



T.C.
ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

SAVUNMA SANAYİİNDEKİ
ULUSLARARASI TİCARİ SÖZLEŞME
MÜZAKELERİNDEN DOĞAN YÜKÜMLÜLÜKLERE
AYKIRILIK

Yüksek Lisans Tezi

Büşra Nur TİRE
195419003

Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı

Ocak 2023



T.C.

**ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**SAVUNMA SANAYİİNDEKİ
ULUSLARARASI TİCARİ SÖZLEŞME
MÜZAKERELERİNDEN DOĞAN YÜKÜMLÜLÜKLERE
AYKIRILIK**

Yüksek Lisans Tezi

Büşra Nur TİRE

195419003

Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı

Tez Danışmanı:

Doç. Dr. Erman BENLİ

Ocak 2023



T.C.
ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



TEZ ONAYI

Enstitümüzün Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı 195419003 numaralı öğrencisi Büşra Nur TİRE'nin hazırladığı “Savunma Sanayiindeki Uluslararası Ticari Sözleşmelerin Müzakerelerinden Doğan Yükümlülükler Aykırılık” başlıklı tezi ile ilgili tez savunma sınavı, Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nin ilgili maddeleri gereğince / / günü saat ...:....'da yapılmış, tezin onayına oy birliği/oy çokluğu ile karar verilmiştir.

Başkan : Doç. Dr. Erman BENLİ

Jüri Üyesi : Dr. Öğr. Üyesi Belkıs VURAL ÇELENK

Jüri Üyesi : Dr. Öğr. Üyesi Merve Ayşegül KULULAR İBRAHİM

ONAY:

Bu tezin kabulü, Enstitü Yönetim Kurulu'nun / / tarih ve sayılı Enstitü Yönetim Kurulu Kararı ile onaylanmıştır.

..... / /

Doç. Dr. Murat BAYAR

Müdür

ÖNSÖZ

Savunma Sanayiindeki Uluslararası Ticari Sözleşme Müzakerelerinden Doğan Yükümlülüklerle Aykırılık isimli bu çalışma, pratik hukukta sıklıkla karşılaşılan fakat hukuk teorisinde yeterli düzeyde çalışmalara konu edilmeyen Savunma Sanayii Hukuku'na katkı sağlaması amacıyla hazırlanmıştır. Bu çalışmanın hazırlanması aşamasında pratik hukukta sıklıkla karşılaşılan sözleşme süreçleri, özellikle özel hukuk tüzel kişileri arasında akdedilen uluslararası ticari sözleşmelerin müzakere süreçleri hukuki bakış açısı ile incelenerek uygulamada karşılaşılan veya karşılaşılmaması öngörülen uyuşmazlıklar ile bunların kaynakları incelenmiştir. Bu alandaki uyuşmazlıkların pek çoğunun kaynağının müzakere sürecinde tarafların temel hukuki yükümlülüklerine aykırı davranmasından ve çoğunlukla bu aykırılıkların hukuki yaptırıma tâbi tutulmamasından, uyuşmazlıkların genellikle bir tarafın tamamen aleyhine olacak şekilde hukuki inceleme ve değerlendirme yapılmaksızın görmezden gelinmesinden kaynaklandığı görülmüştür. Bu sebeple öngörülen uyuşmazlıkların önlenebilmesine, meydana gelen uyuşmazlıkların hukuken nitelendirilebilmesine ve tespit edilen uyuşmazlıkların hukuki yollarla çözüme kavuşturulabilmesine öncülük etmesi amacıyla bu çalışma hazırlanmıştır.

TEŞEKKÜR

Bu çalışmanın konusunun tespiti ve sınırlandırılmasından başlamak üzere çalışmanın her aşamasında kıymetli değerlendirme ve görüşlerini eksik etmeyerek çalışmanın ortaya çıkmasında büyük emeği olan kıymetli ve saygıdeğer tez danışmanım Doç. Dr. Erman BENLİ'ye ve tez jürisinde yer alarak değerli katkılarını sunan kıymetli hocalarım Dr. Öğr. Üyesi Belkıs VURAL ÇELENK'e ve Dr. Öğr. Üyesi Merve Ayşegül KULULAR İBRAHİM'e teşekkürlerimi sunarım.

Çalışmanın hazırlanması aşamasında her türlü desteği ile yanımda olan ve beni yetiştiren kıymetli annem Zehra TİRE ve babam Mevlüt TİRE'ye, kıymetli ablam Hâkim Elif Tuğba YURTSEVER'e, dostlarıma, çalışmanın hazırlanması aşamasında desteklerini esirgemeyen saygıdeğer üstatlarım Av. Anıl BEŞİR ve Av. Hüseyin KAYA başta olmak üzere kıymetli büyüklerime ve çalışma arkadaşlarıma teşekkürlerimi sunarım.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	i
TEŞEKKÜR	ii
ÖZET	vi
ABSTRACT.....	vii
KISALTLAMALAR.....	viii
GİRİŞ VE KONUNUN SINIRLANDIRILMASI	1

BÖLÜM 1: TEMEL KAVRAMLAR VE YÖNTEM

1.1. TEMEL KAVRAMLAR	8
1.1.1. Savunma Sanayii	8
1.1.1.1 Savunma ve Savunma Sanayii Kavramları	8
1.1.1.2. Savunma Sanayiinin Özellikleri	13
1.1.1.3. Savunma Sanayiinin Türkiye’deki Tarihsel Gelişimi	15
1.1.2. Uluslararası Ticaret ve Uluslararası Ticari Sözleşme Kavramları	19
1.1.3. Sözleşme Müzakeresi.....	26
1.2. YÖNTEM	35

BÖLÜM 2: SAVUNMA SANAYİİNDEKİ ULUSLARARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERİN MÜZAKERESİ

2.1. GENEL OLARAK SAVUNMA SANAYİİNDEKİ ULUSLARARASI TİCARİ SÖZLEŞMELER	37
2.2. SAVUNMA SANAYİİNDEKİ MÜZAKERE EDİLEBİLEN ULUSLARARASI TİCARİ SÖZLEŞMELER VE MÜZAKERE SÜRECİ.....	46
2.2.1. Savunma Sanayiinde Müzakere Edilen Uluslararası Ticari Sözleşmeler	47
2.2.2. Savunma Sanayiindeki Uluslararası Ticari Sözleşmelerin Müzakere Süreci ve Savunma Sanayiinde Karşılaşılan Müzakerelerin Devam Ettiği Süreçte Asıl Sözleşmenin İfasına Başlanması Hâli	50
2.2.3. Savunma Sanayiindeki Uluslararası Ticari Sözleşmelerin Müzakere Sürecinde Hazırlanan Metinler ve Bu Metinlerin Hukuki Nitelikleri.....	61
2.2.3.1. Belgeleri Hazırlayan Taraflar Bakımından	63

a. İhtiyaç Makamı (Sözleşme Alıcısı) Tarafından Hazırlanan Metinler	63
b. İstekli Tarafından Hazırlanan Metinler	70
c. Müşterek Olarak Hazırlanan Metinler	71
2.2.4. Savunma Sanayiindeki Uluslararası Ticari Sözleşmelerinin Müzakereleri ile Savunma Sanayii Alanındaki Ulusal Nitelikli Ticari Sözleşmelerinin Müzakerelerinin Karşılaştırılması	77
2.2.4.1. Savunma Sanayii Sözleşmelerinin Kendine Özgü Özellikleri Bakımından	77
2.2.4.2. Uluslararası Nitelik Bakımından	79
2.2.5. Savunma Sanayiindeki Uluslararası Ticari Sözleşmelerin Müzakereleri ile Diğer Alanlardaki Uluslararası Ticari Sözleşmelerin Müzakerelerinin Karşılaştırılması	80
2.2.5.1. Gizlilik ve Güvenlik Unsuru Yönünden	80
2.2.5.2. Güven Unsuru Yönünden	82
2.2.5.3. Stratejik ve Diplomatik Unsur Yönünden	83
2.2.5.4. Ekonomik Unsur Yönünden	85
2.3. DEĞERLENDİRME	85

BÖLÜM 3: SÖZLEŞME MÜZAKERELERİNDEN DOĞAN YÜKÜMLÜLÜKLER, YÜKÜMLÜLÜKLERE AYKIRILIĞIN YAPTIRIMLARI VE SÖZLEŞME MÜZAKERELERİNE UYGULANACAK HUKUK

3.1. SÖZLEŞME MÜZAKERELERİNDEN DOĞAN YÜKÜMLÜLÜKLER.....	90
3.1.1. Müzakere Sözleşmesinden veya Müzakere Sürecinde Hazırlanan Bağlayıcı Nitelikteki Metinlerden Doğan Yükümlülükler	91
3.1.2. Müzakere Sürecinde Müzakere Sözleşmesi Dışındaki Yükümlülükler	93
3.1.2.1. Ulusal Hukuktaki Düzenlemeler	95
3.1.2.2. Uluslararası Hukuk Metinlerinde Yer Alan Düzenlemeler	96
3.1.2.3. Dürüstlük Kuralına Uygun Müzakere Etme Yükümlülüğünün Somutlaştırılması ile Ortaya Çıkan Yükümlülükler	97
a. Sözleşme Akdetme Niyeti Olmaksızın Sözleşme Müzakerelerine Başlamama Yükümlülüğü	97
b. Sözleşme Müzakerelerini Dürüstlük Kuralına Aykırı Olarak ve Sebep Göstermeksizin Sona Erdirmeme Yükümlülüğü	98
c. Açıklama ve Bilgi Verme Yükümlülüğü	99
d. İfası İmkânsız Bir Edimin İfa Edileceği Yönünde Söz Vermeme ve Konusu İmkânsız Bir Sözleşmeyi Müzakere Etmeme Yükümlülüğü	101
e. Sözleşme Konusu İtibariyle Makul Olmayan Öneriler Sunmamak	102
f. Uygun Olmayan Müzakere Teknikleri Kullanmamak	103

g. Gizlilik ve Sır Saklama Yükümlülüğü	103
h. Koruma ve Özen Yükümlülüğü	104
3.2. YÜKÜMLÜLÜKLERE AYKIRILIĞIN YAPTIRIMI OLARAK SÖZLEŞME MÜZAKERELERİNDEKİ KUSURLU DAVRANIŞTAN SORUMLULUK.....	106
3.2.1. Sözleşme Müzakerelerindeki Kusurlu Davranıştan Sorumluluğun Hukuki Niteliği.....	112
3.2.2.1. Sözleşme Sorumluluğu Görüşü	112
3.2.2.2. Haksız Fiil Sorumluluğu Görüşü.....	113
3.2.2.3. Diğer Görüşler	114
3.2.2. Sözleşme Müzakerelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluğun Şartları	115
3.2.2.1. Müzakere İlişkisinin Varlığı.....	116
3.2.2.2. Hukuken Korunmaya Değer Bir Güvenin Varlığı.....	117
3.2.2.3. Müzakerelerden Doğan Bir Yükümlülüğün İhlali.....	119
3.2.2.4. Zarar	120
3.2.2.5. Kusur	122
3.2.2.6. İlliyet Bağı	124
3.2.3. Sözleşme Müzakerelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk Hâlinde Uygulanacak Yaptırım	125
3.2.4. Yükümlülükler Aykırılığın Asıl Sözleşmenin İfasına Etkisi	126
3.3. SÖZLEŞME MÜZAKERELERİNE UYGULANACAK HUKUK	130
3.4. DEĞERLENDİRME	137
SONUÇ	142
KAYNAKLAR	149
ÖZGEÇMİŞ	160

ÖZET

Savunma sanayii faaliyetlerinin giderek devletin tekelinden çıkması ve özel hukuk kişileri tarafından bu faaliyetlerin üstlenilmeye başlanması, bu alanda özel hukuk kişileri arasında özel hukuka tabi sözleşmelerin akdedilmesini yaygınlaştırmıştır. Savunma sanayiinin son teknoloji ile uyumlu olması gerekliliği ise bu alanda akdedilen uluslararası sözleşmelerin sayısını artırmıştır. Savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmelere doğrudan uygulanacak hükümlerin bulunmadığı günümüzde, bu sözleşmelerin müzakerelerine doğrudan uygulanacak hükümler de henüz varlık kazanmamıştır. Bu sebeple bu tür sözleşmeler ve bu sözleşmelerin müzakerelerine genel hükümler bu alanın özellikleri göz ardı edilerek doğrudan uygulanmakta veya taraflar arasındaki uyuşmazlıklar çoğunlukla bir tarafın tamamen aleyhine olacak şekilde herhangi bir hukuki incelemeden geçmeksizin sonuçlanmaktadır. Bu durum somut durum adaletini ve hakkaniyeti sağlamaktan uzaktır. Nitekim savunma sanayii sözleşmelerinin ve bu sözleşmelerin müzakerelerinin devletlerin savunması, güvenliği, diplomasisi ve uluslararası ilişkileri ile doğrudan ilgili olması sebebiyle kendine özgü özellikleri bulunmaktadır. Herhangi bir uyuşmazlık halinde bu özellikler göz önünde bulundurularak hukuki bir çözüme gidilmesi somut durum adaletini ve hakkaniyeti sağlamak için önem arz etmektedir. Somut durum adaletinin ve hakkaniyetin tesis edilmesi için savunma sanayiini, bu alandaki sözleşmeleri ve bu sözleşmelerin müzakere süreçlerini tanımlamak gerekmektedir. Bu sebeple müzakere aşamaları, bu süreçte taraflarca hazırlanan metinlerin hukuki niteliği ve bağlayıcılığı, diğer alanlardaki sözleşmelerin müzakereleri ile farklı yönleri, tarafların bu süreçte herhangi bir yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı hukuk sistemlerine göre karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Yükümlülükler aykırılığın yaptırımı noktasında sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan sorumluluk diğer adı ile *culpa in contrahendo* sorumluluğu incelenmiştir. *Culpa in contrahendo* sorumluluğu halinde uygulanacak olan hukuki yaptırımlar karşılaştırmalı olarak incelenmiş, son olarak tarafların yükümlülüklerini belirlemede önem arz eden müzakere sürecine uygulanacak hukukun tespiti ve tayini incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Savunma Sanayii, *Culpa in Contrahendo*, Uluslararası Ticari Sözleşme

ABSTRACT

As defense industry activities gradually came out of the monopoly of the governments and as these activities began to be undertaken by private law persons, contracts subject to private law among private law persons became more widespread in this field. The necessity of the defense industry to be compatible with the latest technology has also made the conclusion of international contracts in this field more widespread. As of today, there are no provisions to be applied directly to international commercial contracts in the defense industry, therefore the provisions to be applied directly to the negotiations of these contracts are yet to exist. For this reason, the general provisions are applied to such contracts and the negotiations of these contracts by ignoring the characteristics of this field, or the disputes between the parties are concluded without going through any legal process leading to the complete disadvantage of one party. This situation is far from providing concrete justice and fairness. As a matter of fact, since the defense industry contracts and the negotiations of these contracts are directly related to security, diplomacy, and international relations of the governments, they have some unique features. In case of any dispute, it is important to reach a legal solution by considering these features in order to ensure the justice and fairness of the concrete situation. In order to ensure concrete situation justice and equity, it is necessary to define the defense industry, the contracts in this field and the negotiation processes of these contracts. For this reason, the stages of negotiation, the legal nature and bindingness of the texts prepared by the parties in this process, the negotiation, and different aspects of the contracts in other fields, and whether the parties had any obligations in this process were comparatively examined according to the legal systems. Liability for faulty behavior in contract negotiations, also known as *culpa in contrahendo* liability, has been examined to the point of sanctioning the breach of obligations. The legal sanctions to be applied in case of *culpa in contrahendo* liability have been examined comparatively, and finally, the determination of the law to be applied to the negotiation process, which is important in determining the obligations of the parties, has been examined.

Key Words: Defense Industry, *Culpa in Contrahendo*, International Commercial Contracts

KISALTLAMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
a.g.e	: Adı geçen eser
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ar -Ge	: Araştırma Geliştirme
Art.	: Article
BGE	: Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes
bkz	: Bakınız
C.	: Cilt
COTS	: Commercial Off the Shelf
Çev.	: Çeviren
EC	: European Council
DFARS	: Defense Federal Acquisition Regulation Supplement
dpn.	: Dipnot
E.	: Esas
E.T.	: Erişim tarihi
GSÜ	: Galatasaray Üniversitesi
HD	: Hukuk Dairesi
K.	: Karar
m.	: Madde
MÖHUK	: 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun

NATO	: North Atlantic Treaty Organization
p.	: Part
RFI	: Request for Information
RFP	: Request for Proposal
SBE	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
s.	: Sayı
sf.	: Sayfa
SSB	: Savunma Sanayii Başkanlığı
STANAG	: Standardization Agreement
T.	: Tarih
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4271 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
UNCITRAL	: Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu
UNIDROIT	: International Institute for the Unification of Private Law
vd.	: Ve devamı
Vol.	: Volume
Y.	: Yargıtay

GİRİŞ VE KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Modern devletlerde, devletin iç ve dış tehditlere karşı savunulması, içeriden ve dışarıdan gelebilecek tehditlerin önlenmesi ve devletin varlığı ile bütünlüğüne gelebilecek her türlü saldırının öngörülmesi, devletin örgütlü yapısı içinde yer alan savunma organları aracılığı ile yürütülmektedir. Diğer bir deyişle, devletin savunması, devlet örgütlenmesi içinde yer almayan özel hukuk tüzel kişileri ve/veya gerçek kişilerine bırakılmamaktadır. Bunun doğal bir sonucu olarak, devlet örgütlenmesi içinde devletin kontrolü altında ve tekelinde, savunma için gerekli ürün, sistem ve yazılımların üretilmekte, geliştirilmekte, savunmaya yönelik hizmetler sunulmakta, ithalat ve ihracat yapılmaktadır. Savunma sanayiinin devletin tekelinde olması, tarihsel sürecin başlangıcında bu sektördeki tüm iş ve işlemlerin devlet örgütlenmesi içinde sürdürülmesini gerekli kılmakta ise de zaman içinde savunma sanayii faaliyetleri yine devlet örgütlenmesinin kontrolü altında özel hukuk kişileri tarafından sağlanmaya başlanmıştır. Bu minvalde, savunma sanayii faaliyetlerinin yürütülmesi maksadıyla özel hukuk tüzel kişilikleri kurulmaya, yine uluslararası ticari sözleşmeler vasıtasıyla savunma sanayii ürün ve hizmetleri ithalat ve ihracata konu edilmeye başlanmıştır.

Modern devlet teorisinin değişmesi, ilerlemesi ve post – modern teoriye yakınlaşması neticesinde, savunmanın bir kısmının özel hukuk kişilerine ve özellikle savunma şirketlerine devredilmeye başlandığı da yakın tarihten itibaren görülmeye başlanmıştır. Bu durum savunma faaliyetlerinin tamamen özel hukuk kişileri tarafından yürütülmesi neticesini henüz doğurmamış ise de yakın bir gelecekte bu neticeye ulaşılacağı tahmin edilmektedir.

Savunma sanayii faaliyetlerinin bir kısmının modern devlet yapısı içinde özel hukuk kişilerine devredilmesi ile birlikte edim konusu savunma sanayii faaliyetlerinden müteşekkil özel hukuk sözleşmeleri de artış göstermiştir. Günümüzde bu sözleşmeler ülke hukukuna tâbi özel hukuk kişileri ile akdedildiği gibi, yabancı ülke hukukuna tâbi yabancı özel hukuk tüzel kişileri ile yaygın olarak akdedilmektedir.

Savunma sanayii faaliyetleri, uygulamadan görüldüğü üzere birden çok sözleşmeden oluşan projeler ile yürütülmektedir. Bu projelerde yer alan sözleşmeler,

bağlamsal olarak aynı amaca hizmet etmekte ise de esas itibariyle her biri birbirinden bağımsız hukuki varlığı ve geçerliliği olan sözleşmelerdir. Bu sebeple, tek bir proje bağlamında tarafları, konuları, edimleri farklı olan birden çok hukuki ilişki meydana gelmektedir. Bu hukuki ilişkiler çoğunlukla özel hukukun inceleme alanında yer almaktadır.

Ülkemizde, savunma sanayii faaliyetleri başta Cumhurbaşkanlığı'na bağlı Savunma Sanayii Başkanlığı olmak üzere İç İşleri Bakanlığı ve Millî Savunma Bakanlığı tarafından yürütülmektedir. Savunma sanayii projelerinde çoğunlukla son alıcı olarak sözleşmeleri akdetme görevi Savunma Sanayii Başkanlığı'na bırakılmıştır. Savunma Sanayii Başkanlığı tarafından yapılan savunma sanayii alımları ile savunma sanayii faaliyetlerine ilişkin sözleşmeler, doğrudan devletin güvenliğini ilgilendirdiği gerekçesiyle Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nu kapsamı dışında bırakılarak Cumhurbaşkanlığı Kararları ile düzenlenmiştir. Savunma Sanayii Başkanlığı tarafından yapılan alımlar, 3373 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı, İç İşleri Bakanlığı tarafından yapılan alımlar 758 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı, Millî Savunma Bakanlığı tarafından yapılan alımlar 1548 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler, ülke içinden yapılan doğrudan alımlara yönelik olup, alt yüklenicilik sözleşmeleri bağlamında özel hukuk kişileri arasında akdedilen uluslararası nitelikli savunma sanayii sözleşmelerine doğrudan uygulanabilecek düzenlemeler içermemektedir. Bu sebeple savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmelerin müzakerelerinin bu alanın özellikleri göz önünde bulundurulmaksızın genel hükümlerin doğrudan uygulanması veya önceki süreçlerden elde edilen tecrübeler çerçevesinde devam ettirilmesi uygulamada birbirinden farklı sorunları da beraberinde getirmektedir. Özellikle taraflar arasında herhangi bir uyuşmazlığın doğması halinde, bu uyuşmazlığın hukuken nitelendirilmesi, uyuşmazlığa uygulanacak mevzuatın ve hukuka aykırılıkların yaptırımının tespit edilmesi noktasında zorluklar ortaya çıkmaktadır. Çünkü uyuşmazlığa konu olan sözleşme, bir yönüyle özel hukuk kişileri ile akdedilen bir sözleşme iken, diğer taraftan konusu devletin savunmasını ilgilendiren, gizlilik, güvenlik, güven, stratejik, diplomatik ve ekonomik unsurlar yönünden diğer özel hukuk sözleşmelerinden ayrılan bir sözleşme niteliği taşımaktadır. Dolayısıyla, genel hükümlerin doğrudan uygulanması, bu alana özgü özelliklerin göz ardı edilmesine ve somut olay adaletinin ve hakkaniyetin tam olarak tesis edilememesine neden olmaktadır.

Savunma sanayiindeki sözleşmelerin müzakereleri aylar ve hatta yıllar boyu devam etmekte, bu süreçte taraflar karşılıklı olarak bilgi ve belge alışverişinde bulunmakta, böylelikle müzakerenin tarafları arasında sosyal ve hukuki bir ilişki meydana gelmektedir. Ayrıca savunma sanayii sözleşmelerinin kendine özgü özellikleri müzakere sürecinde de kendini göstermekte ve bu sebeple müzakere sürecinde ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde de belirsizlik gündeme gelmektedir. Hatta uygulamadan elde edilen verilere göre savunma sanayii sektörünün kendi içinde dar bir sektör olması, bu alanda faaliyet gösteren özel hukuk kişilerinin diğer sektörlerle nazaran az olması ve nihai alıcının Savunma Sanayii Başkanlığı olması neticesinde, uyuşmazlıklar genellikle taraflardan birinin tamamen aleyhine olacak şekilde hukuki bir çözüme kavuşturulmaksızın sonlandırılmaktadır. Ülkemizde her ne kadar sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluk ayrı bir kanuni düzenleme ile kabul edilmemiş ise de doktrin ve yargı içtihadı ile dürüstlük kuralının sözleşme müzakerelerinde uygulama alanı bulduğu kabul edilmektedir. Savunma sanayii sözleşmelerinin müzakerelerine doğrudan uygulanan bir mevzuat yahut içtihadın bulunmaması genel hükümlerde yer alan dürüstlük kuralının uygulanmasının mümkün olup olmadığı, dürüstlük kuralının uygulanmasının mümkün olması halinde sektörün kendine özgü özellikleri sebebiyle dürüstlük kuralının görünüm biçimleri ve uygulama noktalarının incelenmesini gerekli kılmaktadır.

Savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmeler doğrudan devlet örgütlenmelerindeki kamu kurum ve kuruluşları arasında akdedilebileceği gibi, tabiiyetleri farklı olan farklı özel hukuk kişileri arasında da akdedilebilmektedir. Uygulamada özellikle bir proje kapsamındaki alt yüklenicilik sözleşmelerinin farklı tabiiyetlerdeki özel hukuk tüzel kişileri arasında yaygın olarak akdedildiği, bir başka deyişle savunma sanayii ürün ve hizmetlerinin ithalat ve ihracata konu edildiği görülmektedir. Ulusal nitelikli savunma sanayii sözleşmelerinin müzakerelerinin uzun olduğu noktada aynı sektördeki uluslararası nitelikli sözleşmelerin müzakerelerinin daha uzun bir sürece yayılması kaçınılmazdır. Bunun temel sebepleri tarafların farklı ülke hukuklarına tâbi olması, bir araya gelmelerinin daha zor olması ve uluslararası alandaki diplomatik unsurların sözleşmelerin müzakerelerini doğrudan etkileyebilecek nitelikte olmasıdır. Tarafları özel hukuk kişileri olan uluslararası sözleşmelerdeki bu müzakere süreci de tarafları arasında sosyal ve hukuki bir ilişki meydana getirmekte, bu ilişki

sözleşmenin akdedilmesine veya akdedilemeyeceği noktasında tarafların mutabakata varmasına kadar devam etmektedir. Müzakere sürecinin uzun olması, sektörün kendine özgü özellikleri ve uluslararası nitelikte olması bu sürecin karmaşık yapısını kuvvetlendirmektedir. İşte diğer sektörlerle nazaran daha karmaşık yapılı bir süreçte taraflar arasında uyuşmazlık meydana gelmesi halinde uygulanacak hükümlerin tespit edilebilmesi, genel hükümlerin uygulama alanı bulup bulmayacağıının incelenmesi amacıyla bu çalışma hazırlanmıştır. Bu çalışmada esas itibariyle ulusal nitelikli savunma sanayii sözleşmeleri karşılaştırmalar haricinde incelenme konusunun dışında bırakılmış, çalışmada sadece uluslararası nitelikli ve tarafları özel hukuk kişileri olan savunma sanayii sözleşmeleri incelenmiştir. Yukarıda bahsedilen Cumhurbaşkanlığı Kararları hükümleri, uluslararası sözleşmede doğrudan uygulama alanı bulmadığı ve kapsam itibariyle ulusal nitelikli sözleşmenin çalışmanın kapsamında yer almaması sebebiyle incelenmemiştir. Bununla birlikte savunma sanayii terminolojisine başvuru hallerinde genel hükümlerde bir düzenleme bulunmaması sebebiyle bu Kararlarda yer alan tanımlardan faydalanılmıştır.

Müzakere sürecine uygulanacak hükümlerin tespit edilmesinden sonra tarafların müzakere sürecindeki yükümlülüklerinin bulunup bulunmadığının incelenmesi gerekmektedir. Müzakere sürecine uygulanacak hukukta, sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun açık veya örtülü olarak kabul edilmesi halinde, tarafların müzakereleri dürüstlük kuralına uygun yürütmek başta olmak üzere sözleşme akdetmek amacıyla bir araya gelmesi sebebiyle birtakım yükümlülükleri doğmaktadır. Müzakere sürecinin ilerlemesi ile bu yükümlülüklerin sayısı artmaktadır. Bu sebeple, öncelikle savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmelerin türlerinin ve bu türler arasında müzakere edilebilir nitelikteki sözleşmelerin tespit edilmesi gerekmektedir. Esas itibariyle, savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmelerin birçoğunun müzakere edilebildiği, ancak tarafların birbirini yakından tanıyor olması ya da hazır alım hallerinde müzakere edilmeksizin sözleşme akdedildiği tespit edilmiştir. Müzakere edilebilir sözleşmelerin müzakere süreçlerinin tespiti noktasında ülkemizde uygulanan Cumhurbaşkanlığı Kararları, bu düzenlemelerin doğrudan uluslararası özel hukuk sözleşmelerine uygulanmasına imkân veren yansıtma hükümleri içermemesi sebebiyle esas alınmamıştır. Bununla birlikte DFARS düzenlemelerinde bu hükümlerin uluslararası alımlarda da uygulanacağına ilişkin yansıtma hükmünün bulunması sebebiyle özellikle

müzakere süreçlerinin tespitinde bu düzenlemeler dikkate alınmış, bu düzenlemelerin yanında uygulamadan elde edilen veriler de ikincil veri analizi kapsamında çalışmada kullanılmıştır.

Müzakere süreçlerinin tespiti ile birlikte bu süreçlerde tarafların biri veya her ikisi tarafından birlikte hazırlanan metinlerin tarafları açısından hukuken bağlayıcı olup olmadığı ve hukuki nitelikleri incelenmiştir. Bu metinler esas itibariyle diğer sektörlerdeki uluslararası ticari sözleşmelerin müzakerelerinde hazırlanan metinler ile paralellik göstermekle birlikte özellikle metinlerin bağlayıcı olup olmadığı ve taraflara yükümlülük yükleyip yüklediği diğer sektörlerdeki uluslararası ticari sözleşmelerden farklılıklar göstermektedir. Bu farklılıkların yanında, savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmeler ile diğer sektörlerdeki uluslararası ticari sözleşmelerin müzakereleri arasında başkaca farklılıklar bulunmaktadır. Bu farklılıkların temel sebebi, sektörün kendine özgü özelliklerinden kaynaklanmaktadır. Savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmeler ile ulusal nitelikli sözleşmelerin müzakereleri de özellikle uluslararası nitelik ve uygulanacak hukuk bakımından birbirinden farklılık arz etmektedir.

Müzakere süreçlerinin ve bu süreçlerde hazırlanan metinlerin tespiti, bu süreçlerde tarafların bu alana özgü yükümlülüklerinin bulunup bulunmadığı noktasında yol gösterici olmaktadır. Müzakere sürecine uygulanacak hukukta sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun açık veya örtülü olarak kabul edilmesi ise, bu süreçte tarafların dürüstlük kuralından kaynaklanan yükümlülüklerinin tespit edilmesinde önem arz etmektedir. Uygulanacak hukukta, sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluk kabul edilmiş ise bu sorumluluğun savunma sanayiindeki sözleşmeler açısından uygulama alanı bulup bulmadığının incelenmesi gerekmektedir. Bununla birlikte somut durum adaletinin ve hakkaniyetin sağlanması açısından dürüstlük kuralından kaynaklanan yükümlülüklerin bu alana özgü özelliklerden kaynaklanan yükümlülükler ile birlikte ele alınması önem arz etmektedir. Böylesi yükümlülüklerin varlığının tespiti ve bu yükümlülüklere kusurlu davranışla aykırılıkların meydana gelmesi halinde uygulanacak yaptırımlar, sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluk bir diğer adıyla *culpa in contrahendo* sorumluluğu bağlamında düzenlenmektedir. Bu sorumluluğun gündeme gelebilmesi için, yükümlülüklere aykırılığın varlığı yeterli olmamakta, bunun yanında bir

müzakere sürecinin varlığı, müzakere sürecinde hukuken korunmaya değer bir güvenin varlığı, yükümlülükler aykırılığın kusurlu davranışla gerçekleşmesi, yükümlülükler aykırılık neticesinde bir zararın meydana gelmiş olması ve kusurlu davranış ile zarar arasında uygun bir illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Bütün bu şartların sağlanması halinde ulusal hukuk düzenlemelerinde ve uluslararası hukuk düzenlemelerinde genel olarak menfi zararın tazmin edilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bununla birlikte, sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluk her hukuk sisteminde kabul edilmiş değildir. Anglo-Sakson hukuk sistemine mensup ülkelerde, sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranışlardan sorumluluğun kabul edilmediği, tarafların müzakere sürecinden kaynaklanan genel bir yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edilmektedir. Bununla birlikte, *culpa in contrahendo* sorumluluğu bu sisteme tamamen yabancı da değildir. Örneğin Amerikan hukukunda Restatement Second of Contract'ın 90. paragrafında yer alan *culpa in contrahendo* sorumluluğuna yaklaşan bir sorumluluk tipi olan "*promissory estoppel*" doktrini kabul edilmektedir. Bu doktrin aşağıdaki bölümlerde ayrıca incelenecek olmakla birlikte güven uyandıran haklı bir vaadin sahibini bağlaması olarak tanımlanmaktadır.

Müzakere sürecindeki yükümlülükler aykırılık, tarafları arasında geçerli bir sözleşme kurulmasına engel teşkil etmemektedir. Diğer bir ifadeyle, taraflar arasında akdedilmesi amaçlanan sözleşme akdedilmiş olsa dahi tarafların müzakere sürecindeki yükümlülüklerine aykırı davranışları nedeniyle uğradığı zararların tazminini talep etmesi mümkündür. Bu husus, çalışmanın hazırlanması aşaması ile eş zamanlı olarak takip edilen savunma sanayii sözleşmelerinin ve müzakerelerinin konu edildiği yargılama üzerinden incelenmiştir.

Sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun her hukuk sisteminde kabul edilmemesi, kabul edilen hukuk sistemlerinde ise birbirinden farklı şekilde nitelendirilmesi müzakere sürecine uygulanacak hukukun tespitini zorunlu kılmaktadır. Müzakere sürecine uygulanacak hukuk, Milletlerarası Özel Hukuk kuralları arasında yer alan kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edilmektedir. Kanunlar ihtilafı kurallarının belirlenmesinde doktrinde farklı görüşler bulunmakla birlikte genel olarak uyuşmazlığı inceleyen hâkimin hukukundaki kanunlar ihtilafı kurallarına göre uyuşmazlığa uygulanacak hukuk tespit edilmektedir. Türk Hukukuna göre sözleşme

müzakerelerine uygulanacak hukuk, kurulması amaçlanan sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte bazı hukuk sistemlerinde haksız fiil hallerine uygulanacak hukukun müzakere sürecine uygulanacağı kabul edilmektedir. Ulusal hukuk düzenlemelerinin yanında uluslararası hukuk metni olan Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Roma II Tüzüğü'nde sözleşme müzakerelerine uygulanacak hukuka yer verildiği için sözleşme müzakerelerine uygulanacak hukukun tespitinde ulusal hukuk düzenlemeleri ile Roma II Tüzüğü hükümleri incelenmiştir.



BÖLÜM 1

TEMEL KAVRAMLAR VE YÖNTEM

1.1. TEMEL KAVRAMLAR

Savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmelerin müzakerelerinin incelenmesinden önce, konunun temellerini teşkil eden kavramların açıklanmasında fayda görülmektedir. Öncelikle, savunma sanayii kavramı farklı disiplinler açısından ele alınacak ve uluslararası ticari sözleşmelere konu edilmesi tarihsel olarak incelenecektir. Ardından, uluslararası ticari sözleşme kavramı; sözleşme, ticaret ve uluslararası nitelikleri bakımından ele alınacaktır. Uluslararası ticari sözleşme kavramı incelendikten sonra, müzakere kavramı ve sözleşme müzakeresi kavramının yapısal özellikleri irdelenerek temel kavramların bir bütün olarak izahı tamamlanacaktır.

1.1.1. Savunma Sanayii

1.1.1.1 Savunma ve Savunma Sanayii Kavramları

Savunma sanayii kavramı, akademik olarak birden çok disiplinde incelenmekte ve farklı açılardan tanımlanmaktadır. Söz konusu tanımlara yer verilmekle birlikte, bu çalışma açısından konunun sınırlandırılabilmesi için söz konusu kavramın temel olarak hukuk disiplini açısından incelenmesi gerekmektedir.

Savunma, TDK'ya göre “*saldırıya karşı koyma, müdafaa*” olarak tanımlanmaktadır. Güvenlik ile yakından ilişkili olan savunmanın ilk insanlardan bugüne yeme, içme, barınma gibi temel ihtiyaçlar arasında aldığı kabul edilmektedir.¹ Bununla birlikte, 1789 Fransız İhtilali'nden bu yana devletlerin modernleşmesi ve modern devlette egemenlik kavramının devletin ayrılmaz bir parçası olması karşısında savunma, bir devletin egemenlik haklarının, sınırlarının ve vatandaşlarının, egemenlik hakkına sahip olan bir diğer devletten ve her türlü tehditten korunması, egemenliğin ve güvenliğin

¹ TOPAL, B.G. (2019). *TÜRK SAVUNMA SANAYİİNİN KOBİ'LERİN GELİŞİMİNE ETKİSİ: KÜMELENME ÖRNEKLERİ*, İTÜ SBE Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, s. 3.

devamının sağlanması anlamına gelmektedir.² Çünkü bir toplumda egemenlik örgütlenmesinin ön şartı, diğer tüm egemenlik iddia ve taleplerinin reddini gerekli kılmaktadır.³ Bir başka yönüyle, halkın refahını ve güvenliğini sağlama iddiasında olan⁴ modern devletlerde güvenlik ihtiyacının ortaya çıkması ile paralel olarak gelişim gösteren savunma ve savunma sanayii, zamanı, yeri ve şiddeti belirli olmayan her türlü egemenlik ihlaline karşı bugünden önlem alınması anlamını taşımaktadır.⁵ Bu tanımlardan yola çıkarak geniş anlamda savunmanın, mevcut tehlike ve saldırıların yanı sıra saldırı tehditlerini tespit etme ve bunlara karşı önlem alma olarak tanımlanması mümkündür. Savunma ve bu alanda sunulan hizmetler modern devlet kuramının doğal bir uzantısı olarak devlet tarafından sunulan bir hizmet türü olarak kabul edilmektedir.⁶ Bununla birlikte, özellikle Soğuk Savaş Dönemi ve sonrasında ekonominin küreselleşmesine bağlı olarak güvenlik ve savunma hizmeti veren ulusal ve uluslararası şirketlerin yaygınlaşması neticesinde savunma hizmetinin yalnız devletler tarafından verilmediği, devletlerin güdümünde olsalar dahi büyük ölçekli firmaların da bu hizmetin sağlanmasında etkin olarak yer aldıkları ve bu firmaların devletler tarafından desteklendikleri görülmektedir.⁷ Bu çerçevede savunma sanayii sözleşmelerinde devlet otoritelerinin yanı sıra sözleşmelerin niteliğine göre alıcı, iş sahibi, vekâlet veren, tedarikçi, danışman veya üretici olarak yer alabilen özel hukuk tüzel kişilerinin ya da gerçek kişilerin varlığı değerlendirildiğinde savunma hizmetinin sadece devletlerin tekelinde olmadığı kabulü gerekmektedir.⁸

Devlet örgütlenmesinin sistemli hale gelmesi ve belirli düzeyde entegrasyonu gerektirmesine bağlı olarak, savunma da örgütlü hale gelmektedir. Devletin askeri gücü

² BARAN, T. (2018). *TÜRKİYE'DE SAVUNMA SANAYİ SEKTÖRÜNÜN İNCELENMESİ VE SAVUNMA SANAYİ SEKTÖRÜ HARCAMALARININ EKONOMİ ÜZERİNDEKİ ETKİLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ*, Uluslararası İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, 4 (2), 58-81. DOI: 10.29131/uiibd.429369, sf. 58.

³ ZENGİN, R. (2010) *SAVUNMA SANAYİNİN GELİŞİMİ VE TÜRKİYE'DE SAVUNMA HARCAMALARININ EKONOMİK ETKİLERİ*. SDÜ SBE Maliye Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, sf. 4.

⁴ TOPÇUOĞLU, H. (1984). *DEVLET VE DEMOKRASİ, HUKUK SOSYOLOJİSİ DERSLERİ*, Ankara, sf. 19.

⁵ ZENGİN, sf. 4.

⁶ BARAN, sf. 58.

⁷ BEYOĞLU, B.E. (2006), *TÜRK SAVUNMA SEKTÖRÜNÜN YAPISAL ANALİZİ VE SANAYİLEŞME MODELİ ÖNERİSİ*, Kara Harp Okulu Savunma Bilimleri Enstitüsü Savunma Yönetimi Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara, sf. 3.

⁸ DEMİRBAŞ, H. (2021). *SAVUNMA SANAYİİ SÖZLEŞMELERİ*, İstanbul, sf. 12.

ileri düzeyde gizli ve son teknoloji ile kuvvetlendirilmekte,⁹ savunma devletin askeri gücünün yanı sıra ekonomik ve teknolojik gücü ile birlikte değerlendirilmektedir. Sonuç olarak, savunmanın örgütlü hale gelmesi, bağımsız bir sanayi kolunun oluşumunu zaruri kılmaktadır. Bu nedenle, savunma sanayii, devletin teşkilatlanmasında diğer sanayi kollarından ayrı ve bağımsız olarak yer almaktadır. Savunma sanayii ayrı bir sanayi kolu olarak varlığını sürdürmekte ise de, tanımının yapılmasında askeri güç ve diğer sanayi kollarından faydalanılmaktadır. Bu nedenle, savunma sanayii ilk olarak bir devletin askeri kuvvetleri için gerekli olan stratejik, savunma ve taarruza yönelik amaçlar doğrultusunda silah ve teçhizat sistemlerini tasarlayan, geliştiren ve üreten, diğer sanayi kolları ile de yakın etkileşim içerisinde bulunan teşebbüsler olarak tanımlanmaktadır.¹⁰ Odak noktası askeri güç olan bir başka tanıma göre savunma sanayii, devletlerin güvenlik ve savunmasını sağlayan askeri gücün teknik - stratejik sistemleri ve unsurlarını, donanım ile ilgili teçhizatları planlayan, tasarımını yapan, üretimini gerçekleştiren, gelişim süreçlerini yürüten, kamu ile özel sanayi alanları ve diğer ekonomik unsurlar ile bir arada olan, özel kuruluşlar ile kamu kurum ve kuruluşlarından müteşekkil yapı olarak ifade edilmektedir.¹¹ Bir başka tanıma göre, kalıcı barışın sağlanması amacıyla devletlerin silahlı kuvvetlerinin olası bir saldırıya veya tehdide her an hazır olmasını sağlayan stratejileri geliştiren ve diğer sanayii kolları ile işbirliği içinde olan şirketler ve imalat tesislerinin bütününe savunma sanayii denilmektedir.¹²

Savunma sanayiinin yalnızca askeri güçten yola çıkılarak tanımlanması yeterli görülmemekte, askeri gücün yanında ekonomi ve diğer sanayi kolları ile ilişkisi bakımından çeşitli tanımlar yapılmaktadır. Bu bağlamda, savunma sanayii bir devletin savunma sistemleri için ihtiyacı olan tüm ürünlerin imalatı ile verilecek hizmetin planlanması ve genel sanayi kolları içinde diğer iş kolları ile ilişkisi olan bir oluşum

⁹ SEVİNÇ, S. (2020) *DÜNYA' DA VE TÜRKİYE'DE SAVUNMA SANAYİİ VE SAVUNMA HARCAMALARININ MAKROEKONOMİK ETKİLERİNİN AMPİRİK ANALİZİ: TÜRKİYE ÖRNEĞİ*, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İktisat Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Kahramanmaraş, sf. 1

¹⁰ ÖZLÜ, H.: *TÜRKİYE'DE SAVUNMA SANAYİ GELİŞİM TARİHİ İÇİNDE MAKİNE VE KİMYA ENDÜSTRİSİ KURUMUNUN KURULUŞ DÖNEMİ FAALİYETLERİNİN ANALİZİ*, Savunma Bilimleri Dergisi The Journal of Defense Sciences Mayıs/May 2019, Cilt/Volume 18, Sayı/Issue 1. ISSN (Basılı) : 1303-6831 ISSN (Online): 2148-1776, sf. 179.

¹¹ ŞİMŞEK, M. (1989). *ÜÇÜNCÜ DÜNYA ÜLKELERİNDE VE TÜRKİYE'DE SAVUNMA*. Ankara, sf. 10; TOPAL, sf. 5.

¹² ZENGİN, sf. 4

olarak tanımlanmaktadır.¹³ Savunma sanayiinin genel sanayiden soyutlanamayacağını vurgulayan bir başka tanıma göre savunma sanayii, devletin savunulmasında ve güvenliğin sağlanmasında gerekli her türlü askeri ekipmanın üretimi ile bunların bakımının üstlenildiği ve genellikle üretim kollarının bütün bölümlerinde yer alan sanayii kolu olarak tanımlanmaktadır.¹⁴ Savunma sanayiinin ülkemizdeki gelişiminde önemli yapıtaşlarından olan Makine Kimya Enstitüsü'ne göre de; savunma sanayii, diğer savaş araç ve vasıtalarının tamamının yerli sermaye ile üretilmesini amaç edinen ve ülkedeki diğer tüm sanayi kolları ile ilişkili bir organizasyon olarak tanımlanmaktadır.¹⁵ Savunma sanayiinin tanımlanmasında Harp Akademisi tarafından da askeri gücün yanında diğer sanayii kolları ile ilişki vurgulanmış ve savunma sanayiinin alt kolları örnek kabilinden sayılmıştır. Buna göre, savunma sanayii, çeşitli üretim sektörlerinden müteşekkil karmaşık bir sektördür. Bu sektörün; tanklar, zırhlı araçlar ve aksamı, havacılık ve uzay sanayii, askeri elektronik ve elektromekanik sanayii, gemi inşa sanayii, mühimmat, patlayıcı maddeler ve kimya sanayii, motorlu araç sanayii, optik ve elektro-optik sanayii, roket ve füze sistemleri, hafif ve ağır silah sanayii gibi ana alt başlıklardan oluştuğu belirtilmektedir.¹⁶ Savunma sanayiinin diğer sanayi kolları ile ilişkisinin temel alındığı bir başka tanımda ise savunma sanayiinin yatırım malları üreten, diğer sanayi kolları ile bağlantılı olan devlete ve özel müteşebbise ait şirketler olduğu belirtilmiştir.¹⁷ Bu son tanımdan da görüldüğü üzere, savunma sanayii, diğer sanayi kolları ile ilişkili olmasının bir sonucu olarak sadece devletin kontrolünde ve tekelinde olan bir faaliyet alanı olmayıp, özel hukukun konusunu teşkil edecek şekilde özel teşebbüslerin de yer aldığı bir faaliyet alanı olarak karşımıza çıkmaktadır.

Savunma sanayii, askeri güç ve diğer sanayi kolları çerçevesinde tanımlanmakla birlikte, konunun doğrudan devlet egemenliği ve özel hukuk ile ilişkili olması nedeniyle,

¹³ ÜLGER, F. (1997). *TÜRK SAVUNMA SANAYİ*, Ankara, sf. 4; BAYRAKTAR, S. (2019): *SAVUNMA SANAYİ VE SAVUNMA HARCAMALARININ MAKROEKONOMİK ETKİLERİ: TÜRKİYE ÖRNEĞİ*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İktisat Anabilim Dalı İktisat Politikası Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, sf. 5; SEVİNÇ, sf. 6.

¹⁴ ALNIAK, O.M. (2001). *SAVUNMA SANAYİ VE TEDARİK HAKKINDA DÜŞÜNCELER* (Yayın Numarası:2001/41). Ankara, sf. 57; BAYRAKTAR, sf. 5; SEVİNÇ, sf. 6.

¹⁵ MKE. (1978). *Harp Sanayinin Tanımı*, MKE Dergisi. S. 17-18. Yıl. 4: 14-15, sf. 14; BAYRAKTAR sf. 5.

¹⁶ Harp Akademileri Komutanlığı (1998). *TÜRK SİLAHLI KUVVETLERİ'NİN SAVUNMA SANAYİ YOLUYLA ÜLKE GELİŞİMİNE KATKISI*. İstanbul, sf. 71; BAYRAKTAR sf. 5.

¹⁷ ŞİMŞEK, M., (1989). *"ÜÇÜNCÜ DÜNYA ÜLKELERİNDE VE TÜRKİYE'DE SAVUNMA"*, Ankara, sf. 7; SEVİNÇ, sf. 6.

hukuki düzenlemelere konu edilmiştir. Aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacak olmakla birlikte, ülkemizde savunma sanayiinin tarihsel gelişiminde yerli üretime geçilmesi yönünde faaliyetlerin gösterilmeye başlanmasından sonra, bu alanda çıkarılan 3238 sayılı Savunma Sanayii İle İlgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun'da savunma sanayii kavramı kullanılmıştır. Bununla birlikte söz konusu Kanun'da kavramın tanımına yer verilmemiştir. Yine, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda savunma alanına ilişkin sözleşmelerden ve savunma sanayiinden bahsedilmiş ise de yine bu kavramın tanımına yer verilmemiştir. Bununla birlikte, 5202 sayılı Savunma Sanayii Güvenliği Kanunu'na dayalı olarak çıkarılan 04.06.2010 tarihli 27601 sayılı Savunma Sanayii Güvenliği Yönetmeliği'nin "Tanımlar" başlıklı maddesinde savunma sanayii "*Askeri amaçlarla kullanılabilecek nitelikteki bilgi, belge ve malzemeleri üretilip, bu kapsamda araştırma geliştirme yapan veya hizmet veren sanayi tesislerinin bütünü*" olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımda faaliyet yerine tesis ve işletme esas alınmıştır. Yine, 20.06.1998 tarihli 23378 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 98/11173 sayılı "Türk Savunma Sanayii Politikası ve Stratejisi Esasları" başlıklı Bakanlar Kurulu kararının "Tanımlar" başlıklı m.3'te savunma sanayii "*harp, silah, araç gereç ve mühimmatıyla bunların yedek parçalarını ve önemli girdilerini üreten sanayi tesislerinin bütünü*" olarak tanımlanmaktadır. Aynı Karar m.4'te, savunma sanayiinin özellikleri sayılarak savunma sanayiinin tanımı ilk maddeye nispeten genişletilmiştir. Söz konusu düzenlemelerde her ne kadar üretim, Ar – Ge veya hizmet sunumu faaliyetleri yerine işletme bazında bir tanım yapılmış ise de genel sanayii kolları içinde savunma sanayiini farklı kılan özelliklerin olduğu belirtilerek sayma yolu ile bir tanımlamaya gidildiği görülmektedir. Bu halde savunma sanayii hukuki düzenlemeler doğrultusunda, "*yüksek teknoloji ve ar – ge faaliyeti ile hassas üretim gerektiren, sürekliliğin sağlanması amacıyla dış pazarlara açık olan aynı zamanda gizliliği ve yüksek güvenliği gerektiren, yüksek yatırım ve nitelikli insan gücüne ihtiyaç duyan, tek alıcıya ve sınırlı ihtiyaca göre üretim yapılan sanayi kolu*" olarak tanımlanmaktadır. Savunma sanayii, rekabetçi piyasaya açık olması ile devralma ve ortaklık gibi konularda da, gerek ulusal gerekse uluslararası hukuki işlemlere vücut vermesi sebebiyle Rekabet Kurulu kararlarına da konu olmaktadır. Bu kararlarda, savunma sanayii "*Kara, hava, deniz ve uzayda kullanılmak üzere tasarlanan askeri silah ve sistemlerin üretimi, satışı ve satış sonrası*

hizmetleri kapsayan bir sektör” olarak tanımlanmaktadır.¹⁸ Rekabet Kurulu kararlarında yer alan daha geniş bir tanımda ise savunma sanayii “Askeri alanda her türlü stratejik ve taktik, saldırı ve savunmaya yönelik silah sistemleri ve askeri donanımları geliştiren, üreten, özellikle yatırım malları üreten sanayi kolları başta olmak üzere, diğer bütün ekonomik faaliyet alanları ile çok yakın bir işbirliği içerisinde olan özel ve kamu firmalı topluluğu” olarak tanımlanmaktadır.¹⁹

Askeri güç, diğer sanayii kolları ile ilişkisi ve hukuki metinlerde yer alan tanımlamalardan yola çıkarak savunma sanayiinin, devletin egemenliğinin her türlü saldırı ve tehditten korunması amacıyla askeri gücü yazılım, donanım ve teçhizat açısından destekleyen, bu alanda üretim faaliyeti ile yapım, bakım, onarım gibi hizmetleri sunan, ülke ekonomisinde yer alan diğer sanayii kolları ile doğrudan bağlantılı olmakla birlikte taşıdığı gizlilik, güvenlik, kamu ile özel teşebbüsü tek bünyede taşıması gibi özellikleri nedeniyle diğer sanayii kollarından ayrılan ülke ekonomisinde ve dış pazarında önemli ölçüde yer edinen, uluslararası ticarete konu edilmesi devlet tarafından desteklenen ve denetlenen organizasyon bütünü olarak tanımlanması mümkündür.

1.1.1.2. Savunma Sanayiinin Özellikleri

Savunma sanayii, her ne kadar diğer sanayii kolları ile yakından ilişkili olsa da diğer sanayii kollarından ayrılan birçok özelliğe sahiptir. Bu özelliklerinin başında, askeri alanda kullanılmasından kaynaklı olarak gizlilik, güvenilirlik, güvenlik ve amacın yüksek performans ile kalitenin sağlanması olması gelmektedir.²⁰ Bu sanayii ürünlerinin güçlü ve zayıf yönlerinin kullanıcıları dışında bilinmemesi, özelliklerinin gizli olması gerekmektedir. Yine, savunma sanayi ürünlerinin her an sorunsuz çalışacağından emin olunması gerekmekte, bilgi ve haberleşme sistemlerinin sürekli olarak güvende olması gerekmektedir. Son olarak, savunma sanayii ürünlerinin yenilenebilir ve sürdürülebilir

¹⁸ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Rekabet Kurulu Kararı, D.N.: 2019-2-10, K.S. 19-22/347-145 K.T.: 20.06.2019, Harris Case; D.N.: 2019-2-041, K.S.:20-01/7-4, K.T.: 02.01.2020.

¹⁹ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Rekabet Kurulu Kararı, D.N.: 2002-2-44, K.S.: 02-62/774-316, K.T.: 11.10.2002, (ASELSAN).

²⁰ BARAN, sf. 58-59.

olması gerekmektedir. Zira teknolojinin sürekli gelişmesi nedeniyle, bu ürünlerin mevcut hali ile kullanılması mümkün olmamaktadır.²¹

Savunma sanayiinin diğer bir özelliği, bu alanda nihai ve tek alıcının kamu otoriteleri olmasıdır. Nihai alıcının kamu otoriteleri olması, yatırımcılara ürünlerin satılması ve satılan ürünün bedelinin alınması garantisi vermekte ve teşvik sağlamaktadır. Böylelikle, savunma sanayiinin pazarı da buna göre şekillenmektedir. Öte yandan, teknolojinin gelişmesine bağlı olarak yoğun Ar-Ge faaliyeti yürütülmektedir. Ayrıca üretim, hizmet ve yönetim alanlarında uzman kişilerin varlığına ihtiyaç duyulmaktadır. Savunma sanayiindeki projelerin yönetiminde; yapılandırma, sistem mühendisliği, sözleşme yönetimi, maliyet ve performans denetimi, lojistik sistemi gibi çeşitli uygulama, kural ve yöntemlerin varlığı, her düzeydeki çalışanın özel ve sürekli eğitimini gerekli kılmaktadır.²²

Savunma sanayiinin rekabete açık bir sektördür. Çünkü bu alanda Ar-Ge faaliyetleri yoğun olarak yer almakta, nihai alıcıların kamu kurumu olması sebebiyle ihale yöntemi tercih edilmekte ve bu alanda faaliyet gösteren şirket ve endüstriyel oluşumlar diğer sektörlerle göre büyük bütçelidir.²³ Sektörün rekabete açık olması neticesinde, sektördeki birleşme ve devralma gibi işlemler Rekabet Kurulu kararlarına konu olmaktadır.

Savunma sanayiinin diğer bir özelliği, üretilen üründen kaynaklanmaktadır. Bu alanda üretilen ürünler, birden çok sanayii kolunu ilgilendirdiğinden; karmaşık yapılı, askeri alanda kullanılması sebebiyle uzun ömürlü ve ağır çevresel faktörlere dayanıklı²⁴, ulusal ve uluslararası düzeyde yüksek kalite standartlarını sağlaması zorunlu olan²⁵ ve tüm bu özellikleri nedeniyle orta ölçekli bir şirketin tek başına karşılamasına imkân

²¹ ÇAMLIKAYA, A. (2002), *SAVUNMA SANAYİİ ŞİRKET BİRLEŞMELERİNDE REKABET STRATEJİLER*, İTÜ Fen Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, sf. 13; CANBAY, Ş., (2010). *SAVUNMA HARCAMALARININ VE SAVUNMA SANAYİİNİN MAKRO EKONOMİK ETKİLERİ VE TÜRKİYE ÖRNEĞİ*, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İktisat Anabilim Dalı, Sakarya, sf. 7; SEVİNÇ, sf. 11-12;

²² SEVİNÇ, sf. 9; ZİYLAN, A., (2000). *"ULUSAL GÜVENLİK-EKONOMİ-TEKNOLOJİ İLİŞKİSİ ÜZERİNE. SAVUNMA SANAYİİ SEMPOZYUMU"*, sf. 44; ÇAMLIKAYA, sf. 14-15.

²³ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Rekabet Kurulu Kararı, Harris Case.

²⁴ CANBAY, sf.40.

²⁵ Milli Savunma Bakanlığı (MSB), (2007) Savunma Sanayi Dış İlişkiler Dairesi Başkanlığı, Erişim Adresi: <https://msb.gov.tr/SSD%C4%B0/icerik/savunma-sanayi-dis-iliskilerdairesi-baskanligi> Erişim Tarihi: 15.04.2021.

vermeyecek derecede yüksek maliyetli ürünlerdir.²⁶ Bu nedenle, savunma sanayii sektöründe faaliyet gösteren firmalarda ana yüklenici ve alt yüklenici firmalar olarak bir ayrıma gidilmekte, sektöre özgü ürünlerin üretilmesinde bu iki tür yüklenicilerdeki firmaların dikey ve yatay olarak işbirliği içine girdiği görülmektedir.²⁷

Savunma sanayiinde üretilen ürünlerin, sunulan hizmetin ve yürütülen projelerin yüksek maliyetli olması ve devletlerin nihai ve tek alıcı olmasından ötürü, savunma sanayii alanında faaliyet gösteren kuruluş ve firmalar da kendine özgü özelliklere sahiptir. Bu bağlamda, yüksek maliyetler, bu maliyetleri karşılayabilecek büyük firmaların varlığını gerektirmektedir. Öte yandan yapılandırma, proje yönetimi, sistem mühendisliği, sözleşme yönetimi, maliyet ve performans denetimi, lojistik sistemi gibi alt sektörleri içerisinde barındıran savunma sanayi projelerinin yürütülmesinde nitelikli kişilerin yetiştirilmesi ve bu kişilerin de savunma sanayi firmalarınca yetiştirilmesi önem taşımaktadır. Ayrıca, savunma sanayiindeki firmaların proje temelli olarak örgütlendiği gözlemlenmektedir. Nitekim, bu alanda üretimin ve hizmetin projeler temelinde verildiği, projelerin ise proje süresince çalışmak üzere oluşturulan proje yönetim ekipleri tarafından yürütüldüğü uygulamada görülmektedir.²⁸

1.1.1.3. Savunma Sanayiinin Türkiye'deki Tarihsel Gelişimi

Savunma sanayiinin tanımlanmasının ve özelliklerinin açıklanmasının devamında uluslararası ticari sözleşmelere konu edilmesinin açıklanabilmesi amacıyla Türkiye'de savunma sanayiinin gelişim aşamalarının incelenmesi önem taşımaktadır. Savunma sanayiinin gelişiminin tarihsel olarak incelenmesinde ilk ve temel ayrım Cumhuriyet öncesi dönem ve Cumhuriyet sonrası dönem olarak yapılmaktadır. Her ne kadar Cumhuriyetin kuruluşu ile birlikte günümüz savunma sanayiinin gelişimi ivme kazanmış ise de temelleri Osmanlı Devleti'ne dayanmaktadır. Osmanlı Devleti'nin savunma sanayii, dönemin adlandırması ile harp sanayii, 15. ve 16. yy.daki üstünlüğünü 17. yy sonlarına kadar korumuştur. ²⁹ Bu dönemde, harp sanayiinin merkezi olarak "Top

²⁶ GİRAY, F., (2004). *"SAVUNMA HARCAMALARI VE EKONOMİK BÜYÜME"*, Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, 5(1), sf.25; SEVİNÇ, sf.9; ÇAMLIKAYA, sf. 14-15.

