmeyi kurmaya yanaşmayan tarafın buna zorlanabilmesidir. Burada artık bağlayıcı olmayan ya da kaderi esas sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulmasına bağlı müzakere dönemi metinlerinden farklı olarak gerçek bir sözleşme ortaya çıkmış durumdadır.

Burada önemli olan, asıl sözleşmedeki tüm esaslı unsurlar üzerinde bir anlaşmaya varılmış olmasıdır. Eğer müzakere sürecinde her iki tarafın da katıldığı ve esaslı unsurları ihtiva eden bir belge hazırlanmış olursa, durumun özelliklerine göre bu belgenin bir ön sözleşme niteliğini haiz olduğu söylenebilir<sup>348</sup>.

<sup>345</sup> Schlosser, sf. 351.

<sup>346</sup> Kocayusufpaşaoğlu, sf. 100; Esener, *Borçlar Hukuku*, sf. 78.

<sup>347</sup> Kocayusufpaşaoğlu, *Satış Vaadi*, sf. 89; Ayrancı, sf. 90.

<sup>348</sup> Ayrancı sf. 83'de, müzakereler esnasında varılan ara sonuçların kaleme alındığı *heads of agreement* başlıklı metinlerin ön sözleşme niteliğini haiz olacağını belirtmektedir. Ancak bu her

*β. Asıl sözleşmenin bir borçlandırıcı sözleşme olması*

Kurulması taahhüt edilen asıl sözleşmenin bir borçlandırıcı sözleşme olması, ön sözleşmenin varlığı açısından olmazsa olmaz bir şartı temsil etmektedir<sup>349</sup>. Kurulacak sözleşmenin bir tasarruf işlemi olması halinde, mevcut sözleşme bir ön sözleşme olarak değil ancak bu tasarruf işleminden önce yapılan borçlandırıcı bir asıl sözleşme olarak nitelendirilecektir.

**bb) Ön sözleşmede şekil**

Müzakereler sonunda kurulması hedeflenen asıl sözleşmenin geçerliliğinin şekle bağlı olması halinde, tarafların hazırlamış olduğu belgenin bir ön sözleşme olarak kabulü için ayrıca BK md. 22/f. 2 gereği bu şekle uygun olması da aranacaktır<sup>350</sup>. Oysa müzakere metinlerinden hiçbiri herhangi bir kanunî şekil şartına tâbi değildir.

Asıl sözleşme için aranan şekil şartı sadece kanun tarafından öngörülen bir geçerlilik şartı olduğunda bu sözleşmeye yönelik olarak yapılan ön sözleşme için de bir geçerlilik şartı olmaktadır. Asıl sözleşmenin BK md. 16 gereğince taraflarca belli bir şekle bağlanmış olması durumunda ise ön sözleşme bu şekle uyulmasa dahi

---

zaman doğru olmayabilir; nitekim *Eren* aksi görüştür. Bkz. *Eren*, sf. 282. Fakat kanaatimizce her iki yönde de genel geçer bir sonuca varmak doğru değildir. Sözleşme öncesinde taraflarca hazırlanan metinlerin hepsinde mevcut olan sorun burada da kendisini göstermektedir. *Heads of agreement* bir ön sözleşme şeklinde hazırlanabileceği gibi, hiçbir bağlayıcılık içermeyen bir tavsiyeler bütününden ibaret de olabilir. Bu nedenle, her bir metin ayrı ayrı incelenmeli ve hangi hukukî kalıba oturan niteliklere sahip görünüyorsa o şekilde değerlendirilmelidir. Bu kapsamda eğer unsurlarını haiz ise, bir ön sözleşme olarak nitelendirilmesi de mümkündür.

<sup>349</sup> *Kocayusufpaşaoğlu*, sf. 100; *Doğan*, sf. 52; *Ayrancı*, sf. 44; *Esener*, *Borçlar Hukuku*, sf. 78; *Tunçomağ*, sf. 275; *Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop*, sf. 142; *Eren*, sf. 280; *Oğuzman/ Öz*, sf. 148.

<sup>350</sup> *Oğuzman/Öz*, sf. 149; *Tunçomağ*, bu şekilde borçlunun asıl sözleşmedeki şeklin koruyucu etkisinden mahrum kalmayacağını belirtmektedir. Bkz. *Tunçomağ*, sf. 275; *Kocayusufpaşaoğlu* da bu hükmü yerinde bulmaktadır. Bkz. *Kocayusufpaşaoğlu* sf. 105. Bununla beraber yazarlar, sözleşmedeki şeklin tarafları koruma amacına yönelik olmaması halinde, asıl sözleşmenin geçerliliği şekle bağlı olmakla birlikte, ön sözleşmenin bu şekle uyulmadan yapılmasının mümkün olduğunu da ifade etmektedirler. Bkz. *Tunçomağ*, sf. 276; aynı yönde *Kocayusufpaşaoğlu* sf. 104; *Doğan*, sf. 154. *Ayrancı* da ön sözleşme için genel geçer bir şekil kuralı bulunmadığı, her somut olayda asıl sözleşmenin şekle tâbi olup olmadığı ve eğer tâbi ise bu şeklin tarafları koruma amacı taşıyıp taşımadığının değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir. Bkz. *Ayrancı*, sf. 141 – 142. *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop* ise sf. 148’de Borçlar Kanunu kapsamında zaten borçluyu korumak amacı gütmeyen bir şekil şartının mevcut bulunmadığını, binaenaleyh şekil şartının aranmayacağı hallerin bir ticarî şirket sözleşmesi yapma ve poliçe verme vadeleri ile sınırlı olacağını, çünkü buradaki şekil şartının boçludan ziyade üçüncü kişileri korumaya yönelik olduğunu ifade etmektedirler. İsviçre Federal Mahkemesinin de bu yönde bir kararı mevcuttur, bkz. ATF 102 II 420 = JdT 1978 I 230. *Eren* de, kuralı ön sözleşmenin şekle tâbi olması yönünde kabul ederek, sadece soyut borç senetlerine ilişkin vaatler ve kıymetli evrak düzenleme vaatleri açısından şekilsizliği kabul etmektedir. Bkz. *Eren*, sf. 281.

geçerlidir; çünkü BK md. 22/f. 2 açıkça kanunî şekle atıf yapmaktadır<sup>351</sup>. Bununla beraber tarafların yine BK md. 16 gereğince yapacakları ön sözleşmeyi de belli bir geçerlilik şekline bağlamalarına bir engel yoktur.

### cc) Ön sözleşmenin içeriği

Ön sözleşme içeriği itibariyle asıl sözleşmeyle aynı ölçüde belirliliğe sahip olmalı, asıl sözleşmenin objektif ve sübjektif açıdan tüm esaslı unsurlarına yer vermelidir<sup>352</sup>. Bu özelliğinden dolayı ön sözleşme kavramının özellikle real sözleşmelere yer veren bir hukuk düzeninde gerçek bir anlam ifade edeceği söylenmekte; bunun dışındaki hukuk sistemlerinde ön sözleşme ile asıl sözleşme arasında bir fark olmayacağı ileri sürülmektedir<sup>353</sup>. Türk Hukuku açısından bakıldığında, genel olarak rızaî sözleşme esasının benimsendiği ve real sözleşme kavramının bizim sistemimize oldukça yabancı olduğu görülmektedir<sup>354</sup>. Gerçekten de Türk Hukuku'nda real sözleşmelerin tek örneğini TTK md. 768/f. 1 hükmü gereğince taşıma sözleşmeleri oluşturmakta<sup>355</sup>, bu nedenle çoğu halde bir ön sözleşme yapmanın lüzumsuz olacağı, çünkü içerik itibariyle bunun asıl sözleşmeden bir farkı bulunmayacağı belirtilmektedir<sup>356</sup>. Durum böyle olmakla birlikte, bugün Türk Hukuku'nda, tarafların çeşitli düşüncelerle ön sözleşme yapmayı tercih edebilecekleri kabul edilerek, sözleşme özgürlüğü kapsamında bu imkân tanınmış durumdadır<sup>357</sup>.

<sup>351</sup> **Ayrancı**, sf. 142.

<sup>352</sup> **Ayrancı**, sf. 137; **Esener**, *Borçlar Hukuku*, sf. 79; **Kuonen**, sf. 257; **Schlosser**, sf. 350; **Tunçomağ**, sf. 275'de bu hususta sadece asıl sözleşme konusunun yeter derecede belirlenmiş olmasını aramaktadır. **Yarg.** 4. HD, 21.5.1973, 12872/6337 sayılı kararında ön sözleşmenin asıl sözleşmeye ilişkin unsurları kapsamasının zorunlu olduğunu belirtmiştir.

Ön sözleşmenin belirliliği hususundaki çeşitli görüşler için bkz. **Ayrancı**, sf. 123 vd.; **Doğan**, sf. 137 vd.; krş. Walter A. **Stoffel**, "La promesse de contracter en droit suisse", *Pouvoir exécutif et pouvoir législatif, Recueil des travaux présentés aux deuxièmes journées juridiques yugoslavo-suisse*, Belgrade 19 au 21 mars 1986, Zürich 1986 ; sf. 145 vd.

<sup>353</sup> Bu konuda mevcut tartışmalar için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 101 vd.; **Ayrancı**, sf. 75 vd.; krş. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sf. 143 vd.; **Eren**, sf. 277 vd.; **Esener**, *Borçlar Hukuku*, sf. 81 vd.

<sup>354</sup> **Esener**, *Borçlar Hukuku*, sf. 20; **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 91 ve 97.

<sup>355</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 91 ve 97.

<sup>356</sup> Bu konuda mevcut tartışmalarla ilgili olarak bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 101 vd.

<sup>357</sup> **Ayrancı** sf. 70 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 102 vd. **Tunçomağ**, ön sözleşmenin çok dar bir uygulama alanı olduğunu ve ancak istisnaî bazı hallerde kabul edileceğini ileri sürmektedir. Bkz. **Tunçomağ**, sf. 275.

Taraflar arasında hazırlanmış olan bir belgenin ön sözleşme olarak kabul edilmesinin sonucu esas olarak müzakere sürecinin sona ermiş olmasıdır<sup>358</sup>. Taraflar gerçek anlamda bir sözleşmesel borç altındadırlar ve buna aykırı davrandıkları takdirde sorumlulukları sözleşme öncesi sorumluluk düzeni içerisinde değerlendirilmeyecektir.

**b. Öncelik hakkı veren Sözleşme (*rüçhan hakkı, pacte de préférence, right of first refusal*)**

Bir müzakere sırasında taraflardan biri diğerine, müzakere edilen sözleşmenin kurulmasına yönelik bir öncelik hakkı tanıyabilir. Bu kapsamda öncelik hakkı tanıyan sözleşme, taraflardan birinin diğerine karşı, öncelikle ona teklif etmeden bir başkası ile sözleşme ilişkisine girmeyeceğini taahhüt ettiği bir sözleşme olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>359</sup>. Bu sözleşme genel olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak ortaya çıksa da, karşılıklı borç yükleyen sözleşme şeklinde yapılmasına da bir engel yoktur. Bu durumda, tarafların her ikisi de diğerine öncelik hakkı tanımış olabileceği gibi, öncelik hakkı tanınmasının karşı edimi olarak bir miktar para ödenmesi de söz konusu olabilir<sup>360</sup>.

Bu taahhüt bir sözleşme olarak yapıldığı için ancak tarafların birlikte hazırladığı müzakere metinlerinde yer alacak ve metin, tamamı açısından bağlayıcı olmasa bile, bu hüküm itibarıyla bağlayıcı olarak kabul edilecektir. Bir niyet mektubunu düzenleyen taraf, mektup metninde böyle bir hakka yer verdiğinde ise bunu öncelik hakkı tanıyan sözleşmeye yönelik bir icap olarak kabul etmek gerekecektir. Bu durumda öncelik hakkı tanınan taraf icapta süre belirtilmiş ise bu süre içerisinde, belirtilmemiş ise makûl bir süre içerisinde kabul beyanında

<sup>358</sup> **Cohérier** de esaslı unsurlar üzerinde anlaşma sağlanmasının sözleşme yapma vaadi ile müzakereleri birbirinden ayırmaya yaradığını belirtmiştir, sf. 42.

<sup>359</sup> Tanım için bkz. **Kuonen**, sf. 271.

<sup>360</sup> **Kuonen**, sf. 272.

Tarafların karşılıklı olarak birbirlerine öncelik hakkı tanımalarıyla ilgili özellik arz eden bir durum “*Rus ruleti klozu*” ya da “*Savoy klozu*” adı altında karşımıza çıkmaktadır. Bu kloz genellikle bir şirkete yarı yarıya sahip ortaklar arasında kullanılmaktadır. Bu hükme göre kendi yüzde elli hissesini devretmek isteyen pay sahibi bunun için bir fiyat belirleyerek diğer yüzde elli hissenin sahibi olan ortağına teklif etmek zorundadır. Ortak dilerse bu hisseleri belirtilen fiyattan satın alma hakkına sahiptir. Ancak eğer satın almak istemezse, bu defa o kendi hisselerini karşı tarafa satmak durumunda kalacak ve karşı taraf da belirlenmiş fiyat üzerinden bu hisseleri satın almak zorunda olacaktır. Bu şekildeki bir düzenlemenin joint-venture anlaşmalarında rastlanan “*deadlock*” klozuyla aynı pratik sonuca sahip olduğu ifade edilmektedir. Bu konuda bkz. **Lake/Draetta**, sf. 123 vd.; Benedict S. **Clemens**, Savoy (or Russian Roulette) Clauses, <http://www.bscl.com.au/home/Savoy%20clauses.pdf>; Gül **Okutan Nilsson**, Anonim Ortaklıklarda Payscaleli Sözleşmeleri, İstanbul 2004, sf. 227.

bulunmadığı takdirde, niyet mektubu aracılığıyla icapta bulunan taraf bir başkasıyla müzakerelere başlama veya sözleşmeyi kurma serbestisini geri kazanacaktır.

Bu hakkın tanınması özellikle tarafların paralel müzakereler yürütmesi imkânı mevcutsa önem kazanacaktır. Bu durumda, bir başkasıyla sözleşmeyi kurma aşamasına gelen taraf aynı şartları öncelik hakkı tanımış olduğu tarafa sunacak ve ancak onun bu şartlarla sözleşme kurmayı kabul etmemesi halinde diğer kişiyle sözleşme ilişkisini kuracaktır<sup>361</sup>. Öncelik hakkını veren taraf, bu hakkı vermekle bir sözleşme ilişkisi kurma yükümlülüğü altına girmemekte, ancak bir sözleşme kurmaya karar verirse öncelik hakkını verdiği kişiye sözleşmenin karşı tarafı olması için öncelik tanımak borcu altında bulunmaktadır<sup>362</sup>. Böylelikle öncelik hakkı tanıyan sözleşme, sözleşme kurma borcu yüklememesi açısından ön sözleşmeden<sup>363</sup>, yenilik doğuran bir hak olmaması açısından da opsiyon hakkından ayrılmaktadır<sup>364</sup>.

Karşı tarafa bir öncelik hakkı tanımış olan kişi, üçüncü kişilerle de görüşmeler yapmak ve müzakerelerde bulunmak istiyorsa, bir öncelik hakkının bulunduğu bu üçüncü kişilere açıklamak durumundadır<sup>365</sup>. Aksi halde müzakerede bulunduğu üçüncü kişilerde bir sözleşmenin kurulacağı yönünde güven uyandırmış olacak ve daha sonra hak sahibinin öncelik hakkını kullanmasıyla da bu güven boşa çıkacaktır. Bu hal ise bir *culpa in contrahendo* oluşturacaktır.

<sup>361</sup> **Lake/Draetta**, sf. 121; **Kuonen**, sf. ; **Ayrancı**, hak sahibinin yükümlüye sözleşme kurmak isteyen başka bir kişinin sunduğu şartlarla aynı içerikte bir sözleşmeyi kurmayı teklif etmesi halinde sözleşmeyi kurma yükümlülüğünün doğacağını belirtmektedir, sf. 101.

<sup>362</sup> **Lake/Draetta**, sf. 121.

**Ayrancı** sf. 102'de yalnızca borçlunun hak sahibini üçüncü kişiler tarafından sunulan icaplar hakkında bilgilendirme ve ilk olarak onunla görüşme yapma yükümlülüğü bulunduğu halde bir görüşme rüçhanı olduğunu ifade etmektedir. Kural olarak dilediği herkesle müzakere yapma hakkı olan kimse, karşı tarafa böyle bir öncelik tanımış olursa mutlaka bu kişiyle müzakereye başlamak zorundadır; başlayan bu müzakerelerin sonucunda sözleşme kurup kurmama hususunda ise yine serbest olacaktır. Bir başka ifadeyle müzakereler sırasında öncelik hakkı sahibiyle anlaşma sağlanamazsa ya da bir başkasından daha iyi bir teklif alınırsa üçüncü kişilerle sözleşme kurmak imkanı mevcuttur. Bkz. **Okutan Nilsson**, sf. 211.

<sup>363</sup> Bununla birlikte, öncelik hakkı tanıyan sözleşmenin bazı hallerde geciktirici şarta bağlı bir ön sözleşme olacağı ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. **Doğan** sf. 97; Vedat **Buz**, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, sf. 165; **Ayrancı**, sf. 100. Ancak, bu durumda şart gerçekleştiğinde ön sözleşmenin kurulması sonucuyla karşılaşılabilecektir. Halbuki, öncelik hakkının kullanılması, bir sözleşmenin kurulmasına yol açmayacak ya da bir sözleşmenin kurulması için zorlama imkânı yaratmayacaktır.

Öncelik hakkı tanıyan sözleşmeyi ön sözleşmeden ayıran bir başka husus ise, ön sözleşmenin asıl sözleşmenin tüm esaslı unsurlarını barındırma zorunluluğuna karşın öncelik hakkı tanıyan sözleşmede böyle bir zorunluluğun bulunmamasıdır. Bkz. **Kuonen**, sf. 272.

<sup>364</sup> **Doğan**, sf. 98.

<sup>365</sup> **Lake/Draetta**, sf. 123.

Öncelik hakkını tanıyan taraf sözleşme yapma borcu altında olmadığı gibi, öncelik hakkı sahibi olan taraf da bu hakkını kullanmak zorunda değildir. Öncelik ya da rüçhan hakkı kendisine tanınmış olan taraf, bir üçüncü kişiyle sözleşme ilişkisi kurulması riskinden haberdar edildiği zaman, bu hakkını kullanmak istemediği ya da üçüncü kişinin ortaya koyduğu şartları beğenmediği takdirde, bu hakkı kendisine veren taraf sözleşmeyi üçüncü kişiyle kurmakta serbest kalacaktır<sup>366</sup>.

Öncelik hakkının tanınması, zaten mevcut bir iş ilişkisi içinde bulunan taraflar arasında da söz konusu olabilir. Bu durumda, örneğin A firmasının ürünlerini sadece Türkiye sınırları içinde imal etme ve dağıtma iznine sahip olan bir kişi, bu firmanın Türkiye'ye komşu ülkelerde üretime başlama kararı vermesi halinde, söz konusu ülkelerde de bu izne sahip olabilmek için kendisine bir öncelik hakkı tanınmasını talep edebilecektir.

Öncelik hakkının varlığına rağmen, bu hakkın kullanılması fırsatı tanınmadan sözleşme bir üçüncü kişiyle kurulursa böyle bir davranışın yaptırımını ne olacaktır? Kanaatimizce, burada bir sözleşmeye aykırılık hali olacak ve karşı tarafa öncelik hakkı tanınmış olmasına rağmen bir üçüncü kişiyle sözleşmeyi kuran taraf, öncelik hakkı sahibinin bundan doğan zararını BK md. 96 vd. hükümleri çerçevesinde tazmin etmek zorunda kalacaktır. Ancak böyle bir durumda oluşacak zararın ve miktarının ispatı zorluğu göz önüne alınarak, müzakere metnine konacak bir cezaî şart ile tarafları anlaşmaya uygun davranmaya sevk etmek daha doğru olacaktır.

### c. Opsiyon hakkı doğuran Sözleşme

Opsiyon hakkı, tarafların bir sözleşme ile içlerinden birine bir borç ilişkisini önceden aralarında kararlaştırdıkları şartlarla ve tek taraflı bir irade beyanıyla kurma hakkı tanımaları neticesinde var olacaktır<sup>367</sup>. Bu hak çeşitli sözleşme ilişkileri

<sup>366</sup> Lake/Draetta, sf. 122.

<sup>367</sup> Tanım için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, sf. 110; Dinar, sf. 54;

Bu hakkın daha ziyade ticaret hayatında rastlanılan ve kural olarak bir bedel karşılığında tanınan bir hak olduğu yönünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Satış Vaadi*, sf. 101 dnp. 42.

Opsiyon hakkıyla mevcut bir sözleşmenin süresinin uzatılması yetkisi de verilebileceği yönünde bkz. Ayrancı, sf. 54; ayrıca Buz, sf. 160 ve dnp. 84'de yer alan İsviçre Federal Mahkemesi'nin 9 Temmuz 2004 tarih ve 4C.152/2004 dosya numaralı yayımlanmamış kararı.

Opsiyon hakkı bir malı ya da kıymetli evrakı daha evvel kararlaştırılmış şartlar üzerinden tek taraflı beyanla satın alma imkanı da tanımakta ve bu tip haklar bankalarca satıldığı gibi borsada da işlem görmektedir. Bu işlemler ile ilgili olarak bkz. İsmail Kırcı, *Hukukî Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri*, Ankara 2000. Bizim burada ele aldığımız anlamda ise tarafların müzakereler esnasında bir opsiyon hakkı tanımaları, ileri bir tarihte oluşabilecek fiyat değişimlerinden etkilenmeme ya da bunun üzerinden kazanç sağlama amacı ile tanınmamaktadır. Burada amaçlanan husus spekülatif fiyat değişimlerinden kazanç elde etmek değil, müzakerelere devam edebilmek ve sözleşme yapma

kapsamında karşımıza çıkabilir, bu açıdan tek bir opsiyon hakkından bahsedilemez. Hangi sözleşme ilişkisi kapsamında ortaya çıkıyorsa o sözleşmenin kurulmasına yönelik bir opsiyon hakkı olacaktır. Bu nedenle örneğin kira sözleşmesinde kira opsiyonu, nakliye sözleşmesinde nakliye opsiyonu, satım sözleşmesinde satım opsiyonundan<sup>368</sup> bahsedilebilir. Bunun dışında leasing sözleşmesi ve kıymetli evrakın devrinde de opsiyon hakkına sıklıkla rastlanmaktadır<sup>369</sup>.

Tanımından da anlaşıldığı üzere opsiyon hakkı yenilik doğuran bir haktır ve kullanıldığında bir hukukî ilişkinin kurulmasını sağlamaktadır<sup>370</sup>. Özellikle icabın bağlayıcı kabul edilmediği ve her zaman geri alınabildiği hukuk düzenlerinde icabın geri alınmasını engelleyebilmek açısından böyle bir hakkın tanınması önem arz etmektedir<sup>371</sup>. Ancak bunun dışında, icabın bağlayıcı kabul edildiği İsviçre ve Türk Hukukları açısından da özellikle sözleşme müzakereleri esnasında sözleşmeyi kurup kurmama konusunda karar veremeyen ancak bu sözleşmeyi yapma fırsatını da kaçırmak istemeyen taraf için bir opsiyon hakkının tanınması ona güven veren ve bu şansını garanti altına alan bir imkân olarak karşımıza çıkacaktır<sup>372</sup>. Bu durumda opsiyon hakkı sahibi bu hakkını kullandığında karşı tarafla arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmuş olacaktır.

Opsiyon hakkı tanıyan sözleşmede genel olarak bu hakkın hangi süre içinde kullanılması gerektiği de belirtilecektir. Ancak tarafların böyle bir düzenleme yapmayı ihmal ettiği durumda icap ve kabule ilişkin kuralların kıyas yoluyla buraya uygulanabileceği ifade edilmektedir<sup>373</sup>. Bu kapsamda taraflar anlaşmalarında opsiyon hakkının kullanılacağı süreyi öngörmemiş olurlarsa, hakkı tanıyan tarafın BK md. 5’de ifade edildiği şekilde “zamanında ve muntazam surette irsal olunmuş bir

---

fırsatını kaçırmamaktır. Paysahipleri sözleşmesi açısından değerlendirme için bkz. **Okutan Nilsson**, sf. 226, dpn. 359.

<sup>368</sup> Satım opsiyonu hakkı ile iştirah hakkının aynı şeyi ifade ettiği yönünde bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, *Satış Vaadi*, sf. 101 dpn. 42.

Opsiyon hakkının vefa, şuf’a ve iştirah haklarını da içine alan geniş bir kavram olduğu yönünde bkz. **Buz**, sf. 161; **Doğan**, sf. 93; krş. önalım ve vefa haklarının birer opsiyon hakkı olduğu yönünde **Dinar**, sf. 54. **Ayrancı** ise sf. 99’da, opsiyonun üç önemli türünün alım hakkı, geri alım hakkı ve saf opsiyon olduğunu belirttikten sonra, ön alım hakkı ile rüçhan hakkının imtiyaz haklarından sayıldıklarını ifade etmektedir.

<sup>369</sup> Bu örnekler için bkz. **Buz**, sf. 162.

<sup>370</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 110; **Buz** sf. 162; **Dinar**, sf. 54; **Ayrancı**, sf. 54;

<sup>371</sup> **Buz** sf. 161’de bu hukuk düzenlerine örnek olarak Fransız, İtalyan ve Anglo-sakson hukuklarını göstermektedir.

<sup>372</sup> **Buz**, sf. 161; **Ayrancı**, sf. 96;

<sup>373</sup> **Schlosser**, sf. 358.

cevabın vusûlüne intizar edebileceği dakikaya kadar” bağlı olacağı, bir başka ifadeyle opsiyon hakkının bu zaman zarfında kullanılması gerektiği söylenebilecektir. Bu süre içinde opsiyon hakkının kullanılmaması bu haktan feragat edildiği şeklinde yorumlanacaktır, meğer ki mevcut şartların değerlendirilmesi veya işin niteliği zımnî bir kabule (BK md. 6) imkân tanınmasın.

Opsiyon hakkı yukarıda ele alınan öncelik hakkından bir yenilik doğuran hak olması nedeniyle farklılık arz etmektedir. Opsiyon hakkının kullanılmasıyla tek taraflı olarak bir hukukî ilişki kurulurken, öncelik hakkı bir yenilik doğuran hak olmadığı için tek taraflı olarak herhangi bir hukukî ilişkiyi kurması söz konusu olmayacaktır. Öncelik hakkı sahibi sadece karşı taraftan müzakere aşamasında önce kendisinin tercih edilmesini talep edebilecektir<sup>374</sup>.

#### d. Çerçeve Sözleşme

Çerçeve sözleşme, tarafların zamana yayılmış ve çoğunlukla da kompleks bir iş ilişkisini düzenlemek için başvurdukları bir sözleşme türüdür. Gerçekten de çerçeve sözleşme, tarafların ileride akdetmeyi düşündükleri bazı sözleşmelerin temel esaslarını ve hatta birtakım şartlarını tanımladıkları genel bir sözleşmedir<sup>375</sup>. Başka bir deyişle çerçeve sözleşme gelecekte yapılacak münferit sözleşmelerin içeriğinin bir bölümünü oluşturur<sup>376</sup>. Çerçeve sözleşme ile kurulan hukuksal bağ ile bir edim değişimi sağlamak değil, ileride kurulması düşünülen sözleşmeler için temel oluşturacak hususları tespit ederek bu sözleşmelerin çekirdeğini oluşturmak hedeflenmektedir<sup>377</sup>. Buna göre örneğin mal teslimi ve ödemenin ne şekilde yapılacağı, çıkacak uyuşmazlıklara hangi hukukun uygulanacağı, tahkim yoluna gidilip gidilmeyeceği, münferit sözleşmelere ait harç ve masrafların nasıl paylaşılacağı gibi hususlar çerçeve sözleşmede kararlaştırılabilir ve bundan sonra akdedilecek münferit sözleşmelerde bir daha bu konular ele alınmaz<sup>378</sup>.

Taraflar bu çerçeve sözleşmeyi, olduğu gibi ileride akdedecekleri münferit sözleşmenin içeriği haline getirebilecekleri gibi, çizilmiş olan çerçeveye uygun bazı

<sup>374</sup> **Buz**, sf. 165.

<sup>375</sup> Tanım için bkz. **Barlas**, sf. 90-91; **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 112; **Tandoğan**, sf. 32 dpn. 63; **Doğan**, sf. 109; **Kuonen**, sf. 262.

<sup>376</sup> **Barlas**, sf. 91; **Kuonen** sf. 262’de, ileride yapılacak münferit sözleşmeleri uygulama sözleşmeleri (*contrat d’exécution*) olarak nitelendirmektedir. Aynı ifade için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu** sf. 112; **Ayrancı**, sf. 109.

<sup>377</sup> **Barlas**, sf. 95.

<sup>378</sup> Çerçeve sözleşmenin tarafları daima tekrar eden şartları yeniden karara bağlama zahmetinden kurtarması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. **Ayrancı**, sf. 108 dpn. 400.



sözleşmeleri kurma borcu altına da girmiş olabilirler. Bu son halde çerçeve sözleşmenin bir ön sözleşme olarak algılanması ve bu şekilde nitelendirilmesi gereklidir<sup>379</sup>.

Sözleşme müzakereleri kapsamında, tarafların çerçeve sözleşmeyi iki şekilde düzenledikleri tespit edilmektedir. Bunlardan birincisi, tarafların müzakerelerin ana hatlarını belirlemek için yaptıkları müzakere sözleşmelerini bir çerçeve sözleşme görünümünde kalme almaları halidir. Nitekim İngilizce terminolojide bu tip sözleşmeler için çerçeve niyet mektubu (*framework letter of intent*) terimi de kullanılmaktadır<sup>380</sup>. Bu metinde müzakerelerin usulü, süresi, masrafların paylaşılması gibi hususlarla ilgili bir düzenlemeler yer alır ve taraflar getirilen bu düzenlemelerle bağlı olurlar. Böyle bir durumda esasen bir müzakere sözleşmesi mevcuttur. Bir başka deyişle, burada taraflar daha sonra bu genel şartlara tâbi olacak münferit sözleşmeler yapmayı düşünmemekte, sadece yukarıda da ifade edilmiş olduğu üzere, ileride akdetmeyi hedefledikleri sözleşmeye yönelik müzakereleri bu çerçeve sözleşmede kararlaştırılan şartlara uygun biçimde yürütmeyi birbirlerine taahhüt etmektedirler. Bu nedenle, her ne kadar taraflar bu metni bir çerçeve sözleşme olarak adlandırsa da, müzakere sözleşmeleri teknik manasıyla bir çerçeve sözleşme olarak değerlendirilemez.

Bunun dışındaki ikinci hâl, tarafların kurmak istedikleri asıl sözleşmenin bazı genel hatlarının belirlenmesini çerçeve sözleşme yoluyla gerçekleştirmek istedikleri

<sup>379</sup> **Barlas** sf. 105'de, çerçeve sözleşmede taraflar için bir akdetme yükümlülüğünün öngörülmesi durumunda, ortada çerçeve sözleşme görünümünde de olsa bir ön sözleşmenin olduğunu ifade etmekte ve ön sözleşme niteliğinin baskın geleceğini belirtmektedir. Aynı yönde Anlam **Altay**, Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2007, sf. 237. Ayrıca bkz. **Kuonen**, sf. 263; **Doğan**, sf. 110.

**von der Crone** çerçeve sözleşmenin ileride akdedilecek sözleşmelere ilişkin bir kesiti önceden belirlediğini, buna karşın asıl sözleşmeyi konu edinen ön sözleşmenin, hem taraflar arasındaki hukukî ilişkinin kurulacağını hem de nasıl bir içerikte olacağını belirlediği için tarafların özgürlük alanını daralttığını ifade etmektedir. Bkz. Hans Caspar **von der Crone**, Rahmenverträge, Vertragsrecht-Systemtheorie-Ökonomie, Zürich 1993, sf. 248-249 (**Altay**, sf. 238 dpn. 682'den naklen.); Benzer yönde **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 112 dpn. 61.

**Ayrancı** ise sf.110'da çerçeve sözleşmenin ön sözleşmeden farkını, ön sözleşmenin aksine çerçeve sözleşmenin taraflara sözleşme yapma yükümlülüğü getirmemesi şeklinde ortaya koyduktan sonra; böyle bir yükümlülük yüklemesi halinde çerçeve sözleşmenin aynı zamanda bir ön sözleşme olarak nitelendirileceğini, çerçeve sözleşmesi içinde asıl sözleşmeyi kurma yükümlülüğü öngörülmüşse bir karma sözleşmenin söz konusu olacağını ve bu durumda çerçeve sözleşmesi ile ön sözleşmenin aynı metin içinde bir araya gelmiş olacağını ifade etmektedir. Bkz. **Ayrancı**, sf. 111. Fakat yazarın kendi verdiği tanım gereği bir sözleşmenin aynı anda hem çerçeve sözleşme hem de bir ön sözleşme olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Bu nedenle bu görüşe katılma imkanı bulamıyoruz. Aynı yönde eleştiriler için bkz. **Altay**, sf. 237, dpn. 680.

<sup>380</sup> **Péloquin/Assié**, sf. 178.

hâldir. Burada da, çerçeve sözleşme yine müzakere sürecine ait bir belge konumunda değil, fakat müzakere edilen metnin kendisini ifade edecektir. Eğer taraflar müzakere sonucunda sadece tek bir sözleşmeyi yapmayı hedefliyorlarsa, bu durumda hedeflenen sözleşmeye ait olarak görüşmeler esnasında belirlenen temel hususların bir çerçeve sözleşmeden ziyade, durumun özelliklerine göre bir ön sözleşme ya da hedeflenen asıl sözleşme olarak değerlendirilmesi söz konusu olabilir. Niteliği gereği çerçeve sözleşme bir sürekli borç ilişkisi yaratmaktadır<sup>381</sup>. Tek bir sözleşmenin kurulmasına yönelik olarak düzenlenmesi halinde, bu hedeflenen sözleşme kurulduğunda çerçeve sözleşme de sona erecekse, burada gerçek anlamda bir çerçeve sözleşmeden bahsetme imkânı bulunmamaktadır<sup>382</sup>.

Şu halde, teknik olarak bir çerçeve sözleşmenin varlığı, öncelikle taraflar arasındaki görüşmelerin nitelik itibariyle bir sürekli borç ilişkisi yaratılmasını gerektirecek birden fazla münferit sözleşmenin kurulmasına yönelikse mümkün olacak; sadece belirli bir sözleşmenin kurulmasına yönelik müzakerelerde ise teknik manasıyla çerçeve sözleşme yer almayacaktır.

Taraflardan biri çerçeve sözleşmede temel esasları belirlenmiş olan münferit sözleşme ya da sözleşmeleri kurmaktan kaçınırsa, karşı taraf onu bu çerçeve sözleşmeye uymaya, bir başka deyişle sözleşmeyi kurmaya zorlayabilir mi?

Çerçeve sözleşmenin diğer borçlar hukuku sözleşmelerine nazaran en büyük farkı, tarafların edim yükümlülüklerinin bu sözleşmede somutlaştırılmamasıdır. Edim yükümlüklerinin somut hale getirilmesi ya da belirlenebilir tarzda saptanması münferit sözleşmelerin konusunu oluşturmaktadır<sup>383</sup>. Çerçeve sözleşme, tanımı gereği taraflara herhangi bir edim yükümlülüğü getirmediğine<sup>384</sup> göre, tarafların bu sözleşmeden kaynaklanan bir sözleşme kurma borcu olması da mümkün değildir. Çerçeve sözleşme ile taraflar sadece ileride kurmayı düşündükleri sözleşmenin hangi

<sup>381</sup> Çerçeve sözleşmenin sürekli borç ilişkisi niteliği taşıdığı yönünde **Barlas**, sf. 99 ve ayrıca sf. 100 dñn. 25'de anılan yazarlar; **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 112; **Tandoğan**, sf. 32 dñn. 63; **Ayrancı**, sf. 110; **Doğan**, sf. 110.

<sup>382</sup> **Barlas**, sf. 105; **Doğan**, sf. 110.

<sup>383</sup> **Barlas**, sf. 96; **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 113.

<sup>384</sup> **Ayrancı**, sf. 107; **Barlas** sf. 97'de bu hususun çerçeve sözleşmeyi ön sözleşmeden ayıran en önemli özellik olduğunu ifade etmektedir. Aynı şekilde **Kocayusufpaşaoğlu**, bir ön sözleşme ya da opsiyon hakkı kuran sözleşme yapan tarafların geleceğe ilişkin karar alma özgürlüklerini kaybetmiş olduklarını, zira bu sözleşmelerde tarafların kendilerini bağlamış olduklarını ancak çerçeve sözleşmede durumun bu yönde olmadığını belirtmektedir. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 112; aynı yönde **Doğan**, sf. 110.

Buna karşı **Tandoğan** çerçeve sözleşmenin tarafları belli esaslar içinde sözü geçen münferit sözleşmeleri kurma borcu altına soktuğunu ifade etmektedir. Bkz. **Tandoğan**, sf. 32 dñn. 63.

koşullarla varolacağını tespit etmektedirler. Başka bir deyişle, taraflar eğer bu sözleşmeyi kurarlarsa, çerçeve sözleşmede kararlaştırılan şekilde kuracaklardır; fakat sözleşmenin kurulup kurulmayacağı çerçeve sözleşmeye bağlı değildir. Dolayısıyla, çerçeve sözleşmede belirtilen münferit sözleşmeleri kurmaktan kaçınan tarafın buna zorlanması mümkün olmayacaktır<sup>385</sup>.

Şu halde çerçeve sözleşmenin, ileride kurulacak sözleşmelerin içeriği açısından bağlayıcı olduğu, ancak bu sözleşmeleri akdetme açısından bağlayıcı olmadığı söylenebilecektir.

## 2. Tek Taraflı Hukukî İşlem Esasından Hareket Eden Kalıplar

### a. İcap / İltizamsız İcap

Taraflar arasında yapılan yazışmaların, gönderilen mektupların icap niteliğinde olması mümkündür. Hatta, müzakerelerin bir anında taraflardan biri gelinmiş bulunan noktayı kendi açısından yeterli addederek karşı tarafa açık olarak bir icapta da bulunabilir. Daha önce ele alınan ve müzakereleri üç safhaya ayıran görüş kabul edilirse, icabın oluşturulmasıyla müzakerenin son etabına geçilmiş olacaktır. İcap tek taraflı ve yöneltmesi gereken bir irade beyanı<sup>386</sup> olduğundan sözleşme müzakereleri

<sup>385</sup> **Barlas**, sf. 97; **Doğan**, sf. 110.

Bazı yazarlar böyle bir kaçınma halinin akdin müspet ihlali teşkil ettiği görüşünü ileri sürmektedirler. Bu görüş için bkz. **Kuonen**, sf. 263 dpn. 783 ve **Barlas**, sf. 98 dpn. 22’de anılan yazarlar. **Barlas** bu görüşü eleştirmekte ve çerçeve sözleşme herhangi bir sözleşme kurma yükümlülüğü doğurmadığı için, münferit sözleşmeyi kurmanın da bir müspet ihlal teşkil edemeyeceğini belirtmektedir. Bkz. **Barlas**, sf. 98-99. **Doğan** da çerçeve sözleşmenin taraflara münferit sözleşmeleri yapma borcu yüklediği görüşündedir. Bkz. **Doğan**, sf. 109.

**Kocayusufpaşaoğlu** da, çerçeve sözleşmenin taraflara münferit sözleşmeleri kurma borcunu yüklediği görüşünü belirttikten sonra; **Weber**, Rahmenverträge als Mittel zur rechtlichen Ordnung langfristiger Geschäftsbeziehungen, ZSR, N. F. 106, 1987/I, sf. 412’ye atfen münferit sözleşmeleri yapmaktan kaçınmanın yaptırımının çerçeve sözleşmeden dönme ve tazminat olduğunu söylemektedir. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 112 dpn. 61.

<sup>386</sup> İsviçre ve Türk Hukukları’nda genel olarak kabul edilen görüşe göre, icap tek taraflı bir hukukî işlemdir. Bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sf. 83; **Eren**, sf. 219; **Feyzioğlu**, sf. 70; **Engel, Traité**, sf. 195. **Oğuzman/Öz** ise icaptan sadece bir irade beyanı olarak bahsetmekte ve hukukî niteliğini belirtmemektedirler. Bununla birlikte sf. 51’de kabul beyanına yenilik doğuran hak niteliğini atfettikleri görülmektedir. Bu ise, icabı hukukî işlem sayan görüş taraftarlarının kabul ettikleri bir sonuçtur. Aynı şekilde, **Tunçomağ** da icabı bir irade beyanı olarak ele almakta (bkz. sf. 184) ve kabulü bir yenilik doğuran hak olarak nitelendirmektedir. Bkz. **Tunçomağ** sf. 194. Ancak Alman Hukuku’ndan kaynaklanan ve İsviçre Hukuku’nda da taraftar toplayan bir başka görüş, ne icabı ne de kabulü başlı başına bir hukukî işlem olarak kabul etmekte; hukukî işlem olarak nitelendirilmesi gereken tek kavramın bu beyanların birleşmesiyle ortaya çıkan sözleşme olduğunu ifade etmektedir. Bu tartışma hakkında bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 194; **Kuonen**, sf. 232 vd.

kapsamında hazırlanan metinlerden bu kalıba en iyi oturan niyet mektubu olacaktır<sup>387</sup>.

Yukarıda da ifade edildiği gibi bir beyanın icap olarak nitelendirilebilmesi için herşeyden önce sözleşmenin tüm esaslı unsurlarını ve gönderen kişinin bağlanma iradesini içeren bir beyan olması gerekmektedir<sup>388</sup>. Bu beyan gönderildikten sonra sözleşmenin kurulması artık sadece karşı tarafın kabulüne bağlı olacaktır<sup>389</sup>.

Eğer gönderilen beyanda sözleşmenin esaslı unsurları yanında bağlanma iradesi yer almıyorsa burada BK md. 7/f. 1'in ifadesine göre "iltizamsız" bir icap söz konusu olacaktır. Bu maddeye göre icapta bulunan kişi icabıyla bağlı olmak istemediğini açıkça ifade edebileceği gibi, durumun gereğinden ya da işin özel niteliğinden de bu sonuca varılabilecektir<sup>390</sup>. Yukarıda incelenmiş olan ve özellikle uluslararası sözleşmelerde tarafların hazırlanan metinlerde bağlayıcılığı önlemek amacıyla yer verdikleri "subject to contract" klozu da bu şekilde değerlendirilmelidir<sup>391</sup>.

Bir kişi icabı ile bağlı olmadığını ifade ettiğinde buna nasıl bir sonuç bağlamak gerekir? Genel olarak bu soruya verilebilecek cevap bu şekilde bağlanma iradesi içermeyen icapların sadece sözleşmenin kurulması konusunda bir müzakere

<sup>387</sup> Bir kez daha belirtelim ki, bu durum ancak niyet mektubunun tek taraflı olarak ele alınması hali için mümkündür. **Dinar** niyet mektuplarının bir icaba davet veya karşı taraftan imza atmasının veya onay vermesinin talep edilmesi halinde icap niteliğini haiz olabileceğini belirtmektedir. Bkz. **Dinar**, sf. 18.

Niyet mektubunun bir icaba davet olarak değerlendirilmesinin mümkün olduğu görüşünde **Doğan**, sf. 79; **Ayrancı**, sf. 92.

**Kuonen** ise sf. 282'de, niyet mektubunun icap olarak değerlendirilmesinin mümkün olduğunu ifade ettikten sonra, böyle bir durumla nadir olarak karşılaşılacağını belirtmektedir. Yazar, bunun sebebi olarak niyet mektubunun içeriğinin objektif açıdan icap olarak nitelendirilecek yeterlilikte bulunmadığını ve niyet mektubunda yer alan iradenin de bir icap düzenlemeye yönelmediğini göstermekte, kaldı ki böyle bir amaca yönelmiş olsa bile bunun muhatap tarafından da bu şekilde anlaşılması gerektiğini söylemektedir.

<sup>388</sup> Bkz. yukarıda dpn. 196 ve ona bağlı metin; **Kuonen**, sf. 282; **Engel**, *Traité*, sf. 193; **Esener**, *Borçlar Hukuku*, sf. 43; **Tunçomağ**, sf. 184 ve 187; **Feyzioğlu**, sf. 70.

<sup>389</sup> Bununla birlikte icabın karşı tarafa belli konularda seçim hakkı bırakacak şekilde yapılmasında bir engel yoktur. Bu halde kabul beyanı bu tercihi de içerecek şekilde yapılacaktır, bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 180; **Oğuzman/Öz**, sf. 58; **Esener**, *Borçlar Hukuku*, sf. 43. Aynı şekilde icabın içinde bazı şartların yer alması da mümkündür. Bkz. **Engel**, *Traité*, sf. 196.

<sup>390</sup> Adaylardan veya taliplerden yalnızca birinin seçilmesinin söz konusu olduğu hallerde yapılan teklifin mahiyeti gereği bağlayıcı olmadığı yönünde bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sf. 85. Bir anonim şirket yönetim kurulunun belirli bir sözleşmeyi yapması için genel kuruldan onay alması gerekiyor ve karşı taraf da bunu biliyorsa, yapılan beyanın bağlayıcı olmadığı hal ve durumdan anlaşıldığı yönünde bkz. **Eren**, sf. 223. Kabul eden kişinin şahsının icap sahibi açısından önemli olduğu (*intuitu personae*) hallerde, icapçının işin özel niteliği gereği beyanı ile bağlı olmadığı yönünde bkz. **Esener**, *Borçlar Hukuku*, sf. 51.

<sup>391</sup> Bkz. yukarıda dpn. 251 ve ona bağlı metin.

başlatmak amacı taşıdığı yönünde olacaktır. Böyle bir beyanda bulunan kişi son sözü karşı tarafa bırakmak istememekte, aksine onun yapacağı bir icabı kabul edip etmeme hususundaki serbestisini korumayı hedeflemektedir<sup>392</sup>. Bu durumda bir icaba davet beyanıyla karşılaşmış oluruz.

Bunun dışında icapta bulunan kişinin icabıyla bağlı olmadığını belirtmesi, bu beyanını geri alma serbestisini saklı tutmuş olduğunu da gösterebilir. Burada öngörülen ihtimalde icapta bulunan kişi, BK md. 9 hükmünden farklı olarak, kabul beyanı kendisine ulaşınca kadar icabını geri alabilecek ve sözleşmenin kurulmasını engelleyebilecektir<sup>393</sup>.

Karşılaştırmalı hukukta icabın gönderildikten sonra geri alınması (*retrait*) ile icabın muhataba vardığı ancak henüz kabul edilmediği dönemde icaptan dönülmesi (*révocation*) imkânlarının ayrı ayrı ele alındığı bazı düzenlemeler mevcuttur. Bunlara örnek olarak CVİM md. 15/2 ve md. 16, Unidroit Prensipleri md. 2.3 ve 2.4, Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri md. 2:202 sayılabilir. İsviçre ve Türk Borçlar Kanunu'nda icabı geri alma imkânı tanınmışken, icaptan dönme imkânına yer verilmemiştir. Ancak sözleşme özgürlüğü çerçevesinde icapta bulunanın bundan dönme hakkını saklı tutması mümkün olmalıdır. Tabii olarak, bu durumda karşı tarafı böyle bir hakkın varlığından açık şekilde haberdar etmek gerekecektir. Bu nedenle icapta bulunan kişinin açıkça icabının bağlayıcı gücünü kaldırması ve icabını her zaman geri alabileceğini belirtmesi dönme hakkını saklı tuttuğunun ifadesi olarak yorumlanmalıdır. Nitekim, doktrinde de açıkça dönme hakkından bahsedilmemekle birlikte, sonuç itibarıyla buna imkân tanındığı tespit edilmektedir<sup>394</sup>.

Kural olarak, icap beyanında bulunan kişi bu beyanıyla bağlıdır. Buna göre, icapçı icabını yaptıktan sonra bunu en azından belli bir süre boyunca serbestçe geri alamayacak ve bu süre zarfında kendisine ulaşan bir kabul beyanıyla sözleşmenin kurulmasına engel olamayacaktır<sup>395</sup>. İcabın bağlayıcılık süresini icapçı belirleyebileceği gibi, bu konuda birşey söylenmemiş ve süresiz bir icap yapılmış da

<sup>392</sup> **Tunçomağ**, sf. 187; **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 182; **Eren**, sf. 222; **Oğuzman/ Öz**, sf. 52; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, sf. 84; **Feyzioğlu**, sf. 83.

<sup>393</sup> **Tunçomağ**, sf. 187; **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 188; **Eren**, sf. 223; **Oğuzman/ Öz**, sf. 52; Bu imkânın İngiliz, Fransız ve İtalyan hukuklarında zaten mevcut olduğu yönünde bkz. **Tunçomağ**, sf. 189; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sf. 86.

<sup>394</sup> **Eren**, icap sahibinin icaptan rücu hakkını saklı tutarak beyanda bulunmuş olması halinde, kabul beyanı ulaşınca kadar icabından dönebileceğini belirtmektedir. Bkz. **Eren**, sf. 223. Aynı yönde **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 188; **Oğuzman/Öz**, sf. 52.

<sup>395</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 194; **Eren**, sf. 224; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, sf. 86.

olabilir. BK md. 4 gereğince süresiz icap hâzırlar arasında yapılmış bulunursa, kural olarak, derhal kabul edilmediği takdirde icapçı icabıyla bağlı olmaktan kurtulacaktır<sup>396</sup>. Taraflardan birinin görüşmeler sırasında bir niyet mektubu aracılığıyla süresiz bir icapta bulunması halinde, görüşmenin, karşı tarafın bu metni okuyup değerlendirmesi için gereken süre kadar uzamış olacağı ifade edilmektedir<sup>397</sup>. Ancak eğer niyet mektubunu düzenleyen kişi bu mektubu karşı tarafa üzerinde daha uzun bir süre düşünmesi için vermişse ya da mektubun içeriği gereği karşı tarafın hemen bir cevap vermesi mümkün bulunmuyorsa, görüşme esnasında hâzırlar arasında yapılmış olan bu icap artık hâzır olmayanlar arasında bir icaba dönüşecek ve BK md. 3 veya BK md. 5 hükümlerine tâbi olacaktır<sup>398</sup>.

İcapçının, icabıyla bağlı bulunduğu süre zarfında bunu geri alması ise BK md. 9'da düzenlenmiştir. Bu madde hükmüne göre icabın geri alınması, geri alma beyanının icaptan önce veya en geç icapla birlikte karşı tarafa varmış olması ya da karşı tarafa icapla birlikte varmasına rağmen icaptan önce öğrenilmesi hallerinde mümkün olacaktır.

İsviçre Hukuku'nda bir görüş<sup>399</sup>, bu sistemi icabın muhatabının gereğinden fazla koruduğu için eleştirmektedir<sup>400</sup>. Bu görüş uyarınca, özellikle müzakere yoluyla kurulan sözleşmelerde, icabın da sözleşme öncesindeki diğer işlemler gibi ele

<sup>396</sup> Doktrinde “derhal” ifadesinin yumuşak bir şekilde yorumlandığı görülmektedir, bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 197. Bu ifadeden, taraflar arasındaki doğrudan doğruya temas ve iletişimin, kesilmeden devam ettiği sürenin anlaşılması gerektiği yönünde bkz. **Eren**, sf. 226; aynı yönde **Oğuzman/Öz**, sf. 55. İcapta bulunan kişinin müzakerelerin sonuna kadar beklemesi ve tarafların akdin konusu ile meşgul oldukları zaman sürecinde, red cevabı anlamına gelen bir söz ya da eylem olmadıkça icapçının icabıyla bağlı olması gerektiği yönünde bkz. **Feyzioğlu**, sf. 76. Bu durumda icapçının bağlılığının muhatabın cevap vermesi için gerekli bulunan asgari düşünme süresine inhisar edeceği yönünde bkz. **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, sf. 87.

<sup>397</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 197. **Feyzioğlu**, hâzır olan bir kişiye yazı ile yöneltilen icabın sözleşme yapılmış bir icap sayılması için teklifle kabul arasındaki bağlantının kesilmiş, kopmuş, bölünmüş olmaması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. **Feyzioğlu**, sf. 75.

<sup>398</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 198 ve dpn. 11'de adı geçen yazarlar. İcapçının, icabını karşısında bulunan muhataba sözleşme bildirmek yerine yazılı olarak bildirmesi durumunda hangi hükümlerin uygulanacağını tespit etmek için her olayın özelliğini dikkate alarak karar vermek gerektiği yönünde bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sf. 89 dpn. 15. Yazarlar çeşitli şartları ve kayıtları ihtiva eden uzun bir mektubun verilmesi halinde BK md. 5'in uygulanması gerektiğinin belirtmektedirler.

<sup>399</sup> **Kuonen**, sf. 237.

<sup>400</sup> Gerçekten de icabın bağlayıcı kabul edilmesi neticesinde korunan taraf muhatap olmaktadır. Zira bu şekilde, sözleşmenin kurulması onun vereceği karara bağlı bulunmaktadır. Buna bağlı olarak, icap sahibinin menfaatinin korunması ve onun hareket serbestisini yitirmeden önüne gelen diğer fırsatlardan yararlanabilmesi için icabıyla bağlı olmadığını kabul etmek gerekecektir. Bu yönde bkz. **Tunçomağ**, sf. 188 – 189; **Feyzioğlu**, sf. 71 – 72.

alınması yeterli olacak ve icabın geri alınması riski de sözleşme öncesi risklerden<sup>401</sup> birini oluşturacaktır. Böyle bir riskin gerçekleşmesi ise, diğer şartları da yerine geldiği takdirde, sözleşme öncesi sorumluluk kapsamında değerlendirilecektir. O takdirde, icabın geri alınmasının bu şekilde sınırlandırılmaması ve icabın her zaman geri alınabilir olması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu şekilde, hem müzakere ekonomisi açısından uygun bir sonuç elde edilmiş olacak hem de icapçının muhatap lehine kısıtlanan özgürlüğü korunmuş olacaktır. Böylece, geri alamama korkusu olmaksızın icapta bulunmak daha kolay hale getirilmektedir.

