

CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞU ve AMERİKAN HUKUKUNDAKİ UYGULAMASI

*Yrd.Doç.Dr. Cem BAYGIN**

§ 1. CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞU

I. KAVRAM

Bilindiği üzere sözleşme bir anda kurulup meydana gelen bir hukuki işlem değildir. Akit kurulmadan önce taraflar akdin muhtevası, şartları, içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde birbirleriyle görüşmeler yaparlar. Bu görüşmeler akdin mahiyetine ve hal ve şartlara göre, uzun veya kısa sürebilir. Bir akdi ilişki kurmak kastıyla görüşmelere başlayan kişiler arasında MK.m.2'deki dürüstlük kuralından kaynaklanan bir güven ilişkisi doğar. Çünkü, görüşmecilerden her biri veya onların yardımcıları karşı tarafın ve onun koruma alanındaki 3. şahısların kişi ve malvarlığı değerleri üzerinde etkili olabilecek bir konuma geçmişlerdir. Buna paralel olarak taraflar arasındaki güven ilişkisi sıkılaşmış ve dolayısıyla birbirlerine doğru bilgi verme, bilinmesi gerekli konularda açıklama yapma, diğer görüşmeciyi ve onun koruma alanındaki 3. kişileri zarardan uzak tutma şeklinde ifade edilen bir takım koruma yükümlülükleri diğer bir deyişle, özel davranış mükellefiyetleri ortaya çıkmıştır. Görüşmeciler bu yükümlülüklere kusurlu olarak aykırı davranıp, görüşmelerin başlamasıyla aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde, bundan doğan zarardan sorumlu olurlar¹. İşte akdin kurulmasından önceki kusurlu davranıştan doğan bu so-

* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Fikret EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II, 5. Bası, İstanbul 1999, sh.1116,1117; İlhan ULUSAN, Culpa In Contrahendo Üstüne, Prof. Dr. Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan 1, İstanbul 1982, sh.287 vd.; Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku Dersleri, 1. Fasikül, 2. Bası, İstanbul 1985, sh.22,23; Selâhattin Sulhi TEKİNAY / Sermet AKMAN / Halûk BURCUOĞLU / Atilla ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 7. Baskı, İstanbul 1993, sh.975,976; Kenan TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, 6. Baskı, İstanbul 1976, sh.211,212; Ayfer Kutlu SUNGURBEY, Yetkisiz Temsil -özellikle culpa in contrahendo (sözleşmenin görüşülmesinde kusur) ve olumsuz zarar-, İstanbul 1988,

rumluluğa, Latince bir tabirle, culpa in contrahendodan doğan sorumluluk adı verilmektedir. Buna, Türkçe’de “akit görüşmeleri esnasındaki kusurdan doğan sorumluluk” demek de mümkündür.

Görüşmecilerden birinin ihtiyatsız tutumu veya yanıltıcı beyanları sonucu hiç kurulmamış ya da geçersiz olarak meydana gelmiş sözleşmeler yüzünden zarara uğrayan diğer taraf, geçerli bir sözleşme bulunmadığından ne sözleşmeye, ne de -bir mutlak hakkın çiğnenmesi söz konusu olmadığından- haksız fiile dayanarak zararının giderilmesini isteyemiyordu. İşte culpa in contrahendo sorumluluğu, görüşmeler esnasında kusursuz olan şahsı diğer tarafın kusurlu davranışlarına katlanmak zorunda bırakan ve tabi ki hakkaniyete uymayan söz konusu durumu düzeltmeyi amaçlamıştır².

Culpa in contrahendo kavramı, ilk olarak Alman hukukçu Rudolf von Jhering tarafından “akit görüşmeleri esnasında kusur veya batıl ya da kurulmamış akitlerde tazminat” adlı incelemede ele alınıp işlenmiştir. Jhering, incelemesinde ve savunduğu görüşte daha çok batıl veya kurulmamış sözleşmeler açısından akit görüşmelerinden doğan zararın tazmini yükümlülüğünü işlemiş, fakat görüşme kusuruna rağmen geçerli olarak kurulan sözleşmelerde soruna değinmemiştir. Daha sonra Leonhard, “akdin kurulması sırasında kusur” adlı eserini yazmış ve burada, akdin kurulması esnasındaki kusur kavramını önermiş ve bununla sorumluluğun ancak geçerli olarak kurulmuş sözleşmelerde söz konusu olabileceğini savunmuştur. Ancak zamanla doktrin ve uygulamada her iki hukukçunun görüşleri birleştirilmiş ve bugün hakim olan fikre göre, görüşmelerden doğan sorumluluğun söz konusu olabilmesi için, akdin kurulmuş ya da kurulmamış veya batıl ya da geçerli olmasının şart olmadığı sonucuna varılmıştır³. Gerçekten, culpa in contrahendo sorumluluğundan bahsedebilmek için kurulmuş bir akdin varlığı şart değildir. Böyle bir şartın aranması maksada aykırı olarak sorumluluğun kapsamını son derece kısıtlayacaktır.

sh.117 vd., 124; Hamdi YILMAZ, Sözleşme Görüşmelerinde Kusur “Culpa In Contrahendo” ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler, Yargıtay Dergisi, C.XI, Sa.3, Temmuz 1985, sh.234 vd.; Andreas von TUHR, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C.1-2, (Çev. Cevat Edege), 2. Baskı, Ankara 1983, sh.187,188; M. Kemal OĞUZMAN / M. Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul 1998, sh.68 vd., 309 vd.; Safa REİSOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, İstanbul 1999, sh.271; Aytekin ATAAY, Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, 5. Basım, İstanbul 1995, sh.244.

2 YILMAZ, agm., sh.235,236; ULUSAN, agm., sh.285,286; Rona SEROZAN, Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, MHAD., yeni seri, Y.2, Sa.3, İstanbul 1968, sh.110.

3 EREN, age., C.II, sh.1117; YILMAZ, agm., sh.236.

Jhering tarafından ortaya konulan sözleşme görüşmelerindeki kusur kavramı İsviçre/Türk Borçlar Kanunu ile Alman Medeni Kanunu'nu büyük ölçüde etkilemiştir. Bu yasalarda sözleşme görüşmelerindeki kusur kavramının bir görünümü olan münferit hükümler yer almaktadır. Ancak bugün ne İsviçre/Türk ve ne de Alman Hukukunda, sözleşme görüşmelerindeki kusur sorumluluğunu düzenleyen genel bir kural yoktur. Hemen belirtelim ki, Amerikan Hukuku'nda da konuya ilişkin genel bir hükme rastlanmamaktadır.

Culpa in contrahendo sorumluluğuna ilişkin genel bir hüküm bulunmaması akdin kurulması safhasında bir tarafın işlediği kusur yüzünden diğer tarafın uğradığı zararların hangi hukuki sebebe dayanılarak ve ne ölçüde tazmin edileceği sorununun gündeme getirmiştir. Şimdi, culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki mahiyeti ve giderim talebinin kapsamı konularını inceleyerek bu sorulara cevap vermeye çalışacağız.

II. CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ HAKKINDAKİ GÖRÜŞLER

1- Haksız Fiil Görüşü

Bu görüşe göre, akit görüşmelerinden doğan sorumluluk, niteliği itibarıyla bir haksız fiil sorumluluğudur. Zira görüşme ilişkisinin başlamasıyla görüşmeye katılan kişiler arasında akdi bir ilişki meydana gelmez. Akdi sorumluluk, akdin kurulmasını ve içerdiği bir yükümlülüğün ihlalini gerektirir. Oysa burada akit öncesi bir davranıştan doğan zarardan sorumluluk söz konusudur.

Haksız fiil kuramına göre, culpa in contrahendodan doğan sorumluluk, kimseye zarar vermeme (neminem laedere), davranışlarda gerekli özeni gösterip güveni sarsmamaya ilişkin genel bir yükümlülüğün ihlali biçiminde belirir. Akdi görüşmelere girişen tarafların düşüncelerini açığa vurmaları, karşı tarafça yanlış yorumlanabilecek tutum ve davranışlardan sakınmaları veya bunları sürdürmemeleri, herkes için yürürlükte bulunan, herkesten uyulması beklenen soyut özen yükümünün gereğidir. Bu soyut ve genel yükümlülüklerin akit müzakereleri esnasında ihlal edilmesi, BK.m.41 çerçevesinde yasal dayanağa kavuşan bir haksız fiil oluşturur⁴.

⁴ ULUSAN, agm., sh.302; Ali Naim İNAN, "Culpa In Contrahendo"- Mukavele Yapılırken İşlenen Kusurdan Dolayı Mesuliyetin Hukuki Sebeplerini İzah Eden Nazariyeler Üzerinde Mukayeseli Bir Çalışma, Adalet Dergisi, Y.45, Sa.7, Temmuz 1954, sh.884; YILMAZ, agm., sh.244. Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. EREN, agc., C.II, sh.1118 (438) no'lu dn.; H. OSER / W. SCHÖNENBERGER (Çev. Recai Seçkin), Ankara 1947, m.26, no.11, sh.225; m.39, no.7-8, sh.316,317.

Görüldüğü gibi haksız fiil görüşünü savunanlar, sözleşme öncesi dönemde yapılan görüşmelerin özelliklerini, önem ve değerlerini görmezlikten gelerek, bu görüşmeler sırasında işlenen dürüstlük kuralı ile bağdaşmayan tutum ve davranışları basit bir soyutlama aracılığıyla genel özen gösterme, zarar vermeme ilkesi içinde incelemekle yetinmişlerdir. Oysa sözleşme görüşmeleri çerçevesinde, haksız fiilin herkese hitap eden, genel, soyut ilkeleri söz konusu olmayıp, artık burada belirli kişiler arasında cereyan eden somut nitelikte bir özen yükümünün, daha özlü bir deyişle, özel ve somut bir zarardan koruma yükümünün söz konusu olduğunu kabul etmek gerekir⁵.

Akit müzakereleri sırasında işlenen kusuru bir haksız fiil şeklinde nitelendirdiğimiz takdirde; tazminat talebi BK.m.60'a göre, kural olarak 1 yıllık zamanaşımına tabi olur. Akdi sorumlulukta uygulama alanı bulan BK.m.125'deki 10 yıllık zamanaşımı burada geçerli olmaz. Sözleşme görüşmelerinin sebep olduğu zarar yardımcı kişinin davranışından doğmuşsa, ortada bir sözleşme olmadığı için görüşmeci BK.m.100'e göre değil, BK.m.55'e göre sorumlu tutulabilecektir. Bu durumda görüşmeler esnasında yardımcı kullanan taraf, söz konusu zararın doğmaması için hal ve şartların gerektirdiği bütün dikkat ve özeni gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilecektir. Nihayet, görüşmeler sırasında işlenen kusur nedeniyle zarar gören şahıs, karşı tarafın kusurlu olduğunu ispat etmek durumunda kalacaktır. Şu halde, culpa in contrahendo sorumluluğunun haksız fiil şeklinde nitelendirilmesi, zarar gören taraf için aşılması oldukça güç engeller yaratacaktır⁶.

2- Sözleşme Kuramları

a-) Kurulacak Sözleşme Kuramı (Amaç Sözleşme Teorisi)

Culpa in contrahendo'yu sözleşme temeline oturtan görüşler içinde en eskisi sayılan amaç sözleşme teorisi, sözleşme öncesi dönemde taraflar arasında cereyan eden görüşmelere somut bir nitelik tanıyarak bu olguları kurulacak olan sözleşme ilkelerine çekme biçiminde belirir. Bu görüşe göre, sözleşme görüşmeleri sırasında kişilerin uymak zorunda buldukları karşılıklı görev ve yükümlülüklerin kurulacak sözleşmeden ayrı, ondan bağımsız bir niteliği yoktur. Tam tersine, sözleşme öncesi yükümlülükler, geçerli olarak meydana gelmesi tasavvur edilen sözleşmeye dahil olup, birlikte bir bü-

⁵ İNAN, agm., sh.885,886; ULUSAN, agm., sh.303.

⁶ EREN, age., C.II, sh.1119; ULUSAN, agm., sh.304.

tün oluştururlar. O nedenle sözleşmeden dolayı sorumlu olan borçlu, sözleşme görüşmelerindeki davranışlarından da sorumlu olmalıdır⁷.

Culpa in contrahendo'nun sorumluluk temelini taraflarca kurulması amaçlanan sözleşmede bulan bu teori birçok bakımdan eleştirilmiştir. Bu hususta yapılan en önemli tenkit, sözü geçen kuramın zorunlu olarak geçerli bir sözleşmeye ihtiyaç göstermesi ve bu nedenle geçerli bir sözleşmeden söz edilemeyen durumlarda söz konusu kuramın yetersiz kalacağı ve dolayısıyla soruna kısmi bir çözüm yolu getirmiş olacağı yönündedir. Gerçekten taraflar özellikle sözleşme görüşmeleri safhasında bu bağlantıların kendilerini bir sözleşmeye ulaştırıp ulaştırmayacağını bilmedikleri gibi, sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu kanısında olsalar dahi, onlar açısından bilinmeyen bir nedenle sözleşme geçersiz de olabilir⁸.

b-)Bağımsız İşlem Kuramı

Bağımsız işlem kuramına ilişkin görüşlerin en bariz özelliği, "kurulacak sözleşme kuramı"nın aksine, sözleşme öncesi döneme ilişkin somut yükümlülüklerle, ulaşılmak istenen hukuki işlem arasında bir ayırım yapmasıdır. Gerçekten sözü geçen kuram, akit öncesi işlemleri, bunlar üzerindeki bazı görüş ayrılıklarına karşın, kurulacak sözleşmeden ayrı sayıp "özel bir hukuki işlem" olarak nitelendirmiştir. Stoll'un sözleşme öncesi dönemi "*sözleşme görüşmeleri hukuki ilişkisi*" şeklinde adlandırması bu safhanın bağımsızlığını ve hukuksal niteliğini ortaya koymaktadır⁹.