²⁷ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Rekabet Kurulu Kararı, ASELSAN.

²⁸ SEVİNÇ, sf.11, ÇAMLIKAYA, sf. 15.

²⁹ AGOSTON G. (2012), *OSMANLI'DA STRATEJİ VE ASKERİ GÜÇ*, İstanbul, sf. 112; TETİK F., SOYLUER, S., *"SİLAH İTHALATI VE KARA HARP SANAYİ"*, *DÜNYA SAVAŞ TARİHİ - OSMANLI*

Asitanesi” kurulmuş ve devamında birçok silah ve mühimmat imalathanesi kurulmuştur. Ancak 18. yyda Avrupa’da başlayan sanayileşme ve seri üretim faaliyetleri, savunma sanayiinin gelişimini de önemli ölçüde etkilemiş, Osmanlı Devleti bu alanda geri plana düşmeye başlamıştır.³⁰ Bu gerilemenin sonucunda, savunma sanayiindeki eksiklikler Avrupa’dan yapılan ithalatlar ile giderilmeye çalışılmış, üretim ve hizmet faaliyetleri duraklamaya başlamış ve neredeyse durma noktasına gelmiştir. Esasında bu tarihten itibaren savunma sanayiinin uluslararası ticaretin konusu haline geldiğinin kabulü mümkündür. Ne var ki I. Dünya Savaşı döneminde savaşın aynı tarafında yer alan devletler birbirine savaşta kullanılabilecek ürünler satmamaya başlamış, bu durumdan Osmanlı Devleti olumsuz olarak etkilenmiş, birçok savunma sanayii ürününe ulaşamamıştır.³¹

Millî mücadelenin ve Türkiye Cumhuriyeti’nin kuruluşundan sonra, savunma sanayiinin gelişimi de kendi içinde birden çok evreye ayrılarak incelenmektedir. Bu evreler; 1923-1950, 1950-1974, 1974-1985, 1985-2006 ve 2006 sonrası olarak incelenmektedir.³² 1923’ten 1950’ye kadar olan dönemde, savunma sanayii topyekûn sanayileşme ve kalkınma hareketinin önemli bir parçası olarak kabul edilmiş ve bu doğrultuda ilk planlı dönemde savunma sanayiinin devlet eliyle geliştirilmesi öngörülmüş ve ulusallık politikası uygulanmıştır.³³ Bu dönemde, başta 1921 yılında Askeri Fabrikalar Genel Müdürlüğü’nün kuruluşu olmak üzere, özellikle silah-mühimmat ve havacılık sektörlerinde önemli girişimlerde bulunulmuştur. Her ne kadar ulusallık politikası bu döneme hâkim ise de, özellikle II. Dünya Savaşı’nın getirisi ile ABD Senatosu tarafından 11 Mart 1941’de kabul edilen Ödünç Verme ve Kiralama Kanunu (Lend – Lease Public Law 77-11) Türkiye’yi de etkilemiş, belirli silah ve mühimmat Birleşik Krallık eli ile

ASKERÎ TARİHİ, KARA, DENİZ VE HAVA KUVVETLERİ (1772-1918), İstanbul sf.119; ÖZLÜ, sf. 179-180.

³⁰ BARAN, sf.59; ÖZLÜ, sf. 180; TOPAL, sf. 26-30.

³¹ I. Dünya Savaşı esnasında telgraf makinesinin satın alınması için Almanya’ya başvuran Osmanlı Devleti, Almanya’nın ürünleri İngiltere’den ithal ettiğini belirtmesi karşısında İngiltere’nin savaşın karşı tarafında yer alması sebebiyle Danimarka ile görüşmelere başlamıştır. Danimarka’nın bu telgraf makinesini savaş teçhizatı olarak nitelendirmesi ve kendisini tarafsız ülke ilan etmesi neticesinde bu ürünün satın alımı yapılamamıştır. Bu durum, savaş döneminde ithalat ve ihracatın önüne ülkelerin diplomatik ve stratejik unsurlarını koyduğunu göstermektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: KULULAR İBRAHİM, M A. **MODERN TEKNOLOJİNİN HUKUKİ TEMELLERİ: TELGRAF ÖRNEĞİ**, Adalet Yayınevi, 2021, Ankara, sf.83 vd.

³² SSB, Tarihçemiz, <https://www.ssb.gov.tr/WebSite/contentlist.aspx?PageID=47&LangID=1>, Erişim Tarihi: 15.04.2021; ZİYLAN, sf. 1-7; BEYOĞLU, sf. 57-68;

³³ SSB; ZİYLAN, sf. 1-2;

ABD tarafından belirli koşullar altında Türkiye'ye gönderilmiştir.³⁴ Söz konusu alımların “yardım” niteliğinde olması ve kiralama ve göndermelerin karşılığının bedel yerine birtakım yaptırımlar olması nedeniyle, uluslararası ticarete konu olup olmadığı tartışmalıdır.

ABD ve diğer devletler tarafından sağlanan yardımlar neticesinde, Türkiye’de bu alandaki üretim ve gelişim yavaşlamış, dışa bağımlılık yeniden gündeme gelmiştir. Böylelikle 1950 – 1974 arası döneme geçiş yapılmıştır. Bu dönemde her ne kadar 15.03.1950 tarih ve 5591 sayılı Kanun ile Askerî Fabrikalar Umum Müdürlüğü MKEK’ye dönüştürülmüş ise de Türkiye’nin NATO’ya üye olması neticesinde üretim belli ölçüde azalmış, bu alandaki ihtiyaçların müttefik ülkelerden temin edilmesi yönünde politikalar izlenmiştir.³⁵

Kıbrıs Barış Harekâtı döneminde ambargo uygulanması nedeniyle savunma sanayiinin geliştirilmesi için yeniden bir girişim başlatılmış, askeri vakıflar ve devlet eli ile savunma sanayi şirketleri kurulmaya başlanmıştır. Günümüzde, sıklıkla adını duyduğumuz ASELSAN, HAVELSAN, ASPİLSAN gibi devlet sermayesine dayalı yatırımlar bu dönemde kurulmuştur. Yine bu dönemde 1983 yılında TSK’nın donatımı ve ihtiyacı olan her türlü mühimmat, harp silah araç ve gereç, teçhizat makine, cihaz ve sistemleri ile bunların yapım, bakım ve onarımlarında kullanılacak yedek parça, hammadde, ilaç ve ilaç hammaddeleri üretmek, seri halde yenilemek, büyük tadilat işlerini yapmak ve tedarik etmek amacı ile tüzel kişiliği haiz, faaliyetlerinde özerk ve sorumluluğu sermayesi ile sınırlı bir kamu iktisadi kuruluşu olan Savunma Donatım İşletmeleri Genel Müdürlüğü kurulmuştur. 1984 yılında ise TUSAŞ Havacılık ve Uzay Sanayi A.Ş. (TAI), Aksa Makina Sanayi A.Ş.ve ETA Elektronik Tasarım Sanayi ve Ticaret A.Ş. faaliyetlerine başlamıştır.³⁶ Bu dönemin sonunda 5. Beş Yıllık Kalkınma Planı (1985-1989) ile savunma sanayiinin geliştirilmesine yönelik yatırımlara ağırlık verileceği önemle belirtilmiştir.³⁷

³⁴ KARAKAŞ, N. (2009). *AMERİKAN “ÖDÜNC VERME VE KİRALAMA” YARDIMLARINDA TÜRKİYE*. Tarih İncelemeleri Dergisi, 24 (1), sf. 24; SSB.

³⁵ SSB; ZİYLAN, sf. 1-2; BUDAK, sf. 4; TOPAL, sf.36; BAYRAKTAR, sf.6

³⁶ SSB; ZİYLAN, sf. 5-6.

³⁷ SSB; TOPAL, sf. 39; SEVİNÇ sf.25.

1985 yılında çıkarılan 3238 sayılı Kanun ile savunma sanayiinin geliştirilmesi ve TSK'nın modernizasyonu amacıyla Savunma Sanayii Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı (SAGEB) kurulmuş, Başkanlık 1989 yılında Savunma Sanayii Müsteşarlığı (SSM) olarak yeniden yapılandırılmıştır. Kanun ile ilke olarak TSK'nın ihtiyaç duyduğu her türlü silah, araç ve gerecin mümkün ve ekonomik olduğu ölçüde Türkiye'de üretilmesi benimsenmiştir. Aynı zamanda bu Kanun ile yerli ve yabancı özel sektöre açık ve ihracat kabiliyeti bulunan bir savunma sanayiinin geliştirilmesi hedeflenmiş böylelikle Türk savunma sanayii uluslararası ticaretin konusu haline getirilmiştir. Bu dönemde ilk dönemlerde yer alan ulusallık politikasının yerileştirme politikasına evrildiği gözlemlenmektedir. Bazı yazarlara göre bu dönemde savunma sanayiinin serbest ticaretin konusu haline getirilmesi doğru bir hamle olarak değerlendirilmemektedir. Bunun temel sebebi ise savunma sanayiinin özelliklerinin o dönemde serbest ticarete uygun olmaması ve serbest ticaret anlaşmalarında savunma sanayiinin dışarıda bırakılmış olmasıdır.³⁸ Yine bu dönemde 20 Haziran 1998 tarihinde 98/11173 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı olarak Resmî Gazetede yayınlanan “Türk Savunma Sanayii Politikası ve Stratejisi Esasları” TSSPSE ile Türkiye'nin savunma sanayii altyapısının ve teknolojilerinin istenen düzeye ulaştırılması, Türkiye'de ulusal teknolojinin gelişmesi, yabancı firmalarla rekabet edebilir büyük ve güçlü ulusal savunma sanayii firmalarının oluşturulması amaçlanmıştır.

Nihayet 2006 yılında yayınlanan 9. Kalkınma Planı (2007-2013)'nda savunma sanayiinde; ihtiyaçları güvenli ve istikrarlı bir biçimde milli imkânlarla karşılamak üzere rekabetçi, kendine yeten, esnek, ülke sanayii ile bütünleşmiş, ortak üretim-tasarım ve Ar-Ge alanlarında uluslararası iş birliği çalışmalarına etkin katılım sağlayan bir yapıda üretimin geliştirilmesi ve bunun için gerekli altyapı ile teknolojik ve yönetsel kabiliyetlerin kazanılması temel hedef olarak belirlenmiştir. Yine 2006 tarihli Savunma Sanayii Özel İhtisas Komisyon Raporu 2007-2013 ile temel sektörel vizyon; “Ulusal savunma ve güvenlik ihtiyaçlarını yurtiçi etkin çözümler geliştirerek karşılayabilen, uluslararası rekabet gücüne sahip bir savunma sanayii altyapısına erişilmesi” olarak belirlenmiştir. Vizyona dönük temel amaç ve politikalar ise savunma sanayiinin vizyon doğrultusunda geliştirilmesine yönelik olarak politika düzeyinde alınması gereken

³⁸ ZİYLAN, sf. 5-6.

tedbirler, tedarik sisteminin etkinleştirilmesi, Avrupa Birliği üyeliğine hazırlık, savunma sanayii ihracatının desteklenmesi ve savunma sanayii iş birliği çalışmalarının geliştirilmesi olarak belirlenmiştir.

Tarihi gelişim sürecinden görüleceği üzere, savunma sanayii birçok dönemde ithalat – ihracat ekseninde uluslararası ticaretin konusu edilmiştir. Ancak 1985 yılında çıkarılan Kanun ve 1998 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı ile savunma sanayiinin Türkiye açısından uluslararası ticarete konu edilmesinin önemi vurgulanmış, dış pazara açılma hususu amaçlar arasında belirtilmiştir.

1.1.2. Uluslararası Ticaret ve Uluslararası Ticari Sözleşme Kavramları

Geçmişten günümüze gerek coğrafi gerek ekonomik gerekse siyasi koşullar nedeniyle bir kişinin ya da bir toplumun beslenme, barınma, savunma gibi temel ihtiyaçlarını tamamen kendi kendine üretmesi ve tüketmesi mümkün değildir. Bu sebeple, üretilen bir ürünün veya sağlanan bir hizmetin, bu ürüne veya hizmete ihtiyacı olan bir başkası tarafından satın alınması, kullanılması veya kiralanması söz konusu olmaktadır. İşte bu mübadele genel olarak ticaret olarak tanımlanmaktadır. Devletlerin ve/veya vatandaşlarının ekonomik, ticari ve sosyal açıdan belirli mal ve hizmetlere ihtiyaç duyması veya bir devlette ihtiyaç duyulandan fazla mal ve hizmet üretilmesi gibi sebeplerle uluslararası arenada da ticaret gelişim göstermiş ve uluslararası ticaret eski çağlardan bu yana uygulanagelmıştır. Uluslararası ticaret esas itibarıyla ithalat ve ihracat faaliyetleri ile yürütülmektedir. İthalat, bir devletin ihtiyaç duyduğu bir mal veya hizmeti belirli hukuki rejimler çerçevesinde bir başka devletten satın alması olarak tanımlanmaktadır.³⁹ İhracat ise ithalatın tam tersi olarak bir devlette üretilen ihtiyaç fazlası bir mal veya hizmetin belirli hukuki rejimler çerçevesinde bir başka devlete satılması olarak tanımlanmaktadır.⁴⁰ Uluslararası ticaretin bir diğer temel unsuru ise mal ve hizmetlerin mübadelesine ilişkin hukukun emredici normlarına aykırı olmamak kaydıyla somut olaya özgü bedel, ifa, ifa yeri, ürün, konu gibi kuralları ihtiva eden taraflarca kararlaştırılan sözleşmelerdir. Klasik yaklaşıma göre ithalat, ihracat, sözleşmeler ve bunlara bağlı diğer uluslararası ticari işlemlerden müteşekkil uluslararası ticaret, genel olarak devletlerin sınırlarını aşan mal ve hizmet değişimi olarak ifade

³⁹ EKŞİ, N. (2019) *MİLLETLERARASI TİCARET HUKUKU*, İstanbul, sf.459-461.

⁴⁰ EKŞİ, sf.459-461.

edilmektedir.⁴¹ Bir başka tanıma göre ise uluslararası ticaret devlet sınırlarını aşan ekonomik ve ticari işlemler bütünü olarak tanımlanmaktadır.⁴² Klasik anlayışa göre uluslararası ticaretin tanımında yabancılık unsuru, yani aktörlerinin farklı ülkelerde yerleşik olması ya da iş yapması veya aktörlerinin farklı devletlerin vatandaşları olması aranmaktadır.⁴³ Oysa, günümüzde bir iş ve işlemin uluslararası ticaret olarak değerlendirilebilmesi için, yabancılık unsurunun ötesinde uluslararası ticaretin yarar alanına giren bütün ticari ve ekonomik iş ve işlemlerin uluslararası ticaret bağlamında yer aldığı kabul edilmektedir.⁴⁴ Buna göre, hukuki iş ve ilişkilerin süjelerine bağlı olan yerleşim yeri, vatandaşlık gibi diğer unsurlar, niteliği itibariyle ulusal bağlamda kalmış olsa dahi uluslararası ekonomik yarar alanına giren tüm faaliyetler uluslararası ticaret olarak tanımlanmaktadır. Bunun yanı sıra, klasik tanımlardan farklı olarak günümüzde sadece mal ve hizmet değişimi değil, bunların yanında teknoloji, sermaye ve yatırım gibi hususların da uluslararası ticaretin konusu içinde yer aldığı kabul edilmektedir.⁴⁵ Bütün bu tanımlardan yola çıkarak, farklı devletlerin vatandaşı olan gerçek kişiler veya farklı devletlerin hukukuna göre kurulmuş tüzel kişiler veya farklı devletlerde yerleşim yeri, iş yeri, mutlak meskeni bulunan gerçek veya tüzel kişiler arasındaki veya aynı devlet sınırları içinde kalmış olsa dahi milletlerarası ticaretin ekonomik yararına konu olan ekonomik ve ticari mal, hizmet, teknoloji, sermaye ve yatırım mübadelelerinin tamamının uluslararası ticaret olarak tanımlanması mümkündür.

Bir devletin kendi egemenlik sahası içinde kalan yerel ticari ilişkilerin temelinde olduğu gibi uluslararası ticaretin temelinde de sözleşmeler yer almaktadır. Hatta uluslararası arenada tarafların tamamı açısından bağlayıcı yeknesak bir hukuk normunun ya da hukuk sisteminin bulunmaması sebebiyle bu alanda sözleşmeler, tarafları açısından bağlayıcı olan en temel hukuki metinler olarak karşımıza çıkmakta ve bu nedenle önem arz etmektedir.⁴⁶ Önemi sebebiyle uluslararası ticari sözleşmelerden ne anlaşılması

⁴¹MELEMEN, M. (2012) UYGULAMALI ULUSLARARASI TİCARET İŞLEMLERİ, İstanbul, sf.2 ; AYHAN İZMİRLİ, sf. 5; ŞANLI, C.: **ULUSLARARASI TİCARİ AKİTLERİN HAZIRLANMASI VE UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜM YOLLARI**, Yedinci Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2019, sf. 7. (TİCARİ AKİTLER)

⁴² AKIN, H. (2010), **YENİ İŞİMİZ DIŞ TİCARET**, sf. 5.

⁴³ ŞANLI (TİCARİ AKİTLER), sf. 7, AYHAN İZMİRLİ, sf. 46-54.

⁴⁴ ŞANLI (TİCARİ AKİTLER), sf. 7; AYHAN İZMİRLİ, sf. 54; DOĞAN, V. (2022) **MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK**, (MÖHUK) İstanbul, sf. 6.

⁴⁵ AYHAN İZMİRLİ, sf. 6.

⁴⁶ ŞANLI, C. (1986) **MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE ESASA UYGULANACAK HUKUK**, Ankara, sf. 29-31. (TAHKİM)

gerektiği, özellikleri, bu sözleşmelerin devletin egemenlik sahası içinde kalan mahalli sözleşmelerden veya uluslararası arenada yer alan adi sözleşmelerden ayrılan yönleri doktrinde ve yargı kararlarında uzun yıllar tartışılmıştır. Bu çalışmada, uluslararası ticari sözleşme, kavramda yer alan alt kavramlar bakımından ele alınacaktır. Kavramın bütünlüğünü koruması bakımından önem teşkil ettiğinden ve özel hukukun diğer alanlarında olduğu gibi ticaret hukuku ve uluslararası ticaret hukukunun temelini sözleşme kavramı teşkil ettiğinden öncelikle sözleşme kavramının ele alınması gerekli görülmüştür.

Sözleşme kavramı Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde genel itibariyle tarafların özgür iradeleri ile bir araya gelerek kendisini ve diğer tarafı hukuki, ekonomik ve daha pek çok açıdan bağlayıcı normlar ihtiva eden, bir sonuca ulaşmayı veya bir sürecin yürütülmesini amaçlayan, karşılıklı veya tek taraflı hak ve yükümlülük içeren, hukuk sistemlerince öngörülen emredici düzenlemelere aykırı düzenlemeler içermeyen ve hukuk sistemleri tarafından icra edilmesi mümkün olan kurallar olarak tanımlanmaktadır.⁴⁷ Türk hukuk düzeninde sözleşme kavramı çoğunlukla iki farklı kavramı ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Bunlardan ilki ve daha yaygın kullanılanı hukuki işlem olarak yani yukarıdaki tanım itibariyle tarafların karşılıklı ve birbirine uygun özgür irade beyanları olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴⁸ Nitekim, aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, kanun sistematüğinde de esas olarak bu kavram kullanılmaktadır. İkinci bir kavram olarak ise sözleşme ile hukuki işlem anlamında sözleşmenin meydana getirdiği hukuki düzenleme, sonuç veya sözleşme ilişkisi kastedilmektedir.⁴⁹

Sözleşme, hukuk düzenleri içinde öncelikle borçlar hukuku kavramı olarak düzenlenmektedir. Nitekim Alman Medeni Kanunu (BGB), Avusturya Medeni Kanunu (ABGB), Fransız Medeni Kanunu (CC), İtalyan Medeni Kanunu, İsviçre Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu sözleşmeye ilişkin temel düzenlemeleri ihtiva etmektedir.⁵⁰

⁴⁷ EREN, F. (2015) *BORÇLAR HUKUKU GENEL HÜKÜMLER*, Ankara, sf. 199; AYHAN İZMİRLİ, L. (2017), *MİLLETLERARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERİN MÜZAKERESİ VE HAZIRLANMASI*, Ankara, sf. 41; OĞUZMAN, K./ÖZ T. (2013), *BORÇLAR HUKUKU GENEL HÜKÜMLER*, Cilt I, Ankara, sf. 52; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. (2017), *BORÇLAR HUKUKU GENEL BÖLÜM I*, İstanbul, sf.165.

⁴⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, sf. 165.

⁴⁹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, sf. 165.

⁵⁰ EREN, sf. 199.

“Sözleşme tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulur.” şeklinde düzenlenen TBK m.1, esas itibariyle sözleşmelerin kurulmasına ilişkin temel kuralı ihtiva etmektedir. Bununla birlikte söz konusu maddeden yola çıkarak sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile meydana getirilen bir hukuki ilişki ve hukuki işlem olarak tanımlanmaktadır.⁵¹ Bahsi geçen diğer hukuk sistemlerinde de, sözleşmenin benzer şekilde tanımlandığı görülmektedir.⁵² Örneğin, “Bir sözleşmenin kurulması için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları gerekir. Bu irade beyanı açık veya örtülü olabilir.” şeklinde düzenlenen İsviçre Borçlar Kanunu OR m.1 hükmü ile Türk Borçlar Kanunu’nda olduğu gibi sözleşmenin kurulması tanımlanmaktadır. Bunun yanında Fransız Medeni Kanunu m.1134’te doğrudan sözleşme tanımı yer almakta olup, buna göre sözleşme, “Taraflar iradelerinin somutlaştığı hukuki araç ve tarafların kanunu” olarak tanımlanmaktadır. Doktrinde ise sözleşme, tarafların ileriye yönelik bazı neticeler elde etmeyi uman, bu neticelerin elde edileceğine ilişkin karşılıklı güveni ihtiva eden ve hukuk düzenince değer verilen hür iradelerinin en açık tezahürü olarak tanımlanmaktadır.⁵³ Doktrinde belirtildiği üzere sözleşme kavramı ile tarafların karşılıklı birbirine uygun irade beyanları ile tesis edilen hukuki işlem kastedildiği gibi, bu hukuki işlem ile kurulan hukuki ilişkinin kastedildiği de belirtilmektedir. Bu çalışma kapsamında sözleşme kavramı, hukuki ilişkiyi kuran hukuki işlem olarak ele alınmaktadır.⁵⁴

Klasik sözleşme tanımlarında esas itibariyle iki taraftan söz edilmekte ise de günümüzde özellikle uluslararası ilişkilerin yaygınlaşmasının sonucu olarak sözleşmenin taraflarının ikiden fazla olabileceği belirtilmektedir.⁵⁵ Bu bağlamda, sözleşme, mal ve hizmetlerin hukukun emredici kuralları çerçevesinde serbestçe devinimini sağlayan hukuki bir araç olarak karşımıza çıkmaktadır.⁵⁶ Hukukun yeknesaklaştırılması çalışmaları

⁵¹ KILIÇOĞLU, A.M. (2012) **BORÇLAR HUKUKU GENEL HÜKÜMLER**, Ankara, sf. 52 -55; EREN, sf. 200 – 203; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, sf. 165; OĞUZMAN/ÖZ, sf. 42.

⁵² AYHAN İZMİRLİ, sf. 42.

⁵³ İPEK, M. (2002): **SÖZLEŞME SERBESTİSİ VE GÜNÜMÜZDEKİ SINIRLAMALARI**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, GSÜ SBE, sf. 12-13; AYRANCI, H. (2006): **ÖN SÖZLEŞME**, Ankara, sf. 52; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, sf. 505.

⁵⁴ OĞUZMAN/ÖZ, sf. 42-43.

⁵⁵ OĞUZMAN/ÖZ, sf. 42-43; AYHAN İZMİRLİ, sf. 41; EREN, sf.200.

⁵⁶ AYHAN İZMİRLİ, sf. 41.

kapsamında oluşturulan UNIDROIT Prensipleri göz önüne alındığında biz de bu tanıma katılmaktayız.

Bütün bu tanımlardan ve açıklamalardan yola çıkarak sözleşme, iki veya daha çok gerçek ve/veya tüzel kişinin hür iradeleri ile bir araya gelerek kendisini ve diğer tarafı hukuki, ekonomik ve daha pek çok açıdan bağlayıcı, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile bir sonuca ulaşmayı veya bir sürecin yürütülmesini amaçlayan, karşılıklı veya tek taraflı hak ve yükümlülük ihtiva eden, sözleşmeye uygulanacak hukuk düzeninin emredici kurallarına aykırı hükümler içermeyen ve hukuk sistemleri tarafından icra edilmesi mümkün olan hukuki işlem olarak tanımlanabilir.

Sözleşme kavramı, borçlar hukuku bağlamında tanımlanmakta ise de sùjelerinin tacirler olduğu ticari iş ve işlemler de sözleşmeler ile yürütölmekte, bu vesile ile ticari sözleşme kavramı gündeme gelmektedir. Esas itibariyle karşılıklı irade beyanları ile karşılıklı borç doğurucu şekilde kurulmaları açısından ticari sözleşmelerin, temel sözleşme kavramından bir farklılığı bulunmamaktadır. Ticari sözleşmelerin temel farklılığı, kurulan hukuki ilişkinin sùjelerinin tacir olmasından kaynaklanmaktadır. Ticari sözleşmelerin bir diğér temel farklılığı ise konusunun diğér adi işlemlerden ayrı olarak tarafların ticaretine yönelik iş ve işlemler olmasından kaynaklanmaktadır. Bu temel farklılıkları sebebiyle ticari sözleşmeler diğér borç doğuran sözleşmelerden ayrı olarak ele alınmaktadır. Her ne kadar TTK’da ticari sözleşmenin tanımı yapılmamış ise de, ticari sözleşmelerin nihayetinde bir ticari iş olmasından bahisle TTK m.3 hükmünde yer alan ticari iş tanımından yola çıkılarak ticari sözleşmenin tanımlanması mümkündür. Bu maddeye göre ticari iş *“Bu Kanun’da düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller”* olarak tanımlanmaktadır. Dolayısı ile ticari sözleşme Türk hukukunda TTK’da düzenlenen hususlarda akdedilen sözleşmeler ile konusu ticari işletmeyi ilgilendiren, tüketici sözleşmelerini dışlayacak şekilde tacir olan tarafların ticari bir iş yapmak için kurulan sözleşmeler olarak tanımlanmaktadır.⁵⁷ Doktrinde de ticari sözleşmenin ticari satım sözleşmesi kapsamında tanımlandığı kabul edilmektedir. Buna

⁵⁷ BİNGÖL, F.I. (2011), *ULUSLARARASI TİCARİ SATIM SÖZLEŞMELERİNDE MÜCBİR SEBEP (TÜRK BORÇLAR HUKUKU’NDA VE VİYANA SATIM ANLAŞMASI’NDA MÜCBİR SEBEP)*, Ankara, sf. 67 – 68; ÖZEL, S. (2018), *MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE KANUNLAR İHTİLAFI MESELELERİ*, İstanbul, sf.19; ÖZKAN, Ö.: *ULUSLARARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERİN HAZIRLANMASINDA DİKKAT EDİLECEK HUSUSLAR*, Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler E- Dergisi, S.4, Ekim 2004, sf. 1-49/3; AYHAN İZMİRLİ, sf. 42.

göre ticari satım sözleşmesi sadece tacirler arasında, her iki tarafın da ticari işletmesi ile ilgili olan ve ticari iş niteliği taşıyan satım sözleşmelerinin ticari satım sözleşmesi olduğu, bu tanımın ticari iş karinesi vasıtasıyla dolaylı olarak genişletilebileceği kabul edilmektedir.⁵⁸ Uluslararası hukuk metinlerinde ise ticaret ya da ticari kavramı çeşitli şekillerde tanımlanmaktadır. Örneğin, UNIDROIT Prensipleri'nin giriş kısmında, ticari sözleşme kavramı, tarafların tacir olduğu ve mahiyeti gereği ticari olduğu kabul edilen ve tüketici işlemlerini dışarıda bırakan iş ve işlemler olarak tanımlanmaktadır.⁵⁹ Milletlerarası Ticari Tahkim Hakkında UNCITRAL Model Kanunu'nda "ticari" kavramı örnekler üzerinden tanımlanmıştır. Buna göre, sözleşmeden kaynaklansın veya kaynaklanmasın ticarete ilişkin bütün iş ve işlemler "ticari" kavramı içerisinde değerlendirilmektedir. Metinde örnek kabilinden bir sayımla mal veya hizmetlerin tedariki veya değişimi, distribütörlük sözleşmesi, ticari temsilci veya ajan, faktöring, leasing, bir işin yapılması, danışma, mühendislik lisansı, yatırım, finansman, bankacılık, sigortacılık, *joint venture* veya endüstriyel veya ticari diğer iş birliği, hava, deniz, raylı veya kara yoluyla malların veya yolcuların taşınmasına ilişkin işlemlerin ticari nitelikli olduğu belirtilmiştir. Viyana Satım Sözleşmesi olarak bilinen Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda ise ticari kavramı doğrudan tanımlanmamıştır. Sözleşme m.2'de sözleşmenin uygulama alanı dışında kalan işlemlerin karşıt anlamından (mefhum'ul-muhalefet, *argumentum a contrario*) şahsi kullanım ve devletlerin cebri icra kabiliyeti dışında kalan işlemlerin ticari olarak tanımladığından bahsetmek mümkündür.⁶⁰ Ulusal ve uluslararası metinlerde yer alan tanımlara bakıldığında, sözleşmenin "ticari" niteliğinin iş ve işlemin süjelerinden en az birinin tacir olduğu, bununla birlikte iş ve işlemin konusunun tüketici iş ve işlemlerinin konusuna girmediği veya bir ticari işletmenin konusunu ilgilendiren iş ve işlemleri kapsadığı görülmektedir.

⁵⁸ SEROZAN, R. **"MEDENİ HUKUK GENEL BÖLÜM"** Genişletilmiş 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, sf.324-325.

⁵⁹ UNIDROIT Prensipleri İngilizce metni s.2, Erişim adresi: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf> , Erişim tarihi: 30.04.2021.

⁶⁰ Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, Türkçe metin, <http://csg7.institut-e-business.de/pdf/Textsammlung/textsammlung-tuerkisch.pdf> Erişim Tarihi: 30.04.2021

Son olarak bir ticari sözleşmenin uluslararası hukukun konusuna girebilmesi için uluslararası vasfını haiz olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Bu konuda doktrinde iki görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre, bir ticari sözleşmenin uluslararası ticari sözleşme olarak kabul edilmesi için, bünyesinde uluslararası unsur veya yabancı unsuru barındırması gerekmektedir.⁶¹ Uluslararası unsur ile yabancı unsurun aynı kavramlar olup olmadığı da doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre, uluslararası metinlere paralel olarak bu iki kavram aynıdır.⁶² Bu durumda bir sözleşmede birden fazla devletin hukukunu irtibatlı hale getiren yabancılık unsurunun tek başına bulunması bir sözleşmeye uluslararası vasfı kazandırmaktadır. Yabancılık unsuru ise vatandaşlık veya tabiiyet, ikametgâh, mutat mesken, taşınmazın bulunduğu yer, taşınır malın bulunduğu yer, hukuki işlemin yapıldığı veya ifa edildiği yer, hukuki fiilin sonuçlandığı yer, hukuki işlemin hukuki etkilerini doğurduğu yer, hukuka aykırı fiilin gerçekleştirildiği yer, zararın ortaya çıktığı yer, yargılamanın yapıldığı yer gibi konu, coğrafya ve şahıs unsurları ile ifade edilmektedir.⁶³ Diğer bazı yazarlar ise uluslararası unsur ile yabancılık unsurunun aynı anlamı taşımadığını ileri sürmektedir.⁶⁴ Esasında bu son görüş, uluslararası vasfın tespitinde birinci görüşten uzaklaşmakta ve çağdaş görüşe yaklaşmaktadır. Nitekim çağdaş görüşte bir sözleşmenin uluslararası vasfını taşıması için muhakkak yabancılık unsuru taşıması gerekmediği, uluslararası ticaretin yarar alanına giren sözleşmelerin de uluslararası sözleşme vasfını haiz olduğu savunulmaktadır.⁶⁵ Bu bağlamda, çağdaş görüşe göre diğer tüm unsurlarının tek bir devleti ilgilendirdiği sözleşmeler şayet uluslararası ticari hayatı ilgilendiriyor ise uluslararası ticari sözleşme vasfında olmaktadır.⁶⁶ Bu çalışma kapsamında, bir ticari sözleşmenin uluslararası vasfının tayin ve tespitinde çağdaş yaklaşım ön planda tutulmuştur. Bir başka deyişle, uluslararası ticaretin ekonomik

⁶¹ TİRYAKİOĞLU, B. (1996) *TAŞINIR MALLARA İLİŞKİN MİLLETLERARASI UNSURLU SATIM AKİTLERİNE UYGULANACAK HUKUK*, Ankara, sf. 7; ŞANLI (TAHKİM), sf. 30-31; BEKTAŞ, S. (2010) *ULUSLARARASI TİCARETTE SÖZLEŞMELERİN HAZIRLANMASI*, Ankara, sf. 33-34; SÜRAL B.C. (2008) *ULUSLARARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERE UYGULANACAK HUKUK OLARAK UNIDROIT PRENSİPLERİ*, İzmir, sf. 5-6; AYHAN İZMİRLİ sf. 45.

⁶² NOMER, E. / EKŞİ, N. / ÖZTEKİN GELGEL, G.(2008) *MİLLETLERARASI TAHKİM HUKUKU*, İstanbul, 2008, sf. 5

⁶³ DOĞAN, V. (2011): *BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI*, Ankara, sf. 7; TEKİNALP, G. / UYANIK ÇAVUŞOĞLU, A. (2011): *MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK BAĞLAMA KURALLARI*, İstanbul, sf. 22; AYHAN İZMİRLİ sf. 49

⁶⁴ DOĞAN, sf. 160 -161 ; ÖZDEMİR, H.: *“MÖHUK KAPSAMINA GİREN SÖZLEŞMELERİN TESPİTİ BAĞLAMINDA ‘YABANCILIK UNSURU TAŞIYAN SÖZLEŞME’ VE ‘ULUSLARARASI SÖZLEŞME’ KAVRAMLARI”*, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 73, Sayı 10-11-12, 1999, 926-941, sf. 930.

⁶⁵ SÜRAL, sf.6; AYHAN İZMİRLİ, sf. 48; ŞANLI (TİCARİ AKİTLER) sf.7.

⁶⁶ ŞANLI (TİCARİ AKİTLER), sf.7; AYHAN İZMİRLİ, sf. 53-54, ÖZDEMİR, sf. 937.

yarar alanına giren sözleşmeler uluslararası ticari sözleşme olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte, yabancılık unsurunun tamamen göz ardı edilmediği, her iki unsurun birlikte değerlendirilmesi neticesinde bir sözleşmenin uluslararası ticari sözleşme vasfı taşıyıp taşımadığı tespit edilmiştir. Dolayısıyla, uluslararası ticari sözleşme; konusu ve karakteri itibarıyla uluslararası ticaretin ekonomik yararı kapsamında kalan sözleşmeler ile bünyesinde yabancılık unsuru taşıyan ve birden çok hukuk sistemi ile irtibatlı olan sözleşmelerin her ikisini de kapsamaktadır.

1.1.3. Sözleşme Müzakeresi

Bir sözleşmenin gerek ulusal gerekse uluslararası alanda bir anda kurulmasını beklemek hayatın olağan akışı içinde mümkün görülmemektedir. Özellikle belirli bir öngörü, güveni ve devamlılığı gerektiren ticari ilişkilerde, tarafların bir sözleşme ile kendini hukuken bağlaması için sözleşme kurulmadan evvel belirli birtakım ön görüşmeler ve araştırmalar yapılması, bunlar sonucunda varılan neticeye göre bir sözleşme kurulmasının kendisi için faydalı olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, sözleşme kurulmadan önce sözleşme kurma niyetiyle tarafların bir araya geldiği bir müzakere süreci meydana gelmektedir.

Müzakere kavramı, TDK'ya göre “*Bir konuyla ilgili fikir alışverişinde bulunma, olaşma*” olarak tanımlanmaktadır. Müzakere kavramı hukukun da içinde olduğu pek çok disiplinde birbirinden farklı anlamlarda kullanılmaktadır. Örneğin, iletişim alanında müzakere, bireylerin anlaşmazlıkları çözmek ve sonuca ulaşmak için diğer bireyler ile fikir alışverişinde bulunması ve iletişim kurması olarak tanımlanmaktadır.⁶⁷ İşletme alanında müzakere, belirli bir ekonomik veya işletme ile ilgili anlaşmaya ulaşmak için süjelerin pazarlık ederek farklılıkları çözümleme ve/veya çatışmayı önleme amacı ile yaptıkları görüşmeler olarak tanımlanmaktadır.⁶⁸ Tarih ve siyaset bilimi alanlarında ise bir karar alınmadan veya alınan kararların uygulanmasından evvel tarafların uzlaşmak

⁶⁷ DEMİRPOLAT, M. (2008): *MÜZAKERE VE MÜZAKERE TEKNİKLERİ: ORTA KADEME YÖNETİCİLERİN MÜZAKERE STİLLERİ ÜZERİNE BİR ARAŞTIRMA*, Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi, SBE, İstanbul, sf. 1.

⁶⁸ GERÇEL, H., “*Müzakere Teknikleri*” <http://j371xq.blu.livefilestore.com/pps> (19.11.2007) slayt 1

amacıyla fikir alışverişinde bulunması, istişare etmesi müzakere olarak tanımlanmaktadır.⁶⁹

Müzakere kavramı, hukuki terminolojide de tek bir anlamda kullanılmamaktadır. Bu minvalde, bir uyuşmazlık meydana geldikten sonra bu uyuşmazlığın çözümü için tarafların ortak çözüm noktası bulmak amacıyla karşılıklı iletişime geçmesi müzakere olarak tanımlanmaktadır.⁷⁰ Bir başka anlamda müzakere, belirli durumların, verilerin ve sürecin incelenmesi olarak ifade edilmektedir.⁷¹ Örneğin, ticaret hukukunda finansal tabloların müzakeresi bu bağlamda değerlendirilmektedir. Sözleşmeler hukuku bağlamında ise müzakere, genel olarak tarafların bir sözleşme kurmak amacıyla bir araya geldikleri kendine özgü kanuni bir düzenlemesi bulunmayan zorlu, karmaşık ve uzun bir süreç olarak tanımlanmaktadır.⁷² Sözleşme müzakereleri için doktrinde sözleşme görüşmesi, pazarlık terimleri kullanılmaktadır.⁷³ Bir başka görüşe göre ise müzakerenin sözleşme görüşmesi ve pazarlık terimlerinin üst kavramı olduğu belirtilmektedir.⁷⁴ Kanaatimizce pazarlık kavramı tek başına müzakere kavramı yerine kullanılmaya elverişli değildir. Çünkü sözleşme müzakerelerinde tarafların dayatıcı olmadan karşılıklı görüş alışverişinde bulunması, tek taraflı bir amaçtan ziyade ortak bir amacın veya tarafların tümünün amaçlarının gerçekleştirilmesi arzu edilmektedir. Hâlbuki pazarlık, bir tarafın yararına diğer tarafın zararına olacak şekilde faydacı bir şekilde ve tek taraflı bir süreci ifade etmektedir. Bir başka tanıma göre, sözleşme müzakereleri, kişilerin sözleşme yapma veya yapmama özgürlüğü olarak ifade edilen sözleşme serbestisinin bir yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır.⁷⁵ Bu görüşe göre, taraflar, bu serbestiye dayalı olarak bir

⁶⁹ ÇETİN, C., (2002): *MÜZAKERE TEKNİKLERİ İLKE, SÜREÇ, UYGULAMA*, İstanbul, s.7.

⁷⁰ AYHAN İZMİRLİ, sf. 48.

⁷¹ GIROLAMO, D.D.: (2013) *“THE NEGOTIATION PROCESS: EXPLORING NEGOTIATOR MOVES THROUGH A PROCESSUAL FRAMEWORK”*, 28 OHIO STATE JOURNAL ON DISPUTE RESOLUTION, Erişim adresi: <https://litigationessentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=28+Ohio+St.+J.+on+Disp.+Resol.+353&srctype=smi&srcid=3B15&key=0f5a361cf6cfa86c488c43847a703b06> , Erişim tarihi:01.05.2021, sf. 353-354

⁷² İŞINTAN, P. (2009): *SÖZLEŞME MÜZAKERELERİ*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul, sf. 10

⁷³ OĞUZMAN/ÖZ, sf. 79 vd bölümlerinde müzakere kavramı, sözleşme görüşmesi yerine kullanılmaktadır. Yine OĞUZMAN/ÖZ, sf. 51 vd bölümlerinde sözleşmenin kurulmasından önceki aşama pazarlık olarak nitelendirilmektedir.

⁷⁴ İGEME: *DIŞ TİCARETTE SÖZLEŞMELER VE MÜZAKERELER*, Hazırlayan: Asım ÇALIŞ, İhracatı Geliştirme Etüd Merkezi, Kasım 2007, sf. 49; AYHAN İZMİRLİ, sf. 56.

⁷⁵ İŞINTAN, sf. 12- 20.

sözleşme kurmanın, sözleşme kurma amacı doğrultusunda beklenen faydayı sağlayıp sağlamayacağını tartmak, hukuki ilişki içine gireceği tarafı tanımak ve tartmak, sözleşme ilişkisinin ekonomik, sosyal ve siyasî yönlerini tespit etmek için dürüstlük kuralı gibi hukukun temel ilkeleri çerçevesinde bir araya gelmektedir. Doktrindeki bir başka görüşte sözleşme müzakeresi kavramı ön sözleşme kavramından hareketle tanımlanmaktadır. Bu görüşe göre, sözleşme müzakeresi, ön sözleşmede olduğu gibi taraflara sözleşme kurma yükümlülüğü yüklemeksizin tarafların bir sözleşme yapmak veya mevcut bir sözleşmede değişiklik yapmak amacıyla ciddi olarak bir sürece girmesi ve bu sürecin sözleşme akdedilmesi veya sözleşme akdedilmesinin mümkün olmadığının anlaşılmasına kadar devam ettirilmesi olarak tanımlanmaktadır.⁷⁶ Bunların dışında başka bir görüşte ise sözleşme müzakereleri, sözleşmenin kurulmasındaki kavramsal ve mevcut gerçekliklerin değerlendirildiği stratejik yaklaşımlar olarak ele alınmaktadır.⁷⁷ Tek başına stratejinin varlığından hareketle sözleşme müzakerelerinin tanımlanması konunun hukuki boyutunu dışlayacağından, bu tanım kanaatimizce yeterli görülmemektedir.

Doktrinde yer alan bütün bu görüşler doğrultusunda bu çalışma kapsamında sözleşme müzakeresi,

- Tarafların bir sözleşme akdetmek niyetiyle sosyal temas içine girmesiyle başlayan ve sözleşmenin kurulmasına veya kurulmayacağı noktasında mutabakata varılmasına kadar devam eden,
- Tarafların karşılıklı olarak fayda sağlamasına elverişli olan,
- Tek taraflı baskı unsuru içermeyen,
- Hukuki, ekonomik, siyasi, sosyal, teknik ve stratejik yönleri

bulunan görüşmeler olarak nitelendirilmektedir.

Sözleşme müzakerelerine ilişkin ulusal ve uluslararası hukuki düzenlemelerde açık ve bağlayıcı bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple müzakerenin başlangıç ânı, müzakere aşamaları, müzakere sürecinin özellikleri, müzakere sürecinde tarafların

⁷⁶ DOĞAN, G. (2006): *ÖN SÖZLEŞME (SÖZLEŞME YAPMA VAADİ)*, İstanbul, sf.72; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU s. 169; BENLİ, E., (2021): *İNTERNET ARA BAĞLANTI PAZARINDA PEERING SÖZLEŞMESİ*, İstanbul, s. 27

⁷⁷ GIROLAMO, sf. 353-354.

yükümlülükleri, müzakerenin sona ermesi hususlarının tespitinde doktrin ve yargı kararlarında çeşitli yaklaşımlar bulunmaktadır.

Sözleşme müzakeresinin başlangıcının belirlenmesinde, temel olarak sözleşme yapmak amacıyla başlatılan görüşmelerden yola çıkılmaktadır. Bu doğrultudaki bir görüşe göre, sözleşme akdetmek isteyen tarafın, bir diğer tarafa bu niyetini ve teklifini sunması ile başlamaktadır. Aslında bu tanım, borçlar hukukundaki öneri kavramı ile paralellik göstermektedir.⁷⁸ Bunun tam tersi bir yaklaşımda ise müzakerenin tek taraflı olmaması nedeniyle sürecin de tek taraflı olarak başlamayacağı, sözleşme akdedilmesi teklif edilen karşı tarafın da bu yöndeki niyetini diğer tarafa iletmesi ile müzakere sürecinin başlamış olacağı kabul edilmektedir.⁷⁹

Sözleşme müzakeresinin aşamaları konusunda da farklı görüşler bulunmaktadır. Ayhan İzmirli'nin aktarımı ile Tariq Hassan'ın görüşüne göre sözleşme müzakeresi, sözleşme öncesi görüşmelerin içinde değerlendirilmekte ve öneri ve kabul safhası, söz verme safhası, pazarlık veya müzakere aşaması olarak belirtilmektedir.⁸⁰ Bu görüşte müzakere aşaması kendi içinde pazarlık ve müzakere olarak ikiye ayrılmaktadır. Yine Ayhan İzmirli'nin aktarımı ile Ghauri'nin görüşüne göre ise, müzakere öncesi safha, müzakere safhası, müzakere sonrası safha olmak üzere zamansal bir sıralama yapılmaktadır.⁸¹ Diğer bir görüşte zamansal sıralama esas alınmakla birlikte sözleşme müzakeresinde müzakere sonrası safha kendi içinde imzalar safhası ve alınması gerekli yasal izinler safhası olarak ikiye ayrılmaktadır.⁸² Daha ayrıntılı bir yaklaşımda müzakere süreci, tarafların kendi açılarından durumlarını tek yanlı olarak karşılıklı paylaşması, tarafların bilgi alışverişinde bulunması ve özellikle karşılıklı olarak kuvvetli ve zayıf yönlerini tanıması, teklifte bulunan ve teklif alan pozisyonlarının değişmesi yani tarafların karşılıklı tekliflerini sunması, tekliflerin değerlendirilmesi ve pazarlık, sonuç olarak sözleşme kurulmasına veya kurulmamasına ilişkin ortak bir karara varılması olmak

⁷⁸ ADAL, E. (1970) *AKİT ÖNCESİ SORUMLULUK (CULPA IN CONTRAHENDO)*, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul Üniversitesi 1970, sf. 27; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, sf. 738; İŞINTAN, sf. 11.

⁷⁹ YILMAZ, H. (1985): *“SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDE KUSUR “CULPA IN CONTRAHENDO” VE SORUMLULUĞUN HUKUKSAL NİTELİĞİNDE YENİ GÖRÜŞLER”*, Yargıtay Dergisi, Cilt: 11 Sayı: 3, Temmuz 1985, sf. 238.

⁸⁰ AYHAN İZMİRLİ, sf. 51.

⁸¹ AYHAN İZMİRLİ, sf. 52.

⁸² DİNAR, C. (2008): *NİYET MEKTUBUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ VE BAĞLAYICILIĞI*, İstanbul, 2008, sf. 6.

üzere birçok sürece ayrılmaktadır.⁸³ Ayrıntılı başka bir görüşte ise müzakere aşamalarının, ilk teklif, gayri resmi müzakere, son teklif, resmi müzakerenin planlanması, ilk resmi müzakere oturumu, iç toplantılar, ikinci resmi müzakere oturumundan ibaret olduğu belirtilmektedir.⁸⁴ İleride ayrıntılı olarak ele alınacak olmakla birlikte savunma sanayii sözleşmelerinin müzakeresinin de son görüşte belirtilen sürece uygun olarak ilerlediği görülmektedir. Müzakere sürecinin aşamalara ayrılarak sınıflandırılmasının, icap ve kabul anının belirlenmesi noktasında öneminin varlığının incelenmesi önem arz etmektedir. Bu hususta Kocayusufpaşaoğlu'na göre teknik insanlar ve hukuki danışmanların yer aldığı müzakere ekibi ile uzun süre yürütülen, maddelerinin birçok defa müzakere edilerek değiş tokuş edildiği sözleşmelerde kimin sözleşmenin tamamı ile ilgili icap, kimin sözleşmenin tamamı ile ilgili kabul beyanını ilettiğinin ayırt edilmesi mümkün değildir.⁸⁵ Bununla beraber İsviçre Hukukunda Merz'e göre müzakereler ne kadar uzun sürmüş olursa olsun, müzakerelerde geline son aşamada taraflardan birinin varılan sonucu kendisi açısından bağlayıcı sayarak karşı tarafa kabul beyanında bulunup bulunmayacağını sorması halinde bunun bir icap, karşı tarafın icaba uygun beyanının kabul olarak vasıflandırılması mümkündür.⁸⁶ Belirtmek gerekir ki icap ve kabulün nitelendirilmesi ve birbirinden tam olarak ayrılıp ayrılamayacağı sorunu sözleşmenin varlığı açısından bir önem teşkil etmemektedir. Kanaatimizce de söz konusu sınıflandırmanın sözleşmenin kurulması açısından bir etkisi bulunmamaktadır. Bununla birlikte tarafların yükümlülükleri, müzakere sürecinde hazırlanan ve değiş tokuş edilen metinlerin nitelendirilmesi ve savunma sanayii sözleşmelerinin kendine özgü özellikleri nedeniyle tarafların hukuki konumları bakımından müzakere sürecinin sınıflandırılması önem arz etmektedir. Bu sebeple çalışmada savunma sanayii sözleşmelerinin müzakere süreci sınıflandırılarak ele alınmaktadır.

Uluslararası ticari sözleşmelerin müzakere süreci, sözleşmenin kurulması noktasında temel basamağı teşkil etmektedir. Bu sebeple müzakere süreci tarafları açısından önem arz etmekte, ileride hukuki, ekonomik, sosyal, teknik ve siyasi herhangi bir uyuşmazlığın doğmasının önüne geçilmesi maksadıyla müzakere sürecinin dikkatle

⁸³ GIROLAMO, 389.

⁸⁴ GHURI, P. N.: *"THE ROLE OF ATMOSPHERE IN NEGOTIATIONS"*, International Business Negotiations, 2nd Edition, Ed: P.N. GHURI, J-C. USUNIER, Elsevier Ltd., UK, 2003, 206-219, sf. 214.

⁸⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, sf.168

⁸⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, sf.168-169.

yürütülmesi gerekmektedir.⁸⁷ Bu sebeple yürütülen süreç uzamakta, aylar belki yıllarca sürmektedir. Sürecin uzun olmasının ve uluslararası arenada yürütülmesinin doğal bir sonucu olarak süreci etkileyen birçok faktör bulunmaktadır. Bu faktörler uluslararası sözleşmelerin niteliğine göre değişmekte ise de genel olarak dil, kültür, güven ve güvenlik, müzakere yeri ve zamanı, devletler arası ilişkilerden kaynaklı siyasi faktörler, tarafların beklentileri, psikolojik faktörler, hukuk seçimi ve hukuk sistemleri olarak sayılmaktadır.⁸⁸

Müzakere sürecinin özellikleri, müzakere edilen temel konular ve akdedilmesi amaçlanan sözleşmeye göre şekillenmektedir. Diğer bir ifadeyle, kurulacak sözleşmenin ulusal veya uluslararası bir sözleşme olması, sözleşmenin konusunun mal veya hizmet alımı olması, sözleşmeye konu edilen spesifik mal veya hizmetin doğasından kaynaklanan farklılıkların bulunması sebebiyle müzakere sürecinin özellikleri farklı şekillenmektedir. Çalışmanın bir sonraki bölümünde müzakere sürecinin özellikleri ayrıntılı ve karşılaştırmalı olarak incelenecek olup bu bölümde yalnız her müzakere sürecinde var olan genel özelliklerden bahsedilmekle yetinilmiştir.

Müzakere süreci, her şeyden evvel tek taraflı bir pazarlık süreci olmadığından esnek ve uzlaşmacı bir süreçtir. Dolayısı ile tarafların kendilerince uygun bir noktaya kadar talep ve amaçlarından ödün vermeyi göze aldığı bir süreçtir. Yine müzakere süreci sözleşme ile ilgili tüm hususların görüşülüp karara bağlandığı bir süreç olduğundan kapsayıcı ve genellikle uzun sürelidir. Bununla birlikte tüm sözleşme müzakerelerinin uzun soluklu olduğunu söylemek mümkün değildir. Sözleşme müzakerelerinin uzun sürmesi özellikle uluslararası ticari sözleşme müzakerelerinde karşımıza çıkmaktadır. Bunun yanında doktrinde karşılıklılık özelliğinin bir sonucu olarak sözleşme müzakerelerinin saldırgan bir süreç olmaması gerektiği belirtilmektedir.⁸⁹ Son olarak sözleşme müzakereleri genel olarak hukuki bir metne bağlı olmadan yürütülmektedir. Bununla birlikte son dönemlerde özellikle uluslararası ticari sözleşme müzakerelerinde sürecin tamamının “müzakere sözleşmesi” adı altında hukuki bir metne bağlandığı

⁸⁷ Sözleşmelerin hazırlanması aşamasında ileride doğabilecek uyuşmazlıkların tespit edilmesinin önemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: ŞANLI, (Ticari Akitler).

⁸⁸ AYHAN İZMİRLİ, sf. 56- 72.

⁸⁹ AYHAN İZMİRLİ, sf. 59.

görülmektedir.⁹⁰ Bu hususta önemle belirtmek gerekir ki müzakere süreci, bir hukuki metne bağlı olsun veya olmasın tarafların sırf müzakere sürecinde bulunmaları sebebiyle hukukun temel ilkelerinden olan dürüstlük kuralından kaynaklanan hukuki yükümlülükleri bulunmaktadır.⁹¹ Dolayısı ile müzakere süreci taraflara belirli sorumluluklar yükleyen bir özelliği de haizdir. Müzakere sürecinde tarafların hukuki yükümlülükleri temel olarak dürüstlük kuralına uygun davranma olarak ifade edilmekle birlikte, dürüstlük kuralının görünüm biçimi müzakere edilen sözleşmeye göre şekillendiğinden bu konu da bir sonraki bölümde karşılaştırmalı olarak incelenecektir. Bununla birlikte müzakere süreci genel olarak taraflara dürüstlük kuralına uygun davranma, dürüst ve ciddi bir şekilde müzakerelerde bulunma, sebepsiz ve zamansız şekilde müzakere sürecini sonlandırmama, sadakat ve koruma, sözleşmenin yapılması veya şartlarının tespiti hususundaki kararlarına etki edecek hususlar hakkında birbirine bilgi verme, müzakerenin ehliyetli kişilerce yürütülmesi, paylaşılan bilgi ve verilerin gizliliğinin sağlanması, özen yükümlülüğüne uygun hareket edilmesi gibi yükümlülükler yüklemektedir.⁹² Bu yükümlülüklerin yanında taraflar arasında müzakere sürecini düzenleyen müstakil bir “müzakere sözleşmesi” akdedilmiş ise bu sözleşmede öngörülen yükümlülükler de bulunmaktadır.

Müzakere sürecinin sona ermesi temel olarak iki şekilde gerçekleşmektedir. Bunlardan ilki, müzakere taraflarınca dürüstlük kuralları çerçevesinde süreç sonunda bir sözleşme akdedilmesinin mümkün olmadığı noktasında mutabakata varılmasıdır. Bu noktada, her ne kadar dürüstlük kuralının sözleşme serbestisi kuralını, yani bir tarafın sözleşme yapmama özgürlüğünü kısıtlamadığı belirtilmekte ise de, müzakerenin taraflarından birinin tek başına süreci sebepsiz bir şekilde sonlandırması dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağından, süreci sonlandıran tarafın bu hususta sorumluluğu doğmaktadır.⁹³

Müzakere sürecini sona erdiren diğer bir durum ise müzakereye konu edilen sözleşmenin kurulmasıdır. TBK uyarınca tarafların birbirine uygun, açık veya örtülü

⁹⁰ İŞINTAN, sf. 124 vd.

⁹¹ OĞUZMAN, M.K./ BARLAS, N. “*MEDENİ HUKUK, GİRİŞ, KAYNAKLAR, TEMEL KAVRAMLAR*” On İki Levha Yayınları, 28. Bası, İstanbul, 2022, sf.286.

⁹² İŞINTAN, sf. 123- 149; AYHAN İZMİRLİ, sf. 140 – 164; OĞUZMAN/BARLAS, sf. 286-287; OĞUZMAN/ÖZ, sf. 79-80.