Bu durum bizi esas itibariyle tarafların beyan ettikleri iradelerinin değil, iç iradelerinin uyumunun aranması neticesine götürmektedir. Ancak burada da, değişen iç iradenin dış dünyaya yansımaları aranacak ve icap gibi, icabın geri alınması da bir beyana tâbi olacaktır. Bu görüş çerçevesinde iç iradelerin uyumu prensibinin yumuşatılmış bir halinin kabul edilmesi neticesinin doğacağı<sup>402</sup>, aynı zamanda da icaba bağlayıcı bir etki tanıyan hukuk sistemleri ile icabın her zaman geri alınabildiği hukuk sistemleri arasında da bir orta yol bulunmuş olacağı ifade edilmektedir<sup>403</sup>.

Oysa kanaatimizce, icabın geri alınabilmesi hususunda İsviçre ve Türk Hukukları'nda benimsenen sistem ile referans olarak gösterilen diğer ülke hukukları ya da uluslararası düzenlemelerde varılan sonuçlar açısından büyük farklar bulunmamaktadır<sup>404</sup>. İsviçre ve Türk Hukukları'nda netice itibariyle icabın geri alınması reddedilmiş değildir. CVIM, Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri ve UNIDROIT Prensipleri'nde yer alan düzenlemelere nazaran temel fark, bizim hukukumuzun aksine, bunlarda icabın geri alınmamasının istisna olarak

<sup>401</sup> Sözleşme öncesi risk kavramı için bkz. yukarıda dñn. 10.

<sup>402</sup> **Kuonen**, sf. 238.

<sup>403</sup> Bu anlamda Alman, İsviçre ve Türk hukuk sistemleri icabın bağlayıcılığını, anglo-amerikan sistemi ise icabın her zaman geri alınabileceğini kabul etmektedir. İngiliz ve Amerikan Hukukları'nda süreli icap dahi kural olarak icapçıyı bağlamamakta ve icapçı sorumluluğu doğmaksızın kabul beyanı gelene kadar her zaman icabından dönebilmektedir. *Consideration* doktrinine dayanan bu sistemlerde tek taraflı bir taahhüdün bağlayıcı olabilmesi ya resmî şekilde yapılmasına (*deed*) ya da ortaya bir *consideration* konmuş olmasına bağlıdır. Bu konuda bkz. **Treitel**, sf. 174; **idem**, *English Private Law*, Volume II, Oxford 2000, sf. 11; **Zimmermann**, *Foundations*, sf. 560; **Kuonen**, sf. 239 ve dñn. 683'de anılan yazarlar.

Bununla birlikte UCC §2-205'de *consideration* olmasa bile tâcirler arasında yapılan kesin icapların (*firm offers*) serbestçe geri alınamayacağı düzenlenmektedir.

Fransız Hukuku'nda icap kural olarak geri alınabilse de, duruma göre geri alan icapçının sorumluluğu doğabilmektedir. Bkz. **Terré/Simler/Lequette**, sf. 120 vd.; **Starck/Roland/Boyer**, sf. 23 vd.

<sup>404</sup> Bkz. bu yönde Heinz **Kötz**, *Europäisches Vertragsrecht*, vol. I: Abschluss, Gültigkeit und Inhalt des Vertrages, Die Beteiligung Dritter am Vertrag, Tübingen 1996, sf. 34 (**Kuonen**, sf. 239 dñn. 677'den naklen).

düzenlenmesidir. Fakat bu düzenlemelerde de varılan sonuç temel olarak aynıdır. Yukarıda ele alındığı üzere doktrin de, hakkın saklı tutulmuş olması kaydıyla, kabul beyanı ulaşıncaya kadar icapçının icabından dönebileceğini kabul etmektedir. Bu sonuç ise, referans olarak gösterilen diğer hukuk sistemlerindeki dönmeden dahi daha geniştir. Bu nedenle mevcut sistemde bir değişikliğe gidilmesi gerektiği görüşüne katılmamaktayız.

İcapta bulunan kişinin, icabıyla bağlı bulunmadığını ifade etmiş olması haline getirilen bir üçüncü yorum ise, bu beyanın esasen kurulacak sözleşmeye yönelik olduğu ve kişinin istediği zaman ve serbestçe bu sözleşmeden dönme hakkını saklı tutmuş olduğunu gösterdiği yorumudur. Fakat bu yorum ancak istisnaî olarak ve durumun niteliğinden açıkça iradenin bu yönde olduğunun anlaşılması halinde kabul edilmelidir<sup>405</sup>.

Şekil açısından icap kural olarak bir şekle tâbi olmamakla birlikte, BK md. 11 ya da md. 16 gereği sözleşmenin bir geçerlilik şekline tâbi kılındığı hallerde bu sözleşmenin kurulmasına yönelik icap da geçerlilik şekline uygun olarak düzenlenmelidir<sup>406</sup>.

### **b. Eksik (Tabî) Borç**

Tarafların yapmış oldukları bir centilmen anlaşması marifetiyle ilişkilerini “hukuk dışında” tutabilecekleri yukarıda ele alınmıştır.

Bu şekilde bir anlaşmanın varlığı halinde, taraflar buradan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmedikleri takdirde hukukî bir yaptırım uygulanmayacağını, dava yoluna başvurulmayacağını kabul ederek; aralarında anlaşmak suretiyle bir eksik borç vücuda getirmiş olmaktadır. Ancak tarafların bu şekilde bir anlaşma yoluyla eksik borç yaratmalarının mümkün olup olmadığı konusunda doktrinde tam bir görüş birliği bulunmadığı ifade edilmektedir<sup>407</sup>. Kocayusufpaşaoğlu tarafların bu şekilde anlaşarak alacaklarını dava hakkından yoksun bırakmak suretiyle eksik borç yaratmalarının caiz olup olmadığını

<sup>405</sup> **Tunçomağ**, sf. 188; **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 189; **Oğuzman/Öz**, sf. 53, dpn. 58.

<sup>406</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. ; **Eren**, sf. 221; **Oğuzman/Öz**, sf. 50; **Kuonen**, sf. 235; **Engel**, *Traité*, sf. 196;

<sup>407</sup> **von Tuhr**, sf. 38; **Tunçomağ**, sf. 47. Yazarlar bu görüşü ifade etmekle beraber, anlaşma ile eksik borç yaratılabileceği görüşüne katılmaktadırlar. Ayrıca bu yönde bkz. **Grosheide**, sf. 112; **Rouiller**, *Droit suisse*, sf. 150, dpn. 221. Yazar bu anlaşma için *pactum de non litigando* ifadesini kullanmaktadır. **Kuonen** de sf. 303’de, dolaylı bir ifadeyle, sözleşmesel olarak tarafların eksik borç yaratabilmelerinin mümkün olduğu görüşünü ifade etmektedir.



sorgulamakta, fakat bu sorunun cevabını açık bırakmaktadır<sup>408</sup>. **Eren** ise, bir hakkın devlet eliyle korunması ve elde edilmesi ilkesinin kamu düzenini ilgilendiren bir emredici hukuk kuralı olduğu ve bu nedenle sözleşme yoluyla bertaraf edilemeyeceği yönündeki bir görüşe yer verdikten sonra, irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü ilkelerine göre taraflara dava ve icra takibinden vazgeçme yetkisi tanınması gerektiğini belirtmektedir<sup>409</sup>.

Kanaatimizce, tarafların anlaşarak hukukî yollara başvurulamayacağını kararlaştırmaları, kural olarak geçerli kabul edilmelidir. Ancak bu konuda da genel kurallara tâbi olmak gereklidir. Bir kişinin dava yoluna başvurma hakkının engellenmesi, herşeyden önce sözleşme özgürlüğü kavramıyla ilgilidir. Dolayısıyla kişinin serbest iradesiyle karar veremeyeceği hususlarda böyle bir anlaşma geçerli olarak yapılamayacaktır. Bunun yanı sıra, bu konu kişinin kendisine karşı korunması çerçevesinde de değerlendirilmeli ve hukukî yollara başvurma hakkından vazgeçmenin sınırları MK md. 23’de yer alan hususlar çerçevesinde çizilmelidir<sup>410</sup>.

Tarafların bu şekilde anlaşarak eksik borç yaratmalarına başka alanlarda da rastlanmaktadır<sup>411</sup>. Örnek olarak, borcun muacceliyet ânını ihbarla belirleme hakkının borçluya bırakılması hâli gösterilebilir<sup>412</sup>. Bu durumda, borçlu muacceliyet ihbarında bulunmadan alacaklı borcun ifasını talep edemeyecek, bir başka deyişle, borçlu ne zaman isterse o zaman ifada bulunabilecektir. Alacaklının bu şekilde ifayı talep edememesine rağmen, borçlu ifada bulunduğu takdirde ise, bu geçerli bir ifa olacak ve geri istenemeyecektir.

<sup>408</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 112, dpn. 59.

<sup>409</sup> **Eren**, sf. 87;.

<sup>410</sup> Bu yönde **Kuonen**, sf. 304.

Bu çerçevede tarafların her ikisinin de sosyo-ekonomik olarak benzer veya birbirine yakın konumda olmalarına da dikkat edilmelidir.

<sup>411</sup> **Eren** bu hususta, tarafların aralarında tahkim sözleşmesi yapmalarını da devletin yaptırım gücünü bertaraf edici bir yol olarak zikretmektedir. Bkz. **Eren**, sf. 87. Ancak tarafların eksik borç yaratmış olduklarını söylemek için, kanaatimizce, sadece bu şekilde devlet yaptırımının bertaraf edilmesi yeterli olmayıp, tarafların hiçbir hukukî yola, bu kapsamda tahkim ya da arabuluculuk yollarına da başvuramayacak olmaları gerekmektedir. Bir hakkın hukuk dışı olarak nitelendirilebilmesi için, onun ne dava ile ne de mahkeme dışı yollarla elde edilemiyor olması gereklidir. Bu görüş için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 45. İsviçre hukukunda **Kuonen** de (bkz. sf. 301) bu görüştedir.

<sup>412</sup> **von Tuhr** bu hususta karz akdinde alacaklının ihbar hakkı bulunmaması durumunu örnek olarak göstermektedir. Bkz. **von Tuhr**, sf. 39.

Sözleşme öncesi dönemde tarafların, düzenledikleri bir centilmen anlaşmasıyla, kendilerini “hukuk dışında” tutmak istemeleri neticesinde **Kuonen**<sup>413</sup>, taraf iradelerinin objektif yorumuna bağlı olarak iki farklı sonuca varılacağını ileri sürmektedir. Buna göre, taraf iradelerinin yorumu neticesinde, taraflar arasındaki anlaşmanın esasında bir sözleşme olduğu belirlenirse, artık bunun ifa edilmemesi için bir neden kalmayacaktır; meğer ki taraflar açıkça hukukî yolları bertaraf etmek istemesinler. Hukukî yollardan böyle bir vazgeçiş, onların yükümlülüklerini birer sözleşmesel eksik borç haline getirecektir. Bununla birlikte, eğer yorum sonucunda tarafların aslen hiçbir zaman hukukî bir bağlılık içine girmek istemedikleri neticesine varılırsa, hukukî yollara başvurulmayacağını söylemiş olmak, yükümlülüklerin bağlayıcı olmayan niteliklerini vurgulamak dışında bir anlam ifade etmeyecektir. Bu durumda ise, tarafların yükümlülükleri birer eksik borç değil, ancak ahlâki ödev niteliğinde kabul edilmelidir<sup>414</sup>.

Centilmen anlaşmalarında tarafların, esas itibariyle dava edilebilir bir alacak hakkının hukuk yoluyla talep edilmeyeceği yönünde anlaşmaları halinde, bu alacağın ifası sadece borçlunun vicdanına bırakılmaktadır. Bir başka ifadeyle, borçlu artık sadece ahlâken bu borcu ifa ile yükümlü kılınmaktadır; hukukî olarak bir yaptırımla karşılaşmayacaktır<sup>415</sup>. Bu nedenle, borçlu eğer ifada bulunursa, bu ifa ahlâki bir ödevin yerine getirilmesi şeklinde değerlendirilmeli ve BK md. 62 gereğince geri istenememelidir.

## B. Değerlendirme ve Görüşümüz

Sözleşme öncesi metinlerin hukukî olarak nitelendirilmesi konusunda metinlerin içerikleri ve taraf iradeleri oldukça önemli bir rol oynamaktadır. Müzakere metinlerinin çeşitleri incelenirken de görüldüğü gibi, bu metinleri belirli kalıp ve şablonlarla değerlendirmek neredeyse imkânsızdır. Bununla beraber belli ortak özellikler tespit edilebilmekte ve buna göre birtakım değerlendirmeler de yapılabilmektedir. Bu nedenle metinlerin hukukî açıdan incelenmesinde de kesin sonuçlara varılması beklenmemelidir. Metinlerin hukukî nitelikleri de metinlerin kendileri kadar çeşitli ve içerdikleri düzenlemeler itibariyle de değişken karakter

<sup>413</sup> **Kuonen**, sf. 303.

<sup>414</sup> Ancak yazarın da kabul ettiği üzere, bu ayırımın hiçbir pratik sonucu bulunmamaktadır. Bkz. **Kuonen**, sf. 303.

<sup>415</sup> **Ayrancı** da centilmen anlaşmalarında ahlâki bir yükümlülük olduğu görüşündedir. Bkz. **Ayrancı**, sf. 94. **Kocayusufpaşaoğlu**, tabii borç ifadesindeki “tabii” sözcüğünün, ortada “hukukî” anlamda bir alacak bulunmadığının göstergesi olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 46.

sergilemektedir. Hukukî nitelik konusunda burada yapılan inceleme ancak metinlerin kapsamlarından yola çıkarak yapılan bazı tespitleri içermektedir.

Sözleşme serbestisi prensibinin bir gereği olarak, taraflar sözleşme öncesinde hazırladıkları metinlere kendi ihtiyaçları doğrultusunda, çözüm getireceğine inandıkları her türlü düzenlemeyi koymakta özgürdürler.

Her ne kadar BK md. 18 gereği hâkim tarafların kullanmış oldukları ifadelerle bağlı olmasa ve tarafların gerçek iradelerini araştırmakla yükümlü olsa da, hukuken kendilerini bağlamak istemeyen tarafların da “*icap*”, “*kabul*”, “*taahhüt*”, “*borç*” ve benzeri teknik hukukî terimleri kullanırken dikkatli davranmalarında fayda olacaktır.

Bunun dışında metinlere atfedilecek hukukî nitelik ve buna bağlanacak sonuçlar uygulanacak hukuka göre de değişiklik gösterebilmektedir. Bu nedenle özellikle uluslararası nitelikte sözleşmelerin görüşmelerinde tarafların hazırladıkları müzakere metinlerinde yer verecekleri bir hukuk seçimi özel bir önem arz edecek ve tarafların tatsız sürprizlerle karşılaşmasını engelleyecektir.

## İKİNCİ BÖLÜM:

### SÖZLEŞME MÜZAKERELERİNDE TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE BUNLARA AYKIRILIĞIN YAPTIRIMI

Jhering'in ortaya koyduğu teorinin orijinal halinde *culpa in contrahendo* sorumluluğunun uygulanabilmesi için ortada görünürde de olsa kurulmuş bir sözleşme aranmaktadır. Sorumluluk bu sözleşmenin konusunun imkânsız olması, taraflardan birinin ehliyetsiz olması ya da taraflardan birinin iradesinin fesada uğraması nedeniyle sözleşmenin geçersiz kılınması durumunda ortaya çıkacaktır. Bu halde taraflar arasında olduğu ifade edilen güven ilişkisi zedelenmiş farzolanmaktadır.

Oysa taraflar arasında bir güven ilişkisinin oluşması için mutlaka sözleşmenin kurulmuş olması gerekli değildir. Daha bu sözleşme kurulmadan önce de, fakat kurulma yoluna girildiğinde, yani bu sözleşmeyi kurmak için taraflar niyetlerini ortaya koyarak görüşmeye başladıklarında da aralarında benzer bir güven ilişkisi meydana gelmektedir. Müzakere ilişkisinin taraflarını oluşturan bu iki kişi, kendi hukuk alanlarını isteyerek ve özgür iradeleriyle bir diğerine açmış olduklarından, artık alelâde üçüncü kişiler olarak kabul edilemezler<sup>416</sup>. Aralarında özel bir ilişki kurulur ve bu ilişki kapsamında nasıl her biri kendisi açısından bu sözleşmenin kurulması için elinden geleni yapacağından eminse, karşı tarafın da aynı şekilde davranacağına dair haklı bir güven besler. Bu nedenle, herhangi bir sebepten dolayı sözleşme kurulamazsa iki taraftan en azından birinin haklı olarak hayal kırıklığına

---

<sup>416</sup> Kutlu Sungurbey, sf. 102; Gürpınar, sf. 154.

uğrayacağı izahtan varestedir. Ancak, her türlü hayal kırıklığının sözleşme öncesinde bir sorumluluk doğurmayacağı da yine aynı şekilde açık bir sonuç olarak kendini göstermelidir. Çalışmamızın başında da ele almış olduğumuz üzere, müzakere dönemindeki temel prensip sözleşme özgürlüğü ve daha somut bir şekilde sözleşmeyi kurmama serbestisidir. Bu nedenle başlayan her müzakerede başarılı bir sonuç elde edilmesi imkân dahilinde değildir ve tarafların da bu bilinç içerisinde hareket etmeleri gereklidir. Bununla birlikte, müzakerelere son verilmesi taraflardan birinin sözleşme öncesi yükümlülüklerine aykırı davranmasından kaynaklanıyor ve sözleşmenin kurulamamasından dolayı bir zarar ortaya çıkıyorsa bunun tazmin edilmesi gerekecektir.

Şu halde, hangi durumda taraflardan birinin uğramış olduğu hayal kırıklığı ve güveninin sarsılmasının, meşru bir beklentinin yerine getirilmemesi olarak değerlendirileceği ele alınmalıdır. Jhering, tarafların müzakere süresince bir özen borcu altında olduğunu belirtmiş ve bu borca da *diligentia in contrahendo* demiştir<sup>417</sup>. Ancak, bu borcun içeriğinin ne olduğunu somut olarak açıklamamış ve geniş bir ifade kullanmıştır. Buna göre sözleşme öncesi sorumluluğa uygulanacak hükümler ve taraflara yüklenecek özen borcu müzakere edilen sözleşmenin tâbi olduğu hükümlere göre değerlendirilecektir. Bu durumda müzakere döneminin kendine özgü bir yapısı olmasından ziyade hangi sözleşmenin müzakere edildiğine göre değişkenlik gösteren bir yapısı olduğu sonucuna varılacak ve bir davranışın yaptırımı uğrayıp uğramaması müzakere edilen sözleşmenin tipine göre değişkenlik gösterecektir<sup>418</sup>. Halbuki, kanaatimizce, müzakere dönemi hangi sözleşmeye ilişkin olursa olsun, bu sözleşmeden bağımsız, kendine özgü bir yapıya sahip bulunmakta ve taraflara bu dönemde yüklenen borçlar da yine kurulması hedeflenen sözleşmeden bağımsız bir şekilde, tarafların bir müzakere ilişkisi içerisinde olmalarından kaynaklanmaktadır<sup>419</sup>. Bir başka deyişle, taraflar müzakerelere başlamakla içine girmiş oldukları özel ilişkinin gereği olarak belli yükümlülükler altında bulunmaktadır.

---

<sup>417</sup> Jhering, sf. 40.

<sup>418</sup> Kuonen, sf. 326.

<sup>419</sup> Bu yönde **Ulus**, sf. 288. Yazar bu durumun *culpa in contrahendo* teorisinin geçirdiği evrimi yansıttığını belirtmektedir. **Kuonen** de sf. 327’de müzakere döneminin bağımsız niteliğinin altını çizmekte ve bu belirsizlik yaratan durum nedeniyle de culpa in contrahendo sorumluluğunun, orijinal anlamında olduğu gibi, kurulması hedeflenen sözleşmenin rejimine tâbi olması gerektiği fikrine katılmamaktadır.

Ancak, bu yükümlülük ya da ödevlerin içerikleri her ilişkiye göre, hatta belli bir müzakere ilişkisindeki aşamalara göre değişkenlik gösterebilir. Bu açıdan kesin ve genel bir tarif vermek fazlasıyla tahdidi olacak ve gerçeği yansıtmayacaktır. Bununla birlikte, bu hususta bir takım kriterlerin belirlenmesi mümkün ve gereklidir. Böylece taraflar, müzakere sürecinde ne gibi yükümlülüklerle karşı karşıya olduklarını daha net bir şekilde algılayabileceklerdir. Bazı hallerde taraflar bunları önceden kararlaştırarak, hazırlayacakları bir metinde karşılıklı olarak yükümlülüklerinin neler olduğunu da belirlemiş olabilirler. Bu hallerde somut bir aykırılığı tespit etmek daha kolay olacaktır. Ancak böyle bir düzenlemenin olmadığı durumlarda ya da bu düzenlemenin varlığına rağmen eksik kaldığı noktalarda tarafların davranış yükümlülüklerinin belirlenmesi bunlara aykırılığın tespit edilebilmesi için önem taşımaktadır. Bu nedenle, bu bölümde öncelikle tarafların müzakere sürecinde uymaları gereken davranış yükümlülükleri ele alınarak bunların neler olduğu inceleme konusu yapılacaktır; daha sonra ise bu davranış yükümlülüklerine aykırı hareket edilmesinin yaptırımını olarak sözleşme öncesi dönemde ortaya çıkabilecek sorumluluk yani *culpa in contrahendo* sorumluluk ve buna uygulanması gereken hükümler ele alınacaktır. Kendine özgü bir kanunî düzenlemeye sahip olmayan bu sorumluluğa, mevcut sorumluluk düzenleri içerisinde sözleşmeye aykırılık hükümlerinin mi, yoksa haksız fiil hükümlerinin mi uygulanması gerektiği uzun yıllardır tartışılan bir mevzudur ve doktrinde bu konuyla ilgili çok sayıda teori bulunmaktadır. Aşağıda bu teoriler ele alınarak, günümüzde genel olarak kabul edilen görüşler hem Türk Hukuku hem de İsviçre Hukuku açısından değerlendirilecektir.

### **§3. Sözleşme Müzakerelerinde Tarafların Uymaları Gereken Davranış Yükümlülükleri**

Sözleşmenin müzakere aşaması kanunî bir düzenlemeye sahip olmadığından, bu aşamada tarafların ne gibi davranış yükümleri altında olduğu da bir kanun hükmüyle düzenlenmiş değildir. Bu nedenle, bu davranış yükümlerinin neler olduğunun tespitinde yararlanılması gereken kanunî dayanak MK md. 2'de ifadesini bulan dürüstlük kuralı olmaktadır. Tarafların bu aşamada sahip oldukları hak ve borçlar esas olarak dürüstlük kuralı temel alınarak belirlenmektedir. Bunun yanı sıra, tarafların kendileri de somut birtakım yükümlülükler belirleyebilir ve bunları hazırlayacakları bir müzakere metnine de koyabilirler. Bu şekilde taraflar, bir anlamda kendi müzakerelerinin kanununu hazırlamış olurlar.

Şunu özellikle vurgulamak gerekir ki, tarafların özel olarak düzenledikleri yükümlülüklerin büyük çoğunluğunun temelinde de yine dürüstlük kuralı yer almaktadır ve taraflar böyle özel bir düzenleme yoluna gitmeseler dahi bu yükümlülüklerin belli ölçüde mevcut olacakları söylenebilir. Bununla beraber, tarafların özel olarak düzenlemeleri neticesinde bu yükümlülüklerin kapsamı ve hukukî nitelikleri değişecektir.

### **I. Tarafların Hazırlamış Oldukları Bir Müzakere Metninden Kaynaklanan Yükümlülükler**

Yukarıda da ele alınmış olduğu gibi, bazı müzakere metinleri taraflar açısından bağlayıcı birtakım hükümler içerebilmektedir. Bu tip bağlayıcı hükümler esas olarak sözleşmesel yükümlülükler doğurmaktadır. Bunlara tek taraflı bir niyet mektubu kapsamında rastlanabilse de daha ziyade tarafların ortak iradelerini yansıtan ve çoğunlukla birlikte hazırlanan çift taraflı metinlerde karşımıza çıkacaktır. Özellikle taraflar arasında bir müzakere sözleşmesi hazırlanmış olduğu takdirde, sözleşmenin içeriği bu tip hükümlerle şekillenecektir. Böyle bir sözleşme içerisinde yer alabilecek tüm düzenlemeleri tüketici bir şekilde sayabilmek mümkün değildir; çünkü ne tip düzenlemeler yapılabileceği tamamen tarafların hayal gücüyle sınırlıdır. Bununla birlikte uygulamada sıklıkla kullanılan bazı düzenlemeler incelememize konu teşkil edecektir.

#### **A. Müzakerelerde Bulunma**

Müzakerede bulunmaya yönelik bir yükümlülük taraflar açısından bir sözleşmeye yönelik müzakereleri başlatma, yürütme ve sonuna kadar götürme amacını taşıyan bir yükümlülüktür. Esas itibarıyla müzakereye başlama borcunun kapsamı oldukça kısıtlı kalmakta, çünkü bu şekilde bir yükümlülük öngörüldüğünde taraflar zaten müzakerelere başlamış bulunmaktadır<sup>420</sup>.

Tarafların bu şekilde bir yükümlülük öngörmeleri onları sözleşmeyi kurmak yönünde de bir borç altına sokmaz. Burada öngörülen sonuç borcu, hedeflenen sözleşmenin kurulması açısından değil, sadece müzakerelere başlanması açısından geçerlidir. Taraflar müzakerelerin neticesinde bir sözleşme kurulabilmesi için gerekeni yapmayı taahhüt ederler ve bu kapsamda öncelikle birbirleriyle müzakere

<sup>420</sup> **Kuonen**, sf. 265. Yazar bu borcun bazı durumlarda sözleşme öncesi niteliği bulunmadığını belirtmektedir. Buna göre, müzakere etme mecburiyeti bazen kanundan, bazen de sözleşmeden kaynaklanabilir.

etmeyi, akabinde de bu müzakereleri bir uzlaşma sağlayacak şekilde ciddiyet içerisinde yürütmeyi borçlanırlar. Bunun sonucunda bir sözleşme kurulup kurulmaması ise önem taşımaz.

Taraflar böyle bir yükümlülüğü bir müzakere sözleşmesi kapsamında açık olarak belirleyebilecekleri gibi, yapılan bir prensip anlaşması ya da sözleşme tasarısında da zımnî olarak böyle bir yükümlülük üstlenilmiş olabilir. Taraflar hazırladıkları prensip anlaşmasında o ana kadar üzerinde anlaşılan hususları belirledikleri gibi henüz üzerinde anlaşma sağlanamayan noktaları da belirlemek suretiyle bu konular üzerinde müzakere edileceği konusunda zımnî olarak bir yükümlülük altına girmiş olurlar<sup>421</sup>.

Herhangi bir sözleşme kurma borcu doğurmayan ve sadece tarafların dürüstlük kuralına uygun şekilde müzakere edeceklerine yönelik bu tip bir taahhüdün, dürüstlük kuralının müzakere aşamasında dahi geçerli olduğu bir sistemde ne işe yaradığı sorgulanabilir<sup>422</sup>. Ancak bu şekilde bir düzenleme getirmekle, tarafların dürüstlük kuralına uygun şekilde müzakerelerde bulunma yükümlülüğünün kapsamı genişletilmiş ve dolayısıyla buna aykırı davranışın yaptırımı da kolaylaştırmış olmaktadır. Bunun yanı sıra, dürüstlük kuralına aykırı davranışın sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre yaptırımı bağlanması da sağlanmış olur<sup>423</sup>.

## **B. Sır Saklama (*confidentialité, non-disclosure*)**

### **1. Tanımı**

Sır saklama yükümlülüğü, tek taraflı ya da karşılıklı olarak müzakere süreciyle ilgili bilgilerin saklanacağı, gizli tutulacağı yönünde verilen bir taahhüttür.

Sır saklama yükümlülüğü ya da gizlilik anlaşması bir müzakere sözleşmesi içerisinde bir kloz olarak yer alabileceği gibi, bu konuda başlı başına ayrı bir

<sup>421</sup> **Kuonen**, sf. 290; **Starck/Laurent/Boyer**, sf. 129 – 130.

<sup>422</sup> Dürüstlük kuralının müzakere dönemindeki etkisi için bkz. ileride §3, II.

*Common law* sistemine tâbi ülkelerde ise bu tip anlaşmalar genellikle geçerli olarak kabul edilmemekte ve taraflar açısından bir müzakere borcunun öngörülmesinin bu şekilde bir anlaşmayla sağlanması mümkün görünmemektedir. Müzakere döneminde dürüstlük kuralının uygulanmasını kabul etmeyen bu sistemde taraflar her zaman ve herhangi bir sebeple görüşmelere son verebilirler, **Farnsworth**, sf. 659. Özellikle İngiliz mahkemeleri “*agreement to negotiate*” olarak tabir edilen bu anlaşmaları geçerli olarak kabul etmemektedir. Örnek bir karar için bkz. *Country&Fairbain Ltd. v. Tolaini Bros.*, (1975) W.L.R. 297, 300, 301. (**Farnsworth**, sf. 674.)

Bu konuda çeşitli mahkeme kararları için ayrıca bkz. **Péloquin/Assié** sf. 192 vd.

<sup>423</sup> **Péloquin/Assié**, sf. 199.



sözleşme de yapılabilir<sup>424</sup>. Her iki halde de, esas itibariyle bir sonuç borcu içeren bu taahhüt, ihlâl eden tarafın sözleşmesel sorumluluğunu gerektirecektir<sup>425</sup>.

## 2. Kapsamı

Taraflar müzakere sözleşmesine koyacakları bu yöndeki bir hükümlerle, öncelikle müzakere sürecine yönelik bilgileri saklamak amacını taşıyabilirler. Bir başka deyişle, taraflar aralarında bir müzakere ilişkisi olduğunun duyulmasını istemeyebilir ve bunu gizlemeyi amaçlayabilirler. Bunun dışında, müzakere sürecinin hangi noktada bulunduğu, bu esnada tarafların elde etmiş olduğu ara neticelerin neler olduğu gibi konular da gizli tutulmak istenebilir.

Sır saklama yükümlülüğünün bundan daha önemli kapsamı ise, esas olarak müzakere sürecinde karşı tarafla ilgili edinilen bilgilerin gizli kalmasını sağlamaktır. Bu kapsamda karşı tarafın malî ve finansal yapısıyla ilgili bilgileri, ticarî ya da teknik sırları, know-how bilgileri, pazar araştırmaları ve bunun gibi üçüncü kişilere açıklandığı takdirde karşı tarafı mağdur duruma sokacak bilgiler sır saklama yükümlülüğü gereğince gizli tutulması gereken bilgilerdir<sup>426</sup>.

<sup>424</sup> François **Dessementet**, “Les accords de confidentialité”, Mélanges Pierre Engel, Lausanne 1989, sf. 28.

<sup>425</sup> Hubert **Dubout**, “Les engagements de confidentialité dans les opérations d’acquisition d’entreprises”, Bulletin Joly, Juillet 1992, sf. 722; Jérôme **Huet**/Frédérique **Dupuis-Toubol**, “Violation de la confidentialité des négociations”, Petites Affiches, No: 41, 4 Avril 1990, sf: 10; **Kuonen**, sf. 269.

Fransız Hukuku’nda taraflar arasında sır saklamaya yönelik bir anlaşma olmaması halinde, sır kapsamındaki bilgilerin ifşa edilmesi ya da kişisel kullanımı halinde uygulanacak hükümlerin kural olarak haksız fiil ve tâcirler arasındaki ihlâllerde de haksız rekabet hükümleri olduğu yönünde bkz. **Huet/Dupuis-Toubol**, sf: 5.

Taraflar icra ettikleri mesleğe ait deontolojik kurallar veya kanun gereğince de sır saklama yükümlülüğüne tâbi olabilirler. Bu durumda yükümlülüğün ihlâli hem tarafların arasındaki sözleşmenin ihlâli hem de kanunî bir yükümlülüğe aykırılık oluşturacaktır. Bunun yanı sıra sır saklama yükümlülüğünün ihlâli kişilik haklarına bir saldırı niteliğinde de olabilir. **Schönle**, bu halde ise *culpa in contrahendo* sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğunun yarışacağını ifade etmektedir. Bkz. Herbert **Schönle**, “Rapport Suisse”, La Bonne Foi, Travaux de l’Association Henri Capitant, Journées Louisianaises 1992, Tome XLIII, Paris 1994, sf. 200.

<sup>426</sup> Türk Hukuku’nda bir bilginin ticarî sır olarak nitelendirilmesi için Yargıtay’ın bu bilginin toplumun bilgisi dahilinde olmaması ve rakip firmaca bilinmemesi şartlarını aradığı görülmektedir. Bu yönde bkz. **Yarg. 11 HD**, E. 2005/11731 K. 2005/10513, 28.10.2005 ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)).

Bunun yanı sıra, Adalet Bakanlığı’na hazırlanan ve Adalet Komisyonu’nda görüşülmekte olan Ticarî Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı ise md. 2/f. 1’de ticari sırı “*bir ticarî işletme veya şirketin faaliyet alanı ile ilgili yalnızca belirli sayıdaki mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen, elde edilebilen, özellikle rakipleri tarafından öğrenilmesi halinde zarar görme ihtimali bulunan ve üçüncü kişilere ve kamuya açıklanmaması gereken, işletme ve şirketin ekonomik hayattaki başarı ve verimliliği için büyük önemi bulunan; iç kuruluş yapısı ve organizasyonu, malî, iktisadî, kredi ve nakit durumu, araştırma ve geliştirme çalışmaları, faaliyet stratejisi, hammadde kaynakları, imalatının teknik özellikleri, fiyatlandırma politikaları, pazarlama taktikleri ve masrafları, pazar payları, toptancı ve perakendeci müşteri potansiyeli ve*

Kural olarak karşı tarafla ilgili olan ve müzakere kapsamında elde edilen tüm bilgilerin gizlilik şemsiyesi altında olduğu kabul edilebilir. Bu şekilde özellikle şirket devirleri gibi detaylı ve büyük operasyonlarda herhangi bir önemli noktanın gözden kaçırılarak gizlilik anlaşması dışında bırakılması engellenmiş olacaktır<sup>427</sup>.

Bu bilgilerin ne yolla elde edilmiş olduğu önemli değildir. Bir başka deyişle, bilgiler ister yazılı ister sözlü olarak açıklanmış ya da sadece görsel bir tetkik sırasında öğrenilmiş olsun, gizlilik vasfı bundan etkilenmez. Aynı şekilde bu bilgiler doğrudan karşı taraftan elde edilmiş olabileceği gibi, bu tarafın yetkilendirdiği kişilerce de açıklanmış olabilir<sup>428</sup>.

Gizli tutulmaya çalışılan bilgilerin müzakereler sırasında karşı tarafa açıklandığı an itibariyle bunu açıklayan taraf açısından sır niteliğini taşıyor olması gereklidir<sup>429</sup>. Yasal olarak kamuya açıklanması gereken bilgiler ise, bu nitelikleri gereği gizlilik anlaşması kapsamında değerlendirilmeyecektir<sup>430</sup>. Bunun yanı sıra, herkes tarafından bilindiği kabul olunan, kamuya mal olmuş bilgiler ile alan kişinin, ifşa edilmeden önce, zaten hukukî yollardan sahip olduğunu ispatlayabildiği bilgiler sır saklama yükümlülüğüne dahil olmayacaktır<sup>431</sup>.

---

*ağları, izne tâbi veya tâbi olmayan sözleşme bağlantılarına ilişkin veya bu gibi bilgi ve belgeleri.”* şeklinde tanımlamak suretiyle bir bilginin ticarî sır olarak nitelendirilmesi için aranacak kriterleri daha geniş olarak ele almaktadır.

Amerikan Hukuku’nda da bir bilginin ticarî sır olarak kabul edilmesi için mahkemeler bazı kriterler belirlemiştir. Bunlar arasında bilginin ticarî işletme dışında bilinmiyor olması, gizliliğinin korunması için önlemler alınmış olması, hem ticarî işletmenin kendisi hem de rakipleri açısından bir değer ifade etmesi, bu bilginin elde edilmesi için bir miktar para ya da emek harcanmış olması sayılabilir. Bu hususta bkz. **Huet/Dupuis-Toubol**, sf. 6’da anılan yazar ve kararlar.

<sup>427</sup> Özellikle bir şirketin hisselerinin devralınması halinde, devralınan şirketle ilgili hangi bilgilerin sır teşkil edeceğinin bir liste halinde ele alınmasının oldukça az rastlanan bir durum olduğu yönünde bkz. **Dubout**, sf. 723. Bu tip operasyonlarda tarafların sır niteliğindeki bilgileri tanımlarken çok kesin ifadeler kullanmasının sakıncalı olacağı yönünde bkz. **Huet/Dupuis-Toubol**, sf. 10.

<sup>428</sup> Örnek olarak bir banka, hukukî danışmanlar ya da muhasebe uzmanları sayılabilir. Bkz. **Dubout**, sf. 723.

<sup>429</sup> **Huet/Dupuis-Toubol**, sf. 7. Yazarlar, bu bilginin karşı tarafa açıklanmış olmasının sır niteliğini hiçbir şekilde etkilemeyeceğini, zira burada amacın bilgiyi kamuya mal etmek değil, belli bir müzakere çerçevesinde ve güven ilişkisi kapsamında karşı tarafa iletmek olduğunu ifade etmektedirler.

<sup>430</sup> Örnek olarak SPK’nın Özel Durumların Kamuya Açıklanmasına İlişkin Esaslar Tebliği (Seri VIII No:39) gereğince kamuya açıklanması gereken bilgiler bu kapsamda sayılabilir. Bu konuyla ilgili bkz. **Esin/Lokmanhekim**, sf. 12 ve sf. 54.

<sup>431</sup> **Dubout**, sf. 724. Örneğin, aynı alanda faaliyet gösteren iki farklı firma, belli bir teknik konudaki araştırma çalışmalarının neticesinde aynı buluşu gerçekleştirmiş olabilir. Ancak, bu konudaki ispatın kolay olmadığı yönünde bkz. **Huet/Dupuis-Toubol**, sf. 10. **Dessemontet**, tarafların, bu sır saklama yükümlülüğüne kapsamına dahil edilmeyecek bilgilerin nelerden ibaret olduğuna yönelik açık bir düzenleme yapabileceklerini belirtmektedir. Bkz. **Dessemontet**, sf. 34.

Bir mahkeme kararıyla ya da kanun gereği elindeki gizli bilgileri açıklaması istenen kişi de bunları ifşa ettiğinde yine sır saklama yükümlülüğüne aykırı hareket etmiş sayılmayacaktır. Nitekim,

Müzakereler sırasında karşı tarafla ilgili bilgilere ulaşanlar çoğu zaman müzakere edilen sözleşmenin tarafı değil, onun hukukî ya da malî danışmanları veya teknik sorumluları olabilir. Böyle bir halde bu kişiler de sır saklama yükümlülüğü altındadırlar<sup>432</sup>.

Sır saklama yükümlülüğü ya da gizlilik anlaşması çerçevesinde esas olan, gizli tutulacak bilgilerin üçüncü kişilere açıklanmayacak olmasıdır; fakat bununla sınırlı kalmak zorunda da değildir. Bunun dışında müzakerelerde kullanılan belgelerin kopyalanmasının ve çoğaltılmasının yasaklanması ya da müzakereler kesilirse bunların imha edilmesine yönelik düzenlemeler de getirilebilir<sup>433</sup>.

Bunun yanı sıra ve bundan daha önemli olarak, müzakereler sırasında gizli bilgilere ulaşan karşı tarafın bunları kişisel çıkarı için kullanması engellenebilir<sup>434</sup>. Bu durumda yapılan anlaşmaya açık bir şekilde, müzakereler kapsamında gizli bilgilerin öğrenilmiş olmasının, öğrenen tarafa bunları kullanım hakkı vermediğine dair bir hüküm konması gereklidir. Bu tip bir hüküm, özellikle teknik sırların ve

---

yukarıda anılan Ticarî Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı md. 5/f. 1, bu kanun kapsamında bulunan sırların sahipleri ve bu sırları ellerinde bulduranların Türkiye Büyük Millet Meclisi, mahkemeler ve Cumhuriyet başavcılıklarına sır kapsamındaki bilgi ve belgeleri vermekle yükümlü olduklarını belirtmektedir. Ancak böyle bir durumda kişinin, bilginin kendisinden sadır olduğu karşı tarafı derhal haberdar etmesi ve onun gereken önlemleri almasını sağlaması dürüstlük kuralı gereği kendisinden beklenecektir. Bkz. **Lake/Draetta**, sf. 253.

<sup>432</sup> **Dubout**, sf. 725. **Dessemontet**, sır niteliği taşıyan bilgiye ilk elden ulaşan tarafın, bunu alt müteahhitler, danışmanlar veya müşterileriyle paylaşması halinde, bilginin ifşa edilmesinden doğacak tüm sorumluluğu da üstlenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. **Dessemontet**, sf. 30; aynı yönde **Dinar**, sf. 87. Bu tip durumlarda tarafların kendilerini güvence altına almaları için bu kişilerle ayrıca birer gizlilik anlaşması düzenlenmesinde fayda olacaktır. Bu yönde bkz. **Dessemontet**, sf. 31.

Bazı durumlarda ise, bu kişiler kendi meslekî davranış kuralları gereğince sır saklama yükümlülüğü altında olabilirler. Bkz. **Dubout**, sf. 725.

<sup>433</sup> **Kuonen**, sf. 267.

**Dubout** bilgileri alan tarafın bu bilgilerin ve bunlara ulaşabilecek kişilerin bir listesini düzenlemesi, ayrıca bunları tamamen ayrı bir yerde muhafaza etmesine yönelik yükümlülüklerin de getirilebileceğini belirtmektedir. Bkz. **Dubout**, sf. 723; aynı yönde **Huet/Dupuis-Toubol**, sf. 10. Yazarlar ayrıca, bilgileri alan kişinin, bunların gizliliğini korumak için kendisine ait bilgilerin gizliliğini korumak için sarfettiği gayreti göstereceği yönünde bir düzenleme de yapılabileceğini belirtmektedirler. Böyle bir hüküm getirildiği zaman ise, sadece karşı tarafın normalde kendi bilgilerini korumak için ciddi bir çaba sarfettiği karinesiyle hareket edilmektedir, oysa gerçek durum böyle olmayabilir. Yazarlar bu riske de dikkat çekmektedirler. Bkz. **Huet/Dupuis-Toubol**, sf. 10; aynı yönde **Lake/Draetta**, sf. 252. Bu nedenle daha kesin ölçütler kullanmak yerinde olacaktır.

<sup>434</sup> **Péloquin/Assié**, sf. 200. Buradaki amacın tarafların üçüncü kişilere karşı korunması değil, doğrudan karşı tarafın rekabet gücünün kısıtlanması olduğu yönünde bkz. **Kuonen**, sf. 267. Bunu sınırlamak için taraflar aralarındaki müzakere sözleşmesine ayrıca bir rekabet etmeme kızı da koyabilirler.

bunlar arasında da özellikle patent korumasından yararlanamayan know-how gibi sınaî hakların söz konusu olduğu durumlarda önem arz edecektir<sup>435</sup>.

### 3. Süresi

Sır saklama yükümlülüğü için belli bir süre öngörülmüş olabilir<sup>436</sup>. Ancak bazı bilgiler için taraflar bu yükümlülüğün müzakerelerin sona ermesinden sonra da devam etmesini arzu edebilir. Bu durum kural olarak sözleşmede öngörülebilecektir. Fakat böyle bir düzenleme olmazsa, karşı tarafın bilgilerin gizli tutulmasında menfaati devam ettiği müddetçe sır saklama yükümlülüğünün de devam edeceği söylenebilecektir<sup>437</sup>. Ancak belli bir süre öngörülmüş olursa, bu süre sona erince karşı tarafın menfaatinin ne yönde olduğunun dikkate alınması gerekli değildir. Bu nedenle sır saklama yükümlülüğünü önceden kesin bir süreye bağlamanın riskli olduğu ifade edilmektedir<sup>438</sup>. Bu süre sona erdiğinde, bilginin kamuya mal olduğu kabul edilebilir ve yukarıda ifade edilmiş olduğu gibi kamuya mal olan bilgilerin ifşa edilmesi ya da kullanılması sır saklama yükümlülüğüne bir aykırılık teşkil etmez.

Sır saklama yükümlülüğünü düzenleyen maddede bir süre sınırlandırması getirilmediği takdirde, yükümlülüğün en azından müzakere süreci boyunca sürmesi gerektiği kabul edilmelidir<sup>439</sup>.

### 4. Tarafların anlaşması

Tarafların aralarındaki müzakere sözleşmesinde sır saklama hususunda özel bir düzenleme getirmeleri ve hangi bilgilerin bu kapsamda değerlendirileceğini belirlemeleri önem arz etmektedir. Zira hangi bilgilerin karşı taraf için bu derece bir önem taşıdığı her zaman kendiliğinden ortaya çıkmayabilir<sup>440</sup>.

<sup>435</sup> **Dubout**, sf. 726. Yazara göre, böyle bir halde hangi bilgilerin bu kapsamda değerlendirileceğinin belirlenmiş olması önemlidir; çünkü eğer bilgiyi alan taraf, bunu zaten önceden beri bildiğini ya da elde etmiş olduğu bu bilginin kendi araştırmalarının basit bir aşaması olduğunu ispat edemezse bu bilgileri kullanma imkânı kalmayacaktır.

<sup>436</sup> **Lake/Draetta** uygulamada bu sürenin üç ila beş yıl olarak öngörüldüğünü belirtmektedirler, sf. 251.

<sup>437</sup> **Kuonen**, sf. 267. Know-how açısından bu yönde bkz. **Dessemontet**, sf. 35 – 36.

<sup>438</sup> **Dubout**, sf. 724.

<sup>439</sup> Bu yükümlülük belirsiz süreli olarak getirilir ve süre konusunda taraflar arasında anlaşmazlık çıkarsa, sürenin belirlenmesi mahkeme tarafından gerçekleştirilecektir. Bu durumda, mahkemenin kararı uygulanacak hukuka göre değişiklik gösterebilir de; bilginin asıl sahibi olan taraf, ancak bunun açıklanmamasında menfaati olduğunu ispat etmek suretiyle bir korumadan yararlanabilecektir. Bkz. **Lake/Draetta**, sf. 251. Ayrıca bkz. ATF 102 Ia 493.

<sup>440</sup> **Kuonen**, sf. 267. **Huet/Dupuis-Toubol** (bkz. sf. 7) bilgileri alan tarafın, bunları sır niteliğinin farkında olmadan kullanır ya da ifşa ederse kusur unsurunun mevcut olmayacağı ve bu nedenle kişinin sorumlu da tutulamayacağını ifade etmektedirler.

Bu şekilde açık bir hükmün mevcut olmaması halinde tarafların sır saklama yükümlülüğünden söz edilemeyecektir<sup>441</sup>. Sözleşme öncesi ilişkide var olduğu kabul edilen sadakat ve özen borcunun kapsamının taraflara genel bir sır saklama yükümlülüğü getirecek kadar genişletilemeyeceği doktrinde ifade edilmektedir<sup>442</sup>. Bir şekilde böyle genel bir yükümlülük getirilebileceği düşünülse de, bunun içeriğinin, süresinin ve hangi bilgilerin bu kapsamda sır teşkil edeceğinin belirlenmesi bu şekilde mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte, bazı bilgilerin niteliği itibarıyla gizli tutulması gerektiği dürüstlük kuralı çerçevesinde iddia edilebilir; ancak bu durumda dahi tarafların açık bir anlaşmaya varmış olmaları ya da en azından belgelerin üzerine gizli olduklarına dair bir ibarenin konması çok daha güvenli bir yol teşkil edecektir<sup>443</sup>.

Aynı şekilde, yapılacak anlaşmada bu yükümlülüğün karşılıklı olduğu da belirtilmelidir. Kural olarak, taraflardan birinin sır saklama yükümlülüğü altında olması, diğerinin de olmasını gerektirmez. Sır saklama yükümlülüğü tek taraflı kabul

<sup>441</sup> Bu yönde bkz. **Huet/Dupuis-Toubol**, sf. 4; **Kuonen**, sf. 268. **Dessemontet** de, verilen bilgilerin sır niteliğini koruma arzusunun tarafların kullandıkları ifadelerden açık bir şekilde anlaşılabilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Bkz. **Dessemontet**, sf. 29.

Krş. **Dinar**, sf. 87. Yazar zımnî olarak da sır saklama yükümlülüğü getirilebileceğini belirtmektedir.

<sup>442</sup> **Kuonen**, sf. 268. Yazar aynı şekilde Medeni Kanun'un kişilik haklarını koruyan hükümleri çerçevesinde de üçüncü kişilere bazı bilgilerin açıklanmasının belli ölçüde yaptırıma uğrayabileceğini, ancak bunun çok sınırlı sayıda bilgiye yönelik olabileceğini belirtmektedir. Bunun yanı sıra Türk Hukuku'nda FSEK kapsamında ya da 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname kapsamında da belli oranda korunma sağlanması mümkündür.

**Péloquin/Assié** ise sır saklama yükümlülüğünün dürüstlük kuralının doğasından kaynaklanan bir yükümlülük olduğu ve bunun bir anlamda bilgi verme yükümlülüğünün karşılığını teşkil ettiği görüşündedir. Bununla beraber bu borca bir niyet mektubunda yer vermenin daha ihtiyatlı bir yol olacağı ve borcun tam olarak bu şekilde düzenleneceğini de belirtmektedirler. Bkz. **Péloquin/Assié**, sf. 187. Tekrar edelim ki, bu yazarlar da niyet mektubunu sözleşme öncesinde düzenlenen metinlerin ortak adı olarak kabul etmektedirler. **Schönle** de sf. 199'da, dürüstlük kuralının bir kimseye sır saklama yükümlülüğü getirebileceğini ifade etmektedir.

Bankaların sır saklama yükümlülüğünün, banka ile müşterisi arasındaki sözleşmede açıkça öngörülmemiş olsa bile, bu yükümlülüğün banka ile müşteri arasındaki ilişkinin dürüstlük kuralından kaynaklanan doğal bir parçası olduğu yönünde bkz. **Atilla Altop**, Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Bankaların Verdikleri Banka Bilgilerinden Dolayı Hukukî Sorumlulukları, İstanbul 1996, sf. 47.

<sup>443</sup> **Kuonen**, sf. 269. **Huet/Dupuis-Toubol**, sf. 7. **UNIDROIT Prensipleri** md. 2.16 ve **Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri** md. 2:302 de genel bir sır saklama yükümlülüğü getirmemekte, bununla birlikte sözleşme kurulmasa dahi müzakereler esnasında gizli olduğu belirtilmek suretiyle karşı tarafa verilen bilgilerin ifşa edilmesini ya da kişisel olarak kullanılmasını tazminat yaptırımına bağlamaktadır.

edildiği takdirde, taraflardan sadece birinin sır saklama yükümlülüğü olacak, diğeri ise elde ettiği bilgileri serbestçe kullanabilecektir<sup>444</sup>.

### C. Masrafların Paylaşılması

Müzakerelerin kesilmesi neticesinde müzakere sırasında ortaya çıkan masrafların bir zarar kalemi olarak taraflardan birine yüklenmesi, sözleşme öncesi tarafların üstlendikleri risklerden ve aynı zamanda sözleşme öncesi sorumluluğun da önemli meselelerinden biridir<sup>445</sup>. Bu nedenle, taraflar yapacakları müzakere sözleşmesinde müzakere süreciyle ilgili olarak yapılacak masrafların nasıl paylaşılacağını düzenleyebilirler. Bu masraflar arasında genel olarak hukukî danışmanlık ve denetleme ücretleri, müzakerecilerin seyahat ve konaklama masrafları, müzakere edilen işlemle ilgili yapılacak fizibilite çalışmaları gibi kalemler sayılabilir.

Taraflar yapacakları anlaşmada, müzakerelerin neticesi ne olursa olsun, herkesin sadece kendi masrafını karşılayacağını düzenleyebilecekleri<sup>446</sup> gibi tüm masrafların müzakerelere son verecek ya da müzakerelerin kesilmesine sebep olacak tarafça karşılanmasını da öngörebilirler.

Bunun yanı sıra taraflar, masrafların aralarında eşit olarak paylaşılmasına da karar verebilirler. Böyle bir düzenleme müzakerelerin belli bir sürecine ya da örneğin her iki tarafın da ihtiyacı olan bazı araştırmaların yapılması gibi belli bir bölümüne de hasredilebilir. Ancak, sonradan ortaya çıkan ve öngörülemeyen masraflar böyle bir düzenlemenin taraflardan biri aleyhine sonuç doğurmasına ve bu tarafın hiç hesap etmediği birtakım masraflardan sorumlu tutulmasına da neden olabilir<sup>447</sup>.

<sup>444</sup> Tarafların bu bilgileri karşı taraf aleyhine kullanması söz konusu olmadan sadece kendi menfaatleri için, örneğin bir bankadan kredi almak ya da kendi piyasa değerini yükseltmek için kullanması da mümkündür. Bu yönde bkz. **Kuonen**, sf. 268.