Bağımsız işlem kuramı, sözleşmeye takaddüm eden ilişkilerin niteliği üzerinde görüş ayrılıklarına yol açacak bir biçimde gelişmiştir. Bir görüşe göre, özel nitelikteki ilişkiler iki taraflı, diğer bir görüşe göre ise tek taraflı bir nitelik taşır.

aa-) Sözleşme Öncesi Dönemi İki Taraflı İlişkiler Olarak Niteleyen Görüş

Bağımsız işlem kuramı içinde bir alt tür olarak beliren bu görüşe göre, culpa in contrahendo sorumluluğunun temeli, sözleşme öncesi dönemde tarafların karşılıklı olarak "ihbar ve haber yükümlülükleri" ile bağlı kılındıkları örtülü (zımni) bir sözleşmeye dayandırılmaktadır. Akdin müzakere-leri evresinde taraflar arasında zımni bir sözleşme bulunduğu faraziyesini kabul eden bu yaklaşım, "amaç sözleşme kuramı"nın geçersiz sözleşme ilişkisinde doğurduğu güçlüğü aşılmasına hizmet etmiştir. Özellikle Alman

⁷ ULUSAN, agm., sh.305; İNAN, agm. (2), Sa.8, sh.999,1000.

⁸ ULUSAN, agm., sh.306; SEROZAN, agm., sh.111.

⁹ ULUSAN, agm., sh.307.

İmparatorluk Mahkemesi'nin örtülü sözleşmeyi açıkça kabul eden kararlarının bu fikrin gelişmesinde büyük etkisi olmuştur. Ne var ki, sözleşme öncesi sorumluluğu, aydınlatma ve koruma yükümlülükleriyle donanmış örtülü sözleşme niteliğinde gören görüş, sözü geçen hukuki ilişkinin bir varsayıma dayanması ve bu itibarla keyfi bir nitelik taşıması nedeniyle soruna çözüm yolu getirici olmaktan uzak görülmüştür¹⁰.

bb-) Sözleşme Öncesi Dönemi Tek Taraflı Hukuki İlişki Olarak Niteleyen Görüş

“Giriş kuramı” adıyla da bilinen somut görüşe göre de, sözleşme öncesi dönemde cereyan eden işlemlerle kurulmak istenen hukuki işlem birbirinden bağımsız ve ayrı sayılmıştır. Bu kuram, özellikle icap aracılığıyla sözleşme ilişkileri kurma olgusu söz konusu olduğunda tarafların doğruluk ve dürüstlük kuralları çerçevesinde kalarak, imkansızlıkları bildirme yükümlülüğünü çıkış noktası olarak almaktadır¹¹.

Özellikle Stoll tarafından güven ilişkisi çerçevesinde “sözleşme görüşmeleri hukuki ilişkisi” şeklinde nitelenen bu nazariye çerçevesinde, Stoll, culpa in contrahendo’yu ilk olarak sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan sorumluluk, ikinci olarak geçerli bir sözleşmenin kurulması sırasındaki tutum nedeniyle sorumluluk ve nihayet, numerus clausus ilkesinin geçerli olduğu sözleşme öncesi dönemde icap veya sözleşme ilişkilerine girişme isteği şeklinde tek taraflı bir hukuki işlem olarak nitelediği tutum nedeniyle sorumluluk türleri kabul ederek, amaç sözleşme kuramına yapılan tenkitlerden kurtulmuş gözükmektedir¹².

3- Eklektik (Seçmeci) Kuram

Jäggi’ye göre, akit görüşmelerinden doğan sorumluluğun hukuki niteliğinin araştırılmasına gerek yoktur. Burada yanıtlanması gereken soru; bir görüşme ilişkisinden doğan tazminat alacağının, koşulları ve içeriği ile ilgili olarak hangi biçimlere (modalitelere) bağlı olduğudur. Jäggi’nin biçim (modalite) olarak nitelendirdikleri; tazminat alacağının tabi olduğu zamanaşımı, yardımcı kişilerden sorumluluk ve ispat yükünün dağılımıdır. Yazara göre, haksız fiile ilişkin kuralların mı yoksa borca aykırılığa ilişkin kuralların mı uygulanacağı sorunu her somut olayda uygun bir çözüm elde edecek

10 ULUSAN, agm., sh.307,308.

11 İNAN, agm. (2), sh.1008; ULUSAN, agm., sh.309.

12 ULUSAN, agm., sh.309.

tarzda, biçimlerden (modalitelerden) her biri için ayrı ayrı çözümlenmek gerekir¹³.

Jäggi'nin ileri sürdüğü bu görüş, İsviçre Federal Mahkemesi'nce de benimsenmiştir. Federal Mahkeme, culpa in contrahendo sorumluluğu ile ilgili son kararlarında, sorumluluğun hukuksal niteliğini bir yana bırakarak, zamanaşımı yönünden BK.m.60'ı uygulamıştır. Federal Mahkeme kararında, sorumluluğun daha uzun zamanaşımına tabi olmasının hukuki emniyete aykırı düşeceği gerekçe gösterilerek, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin bir yıllık zamanaşımının uygulanması kabul edilmiştir¹⁴.

Jäggi'nin savunduğu görüşün eleştiriye konu olabilecek noktası davacının hem haksız fiil hem de sözleşme sorumluluğuna ilişkin hükümlere hep beraber başvurabileceğini kabul etmesidir. Oysa doktrinde ifade edildiği üzere, davacı, kısmen haksız fiil, kısmen de sözleşme sorumluluğuna dayanamaz¹⁵. Gerçekten haksız fiil ve sözleşme sorumluluğuna ilişkin kurallardan birkaçını bir olaya birlikte uygulamak Borçlar Kanunu sistemine aykırı düşer.

Jäggi'nin görüşüne dayanarak ve onu düzeltmeye çalışarak yeni bir görüş ileri süren Bühler'e göre, sözleşme görüşmeleri ilişkisinden doğan tazminat alacağının hangi biçimlere bağlı olduğunu değil, her culpa in contrahendo durumunda, hangi sorumluluk nedeninin (haksız fiil ya da sözleşme sorumluluğu) bulunduğunu araştırmak gerekir. Bühler, sorumluluğun niteliğini belirlerken şu kıstasları kullanmaktadır: Sözleşme görüşmelerindeki kusurlu davranış, görüşmeler ile ilgili ise, sözleşme sorumluluğu; genel yükümlülüklerle aykırı ise, haksız fiil sorumluluğu söz konusu olur¹⁶.

Bühler, bu kıstasa göre yaptığı ayırımı örneklerle açıklamaktadır: Sözleşme görüşmelerine katılanlardan biri, uzun görüşmelerden sonra tüm noktalarda uyuşmaya varıldığı konusunda diğerini inandırır. Bunun üzerine muhatap, sözleşmenin gereği gibi yerine getirilmesi için belirli masraflar yapar. Ancak, karşı taraf, 3. bir kişiyle kendisi için daha uygun şartlarla bir sözleşme kurar. Bu yüzden, sözlü anlaşmaya güvenen muhatap zarara uğrar. Söz konusu olayda, kusurlu davranış görüşmeler ile ilgili olduğundan, söz-

¹³ EREN, age., C.II, sh.1120,1121; A. SUNGURBEY, age., sh.124,128; YILMAZ, agm., sh.246'dan naklen.

¹⁴ BGE. 101 II 296 (bkz. YILMAZ, agm., sh.247; A. SUNGURBEY, age., sh.127 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, age., sh.311). Ayrıca bkz. BGE. 104 II 94; 108 II 422.

¹⁵ REİSOĞLU, age., sh.310; faile karşı hangi sorumluluk esasına dayanılmışsa, o esasın bütün hükümleri uygulanır (OĞUZMAN/ÖZ, age., sh.364).

¹⁶ YILMAZ, agm., sh.248'den naklen.

leşme sorumluluğu mevcuttur. Buna karşılık, taraflardan biri, yerine getiremeyeceği bir sözleşmenin kurulacağı konusunda karşı tarafı kandırırsa, haksız fiil sorumluluğu vardır. Çünkü böyle bir davranış belirli bir sözleşme ilişkisine yöneltilmiş değildir; genel yükümlülükler aykırıdır¹⁷.

4- Kendine Özgü Sorumluluk Görüşü

Özellikle Bucher tarafından savunulan bu fikre göre, culpa in contrahendo sorumluluğu, hukuki dayanağını MK.m.2'de bulan kendine özgü bir sorumluluk türüdür ve kendi özel kurallarına tabidir. Bu sorumluluk, ne bir sözleşme ne de açık bir haksız fiil sorumluluğudur. Ancak bu konuda yapılacak değerlendirmede, culpa in contrahendo olgusunun, hem haksız fiil hem de sözleşmeye ilişkin unsurlar taşıdığını göz önünde bulundurmak gerekir¹⁸.

Bucher, sözleşme görüşmelerindeki kusur sorumluluğunu, esas itibariyle, zamanaşımı ve yardımcı kişilerden sorumluluk muvacehesinde incelemiştir: Yazar, haksız fiilden doğan tazminat taleplerine ilişkin BK.m.60'ın, kanunda aksine bir hüküm olmadıkça bütün alacak haklarının 10 yılda zamanaşımına uğrayacağını belirten BK.m.125'e nazaran özel bir zamanaşımı süresi olduğunu kabul eder. Yazara göre, özel bir zamanaşımı süresinin (burada, 60. maddedeki süre) açık olarak öngörülmediği hallerde, bu arada, kesin bir haksız fiil sorumluluğu olarak nitelendirilemeyen culpa in contrahendo sorumluluğuna, 10 yıllık genel zamanaşımı süresi uygulanmalıdır. Genel zamanaşımı süresi, zamanaşımı ile ilgili özel bir kural yoksa, yasada düzenlenen culpa in contrahendo durumları (BK.m.26; 36/f.2; 39) için de geçerlidir. Ayrıca yazar, yardımcı kişilerden sorumluluk bakımından, BK.m.100'ün tatbikinin uygun olduğu görüşündedir¹⁹.

5- Culpa In Contrahendo'ya İlişkin Yeni Çözüm Yolları

Burada, culpa in contrahendo sorumluluğunu akdi bir sorumluluk olarak nitelendiren geleneksel sözleşme kuramlarının yeni bir versiyonu olarak gözükten ve Türk doktrini tarafından benimsenen iki ayrı yaklaşımı inceleyeceğiz:

a-) Sözleşme Benzeri (Quasi Contractus) Güven İlişkisi

Bu görüşlerden ilki, culpa in contrahendo sorumluluğunun kaynağını, sözleşme müzakereleri sırasında kurulan akit benzeri bir ilişkinin ihlalinde

¹⁷ YILMAZ, agm., sh.248,249'dan naklen.

¹⁸ EREN, age., C.II, sh.1120; YILMAZ, agm., sh.249'dan naklen.

¹⁹ YILMAZ, agm., sh.249,250; EREN, age., C.II, sh.1120'den naklen.

bulur. Bu görüş çerçevesinde, akit görüşmelerinin başlamasıyla taraflar arasında akit benzeri bir güven ilişkisi doğar. Görüşülmeye başlanan akit daha sonra ister kurulsun ister kurulmasın, ister geçerli ister geçersiz olsun, bu ilişki, görüşmelere başlayan taraflara birbirlerine özen gösterme, birbirlerini aydınlatma ve koruma yükümleri yükler. Gerçekten, akit görüşmelerinin fiilen başladığı anda, görüşmeciler arasında yüksek düzeyde bir özen ve koruma yükümlülüğü doğar. Bu yükümlülüğün ihlali, aynen akitten doğan bir yükümlülüğün ihlali gibi akdi sorumluluğa neden olur. Zira, taraflar arasında sözleşme görüşmeleri dolayısıyla kurulan güven ilişkisi, bir hukuki ilişkidir. Sözü geçen hukuki ilişkinin ihlali akdi sorumluluğa ait prensiplerin culpa in contrahendo için de uygulanmasını gerekli kılar²⁰.

O nedenle, tazminat talebi, BK.m.125'e göre on yıllık zamanaşımına tabidir. Görüşmecilerin yardımcılarından dolayı sorumluluğunda, borçlunun yardımcılarından sorumluluğunda olduğu gibi, BK.m.100 uygulanır. Kusuru ispat yükü ise, BK.m.41'de olduğu gibi zarar gören tarafa düşmez. Tam aksine, zarar veren taraf BK.m.96'ya göre kusursuz olduğunu ispatlamak zordur.

Yargıtay'ın, "sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk" (culpa in contrahendo) esasına dayanan bir kararında bu görüşü benimsediği görülmektedir. Karara göre: Devlet memurlarının ticaret yapması mümkün olmadığından, bu amaçla yapılan ticari sözleşmeler (dava konusu olayda, tek satıcılık sözleşmesi), başlangıçtaki objektif imkansızlık nedeniyle geçersizdir. Ancak sözleşme bir anda meydana gelen bir hukuki işlem değil, bir süreçtir. Sözleşme meydana gelmeden önce, taraflar; akdin muhtevası, şartları, içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde görüşmeler yaparlar. Böylece, sözleşme müzakerelerinin başlamasıyla görüşmeciler arasında akit benzeri bir güven ilişkisi kurulur. Buna göre, müzakereler esnasında görüşmecilerin, akdin kapsam ve şartları hakkında birbirlerini aydınlatması, birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermesi gerekir. Bu yükümlülüğe kusurlu olarak aykırı davranan, -sözleşme yapılırken devlet memuru olduğunu gizleyen- taraf, görüşmelerin başlamasıyla kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal etmiş sayılır ve karşı tarafın bundan doğan zararını tazmin etmekle yükümlü olur²¹.