⁹³ İŞINTAN, sf. 149-152.

karşılıklı irade beyanları ile sözleşme kurulmaktadır. Bir diğer deyişle yapılan önerinin karşı tarafça kabul edilmesi halinde sözleşme kurulmaktadır.⁹⁴ Öneri, bir sözleşme akdetmek amacıyla bir tarafın teklifini içeren, kurulması amaçlanan sözleşmenin objektif esaslı unsurlarını içeren ve karşı tarafa yöneltilen, sözleşmenin kurulmasında zamansal olarak önce olan ve kabul edilmesi halinde sözleşmenin kurulmasını sağlayan irade beyanıdır.⁹⁵ Bir irade beyanının öneri mi yoksa öneriye davet niteliğinde olması önem arz etmektedir. Çünkü irade beyanı öneri olarak adlandırılır ise, öneren önerisi ile bağlı olduğu için bu önerinin karşı tarafça kabul edilmesi halinde sözleşmenin kurulmuş olmaktadır. İrade beyanının öneri mi yoksa öneriye davet mi olduğu noktasında güven teorisi ışığında irade beyanının yorumlanması gerekmektedir.⁹⁶ Nitekim TBK m.8/1 hükmü de buna işaret etmektedir.⁹⁷ Örneğin irade beyanı sözleşme müzakerelerine başlamak yönünde bu noktada öneriye davet söz konusu olmaktadır.⁹⁸ Önerenin önerisini geri alması belirli şartların varlığı halinde mümkündür. TBK'ya göre, öneri hazır olmayan yani interaktif biçimde iletişimde olmayan birine yapılmış ise bu öneriden önce geri alma beyanının karşı tarafa ulaşması halinde önerinin geri alınması mümkün olmakta, bu halde öneren önerisi ile bağlı olmaktan kurtulmaktadır. Yine öneri hazır olmayan karşı tarafa belirli bir süre tayin edilerek iletilmiş ise bu sürenin geçmesi ile öneren önerisi ile bağlı olmaktan kurtulur.⁹⁹ Kabul, yapılan bir önerinin önerenine yöneltilen ve sözleşmeyi öneriye uygun olarak kurma iradesini kesin olarak ifade eden irade beyanıdır.¹⁰⁰ Kural olarak öneriye uygun kabul beyanı ile sözleşme kurulmakta ise de tıpkı öneride olduğu gibi kabulün de hazır olmayanlar arasındaki kabul beyanının geri alınması mümkündür. Nitekim TBK m. 10/2 hükmü, öneri için düzenlenen kuralın kabul için de geçerli olduğunu belirtmektedir.¹⁰¹

Sözleşmenin kurulması için irade beyanlarının birbirine uygun olması gerektiği yukarıda belirtilmişti. Buna göre sözleşmenin kurulmasındaki bu uyuşmanın tarafların

⁹⁴ OĞUZMAN/ÖZ, sf. 51.

⁹⁵ OĞUZMAN/ÖZ, sf. 52-53.

⁹⁶ OĞUZMAN/ÖZ, sf. 53-54.

⁹⁷ TBK, m. 8/1 “Öneren, önerisi ile bağlı olmama hakkının saklı olduğunu açıkça belirtirse veya işin özelliğinden ya da durumun gereğinden bağlanma niyetinde olmadığı anlaşılırsa, öneri kendisini bağlamaz.”

⁹⁸ OĞUZMAN/ÖZ, sf. 53.

⁹⁹ OĞUZMAN/ÖZ, sf. 58 vd.

¹⁰⁰ OĞUZMAN/ÖZ, sf. 67 vd.

¹⁰¹ OĞUZMAN/ÖZ, sf. 70.

müzakere ettikleri veya taraflardan birinin sözleşmede yer almasını istediği bütün esaslı noktalar üzerinde olması gerekmektedir.¹⁰² Bununla birlikte anlaşma sağlanan bu noktalar, akdedilmesi amaçlanan sözleşmenin “sözleşme” niteliğini kazanması için gerekli unsurları da kapsamayı gerekmektedir. Bu unsurlar, sözleşmenin objektif esaslı unsurları olarak adlandırılır.¹⁰³ Sözleşmenin objektif esaslı unsurları yanında, müzakere eden tarafların birlikte veya taraflardan birinin sözleşmede mutlaka yer almasını istediği hususlar var ise, bunlar üzerinde anlaşmaya varılmaması halinde de sözleşme kurulmamış sayılır. Bu hususlara sübjektif esaslı unsurlar denmektedir.¹⁰⁴

Sözleşmenin kurulması anının tespiti kabul beyanının hazır olan muhataba veya hazır olmayan muhataba yöneltilmesine göre farklılık göstermektedir. Hazırlar arasında bir sözleşmenin kuruluş anının tespitinde ise önerinin süreli olup olmadığından yola çıkılarak belirleme yapılmaktadır. Nitekim TBK m.3 ve devamı hükümlerinde bu şekilde bir ayırmadan yola çıkılarak hükümler düzenlenmiştir. Buna göre hazırlar arasında belirli bir süreye bağlanan öneri, bu süre içinde kabul edilmemişse öneren önerisi ile bağlı olmaktan kurtulmuş olmaktadır.¹⁰⁵ Hazırlar arasında belirli bir süreye bağlanmayan önerilerde ise öneri hemen kabul edilmez ise öneren önerisi ile bağlı olmaktan kurtulmaktadır.¹⁰⁶ Hazır olmayanlar arasında sözleşmenin kuruluş anına ilişkin olarak açıklama, gönderme, varma, öğrenme olmak üzere dört temel teori bulunmaktadır. Yani kabul beyanının açıklandığı an, kabul beyanının kabul iradesi sahibi tarafından gönderildiği an, kabul beyanının önerenin (posta kutusu gibi) hâkimiyet alanına ulaştığı an ve karşı tarafın bu beyanı öğrendiği an sözleşme kurulmuş kabul edilebilmektedir.¹⁰⁷ TBK m.5 hükmünün gerekçesinden kabul beyanı hazır olmayan kimseye yöneltilmiş ise kabul haberinin önerenin hakimiyet alanına varması ile sözleşmenin kurulduğu kabul edilmektedir. Bu noktada Türk Hukukunda varma teorisi kabul edilmekte, kabul haberinin öneren tarafından öğrenilmesi aranmamaktadır.¹⁰⁸ Türk Hukukuna benzer olarak İsviçre Hukukunda da varma teorisi kabul edilmektedir.¹⁰⁹ Buna karşılık Alman

¹⁰² OĞUZMAN/ÖZ, sf.74

¹⁰³ OĞUZMAN/ÖZ, sf. 74; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, sf. 174.

¹⁰⁴ OĞUZMAN/ÖZ, sf.75; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, sf.175-176.

¹⁰⁵ OĞUZMAN/ÖZ, sf. 60.

¹⁰⁶ OĞUZMAN/ÖZ, sf. 58 vd.

¹⁰⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, sf. 210-213; OĞUZMAN/ÖZ, sf. 74-77.

¹⁰⁸ OĞUZMAN/ÖZ, sf. 77.

¹⁰⁹ OĞUZMAN/ÖZ, sf. 76, dpn:107

Hukukunda ağırlıklı görüşe göre somut durumda önerenin kabul beyanını öğrenmesi kendisinden beklenemiyor ise beyanın ulaşmamış sayılacağı, bir diğer deyişle sözleşmenin bu hallerde öğrenme teorisine kurulmuş sayılacağı kabul edilmektedir. Buna varmada öğrenilebilirlik görüşü denilmektedir.¹¹⁰

UNIDROIT Prensiplerinde de sözleşmenin kurulması anına ilişkin benzer düzenlemelerden yola çıkılmakta, önerinin kabul beyanının önerene varması anında hüküm doğuracağı hüküm altına alınmaktadır.¹¹¹

Uluslararası unsurlu sözleşmelerde sözleşmenin kurulduğu anın bir başka deyişle müzakere sürecinin sonlandığı anın tespiti taraflarca hukuk seçimi yapılmış ise bu hukuka göre, yapılmamış ise kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde sözleşmeye uygulanacak hukuka göre belirlenmektedir.¹¹²

1.2. YÖNTEM

Çalışmamız, içeriğin yanı sıra yöntem bakımından da Medenî Hukuk, Borçlar Hukuku, Uluslararası Ticaret Hukuku ve Savunma Sanayii Hukuku alanlarına katkı sunmayı amaçlamaktadır. Bu nedenle, çalışma konumuzun bünyesine ve niteliğine uygun düşmesinden ötürü, karma bir araştırma yöntemi tercih edilmiştir. Bu itibarla, çalışmamız hem klasik hukuki araştırma yöntemleri hem de ikincil veri analizi yöntemi kullanılarak hazırlanmıştır.

İkincil veri analizi yöntemi, genel olarak daha önce başka bir amaçla elde edilen verilerin düşünsel analizi ve kullanılması olarak tanımlanmaktadır.¹¹³ Bu çalışma kapsamında daha önceden uyuşmazlıkların çözüm yolları, hukuki danışmanlık faaliyetleri, sözleşme ile müzakere metinlerinin hazırlanması ve gerek sözleşme müzakerelerine yönelik gerekse uyuşmazlıkların çözüm yollarına yönelik hukuki mütalaa hazırlanması aşamasında elde edilen nitel ve nicel verilerin incelenmesi ve analiz edilmesi yöntemi tercih edilmiştir. Bunun yanında, tez çalışmasından önceki veya tez

¹¹⁰ OĞUZMAN/ÖZ, sf. 77, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, sf. 172 vd.

¹¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. UNIDROIT Prensipleri 2016, Bölüm 2, Ayrım 1.

¹¹² DOĞAN, sf. 117- 118.

¹¹³ Veri Toplama Yöntemleri, Araştırma Verilerinin Yönetimi Eğitimi, TÜBİTAK ULAKBİM Açık Ders Platformu, Erişim Adresi: <https://acikders.ulakbim.gov.tr/mod/page/view.php?id=8> , Erişim Tarihi: 21.12.2021

alışmasının hazırlanması aşamalarda tez çalışması dışındaki faaliyetler sebebiyle elde edilen doküman ile kayıtların incelenmesi, yorumlanması ve analiz edilmesi neticesinde ulaşılan verilere çalışma kapsamında dolaylı olarak yer verilmiştir. Çalışmanın konusu doğrultusunda özellikle savunma sanayiinde kullanılan sözleşme türleri, bu sözleşmelerin müzakere sürecinin genel hatları ile ilerleyişı, müzakere sürecinde hazırlanan hukuki ve hukuki olmayan metinler, müzakere sürecinde karşılaşılan hukuki uyuşmazlıklar hakkında ikincil veri analizi yöntemi tercih edilmiştir. Bu yöntemin uygulanması esnasında ticari sır, devlet sırrı yahut işletme sırrının ifşasına vücut verecek şekilde veri aktarımından kaçınılmıştır. Ayrıca Savunma Sanayii Güvenliğı Kanunu başta olmak üzere ilgili diğerk mevzuat uyarınca gizli olarak kabul edilen verilerin ve ticari sırların doğrudan ve dolaylı olarak ifşasına vücut verilmesinin engellenmesi maksadı ile doğrudan veya dolaylı atıf olarak çalışmaya aktarılmamış, elde edilen veriler hukuki yorum ve analize tabi tutularak uygulamadan elde edilen veriler olarak çalışmaya aktarılmıştır.

BÖLÜM 2

SAVUNMA SANAYİİNDEKİ ULUSLARARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERİN MÜZAKERESİ

2.1. GENEL OLARAK SAVUNMA SANAYİİNDEKİ ULUSLARARASI TİCARİ SÖZLEŞMELER

Savunma sanayii sözleşmesinin tanımlanması, öncelikle savunma kavramının tanımlanmasını zorunlu kılmaktadır. Bir önceki bölümde ayrıntılı olarak ele alınmış olmakla birlikte, savunma kavramı bu çalışmanın konusu ile sınırlı olarak dış ve iç tehditlere veya düşmanlardan gelebilecek herhangi bir saldırıya karşı koyulması, olası saldırılara sistemli bir şekilde hazırlıklı olunması olarak tanımlanmakta ve modern devletlerde devletin savunmasının yine devletin tekelinde olduğu kabul edilmektedir. Modern devletin sistemli bir yapısının olduğu, gerek ulusal gerekse uluslararası işlemlerinin kanun, yönetmelik gibi mevzuat ve sözleşmelere konu edildiği göz önüne alındığında savunmaya yönelik işlemlerin örneğin silah ve teçhizat gibi savunma ürünleri üretilmesinin, satıma konu edilmesinin, savunma sistemlerine ilişkin yazılım, know - how ve faydalı bilgi üretiminin veya başkaca bir hizmet alımının bağitlandığı sözleşmeler uygulamada savunma sanayii sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır. Savunma sanayii işlem ve uygulamalarının düzenlendiği ilgili mevzuatta doğrudan savunma sanayii sözleşmesi tanımı yer almamakta ve savunma sanayii alanında yapılan işlemlerin doğrudan tanımlarına yer verilmemektedir. Bununla birlikte mevzuat kapsamında olan ve savunma sanayii alanında yapılan iş ve işlemler dolaylı olarak tanımlanmaktadır. 5201 sayılı Harp Araç Gereçleri ile Silah Mühimmat ve Patlayıcı Madde Üreten Sanayi Kuruluşlarının Denetimi Hakkında Kanun m.2’de “*Her türlü harp araç ve gereçleri ile silah, mühimmat ve bunlara ait yedek parçalarla patlayıcı maddeleri üretmek üzere kurulan veya işletilen kurum ve kuruluşlar*” ın söz konusu Kanun’un kapsamını oluşturduğu belirtilmekle savunma sanayiinde gerçekleştirilen dolayısı ile savunma sanayii sözleşmelerine konu edilen faaliyetler belirtilmektedir. 5202 sayılı Savunma Sanayii Güvenliği Kanunu m.1’de Kanun’un amacının “*Savunma sanayii kapsamında yapılan anlaşmalarda yer verilen ve doğrudan satın alma, müşterek proje programlarına katılım, teşvik veya yatırım yolu ile tedarik edilecek veya savunma sanayii, teknoloji ve*

teçhizatı sahasında araştırma ve geliştirme, imalat ve montaj” yapan gerçek ve tüzel kişilerin gizliliğinin, güvenliğinin ve korunmasının sağlanması olduğu belirtilmekte, aynı Kanun m.2’de ise kapsamın “ Savunma sanayiine ait gizlilik dereceli her türlü anlaşma ile bilgi, belge, proje, malzeme veya hizmetlerin alımını, satımını, üretimini, araştırma ve geliştirmesini, muhafazasını ve depolanmasını yapacak ve yaptıracak gerçek kişiler ile tüzel kişiler ile bunların faaliyet gösterdiği tesisler” olduğu belirtilmektedir. Her iki maddenin birlikte ele alınması neticesinde savunma sanayiindeki faaliyetlerin ve dolayısı ile bu faaliyetleri konu edinen savunma sanayii sözleşmelerinin gizlilik ve güvenlik yönüyle dolaylı olarak tanımlandığı görülmektedir. 06.01.2021 tarihli ve 31356 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan “3373 sayılı Savunma Sanayii Başkanlığı Tarafından 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 3 Üncü Maddesinin (b) Bendi Kapsamında Yapılacak İhalelere İlişkin Usul ve Esaslar” başlıklı Cumhurbaşkanlığı Kararı kapsam başlıklı m.2’de “Savunma Sanayii Başkanlığı ile Savunma Sanayii Başkanlığının doğrudan ya da dolaylı olarak sermayesinin yarısından fazlasına sahip bulunduğu her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler tarafından, 4734 sayılı Kanun’un 3 üncü maddesinin (b) bendi kapsamında gerçekleştirilen mal ve hizmet alımları ile yapım işlerini, araştırma geliştirme projelerini, yenilikçi projeleri, yapılabirlik etütlerini ve danışmanlık hizmetlerini” kapsadığı belirtilerek Kamu İhale Kanunu kapsamının dışında kalan savunma sanayii faaliyetlerini içeren sözleşmeler konusu itibariyle ve sınırlı sayma yapılmaksızın tanımlanmaktadır. Aynı Karar “Tanımlar” başlıklı m.4’de ise proje, Ar-Ge projesi, hizmet, lojistik destek projesi, acil alım projesi, mal/ürün, modernizasyon projesi, yapılabirlik etüdü, yenilikçi proje kavramlarının tanımlarına yer verilerek savunma sanayii alanında yürütülen ve savunma sanayii sözleşmelerinin konusunu oluşturan faaliyetlerden ne anlaşılması gerektiği tanımlanmaktadır. Buna göre proje kavramı modernizasyon projelerini, Ar – Ge projelerini, yenilikçi projeleri, lojistik destek projelerini, acil alım projelerini, yapılabirlik etütlerini ve danışmanlık hizmetlerini kapsamaktadır. Modernizasyon projesi, tedariki sağlanacak mal, hizmet alımları ile bu alımlara ilişkin proje; Ar – Ge projesi yurt içi teknolojik birikim sağlamayı, alt sistem, bileşen, teknoloji geliştirmeyi hedefleyen, seri üretim içermeyen proje; mevcut veya hızlı kazanılabilecek teknolojilerin ve ürünlerin belirli bir konsept veya amaç doğrultusunda yeni ürünlere ve/veya kabiliyetlere dönüştürüldüğü, bir araya getirildiği, farklı alan sistem ve platformlara entegre edildiği, içerisinde geliştirme ve/veya yeniden mühendislik

faaliyetlerini barındırabilen konsept, teknoloji veya kabiliyet gösteriminin en az birini hedefleyen, gelişim sağlayan, yenilikçi ya da özgün proje; lojistik destek projeleri, ihtiyaç makamının envanterinde bulunan veya bulunacak olan araç, gereç ve sistemlere bakım, onarım, iyileştirme ve benzeri hususlarda lojistik destek sağlanmasına yönelik mal ve hizmet alımına ilişkin bütünlükli proje; acil alım projesi, önceden öngörülemeyen, kısa sürede karşılanması gereken ve karşılanmaması durumunda ulusal/uluslararası görev ve/veya sorumluluğun yerine getirilmesini engelleyen ihtiyaçların teminine yönelik proje; yapılabirlik etüdü, işin yapılabirliğine, geliştirilmesine, üretimine ve kullanımına ilişkin hususların değerlendirildiği çalışma olarak tanımlanmaktadır.¹¹⁴ İlgili mevzuatta yer alan savunma sanayii projesi uygulamada savunma sanayii sözleşmesi olarak kabul edilmekle birlikte her savunma sanayii sözleşmesinin savunma sanayii projesi olarak kabul edilmesi her zaman mümkün olmamaktadır. Çünkü aşağıda ayrıntılı olarak incelendiği üzere savunma sanayii projeleri uygulamada birden çok savunma sanayii sözleşmesinin dolayısıyla birden çok tarafın bir araya gelmesi ile oluşan karmaşık bir ilişki olarak kendini göstermektedir.

Doktrinde ise savunma sanayii sözleşmeleri genel olarak stratejik hedefler kapsamında yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ülke savunması ve güvenliği için ihtiyaç duyulan maddi ürünlerin ve *know – how*, faydalı bilgi, yazılım gibi fikri mülkiyet haklarının üretilmesi, geliştirilmesi, bakım-onarım, garanti, eğitim, danışmanlık ve benzeri hizmetleri konu edinen sözleşmeler olarak tanımlanmaktadır.¹¹⁵ Bir başka yazara göre ise Savunma Sanayii Başkanlığı'nın satın alma ve hizmet sözleşmelerinin savunma sanayiinin geliştirilmesini esas alan proje modelleri ile gerçekleştirilmek üzere görevlendirilmesi sebebiyle savunma sanayii faaliyetlerini içeren sözleşmeler tanımlı bir mal ve hizmetin satın alınmasından öte bir yaklaşım içeren sözleşmeler olarak tanımlanmaktadır. Buna bağlı olarak savunma sanayii projelerinin yani sözleşmelerinin tasarım ve geliştirme faaliyetlerinin yurtiçi istekliler tarafından yapıldığı yurtiçi geliştirme, birden çok ülkenin ortak ihtiyacının karşılanmasına yönelik uluslararası konsorsiyum, tasarımı yurtdışındaki bir firmaya ait olan ürünün tamamının veya belirli bir kısmının teknoloji veya üretim veri paketi transferi ile yurt içinde üretimini esas alan

¹¹⁴ 3373 sayılı Savunma Sanayii Başkanlığı Tarafından 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3 Üncü Maddesinin (b) Bendi Kapsamında Yapılacak İhalelere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Cumhurbaşkan Kararı, R.G.: 31356, T. 06.01.2021, m.4.

¹¹⁵ DEMİRBAŞ, sf. 111

ortak üretim, yurt dışından hazır alım ve uzun vadeli sistem ihtiyaçlarına ilişkin yurtiçi teknoloji birimini sağlamayı ve alt sistem, bileşen, teknoloji geliştirmeyi hedefleyen, seri üretimi içermeyen Ar – Ge projeleri olarak sınıflandırıldığı belirtilmektedir.¹¹⁶

Ulusal düzenlemeler çerçevesinde Türk Hukuku dışında diğer ulusal hukuk düzenlemelerinde de savunma sanayii projelerinin ve savunma sanayii sözleşmelerinin dolaylı olarak tanımına yer verilmektedir. Örneğin ABD’de savunma sanayiindeki ulusal ve uluslararası mal ve hizmet tedarikinde uygulanan temel standartlar olan DFARS (*Defence Federal Acquisition Regulation Supplement*) ‘da doğrudan savunma sanayii sözleşmelerinin tanımı yapılmamakla birlikte savunma tedarik sistemi tanımına yer verilmektedir. Buna göre, savunma tedarik sistemi, ABD’nin teknoloji, programlar ve ürün idame konularında Başkan tarafından Ulusal Güvenlik Kanunu (*National Security Act of 1947*) kapsamında belirlenen ve ABD Silahlı Kuvvetlerinin ihtiyaçlarını yönetmeyi hedef alan mevcut savunma tedarik sisteminde kullanılacak sözleşmelerin usul ve esaslarını belirleyen bir sistem olarak tanımlanmaktadır.¹¹⁷ Bu düzenlemede yer alan savunma tedarik sistemi tanımı da esas itibarıyla Türk Hukukundaki savunma sanayii projesi ile benzerlik arz ettiğinden bu tanımın dolaylı olarak savunma sanayii sözleşmesine işaret ettiği ayrıca DFARS düzenlemelerinde tedarik boyutu ile savunma sanayii sözleşmelerine yer verildiği görülmektedir.

Ulusal mevzuatlarda yer alan düzenlemeler, doktrinde yapılan bu tanımlamalardan ve uygulamadan yola çıkarak, savunma sanayii sözleşmeleri;

- Konusu itibarıyla devletin tekelinde olan savunmanın, sistematik olarak yapılabilmesi için devletler tarafından belirlenen stratejiye ve ihtiyaca uygun olan, bu yönüyle üretim ya da hizmeti amaçlayan diğer ticari sözleşmelerden ayrılan,
- Silah, teçhizat, kara hava ve deniz araçları ile sistem gibi maddi ürünler ve know – how, faydalı model, yazılım gibi maddi olmayan ürünlerin devletin dolaylı yoldan kontrolü altında sistematik olarak ve birbirine

¹¹⁶ KÜFLÜ, A./BEYOĞLU, B.E., *SAVUNMA SANAYİİ MÜSTEŞARLIĞININ (SSM) TEDARİK FAALİYETLERİ VE HUKUKİ ÇERÇEVE*, Dış Denetim Dergisi, Ekim-Kasım-Aralık 2010, sf. 107-116, 112-113, <https://docplayer.biz.tr/7121567-Savunma-sanayii-mustesarliginin-ssm-tedarik-faaliyetleri-ve-hukuki-cerceve.html>

¹¹⁷DFARS, Part 201.1 Purpose, Authority and Issuance <https://www.acquisition.gov/sites/default/files/current/dfars/pdf/DFARS.pdf>

bağlı projeler çerçevesinde üretilmesinin, geliştirilmesinin, bunların alım veya satımının, yapım, bakım, onarım, garanti, eğitim danışmanlık ve benzeri hizmetlerin temel unsur olduğu

sözleşmeler olarak tanımlanabilmektedir. Bu sözleşmelerin uluslararası aktörler arasında yahut uluslararası yarar alanına girecek şekilde yapılması halinde, savunma sanayii alanındaki uluslararası ticari sözleşmeler söz konusu olmaktadır.

Bu tanıma göre savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmelerin diğer hizmet ve tedarik sözleşmelerinden farklı olarak kendine özgü yönleri bulunan sözleşmeler olduğu sonucuna varılmaktadır. İlk farklılık sözleşmelerin edim konusu bağlamında ortaya çıkmaktadır. Nitekim, savunma sanayii sözleşmelerinde temel edim tek başına hizmetin sağlanması ve/veya ürünün satın alınması değildir. Savunma sanayii alanındaki uluslararası ticari sözleşmeler, diğer ticari sözleşmelerden farklı olarak ülkelerin savunma stratejileri ile doğrudan ilişkilidir. Bu sebeple bu alandaki sözleşmeler stratejik unsurlara sahiptir. Stratejik unsurlar, genel olarak ülkelerin savunma strateji hedefleri ile belirlediği amaçlar¹¹⁸ ile ülkelerin savunma ve güvenlik politikalarını içermektedir. Stratejik unsurların saptanmasında, ülkelerin karar ve kararın icrasını yürüten mercilerinin işleyişi önem taşımaktadır. Bu tür sözleşmeler ile elde edilmek istenen menfaatin savunma stratejileri ve politikaları ile doğrudan ilişkili olması sebebiyle ulusal ve uluslararası stratejiden kaynaklanan temel edim yükümlülüklerinin bulunduğu uygulamada görülmektedir.

Konu ve stratejik unsur itibarıyla farklılığın bir sonucu olarak savunma sanayii sözleşmeleri, diğer hizmet ve tedarik sözleşmelerinden farklı olarak performans odaklı sözleşmelerdir. Savunma sanayii sözleşmelerinde, diğer sektörde olduğu gibi bütçe ve maliyet belirli bir öneme sahiptir. Bununla birlikte, temel unsur ürünün, sistemin veya hizmetin işlevselliği ve sözleşme takvimi noktasında ortaya çıkmaktadır. İşlevsellik, proje içindeki diğer sözleşmeler ve savunma sanayii sistemi ile uyumluluk ve sözleşmede yer alan her bir edimin hangi zaman diliminde yerine getirilmesi gerektiğinin belirlendiği sözleşme takvimi temel edim yükümlülüğü diğer sektörlerdeki sözleşmelerden farklı olarak kararlaştırılmaktadır.

¹¹⁸ HERDEM, sf. 21-23.

Savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmeleri diğer sözleşmelerden ayıran başka bir özellik ise sözleşme neticesinin uyumlaştırılmasıdır. Savunma sanayii sözleşmelerine konu ürünün, sistemin veya hizmetin nihai alıcısı devletlerin savunma ve güvenlik kurumlarıdır. Bu nedenle, halihazırdaki envanter ile bu envantere eklenecek olan ürün veya hizmetin bunlarla uyumlu olması, her ürün ve hizmet için zorunlu teknik gereklilik ve yeterliliklerin sağlanması, ulusal ve uluslararası kalite, standardizasyon ve akreditasyon aşamalarının izlenmesi, NATO gibi askeri alandaki uluslararası organizasyonlara üyelik sebebiyle ilgili uluslararası prosedürlerin takip edilmesi ve kalifikasyonun sağlanması gerekmektedir.¹¹⁹ Her ülkenin kalifikasyon şartlarının farklı olması neticesinde uyumluluğun ve öngörülen standartların sağlanması özellikle müzakerelerin başlaması anından itibaren taraflar arasında görüşülen ve tartışılan bir husustur. Bu uyumluluk NATO üyesi olan ülkeler için Standardizasyon Sözleşmeleri (STANAG) ile sağlanmaya çalışılmaktadır.

Savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmeler, doğrudan son alıcı olan devlet kurumları ile özel hukuk kişileri arasında akdedilebileceği gibi, sadece özel hukuk kişileri arasında da akdedilebilmektedir.¹²⁰ Bir diğer deyişle, son alıcının çoğunlukla devlet kurum ve kuruluşları olması bu sözleşme türünün sadece idare ile yapılabileceği anlamını taşımamaktadır. Nitekim, sistemlerin üretimi veya hizmetin sağlanması aşamalarındaki projeler kapsamında ana sözleşmenin yanında birçok alt sözleşme ilişkisi kurulmaktadır. Bununla birlikte, bir tarafını kamu kurum ve kuruluşlarının teşkil ettiği ana sözleşmelerin sistemli ve belirli bir kamusal düzene bağlı olması neticesinde özel hukuk tüzel kişileri ile yapılan ve ana sözleşmeye bağlı alt sözleşmelerin bu kamusal düzen ve sistemle uyumlu olması, ana sözleşmedeki yükümlülüklerinin alt sözleşmelere de yansıtılması söz konusudur. Bu kamusal düzen ve sistematik, Türkiye’de Savunma Sanayii Başkanlığı, ABD’de DoD (*United States Department of Defence*) FAR, DFARS uygulamaları yoluyla sağlanmaktadır. FAR (*Federal Acquisition Regulation*), ulusal ve uluslararası sözleşmeler uyarınca yapılan mal ve hizmet tedarikinde takip edilmesi gereken temel esaslardır. DFARS ise savunma sanayii alanındaki ulusal ve uluslararası mal ve hizmet tedarikinde FAR’a ilave olarak uygulanan temel esaslar olarak

¹¹⁹ DEMİRBAŞ, sf. 113.

¹²⁰ DEMİRBAŞ, sf. 113.

tanımlanmaktadır.¹²¹ Bu alanda sadece ulusal sözleşmelerin akdedildiğinden bahsetmek mümkün değildir. Nitekim uluslararası ticaretin yaygınlaşması ve ülkelerin güvenliği açısından teknolojiyi takip etme isteği neticesinde yabancı özel hukuk kişileri arasında veya konusu itibarıyla uluslararası ticaretin fayda alanına giren savunma sanayii sözleşmeleri akdedilmektedir. Savunma sanayiinde ana sözleşme şeklinde uluslararası ticari sözleşme akdedilebileceği gibi ana sözleşmede öngörülen belirli bir mal veya hizmetin sağlanması amacıyla yapılan alt yüklenicilik sözleşmesi şeklinde uluslararası ticari sözleşmeler akdedilebilmektedir. Özellikle uygulamada proje bazında yürütülen savunma sanayii iş ve işlemlerinde, ana sözleşmenin yanında ana sözleşme çerçevesinde ve fakat ana sözleşmenin hüküm ve düzenlemelerinden ayrı hüküm ve düzenlemeler ihtiva eden, ana sözleşmenin taraflarından farklı taraflar arasında kurulan, böylelikle ana sözleşmeden bağımsız bir sözleşme olarak birçok alt sözleşmenin yapıldığı görülmektedir. Ne var ki, yukarıda belirtildiği üzere müstakil bir sözleşme olarak akdedilen alt yüklenicilik sözleşmeleri, ana sözleşmedeki yükümlülüklerle paralel yükümlülükler ihtiva etmekte, ana sözleşme ile aynı projede yer alması ve projenin temel amacına hizmet etmesi yönünden aynı bağlamda yer almaktadır. Ancak alt yüklenicilik sözleşmelerinin ana sözleşmelerdeki yükümlülüklerin alt sözleşme yüklenicisine yansıtılması ve ana sözleşme ile alt yüklenicilik sözleşmesinin aynı proje bağlamında yer alması alt yüklenicilik sözleşmesinin ana sözleşmeden ayrı müstakil bir sözleşme olmasını etkilememektedir. Bunun doğal bir sonucu olarak alt yüklenicilik sözleşmesine taraf olan alt yüklenici, ana sözleşmenin tüm hükümleri ile bağitlanmamakta, sadece alt yüklenicilik sözleşmesinde açıkça atıf yapılan ya da yer verilen ana sözleşme hükümleri ile bağitlanmaktadır. Nitekim bu husus yargı uygulamasında da kabul edilmektedir.¹²²

Savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmelerin; üretim, satım ya da hizmeti konu edinen diğer uluslararası sözleşmelerden bir başka ve en önemli farklarından biri ise müzakere aşamalarından itibaren güvenliğin temel edimi

¹²¹ <https://www.acquisition.gov/browse/index/far>, <https://www.acquisition.gov/dfars>

¹²² Ana Sözleşmenin NATO ile uluslararası bir şirket olan X arasında akdedildiği, bundan bağımsız olarak Türk mevzuatına göre kurulan özel hukuk tüzel kişisi Y ile ana sözleşmenin tarafı olan X'in Türkiye Cumhuriyeti'ndeki temsilcisi Z arasında akdedilen alt yüklenicilik sözleşmesinde ana sözleşme hükümlerinin doğrudan uygulanamayacağı, yalnızca alt yüklenicilik sözleşmesinde doğrudan yer alan yahut açıkça atıf yapılan ana sözleşme hükümlerinin uygulanabileceği, ayrıca alt yüklenicilik sözleşmesinin taraflarının sözleşmede belirtilen Z ile alt yüklenici Y'den ibaret olduğu Ankara Asliye Ticaret Mahkemesi'nin kararı ile hüküm altına alınmıştır.

destekleyecek nitelikte ön planda olmasıdır. Nitekim ulusal mevzuat bağlamında 5202 sayılı Savunma Sanayii Güvenliği Kanunu ve aynı Kanun'a dayanılarak çıkarılan Yönetmelikte¹²³ güvenlik unsuru açıkça vurgulanmaktadır. Bu doğrultuda her türlü savunma sanayii faaliyeti tesis güvenlik belgesi bulunan tesislerde yürütülmektedir. Yine bu doğrultuda bu alanda yürütülen endüstriyel faaliyetlerde mevcut ve çalışma sırasında açığa çıkan belirli bir bilginin, belgenin, malzemenin veya teçhizatın ülke güvenliği açısından taşıdığı önem derecesi ile paralel olarak belirli bir gizlilik derecesine sahip olduğu kabul edilmekte, bilmesi gereken ve kişi güvenlik belgesine sahip olan kişiler haricindekilere bunların açıklanması yasaklanmaktadır.¹²⁴ Uluslararası alanda da NATO düzenlemeleri başta olmak üzere savunma sanayiindeki sözleşmelerin ve faaliyetlerin güvenliğine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Bu bağlamda, NATO üyesi ülkeler açısından bağlayıcı olarak yayımlanan *Security Within The North Atlantic Treaty Organization (NATO)* isimli deklarasyonda NATO bünyesinde yapılacak sözleşmelerin gizlilik ve güvenliğine ilişkin hususlar düzenlenmektedir. Belgenin düzenlenme amacının gizli bilgiler için ortak bir koruma derecesi sağlamak için NATO Milletleri ve NATO Sivil ve Askeri organları tarafından uygulanacak temel ilkeleri ve asgari güvenlik standartlarını belirlemek olduğu, ayrıca NATO üyesi ülkelerin bu dokümana uygun ulusal güvenlik sistemine dayandırılması gerektiği belirtilmektedir.¹²⁵ 5202 sayılı Savunma Sanayii Güvenliği Kanunu'nda açıkça NATO düzenlemelerine atıf yapılmakta, buna göre NATO bünyesindeki ana sözleşmelerin ve bu ana sözleşmelerin alt sözleşmelerinin müzakeresi aşamasından itibaren "*NATO CONFIDENTIAL*" isimli gizlilik sınıflarına giren belgelere sahip olunması gerektiği, bu bağlamda sözleşme müzakeresine başlayan şirketlerin Tesis Güvenlik Belgesine ve bu şirket bünyesinde çalışan personelin Kişi Güvenlik Belgesine sahip olması gerektiği düzenlenmektedir.¹²⁶

Savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmeler ülkelerin güvenlik ve savunma politikaları ile doğrudan ilişkili olduğu için müzakere aşamasından itibaren

¹²³ 5202 s. Savunma Sanayi Güvenliği Kanunu, R.G.T: 3/7/2004 - S:25511 (5202 s.K.), Savunma Sanayi Güvenliği Yönetmeliği, R.G.T: 4/6/2010 – S: 27601

¹²⁴ 5202 s. K., m.1, m.2, m.3, m.5, m.8.

¹²⁵ Kamuya açık olarak yayınlanan Security Within The North Atlantic Treaty Organization (NATO), C-M(2002)49-REV1, 20.11.2020, Enclosure, Introduction 1, 1-1 [https://www.nbf.hu/docs/C-M\(2002\)49-REV1.pdf](https://www.nbf.hu/docs/C-M(2002)49-REV1.pdf)

¹²⁶ Security Within The North Atlantic Treaty Organization (NATO), C-M(2002)49-REV1, 20.11.2020, Enclosure G, 1, 6, 22.

gizlilik unsuru da yüksek önem taşımaktadır. Bu nedenle, esas sözleşmeye gizlilik maddesi eklenmesinin yanında henüz sözleşme ilişkisi kurulmadan müzakerenin ilk aşamasında taraflar arasında ayrı ve bağımsız bir gizlilik sözleşmesi imzalanmaktadır.¹²⁷ Savunma sanayii alanının dışındaki sözleşmeler açısından da ulusal düzenlemelerin uluslararası düzenlemelerde gizlilik ve güvenlik hususlarına vurgu yapılmaktadır. Nitekim ICC tarafından “Model Gizlilik Sözleşmesi/ Maddesi” düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, gizli bilgi “ *doğası gereği gizli olmadığı açıkça anlaşılanlar dışında, bilgiyi paylaşan dışında bilgiyi paylaşan ve bilgiyi alan arasında herhangi bir iş türü, ticari veya teknik sınırlama olmaksızın her türlü bilgi ve/veya veri*” olarak tanımlanmaktadır.¹²⁸ Her ne kadar bu düzenlemelere savunma sanayii sözleşmelerinde de atıf yapıldığı bilinmekte ise de aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmelerde gizlilik sözleşmesinin daha sıkı koşullarla hazırlandığı görülmektedir. Doktrinde bir görüşe göre savunma sanayiindeki gizlilik sözleşmesinin diğer bir amacı tarafları arasındaki esas sözleşmeden beklenen menfaatin gerçekleşmesinin temin edilmesidir.¹²⁹

Son olarak, savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmelerin diğer sözleşmelere nazaran yüksek maliyetli olduğu, sözleşmelerin müzakereleri anından itibaren sözleşmenin sona ermesine kadar taraflarca yüksek maliyetlere katlanıldığı, bununla doğru orantılı olarak sözleşme bedellerinin de yüksek tutarlı olduğu görülmektedir. Nitekim, ASELSAN tarafından herkese açık olarak yapılan duyurularda, uluslararası müşterileri ile yaklaşık 36 milyon Amerikan Doları tutarında yurt dışı satış sözleşmelerinin imzalandığı, bir başka duyurusunda ise uluslararası bir müşterisi ile yaklaşık 11 milyon Amerikan Doları tutarında sözleşme imzaladığı belirtilmektedir.¹³⁰ Öte yandan, savunma sanayiindeki sözleşmelerin projeler kapsamında yürütülmesi sebebiyle aynı projedeki bir sözleşmenin neticesi diğer bir sözleşmenin neticesini doğrudan etkileyebilecek niteliktedir. Bunun doğal bir sonucu olarak, bu alandaki sözleşmelerin sözleşme bedelinden ayrı olarak efektif olarak etkilediği maliyet alanı

¹²⁷ BUHLER, Michael: “**CONFIDENTIALLY CLAUSES IN INTERNATIONAL CONTRACTS**”, International Business Law Journal, 2002, 3/4 , 359; AYHAN İZMİRLİ, sf. 333.

¹²⁸ ICC Model Confidentiality Agreement – ICC Model Confidentiality Clause, Art.2 Option A., ICC Publication, No:664, Paris, 2006.

¹²⁹ DEMİRBAŞ, sf. 113.

¹³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz: <https://twitter.com/aselsan/status/1506158852076621824?s=21> , Erişim Tarihi: 23.03.2022, <https://twitter.com/aselsan/status/1468843567112241152?s=21> Erişim Tarihi: 13.12.2021

uluslararası alandaki diğer sözleşme türlerine göre daha büyük ve geniş olduğu uygulamada görülmektedir.

2.2. SAVUNMA SANAYİİNDEKİ MÜZAKERE EDİLEBİLEN ULUSLARARASI TİCARİ SÖZLEŞMELER VE MÜZAKERE SÜRECİ

Uluslararası ticaretin alanına giren diğer sözleşmelerde olduğu gibi savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmeler de tarafları arasında ciddi olarak başlatılan ve sürdürülen belirli bir müzakere aşamasından sonra kurulmaktadır. Müzakere aşaması, diğer sözleşme türlerine nazaran savunma sanayii sözleşmelerinde daha büyük bir önem taşımaktadır. Çünkü savunma sanayii sözleşmeleri, konusu ve bağlamı itibarıyla doğrudan veya dolaylı olarak ülkelerin güvenlik ve savunma sistemlerini etkilemekte olup, belirli bir stratejinin ürünüdür. Nitekim sözleşme ile elde edilmek istenen menfaat, varılmak istenen netice ve yürütülmesi planlanan süreç, sözleşme alıcısının savunma sanayii ve güvenlik envanterine artı bir değer olarak eklenmektedir. Sözleşmenin edim borçlusu ise yüklendiği edim karşısında sadece belirli bir malvarlığı değeri elde etmemekte, aynı zamanda uluslararası alanda gizlilik ve güvenliğe uygun bir süreç yürütebilmiş, uyumlaştırma ve kalifikasyon süreçlerini başarı ile tamamlamış olması neticesinde savunma sanayii alanında tanınırlık elde etmektedir. Savunma sanayiindeki gizlilik ve güvenliğin sağlanmasının, uyumlaştırmanın ve performansın temel edim yükümlülüğü düzeyinde olması ve bu sektördeki tanınırlığın piyasa ve sözleşme akdetme koşullarına doğrudan etki etmesi neticesinde tanınırlığın sözleşme sonucunda elde edilmek istenen neticelerden biri olduğu görülmektedir. Bu nedenle, akdedilmesi amaçlanan sözleşmenin hükümlerinin belirlenmesi ve belirlenen hükümler üzerinde mutabakata varılması sözleşmenin her iki tarafı için büyük önem arz etmektedir. Bununla birlikte, savunma sanayii sözleşmeleri, konusu ve devletler için güvenlik ve gizlilik açısından hayli yüksek öneme sahip olması nedeniyle tümüyle müzakere edilebilir sözleşmeler değildir. Uygulamada, özellikle kamu hukukundan kaynaklanan hükümler, devletlerin yahut NATO gibi uluslararası kuruluşların güvenlik, gizlilik, kalite ve konfigürasyon, sistemsel entegrasyon, ihracat ve ithalat şartları gibi sözleşme hükümleri müzakerelerin dışında tutulmakta, ana alıcı devletlerin veya kuruluşların madde teklifleri müzakere edilmeksizin doğrudan kabul edildiği bilinmektedir.

2.2.1. Savunma Sanayiinde Müzakere Edilen Uluslararası Ticari Sözleşmeler

Her ne kadar uluslararası savunma sanayii sözleşmeleri müzakere edilebilir sözleşmeler ise de uygulamadan öğrenildiği kadarıyla birtakım savunma sanayii sözleşmeleri müzakere edilmeksizin doğrudan alıcının belirlediği hüküm ve şartlar altında kurulmaktadır. Bu tür sözleşmeler, çoğunlukla kamu otoriteleri ile özel hukuk kişileri arasında yapılan sözleşmeler olmaktadır. Bununla birlikte kamu otoriteleri olmaksızın sadece özel hukuk kişileri arasında akdedilen birtakım sözleşmelerin de müzakere edilmeden imzalandığı uygulamada görülmektedir. Örneğin daha önce üretilmiş ve satıma hazır hale getirilmiş belirli bir sistemin veya ürünün satımını konu edinen sözleşmeler, bir diğer deyişle rafta hazır ürünler (*Commercial off the Shelf - COTS*) “Sipariş Emri / Satın Alma Formu” isimli matbu sözleşme ile müzakere edilmeden doğrudan satıma konu edilmektedir. Bu türdeki sözleşmelerin müzakere edilmemelerinin temel nedeni, tarafların önceden birbiriyle gizlilik, güvenlik ve iş birliğine ilişkin ayrı ve halen yürürlükte olan bir sözleşme akdetmiş olmaları, önceden müzakere edilmiş ve tamamlanmış sözleşmeler neticesinde benzer ürünlerin tedarikinin söz konusu olması yahut sözleşmeye konu ürünlerin daha önce tedarik edilmiş olması neticesinde biliniyor olmasıdır. Yine havacılık lojistiğine ilişkin temel sözleşmelerin de müzakere edilmeksizin doğrudan yapılan sözleşmeler arasında olduğu bilinmektedir.

Belirtilen sözleşmelerin dışındaki savunma sanayii sözleşmeleri, müzakere edilerek imzalanmakta olup, müzakere süreçleri önem taşımakta ve kimi zaman aylar veya yıllar boyu devam etmektedir.

Uluslararası ticaretin yarar alanına giren ve müzakere edilebilen savunma sanayii sözleşmelerini şu şekilde belirtmek mümkündür:¹³¹

- Uzun süreli sistem ihtiyaçlarını karşılamayı ve yurt içi teknolojik birikim sağlamayı, alt sistem, bileşen, teknoloji geliştirmeyi hedefleyen, seri üretim içermeyen Ar – Ge projesi sözleşmeleri,
- Tasarım sözleşmeleri,

¹³¹ 5202 s. K.; KÜFLÜ, A. /BEYOĞLU, B.E., s.112; Sanayi Katılımı / Offset Uygulamaları Yönergesi, m.4.1.; Erişim Adresi: https://www.ssb.gov.tr/Images/Uploads/MyContents/F_20171110145449015096.pdf , Erişim Tarihi 14.04.2022

- Birden fazla ülkenin ihtiyacının karşılanmasına yönelik uluslararası konsorsiyum sözleşmeleri,
- Tasarımı yabancı bir firmaya ait olan ürünün tamamının veya bir bölümünün, teknoloji veya veri üretim paketi transferi ile yurt içinde üretimini temel alan ortak üretim sözleşmeleri,
- Eğitim, yapım gibi hizmet sözleşmeleri
- Danışmanlık sözleşmeleri
- Know – how, faydalı bilgi, lisans ve fikrî sınai hakların devrini içeren sözleşmeler,
- Envanterde bulunan veya bulunması planlanan araç, gereç ve sistemlere bakım, onarım, iyileştirme ve benzeri hususlarda lojistik destek sağlanmasına yönelik mal ve hizmet alımını konu edinen lojistik destek projesi sözleşmeleri;
- Mevcut veya hızlı kazanılabilecek teknolojilerin ve ürünlerin belirli bir konsept veya amaç doğrultusunda yeni ürünlere ve/veya kabiliyetlere dönüştürüldüğü, bir araya getirildiği, farklı alan sistem ve platformlara entegre edildiği, içerisinde geliştirme ve/veya yeniden mühendislik faaliyetlerini barındırabilen konsept, teknoloji veya kabiliyet gösteriminin en az birini hedefleyen, gelişim sağlayan, yenilikçi ya da özgün proje sözleşmeleri,
- Önceden öngörülemeyen, kısa sürede karşılanması gereken ve karşılanmaması durumunda ulusal/uluslararası görev ve/veya sorumluluğun yerine getirilmesini engelleyen ihtiyaçların teminine yönelik acil alım projesi sözleşmeleri,
- Yapılması planlanan işin yapılabilirliğine, geliştirilmesine, üretimine ve kullanımına ilişkin hususların değerlendirildiği yapılabilirlik etüdü sözleşmeleri,
- Garanti sözleşmeleri,
- Teknoloji transferi sözleşmeleri, g
- Gemi, uçak gibi bir platformun oluşturulmasına ilişkin platform sözleşmeleri,
- Genellikle bir tarafının kamu otoritesi diğer tarafının özel hukuk tüzel kişisinden oluşan tarafların karşılıklı işbirliği içinde olmaları, mal ve hizmetin karşılığında yine taraflarca belirlenen mal veya hizmetin sağlanması olarak tanımlanan *off-set* sözleşmeleri.

Konu bakımından yapılan sınıflandırmanın yanı sıra, fiyatlandırma açısından yapılan sınıflandırmaya göre müzakere edilebilen savunma sanayii sözleşmelerini;

- Sabit fiyatlı sözleşmeler,
- Maliyet geri ödemeli sözleşmeler,
- Maliyetlerin sözleşme öncesinde sabit olarak belirlenerek bu maliyet üzerine kâr payı eklenen maliyet artı sözleşmeler,
- Sözleşmenin sözleşmede öngörülen takvimden önce neticelendirilmesi yahut sözleşme ile varılmak istenen neticede hata payının sözleşmede öngörülen oranın altında olması gibi durumlarda kâr payının arttırılmasının kararlaştırıldığı teşvik sözleşmeleri,
- Belirlenen zamanda belirlenen malzemeler ve çalışanlar ile belirlenen işin yapılmasının kararlaştırıldığı müzakere edilebilen savunma sanayii sözleşmeleri

olarak sıralamak mümkündür.¹³²

Belirtmek gerekir ki sözleşmede tip özgürlüğü çerçevesinde taraflarca elde edilmek istenen menfaat ve varılmak istenen netice sayılan sözleşme türleri dışında veya sayılan türlerden birden fazlasının bir arada bulunduğu savunma sanayii sözleşmesi akdedilmesi mümkündür. Sözleşmede tip özgürlüğü, tarafların sözleşmenin konusunu ve türünü diledikleri gibi belirleyebilmesidir. Bu özgürlük kapsamında kanunda öngörülen bazı sözleşmelerin birleştirilerek, karıştırılarak akdedilmesi veya kanunda hiç öngörülmemiş bir sözleşme yapılması mümkündür.¹³³ Bu noktada yukarıda sayılan sözleşme türlerinin bir kısmı da esas itibariyle tip özgürlüğü sonucunda uygulamada geliştirilmiş sözleşmelerdir. Dolayısıyla bu geliştirilen sözleşmelerin sayısının artırılması mümkündür. Belirtmek gerekir ki sözleşmede tip özgürlüğü sınırsız değildir. Buna göre tip özgürlüğü ve sözleşme özgürlüğü kapsamında sözleşmenin konusu ve türü belirlenirken emredici kanunu hükümlerine, kamu düzenine, kişilik haklarına ve ahlaka aykırı belirleme yapılmaması gerekmektedir.¹³⁴

¹³² DFARS, p.216.

¹³³ OĞUZMAN/ÖZ, sf. 24.

¹³⁴ OĞUZMAN/ÖZ, sf. 82 vd.

2.2.2. Savunma Sanayiindeki Uluslararası Ticari Sözleşmelerin Müzakere Süreci ve Savunma Sanayiinde Karşılaşılan Müzakerelerin Devam Ettiği Süreçte Asıl Sözleşmenin İfasına Başlanması Hâli

Savunma sanayii sözleşmelerinde müzakere süreci gerek ulusal gerekse uluslararası sözleşmelerde savunmaya ilişkin NATO gibi uluslararası kuruluşlara üye olan devletlerin özellikle gizlilik ve güvenlik açısından mevzuatlarını uyumlulaştırması neticesinde gizlilik ve güvenlik hususları açısından birbirine paralel olarak yürütülmektedir. Ulusal mevzuatlarda savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmelerin müzakere süreçlerine ilişkin doğrudan ayrı bir düzenlemeye rastlanılmamaktadır. Her ne kadar Türk Hukuku'nda Savunma Sanayii Başkanlığı tarafından yapılan alımlara ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararları bulunmakta ise de bu Kararların temel olarak ulusal nitelikteki sözleşmeler için uygulama alanı bulduğu, uluslararası alandaki sözleşmeler açısından uygulanmasına ilişkin yansıtma hükümleri içermediği görülmektedir. Ayrıca bu çalışma kapsamında SSB ile akdedilen sözleşmeler çalışmanın konusu dışında kaldığından doğrudan bu düzenlemelere atıf yapılması mümkün görülmemektedir. Bununla birlikte, ABD'de düzenlenen DFARS, savunma sanayiindeki tedarik sözleşmelerinin müzakerelerine yönelik doğrudan düzenlemeler içermekte, bu düzenlemelerin uluslararası alandaki ve konusu tedarik olan savunma sanayii sözleşmelerine uygulanabileceği açıkça düzenlenmekte ve bu sebeple müzakereleri çoğunlukla bu düzenlemeler doğrultusunda yürütüldüğü bilinmektedir. Uluslararası sözleşmeler kapsamında kalan NATO ile akdedilen savunma sanayii sözleşmelerinde ise NATO'nun belirlediği kriterler doğrultusunda müzakere süreçleri yürütülmektedir. Çalışmanın bu bölümünde DFARS düzenlemelerine ve uygulamada uluslararası sözleşme müzakerelerinde takip edilen prosedürlere en geniş hatları ile yer verilmiş olmakla birlikte savunma sanayiindeki bütün uluslararası sözleşmelerin müzakerelerinde aynı usullerin aynı sıra ile takip edilmesi gerekliliği bulunmamakta, esas itibarıyla süreç tarafların iradeleri doğrultusunda şekillenmektedir.

Sözleşme müzakerelerinin başlatılmasından önce, son alıcının veya savunma sanayii mevzuatında ifade edildiği şekliyle ihtiyaç makamının savunma sanayiine yönelik temel ihtiyacı ve bu ihtiyacın hangi türdeki sözleşme ile karşılanması gerektiği tespit edilmekte, böylelikle sözleşme alıcısının sözleşme kurma yönündeki ilk iradesi

oluşmaktadır. Sözleşme kurma iradesinin sözleşme alıcısı konumunda olan ihtiyaç makamında oluşmasından sonra müzakerenin karşı tarafının belirlenmesi aşaması başlamaktadır. Esas itibariyle, geniş anlamda müzakere süreci, müzakerenin karşı tarafının belirlenmesi aşamasında başlamış olmakta, taraflar müzakere etmek amacıyla sosyal ve hukuki ilişki içine girmiş olmaktadır. Sosyal ve hukuki ilişkinin başladığının kabul edilmesinin sonucu olarak bu aşamanın ilk teklif aşaması olarak adlandırılması mümkündür. İlk teklif aşamasında Bilgi Talep Formu (Request for Information (RFI)), ihtiyaç makamınca birden çok firmaya gönderilmekte, belirlenen ihtiyaç doğrultusunda belirlenen tipte ve belirlenen teknikte sözleşme yapılmasının mümkün olup olmadığı temel hatlarıyla ve ayrıntıya girilmeksizin sorulmaktadır. RFI ile birlikte, talep edilen bilgilerin ve iletilen bilgilerin gizlilik seviyesi ile orantılı olarak Gizlilik ve Bilgi Değişim Sözleşmesi de iletilmektedir. RFI ile talep edilen bilgilerin birden çok firmadan sağlanmasının akabinde teknik esaslar ve sözleşme bedeline ilişkin esaslar çerçevesinde müzakere görüşmelerine davet edilebilecek firmaların hangi usullere göre seçileceğine ilişkin usuller tespit edilmektedir. Ulusal uygulamalarda ve uluslararası uygulamalarda makul ve efektif sözleşme bedeli kriteri doğrultusunda seçim usulü tespit edilmesi esas olmakla birlikte teknik yeterliliğe ilişkin usuller de tamamen göz ardı edilmemektedir. Nitekim savunma sanayii sözleşmelerinde teknik yeterlilik, güvenlik ve gizlilik diğer sözleşme türlerine göre daha fazla önem arz etmektedir. Bu sebeple DFARS kapsamında makul ve efektif sözleşme bedeli kriterlerinin uygulanmasının istisnaları açıkça belirtilmiştir. Buna göre ulusal güvenlik, sözleşmenin icra edilmesi aşamasında görev alan ve sözleşmenin icra edileceği bölgede yer alan insan hayatı güvenliğinin sağlanmasının ön planda olduğu sözleşmelerde makul ve efektif sözleşme bedeli kriterlerinin uygulanmaması gerektiği açıkça düzenlenmektedir.¹³⁵ Müzakerelere davet edilme kriterlerinin tespit edilmesinden sonra son teklif aşaması başlamakta, RFI gönderilen ve sözleşme akdetme niyeti bulunduğunu ileten firmalara Teklife Çağrı Dokümanı (RFP (Request for Proposal)) gönderilmektedir. Bu dokümanla birlikte gönderilen teknik şartnameyle işin konusuna ilişkin teknik konular, sözleşme takvimi ve iş planı, sözleşmenin yürütülmesine ilişkin idari süreçler hakkında bilgilerin yer aldığı idari şartname de iletilmektedir. Ayrıca diğer uluslararası ticari sözleşmelerden farklı olarak uygulamada savunma sanayii sözleşmelerinin müzakerelerinde RFP'nin eki olarak

¹³⁵ DFARS, p. 215.101-2-70

ihitiyaç makamı tarafından hazırlanan sözleşme taslağının paylaşıldığı bilinmektedir. Belirtmek gerekir ki bu aşamada hazırlanan sözleşme taslağında sözleşmenin kesin bedelinin yer almadığı, ayrıca bu taslakta yer alan diğer hükümlerin pek çoğunun taraflarca müzakere edilebilir olarak düzenlendiği bilinmektedir. Tüm bunların yanında, RFP ile birlikte sözleşme bedeline ilişkin teklif verilmesi ile sözleşmenin esaslı ve kritik noktalarını kapsayıcı bir bedel teklifinin verilip verilemediği, teklif verilmiş ise bu teklifin içerisinde esaslı ve kritik hususların yer alıp almadığına ilişkin sorulardan oluşan anketin cevaplanması talep edilmektedir. Ayrıca nadiren de olsa uygulamada sektörde yeterince tanınırlığı ve tecrübesi olmayan firmalardan teklif miktarının belirli oranındaki bedel ile geçici teminat mektubu talep edildiği bilinmektedir. RFP gönderilmesi aşamasında, RFI gönderilmesi aşamasına nazaran daha fazla bilgi değişimi yapılmakta dolayısı ile bu aşamada daha geniş kapsamlı yeni bir Gizlilik ve Bilgi Değişim Sözleşmesi de gönderilmektedir. Tekliflerin toplanmasından sonra öncelikle sözleşme konusunun gerektirdiği teknik kriterleri içeren usuller çerçevesinde daha sonra sözleşme bedelinin belirlenmesine ilişkin kriterleri içeren usuller çerçevesinde teklifler değerlendirilerek teklif veren firmalardan hangilerinin müzakere görüşmelerine bir diğer deyişle dar anlamda müzakereye davet edilebilir seviyede olduğu belirlenmektedir. Müzakere görüşmelerine davet edilebilir düzeyde teklif gönderen firmaların tespit edilmesinden sonra sözleşmeye davet eden ihtiyaç makamı tarafından, kendi stratejisi, sözleşme ile elde etmek istediği menfaate uygun olan sözleşme bedeli ve sözleşme bedelinin sözleşme ile elde etmek istediği menfaat doğrultusunda performans ve etkinliğinin değerlendirilmesinin görüşülmesi maksadıyla kendi bünyesindeki alanında uzman ve ileride müzakere görüşmelerine doğrudan katılacak kişiler ile birlikte müzakere stratejileri ve yol haritası belirlenmektedir. Bütün bunların belirlenmesinden sonra yukarıda belirtildiği üzere ihtiyaç makamınca oluşturulan tekliflerin değerlendirilmesi esasları, strateji ve hedefler doğrultusunda teklifler puanlama yöntemi ile sıralanmakta ve ilk sırada bulunan teklif veren taraf ile dar anlamda müzakere süreci yani resmi müzakere görüşmeleri başlatılması için RFP ile teklif verene bilgi verilmektedir. RFP ile teklif veren müzakere görüşmelerine katılma davetini aldıktan sonra kendi bünyesindeki alanında uzman ve ileride müzakere görüşmelerine doğrudan katılacak kişiler ile birlikte müzakere stratejilerini ve yol haritasını belirlemektedir. Bununla birlikte diğer teklif

verenlerle geniş anlamda müzakere süreci sonlandırılmamakta, işin niteliği, konusu ve stratejisine uygun olarak müzakere süreçleri askıda bekletilmektedir.