<sup>445</sup> **Kuonen**, sf. 273. Yazar, tarafların bu şekilde yaptıkları düzenlemenin dolaylı yoldan sözleşme öncesi sorumlulukla ilgili de etkileri olacağını belirtmektedir. Ancak bu düzenleme yoksun kalınan kârı içermediği için kısmî bir düzenleme olarak kalmaktadır.

<sup>446</sup> **Kuonen** bu durumda sözleşme öncesi sorumluluğa yönelik bir sorumsuzluk anlaşması olduğunu belirtmekte ve genel hükümler çerçevesinde müzakerelerin hileli şekilde sona erdirilmesi halinde bu düzenlemenin geçersiz olacağını ifade etmektedir, sf. 273.

<sup>447</sup> **Péloquin/Assié**, sf. 202. Yazarlar, bu tip bir düzenlemenin, taraflardan birinin diğeri göre ekonomik açıdan daha güçsüz olması durumunda bu taraf açısından uygun olmayacağını; böyle bir halde daha güçlü olan tarafın en azından belli bir miktara kadar masrafların tamamını üstlenmesinin hakkaniyete daha uygun kabul edileceğini ifade etmektedirler. Ancak kanaatimizce, bu görüşün geçerli bir dayanağı bulunmamaktadır.

#### D. Paralel Müzakere Yapmama (*münhasırlık, exclusivité*)

Taraflar müzakere sözleşmesine koyacakları bir hükümlerle, aralarındaki müzakere ilişkisi devam ettiği müddetçe ya da belli bir süreyle sınırlı olacak şekilde, başkalarıyla aynı konuda bir sözleşme kurmak amacıyla müzakere etmeyeceklerini düzenleyebilirler<sup>448</sup>. Bu kapsamda taraflar, tek taraflı ya da karşılıklı olacak şekilde müzakere konusu işlemin tamamını ya da bir kısmını ilgilendiren konularda üçüncü kişilerle temasa geçmeme, bir müzakere başlatmama veya devam ettirmeme hususunda taahhütte bulunacaktır<sup>449</sup>. Genellikle bir süreye bağlanan bu yükümlülük, müzakereler öngörülen süreden önce kesilir ya da bir sözleşmenin kurulması ile neticelenirse, sona erecektir<sup>450</sup>.

Hem sözleşme özgürlüğü gereği hem de rekabetin sağlanabilmesi açısından kural olarak bu yükümlülük kendiliğinden ortaya çıkmaz ve tarafların bu hususu özel olarak düzenlemeleri gerekir<sup>451</sup>.

Tarafların arasındaki müzakereler ilerleyip aralarındaki ilişki somutlaşınca, artık bir münhasırlık anlaşması olmasa dahi dürüstlük kuralı gereği paralel müzakereler yapılmaması gerektiği düşünülebilirse de, kanaatimizce paralel müzakere yapmamak ancak bu konuda özel bir düzenleme getirilirse belli bir yaptırıma bağlanabilir. Müzakereler ileri bir aşamada da olsa, bu durum taraflardan birinin paralel müzakere yapmaması neticesini kendiliğinden doğurmaz. Taraf, bu

<sup>448</sup> Bu tip hükümlerin niyet mektuplarına konmasının bağlayıcılık açısından karışıklık yaratacağı ve en doğrusunun ayrı anlaşmalar şeklinde düzenlenmesi olduğu yönünde bkz. **Lake/Draetta**, sf. 250. Yazarlar bu şekilde düzenlenen anlaşmalara Amerikan uygulamasında “*standstill agreements*” ya da “*no shop agreements*” ve İngiliz uygulamasında da “*lock-out agreements*” dendiğini belirtmektedirler.

Türk Hukuku’nda **Ayrancı**, tarafların böyle bir yükümlülük altına girmesini “*dışlayıcı sözleşme*” olarak adlandırmakta ve bu durumda negatif içerikli bir ön sözleşme olacağını ifade etmekte; ayrıca bu sözleşmenin de bir tür öncelik hakkı doğuran sözleşme olduğunu belirtmektedir. Bkz. **Ayrancı**, sf. 106. Ancak kanaatimizce, yazarın bu kapsamda bahsettiği ihtimaller sözleşmenin ifa aşamasına ilişkin olup, müzakere aşamasıyla ilgisi bulunmamaktadır.

<sup>449</sup> **Péloquin/Assié**, sf. 201.

<sup>450</sup> **Kuonen**, sf. 271; **Péloquin/Assié**, sf. 201.

<sup>451</sup> **Kuonen**, sf. 271; **Péloquin/Assié**, sf. 187; **Terré/Simler/Lequette**, bu durumu sözleşme özgürlüğü prensibinin bir sonucu olarak değerlendirmektedirler, sf. 186. **Schlosser**, bir müzakere metninin imzalanmış olmasının kendiliğinden paralel müzakerelerde bulunmayı engellemeyeceği, fakat böyle bir durumda taraflara ağırlaştırılmış bir bilgi verme borcu yükleneceği görüşündedir. Bkz. **Schlosser**, sf. 361; aynı yönde **Farnsworth**, sf. 679. Bilgi verme yükümlülüğü ile ilgili olarak bkz. ileride § 3, II, A, 2, a.

**Dirix** sf. 242’de, tarafların bir prensip anlaşması yapmaları halinde sözleşme özgürlüklerini kısıtlamış olacaklarını ve bu nedenle üçüncü kişilerle aynı konularda müzakerelere girmekten kaçınmaları gerektiğini, aksi takdirde sözleşmesel bir sorumluluk doğacağını ifade etmektedir. Yazar bu şekilde yapılan bir prensip anlaşmasının bağlayıcı olduğu görüşündedir, bkz. yukarıda § 2, II, D.

paralel müzakerelerde kendisi açısından daha elverişli bir durumla karşılaşırca sözleşmeyi o tarafla kurmakta serbesttir. Fakat bu durumda, başlamış ve belli bir noktaya kadar ilerlemiş olan diğer müzakereye son vermesi gerekecektir, ki bir sorumluluk doğacaksa nedeni bu olacaktır. Bir başka deyişle, kusurlu davranış, bu müzakere kapsamında sözleşmenin kurulacağına yönelik haklı bir beklenti uyandırmış ve bunu kendi davranışı nedeniyle karşılayamamış olmasında aranmalıdır. Yoksa tek başına paralel müzakere yürütmek, bu yönde bir tedbir alınmadıysa, kusurlu davranış olarak kabul edilmemelidir. Böyle bir durumda, en azından başlamış olan müzakerelerde bir tıkanma ya da kilitlenmeyle karşılaşılması beklenemez ve karşı tarafı mutlaka durumdan haberdar etmek gerekecektir. Bu şekilde karşı tarafa üçüncü kişilerden gelen teklifleri bildirmek ve ona bu tekliflerle rekabet edebilecek bir teklifte bulunma şansı tanımak dürüstlük kuralının bir gereği olarak karşımıza çıkacaktır<sup>452</sup>.

Tarafların birbirlerinden emin olmadan başkalarıyla ilişkilerini kesmeleri ve bu şekilde bazı fırsatları kaçırmaları onlar açısından arzu edilecek bir sonuç değildir. Bu nedenle münhasırlık anlaşmaları genellikle bir karşı edim öngörülerek hazırlanmaktadır. Sadece bir kişiyle temasta bulunmayı kabul eden taraf bunun karşılığında bir maddî çıkar sağlamayı ya da herhangi bir menfaat elde etmeyi talep edebilecektir<sup>453</sup>.

Bununla birlikte, piyasada çok sayıda alıcı ya da satıcıyla temas ettikten sonra bunlardan sadece birisine bir niyet mektubu göndermek ve onunla bir müzakere ilişkisi başlatmak, bu davranışta bulunan taraf açısından aynı zamanda başkalarıyla bu ilişkiyi kurmayacağı taahhüdünde bulunma şeklinde yorumlanabilecektir<sup>454</sup>.

<sup>452</sup> Nitekim bir Fransız Cour de Cassation kararında (Cass. Com. 26.11.2003, Alain Manoukian c/ csts Wajsfisz& “Les Complices”) mahkeme, müzakerelere tek taraflı olarak son veren tarafın bir başkasıyla paralel müzakereler yürütmesini sorumluluk nedeni olarak görmemiş; ancak bu paralel müzakere neticesinde varılmış olan anlaşmadan diğer tarafı haberdar etmediği için sorumlu tutulması gerektiğine hükmetmiştir. Bu karar için bkz. [http://www.lexinter.net/JPTXT4/JP2005/repture\\_fautive\\_de\\_pourparlers.htm](http://www.lexinter.net/JPTXT4/JP2005/repture_fautive_de_pourparlers.htm), ayrıca ileride § 3, II, B.

<sup>453</sup> *Péloquin/Assié* sf. 201 vd.’de, karşı edim açısından tek sınırın tarafların hayal gücü olduğunu ifade ettikten sonra, uygulamada genellikle bir miktar paranın depo edildiğini ve öngörülen süre sonunda taraflar arasında bir anlaşmaya varılamaması durumunda bu paranın paralel görüşme yapmama borcu altında olan tarafa ödendiğini belirtmektedir. Anlaşmaya varılması halinde ise depo edilen miktar ücrete mahsup edilmektedir.

<sup>454</sup> *Dinar* bu durumla sınırlı kalmayarak niyet mektubu gönderilmiş olmasının en azından belli bir süre için görüşülmeye başlanan konularda başkalarıyla görüşülmeyeceği hususunda bir söz verilmesi olarak değerlendirmekte ve zımnî olarak böyle yükümlülüğün doğacağını belirtmektedir. Bkz. *Dinar*, sf. 86.



Paralel müzakere yapmama yükümlülüğü esas olarak aktif bir şekilde başkasıyla temasa geçmemeyi ifade etmektedir. Başka bir deyişle, pasif kalarak, üçüncü kişilerden gelen beyanlara muhatap olmak her zaman mümkün olacaktır<sup>455</sup>. Fakat bu durumda da taraflar kendilerine bu konuyla ilgili yapılan teklifleri karşı tarafa iletmeyi bir yan yükümlülük olarak öngörebilirler<sup>456</sup>.

Paralel müzakere yapmama yükümlülüğü de niteliği itibariyle bir sonuç borcudur ve buna aykırılık BK md. 96 vd. hükümlerine göre değerlendirilecektir.

## II. Dürüstlük Kuralından Kaynaklanan Yükümlülükler

Roma Hukuku döneminden beri<sup>457</sup>, taraflar sözleşme kurma aşamasında birbirlerine karşı dürüstlük kurallarına uygun şekilde hareket etmekle yükümlüdürler. Bu yükümlülüğün içeriği ise, geçen zamanla birlikte yeni anlamlar kazanmış ve bir evrimden geçerek yaptırıma bağlanan bir hale gelmiştir. Bugün Kıta Avrupası ülkelerinin bazılarında, müzakere sürecinin kanunda ele alındığı ve bu şekilde tarafların kanunen sözleşme müzakerelerinde dürüstlük kuralına uygun hareket etmek borcu altında oldukları görülmektedir<sup>458</sup>.

Mamaafih Türk Hukuku'nda, kaynak İsviçre Hukuku'na paralel şekilde, müzakere süreci kanunî bir düzenlemeye sahip değildir. Bununla birlikte, her türlü hakkın kullanılmasında olduğu gibi, müzakereler süresince de taraflar MK md. 2'de ifadesini bulan dürüstlük kuralı çerçevesinde hareket etmekle yükümlüdürler. Doktrinde ve içtihatlarda da tarafların müzakere aşamasında birbirlerine karşı dürüstlük kuralından kaynaklanan birtakım yükümlülükleri olduğu kabul edilmektedir<sup>459</sup>. Böylelikle dürüstlük kuralı bir çok işlevinin yanı sıra, tarafların

<sup>455</sup> Peter R. Isler, "Letter of Intent", Mergers&Acquisitions VI, Zurich 2004, sf. 7 (Kuonen, sf. 271 dpn. 815'den naklen.).

<sup>456</sup> Péloquin/Assié, sf. 201.

<sup>457</sup> Bkz. yukarıda § 1, II, A.

<sup>458</sup> Bu kanunlar arasında İtalyan Medeni Kanunu md. 1337, Yunan Medeni Kanunu md. 197, Litvanya Medeni Kanunu md. 6.4, Portekiz Medeni Kanunu md. 227, Brezilya Medeni Kanunu md. 422, Peru Medeni Kanunu md. 1362, İsrail Sözleşmeler Kanunu (Genel Hükümler) § 12, Québec Medeni Kanunu md. 1375 sayılabilir. Bunun dışında bazı kanun değişikliği projelerinde de buna yönelik hükümler yer almaktadır. Hollanda Medeni Kanunu Projesi md. 6.5.2.8a, Fransız Medeni Kanunu Projesi md. 1104 ve Arjantin'deki 1987 tarihli Medeni Kanun ve Ticaret Kanunu'nun Birleştirilmesi Hakkında Kanun Projesi'nin 1158. maddesi bunlar arasındadır.

Ayrıca UNIDROIT Prensipleri md. 2.1.15, Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri md. 2:301 de müzakere aşamasında tarafların dürüstlük kuralına uygun hareket etme mecburiyetlerini düzenlemekte ve buna aykırı davranışların yaptırıma tâbi olacağını hüküm altına almaktadır.

<sup>459</sup> Oğuzman/Barlas, sf. 250; Esener, *Borçlar Hukuku*, sf. 64; Tunçomağ, sf. 211 ve özellikle sf. 213; Ulsan, sf. 286; Yılmaz, sf. 234; Gürpınar, sf. 143; Kutlu Sungurbey, sf. 117; Yavuz, sf. 73; Hasan Erman, *Medeni Hukuk Dersleri*, Başlangıç Bölümü, Gözden geçirilmiş 2. Basım,

sözleşme öncesi müzakere döneminde uymaları gereken çeşitli yükümlülüklerin de kaynağını oluşturmaktadır.

Aşağıda bu kapsamda kabul edilen bazı yükümlülükler ele alınacaktır.

Ancak bundan önce belirtmek gerekir ki, Kıta Avrupası'nda durum bu merkezdeyken, *common law* sistemine tâbi ülkelerin çoğunda müzakereleri dürüstlük kuralına uygun şekilde yürütme hususunda genel bir borcun varlığı kabul edilmemektedir. Sözleşme kurulduktan sonraki dönemde, özellikle ifa aşaması açısından dürüstlük kuralı önem taşısa da, bu kural sözleşmenin müzakere aşamasına sâri değildir. **Farnsworth**, Amerikan Hukuku'nda UCC § 1-203 ve Restatement (*Second*) on Contracts § 205'de yer alan düzenlemelerin sadece sözleşmelerin ifa safhasına yönelik olduğunu ve bu düzenlemelerin zıt anlamı itibariyle müzakere aşamasını dışladığını belirtmektedir<sup>460</sup>.

*Common law* sistemindeki temel esaslara göre, müzakereye katılan her iki tarafın da kendi çıkarını kollama hakkı çerçevesinde, herkes bu müzakereden kendisi için en iyi sonucu elde etmeye çalışacaktır. Eğer taraflardan biri, karşı tarafın kendisine daha iyi şartlar sunabileceğine inanıyorsa, onu müzakerelerden çekilmekle

---

İstanbul 2007, sf. 103; **Schönle**, sf. 195. Québec Hukuku açısından aynı görüşte **Péloquin/Assié**, sf. 185; **Lefebvre**, sf. 85; Fransız Hukuku açısından aynı görüşte **Jourdain**, sf. 121; **Terré/Simler/Lequette**, sf. 186. İsviçre Hukukunda, **Piotet** bu görüşü daha da ileri götürerek *culpa in contrahendo*'nun hukukî işlemlerin hazırlanması esnasında dürüstlük kuralına aykırı davranışlardan ibaret olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Paul **Piotet**, "Développements récents de la théorie de la culpa in contrahendo", *Mélanges Guy Flattet*, Lausanne 1985, sf. 363. Ancak bu yazar, dürüstlük kuralından kaynaklanan yükümlülüklerin, ihlâli hâlinde haksız fiil sorumluluğunun devreye gireceği genel davranış yükümlülükleri olduğunu kabul etmektedir. Bkz. **Piotet**, *Culpa*, sf. 40, ayrıca ileride § 5, I, B. Aksi yönde bkz. Walter **Yung**, "Devoirs généraux et obligations", *Mélanges en l'honneur de Wilhelm Schönerberger*, Fribourg 1968, sf. 170 – 171.

İsviçre Federal Mahkemesi bu konuyla ilgili birçok kararında "müzakereler esnasında taraflar dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadır. Müzakerelerin başlaması taraflar arasında bir hukukî ilişki yaratır ve onlara karşılıklı ödevler yükler. Böylelikle, taraflardan her biri gerçek niyetlerine uygun olacak şekilde, ciddiyet içinde müzakere etmekle yükümlüdür." ifadesini kullanmaktadır. Bkz. bu yönde örnek olarak TF 29.10.2001, 4C.152/2001; 29.4.2003, 4C.381/2002; 17.11.2005, 4C.247/2005; 30.10.2002, 4C.202/2002.

<sup>460</sup> **Farnsworth**, sf. 665. Gerçekten de bahis mevzu hükümler, tarafların sadece sözleşmenin ifa aşaması sırasında dürüstlük kuralına uygun hareket etmelerini öngörmekte ve sözleşmenin kurulma süreciyle ilgili bir düzenleme getirmemektedir.

*UCC § 1-203: Obligation of Good Faith* "Every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in performance or enforcement." (UCC § 1-203: Dürüstlük Kuralına Uygun Hareket Etme Zorunluluğu: Bu kanunda öngörülen her sözleşmenin ya da yükümlülüğün icrasında ve yerine getirilmesinde, dürüstlük kuralına uygun hareket edilmelidir.)

*Restatement (Second) on Contracts § 205: Duty Of Good Faith and Fair Dealing* "Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement." (Restatement (Second) on Contracts § 205: Dürüst Davranma ve Dürüst Hareket Etme Yükümlülüğü: Her sözleşme, taraflarına dürüst davranma yükümlülüğü getirdiği gibi, sözleşmenin yerine getirilmesinde ve sözleşmeden doğan talep haklarının ileri sürülmesinde de dürüst hareket etme borcu yükler. ).

tehdit etme veya gerçekten müzakerelere son verme yoluna gidebileceği kabul edilmektedir. Bu nedenle de, tarafların ne sebeple olursa olsun, her zaman için müzakerelerden çekilme hakkı olduğu kabul edilmekte ve sözleşme özgürlüğünün kısıtlanmasına yol açacak bir yolun benimsenmesi halinde, tarafların sözleşme müzakerelerine girme konusunda mütereddit bir yaklaşım sergileyecekleri ifade edilmektedir<sup>461</sup>.

Bununla beraber, taraflar müzakere aşamasında tamamen serbest de değildir. Bu sistemde dürüstlük kuralının boşluğu *promissory estoppel*, *unjust enrichment* ve *misrepresentation* gibi müesseseler ile doldurulmakta ve müzakerelerin neticesiz kalması halinde, duruma göre, sorumluluk bunlara dayandırılmaktadır<sup>462</sup>. Ayrıca, her ne kadar dürüstlük kuralına dayanan genel bir borcun varlığı kabul edilmese de, münferit olaylarda bir tarafın davranışı “*unfair*” olarak kabul edilebilmekte ve kişi bu davranışından sorumlu tutulabilmektedir. Bu bağlamda *haksızlık* uzlaşmayı

<sup>461</sup> **Farnsworth**, sf.659. İngiliz Hukukunda aynı yönde **Treitel**, English Private Law, sf. 15. Aynı yazar, Chitty on Contracts, Volume I, General Principles, 29th edition, London 2004, sf. 73’de İngiliz mahkemelerinin, sözleşme öncesinde genel bir dürüstlük kuralının varlığını kabul etmeye yanaşmadığı gibi, sözleşme öncesindeki kusurdan kaynaklanan zararların tazminine yönelik genel bir sorumluluk prensibi geliştirme arzusunda da olmadığını belirtmektedir.

Bu konuda örnek bir karar için bkz. *Walford v. Miles*, (1992) 1 All E.R. 453.

<sup>462</sup> **Péloquin/Assié**, sf. 193.

*Promissory estoppel*, *equity*’den (hakkaniyet) kaynaklanan bir kavramdır ve bir kişinin kendi hareketleriyle yarattığı hukukî bir engeli ifade eder; bu şekilde çelişkili davranışlara mâni olur. Buna göre, bir kişi sahip olduğu bir hakkı kullanmayacağı yönünde, sözlü olarak veya davranışlarıyla bir beyanda bulunursa, bu hakkın ileri sürülmesi hakkaniyete aykırılık teşkil ettiği ölçüde, bu imkâna sahip olmayacaktır. Bu müessesenin ayrıntılı açıklaması ve benzer müesseselerden farkı için bkz. **Treitel**, English Private Law, sf. 24 vd.; **idem**, Chitty on Contracts, sf. 263. Ayrıca bkz. **Adal**, sf. 70 vd.

*Misrepresentation*, sözleşmenin kuruluşu esnasında taraflardan birinin sözleşmenin maddî vakıaları hakkında yapmış olduğu gerçeğe aykırı beyanı ifade eder. Bu beyan, mantıklı bir insanın bir sözleşmeyi kurup kurmayacağı ya da hangi şartlarla kuracağı noktasındaki kararını etkilemeye müsait hususlara ait olmalıdır. Böyle bir durumda, bu beyandan etkilenen karşı tarafa zararını tazmin ya da sözleşmeyi feshetme imkânı (veya her ikisi birden) tanınır. Bir kişinin, yerine getirme niyeti hiç yokken, belli bir taahhütte bulunması da *misrepresentation* teşkil eder. Bazı durumlarda, bir konuda açıklamada bulunmamak da bu kapsamda değerlendirilebilir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Treitel**, English Private Law, sf. 63 vd.; H.G. **Beale**, Chitty on Contracts, sf. 429 vd. Ayrıca bkz. **Adal**, sf. 68 vd.

*Unjust enrichment* ise, haksız zenginleşme anlamına gelmektedir. Bu konuda bkz. Peter **Birks**/Charles **Mitchell**, English Private Law, sf. 525 vd.

Bu müesseselerin uygulanması ve örnek kararlar için bkz. **Farnsworth**, sf. 660 vd.

**Baygın** söz konusu müesseselerin başarıya ulaşmayan sözleşme görüşmelerinde sağlanacak himaye açısından yetersiz kaldığını belirtmektedir. Bkz. **Baygın**, sf. 368-369. **Saatcioğlu** ise quasi-contract kavramının Amerikan Hukuku açısından *culpa in contrahendo* doktrinine işlerlik sağlayan bir anahtar vazifesi gördüğünü ifade etmekte, fakat uygulamanın detayına girmemektedir. Bkz. **Saatcioğlu**, sf. 273.

**Adal**, anglo-sakson sisteminde geçerli olan “*caveat emptor*” prensibinin Alman hukukundaki “*Augen oder Beutel auf*” kaidesiyle aynı amaca hizmet ettiğini, yani tarafları dikkatli olmaya ve kendi menfaatlerini korumaya sevk ettiğini ifade etmektedir. Bkz. **Adal**, sf. 87.

engelleyen davranışlarda aranmaktadır. Tarafların haksız davranış olarak gördükleri ve mahkemeye başvurdukları haller arasında müzakere etmeyi reddetmek, müzakere konusuyla ilgisiz şartlar ileri sürmek, uygun olmayan müzakere taktiklerine başvurmak, mantıksız tekliflerde bulunmak, gereken bilgileri vermekten kaçınmak, paralel müzakerelerde bulunmak, müzakereleri terk etmek gibi haller sayılmaktadır<sup>463</sup>.

## A. Sadakat ve Koruma Yükümlülüğü

### 1. Genel Olarak

Bir sözleşme ilişkisi kapsamında kararlaştırılan aslî edim yükümlülüklerinin yanı sıra tarafların birbirlerine karşı sahip olduğu birtakım koruma yükümlülüklerinin varlığı eskiden beri kabul edilmektedir. Genel bir ifadeyle, birbirlerinin güvenliğini dikkate almalarını gerektirecek derecede yakın bir ilişki içine giren tarafların, birbirlerinin zarar görmemesi için gereken önlemleri almaları olarak tanımlanabilecek koruma yükümlülüklerinin kapsamına tarafların birbirlerine doğru bilgi vermesi, birbirini gerekli konularda aydınlatması, can ve mal güvenliğini koruyucu önlemleri alması gibi yükümlülükler girmektedir.

Kişilerin bu şekilde birbirlerini karşılıklı olarak zarardan koruma ödevi esas itibarıyla MK md. 2’de yer alan dürüstlük kuralından kaynaklanmaktadır<sup>464</sup>. Bu ödevler, tarafların arasındaki sözleşme ilişkisinden doğan sıkı güven ilişkisi nedeniyle varolmakta ve sözleşmenin ifasına değil, tarafları zarardan uzak tutmaya yönelmiş bulunmaktadırlar<sup>465</sup>. Gerçekten de, bir sözleşme ilişkisi içinde taraflar edimin ifasıyla elde edecekleri menfaatlerin yanı sıra, birçok malvarlığı ve kişilik varlığı menfaatlerine de sahip olurlar. Edime yönelik menfaatlerinin tehlikeye maruz kalması nasıl mümkünse, diğer menfaatler açısından da böyle bir tehlike mümkün olabilir. Bu nedenle, taraflar birbirlerine zarar vermemek için gereken her türlü özeni göstermek ve bu konuda çaba sarf etmek zorundadırlar<sup>466</sup>.

Esas itibarıyla bir sözleşme ilişkisi kapsamında var olduğu kabul edilen koruma ödevleri, zaman içerisinde, taraflar arasında benzer bir güven ilişkisinin

<sup>463</sup> Farnsworth, sf. 676.

<sup>464</sup> Eren, sf. 40; Oğuzman/Öz, sf. 12; Oğuzman/Barlas, sf. 252; Baygın, sf. 345; Ergüne, sf. 111; Kırca, sf. 157; Yavuz, sf. 73. Bkz. bu yönde Yarg. 13. HD, 13.11.1995, E. 1995/9375 K. 1995/9860.

<sup>465</sup> Heinrich Stoll, Die Lehre von Leistungstörungen, Tübingen 1936, s. 26 – 27 (Akçura Karaman, sf. 79 dpn. 75’den naklen.).

<sup>466</sup> Eren, sf. 40.

kurulduğu sözleşmenin müzakere aşamasında da varlıklarını kabul ettirmiştir<sup>467</sup>. Taraflar arasında sözleşmenin kurulmasına yönelik müzakerelerin başlamasıyla, onların birbirlerine ve etki alanına girerek güven ilişkisinin içinde yer alan diğer üçüncü kişilere karşı belli bir özen gösterme yükümlülüğü altında oldukları kabul edilmektedir<sup>468</sup>. Bunun nedeni, tarafların bir araya gelmesiyle birlikte, artık birbirlerinin hukuk alanını etkileyebilecek, bir başka ifadeyle birbirlerinin şahıs ve malvarlığı değerleri üzerinde etkili olabilecek bir konumda bulunmalarıdır. Bu aşamada taraflar arasında MK md. 2 gereğince hiçbir aslî edim yükümlülüğü içermeyen, karşılıklı güvene dayalı bir ilişki kurulur ve bu ilişki kapsamında tarafların sadece, birbirlerine karşı zarar vermeme esasına dayanan; doğru bilgi verme, aydınlatma, hem birbirlerinin hem de etki alanlarında bulunan üçüncü kişilerin can ve mal güvenliğini sağlayacak tedbirleri almaya zorlayan koruma ve davranış yükümlülükleri ortaya çıkar. Bu anlamda taraflar arasında kanundan kaynaklanan ve somut bir edim yükümü içermeksizin sadece davranış yükümlülüklerinden ibaret, aslî edim yükümünden bağımsız bir borç ilişkisinin doğduğu ifade edilmektedir<sup>469</sup>. Taraflar arasında bu noktada kurulan ilişkide

<sup>467</sup> **Tunçomağ**, sf. 211; **Kutlu Sungurbey**, sf. 102; **Akçura Karaman**, sf. 80; **Ergüne**, sf. 114; **Kırca**, sf. 157 ve 159.

<sup>468</sup> **Kırca**, sf. 157; **Ergüne**, sf. 114.

<sup>469</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 8; **Oğuzman/Öz**, sf. 37; **Serozan**, sf. 119; **Eren**, sf. 43; **Kırca**, sf. 158; **Akçura Karaman**, sf. 80; **Yavuz**, sf. 75; **Kutlu Sungurbey**, sf. 102; **Tunçomağ**, edim yükümünden bağımsız borç ilişkisini, “sırf müzakereye girişmeden doğan borç ilişkisi” olarak nitelendirmektedir. Bkz. **Tunçomağ**, sf. 211 vd.

Taraflar arasında bu şekilde bir ilişkinin doğduğunu **Yarg. 13. HD**, 31.3.2006, E. 2005/15654 K. 2006/4848 sayılı kararında şöyle ifade etmektedir: “İhlâl edildiği ileri sürülen yükümlülük aslî borç ilişkisi ile ilgisiz olup, sadece işyeri sahibinin müşterinin zarara uğramaması için özen yükümüne uymamasından doğan bir borç ilişkisi doğmaktadır. Buradaki sorumluluğunun temelini MK'nın 2. maddesinde ifadesini bulan dürüstlük kurallarının oluşturduğu söylenebilir.” (karar metni için bkz. [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)).

Bu ilişki kapsamında ortaya çıkan yükümlülükler konusunda ise doktrinde bir terim birliği mevcut değildir. Örneğin, “koruma yükümlülüğü”, “diğer davranış yükümlükleri” ve “özen gösterme yükümü” gibi ifadelerin tümü aynı anlama gelecek şekilde kullanılmaktadır. Bu yönde bkz. **Eren**, sf. 40; **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 12; **Ergüne**, sf. 112, dpn. 132. Bunun yanı sıra, “yan yükümlülükler” kavramı da kullanılmaktadır. **Ergüne** (bkz. sf. 112, dpn. 132), bu ifadenin kullanılmasını “yan edim yükümlülükleri” kavramı ile karıştırılması tehlikesi bulunduğu için doğru bulmamaktadır. Ancak yan edim yükümlülükleri kavramı da farklı şekillerde ele alınmaktadır. Bir görüşe göre, yan yükümlülükler kanun veya tarafların anlaşması uyarınca ortaya çıkan ve asıl edim yükümlülüğünün yanında mevcut bazı yükümlülüklerdir. En geniş anlamıyla bu yükümlülükler, asıl edim yükümlülüğünün sözleşmenin amacına uygun şekilde yerine getirilmesine hizmet ederler. Davranış yükümlülükleri ise bunlardan farklıdır (bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 12). Bir başka yaklaşıma göre ise, aslî borçların yanında birtakım yan borçlar vardır. Bu yan borçlar, “yan ödevler” ya da “davranış yükümlükleri” olarak da adlandırılırlar. Yan borçların bir kısmı aslî borcun ifasına yardım ederler ve bağımsız bir nitelikleri yoktur, bunların asıl borçtan bağımsız bir şekilde talep ve dava edilmelerine imkân yoktur. Bunlar “bağımlı yan borçlar” olarak adlandırılırlar. “Bağımsız yan borçlar” ise, aslî borcun amacına

herhangi bir edime yönelik taahhüt bulunmamakta, fakat taraflar yine de birtakım özel davranış yükümlülüklerine uygun davranma mecburiyeti altında bulunmaktadır<sup>470</sup>. Bu yükümlülükler, somut edim ilişkisinin amacına göre değil, taraflar arasındaki güven ilişkisi uyarınca belirlenir ve bunlara aykırı davranmak bir *culpa in contrahendo* oluşturur<sup>471</sup>.

Koruma yükümlülüğünün uygulama alanı sosyal temas kavramıyla daha da genişletilmiş ve gerçek anlamda sözleşme görüşmelerine başlanmamış olsa dahi, bunları hazırlayıcı nitelikteki ticarî temasların başlamasıyla koruma ve sadakat yükümlülüklerinin varlık bulacağı ileri sürülmüştür<sup>472</sup>. Böylece, bir mağazadan içeri giren kimsenin etrafa bakınırken, çalışanlardan birinin dikkatsizliği neticesinde yaralanması, mağazanın sahibi açısından koruma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi olarak nitelendirilecektir<sup>473</sup>. Henüz bir alışveriş için müzakere başlamış olmasa da, taraflar arasındaki sosyal temas kurulmuş durumdadır. Burada belirtilmesi gereken bir husus, bu sosyal temasın hukukî işlem kurmak amacıyla

---

ulaşmasına yardım ederler ve bağımsız olarak ifaları talep edilebilir (bkz. **Oğuzman/Barlas**, sf. 249 vd.).

Bununla birlikte, kimi zaman yan edim yükümlülükleri ile davranış yükümlülüklerini birbirinden ayırmak kolay olmaz. Bu durum özellikle kötü ifa ve akdin müspet ihlâli hallerinde ortaya çıkar. Bunun yanı sıra, davranış yükümlülükleri de yan edim yükümlülüklerine dönüşebilir. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 12; **Ergüne**, sf. 113 dpn. 135.

<sup>470</sup> **Ballerstedt**, akdi yükümlülüklerin ifasının borcu sukut ettirmeye yönelmişken, hazırlayıcı borç ilişkisi niteliğinde gördüğü sözleşme görüşmelerine ilişkin yükümlülüklerin ifasının bu ilişkiyi pekiştirici, güçlendirici bir işleve sahip olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. Kurt **Ballerstedt**, Zur Haftung für Culpa in Contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter, Archiv für die zivilistische Praxis 151, sf. 504 (**Ulusan**, sf. 288 dpn. 32'den naklen.).

<sup>471</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 8 vd.; **Baygın**, sf. 346. **Eren**, sf. 41; **Ergüne**, sf. 115, dpn. 141; **Oğuzman/Barlas**, sf. 251.

<sup>472</sup> Karl **Larenz**, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987, sf. 109 (**Akçura Karaman**, sf. 80'den naklen.). Yazar, sözleşme görüşmelerine veya bunları hazırlayan temaslara başlamanın bir maddî fiil niteliğinde olduğunu ve bu durumda sorumluluğun, dürüstlük kuralı olarak ifade edilen yazılı olmayan objektif hukuka dayandığını ifade etmektedir.

<sup>473</sup> Yukarıda ele alınan Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin "*Linoleumrollenfall*" kararında olduğu gibi, RGZ 78, 239. Bkz. dpn. 134 ve ona bağlı metin.

Alman Hukuku'nda koruma yükümlülüklerinin kapsamı sadece bir müzakere veya sözleşme ilişkisi içinde olan taraflara değil, onların yanında bulunan üçüncü kişilere de etkili olacak şekilde genişletilmiştir. Bu hususta meşhur bir olay "*Gemüseblatt*" kararı olarak anılmaktadır. Karara konu olan olayda, bir marketten alışveriş yapan annesine, paketlenme için yardımcı olmak isteyen 14 yaşındaki kız çocuğu, kasanın yanına giderken bir sebze yaprağına basarak kaymış ve uzunca bir süre tıbbî tedavi gerektirecek şekilde dizinden yaralanmıştır. Alman Federal Mahkemesi, olayı *culpa in contrahendo* çerçevesinde değerlendirmiş ve eğer yaralanan alışverişçi gerçekleştiren anne olsaydı, hiç şüphesiz davalının sorumluluğunun doğacak olduğunu belirtmiştir. Mahkeme bundan sonra, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurgusunun henüz tamamlanmamış bir sözleşmeyi kapsamına alacak kadar genişletilip genişletilemeyeceği hususuna temas etmiş ve kaza anında sözleşmenin henüz kurulmamış olmasının hukuken önemli olmadığı sonucuna varmıştır. Netice itibarıyla, davalının koruma yükümlülüğünün annesiyle birlikte alışverişçi gelen çocuğu da kapsamına aldığı ve bu nedenle meydana gelen zarardan sorumlu tutulması gerektiği karara başlanmıştır. Bkz. BGHZ 66, 51 (kararın İngilizce tercümesi için bkz. **Youngs**, sf. 377 vd.).

sınırlandırılmasıdır (işlemsel temas kuramı)<sup>474</sup>. Gerçekten de taraflar arasındaki her türlü sosyal temas değil, bir hukukî işlem kurmak için girilen sosyal temas sözleşme görüşmelerinin başlamasına yol açacak ve bu kapsamdaki yükümlülüklerin doğmasına sebebiyet verecektir. Sözleşme görüşmelerinde amaç, bir sözleşmenin kurulmasını sağlayacak olanakları araştırmak ve sözleşmenin kuruluşunu sağlamaktır. Bu nedenle, bu amaca yönelik olmayan ilişkilerin sözleşme görüşmesi olarak değerlendirilmemesi ve sonuçların da buna göre ele alınması gerekecektir<sup>475</sup>. Bununla birlikte bazı yazarlar<sup>476</sup>, tarafların mutlaka bir hukukî işlem yapma düşüncesiyle bir araya gelmelerinin gerekmediğini, birbirlerinin güvenliğini gözetmelerini gerektirecek kadar yakın ilişkiye giren herkesin arasında bu tür bir ilişkinin kurulacağını ileri sürmektedirler (sosyal temas kuramı). Buna göre, tarafların iradelerine ve ne sebeple bir araya geldiklerine dikkat edilmeksizin, bir kişinin diğerinin hukuk sahasına adım atmış olduğu her durumda taraflar arasında bir borç münasebeti kurulacak ve zarar gören taraf bu borca aykırılıktan ötürü tazminat talebinde bulunabilecektir. Bu durumda, kanunun sisteminde mevcut olan iki tip sorumluluk arasındaki farkı ortadan kalkacak ve sözleşmesel sorumluluk hükümlerine sınırsız bir uygulama alanı açılmış olacaktır<sup>477</sup>.

Bu nedenle işlemsel temas görüşüne katılmakla birlikte, belirtmemiz gerekir ki, yağmurlu havada bir mağazadan içeri giren kişinin kayıp düşerek yaralanması durumunda, bu kişinin mağazanın içine yağmurdan korunmak için mi yoksa gerçekten alışveriş yapmak için mi girdiğinin tespiti fevkalâde zor olacak ve neticede gereken tedbiri almamış olan mağaza sahibi, aslî edim yükümünden bağımsız borç

<sup>474</sup> Karl **Larenz**, Culpa in Contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und “sozialer Kontakt”, MDR 1954/9, sf. 517 (**Serozan**, sf. 123’den naklen.). Alman Hukukunda hâkim görüşün bu olduğu dpn. 472’de anılan Alman Federal Mahkemesi kararında da belirtilmiştir. Ayrıca bu yönde bkz. yukarıda § 1, II, C, 3, b.

<sup>475</sup> Bu görüşte **Yılmaz**, sf. 238. Yazar, bu nedenle, alıcı olarak bir mağazaya giren kişinin sözleşme görüşmelerinde kusura dayanarak uğradığı zararın giderilmesini talep edebileceğini; ancak bir başka amaçla mağazada bulunan kişinin bu şekilde bir talepte bulunamayacağını ifade etmektedir.

<sup>476</sup> **Serozan**, tarafların hukuken korunmaya değer bir amaca yönelmiş olmalarını koruma ödevinin mevcudiyetinin kabul edilmesi için yeterli kabul etmektedir. Bkz. **Serozan**, sf. 122. Bu görüş ile ilgili olarak bkz. **Uluslan**, sf. 316; **Oğuzman/Öz**, sf. 37; **Akçura Karaman**, sf. 81. **Kutlu Sungurbey**, sf. 110 vd.’da **Serozan**’ın bu görüşünü, kendi içinde çelişkili olduğu ve taraflar arasındaki yakınlaşmanın ne derecede yoğun olması gerektiği konusunda açık ve kesin bir ölçüt veremediği için eleştirmektedir.

<sup>477</sup> **Adal**, sf. 26.

ilişkisi kapsamında yerine getirmesi gereken koruma yükümlülüğüne uymadığı için meydana gelen zarardan sorumlu tutulacaktır<sup>478</sup>.

Esas itibariyle, dürüstlük kuralı gereğince, sözleşme kurmak amacıyla müzakereye başlayan herkesin karşı tarafa yönelik bir sadakat borcu altına gireceği söylenebilir. Böylece, müzakereye başlayan kişinin karşısındakinden özenli bir davranış beklemeye hakkı olduğu gibi, kendisi de aynı özen ve saygı çerçevesi içerisinde davranmakla yükümlü olacaktır. Kişinin bu yükümlülüğe uygun davranması ise, dürüst bir insan gibi hareket etmesi anlamına gelecektir<sup>479</sup>. Bir başka ifadeyle, kişi, müzakere ilişkisinin, amacına uygun şekilde netice vereceği yönünde müzakerede bulunduğu tarafta uyandırmış olduğu güvene uygun bir davranış sergilemiş olacaktır. Bu bağlamda, bir kimsenin sözleşme kurma amacı olmadan müzakerelere başlamaması gerektiği gibi, müzakereler sırasında sözleşme kurma konusundaki fikri değiştiği anda bunu derhal karşı tarafa bildirmesi ve müzakerelerin daha fazla devam etmesine engel olması da gereklidir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararında<sup>480</sup> da ifade edildiği gibi, bir taraf gerçek niyetinin aksine bir tutum sergileyerek, karşı tarafta bir sözleşmenin kurulacağına dair boş ümitlerin uyanmasına ve onun bu nedenle çeşitli harcamalar yapmasına sebep olursa, ortaya çıkan zararın tazminini de üstlenmek zorunda kalacaktır.

Dürüstlük kuralından kaynaklanan bu yükümlülükler Borçlar Kanunu ve Medeni Kanun'da yer alan bazı özel düzenlemeler ile somutlaştırılmıştır. Bu düzenlemeler arasında karşı tarafta yanlış bir intiba uyandırmayı engellemek amacıyla yetkisiz temsil ile ilgili BK md. 36/f. 2, md. 39 ve MK md. 452/f. 2, karşı tarafın sağlıklı bir karar vermesine imkân tanımak amacıyla BK md. 21 ve 29, kurulacak sözleşmenin geçerliliğini tehlikeye atmamak için kişinin müzakerelerde belirli bir dikkat içerisinde olmasını amaçlayan BK md. 26 gibi hükümler sayılabilir.

<sup>478</sup> Yukarıda dpn. 473'de anılan Alman Federal Mahkemesi kararında, müşterinin mağazaya alışveriş yapmak niyeti olmaksızın girmesi durumunda *culpa in contrahendo*'nun sözleşme dışı sorumluluğun sınırlarını aşması için yeterli bir sebep olmayacağını belirtmektedir. BGHZ 66, 51 (İngilizce tercüme için bkz. **Youngs**, sf. 385.).

<sup>479</sup> **Schönle**, sf. 194.

<sup>480</sup> ATF 105 II 75 = JdT 1980 I 71.

Aynı yönde bir Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGH NJW, 39 (1975), 1774 (Bu kararın İngilizce tercümesi için bkz. **Youngs**, sf. 393 – 395.).



Bu hükümlerin lafzında açıkça yer almamasına rağmen, hepsinin temelinde zımnen dürüstlük kuralının yer aldığı ifade edilmektedir<sup>481</sup>.

## 2. Özel Olarak

### a) Bilgi verme yükümlülüğü

Sözleşme müzakereleri esnasında mevcut sadakat ve koruma yükümlülüğünün özel bir yansıması olan bilgi verme yükümlülüğü oldukça kapsamlı ve önemli bir yükümlülük olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>482</sup>.

Kural olarak, bir sözleşme kurmak amacıyla müzakerelere başlayan tarafların her birinden, hem müzakere konusu sözleşmeyle ilgili şartlar hem de karşı taraf hakkında gerekli araştırmaları yapmış ve belli ölçüde bilgi edinmiş olması beklenecektir<sup>483</sup>. Bir başka deyişle, bir tarafın sözleşmenin tüm unsurlarıyla ilgili

<sup>481</sup> Bu hususta bkz. **Tunçomağ**, sf. 212; **Schönle**, sf. 200 vd.; aynı yönde Nicolas **Rouiller**, “Culpa in Contrahendo et liberté de rompre les négociations : existe-t-il des devoirs précontractuels hors de l’obligation d’information? L’identification exacte du devoir violé et ses conséquences”, *JdT* 2006/6, sf. 174; Ariane **Morin**, “Les articles 2 et 4 CC : deux règles dans l’ esprit du Code civil suisse”, *Journée des Juristes Suisses 2007, 100 années CC, Basel 2007*, sf. 212; **Tercier**, *Culpa in Contrahendo*, sf. 228.

Bazı yazarlar bu hükümleri kanunda düzenlenen *culpa in contrahendo* hallerine örnek olarak saymakta; ancak dürüstlük kuralından özel olarak bahsetmemektedir. Bkz. **Adal**, sf. 3; **Yılmaz**, sf. 240; **Gürpınar**, sf. 144, dpn. 423; **Yavuz**, sf. 76 – 77. Aynı şekilde **Kocayusufpaşaoğlu**, BK md. 26’nın *culpa in contrahendo* kuralına dayandığını belirtmektedir. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, *Hata*, sf. 44 ve 126. Benzer bir şekilde **Esener** (bkz. *Borçlar Hukuku*, sf. 142), hata halindeki kusurun sözleşmenin kuruluşuna giden yolda işlendiği için bir *culpa in contrahendo* teşkil ettiğini ifade etmektedir. Yetkisiz temsilcinin gerçekte temsil yetkisi olmadığını gizleyerek üçüncü kişiye belli bir yönde boş güven vermesinin *culpa in contrahendo* oluşturduğu yönünde bkz. **Kutlu Sungurbey**, sf. 103, ayrıca sf. 117 vd. **Kocayusufpaşaoğlu** (bkz. sf. 734), BK md. 39/f.1’de yer alan tazminat talebinin dayanağının *culpa in contrahendo* ilkesi olduğunu belirtmekte; fakat bu maddede bir kusursuz sorumluluk öngörülmesi olduğu için bu ilkenin kıyasen uygulanacağını ifade etmektedir.

Kanundaki bu münferit düzenlemelerden yola çıkan bazı yazarlar *culpa in contrahendo*’nun temelini bir yasal borç ilişkisi olduğunu ileri sürmektedir. Buna göre sözleşme öncesi dönemde taraflar arasında varlığını hissettiren özel hukukî ilişki kanuna dayanmaktadır. Bu görüşle ilgili olarak bkz. **Ulusan** sf. 309 vd.; **Kutlu Sungurbey**, sf. 117 vd. **Kocayusufpaşaoğlu** ise (bkz. sf. 735, dpn. 50), taraflar arasında yerine getirilmesi gereken yükümlülüklerin MK md. 2’ye dayanması sebebiyle, kurulan özel güven ilişkisinin kanundan kaynakladığını kabul etmekle birlikte, bu yükümlülükler aykırı davranışın yaptırımını olan sorumluluğun bu maddede düzenlenmiş olmadığını altını çizmekte ve *culpa in contrahendo* sorumluluğunun doğrudan MK md. 2’ye dayandığını söylemenin doğru olmadığını belirtmektedir. Bu konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. ileride § 5, I, A, 2.

<sup>482</sup> **Tunçomağ**, sf. 213; Süleyman **Yalman**, *Türk – İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk*, Ankara 2006, sf. 91. **Rouiller**, İsviçre Federal Mahkemesinin 17.11.2005 tarihli 4C.247/2005 sayılı kararından yola çıkarak yaptığı tahlilde, sözleşme öncesi dönemde tarafların sorumluluğunun esas itibarıyla bilgi verme yükümlülüğünün ihlali dolayısıyla ortaya çıktığı tespitinde bulunmakta, hatta daha da ileri giderek tarafların sözleşme öncesi dönemde bilgi verme dışında bir yükümlülüklerinin olup olmadığını sorgulamaktadır. Bkz. **Rouiller**, *JdT*, sf. 174.

<sup>483</sup> Bazı yazarlar bu hususu da ayrı bir yükümlülük olarak değerlendirmektedir. Örnek olarak bkz. **Tercier**, *Obligations*, sf. 124; **Tercier**, *Culpa in Contrahendo*, sf. 232; **Rouiller**, *Devoirs*

genel bir bilgi verme yükümlülüğü olduğundan bahsedilmeyecektir<sup>484</sup>. Bununla birlikte, bir tarafın diğerini kendi araştırmasıyla elde edemeyeceği, ancak karar aşamasında bilmesi gereken konularla ilgili aydınlatması da aynı şekilde beklenecek bir davranıştır. Taraflarca özel olarak düzenlenmiş olmasa dahi, bu yönde bir aydınlatma yükümlülüğü olduğunun kabul edilmesi dürüstlük kuralının bir gereğidir<sup>485</sup>. Bu şekilde taraflar aydınlatılmış bir şekilde iradelerini oluşturacaklardır<sup>486</sup>. Bu bağlamda, bir taraf kendisiyle ilgili değişen şartları, müzakere sürecini ve kurulması amaçlanan sözleşmeyi etkileyeceği oranda karşı tarafa bildirmelidir. Fakat bilgi verme yükümlülüğü bunun sınırlarını aşmamalı ve taraf müzakere kapsamındaki taleplerinin sebeplerini açıklamak zorunda kalmamalıdır; örneğin, bir satıcı malını neden belli bir fiyata satmak isteğinde olduğunu açıklamak zorunda değildir<sup>487</sup>. Ancak, bir taraf kendisi açısından bu sözleşmenin kurulması için önemli olan unsurların hangileri olduğunu ve nelerin kararını etkileyeceğini karşı taraftan gizlememelidir<sup>488</sup>. Tabii olarak, bir kimseden, daha müzakerelerin ilk oturumunda tüm kozlarını ortaya koyması ve kendisi için gerekli şartların neler olduğunu tüm açıklığıyla ifade etmesi beklenmeyecektir. Ancak müzakere taktikleri olarak bunları gizlerken önemli olan, bu davranışın karşı tarafı aldatmaya yönelik olarak yapılmamasıdır. Kişi, özellikle sözleşmeyi kurma

---

*Précontractuels*, sf. 4; **Rouiller**, *JdT*, sf. 174; Daniel **Guggenheim**, *Le Droit suisse des contrats, Principes généraux*. T :1, La Conclusion des contrats, Genève 1991sf. 96.

<sup>484</sup> **Tercier**, *Culpa in Contrahendo*, sf. 230; ATF 92 II 334.

<sup>485</sup> **Yarg. 13 HD**, 21.5.1992, E. 1992/2492 K. 1992/4759 sayılı kararında tarafların birbirlerine doğru bilgi vermesi gerektiği ifade edilmektedir (karar metni için bkz. [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)).

<sup>486</sup> Bu şekilde bilgi verme ve aydınlatma borcu altında olan kişi açıkladığı bilgilerin gizli tutulacağı hususunda da güven duyabilmelidir. Bu açıdan **Péloquin/Assié** tarafından bilgi verme ve sır saklama yükümlülüklerinin birbirinin tamamlayıcısı olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Péloquin/Assié**, sf. 187; aynı yönde **Dessemontet**, sf. 28.

Bununla birlikte, bir taraf sır saklama yükümlülüğünün arkasına saklanarak, karşı taraf açısından zararlı sonuçlar doğuracak bir işlemin yapılmasına da göz yummamalıdır. Örnek olarak, eğer bir banka belli bir şirketin muhtemel iflası hakkında bilgi sahibiyse, durumdan haberdar olmayan kişilere bu şirketin paylarının satılması için aracılık edip, daha sonra da sır saklama yükümlülüğünün arkasına saklanamaz. Böyle bir halde, sır saklama ve bilgi verme yükümlülüklerinin dürüstlük kuralı ışığı altında karşılıklı olarak değerlendirilmesi gerekecek ve sırrı saklamama ya da bilgi vermeme fiillerinin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran üstün bir özel ya da kamusal yararın tespit edilmesi söz konusu olabilecektir. Bkz. **Schönle**, sf. 200.

<sup>487</sup> **Farnsworth**, sf. 677. **von Tuhr** ise bu yükümlülüğün kapsamının koşullara ve kurulması hedeflenen sözleşmeye göre belirleneceğini ifade etmektedir. Bkz. **von Tuhr**, *Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, vol. II/1: Die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft, Munich und Leipzig 1914, réimpr. Goldbach 1997, sf. 488 (**Kuonen**, sf. 181'den naklen).

Federal Mahkemenin de bu yönde kararları mevcuttur, örnek olarak bkz. ATF 105 II 75 = *JdT* 1980 I 66; ATF 92 II 328; ATF 90 II 449.

<sup>488</sup> **Rouiller**, *Devoirs Précontractuels*, sf. 3.

kararının sınırlarını çizecek unsurlar üzerinde açık olmalıdır. Aksi takdirde, karşı taraf sözleşmenin kurulması ihtimalinin gerçekte olduğundan daha yüksek olduğunu düşünebilir ve bu nedenle gelen başka teklifleri reddederek bir zarara uğrayabilir. Bu nedenle kişi, müzakereleri sürdürürken sözleşme kurma niyetinin gerçekte olduğundan daha fazlaymış gibi algılanmasına yol açacak davranış ve ifadelerden kaçınmalıdır<sup>489</sup>.