²⁰ EREN, age., C.II, sh.1119; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, age., sh.978; A. SUNGURBEY, age., sh.124. Ayrıca bu görüş hakkında bkz. ULUSAN, agm., sh.312.

²¹ Yarg. 13. HD.'nin 13.11.1995 T., E.9375 / K.9860 sayılı kararı (YKD., C.22, Sa.4, Nisan 1996, sh.569-571).

b-) Davranış Yükümleri İlişkisi

Türk doktrininde özellikle Serozan tarafından savunulan ve ekseriyetle kabul edilen fikre göre, culpa in contrahendo sorumluluğu, taraflar arasındaki edim ilişkisinden bağımsız olarak, tarafların birbirlerine karşı uymakla yükümlü buldukları özel davranış yükümlerinin ihlalden doğar²². Serozan bu davranış yükümlerini, “*edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi*” olarak nitelendirmektedir.

Bu görüşü aydınlığa kavuşturabilmek için, bir borç ilişkisindeki mevcut edim yükümlerine değinmek gerekir. Edim yükümleri asli ve tali olmak üzere iki türe ayrılır. Asli edim yükümleri, somut borç ilişkisinin hukuki niteliğini, tipini belirleyen ve sözleşmeden beklenen asıl amacı simgeleyen yükümlerdir. Örneğin bir satım ilişkisinde, satıcının satılanı teslim ve mülkiyeti geçirme borcu ile alıcının satım parasını ödeme borcu bu anlamda asli edim yükümlülüklerindedir. Fakat borç ilişkisinin sonraki safhalarında (ve çok defa bu ilişkinin ihlal edilmesi sonucu), bahis konusu asli edimlerin yerine veya yanında “tali edim yükümleri” olarak adlandırılan başka yükümlülüklerde ortaya çıkabilir. Örneğin, satıcının kusuru sonucu satım konusu mal yok olmuşa, satıcının yukarıda açıklanan asli edim borcunun (satılanı teslim ve mülkiyeti geçirme borcu) yerini ifada kusurlu imkansızlık prensipleri gereğince bir tazminat yükümlülüğü alır. Satıcının satılanı teslim etmekte temerrüde düştüğü ve alıcının da satılanın teslimi ile birlikte gecikme tazminatı talep ettiği bir ihtimalde ise, tazminat borcu, asli edim yükümlülüğüne eklenen bir tali edim yükümü mahiyetindedir²³.

Bahsettiğimiz bu asli ve tali edim yükümlerinin yanı sıra ve fakat bunlardan bağımsız olarak bir takım *davranış yükümleri* de vardır. Bu davranış yükümlerine, *koruma yükümleri* de denilmektedir²⁴. İşte sözü geçen bu davranış (veya koruma) yükümleri, bir borç ilişkisi kurmaya yönelik olarak birbirleriyle sosyal temas haline girmiş olan kişilerin, birbirlerine doğru bilgi vermek, aydınlatmak ve karşı tarafın canını ve malını zarardan koruyacak tedbirleri almak şeklindeki mükellefiyetlerini ifade eder. Asli ve tali edim

²² SEROZAN, agm., sh.108 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, age., sh.18 vd.; TUNÇOMAĞ, age., sh.211,212; Ergun ÖZSUNAY, Borçlar Hukuku Dersleri I, İstanbul 1976, sh.14; Hüseyin HATEMİ, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1994, sh.3.

²³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, age., sh.18; SEROZAN, agm., sh.117; ÖZSUNAY, age., sh.12; EREN, age., C.I, 6. Bası, İstanbul 1998, sh.30; Seyfullah EDİS, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Bası, Ankara 1989, sh.315 vd..

²⁴ Şener AKYOL, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 1995, sh.42 vd.. Keza bazı yazarlar, bu yükümlülüklerle, özellikle Alman Hukuk doktrininde “özen gösterme yükümü” de demektirler (bkz. EREN, age., C.I, sh.39).

yükümlerinin dayanağı somut edim ilişkisi iken, davranış yükümlerinin kaynağı MK.m.2/f.1'de öngörülmüş olan güven ilkesidir. Edim yükümlerinin yerine getirilmesi, ifa davası yoluyla, istenebildiği halde, davranış yükümlerinin yerine getirilmesi, -bunlar "*yan edim yükümü*" katına çıkarılmadıkça- istenemez. Ancak hemen belirtelim ki, aynen ifası talep ve dava edilemeyen söz konusu davranış yükümlerinin kusurlu ihlali, zarar veren tarafı tazminat borcu altına sokabilecektir²⁵.

Bu noktada şunu da belirtelim ki, davranış yükümleri, bir kanun hükmü gereğince ya da tarafların açık veya örtülü anlaşması sonucu, edim ilişkisinden bağımsızlıklarını yitirerek bu ilişkinin içine girer ve böylece *yan edim yükümü* hüviyetine kavuşabilirler. Örneğin kira sözleşmesine ilişkin BK.m.256, kiracının, kiralananı koruma ve kiralanda oturan diğer kişilere karşı özen gösterme mükellefiyetini, bir yan edim yükümlülüğü olarak düzenlemiştir. Keza, bir satım sözleşmesinde, satılanı ambalajlama ve paketlenme yükümü satıcı tarafından üstlenilebilir veya satılanın başka yerden gönderilmesi halinde satıcı, sözleşme ile, gönderme masraflarını bir yan edim yükümü olarak vaad edebilir veyahut da satılan malın sigortalanması ve sigorta primlerinin ödenmesini yan edim yükümü olarak üstlenebilir. Dikkat edilirse, söz konusu yan edim yükümleri asli edim yükümü ile ilgilirdirler ve dolaylı veya dolaysız olarak asli edim yükümünün, sözleşmenin amacına uygun bir biçimde yerine getirilmesine, yani *edim sonucunun* gerçekleştirilmesine hizmet ederler. Örneğin, satılanı paketlenme ve sigorta ettirme yükümleri gibi. Buna karşılık, davranış yükümleri, somut edim ilişkisinin amacına uygun bir ifanın gerçekleştirilmesi çıkarına değil, karşı tarafın zarardan uzak tutulması maksadına yönelmişlerdir²⁶.

Davranış yükümlerinin edim yükümlerinden bağımsızlığı yukarıda görüldüğü gibi salt işlevsel bir nitelik taşımakla kalmayıp, aynı zamanda doğuştan bağımsızlığı da içerir. Gerçekten kurulmamış, geçersiz veya sona ermiş bir somut ilişkide asli edim yükümü gibi yan edim yükümünden de söz etme olanağı yokken, davranış yükümleri varlıklarını korurlar²⁷.

Bu teori, culpa in contrahendo sorumluluğunu, icap ve kabul beyanlarından tamamen ayrık olarak, bir kimsenin kişi ve mal varlığı değerlerini başka birisinin etki alanına sokan *hukuken korunmaya değer amaca yönelmiş bir sosyal temas* ile kurulan davranış yükümleri ilişkisine dayandırmaktadır.

²⁵ SEROZAN, agm., sh.117.

²⁶ SEROZAN, agm., sh.117,118; KOCAYUSUPPAŞAOĞLU, age., sh.21,22; EREN, age., C.I, sh.31 vd..

²⁷ SEROZAN, agm., sh.119,120.

Teoriye göre, sözü geçen davranış yükümleri ilişkisi, icap ve kabul ile bir akdi ilişki kurulduktan sonra da sürer ve hatta borçlar karşılıklı olarak ifa edildikten sonra bile devam eder²⁸. Ayrıca geçerli bir edim ilişkisinin varlığını da şart koşmaz ve yalnız sözleşenler değil, fakat onların etki alanındaki 3. kişileri de kapsamına alır²⁹.

Netice itibariyle, bu teori, henüz ortada bir sözleşme yokken veya mevcut sözleşme sona erdikten sonra taraflar arasında, edim yükümlerinden bağımsız (davranış yükümlerinden kaynaklanan) bir borç ilişkisinin varlığını kabul ederek, haksız fiil sorumluluğunun çerçevesini sözleşmeden doğan sorumluluğun çerçevesi yararına daraltmakta ve böylece BK.m.96, 100 ve 125'in uygulama alanını alışılmışın dışına taşırmaktadır³⁰.

6- Kanaatimiz

Kanaatimizce, sözleşme müzakerelerine veya aynı anlamda iş temaslarına girişme ile taraflar arasında özel davranış yükümleri adı verilen (edim yükümlerinden bağımsız) bir borç ilişkisi doğar. Dayanağını MK.m.2'deki dürüstlük kuralından alan bu davranış yükümlerine göre, taraflar, özellikle diğer tarafın sözleşmeyi kurup kurmamak veya belirli şartlarla kurmak konusundaki kararını etkileyebilecek noktalar hakkında birbirlerine doğru bilgi vermek, aydınlatıcı açıklamalarda bulunmak ve karşı tarafın şahsını ve malını zarardan koruyacak tedbirleri almak zorundadırlar. Tarafların birbirlerini zarardan uzak tutacak şekilde davranma mükellefiyetleri, bir hukuki muamele kurmaya yönelik olarak sosyal temasa geçmiş kişilerin, birbirlerinin şahsı ve malvarlığı üzerinde etkili olma imkanlarının artması ve buna paralel olarak aralarındaki güven ilişkisinin sıklaşmasının bir gereğidir.

Örneğin, bir süper marketin gıda maddeleri bölümünden öte beri almak isteyen (A), elinde sepetle dolaşırken, iyi istif edilmemiş konserve kutularının devrilmesi sonucunda yaralanacak olursa, henüz ortada bir sözleşme

28 Demek ki, edim yükümlerini ihtiva eden borç ilişkisi sona erdikten sonra da, taraflar arasında bazı davranış (koruma) yükümlülüklerinin devam etmesi mümkündür. "Culpa post pactum perfectum" olarak ifade edilen bu durum, yukarıda belirttiğimiz culpa in contrahendo'nun sözleşme sonrasındaki izdüşümüdür. Örneğin, özellikle iş yeri kiralarda, kiraya verenin, kiracı (K) ile arasındaki kira ilişkisi tamamen tasfiye edilip son bulduktan sonra, (K)'nin yeni adresini ihtiva eden bir tabelanın kiralananda asılı kalmasına, hal ve şartların uygun gösterdiği bir süre katlanma mükellefiyeti, davranış yükümleri ilişkisine dayanır (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, age., sh.24). Keza, vekalet sözleşmesi sona erdikten sonra devam eden vekilin sır saklama borcu da, bu tür bir yükümlülüktür.

29 SEROZAN, agm., sh.121,122.

30 SEROZAN, agm., sh.122.

ilişkisi söz konusu olmadığı halde, süper marketin sahibine karşı, sözleşmeye aykırılık hükümlerine (BK.m.96 vd.) dayanılarak, bir tazminat davası açılabilir. Aynı şekilde, bir kırtasiye mağazasında satış elemanı kız, müşterilerden birinin üzerine bir şişe mürekkep döküyor. Bu durumda, mağaza sahibine ait olan bir "koruma mükellefiyeti"nin, ifa yardımcısı (satıcı kız) tarafından ihlali nedeniyle, mağaza sahibine karşı BK.m.100 gereğince dava açılabilir³¹.

Dikkat edilirse, Serozan'dan farklı olarak, sosyal temasın hukuken korunmaya değer bir amaca yönelik olmasını değil, bir hukuki muamele kurmaya yönelmiş olmasını şart koşuyoruz. Zira, Serozan'ın kendisinin de kabul ettiği üzere, bu kriterin esas alınması halinde haksız fiil ile davranış yükümlerine aykırılık arasındaki ayırım oldukça kaypak olacak ve bu yüzden akdi sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğu arasındaki sınır belirsizleşecektir. Kaldı ki, Oğuzman/Öz de, bu teorisinin adaletle uygun sonuçlar vermesine rağmen uygulama alanının fazla genişletilmemesi ve sınırlarının iyi belirlenmesi gerektiği fikrindedir. Aksi takdirde bu teori, haksız fiil hükümlerinin büyük ölçüde borca aykırılık hükümleri içinde eritilmesi sonucunu doğurur ki, bu da, haksız fiil ve sözleşmeden doğan borca aykırılığı iki farklı sorumluluk düzenine bağlayan BK.'nun sistemine ters düşer³².

Kanaatimizce, bir süper markete orada çalışan arkadaşını görmek için giren kişinin şahıs veya mal varlığına bir zarar verildiği takdirde culpa in contrahendo sorumluluğu işletilemeyecektir. Zira süper market ile zarar gören kişi arasında bir hukuki muamele kurma amacına yönelik sosyal temas yoktur. Burada tamamen tesadüfi bir temas mevzubahistir. Ancak, o süper markete alışveriş yapmak amacıyla giren bir hanımın, almak istediği peynirin tadına bakması ve tadını beğenmediği için almadığı bu iyi mayalanmamış peynir yüzünden zehirlenmesi durumunda, culpa in contrahendo sorumluluğu işletilebilecektir. Bu konuda son olarak şunu ifade edelim ki, bir hukuki muamele kurmaya yönelik sosyal temastan bahsedebilmek için, mutlaka sözleşme müzakerelerine başlanmış bulunulması şart değildir. Gerçek anlamda sözleşme müzakereleri başlamamış olsa bile, iş ilişkilerinin hazırlığına geçilmiş olması yeterli kabul edilmelidir³³. Örneğin, kesin satın alma niyeti bulunmadan bir mağazaya giren (A), etraftaki eşyalara bakarken mağaza müstahdemlerinden biri, elindeki merdiveni (A)'nın üzerine düşürüp onun yaralanmasına sebep oluyor. Bu misalde, henüz gerçek anlamı ile söz-

31 ÖZSUNAY, age., sh.15.