Müzakere görüşmelerinin başlatılmasının kararlaştırılması ile birlikte, uygulamada karşılıklı olarak müzakere iletişim planı, müzakere takvimi, müzakerelerde her iki taraf için kimlerin hangi konularda müzakereye katılabileceği paylaşılmakta ve bu hususta sözlü olarak ve kimi zaman yazılı olarak anlaşma yapıldığı bilinmektedir. İlk resmi müzakere oturumunda sözleşme taslağında yer alan tüm maddelerin tek tek müzakeresi aşamasının başladığı, bu aşamada uluslararası savunma sanayii sözleşmelerinin karakteristik özellikleri nedeniyle ithalat/ihracat lisanslarına ilişkin maddeler, gizlilik ve güvenliğe ilişkin maddeler, sertifikasyona ilişkin maddeler, kalifikasyon ve uyumlulaştırmaya ilişkin maddeler gibi birtakım maddelerin müzakere edilmeksizin ihtiyaç makamının bağlı bulunduğu hukuk sisteminde yer alan emredici düzenlemeler çerçevesinde veya uluslararası hukukta öngörülen ve emredici olduğu kabul edilen düzenlemeler çerçevesinde ihtiyaç makamının sözleşme taslağına eklediği şekliyle kabul edildiği görülmektedir. Akdedilmesi amaçlanan sözleşmenin konusu ve elde edilmek istenen menfaat çerçevesinde temel teknik konularda anlaşma sağlanması halinde sözleşme bedelinin yaklaşık olarak belirlenmesi aşamasına geçilmekte ve ilk resmi müzakere oturumu sona ermektedir. Yaklaşık sözleşme bedeli üzerinde mutabakata varılmasının her iki taraf açısından mümkün olduğunun tarafların iç toplantıları neticesinde anlaşılmasından sonra ikinci resmi müzakere oturumu başlamakta ve uygulamada taraflarca anlaşmaya varılması mümkün olan hükümleri kapsayıcı olarak Mutabakat Zaptı (*Memorandum of Understanding*) imzalandığı görülmektedir.

Mutabakat Zaptının imzalanmasından sonra, sözleşmenin tam ve kesin bedeli üzerinde müzakere edildiği bilinmektedir. Sözleşme bedeli üzerinde tam olarak karşılıklı anlaşmaya varılması halinde, müzakerelere katılan müzakere ekibince anlaşmaya varılan tüm hususları içeren son sözleşme taslağı ve sözleşmenin tam ve kesin bedeli tarafların sözleşme akdetmeye yetkili kişileri ile paylaşılmakta ve müzakere süreci sona ermektedir. Burada yer verilen son sözleşme taslağı kavramı, müzakere sürecinde hazırlanan sözleşme taslağından farklı olarak sözleşmenin tüm hükümlerini içermekte ancak tarafların yetkili temsilcileri tarafından imzalanmamış olması sebebiyle yürürlük kazanmayan metinlerdir. Bu aşamada belirtmekte fayda vardır ki, müzakere sürecinin

sona ermesinin her zaman sözleşmenin kurulduğu an olarak yorumlanması mümkün değildir. Bunun iki sebebi bulunmaktadır. Birincisi, uygulamadan görüldüğü üzere, savunma sanayii sözleşmelerinin karakteristik özelliği nedeniyle karşılaşılan, müzakerelerin olumlu olarak sonlandırılmasından sonra genellikle ulusal güvenlik ve diplomatik sebeplerle sözleşmenin yetkili temsilciler tarafından imzalanmaması halidir. Uygulamada nadiren karşılaşılan bu halde, genellikle ihtiyaç makamı tarafından müzakerenin karşı tarafına esas sözleşmenin imzalanmayacağı yönündeki irade açıklanmakta ve müzakere süreci bu defa kesin olarak sözleşmenin akdedilmesinin mümkün olmaması olarak neticelenmektedir. Müzakerenin sona ermesi ile sözleşmenin kurulduğu anın ayrılmasının ikinci sebebi ise sözleşmenin uluslararası niteliğe sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Sözleşmenin uluslararası nitelik taşıması, uygulanacak hukukun belirlenmesi sorununu beraberinde getirmektedir. Bu halde sözleşmenin kurulma ânı akit statüsüne göre tespit edilmektedir¹³⁶ Akit statüsü objektif ve subjektif kurallardan hareketle tespit edilen, milletlerarası unsur taşıyan sözleşmelerden doğan borç ilişkisine uygulanacak hukuktur.¹³⁷ Sözleşmenin hazırlar arasında kurulması halinde, tarafların bir araya gelerek sözleşme imzaladıkları, yani sözleşme kurma iradelerini karşılıklı olarak açıkladıkları yer sözleşmenin kurulduğu yerdir ve buranın hukukuna göre sözleşmenin kurulma anına uygulanacak hukuk tespit edilecektir. Hazır olmayanlar arasında sözleşme akdedilmesi, bir tarafın sözleşmeyi imzalayarak diğer tarafa göndermesi yani önerinin sözleşme metni ile iletilmesi halinde ise sözleşmenin ne zaman kurulduğu, hâkimin kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edilen borç statüsünde yer alan kurallara göre belirlenmektedir.¹³⁸

Türk Hukukunda sözleşmenin kurulması anının tespitinde kabul beyanının önerenin hakimiyet alanına ulaşması gerektiğinin kabul edildiği yukarıda belirtilmişti. Bu her ne kadar kabul beyanı için TBK’da açık bir düzenleme bulunmakta ise de yöneltilmesi gerekli irade beyanlarında, hazır olmayan kişiye yöneltilen beyanın hangi ânda hüküm ifade edeceği konusunda TBK’da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşılık, BGB §130’da bütün yöneltmesi gerekli irade beyanlarının muhataba vardığı ânda hüküm ifade edeceği öngörülmektedir.¹³⁹ Yöneltilen irade beyanları açısından

¹³⁶ AYHAN İZMİRLİ, sf.109; DOĞAN, V. (MÖHUK), sf. 302.

¹³⁷ DOĞAN, V. (MÖHUK), sf. 300.

¹³⁸ AYHAN İZMİRLİ, sf. 109; DOĞAN, V. (Akreditif), s. 107, 117-118.

¹³⁹ OĞUZMAN/ÖZ, sf 76-77, dpn:107.

yollama ânı, muhataba varma ânı ve muhatabın beyanı öğrendiği ân teorilerinden hangisinin kabul edileceği noktasında Türk Hukukunda iki görüş bulunmaktadır. Oğuzman'a göre¹⁴⁰, Türk Hukukunda BGB §130 gibi bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla, her hukuki işlem özelinde hangi tarafın menfaatinin korunması gerektiği göz önünde tutularak karar verilmesi gerekmektedir. Beyanda bulunanın menfaatinin korunması gerekiyorsa yollama ânının, muhatabın menfaatinin korunması gerekiyorsa öğrenme ânının, her iki tarafın da menfaati dengede ise varma ânının esas alınması gerekir.¹⁴¹ Meselâ, TBK, sözleşmenin kuruluşunda kabul beyanının varma ânını esas almaktadır. Çünkü Kanun, akdi ilişkide her iki tarafın menfaatinin dengede olduğunu varsaymaktadır. Kocayusufpaşaoğlu'na ¹⁴² göre ise İsviçre ve Türk Borçlar Kanunlarında BGB'deki gibi bir genel kısım olmadığından, kanun koyucunun bu soruna ilişkin iradesinin varma ânı aleyhine olduğunu söylemek mümkün değildir. Kanunda aksine hüküm bulunmadığı hâllerde yöneltmesi gerekli tüm irade beyanları açısından varma ânı esas alınmalıdır. Kocayusufpaşaoğlu karşılaştırmalı hukuktan yararlanmak suretiyle BGB §130 hükmünün İsviçre ve Türk hukuklarında uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir.

Kanaatimizce, burada herhangi bir kanun boşluğu bulunmamaktadır. Her ne kadar, bu konuda doğrudan uygulanabilecek bir kanun hükmü olmasa da TMK m.5'in atfıyla (kıyasen uygulama) sözleşmelerde varma ânını esas alan TBK m.3 ve m.5 hükümleri kıyasen hukuki niteliğine uygun düştüğü ölçüde özel hukuktan doğan tüm hukuki işlemlere uygulanabilir. Dolayısıyla, BGB §130'a gitmeye gerek kalmadan, TBK'daki hükümlerin kıyasen uygulanması ile konunun çözüme kavuşturulması mümkündür. Savunma sanayii sözleşmelerinde uygulamada genellikle hazırlar arasında sözleşmelerin imzalanması ile birlikte sözleşmenin kurulduğu bilinmekle birlikte sözleşme kurulmasına yönelik beyanların hazır olmayan muhataplara yöneltilmesi halinde yukarıdaki açıklamaların bu alandaki sözleşmeler açısından uygulanması mümkündür.

Uygulamada savunma sanayiinde sözleşme müzakereleri devam ederken asıl sözleşmenin anlaşmaya varılan hükümlerinin ifasına başlandığı görülmektedir. Özellikle

¹⁴⁰ OĞUZMAN/ÖZ, sf. 76-77, dnp: 107.

¹⁴¹ Oğuzman, bu görüşüyle menfaat içtihatçılığı ekolüne dayanan bir çözüm önermiştir.

¹⁴² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, sf. 168 vd.

önceden öngörülemeyen, kısa sürede karşılanması gereken ve karşılanmaması durumunda ulusal/uluslararası görev ve/veya sorumluluğun yerine getirilmesini engelleyen ihtiyaçların teminine yönelik olarak hazırlanan acil alım sözleşmelerinde ve ulusal/uluslararası görev ve/veya sorumluluğun yerine getirilmesi için yürütülen eser sözleşmelerinde birtakım hükümlerin ifasına başlanmasında durum böyledir. Bu hâlde kurulması amaçlanan asıl sözleşme hükümleri üzerinde müzakereler devam ederken sözleşme konusunun ifasına yönelik yaklaşık maliyetler ihtiyaç makamı tarafından belirli bir bedele kadar taahhüt edilerek sözleşmenin belirli ve üzerinde mutabakata varılan hükümlerinin ifasına başlanmaktadır. Bu durumda asıl sözleşmenin kurulup kurulmadığı, sözleşme kurulmuş ise sözleşmede boşluk hali veya açık hükümlü sözleşmenin meydana gelip gelmediğinin incelenmesi gerekmektedir.

Türk Hukukuna göre sözleşme, “Sözleşme Müzakeresi” başlığı altında ayrıntılı olarak incelendiği üzere tarafların karşılıklı irade beyanları ile sözleşmenin objektif esaslı noktaları üzerinde mutabakata varması ile kurulmaktadır. Sözleşmenin objektif esaslı unsurları üzerinde müzakerelerin tamamlanarak mutabakata varılması halinde tarafların birbirine uygun karşılıklı irade beyanları birleşmiş olacağından asıl sözleşmenin kurulduğunun kabulü gerekmektedir.¹⁴³ Nitekim TBK m. 2/1 uyarınca sözleşmenin kurulmuş olarak kabul edilebilmesi için sözleşmenin objektif esaslı unsurları üzerinde mutabakata varılmış olması yeterli görülmektedir.¹⁴⁴ Bununla birlikte taraflar birtakım hususları sözleşmenin olmazsa olmaz noktası yani sübjektif esaslı noktası haline getirebilir. Bu halde sözleşmenin kurulması için objektif esaslı unsurların yanında sübjektif esaslı noktalarda üzerinde tarafların anlaşması gerekmektedir. Sözleşmenin esaslı noktalarında anlaşmaya varıldıktan sonra bunun dışındaki noktaları üzerinde herhangi bir anlaşmaya varılmaması sözleşmede boşluk meydana getirmektedir.¹⁴⁵ Sözleşmedeki bu boşluk, tarafların bu noktaları isteyerek düzenlememiş olmaları ve bu noktayı ileride düzenlemeyi kabul etmesinden veya tali noktalar üzerinde hiç durmamış olmalarından kaynaklanabilir.¹⁴⁶ Sözleşmedeki boşluğun doldurulması noktasında TBK m.2/1 hükmü yol gösterici olmaktadır.

¹⁴³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, sf. 178.

¹⁴⁴ KOCAYUFUPAŞAOĞLU, sf. 178; EREN, s.229; OĞUZMAN/ÖZ s. 63 vd.

¹⁴⁵ OĞUZMAN/BARLAS, sf 278 vd.

¹⁴⁶ OĞUZMAN/ÖZ, sf. 201.

Taraflar sözleşme müzakerelerinde diğer noktalar üzerinde hiç durmamışlarsa sözleşmedeki boşluk hâkim tarafından öncelikle bu konuda kanundaki yedek hükümlere göre doldurulmaktadır. Sözleşmedeki boşluğun yedek hukuk kuralları ile doldurulamaması halinde bu konuda uygulanabilecek örf ve âdet kurallarının varlığı araştırılır. Şayet sözleşmedeki boşluk örf ve âdet kurallarına göre de doldurulamıyor ise hâkim TBK m.2/2 uyarınca işin niteliğine bakarak ve dürüstlük kuralına göre tarafların varsayımsal iradeleri tespit edilerek boşluğu dolduracaktır.¹⁴⁷

Taraflar sözleşme müzakerelerinde tali noktalar üzerinde durmuşlar ve fakat bu konuda bir düzenleme yapmayı gerekli görmemişlerse veya düzenleme yapmayı ihmal etmişlerse bu noktada sözleşmedeki boşluğun kanundaki yedek hukuk kuralı ile doldurulması yönünde iradelerinin olduğunun kabulü gerekmektedir. Bu hâlde sözleşmedeki boşluk yedek hukuk kuralı ile, yedek hukuk kuralı yok ise örf ve âdet kuralı ile, örf ve âdet kuralı da yok ise hâkim tarafından TMK m.1 hükmü uyarınca kanun boşluğunun doldurulması ve bunun sözleşmeye uygulanması ile doldurulacaktır.¹⁴⁸

Son olarak taraflar müzakere ettikleri hususların düzenlenmesini ileriye bırakmışlar ve fakat bu düzenleme hususunda daha sonra anlaşılamamışlar ise bu durumda tarafların boşluğun kanunun yedek hukuk kuralları ile doldurulması noktasında anlaşmışlar sonucuna varılamamaktadır. Yine bu hâlde tarafların varsayımsal ortak iradesinin araştırılması ile de boşluğun doldurulması söz konusu olmamaktadır. Çünkü taraflarca konu üzerinde anlaşılmadığı açıkça ortadadır. Bu halde, sözleşmedeki boşluk hâkim tarafından TBK m.2/2 uyarınca işin mahiyeti dikkate alınarak doldurulmaktadır.

149

Tüm bunların yanında sözleşmenin taraflarından birinin mutabakata varılmayan diğer hükümler üzerinde mutabakata varılmadıkça sözleşmeyi hiçbir zaman akdetmeyeceğini yani mutabakata varılmayan hususların sübjektif esaslı nokta haline getirildiğinin ispatlaması halinde, sözleşmenin kurulmuş sayılmasından bahsedilemeyecektir. Bu halde tıpkı sözleşmenin objektif esaslı unsurları üzerinde mutabakata varılmamış olması halinde olduğu gibi sözleşme müzakereleri aşamasında

¹⁴⁷ OĞUZMAN/ÖZ, sf. 202.

¹⁴⁸ OĞUZMAN/ÖZ, sf. 202

¹⁴⁹ OĞUZMAN/ÖZ, sf. 202.

hazırlanan ve bağlayıcı olmayan sözleşme tasarısından bahsedilmesinin kabulü gerekmektedir.¹⁵⁰

İsviçre Hukukuna göre taraflarca sözleşmenin objektif esaslı unsurları üzerinde anlaşmış olması, diğer hükümlerin müzakere sonucunda yapılacak anlaşmaya bırakılması halinde de asıl sözleşmenin kurulmuş olduğu kabul edilmektedir.¹⁵¹ Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi'nce sözleşmenin tali unsurları yönünden mutabakata varılmadan objektif esaslı unsurlar üzerinde mutabakata varılması ile sözleşmenin kurulmamış sayılmasının kabul edilmesi halinin tarafları müzakerelerde bu gibi tekliflerden alıkoyacağı hüküm altına alınmıştır.¹⁵²

Asıl sözleşmenin birtakım hükümlerinin müzakereler neticesinde tamamlanması hali, objektif esaslı unsurlar ve yan unsurlar ayrımı yapılmaksızın UNIDROIT Prensiplerinde “Hükümlerinde Bilinçli Olarak Boşluk Bırakılan Sözleşme” olarak ele alınmaktadır. Söz konusu düzenlemede sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde karşılıklı irade beyanlarının birleşmesi yerine tarafların sözleşme yapma iradelerinden bahsedilmekte, bu iradenin mevcut olduğu ve sözleşme hükümlerinde ileride tamamlanmak üzere bilinçli olarak boşluk bırakıldığı hallerin sözleşmenin kurulmasına engel olmadığı düzenlenmektedir. Aynı düzenlemede sözleşmede yer alan boşluğun ileride tamamlanması için durum ve koşullara göre başkaca bir metodun mevcut olması halinde tarafların sözleşme hükmü üzerinde anlaşmaya varamamasının sözleşmenin varlığını etkilemeyeceği belirtilmektedir.¹⁵³ Kanaatimizce söz konusu düzenleme, yine UNIDROIT m. 2.1.1 ve m. 5.1.2 ile birlikte ele alınarak sözleşmenin objektif esaslı unsurlarında anlaşıldığı ancak diğer unsurlar yönünden boşluğun mevcut olduğu halleri düzenlemektedir. Nitekim m. 5.1.2 ve 2.1.14 hükümlerine göre tarafların boşluk bırakılan hükümler üzerinde anlaşamaması veya üçüncü kişi tarafından bu hükümlerin belirlenememesi halinde boşluklar dürüstlük kuralı, hakkaniyet, örf- adet veya tarafların oluşturdıkları teamüllere ve sözleşmenin amacına göre belirlenebilmektedir.

Amerikan ve İngiliz Hukuklarına göre de sözleşmenin objektif esaslı unsurları ve yan unsurları şeklinde bir ayrım yapılmaksızın geçerli bir sözleşme ilişkisinin varlığı

¹⁵⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 178.

¹⁵¹ İsviçre BK m.2/1; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, sf. 177-178

¹⁵² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU sf. 178; BGE 103.II.193; OĞUZMAN/BARLAS, sf. 279-280.

¹⁵³ UNIDROIT Prensipleri 2016, art. 2.1.14; AYHAN İZMİRLİ, sf. 155-156.

kabul edilmemektedir. Schmidt'e göre Alman ve Fransız Hukuklarına göre bu tür sözleşmeler taraflara müzakere etme yükümlülüğü yüklemesi açısından geçerli kabul edilmektedir.¹⁵⁴

Yukarıda belirtildiği üzere asıl sözleşmenin objektif esaslı unsurlarını içeren hükümler üzerinde henüz mutabakata varılmaması yani karşılıklı irade beyanlarının sözleşmenin objektif esaslı unsurları üzerinde birleşmemesi söz konusu ise asıl sözleşmenin kurulduğundan bahsedilmesi mümkün değildir. Bunun doğal bir sonucu olarak sözleşmedeki boşluktan veya açık hükümlü sözleşmeden de bahsedilmesi mümkün değildir. Nitekim sözleşmenin, Türk, Alman, Fransız ve İsviçre hukuklarında ve de UNIDROIT Prensiplerinde tarafların birbirine uygun karşılıklı irade beyanları ile kurulduğu hüküm altına alınmaktadır.¹⁵⁵ Buradaki birbirine uygun karşılıklı irade beyanlarının sözleşmenin objektif tüm esaslı unsurları üzerinde birleşmesi gerekmektedir.¹⁵⁶

Savunma sanayiinde görülen sözleşmenin müzakereleri devam ederken sözleşmenin ifasına başlanması durumunu iki farklı örnek üzerinden incelemekte fayda görülmektedir. Bunlardan ilki belirli bir yükümlülüğün yerine getirilmesi için asıl sözleşmenin müzakeresi devam ederken sözleşme konusu ürünün belirli bir miktara kadar satın alınması şeklinde uygulanan acil alım sözleşmesidir. Bu sözleşme esas itibarıyla bir satım sözleşmesi niteliğindedir. Tarafların bu sözleşmeyi akdetmekteki amacı, belirli bir ürünün satın alınması ve karşılığında belirlenen bedelin ödenmesidir. Bu sözleşmenin konusu ve sözleşme konusu ürünün birim fiyatı belirlidir. Ancak toplamda kaç tane ürünün satıma konu edileceği dolayısı ile sözleşmenin tam ve kesin bedeli belirli değildir. Taraflar bu noktaların müzakere neticesinde belirlenmesi noktasında anlaşmışlardır. Örneğin sözleşme konusu ürünün şimdilik 1 milyon Amerikan Dolarına denk düşen sayıda alınması, tam ve kesin bedel ile miktarın müzakere sonucunda belirleneceği sözleşmeler bu şekildedir. Bu noktada satım sözleşmesinin objektif esaslı unsurları olan satıma konu ürün, ürünün birim fiyatı ve bu ikisinin karşılıklı olarak değiştirilmesi üzerinde taraflarca anlaşmaya varılmıştır. Bununla birlikte taraflarca müzakere sürecinde

¹⁵⁴ AYHAN İZMİRLİ, sf. 155.

¹⁵⁵ TBK, m.2/1; BGB Section 145, Fransız Medeni Kanun'u, art. 1101, İsviçre Borçlar Kanunu, art.2, UNIDROIT Prensipleri art. 2.1.1,

¹⁵⁶ EREN, s. 229; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 179; OĞUZMAN/ÖZ, s. 63 vd, Y.2.HD. T. 1.7.1974 E.K. 2237/2143

başkaca hususlar sübjektif esaslı unsur olarak kabul edilmiş olabilir. Taraflarca satıma ilişkin başkaca bir sübjektif esaslı nokta belirlenmemiş ise satım sözleşmesinin objektif esaslı unsurları üzerinde anlaşmaya varıldığından sözleşme kurulmuş sayılmaktadır. Kanaatimizce bu halde taraflardaki ürün sayısının artırılabilmesine ilişkin irade, sözleşmedeki boşluk veya açık hükümlü sözleşme olarak kabul edilmelidir. Taraflar arasında sözleşmedeki boşluk noktasında bir uyuşmazlık meydana gelmesi halinde yukarıda açıklanan şekilde sözleşmedeki boşluğun doldurulması gerekmektedir.

Savunma sanayiinde görülen bu duruma diğer bir örnek olarak bir eser meydana getirmek yönündeki sözleşme müzakereleri devam ederken üçüncü kişi konumundaki kuruluşlar tarafından yükletilen yükümlülöklere aykırı davranılmaması için esere yönelik ihtiyaçların belirli bir miktara kadar satın alınması veya eserin belirli bir kısmının yapılmaya başlanması hali gösterilebilir. Bu halde söz konusu sözleşmenin hukuki niteliğı esas itibariyle eser sözleşmesidir. Eser sözleşmesinin temel olarak üç tane objektif esaslı unsuru bulunmaktadır. Bunlar, bir eser meydana getirme ve eseri teslim etme, eserin bedelini ödeme ve tarafların bu ikisinin mübadelesi hakkında anlaşmasıdır. Savunma sanayiindeki bu tip sözleşmelerde henüz eserin tam olarak hangi şekilde ve hangi şartlarda meydana getirileceğı noktasında müzakereler devam ederken eserin yapımına başlanılmakta veya eserin meydana getirilmesi için gereken ürünler yüklenici tarafından satın alınmaya başlanmaktadır. Bu halde eser sözleşmesinin bir eser meydana getirme ve eseri teslim etme ile eserin hangi koşullar altında teslim edileceğı noktasında taraflar arasında henüz anlaşmaya varılmadığı için sözleşmenin kurulmuş sayılmasından bahsetmek mümkün değildir. Sözleşmenin kurulmadığı halde sözleşmedeki boşluklardan bahsedilmesi de evleviyetle mümkün değildir. Bu halde, sözleşme müzakerelerinin devam ettiğı, karşılıklı kabul edilen hükümlerin bağlayıcı nitelikte olmayan sözleşme tasarısı niteliğinde olduğı, ifa edilen hükümlerde dahi hukuki ihtilaf çıkması halinde sözleşme müzakerelerinden kaynaklanan sorumluluğun söz konusu olduğı değerlendirilmektedir.

Kanaatimizce ikinci örnekte olduğı şekliyle kurulması amaçlanan sözleşmenin müzakeresi devam ederken sözleşmeye konu birtakım hükümlerin ifasına başlanması hukuken risklidir. Çünkü, bir kısım hükümlerin ifa edilmiş olması, sözleşme özgürlüğü prensibini kısıtlamamaktadır. Bir diğer deyişle, bir kısım hükümlerin ifa edilmiş olması,

kurulması amaçlanan sözleşmenin muhakkak kurulması gerekliliğini doğurmamaktadır. Dolayısıyla bir kısım hükümlerin ifa edilmiş olması karşısında müzakere sonunda sözleşmenin kurulmasının mümkün olmadığı sonucuna varılabilir. Bu halde yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda henüz kurulmamış bir sözleşmeye dayanılarak talepte bulunulması mümkün değildir. Bu halde ancak dürüstlük kuralına dayalı olarak *culpa in contrahendo* sorumluluğu ile menfi zararın tazmin edilmesi mümkün olabilecektir. Sonuç olarak sözleşme kurulmuş olsa idi, sözleşmeye aykırılık hükümleri doğrultusunda müspet zararın tazmininin talep edilmesi mümkün olabilecek iken daha az hukuki koruma sağlayan *culpa in contrahendo* sorumluluğuna başvurulması mümkün olabilecektir.

2.2.3. Savunma Sanayindeki Uluslararası Ticari Sözleşmelerin Müzakere Sürecinde Hazırlanan Metinler ve Bu Metinlerin Hukuki Nitelikleri

Uluslararası alandaki savunma sanayii sözleşmelerinin kurulması bir anda gerçekleşmemektedir. Müzakere süreçlerinin genellikle uzun sürmesi sebebiyle tarafların sözleşme yapma niyeti ile sosyal ilişki içerisine girmesi anından müzakerelerin sonuçlanması anına kadar birçok metin hazırlanmaktadır. Bunun ilk sebebi müzakere sürecinin uzun sürmesi nedeniyle karmaşık bir hukuki ilişkinin meydana gelmesi ve bu karmaşıklığın giderilmek istenmesidir. Bunun yanında müzakere sürecinde birtakım metinlerin hazırlanmasının ve değiş tokuş edilmesinin diğer nedenlerini şu şekilde açıklamak mümkündür: Her şeyden evvel tarafların farklı hukuk sistemlerine tabi olması neticesinde müzakere sürecinin hukuki etkilerinin belirlenmesi amacıyla birtakım metinlerin hazırlanması yoluyla hukuki etkiler noktasındaki belirsizliğin giderilmesi amaçlanmaktadır. İkinci bir neden olarak, tarafların süreç içerisinde üzerinde mutabakata vardığı hususları kayıt altına almayı istemeleri, mutabakata varılan konuların yeniden müzakere konusu haline getirilmemesinin amaçlanması gösterilebilir.¹⁵⁷ Bir başka neden olarak uluslararası nitelikli savunma sanayii sözleşmelerinin ülkelerin savunma stratejileri ile doğrudan veya dolaylı olarak ilişkili olması neticesinde güvenlik ve gizlilik

¹⁵⁷ AYHAN İZMİRLİ, sf. 117-118; LAKE R. B., “LETTERS OF INTENT: A COMPARATIVE EXAMINATION UNDER ENGLISH, U.S., FRENCH AND WEST GERMAN LAW”, 18 George Washington Journal of International Law and Economics, 1984-1985, sf.331-354,332. Erişim Adresi: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/gwjl18&div=19&id=&page=> , Erişim Tarihi: 19.02.2022 ; DAMMONE, L.: “Letters Of Intent And Head Of Terms – Binding Or Not Binding”, Alert, Commercial & Dispute Resolution, Kasım 2008, sf.1 Erişim Adresi: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=5436baf1-6e41-4b30-a560-cb36f9f384a7> , Erişim Tarihi 19.02.2022

kriterlerinin sözleşmenin müzakeresi aşamasından itibaren önem taşıması gösterilebilir. Yine savunma sanayii sözleşmelerinin kendine özgü özelliklerinden olan teknik yeterliliğin sözleşmenin akdedilmesinde en önemli etmenlerden olması neticesinde tarafların karşılıklı teknik yeterliliklerini ölçmek ve bunları kayıt altına almak maksadı ile müzakere sürecinde birtakım metinler hazırlanmaktadır. Son olarak uygulamada taraflar arasında daha evvel uluslararası iş birliğine ilişkin genel bir anlaşmanın bulunduğu veya tarafların ortaklaşa bir uluslararası kuruluşa üye olduğu hallerde söz konusu anlaşmada veya uluslararası kuruluş tarafından öngörülen kriterlerin yerine getirilmesi maksadı ile birtakım metinlerin hazırlandığı görülmektedir.

Uluslararası ticari sözleşme müzakerelerinde hazırlanan metinlerin birçok yönden sınıflandırılması mümkündür. Bir sınıflandırmaya göre, müzakere sürecinde hazırlanan belgeler, hazırlayan taraf yönünden, taraflara borç yüklemesi yönünden, bağlayıcılıkları yönünden, doğurdukları sonuçların müzakere sonrası sürece etki etmesi yönünden, sözleşmenin esaslı veya yan unsurlarını düzenlemeleri yönünden ayrılmaktadır.¹⁵⁸ Bir diğer sınıflandırmaya göre ise müzakere aşamasını düzenleyen metinler, hedeflenen esas sözleşmeye ilişkin metinler ve karma nitelikli metinler olmak üzere metinleri ifa ettiği fonksiyona göre sınıflandırılmaktadır.¹⁵⁹

Uluslararası ticari sözleşmeler açısından yapılan bu sınıflandırmaların, uluslararası nitelikli savunma sanayii sözleşmelerinin müzakereleri açısından uygulamada işlevsellik oluşturmadığı düşünülmektedir. Bu minvalde müzakere metinlerinin bağlayıcı olup olmayacağı ve doğurdukları sonuçların müzakere sürecinden sonra devam edip etmeyeceği hususunda bir ayırım yapılması uygulamada doğrudan bir etki oluşturmamaktadır. Çünkü uygulamada bu metinlere, bu metinlerde yer alan hükümlerin neredeyse tamamının bağlayıcı olmadığına ve asıl sözleşmenin imzalanması halinde hazırlanan tüm metinlerin hukuki geçerliliğinin ortadan kalkacağına ilişkin açık serhler düğüldüğü bilinmektedir. Öte yandan metinlerin ifa ettikleri amaçlar doğrultusunda bir sınıflandırma yapılması da işlevsel değildir. Çünkü savunma sanayii sözleşmelerinde hazırlanan metinlerin neredeyse tamamı kurulması hedeflenen sözleşmeye yönelik hükümler içermektedir. Örneğin, müzakere sürecinin başında

¹⁵⁸ İŞINTAN, sf. 64-70; AYHAN İZMİRLİ, sf. 119- 120.

¹⁵⁹ AYHAN İZMİRLİ, sf.120- 122.

hazırlanan güvenlik belgeleri, asıl sözleşmede yer alan güvenlik şartlarının daha müzakere aşamasında yerine getirilmesini amaçlamaktadır. Yine, müzakerelerin başında hazırlanan gizlilik sözleşmeleri tarafların asıl sözleşmedeki gizlilik yükümlülükleri ile doğrudan ilişkilidir ve uygulamada bazı durumlarda gizlilik sözleşmesinin asıl sözleşme süresince de yürürlükte olacağı kabul edilmektedir. Bununla birlikte, söz konusu metinlerin hazırlayan taraflar bakımından sınıflandırılmasının savunma sanayii sözleşmelerinin kendine özgü yapısına uygun düşeceği, ayrıca tarafların müzakerelerden doğan yükümlülüklerinin tespit edilmesinde fayda sağlayacağı değerlendirilmektedir.

2.2.3.1. Belgeleri Hazırlayan Taraflar Bakımından

Savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmelerin müzakereleri aşamasında, savunma sanayii terminolojisine göre ihtiyaç makamı ve istekli tarafından çeşitli metinlerin hazırlandığı, bunların bir kısmının değiş tokuş edildiği bir kısmının ise değiş tokuş edilmediği; birtakım metinlerin ise taraflarca müşterek olarak hazırlandığı bilinmektedir.

a. İhtiyaç Makamı (Sözleşme Alıcısı) Tarafından Hazırlanan Metinler

Uluslararası nitelikli savunma sanayii sözleşmelerinde geniş anlamda müzakerelerin başlaması ile birlikte sözleşme konusu işin mahiyeti ve müzakere aşaması itibariyle veya tarafların birbiri karşısındaki siyasi ve ekonomik konumlarına göre birtakım metinlerin sadece ihtiyaç makamı bir diğer adı ile sözleşme alıcısı tarafından hazırlandığı bilinmektedir. Bu metinlerin şu şekilde sayılması mümkündür:

- Bilgi Talep Formu (*Request for Information*), geniş anlamda müzakere sürecinin başlatılmasına yol açan bu belge ile esas itibariyle sözleşmenin esaslı unsurlarına ilişkin bilgilerin tamamı karşı tarafa aktarılmamakta ve genel ifadelerle bir sözleşmenin akdedilip akdedilemeyeceği bilgisi sorulmaktadır. Dolayısı ile bu aşamada iletilen metnin bir niyet mektubu olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Çünkü gönderilen bu metin ile sözleşme yapma niyeti içinde bulunduğu belirtilmemekte, sadece yapılacak işe ilişkin teknik ve idari yeterliliklerin bulunup bulunmadığı sorulmaktadır. Oysaki niyet mektubu ile içeriğinin ayrıntıları müzakere aşamasında belirlenecek bir sözleşmenin yapılması için dar anlamda

müzakerelere başlama niyetinin bulunduğu iletilmektedir.¹⁶⁰ Bilgi Talep Formunun öneri olarak da nitelendirilmesi mümkün değildir. Çünkü öneri, Türk Hukukuna göre sözleşmenin akdedilmesi teklifini içeren, sözleşmenin objektif ve sübjektif esaslı noktalarını kapsayan ya da en azından esaslı noktaların belirlenebilir olduğu, hukuki sebebi içeren, öneren açısından kesin ve bağlayıcı bir nitelik taşıyan ve önerinin ulaştığı muhatabın kabulü ile sözleşmenin kurulmuş sayılması sonucunu doğuran irade açıklamalarıdır.¹⁶¹ UNIDROIT düzenlemesinde de önerinin sözleşme kurmak için yapılan yeterince belirli ve kabul edilmesi halinde öneren açısından bağlayıcı olan teklif olduğu yer almaktadır.¹⁶² Oysaki Bilgi Talep Formu, bunu gönderen ihtiyaç makamı açısından bağlayıcı bir metin olmadığı gibi sözleşmenin esaslı unsurlarını da içermemektedir. Son olarak belirtmek gerekir ki söz konusu metin bir öneriye davet niteliği de taşımamaktadır. Öneriye davette sözleşme kurma iradesi, sözleşmenin esaslı unsurları ve bağlanma iradesi açık ve kesin olarak muhataba iletilmemekte ise de belirli bir sözleşmenin yapılmaya hazır olunduğu bildirilmektedir.¹⁶³ Oysa söz konusu metinde ihtiyaç makamının muhatap ile sözleşme yapmaya hazır olduğu ya da bu anlama gelebilecek bir ifadeye yer verilmemekte, muhataba sözleşme yapılabilmesi için teknik yeterliliklerinin bulunup bulunmadığı sorulmaktadır. Netice itibarıyla, Bilgi Talep Formu, niyet mektubu, öneri veya öneriye davet niteliğinde olmadığından kendine özgü bir tür olarak nitelendirilmekte ve bunları ileten ihtiyaç makamı açısından bağlayıcı olmadığı değerlendirilmektedir. Aksi halde sözleşmenin esaslı unsurları ve sözleşme yapma niyetinin kesin olarak iletilmediği bu aşamada, iletenin bu metin ile bağlı olması, bir süre sonra tarafların dar anlamda sözleşme müzakeresi için araştırma yapmasının engellenmesine yol açabilecektir.

- Teklife Çağrı Dokümanı (*Request for Proposal*), teknik şartnameyle işin konusuna ilişkin teknik konular, sözleşme takvimi ve iş planı, sözleşmenin yürütülmesine ilişkin idari süreçler hakkında bilgilerin yer aldığı idari şartnameyi

¹⁶⁰ AYRANCI, sf. 91-92; İŞINTAN sf. 72; AYHAN İZMİRLİ sf. 133.

¹⁶¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, sf. 179-182; EREN, sf. 243-246; OĞUZMAN/ÖZ, sf. 47; KILIÇOĞLU, sf. 38;

¹⁶² UNIDROIT Prensipleri, art. 2.1.2

¹⁶³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, sf. 178; EREN, sf. 246-247; OĞUZMAN/ ÖZ, sf. 48;

kapsayan, ihtiyaç makamının sözleşmenin yapılmasına hazır olduğunu veya sözleşme yapma niyeti bulunduğunu muhataba ileten metindir. Metnin bu yönüyle niyet mektubu niteliğinde olduğu değerlendirilmektedir. Çünkü niyet mektubu, ulusal ve uluslararası hukuk düzenlerinde tarafın içeriği tam ve kesin olarak belirlenmemiş bir sözleşme yapma niyetini içeren irade açıklaması olarak tanımlanmaktadır.¹⁶⁴ Türk ve İsviçre hukuk düzenlerinde bağlanma iradesinin bulunmadığı niyet mektupları öneriye davet olarak nitelendirilmektedir. Bununla birlikte Amerikan yargılamalarında genellikle niyet mektubunun sözleşme yapılmasına ilişkin ön sözleşme niteliğinde olduğu, hatta niyet mektubunun kurulması amaçlanan sözleşmenin tüm esaslı noktalarını taşıması halinde sözleşme olduğu karar altına alınmaktadır.¹⁶⁵ Bu halde niyet mektubunda yer alan hükümlere aykırı hareket edildiği takdirde artık sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluktan değil, sözleşmenin ihlalden kaynaklanan sorumluluktan söz edilecektir. Belirtmek gerekir ki teklife çağrı dokümanında kesin sözleşme bedelinin yer almıyor oluşu Amerikan yargısındaki bu kabule uygun düşmemektedir. Niyet mektubunun bağlayıcılığı noktasında ulusal ve uluslararası hukuk düzenlerinde fikir birliği bulunmamaktadır. Bununla birlikte niyet mektubunun bağlayıcı olup olmadığının tespiti noktasında tarafların niyetleri ile hukuk düzenlerinin sözleşmenin kurulması için öngördüğü asgari şartların varlığı ele alınarak Türk ve İsviçre hukuk düzenlerinde niyet mektubunun bağlayıcı nitelikte olmadığı kabul edilmektedir.¹⁶⁶ Alman hukuk düzeninde de niyet mektubunun bağlayıcı nitelikte olmadığı kabul edilmektedir.¹⁶⁷ Bu çalışma itibarıyla niyet mektubu ile sözleşme müzakerelerinin ilk aşamasında hazırlanan ve bir tarafın sözleşme yapma niyeti olduğunu belirten metinler kastedildiğinden uluslararası ticari sözleşmelerin müzakerelerinin ilerleyen aşamalarında tarafların mutabakata vardığı ya da bir tarafın diğer tarafı bağlamak istediği ve niyet mektubu olarak adlandırılan ve esas itibarıyla mutabakat zaptı niteliğindeki

¹⁶⁴ AYHAN İZMİRLİ, sf. 133; İŞINTAN, sf. 72; LAKE, sf. 331.

¹⁶⁵ LAKE, sf. 338; AYHAN İZMİRLİ, sf. 142.

¹⁶⁶ DOĞAN, G., sf. 81; AYHAN İZMİRLİ, sf. 143.

¹⁶⁷ EBKE W.F.: *"FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY", FORMATION OF CONTRACTS AND PRECONTRACTUAL LIABILITY, INSTITUTE OF INTERNATIONAL BUSSİNES LAW AND PRACTİCE*, International Chamber of Commerce, ICC Yayınları, 1990, 35-45, sf.41; AYHAN İZMİRLİ, sf. 141.

metinlerin bağlayıcılığı hakkında yapılan değerlendirmelerin esas itibariyle Teklife Çağrı Dokümanı açısından uygulama alanı bulmayacağı değerlendirilmektedir.

-Gizlilik ve Bilgi Değişim Sözleşmesi (*Non-Disclosure Agreement*), genel itibariyle müzakere sürecinin geniş anlamda başlaması anından itibaren tarafların birbiri ile karşılıklı olarak ticari sırlar, ülkelerin savunma sanayiine yönelik politikaları gibi birtakım gizli bilgileri paylaşmasının sonucunda paylaşılan bu bilgilerin müzakere dışındaki kişilere açıklanmasının engellenmesi amacıyla hazırlanmaktadır.¹⁶⁸ Bu tür sözleşmelerde gizli bilgi kavramının sınırları belirlenmesi ile yetinilebilmekte veya hangi bilgilerin gizli olarak kabul edileceği tek tek sayma yolu ile de kararlaştırılabilmekte yahut bunların dışında uluslararası kuruluşlarca öngörülen gizli bilgi tanımlamasına atıf yapılabilmektedir. Uygulamada genellikle NATO tarafından deklare edilen gizlilik yükümlülüklerine atıf yapıldığı ve yine NATO tarafından hazırlanan gizlilik sınıflandırmalarının kullanıldığı bilinmektedir. Bu minvalde savunma sanayii sözleşmelerinde NATO tarafından öngörülen bilmesi gereken prensibi kabul edilmektedir. Bilmesi gereken prensibi, savunma sanayii alanındaki herhangi bir konunun veya işin ancak görev ve sorumlulukları gereği öğrenmekle, incelemekle, gereğini yerine getirmekle ve korumakla sorumlu bulunanların yetkisi düzeyinde bilgi sahibi olunması demektir.¹⁶⁹ Gizlilik sözleşmeleri diğer sözleşme türlerine nazaran savunma sanayii sözleşmelerinde daha büyük önem arz etmektedir. Çünkü savunma sanayii sözleşmelerinin konusu doğrudan veya dolaylı olarak ülkelerin savunma politikaları ile ilgilidir. Bu nedenledir ki NATO gibi uluslararası kuruluşlar nezdinde gizliliğe ilişkin özel düzenlemeler bulunmakta, gizliliğe ilişkin sınıflandırılmalar yapılmakta, sözleşme safahatının yanında müzakere sürecinde muhakkak gizliliğin sağlanması gerektiği belirtilmektedir. Bunun yanında mal tedarikine ilişkin uluslararası savunma sanayii sözleşmelerine uygulanan DFARS kapsamında da taraflar arasında gizlilik sözleşmesi imzalanmasının öneminden bahsedilmektedir.¹⁷⁰ Gizlilik sözleşmesi

¹⁶⁸ AYHAN İZMİRLİ, sf. 158-159; İŞINTAN, sf. 67; DOĞAN, G., sf. 85-87.

¹⁶⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz: Security Within the North Atlantic Treaty Organization

¹⁷⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. DFARS; NATO Publications.

uygulamada her ne kadar ihtiyaç makamı tarafından hazırlanmakta ise de bu sözleşmeler taraflara karşılıklı olarak gizli bilgiyi muhafaza etme, amacına uygun kullanma, asıl sözleşmenin ifa edilmesinden sonra veya asıl sözleşmenin kurulamayacağının taraflarca açıkça anlaşılmasından sonra gizli bilgilerin edinilen tarafa iade edilmesi ve üçüncü kişilerle paylaşılma yükümlülüğü yüklemektedir.¹⁷¹ Bu noktada, asıl sözleşmenin yüklenicisinin alt yüklenicilerinin üçüncü kişi olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususunda uygulamada birlik bulunmamakta, taraflarca halin icabına göre bazı hükümler yönünden üçüncü kişi olarak kabul edilmekte, bazı hükümler yönünden ise üçüncü kişi olarak kabul edilmemekte olduğu bilinmektedir. Aynı şekilde alt yüklenicilik sözleşmelerinde asıl sözleşmenin alıcısı konumunda olan dolayısı ile alt yüklenicilik sözleşmesine doğrudan taraf olmayan ihtiyaç makamının veya diğer alt yüklenicilerin üçüncü kişi olarak kabul edilip edilmeyeceğinin taraflarca açıkça hüküm altına alındığı bilinmektedir. Bu husus taraflarca açıkça kararlaştırılmamış ise kanaatimizce gizlilik sözleşmesinin taraflarının dışındaki kişilerin gizlilik sözleşmesi bakımından üçüncü kişi olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Tüm bunların yanında gizlilik sözleşmeleri her ne kadar müzakere aşamasında imzalanmakta ise de genellikle asıl sözleşme akdedildikten sonra da varlığını devam ettirmekte hatta bazı hallerde asıl sözleşmenin ifa edilmesinden sonra belirli bir süre daha varlığını devam ettirmektedir. Gizlilik sözleşmesi, müzakere sürecinde hazırlanan diğer metinlere nazaran tarafları açısından bağlayıcı olan ve ihlali halinde sözleşme müzakeresindeki kusurlu davranıştan sorumluluk yerine sözleşmenin ihlalden doğan sorumluluğa başvurulmasına imkân veren bir sözleşmedir. Esas itibarıyla bu aşamada gizlilik sözleşmesi yapılmasının amacı da tarafları açısından daha fazla koruma sağlanmasıdır. Her ne kadar UNODROIT hükümleri arasında müzakere sürecine ilişkin gizlilik yükümlülüğü öngörülmüş ve yükümlülüğün ihlali açıkça belirtilmişse de bu düzenlemenin sözleşme hükümleri kadar koruyucu olması beklenmemektedir.¹⁷² Yine doktrinde gizliliğin ihlal edilmesi halinde sözleşme müzakerelerindeki

¹⁷¹ GÜRBÜZ USLUEL, A.E., *TÜRK ÖZEL HUKUKUNDA ÖZELLİKLE ANONİM ŞİRKETLERDE TİCARİ SİRRİN KORUNMASI*, İstanbul, 2009, sf.151; HERDEM, sf. 89-95.

¹⁷² UNIDROIT Prensipleri 2016, art. 2.1.16

kusurlu davranıştan sorumluluğun yeterli hukuki korumayı sağlamadığı belirtilmektedir.¹⁷³

-Teknik ve İdari Şartnameler, genellikle Teklife Çağrı Dokümanının eki olarak muhataba iletilen, asıl sözleşmenin hükümlerine yönelik genel şartları içeren metinlerdir. Esas itibariyle bu tür metinler, akdedilmesi planlanan sözleşmenin genel hatlarına ilişkin istekliye bilgi vermek amacıyla hazırlanmaktadır. Bu metinler taraflarca üzerinde tam olarak mutabakata varılmadığından sözleşmenin esaslı unsurlarını içermemekte, bunlara yönelik genel hatları ifade etmektedir. Bu metinler Teklife Çağrı Dokümanının eki niteliğinde hazırlandığından, bu metinlerin hukuki niteliği ve taraflar açısından bağlayıcılığı noktasında Teklife Çağrı Dokümanı hakkında yapılan değerlendirme ve açıklamalar bu metinler açısından da geçerlidir.

-Teklife Cevapta Yer Alan Hususlara İlişkin Anket, Teknik ve İdari Şartnameler gibi Teklife Çağrı Dokümanının eki niteliğinde hazırlanan bir metin türüdür. Bu türde metinler esas itibariyle muhatabın vereceği cevabın ve muhatabın iradesini aydınlatma amacı taşımakta, muhatabı belirli yönde irade açıklamasında bulunmaya yöneltmemektedir. Bu sebeple kanaatimizce söz konusu metinlerin tarafların iradesini kısıtladığı veya sözleşme yapma özgürlüğünü sınırlandırdığından bahsedilmesi mümkün değildir.

-Sözleşme Taslağı, yukarıda belirtildiği üzere esas itibariyle iki aşamada hazırlanmaktadır. Bunlardan ilki sözleşme müzakerelerinin başlaması ile birlikte ihtiyaç makamı tarafından hazırlanan sözleşme taslağıdır. Bu başlık altında esas itibariyle metin bu anlamı ile ele alınmaktadır. Bu anlamda sözleşme taslağı, diğer alandaki uluslararası ticari sözleşmelerin müzakeresinde hazırlanan sözleşme taslağından farklı olarak ihtiyaç makamı tarafından sözleşmeye ilişkin genel hükümleri ihtiva eden, ileride üzerinde müzakere edilecek maddelerin yer aldığı bir metindir. Bu metinler Teklife Çağrı Dokümanının eki niteliğinde olduğundan ve esas itibariyle Teklife Çağrı Dokümanının niteliğini değiştirmediğinden, nitelik ve bağlayıcı olması hususunda Teklife Çağrı Dokümanı yani niyet mektubu

¹⁷³ AYHAN İZMİRLİ, sf. 159; DOĞAN, G., 87.

açısından yapılan açıklamalar burada da varlığını korumaktadır. Sözleşme tasarısı ikinci olarak ise müzakere oturumlarının tamamlanmasından sonra taraflarca müşterek olarak hazırlanmaktadır. Uygulamada bu metnin son sözleşme tasarısı olarak adlandırıldığı görülmekte olup bu tür metinler taraflarca müşterek olarak hazırlanan metinler arasında incelenmiştir.

-Toplantı Tutanakları, taraflarca müzakere oturumları ya da müzakere oturumları dışında karşılıklı ve zaman itibariyle bütünlük arz eden yüz yüze veya telekonferans yolu ile yapılan toplantılar neticesinde hazırlanan belgelerdir. Bu belgelerin ihtiyaç makamı tarafından hazırlanmasının temel nedeni müzakere görüşmelerinin ihtiyaç makamının bulunduğu ülkede veya merkez adresinde gerçekleştirilmesidir. Bununla birlikte taraflarca kararlaştırılması halinde bu tutanakların tarafların herhangi biri tarafından hazırlandığı bilinmektedir. Toplantı tutanakları, tarafların müzakere oturumlarını kayıt altına alması, ileride herhangi bir ihtilafın vuku bulması halinde tarafların iradelerinin yorumlanması bakımından önem arz etmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki bu tutanaklar her iki tarafça imzalanarak kabul edilmiş olsa dahi taraflar açısından bağlayıcı bir nitelik taşımamaktadır. Bunun sebebi toplantı tutanaklarının tarafların iradelerinden ziyade görüşmeleri kayıt altına almasıdır.¹⁷⁴ Bunun yanında tarafların sözleşmenin objektif esaslı unsurlarının tümü üzerinde karşılıklı irade beyanlarının uyuşmasının toplantı tutanaklarına konu edilmesi halinde asıl sözleşmenin kurulmuş olduğundan bahsedilebilmesi kanaatimizce mümkündür. Bununla birlikte taraflarca anlaşmaya varılan objektif esaslı unsurların farklı toplantı tutanaklarına konu edilmesi halinde ilk aşamadaki toplantı tutanağının tek başına sözleşme olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Çünkü objektif esaslı noktalar üzerinde farklı toplantılarda anlaşmaya varılması halinde ilk toplantı tutanağında sözleşmenin objektif esaslı unsurlarının tümü üzerinde taraflarca anlaşmaya varılmamaktadır. Kaldı ki en son imzalanan toplantı tutanağı da

¹⁷⁴ Ankara Asliye Ticaret Mahkemeleri nezdinde savunma sanayii sözleşmesinin konu edildiği yargılama neticesinde taraflarca hazırlanan ve imzalanan toplantı tutanaklarının sözleşme hükümleri karşısında bağlayıcı olmadığı, çelişki bulunması halinde sözleşme hükümlerinin uygulama alanı bulacağı, sözleşmede bu konuda herhangi bir hüküm bulunmaması halinde var olan boşlukların doldurulmasında toplantı tutanaklarına başvurulamayacağı hüküm altına alınmış olup toplantı tutanakları tarafları bağlayıcı belgeler olarak kabul edilmemiştir.

tarafların tüm iradelerini yansıtmaktan uzak olacaktır. Bu sebeple toplantı tutanakları tarafların irade beyanlarının uyuştüğunun ispat aracı olarak gündeme gelmektedir.

b. İstekli Tarafından Hazırlanan Metinler

Uluslararası alandaki savunma sanayii sözleşmelerinin müzakeresi aşamasında ihtiyaç makamının yanında isteklinin de münhasıran birtakım metinler hazırladığına uygulamada rastlanılmaktadır. Bu metinlerin şu şekilde sayılması mümkündür:

- Bilgi Talep Formuna Cevap Metni, esas itibariyle sözleşme akdedilmesi için yeterli teknik ve idari şartların mevcut olduğunu gösteren metinlerdir. Bu metinlerin niteliğinin belirlenmesi hususunda Bilgi Talep Formlarının niteliği önem arz etmektedir. Bilgi Talep Formunun öneri olarak nitelendirilememesinin doğal bir sonucu olarak bu metinlerin de kabul beyanı olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Yine Bilgi Talep Formunun öneriye davet olarak nitelendirilememesi sebebiyle bu metinlerin öneri olarak da kabul edilmesi mümkün değildir. Söz konusu metinlerin öneri olarak kabul edilmemesinin bir diğer gerekçesi ise, bu metinlerde sözleşme yapma iradesinin kesin ve bağlayıcı olarak ortaya konulmaması ve sözleşmenin esaslı unsurlarına yer verilmemesidir.

- Teklife Çağrı Dokümanına Cevap Metinleri, ihtiyaç makamı tarafından gönderilen sözleşme yapma niyetine verilen cevapları içeren metinlerdir. Bu metinlerin ekinde Teklife Çağrı Dokümanı ile birlikte gönderilen ankete verilen cevaplar, NATO düzenlemeleri ile öngörülen Kişi Güvenlik Belgesi, Tesis Güvenlik Belgesi, ihracat lisanslarına ilişkin belgeler ve mevcut olması halinde alt isteklilere ilişkin bilgiler yer almaktadır. Bu metinlerin niteliği ve bağlayıcılığı Teklife Çağrı Dokümanlarının niteliği ve bağlayıcılığı ile doğrudan ilişkili olduğundan Teklife Çağrı Dokümanlarına ilişkin yapılan açıklamalar burada da geçerliliği korumaktadır. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki bu metinler sözleşmenin bedeli gibi esaslı unsurlarının tamamını içermediğinden tam anlamıyla öneri niteliği taşımamaktadır. Bu metinler ile dar anlamda sözleşme müzakerelerine başlanması niyetinin bulunduğu ihtiyaç makamına iletilmektedir.

Kanaatimizce bu metinler sözleşme yapma taahhüdü içermemekle birlikte sözleşme müzakerelerine başlamak konusunda bir taahhüt içermekte, bu yönüyle hazırlayan taraf açısından bağlayıcılık arz etmektedir.

c. Müşterek Olarak Hazırlanan Metinler

Uluslararası savunma sanayii sözleşmelerinin müzakeresi aşamasında, diğer sözleşme türlerinde olduğu gibi birtakım metinlerin taraflarca müşterek olarak hazırlanması da uygulamada görülmektedir. Esas itibariyle müzakere metinlerinin bu yöntemle hazırlanmasının kanaatimizce müzakere sürecinin amacına ve ruhuna daha uygun düştüğü değerlendirilmektedir. Ne var ki uygulamada ulusal ve uluslararası alandaki savunma sanayii sözleşmelerinin müzakeresi aşamasında hazırlanan metinlerin çok az bir kısmının taraflarca müşterek olarak hazırlandığı, genellikle metinlerin ihtiyaç makamı veya sözleşme alıcısı tarafından hazırlandığı ve müzakerelerin bu metinler üzerinden yürütüldüğü bilinmektedir. Uluslararası alandaki savunma sanayii sözleşmelerinin müzakeresinde taraflarca müşterek olarak hazırlanan metinlerin şu şekilde sayılması mümkündür:

- Mutabakat Zaptı (*Memorandum of Understanding*), müzakerelerin belirli bir aşamaya gelmesinden sonra taraflarca üzerinde mutabakata varılan hükümlerin yer aldığı ancak genellikle sözleşmenin objektif esaslı unsurlarının tamamının yer almadığı metinlerdir. Uluslararası savunma sanayii sözleşmelerinde genellikle sözleşmenin yaklaşık maliyeti üzerinde taraflarca mutabakata varılması aşamasından sonra mutabakat zaptının hazırlandığı bilinmektedir. Bu tür metinlerin ulusal ve uluslararası hukuk düzenlerinde sözleşme niteliği taşımadığı bununla birlikte taraflar arasındaki ilişkinin müzakere ile sınırlandırılmadığını gösteren belgeler olduğu kabul edilmektedir.¹⁷⁵ Bu metinlerin Türk hukuk düzeninde ve pek çok hukuk sisteminde genel olarak bağlayıcı olmadığı kabul edilmektedir. Örneğin Türk hukuk düzeninde bu tür metinlerin bağlayıcı olabilmesi için tarafların bu metinle bağlı olduklarına ilişkin açık rızalarının bulunması gerekmektedir. İngiliz hukuk düzeninde bu tür metinlerin ihlali halinde zararların

¹⁷⁵ İŞINTAN, sf. 66; AYHAN İZMİRLİ, sf. 149.

giderilmesinin istenilemeyeceği dolayısı ile bağlayıcı olmadığı kabul edilmektedir. Avustralya hukukunda ise bu tür metinlerin ancak ivaz bulunması halinde bağlayıcı olacağı kabul edilmektedir.¹⁷⁶ Bütün bu açıklamalarla birlikte uygulamada savunma sanayii sözleşmelerinin müzakeresi aşamasında hazırlanan bu metinlerde tarafların bu metinle bağlı olmadığına ilişkin açık kayıtlara yer verildiği bilinmektedir. Böyle bir kayda yer verilmesi halinde şüphe yoktur ki metinde yer alan hükümlerin ihlali halinde sözleşmenin ihlali nedeniyle tazminat sorumluluğuna başvurulması mümkün değildir. Ancak tarafların dürüstlük kuralına uygun olarak müzakere etme yükümlülüğü çerçevesinde sözleşme müzakeresindeki kusurlu davranıştan sorumluluğun gündeme gelmesi söz konusu olabilmektedir. Nitekim UNIDROIT düzenlemesinde kötü niyetle ihlalin meydana gelmesi halinde zarara uğrayan tarafın zararının tazmin edileceğine yer verilmektedir.¹⁷⁷

- Son Sözleşme Taslağı, müzakerelerin ilk aşamasında çoğunlukla ihtiyaç makamı tarafından hazırlanan ve içeriğinde karşılıklı müzakere edilecek hükümlerin yer aldığı sözleşme taslağından farklı olarak müzakerelerin son aşamasında sözleşmenin tam ve kesin bedeli hariç diğer objektif esaslı unsurlar da dâhil olmak üzere hemen hemen tüm hükümlerin yer aldığı metindir. Bu metin taraflarca müzakere edilerek kabul edilen hükümleri ihtiva ettiğinden ilk sözleşme taslağından farklı olarak taraflarca müşterek olarak hazırlanmaktadır. Esasında son sözleşme tasarısını sözleşmenin tam ve kesin bedeli dışında asıl sözleşmenin diğer tüm hükümlerinin yer aldığı sözleşme metni olarak açıklamak mümkündür. Bu metinlerin hazırlanması sözleşmenin tam ve kesin bedeli üzerinde mutabakata varılabilmesine imkân sağlamaktadır. Çünkü savunma sanayii sözleşmelerinde sözleşmenin tam ve kesin bedeli, tüm hükümlerin müzakeresinden sonra sözleşme taslağı incelenerek tarafların üst yetkili kişileri tarafından ya da belirli onayların alınmasından sonra belirlenmektedir. Sözleşme taslağının tarafları açısından

¹⁷⁶ AYHAN İZMİRLİ, sf. 149-150; İŞINTAN, sf. 677.