Bilgi verme yükümlülüğü kapsamında tarafın kendi niyetiyle ilgili olarak yapacağı açıklamalar yanında, karşı tarafın sözleşmenin yapılması veya şartlarının tesbiti konusundaki kararlarına etki edecek hususlar hakkında da bilgi verme yükümlülüğü düşünülecektir<sup>490</sup>. Özellikle tarafların bilimsel, teknik, ekonomik, hukukî ve benzeri bilgilere aynı derecede vakıf olmadıkları durumlarda bu konular hakkında daha fazla bilgi sahibi olan tarafın diğerini aydınlatması ve onun bilgisine duyulan güvene aykırı düşecek şekilde davranmaktan kaçınması gereklidir<sup>491</sup>. İsviçre

<sup>489</sup> Bu yönde **Ulusan**, sf. 289; **Tunçomağ**, sf. 213. **Akyol**, sf. 15’de müzakere aşamasında olan taraflara yüklenen bilgi verme, aydınlatma, koruma ödevlerinin bulunduğu bir ortamda; bir tarafın hareketsiz kalmasının da, karşı tarafta belli bir güven uyandırabileceğine dikkat çekmektedir.

İsviçre Federal Mahkemesinin daha önce anılan 17.11.2005 tarih ve 4C.247/2005 sayılı kararı ile 29.4.2003 tarih ve 4C.381/2002 kararlarında bu durum ifade edilmektedir. Bkz. yukarıda dpn. 459 ve 482. Aynı şekilde, Federal Mahkemenin 29.10.2001 tarih ve 4C.152/2001 sayılı kararında duruma örnek olarak, şekle bağlı bir sözleşmenin kurulmasını prensip olarak kabul edip, daha sonra sebep göstermeksizin şekle uyulmasını kabul etmeme hali gösterilmektedir. Burada sorumluluğun sebebi sözleşmeyi kurma konusundaki karar değişikliği değildir; çünkü sözleşme kurmama serbestisi içinde bu mümkündür. Hatta, şekil şartlarının tarafları düşünmeye sevk edici işlevi dikkate alındığında, böyle bir sözleşmeyi kurmaktan vazgeçerek müzakerelerden çekilme halinde, çekilen tarafın *culpa in contrahendo* sorumluluğunun doğması çok küçük bir ihtimâl teşkil edecektir. Böyle bir durumda kusurlu bulunan davranış, karşı tarafta sözleşmenin kurulacağına dair mesnetsiz bir güven uyandırmak ve daha sonra buna aykırı davranmaktır. Bir başka ifadeyle, buradaki yükümlülükler aykırılık müzakerelerin kesilmesinden değil, sözleşmeyi kurmaktan vazgeçmiş olduğunu zamanında bildirmemiş olmaktan kaynaklanmaktadır. Bkz. **Tercier**, *Culpa in Contrahendo*, sf. 229.

<sup>490</sup> **von Tuhr**, sf. 187 ; **İnan**, *Culpa I*, sf. 878; **Schönle**, sf. 198. ATF 101 Ib 422; TF 30.10.2002, 4C.202/2002.

Sözleşme müzakerelerini yürütmekle görevli olan temsilciler de aynı yükümlülük altındadırlar. Buna göre, temsilci müzakereler esnasında karşı tarafa yanlış bilgi vermekten kaçınmak ve onun kararlarında etkili olacak hususları bildirmekle yükümlü olacaktır. Bkz. Turhan **Esener**, *Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salâhiyete Müstenit Temsil*, Ankara 1961, sf. 133.

<sup>491</sup> **Tunçomağ**, sf. 213; **Yalman**, sf. 92; **Schönle**, sf. 198.

**Yarg. 15 HD**, 9.6.1975, E. 515 K. 2952 sayılı kararına konu olan olayda davalılar bir arazide artezyen kuyusu açma işini üstlenmişler, ancak bu araziden su çıkmasının fennen imkânsız olduğu ve sözleşme konusu işin yapılmasının da fennen gayri mümkün olduğu saptanmıştır. Bu nedenle sözleşmenin BK md. 20/f. 1 hükmü gereğince batıl olduğuna karar veren Yargıtay, davalıların “*imkânsız bulunan bu sözleşmenin kurulması sırasında mesleği icabı durumu bilmiş olmasını*” aramıştır. Bu kararda *culpa in contrahendo* sorumluluğu açısından özel bir inceleme yapılmamıştır (karar için bkz. Mustafa Reşit **Karahasan**, *Sorumluluk Hukuku*, Genişletilmiş ve bağımsız olarak düzenlenmiş baskı, İstanbul 1996, sf. 909.).

Federal Mahkemesi bir kararında<sup>492</sup> tarafların genel olarak bilgi verme yükümlülüğü olmasa da, yanlış bilgi vermeme ve ihmâl, dikkatsizlik ya da muğlak ifadeler kullanmak suretiyle karşı tarafın iradesini sakatlamaktan kaçınma borcu altında olduğunu ifade etmiş; bir başka kararında<sup>493</sup> ise karşı tarafın yanlış bir değerlendirme yaptığını ya da hataya düştüğünü anlayan tarafın bu duruma müdahale etmesi ve bu yanlış anlaşılmayı gidermesi gerektiğini belirtmiştir. Genel olarak, iş hayatında herkes kendi çıkarını gözetmek durumunda olduğundan, müzakereye başlayan bir tarafın biliyor olması gereken hususlarda, bilgi vermek mecburiyeti karşı tarafa yüklenemese de; açık bir şekilde yanlış bilgi sahibi olan karşı tarafı bu hatasından döndürmemek, kural olarak, sessiz kalmak suretiyle hile teşkil edecektir<sup>494</sup>.

Bu bağlamda, aynı teknik bilgi birikimine sahip, örneğin aynı iş kolunda çalışan taraflar arasındaki bilgilendirme yükümlülüğü daha dar bir kapsamda değerlendirilecektir. Kurulması hedeflenen sözleşmenin konusunun da, bilgi verme yükümlülüğünün kapsamının ve tarafların hangi ölçüde açıklama yapmak zorunda olduğunun belirlenmesi açısından önem arz ettiği ifade edilmektedir<sup>495</sup>. Buna göre, basit bir hesap makinesi satın alırken verilecek bilgilerin içeriği ve kapsamı ile, hayatında ilk defa bir bilgisayar satın alan kişiye verilmesi gereken bilgilerin içeriği farklı olacaktır.

Normal şartlarda bir taraftan bilmesi beklenemeyecek, alışılmış olmayan durumlar da verilmesi gereken bilgiler içinde değerlendirilecektir<sup>496</sup>. Örneğin, sözleşmeyi kurmak açısından üçüncü bir kişiye tanınmış öncelik hakkı varsa bunun müzakerenin karşı tarafına bildirilmesi gereklidir. Benzer şekilde, genel olarak müzakere metinlerini imza yetkisine sahip olan kişiler her zaman asıl sözleşmeyi kurma konusunda da yetkili olmayabilir ya da asıl sözleşmenin kuruluşu bazı

<sup>492</sup> ATF 101 Ib 422.

<sup>493</sup> ATF 92 II 328.

<sup>494</sup> **Rouiller**, *Devoirs Précontractuels*, sf. 3; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sf. 446. Bu yönde bkz. TF 30.10.2002, 4C.202/2002.

<sup>495</sup> **von Tuhr**, *Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, vol. II/1: Die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft, Munich et Leipzig 1914, réimpr. Goldbach 1997, sf. 488 (**Kuonen**, sf. 181'den naklen); **Schönle**, sf. 198; **Yılmaz**, sf. 242; **Yalman**, sf. 93.

Federal Mahkemenin de bu yönde kararları mevcuttur, örnek olarak bkz. ATF 105 II 75 = JdT 1980 I 66; ATF 92 II 328; ATF 90 II 449.

<sup>496</sup> **Uluslan**, sf. 289'da bu yükümlülüğü şu şekilde ifade etmektedir: "... taraflar, dürüstlük kuralları ve yaşantı deneylerinin doğal sonuçları gereği bilemeyecekleri ancak aydınlanmaları halinde verecekleri karar üzaeirnde etkin olabilme olasılığına sahip olguları yeterli ve anlaşılır bir şekilde birbirlerine açıklamakla yükümlüdürler."

makamların onayına tâbi olabilir. Bu gibi durumlar bilgi verme yükümlülüğü içerisinde karşı tarafa iletilmelidir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararına konu olan bir olayda yeni bir iş için kullanmak üzere kredi almak isteyen üç kişi, bir bankanın şubesi ile birkaç ay süren görüşmelerde bulunur. Bu görüşmeler devam ederken, kişiler Escophon AG isimli anonim şirketi kurarlar ve bu şirketin yaptığı kira sözleşmelerinden bir kısmı, banka ile aralarında düzenlenen sözleşme tasarısına uygun şekilde, banka tarafından finanse edilir. Kesin sözleşme metni hazırlanarak Escophon AG'ye imzalaması için gönderildikten sonra; şube, bu kredi için genel merkezden onay alınması gerektiğini bildirir ve genel merkezle yapılan toplantılar sonucunda anlaşma sağlanamaz. Neticede banka bu onayı vermediğini bildirerek şirketi finanse etmeyi reddeder ve bunun üzerine Escophon AG bankadan tazminat talep eder. Federal Mahkeme, bu durumda, her ne kadar müzakereleri her zaman sona erdirme özgürlüğüne sahip olsalar da, tarafların, sözleşmeyi kurmaya yönelik karar mekanizmasını etkileyecek özel durumların veya şartların varlığından karşı tarafı haberdar etme borcu altında olduklarını söyleyerek, Escophon AG'nin uğramış olduğu zararın tazmini gerektiğine hükmetmiştir<sup>497</sup>.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin, 21.5.1992 tarih ve E. 1992/2492 K. 1992/4759 sayılı kararına<sup>498</sup> konu olan bir olayda ise, ihâle yoluyla Vakıflar Genel Müdürlüğü'nden kiralanın otel binasının iskân ruhsatı olmaması sebebiyle işletme ruhsatı alamayan davacı, otelin bu nedenle kapatılmasından doğan zararının tazminini talep etmiştir. Yargıtay yapmış olduğu incelemede, davalının otel binasını davacıya kiraya verdiğine göre, binanın iskân raporunun alınmasını sağlamak yükümlülüğü altında olduğunu belirtmiş ve "... *Kaldı ki, kira sözleşmesi aktedilirken iskânın bulunmadığını davalı davacı kiracıya bildirmekle yükümlüdür. Çünkü taraflar sözleşmenin kurulması sırasında birbirlerine tam ve doğru bilgi vermek zorundadırlar (sözleşmenin görüşülmesi sırasındaki kusurdan dolayı sorumluluk Culpa in Contrahendo). Zira, yanlış görünüm yaratmak en azından doğruluk ve güven kurallarına (MK. m. 2) aykırıdır. Bir binanın iskân raporunun bulunması asıldır.*" dedikten sonra, iskân raporunun alınıp alınmadığını araştırma yönünden

<sup>497</sup> ATF 105 II 75 = JdT 1979 I 66.

*Farnsworth* sf. 663'de, bir *common law* mahkemesinin de aynı sonuca *misrepresentation* müessesesi ile ulaşacağını ifade etmektedir.

Kanada'da aksi yönde verilmiş bir karar için bkz. *Westcom TV Group Ltd. c. CanWest Global Broadcasting Inc.* (1997) 1 W.W.R. 761, 29 D.L.R. (2d) 123 (karar için bkz. *Péloquin/Assié*, sf. 195.).

<sup>498</sup> Karar metni için bkz. [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr).

kiracıdan bir özen beklemek ve istemenin mümkün olmadığını ifade etmiştir. Yargıtay böylelikle, alışılmış olmayan ve bir tarafça bilinmesi beklenmeyecek durumlarla ilgili olarak, diğer tarafın bilgi verme yükümlülüğünün mevcudiyetini kabul etmekte, ayrıca bu yükümlülüğün kaynağının MK md. 2 olduğunun da altını çizmektedir.

Bu bağlamda, üçüncü kişilerle yürütülen paralel müzakerelerin varlığı da, bilmesi karşı taraftan beklenemeyecek hallerdendir. Yukarıda incelenmiş olduğu gibi, kural olarak bir kişiyle müzakerelere başlamış olmak kendiliğinden başkalarıyla görüşülmeyeceği yönünde bir borç doğurmaz. Bir başka ifadeyle, paralel müzakerelerde bulunmak, taraflar arasında özel olarak yasaklanmadıkça, mümkündür. Bununla birlikte, bir kişiyle müzakere halindeyken bir başkası veya başkalarıyla da görüşmelerde bulunan kişinin, bundan diğerlerini haberdar etmesi dürüstlük kuralı gereğince kendisinden beklenecektir. Bu açıdan, paralel müzakere yürüten tarafın, bu konuda bilgi verme yükümlülüğünün ağırlaştırılmış bir yükümlülük olduğu söylenebilir<sup>499</sup>. Yine de buradaki bilgilendirme, sadece paralel bir müzakerenin varlığı ile sınırlı kalacak ve bu paralel müzakerenin karşı tarafının kimliği gizli tutulabilecektir<sup>500</sup>. Bu açıdan, bilgilendirme yükümlülüğü, karşı tarafın kimliğinin ya da bu müzakerenin hangi aşamada olduğunun açıklanmasını talep etmek hakkı bahsetmemektedir. Bununla birlikte, paralel müzakeredeki karşı tarafın getirmiş olduğu teklifin neden ibaret olduğunun açıklanması, diğer tarafın bununla rekabet edebilmesi açısından gereklidir. Özellikle mevcut müzakeredeki bir tikanıklık da bu şekilde çözüme kavuşturulabilir: Ya bu teklife eşdeğer bir teklif hazırlanır ya da buna imkân olmadığı görülüp müzakerelere son verilir.

### **b) İmkânsız bir edime söz vermeme**

BK md. 20/f. 1 hükmü “*Bir akdın mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik yahut ahlâka (adaba) mugayir olursa o akit bâtıldır.*” demek suretiyle, sözleşmenin konusunu teşkil eden edimlerden birinin imkânsız olması halinde sözleşmenin kesin hükümsüz olacağını düzenlemiş bulunmaktadır. Buradaki imkânsızlık herkes için

<sup>499</sup> Schlosser, sf. 361; krş. Pélouquin/Assié, sf. 188. Taraflar dilerlerse, bu konuyu bir “samimiyet klozu” (*clause de sincérité*) ile de çözüme kavuşturabilirler. Böylece, bir üçüncü kişiyle görüşmelere başlayan taraf bu kloz gereğince durumu karşı tarafa bildirme borcu altına girecektir. Bu konuda bkz. Jourdain, sf. 129.

<sup>500</sup> Pélouquin/Assié, sf. 188.

geçerli, yani objektif bir imkânsızlıktır ve sözleşmenin yapıldığı anda mevcut olmalıdır<sup>501</sup>.

Müzakere edilen sözleşmenin konusu ile ilgili olarak fiilî ya da hukukî bir imkânsızlık sebebinin varlığını bilerek, ancak karşı tarafı bundan haberdar etmeden müzakereleri başlatmak veya müzakerelere devam etmek, yine sadakat ve koruma yükümlülüğüne aykırı bir davranış olarak değerlendirilecektir. Bu şekilde davranan taraf, geçerli olmayacak bir sözleşmenin kurulması için masraflar yapılmasına, zaman kaybına ve belki de bu konuda geçerli olarak kurulabilecek sözleşmeleri yapma fırsatının kaçırılmasına neden olmaktadır<sup>502</sup>. Esas itibarıyla, bu yükümlülük bilgi verme yükümlülüğünün özel bir hâli olarak değerlendirilebilir.

Müzakereler sırasında sözleşmenin konusunun imkânsız olduğu taraflarca biliniyor; ancak ifa aşamasında bu imkânsızlığın ortadan kalkacağı düşünülüyorsa, imkânsızlık sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecek ve kurulan sözleşme imkânsızlığın ortadan kalkması şartına bağlı bir şekilde geçerli olacaktır<sup>503</sup>. Ancak bunun için, her iki tarafın da durumu değerlendirebilecek konumda olması gereklidir; taraflardan sadece birinin bu şekilde düşünmesi, geçerli bir sözleşme ilişkisi kurulması için yeterli değildir. Tarafların her ikisi de imkânsızlık durumunu bilmiyor ve bilmeleri de gerekmiyorsa, bu durum sözleşmenin geçersiz şekilde kurulmasını engellemez; fakat artık burada davranış yükümlülüğüne aykırılıktan söz edilemez.

Bu kapsamda, sözleşme konusu edimin imkânsız hale gelmesinin önlenmesi de tarafların koruma yükümlülüğü içinde değerlendirilecektir. Bir başka ifadeyle, müzakereler devam ederken taraflardan birinin elinde bulunan edimi koruması ve onun imkânsız hale gelmemesi için özen göstermesi gereklidir. Aksine bir davranış,

<sup>501</sup> Başlangıçtaki imkânsızlığın unsurları için bkz. **Altunkaya**, sf. 157 vd. Yazar (bkz. sf. 244), başlangıçtaki imkânsızlık hâlinin bir *culpa in contrahendo* sorumluluğuna yol açtığını ifade etmektedir.

<sup>502</sup> **Yarg. 13. HD**, 13.11.1995, E. 1995/9375 K. 1995/9860 sayılı kararında davacının 657 s. Kanun'a tâbi bir memur olduğu ve bu nedenle ticaretle uğraşması mümkün bulunmadığından, yapılan ticarî nitelikteki sözleşmenin objektif imkânsızlık nedeniyle geçersiz olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme, davacının durumunu gizleyerek geçersizliğe sebebiyet vermiş olmasını dürüstlük kuralına aykırı bir tutum olarak nitelendirmiş ve olaya *culpa in contrahendo* kurallarıyla bakılması gerektiğini belirtmiştir ve bunu yapmayan yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Ancak daha sonra **Yargıtay HGK** 12.03.1997, E. 1996/13-850 K. 1997/186 sayılı kararında sözleşmenin hukuken geçersiz olmadığı ifade edilmiştir. Buna göre 657 s. Kanun sadece inzibatî cezalara yönelik bir yaptırım içeren nisbî emredici nitelikte bir hükümdür. Dolayısıyla, her ne kadar bu yasaya tâbi memurların ticaretle uğraşması yasak olsa da, bu durum sözleşmenin imkânsızlık sebebiyle kesin hükümsüz olması sonucunu doğurmamaktadır (anılan kararlar için bkz. [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)).

<sup>503</sup> **von Tuhr**, sf. 254; **Oğuzman/Öz**, sf. 77; **Altunkaya**, sf. 246.

koruma yükümlülüğüne aykırı olarak değerlendirilecek ve sorumluluğun doğmasına sebep olacaktır.

### **B. Sebepsiz ve Zamansız Şekilde Müzakerelere Son Vermemek**

Yukarıda ele alındığı gibi, taraflar müzakere edecekleri yönünde sözleşmesel bir taahhüt altına girmiş olabilirler. Ancak böyle bir taahhüt özel olarak mevcut olmasa bile, tarafların dürüstlük kuralı çerçevesinde müzakereleri sürdürme ve bunlara sebepsiz ve zamansız bir şekilde son vermeme yönünde bir yükümlülükleri olduğu söylenebilecek midir?

Tarafların müzakere yükümlülüğü ile dürüstlük kuralına uygun müzakere etme yükümlülüğü bazı yazarlarca birbirinden ayrılmaktadır<sup>504</sup>. Buna göre, her ne kadar tarafların müzakereye başladıklarında bunu mutlaka bir sözleşmeyle sonlandırmak mecburiyetleri olmasa da, bir kere müzakereler başladıktan sonra bunu dürüstlük kuralına uygun, iyiniyetli bir şekilde yürütmek mecburiyetleri vardır. Özellikle bir müzakere metninin hazırlanmasıyla birlikte, sistemin temeli olan sözleşme özgürlüğü prensibi kısıtlanmış bulunmaktadır. Böyle bir metnin kaleme alınması neticesinde taraflar artık eskisi kadar rahat hareket edemeyecek ve müzakerelere son verme konusunda o kadar rahat davranamayacaklar ve bazı durumlarda müzakerelere son vermiş olmak sorumluluklarının doğmasına yol açabilecektir. Dürüstlük kuralı, müzakerelerdeki özgürlüğün sınırlandırılmasına ve bu bağlamda tarafların müzakerelere son verme özgürlüğünün de kısıtlanmasına yol açmaktadır<sup>505</sup>. Bu durum, tarafların müzakerelere uygun olmayan bir zamanda ve geçerli bir sebep olmadan son verememeleri şeklinde kendini gösterecektir.

Buna karşın bir başka görüş ise, dürüstlük kuralının tarafların sözleşmeyi kurup kurmama konusundaki serbestilerini kısıtlamadığını ve MK md. 2/f. 1 hükmünün taraflara müzakerelere son verme hususunda herhangi bir yasaklama getirmediğini

<sup>504</sup> Brigitte **Lefebvre**, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, 1997, sf. 115 ve 116 (**Péloquin/Assié**, sf. 185'den naklen); Marcel **Fontaine**, "Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux", *Droit et Pratique du Commerce International, Les Nouvelles conventions, européenne et communautaire en matière de brevets*, Masson, t. 3, 1997 (**Péloquin/Assié**, sf. 185'den naklen).

<sup>505</sup> **Péloquin/Assié**, sf. 179. Bu noktada yazarlar, bir niyet mektubunun düzenlenmiş olması halinde tarafların bir sorumluluğa yol açmadan müzakereleri sona erdirmek için ileri sürebilecekleri sebeplerin kısıtlanacağını, bu sürecin başlangıcında kabul edilebilecek davranışların bundan sonra yaptırımla karşılaşılabileceğini ve ilk başta bir özen borcu olarak algılanan borçların süreç içerisinde giderek neredeyse bir sonuç borcu haline geldiklerini belirtmektedir. Bkz. **Péloquin/Assié**, sf. 186. Yazarlar niyet mektubunu hem müzakere aşaması hem de asıl sözleşmenin içeriği ile ilgili hükümler ihtiva eden karma bir metin olarak ele almaktadır.



ileri sürmektedir. Yukarıdaki görüşün aksine, bu görüş çerçevesinde sözleşmeyi kurma niyeti olmayan tarafın müzakerelere derhal son verme yönünde bir yükümlülüğü doğmaktadır<sup>506</sup>.

Esas itibariyle, bir sözleşme kurma amacıyla müzakerelere başlamak taraflara bunu mutlaka sonuçlandırmak borcu yüklediğine göre, burada bir sonucun elde edilmesi borcu değil ama belli yönde çalışma, çaba gösterme borcu söz konusu olmaktadır<sup>507</sup>. Zaten sözleşmenin kurulmasına yönelik olarak bir sonucun taahhüt edilmesi müzakere kavramının tanımı gereği de uygun değildir. Buna göre, müzakereyi yürüten kişi belli bir sonuca ulaşmak için - ki bu sonuç burada hedeflenen sözleşmenin kurulmasıdır -, mâkul ve tedbirli bir kişinin gösterebileceği tüm gayret ve özeni göstermeli ve her imkânı kullanmalı; kısacası müzakere sürecinin sonunda bir sözleşmenin kurulabilmesi için yapıcı bir şekilde karşı tarafla işbirliğinde bulunmalıdır<sup>508</sup>. Bu yapıcı işbirliği kapsamına ise herşeyden önce sözleşmenin kurulması ile ilgili olarak kişinin taşıdığı gerçek niyetin açık bir şekilde karşı tarafa iletilmesi girmektedir. Eğer bir kişinin gerçekte sözleşme kurma niyeti yoksa, müzakerelere hiç başlamamalı<sup>509</sup>; müzakereler kapsamında elde edeceği sonuçlardan tatmin olmayacağını anlar ve sözleşmeyi kurmaktan vazgeçerse, bunu

<sup>506</sup> **Schönle**, sf. 196; **Tercier**, *Culpa in Contrahendo*, sf. 229; **Rouiller**, *Devoirs Précontractuels*, sf. 2; **Erman**, Beiträge zur Haftung für das Verhalten bei Vertragsverhandlungen, ACP 139, sf. 277 (**Adal**, sf. 29'dan naklen).

<sup>507</sup> **Péloquin/Assié**, sf. 185; **Starck/Roland/Boyer**, sf. 130.

<sup>508</sup> **Péloquin/Assié**, sf. 188; **Jourdain**, sf. 129.

<sup>509</sup> **Tercier**, *Culpa in Contrahendo*, sf. 228; **Yavuz**, sf. 78. Bu yönde İsviçre Federal Mahkemesi'nin **Karafakih** tarafından çevirisi yapılan bir kararı için bkz. İsmail Hakkı **Karafakih**, "Federal Mahkeme Kararları: Birinci Hukuk Dairesi 6.6.1951, Müzakere suçu – culpa in contrahendo", ABD, Yıl: 1953 S:1, sf. 166.

Bir sözleşme kurma niyeti olmamasına rağmen sözleşme müzakerelerine başlanması, kötünietli bir şekilde, rakip olan karşı tarafın üçüncü kişilerle temasa geçmesini ve bir sözleşme kurmasını engellemek amacıyla yapılabileceği gibi, sadece belli bir konudaki meslekî merakı gidermek, örneğin hedeflenen sözleşmenin konusuyla ilgili bilgi edinmek amacıyla da gerçekleştirilebilir. Birinci halde kötünietli tarafın davranışı BK md. 41/f. 2 hükmü çerçevesinde değerlendirilebilir. Bkz. **Rouiller**, *Devoirs Précontractuels*, sf. 2; **Adal**, sf. 75.

**Yargıtay 3. HD**, 15.9.1997, E. 1997/6603 K. 1997/8864 sayılı kararında, tarafların müzakere ilişkisi kapsamında uymaları gereken dürüstlük kuralı gereğince sözleşmenin yapılması hususunda ciddi bir niyetle müzakereye katılmaları gerektiğini belirtmiştir. Karara konu olayda, Sosyal Sigortalar Kurumu'na ait bir dükkanın kiralınması için ihaleye katılan davalı, bu ihaleyi kazanmasına rağmen gerekli teminatı yatırıp kira sözleşmesini kurmak için yapılan çağrılara cevap vermemiş ve sözleşmeyi kurmaktan kaçınmıştır. Yargıtay, kira sözleşmesini kurmamaya kararlı olarak müzakereye girişen ve teklifte bulunan davalının bu tutumunu dürüstlük kuralına aykırı davranış olarak nitelendirmiş ve davacı İdare'nin sözleşmenin kurulmamasından dolayı uğradığı zararlarının tazmin edilmesi gerektiğine karar vermiştir (karar metni için bkz. www.kazanci.com.tr).

derhal müzakerenin karşı tarafına bildirmelidir<sup>510</sup>. İşte bu bildirim yükümlülüğü yerine getirilmediği takdirde, sözleşmeyi kurmaktan vazgeçmiş olan taraf diğer tarafı oyalayarak onun gereksiz ve amaçsız bir şekilde zaman ve para kaybetmesine, hatta belki başka fırsatları kaçırmaya sebep olacaktır. Dolayısıyla esas olarak müzakerelerin sona erdirilmiş olması değil, tam tersine amaçsız bir şekilde sürdürülmüş olması kusurlu bir hareket olarak kabul edilmeli ve sorumluluğun sebebini oluşturmalıdır. Bu anlamda, zamansız şekilde müzakereye son vermek yükümlülüğündeki “zamansızlık” unsuru müzakerelere geç son vermek şeklinde kendini gösterecektir<sup>511</sup>.

Bunun dışında kanaatimizce, taraflar özen yükümlülüklerine uygun davrandıkları ölçüde her zaman için müzakerelere son verebilecek ve bu konuda özgürlüklerinin kısıtlanacağından bahsedilmeyecektir<sup>512</sup>. Tarafların müzakereyi sona erdirmek için herhangi bir özel sebep göstermesi de aranmamalı ve müzakerelerin

<sup>510</sup> Bir Fransız Cour de Cassation kararı bu açıdan iyi bir örnek teşkil etmektedir: Stuck isimli bir şirketin pay sahipleri olan X ve Y bu hisselerin devri için Alain Manoukian şirketiyle görüşmeler yapmaktadır. Bu görüşmeler neticesinde bir prensip anlaşması imzalanmış ve sadece bazı noktalarda anlaşma sağlanamamıştır. X ve Y bu prensip anlaşması imzalandıktan aynı konuda müzakerelerde buldukları Les Complices isimli başka bir şirketle hisselerin devrine yönelik olarak bir satış vaadi yapmışlar fakat bu durumdan Alain Manoukian'ı ancak 14 gün sonra haberdar etmişlerdir. Mahkeme, karşı taraf herşeyin yolunda gittiğini düşünür ve bir sözleşme kurulacağını zannederken, müzakerelerin bir neticeye varmayacağını bile bile müzakereye devam eden X ve Y'nin açık bir şekilde karşı tarafı aldattığına hükmetmiştir. Kararda kullanılan ifadeye göre müzakereler tek taraflı olarak ve kötü niyetle kesilmiş olduğu için sorumluluk ortaya çıkmaktadır ama esas itibarıyla burada da bilgi verme yükümlülüğüne bir aykırılık olduğu açıktır.

Cass. Com. 26.11.2003, Alain Manoukian c/csts Wajsfisz& “Les Complices” (Kararın değerlendirilmesi için bkz. **Rouiller**, *JdT*, sf. 172 dpn. 18; karar metni için bkz. [http://www.lexinter.net/JPTXT4/JP2005/repture\\_fautive\\_de\\_pourparlers.htm](http://www.lexinter.net/JPTXT4/JP2005/repture_fautive_de_pourparlers.htm)).

<sup>511</sup> **Rouiller**, *Devoirs Précontractuels*, sf. 2. **Jourdain**, sf. 128'de müzakereler uzadıkça tarafların sözleşmenin kurulması yönündeki beklentilerinin de buna orantılı bir şekilde arttığını ve bu nedenle müzakerelere ne kadar geç son verilirse, bu son vermenin hatalı olduğuna dair inancın o kadar kolay uyanacağını ifade etmektedir.

<sup>512</sup> **Eren**, sf. 1085; **Piotet** de tarafların usulüne uygun şekilde davrandıkları müddetçe diledikleri zaman müzakerelere son verme özgürlüğüne sahip olduğu görüşündedir. Bkz. **Piotet**, *SJZ*, sf. 229. **Terré/Simler/Lequette** sf. 186'da, sözleşme özgürlüğü kapsamında tarafların daha iyi teklif getiren kişiyle sözleşmeyi kurma hakkına sahip olduğunu, bunun sonucu olarak da bu kadar iyi olmayan teklifin sahibiyle yürütülen müzakerenin sona erdirileceğini ifade etmekte, bununla birlikte tarafların bu haklarını amacını aşar şekilde kullanmamaları gerektiğini de belirtmektedir. **Starck/Roland/Boyer**, sf. 718'de, tarafların henüz netlik kazanmayan tekliflerinin değerlendirildiği bir dönemde müzakerelerin amacını aşan bir şekilde kesilmiş olacağından bahsedilemeyeceği; bununla beraber, tarafların sözleşme sürecinde ciddi bir yol aldıktan sonra görüşmelere birden son verilmesinin kınanacağı görüşündedirler. **Saleilles** sf. 700'de, her iki tarafın da müzakerelerin kesintiye uğraması ihtimaline karşı hazırlıklı olması gerektiğini, çünkü her ikisinin de müzakerelerden çekilmek için mutlak bir özgürlük içinde olduğunu ifade etmektedir; **von Tuhr**'a göre bir kimse müzakereleri kesmek ve bu şekilde karşı tarafın bir zararına sebep olmak kasdıyla müzakerelere başlamış olsa bile, dilediği zaman ve hiçbir sebep göstermeden müzakereleri sona erdime hakkı vardır. Bkz. **von Tuhr**, sf. 188. **Jourdain** de, tarafların müzakereleri kesme konusunda tam bir özgürlüğe sahip olduklarını, ancak bu kesintinin hangi şartlar altında gerçekleştiğinin tarafların kötü niyeti hususunda bir gösterge olacağını belirtmektedir. Bkz. **Jourdain**, sf. 128.

istedikleri yönde sonuçlanmayacağına kanaat getirmeleri son vermek için yeterli sayılmalıdır. İsviçre Federal Mahkemesi de yukarıda anılan kararlarında açıkça tarafların hiçbir sebep göstermeden müzakereleri sona erdirebileceğini ifade etmiştir<sup>513</sup>. Esas olarak müzakereler, tarafların belli bir uzlaşmaya varma yönündeki çalışmasını ifade ettiğine göre, bu uzlaşmanın elde edilemeyeceği düşüncesinin ortaya çıkması, müzakereye son vermek için zaten başlı başına yeterli bir sebep olarak kabul edilmelidir. Taraflar sonsuza kadar müzakere etmekle yükümlü kılınamayacaklarına göre, belli bir sürenin sonunda bir uzlaşmaya varılamadığı takdirde müzakereleri sona erdirmek istemeleri olağan karşılanmalıdır. Sabrı tükenen ve bir uzlaşmaya varılacağı yönündeki inancını kaybeden tarafın müzakerelere son vermek istemesi dürüstlük kuralına aykırı sayılmamalıdır.

Tekrar edelim ki, tarafların sorumluluğunun doğmasına sebep olan olay müzakerelere son vermek değildir. Böyle bir nedenden dolayı sorumluluğun kabul edilmesi hem sözleşme özgürlüğüne aykırı bir hâl yaratır hem de taraflar arasındaki ilişkiyi çekilmez bir hale sokabilir<sup>514</sup>. Sorumluluğun sebebi, tarafların genel olarak sadakat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak müzakerelere son vermesinde aranmalıdır. Bu nedenle sözleşme öncesinde bir yükümlülük olarak sebepsiz ve zamansız şekilde müzakerelere son vermek yerine, ciddi ve gerçek niyete uygun şekilde müzakerede bulunmak yükümlülüğünden<sup>515</sup> bahsetmek daha doğru olacaktır. Esas itibariyle bu yükümlülük de, yukarıda anılan sadakat ve özen yükümlülüklerinin bir yansımasını oluşturmaktadır.

#### **§4. Sözleşme Öncesi Yükümlülüklerle Aykırı Davranışın Klasik Yaptırımı: *Culpa in Contrahendo* Sorumluluk**

##### **I. Genel Olarak *Culpa in Contrahendo* Sorumluluk**

*Culpa in contrahendo* sorumluluğun ortaya çıkışı yukarıda ele alınmıştır. Bu bölümde ise bu sorumluluğun unsurları incelenecek ve günümüzdeki uygulaması tespit edilmeye çalışılacaktır.

<sup>513</sup> Aynı yönde Eren, sf. 1085; Yavuz, sf. 74.

<sup>514</sup> Ulusan, sf. 298 dpn. 60; Yılmaz, sf. 241; Yalman, sf. 90; aynı yönde Yavuz, sf. 74.

<sup>515</sup> Tercier, *Culpa in Contrahendo*, sf. 228; Oğuzman/Öz, sf. 68; Yarg. 3 HD 15.9.1997, E. 1997/6603 K. 1997/8864 (karar metni için bkz. [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)).

Sözleşme müzakereleri esnasında taraflardan veya onun yardımcılarında biri karşı tarafa bir zarar verecek olursa sözleşme öncesi sorumluluk ya da *culpa in contrahendo* sorumluluğu ortaya çıkacaktır.

*Culpa in contrahendo* bir kimsenin sözleşme kurulurken işlediği kusur manasına gelmektedir<sup>516</sup>. Bu kusurdan doğan bir sorumluluktan bahsedebilmek için ilk ve temel şart iki tarafın bir sözleşme kurma amacıyla bir araya gelerek müzakerelere başlamış olmasıdır. Bundan sonrasında ise bu taraflardan birinin bir kusurlu davranışta bulunması (*culpa*), bir başka ifadeyle müzakere döneminde kendisinden beklenen bazı yükümlülükleri kusuruyla ihlâl etmesi gereklidir.

*Culpa in contrahendo* sorumluluğunun temelinde esas olarak dürüstlük kuralı yer almaktadır<sup>517</sup>. Bir sözleşme kurmaya giden yolda müzakere eden taraflar, birbirlerine karşı dürüst davranmak ve sözleşmeyi kurmak için ellerinden geleni yaparak, belli bir özen göstermek mecburiyetindedirler. Bu özen Jhering tarafından “*diligentia in contrahendo*” olarak adlandırılmaktadır<sup>518</sup>. Gereken özeni göstermeyerek sözleşme müzakerelerinde dürüstlük kuralına uygun davranmayan kimse, bu davranışının neticesinde ortaya çıkan zararı da karşılamak zorunda kalacaktır.

Sözleşme öncesi dönemde tarafların sorumluluğunun tespit edilmesiyle ilgili gözden kaçırılmaması gereken en önemli prensip, yine sözleşme özgürlüğü ve özellikle bu özgürlüğün bir görünümü olan sözleşmeyi kurmama serbestisidir. Bu kapsamda taraflar müzakereler neticesinde sözleşmeyi kurmama tercihlerini kullanmakta özgürdürler ve bu nedenle de sözleşmenin kurulmaması neticesini doğuran her olayda sorumlu tutulmamaları gereklidir. Aksi halde sözleşme kurmama özgürlüğü kavramı anlamsız kalmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, bir işe başvuran adayın, henüz müzakereleri süren hizmet sözleşmesi kurulmadan, mevcut işinden ayrılmış olmasının riskini kendisinin üstlenmesi gerektiğini belirtmiş ve müzakerelerin kesilmesi durumunda *culpa in contrahendo* sorumluluğuna ancak

<sup>516</sup> Türk Hukuku’nda *culpa in contrahendo* kavramının karşılığı olarak çeşitli ifadelerle rastlamak mümkündür. Örnek olarak, akit öncesi kusurlu davranışlar (**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sf. 975), görüşme esnasındaki kusur veya görüşme kusuru (**Eren**, sf. 1084), akdin müzakeresinde kusurlu davranış (**Oğuzman/Öz**, sf. 321), sözleşme görüşmelerinde kusur (**Yılmaz**, sf. 235) sayılabilir.

<sup>517</sup> **Yalman**, sf. 87; **Eren**, sf. 1083; **Yılmaz**, sf. 234.

<sup>518</sup> **Jhering**, sf. 40.

istisnaî şartlarda başvurulması gerektiğini ifade etmiştir<sup>519</sup>. Bu kapsamda, başlamış olan müzakereler nedeniyle, karşı tarafın kurulması hedeflenen sözleşmeye yönelik bazı yatırımlarda bulunmuş olması, müzakereleri olumlu bir şekilde neticelendirmek için daha fazla çaba sarfetme ya da karşı tarafa sözleşmenin henüz kurulmamış olduğunu hatırlatmak gibi yükümlülükler doğurmayacaktır<sup>520</sup>.

Sözleşmenin kurulması için yürütülen müzakere dönemi Borçlar Kanunu'nda genel olarak düzenlenmiş değildir. Fakat Kanun'da sözleşme öncesi dönemdeki bazı hallerin münferit olarak bir düzenlemeye tâbi tutulduğu görülmektedir. Bunlar arasında BK md. 3 – 9 arasında yer alan icap ve kabul beyanlarıyla ilgili hükümler, BK md. 23 vd. düzenlenen irade fesadı ile ilgili hükümler, yetkisiz temsilcinin sözleşmenin kurulmaması yüzünden karşı tarafın uğradığı zarardan sorumluluğuna ilişkin BK md. 38 vd. hükümleri ile Medeni Kanun'da yer alan vesayet altındaki kimsenin kendisini tam ehliyet sahibi gibi gösterdiği hale ilişkin hükümler (MK md. 452/f. 2) sayılabilir<sup>521</sup>. Biz çalışmamızın amacı gereği bu bahisleri kapsam dışında bırakıyoruz. Bu çalışma kapsamında esas olarak ilgilendiğimiz husus, kanunda özel bir düzenlemesi bulunmayan müzakerelerin akim kalması neticesinde sözleşmenin kurulmadığı durumda ortaya çıkan sorumluluk olacaktır.

## II. Sorumluluğun Unsurları

Bir sorumluluktan bahsedebilmek için tabîi olarak bazı unsurların varlığı gerekmektedir. Sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta bu unsurlar borca aykırılık, zarar, borca aykırılık ile zarar arasında illiyet bağı ve kusur; haksız fiil sorumluluğunda da hukuka aykırı fiil, zarar, fiil ile zarar arasında illiyet bağı ve kusurdur.

*Culpa in contrahendo* sorumluluğunda ise bu unsurlar davranış yükümlülüklerine aykırılık, zarar, ikisi arasındaki illiyet bağı ve kusur olarak ortaya çıkmaktadır. Burada davranış yükümlülüklerine aykırılık, diğer iki sorumluluk türündeki “borca aykırılık” ve “hukuka aykırılık” unsurlarına tekabül etmektedir.

<sup>519</sup> TF 17.11.2005, 4C.247/2005. Bkz. yukarıda dpn. 459 ve dpn. 482.

<sup>520</sup> Rouiller, *JdT*, sf. 169. Federal Mahkeme'nin 29.10.2001, 4C. 152/2001 kararı da aynı yöndedir.

*Ergüne*, burada getirilen kurala, bir istisna tanınmakta olduğunu ifade etmektedir. Buna göre, eğer taraflardan biri, ancak sözleşmenin kurulmasıyla anlam kazanacak bazı yatırımlar yapmayı planlamış ve müzakere ilişkisi kapsamında uyandırılan güven nedeniyle bunları hayata geçirmeye başlamışsa, bu durumdan haberdar olan karşı taraf, dürüstlük kuralı gereğince, sözleşme yapma yönündeki iradesinin henüz kesin olarak oluşmadığını bildirmek yükümlülüğü altına girecektir. Bkz. *Ergüne*, sf. 222, dpn. 258.

<sup>521</sup> Bu sorumluluk halleriyle ilgili olarak bkz. *Yalman*, 39 vd.; *Eren*, sf. 1088 vd.; *Yılmaz*, sf. 240.

## A. Davranış Yükümlülüklerine Aykırılık

### 1. Taraflarca Düzenlenen Yükümlülüklerle Aykırılık

Yukarıda ele alındığı gibi, taraflar müzakere sürecine yönelik olarak bazı özel yükümlülükler öngörebilir. Genellikle bir müzakere sözleşmesi kapsamında düzenlenen bu yükümlülükler bir sonuç borcu doğurmaya yönelmiştir. Bunlar arasında yer alan müzakere etme yükümlülüğü bile, müzakereleri başlatma borcu açısından bir sonuç borcu görünümündedir. Bunun yanı sıra sır saklama borcu, paralel müzakerelerde bulunmama borcu gibi borçlar da birer sonuç borcu yaratmaktadır. Bundan anlaşılması gereken, tarafların somut olarak burada hedeflenen borcu yerine getirmeleridir. Bir kişinin sadece bu sonuca ulaşmak için elinden geleni yapması ve gereken özeni göstermesi yeterli değildir; çünkü verilen taahhüt belli bir sonucun elde edilmesine yöneliktir.

### 2. Dürüstlük Kuralından Kaynaklanan Yükümlülüklerle Aykırılık

Tarafların özel düzenleme ile getirdikleri yükümlülüklerin yanı sıra, bir de dürüstlük kuralından kaynaklanan yükümlülükleri mevcuttur. Her ne kadar, özel düzenlemeye konu olan bazı haller, esas itibarıyla temelini dürüstlük kuralından alsada, bunlar bir kere özel düzenlemeye konu olduktan sonra, artık bir müzakere sözleşmesinden kaynaklanan borç olarak varlık kazanacaklardır.

Dürüstlük kuralından kaynaklanan yükümlülüklerin, bir sonuç borcundan ziyade, belli yönde çalışma borcu niteliğinde olduğu ve genel olarak bir özen yükümlülüğü karakteri taşıdığı görülmektedir<sup>522</sup>. Bu nedenle tarafların bu yükümlülüklerle uygun davranmak için ellerinden geleni yapması, gereken tüm önlemleri alması, kısacası bu yükümlülükleri en yüksek ölçüdeki iç özenle<sup>523</sup> yerine getirmesi gerekmektedir. Bunun neticesinde ise somut bir sonuca ulaşamaması önemli değildir. Bu açıdan davranış yükümlülüğünün ihlali “*objektifleştirilmiş ölçüde, makul ortalama ölçüde bir sözleşme görüşmecisinin göstermesi gereken ortalama özenin altında bir özensizlik*<sup>524</sup>” ile ortaya çıkacaktır.

<sup>522</sup> **Piotet**, *Culpa*, sf. 54 – 55; ayrıca *SJZ* II, sf. 241; aynı yönde **Tercier**, *Culpa in Contrahendo*, sf. 239; **Engel**, *Traité*, sf. 187.

<sup>523</sup> Mustafa Alper **Gümüş**, *Türk – İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu*, İstanbul 2001, sf. 114.

<sup>524</sup> **Gümüş**, sf. 114.

## B. Zarar

### 1. Maddî Zarar

Zarar, hem hukukî hem de ekonomik cephesi olan ve ele alınırken her iki açıdan da değerlendirilmesi gereken bir kavramdır. İlk bakışta bu ikisinin aynı olması gerektiği düşünülse de, ekonomik açıdan uğranan her kayıp, hukukî açıdan zarar olarak değerlendirilmeyebilir. Öyle durumlar olabilir ki, bir tarafın sözleşme kurmak için yapmış olduğu masraflar, onun ticarî faaliyeti açısından gerekli gider kalemlerinden ya da onun tarafından üstlenilmesi gereken bir ticarî riskten<sup>525</sup> öte bir anlam taşımaz ve harcamalar hukuken zarar olarak nitelendirilemez. Örneğin bir reklam şirketi, portföyüne almak istediği bazı müşterileri temsilciler göndererek ziyaret eder, değişik teklifler hazırlar, değerlendirmeler yapar, bu amaçla çeşitli masraflara girer ve zamanını harcar; fakat bu çabaların sonucunda hedeflenen müşteri yine de bir başka firmayı tercih ederse, reklam şirketi belli bir kayba uğramış olmakla birlikte, tazminata konu teşkil edecek bir zararı doğmayacaktır<sup>526</sup>. Bunun yanı sıra, ekonomik olarak hesap edilen zararlar bunun telâfisini sağlayan tazminat, bazı indirim kalemlerinin varlığı halinde, her zaman bire bir denk gelmeyebilir<sup>527</sup>.

Kural olarak zarar, zarara uğrayan tarafın malvarlığının zararı meydana getiren olaydan önceki durumuyla, bu olay gerçekleşmeseydi olacağı durum arasındaki farktır. Sözleşme müzakerelerinin akamete uğraması halinde tazmin edilecek zarar, esas olarak menfî zarar olarak ifade edilmektedir<sup>528</sup>.

Jhering, *culpa in contrahendo* teorisini kurduğunda sözleşmenin geçersiz olması halinde ifaya yönelik bir talep yöneltilemeyeceğini, bu nedenle karşı tarafın uğramış olduğu menfî zararın tazmin edilmesi gerektiğini ileri sürmüştü; fakat bu

<sup>525</sup> **Cohérier**, ticarî riskin varlığının kusur, zarar ve sorumluluk kavramlarını devre dışı bıraktığını belirtmektedir, sf. 150.

<sup>526</sup> **Hatemi**, “zarar” ve “masraf” arasında harcamayı gerçekleştirenin iradesine göre bir ayırım yapmaktadır. Buna göre, yapılmasına neden olan hukuka aykırı bir fiil bulunsa bile, masraf irade ile sarfedilir; zarar ise malvarlığında irade dışı meydana gelen bir azalmadır. Bkz. Hüseyin **Hatemi**, *Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, İstanbul 1994, sf. 44.

Yukarıda anılan olayda, karşı tarafın reklam şirketini oyalayarak, çeşitli davranışlarıyla onunla sözleşme kuracağı kanaatinin uyanmasını sağladığı ya da baştan beri zaten sözleşmeyi kurmaya hiç niyetinin olmadığı haller bu örnek dışında kalan durumlardır ve tazminat yükümlülüğüne neden olurlar.

<sup>527</sup> **Ergüne**, sf. 7.

<sup>528</sup> Bu yönde **Ergüne**, sf. 222 vd.; **Tunçomağ**, sf. 214; **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 9; **Yavuz**, sf. 80; **Schlosser**, sf. 361. **Rouiller**, *Devoirs Précontractuels*, sf. 5’de menfî zarar ifadesinin teknik anlamda değil, fakat müspet zararlarla kontrast oluşturacak şekildeki bir kullanımının yerinde olacağını, çünkü kavram olarak menfî zararın çerçevesinin bazı durumlarda fazla dar kaldığını ifade etmektedir.

görüşü çeşitli eleştirilerle karşılaşmıştır. Bunun başında, yazarın, bu tip bir zararı, sırf sözleşmenin geçersiz olmasına bağlanan sonuçların, geçerli bir sözleşmeye bağlanan sonuçlardan farkı olsun diye icat etmiş olduğu eleştirisi gelmektedir<sup>529</sup>. Bunun yanı sıra yazarın, zarar ile müzakerelere son verilmesindeki kusur arasında uygun illiyet bağı olup olmadığına dikkat etmeden, fazla katı kurallara bağlamış olduğu ve bu nedenle örneğin dolaylı zararlar söz konusu olduğunda teorinin uygulanamayacağı hallerle karşılaşılabilirdiği eleştirisi de getirilmiştir<sup>530</sup>. Hatırlatalım ki, Jhering'in ortaya koyduğu şekliyle *culpa in contrahendo* teorisi müzakerelerin kesilmesi ihtimâlini ele almamaktadır. Bu teori, sadece görünürde kurulmuş, fakat aslen hükümsüz olan sözleşme ilişkileri ile ilgilenmekte ve böyle bir ilişkinin çözülmesi halinde ortaya çıkan zararların tazminini sağlamayı amaçlamaktadır. Yukarıda da bahsedilmiş olduğu üzere, **Jhering**'in bu şekilde kurmuş olduğu *culpa in contrahendo* teorisi, günümüzde akamete uğrayan sözleşme müzakerelerini dahi kapsamına alacak şekilde geliştirilmiş bulunmaktadır<sup>531</sup>.

Mevcut eleştirilere rağmen, bugün de genel olarak sözleşme öncesi sorumlulukta, tazmin edilecek zararın menfî zarar olarak tanımlandığı görülmektedir. Bu kapsamda, müzakereler esnasında kusurlu davranan kişinin, sözleşme öncesindeki davranış yükümlülüklerine uygun hareket etmiş olması halinde karşı tarafın içinde bulunacağı durumu sağlaması gerekecektir. Bu ise, sözleşmenin meydana geleceğine güvenme yüzünden diğerinin uğradığı zararı karşılama amacı güden bir tazminat olmaktadır<sup>532</sup>. Bir başka ifadeyle, menfî tazminat talep etme hakkı olan taraf, karşı taraftan kendisini sözleşme müzakereleri başlamadan önceki duruma (*status quo ante*) getirmesini istemiş olmaktadır<sup>533</sup>.

Bu amaçla, sözleşme öncesi müzakerelerin sona ermesiyle birlikte talep edilecek zararın tespiti konusunda çok dar bir yorum yapılmaması ve sözleşme öncesindeki kusurlu davranış ile illiyet bağı içerisinde olan her türlü zararın tazmin edilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>534</sup>. Buna göre, tazminatın çerçevesini bu şekilde

<sup>529</sup> Bu yönde eleştiriler ve karşı görüş için bkz. **Cohérier**, sf. 71.

<sup>530</sup> **Cohérier**, sf. 73.

<sup>531</sup> Bu konuyla ilgili olarak bkz. yukarıda § 1, II, C, 1.

<sup>532</sup> **Tunçomağ**, sf. 214; **Kuonen**, sf. 187; **Hatemi**, sf. 45; **Serozan**, *İfa*, sf. 202. **Ergüne**, bu durumun güven zararının somut bir uygulaması olduğunu belirtmektedir. Bkz. **Ergüne**, sf. 48.

<sup>533</sup> **Kutlu Sungurbey**, sf. 144, ayrıca dpn. 106'da anılan yazarlar.

<sup>534</sup> **Engel**, *Traité*, sf. 754; **Rouiller**, *Devoirs Précontractuels*, sf. 5; **Serozan**, sf. 129.

Aksi yönde bir düzenleme mevcut olmadıkça, müzakerelerdeki kusur nedeniyle meydana gelen doğrudan ya da dolaylı tüm zararların tazmin edilmesi gerektiği yönünde bkz. **Piotet**, *Culpa*, sf.



genel olarak çizmektense, somut olayda ihlâl edilen yükümlülüğe bağlı olarak meydana gelen zararın ortaya konması daha yerinde olacaktır.

Böylece örneğin, taraflardan birinin sözleşme kurmaya hiç niyeti olmamasına rağmen müzakereleri başlatması halinde, karşı tarafın zararı, bütün müzakere sürecine ait masraf ve harcamaların yanı sıra, bu nedenle kaçırılan fırsatları da kapsayacaktır. Oysa bu taraf, müzakereler başladıktan belli bir süre sonra sözleşmeyi kurmaktan vazgeçer, fakat buna rağmen müzakereye devam ederse, karşı tarafın zararının, bu niyetin ortadan kalktığı andan itibaren hesap edilmesi gerekecektir; çünkü bu ana kadar yapılan masraflar normal bir müzakere sürecinde zaten üstlenilmesi gereken harcamalardır<sup>535</sup>. Bu nedenle hangi yükümlülüğün, ne zaman ihlâl edildiğinin tespiti önem taşımaktadır.