32 Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, age., sh.39.

33 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, age., sh.20.

leşme müzakereleri başlamamıştır, fakat bir alış veriş (iş) ilişkisini hazırlayıcı sosyal temas gerçekleşmiştir ve o andan itibaren tarafların MK.m.2'ye uygun biçimde karşılıklı koruma mükellefiyetlerini ihtiva eden bir (kanuni) borç ilişkisi doğmuştur. Bu sebeple culpa in contrahendo kuralı uygulanır ve (A) sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre tazminat isteyebilir. Aynı sonuç, (A)'nın (daha henüz hiç bir mağaza müstahdemi ile konuşmadan) mallara bakarken dikkatsizce yere fırlattığı sigara izmariti ile yangına sebebiyet verdiği durumda, (A)'dan istenecek tazminat bakımından da geçerli olacaktır.

III. BORÇLAR KANUNU VE MEDENİ KANUN'UN CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİ

Bilindiği üzere, Borçlar Kanunu'nda akit görüşmelerinden doğan sorumluluğu düzenleyen genel bir kural mevcut değildir. Buna karşılık gerek Borçlar Kanunu gerekse Medeni Kanun'da culpa in contrahendo sorumluluğuna ilişkin bazı münferit hükümler yer almaktadır. BK.m.3, 5, 26/f.1, 36/f.2, 39/f.1, 192/f.2, 205/f.3, 243 ve 464/f.2 maddeleri ile MK.'un 395/f.2. maddesi akit görüşmelerinden doğan sorumluluğa örnek gösterilebilir.

Kanunda özel hükümlerle düzenlenmiş, akit görüşmelerinden doğan başlıca sorumluluk halleri şunlardır:

1- Kendi Kusuru ile Hataya Düşen Tarafın, Akdin İptal Edilmesinden Dolayı Karşı Tarafın Uğradığı Zararlardan Sorumluluğu (BK.m.26)

BK.m.26'ya göre, hata sebebiyle akdi iptal eden taraf, hata kendi kusurundan³⁴ ileri gelmişse, akdin bu suretle iptalinden doğan zararı tazminle yükümlüdür. Hakkanियet gerektiriyorsa, hakim, zarar gören lehine daha fazla tazminata hükmedebilir. Görüldüğü üzere, BK.m.26 culpa in contrahendo'nun tipik bir misalini vermektedir³⁵.

Ayrıca, BK.m.28 ve 29'a göre hile veya ikrah altında yapılan sözleşmenin iptali (veya iptalinden feragat edilmesi) hallerinde, aldatan veya korkuta-

³⁴ Hataya düşmede en küçük ihmal dahi bu sorumluluğa yol açar (OĞUZMAN/ÖZ, age., sh.90). Örneğin (S), metresi 10.000.000 liradan kumaş satmak istediği halde, (A)'ya gönderdiği mektupta *dikkatsizlikle* "metresi 1.000.000 liradan" diye yazmışsa, karşı tarafın sözleşmenin iptalinden doğan zararını tazmin etmek zorundadır. Ancak hataya düşen şahsın hiç bir kusuru yoksa (örneğin hata, postanenin telgrafı yanlış çekmesi yüzünden ortaya çıkmışsa) kendisinden tazminat istenemez. Karş. BGB. § 122.

³⁵ EREN, age., C.II, sh.1121; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, age., sh.977; OĞUZMAN/ÖZ, age., sh.90; von TUHR, age., sh.290 vd..

nın BK.m.31/f.2 gereğince ödemek zorunda olduğu tazminat borcu da niteliği itibariyle bir culpa in contrahendo sorumluluğudur³⁶.

2- Temsil Olunanın Temsilciye Verdiği Yetki Belgesini Geri Almamasından Dolayı İyiniyetli Üçüncü Kişilerin Uğradığı Zararlardan Sorumluluğu (BK.m.36/f.2)

Temsil olunan temsilciye bir yetki belgesi vermişse, temsil ilişkisinin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde bu belgenin mümessil tarafından temsil olunana iade edilmesi veya mahkemeye tevdi olunması gerekir. Temsil edilen veya halefleri, söz konusu belgeyi geri almakta (veya iade edilmesini sağlayıcı tedbirlere başvurmakta) ihmal göstermişlerse, yetkisiz mümessilin iyiniyetli 3. kişilerle yaptığı işlemlerin hükümsüzlüğü yüzünden bu kişilerin uğramış olduğu zararı tazmin etmekle yükümlüdürler. Temsil edilen kişinin (veya haleflerinin) bu sorumluluğu da sözleşme öncesi kusurlu davranıştan kaynaklanmaktadır³⁷.

3- Yetkisiz Temsilcinin Sorumluluğu (BK.m.39/f.1)

BK.m.39/f.1'e göre, yetkisiz temsilcinin yaptığı hukuki işleme, temsil edilen icazet vermezse, temsilci sıfatını takınan kimse, diğer tarafın yetkisinin bulunmadığını bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat etmedikçe, akdin hükümsüzlüğünden doğan zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Burada temsilcilik sıfatını takınan şahsın, akit yapılırken diğer tarafa doğruyu söylememesi ve onu geçerli olmayan bir akit yapmaya yöneltmesi söz konusudur³⁸.

4- Başlangıçtaki İmkansızlık Nedeniyle Akdin Butlanından Doğan Zarardan Sorumluluk (BK.m.20)

BK.m.20/f.1'e göre, borçlanılan edim, başlangıçtan itibaren objektif olarak imkansız ise, sözleşme geçerli olmaz, batıldır. Alman Hukukunda, sözleşme yapıldığı sırada edimin imkansız olduğunu bilen veya bilmesi gereken âkidin, sözleşmenin geçerli olduğuna güvenerek borç ilişkisine giren karşı tarafın bu ilişkinin hükümsüzlüğünden doğan zararı tazmin etmekle yükümlü olduğu BGB. § 307/f.1'de açıkça düzenlenmiştir³⁹. İsviçre-Türk Hukukunda ise, başlangıçtaki imkansızlığı bilmesine rağmen, sözleşme yapan kimsenin sorumluluğunu doğrudan doğruya düzenleyen bir hüküm mev-

³⁶ EREN, age., C.II, sh.1122; OĞUZMAN/ÖZ, age., sh.95,97.

³⁷ EREN, age., C.II, sh.1122; OĞUZMAN/ÖZ, age., sh.176; YILMAZ, agm., sh.240.

³⁸ Geniş bilgi için bkz. A. SUNGURBEY, age., sh.98 vd., 116 vd.; Mustafa Reşit KARAHASAN, Sorumluluk Hukuku (Sözleşmeler ve Sözleşmeden Doğan Sorumluluk), İstanbul 1996, sh.353,354.

³⁹ Veyssel BAŞPINAR, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998, sh.178.

cut değildir. Ancak söz konusu boşluğun, BK.m.26, 36/f.2 ve 39 hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanması sonucu aynı şekilde doldurulması kabul edilmektedir. Bu itibarla, taraflardan biri akdin kurulduğu anda borçlandığı edimin ifasının imkansız olduğunu biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, akit batıl olsa bile, karşı tarafın sözleşmenin geçersizliği yüzünden uğradığı zararın tazmin etmek zorundadır. Zira bu kişi, sözleşme görüşmeleri esnasındaki kusurlu davranışıyla sözleşmenin butlanı sonucunu doğurmuştur⁴⁰.

Başlangıçtaki imkansızlık hakkında vardığımız sonuç, sözleşmenin hukuka veya ahlaka aykırılık nedeniyle tamamen veya kısmen batıl olması durumunda da geçerlidir. Bu nedenle, sözleşmenin hukuka veya ahlaka aykırılığını önceden bilen veya bilebilecek durumda bulunan kimse, karşı tarafın sözleşmenin geçerli olmamasından doğan zararını tazmin etmesi gerekir⁴¹.

5- Fiil Ehliyetini Haiz Olduğu Hususunda Karşı Tarafa Yanlış Kanaat Veren Vesayet Altındaki Şahsın Sorumluluğu (MK.m.395)

Sözleşme görüşmelerindeki kusurun bir örneği de MK.'da yer almaktadır. MK.m.395/f.2'ye göre, vesayet (veya velayet) altındaki kişi, fiil ehliyetine sahip olduğu konusunda yanlış bir kanı uyandırırorsa, geçerli bir sözleşmenin kurulmamış olmasından dolayı karşı tarafın uğradığı zararları gidermekle yükümlüdür. Bu hükmün de bir culpa in contrahendo halini öngördüğü açıktır⁴².

⁴⁰ EREN, age., C.II, sh.1122,1123; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, age., sh.977; von TUHR, age., sh.188 (87) no'lu dn.; OĞUZMAN/ÖZ, age., sh.77. Yarg. 15. HD.'nin 9.6.1975 T., E.515/K.2952 sayılı konuya ilişkin kararı şöyledir: "Davalılar, 24.5.1966 tarihli sözleşme ile davacıya ait, Kaş ilçesi sınırları içindeki Yeşilköy'de bulunan tarlaların 3 yerde beşlik ve 2 yerde üçlük boru ile 5 adet artezyen kuyu kazısını yüklenmişler, buna karşılık davacıdan iki defada 3500 lira eser parası almışlardır. Ne var ki, bu araziden su çıkmasının imkansız olduğu ve akit konusu işin yerine getirilmesinin fennen gayri mümkün bulunduğu, mahallinde yapılan bilirkişi incelemesi ile tespit edilmiş dolayısıyla, olayda BK.'nin 20. maddesi 1. fıkrasında öngörülen şartların ortaya çıktığı anlaşılmıştır. Bu durumda davacının iki defada davalılara ödediği 3500 lira kazı ücretini geri almaya hakkı olduğu gibi, öte yandan, imkansız bulunan bu sözleşmenin kurulması sırasında mesleği icabı durumu bilmiş olmasına rağmen doğruluk (ve dürüstlük) kurallarına aykırı biçimde su çıkacağını sözleşme öncesi açıklayan ve davacıyı bu yönde ikna eden davalıların, bu iş için kullanılan ve başka işe yaramayan boru bedeli olan 3600 lirayı da davacıya ödemeleri gerektiği düşünülmeyen yazılı olduğu üzere hüküm tesisinde isabet görülmemiştir" (bkz. KARAHASAN, age., sh.247,248).

⁴¹ BAŞPINAR, age., sh.179.

⁴² TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, age., sh.978; YILMAZ, agm., sh.240.

IV. DOKTRİN ve UYGULAMADA KABUL EDİLEN CULPA IN CONTRAHENDO HALLERİ

1- Görüşmeler Esnasında Kusurlu Olarak Karşı Tarafa Yanlış Bilgi Veren veya Gerekli Açıklamalarda Bulunmayan Kimsenin Sorumluluğu

Sözleşme görüşmelerine katılanlardan her biri, diğ erinin sözleşmenin kurulması ya da koşulları ile ilgili kararını etkileyecek konular hakkında, doğru bilgi vermek ve açıklamada bulunmak zorundadır⁴³. Tarafların hangi ölçüde açıklama yapmak zorunda olduğu, genel olarak değil, sözleşmenin niteliğ i, görüşmelerin geliş me biçimi, tarafların amaçları ve bilgileri göz önünde bulundurularak, her somut olayın şartlarına göre değerlendirilmelidir⁴⁴.

Culpa in contrahendo sorumluluğu'nun gereğ i olarak, taraflar sözleşme öncesi görüşmeler sırasında birbirlerini yanıltıcı davranış lardan kaçınmak zorunda oldukları gibi, diğ erinin bazı noktalarda yanıld ığını fark eden taraf onu uyarmakla da yükümlüdür.

2- Bir Kimsenin Yapmayı Asla Düş ünmediğ i Bir Akit Hakkında Kötüniyetli ve Aldatıcı Hareketlerle Diğ er Bir Kimsede Akit Yapma Ümidi Uyandırmasından Dolayı Sorumluluğu

Akit yapma niyeti olmad ığı halde kötüniyetle ve aldatıcı davranış larla başkasında böyle bir ümit yaratan kimse, akdin yapılmamasından doğ an zararı tazmin etmelidir. Bunun gibi şek il yönünden geçersiz olan bir sözleşmenin yerine getirileceğ i ya da sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu izlenimini uyandıran kusurlu taraf, sözleşmeye güvenen karşı tarafın uğ radığ ı zararı gidermekle yükümlüdür⁴⁵.

⁴³ 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da, ekonomik yönden güçsüz durumdaki alıcıların (tüketicilerin) korunması amacıyla, sözleşme görüşmeleri safhasına ilişkin bazı özel aydınlatma yükümleri düzenlenmiştir. Şöyle ki: "Satış a sunulacak kullanılmış, tamir edilmiş veya ayıplı mal üzerine veya ambalajına, imalatçı veya satıcı tarafından alıcının kolaylıkla okuyabileceğ i şek ilde "Özürlüdür" ibaresini içeren bir etiket konulması zorunludur. Bu durum tüketiciye verilen fatura, fiş veya satış belgesi üzerinde de gösterilmelidir" (TKHK.m.4/f.7). "Ticaret konusu olan ve perakende satış a arz edilen malların veya ambalajlarının yahut kaplarının üzerine kolaylıkla görülebilir, okunabilir şek ilde o malın menş eci, cinsi ve fiyatı hakkında bilgileri içeren etiket konulması, etiket konulması mümkün olmayan hallerde aynı bilgileri kapsayan listelerin görülebilecek şek ilde uygun yerlere asılması zorunludur" (TKHK.m.12/f.1). "Tüketiciyi aldatıcı, yanıltıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici, tüketicinin can ve mal güvenliğ ini tehlikeye düşürücü reklam ve ilanlar yapılamaz" (TKHK.m.16/f.2).