¹⁷⁷ UNIDROIT Prensipleri, art. 2.1.15.

bağlayıcı olup olmadığı hususunda ilk olarak belirtmek gerekir ki söz konusu metinler taraflara asıl sözleşmeyi yapma yükümlülüğü yüklememektedir.¹⁷⁸ Yine bu tür sözleşmeler, Türk ve Kıta Avrupası hukuk düzenlerine göre sözleşmenin objektif unsuru niteliğinde olan tam ve kesin sözleşme bedeli unsurunu içermediğinden asıl sözleşme olarak nitelendirilememektedir.¹⁷⁹ Anglo - Amerikan hukuk düzeninde de bir sözleşmenin akdedilmesinde ivaz unsurunun bulunmasının gerekli olduğu kabul edildiğinden kanaatimizce bu hukuk düzenine göre de asıl sözleşmenin kurulduğundan bahsedilmesi mümkün değildir.¹⁸⁰ Bununla birlikte UNIDROIT Prensiplerine göre sözleşme bedeli belirlenmemiş veya belirlenebilmesine ilişkin bir hüküm eklenmemişse, taraflar açıkça aksini kararlaştırmadığı sürece asıl sözleşmenin kurulduğu kabul edilmektedir.¹⁸¹ Kanaatimizce sözleşme bedelinin savunma sanayii sözleşmelerinin objektif esaslı unsurları arasında yer alması, sözleşme konusu işin kendine özgü niteliklerinin bulunması ve bu sebeple sözleşme bedelinin diğer ticaret dalında kararlaştırılan işlere göre belirlenmesinin mümkün olmaması neticesinde bu noktada UNIDROIT Prensipleri uygulama alanı bulamamaktadır. Bu metinlerin asıl sözleşme niteliğinde olmamasının yanında taraflar arasında sözleşmenin tam ve kesin bedeli dışında diğer hükümler üzerinde bir uyuşma hali mevcut olduğundan bu metinlerin müzakerelerin ilk aşamasında genellikle ihtiyaç makamı tarafından hazırlanan sözleşme taslağı veya mutabakat zaptı olarak nitelendirilmesi de kanaatimizce mümkün değildir. Nitekim ilk aşamada hazırlanan sözleşme taslağı, tarafların henüz üzerinde mutabakata varmadığı hükümlerden oluşmaktadır ve mutabakat zaptının imzalanması aşamasında ise müzakere aşamaları tamamlanmış değildir. Bu doğrultuda kanaatimizce son sözleşme taslağı, taraflarının sözleşme kurulmasına ilişkin güveninin tespit edilmesi açısından hukuki bir değer taşımaktadır. Her ne kadar bu tür metinler ile asıl sözleşmenin akdedilmediği kabul edilse de taraflarda asıl sözleşmenin akdedilmesine

¹⁷⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, sf. 110-111; AYHAN İZMİRLİ, sf. 165; İŞINTAN, sf. 85; DOĞAN, G., sf. 75-76

¹⁷⁹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, sf. 111; AYRANCI, sf. 90; AYHAN İZMİRLİ, sf. 165; İŞINTAN, sf. 84-91.

¹⁸⁰ AYHAN İZMİRLİ, sf. 168.

¹⁸¹ UNIDROIT Prensipleri 2016, art. 5.1.7.

ilişkin güvenin tespiti ve yoğunluğu açısından mutabakat zaptı ile asıl sözleşme arasında bir noktada yer aldığı ve tarafları açısından bu iki metin arasında bir koruma sağladığı değerlendirilmektedir.

- Müzakere Sözleşmesi, müzakere iletişim yöntemi, müzakere takvimi, müzakere dili, müzakere yeri gibi müzakere sürecine ilişkin temel ilkeler ile müzakere sürecini yürütmeye ilişkin yükümlülüklerin ve hatta bu yükümlülükler aykırılık halinde uygulanacak yaptırımların yer aldığı metinlerdir. Müzakere Sözleşmeleri, asıl sözleşmenin yapılmasına ilişkin yükümlülük içermemekte, tarafların bir sözleşmenin kurulması için müzakerelerde bulunması yükümlülüğünü içermektedir. Belirtmek gerekir ki bu yükümlülük muhakkak asıl sözleşmenin akdedilmesi taahhüdü niteliğinde olmayıp sözleşme akdedilinceye veya sözleşme akdedilmesinin anlaşılmasına kadar ciddi olarak müzakerelerde bulunulması ve müzakerelerin devam ettirilmesi taahhüdü niteliğindedir.¹⁸² Müzakere sözleşmesi, asıl sözleşmede yer alan hükümlere yönelik hükümleri de içermemekte sadece müzakere sürecinin yürütülme şekli belirlenmektedir. Bu sebeple, müzakere sözleşmesinin yapılmış olması, tarafların asıl sözleşmenin hükümleri hakkında mutabakata vardığı sonucunu doğurmamaktadır. Müzakere sözleşmelerinin geçerliliği ve bağlayıcılığı konusunda hukuk düzenlerinde ortak bir yaklaşım bulunmamaktadır. Türk Hukukuna göre, bu tür sözleşmeler geçerli olarak kabul edilmekte, tarafların müzakere aşamasında yapılan sözleşmeye aykırı davranışlarından ötürü, sözleşme müzakeresindeki kusurlu davranıştan sorumluluk yerine bağımsız bir sözleşmenin ihlalinin doğan sorumluluğun gündeme geleceği ve müspet zararların tazmininin talep edilebileceği savunulmaktadır.¹⁸³ Doktrindeki başka bir görüşe göre ise sözleşme geçerli olmakla birlikte, bu hallerde sadece müzakere masraflarının talep edilebilmesi mümkündür.¹⁸⁴ Anglo – Amerikan hukuk düzeninde ise müzakere sürecinin sonucunun belirli olmaması, bir sözleşmenin

¹⁸² AYHAN İZMİRLİ, sf. 166-167; DOĞAN, G., 72, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, sf. 169, BENLİ, sf. 28; İŞINTAN, sf. 82-83.

¹⁸³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, sf. 169, BENLİ, sf. 29.

¹⁸⁴ DOĞAN, G., sf 87

akdedilmesinde ivaz unsurunun bulunması gerektiği oysaki bu tür sözleşmelerde ivaz unsurunun bulunmaması nedeniyle geçerli ve icra edilebilir olmadığı bu sebeple ihlalin varlığı halinde sözleşmenin ihlaline dayalı sorumluluğun gündeme gelmeyeceği savunulmaktadır. Bununla birlikte, akdedilmesi amaçlanan sözleşmenin dürüstlük kuralına uygun şekilde müzakere edilmesi yükümlülüğünün yüklendiğini kabul eden kararlar da bulunmaktadır.¹⁸⁵ Taraflar arasında müzakere sözleşmesi akdedilmesinin doktrinde birtakım faydaları olduğu belirtilmektedir. Bunlardan ilki, tarafların davranışlarının sorumluluğa yol açıp açmayacağı noktasında görüş ayrılıklarının önlenmesidir. İkinci ve daha önemli yararı ise ihlalin varlığı halinde tarafların sözleşme müzakeresindeki kusurlu davranıştan sorumluluk yerine doğrudan sözleşmenin ihlali dolayısıyla müspet zararlarının tazmin edilebilmesi noktasında ortaya çıkmaktadır.¹⁸⁶

- Müzakere İletişim Planı, müzakere sürecinde tarafların müzakere oturumlarına katılacak ve müzakere süreci boyunca iletişim halinde olacak temsilcilerinin belirtildiği metinlerdir. Bu metinlerde müzakerelere katılacak kişiler, temsil yetkisi bakımından veya görev tanımı olarak belirlenmekte, nadir de olsa bazı hallerde doğrudan kişiler belirlenmektedir. Uygulamada bu metinler ile e- posta ilişkisinde yer alabilecek kişilerin dahi tespit edildiği, tespit edilen kişilerden başka kişilerin müzakere süreçlerine dahil olmaması gerektiği kararlaştırılmaktadır. Söz konusu bu metnin sözleşme olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği tarafların açık veya zımni olarak bağlanma iradelerinin bulunmasına bağlı olarak tespit edilmektedir. Tarafların açıkça bağlanma iradesinin bulunması halinde bu metnin esas sözleşmeden ayrı bir sözleşme olduğunun kabul edilmesi kanaatimizce mümkündür. Çünkü müzakere sürecinin kimler arasında yürütüleceğine ilişkin tarafların birbirine uygun karşılıklı beyanları söz konusudur. Dolayısı ile bu metinde belirtilen yükümlülükler aykırılığın gerçekleşmesi halinde tıpkı müzakere sözleşmelerinde olduğu gibi sözleşme müzakeresindeki kusurlu davranıştan

¹⁸⁵ AYHAN İZMİRLİ, sf. 168.

¹⁸⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, sf. 170, BENLİ, sf. 29.

sorumluluk yerine sözleşmenin ihlalinden doğan sorumluluğa başvurulabileceği değerlendirilmektedir. Tarafların bağlanma noktasında açık veya zımni iradelerinin bulunmaması halinde ise bu tür metinlerin bağlayıcı bir sözleşme olarak kabulü mümkün olmayacaktır. Bu halde hazırlanan metne aykırı davranılması neticesinde sözleşme müzakeresindeki kusurlu davranıştan sorumluluğun gündeme gelmesi değerlendirilebilecektir.

- Müzakere Takvimi, müzakere sürecinin başlaması anından müzakere sürecinin sonlanmasına dek müzakere aşamalarının hangi tarihlerde tamamlanacağını belirlediği bir metindir. Ancak belirtelim ki bu belirlemelerin uygulamada kesin olarak yapılmasından kaçınılmakta çoğunlukla tarih aralığının belirlenmesi yönünde metin hazırlandığı görülmektedir. Tarafların müzakere aşamaları için kesin bir tarih belirlememesi neticesinde bu metinlerin taraflar açısından bağlayıcı olduğunun kabul edilmesi kanaatimizce mümkün değildir. Öte yandan taraflarca kesin olarak tarihler belirlenmiş ve belirlenen tarihlerde müzakerelerin tamamlanmaması halinde sözleşmenin kurulmayacağı açıkça kayıt altına alınmış olabilir. Bu halde, taraflarca kararlaştırılan süre içinde müzakerelerin tamamlanmaması neticesinde müzakere sürecinin tarafların karşılıklı anlaşması yoluyla sona erdirilmesinden bahsetmek gerekmektedir. Dolayısı ile müzakere takviminin müzakere süreci yönünden tarafları bağlayıcı nitelikte olduğu kabul edilmiş olmaktadır. Bununla birlikte müzakere süreci taraflardan birinin kusuru ile sürüncemede bırakılmış ve belirlenen tarihte müzakereler tamamlanamamış ise tarafların karşılıklı anlaşması ile müzakere sürecinin sona erdirilmesinden bahsedilemeyecektir. Bu halde tarafların iradelerinin müzakerelerinin belirtilen tarihte tamamlanması noktasında birleştiğinin kabulü ile tıpkı müzakere sözleşmelerinde olduğu gibi sözleşme müzakeresindeki kusurlu davranıştan sorumluluk yerine sözleşmenin ihlalinden doğan sorumluluğa başvurulabileceği değerlendirilmektedir.

2.2.4. Savunma Sanayiindeki Uluslararası Ticari Sözleşmelerinin Müzakereleri ile Savunma Sanayii Alanındaki Ulusal Nitelikli Ticari Sözleşmelerinin Müzakerelerinin Karşılaştırılması

Uluslararası nitelikli savunma sanayii sözleşmelerinin müzakereleri ile Türk hukuk düzenindeki ulusal savunma sanayii sözleşmelerinin müzakerelerinin savunma sanayii sözleşmelerinin kendine özgü özellikleri açısından ve uluslararası nitelik bakımından karşılaştırılması mümkündür.

2.2.4.1. Savunma Sanayii Sözleşmelerinin Kendine Özgü Özellikleri Bakımından

Savunma sanayii sözleşmelerine konu edilen ürün ve hizmetlerin nihai alıcısı kamu kurum ve kuruluşlarıdır. Bu durum savunma sanayii sözleşmelerinin kendine özgü bir nitelik kazanmasına sebebiyet vermektedir.¹⁸⁷ Kıbrıs Barış Harekâtı sonrasında uygulanan ambargolardan sonra yerli bir savunma sanayii oluşturulmasının hedeflenmesi neticesinde ulusal alanda yapılan savunma sanayii sözleşmelerinin sayısının arttığı bilinmektedir. Bu sözleşmeler temel olarak Savunma Sanayii Başkanlığı, İç İşleri Bakanlığı ve Millî Savunma Bakanlığı ile özel hukuk tüzel kişileri ile kurulmaktadır.¹⁸⁸ Ancak bu kurumlar ile kurulan sözleşmeler Kamu İhale Kanunu'nun m.3-b bendinde öngörülen istisnalar arasında yer aldığı için kamu ihale sözleşmesi niteliği taşımamaktadır. Bu tür sözleşmelere ve bu sözleşmelerin müzakerelerine Kamu İhale Kanunu'nun hükümlerinin uygulanması mümkün olmadığından bu alanda yapılacak sözleşmeler ve sözleşme müzakereleri temel olarak 758, 1548 ve 3373 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararları ile düzenlenmektedir.¹⁸⁹ Esas itibarıyla doğrudan kamu kurumları ile yapılan sözleşmelerin idari sözleşme niteliğini taşımamakla birlikte tam anlamıyla özel hukuk sözleşmesi olduğunun kabulü de güçtür. Çünkü bu sözleşmeleri düzenleyen Cumhurbaşkanlığı Kararlarında ilgili kararlar kapsamında gerçekleştirilecek faaliyetlere ilişkin usul ve esasların idarenin ikincil mevzuatının veya iç düzenlemelerinde yer verileceği veya ilgili Bakanlıkça belirleneceği, ayrıca Kamu İhale Kanunu'nun ceza ve ihalelerden yasaklamaya ilişkin hükümlerinin uygulanacağı

¹⁸⁷ DEMİRBAŞ, sf. 133.

¹⁸⁸ DEMİRBAŞ, sf. 30-31; HERDEM, sf. 52-82, 164 -168; 758 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı, m.13- 14

¹⁸⁹ DEMİRBAŞ, sf. 31.

düzenlenmektedir.¹⁹⁰ Bu nedenle söz konusu sözleşmelerin idare sözleşmesine daha benzer olmakla birlikte ticari sözleşme ve idari sözleşme arasında konumlandırılabilceği değerlendirilmektedir. Kamu kurum ve kuruluşlarınca sözleşmenin hangi yöntemlerle akdedileceği ilgili Kararlarda belirtilmektedir. Bunlara göre, ihtiyaç makamı tarafından yayınlanan ilana tüm isteklilerin teklif verebildiği açık ihale usulü, ihtiyaç makamı tarafından belirlenen isteklilerin katılabildiği, ilansız olarak yapılan belli istekliler arasında ihale usulü, sözleşme konusu mal ya da hizmetin teknik ve mali özelliklerinin ihtiyaç makamı tarafından tam olarak belirlenememesi halinde rekabetçi müzakere usulü, ihtiyaç makamının davet ettiği isteklilerin teklif verebildiği pazarlık usulü ve daha önce taraflar arasında akdedilmiş anlaşmalara dayalı olarak tercih edilen doğrudan alım usulü ile sözleşme akdedilmesi mümkündür.¹⁹¹ Kamu kurum ve kuruluşları ile akdedilen savunma sanayii sözleşmeleri esas itibariyle bu çalışmaya konu edilen ticari sözleşmeler niteliğinde olmadığından bu sözleşmelerin müzakere ve ihale süreçleri hakkında ayrıntılı bilgiye yer verilmesi gerekli görülmemiştir.¹⁹²

Kamu kurum ve kuruluşları ile akdedilen ana sözleşmelerin yanında özel hukuk tüzel kişisi veya gerçek kişi tarafından yüklenilen ana sözleşmeye ilişkin olarak, yüklenicinin ana sözleşme konusunun bir bölümü hakkında diğer özel hukuk tüzel kişileri ile alt yüklenicilik sözleşmeleri akdetmesi de mümkündür. Bu hallerde temel olarak borçlar hukuku ve ticaret hukukunun uygulama alanı bulacağı kabul edilmekle birlikte savunma sanayii mevzuatının da gerekli hallerde uygulanabileceği kabul edilmektedir.¹⁹³ Bununla birlikte uygulamada bu tür alt yüklenicilik sözleşmelerinde, kamu kurumları ile imzalanan ana sözleşme hükümlerinin büyük oranda alt yüklenicilik sözleşmesine yansıtıldığı görülmektedir. Ana sözleşme hükümlerinin alt yüklenicilik sözleşmesine yansıtılmasının sonucu olarak müzakere aşamasında bu hükümlerin taraflarca karşılıklı olarak tartışılması imkânı büyük ölçüde ortadan kaldırılmış olmaktadır. Türk hukukuna göre akdedilen ulusal savunma sanayii sözleşmelerinin müzakeresi ile savunma sanayii alanında akdedilen uluslararası ticari sözleşmelerin müzakerelerinin temel farkı bu noktada ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar, bu alandaki uluslararası savunma sanayii

¹⁹⁰ 3373 s. Cumhurbaşkanlığı Kararı, m. 15.; 758 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı, m. 37; 1548 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı, m. 31.

¹⁹¹ DEMİRBAŞ, sf. 33-34, 41, 47-48;

¹⁹² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. HERDEM, sf.49 -168; DEMİRBAŞ, sf.30-52.

¹⁹³ DEMİRBAŞ, sf. 133, 145.

sözleşmelerinde bir tarafın ait olduğu hukuktaki kamu hukukundan kaynaklanan hükümlere sözleşme hükümlerine yer verilebileceği kabul edilmekte ise de bu kamu hukukundan kaynaklanan yükümlülükler sözleşme hükümlerine yer verilip verilmeyeceği çoğunlukla müzakere konusu haline getirilebilmektedir. Oysaki ulusal nitelikli sözleşmelerde asıl sözleşme hükümlerine yer verilmesi ve müzakere süreçlerinin asıl sözleşmenin müzakere yöntemine paralel olarak yürütülmesi müzakere konusu haline getirilmemektedir.

2.2.4.2. Uluslararası Nitelik Bakımından

Savunma sanayii sözleşmelerinin müzakerelerinin ikinci olarak uluslararası nitelik bakımından karşılaştırılması mümkündür. Her şeyden evvel ulusal ve uluslararası nitelikli sözleşmelerin müzakerelerine uygulanacak hukukun tespiti bakımından farklılık gündeme gelmektedir. Ulusal nitelikli sözleşmelerde o devletin hukuku uygulama alanı bulmakta iken uluslararası sözleşmelerin müzakerelerine uygulanacak hukukun taraflarca tespit edilmesi ya da böyle bir tespitin bulunmaması halinde ise kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerekmektedir.¹⁹⁴

Bir diğer fark ise müzakere yeri ve müzakere dili noktasında ortaya çıkmaktadır. Nitekim ulusal sözleşmelerde müzakereler tarafların aidiyetinin bulunduğu ülke sınırları içinde gerçekleşmekte iken uluslararası sözleşmelerin müzakerelerinin nerede gerçekleşeceği tarafların tespitine bağlı olmakta, çoğunlukla ihtiyaç makamının bulunduğu ülkede, bazen tarafların tabi olduğu devletlerden ayrı üçüncü bir devlet sınırları içinde ve nadiren birden çok ülke sınırları içinde müzakerelerin yürütülmesi kararlaştırılabilmektedir. Yine uluslararası sözleşmelerde müzakere dilinin de taraflarca tespit edilmesi gerekirken ulusal sözleşmelerde bu yönlü bir ihtiyaç bulunmamaktadır.

Son olarak ulusal ve uluslararası nitelikli savunma sanayii sözleşmelerinin müzakeresi noktasında sözleşme konusu ürünün veya hizmetin yer aldığı pazar unsuru da farklılık göstermektedir. Bu bağlamda ulusal sözleşmelerde çoğunlukla ulusal pazar faktörleri önem taşıırken, uluslararası sözleşmelerde birden çok devletin ulusal pazar unsuru ve hatta ürün veya hizmetin uluslararası pazar faktörü devreye girmekte bu

¹⁹⁴ DOĞAN, (MÖHUK) sf. 300 vd.

sebeple müzakere aşamasında özellikle sözleşme bedelinin belirlenmesi noktasında birden çok ulus ve uluslararası pazar unsuru etkili olmaktadır.

2.2.5. Savunma Sanayiindeki Uluslararası Ticari Sözleşmelerin Müzakereleri ile Diğer Alanlardaki Uluslararası Ticari Sözleşmelerin Müzakerelerinin Karşılaştırılması

Savunma sanayiindeki uluslararası nitelikli sözleşmelerinin müzakeresi yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere kendine özgü birtakım özellikleri haizdir. Esas itibarıyla müzakere sürecinin bu özellikleri, savunma sanayii sözleşmelerinin kendine özgü özelliklerinden kaynaklanmaktadır. Müzakere sürecinde ortaya çıkan bu farklılıkların temel olarak gizlilik unsuru, güvenlik unsuru, stratejik ve diplomatik unsur ile ekonomik unsur olarak ele alınması mümkündür.

2.2.5.1. Gizlilik ve Güvenlik Unsuru Yönünden

Savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmeler, gerek ülkelerin savunma politikalarına yönelik bilgiler içermesi gerekse bu alandaki sözleşmelerin türlerinin içeriğinde çoğu zaman fikri sınai hakların yer alması neticesinde bu tür sözleşmelere ilişkin bilgilerin sözleşmenin tarafları dışında üçüncü kişiler ile paylaşılmaması ve gizli tutulması yüksek önem arz etmektedir. Bu sebeple savunma sanayii sözleşmelerinde uluslararası alanda gizli bilgilere yönelik olarak bilmesi gereken prensibi uygulanmaktadır. Burada yer alan gizliliğin kapsamı, sözleşme müzakerelerinin başlaması aşamasında tarafların hukuki ve sosyal bir ilişkiye girmesi anından itibaren başlamakta, genel olarak müzakere sürecinin başlaması ile birlikte Gizlilik ve Bilgi Değişim Sözleşmeleri imzalanmakta, Gizlilik ve Bilgi Değişim Sözleşmelerinin kapsamı müzakere aşamasının ilerlemesine paralel olarak genişletilebilmektedir. Her ne kadar diğer uluslararası ticari sözleşmelerin de müzakerelerinin başlaması ile birlikte gizlilik sözleşmesi imzalandığı belirtilmekte ise de¹⁹⁵ bu gizlilik sözleşmelerinin yaptırımları sadece cezai şart olarak belirlenmekte, hatta bazı zamanlarda bu cezai şartta bile yer verilmemektedir.¹⁹⁶ Oysaki savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmelerinin müzakerelerinde imzalanan gizlilik sözleşmesi, ihlal halinde sadece cezai şart yaptırımını

¹⁹⁵ AYHAN İZMİRLİ, sf. 158-159; İŞINTAN, sf. 67; DOĞAN, G., sf. 85-87.

¹⁹⁶ DOĞAN, G., sf. 87-88.

içermemekte bunun yanında gizliliği ihlal eden tarafla yürütülen müzakerelerin derhal sonlandırılması gerektiği uygulamada kabul edilmektedir. Ayrıca NATO'ya üye devletler arasında yapılan uluslararası ticari sözleşmelerin müzakerelerinde gizlilik yükümlüğünün ihlal edilmesi halinde NATO tarafından ihlali gerçekleştiren tarafa uyarıda bulunulması şeklinde yaptırımların uygulandığı uygulamada bilinmektedir. Savunma sanayii sözleşmelerinin müzakeresinde gizlilik yükümlülüğüne ilişkin yaptırımların uygulama alanı bulabilmesi için gizlilik yükümlülüğünün mutlaka bir sözleşme ile kayıt alınması gerekmemektedir. İyi niyet ve dürüstlük kurallarına uygun müzakere edilmesi şeklindeki genel düzenlemelerin yanında savunma sanayiine özgü olarak NATO düzenlemelerinde gizlilik sınıflandırmasına tabi tutulan belgelerin, bilgilerin ve verilerin taraflar arasında bir gizlilik sözleşmesi olmasa dahi gizli tutulması gerektiği düzenlenmektedir.¹⁹⁷

Savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmelerinin müzakeresinde önemli olan bir diğer unsur ise güvenlik unsurudur. Nitekim geniş anlamda müzakere süreçlerini başlatan Bilgi Talep Dokümanı ile güvenlik yönüyle de sözleşme yapılıp yapılamayacağı sorulmakta, Teklife Çağrı Dokümanına verilecek cevapla birlikte sözleşme yapılması planlanan tarafın müzakereye katılacak personelinin Kişi Güvenlik Belgeleri ile sözleşme yapılması planlanan tarafın işyerine ilişkin Tesis Güvenlik Belgesinin gönderilmesi talep edilmektedir. Kişi Güvenlik Belgesi ve Tesis Güvenlik Belgesi esas itibarıyla NATO düzenlemelerinde yer almakta, bu düzenlemelerde bu belgelerin taşınması gereken asgari şartlar sayılmaktadır.¹⁹⁸ Buna göre Kişi Güvenlik Belgesi, gizli bilgiye nüfuz edebilecek kişilerin gösterildiği belge, Tesis Güvenlik Belgesi ise bir tesiste bulunan veya bulunabilecek gizlilik dereceli bilgi, belge, proje ve malzemenin fiziki güvenliklerinin sağlanması için, tesisin bulunduğu yer ve çevre şartları ile maruz kalabileceği dış ve iç tehditler göz önüne alınarak projelendirilmiş olan koruma önlemlerinin uygun bulunduğunu belirten belge olarak tanımlanmaktadır. NATO düzenlemelerinde yer alan bu hususlar, Türk Hukukunda Savunma Sanayii Güvenliği Kanunu ve bu Kanun'a

¹⁹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz: Security Within the North Atlantic Treaty Organization, C-M(2002)49-REV1., Directive On The Security Of Nato Classified Information, AC/35-D/2002-REV5, Erişim Adresi: https://www.dksi.bg/media/6885/ac_35-d_2002_rev5.pdf , Erişim Tarihi: 20.04.2022

¹⁹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz: Security Within the North Atlantic Treaty Organization, C-M(2002)49-REV1., Directive On Personnel Security, AC/35-D/2000 REV8 Erişim Adresi: https://www.nbu.cz/download/AC_35-D_2000_REV8_znackaNBU.pdf , Erişim Tarihi: 20.04.2022

dayanılarak yayımlanan Yönetmelikte benzer şekilde tanımlanmaktadır. Kişi Güvenlik Belgesi ve Tesis Güvenlik Belgesi Türkiye Cumhuriyeti'nde Millî Savunma Bakanlığı'ndan Savunma Sanayii Güvenliği Kanunu uyarınca temin edilmektedir.¹⁹⁹

2.2.5.2. Güven Unsuru Yönünden

Savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmeler, diğer uluslararası ticari sözleşmelerden farklı olarak tarafların gizlilik ve güvenlik içinde, teknik açıdan yeterliliğin müzakere oturumlarından önceki aşamada teyit edilmesinden sonra ve efektif sözleşme bedeli ile kurulan sözleşmelerdir. Yine bu tür sözleşmelerde, tarafların sözleşme süresince göstermesi beklenen performansı ve sözleşmeyi sözleşme takvimine ve teknik şartnameye uygun olarak tamamlamış olmaları önem arz etmektedir. Çünkü bu tür sözleşmelerin kurulmasından sonra, bu sözleşmeyle ilgili pek çok alt yüklenicilik sözleşmeleri kurulmakta ve esas itibarıyla bu sözleşmeler aynı amaç çerçevesinde proje olarak nitelendirilmektedir. Projede yer alan bir sözleşmenin takviminin gecikmesi yahut taraflardan birinin sözleşmeye aykırı davranması tüm projeyi etkilemektedir. Bu sebeple savunma sanayii sözleşmelerinin daha müzakere aşamasında sözleşmeye aykırılığın meydana gelmeyeceği hususunda karşılıklı güvenin sağlanması önem arz etmektedir. Savunma sanayii sözleşmelerinin müzakere aşamasındaki güven unsurunun, asıl sözleşmenin kurulmasına ilişkin güven, müzakerelerin gizlilik ve güvenlik içinde yürütüleceğine ilişkin güven, müzakere taraflarının tabi olduğu ülkelerin diplomasisine ve ekonomisine duyulan güven ve nihayet tarafların sözleşme konusunu ifa etmek hususunda yeterli teknik ve idari kriterleri sağladığına ilişkin güven olarak sayılması mümkündür. Taraflar dar anlamda müzakere aşamasına başlamadan evvel karşılıklı olarak bu güven unsurlarını teyit etmekte, güven unsurunun teyit edilememesi halinde dar anlamda müzakere süreci başlatılmadan müzakere sona erdirilmektedir. Güven unsuru çoğunlukla Bilgi Talep Formu ve bu forma verilen cevap ile teyit edilmektedir. Güven unsurunun uygulamada savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmelerde önem arz etmesinin sonucu olarak uygulamada tarafların daha önceden ticari ilişki içerisine girdiği kişiler ile sözleşme görüşmeleri başlamakta, geçmişte taraflar arasında ticari bir ilişki

¹⁹⁹ Söz konusu belgelerin hazırlanması ve talep edilene verilmesi usulü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Millî Savunma Bakanlığı Savunma Sanayii Güvenliği Yönergesi, Millî Savunma Bakanlığı Tesis Güvenlik Belgesi Yönergesi.

kurulmamış ise güven unsurunun oluşabilmesi için tarafların daha evvel savunma sanayii sektöründe sözleşme akdedip akdetmediği yani bu alanı tanıyıp tanımadığı, savunma sanayiindeki benzer konularda akdettiği sözleşmeleri sözleşmeye uygun şekilde ifa edip etmediği, daha evvel üçüncü kişilerle akdettikleri sözleşmeler dolayısı ile verdikleri teminat mektuplarının irat kaydedilip kaydedilmediği, tabi oldukları ülkenin siyasi, hukuki, sosyal ve ekonomik açıdan istikrarlı olup olmadığı, tarafların sözleşmenin akdedilmesi ve ifası için yeterli ekonomik düzeyde olup olmadıkları ve uluslararası kuruluşlarca kabul edilen güvenlik belgelerine sahip olup olmadığı hususlarının araştırıldığı bilinmektedir.

Oysaki diğer alanlardaki uluslararası ticari sözleşmelerin müzakerelerinde güven unsurunun müzakere aşamalarında zamanla ortaya çıktığı hatta çoğu zaman ulusal sözleşmelerde olduğu gibi belirli bir derecede güven unsurunun bulunmadığı belirtilmektedir.²⁰⁰ Belirtelim ki diğer alandaki uluslararası ticari sözleşmelerin müzakerelerinde güven unsuru denildiğinde çoğunlukla tarafların sözleşmenin akdedileceğine ilişkin güvenine işaret edilmektedir. Tarafların daha önceden ticari ilişki içine girmiş ve ihtilafsız şekilde bu ilişkiyi sonuçlandırmış olmaları, tarafların eğitim durumu ve yer aldıkları organizasyonların güven unsurunun oluşmasında etkili olduğu belirtilmekle²⁰¹ birlikte bu durum savunma sanayii sözleşmelerinde olduğu şekliyle detaylı bir sınıflandırmaya tabi tutulmamaktadır.

2.2.5.3. Stratejik ve Diplomatik Unsur Yönünden

Savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmelerin ülkelerin savunmaya yönelik stratejileri ile doğrudan ilişkili olmasının bir diğer sonucu; müzakere aşamasında da ülkelerin savunmaya ve savunma sanayiine yönelik iç stratejileri ile tarafların uluslararası yaklaşımı ve karşılıklı ilişkiler yani diplomatik unsurların önem taşımada görülmektedir. Her şeyden evvel tarafların müzakere sürecini, kendi ülkelerinin ve de

²⁰⁰ ULUSAN, İ. *“CULPA IN CONTRAHENDO ÜSTÜNE”*, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan I, İstanbul 1982, sf. 298; AYHAN İZMİRLİ, sf. 66-67; İŞINTAN, sf. 9.

²⁰¹ DALY, J.L.: *INTERNATIONAL COMMERCIAL NEGOTIATION AND ARBITRATION*, “*Hamline Journal of Public Law & Policy*”, Vol .22, 2000-2001, 217 – 252 sf.233-234, Erişim Adresi: https://www.researchgate.net/publication/228124096_International_Commercial_Negotiation_and_Arbitration , Erişim Tarihi 20.04.2022; AYHAN İZMİRLİ, sf. 67

müzakerenin karşı tarafının ülkesinin savunma sanayii stratejilerine ve diplomasisine uygun olarak yürütmesi beklenmektedir. Aksi halde müzakere sürecinin devam ettirilmesi taraflardan birinin veya tamamının menfaatleri ile örtüşmemesi ve tarafların sözleşme akdetmek yönündeki iradesinin büyük ölçüde ortadan kalkması söz konusu olmaktadır. Uygulamada tarafların bu unsurlara uygun olarak hareket etmemesi, özellikle müzakerenin karşı tarafının diplomatik ve stratejik unsurlarına aykırı davranışların veya durumların ortaya çıkması halinde müzakere sürecinin sona ermesi söz konusu olabileceği gibi müzakerelere ara verilmesi de söz konusu olabilmektedir. Öte yandan müzakereye başlayan tarafların kendi ülkesinin stratejik ve diplomatik gerekliliklerine aykırı hareket etmesi, esas itibarıyla o müzakere tarafının ülkesi ile kendisi arasında hukuki olmayan ve fakat idari birtakım yaptırımlarla sonuçlanabilen ihtilafın meydana gelmesine vücut vermekte ise de asıl sözleşmenin akdedilmesinden sonra kendi ülkesinin kamu hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirememesine sebebiyet verebileceğinden sözleşmenin ifası aşamasında taraflar arasında hukuki ihtilafın meydana gelmesine vücut verebilecektir. Bu nedenle savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmelerin müzakeresinde müzakereye başlayan tarafların, karşı tarafın kendi ülkesinin stratejik ve diplomatik gerekliliklerini göz ardı etmeden hareket etmesi, asıl sözleşmenin akdedilebilmesi ve ileride özellikle ifa aşamasında hukuki ihtilafın doğmasının engellenmesi açısından önem taşımaktadır. Belirtelim ki burada yer verilen stratejik ve diplomatik unsurlar ülkelerin kendi iç hukuk düzenlerinde kanunlar veya idari işlemler ile bağlayıcılık kazanmış ise bu noktada söz konusu unsurlara aykırılık tarafların iç hukuklarına aykırılık hallerine vücut verecektir. Ancak iç hukuk sisteminde böyle bir bağlayıcı düzenleme bulunmaması halinde iç ilişkide hukuki ihtilafın varlığından bahsedilmesi kanaatimizce mümkün değildir. Her halükârda müzakere aşamasındaki taraflardan birinin kendi ülkesi ile hukuki olsun veya olmasın bir ihtilafın meydana gelmesinin müzakerelerin devam ettirilmesini, asıl sözleşmenin kurulmasını veya asıl sözleşme kurulmuş ise bu sözleşme hükümlerinin ifasını olumsuz olarak etkileyebilir nitelikte olduğu değerlendirilmektedir.

Uluslararası alanda akdedilen diğer ticari sözleşmelerde iki ülke arasındaki ilişkinin müzakere aşamasından önce araştırılmasının önem taşıdığı belirtilmekle²⁰²

²⁰² AYHAN İZMİRLİ, sf. 70

birlikte tarafların tabi olduğu ülkelerin diplomatik ve stratejik unsurlara uygun davranılması gerektiği yönünde bir kural veya teamül bulunmamaktadır. Bunun birinci nedeni sözleşme konusunun savunma sanayii sözleşmelerinde olduğu şekliyle tarafların tabi olduğu ülkelerde doğrudan veya dolaylı olarak diplomasi ve stratejiye konu edilmemesidir. Diğer bir nedeni ise ülkelerin genel olarak uyguladığı stratejilerin ve diplomasiinin asıl sözleşmenin akdedilmesine ve ifasına etki edecek düzeyde olmamasıdır.

2.2.5.4. Ekonomik Unsur Yönünden

Savunma sanayii alanındaki uluslararası ticari sözleşmeler ülkelerin ekonomik yapısına önemli ölçüde etki eden sözleşmelerdir. Bunun temel sebebi savunma sanayii sözleşmelerinin, ülkelerin savunma sanayii stratejileri ile bağlantılı olarak yürütülmesidir. Ülkelerin savunma sanayiine yönelik olarak ülke bütçesinden belirli bir miktar kaynak ayrımı yapılması, yine ekonomik birtakım hedeflerin savunma sanayii stratejisi haline getirilmesi²⁰³ neticesinde müzakere süreçleri bu ekonomik hedefler doğrultusunda ilerletilmektedir. Örneğin DFARS düzenlemelerinde idare tarafından belirlenen bedelin %75'inin altında sözleşme bedeli öngörülmesi halinde müzakereler yaklaşık sözleşme bedelinin yeniden belirlenmesine kadar durdurulmaktadır.²⁰⁴

Savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmelerin müzakerelerinin ekonomik açıdan diğer alanlardaki uluslararası ticari sözleşmelerden farklı olmasının diğer bir sebebi ise savunma sanayii alanındaki sözleşmelerinin bedelinin diğer alandaki uluslararası ticari sözleşmelere kıyasla çok yüksek olmasıdır. Sözleşme bedellerinin çok yüksek olması yani tarafların çok yüksek bedeller üzerinden bağtlanacak olması neticesinde taraflar müzakere aşamalarını daha titiz yürütmektedir.

2.3. DEĞERLENDİRME

Savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmeler ülkelerin savunma stratejileri, diplomasisi ve ekonomisi ile doğrudan ilişkilidir. Bu sebeple bu türdeki

²⁰³ Örneğin Türkiye Cumhuriyeti'nde Savunma Sanayii Başkanlığı tarafından hazırlanan Stratejik Planlarda ekonomik unsurlara yer verildiği görülmektedir. Bkz. <https://www.ssb.gov.tr/WebSite/contentlist.aspx?PageID=43&LangID=1> , Erişim Tarihi 20.04.2022

²⁰⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. DFARS p.215.2.

sözleşmelerin diğer sektördeki sözleşmelerde görülmeyen kendine özgü özellikleri ortaya çıkmaktadır. Bu özelliklerin tespit edilmesi, ilerideki bölümde ele alınacağı üzere bu alana uygulanacak hukuki düzenlemelerin hakkaniyete uygun olarak altlanması ve somut durum adaletinin tesisi bakımından önem arz etmektedir. Sözleşmede tip özgürlüğü çerçevesinde savunma sanayiinde birden çok sözleşme türünün tanımlandığı görülmektedir. Bu sözleşme tiplerinin tamamı müzakere edilebilir nitelikte değil ise de çoğu uzun süren müzakerelerden sonra akdedilmektedir. Dolayısı ile müzakere aşaması savunma sanayii sektörü için de önem arz eden bir aşamadır. Bunun doğal bir sonucu olarak müzakere sürecinin tanınması ve iyi tespit edilmesi gerekmektedir. Çünkü bu alandaki sözleşmelerin müzakereleri özellikle uluslararası nitelikteki bir sözleşmenin müzakeresi pek çok aşamadan oluşmaktadır. Bu aşamaların belirli ölçütlere göre sınıflandırılması mümkün ise de uygulamada en işlevsel sınıflandırma zamana dayanılarak yapılan sınıflandırmadır. Bu noktada belirtmek gerekir ki müzakere aşamalarının her sözleşme açısından mutlak geçerliliği bulunmamaktadır. Bu aşamalar akdedilmesi amaçlanan sözleşmenin türüne ve tarafların iradelerine göre değiştirilebilmektedir. Müzakere aşamalarının değişiklik göstermesi, sürecin önemi azaltmayacağı gibi tarafların bu süreçteki sorumluluklarını ortadan kaldırmamaktadır.

Müzakere sürecinin bir diğer önemi, sözleşmenin kurulması anının tespitinde görülmektedir. Uluslararası nitelikli bir sözleşmede müzakerenin sona erdiği ve sözleşmenin kurulduğu an, sözleşmeye uygulanacak hukuka göre tespit edilmektedir. Uygulanacak hukukun Türk Hukuku olması halinde TBK’da yer alan düzenlemeler uyarınca sözleşmenin kurulma anının tespit edilmesi gerekmektedir.

Müzakere süreci taraflarca kısaltılmış olsa dahi özellikle uluslararası nitelikte sözleşme akdedilmek istenmesi neticesinde uzun soluklu ve karmaşıktır. Bu sebeple karışıklığın en aza indirilmek istenmesi ve uzun soluklu bir süreçte tarafların iradelerinin değişiklik göstermemesi, unutulmaması veya karıştırılmaması için birtakım belgeler hazırlanmaktadır. Bu belgeler taraflardan biri tarafından veya her ikisinin de katılımı ile müşterek olarak hazırlanabilmektedir. Tarafların müzakere sürecindeki yükümlülüklerinin kaynağının tespiti bakımından bu belgelerin hukuki niteliklerinin tespit edilmesi elzemdir. Şayet taraflar arasındaki metin, taraflar açısından hukuken bağlayıcı ise aykırılık halinde sözleşmeye aykırılık kurumuna başvurulması

gerekmektedir. Aksi yönde, taraflar arasındaki metin tarafları açısından bağlayıcılık teşkil etmiyor ise bu noktada arada bir sözleşme de bulunmadığından tarafların sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanması mümkün değildir. Hukuk sistemlerinde sözleşmenin daha sıkı bir koruma sağladığı kabul edilmektedir. Bu noktada müzakere sürecinde, müzakere sürecini düzenleyen müstakil bir müzakere sözleşmesi akdedilmesinin, hem tarafları açısından daha sıkı koruma sağlaması hem de zamanaşımı ve ispat noktalarında haksız fiil hükümlerine nazaran daha elverişli olduğu değerlendirilmektedir.

Savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmelerin müzakere süreci, ulusal nitelikli savunma sanayii sözleşmelerinin müzakere sürecinden uluslararası nitelik yönünden ayrılmaktadır. Öte yandan uluslararası nitelikteki diğer ticari sözleşmelerin müzakerelerinden de gizlilik, güvenlik, güven, stratejik ve diplomatik unsurlar ve ekonomi yönünden farklılıklar görülmektedir. Tespit edilen bu farklılıkların, müzakere sürecinden kaynaklanan yükümlülükleri doğrudan etkilediği, özellikle müzakere sürecinde önem arz eden dürüstlük kuralının görünüm biçimini somutlaştırmada işlevsellik yarattığı değerlendirilmektedir.

BÖLÜM 3

SÖZLEŞME MÜZAKERELERİNDEN DOĞAN YÜKÜMLÜLÜKLER, YÜKÜMLÜLÜKLERE AYKIRILIĞIN YAPTIRIMLARI VE SÖZLEŞME MÜZAKERELERİNE UYGULANACAK HUKUK

Sözleşme akdetmek amacıyla bir araya gelen veya müzakereye başlayan taraflar, sosyal, ekonomik ve hukuki bir ilişki içine girmektedir.²⁰⁵ Taraflar, sözleşme akdetmek amacıyla bir araya geldiklerinde, münhasıran müzakere aşamasını düzenleyen bir sözleşme imzalamadıkları²⁰⁶ takdirde, asıl sözleşme akdedilmediğinden henüz bir sözleşme ilişkisi içine girmemişlerdir. Dolayısıyla, tarafların sözleşmeden kaynaklanan herhangi bir yükümlülükleri doğmamaktadır.²⁰⁷ Kaldı ki kişilerin Borçlar Hukuku ve Ticaret Hukuku'nun konusuna giren hukuki ilişkilerini özgür iradeleri ile düzenleyebilme serbestisi olarak ifade edilen sözleşme özgürlüğü prensibi doğrultusunda tarafların asıl sözleşmeyi akdetme yönünde bir yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle, taraflar arasında akdedilmesi amaçlanan sözleşme hiçbir zaman akdedilmeyecek, yani taraflar hiçbir zaman sözleşme ilişkisi içine girmeyecek olabilir.²⁰⁸ Ancak hukukun temel ilkelerinden dürüstlük kuralı gereğince taraflarca bir sözleşme akdedilmemiş olması, tarafların birbirine karşı herhangi bir yükümlülüğü bulunmadığı, birbirlerine karşı üçüncü kişi konumunda olmaları sonucunu da doğurmamaktadır.²⁰⁹ Çünkü özellikle uluslararası

²⁰⁵ OĞUZMAN/ÖZ, sf. 79; EREN, sf. 1130; AYHAN İZMİRLİ, sf. 203.

²⁰⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, sf. 169; SİRMEN, K.S.,(2016) *MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNA UYGULANACAK HUKUKUN TAYİNİ*, Yetkin Yayınları, Ankara, sf. 29;

²⁰⁷ SİRMEN, sf. 29.

²⁰⁸ VON TUHR, A., *BORÇLAR HUKUKUNUN UMUMİ KISMI*, Cilt: 1-2, çeviren: Cevat Edege, Ankara 1983, sf. 243; İPEK, M. *SÖZLEŞME SERBESTİSİ VE GÜNÜMÜZDEKİ SINIRLAMALARI*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2002, sf. 11; OĞUZMAN K./ ÖZ, T., *BORÇLAR HUKUKU GENEL HÜKÜMLER*, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, İstanbul 2009, sf. 19 vd; TEKİNAY, S.S. /AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP A., (1993) *BORÇLAR HUKUKU GENEL HÜKÜMLER*, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul sf. 363; ESENER,T. (1969), *BORÇLAR HUKUKU I, AKİTLERİN KURULUŞU VE GEÇERLİLİĞİ*, Ankara, sf. 193; ALTUNKAYA, M. (2005), *EDİMİN BAŞLANGIÇTAKİ İMKÂNSIZLIĞI*, Ankara, sf. 66. EREN, sf. 1130; AYHAN İZMİRLİ, sf. 203.

²⁰⁹ KUTLU SUNGURBEY, A., *YETKİSİZ TEMSİL ÖZELLİKLE CULPA IN CONTRAHENDO VE OLUMSUZ ZARAR*, Yasa Yayınları, İstanbul, 1988., sf. 102; OĞUZTÜRK, B. *GÜVEN*

ticari hayatta taraflar klasik yöntemde olduğu şekliyle öneri ve önerinin kabulü ile sözleşme akdetmek yerine uzun bir müzakere süreci sonunda sözleşmeyi akdetmeye veya akdetmemeye karar vermektedir.²¹⁰ Bu durum, savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmelerde daha belirgin olarak görülmekte, taraflar aylar ve hatta yıllar süren müzakereler sonucunda sözleşme akdetmeye veya akdetmemeye karar vermektedir. Bu süreçte, taraflar birbirine hukuki işlem yapmak yönündeki iradelerini ortaya koymakta, ve irade beyanlarını birbirine yöneltmekle hukuki alanlarını birbirine açmış bulduğundan belirli bir güven ilişkisi meydana gelmektedir.²¹¹ Taraflar arasında meydana gelen bu güvenin hukuk düzenince korunup korunmayacağı, müzakerelerin anlaşmama ile sonuçlanması halinde, bir zarar meydana gelmişse bu zararın ne şekilde tazmin edileceği, tarafların sözleşme akdedilmemesi nedeniyle uğradığı kazanç kaybının talep edilip edilemeyeceği gibi meseleler gündeme gelmektedir.²¹² Bu meselelerin çözümü, akdi ve akit dışı sorumluluk hukukunda aranmış ise de; klasik yaklaşım söz konusu meseleleri çözmekte yetersiz kaldığından, tarihsel süreç içerisinde *culpa in contrahendo* kuramı oluşturulmuştur. Bu kuramın tarihsel gelişimine bakıldığında, ilk önce 1794 tarihli Prusya Devletleri Genel Kanunu'nda (*ALR*) sözleşmelerin akdedilmesi sırasında tarafların yükümlülüklerinin sözleşmenin ifası aşamasındaki kusurlu davranış hükümlerine tabi kılınmasına ilişkin birtakım özel düzenlemelere yer verildiği görülmektedir.²¹³ Bunu takiben, 1861 yılında Rudolf von Jhering tarafından Roma Hukuku'ndan hareketle *culpa in contrahendo* kuramı geliştirilmiştir. Ancak Jhering tarafından ileri sürülen kuramda, taraflardan birinin kusuru sebebiyle sözleşmenin akdedilememesi hali ele alınmış, sözleşme müzakerelerindeki kusurun varlığına rağmen sözleşmenin akdedilmesi halindeki sorumluluk ele alınmamıştır.²¹⁴ Tarihsel süreç içinde ise sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun varlığı için sözleşmenin geçerli olarak kurulup kurulmadığının araştırılması gerekliliğinin olmadığı

SORUMLULUĞU, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008. sf. 184; OĞUZMAN/ÖZ, sf. 79; OĞUZMAN/BARLAS, sf. 286; GÜRPINAR, sf. 154; İŞINTAN, sf. 121; AYHAN İZMİRLİ, sf. 204.

²¹⁰ AYHAN İZMİRLİ, sf. 204; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, sf. 168.

²¹¹ İŞINTAN, sf. 17

²¹² AYHAN İZMİRLİ, sf. 204-205; İŞINTAN, sf. 121-122.

²¹³ ERGÜNE M.S., "**OLUMSUZ ZARAR**", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, 2007, sf. 78; SİRMEN, sf. 30.

²¹⁴ GEZDER, Ü. (2009) **TÜRK / İSVİÇRE HUKUKUNDA CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞU**, İstanbul, s.8; EREN, sf. 1129; SİRMEN, sf.31; KIRCA, sf. 165.

neticesine varılmıştır.²¹⁵ Günümüzde, her zaman sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan sorumluluğun gündeme gelmesi, sözleşme özgürlüğü prensibini önemli ölçüde kısıtlayacağından, bu sorumluluğun doğması için belirli şartların varlığı aranmaktadır.²¹⁶ Kaldı ki, sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluk tüm hukuk sistemlerinde kabul edilmiş bir kuram değildir. İtalya, Hollanda, Almanya, Yunanistan, Litvanya, Portekiz, Brezilya, Peru, İsrail, Fransa, Çin ve Arjantin hukuklarında böyle bir sorumluluğun varlığını açıkça düzenlemekte iken Anglo - Sakson hukuk sisteminde ise böyle bir sorumluluğun varlığı kabul edilmemektedir.

3.1. SÖZLEŞME MÜZAKERELERİNDEN DOĞAN YÜKÜMLÜLÜKLER

Bir sözleşme akdetmek amacıyla bir araya gelerek müzakereye başlayan tarafların, ister taraflar arasında müstakil bir müzakere sözleşmesi bulunsun isterse müzakere sürecini düzenleyen bir sözleşme bulunmasın, müzakereye başlaması sebebiyle birbirilerine karşı belirli yükümlülükleri bulunduğu pek çok hukuk sisteminde ve uluslararası hukuk metinlerinde kabul edilmektedir. Bu yükümlülüğün esas olarak dürüstlük kuralı ile temellendirilmektedir.²¹⁷ Nitekim müzakere sürecinde taraflar genellikle uzun süren müzakere aşamasında birbiri ile yakın bir temas içinde olmakta, bu süreçte birbiri ile birçok bilgi ve belge alışverişinde bulunmaktadır. Dolayısı ile taraflar arasında diğer üçüncü kişiler ile ilişkilerinden farklı bir ilişki meydana gelmektedir. Gerçekten de, geniş anlamda müzakere ilişkisine giren taraflar her ne kadar bir sözleşmenin tarafı olmasalar dahi artık birbirine karşı üçüncü kişi konumunda da değildir. Bu noktada müzakerenin tarafları arasında sosyal ve hukuki bir ilişkinin başladığı doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilmektedir.²¹⁸ Bu nedenle, öncelikle sözleşme müzakerelerinde tarafların genel olarak yükümlülüklerinin incelenmesi, akabinde savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmelerde tarafların genel yükümlülüklerinin yanında başkaca yükümlülüklerinin bulunup bulunmadığının incelenmesi önem arz etmektedir.

²¹⁵ EREN, sf. 1129; SİRMEN, sf. 31; OĞUZTÜRK, sf. 95, AYHAN İZMİRLİ, sf. 171.

²¹⁶ DREYER, D.: **“SWITZERLAND”, FORMATION OF CONTRACTS AND PRECONTRACTUAL LIABILITY**, Institute of International Business Law and Practice, International Chamber of Commerce, ICC Yayınları, 1990, 65-78, sf. 70; AYHAN İZMİRLİ, sf. 205.

²¹⁷ OĞUZMAN/ÖZ, sf. 79 vd – 495 vd.; OĞUZMAN/BARLAS, sf. 286.

²¹⁸ İŞINTAN, sf.11 dpn.12, sf.17.

3.1.1. Müzakere Sözleşmesinden veya Müzakere Sürecinde Hazırlanan Bağlayıcı Nitelikteki Metinlerden Doğan Yükümlülükler

Belli bir konuda sözleşme yapmak amacıyla taraflar arasında müzakerelerin başlatılması veya müzakerelerin devamı aşamasında akdedilmesi amaçlanan sözleşmeden bağımsız ve ayrı bir hukuki varlığa sahip olan ve müzakere sürecine sözleşme niteliği kazandıran müzakere sözleşmesi akdedilmesi mümkündür.²¹⁹ Müzakere sözleşmesinin taraflara yüklediği aslı yükümlülük, akdedilmesi amaçlanan sözleşmenin akdedildiği veya makul bir süre içinde sözleşmenin akdedilmesinin mümkün olmadığı noktasında taraflarca mutabakata varılana kadar müzakereleri ciddi, dürüstlük kuralına uygun biçimde sürdürme yükümlülüğüdür.²²⁰ Müzakere sözleşmenin akdedilmesi ile taraflarca akdedilmesi amaçlanan asıl sözleşmenin hükümlerini içermeyen ve fakat müzakere süreci için önem arz eden konuların kararlaştırıldığı bağlayıcı bir hukuki metin kabul edilmiş olmaktadır.²²¹ Bununla birlikte, bazı ülkelerde münhasıran akdedilen müzakere sözleşmelerinin bağlayıcı bir hukuki metin olduğu kabul edilmemektedir. Örneğin, Anglo – Amerikan Hukukunda müzakere sonucunun belirlenebilir olmaması dolayısıyla müzakere sürecindeki zararın hesaplanmasının mümkün olmaması, icra edilebilir olmaması ve sözleşmenin kurulmasında amaçlanan ekonomik anlamda bir karşılıklılık bulunmaması gerekçeleri ile bu tür sözleşmelerin bağlayıcı olmadığı, dolayısıyla tarafların bu metinlerden doğan bir yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edilmektedir.²²²

Müzakere sözleşmesi ile genel olarak tarafların müzakere sürecinde sorumlu oldukları konular, müzakerenin hangi koşullarla ve ne kadar süre ile devam ettirileceğine ilişkin yükümlülükler, müzakere sürecinde hedef süreler, müzakere edilecek konular, müzakere sürecinde yapılan masrafların paylaşılmasına ilişkin yükümlülükler ve hatta belirlenen yükümlülüklerle aykırılık halinde uygulanacak yaptırımlar düzenlenmektedir.²²³ Bununla birlikte, gizlilik, müzakere ilişkisi devam ettiği müddetçe ya da belli bir süreyle sınırlı olacak şekilde üçüncü kişilerle aynı konuda bir sözleşme

²¹⁹ İŞINTAN, sf. 82- 83.

²²⁰ AYHAN İZMİRLİ, sf. 166-167;

²²¹ LAKE / DRAETTA, sf. 124; İŞINTAN, sf. 83; AYRANCI, sf. 94

²²² AYHAN İZMİRLİ, sf. 167-168.

²²³ İŞINTAN, sf. 83.

akdetmek amacıyla müzakerelere başlanılmamasına ilişkin tek taraflı veya karşılıklı yükümlülükler, müzakereleri dürüstlük kuralına uygun olarak sürdürme gibi yükümlülüklerin de müzakere sözleşmesine eklenmesi mümkündür.²²⁴ Belirtmek gerekir ki, tarafların müzakere sürecini düzenleyen bir sözleşme yapmaları tarafların asıl sözleşmeyi akdetme yükümlülüğü ile bağitlandığı anlamına gelmemektedir. Çünkü bu sözleşmeler müzakere sürecinin yürütülmesini düzenlemeyi amaçlamaktadır ve müzakere sonucunda muhakkak bir sözleşme akdetme yükümlülüğü içermemektedir.