Sözleşme ilişkisinin kurulmaması durumunda, ifası talep edilebilecek bir alacak hakkı doğmayacağı için, bu alacak hakkıyla elde edilmek istenen bir artı değeri ele geçirmek imkânı ortadan kalkmış olacaktır. İfa talep edilemiyorsa, kural olarak, ifanın gerçekleşmemesine yönelik menfaat kaybının tazmin edilmesi de talep edilemeyecektir. Bu nedenle, sözleşme ilişkisinin kurulacağına güvenen ve kurulmadığı için zarara uğrayan kişi, ifaya yönelik menfaatlerinin değil, ancak güveninin boşa çıkması nedeniyle ihlâl edilen menfaatlerinin, bir başka deyişle menfi zararının tazminini talep edebilir<sup>536</sup>. Müzakerelerin akamete uğraması nedeniyle ortaya çıkan menfi zararın kapsamına müzakereler nedeniyle ve sözleşmenin geçerli olarak kurulacağına güvenerek yapılan harcama ve masraflar, yani fiilî kayıplar (*damnum emergens*) ile karşı tarafın tutumu nedeniyle elde edilme şansı kalmayan kazançlar, bir başka ifadeyle sözleşmenin geçerli olarak kurulacağına güvenildiği için kaçırılan fırsatlar (*lucrum cessans*) girecektir. Kaçırılan fırsatların talep edilebilmesi için müzakeresi yapılan ve kesintiye uğrayan sözleşmenin, bu müzakereler olmasaydı bir başkasıyla kurulmuş olacağına kesin gözüyle bakıldığının ispat edilmesi gerekmektedir<sup>537</sup>. Kural olarak, sözleşmenin kurulmasıyla elde

---

19; Adal, sf. 8. Bu yazarlar esasen *culpa in contrahendo* sorumluluğunun haksız fiilin bir uygulaması olduğu görüşünü benimsedikleri için (bkz. ileride § 5, I, B) sözleşmesel sorumluluk alanına ait bulunan olumlu – olumsuz zarar ayırımını bu alana uygulamamakatadrlar.

<sup>535</sup> Saleilles masrafları tarafların kendi istekleri doğrultusunda gerçekleştirdiklerini belirtmekte ve bu masrafların sebebinin karşı taraf olmadığını ifade etmektedir. Bu nedenle karşı tarafın müzakerelerden çekilmesi ile yapılan masraflar arasında illiyet bağı bulunmamaktadır, sf. 700.

<sup>536</sup> Kocayusufpaşaoğlu, sf. 737.

<sup>537</sup> Schlosser, sf. 361. Tunçomağ, böyle bir halde müspet tazminatın da talep edilebileceğini ifade etmektedir. Bkz. Tunçomağ, sf. 214.

edilmesi beklenen ve borcun ifası menfaatine hizmet ettiği için bir müspet zarar kalemi olan kâr mahrumiyeti ise tazmin edilmeyecektir<sup>538</sup>.

Bununla birlikte, hakkaniyet gerektiriyorsa, istisnâî hâllerde müspet zarara da hükmedilebileceği ifade edilmektedir<sup>539</sup>. Ancak kanaatimizce, müspet tazminata hükmedilebilmesi için, en azından görünürde de olsa bir sözleşmenin kurulmuş olması gereklidir. Henüz müzakere aşamasında olan ve esas itibariyle kurulup

---

İsviçre Federal Mahkemesi çeşitli kararlarında müzakere döneminde masraf yapan tarafın, bunların riskini üstlendiğini de ifade etmekte ve müzakerelerin kesilmesi durumunda, bu masrafların *culpa in contrahendo* kapsamında talep edilebilmesi için karşı tarafın sözleşmenin kesin olarak kurulacağına dair özel bir güvence vermiş olmasını aramaktadır. Bkz. örnek olarak TF 29.4.2003, 4C.381/2002.

Yargıtay da bazı kararlarında yapılan masrafların bir zarar kalemi olarak talep edilebilmesi için özel olarak bir araştırma yapılması ve somut delillerin ortaya konmasını gerekli görmektedir. Örnek olarak bkz. **Yarg. HGK**, 22.9.1978, E. 977/15-101 K. 759 : “... Davacılar, eser sözleşmesinin kurulacağı kanısı ile ve iyiniyetle davalı idarenin davetini kabul suretiyle İzmir’e gittiklerine göre, orada mutad ihtiyaçları dışında harcama zorunda bırakıldıkları giderler, yarışma konusu olan spor tesislerinin maketini yapma hususunda yürüttükleri çalışma ve masraf tutarlarına ilişkin iddiaları yönünden delilleri sorulmalı, delil gösterdikleri takdirde bunların incelenmesinden sonra hâsıl olacak duruma göre karar verilmelidir...” (karar metni için bkz. **Karahasan**, sf. 910.).

**Yarg. 19. HD**, 1.12.2005, E. 2005/2865 K. 2005/11959 sayılı kararına konu olan olayda, otomotiv sektöründe yapılmak istenen bir bayilik sözleşmesinin görüşmeleri devam ederken, davacı bir işyeri kiralamış, gereken tadilatları ve reklam panolarını yaptırmıştır. Müzakerelerin sonuçsuz kalması üzerine uğradığı maddî ve manevî zararlarının tazminini isteyen davacının bu iddialarına karşılık davalı taraf ise, henüz bir mutabakat sağlanmış bulunmadığını, bazı öneriler götürülmekle birlikte davacıya yapmış olduğu masrafları gerektirecek talepler iletilmediğini ve kendisine herhangi bir güvence de verilmediğini ileri sürmüştür. Yargıtay “...davacının bayilik sözleşmesi yapılacağına dair kendisinde güven oluşturulmasından dolayı yaptığı harcamalar nedeni ile zarara uğrayıp uğramadığının araştırılarak, tüm deliller birlikte değerlendirilip uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi” gerektiğini ifade etmiş ve yerel mahkeme kararını bozmuştur. (karar metni için bkz. [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)).

<sup>538</sup> **Rouiller**, *Devoirs Précontractuels*, sf. 5; **Péloquin/Assié**, 191; **Kuonen**, sf. 187; **Serozan**, *İfa*, sf. 203.

Bununla birlikte Hollanda’da yüksek mahkeme, tarafların haklı olarak bir sözleşmenin kurulmasını bekleyecekleri derecede ilerlemiş müzakerelerin kesilmesi neticesinde, sözleşme kurulmuş olsaydı elde edilecek olan kârın da tazmin edileceğine hükmetmiştir. 18.06.1982, Hoge Raad der Nederlanden, Neth., 1983 NJ no. 723 (Karar için bkz. **Farnsworth**, sf. 667.).

Fransız Hukuku’nda, kural olarak sadece müzakere masrafları talep edilebilir. Sözleşmeyi kurma fırsatının kaçırılmasının bir tazminata vücut verip vermeyeceği sorusu ise, genellikle olumsuz cevaplanmakla birlikte, farklı kararlar da mevcuttur. Bu görüş ve kararlar için bkz. **Terré/Simler/Lequette**, sf. 188 ve dpn.1.

**Jourdain**, kurulması beklenen sözleşmeden elde edilmesi düşünülen kârın, varsayımsal niteliği itibariyle tazmin edilemeyeceğini; fakat müzakere edilen sözleşmeyi ya da üçüncü kişilerle kurulabilecek diğer sözleşmeleri kurma fırsatının kaçırılmış olmasının tazminata yol açabileceğini belirtmektedir. Bkz. **Jourdain**, sf. 130. **Saleilles** ise, sözleşme kurma fırsatının kaçırılması meselesiyle ilgili olarak, henüz ortaya çıkmış bir hukukî değer mevcut olmadığını belirtmekte ve bu nedenle tazminatı kabul etmemektedir. Bkz. **Saleilles**, sf. 723. Yazara göre, müzakereleri kesen taraf, bu davranışıyla fırsatın kaçmasına sebep olmuş olabilir; fakat mevcut bir değeri yok etmiş değildir.

<sup>539</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 9; **Yavuz**, sf. 80.

kurulmayacağı dahi kesin bir şekilde belli olmayan bir sözleşmeye ait müzakerelerin kesilmesi hâlinde ise, ifa menfaatine yönelik müspet tazminata yer olamayacaktır.

Bu noktada, bir hususun altını çizmekte fayda olacağı kanaatindeyiz. Müzakerelerin kesilmesi neticesinde uğranılan zararı belirlerken, bu kapsama giren zarar kalemleri ile; müzakereler esnasındaki bir kusurlu hareket neticesinde, kurulmuş olan sözleşmenin hükümsüz hale gelmesi ihtimâlinde tazmini gereken zarar kalemleri arasında farklılık görülebilir. Bunun nedeni ise, müzakerelerin kesilmesi suretiyle aradaki ilişkiye son verildiğinde, henüz ortada görünürde dahi olsa kurulmuş bir sözleşme bulunmamasıdır. Dolayısıyla, bir sözleşmenin kurulduğuna güvenerek yapılan bazı harcama ve masraflardan da bahsedilemeyecektir. Oysa, örneğin, yetkisiz bir temsilci aracılığıyla kurulan sözleşmeye, sözde temsil olunan kişi icazet vermezse, o ana kadar askıda olan sözleşme baştan itibaren kesin hükümsüz hale gelecek; ancak bu arada, sözleşmenin varlığına güvenerek yapılan birtakım harcamalar olumsuz zarar kapsamında tazmin edilebilecektir. Bu nedenle, müzakerelerin kesilmesi neticesinde, örneğin, edimin yerine getirilmesi ya da edimin kabulü için yapılan masrafların giderilmesi söz konusu olmazken; geçersiz olarak kurulan ya da müzakere kapsamında işlenen bir kusur nedeniyle sonradan kesin hükümsüz hale gelen bir sözleşmenin varlığı halinde, bu tip zararların tazmini gündeme gelebilecektir<sup>540</sup>.

Sözleşme öncesi müzakerelerin akim kalması nedeniyle tazmin edilecek zarar, esas itibariyle bir saf ekonomik zarardır<sup>541</sup>. Saf ekonomik zarar, kişinin malvarlığında meydana gelen bir azalma olmakla birlikte, sadece rakamsal olarak ortaya çıkan bir zarardır. Bir başka ifadeyle, zarara uğrayan kişinin belirli bir malvarlığı ya da şahıs varlığı değeri hedef alınarak, saldırıya uğramış değildir. Buna bağlı olarak, zarar da kendisini bir kişinin ölmesi, yaralanması ya da bir eşyanın hasara uğraması şeklinde değil, sadece malvarlığında bir azalma olarak gösterir. Bu

<sup>540</sup> Yetkisiz temsil halinde talep edilebilecek zararlarla ilgili olarak özellikle bkz. **Kutlu Sungurbey**, sf. 146 vd. Bu nedenle **Baygın**'ın makalesinde sf. 363'de zikretmiş olduğu zarar kalemleri her türlü *culpa in contrahendo* durumunda değil, sadece sözleşmenin geçersiz kalmasına yol açan hallerde talep edilebilecek kalemlerdir. Müzakerelerin kesilmesi neticesini doğuran *culpa in contrahendo* durumunda bu zarar kalemlerinin büyük bir bölümü zaten hiç ortaya çıkmayacaktır. Bununla beraber, istisnaî olarak, bir *instruction to proceed*'in varlığı halinde, müzakere edilen sözleşmedeki edimin ifasıyla ilgili yapılan harcamaların talep edilmesi gündeme gelebilecektir. Bu konuda bkz. yukarıda §2, II, B.

<sup>541</sup> **Kuonen**, sf. 197'de bu şekilde bir ayırımı gitmeden, müzakereler nedeniyle uğranan zararın genel olarak her zaman bir saf ekonomik zarar olduğunu ifade etmektedir.

şekilde bir mutlak hak ihlâli olmadan, kişinin sırf parasal bir kayba uğraması saf ekonomik zarar olarak tâbir edilmektedir<sup>542</sup>.

Zararın miktarının belirlenmesinde zarara uğrayan taraf çoğunlukla zorluk çekecektir; bu nedenle BK md. 42/f. 2'nin uygulanması yerinde olacaktır<sup>543</sup>. Gerçekten de, örneğin sır saklama yükümlülüğüne aykırılık halinde, zarara uğrayan tarafın, zararın kapsam ve miktarını ispatlaması her zaman kolay değildir. Gerçekte uğranan zarar miktarı ispat edilebilen miktardan daha fazla olabilir<sup>544</sup>. Bu nedenle müzakere sözleşmelerine bir götürü tazminat hükmü ya da cezaî şart konması en uygun çözüm yolu olarak gözükmektedir. Böyle bir uygulamaya gidilmediği takdirde ise, zararın varlığı ispatlandıktan sonra, hâkime bunun miktarını takdir etme yetkisinin tanınması, bir başka ifadeyle BK md. 42/f. 2 hükmünde tanınmış imkândan faydalanılması en doğru çözüm olacaktır.

İsviçre Hukuku açısından *Schönle*, tazminatın genellikle bir miktar paradan ibaret olacağını, ancak aynen tazmin ihtimalinin prensip olarak mevcut olduğunu belirtmektedir<sup>545</sup>. Bununla birlikte kanaatimizce, sözleşme öncesi sorumluluğun yaptırımı olarak aynen tazmine hükmedilmesi mümkün gözükmemektedir. Bu bağlamda aynen tazmin, müzakereleri yarıda kalmış bir sözleşmenin hâkim kararıyla kurulmasını veya hiç değilse artık müzakerede bulunmak istemeyen tarafın buna zorlanmasını ifade edecektir. Böyle bir durumda, sözleşme öncesi davranış yükümlülüğüne aykırı davranan tarafın, bir mahkeme hükmüyle bu yükümlülüklerle uymaya zorlanabilmesi ve bu şekilde devam edilen müzakerelerden de olumlu yönde bir sonuç elde edilebilmesi bize şüpheli görünmektedir. Kaldı ki, böyle bir zorlama

<sup>542</sup> Bu tip zararlar, kural olarak, ancak bir sözleşmenin ihlâli durumunda tazmin edilebilmektedir. Kabul edilen objektif hukuka aykırılık teorisi nedeniyle, haksız fiil sorumluluğu kapsamında saf ekonomik zararların tazmini kural olarak mümkün değildir. Haksız fiil sorumluluğu kapsamında böyle bir zararın tazmin edilebilmesi, ancak bu konuda özel bir düzenlemenin öngörülmüş olması hâlinde imkân dahilinde olacaktır. Bkz. **Akçura Karaman**, sf. 224; **Ergüne**, sf. 34. **Ç. Kırca**, saf ekonomik zarar terimi yerine “saf malvarlığı zararı” terimini tercih etmektedir. Bkz. **Ç. Kırca**, sf. 9 vd. **Eren** ise bu zararı “diğer zararlar” başlığı altında incelemektedir. Bkz. **Eren**, sf. 480. Bu zararlar ilgili olarak kullanılan terminoloji için bkz. **Ç. Kırca**, sf. 9, dnp. 25.

<sup>543</sup> **Rouiller**, *Devoirs Précontractuels*, sf. 5'de Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri'nden ilham alınarak (md. 4.117/3) ticarî satımlarda uygulanan soyut hesaplama yönteminin tercih edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.

<sup>544</sup> Bu nedenle uygulamada gizlilik anlaşmalarına, bu anlaşmanın ihlâli halinde, taraflara hakkaniyet ölçüsünde bir tazminat talep etme imkanı tanınmaktadır. Fakat bu hükmün etkisinin, Kıta Avrupası ülkelerinde mahkemeler kanun tarafından belirlenen zararlar sınırlı olduğu ve bunu aşan bir karar veremeyeceği için, oldukça sınırlı kalacağı ifade edilmektedir. Devlet yargısı yerine tahkime gidilmesi halinde daha yüksek bir tazminat alınması ihtimal dahilinde olmakla beraber, buradan alınan kararların da uygulanması, tenfizî açısından başka türlü sakıncalar ortaya çıkabilecektir. Bkz. **Lake/Draetta**, sf. 254.

<sup>545</sup> **Schönle**, sf. 202.

sözleşmeler hukuku alanındaki temel prensip olan sözleşme özgürlüğüne de aykırı olacaktır. Bu nedenle, prensip olarak bu imkân varlığını korusa bile, uygulama açısından aynen tazmin esasının mümkün olmadığı kanısındayız<sup>546</sup>.

## 2. Manevî Zarar

BK md. 98/f. 2 hükmünde “*Haksız fiillerden mütevellit mes’uliyete müteallik hükümler kıyasen akde muhalif hareketlere de tatbik olunur.*” şeklinde yapılan atıf kapsamında kural olarak sözleşmeye aykırılık hükümleri çerçevesinde manevî zarar talep edilebilmesi kabul edilmektedir<sup>547</sup>. Ancak bunun için, öncelikle sözleşmeye aykırı davranıştan dolayı manevî bir zarara uğranmış olması gereklidir. Manevî zarar ise, genel bir ifadeyle, kişilik haklarına yapılan haksız bir tecavüz neticesinde duyulan üzüntü, acı ve keder olarak tarif edilebilir<sup>548</sup>. Bu açıdan bakıldığında, müzakere döneminde uğranılan bir zarar olarak manevî zararın doğduğunu kabul etmek pek kolay değildir. Bir başka ifadeyle, sözleşmenin müzakeresi aşamasında manevî zararın doğması kural olarak mümkün olmakla birlikte, böyle bir zararın karşılaşılmaması ihtimâli pek kuvvetli değildir. Müzakerelere son verme ya da müzakerede bulunmaktan kaçınma hallerinde karşı tarafın manevî bir zarara uğrayacağını söylemek ancak istisnâ hallerde mümkün olmalıdır. Örneğin A şirketi ve B şirketi arasında, basın ve kamuoyunun da takip ettiği büyük bir şirket birleşmesinde, A şirketinin son anda bu birleşmeden vazgeçerek B şirketinin rakibi bir firmayla anlaşması, B şirketinin ticarî itibarını zedeleyebilir ve bu ölçüde zarara uğramasına neden olabilir. Böyle bir durumda B şirketi müzakerelerin kesilmesi nedeniyle uğradığı maddî zararın yanı sıra, ticarî itibarı zedelendiği için manevî zararının da tazmin edilmesini talep edebilir.

<sup>546</sup> *Serozan* tazminatın aynen tazmin şeklinde olamayacağını ifade etmektedir. Bu sonucu özellikle geçersiz sözleşmeler açısından değerlendirmekte ve aksi takdirde kanunun geçersizlik hükmünün çevresinden dolanılmış olacağını belirtmektedir. Bkz. *Serozan*, sf. 128; *idem*, *İfa*, sf. 256.

Fransız Hukuku’nda *Jourdain* de, prensip olarak aynen tazmin esasına karşı çıkmaktadır. Bkz. *Jourdain*, sf. 131.

<sup>547</sup> *Eren*, sf. 1011; *Oğuzman/Öz*, sf. 344; *Yalman*, sf. 86. *Hatemi* ise sözleşmeye aykırılıktan dolayı manevî tazminat talep edebilmek için haksız fiil ve sözleşmeye aykırılık sorumluluklarının yarışması gerektiğini ileri sürmektedir. Buna göre, bir eylem sırf sözleşmeye aykırılık çerçevesinde kaldıkça manevî zarar söz konusu olmaz. Sözleşmeye aykırılığı oluşturan eylem aynı zamanda bir kişilik hakkı ihlâline de yönelmişse, bu durumda kişilik hakkı zarar gördüğü için manevî tazminat talep edilebilir. Bkz. *Hatemi*, sf. 109.

<sup>548</sup> Bu yönde bir tanım için örnek olarak bkz. *Tandoğan*, *Mes’uliyet*, sf. 330.

### C. İlliyet Bağı

*Culpa in contrahendo* sorumluluğun ortaya çıkması için sadece müzakereler esnasında bir zararın ortaya çıkmış olması yeterli değildir. Bu zarar ile onu meydana getiren davranış yükümlülüğüne aykırılık arasında bir illiyet bağı kurulması gereklidir.

Sorumluluk hukukunda illiyet bağının nasıl kurulması gerektiği ile ilgili çok sayıda görüş ve teori mevcuttur<sup>549</sup>. Bugün için Türk ve İsviçre hukuk sistemlerinde hâkim görüş<sup>550</sup> uyarınca kabul edilen uygun illiyet bağı teorisidir. Bu teori gereğince, olayların olağan akışı ve normal hayat tecrübelerine göre, bir davranışın ortaya çıkan türde bir sonuç yaratmaya elverişli bulunması durumunda mevcut sayılan illiyet bağı, uygun illiyet bağıdır.

Müzakereler sırasında taraflardan biri davranış yükümlülüklerine aykırı davranır ve bu nedenle bir sözleşme kurulamadan müzakereler sona ererse, bu durumda uygun illiyet bağı nasıl kurulacaktır? Bu kapsamda davranış yükümlülüğü ihlâlinin, olayların olağan akışı ve hayat tecrübelerine göre malvarlığında bu şekilde istem dışı bir azalmaya yol açmasının objektif olarak ihtimâl dahilinde olduğu ölçüde, ihlâl ile zarar arasında uygun illiyet bağı kurulmuş olacaktır<sup>551</sup>. Örneğin, taraflardan biri, müzakere edilen sözleşmeyi kurma konusunda ciddi tereddütleri olmasına rağmen, bu müzakereye başlayıp devam eder; karşı tarafa ise bu tereddütlerden bahsetmeyip, sözleşmeyi kuracağı yönünde ümit veren davranışlar içerisine girerse, nihaî olarak müzakerelerden çekildiğinde, onun bu davranışı ile karşı tarafın sözleşmenin kurulacak olmasına güvenmesi nedeniyle uğradığı zarar arasında bir uygun illiyet bağı kurulmuş olacaktır. Bir başka ifadeyle, bu durumda, müzakere ilişkisine hiç girilmemiş ya da bu ilişki kapsamındaki yükümlülükler aksatılmamış olsaydı zararın doğmayacağı kabul edilebilecektir.

Bu şekilde kurulacak olan illiyet bağını kesen birtakım sebepler de olabilir. Burada müzakereler *vesilesiyle* verilen zarar ile müzakereler *dolayısıyla* verilen zarar

<sup>549</sup> Bu konudaki çeşitli teorilerle ilgilili olarak bkz. **Tandoğan**, *Mes'uliyet*, sf. 74 vd.; **Eren**, sf. 489 vd.; **Oğuzman/Öz**, sf. 518 vd.; **Feyzioğlu**, sf. 504 vd.; **Engel**, *Traité*, sf. 482 vd.

<sup>550</sup> **Tandoğan**, *Mes'uliyet*, sf. 76; **Feyzioğlu**, sf. 509; **Eren**, sf. 492; **Oğuzman/Öz**, sf. 519; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sf. 573; **Yalman**, sf. 99; **Engel**, *Traité*, sf. 485; **Tercier**, *Obligations*, sf. 222 ve sf. 336; **Kuonen**, sf. 468; ayrıca bkz. **Eren**, sf. 492 dpn. 91'de anılan diğer yazarlar. Karş. **Hatemi**, sf. 49 vd.

<sup>551</sup> **Schönle**, sf. 202; **Yalman**, sf. 99.

arasında bir ayırım yapmak gerekir<sup>552</sup>. Buna göre, zarar verici davranış ile sözleşme müzakereleri arasındaki bağlantı bir rastlantı sonucu kurulmuş ise, burada müzakere vesilesiyle verilmiş bir zarar vardır ve bu zarar sözleşme öncesi sorumluluk kapsamında tazmini gereken bir zarar olarak değerlendirilmez. Örnek olarak, taraflardan biri müzakereler sırasında karşı tarafın malını çalar ya da ona hakaret ederse, burada doğan zararın müzakere süreciyle ilgisi tamamen tesadüfi olarak kabul edilecek ve genel haksız fiil sorumluluğuna tâbi olarak tazmini gerekecektir<sup>553</sup>. Buradaki illiyet bağı, hukuka aykırı ve müzakerelerden bağımsız bir fiil ile zarar arasında kurulmaktadır. Ancak, bu müzakereler esnasında taraflardan biri bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmeyerek ya da açık bir yanılgıya düşen tarafı uyarma ödevine aykırı hareket ederek, bu tarafın zarar görmesine sebep olursa, buradaki zarar müzakereler ile doğrudan bir ilgi içinde bulunmaktadır ve sözleşme öncesi sorumluluk esaslarına göre tazmin edilmelidir. Bir başka ifadeyle, bu durumda illiyet bağı bir davranış yükümlülüğüne aykırılık ile zarar arasında kurulmuş olacaktır.

#### D. Kusur

Sözleşme öncesi dönemde karşımıza çıkan sorumluluk, nitelik olarak nasıl değerlendirilirse değerlendirilsin, kusura dayalı bir sorumluluktur<sup>554</sup>. Hangi kategoride yer alırsa alsın, tarafların sözleşme öncesi dönemde uymaları gereken kuralları ve davranış yükümlülüklerini kusurlu olarak ihlâl etmeleri, onların sorumluluğunun doğmasına neden olacaktır; tarafların bu ihlâlde kusursuz olmaları

<sup>552</sup> **Yılmaz**, sf. 239. Yazar, bu ayırımı yaptıktan sonra yukarıda anılan (bkz. dpn. 134 ve 473.) Alman İmparatorluk Mahkemesi kararını eleştirmekte ve burada muşamba rulosunun düşürülmesi sonucunda müşterinin yaralanması neticesinin müzakere vesilesiyle verilmiş bir zarar olduğunu ifade etmektedir. Yazarın görüşüne göre yaralama olayı ile muşamba rulosu satımı arasındaki ilişki rastlantısaldır ve bu nedenle zarar haksız fiil sorumluluğuna dahil olmalıdır. Kanaatimizce burada müşteri ile satıcı arasında koruma yükümlülüğü doğmasına yetecek derecede bir sosyal temas gerçekleşmiş bulunmaktadır; üstelik aradaki ilişki bizzat bu muşamba rulosunun satımı ile ilgili olarak kurulmuştur. Bir başka deyişle, Yılmaz'ın da katıldığı ve sosyal temasın mutlaka bir hukukî işlem kurmaya yönelik olmasını arayan görüşün gereği de yerine gelmiş bulunmaktadır. Eğer bu müşteri başka bir nedenle orada bulunsaydı, yazarın eleştirisinin haklı bir tarafı bulunabilirdi; fakat bu durumda kanaatimizce eleştirisi yerinde değildir.

<sup>553</sup> Kanaatimizce bu tip bir davranış aradaki güven ilişkisini zedeleyici nitelikte olduğundan karşı tarafa müzakerelere son verme konusunda da haklı bir sebep vermiş olacaktır.

<sup>554</sup> **Yılmaz**, sf. 237; **Oğuzman/Öz**, sf. 323; **Eren**, sf. 1084; **Yavuz**, sf. 79; **Yalman**, sf. 101; **Hatemi**, sf. 4.

halinde ise sorumluluk doğmayacaktır. Bu nedenle, tarafların hangi tür davranışlarının kusur oluşturacağı ele alınarak değerlendirilmelidir<sup>555</sup>.

Kusur kavramının tanımı Borçlar Kanunu'nda mevcut değildir<sup>556</sup>. Doktrinde ise, haksız fiil sorumluluğu ve sözleşmesel sorumluluk hallerinde aranan kusurla ilgili farklı tanımlar yer almaktadır<sup>557</sup>. En genel ifadeyle kusur, “*hukuk düzeninin kişiye yüklediği yükümlülükleri kasden veya ihmâl ile ihlâl etmiş olmak*” şeklinde tanımlanabilir. Bu tanımda hukuk düzeni en geniş anlamıyla kabul edildiğinde, hem hukuka aykırı davranışları hem de sözleşmeden doğan borçları kapsayacaktır. Tarafların aralarında yapmış oldukları sözleşme, onların ilişkisindeki düzeni sağladığına göre, bunun, taraflar arasında nisbî bir hukuk düzeni yarattığı da söylenebilecektir<sup>558</sup>.

<sup>555</sup> **Cohérier**, Fransız müellif Planiol'e atfen kusuru mevcut bir borcun ihlâli olarak tanımlamaktadır. Bu borç taraflar arasındaki bir anlaşmadan kaynaklanabileceği gibi, böyle bir anlaşmanın yokluğunda kanundan da kaynaklanabilir. Önemli olan husus bu borcun içeriğini belirleyebilmektir. Bu görüş için bkz. **Cohérier**, sf. 145 vd. Ancak yazar Planiol'un hangi eserine atıf yaptığını belirtmemiştir.

<sup>556</sup> Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın ilk halinde md. 59'da kusurun tanımı şu şekilde verilmiştir:  
“*Kusur, bir davranışın hukuk düzenince kınanacak biçimde kasten veya ihmâl suretiyle gerçekleşmesidir.*”

*Kast, zararlı sonucun doğumunu öngörerek ve isteyerek davranmaktır.*

*İhmâl, zararlı sonucu istememekle beraber doğmaması için durumun gerektirdiği ve kendisinden beklenen özeni göstermemektir.”*

Bu tanım her ne kadar doktrinde geçerli tanımlarla genel olarak örtüşüyorsa da, bir kanun metninde bu tip tanımlara yer verilmesi doğru bulunmayarak eleştirilmiş ve Tasarı'nın daha sonraki metinlerinde isabetli bir şekilde bu tanımlara yer verilmemiştir. Bu eleştiriler için bkz. Erden **Kuntalp**/Nami **Barlas**/Ahu **Ayanoğlu Moralı**/Pelin **Çavuşoğlu Işıntan**/Mehtap **İpek**/Mert **Yaşar**/Sedef **Koç**, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul 2005, sf. 38 vd.

<sup>557</sup> Bu tanımlara örnek olarak bkz. **Tandoğan**, *Mes'uliyet*, sf. 45 ve sf. 415; **Oğuzman/Öz**, sf. 355 ve sf. 526; **Eren**, sf. 529 ve sf. 1017.

<sup>558</sup> **Serozan** bu anlamda “nisbî hukuka aykırılık” terimini kullanmaktadır. Bununla ifade edilmek istenen husus, haksız fiilden farklı olarak herkesin uyması beklenen bir norma değil, sadece borçlunun alacaklıya karşı uyması gereken bir norma aykırılığın mevcut olduğudur. Bkz. **Serozan**, sf. 110 dpn. 5a. Esas itibarıyla, taraflar arasında kurulmuş bir sözleşmenin, onların belli davranışlarda bulunmasını gerektiren, kendine has bir düzen getirdiği ölçüde tarafların hukukunu oluşturduğu söylenebilir ve bu açıdan bakıldığında sözleşmeye aykırılık da hukuka aykırılığın bir türünü oluşturur. **Ulusan** da nisbî hukuka aykırılık terimini kullanmaktadır. Bkz. **Ulusan**, sf. 297. **Kaneti** de hukuka aykırılığın iki ayrı kaynağı olduğunu ifade etmektedir (bkz. sf. 1, dpn. 2). Buna göre, hukuka aykırılık fiili işleyen ile zarara uğrayan arasında bulunan ve bir sözleşmeye veya vesa yet, vekaletsiz iş görme, başkasının şeyine zilyetlik gibi başka bir temele oturan bir hukukî ilişkiye aykırılıktan ileri gelebilir. Bu çeşit fiiller, fiili işleyen kişi belirli bir hukukî ilişki içerisinde olmadıkça hukuka aykırı sayılmadıkları için, burada “nisbî” bir hukuka aykırılık ortaya çıkar. Yazar bu çeşit hukuka aykırılığın genellikle borca aykırılık olarak adlandırıldığını belirtmektedir. Hukuka aykırılığın ikinci hâli ise, hukuka aykırı fiili işleyen ile zarar gören arasında bir hukukî ilişkiye dayanmayan ve herkes için bağlayıcı olan genel davranış kurallarına aykırılık durumudur; ki bu çeşit hukuka aykırılık BK md. 41 vd.'de düzenlenmiş bulunmaktadır.



Jhering'e göre, sözleşme kurulmadan önce sorumluluğa yol açan kusur herhangi bir kusur değil, özel bir zamanda ortaya çıkan kusurdur ve bu özel zamanda sözleşmenin müzakere aşamasıdır<sup>559</sup> (*culpa in contrahendo*). O halde, yukarıda bahsedilen kusurla ilgili genel tanımın sözleşme öncesi dönemde nasıl uygulanacağını tespit etmek gereklidir. Buna göre, bir sözleşme kurma amacıyla bir araya gelmiş taraflar arasında bu sözleşmenin kurulmasına yönelik olarak bir ortak amaç belirlenmiş olur. Bu ortak amaca ulaşılmasını engelleyecek her türlü hareket ise taraflar arasındaki davranış yükümlülüklerinin ihlâli sonucunu doğurur. Bu yükümlülükler ister tarafların müzakere sözleşmeleri kapsamında belirlemiş olduğu özel nitelikteki davranış yükümlülükleri, ister MK md. 2 kapsamında dürüstlük kuralı çerçevesinde doğmuş olan davranış yükümlülükleri olsun, bir tarafın sözleşmenin kurulmasını tehlikeye sokacak şekilde bunlara aykırı davranması, eğer kusurlu bir şekilde gerçekleşmişse, sorumluluk doğacaktır.

Buna göre yukarıda verilen kusur tanımı sözleşme müzakerelerine uyguladığımızda, taraflardan birinin “*müzakereler esnasında uyması gereken davranış yükümlülüklerini kasten veya ihmâl ile ihlâl etmiş*” olması onun kusurlu davrandığını gösterecektir.

Bu noktada sözleşme öncesi yükümlülüklerin ihlâlinde kusurun özel bir hâlinin aranmadığı söylenebilir. Bir başka ifadeyle, kusurlu davranışın sebebinin ne olduğu önem taşımaz. Kusurlu davranışta bulunan kişinin, bunu karşı tarafa zarar verme amacı ve kastıyla mı yaptığı, başka türlü elde edemeyeceği bilgilere ulaşmak amacıyla mı müzakerelerde bulunduğu ya da tamamen kötü bir organizasyon neticesinde mi bu sonucun gerçekleştiği önemli değildir<sup>560</sup>. Teknik olarak ifade etmek gerekirse, kusurlu davranış hafif bir ihmâl neticesinde gerçekleşmiş olabileceği gibi; sonuçları düşünülerek, kasten yani bu davranışın müzakerelere son vereceği ve karşı tarafı zarara uğratacağı göze alınarak ve bu sonuç istenerek dahi gerçekleştirilmiş olabilir. Ancak, kusurun bu şekildeki derecesi sorumluluğun doğması açısından bir önem arz etmeyecek ve hafif ihmâl dahi, hem BK md. 41 hem de md. 98 gereği, sorumluluğun doğması için yeterli sayılacaktır. Kusurun derecesi sadece tazminatın hesaplanması açısından önem arz edecektir<sup>561</sup>.

<sup>559</sup> Türk hukukunda aynı yönde **Oğuzman/Öz**, sf. 323; **Yılmaz**, sf. 237.

<sup>560</sup> **Tercier**, *Culpa in Contrahendo*, sf. 229.

<sup>561</sup> **Tandoğan**, *Mes'uliyet*, sf. 417; **Oğuzman/Öz**, sf. 528; **Yalman**, sf. 101; **Eren**, sf. 1021; **Yavuz**, sf. 79; **Hatemi**, sf. 4.

Sözleşme görüşmelerinin sonuçsuz kaldığı her seferde, bunun bir tarafın kusurundan kaynaklandığı ileri sürülebilir mi? Yukarıda da bahsettiğimiz şekilde, sözleşme serbestisi sınırları içinde, taraflar başlanan müzakereleri mutlaka bir sözleşmeyle neticelendirmek zorunda olmadıklarına göre, bu sorunun cevabı *a priori* olumsuzdur. Demek ki, bir tarafın açık bir şekilde dürüstlük kuralına ya da müzakere sözleşmesinde kararlaştırılan davranış biçimine aykırı hareket etmesi dışındaki bir sebepten, örneğin ekonomik şartların değişmesinden dolayı bir tarafın sözleşmeyi kurmaktan vazgeçmesi nedeniyle sözleşme görüşmelerinin sonuçsuz kalması ihtimâli her zaman mevcuttur ve müzakereye katılan taraflar, müzakerelerin kesilebileceğini hesaba katmak zorundadır<sup>562</sup>. Bu durumda kusur olmadan kural olarak sorumluluk da doğmayacağı için, görüşmelerin bu şekilde sonuçsuz kalmasıyla uğranılan bir kayıp varsa, bu kayıp tazmin edilebilecek bir zarar olarak değerlendirilmeyecektir.

#### **§5. Sözleşme Öncesi Sorumluluğa Uygulanabilecek Hükümler ve Bunların Sonuçları**

Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kişi serbest iradesiyle, özgür olarak hareket ediyor ve davranışlarının tek hâkimi olarak kabul ediliyorsa, kendisinden bunun sonuçlarına katlanması da beklenecektir. Bu anlamda sözleşme özgürlüğü kabul edildiğinde aynı zamanda sözleşme öncesi bir sorumluluğun doğacağı da kabul edilmiş olmaktadır. Buradaki mesele kendine özgü bir kanunî düzenlemesi olmayan bu sorumluluğa mevcut düzenlemelerden hangisinin ne ölçüde uygulanacağını tespit edebilmektir. Esas itibarıyla, burada bir kanun boşluğunun doldurulması eylemi söz konusu olmaktadır. Bu nedenle de hâkim önüne gelen olayda MK md. 1 gereğince bir boşluk doldurma yoluna gidecektir.

Kanunî düzenlemeye sahip olmayan *culpa in contrahendo* sorumluluğun hukukî niteliğinin ve hangi hükümlerin uygulanacağını tespit edilebilmesi amacıyla doktrinde çok sayıda görüş ileri sürülmüştür. Bu kadar çok sayıda ve değişik nitelikte görüşün bulunmasının temel sebebi sözleşme öncesi döneme ait bir sorumluluk sisteminin gerekli olduğunun kabul edilmesidir. Yazarlar, bu konuda kanunda bir

---

*Ergüne* ise, sözleşme müzakerelerinin kesilmesinde sorumluluğun doğumu için, genel ilkelerden farklı olarak kusurun belli bir ağırlıkta olması gerektiğini; ancak bunun mutlaka kast derecesinde olmasına gerek bulunmadığını belirtmektedir. Bkz. *Ergüne*, sf. 223, dpn. 264. Kanaatimizce, açıklamalarımız doğrultusunda, sorumluluğun doğumu açısından kusurun özel bir zamanda işlenmesi önem arz etmekte, fakat özel bir ağırlıkta olması gereği bulunmamaktadır.

<sup>562</sup> **Yavuz**, sf. 74.

düzenleme olmayınca, boşluğu doldurmak için kendilerince hakkaniyete en uygun şekilde bir çözüm getirme çabası içine girmişlerdir.

Bu hususta hukuk sistemleri farklı sonuçlar benimsemiş olsalar da, temelde uygulanması düşünülecek iki tip sorumluluk söz konusu olmaktadır: Sözleşmeye aykırılık ya da haksız fiil sorumluluğu.

Sözleşme öncesinde tarafların sorumluluğu hususunda son yıllarda ileri sürülen bir başka kurum ise güvene dayalı sorumluluk ya da yaratılan güvenden kaynaklanan sorumluluk (*Vertrauenshaftung, responsabilité fondée sur la confiance*) olarak ifade edilmektedir. Güvene dayalı sorumluluk, esas itibarıyla, bir kişide sözleşme dışı olarak yaratılan haklı güvenin korunması prensibine dayanmaktadır. Bu haklı güveni kendi davranışıyla yaratmış olan kişi, güven duyan kişinin bu algılamasından kaynaklanan menfaatini korumakla yükümlüdür. Duruma göre, ya bu algılamaya uygun davranmak ya da tazminat ödemek zorunda kalacaktır. Bu sorumluluğun uygulanması için gereken birinci şart, özel bir kişisel ilişkinin (*Sonderverbindung*) varlığıdır<sup>563</sup>. Bir başka ifadeyle, alelâde bir temas yeterli sayılmayacaktır. Bunun yanı sıra, objektif olarak, yaratılan güven olgusunun haklı bir sebebi bulunması gerekmektedir<sup>564</sup>. Güvenen kişinin, bu güveninin hukuken himaye görebilmesi için, böyle bir duyguya kapılmasını haklı gösterecek geçerli sebepler mevcut olmalıdır. İsviçre doktrin ve içtihatları sözleşme öncesinde müzakere ilişkisine giren kişiler arasında böyle bir ilişkinin oluştuğunu kabul etmektedir. Bu şekilde özel bir güven ilişkisini davranışlarıyla oluşturan taraf, aynı zamanda bu davranışıyla karşı tarafta meşru bir beklentinin doğmasına sebep olmakta, akabinde ise bu meşru beklentiye boşa çıkararak karşı tarafın zarara uğramasına sebebiyet vermektedir. Doğru olmadığı halde, bir sözleşme kurma amacıyla müzakere etme isteğini ortaya koyan bir kişinin, buna haklı olarak güvenip, sözleşmenin kurulacağı inancıyla birtakım harcamalar yapan diğer tarafın zararını karşılamakla yükümlü olması tabiidir. Neticede karşı tarafı bu şekilde davranmaya iten sebep, kendi davranışıdır. Bu anlamda, İsviçre Federal Mahkemesi'nin yeni tarihli bir kararında<sup>565</sup> da açıkça ifade edildiği gibi, *culpa in contrahendo* sorumluluğu, güvene dayalı sorumluluğun bir görünüm biçimini oluşturmaktadır<sup>566</sup>.

<sup>563</sup> Oğuztürk, sf. 170.

<sup>564</sup> Altop, sf. 88; Gürpınar, sf. 220.

<sup>565</sup> ATF 134 III 390.

<sup>566</sup> Aynı yönde Gürpınar, sf. 211; Kırca, sf. 137.

Bu kavram son dönemde, İsviçre Federal Mahkemesi'nin 1994 yılında verdiği ve “*Swissair kararı*” olarak bilinen bir kararla<sup>567</sup> önem kazanmış ve 1995 yılındaki “*Grossen kararı*”<sup>568</sup> ile de Federal Mahkeme bu konudaki yaklaşımını pekiştirmiştir. Federal Mahkeme birbirinden tamamen farklı iki olayda güvene dayalı sorumluluk prensibinden bahsetmekle yeni bir tartışmayı da başlatmıştır: Bu prensip yeni ve dördüncü bir sorumluluk kaynağı mıdır? Yoksa *culpa in contrahendo* sorumluluğu da kapsayan, ondan daha geniş bir üçüncü kaynak mıdır? Ya da bazı yazarların da öne sürdüğü gibi, esasen mevcut bir düzene verilmiş yeni bir ad mıdır? Kimi yazarlar<sup>569</sup> tarafından “*hukuk bahçesinde açan bir gül*” olarak nitelendirilen bu kavram, temel olarak MK md. 2'ye dayanmakta ve özellikle üçlü ilişkilerde önem kazanmaktadır<sup>570</sup>. İki taraf arasındaki ilişkide *culpa in contrahendo* sorumluluğun doğması için gereken şartların oluştuğu tespit edildiğinde, artık burada güvene dayalı sorumluluğa gitmeye gerek bulunmamaktadır<sup>571</sup>. Bu durumun bizim çalışmamız açısından önemi, müzakerelere taraf olmayan üçüncü kişilerin, müzakere taraflarından birinin zarara uğramasına sebep olduğu ihtimalde ortaya çıkabilir. Buna göre, örneğin ticarî işletmesini satmak isteyen taraf, bir uzmana, işletmesiyle ilgili olarak inceleme yaptırarak değer biçmesini ister. Satın alacak taraf, bu değerlendirme raporuna dayanarak fikrini ve fiyatı belirler; ancak daha sonra raporda eksiklikler veya yanlışlıklar olduğu ortaya çıkar. İşte böyle bir durumda, raporu hazırlayan uzman ile işletmeyi satın almak isteyen kişi arasında ne bir haksız fiil ilişkisi ne de bir sözleşme ilişkisi kurulmuş olur. Vekalet sözleşmesi, raporu düzenleyen uzman ile raporu hazırlatan işletme sahibi arasında kurulmuştur; rapora dayanarak satın alacak taraf bu ilişkiye yabancısıdır. Raporu hazırlayan uzmanın, işletmeyi satın almak

<sup>567</sup> ATF 120 II 331.

<sup>568</sup> ATF 121 III 350.

<sup>569</sup> Hans Peter **Walter**, “La responsabilité fondée sur la confiance dans la jurisprudence du Tribunal fédéral”, La responsabilité fondée sur la confiance: Journée de la responsabilité civile 2000, Zürich 2001, sf. 160. **Morin** ise bu kavramın gereksizliğini ifade etmek için, gülün ömrünün sadece bir mevsimlik olduğunu belirtmektedir. Bkz. Ariane **Morin**, “La responsabilité fondée sur la confiance en droit positif suisse”, Türk – İsviçre Hukuk Haftası, İstanbul 20 – 21 Mayıs 2004, İstanbul 2005, sf. 259.

<sup>570</sup> İsviçre Federal Mahkemesi 30.10.2002 tarih ve 4C.202/2002 sayılı kararında bu sorumluluğun özellikle şirket toplulukları açısından uygulanabilirliğinin altını çizmekte ve bu sorumluluğun ancak çok belirli hâllerin varlığına bağlı olarak kabul edilebileceğini ifade etmektedir.

Türk Hukuku'nda da, bu sorumluluğun şirket toplulukları açısından pozitif bir düzenlemeye kavuşturulması gündemdedir. TTK Tasarısı, Güvenden Doğan Sorumluluk başlığını taşıyan md. 209 hükmünde “*Hâkim şirket, topluluk itibarının, topluma ve tüketiciye güven veren bir düzeye ulaştığı hâllerde, bu itibarın kullanılmasının uyandırdığı güvenden sorumludur.*” demek suretiyle, şirket topluluklarında açık bir şekilde bu sorumluluğu kabul etmektedir.

<sup>571</sup> **Oğuztürk**, sf. 270.

isteyen kişiye karşı bu kapsamda bir sorumluluğu olmadığı gibi, bu kişiye karşı hukuka aykırı bir fiil işlemiş olduğu da söylenemez. Buna rağmen, uzmanlığın uyandırdığı haklı güven nedeniyle, vekalet ilişkisi çerçevesinde üçüncü kişi konumunda olan bu kimsenin zararının tazmin edilmesi, güvene dayalı sorumluluk kapsamında kabul görmektedir.

Görüldüğü üzere, *culpa in contrahendo* sorumluluğunda olduğu gibi, kendisine ait yasal bir düzenleme bulunmayan güvene dayalı sorumluluğun temelini de MK md. 2'de yer alan dürüstlük kuralı oluşturmaktadır<sup>572</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi 13.5.2008 tarihli bir kararında<sup>573</sup> açık bir şekilde güvene dayalı sorumluluğun haksız fiil ile sözleşme arasında konumlanmış olduğunu ifade ederken, bunun bağımsız bir sorumluluk temeli olduğunun altını çizmiş ve bir üst kavram olarak *culpa in contrahendo* sorumluluğu da kapsadığını belirtmiştir.

### **I. Sözleşme Öncesi Sorumluluğa Uygulanabilecek Hükümlerle İlgili Çeşitli Görüşler**

Sözleşme öncesi sorumluluk ya da *culpa in contrahendo sorumluluğun* kanunî bir düzenlemeye sahip olmadığı hukuk düzenlerinde bu sorumluluğa uygulanması gereken hükümlerin hangileri olduğu ile ilgili olarak çok sayıda görüş ortaya konmuştur. Esas olarak üç başlık altında incelenebilecek bu görüşlerden birincisi sözleşme öncesi sorumluluğa sözleşmeye aykırılık hükümlerinin uygulanmasını savunan görüştür. Ancak burada da hükümlerin nasıl uygulanacağına yönelik bir fikir birliği mevcut değildir. Görüşlerden ikincisi sözleşme öncesi sorumluluğa haksız fiil hükümlerinin uygulanmasını savunmaktadır. Almanya'da da bir ara etkili olan bu görüş, yukarıda belirtilmiş olduğu gibi bugün özellikle Fransız Hukuku'nda hemen herkes tarafından kabul edilmektedir<sup>574</sup>. Ancak müzakere döneminin kendine

<sup>572</sup> **Gürpınar**, sf. 211; **Altop**, sf. 88. Yazar, güvene dayalı sorumluluğa sözleşmesel sorumluluğa ilişkin hükümlerin kıyasen ve uygun düştüğü ölçüde uygulanması gerektiğini belirtmektedir.

<sup>573</sup> ATF 134 III 390. Bu kararda güvene dayalı sorumluluktan kaynaklanan taleplere uygulanması gereken zamanaşımı süresini inceleme konusu yapan Federal Mahkeme, *culpa in contrahendo*'da olduğu gibi burada da, hukukî güvenlik nedeniyle, İsv. BK md. 60 hükmü uyarınca haksız fiil zamanaşımının uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır. Bu konuyla ilgili olarak bkz. ileride § 5, III, B.

<sup>574</sup> Fransız Hukuku etkisi altında olan Québec Hukukunda da kabul edilen esas sözleşme dışı sorumluluktur. Bkz. **Péloquin/Assié**, sf. 190.

**Kuonen**, esas itibarıyla sözleşme dışı sorumluluğun bir kanun hükmüyle genel olarak düzenlendiği her sistemde, sözleşme öncesi sorumluluğun da bu şekilde nitelendirildiğini belirtmekte ve bu nedenle Borçlar Kanunu'nda böyle bir hükme yer veren (md. 41) İsviçre'de de sözleşme öncesi sorumluluk esası olarak haksız fiil sorumluluğunun benimsenmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüş için bkz. **Kuonen**, sf. 381 vd.

özgü yapısı nedeniyle her iki müessesenin uygulamasında da kendine göre eksik ya da uyumsuz kalan noktaları bulunmaktadır. Müzakereler esnasında belirli kişiler arasında medana gelen bir temas söz konusu olduğu için genel bir emredici kuralın ihlâli ile ilişki bulunmadığı gibi, henüz kurulmuş bir sözleşme mevcut olmadığı için nisbî bir hukuka aykırılık da bulunmamaktadır<sup>575</sup>. Sözleşme öncesinde müzakere eden taraflar arasında kurulan ilişki, kanunen düzenlenmiş bulunan iki sorumluluk tipi arasında bir kesişme ya da bir geçiş sağlamaya müsait bir görünüm arz etmektedir. Bu nedenle, içinde her iki prensipten de parçalar barındıran karma görüşler ortaya çıkmıştır. Çeşitli açılardan eleştirilere maruz kalmasına rağmen İsviçre Federal Mahkemesi de bu üçüncü yolu izlemektedir<sup>576</sup>.

### A. Sözleşmeye Aykırılık Hükümlerinin Uygulanmasına Yönelik Görüşler

Burada yaptırıma bağlanan husus, nisbî karakterli yükümlülükler aykırılık halleridir. Bu tip yükümlülükler, kural olarak, bir sözleşmesel ilişkiden kaynaklanır. Bu kapsamda herşeyden önce hatırlatmak gerekir ki, taraflar arasında hazırlanan bir müzakere sözleşmesinden kaynaklanan münferit yükümlülükler sözleşmeye aykırılık hükümleri doğrudan uygulanacaktır. Müzakere sözleşmesi, adının da ifade ettiği gibi, gerçek anlamda bir sözleşmedir ve bundan kaynaklanan borçların ifa edilmemesi tam olarak bir borca aykırılık hali oluşturmaktadır.

Ancak, burada asıl üzerinde durulacak olan nokta, sözleşmeye aykırılık hükümlerinin, tarafların sadece bu tipte önceden düzenlenmiş yükümlülüklerine değil, bunun yanı sıra sözleşme öncesi müzakere döneminin tümüne uygulanıp uygulanamayacağıdır.

*Culpa in contrahendo* sorumluluğa sözleşmeye aykırılık hükümlerinin uygulanması gerektiğini ileri süren yazarlar arasında da bazı ayrılıklar bulunmaktadır. Herşeyden önce, Jhering'in teorisinin orijinalinde, bu sorumluluğa

<sup>575</sup> **Ulus**, sf. 297. Ayrıca nisbî hukuka aykırılıkla ilgili olarak bkz. yukarıda dpn. 557 ve ona bağlı metinde yer alan açıklamalar.

Yargıtay'ın bir kararında, sözleşme görüşmeleri sırasında işlenen kusurdan incelenirken, henüz sözleşme kurulmadığı için burada dar anlamda bir haksız fiil sorumluluğundan söz edilebileceği ifade edildikten sonra, taraflar arasında aslî borç ilişkisi ile ilgisi olmayan bir borç ilişkisi kurulduğundan bahs olunmakta ve buradaki sorumluluğun temelini MK md. 2'de ifadesini bulan dürüstlük kurallarının oluşturduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Yarg. 13. HD**, 31.3.2006, E. 2005/15654 K. 2006/4848 ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)). Kanaatimizce hem edim yükümünden bağımsız bir borç ilişkisinin varlığını kabul edip hem de bu ilişkideki sorumluluğu bir haksız fiil sorumluluğu olarak nitelendirmek ve bu sorumluluğun temelini MK md. 2'ye dayandırmak doğru olmamıştır.

<sup>576</sup> İsviçre Federal Mahkemesi'nin **Jäggi**'nin görüşünü kabul ettiği uygulaması için bkz. ileride § 5, III, B.

uygulanması gereken hükümlerin, müzakeresi yürütülen ve kurulması hedeflenen sözleşme hükümleri olduğu ileri sürülmektedir. Bir başka görüş sözleşmeye aykırılık hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiğini, bir diğer görüş ise bu hükümlerin doğrudan uygulanabileceğini belirtmektedir. Aşağıda bu konudaki çeşitli görüşler ele alınacaktır.

### **1. Kurulması Hedeflenen Sözleşmeye Ait Hükümlerin Uygulanması (Amaç sözleşme teorisi)**

Yukarıda da bahsedilmiş olduğu üzere, Jhering'in ortaya koyduğu *culpa in contrahendo* teorisinin temelinde bu anlayış yer almaktadır<sup>577</sup>. Burada hatırlanması gereken husus, teorinin orijinalinde sözleşme müzakeresi esnasında ortaya çıkan kusurlu davranıştan sorumlu tutulmanın, ancak görünürde kurulmuş, fakat bir sebepten (imkânsızlık, irade fesadı, ehliyetsizlik) dolayı hüküm ifade etmeyen bir sözleşmenin varlığı halinde mümkün olmasıdır. Bu nedenle, bu teori kapsamında esas olarak müzakerelerin akim kalmasından doğan bir sorumluluk hali öngörülmuş değildir.