⁴⁴ YILMAZ, agm., sh.242.

⁴⁵ EREN, age., C.II, sh.1124; OĞUZMAN/ÖZ, age., sh.309,310; AKYOL, age., sh.65.

3- Görüşmeler Sırasında Karşı Tarafın ya da Onun Koruma Alanı İçinde Bulunan Üçüncü Kişilerin Şahıs veya Malvarlığı Değerlerinin Zarara Uğratılmasından Dolayı Sorumluluk

Görüşmecilerden her biri veya yardımcıları, diğer görüşmeciye veya onun koruma alanı içinde bulunan kişilere zarar vermemek için gerekli dikkat ve özeni göstermek, koruma yükümlerine uymak zorundadır. Bu durum, bir hukuki muamele kurma amacıyla sosyal temas kuran kişiler arasındaki güven ilişkisinin sıkılaşması ile ortaya çıkan özel davranış yükümlerinin tabi bir sonucudur⁴⁶. Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir karara konu olan olayda, bir mağazada alışveriş yapan bir bayan, çeşitli mallar satın aldıktan sonra, yer muşambalarının bulunduğu bölüme gider. Tezgahtardan almak istediği bir muşambanın kendisine gösterilmesini ister. Tezgahtarın alt sıralarda bulunan bu muşambayı çıkarırken dikkatsiz davranması sonucu üstteki diğer iki top muşamba kayar ve alıcı bayan ile çocuğunu yaralar. Mahkeme, söz konusu olayda, mağaza sahibini tezgahtarın (yardımcı kişinin) davranışından doğan bu zarardan dolayı sözleşme öncesi sorumluluk kurallarına göre sorumlu tutmuş ve sözleşme sorumluluğuna ilişkin hükümleri uygulamıştır⁴⁷.

V. CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNDA TAZMİNİ GEREKEN ZARAR

Doktrinde kabul edildiği üzere, akdin ihlali kural olarak müsbet zararın tazminine esas olduğu halde, akit öncesi sorumluluk, -yine kural olarak- yalnız menfi zararların tazminini gerektirir. Zira burada, güven uyandırmaktan doğan bir zarar bahis konusudur. BK.'nun 26 ve 39. maddeleri de bu kabulün birer delilidir⁴⁸.

Menfi zarar, hüküm ifade ettiğine güvenilen bir akdin hüküm ifade etmemesi veya inikat edeceğine güvenilen bir akdin inikat etmemesi yüzünden uğranılan zarardır. Güvenen kimsenin akdin hüküm ifade etmemesi veya inikat etmemesi halinde mamelekinin aldığı durum ile, bu olay hiç cereyan etmese idi mamelekinin arz edeceği durum arasındaki fark, menfi zararı ifade eder. Müsbet zarar ise, geçerli olarak kurulmuş bir akdin adem-i ifasından yani ifa edilmemesinden (ihlalinden) doğan zararlardır. Diğer bir de-

⁴⁶ EREN, age., C.II, sh.1125; OĞUZMAN/ÖZ, age., sh.310.

⁴⁷ RGZ 78 (1911) 239 vd. (bu karar için bkz. EREN, age., C.II, sh.1125, YILMAZ, agm., sh.239).

⁴⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, age., sh.980; TUNÇOMAĞ, age., sh.214; REİSOĞLU, age., sh.271; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, age., sh.19 (10) no'lu dn.; karşı SEROZAN, agm., sh.127 vd..

yişle, alacaklının mamelekinin borcun ifası halinde alacağı durum ile, borcun ifa edilmemiş olması halinde arz ettiği durum arasındaki fark müsbet zarardır. Bu itibarla, bir akdi ilişkide bir taraf diğer tarafın borcunu ifa etmemesi halinde, ifadaki menfaatinin kaybını isteyebilirken, söz konusu akdin hükümsüzlüğü veya inikat etmemesi sonucunu doğuran culpa in contrahendo hallerinde ise, artık ifadaki menfaatinin değil, akde (veya akdin kurulacağına) güvenmesi yüzünden uğradığı zararın tazminini isteyebilir⁴⁹.

Doktrinde, sözleşmenin geçerliğine güvenden doğan menfi zararın kapsamına özellikle şu kalemlerin girdiği, başka bir deyişle, sözleşmenin geçersiz kalmasıyla, bilhassa şu zararlar arasında uygun nedensellik bağı bulunduğu kabul edilmektedir:

- a- Yerine getirilmiş olan edim,
- b- Zarar görenin yerine getirdiği edimden elde edecek olduğu menfaatler (tabii semereler ve faiz, kira gibi hukuki semereler ile kullanma çıkarları karşılığı, Türk uygulamasındaki adıyla ecr-i misil),
- c- Sözleşme kurma giderleri (noter harçları, posta masrafları vs.),
- d- Sözleşmenin ifası ya da edimin kabulü için yapılan harcamalar⁵⁰,
- e- Edimin hazırlanmış ya da yerine getirilmiş olması dolayısıyla uğranılan zarar (örneğin, sözleşmenin ifası için gönderilen akde konu şeyin taşıma sırasında zarara uğraması),
- f- Geçersiz kalan sözleşmeyi göz önünde tutarak yapılmış olup da bu sözleşmenin sonuçsuz kalması yüzünden yerine getirilemeyen sözleşmelerden ileri gelen tazminat ya da cezai şart yükümü,
- g- Sözleşmenin geçerliğine güvenerek başka bir sözleşme yapma fırsatını kaçırmak yüzünden uğranılan zarar (örneğin, başka yerden 20 milyon liraya satın alınabilecek olan bir mal için, satım sözleşmesinin geçersizliği

⁴⁹ OĞUZMAN/ÖZ, age., sh.326 vd.; REİSOĞLU, age., sh.280,281.

⁵⁰ Yarg. HGK.'nun 22.9.1978 T, E.1977/15-1011 K.759 sayılı kararına konu olan ve tipik bir culpa in contrahendo örneği teşkil eden olaya ilişkin davada aynen şöyle denilmektedir: "... 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 sunulmalı, delil gösterdikleri takdirde bunların incelenmesinden sonra hasıl olacak duruma göre karar verilmelidir. ... Kesin ve kanaat verici delil ibraz etmediklerinden söz edilerek davanın reddi cihetine gidilmesinde isabet bulunmamaktadır...." (İKİD., 1978, sh.6430).

sebebiyle alıcının şimdi 25 milyon lira ödemek zorunda kalması sonucu maruz kaldığı zarar)⁵¹.

Ancak hemen ifade edelim ki, BK.'nun konuya ilişkin olarak yukarıda zikredilen 26 ve 39. maddeleri, istisnai hallerde müsbet zararın da tazminine cevaz vermektedir. Söz konusu hükümlerde, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda hakimin zarar gören taraf lehine daha fazla tazminata karar verebileceği ifade edilmektedir. O halde, 26 ve 39. maddeler dışında, hakkaniyetin gerektirdiği diğer hallerde de müsbet zararların tazminine cevaz verilmiştir.⁵²

§2. CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞU'NUN AMERİKAN HUKUKUNDAKİ UYGULAMASI ⁵³

I. ABD. LOUISIANA EYALETİ MEDENİ KANUNU'NDA CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNUN GÖRÜNÜMLERİ

Amerika'da culpa in contrahendo doktrininin uygulanmasına dair bazı hükümler Louisiana Medeni Kanunu'nda görülmektedir. Louisiana, 1803 yılında Fransızlardan satın alındıktan sonra, 1808 yılında Fransız Medeni Kanunu iktibas edilmiştir⁵⁴. Louisiana 1808 de Napolyon Kanununu kabul ettiğinde hukuk sisteminde çok az bir karışıklık meydana gelmiştir. Burada 1763'den beri İspanyol hukuku uygulandığından ve İspanya ile Fransa'nın hukuki düzenlemeleri aynı kaynaktan (Roma Kanunnameleri - Corpus Juris

⁵¹ A. SUNGURBEY, age., sh.146-148.

⁵² TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, age., sh.980.

⁵³ Steven A. MIRMİNA, *A Comparative Survey of Culpa in Contrahendo, Focusing on It's Origins in Roman, German, and French Law as well as It's Application in American Law*, Connecticut Journal of International Law, Volume: 8, Fall 1992, Number 1, page 77-107.

⁵⁴ Louisiana'nın satın alınışının en ilginç yönü, Birleşik Devletler söz konusu toprağı 1803 yılı Nisan ayında Fransa'dan satın aldığı anda, Fransa artık bu bölgeyi elinde bulunduruyordu. Fransa 3 Kasım 1763 tarihinde (Mississippi nehri tarafından bölünen) eyaletin batı yarısındaki menfaatleri gizli bir antlaşmayla İspanya'ya devretti. Bundan üç ay sonra Fransa, Paris antlaşmasıyla, Louisiana'nın İspanya'ya devretmediği geri kalan bölümünün tamamını Büyük Britanya'ya terk etti. Bundan sonraki 37 yıl boyunca İspanyol hukuku, hem İspanyol ve Fransız kolonilerindeki yerleşimcilere hem de orada yaşayan diğer bütün kişilere uygulandı. 1 Ocak 1800 tarihinde Fransa ile İspanya arasında yapılan diğer bir antlaşma, İspanya'nın Louisiana'daki menfaatlerinin tamamının Fransa'ya geri dönmesini sağladı, ve Fransa, 1803 yılı Kasım ayında buranın resmi hakimiyetini ele geçirdi. Fransa Louisiana'daki menfaatlerini Birleşik Devletlere 1803 yılı Nisan ayında devrettiği için, bu durum hukuki bakımdan tam anlamıyla hayret vericiydi. Birleşik Devletler, 1803 yılı Aralık ayının sonlarında bölgeyi resmi hakimiyeti altına aldı.

Civilis ve Justinian Kanunu) geldiğinden, Fransız Medeni Kanunu'na geçiş her yönüyle kolay olmuştur.

Louisiana Medeni Kanunu'nda culpa in contrahendodan açıkça bahseden bir hüküm yoktur. Fakat bu kanunun bir çok maddesinde culpa in contrahendo doktrininin uygulamaları görülür. 1870 tarihli Louisiana Medeni Kanunu'nun 1837. maddesi (ki şimdi bu hüküm, 1991 tarihli Medeni Kanunda 1950. maddeye dahil edilmiştir) kişide hata olarak bilinen durumları kapsamaktadır. Örneğin, iyi tanınan bir mimarı çalıştırmak niyetinde olan bir şahıs, yanlışlıkla, onunla aynı adı taşıyan ve fakat daha az yetenekli olan diğer bir mimara yönelirse, icapta bulunan bu şahıs akdi iptal etmek imkanına sahiptir. Fakat yeteneksiz mimar hatayı bilmiyorsa ve sözleşmenin yerine getirilmesi için bazı hizmetler yapmışsa icapta bulunan taraftan tazminat istemeye hakkı vardır. Bu, Louisiana Medeni Kanunu'nda culpa in contrahendo doktrininin açık bir uygulamasıdır.

Sözleşme müzakerelerindeki kusurun diğer bir örneğini 2452. madde vazermetmektedir. Bu madde; başkasına ait bir şeyin satışının hükümsüz olduğunu, alıcının o şeyin başkasına ait olduğunu bilmediği ahvalde bu durumun zarara yol açabileceğini ifade etmektedir. Satıcı hatalı olarak veya kasden başkasına ait bir malı satmışsa, alıcı, geçerli bir satım sözleşmesinin varlığı görünümünden doğan güven zararları için satıcıyı dava edebilir. Bu durum Louisiana hukukunda önemli bir değişikliktir. Eskiden bir sözleşmenin hata yüzünden iptal edildiği veya hükümsüz bırakıldığı ya da sözleşmenin baştan beri geçersiz olduğu ahvalde taraflar sadece sözleşmeye girmelerinden önceki pozisyonlarına dönebiliyorlardı. Mamafih taraflar her zaman daha önce içinde buldukları duruma dönememektedir. Yapılan hizmetlerden oluşan sözleşmeden doğan itirazlar veya o şeyin tüketildiği ya da kolaylıkla ayrılmayacağı bir tesisata döşendiği olaylar bu durumun tipik örneğidir. Culpa in contrahendo vasıtasıyla, zarar gören tarafın güven zararlarını hüküm altına alan giderim, uğranılan gerçek zararların tazminini sağlayacaktır. O itibarla bu meblağ, gerçek anlamda, zarar gören tarafın daha önce içinde bulunduğu durum ile karşılaştırıldığında farklı olabilir.

Son olarak, 1950. madde, culpa in contrahendo'nun diğer uygulamaları olan, farklı birçok sözleşmesel hata tipini kapsamaktadır. Medeni hukuktaki sebep mefhumuna gitmeksizin böyle bir hatanın sözleşmeyi bozacağını söylemek yeterli olacağından, hatanın meydana gelmesinde kusuru olan taraf, masum tarafın uğradığı zararlardan sorumlu olacaktır. Bu hal, Jhering'in doktrininin en açık uygulamasıdır.

Amerikan içtihat hukukunun bir araştırması, istinaf ve temyiz mahkemesi seviyesinde görülen yayınlanmış yaklaşık bir düzine davada culpa in

contrahendo'nun tartışıldığını ortaya koymaktadır. Henüz hiç biri kararını tamamen bu doktrine dayandırmamasına rağmen, bir çoğu culpa in contrahendo'dan uygun bir hukuki sebep olarak bahsetmiştir. Louisiana Medeni Kanunu'nda sözleşme öncesi sorumluluğu kapsayan çok liberal hükümler olması sebebiyle sözleşme müzakerelerindeki kusuru tartışan davaların sayısı muhtemelen artacaktır.