Sözleşme müzakerelerinde, taraflarca münhasıran müzakere aşamasını düzenleyen kapsayıcı bir müzakere sözleşmesi akdedilmemiş olmakla birlikte, müzakere sürecinde hazırlanan birtakım metinlerin bağlayıcı nitelikte olduğunun kabul edilmesi halinde, bu metinlerin de taraflara birtakım yükümlülükler yükleyeceği kabul edilmektedir. Örneğin, taraflarca gizlilik sözleşmesi akdedilmiş olması halinde bu sözleşme ile düzenlenen gizlilik yükümlülüğü taraflar açısından bağlayıcı olduğundan, bu yükümlülüğün ihlali halinde sözleşmeye aykırılık hali gündeme gelmekte, sözleşmeye aykırılık hali için kanunda veya sözleşmede öngörülen yaptırımların uygulanması mümkündür.²²⁵

Savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmelerin tarafların aidiyetinin bulunduğu ülkelerinin ve hatta tarafların aidiyeti bulunmadığı diğer ülkelerin ekonomik ve stratejik unsurlarının müzakere sürecini doğrudan etkilemesi nedeniyle müzakere sürecinin diğer alandaki sözleşme müzakerelerine göre daha belirsiz olduğu değerlendirilmektedir. Uygulamada bu durum göz önünde bulundurularak taraflarca müzakere sözleşmesi akdedilmesinin yaygın olmadığı görülmektedir. Bu nedenle, tarafların müzakere sürecinde sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükleri de sık karşılaşılmayan bir olgudur. Yine müzakere sürecinde, taraflarca müstakil olarak veya birlikte hazırlanan metinlerin de bağlayıcı olmadığına ilişkin açık kayıtların konulduğu dolayısıyla bu metinlerden kaynaklanan bir yükümlülüğün bulunmadığı bilinmektedir. Bununla birlikte, müzakere sürecinin en başında gizlilik sözleşmesinin akdedilmesi yaygın bir uygulama olup, söz konusu gizlilik sözleşmelerinde taraflara müzakere

²²⁴ İŞINTAN, sf. 83.

²²⁵ LAKE/DRAETTA, sf. 250; İŞINTAN, sf. 132.

sürecinin gizli tutulması yükümlülüğü yüklenmekte bu yükümlülüğe aykırılık halinde uygulanacak yaptırımların neler olduğu belirlenmektedir.

3.1.2. Müzakere Sürecinde Müzakere Sözleşmesi Dışındaki Yükümlülükler

Roma Hukuku'ndan bu yana, bir sözleşme akdetmek amacıyla bir araya gelen tarafların dürüstlük kuralına uygun olarak davranma yükümlülüğü bulunmaktadır.²²⁶ Bu yükümlülüğün kapsamı, geniş ve belirsiz olduğundan, zaman içinde dürüst davranmanın kapsamı ve sınırları ile hangi hallerin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği somutlaştırılarak bugüne ulaşmış ve günümüzde özellikle Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde açık kanuni düzenlemelere konu edilmiştir.²²⁷ Dürüstlük kuralı, hukuk sistemlerin hemen hepsinde pozitif düzenlemelere konu edilmekte ve özellikle sözleşmeler hukuku ve uluslararası ticaret hukuku bağlamında evrensel bir ilke olarak kabul edilmektedir. Doktrinde bazı yazarlar tarafından bu kavram yerine iyiniyet kavramının kullanıldığı, uluslararası düzenlemelerde yer alan “good faith” kavramının iyi niyet olarak çevrildiği görülmektedir.²²⁸ Bunun temelinde eski Kanun döneminde yer alan iyi niyet kavramının objektif ve sübjektif olarak ikiye ayrılarak incelenmesi yer almaktadır. Bu çalışma kapsamında, Kanun'da yapılan değişiklik ile objektif ve sübjektif iyi niyet ayrımının kaldırılarak dürüstlük kuralı ve iyi niyet kavramlarının ayrı ayrı tanımlanması ve uluslararası metinlerde yer alan “good faith” kavramının “fair dealing” kavramı ile birlikte kullanılarak işaret edilmek istenen kurumunun dürüstlük kuralı olması sebebiyle kavram karışıklığı oluşturulmaması adına dürüstlük kuralı ve dürüst davranma ilkesi kavramları kullanılmıştır. Türk Hukukunda dürüstlük kuralı TMK m.2'de “Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz” denilmek suretiyle düzenleme alanı bulmuştur. Dürüstlük kuralı kişinin, dürüst, makul ve toplumdaki ahlaki ölçülere, kabul edilen adetlere ve hakları sağlayan ilişkilerin amacına uygun davranmasını beklemek olarak açıklanmaktadır.²²⁹ Kanun'un aynı maddesinin devamında hukuk düzenince tanınan hakların kullanılmasında tamamen serbest

²²⁶ İŞINTAN, sf. 134; OĞUZTÜRK, sf. 84; OĞUZMAN/ÖZ, sf. 78, AYHAN İZMİRLİ, sf. 170.

²²⁷ İŞINTAN, sf. 134; AYHAN İZMİRLİ, sf.

²²⁸ Özellikle Fikret EREN, Lale AYHAN İZMİRLİ ve Huriye Reyhan DEMİRCİOĞLU tarafından hazırlanan eserlerde iyi niyet kavramı dürüstlük kuralı kavramını da kapsayacak şekilde üst kavram olarak kullanılmaktadır.

²²⁹ OĞUZMAN/BARLAS, sf. 246.

olunmadığı, hakkın amacına uygun olarak kullanılması gerektiği anlamına gelen hakkın kötüye kullanılması yasağı düzenlenmektedir.²³⁰ Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, kanunun yorumlanmasında ve boşlukların doldurulmasındaki kanuna karşı hilenin önlenmesinde, hukuki işlemlerin kurulması, yorumlanması ve tamamlanmasında, sözleşmelerde değişiklik yapılması veya sözleşmenin sona ermesinde ve borçların doğmasında uygulama alanı bulmaktadır.²³¹ Dürüstlük kuralının borçların doğumu noktasında uygulanmasının bir yönü de sözleşme müzakerelerinde dürüst davranma borcu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda dürüstlük kuralı, sözleşme müzakerelerinde taraflara birbirine karşı dürüst davranma, sözleşmenin akdedilmesi ve hükümlerinin tespitinde esaslı noktalar hakkında bilgi verme ve müzakereleri dürüst ve ciddi bir şekilde sürdürme gibi borçlar yüklemektedir.²³² Dürüstlük kuralı Türk Hukuku dışında neredeyse tüm hukuk sistemlerinde yer almakla birlikte hukuk sistemlerinin tamamında müzakere sürecinin ayrı bir borç ilişkisi doğurmasına yaklaşım aynı olmadığından müzakere sürecinde dürüstlük kuralından kaynaklanan bir yükümlülük bulunup bulunmadığı noktasında da birlik bulunmamaktadır.²³³ Örneğin Kıta Avrupası hukuk sistemlerinden farklı olarak Anglo-Amerikan ve İngiliz hukuklarında tarafların müzakere sürecinde dürüstlük kuralından kaynaklanan herhangi bir yükümlülüğü bulunmadığı kabul edilmektedir.²³⁴ Anglo – Sakson hukuk sisteminde Kıta Avrupası hukuk sistemlerinden farklı olarak yer alan sözleşme alıcısının özenli olması anlamına gelen “*caveat emptor*” ve vaadin, uğruna yapıldığı bir karşı maddi değer varlığını gerektirmesi anlamına gelen “*consideration*” gibi ilkeler sebebiyle sözleşme müzakeresindeki kusurlu davranıştan sorumluluk tek başına bir sorumluluk alanı olarak kabul edilmemektedir.²³⁵ Bununla birlikte söz konusu hukuk sistemlerinde sözleşme müzakerelerinde dürüstlük kuralından kaynaklanan yükümlülükler tamamen dışlanmış değildir. Dürüstlük kuralının boşluğu *promissory estoppel*, *unjust enrichment* ve *misrepresentation* gibi kurumlar ile doldurulmaktadır. Bu kavramlar aşağıdaki

²³⁰ OĞUZMAN/BARLAS, sf. 249.

²³¹ Konu hakkındaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. OĞUZMAN/BARLAS, sf. 249 vd.

²³² OĞUZMAN/BARLAS, sf. 286-287; OĞUZMAN/ÖZ, sf. 79.

²³³ AYHAN İZMİRLİ, sf. 170.

²³⁴ İŞINTAN, sf. 134, dñn. 460; AYHAN İZMİRLİ, sf. 178, dñn. 822.

²³⁵ DEMİRCİOĞLU, sf. 51; SİRMEN, sf. 35;

bölümlerde ayrıntılı olarak incelendiğinden bu bölümde sadece isimlerine yer verilmekle yetinilmiştir.

Ulusal hukuki düzenlemelerin yanı sıra, UNIDROIT Prensipleri, Trans – Lex Prensipleri ve Sözleşmelere İlişkin AB Müktesebatı İlkeleri gibi birtakım uluslararası metinlerde de sözleşme müzakeresine giren tarafların dürüstlük kuralından kaynaklanan yükümlülüklerinin varlığı kabul edilmektedir.²³⁶

3.1.2.1. Ulusal Hukuktaki Düzenlemeler

Ulusal hukuklarda, bazı kanuni düzenlemeler ile sözleşme müzakerelerinde taraflara birtakım yükümlülükler yüklenmiştir. Bu yükümlülükler, temel olarak dürüstlük kuralına uygun olarak müzakere etme şeklinde kendini göstermektedir²³⁷. Ulusal düzenlemelerde açıkça dürüstlük kuralına uygun olarak müzakere etme yükümlülüğüne yer veren ülkeler arasında İtalya, Hollanda, Almanya, Yunanistan, Litvanya, Portekiz, Brezilya, Peru, İsrail, Fransa, Çin ve Arjantin yer almaktadır. Gerçekten de İtalyan Medeni Kanunu m.1337’de sözleşme müzakerelerinde tarafların dürüstlük kuralına uygun hareket etmesi gerektiği düzenlenmiştir.²³⁸ Yine, Fransız Medeni Kanunu’nda 2016 yılında yapılan reform sonucunda, Kanun’da yerini alan m.1104 ile sözleşme müzakerelerinin dürüstlük kuralına uygun yürütülmesi gerektiği düzenlenmiştir. Başka bir düzenleme olarak Yunan Medeni Kanunu m.197 ve m.198’de tarafların sözleşme müzakerelerinde karşılıklı olarak, dürüstlük kuralına ve örf âdete göre belirlenen davranışlara uygun hareket etmesi gerektiği, müzakere sürecinde karşı tarafa kusurlu davranışıyla zarar veren kişinin, diğer tarafın zararını tazmin etmekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir.²³⁹ Yine Litvanya Medeni Kanunu’nun m.6.4’de , Portekiz Medeni Kanunu’nun m.227’de, Brezilya Medeni Kanunu m.422’de, Peru Medeni Kanunu m.1362’de, İsrail Sözleşmeler Kanunu (Genel Hükümler)’nin 12. bölümünde sözleşme

²³⁶ Bu metinlerde her ne kadar “*good faith*” ifadesine yer verilmekte ve bazı çevirilerde bu kavram “iyi niyet” olarak ifade edilmekte ise de kanaatimizce bu kavramın Türk Hukuk terminolojisindeki karşılığının TMK m. 2 bağlamındaki dürüstlük kuralı olduğu kabul edilmelidir.

²³⁷ AYHAN İZMİRLİ, sf. 178; İŞINTAN, sf. 134.

²³⁸ Codice Civile Italiano art.1137 İngilizce metni için bkz: https://www.trans-lex.org/601300/_italian-codice-civile/#head_20 , Erişim Tarihi: 18.01.2022

²³⁹ DEMİRCİOĞLU, sf. 47; AYHAN İZMİRLİ, sf. 210-211; Ayrıntılı bilgi için bkz.: IFTIME, E., “**GOOD FAITH IN GREEK CIVIL CODE**”, Journal of Public Administration, Finance and Law, Special Issue 2/2015, sf. 133-141, Erişim Adresi: https://www.jopaf.com/uploads/special-issue-2-2015/GOOD_FAITH_IN_GREEK_CIVIL_CODE.pdf Erişim Tarihi: 24.04.2022

müzakerelerinin dürüstlük kuralına uygun yürütülmesi gerektiği düzenlenmektedir.²⁴⁰ Sözleşme müzakerelerini ayrı bir hukuki ilişki olarak kabul eden Alman hukukunda ve Çin hukukunda da sözleşme müzakerelerini dürüstlük kuralına uygun yürütme yükümlülüğü bulunmaktadır.²⁴¹

Tarafların müzakereleri dürüstlük kuralına uygun yürütmesi yönünde açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, bazı hukuk sistemlerinde sözleşme müzakeresindeki kusurlu davranıştan sorumluluğun kabul edilmesinin bir sonucu olarak müzakerelerin dürüstlük kuralına uygun yürütülmesi gerektiği görüşü hakimdir. Örneğin Türk, İsviçre ve Avusturya hukuk sistemlerinde müzakerelerin dürüstlük kuralına uygun yürütülmesi yönünde açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, doktrinde ve yargı kararlarında müzakere sürecinde tarafların dürüstlük kuralına uygun hareket etmesi gerektiği kabul edilmektedir.²⁴²

3.1.2.2. Uluslararası Hukuk Metinlerinde Yer Alan Düzenlemeler

Uluslararası hukukta özellikle hukukun yeknesaklaştırılması çabaları sonucunda hazırlanan metinler ve prensiplerde de sözleşme müzakerelerinin taraflara birtakım yükümlülükler yüklediği, bu yükümlülüklerin temelini ise dürüstlük kuralı olduğu görülmektedir. Bu düzenlemelere örnek olarak Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri, UNIDROIT Prensipleri ve Sözleşmelere İlişkin AB Müktesebatı gösterilmektedir. Gerçekten de UNIDROIT Prensiplerinin m.2.14’de sözleşme müzakerelerinde dürüstlük kuralına aykırı davranan tarafın bu davranışından dolayı sorumluluğu bulunduğu, m. 2.15’de ise sözleşme müzakerelerinde tarafların dürüstlük kuralına uygun olarak hareket etmesi gerektiği düzenlenmektedir. Bu bağlamda, yine Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri m. 2: 301’de tarafların müzakereleri dürüstlük kuralına göre yürütmesi gerektiği düzenlenmektedir. Trans – Lex Prensiplerinde de benzer düzenlemelere yer verilmeyle, IV. 8.1 hükmünde müzakereleri dürüstlük kuralına aykırı şekilde sona erdiren tarafın sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluk hükümleri kapsamında sorumlu olacağına yer verilerek müzakerelerin dürüstlük kuralına uygun

²⁴⁰ İŞINTAN, sf. 134; AYHAN İZMİRLİ, sf. 180.

²⁴¹ AYHAN İZMİRLİ, sf. 180

²⁴² OĞUZMAN/ÖZ, sf 79 vd.; OĞUZMAN/BARLAS, sf. 286; Y. 19. HD. E. 2005/2865, K. 2005/11959, T. 1.12.2005 sayılı kararında müzakerelerin dürüstlük kuralına uygun yürütülmesi gerektiği açıkça karar altına alınmıştır.

olarak yürütülmesi yükümlülüğü düzenlenmiştir.²⁴³ Sözleşmelere İlişkin AB Müktesebatı İlkelerinde de sözleşme müzakerelerinde dürüstlük kuralına uygun hareket edilmesi gerektiği özel olarak düzenlenmiştir.²⁴⁴ Kanaatimizce bu metinlerde yer verilen “*good faith*” ve “*bad faith*” terimleri ile dürüstlük kuralına işaret edilmekte olup birebir çevirilerde yer alan iyi niyet kavramı yerine dürüstlük kuralı kavramı kullanılmıştır.

3.1.2.3. Dürüstlük Kuralına Uygun Müzakere Etme Yükümlülüğünün Somutlaştırılması ile Ortaya Çıkan Yükümlülükler

Sözleşme müzakerelerinde dürüstlük kuralına uygun yükümlülüğü, genel bir yükümlülük olarak düzenlenmekle birlikte bu yükümlülüğün doğan ve aynı zamanda bu yükümlülüğü somutlaştıran birtakım yükümlülükler bulunmaktadır. Bu başlık altında ulusal ve uluslararası düzenlemelerin tek tek incelenmesi yerine genel olarak kabul edilen somut yükümlülükler yer verilmiştir.

a. Sözleşme Akdetme Niyeti Olmaksızın Sözleşme Müzakerelerine Başlamama Yükümlülüğü

Dürüstlük kuralına uygun müzakere etme yükümlülüğünün doğurduğu ilk yükümlülük şüphesiz sözleşme akdetme niyeti olmaksızın sözleşme müzakerelerine başlamamak veya sözleşme akdetme niyeti ortadan kalktığı halde sözleşme müzakerelerini devam ettirmektir. Nitekim müzakerenin amacı, bir sözleşme akdetmek amacıyla ciddi olarak görüşmelere başlamaktır.²⁴⁵ Müzakere edilen sözleşmenin akdedilip akdedilemeyeceğinin anlaşılması müzakere sürecinde ortaya çıkacağından daha en başta sözleşme akdetme yönünde bir irade bulunmaması veya bu iradenin müzakere sürecinde ortadan kalkması halinde yine de müzakerelere devam edilmesi dürüstlük kuralı ile bağdaşmamaktadır.²⁴⁶ Bu noktada sözleşme akdetme iradesinin hiç bulunmaması hali ile bu iradenin varlığının şüpheli olması halini birbirinden ayrı tutmak gerekmektedir. Çünkü sözleşme akdetme iradesinin şüpheli olarak olsa da var olması dürüstlüğü

²⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz: AYHAN İZMİRLİ, L: “*LEX MARCETORIA’DA CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞU*” Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 37, Sayı: 2, sf. 170–229.

²⁴⁴ AYHAN İZMİRLİ, sf. 187.

²⁴⁵ OĞUZMAN/ÖZ, sf. 79; GEZDER, sf. 165 vd.

²⁴⁶ AYHAN İZMİRLİ, sf. 188; DEMİRCİOĞLU, sf. 225 -227; İŞINTAN, sf. 150 – 151.

tamamen ortadan kaldırmadığı için bu yükümlülüğün ihlali söz konusu olmamaktadır.²⁴⁷

b. Sözleşme Müzakerelerini Dürüstlük Kuralına Aykırı Olarak ve Sebep Göstermeksizin Sona Erdirmeme Yükümlülüğü

Müzakereye başlayan her tarafın müzakere edilen sözleşmeyi akdetme yönünde bir yükümlülüğü bulunmamaktadır.²⁴⁸ Bu nedenle, müzakere sürecinin ilerletilememesi, müzakerelerin sözleşme akdiyle sonuçlanmayacağına anlaşılmaması halinde, müzakerelerin sona erdirilmesi dürüstlük kuralına aykırılık yaratmamaktadır. Bu noktada belirtmek gerekir ki yükümlülük, müzakerelerin sona erdirilmemesi ve sonsuza kadar devam ettirilmesi değildir. Yükümlülük, dürüstlük kuralına göre müzakerelerin devam ettirilmesi gerekirken müzakerelerin herhangi bir sebep gösterilmeksizin sona erdirilmesidir.²⁴⁹ Nitekim sözleşmenin akdedileceği yönünde müzakerenin karşı tarafınca haklı bir güven uyandırılmışsa veya var olan güven güçlendirilmişse bu noktada güven yaratan tarafça müzakerelerin sona erdirilmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmektedir.²⁵⁰ Bununla birlikte, doktrinde dürüstlük kuralına aykırı olarak müzakerelerin sona erdirilmesi halinin her somut duruma göre tespit edilmesi gerektiği belirtilmektedir.²⁵¹ Çalışmanın konusu itibarıyla savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmelerde, tarafların aidiyetinin bulunduğu ülkelerin hukuklarına, diplomatik, stratejik ve ekonomik unsurlarına göre sözleşmenin akdedilemeyeceğinin anlaşılması anında müzakerenin hangi aşamasında bulunulursa bulunulsun müzakerelerin sona erdirilmesi kanaatimizce dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmeyecektir. Ancak bu noktada belirtilen bu unsurlardan birine aykırılığın varlığının, aykırılığın olduğu tarafça bilinmesine rağmen ve müzakerenin karşı tarafınca bilinmeyecek olması halinde, müzakereler devam ettirilmiş ve daha sonraki bir aşamada müzakereler bu sebeple sona erdirilmişse

²⁴⁷ YALMAN, S. (2006) *TÜRK İSVİÇRE HUKUKUNDA SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDEN DOĞAN SORUMLULUK*. Seçkin Yayınları, Ankara, sf. 89; AYHAN İZMİRLİ, sf. 188.

²⁴⁸ EREN, sf. 1130; GEZDER, sf. 166 -170; AYHAN İZMİRLİ, sf. 191; DEMİRCİOĞLU, sf. 225 – 227 ; İŞINTAN, sf. 150.

²⁴⁹ İŞINTAN, SF. 150 – 151.

²⁵⁰ AYHAN İZMİRLİ, sf. 191; DEMİRCİOĞLU, sf. 195-196; İŞINTAN, sf. 151.

²⁵¹ DEMİRCİOĞLU, sf. 194; AYHAN İZMİRLİ, sf. 192.

bu defa dürüstlük kuralına aykırılık gerçekleşmiş olacaktır. Bu bağlamda, sözleşme müzakerelerinde kesin ve tam sözleşme bedelinin taraflarca belirlenmesi aşamasında herhangi bir sebep gösterilmeksizin müzakerelerin sona erdirilmesi de kanaatimizce dürüstlük kuralına aykırılık hali olarak değerlendirilebilmektedir. Nitekim geline aşama itibariyle sözleşmenin akdedileceği hususunda müzakerenin karşı tarafında haklı bir güven ve beklentinin oluştuğundan bahsetmek mümkündür. Çünkü bu aşama, müzakere sürecinin son aşaması olup, bu aşamaya dek birçok aşama tarafların anlaşması ile geçilmiştir.

c. Açıklama ve Bilgi Verme Yükümlülüğü

Sözleşme müzakerelerinin başlaması ile taraflar arasında dürüstlük kuralı çerçevesinde bir güven ilişkisi meydana gelmektedir.²⁵² Bu güven ilişkisi beraberinde akdedilmesi amaçlanan sözleşmenin konusu ile ilgili durumları açıklama ve bilgilendirme yükümlülüğünü getirmektedir. Bu yükümlülük elbette müzakere konusu hakkında genel bir bilgi verme anlamını taşımamaktadır. Çünkü müzakereye başlayan tarafların sözleşmenin konusu, sözleşmenin akdedileceği alan ile ilgili genel bir araştırma yapmış olması gerekmektedir.²⁵³ Bu yükümlülük, müzakerenin gidişatını önemli ölçüde etkileyecek, müzakerenin karşı tarafınca bilinmesi halinde müzakere sürecinin sonlandırılmasına yol açabilecek konularda, örneğin karşı tarafın bilmediği ve bilmekle yükümlü olmadığı, bizzat müzakereci tarafın kendisine ilişkin hususlarda bilgi verme ve açıklama yapma noktasında kendini göstermektedir.²⁵⁴ Açıklama ve bilgi verme yükümlülüğü dürüstlük kuralına uygun olarak müzakere etme yükümlülüğünden kaynaklanan bir yükümlülük olmakla birlikte genel bir dürüstlük kuralına uygun olarak müzakere edilmesi yükümlülüğün kabul edilmediği bazı hukuk sistemlerinde de kabul edilmektedir. Örneğin Anglo- Sakson hukuk siteminde Misrepresentation Act of 1967 ile düzenlenen “misrepresentation” kurumu, sözleşme müzakerelerinde

²⁵² YALMAN, sf. 82; DOĞAN (MÖHUK), sf. 382; AKYOL, sf. 46; İŞINTAN, sf. 142 – 143.

²⁵³ İŞINTAN, sf. 143.

²⁵⁴ AYHAN İZMİRLİ, sf. 192 – 193; İŞINTAN sf. 143 – 144.

müzakerenin karşı tarafına yanlış bilgi vermeme, bilgilerin doğru şekilde açıklanması yükümlülüğünü yüklemektedir.

Açıklama ve bilgi verme yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesinde akdedilmesi amaçlanan sözleşmenin esaslı unsurları ilk sırada gelmektedir. Bunun doğal bir sonucu olarak sözleşme konusunu doğrudan ilgilendirmeyen hususlarda bilgi verme ve açıklama yapma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Fakat taraflar, esaslı olmayan hususlarda açıklama yapmış ve bilgi vermiş ise bunun tam, eksiksiz ve doğru olması gerekmektedir.²⁵⁵ Bir diğer deyişle, taraflar kendi istek ve iradeleri ile açıklama ve bilgi verme yükümlülüğünün kapsamını ve içeriğini genişletmiş ise bu içeriğin tam, eksiksiz ve doğru olması gerekmektedir. Aksi halde, açıklama ve bilgi verme yükümlülüğünün ihlali söz konusu olmaktadır. Yükümlülüğün kapsamının belirlenmesinde ikinci husus, karşı tarafın açıklama konusu edilen hususları bilmesi gerekip gerekmediği noktasında kendini göstermektedir. Şayet somut duruma göre karşı tarafın açıklama konusu edilen bilgiyi bilmesi beklenebiliyor ise bu noktada artık bilgi verme ve açıklama yükümlülüğünden bahsedilememektedir.²⁵⁶ Somut duruma göre değerlendirme yapılırken, tarafların müzakere sürecinden önceki ilişkileri, müzakerenin amacı, akdedilmesi amaçlanan sözleşmenin alanı, tarafların aynı iş kolunda olup olmadığı göz önünde bulundurulmaktadır.²⁵⁷

Savunma sanayiindeki sözleşmelerde, bilgi verme yükümlülüğü daha müzakere sürecinin en başında Bilgi Talep Formu ile kendini göstermektedir. Bu noktada müzakerenin karşı tarafından talep edilen bilgilerin doğru ve tam olarak açıklanmaması ve eksik bilgi verilmesi kanaatimizce dürüstlük kuralına uygun düşmemektedir. Bununla birlikte, müzakere sürecinde tarafların aidiyeti bulunduğu ülkelerin diplomatik ve stratejik unsurları hakkında gerekli ve yeterli bilgiyi vermeleri de bu yükümlülük kapsamında değerlendirilmektedir. Belirtelim ki bu noktada devlet sırrı yahut gizli bilgi düzeyindeki bilgilerin müzakerenin karşı tarafına aktarılması beklenmemelidir. Diplomatik ve stratejik unsurlar

²⁵⁵ YALMAN, sf. 91; GÜRPINAR D. *SÖZLEŞME DIŞI YANLIŞ TAVSİYEDE BULUNMA, ÖĞÜT VEYA BİLGİ VERMEDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK*. (2006) Güncel Yayınevi, İzmir, 2006., sf 163 – 164; AYHAN İZMİRLİ, sf. 195; İŞINTAN, sf. 144.

²⁵⁶ YALMAN, sf. 92 – 94.

²⁵⁷ İŞINTAN, sf. 145; YALMAN, 92 – 94.

hakkında bilgi verilmesinden maksat, müzakerenin taraflarından birinin aidiyetinin bulunduğu ülkenin müzakerenin diğer tarafının aidiyeti olduğu ülke ile ticaret yapmasında yahut ihracat lisanslarının alınması noktasında herhangi bir kısıtlamanın bulunup bulunmadığı, halihazırda bir kısıtlama mevcut değil ise de öngörülebilir bir kısıtlamanın bulunup bulunmadığı hakkında bilgi verilmesi ve açıklama yapılmasıdır. Örneğin, bir ülkenin diğer bir ülke hakkında ambargo uygulaması öngörülüyor, yasa tasarısı yahut ihracat lisanslarında değişiklik yapılması gerektiği tartışılıyor ve bütün bu durumlar henüz basın yolu ile kamuya ilan edilmiyor ise bu durumda müzakerenin karşı tarafının bu konu hakkında bilgilendirilmemesi kanaatimizce dürüstlük kuralına ve bu bağlamda bilgi verme ve aydınlatma yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmektedir.

d. İfası İmkânsız Bir Edimin İfa Edileceği Yönünde Söz Vermeme ve Konusu İmkânsız Bir Sözleşmeyi Müzakere Etmeme Yükümlülüğü

Taraflarca sözleşme akdetmek amacıyla müzakerelerin başladığı aşamada veya müzakerelerin devamı aşamalarında akdedilmesi amaçlanan sözleşmenin konusunu ilgilendiren veya akdedilmesi amaçlanan sözleşmenin edim yükümlülüklerinden birinin ifasının hukuken veya fiilen imkansız olduğunun taraflardan birince anlaşılması halinde sözleşme müzakerelerini devam ettirmek dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmektedir.²⁵⁸ Nitekim imkânsız bir edimi, imkânsızlığı bilerek veya bilmesi gerekirken bilmeyerek borçlanan, böylece geçerli bir sözleşme akdedildiğine dair karşı tarafta haklı bir güven uyandıran tarafın dürüst davrandığının kabulü hali, kusursuz tarafın Jhering'in ifadesiyle, *"kendisinden kaynaklanmayan bir kusura kurban edilmesi"* anlamına gelmektedir.²⁵⁹ Müzakereler sırasında sözleşme konusuna ilişkin imkansızlık hâlinin tarafların her ikisince de bilinmesi ve bu imkansızlığın sözleşmenin akdedilmesi aşamasında ortadan kalkacağına tüm taraflarca inanılarak müzakereye devam edilmesi halinde ise dürüstlük kuralına aykırılıktan söz edilememektedir. Ancak bu noktada imkansızlığın ortadan kalkacağına ilişkin inanç taraflardan birinin düşüncesi iken diğer taraf bundan habersiz ise bu halde

²⁵⁸ İŞINTAN, sf. 148; DEMİRCİOĞLU, sf. 243 – 249.

²⁵⁹ DEMİRCİOĞLU, sf. 244; JHERING, sf. 8.

yine dürüstlük kuralına aykırılık söz konusu olmaktadır.²⁶⁰ Savunma sanayiindeki sözleşmelerde hukuki ve fiili imkânsızlık halleri özellikle tarafların aidiyeti bulunduğu ülkelerin stratejik ve diplomatik unsuları ile yakından ilgilidir. Örneğin, sözleşmeye konu bir malın “silah / teçhizat” olarak vasıflandırılarak ihracatı yasak mallar listesine alınması veya gümrük uygulamalarındaki düzenlenmelerin değişmesi halinde sözleşme konusunun imkânsız hale gelmesi söz konusu olmakta, bu halde sözleşme müzakerelerinin devam ettirilmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmektedir. Yine müzakerelerin devam ettiği bir aşamada belirli türdeki savunma sanayii ürünlerinin ihracatına ilişkin ambargo düzenlemeleri yapılmışsa bu halde de ambargo düzenlemelerinin dolanılabilceği belirtilerek müzakerelere devam edilmesi sözleşmenin konusunu imkânsız hale getireceğinden dürüstlük kuralına aykırı bir davranış olarak kabul edilmektedir.

e. Sözleşme Konusu İtibariyle Makul Olmayan Öneriler Sunmamak

Müzakere sürecinde taraflarca makul olmayan önerilerin sunulması veya müzakerenin mantığa ve sözleşmenin ilgili olduğu alandaki genel kabullere aykırı olarak devam ettirilmesi de dürüstlük kuralı ile bağdaşmamaktadır. Elbette ki makul ve mantıklı olma ölçütü genel bir kavram olduğundan bu kavramın sözleşmenin ilgili olduğu alana göre somutlaştırılması gerekmektedir.²⁶¹ Savunma sanayiindeki sözleşme müzakerelerinde makul olma ölçütü her şeyden evvel sözleşme bedeli noktasında kendini göstermektedir. Nitekim yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere sözleşme bedelinin makul olarak belirlenmesi gerektiğine DFARS düzenlemelerinde açıkça yer verilmiştir. Bunun yanında daha sözleşme müzakerelerinin ilk aşamasında tarafların bu alanı yeterli ölçüde bilip bilmediği karşılıklı olarak teyit edilerek taraflarca makul taleplerde bulunulması yükümlülüğü müzakerelerin en başında karşılıklı olarak teyit edilmektedir. Dolayısı ile taraflardan birinin müzakere aşamasında savunma sanayiindeki genel yaklaşım ve kabullere uygun olarak hareket edeceği noktasında müzakerenin karşı tarafında bir güven uyandırdıktan sonra bu alanda makul olmayan tekliflerde bulunmasının dürüstlük kuralına aykırılık yaratacağı değerlendirilmektedir.

²⁶⁰ İŞINTAN, sf. 148 – 149.

²⁶¹ AYHAN İZMİRLİ, sf. 189.

f. Uygun Olmayan Müzakere Teknikleri Kullanmamak

Müzakere sürecinde dürüst davranma yükümlülüğünden doğan bir başka yükümlülük, uygun olmayan müzakere tekniklerini kullanmamak olarak kendini göstermektedir. Gerçekten de müzakere aşamasında taraflarca manipülatif davranışlar sergilenmesi, müzakerenin karşı tarafının iradesini sakatlayacak yahut önemli ölçüde etkileyecek davranışlarda bulunulması, zorlama ve baskı kurma davranışlarının sergilenmesi dürüstlük kuralına aykırı düşmektedir.²⁶²

Savunma sanayiindeki sözleşmelerin müzakerelerinde her ne kadar tarafların aidiyetinin bulunduğu ülkelerin ekonomik, stratejik ve diplomatik unsurları müzakere aşamasını önemli ölçüde etkilemekte ise de bu unsurların birer baskı ve zorlama aracı olarak kullanılması kanaatimizce dürüstlük kuralına uygun düşmemektedir. Ayrıca, özellikle alt yüklenicilik sözleşmelerinin müzakerelerinde sözleşme akdedilebilecek birden çok alt yüklenicinin bulunması veya ana sözleşme hükümlerinde yer alan tüm hükümlerin alt yüklenicilik sözleşmesine (alt eser sözleşmesine) yansıtılması suretiyle baskı kurulması da dürüstlük kuralı ile bağdaşmamakta, bu hallerde uygun olmayan müzakere tekniklerinin kullanılmaması yükümlülüğünün ihlalinin söz konusu olabileceği değerlendirilmektedir.

g. Gizlilik ve Sır Saklama Yükümlülüğü

Bir sözleşmenin akdedilmesi amacıyla bir araya gelen taraflar, müzakere sürecinin başlaması ile birlikte ticari bilgilerini birbirine açmış bulunmaktadır. Bu türden bilgiler genel olarak müzakere sürecine girilmemiş olsa idi müzakere tarafının elde edemeyeceği ve hukuki yollardan ulaşamayacağı bilgilerdir.²⁶³ Bununla birlikte, akdedilmesi amaçlanan sözleşmenin konusu gereği birtakım bilgilerin de gizli olduğu kabul edilmektedir. Örneğin, savunma sanayiindeki sözleşmelerde sadece tarafların ticari sırları değil, sözleşme konusuna ilişkin bilgiler de gizlilik kapsamında değerlendirilmekte ve hatta bu hususta NATO gibi uluslararası organizasyonlarca gizli bilgilerin nelerden ibaret olduğu genel olarak

²⁶² AYHAN İZMİRLİ, sf. 189.

²⁶³ AYHAN İZMİRLİ, sf. 198.

tanımlanmaktadır.²⁶⁴ Gizlilik yükümlülüğünün kapsamına, Gizlilik ve Bilgi Değişim Sözleşmeleri ve Savunma Sanayisindeki Sözleşmelerin Müzakeresindeki Farklılıklar bölümünde ayrıntılı olarak yer verildiğinden, bu başlık altında aynı açıklamaların tekrarlanması gerekli görülmemiştir.

Sözleşme müzakerelerinin başlaması ile birlikte yaygın olarak Gizlilik ve Sır Saklama Sözleşmesi imzalandığı görülmektedir. Taraflarca böyle bir sözleşme akdedilmesi halinde, elbette ki bu yükümlülüklerin kaynağı sözleşme olmaktadır. Bununla birlikte tarafların sadece Gizlilik ve Sır Saklama Sözleşmesi akdetmesi halinde gizlilik yükümlülüğünün bulunduğu kabulü mümkün değildir. Nitekim taraflar böyle bir sözleşme akdetmemiş olsa dahi dürüstlük kuralı gereği tarafların edindikleri gizli bilgileri müzakere sürecinde ve müzakereden sonraki süreçte ifşa etmemeleri, özellikle müzakerelerin anlaşmama ile neticelenmesi halinde kendi lehine kullanmaması gerekmektedir.²⁶⁵

h. Koruma ve Özen Yükümlülüğü

Bir sözleşme akdetmek amacıyla bir araya gelen taraflar arasında bir sosyal temas meydana gelmekte, taraflar birbirlerinin hakimiyet alanına daha rahat etki edebilmekte ve böylelikle taraflar arasında bir güven ilişkisi meydana gelmektedir.²⁶⁶ Bu güven ilişkisinin sonucunda taraflar birbirilerine karşı üçüncü kişi konumundan çıkmakta ve tarafların yükseltilmiş özen yükümlülükleri vuku bulmaktadır.²⁶⁷ Hatta bazı yazarlara göre bu güven ilişkisi ve yükseltilmiş özen yükümlülüğü müzakere amacıyla sosyal ilişki temasına girilmesi anından itibaren vuku bulmaktadır.²⁶⁸ Koruma ve özen yükümlülükleri temel olarak kendisini bütünlük menfaatlerinin korunması şeklinde göstermektedir. Bütünlük menfaatleri, tarafların asli edim yükümlülüklerinden ayrı olarak kişilik ve malvarlığı değerlerini ifade etmektedir.²⁶⁹ Dolayısıyla müzakereye başlayan ve

²⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Security Within The North Atlantic Treaty Organization (NATO), C-M(2002)49-REV1, 20.11.2020, Enclosure, Introduction 1, 1-1 [https://www.nbf.hu/docs/C-M\(2002\)49-REV1.pdf](https://www.nbf.hu/docs/C-M(2002)49-REV1.pdf)

²⁶⁵ AYHAN İZMİRLİ, sf. 198; dpn: 926.

²⁶⁶ DEMİRCİOĞLU, sf. 240 – 241; AYHAN İZMİRLİ, sf. 199- 201; YALMAN, sf. 61.

²⁶⁷ YALMAN, sf. 82; AYHAN İZMİRLİ, sf. 199; ERGÜNE, sf. 114; İŞINTAN, sf. 138; KIRCA, sf. 157.

²⁶⁸ KIRCA, sf. 170 -171; OĞUZTÜRK, sf. 82.

²⁶⁹ KIRCA, sf. 158; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, sf. 8; OĞUZMAN/ÖZ, sf. 37; SEROZAN, sf. 119; EREN, sf. 43; İŞINTAN, sf. 140; AYHAN İZMİRLİ, sf. 200.

hatta müzakere etmek amacıyla sosyal temas içinde bulunan tarafların, karşı tarafın ve kanaatimizce karşı tarafın temsilcilerinin kişilik ve malvarlığı değerlerini koruma yükümlülüğü doğmaktadır.

Savunma sanayiindeki sözleşmelerin müzakerelerinde de koruma ve özen yükümlülüğü tıpkı diğer alandaki sözleşmelerin müzakerelerinde olduğu gibi varlık kazanmaktadır. Bu yükümlülük esasen sözleşmenin asli edim yükümlülüklerinden ve konusundan bağımsız olarak doğrudan güven ilişkisinin bir yansıması olduğundan bu yükümlülüğün varlığı ve kapsamı hususunda kanaatimizce savunma sanayiindeki sözleşmeler ile diğer alandaki sözleşmeler arasında bir farklılık bulunmamaktadır.

Sözleşme müzakerelerinde tarafların dürüstlük kuralına uygun olarak hareket etme yükümlülüğü ve bu yükümlülüğe bağlı olarak kendini gösteren diğer yükümlülüklerin tamamı kanaatimizce savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmelerde de kendini göstermektedir. Bununla birlikte, yükümlülüklerin kapsamı, savunma sanayiindeki sözleşmelerin kendine özgü özellikleri nedeniyle diğer sözleşmelere göre farklılık arz edebilmektedir. Savunma sanayiindeki sözleşmelerin müzakerelerinde, diğer alanlardaki sözleşmelerin müzakerelerinden doğan yükümlülüklerin yanında birtakım yükümlülüklerin varlığı da söz konusu olabilmektedir. Bu yükümlülüklerin başında savunma sanayii alanını iyi bilmenin ve bu alanda daha evvel başka kişilerle sözleşme akdetmiş olmanın bir getirisi olarak bu alanın gerekliliklerine uygun şekilde müzakere etme yükümlülüğü gelmektedir. Nitekim, daha müzakerenin başında Bilgi Talep Formu ve buna verilen cevap ile sözleşme konusu alanda bilgi sahibi olunduğu teyit edilmekte, bu teyit üzerine müzakere süreci devam ettirilmektedir. Şu hâlde, tarafların bu alanı iyi bildiklerini bildirmelerine rağmen alanın gerekliliklerine uygun davranmamaları hem dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmekte hem de müzakere etme amacını ortadan kaldırmaktadır. Bu alanda, diğer bir yükümlülük olarak tarafların kendi aidiyetinin bulunduğu ülkenin ekonomik, stratejik ve diplomatik unsurlarını iyi tanınması ve bunların gerekliliklerine uygun olarak müzakere etmesi gösterilebilmektedir. Nitekim bu unsurların iyi bilinmemesi hem müzakerenin karşı tarafını yanlış yönlendirmeye, ifası

imkânsız bir edimi yüklenmeye veya akdedilmesi amaçlanan sözleşmenin geçersiz olmasına sebebiyet verebilecek, böylelikle müzakerelerin başarısızlıkla sonuçlanması gündeme gelebilecek hem de müzakerenin karşı tarafının bu sebeple zararının doğması mümkün olabilecektir.

3.2. YÜKÜMLÜLÜKLERE AYKIRILIĞIN YAPTIRIMI OLARAK SÖZLEŞME MÜZAKERELERİNDEKİ KUSURLU DAVRANIŞTAN SORUMLULUK

Sözleşme müzakerelerindeki yükümlülükler aykırılığın yaptırımlarının incelenmesinde müzakere sürecinin müstakil bir sözleşme doğrultusunda yürütülüp yürütülmediği ayrımı önem arz etmektedir.

Taraflarca bir müzakere sözleşmesi akdedilmesi halinde, müzakere sürecindeki yükümlülüklerin kaynağı söz konusu sözleşme olduğundan, bu yükümlülüklerin ihlali halinde sözleşmeye aykırılık halinde uygulanacak hükümler uygulama alanı bulmaktadır. Hukuk sistemlerinin neredeyse tamamında sözleşmeye aykırılık halinde aykırılık sebebiyle zarara uğrayan tarafın uğradığı müspet (olumlu) zararın tazmin edilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Müspet (olumlu) zarar, edim alacaklısının malvarlığındaki borç ifa edilmiş olsaydı meydana gelecek durum ile borcun ifa edilmemiş olması halindeki durum arasındaki fark olarak tanımlanmaktadır.²⁷⁰

Sözleşme akdetmek amacıyla bir araya gelen taraflar, müzakere sürecini düzenleyen ayrı bir müzakere sözleşmesi akdetmemiş olabilir. Bu halde tarafların müzakere sürecinden doğan yükümlülükleri bulunmadığından bahsedilmesi isabetli olmaz. Çünkü müzakerelere başlayan taraflar arasında hukuki ve sosyal bir ilişki meydana gelmektedir.²⁷¹ Gerçekten de geniş anlamda müzakere ilişkisine giren taraflar her ne kadar bir sözleşmenin tarafı olmasalar dahi, artık birbirine karşı üçüncü kişi konumunda da değildir. Tarafların sosyal ve özellikle hukuki bir ilişki içinde bulunduğunun kabul edilmesinin en önemli neticesi ise tarafların müzakerelerdeki davranışlarının yeni bir sorumluluk alanı doğurmasında kendisini göstermektedir. Bu sorumluluk, esas itibarıyla dürüstlük kuralından kaynaklanmaktadır.²⁷² Belirtmek gerekir

²⁷⁰ OĞUZMAN/ÖZ, sf. 400; EREN, sf. 1082.

²⁷¹ OĞUZMAN/ÖZ, sf. 79; KIRCA, sf. 170 -171; OĞUZTÜRK, sf. 82.

²⁷² OĞUZMAN/ÖZ, sf. 79.

ki tarafların sadece müzakereye başlamış olmasının tek başına bir sorumluluğa vücut vermesinin kabulü hakkaniyete uygun düşmeyeceği gibi sözleşme özgürlüğü prensibini önemli ölçüde kısıtlayacaktır. Günümüzde uluslararası ticari ilişkilerin de yaygınlaşması dolayısıyla sözleşme akdedebilecek aktörlerin sayısının artması nedeniyle birçok hukuk sisteminde sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir uzantısı olarak müzakere özgürlüğü ilkesi kabul edilmektedir.²⁷³ Müzakere özgürlüğü, tarafların herhangi bir sözleşme müzakeresindeki kusurlu davranıştan sorumlulukla karşılaşmaksızın sözleşme müzakerelerine başlayabilmesini temin etmektedir. Hakkaniyetin ve somut durum adaletinin tesis edilmesi noktasında müzakere özgürlüğü prensibi ile müzakereye başlamakla oluşan sosyal temasın etkilerinin belirli bir dengede bulunması bir diğer deyişe dürüstlük kuralının amacına uygun kullanılması ve belirli şartların gerçekleşmesi halinde sözleşme müzakeresindeki kusurlu davranıştan sorumluluğun gündeme gelmesi tartışılmış ve git gide birçok ülkede sözleşme müzakeresindeki kusurlu davranıştan sorumluluğun varlığı kabul edilmeye başlanmıştır.²⁷⁴

Sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan sorumluluk her ne kadar birçok hukuk sisteminde ve uluslararası hukuk metinlerinde kabul edilmekte ise de bazı hukuk sistemlerinde sözleşme müzakerelerinin hukuki bir ilişki olarak vasıflandırılmaması neticesinde sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan sorumluluk ayrı bir sorumluluk türü kabul edilmemiştir. Bu noktada sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan sorumluluğun ulusal hukuklardaki düzenlenme biçimini üç ana grupta incelemek mümkündür.

İlk olarak belirtmek gerekir ki birtakım hukuk sistemlerinde sözleşme müzakereleri ayrı bir hukuki ilişki olarak kabul edilmiş ve sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan sorumluluk açık kanun hükümleri ile düzenlenmiştir. Bunlara örnek olarak sözleşme müzakeresindeki kusurlu davranıştan sorumluluk doktrininin doğduğu Alman, Fransız, İtalyan, Yunan, İsrail, Arjantin ve Porto Riko hukuklarını göstermek mümkündür.²⁷⁵ Bu hukuklarda klasik sorumluluk kaynakları olan sözleşme bir diğer deyişle borca aykırılık halindeki sorumluluktan ve haksız fiil sorumluluğundan farklı olarak sözleşme müzakeresindeki kusurlu davranıştan sorumluluk kabul edilmektedir.

²⁷³ Ayrıntılı bilgi için bkz. İŞINTAN, sf. 13- 20.

²⁷⁴ DREYER, sf. 70; AYHAN İZMİRLİ, sf. 205; DEMİRCİOĞLU, sf. 46.

²⁷⁵ İŞINTAN, sf. 132.

Alman Medeni Kanunu'nun sözleşmeden doğan borç ilişkisinin kurulmasını düzenleyen m.311/2'de *"sözleşme müzakerelerine başlamakla", "bir tarafın, muhtemel bir hukuki işleme dayalı ilişki bağlamında diğer tarafa, haklarını, hukuki değer ve menfaatlerini etkileme imkanını sağlaması veya bunları diğerinin hakimiyet alanına bırakması sonucunu doğuran bir sözleşme kurma sürecine girilmesiyle"* ve *"benzer işlem teması ile"* bir borç ilişkisinin kurulacağı kabul edilmiştir.²⁷⁶ Yine Fransız Medeni Kanunu'nda 2016 yılında yapılan reform sonucunda, Kanun'da yerini alan m.1104 ile sözleşme müzakerelerinin dürüstlük kuralına uygun yürütülmesi gerektiği, aksi halde bunun bir sorumluluk kaynağı oluşturacağı düzenlenmektedir.²⁷⁷ Benzer şekilde İtalyan Medeni Kanunu m.1337 ile sözleşme müzakerelerinde tarafların dürüstlük kuralına uygun hareket etmesi gerektiği düzenlemiştir.²⁷⁸ Başka bir düzenleme olarak Yunan Medeni Kanunu m.197 ve 198'de tarafların sözleşme müzakerelerinde karşılıklı olarak, dürüst ve örf-adete göre belirlenen davranışlara uygun hareket etmesi gerektiği, müzakere sürecinde karşı tarafa kusurlu davranışıyla zarar veren kişinin, diğer tarafın zararını tazmin etmekle yükümlü olduğu düzenlenmekte, aynen ifanın ise mümkün olmadığı kabul edilmektedir.²⁷⁹ Belirtmek gerekir ki sözleşme müzakeresindeki kusurlu davranıştan sorumluluğun ayrı bir sorumluluk türü olarak kabul edilmesi ve müzakere sürecindeki dürüstlük kuralından kaynaklanan yükümlülüğün ihlali halinde tazmin edilecek zararın tespiti her hukukta aynı şekilde değildir. Birtakım hukuklarda bu zararın sözleşmenin ihlal edilmesi sebebiyle doğan zararların tespit edilmesi ile aynı şekilde tespit edilirken diğer bazı hukuk sistemlerinde ise haksız fiil sorumluluğunda meydana gelen zarardan yola çıkılarak bu zararın kapsamı tespit edilmektedir.

²⁷⁶ 29.11.2001 tarihli "Schuldrechtsmodernisierungsgesetz", bkz. Bundesgesetzblatt I 2001, 3138.

²⁷⁷ H. DEVELİOĞLU, M., **"FRANSA'DA SÖZLEŞMELER HUKUKU ALANINDAKİ REFORMDA YER ALAN SÖZLEŞMENİN KURULMASI İLE İLGİLİ BAZI ÖNEMLİ DÜZENLEMELER"**, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı:2, Temmuz 2016, sf. 601-613, 605; THE LAW OF CONTRACT, THE GENERAL REGIME OF OBLIGATIONS, AND PROOF OF OBLIGATIONS, The new provisions of the Code civil created by Ordonnance n° 2016-131 of 10 February 2016 translated into English John Cartwright, Bénédicte Fauvarque-Cosson, Erişim Adresi: http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/THE-LAW-OF-CONTRACT-2-5-16.pdf , Erişim Tarihi: 18.01.2022

²⁷⁸ Codice Civile Italiano art.1137 İngilizce metni için bkz: https://www.trans-lex.org/601300/italian-codice-civile/#head_20 , Erişim Tarihi: 18.01.2022

²⁷⁹ DEMİRCİOĞLU, sf. 47; AYHAN İZMİRLİ, sf. 210-211, 240.; Ayrıntılı bilgi için bkz: IFTIME, sf. 133 vd.

Birtakım ülkelerin hukuklarında ise sözleşme müzakeresindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluk doğrudan genel kanuni düzenlemelere konu edilmemiş, bazı somut ve özel hallere uygulanabilecek kanuni düzenlemelerde sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğa atıf yapılmıştır. Belirtmek gerekir ki bu hukuklarda sözleşme müzakeresindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluk doktrini kabul görmekle birlikte genel bir uygulama alanına kanuni düzenlemelerde yer verilmemekte, belirli hukuki ilişkilerde bu tür sorumluluğun ortaya çıktığı kabul edilmektedir.²⁸⁰ Avusturya, İsviçre ve Türk hukuklarında durum böyledir.²⁸¹ Türk Hukukunda bu duruma örnek olarak aldatma veya korkutma yoluyla karşı tarafı sözleşme akdetmeye ikna edenin sorumluluğunu düzenleyen TBK'nın m.39/2 hükmü, kendi kusuru ile yanılarak sözleşme yapan fakat daha sonrasında kendi kusurlu yanılmasını sebep göstererek sözleşmenin iptali edenin sorumluluğunu düzenleyen TBK'nın m. 35 hükmü, yetkili temsilci olduğu noktasında karşı tarafı yanıltarak işlem yapanın sorumluluğunu düzenleyen TBK'nın m.47 hükmü gösterilebilir.²⁸² Türk Hukukundaki düzenlemelere benzer olarak Avusturya Medeni Kanunu m.869 bir sözleşmenin akdedilmesi esnasında karşı tarafı sözleşme akdetmeye sevk etmek için muğlak ifadelerden yararlanan veya görünüşte bir işlem yapan kişinin, karşı tarafın zararının tazmini ile yükümlü olduğunu düzenlemektedir. Aynı Kanun m.874 ile bir sözleşmeyi hile veya tehditle yapan kişinin bunun zararlı sonuçlarını gidermekle yükümlü olduğu düzenlenmektedir. Başlangıçtaki imkânsızlığının düzenlendiği m.87 ile ise, sözleşmenin akdedilmesi esnasında imkânsızlığı bilen veya bilmesi gereken tarafın, sözleşmenin geçerliliğine duyduğu güven sebebiyle karşı tarafın uğradığı zararları gidermekle yükümlü olduğu hüküm altına alınmıştır.²⁸³ Yine İsviçre Medeni Kanunu'nda da benzer hükümlere yer verilmiştir. Örneğin m.26 hükmünde yanılma ile sözleşmeyi iptal eden tarafın, yanılma kendi kusurundan kaynaklanmış ise sözleşmenin iptali sebebiyle meydana gelen zarardan sorumlu olduğu, m.31 hükmünde aldatma veya korkutma altında yapılan sözleşmelerin iptali halinde aldatan veya korkutan tarafın

²⁸⁰ YILMAZ, sf. 241; AYHAN İZMİRLİ, sf. 207. Doktrinde yer alan bir başka görüşe göre münferiden düzenlenen bu hükümler sözleşme öncesi sorumluluğa bağımsız bir hukuki ilişki kazandırmamaktadır, bkz: DEMİRCİOĞLU, sf. 53.

²⁸¹ DEMİRCİOĞLU, sf. 48-49; AYHAN İZMİRLİ, sf. 207; SİRMEN, sf. 34; KIRCA, sf. 163.

²⁸² OĞUZMAN/ÖZ, sf. 496-497..

²⁸³ İlgili hükümlerin İngilizce metni için bkz: The General Civil Code of Austria, Erişim Adresi: https://books.google.com.tr/books?printsec=frontcover&vid=LCCN72006158&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false ; DEMİRCİOĞLU, sf. 48;

sözleşmenin iptali sebebiyle meydana gelen zarardan sorumlu olduğu, yetkisiz temsili düzenleyen m.39. hükmünde yetkisiz temsil ile yapılan sözleşmenin temsil olunan tarafından kabul edilmemesi halinde yetkisiz temsilcinin sözleşmenin akdedilmemesinden doğan zararlardan sorumlu olduğu hüküm altına alınmaktadır.²⁸⁴ Türk hukuk sisteminde de sözleşme müzakeresindeki kusurlu davranıştan sorumluluk doğrudan düzenlenmemekle birlikte İsviçre hukuk sistemine paralel olarak hata, aldatma ve korkutma, yetkisiz temsil hallerinde sözleşmenin iptal edilmesinde kusurlu bulunan tarafın, sözleşmenin iptal edilmesi veya hükümsüz olmasından doğan zararları tazminle yükümlü olduğu hüküm altına alınmaktadır.²⁸⁵

Son olarak birtakım hukuk sistemlerinde sözleşme müzakerelerinin tek başına bir hukuki ilişki olarak kabul edilmemesi neticesinde sözleşme müzakeresindeki kusurlu davranıştan sorumluluk kabul görmemektedir. Örneğin Amerikan Hukukunda, İngiliz Hukukunda, İskoçya Hukuku'nda, İrlanda Hukuku'nda, İspanya Hukuku'nda ve Portekiz Hukuku'nda durum böyledir. Bu hukuklarda sözleşme müzakerelerine ilişkin bağlayıcı ve icra edilebilir bir müzakere sözleşmesinin varlığı halinde bu sözleşme hükümlerinin uygulanacağı, bu türden bir sözleşme bulunmaması halinde ise haksız fiil hükümlerinin uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir.²⁸⁶ Anglo – Amerikan hukuk sisteminde sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan sorumluluğun kabul edilmemesinin sebebi sözleşme alıcısının özenli olması anlamına gelen “*caveat emptor*” ve vaadin, uğruna yapıldığı bir karşı maddi değer varlığını gerektirmesi anlamında gelen “*consideration*” ilkeleridir.²⁸⁷ Bu ilkeler uyarınca, sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranışa somut duruma göre sözleşme, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanabileceği kabul edilmektedir.²⁸⁸ Bununla birlikte belirli istisnai hallerde sözleşme müzakeresindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluk doktrinine yaklaşıldığı görülmektedir. Bu istisnalardan ilki yanlış anlaşılma anlamına gelen “*misrepresentation*” düzenlemesidir.²⁸⁹ Buna göre bilerek veya kusurlu olarak karşı tarafta yanlış izlenim uyandıran açıklama ve beyanlarda bulunulmaması gerektiği hüküm

²⁸⁴ SİRMEN, sf. 35; KIRCA, sf. 163; DEMİRCİOĞLU, sf. 49.

²⁸⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz: KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, sf. 454, 471; EREN, sf. 1088, 1133, DEMİRCİOĞLU, sf. 49-vd.; YILMAZ, sf. 240-241; SEROZAN, 214; KIRCA, sf. 163

²⁸⁶ DEMİRCİOĞLU, sf. 50; AYHAN İZMİRLİ, sf. 206-207; SİRMEN, sf. 35.

²⁸⁷ DEMİRCİOĞLU, sf. 51; SİRMEN, sf. 35;

²⁸⁸ AYHAN İZMİRLİ, sf. 209.

²⁸⁹ İŞINTAN, sf. 136.

altına alınmakta, bu yükümlülüğe aykırı davranışların gerçekleşmesi halinde karşı tarafın zararının tazmini gündeme gelmektedir.²⁹⁰ Bu istisnalardan bir diğeri belki de sözleşme müzakeresindeki kusurlu davranıştan sorumluluk doktrinine en yakını ise “*promissory estoppel*” doktrini. *Restatement Second of Contract*’ın 90. paragrafında yer alan bu doktrin ancak belirli şartları taşıyan vaatlere uygulanabilmektedir. Bu doktrinin uygulanabilmesi için bir vaatte bulunulması, bu vaadin, karşı tarafta vaat edenin belirli bir davranışı gerçekleştireceği yönünde makul bir beklenti oluşturmaması ve bu belirli davranışın gerçekleşmesi, haksızlıktan kaçınmanın da ancak bu vaat edilen davranışın yerine getirilmesi ile mümkün olması ve icra edilebilirliğin bulunması gerekmektedir.²⁹¹ Ayhan İzmirli’nin aktarımı ile Tariq Hassan’ın görüşüne göre bu ilke tamamen aynı olmamakla birlikte benzer biçimde İngiliz hukuk sisteminde de uygulama alanı bulmaktadır.²⁹²

Ulusal hukukların yanında uluslararası hukuk düzenlemelerinde de sözleşme müzakeresindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluk doktrininin kabul edildiği görülmektedir. Örneğin UNIDROIT Prensipleri m. 2.1.15 hükmüne göre kötü niyetle müzakereye başlayan veya müzakereyi kötü niyetle sonlandıran tarafın, müzakerenin karşı tarafının uğradığı zararlardan sorumlu olduğu hüküm altına alınmakta, bir sonraki fıkrada ise bir tarafın anlaşma niyeti olmaksızın müzakereye başlaması veya devam etmesinin kötü niyet olarak kabul edileceği düzenlenmektedir.²⁹³ Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri’nde de m. 2: 301 hükmü ile tarafların müzakereleri dürüstlüğe uygun yürütmesi gerektiği aksi halde karşı tarafın zararlarını tazmin ile sorumlu olacağı düzenlenmektedir. Yine *Trans – Lex Prensipleri*’nde de benzer düzenlemelere yer verilmekte, IV. 8.1 hükmünde müzakereleri dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde sona

²⁹⁰ BAYGIN, C. “*CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞU VE AMERİKAN HUKUKUNDAKİ UYGULAMASI*”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Erzincan, C.IV, A.1-2, (2000) 345-377, sf. 368 Erişim adresi <https://hukukdergi.ebyu.edu.tr/?p=843> , Erişim tarihi:18.05.2022; AYHAN İZMİRLİ, sf. 209, dpn. 969; DEMİRCİOĞLU, sf. 51.