Burada öngörülen sorumluluk kapsamında, taraflardan biri kurulmuş olduğuna inandığı, fakat esas itibariyle geçersiz olan bir sözleşmeye güvenerek yapmış olduğu masrafları tazmin ettirme imkânına kavuşmaktadır. Bu teorinin ortaya konmasından önce mevcut hukuk sisteminde, zarar gören tarafın, sözleşme hüküm ifade etmediği için bu sözleşmeye başvurma imkânı bulunmadığı gibi; bir mutlak hakkının ihlâli de söz konusu olmadığından, sözleşme dışı sorumluluk hükümlerine de başvurma imkânı bulunmamaktaydı. Jhering'in *culpa in contrahendo* teorisini geliştirmesinin temel sebebi, mevcut hukuk sisteminin sözleşme görüşmelerine ilişkin hakkaniyete aykırı durumunu düzeltmektir<sup>578</sup>.

Ancak Jhering, bu teoriyle genel olarak bütün müzakere dönemine ait bir sorumluluk kuramı ortaya atmış olmamaktadır. İfade edildiği gibi, burada hedeflenen, sadece hüküm ifade etmeyen bir sözleşmeden doğacak zararların tazminini sağlamaktır. Bu nedenle kuruluş aşamasında bir kusur bulunmakla birlikte, geçerli olarak kurulmuş sözleşmeleri ele almadığı gibi, bir sözleşmenin kurulmasıyla neticelenmeyen müzakerelerle de ilgilenmemektedir.

<sup>577</sup> Bkz. yukarıda § 1, II, C, 1.

<sup>578</sup> **Yılmaz**, sf. 236; **Baygın**, sf. 346; **Tercier**, *Culpa in Contrahendo*, sf. 226; **Ulusan**, sf. 285; **Kocayusufpaşaoğlu**, *Hata*, sf. 44.

Jhering'den sonra, Leonhard<sup>579</sup> *culpa in contrahendo* teorisini geliştirmiş ve amaç sözleşme teorisini farklı bir yöne götürmüştür. Yazar, yine kurulması hedeflenen sözleşme hükümlerinin uygulanmasını kabul etmekte; fakat bu sefer, sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulmuş olması ihtimâlini ele almaktadır. Zira Leonhard'a göre, sözleşmenin geçersiz olması halinde, herhangi bir sorumluluğa ihtiyaç olmayacaktır<sup>580</sup>. Dolayısıyla esas itibarıyla, Leonhard'ın ortaya koyduğu haliyle *culpa in contrahendo* teorisi, Jhering'in teorisiyle zıt kutuplarda bulunmaktadır. İkisi arasındaki ortak nokta ise, sorumluluğun kaynağını, kurulmasını amaçladıkları sözleşmede görmeleridir<sup>581</sup>.

Bu yazarların sadece görünürde ya da gerçekte kurulan sözleşmelerle ilgilenmesi neticesinde, bunun için öngördükleri sorumluluğa, geçerli şekilde kurulması istenmiş olan sözleşmenin hükümlerini uygulamaları kendi içinde tutarlı olmakla birlikte, ortaya çıkan sonuçlar açısından, bugünkü anlayışta genel bir sözleşme öncesi sorumluluk düzeni olarak öngörülmesi mümkün olmayacaktır. Herşeyden önce günümüz hukuk anlayışında müzakere dönemi kurulması hedeflenen sözleşmeden bağımsız, ondan soyut bir şekilde kabul edilmekte ve bu nedenle müzakerelerin yarım kalmasından veya kesilmesinden ötürü uğranan zararların da tazmin edileceği kabul edilmektedir. Halbuki bu teorinin uygulanması için müzakere döneminde taraflar açısından mevcut olduğu kabul edilen yükümlülüklerin, kurulması hedeflenen sözleşmeden ayrı bir şekilde var oldukları kabul edilmemektedir. Tam tersine bu yükümlülükler ile sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükler, bir bütün olarak değerlendirilmekte ve bu nedenle, sözleşme öncesi temasların tek işlevi, sözleşmeye bir geçit hazırlamak olarak kabul edilmektedir<sup>582</sup>.

<sup>579</sup> Franz **Leonhard**, *Verschulden beim Vertragsschluss*, Berlin 1910, sf. 42 (**İnan**, *Culpa II*, sf. 1000'den naklen.).

Bu teori modern doktrinde **Spiro** tarafından tekrar ele alınmış ve sözleşme öncesi sorumluluğun geçerli şekilde kurulan sözleşme tarafından soğurulduğu (absorption) ileri sürülmüştür. Bu görüş **Piotet** tarafından eleştirilmiştir. Bkz. **Piotet**, *Mélanges*, sf. 372 vd. (yazar burada Spiro'nun hangi eserini temel alarak bu eleştirileri yönelttiğini belirtmemektedir.). **Jean Anex**, eserinde (bkz. *L'intérêt négatif, sa nature et son étendue*, Lausanne 1977), soğurma teorisini ufak farklılıklarla kabul etmekte ve **Piotet** tarafından aynı şekilde eleştirilmektedir. Bkz. **Piotet**, *Mélanges*, sf. 374 vd. Yazarın eleştirileri genel olarak bu iki safhanın birbirinden ayrı ve bağımsız olması noktasında toplanmaktadır. Bu nedenle meydana gelen zararlar farklı olduğu gibi, bu teorinin kabul edilmesi, sözleşmenin geriye etkili bir biçimde kendinden önceki bir döneme uygulanması neticesini de yaratacaktır.

<sup>580</sup> **Leonhard**, sf. 3 vd., sf. 58 vd. (**Ergüne**, sf. 82, dpn. 23'den naklen.).

<sup>581</sup> **Ergüne**, sf. 97, dpn. 89.

<sup>582</sup> **İnan**, *Culpa II*, sf. 1000 vd; **Uluslan**, sf. 305.



Bunun yanı sıra, Jhering ve Leonhard'ın öngördüğü şekilde sözleşmeye aykırılık hükümlerinin uygulanması müzakere dönemi için bir belirsizlik yaratacaktır. Şöyle ki, bu durumda her sözleşme kapsamında yer alan yükümlülükler farklı değerlendirilecek ve belli bir davranış bir sözleşmenin müzakeresi için uygun sayılırken bir diğerinde yaptırıma maruz kalabilecek, bir başka deyişle sözleşme öncesi dönemin kendine has bir genel teorisinden yine bahsedilemeyecektir<sup>583</sup>.

Hem bahsedildiği şekilde bir belirsizlik yaratması hem de müzakere dönemine sadece kısmî bir düzenleme getirmesi nedeniyle, günümüz hukukunda *culpa in contrahendo* sorumluluğuna ait bu teorilerin uygulanması kabul görmemektedir<sup>584</sup>.

## 2. Sözleşmeye Aykırılık Hükümlerinin Kıyasen Uygulanması

Amaç sözleşme teorisinin maruz kaldığı eleştiriler üzerine, sözleşme öncesi dönemde ortaya çıktığı kabul edilen bir yasal borç ilişkisi olduğu bazı yazarlarca ileri sürülmüştür<sup>585</sup>. Bu şekilde ele alındığında, sözleşme öncesi sorumluluk da, müzakere edilen sözleşmenin ne tip bir sözleşme olduğu veya bu sözleşmenin kurulup kurulmadığından bağımsız olacak şekilde varolmakta ve *culpa in contrahendo* kaynaklı tüm zararların tazminine imkân tanımaktadır<sup>586</sup>. Ayrıca bu şekilde, müzakereler esnasındaki bir kusurdan kaynaklanan sorumluluğa uygulanması düşünülen haksız fiil veya sözleşmeye aykırılık hükümlerinin yetersizlikleri de önlenmiş olacaktır.

Sözleşme öncesi döneme ait bir sorumluluk hususunda kanunda bir boşluk olduğunu fikrinden yola çıkan yazarlar, bu boşluğu kanunda çeşitli yerlerde

<sup>583</sup> Bu yöndeki eleştiriler için bkz. **İnan**, *Culpa II*, sf. 1003 vd.; **Yılmaz**, sf. 236; **Kuonen**, sf. 327; **Baygın**, sf. 349; **Uluslan**, sf. 306.

<sup>584</sup> Almanya'da BGB kabul edildikten hemen sonra, **Jhering**'in bu teorisi yapay ve mantıksız bulunmuş ve sözleşme öncesi sorumluluğa haksız fiil hükümlerinin uygulanması yönünde bir eğilim belirlemiştir. Fakat Alman haksız fiil kavramının, müşterek hukukta olduğu gibi fazlasıyla dar olmasının, müzakere dönemine yönelik olarak tatmin edici sonuçlar elde etmeye elverişli olmadığı kısa sürede anlaşılmıştır. Bu yönde bkz. Paul **Piotet**, "La culpa in contrahendo aujourd'hui", *SJZ*, August 1981, 77. Jahrgang, no : 14, sf. 226; **Adal**, sf. 94.

<sup>585</sup> Arwed **Blomeyer**, *Allgemeines Schuldrecht*, Berlin und Frankfurt 1964, sf. 72 (**Uluslan**, sf. 310'dan naklen.); Wilhelm **Weber**, *Treu und Glauben*, Berlin 1961, sf. 179 (**Uluslan**, sf. 310'dan naklen.); Stephan **Hartmann**, *Die vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung*, Freiburg 2001, sf. 108; 119, 134 (**Ergüne**, sf. 101'den naklen.).

<sup>586</sup> İsviçre Hukuku'nda **Becker** açıkça bu teoriyi savunmaktadır. Bkz. Hermann **Becker**, *Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen* (Art. 1 – 183), BKomm., VI/1, Bern 1941, OR art. 26 N. 1, art. 39 N. 5 (**Piotet**, *SJZ*, sf. 226 dph. 4'ten naklen.).

düzenlenmiş bulunan *culpa in contrahendo* hallerini (BK md. 20, md. 26/f. 1, md. 39/f. 1 gibi) örnek almak suretiyle doldurmak gerektiği düşüncesindedirler<sup>587</sup>.

Bu görüş kapsamında, müzakerelerin başlamasıyla taraflar arasında ortaya çıkan sözleşme benzeri (*quasi contractus*) ilişki<sup>588</sup>, belirli yükümlülükler doğuran bir güven ilişkisi olarak değerlendirilmekte ve bu ilişki kapsamında tarafların, haksız fiil sorumluluğuyla yaptırımı bağlanan genel davranış yükümlülüklerini aşan özel bir özen borcu altında oldukları kabul edilmektedir.

Bu ilişki, her ne kadar gerçek anlamda bir borç ilişkisi olmasa ve bundan kaynaklanan yükümlülükler gerçek anlamda bir borç oluşturmasa da, bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde sözleşmeye aykırılık hükümlerinin bunlara kıyas yoluyla uygulanması yerinde görülmektedir<sup>589</sup>.

Bu görüşe göre, taraflar bir müzakereye başladıklarında kanun gereğince birtakım yükümlülükler altına da girmiş olurlar. Bu yükümlülüklerin dayanağı ise dürüstlük kuralıdır. Taraflardan her biri, müzakereler boyunca, diğerinden belli bir sadakat yükümlülüğü çerçevesinde davranmasını talep edebilecektir.

Dürüstlük kuralından kaynaklanan yükümlülükler yukarıda incelenmiş olduğu için burada daha fazla üzerinde durulmayacaktır. Bununla birlikte, bu yükümlülükler ile ilgili olarak belirtmekte fayda gördüğümüz bir husus mevcuttur. Yasadan kaynaklandığı söylenen bu yükümlülükler gerçek anlamda bir borç olarak telakki edilemez. Bir başka ifadeyle, burada ihlâli halinde temerrüt ya da cebri icra gibi yollara başvurulması imkânı yaratan ya da temlik veya yenilemeye konu olabilecek bir aslî edim yükümlülüğünden bahsedilemez<sup>590</sup>. Dürüstlük kuralından kaynaklanan yükümlülükler, davranış yükümlülüğü olarak nitelendirilse bile, bunlar ancak belirli bir kişiyle başlatılan somut bir ilişki çerçevesinde ortaya çıkacaktır<sup>591</sup>. Bu nedenle,

<sup>587</sup> Bkz. **Ulus**, sf. 310 vd.; **İnan**, *Culpa II*, sf. 1011 vd.; **Ergüne**, sf. 100 vd; **Altunkaya**, sf. 242.

**Larenz** ise bu hükümlerin dağınık ve uygulama alanlarının da sınırlı olduğunu; bunlardan yola çıkarak, bir örnekleme yoluyla *culpa in contrahendo*'nun yasal borç ilişkisi olduğuna dayanak gösterilemeyeceğini, *culpa in contrahendo*'nun öğretisi ve uygulamanın uzun yıllar boyu geliştirdiği bazı ilkelere dayandığını ve bu gelişen temel ilkelerin de örf ve âdet hukuku gücüne erişmiş bulunduğunu ileri sürmektedir. Bkz. Karl **Larenz**, *Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil*, 11. Auflage, München 1976, sf. 95-96 (**Ulus**, sf. 312 dph. 94 'den naklen.).

<sup>588</sup> **İnan**, *Culpa II*, sf. 1008; **Kuonen**, sf. 10.

Sözleşme benzeri ilişki ya da şibih akit kuramının Amerikan Hukuku'ndaki uygulaması için bkz. **Baygın**, sf. 367 vd.

<sup>589</sup> **Piotet**, *SJZ*, sf. 225; bu görüşteki yazarlar için bkz. **Kuonen**, sf. 328 dph. 973 ve 976.

<sup>590</sup> **Tercier**, *Culpa in Contrahendo*, sf. 227; **Piotet**, *SJZ*, sf. 229.

<sup>591</sup> **Tercier**, *Culpa in Contrahendo*, sf. 228.

fiilî durum ilişkisi görüşünde olan yazarların ileri sürdüğü gibi, buradaki yükümlülükler, örneğin bir otomobil sürücüsünün arabayı kullanırken uymak zorunda tutulduğu genel davranış yükümlülüğü ile aynı değildir. Otomobil sürücüsü, etrafında hiç kimse olmadığı durumlarda da aynı yükümlülüğe uygun davranmak mecburiyeti altındadır. Oysa henüz bir müzakere ilişkisi başlamadan önce, hiç kimseden başkasına karşı sadakat ve özen göstermesi beklenemeyecektir.

Türk Hukukunda müzakere esnasında işlenen kusurun, taraflar arasında mevcut bir hukukî ilişkiye aykırılık söz konusu olduğu için, sözleşmeye aykırılığa benzediği ve *culpa in contrahendo* sorumluluğuna sözleşmeye aykırılık hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiği yönündeki bu görüş ağır basmaktadır<sup>592</sup>.

### 3. Sözleşmeye Aykırılık Hükümlerinin Doğrudan Uygulanması

Azınlıkta kalan bir görüş, sözleşme müzakerelerinin başlaması ile taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi kurulduğunu ileri sürmektedir. Buna göre taraflar, müzakere edilen sözleşmeden ayrı ve bağımsız bir sözleşme ilişkisi içinde bulunmakta ve sözleşme öncesi sorumluluk da, taraflar arasında kurulan bu sözleşme müzakereleri hukukî ilişkisine (*das Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen*<sup>593</sup>) aykırılıktan kaynaklanmaktadır. Ancak, “bağımsız işlem kuramı”<sup>594</sup> üst başlığı altında ele alınan bu görüşün şemsiyesi altında birleşen yazarlar arasında farklılıklar

<sup>592</sup> Serozan, sf. 122; idem, *İfa*, sf. 249 vd.; Erman, sf. 103; Esener, *Borçlar Hukuku*, sf. 65; Tunçomağ, sf. 212; Kutlu Sungurbey, sf. 103 ve sf. 117 vd.; Yılmaz, sf. 250; Kocayusufpaşaoğlu, sf. 9; Ulsan, sf. 311; Eren, sf. 1086; Karahasan, sf. 906; Yalman, sf. 138; Altunkaya, sf. 241. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sf. 979’da yazarlar kural olarak bu görüşü benimsemekle birlikte, hata ve ikrahta olduğu gibi haksız fiil sorumluluğuna ilişkin unsurların gerçekleşmesi durumunda, sorumluluğun her iki kaynağa birden dayanacağını belirtmektedirler.

*Tandoğan*, *culpa in contrahendo*’yu “Borcun ifa edilmemesi mefhumu ve neticeleri” başlığı altında bir borca aykırılık hâli olarak incelemekte ve böylelikle açık bir şekilde ifade etmemekle birlikte, borca aykırılık hükümlerinin doğrudan uygulanacağı görüşünü benimser gözükmektedir. Bkz. *Tandoğan*, *Mes’uliyet*, sf. 395 vd., özellikle sf. 404. *Oğuzman/Öz* de aynı şekilde *culpa in contrahendo*’yu “Borcun ifa edilmemesi kavramına giren durumlar” arasında ele almaktadırlar. Bkz. *Oğuzman/Öz*, sf. 295 vd., özellikle sf. 324. *Hatemi* ise, taraflar arasında mevcut olduğu kabul edilen aslî edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi çerçevesinde, tarafların birbirlerinin zarara uğramaması için özen gösterme yükümlülüklerine aykırılık sonucunda ortaya çıkacak zararın sözleşme ihlâlinden doğan sorumluluk hükümleri çerçevesinde giderileceğini kabul etmektedir. Bkz. *Hatemi*, sf. 3.

<sup>593</sup> Heinrich Stoll, Die Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen, Leipziger Zeitschrift 1923, sf. 539 (Ulsan, sf. 307’den naklen.).

<sup>594</sup> Ulsan, sf. 307. Bu teoriyi adlandırmak için İnan “muamele mesuliyeti nazariyesi”, Ergüne ise “işlem sorumluluğu teorisi” ifadelerini benimsemişlerdir. Bkz. İnan, *Culpa II*, sf. 1004; Ergüne, sf. 99. Müzakere döneminin, kurulması hedeflenen sözleşmeye nazaran bağımsız bir şekilde ele alındığını daha iyi ortaya koyması açısından, biz Ulsan’ın ifadesini daha yerinde buluyoruz.

bulunmaktadır. Bunlardan bir bölümü<sup>595</sup> sözleşme öncesi dönemde iki taraflı bir hukukî ilişki olduğunu kabul ederken; diğer bir bölüm yazarlar<sup>596</sup> ise, bu dönemde tek taraflı bir hukukî ilişki bulunduğunu ileri sürmektedir<sup>597</sup>.

Bu teoriden hareketle, müzakereye başlayan taraflar arasında bir adî ortaklık sözleşmesi kurulmuş olduğu görüşü de ileri sürülmüştür<sup>598</sup>.

BK md. 520 (İsv. BK md. 530) gereğince adî ortaklık, iki ya da daha çok kişinin emek veya malını ortak bir amaca erişmek için birleştirdikleri bir sözleşmedir<sup>599</sup>. Müzakere ilişkisi kapsamında da taraflar arasında ortak bir amaç oluştuğu kabul edilmektedir ve bu amaca ulaşmak için tarafların tartışmalar yapması, belli bir zaman ayırması, masrafları üstlenmesi gibi durumlar da tarafların emeklerini birleştirmesi olarak yorumlanmaktadır<sup>600</sup>.

Bir sözleşme söz konusu olduğuna göre tarafların bu yönde karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının mevcut olması gerekmektedir<sup>601</sup>. Müzakerelere başlayan tarafların iradelerinin bu şekilde bir ortaklık kurmaya yönelmiş olduğu ise bir varsayıma hatta bir kurguya dayanmaktadır. Tarafların müzakerelere başlamakla zımnen böyle bir beyanda bulunmuş olduklarının kabulü öncelikle sözleşme özgürlüğü prensibi ile bağdaşmamaktadır. Tarafların, bir yandan müzakere sürecinde

<sup>595</sup> Karl **Scherrer**, Das negative Vertragsinteresse als Schadenersatz aus unwirksamen Verträgen, Zürich, Buchdruckerei Winterthur Vorm. G. Binkert, 1928, sf. 17 dpn. 25 (**Ergüne**, sf. 99, dpn. 92'den naklen); Max **Keller**, Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse, Aarau 1948, sf. 76, dpn. 30 (**Ergüne**, sf. 99, dpn. 92'den naklen); Ludwig **Enneccerus**/ Heinrich **Lehmann**, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Recht der Schuldverhältnisse, 15. Auflage, Tübingen 1958, sf. 191, dpn. 5 (**Ergüne**, sf. 99, dpn. 92'den naklen); ayrıca **İnan**, *Culpa II*, sf. 1005 vd.'de anılan yazarlar.

<sup>596</sup> **Stoll**, dpn. 525'de a.g.e., sf. 533 vd. (**Ulusan**, sf. 307'den naklen.); Karl Silbermann, Beiträge zur Lehre von der culpa in contrahendo, Breslau 1927, sf. 25 vd. (**Ergüne**, sf. 99, dpn. 92'den naklen.).

<sup>597</sup> Bu görüş "giriş kuramı" olarak da ifade edilmektedir. Bkz. **Ulusan**, sf. 309. Eleştiriler için bkz. **Ulusan**, sf. 309; **İnan**, *Culpa II*, sf. 1010;

<sup>598</sup> **Schönenberger/Jäggi**, ZKomm., OR Art. 1 N. 569. **Jäggi**, tarafların müzakerelerde harcadıkları zamanın ve emeğin onların adî ortaklık kapsamındaki katılma paylarını oluşturduğunu belirtmektedir. **Kuonen** de, Jäggi'nin müzakereler ve adî ortaklık arasında yaptığı mukayesenin sadece içerikle ilgili olduğunu, sözleşmesel bir ilişkinin varlığından söz etmediğini belirtmektedir. Bkz. **Kuonen**, sf. 334 dpn. 998.

<sup>599</sup> Mehzar kanunda tarafların mal veya emeklerini birleştirmelerinden bahsedilirken bizim kanunumuz mal ve emeğin birleştirilmesini arar görünmektedir. Ancak BK md. 520 mehzar uygun şekilde anlaşılmalıdır. Bu konuda bkz. Nami **Barlas**, Adî Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 2008, sf. 13 ve orada dpn. 21'de anılan yazarlar.

<sup>600</sup> **Schönenberger/Jäggi**, ZKomm., OR Art. 1 N. 569; Ramon **Mabillard**, Gesellschaftsrechtliche Aspekte der Vertragsverhandlungen, Eine Untersuchung der culpa in contrahendo, th. Fribourg, Bâle 2004, sf. 120 (**Kuonen**, sf. 335'den naklen.).

<sup>601</sup> Pierre **Engel**, Contrats de Droit Suisse, 2e édition, Berne 2000, sf. 695. Adî ortaklıkta sözleşme bağı ve özellikleri ile ilgili olarak daha fazla bilgi için bkz. **Barlas**, *Adî Ortaklık*, sf. 50 vd.

mümkün olduğu kadar kendilerini bağlayıcı anlaşmalar yapmaktan kaçınırken, diğer yandan daha müzakerelere başladıkları anda kendilerini zımnen bir sözleşme ilişkisi içinde bulmaları kabul edilemez. Böyle bir durum, ancak tarafların bunu istediğine yönelik açık iradelerini beyan etmeleri halinde düşünülebilecektir. Nitekim tarafların müzakereler esnasında geçerli bir şekilde bir müzakere sözleşmesi yapmaları imkân dahilindedir<sup>602</sup>.

Bunun yanı sıra, adî ortaklığın niteliği gereği de tarafların bir ortaklık kurma yönündeki iradelerini ortaya koymaları şarttır. Taraflar arasındaki hukukî ilişkinin bir adi ortaklık olarak nitelendirilebilmesi için tarafların ortaklık kurma niyetiyle hakeret etmeleri olmazsa olmaz bir şarttır<sup>603</sup>. Adi ortaklık neticede bir sözleşme olduğuna göre taraf iradelerinden bağımsız bir şekilde ortaya çıkması düşünülemez<sup>604</sup>.

Bunun yanı sıra, adî ortaklığın temel unsuru olan ortak amaç<sup>605</sup> da sözleşme müzakerelerinde mevcut değildir. Daha doğru bir ifadeyle müzakerelerdeki ortak amaç niteliği gereği adî ortaklık için uygun bir ortak amaç değildir. Adî ortaklık bünyesine uygun bir ortak amaçtan söz edilebilmesi için bu amacın tüm ortaklar için tek ve aynı olması gerekmektedir. Tabii olarak adi ortaklığın kuruluşunda her ortak farklı “saiklere” sahip olabilir, ancak bu saik ortaklığın müşterek amacı açısından etkili olmaz<sup>606</sup>. Ortaklardan birinin kişisel menfaatlerini karşılamaya yönelik bir ortak amaç adî ortaklık bünyesine uygun değildir<sup>607</sup>; bir başka deyişle, bir hukukî ilişkinin adî ortaklık olarak kabul edilebilmesi için tarafların kişisel bağımsız menfaatlerinin üstünde bir ortak gaye mevcut olmalıdır. Bir sözleşme kurmak amacıyla bir araya gelen kişiler arasında bu sözleşmenin kurulmasına yönelik bir ortak amaç olduğu ifade edilse de, tarafların kişisel menfaatleri bu amacın önünde yer almaktadır. Müzakerelerdeki nihai amaç münferit olarak müzakere edilen sözleşmenin kurulması değil, bu sözleşmenin kurulmasıyla elde edilecek olan

<sup>602</sup> Bu görüşte **Kuonen**, sf. 336; müzakere sözleşmeleri için bkz. yukarıda §2, II, C.

<sup>603</sup> **Barlas**, *Adî Ortaklık*, sf. 51.

<sup>604</sup> Taraf iradelerinden bağımsız olarak kanundan kaynaklanan haksahipliği ilişkilerinin ve aralarında herhangi bir sözleşme bağı bulunmadan birlikte hareket eden kişilerin oluşturdukları fiili ortaklıkların adî ortaklık teşkil etmediği yönünde bkz. **Barlas**, *Adî Ortaklık*, sf. 52.

<sup>605</sup> *Animus societatis* olarak ifade edilen bu amaç anlaşılacağı gibi ortaklığa hayat bahşeden bir unsurdur, **Engel**, *Contrats*, sf. 700. **Barlas**, bu terim yerine eş anlamlı olan “*affectio societatis*” terimini tercih etmekte ve sadece ortakların bir amaç etrafında toplanmış olmalarının bir adî ortaklıktan söz edebilmek için yeterli olmadığını, bunun yanı sıra bu ortak amaç uğruna birlikte çaba sarfetmek gerektiğini de ifade etmektedir, bkz. *Adî Ortaklık*, sf. 35 ve dpn. 90.

<sup>606</sup> **Barlas**, *Adî Ortaklık*, sf. 25.

<sup>607</sup> **Barlas**, *Adî Ortaklık*, sf. 25.

birbirinden farklı ve çoğu zaman da birbirine zıt kişisel menfaatlerdir<sup>608</sup> ve bu menfaatlerin elde edilmesi taraflar açısından bir “saik” değil ana amaç konumundadır.

Adî ortaklığın idaresi ortaklar için hem hak hem de görev niteliğinde bulunmaktadır. Oysa müzakere ilişkisine katılmak taraflar açısından bir hak olsa bile, müzakereleri sürdürmenin bir görev olması yine sözleşme özgürlüğüne aykırıdır. Ayrıca ortaklıkla ilgili kararlar için BK md. 524 (İsv. BK md. 534) gereğince oybirliği esası getirilmiştir. Bu da tarafların birbirine zıt menfaatleri elde etmeye çalıştıkları düşünüldüğünde uygulanma imkânı olmayan bir hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ortaklar arasındaki sadakat yükümlülüğü, BK md. 526 (İsv. BK md. 536) hükmüyle getirilen rekabet yasağı ile somut bir varlık kazanmaktadır. Buna göre ortaklar, ortaklığın amacına aykırı ya da ortaklığa zarar verecek işler yapmaktan kaçınmak zorundadırlar<sup>609</sup>. Bu kapsamda belli bir müzakereye başlayan kişi, bir başkasıyla daha görüşmede bulunmak istediğinde ortaklığın amacına aykırı davranmış olacaktır çünkü bu davranışı belki de ortaklığın amacı olan sözleşmenin kurulmasını engelleyecektir. Dolayısıyla müzakere ilişkisi bir adi ortaklık olarak kabul edilirse, tarafların paralel müzakerelerde bulunma hakları ortadan kalkmış olacaktır. Böyle bir durum ise sözleşme müzakerelerinin yapısına ters düşmektedir<sup>610</sup>. Müzakere tarafları kendileri için en uygun şartları bulabilmek amacıyla birden fazla kişiyle görüşmelerde bulunabilir ve bunlardan hangisini tercih ederse onunla sözleşme ilişkisini kurar. Yukarıda da ele alınmış olduğu gibi, tarafların bu hakkının sınırlandırılması ancak bir münhasırlık sözleşmesi kapsamında paralel müzakere yapma yasağı getirilmesi halinde mümkün olacaktır<sup>611</sup>.

Sözleşme müzakerelerinde taraflar her zaman bu müzakereleri sona erdirmeye hakkına sahipken, adî ortaklıkta sona erme sebepleri kanunen belirlenmiştir. Taraflar

<sup>608</sup> **Kuonen** müzakere tarafları arasındaki ilişkiyi bu açıdan iki takım arasındaki bir spor karşılaşmasına benzetmektedir, sf. 339. Gerçekten de bir spor karşılaşmasında maçı bitirmeye yönelik bir ortak amaç mevcuttur ve takımlar bunun için çaba sarfetmektedirler. Ancak bu takımlar arasında bir de rekabet ilişkisi olduğu unutulmamalıdır. Takımlar esasen birbirine zıt menfaatler peşindedirler ve bu rekabet ilişkisinin düzgün işlemesi için herbiri diğerinden karşılaşmanın kurallarına uygun davranmasını bekleme hakkına sahiptir.

<sup>609</sup> **Barlas**, ortak amaca ulaşmak için çaba unsurunun bu rekabet yasağının temeli olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **Barlas**, *Adî Ortaklık*, sf. 38.

<sup>610</sup> **Kuonen**, sf. 342.

<sup>611</sup> Bu konuda bkz. yukarıda § 3, I, D.

arasındaki ilişkinin bir adî ortaklık olarak nitelendirilmesi neticesinde, müzakere ilişkisinin sona erdirilmesi de BK md. 535 vd. (İsv. BK md. 545 vd.) hükümlerine tâbi olmak durumunda kalacaktır. Bu hükümler içerisinde özellikle fesih ihbarına yönelik BK md. 535/b.6 ve 7 ile md. 536 (İsv. BK md. 545/b.6 ve 7, md. 546) müzakere ilişkisinin bünyesine uygun bulunmamaktadır. Herşeyden önce tarafların zımni iradeleri hatta kanaat verici davranışlarıyla kurulmuş bulunan bu adî ortaklıkta bir ortaklık sözleşmesinden bahsedilemeyecektir. Bunun dışında taraflardan birinin haklı sebeple fesihte bulunabilmesi için mahkemeye başvurusu ya da altı aylık bir fesih ihbar süresi tanınması gerekecektir. Burada hem müzakereleri sona erdirmek için bir haklı sebep aranması hem de altı aylık fesih ihbar süresi vermek mecburiyeti sözleşme özgürlüğü ve müzakerelerin genel niteliği ile bağdaşmamaktadır<sup>612</sup>.

Görüldüğü üzere taraflar arasındaki müzakere ilişkisini bir adî ortaklık ilişkisi temelinde oturtarak buna yönelik hükümleri uygulamak, ilk bakışta cazip gözükmele birlikte genel olarak müzakerelerin bünyesine uygun düşmemektedir.

### B. Haksız Fiil Hükümlerinin Uygulanmasına Yönelik Görüşler

Haksız fiil sorumluluğu esas olarak genel davranış yükümlülüklerine aykırılık hallerini yaptırma bağlar. Bu yükümlülük bir kişinin her türlü nisbî ilişkiden bağımsız olarak var olan ve herkese karşı uymak zorunda olduğu genel davranış kurallarından kaynaklanır. Bazı yazarlar<sup>613</sup> sözleşme öncesi yükümlülüklerin, bu

<sup>612</sup> Nitekim bu teörinin taraftarları da bu hususu kabul etmektedirler, bkz. **Mabillard**, sf. 215 (**Kuonen**, sf. 340'dan naklen).

<sup>613</sup> Türk Hukuku'nda **Adal**, **Kılıçoğlu** ve **Uygur culpa in contrahendo** sorumluluğunun hukukî niteliğini haksız fiil olarak kabul etmektedir. Bkz. **Adal**, sf. 102; **Kılıçoğlu**, sf. 60; Turgut **Uygur**, Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve tazminat Hukuku, Birinci Cilt (Giriş ve Madde 1 – 40), Ankara 2003, sf. 234.

**Engel**, *Traité*, sf. 749'da, İsviçre Hukuku'nda bu görüşün taraftarları arasında şu yazarları saymaktadır: C. **Melliger**, *Culpa in Contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen Verträgen nach dem gem. und schweizerischen OR*, th. Zürich, 1896 (2e éd. 1898); E. **Henrici**, *Über den Irrtum beim Vertragsabschluss im schweizerischen OR*, th. Zürich 1916; Chr. **Burckhardt**, *Die Revision des schweizerischen OR in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht*, RDS 22 sf. 498; H. **Merz**, *Commentaire bernois, ad art. 2 CCS, N 491*; A. **Simonius**, *Über den Ersatz des "aus dem Dahinfallen des Vertrages" erwachsenen Schadens*, RDS 37 sf. 232; H. **Oser/W. Schönenberger**, *Das Obligationenrecht, I. Halbband: Art. 1-183*, Zürich 1929 (Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V), N. 102 ad Vorbem. zu Art. 1-67; N. 11 Art. 26 CO et N. 7 Art. 39; K. **Scherrer**, *Das negative Vertragsinteresse als Schadenersatz aus unwirksamen Verträgen*, th. Zürich 1928; M. **Keller**, *Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse*, th. Zürich 1949. Bunların yanı sıra yukarıda anıldığı gibi **Piotet** de bu görüştedir. Bkz. **Piotet**, *Culpa*, sf. 40. Yazara göre, İsviçre'de sözleşme benzeri (*quasi-contractuel*) sorumluluğun taraftarı olan başlıca dört yazar olan **Rabel**, **von Tuhr**, **Becker** ve **Herz**'den üçü Alman olduklarından, kendi hukuk düzenlerinin sınırlamalarından etkilenmiş ve İsviçre Hukuku'nu bu etkiyle değerlendirmişlerdir. Bkz. **Piotet**, *Culpa*, sf. 33 ve ayrıca sf. 34, dpn. 76. Anılan yazarlardan **von Tuhr**, önceleri haksız fiil görüşünü benimsemekteyken, daha sonra bu görüşünü değiştirmiş ve *culpa in contrahendo*

şekilde genel davranış yükümlülüklerinden olduğunu ve bunlara aykırı davranışın da bir haksız fiil teşkil edeceğini savunmaktadırlar.

Bu yazarların genel olarak kabul ettikleri görüşe göre, sözleşme kurulmadan önceki dönemde taraflar arasında gelişen ilişki, hukukî bir ilişki olmayıp fiilî bir durumdan kaynaklanan alelâde bir ilişkidir. Buradan kaynaklanan yükümlülükler ise, böyle bir durumda bulunan herkesin uyması gereken genel birtakım ödevler niteliğindedir. Bu açıdan diğer genel davranış kuralları ya da yükümlülüklerine nazaran bir fark arz etmezler ve müzakereler, bu genel davranış yükümlülüklerinin somutlaşmasına vesile olan bir fiilî durum yaratmaktan öteye gitmez<sup>614</sup>. Bu dönemdeki fiiller, tarafların özgür iradeleri ile gerçekleştirdikleri fiiller olarak nitelendirilmekte ve bir borcun ifası niteliği taşımamaktadırlar.

Sözleşme öncesi dönemdeki sorumluluğu bir haksız fiil sorumluluğu olarak kabul eden yazarlar, bunun mantıkî sonucu olarak haksız fiil hükümlerinin uygulanmasını kabul etmektedirler. Bununla birlikte, aynı yazarlar uygulanacak hükümlerin her zaman hakkaniyete uygun çözümler getirmeyeceği endişesini de taşımaktadırlar. Bu açıdan, haksız fiil kapsamında özellikle adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin BK md. 55 hükmünün, kurtuluş beyyinesi getirme imkânı nedeniyle, tatminkâr bir netice doğurmadığı da kabul edilmektedir<sup>615</sup>.

Yukarıda da ele alınmış olduğu gibi Fransız Hukuku'nda kabul edilen görüş de haksız fiil görüşüdür<sup>616</sup>. Bunun temel nedeni Fransız Medeni Kanunu md. 1382'de haksız fiil sorumluluğunun, her türlü zararın talep edilebileceği şekilde kapsamlı olarak düzenlenmiş bulunmasıdır. Fransız Hukuku'nda kusur kavramı hukuka aykırılığı da içerecek şekilde kullanıldığından<sup>617</sup>, Alman Hukuku'nda olduğu gibi saf ekonomik zararların tazmini için ayrıca bir hukuka aykırılık bağının aranmasına da gerek kalmamaktadır. Ayrıca, bu Kanun'un kabul edildiği sırada henüz *culpa in*

---

sorumluluğuna kıyas yoluyla sözleşmenin ihlâline ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği görüşünü benimsemiştir. Bkz. **von Tuhr**, sf. 188, dpn. 88.

Yeni tarihli bir eserde **Kuonen** (bkz. sf. 381 vd.), esas itibarıyla sözleşme dışı sorumluluğun bir kanun hükmüyle genel olarak düzenlendiği her sistemde sözleşme öncesi sorumluluğun da bu şekilde nitelendirildiğini belirtmekte ve bu nedenle Borçlar Kanunu'nda böyle bir hükme yer veren (md. 41) İsviçre'de de, sözleşme öncesi sorumluluk esası olarak haksız fiil sorumluluğunun benimsenmesi gerektiğini ileri sürmektedir.

<sup>614</sup> **Piotet**, *Culpa*, sf. 43; **idem**, *SJZ*, sf. 229; **Kuonen**, sf. 387.

<sup>615</sup> **Tercier**, *Culpa in Contrahendo*, sf. 239 dpn. 74'de anılan yazarların hepsi BK md. 55'in yetersiz kaldığını kabul etmektedir.

<sup>616</sup> Bkz. yukarıda dpn. 180 ve orada zikredilen yazarlar.

<sup>617</sup> **Kaneti**, sf. 61.



*contrahendo* teorisinin ortaya çıkmamış olduğunu da unutmamak gereklidir. Nitekim Jhering'in teorisinin bazı Fransız yazarları etkilediği, ancak bu etkinin genele yayılamadığı da bilinmektedir<sup>618</sup>. Bunun yanı sıra Fransız Medeni Kanunu'nda yer alan ve istihdam edenin sorumluluğunu düzenleyen md. 1384/f. 5 hükmü gereğince bu hükümde anılan kişilerin kurtuluş beyyinesi getirme imkânı bulunmamaktadır<sup>619</sup>. Bu şekilde sözleşme öncesi sorumluluğun bir haksız fiil sorumluluğu olarak kabul edilmesi noktasında İsviçre'li yazarların sahip olduğu en büyük çekince de Fransız Hukuku'nda bertaraf edilmiş olmaktadır.

### 1. Haksız Fiil Hükümlerinin Doğrudan Uygulanması

Esas itibariyle sözleşme müzakerelerinden doğan sorumluluğun haksız fiil hükümlerine bağlanmak istenmesi son derece basit bir mantığa dayanmaktadır: Ortada taraflar arasında kurulmuş bir sözleşme yoktur. Sözleşmenin bulunmadığı bir durumda ise sözleşmeye aykırılık hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır<sup>620</sup>. Buna göre, mevcut bir sözleşme ilişkisi bulunmadığına göre tarafların kimseye zarar vermeme, davranışlarında gerekli özeni gösterip güveni sarsmamaya yönelik yükümlülüklerine aykırı davranmış olmaları genel bir davranış yükümlülüğünün ihlâli şeklinde değerlendirilecektir.

Sözleşme öncesi sorumluluğu haksız fiil sorumluluğunun bir uygulaması gibi ele alan bu görüşün, müzakerelerin kendine özgü yapısını dikkate almadığı için eleştirildiği görülmektedir<sup>621</sup>. Haksız fiil görüşünün taraftarları, sözleşme müzakerelerindeki tarafların bu döneme ilişkin yükümlülüklerini, bir soyutlama neticesinde özel niteliklerini dikkate almadan, genel özen gösterme ve zarar vermeme yükümlülükleri içerisinde değerlendirmektedir. Halbuki bu yükümlülükler alelâde ve herkese hitap eden nitelikte olmayıp, taraflar arasında müzakere

<sup>618</sup> Bu etkilenmenin *Jhering*'in eserinin *Meulneare* tarafından Fransızca'ya tercüme edilmesi neticesinde gerçekleştiği yönünde bkz. *Adal*, sf. 6. *İnan*, *Culpa II*, sf. 1001'de bu yazarlar arasında *Pieddelièvre*, *Saleilles*, *Baudry-Lacantinerie/Barde* gibi isimleri zikretmektedir.

Bu yazarlardan *Baudry-Lacantinerie/Barde culpa in contrahendo* teorisinin, hakkaniyetin gerektirdiği fakat içtihatlarda her zaman desteklenmeyen çözümler için meşru bir zemin yarattığı düşüncesindedirler. Bir taraf diğerine bir sözleşme yapmayı teklif ettiğinde, aynı zamanda karşı tarafı zarara uğratmama hususunda da eşyanın tâbiatından kaynaklanan bir garanti vermektedir. Bkz. G. *Baudry-Lacantinerie* / L. *Barde*, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des Obligations*, T. I, 2e éd., Paris 1900, sf. 362 vd. (*Kuonen*, sf. 154'den naklen). Ayrıca bkz. *Saleilles*, sf. 734 vd.

<sup>619</sup> *Terré/Simler/Lequette*, sf. 798.

<sup>620</sup> *Oser/Schönenberger* de bu durumu "akitsiz akdî sorumluluk olmaz" diyerek ifade etmektedir, *ZKomm*, Art. 26 N. 13, Zürich 1929 (*Ulusán*, sf. 302'den naklen.).

<sup>621</sup> *Ulusán*, sf. 303.

döneminde ortaya çıkan ve hukuken korunmaya değer bulunan bir ortak amaca yönelmiş özel davranış yükümlülükleridir. Bir başka ifadeyle bir sözleşme kurma amacıyla biraraya gelmiş taraflar artık “sathî ve tesadüfî” olarak biraraya gelmiş alelâde üçüncü kişiler gibi değerlendirilemezler ve bu nedenle genel ve soyut davranış yükümlülükleri yerine özel ve somut birtakım yükümlülükler altında bulunurlar. Buna bağlı olarak bir kimse, müzakere ilişkisi içinde bulunduğu belirli diğer kimseden özel ve somut bir şekilde, kendisine karşı zarar verici davranışlardan kaçınmasını istemekte haklı olacak ve bu noktada haksız fiil hükümlerinin uygulama alanından çıkmış bulunacaktır<sup>622</sup>.

Sözleşme öncesi sorumluluğa haksız fiil hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunan bu görüş, ayrıca sağlanmaya çalışan hakkaniyete uygun sonuçları yansıtmaktan uzak bulunduğu için de eleştirilmektedir. Özellikle BK md. 60’da yer alan zamanaşımının kısılalığı, BK md. 55’de kurtuluş beyyinesi getirilebilmesi imkânı ve kusurun ispatı açılarından zarar görenin aleyhine neticeler yarattığı ileri sürülmektedir<sup>623</sup>. Özellikle BK md. 55’in uygulanmasını doğru bulmayan **Piotet**, buradan hareketle temelde haksız fiil hükümlerinin uygulandığı ama BK md. 55’i devre dışı bırakan *sui generis* bir sistem önermiştir.

## 2. Piotet’in *culpa in contrahendo* sistemi

**Piotet**, *culpa in contrahendo* sorumluluğu ile ilgili olarak haksız fiil hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşünü benimsemekte<sup>624</sup>, bununla birlikte özellikle yardımcı şahıslardan sorumluluk hususunda kanunda bir boşluk bulunduğunu ileri sürmektedir<sup>625</sup>. Yazara göre, *culpa in contrahendo* sorumluluğu ile ilgili tatmin edici bir sonuca ulaşmak için bunun *sui generis* bir sorumluluk tipi olduğu kabul edilerek, kanun boşluğunun doldurulması gerekmektedir.

**Piotet** bu boşluğu doldurmak için haksız fiil hükümlerinden vazgeçmeye gerek olmadığını belirtmekte, fakat bu kapsamda uygulanması gereken İsv. BK md. 55 hükmü yerine, kurtuluş beyyinesi getirme imkânı olmayan başka bir hükmün

<sup>622</sup> **Ulusan**, sf. 303; **Serozan**, sf. 122.

<sup>623</sup> **Ulusan**, sf. 300.

**Serozan** ise olayı daha genel bir perspektifte değerlendirmekte ve kanunda farklı sonuçlara tâbi iki ayrı tip sorumluluk esasının kabul edilmiş olmasının bir hukukî kabalık ve katılık olduğunu ifade ederek bu durumun nisbi adaletsizlik yarattığını ileri sürmektedir. Bkz. **Serozan**, sf. 116.

<sup>624</sup> **Piotet**, *Culpa*, sf. 40.

<sup>625</sup> **Piotet**, *Culpa*, sf. 41.

kullanılması gerektiğini savunmaktadır<sup>626</sup>. Yazar, Borçlar Kanunu sistematigindeki hile, tehdit ve gabin hükümlerinden yararlanarak, bu hâllerde yardımcı kişilerin fiilleri açısından iş sahibinin kurtuluş beyyinesi getirme imkânı bulunmadığını, çünkü iş sahibinin, örneğin temsilcinin<sup>627</sup> hilesi karşısında, bunun sonuçlarına sanki kendi hilesi varmış gibi katlanması gerektiğini belirtmekte; buradan yola çıkarak sözleşme öncesi dönemde yardımcı şahısların fiillerinden sorumluluk açısından, Kanun'un md. 55'de yer alan kurtuluş beyyinesini kabul etmediği ve buna bağlı olarak bu madde hükmünün sözleşme öncesi alanda uygulanmasının önünü tıkadığı sonucuna varmaktadır. **Piotet** ayrıca, yine bu maddede aranan istihdam ilişkisinin de müzakerelere katılan yardımcı şahıslar (örneğin temsilci) ile iş sahibi arasında çoğunlukla mevcut olmadığını ve bu nedenle de İsv. BK md. 55'in sözleşme öncesi sorumluluğa uygulanmamasının sadece arzu edilen hukuk açısından değil, pozitif hukuk açısından da doğru bir sonuç olduğunu ileri sürmektedir.

Yazar, İsv. BK md. 101 (BK md. 100) hükmünün uygulanmasını da sözleşmesel sorumluluğu kabul etmediği için reddetmektedir<sup>628</sup>. Bunun yanı sıra, sözleşme öncesinde uyulması gereken davranış yükümlülüklerinin temsil olunana değil temsilciyi bağladığını ifade eden **Piotet**, bu nedenle de İsv. BK md. 101'in uygulanamayacağını, çünkü buradaki düzenlemenin davranış yükümlülüklerinin temsil olunana ait olduğu varsayımını esas aldığını ileri sürmektedir.

Bu iki maddeyi böylelikle saf dışı bırakan yazar, yeni bir yol önermekte ve sözleşme öncesinde yardımcı şahısların fiillerinden sorumluluk için İsv. BK md. 27 hükmünün kullanılması gerektiğini ileri sürmektedir<sup>629</sup>. Bir kişinin iradesinin vasıta tarafından yanlış surette nakledilmesini düzenleyen bu hüküm, böyle bir durumda hata hükümlerinin kıyasen uygulanmasına cevaz vermektedir. **Piotet**, bu hükmün Borçlar Kanunu'nda sözleşme öncesinde yardımcı şahısların fiillerinden sorumluluğu açıkça düzenleyen tek madde olduğunu belirtmektedir<sup>630</sup>. Bu madde hiçbir tâbiyet ve

<sup>626</sup> **Piotet**, *Culpa*, sf. 66 vd.

<sup>627</sup> **Piotet**'ye göre temsilci, dar anlamda yardımcı şahıs kavramından farklıdır. Dar anlamda yardımcı şahıs ne taraftır, ne üçüncü kişi ne de temsilcidir. Fakat bu ayırım ancak bir hukukî işlemi yapma konusunda yetkilendirme olması hâlinde geçerlidir. Oysa, sorumluluğun hukukî niteliği nasıl kabul edilirse edilsin, *culpa in contrahendo* bir hukukî işlem değildir. Hukukî işlem gerçekleştirmeyen bir temsilci de ancak iş sahibinin yardımcısı olarak kabul edilebilir. Hukukî işlemin sonradan kurulması ve bunun kimin tarafından gerçekleştirildiği mühim değildir. Bkz. **Piotet**, *Culpa*, sf. 66, dpn. 189.

<sup>628</sup> **Piotet**, *Culpa*, sf. 68 vd.

<sup>629</sup> **Piotet**, *Culpa*, sf. 74 vd.

<sup>630</sup> **Piotet**, *Culpa*, sf. 75.

bağımlılık ilişkisi gerektirmemekte, üstelik bir kurtuluş beyyinesi imkânı da sunmamaktadır; iş sahibi kusuru olmamasına rağmen, vasitanın hatası nedeniyle meydana gelen zararı tazmin yükümlülüğü altındadır.

Kanaatimizce, ilk bakışta *Piotet* hem haksız fiil hem sözleşmesel sorumluluk görüşünün yandaşlarını memnun edecek bir sistem bulmuş gibi görünmektedir. Ancak yazarın özellikle irade fesadını düzenleyen hükümlerden yola çıkarak Borçlar Kanunu'nda yardımcı şahısların sözleşme öncesi dönemdeki fiillerinden doğan sorumluluğa ait bir düzenlemenin mevcudiyeti sonucuna varmış olmasını yerinde bulmamanın yanı sıra, BK md. 27'nin de kanun koyucu tarafından bu şekilde genel bir amaçla getirilmiş olduğu konusu şüphelidir. Sadece bir kişinin iradesi ya da rızasının, vasitanın hatası yüzünden karşı tarafa yanlış iletilmesini düzenleyen bir hüküm, kanaatimizce sözleşme müzakereleri esnasındaki tüm hallerde yardımcının fiili nedeniyle iş sahibinin sorumluluğuna gidilebileceğini göstermez. Bu madde kapsamında vasitanın hatasının, bir anlamda beyan sahibine atfedilmesi söz konusu olmakta ve bu şekilde, esas itibariyle düzgün bir biçimde beyanda bulunmuş olan beyan sahibi, vasita nedeniyle karşı tarafa başka şekilde aktarılmış olan beyanını hata hükümlerinden yararlanmak suretiyle iptal edebilmektedir<sup>631</sup>. Hem içerik hem de kanundaki yeri açısından özel bir nitelikte olduğunu düşündüğümüz bu maddeye, yorum yoluyla bu kadar geniş bir anlam kazandırmanın doğru olmadığı görüşüne katılmaktayız<sup>632</sup>.

Nitekim *Piotet* de, yardımcı şahısların fiilinin *sui generis* bir sorumluluğa yol açtığı durumların sadece iradenin fesada uğradığı haller olacağını belirtmekte ve İsv. BK md. 55'in bertaraf edilebilmesinin, sadece ve ancak somut olayın şartlarının İsv. BK md. 26 – 29 arasında düzenlenen hallere benzerlik teşkil etmesi durumunda söz konusu olacağını ifade etmektedir<sup>633</sup>. Yazar iki ihtimâlde *sui generis* sorumluluğun uygulanmayacağını kabul etmektedir. Bunlardan ilki, “*Linoleumfall*” olayında olduğu gibi yardımcı şahsın koruma yükümlülüklerini ihlâli sonucunda karşı tarafın zarara uğramasıdır. *Piotet*, Alman yazarların aksine, burada uygulanması gereken hükmün, haksız sonuçlara yol açsa da İsv. BK md. 55 olduğu görüşündedir; çünkü

<sup>631</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 418. Yazar, bu şekilde gerçekleşen beyan hatasının esaslı olması gerektiğini belirtmektedir.

<sup>632</sup> Bu yönde **Yalman**, sf. 112 vd.

<sup>633</sup> **Piotet**, *Culpa*, sf. 81.

pozitif düzenleme bunu gerektirmektedir<sup>634</sup>. *Sui generis* sorumluluğun uygulanmayacağı ikinci ihtimâl ise yardımcı şahsın müzakereler esnasında öğrenmiş olduğu sır niteliğinde gizli bir bilgiyi ifşa etmesi hâlidir. Burada da bir sırrı açıklamamaya yönelik genel davranış yükümlülüğü ihlâl edilmiş ve hatta bu sırrı açıklayan yardımcı artık görev alanının dışında hareket etmiş olmaktadır<sup>635</sup>. Yazara göre, bu iki hâlin dışında kalan durumların bir çoğunda yardımcı şahısların davranışlarından doğan sorumluluk *sui generis* bir görünüm arz edecektir<sup>636</sup>. Ancak **Piotet**'nin bu görüşü ne doktrinde ne Federal Mahkeme içtihatlarında fazla bir yankı bulabilmiştir<sup>637</sup>.