II. YÜRÜRLÜKTE OLAN AMERİKAN HUKUKUNUN YETERSİZLİĞİ

1- Resmi Haksız Fiil Hukuku

Sözleşme öncesi sorumluluk için Amerikan Hukuku'ndaki mer'i haksız fiil çareleri genellikle, bir sözleşmesel hakkı engelleme, hile, akit yapılırken bile bile (veya kusurlu olarak) karşı tarafta yanlış kanaat uyandıran izah ve beyanlarda bulunma ve kötüniyet iddialarına dayanır. Birçok davacı bu iddiaları (hukuken) takip etmenin imkansız olduğu kanısındadır. Çünkü eyalet hukukuna bağlı olarak çoğu kez kasıt unsurunun ispatı gereklidir. Bir iş (ticaret) ortamında kasıt unsurunu ispatlayabilmek oldukça güçtür. Bunun aksine, culpa in contrahendo davalarında davacı lehine tazminata hükmetmek için kasıt unsurunun veya aldatma niyetinin ispatı gerekli değildir. Culpa in contrahendo doktrini, akit yapılırken bilmeden karşı tarafta yanlış kanaat uyandırma iddiasından farklı olarak, sırf parasal kayıp davalarında tazmine müsaade etmek için de açıkça kullanılabilir.

The Restatement of Torts, sözleşme müzakereleri safhasındaki kötüniyete yeterli bir hal çaresi sağlamaz. 525. fasıl, yanlış kanaat uyandıran izah ve beyanlarla bir sözleşme ilişkisine girmeye sevk edilen kişilerin açtıkları hile davalarında tazmine imkan verir. 522. fasıl da müzakere olaylarında uygulanmaz, sadece bir sözleşme yapıldığında uygulanır. Böylece, görünüşe göre haksız fiil hukuku sözleşme öncesi sorumluluk için yeterli hukuki himaye sağlamaz.

Haksız fiil hukuku çerçevesinde davacıların karşılaşacağı ikinci sorun eyaletlerin muafiyet iddialarıdır. Zira Amerika'da, kural olarak, gerek merkezi ve gerekse yerel hükümetler haksız fiil davalarında egemenliklerinden dolayı muafiyete sahiptir. Diğer taraftan, devletin sözleşme kurarken özel bir şahıs gibi hareket ettiği hallerde, mahkemeler, devlete herhangi bir şahıs gibi muamele ederler. Bununla birlikte, bir sözleşme kurulamamışsa, zarar gören taraf için işe yarar bir hukuki himaye mevcut olmayacaktır. Burada yine, culpa in contrahendo, devlet ile bir sözleşmeye ulaşmayan ilişkiler kuran taraflar için tazminat sağlayacaktır.

2- Resmi Sözleşme Hukuku

Geleneksel “black letter” sözleşme kuralları, bir sözleşme kurulmadan önce tazmine müsaade etmez. Bir icap ve kabul olduğu zaman, elbetti ki bir sözleşme kurulduğunu düşünürüz. İcapta bulunan, kabulden önce her zaman icabını geri alabilir⁵⁵. Kendisini korumak isteyen muhatap rücutan önce icabı kabul etme iktidarına sahiptir ve bu suretle icapçıyı kendi edimini yerine getirmeye zorlar. Mamafih, küçük, önemsiz satışlar dışında, bu alışılmış icap ve kabul kavramları iş dünyasında genellikle meydana gelmez ve bu nedenle sözleşme öncesi sorumluluğa karar vermek için yetersiz kaynaklardır. Mahkemeler, bir sözleşme ile neticelenmeyen ilişkilere alışılmış “black letter” hukukunun uygulanmasındaki adaletsiz neticelere şahit olduklarından (onlar), Llewellyn ve Pound tarafından kılavuzluk edilen hukuki gerçeklik hareketi ile birlikte sorumluluk için temel ilke olarak sözleşme benzeri ilişki (şibih akit) kuramını ortaya koydular. Sözleşme benzeri ilişkiden doğan hukuki himayenin bir örneği, “gerçek zımni sözleşme”dir. Gerçek zımni sözleşme kendiliğinden meydana gelen bir sözleşme değildir. Fakat o, örneğin taraflarca ödemenin tasarlandığı durumda, hizmetleri tazmin edilmeyen tarafın korunması için işletilen yargısal bir varlıktır. Başka bir deyişle, mahkeme hal ve şartları incelediğinde, tarafların gerçekte bir sözleşme yapmaya niyet ettiğine ve fakat bunu başaramadığına karar verirse, olayların incelenmesi yoluyla, (mahkeme) sözleşmeyi zımnen kabul eder. Onun için, tazminat zımni sözleşmeye dayanır ve zararlar hizmetlerin makul değeri (veya kurulması düşünülen sözleşme bedeli) vasıtasıyla hesaplanır. Bu doktrin, hakimin bir durumu geçmişe dönük olarak incelemesi ve daha sonra bu olaylardan sadece tarafların bir sözleşme yapmaya niyet ettiği değil, aynı zamanda bu sözleşmenin şartları hakkında da bir sonuca varması tehlikesini beraberinde getirir. Culpa in contrahendo doktrini, bir tarafın tazminata hak kazandığına karar vermek için, bir ön şart olarak, yargısal yolla yaratılmış bir sözleşmeye ihtiyaç göstermez ve fakat aynı sonuca varır.

Amerikan yargısının yarattığı zımni sözleşmelerden başka, tarafların sözleşme öncesi sorumluluğuna hükmetmenin diğer bir yolu, Restatement Second of Contract’ın 90. paragrafına dayanan kuraldır. 90. paragraf Birle-

⁵⁵ Yukarıdaki ifadeden anlaşıldığı kadarıyla, İngiliz, Fransız ve İtalyan hukukunda olduğu gibi, Amerikan hukukunda da, icapçının kabul haberinin kendisine ulaşmasına kadar, yaptığı sözleşme kurma teklifinden serbestçe dönebileceği prensibi hakimdir. Oysa İsveç-Türk ve Alman hukuklarında icap bağlayıcı bir hukuki etkiye sahiptir. Şöyle ki: İcapçı, muhatabın öğrendiği bir icabı, -bağlanma süresi içinde- geri alamaz. Bağlanma süresi, bizzat icapçı tarafından belirlenmemişse, BK.m.4 ve 5 hükümleri gereğince tayin edilir.

şik Devletler’de culpa in contrahendo’nun en yakın görünüşü olan ve aynı zamanda “promissory estoppel” olarak bilinen doktrini düzenler. Bu doktrin, sözleşmeler hukukunda nisbeten yeni bir doktrindir ve gerçekte “equitable estoppel” doktrininin bir önceki safhasıdır. Bir vaade güvenmek (reliance on a promise) anlamına gelen promissory estoppel, “consideration⁵⁶”ın yerine ikame edilir. Paragraf 90’a göre, “bir vaade bulunan kimse, makul olarak, yapmış olduğu vaadin kendisine vaade bulunulan şahsı maddi bir hareket veya katlanmaya sevkedeceği inancında bulunur ve vaad de, hakikaten kendisine vaade bulunulan tarafın **bir hareket veya katlanmasıyla sonuçlanırsa**, bir haksızlıktan kaçınmak ancak bu vaadin yerine getirilmesiyle mümkün olan hallerde, yapılan vaad bağlayıcı sayılır”. Böylece, mahkemeler bir tarafın karşılıksız (gereksiz) bir taahhüde güvenden doğan zararlarının tazminine hükmedebilir⁵⁷. Promissory estoppel’in uygulanabilmesi için öncelikle incelenmesi gerekli üç soru vardır:

(1) Taahhüt edilen tarafı belirli ve esaslı nitelikte bir hareket veya kaçınmaya sevkedeceği, makul olarak, taahhüt eden tarafça tahmin edilmesi gereken bir vaad (taahhüt) var mı?

(2) Taahhüt bu çeşit bir hareket veya kaçınmaya yol açtı mı?

(3) Adaletsizlikten sadece taahhüdün yerine getirilmesi yoluyla mı sakınlabilir?

Culpa in contrahendo ile karşılaştırıldığında bu doktrinin ilk eksiği söz konusu soruların her birinin, aksi halde hukuki himayeye layık olabilecek zarar gören taraf için bir engel oluşturmasıdır. Promissory estoppel’in ikinci mahzuru, sadece taahhütlere ilişkin olmasıdır. Hazırlık müzakereleri safhasında taahhütlerden ziyade beyanlar teati eder. Bu doktrin birçok davada iyi işlemesine rağmen hazırlık müzakereleri alanında güvenilir bir hukuki çare değildir.

Başarıya ulaşmayan sözleşme görüşmeleri için öngörülen son sözleşmesel himaye “misrepresentation” olarak anılır. Misrepresentation, akit yapılırken bile bile (veya kusurlu olarak) karşı tarafta yanlış kanaat uyandıran izah

⁵⁶ Consideration deyimi, kabaca Kıta Avrupası Hukukunun **sebeb** (causa) kavramını karşılar. Belirli bazı istisnalar bir yana (ki Estoppel doktrini de bunlardan biridir), Anglo Amerikan Hukukunda hiçbir vaad, bir consideration ile desteklenmedikçe bağlayıcı değildir ve yerine getirilmesi talep olunamaz. Restatement of Contract § 75’e göre, “bir vaadin consideration’ı, bu vaad hususunda uyuşulan ve bu vaade karşılık olarak verilen bir karşı vaad ya da yapılan bir fiildir” (E. Allan FARNSWORTH, Amerikan Hususi Hukukuna Giriş, Çev. Ergun ÖZSUNAY, İstanbul 1961, sh. 58 vd.).

⁵⁷ Promissory estoppel doktrini hakkında geniş bilgi için bkz. FARNSWORTH, age., sh. 62 vd..

ve beyanlarda bulunmadır. Culpa in contrahendo ile misrepresentation arasındaki birinci fark; culpa in contrahendo'da davacının düşüncesizce (veya ihmal ile) yapılmış bir taahhüdün varlığını ispatlamak zorunda olmamasıdır. O sadece, zararların sözleşmenin geçerliliğine güvenmesi yüzünden meydana geldiğini ispatlamalıdır. İkinci fark, bir misrepresentation iddiasında davalının, davacının gerçekleri keşfetmekte gerekli özeni göstermediğini iddia edebilmesidir. Oysa culpa in contrahendo'da davalı bu savunmayı kullanamaz. Zira culpa in contrahendo'nun dayanağı, davalının geçerli bir sözleşme görünümü yaratması ve davacının buna güveninden ötürü zarara uğramış olması esasıdır.

Bütün bunlar, sözleşme öncesi sorumluluk için mevcut hukuki çarelerin uygulamada eksiklikleri olduğunu gösterir. Hali hazır haksız fiil hukukunda hile ve kötüniyet iddiaları için kasdı ispat güçlüğü vardır. Ayrıca tarafların egemen muafiyeti iddiasında bulunabileceği hallerde haksız fiil kuralları uygulanamaz. Gerçek zımni sözleşmeler ise, hakimlerin, tarafların yapmadığı bir sözleşmenin şartlarını geçmişe dönük olarak belirledikleri yargısal varlıklardır. Promissory davaları, sadece hak verilebilir bir güvene yol açan bir taahhüdün olduğu hallerde iyi işler. Son olarak, fraudulent misrepresentation (akit yapılırken bile bile yanlış kanaat uyandıran izah ve beyanlarda bulunma) iddiası ile güven zararlarının tazminini isteyen davacılar, hileyi meydana getiren aldatma delilini ispatlamak zorundadırlar ve gerçeklerin fark edilmesi için gereken özenin gösterilmediği savunmasıyla da karşılaşabilirler.

III. CULPA IN CONTRAHENDO'NUN AMERİKAN İÇTİHAH HUKUKUNA GİRİŞİ

Gelişen franchising hukuku alanında, şikayetçi franchise alanların yerine getirilmemiş beklentiler, yanıltıcı beyanlar ve taahhütlerin ihlali kavramlarına dayanarak franchise verenlere karşı açtıkları davaları kapsayan çok sayıda olay mevcuttur. Bazı akılda kalan davalar, franchise alanların bir franchise sözleşmesi⁵⁸ temin etme hazırlıklarında büyük miktarda para

⁵⁸ "Franchise sözleşmesi, franchise verenin kendisine ait üretim, işletme ve pazarlama sistemini oluşturan fikri ve sınai unsurlar üzerinde, franchise alana kullanma (lisans) hakları tanıyarak, onu kendi işletme organizasyonuna (yani söz konusu sisteme göre faaliyet gösteren işletmeler zincirine) entegre etmek ve onu bu sisteme dayalı ticari faaliyeti sırasında devamlı olarak desteklemek borcu altına girdiği; franchise alanın ise, hem (söz konusu sistemin içerdiği ve franchise verenin belirlediği ilkelere uymak ve kendisine kullanma hakkı verilen fikri/sınai unsurlardan yararlanmak kaydıyla) bu sisteme dahil mal veya hizmetlerin sürümünü kendi nam ve hesabına yapmayı ve desteklemeyi, hem de franchise verene belli bir ücret ödemeyi taahhüt ettiği; sürekli bir borç ilişkisi kuran ve tam iki tarafa borç yükleyen bir çerçeve sözleşmedir" (Osman Berat GÜRZUMAR,

harcaması veya örneğin bir mağaza yerinin hazırlanması ya da bir tecrübe sürecinin tamamlanması ve daha sonra franchise verenden franchise sisteminden yararlanma yetkisinin alınmaması halleriyle ilgilidir. Geleneksel sözleşme hukukuna göre, taraflar arasında şekli anlaşma yapılmadığından ve “anlaşmalar için anlaşma” mahkemelerce genellikle zorlayıcı olarak telakki edilmediğinden, franchise alan, bu paraları franchise verenden geri almaya muktedir olamayacaktır.