²⁹¹ BAYGIN, sf. 368; AYHAN İZMİRLİ, sf. 210, dpn. 972, SİRMEN, sf 35; DEMİRCİOĞLU, sf 51-52.

²⁹² AYHAN İZMİRLİ, sf. 210, dpn. 972.

²⁹³ Madde metninde “*good faith*” ve “*bad faith*” ifadeleri ve bu metnin UNIDROIT tarafından kabul gören Türkçe çevirisinde “iyi niyet” ve “kötü niyet” ifadeleri kullanılmış ise de, kanaatimizce metnin düzenleniş amacı ve devamında yer alan kötü niyet tanımından yola çıkılarak buradaki iyi niyet kavramı Türk Hukukundaki dürüstlük kuralına işaret etmektedir.

erdiren tarafın sözleşme müzakeresindeki kusurlu davranıştan sorumluluk doktrini bağlamında sorumlu olacağı düzenlenmektedir.²⁹⁴

3.2.1. Sözleşme Müzakerelerindeki Kusurlu Davranıştan Sorumluluğun Hukuki Niteliği

Sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan sorumluluk birçok hukukta doğrudan veya diğer borç ilişkileri ile dolaylı olarak kabul edilmekte ise de sorumluluğun hukuki niteliği konusunda ulusal hukuklarda ve doktrinde bir görüş birliği bulunmamaktadır.²⁹⁵ Bununla birlikte sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluk hukuk doktrininde yaygın olarak sözleşme sorumluluğu, haksız fiil sorumluluğu, karma sorumluluk, kendine özgü bir sorumluluk, sözleşme benzeri sorumluluk, kanuni sorumluluk ve güven sorumluluğu olarak nitelendirilmektedir. Çalışmanın konusu ile sınırlı olarak bu başlık altında sözleşme sorumluluğu görüşü, haksız fiil sorumluluğu görüşü ve diğer görüşler olmak üzere üç grupta inceleme yapılmıştır.

3.2.2.1. Sözleşme Sorumluluğu Görüşü

Sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğu, sözleşme sorumluluğu ile açıklayan görüş temel olarak kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. İlk olarak sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun temellerini oluşturan Jhering'e göre bu sorumluluğun niteliği, geçerli olarak kurulması istenen ve müzakere edilen sözleşmeye tâbidir²⁹⁶ Bu görüşe göre sözleşme müzakerelerinin taraflarca akdedilmesi amaçlanan dolayısıyla ileride doğacak bir sözleşmenin hükümlerine tabi olduğu kabul edilmekte ve sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan sorumluluk, sözleşmeden doğan sorumlulukla aynı niteliği kazanmaktadır.²⁹⁷ Belirtmek gerekir ki bu görüş de kendi içinde ikiye ayrılmakta birtakım yazarlar bu sorumluluğun sözleşme müzakereleri neticesinde taraflarca geçerli bir sözleşme

²⁹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz: AYHAN İZMİRLİ, L: 'Lex Marcetoria'da Culpa in Contrahendo Sorumluluğu'' Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 37, Sayı: 2, sf. 170-229.

²⁹⁵ AYHAN İZMİRLİ, sf .213; DEMİRCİOĞLU, sf.137; SİRMEN, sf.56.

²⁹⁶ AYHAN İZMİRLİ, sf. 214- 216; DEMİRCİOĞLU, sf.77-79, SİRMEN, sf.57; YALMAN, sf.74; OĞUZTÜRK, sf.101-102; GEZDER, sf.64-73; VON JHERING, sf.29.

²⁹⁷ DEMİRCİOĞLU, sf. 79; YALMAN, sf. 74; SİRMEN, sf.57 ; KIRCA, sf.164 ; GEZDER, sf.66; AYHAN İZMİRLİ, sf.216.

akdedilmiş olması halinde uygulama alanı bulabileceğini, diğer birtakım yazarlar ise sözleşmenin akdedilmemesi veya geçersiz olması halinde uygulama alanı bulabileceğini kabul etmektedir.²⁹⁸

Sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan sorumluluğun niteliğini sözleşme görüşünde arayan diğer görüşe göre ise sözleşme müzakereleri, akdedilmesi amaçlanan sözleşmenin bir parçasını oluşturmamakta, asıl sözleşmeden ayrı bir sözleşme ilişkisi meydana getirmektedir. Buna göre sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluk tıpkı sözleşme sorumluluğu gibi koruma ve özen yükümlülüğü doğurmaktadır.²⁹⁹ Bu görüşün en önemli eleştirisi sözleşme müzakerelerinde tarafların iradelerinin müzakere sürecine ilişkin bir sözleşme yapmak olmadığı, sadece sözleşme müzakerelerinde bulunmak olduğu yönünde ortaya çıkmaktadır. Diğer bir ifadeyle tek başına sözleşme müzakerelerine başlanmış olması sözleşme özgürlüğü ve müzakere özgürlüğü ilkeleri çerçevesinde sözleşme yapma zorunluluğu içermediği gibi tek başına ayrı bir sözleşme ilişkisi doğurmamaktadır.³⁰⁰

3.2.2.2. Haksız Fiil Sorumluluğu Görüşü

Sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun niteliğini haksız fiil sorumluluğunda arayan görüşe göre sözleşme müzakerelerinde henüz bir sözleşme akdedilmediğinden bu aşamadaki kusurlu davranışların haksız fiile vücut verdiği kabul edilmektedir.³⁰¹ Bu görüş de kendi içinde farklı yaklaşımları barındırmaktadır. Bir yaklaşıma göre sözleşme müzakeresindeki kusurlu davranıştan sorumluluk, “kimseye zarar vermeme” kuralının özel bir hâlidir. Diğer bir yaklaşıma göre müzakerelerin başlamasıyla birlikte tarafların birbirine yakın bir konumda olduğunu kabul ederek müzakerelerde tarafların birbirine karşı yükseltilmiş özen sorumluluğu bulunmaktadır.³⁰²

²⁹⁸ DEMİRCİOĞLU, sf. 79; YALMAN, sf.74; SİRMEN, sf.57; KIRCA, sf.164; GEZDER, sf.66; AYHAN İZMİRLİ, sf.216; OĞUZTÜRK, sf.102.

²⁹⁹ EREN, SF.1131; AYHAN İZMİRLİ, SF.214; DEMİRCİOĞLU, SF.82; GEZDER, SF.73

³⁰⁰ OĞUZTÜRK, SF.102; DEMİRCİOĞLU, SF.79-88; YALMAN, SF.74; SİRMEN, SF.58; GEZDER, SF.73; AYHAN İZMİRLİ, SF.217

³⁰¹ SİRMEN, sf.58; KILIÇOĞLU, sf.96; DEMİRCİOĞLU, sf.90; KIRCA, sf.39; OĞUZTÜRK, sf.102; YALMAN, sf.70-71; BAYGIN, sf.345; GEZDER, sf.73; EREN, sf.1130-1131

³⁰² Sorumluluğun niteliğini haksız fiil sorumluluğunda arayan görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİRCİOĞLU, sf.90-96; KIRCA, sf.39-52,139-141; OĞUZTÜRK, sf.102-104; YALMAN, sf. 70-71; BAYGIN, sf. 345 vd.; GEZDER, sf.73-78.

3.2.2.3. Diğer Görüşler

Sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun, birçok hukuk sistemine göre temel borç ilişkileri olarak kabul edilen sözleşme ve haksız fiil sorumlulukları kapsamında yeterince açıklanamadığı doktrinde kabul edilmekte bu sebeple sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun niteliği karma nitelik ve kendine özgü niteliği çerçevesinde değerlendirilmektedir. Bu değerlendirmelerden ilki esas itibari ile sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğu haksız fiil sorumluluğu ile sözleşme sorumluluğu arasında bir sorumluluk türü olarak kabul etmekle birlikte bir kısmı sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun bu iki türün karması olduğunu, diğer bir kısmı bu ikisinden ayrı olarak kendine özgü bir niteliği olduğunu kabul etmektedir.³⁰³ Bu görüşe göre sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğa belirli birtakım noktalarda haksız fiil sorumluluğunun uygulanabileceği belirli diğer birtakım noktalarda ise sözleşme sorumluluğunun uygulanabileceği veya sorumluluğun niteliğinin her somut duruma göre farklılık göstereceği kabul edilmektedir.³⁰⁴

Sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun kendine özgü bir sorumluluk türü olduğu yönündeki görüşe göre sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun edim yükümlülüklerinden bağımsız bir borç ilişkisi olduğu kabul edilmekte ve sorumluluk hukuken korunmaya değer bir güvene ve belirli bir amaca yönelmiş sosyal temasa dayandırılmaktadır.³⁰⁵ Edim yükümlülüğü borç ilişkisinin yapısını ve içeriğini belirlemekte ve kendi içinde asli edim yükümlülüğü ve yan edim yükümlülüğü olarak ikiye ayrılmaktadır. Asli edim yükümlülüğü borç ilişkisine hukuki niteliğini verirken, yan edim yükümlülüğü asli edim yükümlülüğünü destekleyen yükümlülüklerdir. Bu yükümlülüklerin yanında bir borç ilişkisinde davranış ve özen yükümlülükleri şeklinde edim yükümlülüklerinden başka yükümlülükler de doğmaktadır. Davranış yükümlülükleri kendi içinde ifaya yardımcı yan yükümlülükler ve koruma

³⁰³ Sorumluluğun karma nitelikte olduğu yönündeki görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SEROZAN, sf. 249; KIRCA, sf.147; AYHAN İZMİRLİ, sf.218.

³⁰⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. BAYGIN, sf. 352; KIRCA, sf.140; DEMİRCİOĞLU, sf.111-118; OĞUZTÜRK, sf.104 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, sf. 38-42; EREN, sf.1128 vd.; YALMAN, sf.78-81; GEZDER, sf. 78 vd. SİRMEN, sf. 60-61.

³⁰⁵ SEROZAN (CULPA İN CONTRAHENDO), sf.121-122; EREN, sf.42-44; KILIÇOĞLU, sf.83; Ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİRCİOĞLU, sf.126-175; KIRCA, sf.172; OĞUZTÜRK, sf.90-93; YALMAN, sf.13; OĞUZMAN/ÖZ, sf.39-41.

yükümlülükleri olarak ikiye ayrılmaktadır. İfaya yardımcı yan yükümlülükler asli edim yükümlülüğünün sözleşmenin amacına uygun olarak yerine getirilmesine yönelik olup sözleşme alacaklısının edim menfaatinin eksiksiz ve doğru bir şekilde sağlanmasına hizmet etmektedir.³⁰⁶ Edim yükümlülüklerinden ve akdedilmesi amaçlanan sözleşmeden önce bu sözleşmenin akdedilip akdedilmemesinden bağımsız olarak edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkileri meydana gelmektedir. Bu borç ilişkisi sözleşme sorumluluğundaki gibi taraf iradesinden ve haksız fiil sorumluluğundaki hukuka aykırı fiilden doğmamaktadır. Bu ilişki müzakereye başlayan tarafların özel bir sosyal temasta bulunmaları ile ortaya çıkmakta, sorumluluğun temeli bu sosyal temasa ve bu sosyal temas sonucunda meydana gelen güven ilişkisine dayandırılmaktadır. Fakat asli edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisinin varlığı için tarafların birbirinin şahıs ve mal varlıklarına etki edebilme alanına girmeleri gerekmekte ve taraflar arasındaki güvenin normatif yani hukuken korunan bir güven olması gerektiği de kabul edilmektedir.³⁰⁷ Belirtmek gerekir ki Türk ve İsviçre hukuklarında edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi görüşü hem doktrinde hem de yargı kararlarında hâkim görüştür.³⁰⁸

3.2.2. Sözleşme Müzakerelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluğun Şartları

Sözleşme müzakerelerinin bir hukuki ilişki olarak kabul edildiği dolayısıyla sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun açık kanuni düzenlemelerle veya dürüstlük kuralından yola çıkılarak bu sorumluluğun örtülü olarak kabul edildiği hukuklarda bu sorumluluğun doğabilmesi için belirli şartların varlığı aranmaktadır. Sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun hukuk sistemlerinde farklı hukuki nitelikler altında incelenmesi hem de bu sorumluluk türünün klasik sorumluluk türlerine nazaran yeni bir sorumluluk türü olması sebebiyle hukuki düzenlemelerin tümünde aynı şartların varlığından bahsedilememektedir. Bununla birlikte dürüstlük kuralından ve açık kanuni düzenlemelerden kaynaklanan ortak şartlardan bahsedilmesi mümkündür. Doktrinde sorumluluğun şartları genel ve özel

³⁰⁶ Edim yükümlülükleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, sf. 29 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, sf.39-41.

³⁰⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, sf.8-9; BAYGIN, sf.357; DEMİRCİOĞLU, sf.127; SEROZAN, sf.250.

³⁰⁸ KIRCA, sf.102; OĞUZMAN/ÖZ, sf.40-41; Y.19.HD., E.2005/2865, K.2005/11959, T.12.2005; Y.13.HD., E.1995/9375, K.1995/9860, T.13.11.1995, BGE 120 II 331.

olmak üzere sınıflandırılmakla birlikte bu çalışma kapsamında böyle bir ayırım yapılması tercih edilmemiştir. Nitekim kanaatimizce yapılan ayrımların sorumluluğun varlığına doğrudan etki etmediği, bu şartların bir kısmının diğer bir kısmından öncelik arz etmediği ve sorumluluğun varlığı için bütün şartların bir arada bulunmasının gerekli olduğu değerlendirilmektedir.

3.2.2.1. Müzakere İlişkisinin Varlığı

Sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun gündeme gelebilmesi için genel olarak taraflar arasında belirli bir güvenin oluşmasına sebebiyet verecek düzeyde bir ilişkinin varlığı gerekli görülmektedir.³⁰⁹ Bu ilişkinin sözleşme müzakereleri ile somutlaştırılması mümkündür. Nitekim bir sözleşme akdetmek amacıyla bir araya gelen tarafların aralarında güvene dayanan bir ilişki ortaya çıktığı kabul edilmektedir.³¹⁰ Aynı zamanda tarafların müzakere amacıyla bir sosyal temasta veya hukuki işlem temasında bulunduğu kabul edilmektedir. Doktrinde sosyal temas bir kişinin hukuki sonuçlar doğurmaya elverişli olarak başkasının hukuki menfaat alanına girmesiyle oluşan ilişki olarak kabul edilmekte olup sosyal temasın muhakkak hukuki işlem tesis etmek amacıyla gerçekleşmesi gerekliliği aranmamaktadır.³¹¹ Çünkü müzakere sebebiyle bir araya gelen taraflar, birbirlerine üçüncü kişilere nazaran daha yakın konumda ve birbirlerine karşı daha korumasızdır. Bu tarafların aynı zamanda birbirlerinin hakimiyet alanına etki edebilme imkanları bulunmaktadır.³¹²

Müzakere ilişkisinin varlığından bahsedebilmek için müzakerelerin başlangıç anının tespit edilmesi önemlidir. Bu noktada doktrinde birtakım yazarlara göre tarafların birbirine temasının hukuki etki doğurabilecek niteliğe kavuşması ile müzakerelerin başladığı kabul edilmektedir.³¹³ Bir başka görüşe göre müzakere ilişkisinin başlangıcının tespitinde kurulması amaçlanan sözleşmenin türü ve ticari teamüllerinden hareket edilmektedir.³¹⁴ Bir diğer görüşe göre ise müzakere aşamasının, bir tarafın diğer bir tarafa

³⁰⁹ DEMİRCİOĞLU, sf.178 vd.; SİRMEN, sf.67;

³¹⁰ EREN, sf.41-43,1130; EDİS, sf.448; AKYOL, sf.46; DEMİRCİOĞLU, sf. 182-188; KIRCA, sf.120-187; GEZDER, sf.40; SEROZAN, sf.248; OĞUZTÜRK, sf.100; ADIGÜZEL, sf.282.

³¹¹ SEROZAN, sf.123; OĞUZTÜRK, sf.108; AYHAN İZMİRLİ, sf..224.

³¹² OĞUZTÜRK, sf.84; SEROZAN, sf.123-124; AYHAN İZMİRLİ, sf.225.

³¹³ GÜRPINAR, sf.155.

³¹⁴ YILMAZ, H., “SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDE KUSUR “CULPA IN CONTRAHENDO” VE SORUMLULUĞUN HUKUKSAL NİTELİĞİNDE YENİ GÖRÜŞLER”, Yargıtay Dergisi, Cilt: 11 Sayı: 3, Temmuz 1985, sf. 238.

bir sözleşme akdetmek amacıyla görüşme niyetini iletmesi ile başladığı kabul edilmektedir.³¹⁵ Son olarak diğer bir görüşe göre ise müzakere aşamasının başladığının kabulü için taraflardan birinin sözleşme akdedilmesi amacıyla ciddi bir davranışta bulunması gerekmektedir.³¹⁶ Kanaatimizce de müzakerelerin başlangıcının tespitinde sözleşme türleri ve ticari teamüller göz önünde bulundurulmalı bununla birlikte müzakere etme konusundaki ciddi bir niyetin karşı tarafa sözle veya davranışla iletilmiş olması gerekmektedir. Aksi halde, müzakere sürecinin sınırlarının genişletilmiş olmasına bağlı olarak sözleşme müzakeresindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun kapsamı da genişletilmiş olacak, böylelikle müzakere özgürlüğü ilkesi önemli ölçüde kısıtlanmış olacaktır. Bu noktada, çalışmanın konusunu teşkil eden savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmelerin müzakerelerinin başlangıcı noktasında taraflardan birinin diğerine Bilgi Talep Formunu iletmesinin esas alınabileceği değerlendirilmektedir. Nitekim bu belge ile taraflar arasında bir sözleşme akdedilmesinin genel hatları ile mümkün olup olmadığı sorulmaktadır. Böylelikle taraflar sözleşme akdetmek hususundaki ciddi niyetlerini iletmede, bilgi değişiminde bulunarak sosyal bir temas içine girmektedirler.

3.2.2.2. Hukuken Korunmaya Değer Bir Güvenin Varlığı

Sorumluluğun doğabilmesi için varlığı aranan bir diğer şart, tarafların sözleşme müzakeresinde birbirine karşı duyduğu güvenin, hukuk düzenlemelerinde korunmaya değer bir güven olarak kabul edilmesi noktasında ortaya çıkmaktadır. Bu noktada doktrinde hâkim olan görüşe göre tarafların içsel güveninden ziyade hukuken korunmaya değer bir güvenin oluşması gerektiği kabul edilmektedir.³¹⁷ Birtakım görüşlere göre ise içsel güvenin tamamen dışlanması mümkün olmadığı değerlendirilmektedir.³¹⁸ Çünkü hukuken korunmaya değer güvenden bahsedilebilmesi için, güven duygusunun oluştuğu tarafın dürüst ve makul olması gerekmektedir. Tarafın, zarara sebep olan gerçek durumu bildiği veya bilebilecek durumda olduğu takdirde güven unsuru ortadan kalkmaktadır.³¹⁹

³¹⁵ İŞINTAN, sf. 11.

³¹⁶ ADAL, E., *AKİT ÖNCESİ SORUMLULUK (CULPA IN CONTRAHENDO)*, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul Üniversitesi 1970, sf. 27.

³¹⁷ DEMİRCİOĞLU, sf. 135; KIRCA, sf. 194.

³¹⁸ AYHAN İZMİRLİ, sf.226.

³¹⁹ AYHAN İZMİRLİ, sf. 226.

Güven unsurunun hukuk sistemlerince korunabilir olmasının temeli günümüzde hemen her hukuk düzeninde ve uluslararası hukukta yer alan dürüstlük kuralında yatmaktadır. Türk hukuk sisteminde “*Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüst davranmakla yükümlüdür*” şeklinde düzenlenen TMK m. 2/1 ile güven unsurunun hangi hallerde hukuken koruma altına alındığı belirtilmiştir. Buna göre, hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde oluşan güven, hukuk sistemince korunmaya değer bir güvendir. Doktrinde bu hukuki ilişkilere özel bağlantı denilmektedir.³²⁰ Özel bağlantı, sözleşme ilişkilerinde en yoğun şekilde ortaya çıkmakta, buna nazaran haksız fiil sorumluluğunda daha zayıf bir halde kendini göstermektedir.³²¹ Özel bağlantı, sadece sözleşme ilişkisi ile bağlantılı olmayıp sözleşme müzakeresi döneminde edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi olarak veya haksız fiilden kaynaklanan borç ilişkisi olarak zuhur edebilmektedir. Bu noktada sözleşme müzakeresi aşamasında oluşan özel bağlantının, haksız fiil sorumluluğuna göre daha kuvvetli fakat sözleşme sorumluluğuna göre daha zayıf olduğu kabul edilmektedir.³²²

Sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun meydana gelebilmesi için karşı tarafta güvenin oluşmasına mahal verecek davranışların varlığının yanında güven duyan tarafın bu güvene dayalı olarak belirli birtakım eylemlerde bulunması gerekmektedir.³²³

Son olarak sözleşme müzakeresindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun vuku bulması için tarafların bu güveninin ihlal edilmiş, boşa çıkarılmış olması gerektiği kabul edilmektedir.³²⁴

Belirtmek gerekir ki sözleşme müzakerelerinde tarafların birbirinde uyandırdığı güven temel olarak sözleşmenin kurulacağına güven olarak kendini göstermektedir. Bununla birlikte savunma sanayiindeki sözleşmelerin müzakerelerinde bir üst bölümde ayrıntılı olarak açıklandığı üzere güven unsuru tek başına sözleşmenin kurulacağına

³²⁰ SİRMEN, sf. 68; DEMİRCİOĞLU, sf. 162; KIRCA, sf. 193; AYHAN İZMİRLİ, sf. 226.

³²¹ SİRMEN, sf. 68; DEMİRCİOĞLU, sf. 162; KIRCA, sf. 193; AYHAN İZMİRLİ, sf. 226.

³²² AYHAN İZMİRLİ, sf. 226; DEMİRCİOĞLU, sf. 162; SİRMEN, sf.69.

³²³ KIRCA, sf. 117, 146; AYHAN İZMİRLİ, sf. 226. Ayrıca sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan sorumluluğun açıkça kabul edildiği hukuk düzenlemelerinde de güvenin karşı tarafın eylemlerine yön verecek düzeyde olması gerektiği hüküm altına alınarak güven unsurunun somut bir görünüme kavuşması gerektiği düzenlenmektedir.

³²⁴ SİRMEN, sf. 69; DEMİRCİOĞLU, sf. 191; AYHAN İZMİRLİ, sf. 226.

ilişkin güvenden ibaret olmayıp, tarafların müzakereleri gizlilik ve güvenlik içinde yürüteceğine ilişkin güven, müzakere taraflarının tâbi olduğu ülkelerin diplomasisine ve ekonomisine duyulan güven ve nihayet tarafların sözleşme konusunu ifa etmek hususunda yeterli teknik ve idari kriterleri sağladığına ilişkin güven unsurlarını da içinde barındırmaktadır. Kanaatimizce bu noktada, dürüstlük kuralından kaynaklanan güven unsuru bütün bu hususları kapsamına almakta hatta tarafların hukuken korunması gereken güveni daha geniş kapsamlı olarak ortaya çıkarmaktadır.

3.2.2.3. Müzakerelerden Doğan Bir Yükümlülüğün İhlali

Sorumluluğun doğması için varlığı aranan bir diğer koşul, tarafların müzakereye başlaması yani bir sözleşme akdetme amacıyla sosyal bir temas içine girmeleriyle birlikte doğan yükümlülüklerinin ihlal edilmiş olması yönündedir. Müzakereler sebebiyle tarafların yükümlülükleri yukarıda ayrıntılı olarak incelenmiş olmakla birlikte bu yükümlülüklerin dürüstlük kuralından bir diğer deyişle taraflar arasında kurulan güven ilişkisinden kaynaklandığı belirtilmektedir.³²⁵ Bununla birlikte dürüstlük kuralından ve güven ilişkisinden doğan yükümlülüklerin ihlali yanında bazı görüşlere göre müzakere sürecinde tarafların akdedilmesi amaçlanan sözleşmeyle ilgili yükümlülüklerinin ihlali halinde de sözleşme müzakeresindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun vuku bulacağı kabul edilmektedir.³²⁶

Sözleşme müzakeresindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun gündeme gelebilmesi için müzakere sürecindeki yükümlülüklerin doğduğu ve sona erdiği aşamaların tespiti önem arz etmektedir. Çünkü sözleşme müzakeresindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun vuku bulabilmesi için ihlal edici davranışın müzakere sürecinin sınırları içinde gerçekleşmiş olması gerekmektedir.³²⁷ Bununla birlikte, Larenz'e göre, müzakerelere hazırlık aşamasında da sözleşme müzakeresindeki kusurlu davranıştan sorumluluğun gündeme gelebileceği kabul edilmektedir.³²⁸ Kanaatimizce bu noktada genel bir yaklaşım yerine her somut duruma göre değerlendirme yapılması, tüm sözleşme müzakerelerine hazırlık sürecini kapsayacak şekilde sorumluluğun sınırlarının

³²⁵ OĞUZMAN/ÖZ, sf. 495 vd.; AKYOL, sf. 46; ADIGÜZEL, sf. 282; KIRCA, sf. 139; GÜRPINAR, sf. 156; AYHAN İZMİRLİ, sf. 229

³²⁶ DEMİRCİOĞLU, sf. 198, vd.

³²⁷ KOCAYUFUPAŞAOĞLU, sf. 10; YALMAN, sf. 88.

³²⁸ OĞUZTÜRK, sf. 107, 115 (naklen).

genişletilmemesi açısından önemlidir. Öte yandan sosyal temasın müzakerelere hazırlık aşamasında ortaya çıktığı hâllerde, sadece müzakerelerin başladığı noktadan itibaren sorumluluğun doğacağının kabulü sözleşme müzakeresindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun ruhu ve amacı ile uyumlu olmamaktadır. Bu değerlendirme ışığında belirtmek gerekir ki savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmelerde müzakerelerin başlangıç anının kesin çizgilerle ayrılması mümkün olmamakta, bazı hallerde Bilgi Talep Formu'nun iletilmesi ile müzakere sürecinin başladığı görülmekte iken bazı hallerde ise bu sürecin Teklife ağrı Dokümanı ile başladığı görülmektedir. Müzakere sürecinin Teklife ağrı Dokümanı ile başladığının kabul edildiği durumda, kanaatimizce bundan önceki aşamaların müzakereye hazırlık süreci olarak kabul edilmesi gerekmektedir. şu hâlde savunma sanayii alanındaki uluslararası ticari sözleşmelerin müzakerelere hazırlık aşamasının da belirli ölçüde sosyal teması içinde barındırması nedeniyle sözleşme müzakeresindeki kusurlu davranıştan sorumluluğun müzakereye hazırlık sürecini de kapsaması gerektiği değerlendirilmektedir.

3.2.2.4. Zarar

Sorumluluğun doğmasının bir diğer şartı ise sözleşme müzakerelerinden doğan yükümlülüklerin ihlal edilmesi neticesinde, müzakerenin karşı tarafının ihlal sebebiyle bir zarara uğramış olmasıdır. Zarar, en geniş ifadeyle bir kişinin malvarlığında veya şahıs varlığında kişinin iradesi dışında oluşan bir azalma olarak tanımlanmaktadır.³²⁹ Zarar, sorumluluk hukukunun nedenini teşkil etmektedir. Yani sorumluluk hukukunun varlık amacı zararın tazminini sağlamak olduğundan zarar kavramı sorumluluğun en önemli kavramlarından biridir. Bu sebeple zarar olmadığı takdirde hukuki sorumluluğun varlığından bahsedilememektedir.³³⁰ Bu nedenle, sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluk hükümlerine başvurulabilmesi için, tarafların müzakerelerden doğan ykmllklerine aykırı olarak hareket etmesi neticesinde karşı tarafta bir zararın doğmuş olması gerekmektedir.³³¹ Bu zararın malvarlığının aktifinin azalması veya pasifinin artması, müzakere sürecinden önce var olan birtakım haklardan feragat edilmesi, bir başka sözleşme yapma fırsatından vazgeçilmesi, akdedilmesi

³²⁹ EREN, sf. 520 vd.; OğUZMAN/Z, 399; KILIçOğLU, 208.

³³⁰ EREN, sf. 520.

³³¹ DEMİRCİOğLU, sf. 306; YALMAN, sf. 84-85; AYHAN İZMİRLİ, sf. 231;

amaçlanan sözleşmenin ifası için birtakım hazırlık eylemlerinin yapılması ve sözleşme ile elde edilmesi umulan kazanç kaybı şeklinde somutlaştırılması mümkündür.³³²

Türk Hukukunda zarar temel olarak maddi zarar ve manevi zarar olarak ayrılmaktadır. Maddi zarar, en geniş ifadesi ile kişinin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen azalma olarak tanımlanmakta ve sözleşme sorumluluğu bağlamında fiili zarar – yoksun kalınan kâr, müspet zarar – menfi zarar şeklinde çeşitli ayrımlara tabi tutulmaktadır.³³³ Belirtmek gerekir ki bu ayrımlar birbiri yerine kullanılan ayrımlar değildir. Bir diğer fiili zarar müspet (olumlu) zarar veya menfi (olumsuz) zarar şeklinde ortaya çıkabilir.³³⁴ Fiili zarar, malvarlığının mevcut durumunda meydana gelen fiili azalma; yoksun kalınan kâr, hayatın olağan akışı içinde malvarlığında meydana gelmesi beklenen artışın zarar verici eylem nedeniyle meydana gelmemesi olarak tanımlanmaktadır.³³⁵ Müspet (olumlu) zarar geçerli olarak kurulmuş bir sözleşme edimlerinin ifa edilmemesinden kaynaklanan zarar; menfi zarar kurulması amaçlanan sözleşmenin kurulamamasından ya da geçersiz olmasından kaynaklanan zarar olarak tanımlanmaktadır.³³⁶ Manevi zarar ise bir kişinin kişilik değerlerinde, manevi bütünlüğünde meydana iradesi dışında meydana gelen eksilme olarak tanımlanmaktadır.³³⁷ Sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluk ile temel olarak maddi zararın tazmini sağlanmakta ise de birtakım hukuklarda manevi zarar ile üçüncü kişilerin uğradığı zararların tazmininin mümkün olduğu kabul edilmektedir.³³⁸ Örneğin Türk, Alman ve İsviçre hukuklarında kusurlu davranışın manevi zarara sebebiyet vermesi ve zarar ile kusurlu davranış arasında uygun illiyet bağının bulunması halinde manevi zararın tazmin edilebileceği kabul edilmektedir.³³⁹

Sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumlulukta tazmin edilmesi amaçlanan zarar, sözleşmenin akdedileceğine duyulan güvenin ihlal edilmesi sebebiyle ortaya çıktığı için buna güven zararı da denilmektedir.³⁴⁰ Bu zarar, Türk –

³³² DEMİRCİOĞLU, sf. 307; KIRCA, sf. 9-10; AYHAN İZMİRLİ, sf. 231

³³³ EREN, sf. 521, 526; OĞUZMAN/ÖZ, 399 vd.; KILIÇOĞLU, 208.

³³⁴ OĞUZMAN/ÖZ, sf. 405.

³³⁵ OĞUZMAN/ÖZ, sf. 404-406.

³³⁶ OĞUZMAN/ÖZ, sf. 400 vd.

³³⁷ EREN, sf. 531; OĞUZMAN/ÖZ, sf. 406.

³³⁸ YALMAN, sf. 86; AYHAN İZMİRLİ, sf. 233.

³³⁹ YALMAN, sf. 86; AYHAN İZMİRLİ, sf. 233, DEMİRCİOĞLU, sf. 306.

³⁴⁰ ERGÜNE, sf. 152; SİRMEN, sf. 71.

İsviçre hukuklarında menfi zarar olarak kendini göstermektedir.³⁴¹ Ancak doktrinde, hakkaniyetin gerektirmesi ve açık kanuni hüküm bulunması halinde, müspet zararın da tazmin edilebileceği ifade edilmektedir.³⁴²

Kural olarak, sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan sorumluluk hâlinde, sorumluluğun kaynağı olan güven ilişkisinin müzakereci tarafların hakimiyet alanındaki üçüncü kişileri kapsayacağı görüşünden hareketle üçüncü kişilerin zararlarının da tazmin edilebileceği kabul edilmektedir.³⁴³

3.2.2.5. Kusur

Sorumluluk hukukunda esas olanın kusurun varlığı, kusursuz sorumluluğun ise istisna olmasının sonucu olarak sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluk halinde de kusurun varlığı aranmaktadır.³⁴⁴

Kusur, kasıtlı davranışla, yani hukuka aykırı sonucun istenmesi ile vuku bulabileceği gibi ihmal ile yani dürüst, makul ve ortalama bir kişinin gerekli özeni göstermemesi ile de vuku bulabilmektedir.³⁴⁵ Sözleşme müzakerelerinde her iki şekilde vuku bulan kusurlu davranış halleri sorumluluk kapsamında kabul edilmektedir.³⁴⁶ İhmalin hangi ölçüye göre tespit edileceğine ilişkin Kanun'da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte doktrinde ağırlıklı olarak objektif ölçüye göre ihmalin varlığı tespit edilmekte yani ortalama, makul ve dürüst bir kişinin davranışından sapan davranışlar kusur olarak nitelendirilmektedir.³⁴⁷ Bunun karşısında yer alan subjektif ölçüye göre ise kusur, bizzat irade sahibinin özellikleri göz önüne alınarak tespit

³⁴¹ SİRMEN, sf. 71-72; AYHAN İZMİRLİ, sf. 232, YALMAN, sf. 86.

³⁴² SİRMEN, sf. 71; DEMİRCİOĞLU, sf. 267; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, sf. 364; OĞUZMAN/ÖZ, sf. 499 dnp.498.

³⁴³ KIRCA, sf. 103; AKYOL, sf. 8; SEROZAN, sf. 250; AYHAN İZMİRLİ, sf. 235-236; YALMAN, sf. 87.

³⁴⁴ EREN, F.: (1975) *SORUMLULUK HUKUKU AÇISINDAN UYGUN İLLİYET BAĞI TEORİSİ*, Sevinç Matbaası, Ankara, sf.2 (İLLİYET); YALMAN, sf. 98; AYHAN İZMİRLİ, sf. 237; DEMİRCİOĞLU, sf. 311; YALMAN, sf. 101; KIRCA, sf. 206; AYHAN İZMİRLİ, sf. 237

³⁴⁵ OĞUZMAN/ÖZ, sf. 420; BENLİ, E. *“İHMALİN TAKDİRİNDE YENİ BİR ÖLÇÜ: “KİŞİSELLEŞTİRİLMİŞ ÖZEN ÖLÇÜSÜ”*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.26, S.I, Haziran 2020, sf. 300-316, sf. 301. Erişim Adresi: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/55245/684606> Erişim Tarihi: 30.12.2022 (KUSUR)

³⁴⁶ DEMİRCİOĞLU, sf. 316-317; YALMAN, sf. 103; SİRMEN, sf. 73; TANDOĞAN, sf. 48; AYHAN İZMİRLİ, sf. 238

³⁴⁷ EREN, sf. 570; DEMİRCİOĞLU, sf. 248 – 250; SİRMEN, sf. 72; AYHAN İZMİRLİ, sf. 237.

edilmektedir.³⁴⁸ Sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumlulukta, sayet taraflardan biri karşı tarafta ortalama, makul ve dürüst bir kişiden daha fazla veya daha az bilgi ve yetenek sahibi olduğu izlenimini uyandırmışsa ve fakat gerçek durum bu şekilde değilse o halde hakkaniyete uygun olarak üçüncü kişinin değil bizzat müzakereci kişinin içinde bulunduğu durumun dikkate alınması gerektiği doktrinde kabul edilmektedir.³⁴⁹

Savunma sanayiindeki sözleşmelerde kanaatimizce ihmali davranışla kusurun meydana geldiğinden bahsedilebilmesi için dürüst, makul ve ortalama bir kişi kıstasının yerini savunma sanayiinde faaliyet gösteren bir kişi kıstası almalı ve bu noktada dürüst makul ve ortalama bir kişiden değil, müzakere eden tarafların içinde bulunduğu subjektif durumdan, yeteneğe ve riske dayalı kişisel durumlardan hareket edilmelidir. Doktrinde buna kişiselleştirilmiş özen ölçüsü denilmektedir. Kişiselleştirilmiş özen ölçüsü geniş anlamı ile subjektif bir ölçü olup çıkış noktası müzakereci tarafın kendisidir.³⁵⁰ Savunma sanayiindeki sözleşme müzakerelerindeki kişiselleştirilmiş özen ölçüsü ile ihmalin tespit edilmesi gerektiği yönündeki görüşümüzün dayanağını tarafların bu alandaki sözleşmelerin müzakerelerinin daha ilk aşamasında bu alanın bilinip bilinmediğini teyit etmeleri ve müzakereleri bu teyit üzerine devam ettirmeleri oluşturmaktadır. Yine tarafların dar anlamda müzakere aşamasından önce birbirini tanımak için bilgi alışverişinde bulunması, tarafların içinde bulunduğu subjektif durumun araştırılması olarak yorumlanabilir. Tüm bu hallerde dürüst, makul ve ortalama bir üçüncü kişi kıstasının ele alınması hakkaniyeti ve somut durum adaletini tesis etmesi noktasında elverişli görülmemektedir. Bunun yerine alanı bilen ve bu alanda faaliyet gösteren kişinin kendisinden yola çıkılarak ihmalin varlığının tespit edilmesi kanaatimizce hakkaniyete daha uygundur.

Netice itibariyle kusur şartı uluslararası ticari sözleşmelerde müzakerelere uygulanacak hukuka göre tespit edilmektedir. Bu minvalde sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun kabul edilmediği hukuk sistemlerinde kusurun varlığı halinde haksız fiil hükümleri uygulama alanı bulmakta iken sorumluluğun açıkça

³⁴⁸ BENLİ (KUSUR), sf. 305.

³⁴⁹ EREN, sf. 1063; DEMİRCİOĞLU, sf. 313 – 314; SİRMEN, sf. 72.

³⁵⁰ BENLİ (KUSUR) sf. 307.

düzenlendiği hukuk sistemlerinde kusur şartı sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan sorumluluğun bir şartı olarak ayrıca değerlendirilmektedir.³⁵¹

3.2.2.6. İlliyet Bağı

Sorumluluğun son ve olmazsa olmaz şartı, kusurlu davranış neticesinde meydana gelen zarar ile kusurlu davranışa sebebiyet veren durum arasında sebep sonuç ilişkisinin bulunmasıdır.³⁵² Doktrinde sözleşme ve haksız fiil sorumluluklarının vuku bulmasında aranan uygun illiyet bağı teorisi, sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan sorumlulukta da aranmaktadır.³⁵³ Bu teoriye göre, hayatın olağan akışına göre genel hayat tecrübeleri doğrultusunda zarar, yükümlülüğün kusurla ihlali neticesinde meydana gelmişse bu durumda zarar ile kusurlu eylem arasında uygun illiyet bağının varlığı kabul edilmektedir.³⁵⁴ Doktrinde bir görüşe göre zarar ile sözleşme müzakereleri arasında, akdedilmesi amaçlanan sözleşmenin nedeni ve amacı arasında uygun illiyet bağı aranması, zarar ile sözleşme müzakereleri arasındaki bağlantının tesadüfen ortaya çıkmamış olması gerektiği kabul edilmektedir.³⁵⁵ Diğer bir görüşe göre ise kusurun varlığının tespiti noktasında zarar ile koruma yükümlülüğünün ihlali arasında illiyet bağının bulunmasının yeterli olduğu kabul edilmektedir.³⁵⁶ Kanaatimizce de sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun meydana gelebilmesi için yükümlülüğün ihlali neticesinde meydana gelen zarar ile akdedilmesi amaçlanan sözleşme arasında bağlamsal bir neden sonuç ilişkisinin bulunması gerekmektedir. Aksi halde sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun kapsamı, kurumun amacına aykırı olarak genişletilmiş olmaktadır.

³⁵¹ AYHAN İZMİRLİ, sf. 238.

³⁵² EREN (Borçlar), sf. 536; DEMİRCİOĞLU, sf. 318; KIRCA, sf. 205; YALMAN, sf. 99.

³⁵³ Uygun İlliyet Bağı Teorisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, (İlliyet) sf. 17-122; EREN (Borçlar), sf. 537 vd; YALMAN, sf. 98-100.

³⁵⁴ EREN (İlliyet) sf. 52; DEMİRCİOĞLU, sf. 319; KIRCA, sf. 205; AYHAN İZMİRLİ, sf. 239; YALMAN, sf. 99.

³⁵⁵ YALMAN, sf. 101; AYHAN İZMİRLİ, sf. 240.

³⁵⁶ DEMİRCİOĞLU, sf. 319-320.

3.2.3. Sözleşme Müzakerelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk Hâlinde Uygulanacak Yaptırım

Sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun gündeme gelmesi halinde uygulanacak yaptırım, belirli bir tazminatın kusurlu davranışıyla karşı tarafa zarar veren tarafından zarar görene belirli bir tazminatın ödenmesidir. Sözleşme özgürlüğü ve müzakere özgürlüğü prensipleri göz önüne alındığında sözleşmenin muhakkak akdedilmesi yahut geçerli hale getirilmesi şeklinde bir yaptırım öngörülmesi mümkün değildir. Bu noktada hükmedilecek tazminatın ne şekilde belirleneceği bir diğer deyişle zararın ne şekilde tazmin edileceğinin belirlenebilmesi için müzakereler uygulanacak hukukta sözleşme müzakerelerinden doğan sorumluluğun kabul edilip edilmediği, kabul edilmiş ise bu sorumluluğun dayanağının ne olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun davranışın ayrı bir sorumluluk alanı doğurmadığını kabul eden hukuklarda kusurlu davranış, haksız fiil hükümlerine göre tazminatı gerektiriyor ise haksız fiil hükümlerine göre zarar edilebilmektedir. Örneğin Anglo-Sakson hukuk sisteminde durum böyledir. Sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun açık veya örtülü düzenlemeler ile ayrı bir sorumluluk alanı olarak kabul edildiği hukuklarda ise zararın ne şekilde tazmin edilmesi gerektiği noktasında birlik bulunmamakla birlikte çoğunlukla borca aykırılık halinde söz konusu olan tazminata hükmedilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Türk Hukukunda doktrinde Oğuzman/Öz'ün görüşüne göre bu halde tazmin edilmesi gereken zararın ne olacağı sorumluluğun ne şekilde nitelendirildiğine göre tespit edilmelidir. Bu bağlamda şayet sorumluluğun kaynağı haksız fiil hükümlerinde aranıyor ise haksız fiil hükümlerine göre zararın tazmin edilmesi gerekmektedir. Sorumluluğun niteliği, sözleşme veya sözleşme benzeri ilişki olarak kabul edilir ise borca aykırılık halinde uygulanacak olan tazminata hükmedilmesi gerekmektedir. Ancak bu noktada borca aykırılık halinde gündeme gelen olumlu zararın tazmini söz konusu olmamaktadır. Bu noktada ancak olumsuz zarar niteliğinde sözleşme görüşmeleri hiç yapılmamış olsa ide uğranılmayacak olunan zarar ile müzakere sürecinde uğranılan fiili zararın tazmini mümkündür.³⁵⁷

³⁵⁷ OĞUZMAN/ÖZ, sf. 498-499.

Sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluk, yani *culpa in contrahendo* sorumluluğu kanaatimizce dürüstlük kuralına dayanan sözleşme benzeri borç ilişkisi olarak nitelendirilmelidir. Bu nedenle, sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluk halinde tarafların uğradığı zarar taraflar arasında bir sözleşme olmamasına rağmen haksız fiil hükümlerine göre değil, sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre tazmin edilmelidir. Çünkü taraflar müzakereye başlamakla belirli bir güven ilişkisi içine girmişler ve haksız fiilde olduğu şekliye birbirine karşı üçüncü kişi konumunda olmaktan çıkmışlardır. Dürüstlük kuralına dayanan sözleşme benzeri borç ilişkilerinde zarar görenin arada bir sözleşme olmamasına rağmen sözleşme ilişkisi kurulmuş gibi sözleşmeye aykırılığa başvurabilmesi daha avantajlıdır. Öncelikle bu yaklaşımda zarar vermediğini ispat yükü zarar verendedir oysaki haksız fiilde TBK m. 50 hükmüne göre zarar gören, zarara uğradığını ve zarar verenin kusurunu ispat etmekle yükümlüdür. Diğer önemli bir avantaj, zamanaşımı noktasında ortaya çıkmaktadır. Sözleşme benzeri hukuki işlem halinde zararın tazmini 10 yıllık genel zamanaşımına tâbi olmaktadır. Oysa haksız fiilde TBK m. 72 hükmü uyarınca zararın tazmini, zarar görenin zararı ve zarar vereni öğrenmesinden itibaren 2 yıllık zamanaşımına tâbidir. Son olarak sözleşme benzeri hukuki ilişki olarak nitelendirilmesi halinde yardımcı kişinin fiilinden sorumluluk uygulama alanı bulabilmektedir.³⁵⁸

3.2.4. Yükümlülükler Aykırılığın Asıl Sözleşmenin İfasına Etkisi

Bir sözleşme akdetmek amacıyla bir araya gelen ve sözleşme müzakerelerine başlayan tarafların müzakerelere girmesi sebebiyle birtakım yükümlülüklerinin bulunduğu ve bu yükümlülükler aykırılık halinde esas olarak sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluk yani *culpa in contrahendo* sorumluluğunun gündeme geleceği yukarıda incelenmişti. Yukarıda sözleşme müzakerelerinde dürüstlük kuralından doğan yükümlülükler aykırılığın vuku bulması halinde sözleşme müzakerelerinin her zaman sözleşmenin akdedilmemesi şeklinde sonuçlanmayabileceği, tarafların söz konusu yükümlülükler aykırılığı bilerek veya bilmeyerek bir sözleşmeyi akdetmesinin mümkün olduğu belirtilmişti. Bu defa bu başlık altında tarafların yükümlülükler aykırılığın vuku bulması yanında asıl sözleşmeyi

³⁵⁸ OĞUZMAN/ÖZ, sf. 499. Oğuzman/Öz, sorumluluğun niteliğine göre tazminatın belirleneceğini belirttikten sonra sorumluluğun niteliğinin sözleşme benzeri borç ilişkisi olduğu görüşünü eklemektedir.

akdetmesi halinde, bu yükümlülöklere aykırılığın yaptırımının ve akdedilen asıl sözleşmenin akıbetinin ne şekilde olacağı incelenmiştir.

Sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun tarihsel süreçte ilk ortaya çıkışında ve Jhering'in doktrinde tarafların kusurlu davranışları sebebiyle akdedilmesi amaçlanan sözleşmenin akdedilememesi veya sonradan geçersiz hale gelmesi hali ele alınmıştır.³⁵⁹ Sonraki süreçte ise sözleşme müzakeresi aşamasında meydana gelen kusurlu bir davranışla müzakere yükümlölüklerinin ihlal edilmesine rağmen asıl sözleşmenin kurulması halinde de sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun vuku bulabileceğı görüşü yaygınlaşmıştır.³⁶⁰ Günümüzde de sözleşme müzakerelerinden doğan yükümlölüklerin kusurlu davranışla ihlal edilmesi halinde sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun vuku bulabileceğı kabul edilmektedir.³⁶¹ Bu noktada öncelikle akdedilen sözleşmenin geçersiz olması hali ele alınmalıdır. Tarafların müzakere sürecinden doğan yükümlölüklerine aykırı hareket etmesi neticesinde akdedilen sözleşmenin sonradan geçersiz hale gelmesi mümkündür. Örneğın sözleşme konusu edimlerin ifasının imkânsız olması ve bu imkansızlığın sonradan ortaya çıkmayıp sözleşmenin akdedildiğı aşamada var olması halinde geçerli bir sözleşmenin varlığından bahsedilmesi mümkün değildir. Yine taraflarca sözleşmeye uygulanacak hukukun öngördüğü şekli koşullara aykırı bir şekilde sözleşme akdedilmişse şekle aykırılığın yaptırımı olarak geçerli bir sözleşmenin varlığından bahsedilmesi mümkün olmayacaktır. Ancak şekil kurallarının temel amacının tarafları korumak olduğundan yola çıkılarak doktrinde iki halde bu sözleşmelerin geçerli olabileceğı kabul edilmektedir. Bunlardan ilki tarafların şekle aykırılığı bilerek sözleşmeyi ifa etmesidir. Diğerı ise şekle aykırılığı bilen ve buna rağmen sözleşmeyi akdetmekte bir sakınca görmeyen tarafın daha sonra bu şekle aykırılığı ileri sürmesi noktasında hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulama alanı bulmasıdır.³⁶²

Sözleşme müzakerelerinde dürüstlük kuralından ve sektörün kendine özgü özelliklerinden doğan yükümlölöklere aykırılık gerçekleştirilmiş ve buna rağmen asıl sözleşme geçerli olarak kurulmuş ise bu noktada sorumluluğun ne şekilde gündeme

³⁵⁹ EREN, sf. 1129; GEZDER, sf. 8; KIRCA, sf. 160; SİRMEN, sf. 31.

³⁶⁰ Bu görüş Sirmen'in aktarımıyla Alman hukukçu Franz Leonhard tarafından geliştirilmiştir. Bkz. SİRMEN, sf. 31, dñn: 16; Ayrıca bkz. EREN; sf.1129; KIRCA, sf.165 vd.

³⁶¹ DEMİRCİOĞLU, sf. 41 vd.

³⁶² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, sf. 259; EREN, sf.262; ALTAŞ, sf. 154; İŞINTAN, sf. 236-239.

geleceği tartışmalıdır. Doktrinde sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan sonra geçerli olarak bir sözleşme kurulmuş ve fakat müzakeredeki kusurlu davranışın sözleşmenin bir hükmünün ifasını imkânsız hale getirmesi halinde arada bir sözleşme ilişkisi bulunduğundan sözleşmeye aykırılık hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir. Diğer bir deyişle kusurun borcun doğmasından önceye dayandığından bahisle sözleşmeye aykırılık hükümlerine başvurulması yolunun kapanamayacağı ifade edilmektedir.³⁶³ Kanaatimizce de sözleşme müzakerelerindeki bir yükümlülüğün kusurlu davranışla ihlal edilmesi hali, kurulan sözleşmedeki bir hükmün ifasını engelliyor ise bu halde sözleşmeye aykırılık hükümlerinin uygulanması isabetlidir.

Türk yargı sisteminin, savunma sanayiindeki sözleşmelerin, sözleşme müzakeresindeki yükümlülüklerinin kusurlu davranışla ihlal edilmesinden sonra asıl sözleşmenin imzalanması halinde sorumluluğun niteliğinin ne olacağı yönündeki yaklaşımının bu çalışma ile paralel olarak yürütülen ve neticelendirilen bir dava özelinde açıklanmasının uygun olduğu değerlendirilmektedir. Söz konusu olayda, uluslararası nitelikli olarak akdedilen savunma sanayiindeki bir sözleşmenin konusunun bir kısmı, alt yüklenicilik sözleşmesi ile Türk hukukuna göre kurulmuş X tüzel kişisine yükletilmiş, akabinde bu alt yüklenicilik sözleşmesinin konusunun bir kısmı başka bir alt yüklenicilik sözleşmesine konu edilmiş ve X tarafından yüklenilen işin bir kısmı Türk Hukukuna göre kurulmuş Y tüzel kişisine devredilmiştir. Bu son alt yüklenicilik sözleşmesinin müzakereleri, taraflar arasında yaklaşık iki yıl boyunca devam ettikten sonra, nihayet sözleşme akdedilmiş ve sözleşmenin ifasına başlanılmıştır. Ne var ki, sözleşmenin ifası aşamasında, ifanın müzakere aşamasında tespit edilen hususlara göre devam ettirilmediği, aradaki sözleşmenin müzakere aşamasında anlaşılan ve fakat sözleşme metnine aktarılmayan hususlara göre devam ettirilmesi gerektiği, taraflarca her ne kadar sözleşme metninde bu hususlara açıkça yer verilmemişse de müzakere aşamasında bu hususlarda anlaşmaya varıldığı, dolayısıyla edimin gereği gibi yerine getirilmediği gerekçesi ile sözleşme feshedilmiştir. Sözleşmeye uygulanacak hukukun açıkça Türk hukuku olarak kabul edilmesi ve yargı çevresinin Ankara Mahkemeleri olarak kabul edilmesi neticesinde sözleşmenin feshinin haksızlığının tespiti ve sözleşmenin feshinden kaynaklanan zararın tazmini talebiyle Ankara Asliye Ticaret Mahkemelerinde dava

³⁶³ OĞUZMAN/ÖZ, sf. 499, dpn. 499.

ikame edilmiştir. Yargılama aşamasında teknik üniversitelerin mühendislik fakültelerinden teknik bir rapor aldırılarak ve yine savunma sanayiinde uzmanlıkları bulunan bilirkişilerden raporlar aldırılarak öncelikle sözleşme konusunun teknik boyutu tespit ettirilmiştir. Aldırılan bu teknik raporlarda savunma sanayiindeki sözleşmelerin ifası aşamaları ve müzakere aşamalarının asıl sözleşmenin ifasına etki edip etmeyeceği teknik açıdan ele alınmış ve bu raporlarda savunma sanayiindeki uluslararası düzenlemelerin asıl sözleşmeye uygulanabilmesinin ön koşulunun bu düzenlemelere açıkça sözleşme metninde yer verilmesi olduğu tespit edilmiş, sözleşme müzakerelerinin uluslararası düzenlemelere göre yürütülmüş olmasının yeterli olmadığı belirtilmiştir. Yine savunma sanayiinde yer alan uluslararası düzenlemelerin taraflara doğrudan basiretli tacir olarak davranma yükümlülüğü yüklediğine de açıkça yer verilmiştir. Yargılama safahatında, tarafların iradelerinin uyuşmadığı gerekçesi ile akdedilen sözleşmenin geçersiz olmasına yer verilmemiş, aksine taraflarının iradelerinin asıl sözleşme metni ile somutlaştırıldığı ve iradelerinin bu metin üzerinden uyuştugu, ayrıca sözleşmenin ifasına başlanmış olması nedeniyle artık geçersizliğin ileri sürülemeyeceği kabulünden hareketle geçerli bir sözleşmenin feshinin haklı olup olmadığı ele alınmıştır. Dolayısıyla, müzakere aşamasında ihlal edilen bilgi verme ve açıklama yükümlülüğünün asıl sözleşmenin geçerli olmasının önünde bir engel teşkil etmediği kabul edilmiştir. Yapılan yargılama neticesinde ise sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluk hükümleri uyarınca yalnızca müzakere ve sözleşmenin ifa edilmesi nedeniyle oluşan zararın tazmini yönünde bir hüküm kurulmamış, geçerli bir sözleşmenin haksız olarak feshedildiğinin kabulü ile müspet zararın tazminine karar verilmiştir. Bu noktada görülmektedir ki, sözleşme müzakerelerinden doğan yükümlülüğün ihlali sebebiyle sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluk halinde uygulanacak yaptırımlar yerine sözleşmeye aykırılık halinde uygulama alanı bulan hükümlerin uygulanması tercih edilmiştir.

Kanaatimizce de asıl sözleşmenin akdedilmiş olması halinde sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluk yerine sözleşmenin ihlali halinde uygulanacak hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Çünkü bu aşamada artık tarafları arasında kurulmuş bir sözleşme mevcuttur. Doktrinde yer alan *culpa in*

contrahendo sorumluluğunun sözleşmeden doğan sorumluluk karşısında ikincilliği ilkesi³⁶⁴ kanaatimizce bu aşamada uygulama alanı bulmaktadır.

3.3. SÖZLEŞME MÜZAKERELERİNE UYGULANACAK HUKUK

Uluslararası ticari sözleşmelerin ve bu sözleşmelerin müzakerelerinin uluslararası niteliğinin temel sebebi hukuki ilişkinin ulusal hukuk sistemleri dışında bir nitelik taşımasıdır. Ulusal hukuk sistemleri dışında bir nitelik ile işaret edilmek istenen husus, tek bir ulusal hukuk sistemi yerine taraflarca seçilen veya hukuki ilişkinin veya uyuşmazlığın mahiyeti itibariyle uygulanacak hukukun tespitinin zorunlu kılınmasıdır. Esas itibariyle bu nitelik müzakerelerin birden fazla ülkenin hukukuna tabi olan kişilerin arasında yürütülmesi veya niteliği gereği ulusal hukukun sınırlarını aşması sebebiyle ortaya çıkmaktadır. Savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmelerin müzakerelerine uygulanacak hukukun, müzakere sürecinde tarafların hak ve yükümlülüklerinin varlığı ile kapsamının ve müzakere sürecinden doğan yükümlülüklerle aykırılıklar gündeme geldiğinde bu aykırılıklara yaptırımın niteliğinin belirlenebilmesi için müzakere sürecine uygulanacak hukukun milletlerarası özel hukuk kurallarına göre tespit edilmesi elzemdir. Bu sebeple çalışmanın bu başlığı altında öncelikle milletlerarası özel hukukun temel kavram ve kaidelerine yer verilecek, müzakere ilişkisinin ulusal hukuklar nezdinde vasıflandırılması ele alınacak akabinde milletlerarası düzenlemelerde ve özellikle Roma II Tüzüğü bağlamında müzakere ilişkisinin vasıflandırılmasına yer verilecektir.