### C. Karma Görüşler

#### 1. *Jäggi*'nin görüşü (*Eklektik görüş*)

*Jäggi*'ye göre<sup>638</sup> esas itibariyle sözleşme öncesi dönemde ortaya çıkan sorumluluğun hukukî niteliğinin araştırılması gerekli değildir, hatta anlamsızdır. Bu hususta, temelde cevap verilmesi gereken soru, bu dönemde ortaya çıkan tazminat alacağının, koşulları ve içeriği ile ilgili olarak hangi biçimlere (*Modalität*) bağlı olduğu sorusudur. Bu soruya verilecek cevap ise, her olayda en uygun çözümü elde edilecek tarzda olmalıdır. Sözleşme öncesi dönemde tarafların sahip oldukları yükümlülükleri kanunî bir borç olarak değil, genel davranış yükümlülüğü olarak nitelendiren *Jäggi*<sup>639</sup>, böylelikle temelde sözleşme öncesi sorumluluğu bir haksız fiil sorumluluğu olarak algılamaktadır. Ancak özel nedenler haklı kıldığında, sözleşmesel sorumluluğu düzenleyen İsv. BK md. 97 (BK md. 96) vd. hükümlerinin

<sup>634</sup> **Piotet**, *Culpa*, sf. 82.

<sup>635</sup> Burada bahsedilen yardımcının bir temsilci olması durumunda, sır saklama yükümlülüğünü bu şekilde ihlâl eden temsilci, yetkisinin dışına çıkarak dürüstlük kuralına aykırı bir davranışta bulunması nedeniyle şahsen sorumlu olacaktır. Bkz. **Esener**, *Temsil*, sf. 136. Sır saklama yükümlülüğü ve dürüstlük kuralı ile ilgisi için bkz. yukarıda § 3, I, B.

<sup>636</sup> **Piotet**, *Culpa*, sf. 82, ayrıca bkz. sf. 125 vd.

<sup>637</sup> **Tercier**, **Piotet**'nin bu görüşünün biraz fazla incelikli ama ikna edici olduğunu ifade etmekte ve Federal Mahkeme'nin bunu görmezden gelmesini talihsizlik olarak nitelemektedir. Bkz. **Tercier**, *Culpa in Contrahendo*, sf. 240. Türk Hukuku'nda ise *Adal* bu görüşü benimsemektedir. Bkz. *Adal*, sf. 112. **Esener**'e göre ise, BK md. 32'nin kıyasen uygulanmasıyla temsilcinin müzakere esnasındaki kusurlu hareketinden temsil olunanın sorumlu tutulması mümkündür. Temsilcinin kuruluşunda rol aldığı sözleşmeden doğan alacak ve borçlar temsil olunanı bağladığına göre, bu sözleşmenin kuruluşu esnasında temsilci ile karşı taraf arasında kurulan güven ilişkisinin ihlâlinin sonuçlarına da temsil olunanın katlanması gerekecektir. Bkz. **Esener**, *Temsil*, sf. 135.

<sup>638</sup> **Schönenberger/Jäggi**, ZKomm., OR Art. 1 N. 592.

<sup>639</sup> **Schönenberger/Jäggi**, ZKomm., OR Art. 1 N. 574 vd., N. 585. *Jäggi*, örnek olarak, özen yükümlülüğünün ihlali, karşı tarafın aldatılması, şekle uygun yapılmamış olmasına rağmen o sözleşmenin geçerli olduğuna ve ifa edileceğine dair güvenin uyandırılması hallerini zikretmektedir.

kıyas yoluyla haksız fiile ait biçimlere uygulanabileceğini ileri sürmekte, fakat bu haklı nedenlerin ne olduğunu açıklamamaktadır<sup>640</sup>.

**Jäggi** tarafından sorumluluğun ya da tazminat alacağının biçimleri olarak nitelendirilen hususlar, kusuru kanıtlama yükümlülüğü, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk ve zamanaşımıdır. Bu görüşe nazaran, sözleşme müzakereleri esnasında ortaya çıkabilecek kusur durumları birbirinden çok değişik olduğu için bunun ispatının kime ait olacağı hususunda genel bir kural belirlenemez<sup>641</sup>. Yardımcı kişilerin müzakerelerle ilgili olan fiillerinden doğan zararlar için İsv. BK md. 55 elverişli olmadığı için, İsv. BK md. 101 (BK md. 100) hükmünün uygulanması gerekir<sup>642</sup>; zamanaşımı yönünden ise İsv. BK md. 60'da düzenlenen haksız fiillerdeki zamanaşımı süresi uygundur<sup>643</sup>.

Görüldüğü gibi, yazar burada yardımcı şahıslar açısından sözleşmeye aykırılık hükümlerini uygulamak isterken, zamanaşımı açısından ise haksız fiil hükümlerini tercih etmekte ve bu nedenle de eleştirilere uğramaktadır. İsviçre ve Türk hukuk sistemlerinde bir hukukî durum için sözleşme hükümleri ve haksız fiil hükümlerinin aynı anda ortaya çıkması kabul edilmekte fakat bu hükümlerden ancak birinin uygulanmasına müsaade edilmektedir; çünkü hükümler ancak bu şekilde anlamlı bir bütün oluşturabilirler<sup>644</sup>. Hakların telâhuku ya da yarışması<sup>645</sup> olarak adlandırılan bu durum karşısında her iki müessesenin bir arada uygulanması imkânı mevcut değildir. Bu esaslardan birine dayanan davacı ona ait tüm kuralları da kabul etmiş sayılır. Bu nedenle eleştirilerin başında böyle bir görüşün kabul edilmesi halinde Borçlar Kanunu sistemine ters düşüleceği gelmektedir<sup>646</sup>. Bunun yanı sıra bu tip bir uygulamanın ancak bir kanunu boşluğunun doldurulması halinde mümkün olacağı, halbuki burada böyle bir boşluk bulunmadığı, boşluk bulunduğu varsayılsa dahi hâkimin önüne gelen olayda öngörülen bir sistemden vazgeçerek boşluğu bu şekilde doldurmasının çok kuşkulu olduğu da ileri sürülmekte ve böyle bir uygulamanın

<sup>640</sup> **Piotet**, *Mélanges*, sf. 368.

<sup>641</sup> **Schönenberger/Jäggi**, ZKomm., OR Art. 1 N. 593.

<sup>642</sup> **Schönenberger/Jäggi**, ZKomm., OR Art. 1 N. 594.

<sup>643</sup> **Schönenberger/Jäggi**, ZKomm., OR Art. 1 N. 595.

<sup>644</sup> **Piotet**, *Mélanges*, sf. 368.

<sup>645</sup> Bu konuyla ilgili olarak bkz. von Tuhr, sf. 39 vd.; **Eren**, sf. 1092 - 1093; **Oğuzman/Öz**, sf. 378 vd., özellikle sf. 379; **Tunçomağ**, sf. 107.

<sup>646</sup> **Yılmaz**, sf. 247; **Ergüne**, sf. 107.

hukuk güvenliği ile bağdaşmayacağı da ifade edilmektedir<sup>647</sup>. Prensipten belli bir olaya uygulanacak hükümler belirlenirken, önce bu olayın hukukî olarak nitelendirilmesi ve sonra buna uygulanacak hükmün tespit edilmesi gereklidir. Halbuki **Jäggi**'nin ileri sürdüğü görüş, bunun tam tersi bir mantığa dayanmakta ve önce sonuçları açısından en uygun bulunan hüküm tespit edildikten sonra fiili olayın değerlendirilmesi yapılmakta, hatta bu değerlendirmenin yapılması dahi önemsiz görülmektedir. Bir başka deyişle, hukuk mantığı en uygun sonuca ulaşabilmek için ters çevirilmiş olmaktadır ve bu durum kanunun sistematığına da aykırıdır<sup>648</sup>.

## 2. **Bühler**'in görüşü

**Bühler** de esas olarak **Jäggi**'nin görüşünden yola çıkmakta fakat her olayda tazminat alacağının biçimlerini araştırmak yerine, genel itibariyle her *culpa in contrahendo* olayında hangi sorumluluk nedeninin bulunduğunu araştırmak gerektiğini ileri sürmektedir<sup>649</sup>. Böylelikle *culpa in contrahendo* ile ilgili genel bir hukukî nitelendirme yapılmayacak ve her somut olayın özelliğine göre sözleşmeye aykırılık ya da haksız fiil hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır.

Bu görüş çerçevesinde, kusurlu davranış müzakerelerle işlevsel açıdan bağlantı içindeyse, buradan doğacak sorumluluk sözleşme esasına dayanan bir sorumluluk olacaktır. Başka bir deyişle, sözleşme müzakerelerinde kusur olarak değerlendirilebilecek her durumda **Bühler**'in esas olarak sözleşme sorumluluğunu kabul ettiği sonucuna varılabilecektir<sup>650</sup>; çünkü yukarıda illiyet bağı kavramı içinde de açıklanmış olduğu üzere müzakereler ile kusur arasında bir işlevsel bağlantı yoksa zaten sözleşme müzakerelerinden kaynaklanan bir sorumluluk değil, genel olarak haksız fiil sorumluluğunun doğduğu kabul edilecektir.

Buna göre, sözleşme müzakereleri neticesinde taraflardan biri diğerini bir anlaşmaya varılmış olduğuna inandırır; ancak daha sonra bir üçüncü kişiyle sözleşme ilişkisini kurarsa, diğer tarafın sözleşmenin kurulacağına güvenerek gerçekleştirdiği masrafları tazmin etmek zorunda kalır. Buradaki kusurlu davranış sözleşme müzakereleri ile bağlantılı olduğundan sorumluluğun sözleşmeye aykırılık esaslarına

<sup>647</sup> **Yılmaz**, sf. 248; **Kutlu Sungurbey**, sf. 124.

<sup>648</sup> **Tercier**, *Culpa in Contrahendo*, sf. 237; **Kuonen**, sf. 330; **Piotet**, *Mélanges*, sf. 368.

Bu rağmen İsviçre Federal Mahkemesi uygulamada **Jäggi**'nin bu görüşünü benimsemiş durumdadır. Federal Mahkeme'nin uygulamasıyla ilgili olarak bkz. ileride §5, III, B.

<sup>649</sup> Theodor **Bühler**, "Zum Problem der culpa in contrahendo", SJZ 1979, 75. Jahrgang, Heft 23, sf. 364 (**Yılmaz**, sf. 248'den naklen.).

<sup>650</sup> **Yılmaz**, sf. 249.

göre tespit edilmesi gerekecektir. Halbuki, eğer taraflardan biri diğerini yerine getiremeyeceğini bildiği bir sözleşmenin kurulması için kandırmış olsaydı, burada haksız fiil hükümlerinin uygulanması gerekecekti; çünkü buradaki kusur belli bir sözleşme ilişkisi ile bağlantılı olarak değil, genel yükümlülüklerle aykırılık olarak karşımıza çıkmaktadır.

**Bühler** bu görüşüne kanun maddelerinden de örnekler vermekte ve bu kapsamda İsv. BK md. 39/2'nin sözleşmesel sorumluluğa, İsv.MK md. 411/2 (MK md. 452/f. 2)'nin ise haksız fiil sorumluluğuna tâbi olması gerektiğini belirtmektedir<sup>651</sup>. Ancak bu son hâlin de sözleşme müzakereleri ile ilgili olduğu ve bu maddeyi haksız fiil sorumluluğuna tâbi kılarak **Bühler**'in kendi koyduğu kıstas ile çeliştiği ileri sürülmektedir<sup>652</sup>.

### 3. **Bucher**'in görüşü

**Bucher**, *culpa in contrahendo* sorumluluğunun ne sözleşmesel bir sorumluluk ne de bir haksız fiil sorumluluğu olduğu görüşündedir<sup>653</sup>. Bu görüşe göre *culpa in contrahendo* sorumluluğu dayanağını İsv. MK md. 2 hükmünden alan ve kendi özel kuralları olan, kendine özgü bir sorumluluk türü olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte bu sorumluluğun içinde hem haksız fiil hem de sözleşme sorumluluğuna ilişkin unsurlar barınmaktadır.

**Bucher**, *culpa in contrahendo* sorumluluğunu incelerken kusurun ispatı meselesi üzerinde durmamış ve konuyu sadece zamanaşımı ve yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk çerçevesinde ele almıştır. Buna göre, sözleşme öncesi dönemde ortaya çıkacak sorumluluğa uygulanması gereken zamanaşımı süresi belirlenirken genel zamanaşımı – özel zamanaşımı ayırımından yararlanmak gerekmektedir. Halbuki bu ayırım yerine çoğunlukla haksız fiil zamanaşımı – sözleşmesel zamanaşımı ayırımı kullanılmaktadır. Özel bir zamanaşımı süresinin kanun tarafından açıkça öngörülmediği durumlarda genel zamanaşımı süresi olan İsv. BK md. 127 (BK md. 125)'de yer alan 10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiği bu madde hükmünde açıkça belirtilmiş durumdadır. *Culpa in contrahendo* sorumluluğu da açık bir şekilde haksız fiil olarak nitelendirilemediğine

<sup>651</sup> **Bühler**, sf. 365 (**Yılmaz**, sf. 249'dan naklen); aynı yönde **von Tuhr**, sf. 209; **Piotet**, *SJZ*, sf. 232.

<sup>652</sup> **Piotet**, *SJZ*, sf. 226 dpn. 4; **Yılmaz**, sf. 249.

<sup>653</sup> Eugen **Bucher**, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne deliktsrecht*, Zürich 1979, sf. 254 (**Yılmaz**, sf. 249'dan naklen.).



göre, burada uygulanması gereken zamanaşımı da 10 yıllık genel zamanaşımı olmalıdır<sup>654</sup>.

Bu görüş kapsamında kanunda düzenlenen *culpa in contrahendo* hallerinin de (İsv. BK md. 26, 36/2, 39, İsv. MK md. 411) 10 yıllık genel zamanaşımına tâbi olacağı ifade edilmektedir; çünkü bu hallerde de özel bir zamanaşımı süresinin varlığı kanundan çıkarılamamaktadır<sup>655</sup>.

**Bucher**'in bu teorisinde yardımcı kişilerin sözleşme öncesi döneme ait fiillerinden sorumluluk da İsv. BK md. 101 (BK md. 100) hükmünün uygulanmasıyla sözleşme sorumluluğu kapsamında çözüme kavuşturulmaktadır<sup>656</sup>.

Bu teori de eleştirilere maruz kalmıştır. Bunların başında bu görüşün, sözleşme öncesinde var olduğu kabul edilen yükümlülükleri açık bir şekilde sınıflandırmamış olduğu gelmektedir. Buna göre sözleşme öncesi yükümlülükler ya genel nitelikte yükümlülüklerdir ya da kanundan doğan borçlardır ve bu ikisinin arası yoktur<sup>657</sup>. Ayrıca, haksız fiilden doğan bir alacağın zamanaşımı ile ilgili özel bir kural bulunmadığı ya da BK md. 60'ın uygulanacağı kanundan açıkça anlaşılamadığı için genel zamanaşımına bağlı tutulması doğru bulunmamaktadır. BK md. 60'da öngörülen süre, özel bir kural bulunmadıkça, Borçlar Kanunu ve diğer kanunlarda düzenlenen tüm haksız fiillere uygulanacaktır<sup>658</sup>. Bunun yanı sıra, yardımcıların fiilinden sorumluluk hususunda da uygulanacak hükmün sadece “*daha uygun*” olmasının böyle bir tercih için yeterli olmadığı ifade edilmektedir<sup>659</sup>. **Jaggi**'nin görüşünde olduğu gibi, burada da, kanunun bir maddesinin *uygun* bulunmasının, o maddenin uygulanması için yeterli olmadığı belirtilmektedir.

<sup>654</sup> **Bucher**, sf. 254 (**Yılmaz**, sf. 250'den naklen.).

<sup>655</sup> **Bucher**, sf. 254 dpn. 35 (**Yılmaz**, sf. 250'den naklen.).

Türk Hukuku'nda benzer bir görüşü **Kılıçoğlu** savunmaktadır. Yazara göre, Borçlar Kanununda özel olarak düzenlenmiş *culpa in contrahendo* hâlleri için (BK md. 26, 31/ f.3, 36/ f. 2, 39), BK md. 125 gereğince on yıllık zamanaşımı süresi uygulanacak; buna karşılık diğer kanunlarda düzenlenmiş olan (MK md. 452/f. 2 gibi) ve kanunlarda düzenlenmemiş olan sözleşme öncesi kusur sorumluluklarında zamanaşımı süresi BK md. 60'a tâbi olacaktır. Bkz. **Kılıçoğlu**, sf. 60 – 61.

<sup>656</sup> **Bucher**, sf. 255 (**Yılmaz**, sf. 250'den naklen.).

<sup>657</sup> **Yılmaz**, sf. 250.

<sup>658</sup> Bu konuda özellikle **Piotet** anılan madde hükümlerinde düzenlenen hallerin birer haksız fiil niteliğinde olduğunu kabul etmekte ve bu nedenle bu eleştiriyi getirmektedir. Bkz. Paul **Piotet**, “La culpa in contrahendo aujourd’hui”, *SJZ*, August 1981, 77. Jahrgang, no : 15, sf. 241 dpn. 45; aynı yönde **Yılmaz**, sf. 250. Aksi görüşte **Kutlu Sungurbey**, sf. 134.

<sup>659</sup> **Yılmaz**, sf. 250. Aksi görüşte **Kutlu Sungurbey**, sf. 136.

Bu eleştirilere eklenecek bir başka husus ise özellikle BK md. 26'nın 10 yıllık genel zamanaşımına tâbi tutulmasıyla ilgili olabilir. BK md. 26 hükmü ihmâl yüzünden düşülen hatayı düzenlemektedir ve kural olarak, bu şekilde hataya düşen taraf sözleşmeden, iptal etmek suretiyle, kurtulmak istediğinde karşı tarafın bu nedenle oluşacak zararını tazmin etmekle mükellef kılınmıştır. Hata nedeniyle sözleşmenin iptali ise, diğer irade fesadı hallerinde olduğu gibi BK md. 31'de düzenlenmekte ve bu hakkın kullanılabilmesi hatanın anlaşıldığı tarihten itibaren 1 yıllık bir hak düşürücü süreye bağlanmış bulunmaktadır. Burada ayrıca 10 yıllık bir üst sürenin bulunup bulunmadığı tartışmalı bir konu olmakla birlikte, hâkim görüşüne göre böyle bir üst sınırın bulunmadığı kabul edilmektedir<sup>660</sup>. Kanunda öngörülmüş olmayan böyle bir sürenin, yorum yoluyla kabul edilmesi hakkın kullanılmasını sınırlayacaktır, ki yorum yoluyla böyle bir sonuca varılması kabul edilemez. Bununla birlikte MK md. 2'nin bir yansıması olan BK md. 25/f. 1 hükmü kıyas yoluyla uygulanarak sözleşme kurulduktan çok uzun bir zaman sonra kullanılmak istenen iptal hakkının, somut olayın özellikleri de göz önünde tutularak, hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği sonucuna varılabilecektir<sup>661</sup>.

Dolayısıyla, *Bucher*'in *culpa in contrahendo* sorumlulukta genel zamanaşımının uygulanması teorisini kabul etmekle birlikte, bu nokta itibariyle katılma imkânı bulamıyoruz.

<sup>660</sup> Bu yönde bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 442; **Oğuzman/Öz**, sf. 106; **Eren**, sf. 374. **Oğuzman**, BK md. 31 kapsamında hile ile ilgili yapmış olduğu bir incelemede (bkz. Kemal **Oğuzman**, “Bir akdın hile sebebiyle iptali azami bir müddetle tahdit edilmiş midir ? (BK md. 31 üzerinde bir tetkik)”, İstanbul Barosu Dergisi, Nisan 1953, Cilt : XXVII, Sayı : 4, sf. 184.) 10 yıllık genel zamanaşımı süresinin alacak haklarıyla ilgili olduğunu, halbuki burada yenilik doğuran bir fesih hakkının kullanılmasının söz konusu bulunduğunu belirtmekte ve bu iki tür hakkın tamamen farklı olduğunu ifade etmektedir. Yazar, kanun koyucunun bu hususta bir azamî süre getirmek istemediği ve bu nedenle burada bir kanun boşluğu bulunmadığı görüşündedir. Bkz. **Oğuzman**, sf. 187 – 188. Yazarın görüşleri özellikle hile bahsiyle ilgili olmakla birlikte, bunlar hata hali için de geçerlidir.

**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sf. 454'te, kanunun ruhunun böyle bir süreyi haklı çıkardığı görüşünü savunmaktadırlar. **Feyzioğlu** ise, bu konuda kanunda bir boşluk olduğu ve kıyasen doldurulması gerektiği görüşünde olup, **Oğuzman** tarafından eleştirilen Yarg. HGK 30.5.1951 tarih ve E. 1-224 K. 100 (AD, Yıl: 44, Sayı: 3, Mart 1953, sf. 310) sayılı kararı yerinde bulmaktadır. Bkz. **Feyzioğlu**, sf. 182. **Esener** ise (bkz. *Borçlar Hukuku*, sf. 139) sadece bu karara atıf vermektedir.

İsviçre Hukuku'nda **Engel**, sözleşmenin kuruluşundan itibaren işleyecek 10 yıllık bir üst süreyi kabul etmektedir. Bkz. **Engel**, *Traité*, sf. 340. Buna mukabil Federal Mahkeme aksi kanaattedir, bkz. ATF 114 II 131, 140 – 141 = JdT 1988 I 515 – 516.

<sup>661</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 442; **Eren**, sf. 374.

## II. Uygulanacak Hükümler İçin Yapılacak Tercihin Sonuçları

Sözleşme öncesi sorumluluğa uygulanacak hükümlerin belirlenmesi esas itibariyle bütün sonuçları açısından değil, sadece bazı noktalardaki sonuçları açısından farklılık arz etmektedir. Uygulanacak hükümler açısından yapılacak tespitin önemi özellikle kusurun ispatı, zamanaşımı ve yardımcı şahısların fiillerinden sorumluluk noktalarında toplanmaktadır.

Ancak bu noktalar dışında da iki sorumluluk türü arasında farklılar bulunmaktadır. Bunlara kısaca değinmek gerekirse:

Öncelikle hükümlerin koruma alanına giren kimseler ve sorumlu tutulacak kişiler açısından da iki tip sorumluluk arasında fark olduğu görülmektedir<sup>662</sup>. *Culpa in contrahendo* sorumluluğuna uygulanacak hükümler haksız fiil hükümleri olursa, asıl failin yanı sıra, bu fiile kasıt ya da ihmâl yoluyla katılmış olan diğer kişiler de sorumlu tutulabilecek, bir başka ifadeyle BK md. 50 gereğince müteselsil sorumluluk gerçekleşebilecek; sözleşmeye aykırılık hükümleri uygulanacak olduğu takdirde ise sözleşmesel sorumluluk sadece yükümlülüğünü fiilen ihlâl eden kişiye ait olacak, onu bu ihlâl zorlayan ya da kışkırtan kişiler ise, zarar görene karşı ancak haksız fiil kapsamında sorumlu tutulabileceklerdir.

Bunun dışında, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğun BK md. 99/f. 2 ve BK md. 100/f. 2 hükümlerine uygun şekilde yapılacak sorumsuzluk anlaşmalarıyla daraltılması mümkün iken, haksız fiil sorumluluğunda kural olarak bu imkân mevcut değildir. Ancak aynı fiil hem bir haksız fiil hem de sözleşmeye aykırılık teşkil ediyorsa, sözleşmeye konmuş olan sorumsuzluk kayıtlarının haksız fiil açısından da geçerli olacağı kabul edilmektedir<sup>663</sup>.

BK md. 98/f. 1 hükmü gereğince yapılan işin borçlu için bir fayda sağlamıyor olması, onun sorumluluğunun daha az şiddetle takdir olunmasını sağlarken, haksız fiil faili açısından böyle bir düzenleme mevcut değildir.

Bunlar dışında iki tür sorumluluk arasında BK md. 98/f. 2'de haksız fiil hükümlerine yapılan atıf nedeniyle önemli bir fark bulunmamaktadır. Bu hüküm gereğince zarar ve tazminatın hesaplanması aynı esaslara tâbi kılınmıştır.

<sup>662</sup> Piotet, *SJZ*, sf. 231; Kuonen, sf. 504.

<sup>663</sup> Eren, sf. 1093; Oğuzman/Öz, alacaklının seçiminin bu hususta borçlunun durumunu ağırlaştırmayacağını ifade etmektedir, sf. 380, ayrıca bkz. sf. 359 dñn. 347'de anılan yazarlar.

### A. İspat Yükü Açısından

Sorumluluğun unsurları incelenirken ele alındığı gibi, *culpa in contrahendo* sorumluluk hangi hükümlere bağlanırsa bağlansın, bir kusur sorumluluğu olarak karşımıza çıkacaktır. Bu kusurun kim tarafından ispat edileceği sorunu ise, tercih edilmesi söz konusu olan hükümler açısından farklılık göstermektedir.

Haksız fiil hükümleri gereğince sorumluluğu gerektiren fiilin, kusurun ve zararın ispatı zarara uğrayan kişiye aittir<sup>664</sup>. Esas itibariyle burada MK md. 6'da yer alan “*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.*” genel kuralının bir uygulaması söz konusudur ve BK md. 42/f. 1 hükmü de “*Zararı ispat etmek müddeiye düşer.*” demek suretiyle, özellikle zararın ispatı açısından bu kuralı tekrarlamaktadır.

Bu açıdan, sözleşmeye aykırılık hükümleri kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Gerçekten de BK md. 96'ya göre “*Alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde borçlu kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur.*” Burada görüldüğü gibi borçlunun sorumluluğu açısından, onun kusurlu olduğu kanun tarafından karine olarak kabul edilmekte ve borçlu bu sorumluluktan ancak kusursuz olduğunu ispat ederek kurtulabilmektedir<sup>665</sup>. Bir başka deyişle, zarara uğrayan şahıs borçlunun kusurlu olduğunu ispat yükümlülüğü altında bulunmamakta, borçlu kusurlu olmadığını ispat etmek zorunda bırakılmaktadır. Haksız fiilden farklı olan bu sistemin *ratio legis*'i olarak ise borcun ifasını engelleyecek olay ve durumların borçlunun hâkimiyet alanında gelişmesi ileri sürülmektedir. Bu şekilde borçlunun, kendi hâkimiyet alanı içerisinde gelişen olayları daha iyi bilecek ve açıklayacak bir konumda olduğu varsayılmış olmaktadır<sup>666</sup>.

*Culpa in contrahendo* sorumluluğu söz konusu olduğunda gerçek anlamda bir borcun ifasından bahsedilemese de, belli yükümlülüklerin yerine getirilmemesi borca aykırılığa benzetilebilir. Bu durumda BK md. 96 vd. hükümlerinin uygulanması kabul edilirse, bu yükümlülüklerin ihlâlinden dolayı zarara uğrayan taraf açısından bir ispat kolaylığı sağlanmış olur. Mağdur, sadece bu ihlâlin gerçekleştiğini ve

<sup>664</sup> Tunçomağ, sf. 445; Oğuzman/Öz, sf. 547 ve 548; Eren, sf. 541; Uygur, sf. 404.

<sup>665</sup> Tunçomağ, sf. 815; Oğuzman/Öz, sf. 354; Eren, sf. 1022; Tandoğan, *Mes'uliyet*, sf. 62; Uygur, sf. 404.

<sup>666</sup> Tunçomağ, sf. 815; Oğuzman/Öz, sf. 354; Eren, sf. 1022.

uğradığı zararı ispat edecek<sup>667</sup>; ihlâli gerçekleştiren kişi ise, bu ihlâlde kusurlu olmadığını ortaya koyacaktır. Eğer bu konuda başarı sağlayamazsa, bir başka ifadeyle gerçekte kusurlu bulunmadığı halde kusursuzluğunu ispat edemezse, sorumlu tutulmaktan kurtulamayacaktır. Bu nedenle sözleşmeye aykırılık hükümlerinin uygulanması haksız fiil hükümlerine nazaran zarara uğrayan açısından daha elverişli bulunmaktadır<sup>668</sup>.

Sözleşme öncesi dönemde tarafların yerine getirmesi gereken yükümlülükler temelde bir özen yükümlülüğü olduğu için, **Piotet** ispat yükü açısından pratikte hangi hükmün tercih edildiğinin bir önemi kalmayacağını belirtmektedir<sup>669</sup>. Zarara uğrayan taraf zararı ve sebebini ispat etmek zorunda olduğuna göre, söz konusu özen borcuna aykırılığın gerçekleştiğini ispat edebilmek için bunun kapsamının ne olduğunu ve failin ne surette bunu ihlâl etmiş olduğunu ortaya koyması gerekecektir. Borçlunun kusurunun objektifleştirilmesi neticesinde, borçlunun göstermesi gereken özenin derecesi; öncelikle üstlenmiş olduğu borcun nitelik, kapsam ve içeriğine, bunu yanında da mensup olduğu sosyal ve mesleki çevreye göre belirlenecektir. Buna göre, borçlu mensubu olduğu bu çevredeki makul, dürüst ve orta düzeydeki bir borçlunun bu tür işlerde göstermesi gereken özen derecesinde bir özen gösterme yükümlülüğü altında olacaktır. Somut olayda borçlunun bu belirlenen çizgiden sapma göstermesi halinde onun kusurlu olduğu kabul edilecektir<sup>670</sup>. Borçlunun bu kusur karinesini çürütmesi, bir başka ifadeyle kusursuzluğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilmesi için, borcun mevcudiyetini veya muaccel olduğunu bilmediğini ve göstermiş olduğu tüm dikkat ve özene rağmen bilecek durumda da olmadığını ortaya koymalıdır<sup>671</sup>. Bunun yanı sıra, borçlu kaza veya mücbir sebep hallerini isbat ederek de sorumluluktan kurtulabilecektir<sup>672</sup>.

<sup>667</sup> **Oğuzman/Öz**, sf. 345; **Piotet**, *SJZ* II, sf. 241.

<sup>668</sup> **Oğuzman/Öz**, sf. 356; **Tandoğan**, *Mes'uliyet*, sf. 533; **Tunçomağ** da sf. 815'de, bu sistemin borçlunun durumunu bir hayli ağırlaştırmış olduğunu ifade etmektedir.

<sup>669</sup> **Piotet**, *Culpa*, sf. 54 – 55; **idem**, *SJZ* II, sf. 241; aynı yönde Rainer **Gonzenbach**, *Culpa in Contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht*, Bern 1987, sf. 154 vd (**Ergüne**, sf. 131 dpn. 193'den naklen.); **Tercier**, *Culpa in Contrahendo*, sf. 239; **Kuonen**, sf. 515.

<sup>670</sup> **Eren**, sf. 1020; **Tunçomağ**, sf. 809 vd.

<sup>671</sup> **Eren**, sf. 1023. **Tunçomağ**, borçlunun sorumlu tutulabilmesi için borcun varlığından haberdar olması gerektiğini kabul etmekle birlikte, borçlunun bizzat yaptığı sözleşmelerde borcun varlığından haberi olmadığını ileri sürebilmesinin çok istisnaen mümkün olabileceğini belirtmektedir. Bkz. **Tunçomağ**, sf. 813 - 814.

<sup>672</sup> **Tunçomağ**, sf. 815 vd.

*Piotet*'ye göre<sup>673</sup>, bir borcun ihlâli durumunda, alacaklı sözleşmeden kaynaklanan borçların içeriğini ortaya koyarken aynı zamanda borçlunun özen yükümlülüğünün neden ibaret olduğunu da ortaya koymuş olmakta; bu durumda özen yükümlülüğüne uygun davrandığını ispat etmenin borçlu açısından bir önemi kalmamaktadır. Netice itibariyle, her iki sorumluluk türünde de kusurun ispatı zarar gören alacaklıya ait olacaktır.

### **B. Zamanaşımı Açısından**

Zamanaşımı hususunda Borçlar Kanunu'nda farklı sürelerle rastlamak mümkündür. Kanunda düzenlenen genel zamanaşımı süresi, md. 125'de ifade edildiği üzere on yıldır. Buna göre, aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak muaccel olmasından itibaren on yıllık genel zamanaşımı süresine tâbi olacaktır. Ancak bu sürenin yanı sıra, bir de olağanüstü zamanaşımı olarak adlandırılan ve daha kısa olan süreler de Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş bulunmaktadır. BK md. 126 kapsamında yer alan ve istisnai olarak beş yıllık zamanaşımına tâbi tutulan sözleşme alacakları dışındaki sözleşme kaynaklı tüm alacaklar kural olarak on yıllık zamanaşımına tâbi olacaktır.

BK md. 60'da düzenlenen ve haksız fiilden doğan tazminat alacaklarına uygulanan zamanaşımı süresi de bu olağanüstü sürelerdendir. Buna göre haksız fiillerde zamanaşımı, zarar görenin, zarar vereni ve zararı öğrendiği tarihten itibaren bir yıl; her halde zarar verici fiilin vukuundan itibaren on yıldır.

Görüldüğü üzere, burada da hangi sorumluluk türünün tercih edileceği sorusuna verilecek cevap, sadece teorik açıdan değil, pratik açıdan da lüzum ifade etmektedir. Haksız fiil zamanaşımının süresi daha kısa olduğu için, yukarıda da belirtilmiş olduğu gibi, çoğu yazar tarafından tercih edilmektedir. Sözleşmesel sorumluluk hükümlerinin uygulanmasını savunan bazı yazarlar ise, daha kısa olan beş yıllık sürenin uygulanmasını sağlamak için, sözleşme öncesinde doğan tazminat alacağına, müzakere edilen sözleşme için öngörülen zamanaşımı süresinin uygulanmasını teklif etmektedirler<sup>674</sup>. Sözleşme öncesi yükümlülüklerde ve kanunda

<sup>673</sup> *Piotet, Culpa*, sf. 56.

<sup>674</sup> *Hildebrandt*, dñn. 13'de a.g.e., sf. 146 – 147 (*Piotet, Culpa*, sf. 63'den naklen); *Herz*, *Culpa in Contrahendo nach heutigen Recht in rechtsvergleichender Darstellung*, thèse Zürich 1935, sf. 62 (*Piotet, Culpa*, sf. 63'den naklen.).

Türk Hukuku'nda *Kocayusufpaşaoğlu* (bkz. sf. 10), kurulacak sözleşmenin daha kısa bir zamanaşımına tâbi olması halinde, bu kısa sürenin esas alınacağı görüşündedir. Yukarıda da açıklanmış olduğumuz gibi, müzakere aşamasını kurulması hedeflenen sözleşme ilişkisinden ayrı,

münferit olarak ele alınan *culpa in contrahendo* düzenlemelerinde bir haksız fiil niteliği gören yazarlar ise, zaten haksız fiil sistemi içinde BK md. 60 hükmünün uygulanmasını normal olarak kabul etmektedirler.

### C. Yardımcı Şahısların Sorumluluğu Açısından

Müzakerelerde bulunan kişiler bu görüşmeler kapsamında kendilerine yardımcı olacak kimselerle temas halinde olup, onları da bu müzakerelere dahil edebilirler. Böyle bir durumda taraflar, kendi fiilleriyle verdikleri zararların yanı sıra, yardımcılarının bu müzakereler kapsamında karşı tarafa vermiş oldukları zararlardan da sorumlu olacaklardır.

Borçlar Kanununda bu sorumluluk için iki ayrı hüküm öngörülmüştür. Bunlar, bilindiği üzere haksız fiil esasına dayanan BK md. 55 ve sözleşme esasına dayanan BK md. 100 hükümleridir. Bu çalışma kapsamında bu hükümlerin tüm özellikleri ele alınmayacak, sadece sözleşme öncesi *culpa in contrahendo* sorumluluğu kapsamında uygulanacak hükmün tercihi için gereken şartlar ve bu tercihin sonuçları açısından bir değerlendirme yapılacaktır.

Öncelikle hatırlatmak gerekir ki, BK md. 55 hükmünün uygulanması yardımcının bir haksız fiil ile karşı tarafa zarar verdiği durumlarda söz konusu olacaktır. Bu hüküm gereği yardımcı kişinin fiilinden sorumlu olacak kişi, yani istihdam eden ile yardımcı arasında bir bağımlılık ya da tâbiyet ilişkisinin varlığı şarttır. Yardımcı kişi, istihdam edenin bilgi ve kontrolü altında, onun gözetiminde, emir ve talimatına uygun şekilde çalışmaktadır. Bu nedenle de BK md. 55 hükmünde istihdam eden aleyhine bir karine mevcuttur ve istihdam eden bu karineyi çürütebilirse sorumluluktan kurtulabilir<sup>675</sup>. İşte bu hükmün, BK md. 100 hükmünden en büyük farkı ve sözleşme öncesi sorumlulukta uygulanmak istenmemesinin temelindeki neden de, burada tanınan kurtuluş beyyinesi getirme imkânıdır<sup>676</sup>.

---

bağımsız bir ilişki olarak ele alıp, kendisine özgü kuralları olduğunu kabul ettiğimizde, böyle bir görüşün dayanağı kalmamaktadır.

Hatemi ise, BK md. 98/f. 2 ve md. 41/f.2'den yararlanarak BK md. 60'da yer alan zamanaşımı kuralını uygulamann daha doğru olacağını beyan etmektedir. Yazara göre, bir kişi müzakere ilişkisine girdiği karşı tarafa zarar verme kasdıyla hareket ettiğinde uygulanacak hüküm BK md. 41/f. 2 olduğuna göre, bu kişinin kasdî hareketinden doğan sorumluluğu bir yıllık zamanaşımına tâbi iken, sırf ihmâl ile verilen zararlardan ötürü doğacak sorumluluğun BK md. 125 gereğince on yıllık bir zamanaşımına tâbi tutulmasını yerinde bulmamaktadır. Bkz. **Hatemi**, sf. 4 – 5.

<sup>675</sup> **Tunçomağ**, sf. 534; **Eren**, sf. 584; **Oğuzman/Öz**, sf. 593; **Tandoğan**, *Mes'uliyet*, sf. 117.

<sup>676</sup> **Piotet**, *culpa in contrahendo* sorumluluğunun sözleşme benzeri bir sorumluluk olduğunu savunanların sırf bu hüküm yüzünden böyle bir teoriyi benimsediklerini ileri sürmektedir. Bkz. **Piotet**, *Culpa*, sf. 66.

Buna göre, istihdam eden kişi, zararın meydana gelmemesi için somut durumun gerektirdiği her türlü objektif dikkat ve özeni göstermiş olduğunu ispat etmek suretiyle bu sorumluluktan kurtulabilecektir. Buradaki özen yükümlülüğünün nitelik ve ölçüsü objektiftir; bir başka ifadeyle, kişisel bilgi ve yeteneklere göre bir değerlendirme yapılmaz. İstihdam edenin hastalığı, temyiz kudreti olup olmaması, hatta olağanüstü haller dahi dikkate alınmaz<sup>677</sup>. Bu kapsamda istihdam edenin; yardımcı kişinin seçiminde, ona talimat vermede ve onu denetlemede gereken özeni göstermiş olması beklenecektir<sup>678</sup>. Bunun dışında, istihdam eden, meydana gelen zararlar kendi özen yükümlülüğünün ihlâli arasında uygun illiyet bağının mevcut olmadığını ispat etmek suretiyle de karineyi çürütebilecektir<sup>679</sup>.

BK md. 100 hükmündeki düzenlemenin uygulanabilmesi için ise, öncelikle borçlu ile zarar gören kişi arasında bir borç ilişkisinin mevcut olması aranmaktadır. Bu ilişkiden doğan borcun ifası ya da hakkın kullanılmasında yardımcı kişiden faydalandığı takdirde, bu faaliyete katılmasına muvafakkat edilen kişinin verdiği zarardan asıl borçlu sorumlu olacaktır. Buradaki yardımcı şahıs kavramı BK md. 55'e göre daha geniş bir kavramdır<sup>680</sup>. Borçlu ile yardımcı şahıs arasında bir istihdam ilişkisinin bulunması şart değildir; bir borcun ifasının sürekli üstlenilmiş olması da gerekmez; aradaki ilişki geçici hatta tesadüfi dahi olabilir. Sözleşme müzakereleri kapsamında ise, bu ilişki genellikle daha sürekli bir nitelik arz edecek ve çoğu zaman müzakerelerin asıl tarafı olan kişinin yardımcısı onun temsilcisi sıfatını da haiz olacaktır<sup>681</sup>.

BK md. 100 kapsamında borçlunun meydana gelen zarardan sorumlu tutulması için, yardımcı kişinin alacaklıya verdiği zararın, ifa faaliyeti sırasında gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Bu noktada ifade edilmesi gereken bir husus, ifa faaliyetinin sadece sözleşmeden kaynaklanan aslî edim yükümlülüğüne yönelik

<sup>677</sup> **Tunçomağ**, sf. 548; **Eren**, sf. 584; **Oğuzman/Öz**, sf. 599.

<sup>678</sup> **Tunçomağ**, sf. 547; **Serozan**, *İfa*, sf. 279; **Tandoğan**, *Mes'uliyet*, sf. 118; **Eren**, sf. 585. **Oğuzman/Öz**, sf. 598'de fiil karinesinin çürütülmesinden bahsetmektedir.

<sup>679</sup> Bazı yazarlara göre, burada kanun koyucu esas itibarıyla illiyet bağının kesilmesini öngörmemiştir. BK md. 55'de yer alan "*dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olamayacağı*" ifadesiyle kastedilen, istihdam edenin göstermek zorunda olduğu özen yükümlülüğünü yerine getirmemesinden meydana gelen zararın uygun sebebi olmadığıdır. Bu görüşteki yazarlar için bkz. **Eren**, sf. 586 dnp. 47 ve 48.

<sup>680</sup> **Eren**, sf. 1032; **Tunçomağ**, sf. 832; **Serozan**, *İfa*, sf. 282; **Tandoğan**, *Mes'uliyet*, sf. 450; **von Tuhr**, sf. 591.

<sup>681</sup> İradî temsilcinin de ifa yardımcısı olabileceği yönünde bkz. **Eren**, sf. 1032; bu yönde **Tunçomağ**, sf. 836.



olarak düşünülmemesi gerektiğidir<sup>682</sup>. Yardımcı kişi, alacaklının edimin ifasına olan menfaati yanında, bunun dışında kalan malvarlığı ve kişilik değerlerini de dikkate almak zorundadır. Bu nedenle, sözleşme müzakerelerinde gerçek anlamda bir borcun mevcut olmaması BK md. 100'ün bu kapsamda uygulanamayacağı anlamına gelmez. Bir aslî edimin ifasına yönelik bir borç bulunmamakla birlikte, bu dönemde taraflar arasında aslî edim yükümünden bağımsız bir borç ilişkisinin geliştiği yukarıda ifade edilmiştir. İşte müzakereler kapsamında taraflardan birinin yardımcısı konumundaki kişi, karşı tarafın bu ilişki kapsamında sahip olduğu haklara riayet etmeli ve müzakere dönemindeki davranış yükümlülüklerine uygun hareket etmelidir.

BK md. 100 kapsamında borçlunun sorumlu tutulabilmesi için kendisinin veya yardımcısının kusuru aranmamakta; bu hususta bir kusur faraziyesiden bahsedilmektedir<sup>683</sup>. Bu nedenle yardımcının bilgi veya tecrübe eksikliği ya da ehliyetsizliği, gerekli tüm özeni göstermiş ve dikkati sarfetmiş olması gibi hususlar sorumluluğu etkilemez. Bunun yanı sıra, BK md. 55'de mevcut olan kurtuluş beyyinesi getirme imkânı da burada mevcut değildir<sup>684</sup>. Sözleşme müzakereleri kapsamında yardımcı şahısların sorumluluğunda BK md. 100'ün uygulanmak istenmesinin sebebi de, bu madde hükmünün borçlu açısından daha sıkı bir sorumluluk öngörmesidir. Bu maddenin amacı, borçlunun bir yardımcıya başvurmasının alacaklıya zarar vermesini engellemektir. Bu nedenle, borçlunun sorumluluktan kurtulması, ancak yardımcı kullanmak yerine borcu bizzat ifa etmiş olsaydı kusurlu tutulmayacağı hallerde mümkün olacaktır. Bunun yanı sıra, yardımcı kişinin davranışı ile meydana gelen zarar arasındaki illiyet bağının kesilmesi de borçlunun sorumluluğunu ortadan kaldıracaktır.

<sup>682</sup> **Serozan**, *İfa*, sf. 284; **Eren**, sf. 1036. **Tunçomağ**, BK md. 100 hükmünün uygulanabilmesi için tarafların müzakereye başlamış olmalarının yeterli olduğunu, çünkü bu şekilde taraflar arasında müzakereye girilmeden doğan borç ilişkisinin meydana geldiğini ifade etmektedir. Yazar bunun yanı sıra, müzakerelerde kullanılan yardımcının zararlı fiilinin doğrudan doğruya görüşmelerle ilgili olması gerektiğini ve sadece görüşmeler nedeniyle zarar verilmiş olmasının BK md. 100 hükmünün uygulanması için kâfi gelmeyeceğini belirtmektedir. Bkz. **Tunçomağ**, sf. 836.

<sup>683</sup> **Tunçomağ**, sf. 842; **Serozan**, *İfa*, sf. 279; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sf. 898; **Eren**, sf. 1038; bu husustaki diğer görüşler için bkz. **Eren**, sf. 1037 – 1038.

<sup>684</sup> **Tunçomağ**, sf. 842; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sf. 898; **Serozan**, *İfa*, sf. 279; **Eren**, sf. 1039; **Tandoğan**, *Mes'uliyet*, sf. 450; **von Tuhr**, sf. 590.

### III. Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin Uygulamaları

#### A. Yargıtay Uygulaması

Yargıtay'ın *culpa in contrahendo* sorumluluğunu, ayrıntılı bir şekilde incelediği ve açık bir tavır alarak Türk Hukuku açısından benimsenmesi gereken yönü işaret ettiği, prensip kararı niteliğinde bir kararı bulunmamakla birlikte<sup>685</sup>, bazı kararlarında “*Görüşmelerin başlamasıyla görüşmeciler arasında hukukî bir ilişki kurulur. Bu ilişki akit benzeri bir güven ilişkisidir. Güven ilişkisi MK md. 2/1’de düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralına dayanır. Buna göre görüşmeler esnasında görüşmecilerin akdin muhtevası ve şartları hakkında birbirlerini aydınlatması dürüstlük kuralına uygun davranması, birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermesi, koruma yükümlülüklerine uyması gerekir. Görüşmeciler bu yükümlülüklere kusurlu olarak aykırı davranıp görüşmelerin başlamasıyla aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlâl ettikleri takdirde bundan doğan zarardan sorumludurlar.*” demek suretiyle, Yüksek Mahkeme'nin doktrindeki baskın görüşe paralel bir yön izlediği görülmektedir<sup>686</sup>.

Bir kararda<sup>687</sup> ise “...belirtmek gerekir ki, tüm davalılara yüklenmek istenen kusur ve sorumluluk, *culpa in contrahendo*, sözleşme görüşmeleri sırasında işlenen kusura dayanmaktadır. Burada henüz sözleşme kurulmadığı için dar anlamda bir haksız fiil sorumluluğundan söz edilebilir. İhlâl edildiği ileri sürülen yükümlülük aslı borç ilişkisi ile ilgisiz olup, sadece işyeri sahibinin müşterinin zarara uğramaması için özen yükümüne uymamasından doğan bir borç ilişkisi doğmaktadır. Buradaki sorumluluğunun temelini MK 2. maddesinde ifadesini bulan dürüstlük kurallarının oluşturduğu söylenebilir.” Bir olayın hem bir haksız fiil hem de sözleşmeye aykırılık teşkil etmesi mümkündür ve bu durumda, yukarıda da ifade edildiği şekilde, hakların yarışmasından söz edilir. Burada da Yargıtay'ın, aynı zamanda haksız fiil oluşturduğu kabul edilen dava konusu olaydaki sorumluluğu, edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi kapsamında ele almayı tercih ettiği neticesine varmak mümkün gözükmektedir. Bu açıdan değerlendirildiğinde, ifadeleri çok net olmamakla birlikte,

<sup>685</sup> Karahasan, sf. 909.

<sup>686</sup> Yalman, sf. 55. Bu kararlara örnek olarak bkz. Yarg. 13. HD, 13.11.1995, E. 1995/9375 K. 1995/9860; Yarg. 19. HD, 30.11.2004, E. 2004/4912 K. 2004/11803; ayrıca bkz. Yarg. 3. HD, 15.9.1997, E. 1997/6603 K. 1997/8864; Yarg. 19. HD, 1.12.2005, E. 2005/2865 K. 2005/1959 (Karar metinleri için bkz. [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)).

<sup>687</sup> Yarg. 13. HD, 31.3.2006, E. 2005/15654 K. 2006/4848 (karar metni için bkz. [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)).

Yargıtay'ın *culpa in contrahendo* sorumluluğa uygulanacak hükümler ile ilgili tercihini sözleşmeye aykırılık hükümlerinden yana kullandığı söylenebilecektir.

Bunun yanı sıra Yargıtay, çeşitli kararlarında<sup>688</sup> *culpa in contrahendo* sorumluluğundan bahsetmeden, tarafların müzakereler esnasında uymaları gereken birtakım davranış ve koruma yükümlülüklerinin mevcut olduğunu ifade etmekte; ayrıca, taraflardan birinin diğerinde yaratmış olduğu güvenin boşa çıkarılmasını sorumluluk kaynağı olarak kabul ederek, güveni boşa çıkan tarafın menfî zararının giderilmesine hükmetmektedir.

### B. İsviçre Federal Mahkemesi'nin Uygulaması

İsviçre Federal Mahkemesi *culpa in contrahendo* sorumluluğunun hukukî niteliği ile ilgili olarak bazı kararlarında<sup>689</sup> sözleşmesel sorumluluğu benimsemiş, bazı kararlarında<sup>690</sup> ise bu sorumluluğun niteliği ile ilgili görüş belirtmekten kaçınmıştır. Federal Mahkeme, netice olarak **Jüggi**'nin ortaya koyduğu ve yukarıda ele alınmış olan karma görüşü benimsemiş<sup>691</sup> ve *culpa in contrahendo* sorumlulukla ilgili çözülmesi gereken asıl meselenin bu sorumluluğun hukukî niteliği ile ilgili olmadığını; sadece, bir müzakere ilişkisinden doğan tazminat alacağının şartları ve kapsamı açısından hangi özel koşullara tâbi olduğunun belirlenmesi gerektiğini; somut olaya en uygun çözümü bulabilmek için de bu meselenin her özel biçiminin (*Modalität*) ayrı olarak karara bağlanması gerektiğini belirtmiştir. Federal Mahkeme, kanton mahkemesine atfen *culpa in contrahendo*'nun hukukî niteliğinin tartışmalı olduğunu ifade ettikten sonra, bu kararında şöyle demektedir<sup>692</sup>:

“Olayda, *culpa in contrahendo*'dan kaynaklanan sorumluluğun hukukî niteliği açık bırakılabilir. Çekişmeli olan tek husus, davacıların *culpa in contrahendo*'ya dayanan davalarının zamanaşımı süresidir. Bu dava BK md. 60 uyarınca zamanaşımına uğrar (*JÄGGI*, n. 595 ad art. 1<sup>er</sup> CO). Bir sözleşmenin kurulması için yürütülen müzakerelerdeki taraflardan biri, bir *culpa in contrahendo* işlediğinde, zarar görenin tazminat talebinin BK md. 127'de öngörülen on yıllık zamanaşımı süresine tâbi kılınması ve sorumlunun bu kadar uzun bir süre boyunca bir tazminat

<sup>688</sup> Bu kararlara örnek olarak bkz. **Yarg. 15. HD**, 9.6.1975, E. 515 K. 2952; **Yarg. 15. HD**, 26.10.1978, E. 1782 K. 2048 (karar metinleri için bkz. **Karahasan**, sf. 909 vd.).

<sup>689</sup> ATF 68 II 303; ATF 77 II 137; 90 II 458.

<sup>690</sup> ATF 92 II 333; ATF 98 II 28.

<sup>691</sup> ATF 101 II 266.

<sup>692</sup> ATF 101 II 266, 269 cons. 4c.

*davasına maruz bırakılması, hukukî güvenliğin gerekleriyle bağdaşmaz (bkz. BECKER, n. 1 ad art. 26 CO; PIOTET, op. cit. sf. 63). Culpa in contrahendo'dan doğan durum uygun bir süre içerisinde çözüme kavuşturulmalıdır. BK md. 60'ın tatbiki, zarara uğrayana olduğu kadar, faile de uygun bir koruma sağlamaktadır. Zarara uğrayan, zararı ve buna sebep olanı öğrendiği andan itibaren, bu kişiye karşı bir dava açmak veya örneğin, icra takibatı gibi zamanaşımını kat edecek bir başka yola başvurmak için bir seneye sahiptir; bu süre yeterlidir. Sorumluya gelince, zarara uğrayan zararı öğrendikten sonra, haddinden fazla uzun bir süre boyunca dava edilmeye veya takibe uğramaya maruz kalmayacaktır. Olayda, BK md. 60 gereğince zamanaşımı gerçekleşmiştir. Bu nedenle, ilk (derece) hâkimlerin talebi reddetmeleri haklıdır.”*

Görüldüğü üzere, Federal Mahkeme sorumluluğun hukukî niteliği ile ilgilenmemekte ve tartışmaya değer de bulmamaktadır. Bununla birlikte, açık bir şekilde, bu sorumluluğun İsv. BK md. 127'de yer alan on yıllık genel zamanaşımı süresine değil, md. 60 gereğince haksız fiil zamanaşımına tâbi olması gerektiği görüşünü ortaya koymakta ve bunu da hukukî güvenliğe uygunluk sebebiyle açıklamaktadır<sup>693</sup>. Mahkeme, artık yerleşen içtihadını tekrar ettiği daha yeni tarihli bir kararında<sup>694</sup>, açık bir şekilde *culpa in contrahendo*'dan doğan sorumluluğun kendine özgü bir sorumluluk esası olduğundan bahsetmiş ve kendine özgü bir yerindelik mantığına sahip bulunduğunu kabul ederek, bu sorumluluğa uygulanması gereken zamanaşımı süresinin de, bu gerçek gözetilerek belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir.