Orijinal müteahhit ve ev sahibi varsayımındaki gibi, inşa olayları culpa in contrahendo doktrini için geniş bir uygulama alanı sağlar. Birçok inşaat projesi, birden fazla alt müteahhidin teklifinden teşekkül eden bir genel sözleşen teklifini gerektirdiğinden, iştirakçiler arasında vuku bulan çok sayıda taahhüt mübadelesi, müzakerelerdeki kusur için verimli bir alan sağlamaktadır. Hatalı bir alt sözleşen teklifini ihtiva eden bir genel sözleşenin arz ettiği teklif (bunun) tipik bir örneği olabilir. Mahkemeler sorumluluğa karar verirken, bu davalar alanında rol oynayan bütün kademeli soruları sorarlar. Hata tek taraflı mıydı yoksa iki taraflı mıydı?, hata riskini hangi taraf daha etkin şekilde taşıyordu?, hata yazımla mı yoksa muhakeme ile mi ilgiliydi? Culpa in contrahendo doktrininin kabulü, hem hakimlere hem de davacılara bu çeşit bir olayın nasıl çözümlenmesi gerektiği hususunda çok açık ve güvenilir bir gösterge temin edecektir.

Üçüncü olarak, dağıtım sözleşmeleri ve sigorta mukaveleleri culpa in contrahendo'nun kabulü için verimli bir alandır. En iyi performans (çaba) ve münhasır haklar sözleşmeleri, olması beklenen davalar gibi görülür. Sigorta mukaveleleri, bu alanda, sigorta poliçesinin süresinin sona ermesi ile yenilenmesi arasındaki birkaç gün içinde sigorta ettiren öldüğünde, sigorta şirketinin, hayat sigortası sözleşmesinden yararlananlara ödeme yapması gerekip gerekmeyeceği gibi ilginç soruları da ortaya çıkarır. Bu hallerde, culpa in contrahendo, aksi takdirde mevcut olmayacak bir sözleşmeyi iyileştirmek için kullanılabilir. Söz konusu dava örnekleri Amerikan Hukuku'nda culpa in contrahendo doktrininin çok yönlülüğünü ve potansiyel genişliğini gösterecektir.

1- Franchise Sözleşmeleri

Franchise verenin, franchise alana karşı sözleşme öncesi sorumluluğuna dair⁵⁹ en çok bahsedilen (zikredilen) olay, Hoffman - Red Owl Stores'e karşı

Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan “Sistem”lerin Hukuken Korunması, İstanbul 1995, sh.10).

⁵⁹ Franchise sözleşmesinde, diğer sözleşmelerde olduğu gibi, sözleşme öncesi görüşmeler esnasında taraflar arasında bir güven ilişkisi kurulur. Franchise sözleşmesinin taraflar arasında sürekli ve yoğun bir işbirliği ilişkisi kuran bir sözleşme olması nedeniyle söz-

davasıdır. Karısı ile birlikte bir fırın çalıştıran Mr.Hoffman, kendi bölgesinde bir Red Owl Store açmak için araştırmalar yapan ve süper marketler zinciri işleten -franchise veren- Red Owl'a başvurdu. Mr.Hoffman, franchise veren ve vekiline yatırım için sadece 18.000 dolar mevcudunun olduğunu söyledi ve vekil, ona bu miktarın yeterli olacağını garanti etti. Mamafih, franchise veren, müstakbel franchise alanı (Mr.Hoffman) yanlış yola sevketti. Şöyle ki, Mr.Hoffman, Red Owl'ın tavsiyesi üzerine, tecrübe kazanmak niyetiyle küçük bir bakkal dükkanı satın aldı. Sonra dükkan kâr ederken Red Owl, Hoffman'a onu satmasını ve bir Red Owl Store'de deneyim kazanması için başka bir kasabaya taşınmasını tavsiye etti. Mr.Hoffman, fırını (2.000 dolar kayıpla) ve bakkal dükkanını (bütün bir yaz kârını kaybederek) sattı ve ayrıca taşınma ve taşındığı kasabada yeni bir ev kiralama masraflarına maruz kaldı. Ancak onun süper market işi hiç bir zaman gerçekleşmedi. Hoffman'ın, franchise veren Mr. Owl'a başvurduğu günden bu yana aradan iki yıl geçmişti ve Red Owl, Hoffman'ın bir dükkan inşa etmesi veya satın alması ve franchise alan olması için parasal kaynak bulmasına yardım ederek onunla işbirliği yapmıyordu. Red Owl ondan 34.000 dolar katkıda bulunmasını istediğinde, Hoffman dava açtı. Zira Hoffman, Owl'ın franchise verdiği kişilerin hemen hemen iki misli miktarda yatırım yapmak zorundaydı.

Red Owl'ın, Hoffman'a franchise alan olacağı hakkında birçok beyanda bulunmasına ve garanti vermesine rağmen, tarafların aralarında bir sözleşme kurulması için esaslı unsurlar üzerinde anlaşmaya varamadıkları bu olay, konuya en uygun meseledir. Mahkeme § 90 promissory estoppel'in analizi vasıtasıyla davayı çözümlenmiştir. Mahkeme, gerekli üç bölüm testi olaylara uyguladı ve davacının zararlarının ödenmesi gerektiğine hükmetti.

Zararların hesaplanması farklı olduğu için, culpa in contrahendo'nun franchising olaylarında promissory estoppel'den daha iyi bir doktrin olacağı

leşme öncesi güven ilişkisi, bu ilişkiye girmek isteyenlerin birbirlerini aydınlatma yükümlünü özenle yerine getirmelerini gerekli kılar. Zira franchise alan, bu sözleşmeye girmekle önemli yatırımlar ve masraflar yapmak zorunda kalacak; franchise veren de, daha önce geliştirmiş olduğu sistemini franchise alana kullanırmakla sistemin başarısını adeta onun ellerine bırakmış olacaktır. Bu itibarla sözleşme görüşmeleri sırasında görüşmeciler, sözleşmenin kurulmasında etkili olan konularda birbirlerine gerekli bilgiyi vermek, aydınlatmak ve bu konularda özen göstermekle yükümlüdürler. Bu bağlamda franchise veren, potansiyel franchise alana, sistemin işleyiş tarzı, bu işe koyacağı sermaye miktarı, yapacağı yatırımlar, çalıştıracağı personel konusunda gerekli açıklamalarda bulunmalıdır. İşte, franchise veren, bu aydınlatma yükümlülüğüne kusurlu olarak aykırı davranıp, görüşmelerin başlamasıyla potansiyel franchise alanla aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal ettiği takdirde, sözleşme öncesi görüşmelerde kusur (culpa in contrahendo) nedeniyle bundan doğan zarardan sorumlu olacaktır (Bkz. Çiğdem KIRCA, Franchise Sözleşmesi, Ankara 1997, sh.109-113).

ileri sürülmüştür. Promissory estoppel, güven yararlarını, sadece haksızlıktan kaçınmak için lazım gelen derecede verir. Bunun yanında culpa in contrahendo zarar gören tarafın bütün menfi çıkarlarını tazmin eder. Bu kavramı Red Owl davasına uygularken, davacı için zarar farkı 16.735 dolar kadar büyük olabilecektir. Promissory estoppel'e göre, mahkeme, Hoffman'ın küçük bakkal dükkanının satışının (onun kaybettiği diğer şeyler içinde bir yaz kârının) tazmin edilemeyeceğine karar verdi. Mamafih, culpa in contrahendo'ya göre, bir sözleşmenin meydana geleceğine güvenen masum tarafın maruz kaldığı bütün zararlar kusurlu tarafça tazmin edilmelidir. Bunun için Red Owl, Hoffman'ın uğradığı diğer güven zararlarına ilave olarak kâr kayıplarından da sorumlu olacaktır.

Red Owl'a benzer bir franchising davası, Walters - Marathon Oil Company'e karşı davasıdır. Bu olayda, bir karı koca, münhal bir alanda servis istasyonu ve yiyecek dükkanı kurulması imkanı hakkında franchise veren den bilgi edildi. Çift, istasyonu satın aldı, ona eklentiler yaptı ve devamlı olarak franchise veren ile müzakere etti. Dokümanların (referanslar, mali beyanlar, garanti anlaşmaları, kiralama düzenlemeleri) mübadelesi normal olarak ilerledi fakat çift, tekliflerini son onay için franchise verene arz ettiklerinde, söz konusu şirket, franchise için yeni başvurular yapıldığı gerekçeyle kararını tehir ettiğini ifade ederek anlaşmayı imzalamayı reddetti.

Bu dava ilginçtir, zira mahkeme, tazminata esas olarak promissory estoppel'i kullanmasına rağmen, zararları aynı culpa in contrahendo'da olduğu şekilde hesapladı. Promissory estoppel davalarında (yoksun kalınan kârlar sözleşme ihlalleri için bir hukuki himaye olduklarından) genellikle kâr kayıplarının tazminine müsaade edilmiyordu. Fakat bu örnekte kâr kayıplarının tazminine cevaz verildi. Mahkeme aşağıdaki gibi karar verdi:

Temyiz edenin onlara benzin şebekesi temin etme taahhüdüne güvenen davalılar, benzin istasyonu satın aldı ve paralarını ve zamanlarını (bu işe) yatırdılar. Onların, bu para ve zaman yatırımlarının bir kâr getireceğini tahmin etmediklerini farz etmek mantıksızdır. Bundan başka, onlar, temyiz edenin taahhüdüne güvenerek, başka bir yere yatırım yapma fırsatını baştan kaybetmişlerdir. Görüldüğü gibi, kayıtlar, temyiz eden taahhüdüne göre hareket ettiği takdirde, davalıların tahminen 22.200.00 dolar net kâr alacağını yansıtmaktadır.

Bu franchise davalarının okunmasından çıkan mantıki sonuç, eğer bir taraf müzakerelerin sona ermesinde bir şekilde kusurluysa ve diğer masum taraf, bir sözleşmenin meydana geleceği itimadına güvenmişse, kusurlu olan görüşmeci artık sorumluluktan muaf olmayabilir. Böylece, devamlı olarak büyüyen franchise verenler (bir rapor, Amerikan ekonomisinin 1/7'sinin

franchising gelirlerinden kazanıldığını ifade etmiştir), eğer bir franchise alan sözleşmenin kurulacağı sahte görünümüne güvenmişse, artık aday franchise alanlar ile yaptıkları müzakereleri boşa çıkaramaya bileceklerdir. Zararların hesaplanması nokta-i nazarından promissory estoppel ile mukayese edildiğinde culpa in contrahendo zarar gören taraf için daha üstün bir doktrindir. Zira zarar gören tarafın kâr kayıpları dahil bütün zararları, onlara sebep olan tarafça tazmin edilecektir.

2- İnşaat Sözleşmeleri

Kamu inşaat projelerinin çoğunluğu, kamu artırması vasıtasıyla genel sözleşmelere verilmektedir. Genel sözleşmeler, işi en düşük fiyata kimin yapabileceğine karar vermek için alt sözleşmelerden fiyat teklifi isterler. Alt sözleşmeler teklif edilecek fiyat takdiri hazırlıklarında büyük miktarda para harcamış olabilirler. Daha sonra genel sözleşen alt sözleşmelerden teklifleri toplar ve en düşüğüne itimat ederek, rekabet eden diğer genel sözleşmelerle birlikte kendi teklifini sunar. Genel sözleşen itimada layık en düşük teklifçi yani iş sahibine işi en düşük fiyata layıkıyla bitirebilecek kişi olmayı ümit eder. Sadece bu durumda sözleşme genel sözleşene verilmiştir ve sadece bu anda genel sözleşen kendi alt sözleşmelerinin tekliflerini kabul edebilir.

Drennan - Star Paving Company'e karşı davasında, hakim Traynor sözleşme öncesi sorumluluk konusunda bir kural tesis etti. Bir alt sözleşen, genel sözleşenin buna güvenerek kendi teklifini yapacağını bilerek genel sözleşene bir teklif arz ettikten sonra, şahsi mesuliyetten muaf olarak yaptığı teklifi geri alamaz. Genel sözleşmenin verilmesinden (işin ihale edilmesinden) önce genel sözleşen ile alt sözleşen arasında bir sözleşme yoktur. Bu davada davalı, genel sözleşene sadece bir icapta bulunduğunu ve kabulden önce icabını geri aldığını başarısızlıkla kanıtlamaya çalışmıştır. Traynor davayı §90 promissory estoppel vasıtasıyla analiz etmiş ve burada bir sonuca varmıştır; davalılar makul olarak güvene yol açacak bir taahhütte bulunmuşlardır ve adaletsizlik sadece taahhüdün icrası yoluyla önlenebilirdi. Güven zararları, taahhüt edilen ifa ile (davalının teklifi) ile hakiki ifa (davacının bir sonraki en düşük teklifçiye ödemek zorunda kaldığı meblağ) arasındaki fark olarak hesap edildi.