Federal Mahkeme'nin başka kararlarında ise, kusurun ispatı ve yardımcı şahısların fiilinden sorumluluk ile ilgili olarak sözleşmesel sorumluluk esaslarını benimsediği tespit edilmektedir.

Sözleşmenin kurulmasına aracılık eden bir yardımcı şahısın hilesi nedeniyle, sözleşmenin iptalinin talep edildiği bir davada Federal Mahkeme, hileye maruz kalan kişinin, zararının tazminini dilerse haksız fiil hükümlerine, dilerse *culpa in contrahendo*'ya göre talep edebileceğini belirtmiş ve bu son halde yardımcı

<sup>693</sup> Bu yöndeki başka kararlar için bkz. ATF 104 II 94; ATF 108 II 419; ATF 101 II 266; ATF 121 III 350. *Schönle* burada 10 yıllık genel zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiği görüşündedir. Bkz. *Schönle*, sf. 206, dpn. 43.

<sup>694</sup> ATF 134 III 390.

şahısların sorumluluğunun İsv. BK md. 101 uyarınca tespit edileceğini kabul etmiştir<sup>695</sup>.

Kusurun ispatı ile ilgili olarak, Federal Mahkeme'nin açıkça İsv. BK md. 97'yi uyguladığı bir kararı bulunmamasıyla birlikte, bir sigorta uyuşmazlığında sigortalının müterafik kusurunu kabul ettiği bir karar esas alınarak, zımnen bu sonuca varmış olduğu kabul edilmektedir<sup>696</sup>. Bu kararda Federal Mahkeme açık bir şekilde, şartların gerektirdiği özen ve dikkati göstermemiş olmanın, sözleşmesel sorumluluğa yol açan bir *culpa in contrahendo* olduğunu ifade etmiş ve sigortalının tazminat alacağını İsv. BK md. 99/f. 3 ve md. 44 gereğince indirimine tâbi tutmuştur. Böylelikle, bu tazminata İsv. BK md. 41/f. 1 gereğince değil, fakat md. 97 vd. maddelerine göre hükmedildiği sonucuna varılmaktadır.

#### IV. Değerlendirme ve Görüşümüz

Bir sözleşme kurmak için bir araya gelen tarafların içinde bulunduğu dönemin hukukî niteliği ne kadar değişkense, bu döneme ait olarak ortaya çıkan hukukî sorumluluk rejimi de bir o kadar karmaşıktır. Kendine ait kanunî bir düzenlemeye sahip olmamasına rağmen, hakkaniyet gerektirdiği için herkesin varlığını kabul ettiği bu sorumluluk tipiyle ilgili bir kanun boşluğu bulunduğu görüşüne<sup>697</sup> katılmaktayız. Yukarıda ele alınan teorilerin hepsi kendi açılarından bu boşluğu hakkaniyete en uygun şekilde doldurma çabasının bir ürünüdür. Bu açıdan da, hepsinin haklı yönleri olduğu gibi, eksik yanları da bulunmaktadır.

Taraflar arasında müzakere döneminde gelişen ilişki bakımından, biz burada haksız fiil uygulamasının bir görünümü olduğu fikrine katılmıyoruz. Kanaatimizce, tarafların müzakere döneminde uymak zorunda oldukları davranış yükümlülükleri alelâde ve herkesin diğer üçüncü kişilere karşı sahip olduğu genel davranış yükümlülükleri değil, özel bir ilişkiden kaynaklanan yükümlülüklerdir. Oysa örneğin, kimseye zarar vermeme (*neminem leadere*) yükümlülüğü her daim ve herkese karşı geçerli olan bir yükümlülüktür. Bir kişi, diğeriyle bir sözleşme kurmak için temasa geçtiğinde ise, bu iki kişi artık birbirine yabancı üçüncü şahıslar olmaktan çıkarlar ve aralarında bir hukukî ilişki kurulur. Bir başka ifadeyle, sözleşme müzakereleri kapsamında bir güven ilişkisi içine giren taraflar, artık sadece

<sup>695</sup> ATF 108 II 419.

<sup>696</sup> ATF 90 II 449. Bkz. bu yönde Schönle, sf. 205, dpn. 41.

<sup>697</sup> Kocayusufpaşaoğlu, sf. 735, dpn. 50; İnan, *Culpa II*, sf. 1013; Kırca, sf. 141; Serozan, *Medeni Hukuk*, sf. 129; bu görüşle ilgili olarak ayrıca bkz. Piotet, *SJZ*, sf. 230.

haksız fiil kurallarıyla korunan “*quivis ex populo*” yani halktan herhangi bir kişi gibi değerlendirilemezler<sup>698</sup>. Hukuk düzeni bu belirli kişilere bilgi verme, karşısındakini yanılmama, iradesini sakatlamama gibi belirli ödevler yükler. Bu ödev ya da yükümlülüklerin de, herkese karşı ileri sürülebilen ya da herkesin uyması gereken evrensel ödevler ya da genel davranış yükümlülükleri olduğu artık söylenemez<sup>699</sup>.

Kişiler müzakerede bulunurken, diğer tarafa karşı dürüst davranmak ve müzakere ilişkisinden kaynaklanan diğer yükümlülükleri yerine getirmek zorundadır. Dolayısıyla, bu aşamada henüz kurulmuş bir sözleşme ilişkisi olmasa dahi, nisbî bir ilişki doğmuş bulunmaktadır. Taraflar arasında var olduğunu kabul ettiğimiz bu nisbî ilişki sebebiyle, *culpa in contrahendo* sorumluluğunun haksız fiil sorumluluğunun bir uygulaması olduğu yönündeki görüşlere katılmamaktayız. Bununla beraber, yine taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin henüz mevcut olmaması sebebiyle de, sözleşmesel sorumluluğa ait tüm hükümlerin, bu dönemde ortaya çıkacak bir sorumluluğa uygulanmasını da aynı şekilde mümkün görmemekteyiz. Bu nedenlerle, *culpa in contrahendo* sorumluluğuna doğrudan uygulanabilecek hükümler hususunda, kanunda bir boşluk olduğu görüşündeyiz.

Kanunda boşluk olduğundan bahsedebilmek için elbette, bir konuya doğrudan uygulanabilecek hükümlerin yokluğu yeterli değildir; aynı zamanda kanun koyucunun bu konuda bilinçli susmasının ya da olumsuz yönde bir çözümünün de bulunmaması gerekir<sup>700</sup>. Kanımızca, kanun koyucu, Borçlar Kanunu’nun çeşitli maddelerinde *culpa in contrahendo* sorumluluğunun kapsamına giren özel birtakım hâlleri düzenlemek suretiyle, haksız fiile dayalı sorumluluk ile sözleşmeye dayalı sorumluluk tipleri dışında kalan bir üçüncü tip sorumluluğun da varlığını kabul etmekte, fakat bu sorumluluğu genel olarak düzenleme yoluna gitmemektedir. Bir başka ifadeyle, kanun koyucunun *culpa in contrahendo* ile ilgili düzenlemesi kapsamlı ve sistematik bir düzenleme olmayıp, örnekleme niteliğindedir<sup>701</sup>. Şu halde,

<sup>698</sup> Kutlu Sungurbey, sf. 102; Ergüne, sf. 116.

<sup>699</sup> Yung, sf. 171.

<sup>700</sup> Mustafa Dural/Suat Sarı, Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2006, sf. 109; Selâhattin Sulhi Tekinay, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, Gözden geçirilmiş ilâveli 6. Bası, İstanbul 1992, sf. 64; Serozan, *Medeni Hukuk*, sf. 123; Jale Akipek/Turgut Akıntürk, Türk Medeni Hukuku, Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Yenilenmiş 6. Bası, İstanbul 2007, sf. 126; Oğuzman/Barlas, sf. 88.

<sup>701</sup> Kanunda ne zaman bir olumsuz düzenleme ya da bilinçli susma ve ne zaman bir boşluk olduğu hususunu tespit edebilmek oldukça zordur. Bu konudaki en bilinen örnek, boşanma halinde çocuk kendisine bırakılmamış olan taraf ile çocuk arasındaki kişisel ilişkileri düzenleyen Medeni Kanun hükmünün (eski MK md. 148), büyükana ve babaların görüşme hakkı konusunda bir düzenleme

eğer sözleşme öncesinde kurulan güven ilişkisine aykırı davranışlar dolayısıyla ortaya çıkan sorumluluk, ne sözleşmeye dayalı sorumluluk ne de haksız fiile dayalı bir sorumluluk ise, bu hususta kanun koyucunun olumsuz yönde bir düzenlemesi olduğu değil, fakat kanunda bir boşluk olduğu kabul edilebilecektir<sup>702</sup>.

*Culpa in contrahendo* sorumluluk konusunda bir kanun boşluğu olduğunu kabul ettiğimiz zaman, bunun MK md. 1/f. 2 uyarınca hâkim tarafından doldurulması gerekecektir. Burada ilk bakılması gereken kaynak örf ve âdet hukuku olacaktır. Bir örf ve âdet hukuku kuralının doğumu için iki temel şart gereklidir: Sürekli uygulama ve *opinio necessitatis*, bir başka deyişle doğan geleneğe uymanın zorunlu olduğu kanısının yerleşmesi<sup>703</sup>. Kanaatimizce, *culpa in contrahendo* sorumluluğa uygulanacak hükümler açısından bu şekilde bir psikolojik unsurun varlığından bahsedilemez. Bu konuda birbirinden farklı bu kadar çok görüşün ortaya atılmış olması da bunun kanıtı olarak gösterilebilir. Buradaki psikolojik unsur, sözleşme öncesi döneme ait bir sorumluluk sisteminin kabul edilmesine yöneliktir. Bir başka deyişle, *culpa in contrahendo* sorumluluğunun varlığı ile ilgili, yani sözleşme öncesi müzakereler aşamasında bir zarara uğrayan tarafa, belli bir tazminat ödenmesi gerektiği yönünde bir örf ve âdet hukuku kuralının oluştuğu kabul edilebilir<sup>704</sup>. Bu açıdan bakıldığında, örf ve âdet hukuku kuralının oluşumu için gerekli unsurlar bir araya gelmektedir. Ancak, doktrindeki çeşitli tartışmaların mevcudiyetinin de bize gösterdiği üzere, bu tazminatın hangi esaslara dayanarak ödenmesi gerektiği noktasında böyle genel geçer bir kabule rastlanmamaktadır.

Bu durumda, *culpa in contrahendo* sorumluluğuna uygulanacak hükümlerin tesbiti açısından hâkimin hukuk yaratması faaliyeti devreye girecektir. Hâkim bir kanun koyucu gibi hareket etmek suretiyle önüne gelen olaydaki menfaat çatışmasını

---

öngörmemiş olması hâlidir. Bu hüküm Türk hâkimi tarafından değerlendirildiğinde bir kanun boşluğu olduğu sonucuna varılırken, aynı hüküm İsviçre Federal Mahkemesi tarafından ele alındığında bir bilinçli susma hâli olduğu sonucuna varılmıştır. Bu konuda **Dural/Sarı**, şöyle bir ölçüt önermektedirler (bkz. sf. 109): Eğer kanun koyucu bir kurumun şartlarını ve sonuçlarını tamamen ve münhasıran düzenlemiş bulunursa, bunun dışında kalan durumlar için bir hükmün bulunmaması menfi bir düzenleme olduğuna işaret edecektir. Buna karşın, kanundaki düzenleme örnek niteliğindeyse, düzenlenen alanın dışındaki hâllerde bir boşluk olduğu kabul edilebilecektir.

<sup>702</sup> **Kırca**, sf. 141; **Kocayusufpaşaoğlu**, sf. 735, dpn. 50.

<sup>703</sup> **Oğuzman/Barlas**, sf. 97; **Dural/Sarı**, sf. 80; **Serozan**, *Medeni Hukuk*, sf. 94; **Akipek/Akıntürk**, sf. 87; Aydın **Zevkliler/ Ayşe Havutçu/ Damla Gürpınar**, *Medeni Hukuk (Temel Bilgiler)*, 6. Bası, Ankara 2008. sf. 18 vd.

<sup>704</sup> **Serozan**, sf. 120'de *culpa in contrahendo* kurumunun bir görenek hukuku kurumu biçimini almış olduğunu ifade etmektedir. Ayrıca bkz. **idem**, *İfa*, sf. 251.

çözme yoluna gidecektir<sup>705</sup>. Burada önemli olan husus, hâkimin münferit bir olaydan yola çıkarak genel ve soyut bir kural ortaya koymasısıdır. Hâkim bu faaliyeti sırasında sadece önüne gelen olaya uygulanacak bir kural yaratmakla yetinmeyecek, yarattığı bu kural ile mevcut hukuk düzenini tamamlayacaktır. Hâkimin yarattığı hukukta varılan sonuç, mevcut hukuk düzeni ile bağdaşan ve hukuk güvenliğini ihlâl etmeyen bir sonuç olmak durumundadır. Hâkimin bunu sağlamak için yararlanabileceği bazı imkânlar, kanunda mevcut hükümleri kıyas ve evleviyet yoluyla değerlendirme, kanunun ruhundan ve hukukun temel ilkelerinden faydalanma olarak sayılabilir<sup>706</sup>.

Bu durumda, somut bir olayda *culpa in contrahendo* sorumluluğuna uygulanacak hükümlerin tesbiti için, hâkim hukuk yaratma yoluna gittiğinde, bu olaydaki menfaat çatışmasına benzer yöndeki bir menfaat çatışmasını, kanun koyucunun ne tip bir düzenleme getirerek çözdüğünü dikkate alabilir ve kendisi de önündeki olayı karara bağlamak için bu hükümde mevcut çözümden kıyas yoluyla yararlanabilir<sup>707</sup>. Kıyas, kanunda belli bir olgu için öngörülmüş olan bir kuralın, korunan menfaatler açısından ona benzeyen, fakat kanunda şeklen veya lafzen öngörülmemiş bir başka olguya uygulanmasıdır<sup>708</sup>. Bunun için, kanundaki belli bazı düzenlemelerden yola çıkarak elde edilecek genelleştirilmiş bir kuralın, benzer olaylara uygulanması söz konusu olacaktır. Bu bağlamda, taraflar arasındaki müzakere ilişkisinin güvene dayanma özelliği ve bu dönemde taraflar arasında

<sup>705</sup> Oğuzman/Barlas, sf. 105; Zevkliler/Havutçu/Gürpınar, sf. 22; Edis, sf. 127; Dural/Sarı, sf. 115; Serozan, *Medeni Hukuk*, sf. 123; Akipek/Akıntürk, sf. 131.

<sup>706</sup> Oğuzman/Barlas, sf. 106; Zevkliler/Havutçu/Gürpınar, sf. 24; Edis, sf. 133; Dural/Sarı, sf. 116; Akipek/Akıntürk, sf. 132.

<sup>707</sup> Kırca, sf. 141, dpn. 748'de burada uygulanacak usulün "genel kıyas" olduğundan bahsetmektedir. Serozan ise (*Medeni Hukuk*, sf. 129), kanun boşluğunun birden fazla kanun kuralına ortak genel ve temel bir ilkeyle doldurulmasına yarayan "ilke kıyası"ndan (*Rechtsanalogie*) bahsetmektedir.

<sup>708</sup> Tanım için bkz. Serozan, *Medeni Hukuk*, sf. 126. Yazar, kıyas ile genişletici yorum arasındaki sınırın oldukça silik olduğunu belirterek, kimi hukukçuların genişletici yorum olarak kabul ettiğini bir başkasının kıyas olarak kabul edebileceği noktasına dikkat çekmekte ve bazı hukukçuların kıyası her zaman yorumdan saydıklarını ifade etmektedir (sf. 127). Gerçekten de, örneğin *Esener*, kanundaki boşluğun yorum veya kıyas metodu yoluyla doldurulması imkânı bulunduğu hâllerde, bir yorum boşluğu olacağından bahsetmekte ve böyle bir durumda hakimin hukuk yaratma yoluna gidemeyeceğini belirtmektedir. Bkz. Turhan *Esener*, *Hukuk Başlangıcı Genel Hukuk Bilgisi*, İstanbul 2002, sf. 235. Aynı şekilde *Tekinay* da, kıyasen dahi olsa kanunun herhangi bir hükmü uygulanabiliyorsa, kanun boşluğundan söz açılmaması gerektiği kanaatini ifade etmektedir. Bkz. *Tekinay*, sf. 64. Yazara göre, örf ve âdet hukukuna ait kurullarla ya da hakimin hukuk yaratmasıyla doldurulması gereken bir eksiklik yoksa kanun boşluğu da yoktur. Bizim kanaatimize göre ise, kanunun açıkça gönderme yapma suretiyle bir hükmün kıyasen uygulanma durumu hariç tutulmak üzere, kıyasa ihtiyaç duyulan her hâlde esas itibarıyla hâkimin hukuk yaratması söz konusu olmaktadır; çünkü bu durumda kanunda o olaya doğrudan uygulanabilecek bir hüküm mevcut olmadığı gibi, bu konuda kanunun olumsuz bir düzenlemesi de bulunmamaktadır. Nitekim *Tekinay* da bazı hukukçuların kanunda yazılı bir kuralın kıyas yoluyla uygulanabildiği hâllerde dahi kanun boşluğu bulunduğunu kabul ettiklerini belirtmektedir (sf. 64).



oluştugu kabul edilen aslî edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi göz önünde tutularak, sözleşme öncesi dönemde, taraflardan birinin müzakerelerin kesilmesi dolayısıyla uğramış olduğu zararın tazminini sağlamak için hâkimin, hukuk yaratma faaliyeti kapsamında, sözleşmesel sorumluluk hükümlerini kıyasen uygulaması mümkün görünmektedir<sup>709</sup>.

Katıldığımız bu görüşle varılan sonucun, hem kanunun yapısına hem de hukuk yaratma tekniğine daha uygun olduğu kanaatindeyiz. Bu şekilde kusurun ispatı ve yardımcı şahısların fiillerinden sorumluluk noktalarında da sözleşmeye aykırılık hükümlerinin kıyasen uygulanması söz konusu olacaktır. Zamanaşımı açısından ise, genel zamanaşımını düzenleyen BK md. 125 hükmündeki 10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması yerinde görünmektedir. Bu süre, temelde geçici bir ilişki olan müzakere ilişkisinden doğan bir zarar için oldukça uzun bir süredir. Bu nedenle, Federal Mahkeme'nin, daha kısa olan haksız fiil zamanaşımını uygulamak istemesinin nedenini anlamakla birlikte, *culpa in contrahendo* sorumluluğuyla ilgili olarak özel bir kanunî düzenleme getirilmediği müddetçe, *de lege lata* hâkimin kanunu bu şekilde tatbik etmesinin daha doğru olduğu kanaatindeyiz.

---

<sup>709</sup> Kocayusufpaşaoğlu, sf. 735, dpn. 50.

## SONUÇ

Sözleşmenin müzakere aşaması zorlu ve karmaşık bir süreçtir. Çalışmamız kapsamında görüldüğü üzere, sözleşme müzakereleri yürütülürken dikkate alınması gereken iki temel ilke vardır: Sözleşme özgürlüğü ve dürüstlük kuralı.

Sözleşme özgürlüğü gereğince, taraflar istedikleri şekilde müzakereleri başlatabilmekte ve bunların içeriğini de diledikleri gibi düzenleyebilmektedirler. Bu bağlamda taraflar arzu ettikleri sözleşmeyi hemen kurabilecekleri gibi, bunu belli bir sürece de yayabilirler. Taraflar için, hem kendilerinin hem de karşı tarafın sınırlarını yokladıkları bir keşif dönemi olan bu müzakere safhası, bazı durumlarda oldukça çetin çekişmelere de sahne olabilmektedir. Özellikle, yapısı gereği karmaşık olan joint-venture ya da şirket birleşmelerine dair sözleşmelerin kurulması için bazen seneler süren müzakereler yaşandığı bilinmektedir. Bu süreçte taraflar, işlerini kolaylaştırmak amacıyla bazı metinler hazırlama yoluna gidebilirler. Kolaylık sağlama amacıyla düzenlenen bu metinler, özellikle hukukçu olmayan kişiler tarafından kaleme alındığında, tarafları hiç beklemedikleri sonuçlarla başbaşa bırakabilmektedir.

*Niyet mektubu, müzakere sözleşmesi, sözleşme tasarısı, tutanak, centilmen anlaşması* gibi isimler alan ve sözleşme öncesinde taraflarca hazırlanan metinlerin, hem şekil hem içerik bakımından tek sınırı, tarafların hayâl gücüdür. Bu nedenle, bu metinleri kesin bir şekilde kategorilere ayırmak ve içeriklerini belirlemek mümkün olmadığı gibi, bunların içeriklerini değerlendirmeden hukukî niteliklerini belirlemek de mümkün değildir. Ancak, hazırlayan taraf sayısı, borç yaratması, bağlayıcı olması, geçerli olduğu süre gibi bazı ortak özelliklerin tespit edilmesi imkân dahilindedir. Bu hususta özellikle dikkat edilmesi gereken nokta ise, metinlerin içeriğinde kullanılan hukukî terimlerdir. Her ne kadar BK md. 18 gereğince, tarafların kullandıkları ifadelerden ziyade gerçek iradeleri dikkate alınacak olsa da, tarafların henüz bir sözleşme ile bağlanmak istemedikleri bu aşamada, bunu riske atacak şekilde “*icap*”, “*kabul*”, “*taahhüt*”, “*borç*” ve benzeri terimleri kullanırken

dikkatli davranmaları ve mümkünse bundan kaçınmaları yerinde bir tedbir olacaktır. Alınacak bir başka tedbir ise, tarafların bir sözleşme tasarısı (*punctuation*) hazırlamaları durumunda önem kazanacaktır. Sadece o güne kadar katedilen mesafeyi değerlendirerek, gelinen noktayı tespit etmek ve üzerinde anlaşma sağlanmış bulunan noktaları sıralamak amacı taşıyan böyle bir metnin düzenlenmesindeki en büyük risk, tarafların hiç tahmin etmedikleri ve ummadıkları bir anda kurulacak bir sözleşmeyle karşı karşıya kalmalarıdır. Gerçekten de, BK md.2/f.1 gereğince, tarafların objektif yönden esaslı noktalar üzerinde anlaşma sağladıkları tespit edilebiliyorsa, müzakere edilen sözleşmenin kurulduğu karine olarak kabul edilebilecektir. Bu nedenle, böyle bir belge düzenlendiğinde, henüz sözleşmeyi kurmaya hazır olmayan tarafların bu durumu “*subject to contract*” ya da “*bağlayıcı değildir*” gibi ifadelerle belirtmeleri yararlı olacaktır.

Taraflar arasındaki müzakere ilişkisinde belirleyici bir yere sahip olan sözleşme özgürlüğünün, müzakere aşamasındaki esas görünümü sözleşme kurmama serbestisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu prensip gereğince, taraflardan her biri serbest şekilde müzakerelere başlayabildiği gibi, kural olarak, herhangi bir sorumlulukla karşılaşmadan buna son verebilecektir. Bir sözleşmeyi kurma amacıyla müzakereye başlayan taraflardan her biri, bu müzakerenin mutlaka bir sözleşmeyle neticelenmeyeceğini hesaba katmak ve beklentilerini de buna göre şekillendirmek zorundadır. Müzakerelere son verebilme hususundaki tek sınır, son vermek isteyen tarafın bunu dürüstlük kuralı çerçevesinde kalarak gerçekleştirmesidir.

Bir başka deyişle, taraflar müzakerelere son verdiklerinde bir tazminat yükümlülüğü altına giriyorlarsa, bunun sebebi hedeflenen sözleşmenin kurulmamış olması değil, fakat tarafların bu yolda giderken işledikleri bir kusurdan ve bu kusurla ihlâl ettikleri bir davranış yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır. Davranış yükümlülüklerinin nelerden ibaret olduğu ise, tarafların bir düzenleme yapmadıkları olasılıkta, dürüstlük kuralı ekseninde belirlenmektedir. Bu davranış yükümlülüğüne aykırılık, haksız fiile sebebiyet verecek nitelikte bir hukuka aykırılık teşkil etmeyip, sadece müzakerenin tarafları arasında geçerli olan ve sadece onlar tarafından ihlâl edilebilecek nisbî bir hukuka aykırılık yaratmakta ve bu nedenle *culpa in contrahendo* sorumluluğu haksız fiil sorumluluğundan uzaklaşmaktadır. Aksine, taraflar arasında oluşan ilişkideki beklentiler ve karşılıklı menfaatler bir sözleşme ilişkisinde rastlanacak menfaatler ile benzerlik göstermektedir. Fakat, bir sözleşmeye hem yakın hem uzak durulan bu noktada ortaya çıktığı kabul edilen sorumluluk,

rahatlıkla bir sözleşmesel sorumluluk olarak da nitelendirilememektedir; çünkü ortada henüz kurulmuş bir sözleşme yoktur. Esas itibariyle, taraflar arasındaki ilişkinin bu ikili niteliği gereğince, ortaya çıkan sorumluluk da her iki sorumluluk tipinin renklerini barındıran özel bir sorumluluk görünümü arz etmektedir. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi, *culpa in contrahendo* sorumluluğunun *sui generis* bir sorumluluk türü olduğunu ve kendine göre bir yerindelik mantığı içerdiğini kabul etmiştir. Federal Mahkeme'nin yukarıda anılan uygulaması, *culpa in contrahendo* sorumluluğunun bu özelliğini ortaya koyduğu için, varmış olduğu pratik sonuçlar açısından, kendi içinde tutarlı, ancak *de lege feranda* yerinde bir uygulamadır. Biz ise, kanunda bu noktada bir boşluk olduğu görüşünü savunmakla birlikte, bu boşluğun doldurulması için sözleşmeye aykırılık hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanması gerektiği fikrini benimsiyoruz.

Mevcut Borçlar Kanunu'nun yerini almak üzere, bir Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın hazırlandığı ve kanunlaşma yoluna girdiği bu günlerde, temennimiz hem ulusal hem uluslararası doktrinde senelerdir tartışılmakta olan, hukukî nitelik açısından belirsiz bu konunun, yasal düzlemde ele alınarak belli bir çözüme kavuşturulması yönünde olurdu. Ne yazık ki, Tasarı'da bu hususta hiçbir düzenleme yapılmamıştır. Bir sözleşme kurmak için bir araya gelen, fakat henüz bu sözleşmeyi kurmamış olan tarafların içinde buldukları muğlak hukukî durumun kanun koyucu tarafından bir açıklığa kavuşturulması son derece yerinde olacaktır. BGB § 311/Abs. 1 örneğinin izlenmesi halinde, Türk doktrinindeki baskın görüşe paralel bir sonuç da sağlanacaktır. Bu şekilde, sözleşme müzakerelerine başlanması bir borç ilişkisi yaratacak ve tıpkı sözleşme, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme gibi bir borç kaynağı olarak varlık kazanacaktır.

Bu borç ilişkisine aykırılık halinde ortaya çıkacak sorumluluk ise İsviçre Federal Mahkemesi uygulaması örnek alınmak suretiyle düzenlenebilir ve böylelikle, tarafların MK md. 2'den kaynaklanan yükümlülüklerine aykırı davranışları halinde borçlunun kusursuzluğunu ispat edeceği, müzakerelerde kullanılan yardımcı şahısların davranışlarından yine borçlunun kusursuz olarak sorumlu olduğu ve kurtuluş beyyinesi getiremediği bir düzen kurulabilir. Zamanaşımı süresi ise, müzakere ilişkisinin geçici bir ilişki olduğu gerekçesinden hareketle, zararın ve failin öğrenilmesinden itibaren 1 yıl ve her halde zararı meydana getiren fiilin oluşumundan itibaren 10 yıl olarak düzenlenebilir.

Tarafların müzakere sürecindeki davranışlarının MK md. 2'ye uygun olması gerektiğini kural olarak ortaya koymak, bunun yaptırımının bir belirsizliğe tâbi kılınması hâlinde bir anlam ifade etmemektedir. Kanun koyucunun, yasalaşma sürecindeki Tasarı'da, müzakere dönemini ele almayı yine ihmâl ettiği takdirde, hiç değilse Yargıtay'ın, bu konudaki prensipleri ortaya koyan kararlar vererek bizi aydınlatması temennimizdir.

## KAYNAKLAR

- Accad, Fabien** : Les pourparlers, Villeneuve d'Ascq 1999.
- Adal, Erhan** : Akit Öncesi Sorumluluk (culpa in contrahendo), Yayınlanmamış doçentlik tezi, İstanbul Üniversitesi 1970.
- Akçura Karaman, Tuba** : Üreticinin Ayıplı Ürününün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, İstanbul 2008.
- Akipek, Jale / Akıntürk, Turgut** : Türk Medeni Hukuku, Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Yenilenmiş 6. Bası, İstanbul 2007.
- Aksoy Dursun, Sanem** : Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması, İstanbul 2008.
- Akyol, Şener** : Medeni Hukukta Çelişki Yasağı, İstanbul 2007.
- Altay, Anlam** : Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2007.

- Altop, Atilla** : Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Bankaların Verdikleri Banka Bilgilerinden Dolayı Hukukî Sorumlulukları, İstanbul 1996.
- Altunkaya, Mehmet** : Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Ankara 2005.
- Anex, Jean** : L'intérêt négatif, sa nature et son étendue, Lausanne 1977.
- Ayrancı, Hasan** : Ön Sözleşme, Ankara 2006.
- Barlas, Nami** : "Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmenin Özellikleri", Makalelerim, Cilt: I, İstanbul 2008, sf.: 89 - 111.
- Barlas, Nami** : Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 2008. (*Adi Ortaklık*)
- Barré, Xavier** : La lettre d'intention. Technique contractuelle et pratique bancaire, Paris 1995
- Barron/Barron** : « The Pennzoil-Texaco dispute : An independent Analysis » Baylor Law Review volume : 38, sf : 253 – 290.
- Baygın, Cem** : « Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması », Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt : IV Sayı :1-2, Erzincan 2000, sf. : 345 – 377.
- Bilge, Necip** : Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavram ve Kurumları, 21. Bası, Ankara 2006.
- Buz, Vedat** : Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005.

- Carbonnier, Jean** : Droit Civil, Tome 4, Les Obligations, Paris 1996.
- Chamy, Edouard** : « L'affaire Texaco-Pennzoil et ses multiples développements au sein du système judiciaire américain » JDI, 1988, no : 4, sf : 979 – 1006.
- CHITTY ON CONTRACTS\*** : Volume I, General Principles, 29th edition, London 2004.
- Cohérier, André** : Des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation des contrats, Paris 1939.
- COMMENTAIRE ROMAND\*\*** : Code des Obligations I, édité par Luc Thévenoz et Franz Werro, Bâle 2003.
- Dessemontet, François** : « Les accords de confidentialité », Mélanges Pierre Engel, Lausanne 1989, sf : 27-37.
- Dinar, Cem** : Niyet Mektubunun Hukuki Niteliği ve Bağlayıcılığı, İstanbul 2008.
- Dirix, E.** : « Le « Gentlemen's Agreement » dans la théorie du droit et la pratique contemporaine », Revue de Droit International et de Droit Comparé, T. LXXVI, 1999, sf : 223 – 245.
- Doğan, Gül** : Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi), İstanbul 2006.
- Dubout, Hubert** : « Les engagements de la confidentialité dans les opérations d'acquisition d'entreprises », Bulletin Joly, Juillet 1992, sf. 722-728.
- Dural, Mustafa / Sarı, Suat** : Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve

---

\* Bu esere her defasında ilgili bölümü kaleme alan yazarın adıyla atıf yapılmıştır.

\*\* Bu esere her defasında ilgili maddeyi şerh eden yazarın adı ile atıf yapılmıştır.



Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2006.

- Draetta, Ugo** : “The Pennzoil case and the binding effect of the letters of intent in the international trade practice”, RDAI, no: 2 – 1988, sf.: 155 – 172.
- Edis, Seyfullah** : Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Ankara 1983.
- Elland-Goldsmith, Michael** : Comfort letters in English law and practice, RDAI no: 5, 1994; pp: 527-541.
- Engel, Pierre** : Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO, 2è édition, Berne 1997. (*Traité*)
- Engel, Pierre** : Contrats de Droit Suisse, 2<sup>e</sup> édition, Berne 2000. (*Contrats*)
- ENGLISH PRIVATE LAW<sup>\*\*\*</sup>** : Edited by Professor Peter Birks, Volume II, Oxford 2000.
- Eren, Fikret** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden geçirilmiş 10. Bası, İstanbul 2008.
- Erman, Hasan** : Medeni Hukuk Dersleri, Başlangıç Bölümü, Gözden geçirilmiş 2. basım, İstanbul 2007.
- Ergüne, Mehmet Serkan** : Olumsuz Zarar, İstanbul 2008.
- Esener, Turhan** : Borçlar Hukuku I, Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği, Ankara 1969.
- Esener, Turhan** : Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salâhiyete

---

\*\*\* Bu esere her defasında ilgili bölümü kaleme alan yazarın adıyla atıf yapılmıştır.

Müstenit Temsil, Ankara 1961. (*Temsil*)

- Esener, Turhan** : Hukuk Başlangıcı, Genel Hukuk Bilgisi, İstanbul 2002. (*Başlangıç*)
- Esener, Turhan** : “Borçlar Hukuku Sistemimize Göre Akitlerin İn’ikadında İtimat Prensibinin Ehemmiyeti”, AÜHFD, Yıl: 1959, Cilt: 16, Sayı: 1 – 4, sf. 166 – 197. (*İtimat*)
- Esin, İsmail Gökhan / Lokmanhekim, Tunç S.** : Uygulamada Birleşme ve Devralmalar, İstanbul 2003.
- Farnsworth, E. Allan** : “Negotiation of contracts and precontractual liability: General Report”, Conflicts et Harmonisation, Mélanges en l’Honneur d’Alfred E. von Overbeck à l’Occasion de son 65e anniversaire, Fribourg 1990, sf. 657-680.
- Feyzioğlu, Necmeddin Feyzi** : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt I, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 1976.
- Fontaine, Marcel** : « Les lettres d’intention dans la négociation des contrats internationaux », Droit et pratique du commerce international Tome : 3 No : 2, Avril 1977, sf : 73-117.
- Fontaine, Marcel** : « Offre et Acceptation, Approche dépassée du processus de formation des contrats », Mélanges Offerts à Pierre van Ommeslaghe, Bruylant 2000, sf : 115-133. (*Offre et Acceptation*)
- Fontaine, Marcel** : Le Processus de Formation du Contrat, Contributions Comparatives et Interdisciplinaires à l’Harmonisation du Droit

Européen, Bruxelles 2002 (*Processus*)

- Marcel Fontaine/ Filip De Ly** : Droits des contrats internationaux. Analyse et rédaction des clauses, 2<sup>em</sup> édition, Paris-Bruxelles 2003.
- Gelfand, Gregory** : « « Pun’s oil sues Toxico » : A comedy of errors in (at least) four acts », Delaware Journey of Corporate Law volume : 11, sf : 345 – 381.
- Geninet, Mirène** : Théorie générale des avant-contrats, Thèse pour le Doctorat d’Etat, Université de Droit, d’Economie et de Sciences Sociales de Paris, 1985
- Goffinet, Christopher M.** : “The \$10.53 billion question – when are the parties bound?: Pennzoil and the use of agreements in principle in mergers and acquisitions”, Vanderbilt Law Review volume: 40, sf: 1367 - 1396.
- Grosheide, Willem F.** : « The gentleman’s agreement in legal theory and in modern practice – The dutch civil law perspective » , Netherlands reports to the 15th international congress of comparative law (Bristol 1998), Antwerpen / Groningen , sf : 91 – 114.
- Guggenheim, Daniel** : Le Droit suisse des contrats, Principes généraux. T :1 La Conclusion des contrats, Genève 1991.
- Gümüş, Mustafa Alper** : İsviçre – Türk Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001.
- Gürpınar, Damla** : Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma,

Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukukî Sorumluluk, İzmir 2006.

- Hatemi, Hüseyin** : Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1994.
- Hirsch, Laurent** : “Les critères de la conclusion du contrat”, De Lege Ferenda: Réflexions sur le Droit Désirable en l’Honneur du Professeur Alain Hirsch, Genève 2004, sf. 333-339.
- Huet, Jérôme / Dupuis-Toubol, Frédérique** : « Violation de la confidentialité des négociations », Petites Affiches, No: 41, 4 Avril 1990, sf: 4-11.
- İnan, Ali Naim** : « Culpa in Contrahendo – Mukavele yapılırken işlenen kusurdan dolayı mesuliyetin hukuki sebeplerini izah eden nazariyeler üzerinde mukayeseli bir çalışma », Adalet Dergisi, Temmuz 1954, Yıl : 45 Sayı : 7, sf. : 878 – 887. (*Culpa I*)
- İnan, Ali Naim** : « Culpa in Contrahendo – Mukavele yapılırken işlenen kusurdan dolayı mesuliyetin hukuki sebeplerini izah eden nazariyeler üzerinde mukayeseli bir çalışma », Adalet Dergisi, Temmuz 1954, Yıl : 45 Sayı : 8, sf. : 999 – 1013. (*Culpa II*)
- İpek, Mehtap** : Sözleşme Serbestisi ve Günümüzdeki Sınırlamaları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2002.
- Jhering, Rudolph von** : « Culpa in contrahendo bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen », Œuvres Choisies Traduites par O. Meulnaere,

Tome II, 1893 Paris.

- Jourdain, Patrice** : “Rapport Français”, La Bonne Foi, Travaux de l’Association Henri Capitant, Journées Louisianaises, Tome XLIII, 1992, Paris 1994, sf. :121 – 132.
- Kaneti, Selim** : Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, İstanbul 2007.
- Kani, Ali-Nagi** : La force créatrice de la volonté dans la formation du contrat : Etude comparative du droit iranien et de certaines législations européennes, Neuchâtel 1956.
- Karafakih, İsmail Hakkı** : “Federal Mahkeme Kararları: Birinci Hukuk Dairesi 6.6.1951, Müzakere suçu – culpa in contrahendo”, ABD, Yıl: 1953 S:1, sf. 165 – 168.
- Karahasan, Mustafa Reşit** : Tazminat Hukuku – Maddi Tazminat, Öğreti Yargıtay Kararları, İstanbul 2001. (*Maddi Tazminat*)
- Karahasan, Mustafa Reşit** : Sorumluluk Hukuku, Doktrin – Yargıtay Kararları, Genişletilmiş ve bağımsız olarak düzenlenmiş baskı, İstanbul 1996.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 10. Bası, Ankara 2008.
- Kırca, Çiğdem** : Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiyeye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004.
- Kırca, İsmail** : Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri, Ankara 2000.
- Kırca, İsmail** : « Kredi Teminat Aracı Olarak Himaye

Beyanları », AÜHFD, Yıl 1995, Cilt : 44,  
Sayı : 1-4, sf. : 451-475.

- Kocayusufpaşaoğlu, Necip** : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 1. Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş - Hukuki İşlem - Sözleşme, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Bası, İstanbul 2008.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip** : Güven nazariyesi karşısında borç sözleşmelerinde hata kavramı, İstanbul 1968. (*Hata*)
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip** : Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul 1959. (*Satış Vaadi*)
- Kramer, Ernst / Schmidlin, Bruno** : Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1 – 18 OR, Bern 1986. (*BKomm.*)
- Kuntalp, Erden / Barlas, Nami/ Ayanoğlu Moralı, Ahu / Çavuşoğlu Işıntan, Pelin / İpek, Mehtap / Yaşar, Mert / Koç, Sedef** : Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul 2005.
- Kuonen, Nicolas** : La Responsabilité Précontractuelle, Zürich – Bâle - Genève, 2007.
- Kutlu Sungurbey, Ayfer** : Yetkisiz Temsil Özellikle culpa in contrahendo (sözleşmenin görüşülmesinde kusur) ve olumsuz zarar, İstanbul 1988.

- Lake, Ralph B. / Draetta, Ugo** : Letters of intent and other precontractual documents, Second Edition, Salem, 1994.
- Leduc, Etienne** : Les avant contrats, Paris 1909.
- Lefebvre, Brigitte** : « Rapport Canadiens », La Bonne Foi, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées Louisianaises, Tome XLIII, 1992, Paris 1994, sf : 85 – 103.
- Macaulay, Stewart** : Non-contractual relations in business : a preliminary study, American Sociological Review, Volume : 28, sf : 55-67.
- Mazeaud, Henri et Léon / Mazeaud, Jean / Chabas, François** : Leçons de Droit Civil, Tome II, 1<sup>er</sup> Volume, Obligations Théorie Générale, 9<sup>e</sup> édition, Paris 1998.
- Morin, Ariane** : « La responsabilité fondée sur la confiance en droit positif suisse », Türk – İsviçre Hukuk Haftası, İstanbul 20-21 Mayıs 2004, İstanbul 2005, sf. 239 – 259.
- Morin, Ariane** : « Les articles 2 et 4 CC : deux règles dans l'esprit du Code civil suisse », Journée des Juristes Suisses 2007, 100 années CC, Basel 2007, sf. : 203 – 236.
- Najjar, Ibrahim** : L'autonomie de la lettre de confort, D. 1989, I, sf : 217 vd.
- Oğuzman, Kemal** : « Bir akdin hile sebebiyle iptali azami bir müddetle tahdit edilmiş midir ? (BK md. 31 üzerinde bir tetkik)», İstanbul Barosu Dergisi, Nisan 1953, Cilt : XXVII, Sayı : 4, sf : 177 – 189.

- Oğuzman, Kemal / Barlas, Nami** : Medeni Hukuk – Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar-, 15. Bası, İstanbul 2008.
- Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden geçirilmiş 5. Baskı, İstanbul 2009.
- Oğuztürk, Burcu** : Güven Sorumluluğu, İstanbul 2008.
- Okutan Nilsson, Gül** : Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, İstanbul 2004.
- Oppetit, Bruno** : « L’engagement d’honneur », Recueil Dalloz 1979, I, sf :107-116.
- Pédamon, Michel** : Le Contrat en Droit allemand, Paris 1993.
- Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet** : Medeni Usûl Hukuku, 7. Bası, Ankara 2008.
- Péloquin, Louis / Assié, Christopher K.** : « La Lettre d’Intention », Revue Juridique Thémis, Volume 40 Numéro 1, 2006, sf. 175-204.
- Piotet, Paul** : « Développements récents de la théorie de la culpa in contrahendo », Mélanges Guy Flattet, Lausanne 1985 sf. : 363-379 (*Mélanges*)
- Piotet, Paul** : « La culpa in contrahendo aujourd’hui », SJZ, August 1981, 77. Jahrgang, no : 14, sf. : 225-233. (*SJZ*)
- Piotet, Paul** : « La culpa in contrahendo aujourd’hui », SJZ, August 1981, 77. Jahrgang, no : 15, sf. : 241-247. (*SJZ II*)
- Piotet, Paul** : Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse, Berne 1963. (*Culpa*)



- Planiol, Marcel / Ripert, Georges / Esmein, Paul** : Traité Pratique de Droit Civil Français, Tome VI, Obligations 1<sup>ère</sup> partie, Paris 1930.
- Poltier, Etienne** : « Les gentlemen's agreements à participation publique », Revue de Droit Suisse, 106 (1987), Halbbd. 1 sf. : 367-402
- Rado, Türkan** : Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İstanbul 1982.
- Ranieri, Filippo** : “La nouvelle partie générale du droit des obligations”, La Réforme du droit allemand des obligations, Colloque du 31 Mai 2002 et nouveaux aspects, Paris 2004, sf. 19 – 37.
- Rieg, Alfred** : La punctuation, contribution à l'étude de la formation successive du contrat, Etudes offertes à Alfred Jauffret, d'Aix-Marseilles 1974, pp : 593-607.
- Rouiller, Nicolas** : « Culpa in Contrahendo et liberté de rompre les négociations : existe-t-il des devoirs précontractuels hors de l'obligation d'information ? L'identification exacte du devoir violé et ses conséquences », JdT 2006/6, sf. : 163 – 177. (*JdT*)
- Rouiller, Nicolas** : Devoirs Précontractuels (culpa in contrahendo) : L'identification exacte de leur violation et ses conséquences. Droit suisse et travaux d'harmonisation internationaux et européens ; Bulletin CEDIDAC no : 45, Octobre 2006, sf. :1-5. (*Devoirs Précontractuels*)
- Rouiller, Nicolas** : Droit suisse des obligations et Principes du droit européen des contrats, Lausanne 2007.

*(Droit suisse)*

- Saatcioğlu, Onur Can** : Anglo-Amerikan Hukukunda Quasi-Contractus Kavramı, AÜHFD, Yıl : 2007 C : 56 sayı : 1, sf. 255-277.
- Sacco, Rodolfo** : « Rapport Italien », La Bonne Foi, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées Louisianaises, Tome XLIII, 1992, Paris 1994, sf. 133 – 140.
- Saleilles, Raymond** : « De la Responsabilité Précontractuelle, A propos d'une étude nouvelle sur la matière », RTDCiv., Tome VI, Année 1907, sh. 697-751.
- Schlosser, Ralph** : « Les lettres d'intention : portée et sanction des accords précontractuels », Responsabilité Civile et Assurance : Etudes en l'honneur de Baptiste Rusconi, Lausanne 2000, sf. 345 – 362.
- Schollen, Anne** : Les lettres de parrainage ont-elles toujours de bonnes intentions ? ; RDAI no : 7, 1994 ; pp : 793-804.
- Schönenberger, Wilhelm / Jäggi, Peter** : Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band : Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung, Teilband V 1a, Dritte völlig neubearbeitete Auflage, Zürich 1973. (*ZKomm.*)
- Schönle, Herbert** : “Rapport Suisse”, La Bonne Foi, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées Louisianaises, Tome XLIII, 1992, Paris 1994, sf. 193 – 213.

- Serozan, Rona** : Medeni Hukuk Genel Bölüm, Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 2008. (*Medeni Hukuk*)
- Serozan, Rona** : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Cilt, İfa – İfa Engelleri – Haksız Zenginleşme, Gözden geçirilip genişletilmiş 4. Bası, İstanbul 2006. (*İfa*)
- Serozan, Rona** : « « Culpa in Contrahendo », « Akdin müsbet ihlali » ve « Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme » kurumlarının ortak temeli : Edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi », MHAD, yeni seri Yıl : 1 no : 3, sf. : 108 – 129.
- Starck, Boris / Roland, Henri / Boyer, Laurent** : Droit Civil : Les Obligations, 2. Contrat, Paris 1998.
- Stoffel, Walter A.** : « La promesse de contracter en droit suisse », Pouvoir exécutif et pouvoir législatif, Recueil des travaux présentés aux deuxièmes journées juridiques yugoslavo-suisse, Belgrade 19 au 21 mars 1986, Zürich 1986 ; sf. : 131-151
- Tandoğan, Haluk** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt : I/1, Tümü yeniden işlenmiş ve genişletilmiş 4. Bası, Ankara 1985
- Tandoğan, Haluk** : Türk Mes'uliyet Hukuku Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 159, Ankara1961. (*Mes'uliyet*).
- Tekinay, Selâhattin Sulhi** : Medeni Hukukun Genel Esasları ve Kişiler Hukuku, Gözden geçirilmiş ilâveli 6. Bası, İstanbul 1992.
- Tekinay, Selâhattin Sulhi /Akman, Sermet /Burcuoğlu,** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 7. Baskı,

- Halûk /Altop, Atillâ** : İstanbul 1993.
- Tercier, Pierre** : « La culpa in contrahendo en droit suisse », Premières journées juridiques yougoslavo-suisse, Lausanne et Fribourg 16-19 Novembre 1983, Zürich 1984. (*Culpa in Contrahendo*)
- Tercier, Pierre** : Le Droit des Obligations, 3<sup>e</sup> édition revue et corrigée, Zürich 2004. (*Obligations*)
- Terré, François / Simler, Philippe / Lequette, Yves** : Droit Civil – Les Obligations, 9<sup>e</sup> édition, Paris 2005.
- von Tuhr, Andreas** : Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt : 1-2, çeviren : Cevat Edege, Ankara 1983.
- Tunçomağ, Kenan** : Türk Borçlar Hukuku, Cilt I, Genel Hükümler, Üzerinde çalışılmış ve geliştirilmiş 6. Bası, İstanbul 1976.
- Treitel, Guenter** : The Law of Contract, 11th edition, London 2003.
- Uluslan, İlhan** : « Culpa in Contrahendo Üstüne », Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan I, İstanbul 1982, sf. : 275 – 319.
- Uygur, Turgut** : Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Birinci Cilt (Giriş ve Madde 1 – 40), Ankara 2003.
- Walter, Hans Peter** : “La Responsabilité fondée sur la confiance dans la jurisprudence du Tribunal Fédéral”, La responsabilité fondée sur la confiance : Journée de la responsabilité civile 2000, Zurich 2001, sf. : 147 – 160.

- Witz, Claude** : Droit Privé Allemand, 1. Actes Juridiques, Droits Subjectifs; Paris 1992.
- Witz, Claude** : “Pourquoi la Réforme?”, La Réforme du droit allemand des obligations, Colloque du 31 Mai 2002 et nouveaux aspects, Paris 2004, sf. : 11 – 17. (*Réforme*)
- Yalman, Süleyman** : Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006.
- Yavuz, Nihat** : “Culpa in contrahendo ya da Aslî Edim Yükümünden Bağımsız Yasal Borç İlişkisi Kuramı (Nazariyesi) Açısından Tapulu Taşınmazın Harien Satışı Nedeniyle Alıcının Talep Hakları”, Yargıtay Dergisi Cilt: 28, Ocak – Nisan 2002, Sayı: 1 – 2, sf. 61 – 103.
- Yılmaz, Hamdi** : “Sözleşme Görüşmelerinde Kusur “Culpa in Contrahendo” ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler”, Yargıtay Dergisi, Cilt: 11 Sayı: 3, Temmuz 1985, sf. 234 – 252.
- Youngs, Raymond** : Sourcebook on German Law, 2nd edition, London-Sydney-Portland-Oregon, 2002.
- Yung, Walter** : « Devoirs Généraux et Obligations », Mélanges en l’honneur de Wilhelm Schönerberger, Fribourg 1968, sf. : 163 – 179.
- Zevkliler, Aydın / Havutçu, Ayşe / Gürpınar, Damla** : Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), 6. Bası, Ankara 2008.
- Zimmermann, Reinhard** : The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford 1996 (*Foundations*)

**Zumbansen, Peer** : “The Law of Contracts”, Introduction to German Law, edited by Mathias Reimann & Joachim Zekoll, München 2005, sf. 179 – 203.

İnternet üzerinden erişilen eserler:

**Clemens, Benedict S.** : Savoy (or Russian Roulette) Clauses, <http://www.bscl.com.au/home/Savoy%20clauses.pdf>

**Ehrecke, Thomas Robert** : Die Haftung wegen Abbruchs der Vertragsverhandlungen im Grenzüberschreitenden Rechtsverkehr – auf der Grundlage des deutschen, französischen, englischen und UN Kaufrechts -, diss., Saarbrücken 2007. [http://scidok.sulb.unisaarland.de/volltexte/2008/1436/pdf/Dissertation\\_Thomas\\_Robert\\_Ehrecke.pdf](http://scidok.sulb.unisaarland.de/volltexte/2008/1436/pdf/Dissertation_Thomas_Robert_Ehrecke.pdf).

**Zimmermann, Reinhard** : “The German Civil Code and the Development of Private Law in Germany”, (2006) Oxford University Comparative Law Forum 1 at [ouclf.iuscomp.org](http://ouclf.iuscomp.org).

## ÖZGEÇMİŞ

Pelin İŞINTAN, 1974 yılında İstanbul’da doğmuş; Notre Dame de Sion Fransız Kız lisesinin ardından, 1998 yılında Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde lisans eğitimini tamamlamış ve aynı yıl Galatasaray Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı’nda araştırma görevlisi olmuştur. 2001 yılında Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans eğitimini tamamlamıştır. 2004 yılında İsviçre Mukayeseli Hukuk Enstitüsü’nün verdiği van Calker araştırma bursuyla üç ay, 2006 yılında ise İsviçre Konfederasyonu’ndan aldığı araştırma bursuyla dokuz ay yine aynı Enstitü’de doktora tez araştırmalarında bulunmuştur.

“Türk Hukukunda Manevi Tazminat Kavramı” başlıklı yüksek lisans tezinin yanı sıra, diğer yayınları:

- *“Türk Hukukunda yeni bir müessese: Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması”*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002/2, sf. 297 – 306.
- *“Avis sur une décision de la Cour de Cassation turque”* (Ar. Gör. Ahu Ayanoğlu Moralı ile birlikte karar çevirisi ve incelemesi), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002/2, sf. 443-446.
- *“Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda Yer Alan Haksız Fiillerde Teselsül Düzenlemesi Üzerine Düşünceler”*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan), 2004/1, sf. 499 – 512.
- *Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na ilişkin Değerlendirmeler (Madde 1-19, 26-87, 325-344, 560-585)*; Prof. Dr. Erden Kuntalp, Prof. Dr. Nami Barlas, Ar. Gör. Ahu Ayanoğlu Moralı, Ar. Gör. Tuba Karaman, Ar. Gör. Mehtap İpek, Ar. Gör. Mert Yaşar, Ar. Gör. Sedef Koç ile ortak yayın, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2005.

- “*Le Principe de venire contra factum proprium en droit turc*”, Notions-cadre, concepts indéterminés et standards juridiques en droits interne, international et comparé, Genève – Zurich – Bâle 2008, sf. 93 – 101.
- Le fascicule “*Turquie*”, Juris-Classeurs: Droit Comparé, sf. 1 – 74, Yard. Doç. Dr. Ahu Ayanoglu Morali ve Arş. Gör. Süheyla Balkar ile ortak yayın (Eylül 2009 tarihinde yayımlanmak üzere teslim edilmiştir).