Bu örnekte, culpa in contrahendo ve promissory estoppel aynı derecede iyi işler. Alt sözleşenin teklifi bir taahhüt olarak görülür (nitelendirilir) ve (davacının) güven zararları bahşedilir. Mamafih bu durum tersine çevrilseydi ve bir teklif pazarı vaziyeti olsaydı, alt sözleşenin taahhüdünü ifa etmemesinde kınanabilen taraf olmasından ziyade, şimdi, genel sözleşen iyiniyetle pazarlık yapmadığı için kusurludur (teklif pazarı, alt sözleşenlerin genel sözleşene tekliflerini sunmalarından sonra, genel sözleşenin, en düşük tek-

liftten daha düşüğüne istekli olabilecek herhangi bir alt sözleşen bulunup bulunmadığını görmek için dükkan dükkan dolaşması halinde meydana gelir). Şu halde, culpa in contrahendo promissory estoppel'den daha iyi bir hukuki himaye olacaktır.

Bir alt sözleşen genel sözleşene bir teklif sunduğunda, itimada layık en düşük teklifçi olup olmadığı beklentisi içindedir. Asıl sözleşme genel sözleşene verilirse, o, alt sözleşmeyi alacaktır. Alt sözleşen teklifini hazırlarken ayrıntılı planları okumak, ölçümler almak, sondajlar ve toprak araştırmaları yapmak ve ana malzemeleri hazırlamak ihtiyacında olabilir. Bundan başka, alt sözleşen, elbette piyasaya bağlı olarak, diğer elde edilebilir işleri, teklifinde makul bir kâr miktarını hem de durumlardaki değişiklikleri hesaplamalıdır.

Promissory estoppel §90, bunlar alt sözleşenin black-letter güven zararları olduğu için, teklif hazırlığı masraflarını zarar gören alt sözleşene verecektir. Bunun yanında culpa in contrahendo, zarar gören tarafın uğradığı bütün zararların kusurlu tarafça tazmin edilmesine müsaade edecektir. Böylece bir sözleşmenin meydana geleceği inancındaki alt sözleşeni yanılan genel sözleşen, sadece alt sözleşenin teklif hazırlığı masraflarından değil aynı zamanda uğranılan diğer zararlardan da (kâr kayıpları ve diğer fırsat kayıpları gibi) sorumlu olacaktır. Üstelik bu yolla alt sözleşenin "menfi çıkarlarını" tazmin ederek iki amaca hizmet edecektir. Alt sözleşenin maruz kaldığı gerçek kaybı tazmin edilmiş olacak ve genel sözleşenler ileride teklif pazarındaki ahlaka aykırı hareketlerinden caydırılmış olacaktır.

3- Dağıtım Anlaşmaları ve Sigorta Mukaveleleri

Dağıtım anlaşmaları ve sigorta mukaveleleri culpa in contrahendo doktrininin çok ilginç bir uygulaması olarak karşımıza çıkar. Burada culpa in contrahendo, bir sözleşmenin bulunmayışı durumunda hukuki himaye elde etmek için kullanılmaktan ziyade, zarar gören taraf adına sözleşmeyi koruyarak bir hukuki himaye elde etmek için kullanılır.

Dağıtım anlaşmaları belki en yaygın olarak ticari satışların ardındaki sözleşmelerde kullanılmaktadır. Hüküm süren fikri mülkiyet hukukundan doğan sözleşmeler sadece bazı teknoloji ve fikirleri kullanma izni vermez, aynı zamanda diğerlerinin ondan yararlanmasını da önler. Bir ürünün yaratıcısı (kaşifi), çoğu kez, sadece bir kişiye ürünü her ikisinin yararına dağıtması için lisans verir. Dağıtıcı (distribütör) ürün üzerinde bir tekele sahiptir; o (ürünü) rekabetten bağımsız olarak satabilir. Ürünün sahibi de güvenilir bildiği ve ürününü kendisi için satabilen birinin onun temsilcisi (acentesi) olması güvencesinden hoşlanır. Böylelikle o kendi enerjisini başka bir yerde kullanabilir. Bununla beraber eğer dağıtıcı (distribütör) ürünü satmazsa mal

sahibi kâr edemez. Bu çıkmaz, “en iyi çaba”, yani mal sahibinin ürününün dağıtımını için temsilcinin azami gayret göstereceği, kaydının sözleşmeye dahil edilmesiyle veya culpa in contrahendo’nun uygulanması vasıtasıyla çözümlenebilir.

Bu nokta, bir müvekkil ile onun komisyoncusu arasındaki, çok bilinen Wood - Lucy, Lady Duff Gordon’a karşı davasının incelenmesiyle açıklanabilir. Lady Duff Gordon bu yüzyılın ilk on yılında çok rağbet gören modaların yaratıcısıydı. Moda endüstrisinin büyük bir bölümü, Duff Gordon’un cirosu ile ürünlerinin değeri fişek gibi fırladığı için kumaşlardaki veya giysilerdeki Duff Gordon cirosu için ödeme yapıyorlardı. Lady Duff Gordon, Wood ile özel bir lisans (münhasır ruhsatname) düzenlemesine girişti. Bu düzenlemeye göre, Wood, Lady Duff Gordon’un hakiki modellerini münhasır satış hakkına sahip olduğu gibi diğer modellere de Lady Duff Gordon’un cirosunu koymaya yetkili kılınmıştı. Karşılığında Lady Duff Gordon, Wood’un bu çeşit anlaşmalar vasıtasıyla elde edeceği tüm kârın %50’sini alacaktı. Ancak daha sonra Wood (davacı), pazarlığın kendisine ait bölümünü saklı tutarak, Lady Duff Gordon’un kendi bilgisi dışında ve kâr paylaşımı olmaksızın cirosunu diğer kumaşlara ve giysilere koymak suretiyle sözleşmeyi bozduğunu iddia ederek dava başlattı.

Hakim Cardozo, davanın şartlarını inceledi ve bir taahhüdün, zımnen, münhasır acentenin davalıların ciro ve modellerinin dağıtımını için makul çabaları kullanması gerektiğini ifade edebileceği sonucuna vardı. Bu çeşit bir taahhüt olmadığında bütün iş ilişkileri etkinliklerini kaybedecektir. Cardozo’nun gerekçesi güven (ilişkisi) veya promissory estoppel’e dayanmamaktaydı. Dikkatli bir okuma, Cardozo’nun culpa in contrahendo’da çok benzeri bulunan bir gerekçe kullandığını gösterir. Cardozo, tarafların müzakerelerini incelemek suretiyle her iki taraf iyiniyetle hareket ettiği müddetçe doğal olarak aralarındaki ilişkide bir “makul çaba” kaydının mevcut olduğu sonucuna vardı. Bunun aksine Lady Duff Gordon kötüniyetle hareket etmiş ve öyle olmadığını bildiği halde Wood’a aralarında bağlayıcı bir sözleşmenin var olduğu hatalı görünümünü vermişse onun kusurlu davranışı masum tarafın uğradığı zararlar için sorumluluğuna yol açacaktır. Böylece Cardozo’nun analizinde olduğu gibi, Wood, culpa in contrahendo adı altında aynı miktarda tazminatı elde edecektir. Bu, culpa in contrahendo’nun, sözleşme öncesi müzakerelerin bir sözleşme sonrası yorumlamada kullanıldığına ve zarar gören tarafın menfaatlerini başarıyla koruduğuna bir örnektir.

Yüzde kiralari, inhisari dağıtımcılık anlaşmalarına çok benzer. Yüzde kiralari genellikle iyi çalışır, fakat taraflar arasında bir menfaat çatışması mevcuttur. Şöyle ki, kiracı gayri safi hasılatını azaltmayı fakat net kârını

artırmayı tercih eder, bunun aksine kiralayan, kiracının kâr marjına (payına) bakmaksızın kiracının gayri safi hasılatı artırmasını yeğler.

Kiralayanın gayri safi hasılatın bir yüzdesi karşılığında kiracıya arazisinin özel bir kullanımını verdiği Wood - Lucy'e karşı davası bu duruma benzer. Bu yüzden mantıklı olarak kiracının gelirini artırmak için makul gayretleri kullanma (gösterme) borcu olmalıdır. Bu, müzakerelerdeki iyiniyetin analizi vasıtasıyla zarar gören tarafa bir hukuki himaye temin etmek için culpa in contrahendo'nun kullanılabilceği diğer bir durumdur. Bu davalarda kiracı, gayri safi hasılatını artırmak için makul gayret sarf etmeye gerek duymamışsa kiralayanın sözleşmeye girme amacı tümüyle boşa çıkacaktır. Böyle bir davada kiracı, aralarında kiralayanın "sabit eşik kirası" alacağı bir anlaşma olduğuna dair hatalı görünüm vermişse, kusurlu olduğu ölçüde kiralayanın bu taahhüde güvenmesi yüzünden maruz kaldığı zararları tazmin etmek zorunda kalacaktır. Kiracı kusurlu değilse, yani makul gayretleri göstermişse ve onun düşük aylık hasılatını izah eden hafifletici nedenler varsa, kiracı kiralayanın hiç bir zararından sorumlu olmayacaktır.

Benzer olarak, culpa in contrahendo'nun bazı uygulamaları gayri menkul hukukunda görülür. Bir evin maliki onu satmak istediğinde bunu birkaç yolla yapabilir. O evini kendisi satabilir veya bir komisyoncu vasıtasıyla satış için evi listeye geçirmeyi tercih eder. Çoğu kez, satıcılar evlerini satmak için "open listing" olarak bilinen yolu kullanırlar. Bir "open listing"de, ev, satış için birçok komisyoncu tarafından kaydedilir ve başarılı olarak evi satan komisyoncu bundan komisyona hak kazanır. Mamafih, böyle bir evin satışı için en iyi çabaların kullanılması bu durumda bir komisyoncu için çok teşvik edici değildir. Zira komisyoncu, diğer kaç komisyoncunun istekli alıcılara evi göstermekle fiilen meşgul olduğunu bilmemektedir. Diğer yandan, komisyoncuya "inhisari (özel) satım hakkı" verilseydi, komisyoncu evin satışı üzerine mükafatlandırılacağını bildiği için evi (müşterilere) göstermede çok daha gayretli çalışacaktır. Inhisari dağıtımcılık ilişkisine benzeyen bir özel satış düzenlemesinde de sözü geçen iyiniyetle müzakere prensipleri uygulanabilecektir.

Son olarak, sigorta sözleşmeleri, sigorta tekliflerinde culpa in contrahendo'dan istifade edebilir. Bir şahsın hayat sigortası poliçesi için başvuru yaptığı bir durumu düşünün. Bu halde şirketin göz önünde tutacağı kabul edilebilir risk ne kadardır? Müracaat eden şahıs, başvuru muameleleri için sigorta şirketini beklerken ölür. Standart sözleşme hukuku gereğince, başvuru bir icaptır ve sigorta şirketi (bunu) henüz kabul etmemiştir. Birleşik Devletler'de genel kural, bir icapçı kabulden önce öldüğünde icapta onunla birlikte ölür. Bu yüzden bir sözleşme olamayacaktır. Bu duruma daha ileri giden bir yaklaşım sigortalanan kişi cihetindeki muamelede görülür. Başvu-

runun ve ödemenin gönderilmesinden sonra, sigorta ettirmek isteyen sigortalıyı ümit eder. Başvuruda bulunan şahıs sigorta muamelelerinin iki hafta veya iki ay sürebileceğini bilme imkanına sahip değildir. Eğer o bu durumu bilseydi evvelki poliçenin hükümden düşmesine ve sigortalı olmamasına müsaade etmeyecekti.

Culpa in contrahendo duruma aşağıdaki gibi uygulanır: İleride kurulması ümit edilen sigorta sözleşmesinin tarafları birbirleriyle iyiniyetle müzakere etmelidir. Sigorta şirketi başvuru muamelesini kusurlu olarak geciktirdiği için başvuruda bulunan şahsa iki taraf arasında bir sözleşmenin mevcut olduğu hatalı görünümünü vermiştir. "Sigortalanan" bir sözleşmenin mevcudiyetine güvenerek işlerine dönmüştür. Böyle bir davada, o kişiye başvuruda bulunduğu poliçe bedeli içinde zararları ödenmelidir. İlginç olarak, culpa in contrahendo'nun çok katı bir okunuşu aksi sonuca varabilecektir. Yukarıda açıklandığı gibi, Alman hukukundaki tartışmada, Jhering sözleşme öncesi sorumluluk teorisini bir tarafın kusuruna dayandırmıştır. Yukarıdaki davada culpa in contrahendo, bu olayda kusurlu davranış başvuruda bulunan tarafın şahsındadır denerek yorumlanabilirdi. Bu gerekçeye göre, başvuruda bulunan şahıs sigorta şirketine karşı güvenli olmayan bir haberleşme tarzı kullandığı için kusurludur. Eğer sigorta şirketine şahsen gitseydi ve başvuru muamelesi yürütülürken bekleseydi onun teklifi derhal kabul edilmiş olacaktı. Olaylara doğrudan doğruya uygulandığında bu yaklaşım culpa in contrahendo'nun münasip bir yorumu olmasına rağmen, bunun doktrinin bayağı bir görünüşü olduğu kabul edilmektedir. Zira bu aşamada bir şahıs sigorta şirketine yürüyerek gitmez ve başvurusu işleme konurken beklemez. İşler posta yoluyla yürütülür. İçinde bulunulan durumun tahkiki makul olarak bir kaç hafta sürer. Ayrıca işlerin yoğunluğu sigorta şirketlerini meşgul eder ve vaktinde yapılmadığı için birikmiş basit idari işlerin muameleye tabi tutulması bir aydan daha fazla süre alır. Bunun yanında mahkemeler, başvuranlar sigortalı olmamış halde iken, sigortalayanları boş şeylerle vakit geçirmeye cesaretlendirmek istemezler. O itibarla, culpa in contrahendo doktrininin münasip yorumu, sigortalayan kusurlu olarak, başvuran şahsa bağlayıcı bir sözleşme hatalı görünümü verdiğinde görülür.

11-11-11