Yabancılık unsuru taşıyan bir hukuki ilişkiye ve bir hukuki ilişkiden doğan uyuşmazlıklara hangi ulusal hukukun uygulanacağı milletlerarası özel hukuk kurallarına göre tespit edilmektedir. Milletlerarası özel hukuk kuralları, yabancılık unsuru taşıyan hukuki işleme veya uyuşmazlığa uygulanacak maddi hukukun tespit edilmesi amacına hizmet etmekte olup doğrudan hukuki ilişkiye veya uyuşmazlığa uygulanan maddi hukuk kuralları değildir. Uygulanacak maddi hukuk kuralları, milletlerarası özel hukukta kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edilmektedir. Dolayısı ile kanunlar ihtilafı kuralları da gösterici nitelikte olup hukuki uyuşmazlığa doğrudan çözüm getirmemekte veya hukuki ilişkiyi doğrudan nitelendirmemekte; uyuşmazlığın hangi maddi hukuka

³⁶⁴ OĞUZMAN/ÖZ, sf. 499, dpn. 499

göre çözüleceğini veya hukuki ilişkinin hangi maddi hukuka göre nitelendirileceğini göstermektedir.³⁶⁵ Kanunlar ihtilafı kurallarının doktrinde temel olarak bağlama konusu ve bağlama noktasından oluştuğu kabul edilmektedir. Bağlama konusu, nitelendirilmesi beklenen hukuki ilişki veya çözümlenmesi istenen hukuki uyumsuzlıktan ibarettir.³⁶⁶ Bu çalışma kapsamında bağlama konusunu uluslararası ticari sözleşmelerin müzakereleri oluşturmaktadır. Bağlama noktası ise yabancılik unsuru bulunan hukuki ilişkiyi veya uyumsuzluğu belirli bir devlet hukukuna bağlayan maddi vakıalardır. Bir hukuki ilişkiye veya uyumsuzluğa uygulanacak maddi hukukun tespit edilebilmesi için öncelikle bağlama konusunun belirlenmesi ve nitelendirilmesi gerekmektedir. Bu husus ise vasıflandırma kurumu ile yakından ilişkilidir.³⁶⁷ Vasıflandırma genel olarak bir hukuki ilişkinin hukuki karakterinin, ait olduğu hukuki kategorinin tespit edilmesi olarak tanımlanmaktadır.³⁶⁸ Örneğin sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun sözleşme, haksız fiil veya kendine özgü bir sorumluluk şeklinde nitelendirilmesi vasıflandırmadır. Farklı ulusal hukukların aynı hukuki kavramları farklı tanımlamaları vasıflandırma problemlerini doğurmaktadır.³⁶⁹ Vasıflandırma problemleri esas itibariyle kanunlar ihtilafı kuralına göre yapılacak nitelendirmenin hangi hukuk dikkate alınarak yapılacağı noktasında toplanmaktadır. Bu problemlerin ortadan kaldırılması yani vasıflandırmanın hangi hukuk esas alınarak yapılacağı hususunda doktrinde *lex causae*, *lex fori* ve evrensel ve bağımsız kavramlar vasıtasıyla yapılan vasıflandırma şeklinde farklı yöntemler öngörülmüştür.³⁷⁰ *Lex fori* vasıflandırma uyumsuzluk konusu hukuki işlem veya olayın uyumsuzluğun çözüldüğü yerin maddi hukuk kurallarına göre nitelendirilmesi, *lex causae* vasıflandırma uyumsuzluğun, esasına uygulanacak maddi hukuka göre nitelendirilmesi, evrensel ve bağımsız kavramlara göre yapılan vasıflandırma ise karşılaştırmalı hukuka göre tek bir hukuk sisteminde bulunmayan, hukuki uyumsuzluğa konu olay veya ilişkiyle

³⁶⁵ TARMAN, Z.D.: Milletlerarası Özel Hukukta Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C.II., İstanbul, 2010, s. 1655-1680, sf. 1677. (Milletlerarası)

³⁶⁶ SİRMEN, sf. 78; DOĞAN, (MÖHUK) sf. 57

³⁶⁷ ÇELİKEL, A. / ERDEM, B. (2022): **MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK**. 17. Baskı, İstanbul, sf. 77 vd.; DOĞAN, V., sf. 179.

³⁶⁸ ÇELİKEL/ERDEM, sf. 77 vd.; DOĞAN, sf. 179.

³⁶⁹ DOĞAN V., sf. 179

³⁷⁰ ÇELİKEL/ERDEM, sf. 77 vd.; DOĞAN, sf. 179-183; TEKİNALP G./UYANIK ÇAVUŞOĞLU A.: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İstanbul, 2011, sf. 40-44, SİRMEN, sf. 78-80.

bağlantılı hukuk sistemlerine göre yapılan vasıflandırma olarak kabul edilmektedir.³⁷¹ Günümüzde çoğunlukla *lex fori* vasıflandırma yöntemi benimsenmektedir.³⁷²

Müzakere sürecine uygulanacak hukukun tespit edilmesinde de öncelikle müzakere ilişkisinin vasıflandırılması gerekmektedir. Müzakere sürecinin vasıflandırılması doktrinde bir kısım yazarlarca münferit olay gruplarının incelenmesi yöntemiyle açıklanmakta³⁷³ iken bir kısım yazarlara göre ise münferit olay grupları ele alınmaksızın doğrudan ilişkinin sözleşme veya haksız fiil olarak vasıflandırılması hali ele alınmaktadır.³⁷⁴ Hukuk sistemlerinin sözleşme müzakerelerini birbirinden farklı biçimlerde nitelendirmesi sebebiyle sözleşme müzakerelerinin vasıflandırılması sorunu ortaya çıkmaktadır.³⁷⁵ Bu sorun yukarıdaki bölümlerde ayrıntılı olarak ele alındığı üzere temelde sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun birtakım hukuk sistemlerinde sözleşme sorumluluğu, birtakım hukuk sistemlerinde haksız fiil sorumluluğu, birtakım hukuk sistemlerinde ise kendine özgü sorumluluk türü olarak nitelendirilmesinden, dolayısı ile sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun nitelendirilmesinde mutabakata varılamaması neticesinde uygulanacak hukukla ilgili benzer kuralların oluşturulamamasından kaynaklanmaktadır.³⁷⁶ Bu sorunun aşılabilmesi maksadıyla doktrinde sözleşme müzakerelerinin tek bir hukuki kavram olarak ele alınması yerine sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluk kapsamındaki olay gruplarının birbirinden ayrı ele alınması gerektiği savunulmaktadır.³⁷⁷ Bu görüşe göre sözleşme müzakerelerinin yarıda kesilmesi, geçersiz bir sözleşme kurulmasına neden olma, beklentileri karşılamayan bir sözleşme kurulması, bütünlük menfaatlerinin zedelenmesi, üçüncü kişilerin sözleşme müzakerelerinden sorumluluğu tek tek ele alınarak sözleşme müzakerelerinin niteliği tespit edilmektedir. Belirtmek gerekir ki ele alınan olay grupları bağlamında ayrı ayrı yapılan

³⁷¹ DOĞAN V., sf. 183.

³⁷² ÇELİKEL/ERDEM, sf. 77 vd; TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, sf. 42- 44; SİRMEN, sf. 82.

³⁷³ Ayrıntılı bilgi için bkz. SİRMEN, sf. 84 – 116.

³⁷⁴ HAGE -CHAHINE, N: **“CULPA IN CONTAHENDO IN EUROPEAN PRIVATE INTERNATIONAL LAW: ANOTHER LOOK AT ARTICLE 12 OF THE ROME II REGULATION”**, *Northwestern Journal of International Law&Business*, Vol.32, Issue 3, 2012, 451 – 540; TARMAN, (Milletlerarası) sf.1672-1676; AYHAN İZMİRLİ, sf. 244 -252.

³⁷⁵ TARMAN (Milletlerarası), sf. 1661-1662.

³⁷⁶ HAGE-CHAHINE, sf. 461; AYHAN İZMİRLİ, sf. 242.

³⁷⁷ NOMER E.:(2021) **DEVLETLER HUSUSİ HUKUKU**. İstanbul, 2021, sf. 331-332.; SİRMEN, sf. 84. Tarman da sözleşme müzakerelerinden kaynaklanan sorumluluk kapsamına giren olay grupları arasında bir ayırım yapmış ise de bu sınıflandırmada ayrıntılı olarak olay gruplarına yer verilmemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. TARMAN (Milletlerarası), sf. 1670 – 1671.

değerlendirmede Türk doktrinde ve yabancı doktrinde genellikle belirtilen olay gruplarının sözleşme statüsünde vasıflandırıldığı belirtilmektedir.³⁷⁸

Sözleşme müzakerelerinin vasıflandırılması hususunda doktrinde yer alan bir diğer yöntem ise müzakere ilişkisinin sözleşme veya haksız fiil olarak vasıflandırılmasının incelenmesidir. Belirtmek gerekir ki bu yöntem, sözleşme müzakerelerinin özel olarak düzenlenmediği ve sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun ayrı bir sorumluluk türü olarak ele alınmadığı hukuk sistemleri açısından uygulama alanı bulmaktadır.³⁷⁹ Çünkü sözleşme müzakerelerinin özel olarak düzenlendiği hukuk sistemlerinde sözleşme müzakeresinin kendine özgü bir hukuki kategori olarak kabul edilmesi neticesinde vasıflandırılması da buna göre yapılmakta, bir diğer deyişle hukuki ilişkinin sözleşme mi yoksa haksız fiil statüsünde mi olduğunun tartışılması gerekmemektedir. Sözleşme müzakerelerinin ayrı bir hukuki ilişki olarak vasıflandırılmadığı sistemlerde sözleşme olarak vasıflandırılması iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Öncelikle sözleşme müzakerelerinde müzakere ilişkisini en başından sonuna dek düzenleyen bir müzakere sözleşmesinin varlığıdır. Tarafların müzakere etmek amacıyla akdettiği geçerli bir sözleşmenin varlığı halinde hukuki ilişki bir sözleşme olarak karşımıza çıktığından müzakere süreci de esas itibarıyla sözleşme olarak vasıflandırılmaktadır.³⁸⁰ Bir diğer şekilde, uygulanacak hukukta sözleşme müzakerelerinin sözleşme ilişkisi veya sözleşme benzeri bir ilişki olarak kabul edilmesi neticesinde sözleşme müzakerelerinden doğan uyuşmazlıklar sözleşme statüsüne tabi olmakta yani sözleşmeye uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanacak hukuk tespit edilmektedir.³⁸¹ Bu minvalde Türk Hukukunda sözleşme müzakerelerine ilişkin MÖHUK kapsamında özel bir düzenleme bulunmadığı için sözleşme müzakerelerinin vasıflandırılması elzemdir. Bu konu üzerinde doktrinde mutabakata varılmamış olmakla birlikte yaygın görüş müzakere ilişkisinin sözleşme olarak vasıflandırılması gerektiği yönündedir.³⁸² Müzakere ilişkisinin sözleşme olarak

³⁷⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. SİRMEN, sf. 77-115.

³⁷⁹ AYHAN İZMİRLİ, sf. 244.

³⁸⁰ HAGE – CHAHINE, sf. 469, AYHAN İZMİRLİ, sf. 246.

³⁸¹ HAGE – CHAHINE, sf. 469 – 470; AYHAN İZMİRLİ, sf. 247.

³⁸² DOĞAN V., (MÖHUK), sf. 380, TEKİNALP/UYANIK, sf. 291, DEMİRKOL, B.: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2011, s.331-332, AYHAN İZMİRLİ, sf. 248. Bu noktada Nomer tarafından culpa in contrahendo sorumluluğu da dahil olmak üzere sözleşmenin kuruluş aşamasından sona erme aşamasına kadar tek bir hukuk statüsünün uygulanması gerektiği savunulmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: NOMER, sf. 331-332.

vasıflandırılması neticesinde MÖHUK m.24 uyarınca taraflarca müzakere sürecine uygulanacak hukukun seçilebilmesi mümkündür. Taraflarca bir hukuk seçimi yapılmamış ise aynı maddenin 4. fıkrası uyarınca sözleşme müzakeresi ile en sıkı irtibatlı hukuk uygulama alanı bulmaktadır.³⁸³ Sözleşme müzakerelerinin yukarıda açıklanan vasıflandırma yöntemlerinden herhangi biri ile sözleşme yerine haksız fiil olarak vasıflandırılması mümkündür. Doktrinde özellikle sözleşme müzakerelerinin bir sözleşme ilişkisi olarak kabul görmediği hukuk sistemlerinde haksız fiil olarak vasıflandırma yapıldığı belirtilmektedir.³⁸⁴ Bununla birlikte sözleşme müzakerelerinin tamamına olduğu gibi müzakereler kapsamındaki birtakım olay gruplarına haksız fiil statüsünün uygulanabileceği kabul edilmektedir. Örneğin sözleşme müzakereleri kapsamında birtakım özensiz davranışlar sebebiyle müzakerenin karşı tarafının malının veya vücut bütünlüğünün zarar görmesi halinde hukuki ilişkinin haksız fiil olarak vasıflandırılabilmesi değerlendirilmektedir.³⁸⁵ Sözleşme müzakerelerinin veya bu müzakereler kapsamında ihtilafa vücut veren olayların haksız fiil olarak vasıflandırılması halinde haksız fiile uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde sözleşme müzakerelerine uygulanacak maddi hukuk kuralları tespit edilmektedir. Ayhan İzmirli'nin aktarımına göre günümüzde pek çok ulusal hukuktaki haksız fiile uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarında hukuk seçimine sınırlı olarak yer verilmekte, uygulanacak hukuk olarak çoğunlukla haksız fiilin gerçekleştiği ülkenin hukuku uygulama alanı bulmaktadır. Türk Hukukunda da buna paralel olarak düzenlenen MÖHUK m.34 uyarınca haksız fiilin işlendiği ülkenin hukukunun, fiilin işlendiği ülke ile zararın meydana geldiği ülkenin farklı olması halinde zararın meydana geldiği ülkenin hukukunun, ilişki bu iki ülkenin hukukundan farklı bir ülkenin hukuku ile daha sıkı irtibatlı ise bu daha sıkı irtibatlı olan ülkenin hukukunun uygulanacağı kabul edilmektedir. Bununla birlikte aynı maddenin 5. fıkrası uyarınca haksız fiilin meydana gelmesinden sonra taraflarca açıkça kararlaştırılmak kaydıyla hukuk seçiminin yapılabilmesi, bir diğer deyişle zımni hukuk seçiminin mümkün olmadığı kabul edilmektedir.³⁸⁶

³⁸³ ÇELİKEL/ERDEM, sf. 380 vd.

³⁸⁴ AYHAN İZMİRLİ, sf. 249.

³⁸⁵ TARMAN, (Milletlerarası) sf. 1675.

³⁸⁶ ÇELİKEL/ERDEM, sf. 397 vd.

Avrupa Birliği’nde Milletlerarası Özel Hukuk alanında ortak bir hukuk oluşturma çalışmalarının yürütülmesi karşısında sözleşme müzakerelerine uygulanacak hukukun tespitinde ulusal hukuk sistemlerinin yanında milletlerarası metinlerin incelenmesinde yarar vardır. Çünkü Avrupa Birliğinde Milletlerarası Özel Hukuk alanında ortak kuralların oluşturulması çalışmaları kapsamında hazırlanan Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma II Tüzüğü’nde sözleşme müzakerelerinden doğan sorumluluk ayrıca ve açıkça düzenlenmiştir. Nitekim Roma II Tüzüğü’nün giriş bölümünde yer alan 30 numaralı paragrafında sözleşme müzakerelerinden doğan borç ilişkilerinin akit dışı borç ilişkisi olarak Tüzük m.12. kapsamında olduğu belirtilmiştir.³⁸⁷ Halihazırda bu Tüzük’ün amacı, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, vekaletsiz iş görme ve sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranış şeklindeki akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarını uyumlulaştırmak olup Tüzük Avrupa Birliği bünyesinde uzun çalışmalar neticesinde hazırlanmıştır.³⁸⁸ Tüzük’ün hazırlanması aşamasında sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluk kavramının kanunlar ihtilafı anlamında ne şekilde vasıflandırılacağı, sözleşme kapsamında mı yoksa sözleşme dışı sorumluluk kapsamında mı değerlendirileceği tartışma konusu olmuş ise de orta bir çözüm olarak sözleşmesel bir bağlamdan yola çıkılarak sözleşme dışı sorumluluk olarak vasıflandırılmıştır. Nitekim her ne kadar sözleşme dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuk hakkındaki tüzükte bu kavrama yer verilmiş ise de uygulanacak hukukun tespiti noktasında sözleşme statüsünden hareket edilmiştir.³⁸⁹ Bu Tüzük’te “*culpa in contrahendo*” kavramının tanımına yer verilmiş, bu kavramdan ne anlaşılması gerektiği giriş bölümündeki 30. paragrafında açıklanmıştır. Buna göre *culpa in contrahendo* kavramı otonom bir anlam taşımakta, sözleşme müzakerelerinin sebepsiz yere sona erdirilmesi ve aydınlatma yükümlülüğünün ihlal

³⁸⁷ Regulation (EC) NO.864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations: O.J. L.199, 31.07.2007, Erişim Adresi: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32007R0864&from=EN> , Erişim Tarihi: 01.10.2022

³⁸⁸ TARMAN, Z.D. “**AKİT DIŞI BORÇ İLİŞKİLERİNE UYGULANACAK HUKUK HAKKINDAKİ AVRUPA TOPLULUĞU TÜZÜĞÜ (ROMA II).**”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 57 (2008): sf. 193 – 223, sf. 195 (Roma II); SİRMEN, sf. 120 -121. Tüzüğün hazırlanması aşaması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: BASEDOW J./ METZGER, A. / SCHWARZ, S. /BLOBEL, F. /ELLGAR, R. / VON HEIN, J.: “Comments on the European Commission’s Green Paper on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contract Obligations into Community Instrument and its Modernization”, Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law, RabelsZ, January 2004, Vol.68, N.1

³⁸⁹ TARMAN (Roma II), sf. 214; AYHAN İZMİRLİ, sf. 252-253, HAGE – CHAHINE, sf. 451,462.

edilmesini kapsamaktadır. Böylelikle *culpa in contrahendo* kavramının milli hukuklara göre yorumlanmayacağı belirtilmektedir.³⁹⁰ Tüzük m.12/1’de “*Sözleşme yapılsın veya yapılmasın, sözleşmenin akdedilmesinden önceki ilişkiden kaynaklanan sözleşme dışı sorumluluğa uygulanacak hukuk, o sözleşmeye uygulanacak olan hukuk veya sözleşme akdedilmiş olsaydı hangi hukuk uygulanacak idiyse o hukuktur.*” denilmek suretiyle sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğa uygulanacak hukukun, sözleşme kurulsun veya kurulmasın taraflar arasında müzakere edilen sözleşmeye uygulanan hukuk olduğu düzenlenmiştir.³⁹¹ Uygulanacak hukukun ilk fıkraya göre belirlenememesi halinde ikinci fıkra uyarınca sözleşme müzakerelerinde ortaya çıkan zararın gerçekleştiği ülkenin hukuku, zarar verici fiilin meydana geldiği anda tarafların mutlak meskenleri aynı ülke ise bu ülkenin hukukunun uygulanacağı, ancak olayla daha sıkı ilişkili başka bir ülkenin hukuku varsa daha sıkı ilişkili ülkenin hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir.³⁹² Bununla birlikte Roma II Tüzüğü m.12’nin sözleşme müzakerelerinin tamamına uygulanması söz konusu değildir. Nitekim Tüzük’ün giriş bölümündeki 30. paragrafta belirtildiği üzere her şeyden evvel sözleşme müzakereleri sırasında müzakere sözleşmesi, gizlilik sözleşmesi, mutabakat zaptı gibi belgelerin hazırlanmış olması ve bu belgelerin sözleşme niteliğinde olduğunun kabul edilmesi halinde bir ihlal meydana gelmişse bu defa Tüzük m.12. uygulama alanı bulmamakta, uygulanacak hukukun tespiti sözleşmelere uygulanacak hukukun düzenlendiği Roma I Tüzüğü’ne göre belirlenmektedir.³⁹³ Bunun yanında müzakere sürecinde bir tarafın diğer tarafa verdiği kişisel zararlar sebebiyle meydana gelen sorumluluğun sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun kapsamı dışında bırakıldığı ve bu hallerde Tüzük m.4’deki genel kuralın uygulama alanı

³⁹⁰ SİRMEN, sf. 121; AYHAN İZMİRLİ, sf. 252, TARMAN (Roma II), sf. 214-215.

³⁹¹ Rome II Regulation Art.12/1; “The law applicable to a non-contractual obligation arising out of dealings prior to the conclusion of a contract, regardless of whether the contract was actually concluded or not, shall be the law that applies to the contract or that would have been applicable to it had it been entered into.”

³⁹² Rome II Regulation Art. 12/2; Where the law applicable cannot be determined on the basis of paragraph 1, it shall be:

(a) the law of the country in which the damage occurs, irrespective of the country in which the event giving rise to the damage occurred and irrespective of the country or countries in which the indirect consequences of that event occurred; or

(b) where the parties have their habitual residence in the same country at the time when the event giving rise to the damage occurs, the law of that country; or

(c) where it is clear from all the circumstances of the case that the non-contractual obligation arising out of dealings prior to the conclusion of a contract is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in points (a) and (b), the law of that other country.

³⁹³ AYHAN İZMİRLİ, sf. 255; HAGE – CHAHINE, sf. 457-458, 474,476.

bulduğu kabul edilmektedir.³⁹⁴ Son olarak Tüzük m.14. ile zararın meydana gelmesinden sonra taraflarca uygulanacak hukukun seçilebilmesine, sözleşme müzakerelerinin taraflarının tacirler olması halinde zararın meydana gelmesinden önce de uygulanacak hukukun seçilebilmesine imkân tanınmıştır.

Savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmelerin, uygulanacak hukukun belirlenmesi kapsamında esas itibariyle diğer ticari sözleşmelerden farklı ve ayrıksı bir yönü bulunmamaktadır. Dolayısı ile uluslararası ticari sözleşmelere ilişkin yapılan bu açıklamaların savunma sanayiindeki sözleşmeler açısından geçerli olduğu değerlendirilmektedir. Her ne kadar Roma II Tüzüğü uygulama alanına yönelik m.1’de devletin sorumluluğu veya kamu otoritesinin kullanılması ile ilgili sözleşme dışı eylemlerden doğan sorumluluğa Tüzük’ün uygulanmayacağı düzenlenmiş ise de esas itibariyle bu çalışma kapsamında yer verilen savunma sanayii sözleşmelerinin doğrudan kamu kurum ve kuruluşları ile akdedilen savunma sanayii sözleşmelerini kapsamadığı, dolayısıyla bu çalışmada ele alınan savunma sanayii sözleşmelerinde, her ne kadar müzakere aşamasında stratejik ve diplomatik unsurların etkili olduğu belirtilmiş ise de bu unsurların meydana gelmesi açısından doğrudan devletin sorumluluğunun veya kamu otoritesinin kullanılmasının söz konusu olmadığı birlikte ele alındığında savunma sanayii sözleşmelerinin Tüzük’ün uygulama alanı kapsamında olduğu değerlendirilmektedir.

3.4. DEĞERLENDİRME

Bir sözleşme akdetmek amacıyla sözleşme müzakerelerine başlayan taraflar arasında müzakere sürecini düzenleyen müstakil bir müzakere sözleşmesi bulunsun veya bulunmasın müzakerelerin belirli bir aşamaya gelmesinden itibaren belirli bir güven ilişkisi kurulmaya başlamaktadır. Nitekim müzakereye başlayan taraflar artık birbirine karşı üçüncü kişi konumunda değildir. Bununla birlikte taraflar arasında müzakere aşamasını düzenleyen müstakil bir müzakere sözleşmesi mevcut ise asıl sözleşmenin akdedilip akdedilmemesinden bağımsız olarak taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi meydana gelmektedir. Bu halde müzakere sürecinden doğan yükümlülükler aykırılık halinde sözleşmeye aykırılık meydana gelmekte ve buna bağlanan hüküm ve sonuçlar

³⁹⁴ HAGE – CHAHINE, sf. 493; AYHAN İZMİRLİ, sf. 255, SİRMEN, sf. 125, TARMAN (Roma II), sf. 214-215.

uygulama alanı bulmaktadır. Taraflar arasında müzakere sürecini düzenleyen müstakil bir müzakere sözleşmesi akdedilmemiş ise yine de tarafların müzakere sürecinde dürüstlük kuralından kaynaklanan birtakım yükümlülükleri bulunmaktadır. Çünkü tarafların müzakerelere başlaması ve özellikle müzakerelerin belirli bir aşamaya gelmesi ile oluşan güven ilişkisi hukuken korunmaya değer kabul edilmektedir. Hukuk düzenlemelerinde bu ilişkinin korunmaya değer bir ilişki olduğu yaygın olarak kabul edilmiş ise de özellikle Anglo- Amerikan ve İngiliz hukuklarında müzakere sürecindeki güvenin korunmaya değer bir hukuki ilişki meydana getirmediği, bu sebeple müzakere sürecinde genel olarak tarafların belirli bir yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edilmektedir. Kıta Avrupası hukuk düzenlemelerinde ise bunun aksine birtakım hukuklarda açık kanuni düzenlemelerle birtakım hukuklarda ise yargı içtihadı ve doktrin ile tarafların müzakereleri dürüstlük kuralına uygun olarak yürütmesi gerektiği, dürüstlük kuralına uygun müzakere etme yükümlülüğünün alt başlıklar halinde somutlaştırıldığı görülmektedir. Ülkelerin hukuk düzenlemelerinin yanında birtakım uluslararası metinlerde de müzakereleri dürüstlük kuralına uygun olarak yürütme yükümlülüğünün düzenlendiği görülmektedir. Savunma sanayii sözleşmeleri dışındaki sözleşmeler için yapılan bu genel açıklamalar şüphesiz savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmeler açısından da geçerlidir. Bununla birlikte savunma sanayii sözleşmelerinin müzakerelerinin kendine özgü özelliklerinin müzakere sürecinde taraflara ek yükümlülükler yüklediği değerlendirilmektedir. Bu ek yükümlülüklerin başında savunma sanayii alanının özelliklerine ve gerekliliklerine hâkim olmak ile ekonomik, diplomatik ve stratejik unsurlara uygun olarak müzakerelere başlamak ve müzakereleri devam ettirmek gelmektedir.

Sözleşme müzakerelerinden doğan yükümlülüklerle aykırılığın yaptırımını, sözleşme müzakerelerinin ayrı bir hukuki ilişki olarak düzenlendiği hukuklarda veya ayrı bir düzenleme bulunmasa bile sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun doktrin ve yargı uygulamaları ile kabul edildiği hukuklarda kendini sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumlulukta göstermektedir. Sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun meydana gelmesinin en temel şartı müzakere sürecinden doğan yükümlülüklerle aykırılık olmakla birlikte bunun yanında genel olarak birtakım şartların daha arandığı görülmektedir. Bu şartların başında müzakere ilişkisinin ve korunmaya değer bir güvenin varlığı, kusurlu bir

davranış ile müzakerenin karşı tarafının bir zararının meydana gelmesi ve kusur ile zarar arasında uygun bir illiyet bağının bulunmasıdır. Bütün bu şartların varlığı halinde müzakere sürecine uygulanacak hukukta öngörülen sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun hüküm ve sonuçları uygulama alanı bulmaktadır. Genel itibariyle müzakerenin taraflarından birinin müzakere sürecinden doğan yükümlülüklere aykırılık sebebiyle uğradığı maddi zararın tazmin edilmesi gerektiğinin hukuk sistemlerinde ortak olarak kabul edildiği görülmektedir.

Sözleşme müzakerelerinin tek başına bir hukuki ilişki olarak kabul edilmesi, sözleşme müzakerelerinin dürüstlük kuralına uygun olarak yürütülmesi, müzakere sürecinin taraflara belirli yükümlülükler yüklemesi şüphesiz ki müzakere sürecine uygulanacak hukuka göre tespit edilmektedir. Çünkü sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluk tüm hukuk sistemlerinde kabul edilmemekte, kabul edilen hukuk sistemlerinde ise aynı şekilde nitelendirilmemektedir. Müzakere sürecine uygulanacak hukuk Milletlerarası Özel Hukuk kuralları doğrultusunda tespit edilmektedir. Bu noktada öncelikle kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca müzakere sürecinin vasıflandırılması gerekmektedir. Müzakere sürecinin vasıflandırılması noktasında doktrinde iki ayrı yaklaşım bulunmakta, bunlardan ilkinde göre sözleşme müzakereleri kapsamındaki her bir yükümlülük ayrı bir olay grubu olarak ele alınarak vasıflandırma yapılmakta, diğerine göre ise müzakere ilişkisi tek bir ilişki olarak değerlendirilerek vasıflandırma yapılmaktadır. Müzakere sürecinin sözleşme veya sözleşme benzeri olarak vasıflandırılması halinde, müzakere sürecine sözleşmeye uygulanacak hukukun uygulanacağı kabul edilmektedir. Müzakere sürecinin haksız fiil olarak vasıflandırılması halinde ise haksız fiile uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde sözleşme müzakerelerine uygulanacak maddi hukuk kuralları tespit edilmektedir. Ulusal hukukların yanında Avrupa Birliğinde Milletlerarası Özel Hukuk alanında ortak kuralların oluşturulması çalışmaları kapsamında hazırlanan Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma II Tüzüğü'nde sözleşme müzakerelerinden doğan sorumluluk ayrıca ve açıkça düzenlenmiştir. Bu Tüzük m.12.'de sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğa uygulanacak hukukun, sözleşme kurulsun veya kurulmasın taraflar arasında müzakere edilen sözleşmeye uygulanan hukuk olduğu düzenlenmiştir. Uygulanacak hukukun ilk fıkra göre belirlenememesi halinde ikinci fıkra uyarınca sözleşme müzakerelerinde

ortaya çıkan zararın gerçekleştiği ülkenin hukuku, zarar verici fiilin meydana geldiği anda tarafların mutlak meskenleri aynı ülke ise bu ülkenin hukukunun uygulanacağı, ancak olayla daha sıkı ilişkili başka bir ülkenin hukuku varsa daha sıkı ilişkili ülkenin hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir. Ayrıca Tüzük 'ün devamı maddelerinde sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğa uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesine sınırlı olarak imkân tanınmıştır. Savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmelerin, uygulanacak hukukun belirlenmesi kapsamında esas itibarıyla diğer ticari sözleşmelerden farklı ve ayrıksı bir yönü bulunmadığı dolayısı ile yapılan bu açıklamaların iki özel hukuk kişisi arasında akdedilen uluslararası nitelikli savunma sanayii sözleşmeleri açısından uygulama alanı bulacağı değerlendirilmektedir.

Savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmelerin müzakere sürecine uygulanacak hukukun genel düzenlemeler çerçevesinde tespit edilmesinden sonra uygulanacak hukukta, sözleşme müzakereleri açık veya örtülü bir düzenleme ile ayrı bir hukuki ilişki olarak kabul ediliyor ise bu hâlde sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun şartlarının somut durumda gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilmelidir. Bu noktada savunma sanayii sözleşmelerinin ve bu sözleşmelerin müzakerelerinin kendine özgü özellikleri göz ardı edilmemelidir. Özellikle kusurlu bir davranış ile müzakerelerdeki yükümlülüğün ihlali bir diğer deyişle dürüstlük kuralına aykırılığın tespit edilmesinde savunma sanayii sözleşmelerinin ülkelerin diplomatik, ekonomik ve stratejik unsurları ile doğrudan ilişkili olduğu, bir diğer deyişle diplomatik, ekonomik ve stratejik unsurlardan kaynaklanan gerekliliklerin sözleşme müzakerelerini sonlandırabilecek, askıya alınmasına sebebiyet verebilecek veya müzakerelerinin belirli koşullar altında devam ettirilmesini sağlayabilecek derecede önem arz ettiği dikkatle incelenmelidir. Yine bu bağlamda, savunma sanayiindeki sözleşmelerin gizlilik, güvenlik ve güven unsurlarının diğer alanlardaki sözleşmelere nazaran daha fazla önem arz ettiği dürüstlük kuralına aykırılığın tespitinde göz ardı edilmemelidir.

Uygulanacak hukuka göre sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun kabul edilmesi ve bu kurumun şartlarının oluşması halinde uygulanacak yaptırım zararın tazmin edilmesi olmaktadır. Nitekim sözleşme özgürlüğü ve müzakere özgürlüğü prensipleri göz önüne alındığında kanunda öngörülen haller hariç, hiç kimsenin bir sözleşme yapmaya zorlanması mümkün değildir. Bu noktada bir uyumsuzluk

halinde hükmedilecek olan tazminat, olumsuz zararın tazmin edilmesi bir diğer deyişle müzakere sürecine hiç girilmeseydi karşı tarafın uğramayacağı zararların tazmin edilmesi şeklinde olmaktadır.

Uygulanacak hukuka göre, sözleşme müzakerelerinin ayrı bir ilişki olarak kabul edilmediği hukuklarda savunma sanayii sözleşmelerine haksız fiil hükümlerinin uygulanması kanaatimizce hakkaniyete ve somut durum adaletine uygun düşmemektedir. Çünkü, müzakere sürecinin en başından itibaren taraflar üçüncü kişilere nazaran sıkı irtibat içinde bulunmaktadır. Bu halde özellikle Anglo-Sakson hukuk sisteminde öngörülen ve *culpa in contrahendo* sorumluluğuna yaklaşan “*promissory estoppel*” doktrini uygulama alanı bulmalıdır. Bu noktada elbette ki her somut durumda bu doktrinin şartlarının varlığının tespit edilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte savunma sanayii sözleşmelerinin müzakere süreci genel olarak incelendiğinde, özellikle müzakerelerin ilerlediği ve sona yaklaştığı hallerde sözleşme müzakerelerini devam ettirme ve sözleşme akdetme vaadinin karşı tarafta belirli bir güven ve makul bir beklenti uyandırdığı ve müzakere sürecinde taraflarca hukuken bağlayıcı metinler ile kayıt altına alınan hususların icra edilebilir olduğu göz önüne alındığında bu doktrinin uygulama alanı bulabileceği değerlendirilmektedir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, taraflar arasında müstakil bir müzakere sözleşmesi bulunuyor ise, bu noktada müzakere sürecindeki yükümlülükler sözleşmeden doğan borç olarak kabul edilmeli, yükümlülükler aykırılık halinde sözleşmeye aykırılık halinde uygulanacak hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmelerinin müzakerelerinin hem uzun soluklu hem de karmaşık yapısı göz önüne alındığında, bu sürecin müstakil bir müzakere sözleşmesi ile düzenlenmesi tarafları açısından daha yüksek bir hukuki koruma sağlayacaktır.

SONUÇ

1. Savunma sanayii, devletin egemenliğinin her türlü saldırı ve tehditten korunması amacıyla askeri gücü yazılım, donanım ve teçhizat açısından destekleyen, bu alanda üretim faaliyeti ile yapım, bakım, onarım gibi hizmetleri sunan, ülke ekonomisinde yer alan diğer sanayii kolları ile doğrudan bağlantılı olmakla birlikte taşıdığı gizlilik, güvenlik, kamu ile özel teşebbüsü tek bünyede birleştirmesi gibi özellikleri nedeniyle diğer sanayii kollarından ayrılan ülke ekonomisinde ve uluslararası arenada önemli ölçüde yer edinen, uluslararası ticarete konu edilmesi devlet tarafından desteklenen ve denetlenen organizasyon bütünü olarak tanımlanmaktadır.

2. Savunma sanayii faaliyetleri, tarihsel süreç içinde devletlerin tekelinden çıkarak özel hukuk kişileri tarafından da yürütülmeye başlanmıştır. Bu faaliyetler esas olarak özel hukukun konusuna giren savunma sanayii sözleşmeleri ile yürütülmektedir. Savunma sanayii sözleşmeleri, savunma faaliyetlerini konu edinmektedir. Bu bağlamda sözleşmelerin konusunun devlet tarafından belirlenen stratejiye ve ihtiyaca uygun olarak silah, teçhizat, kara hava ve deniz araçları ile sistem gibi maddi ürünler ve *know – how*, faydalı model, yazılım gibi maddi olmayan ürünlerin devletin dolaylı yoldan kontrolü altında sistematik olarak ve birbirine bağlı projeler çerçevesinde üretilmesi, geliştirilmesi, bunların alım veya satımının, yapım, bakım, onarım, garanti, eğitim danışmanlık ve benzeri hizmetlerden oluştuğu görülmektedir.. Günümüzde özel hukuk kişileri arasındaki savunma sanayii faaliyetlerinin ithalata ve ihracata konu edilmesi neticesinde bu alandaki uluslararası ticari sözleşmelerin sayısında da bir artış görülmektedir. Uluslararası ticari sözleşme; konusu ve karakteri itibariyle uluslararası ticaretin ekonomik yararı kapsamında kalan sözleşmeler ile bünyesinde yabancılık unsuru taşıyan ve birden çok hukuk ile irtibatlı olan sözleşmeler olarak tanımlanmaktadır. Savunma sanayiindeki sözleşmelerin farklı ülkelere tabi taraflar arasında yapılması, sözleşmenin edimlerinin yabancı bir devlette ifa edilecek olması veya sözleşmenin uluslararası yarar alanına girmesi halinde ise savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmeler karşımıza çıkmaktadır.

Uluslararası ticari sözleşmeler belirli bir müzakere sürecinden sonra kurulmaktadır. Müzakere süreci, sözleşmenin kurulmasının ilk basamağı olması sebebiyle tarafları açısından önem arz etmektedir. Sözleşme müzakerelerinden sonraki aşamada sözleşme kurulsun veya kurulmasın, taraflar arasında hukuki, ekonomik, sosyal, teknik ve siyasi herhangi bir uyuşmazlığın doğmasının önlenmesi için müzakere sürecinin dikkatle yürütülmesi gerekmektedir. Bu sebeple ve tarafların farklı ülkelerde bulunması dolayısıyla farklı ülke hukuklarına tabi olması nedeniyle müzakere süreci uzun zamana yayılmaktadır.

3. Savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmelerde tarafların birbiri ile daha önceden sözleşme ilişkisi içine girmesi sebebiyle birbirini tanıdığı durumlarda veya kamu otoriteleri ile yapılan sözleşmelerde müzakere edilmeksizin sözleşmelerin doğrudan imzalandığı uygulamadan görülmekte ise de bu tip sözleşmelerin dışında kalan sözleşmeler, belirli bir müzakere aşamasından sonra akdedilmektedir. Savunma sanayinin gizlilik, güvenlik, güven, diplomatik ve stratejik unsurlar ile doğrudan ilişkili olma gibi kendine özgü özellikleri sebebiyle bu alanda akdedilen uluslararası ticari sözleşmelerin müzakereleri, diğer ticari sözleşmelerin müzakere sürecinden farklı olarak ilerlemekte, müzakere sürecini etkileyen faktörler değişiklik göstermektedir.
4. Savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmelerin müzakere aşamaları incelendiğinde sürecin esas itibarıyla ihtiyaç makamı tarafından başlatıldığı ve kontrol edildiği, bununla birlikte isteklinin bu süreçte pasif durumda olmadığı, sürecin yönetim ve devam ettirilmesinde en az ihtiyaç makamı kadar etkili olduğu ve irade beyanlarını açıkladığı görülmektedir. Genel itibarıyla müzakere sürecinin genel ve ön araştırmanın yapıldığı geniş anlamda müzakere, belge değişiminin başlatıldığı aşama ve müzakere müzakerelerinin başlatıldığı dar anlamda müzakere aşaması olarak üç temel başlık altında incelenmesi mümkündür. Müzakere aşamaları teker teker ele alındığında sürecin karmaşık ve uzun olduğu, ayrıca gizlilik, güvenlik, güven, diplomatik ve stratejik unsurlar ile ekonomik yapının müzakere sürecini doğrudan etkilediği, ayrıca teknik yeterliliğin diğer sektörlerle nazaran daha fazla önem arz ettiği görülmektedir. Bütün bu sebeplerle

bu süreçte tarafların biri veya müşterek olarak her ikisi tarafından pek çok belge hazırlandığı ve bu belgelerin değiş tokuş edildiği uygulamada görülmektedir. Bu belgeler, tarafların birbirine uygun karşılıklı irade beyanlarının birleşmesi halinde hukukten bağlayıcılık kazanmaktadır. Tüm bu müzakere sürecinin sonunda sözleşmenin kurulma anının tespit edilmesinin önem arz ettiği ve sözleşmenin kurulma anının müzakere sürecine uygulanacak hukuka göre değişiklik arz ettiği değerlendirilmektedir.

5. Savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmelerin müzakereleri, Türk Hukukuna göre akdedilen ulusal nitelikli savunma sözleşmeleri müzakerelerinden ve diğer sektörlerdeki uluslararası ticari sözleşmelerin müzakerelerinden farklıdır. Türk Hukukuna göre akdedilen ulusal nitelikli savunma sanayii sözleşmeleri, her ne kadar Kamu İhale Kanunu kapsamı dışında bırakılmışsa da özellikle son alıcının Savunma Sanayii Başkanlığı, İç İşleri Bakanlığı ve Millî Savunma Bakanlığı olduğu, bu sebeple sözleşmenin niteliği ve sözleşmeye uygulanan esaslar itibarıyla kamu ihale sözleşmelerine daha yakın bir nitelik taşımaktadır. Dolayısı ile sözleşme müzakereleri tıpkı bir ihale süreci gibi yürütülmektedir. Uygulamadan görüldüğü üzere özel hukuk kişileri arasında akdedilen alt yüklenicilik sözleşmelerinde de bir tarafının kamu otoriteleri olduğu ana yüklenicilik sözleşmelerinin hükümlerinin alt yüklenicilik sözleşmelerine yansıtılması sebebiyle müzakere süreci genellikle sözleşme bedeli üzerinde yoğunlaşmakta, sözleşme hükümleri tek tek müzakere edilmemektedir.
6. Savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmelerin müzakereleri, diğer alanlarda akdedilen uluslararası ticari sözleşmelerin müzakerelerinden de farklıdır. Bu farklılık, öncelikle güven, gizlilik, güvenlik ve ekonomik – stratejik – diplomatik unsurlar yönüyle ortaya çıkmaktadır.
7. Bir sözleşme akdetmek amacıyla sözleşme müzakerelerine başlayan taraflar arasında müzakere sürecini düzenleyen müstakil bir müzakere sözleşmesi akdedilmişse, taraflar asıl sözleşmenin akdedilmesine kadar bu müzakere sözleşmesi sebebiyle bir sözleşme ilişkisine girmiş olduğundan bu sözleşmeden

kaynaklanan yükümlölükleri bulunmaktadır. Taraflar arasında müstakil bir müzakere sözleşmesi bulunmuyor ise tarafların bu süreçte hiçbir yükümlölüğünün bulunmadığından bahsedilmesi dürüstlük kuralına uygun düşmemektedir. İşte bu sebeple taraflar arasında oluşan güven ilişkisi hukuken korunmaya değer bir ilişkidir. Bununla birlikte müzakere ilişkisinin hukuken korunmaya değer olduğu her hukukta kabul edilmiş değildir. Özellikle Anglo-Sakson hukuk sisteminde, müzakere ilişkisi ve bu süreçte taraflar arasında oluşan güven hukuken korunmaya değer kabul edilmemekte bunun doğal bir sonucu olarak tarafların müzakere sürecinde herhangi bir yükümlölüğünün bulunmadığı kabul edilmektedir. Bunun dışındaki hukuklarda ise açık düzenlemeler veya doktrin ve yargı içtihadı ile tarafların müzakereleri dürüstlük kuralına uygun olarak yürütmesi gerektiği kabul edilmektedir. Yine ticaret hukukunun yeknesaklaştırılması faaliyetleri kapsamında hazırlanan uluslararası hukuk düzenlemelerinde müzakerelerin dürüstlük kuralına uygun olarak yürütülmesi gerektiği kabul edilmektedir.

8. Müzakerelerin dürüstlük kuralına uygun olarak yürütülmesi gerekliliği, müzakere sürecinde taraflara sözleşme akdetme niyeti olmaksızın sözleşme müzakerelerine başlamama, sözleşme müzakerelerini dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde ve herhangi bir sebep gösterilmeksizin sona erdirmeme, açıklama ve bilgi verme yükümlölüğü, ifası imkansız bir edime söz vermeme ve konusu imkansız bir sözleşmeyi müzakere etmeme, sözleşme konusu itibarıyla makul olmayan öneriler sunmama, uygun olmayan müzakere teknikleri kullanmama, gizlilik ve sır saklama ve koruma ve özen gibi yükümlölükler yüklemektedir. Savunma sanayii sözleşmeleri dışındaki sözleşmeler için yapılan bu genel açıklamalar şüphesiz savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmeler açısından da geçerlidir. Bununla birlikte savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmelerinin müzakerelerinin kendine özgü özellikleri sebebiyle müzakere sürecinde tarafların savunma sanayii alanının özelliklerine ve gerekliliklerine hâkim olmak ile ekonomik, diplomatik ve stratejik unsurlara uygun olarak müzakerelere başlamak ve müzakereleri devam ettirmek gibi ek yükümlölükleri bulunmaktadır.

Sözleşme müzakerelerinden doğan yükümlülüklerle aykırılığın yaptırımını, sözleşme müzakerelerinin ayrı bir hukuki ilişki olarak düzenlendiği hukuklarda veya ayrı bir düzenleme bulunmasa bile sözleşme öncesi sorumluluğun doktrin ve yargı içtihadı ile kabul edildiği hukuklarda sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluk bir diğer adıyla *culpa in contrahendo* sorumluluğudur. Sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun en temel şartı müzakere sürecinden doğan yükümlülüklerin kusurlu bir davranışla ihlal edilmesidir. Bunun yanında müzakere ilişkisinin ve korunmaya değer bir güvenin varlığı, kusurlu bir davranış ile müzakerenin karşı tarafının bir zararının meydana gelmesi ve kusur ile zarar arasında uygun bir illiyet bağının bulunması da gerekmektedir. Sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan sorumluluğun yaptırımını genel olarak zarar gören tarafın uğradığı maddi zararın tazmin edilmesidir. Bu noktada tazmin edilecek maddi zarar, olumsuz zarar olarak belirlenmektedir. Bununla birlikte kusurlu davranış neticesinde manevi bir zarar doğmuş ise bu manevi zararın tazmin edilmesi gerektiği kabul edilmektedir.

9. Sözleşme müzakerelerinin tek başına bir hukuki ilişki olarak kabul edilmesi, bu doğrultuda sözleşme müzakerelerinin dürüstlük kuralına uygun olarak yürütülmesi ve dürüstlük kuralının müzakere sürecinde taraflara belirli yükümlülükler yüklemesi şüphesiz ki müzakere sürecine uygulanacak hukuka göre tespit edilmektedir. Çünkü sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluk tüm hukuklarda kabul edilmemektedir.
10. Müzakere sürecine uygulanacak hukuk Milletlerarası Özel Hukuk kuralları doğrultusunda tespit edilmektedir. Bu noktada öncelikle müzakere ilişkisinin vasıflandırılması gerekmektedir. Müzakere ilişkisi sözleşme olarak vasıflandırılır ise, sözleşmeye uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarına göre müzakere sürecine uygulanacak hukuk tespit edilmektedir. Müzakere ilişkisi haksız fiil olarak vasıflandırılır ise haksız fiile uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarına göre müzakere ilişkisine uygulanacak hukuk tespit edilmektedir. Ulusal hukuk düzenlemelerinin yanında Avrupa Birliğinde Milletlerarası Özel Hukuk alanında ortak kuralların oluşturulması çalışmaları kapsamında hazırlanan Akit Dışı Borç

İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma II Tüzüğü'nün m. 12 hükmü uyarınca sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğa uygulanacak hukukun, sözleşme kurulsun veya kurulmasın taraflar arasında müzakere edilen sözleşmeye uygulanan hukuk olduğu düzenlenmiştir. Uygulanacak hukukun ilk fıkraya göre belirlenememesi halinde ikinci fıkra uyarınca sözleşme görüşmelerinde ortaya çıkan zararın gerçekleştiği ülkenin hukuku, zarar verici fiilin meydana geldiği anda tarafların mutlak meskenleri aynı ülke ise bu ülkenin hukukunun uygulanacağı, ancak olayla daha sıkı ilişkili başka bir ülkenin hukuku varsa daha sıkı ilişkili ülkenin hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir. Ayrıca Tüzük'ün devamı maddelerinde sözleşme müzakerelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğa uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesine sınırlı olarak imkân tanınmıştır.

11. Savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmelerin, uygulanacak hukukun belirlenmesi kapsamında esas itibarıyla diğer ticari sözleşmelerden farklı ve ayrıksı bir yönü bulunmamaktadır. Bu sebeple uygulanacak hukuk diğer ticari sözleşmelerde olduğu şekliyle belirlenmektedir.
12. Uygulanacak hukukta sözleşme müzakerelerinden doğan sorumluluk doktrininin kabul edilmiş ise savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmelerin müzakerelerinden doğan yükümlülükler aykırılık meydana gelmesi halinde diğer sözleşmeler açısından kabul edilen sözleşme öncesi kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun yaptırımları, esas itibarıyla savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmeler açısından da uygulama alanı bulmaktadır. Esas itibarıyla bu yaptırım, olumsuz zararın tazmin edilmesidir. Çünkü sözleşme özgürlüğü prensibi uyarınca tarafların bir sözleşmeyi akdetmeye zorlanması mümkün değildir. Bu noktada savunma sanayiindeki sözleşmelerin müzakerelerinin temel farkı, bu süreçte taraflara yüklenen yükümlülükler ve dürüstlük kuralına uygun olarak müzakere etme yükümlülüğünün görünüm biçimlerinde ortaya çıkmaktadır.
13. Uygulanacak hukukta sözleşme müzakerelerinden doğan sorumluluk doktrini kabul edilmemiş ise savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmelerin müzakerelerinden doğan yükümlülükler aykırılık meydana gelmesi halinde

haksız fiil hükümlerinin uygulanmasının somut duruma uygun düşmeyeceği değerlendirilmektedir. Bu durumda haksız fiil hükümleri yerine özellikle Anglo-Sakson hukuk sisteminde öngörülen ve *culpa in contrahendo* sorumluluğuna yaklaşan “*promissory estoppel*” doktrininin uygulanmasının hakkaniyete daha uygun olacağı değerlendirilmektedir. Savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmelerinin müzakere süreci genel olarak incelendiğinde, özellikle müzakere aşamalarının ilerlediği durumda sözleşme müzakerelerini devam ettirme ve sözleşme akdetme vaadinin karşı tarafta belirli bir güven ve makul bir beklenti uyandırdığı ve müzakere sürecinde taraflarca hukuken bağlayıcı metinler ile kayıt altına alınan hususların icra edilebilir olduğu göz önüne alındığında bu doktrinin uygulama alanı bulabileceği değerlendirilmektedir.

14. Son olarak, savunma sanayiindeki uluslararası ticari sözleşmelerin müzakere süreçlerinin daha uzun ve karmaşık olması ve kendine özgü özellikleri göz önüne alınarak bu süreçte taraflara en iyi hukuki koruma sağlayan müessesenin asıl sözleşmeden ayrı bir hukuki varlığı bulunan, müstakil olarak müzakere sürecini düzenleyen ve ön sözleşme niteliğinde olmayan müzakere sözleşmesi olduğu değerlendirilmektedir. Böylelikle taraflar arasında müstakil bir müzakere sözleşmesi akdedilmiş ise *culpa in contrahendo* sorumluluğunun ayrı bir sorumluluk türü olmadığı hukuklarda haksız fiil hükümleri yerine sözleşmeye aykırılık hükümleri uygulama alanı bulabilecektir. *Culpa in contrahendo* sorumluluğunun ayrı bir sorumluluk türü olarak kabul edildiği hukuklarda ise tazmin edilecek zarar bakımından sonuç değişmekte, taraflar arasında müstakil bir sözleşme bulunduğu için taraflar olumlu zararının tazmin edilmesi imkanına sahip olabilmektedir.

KAYNAKLAR

Adal, Erhan. “Akit Öncesi Sorumluluk (Culpa in Contrahendo)”. Yayınlanmamış Doçentlik Tezi. İstanbul Üniversitesi 1970.

Adıgüzel, Sibel. “Sözleşme Görüşmelerinde Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 3/ 9, (2012): 281-312.

Agoston, Gabor. *Osmanlı'da Strateji ve Askerî Güç*. İstanbul: Timaş Yayınları, 2019.

Akın, Hakan. *Yeni İşimiz Dış Ticaret*. İstanbul: Elma Yayınevi, 2010.

Akyol, Şener. *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*. İstanbul: İkinci Bası, Vedat Kitapçılık, 2006.

Alniak, M. Oktay. *Savunma Sanayi ve Tedarik Hakkında Düşünceler*. Ankara: Genelkurmay Başkanlığı Yayınları, 2001.

Altunkaya Mehmet. *Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2005.

Ayhan İzmirli, Lale. “Lex Marcetoria’da Culpa in Contrahendo Sorumluluğu” *Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*. 37/2 (2017):170–229.

Ayhan İzmirli, Lale. *Milletlerarası Ticari Sözleşmelerin Müzakeresi ve Hazırlanması*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.

Ayrancı, Hasan. *Ön Sözleşme*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2006.

Baran, Tülay. “Türkiye’de Savunma Sanayi Sektörünün İncelenmesi ve Savunma Sanayi Sektörü Harcamalarının Ekonomi Üzerindeki Etkilerinin Değerlendirilmesi”. *Uluslararası İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*. 4/2 (2018): 58-81.

Bayraktar, Sefer. “Savunma Sanayi ve Savunma Harcamalarının Makroekonomik Etkileri: Türkiye Örneği”. Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İktisat Anabilim Dalı İktisat Politikası Bilim Dalı, 2019.

Bektaş, Sezercan. *Uluslararası Ticarete Sözleşmelerin Hazırlanması*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2010.

Benli, Erman. *İnternet Ara Bağlantı Pazarında Peering Sözleşmesi*. İstanbul: DER Yayınları, 2021.

Beyoğlu, Bülent Ecevit. “Türk Savunma Sektörünün Yapısal Analizi ve Sanayileşme Modeli Önerisi” Yüksek Lisans Tezi, Kara Harp Okulu Savunma Bilimleri Enstitüsü Savunma Yönetimi Ana Bilim Dalı, 2006.

Bingöl, F. İtir. *Uluslararası Ticari Satım Sözleşmelerinde Mücbir Sebep (Türk Borçlar Hukuku’nda ve Viyana Satım Anlaşması’nda Mücbir Sebep)*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2011.

Buhler, Michael. “Confidentially Clauses in International Contracts”. *International Business Law Journal*. 3/4 (2002):359.

Canbay, Şerif. “Savunma Harcamalarının ve Savunma Sanayiinin Makro Ekonomik Etkileri ve Türkiye Örneği”. Yüksek Lisans Tezi, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İktisat Anabilim Dalı, 2010.

Çalış, Asım. *Dış Ticarete Sözleşmeler ve Müzakereler*. Ankara: İhracatı Geliştirme Etüd Merkezi (İGEME), 2007.

Çamlıkaya, Ayşe. “Savunma Sanayii Şirket Birleşmelerinde Rekabet Stratejiler”. Yüksek Lisans Tezi, İTÜ Fen Bilimleri Enstitüsü, 2002.

Çetin, Canan. *Müzakere Teknikleri İlke, Süreç, Uygulama*. İstanbul: Beta Basım Yayın, 2002.

Çelikel, Aysel ve Bahadır Erdem. *Milletlerarası Özel Hukuk*. İstanbul: Beta Yayınları, 2022.

Demirbaş, Harun. *Savunma Sanayii Sözleşmeleri*. İstanbul: On iki Levha Yayınları, 2021.

Demirkol, Berk. *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.

Demirpolat, Murat. “Müzakere ve Müzakere Teknikleri: Orta Kademe Yöneticilerin Müzakere Stilleri Üzerine Bir Araştırma”. Yüksek Lisans Tezi. Beykent Üniversitesi, SBE, 2008.

Develioğlu, H. Murat. “Fransa’da Sözleşmeler Hukuku Alanındaki Reformda Yer Alan Sözleşmenin Kurulması ile İlgili Bazı Önemli Düzenlemeler”. *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15/2 (2016) : 601-613, 605

Dreyer, Dominique. Formation of Contracts and Precontractual Liability, Institute of International Business Law and Practice, International Chamber of Commerce. Switzerland: ICC Yayınları, 1990.

Dinar, Cem. *Niyet Mektubunun Hukuki Niteliği ve Bağlayıcılığı*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008,

Doğan, Gül. *Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi)*. İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Yayını 2006.

Doğan, Vahit. Banka Teminat Mektupları, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2011. (Teminat Mektubu)

Doğan, Vahit. Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul: Savaş Yayınevi, 2022. (MÖHUK)

Doğan, Vahit. Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif, 4. Baskı, Ankara: Savaş Yayınevi, 2016. (Akreditif)

Ebke, Werner F. *Formation of Contracts and Precontractual Liability, Institute of International Business Law and Practice*, International Chamber of Commerce. Federal Republic of Germany: ICC Yayınları, 1990.

Edis, Seyfullah. “Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukuki Niteliği”, Prof. Dr. Mahmut Koloğlu’ya 70. Yaş Armağanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No:367, Ankara 1975, 447-460.

Ekşi, Nuray. Milletlerarası Ticaret Hukuku. İstanbul: Beta Basım Yayın, 2019.

Eren, Fikret. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Yetkin Yayınları, 2015. (Borçlar)

Eren, Fikret. *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağ Teorisi*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1975. (İlliyet)

Ergüne, Mehmet Serkan. “Olumsuz Zarar”. Doktora Tezi. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı. 2007.

Esener, Turhan. *Borçlar Hukuku I, Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği*. Ankara: Ankara Üniversitesi, 1969,

Gezder, Ümit. Türk / İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu. İstanbul: Beta Basım Yayım, 2009

Ghauri, Pervez. N. and Jean Claude Usunier. The Role of Atmosphere in Negotiations”, International Business Negotiations, 2nd Edition. UK: Elsevier Ltd., 2003.

Giray, Filiz., "Savunma Harcamaları ve Ekonomik Büyüme". Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, 5/1 (2004) :181-199

Gürbüz Usluel, Aslı E., *Türk Özel Hukukunda Özellikle Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009.

Gürpınar, Damla. *Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk*. Güncel Yayınevi, İzmir, 2006.

Harp Akademileri Komutanlığı. Türk Silahlı Kuvvetleri’nin Savunma Sanayi Yoluyla Ülke Gelişimine Katkısı. İstanbul: Genelkurmay Başkanlığı Yayınları, 1998.

Herdem, Şafak. *Savunma Sanayii Hukuku*. Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.

Işıntan, Pelin. “Sözleşme Müzakereleri” Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2009.

İpek, Mehtap. “Sözleşme Serbestisi ve Günümüzdeki Sınırlamaları”. Yayınlanmamış, Yüksek Lisans Tezi. Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002.

Karakaş, Nuri. “Amerikan “Ödünç Verme ve Kiralama” Yardımlarında Türkiye”. Tarih İncelemeleri Dergisi. 24/1 (2009): 24

Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitapevi, 2012.

Kırca, Çiğdem. Bilgi Vermeden Dolaylı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, No:411, Ankara, 2004.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Borçlar Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitapevi, 2017.

Kulular İbrahim, Merve Ayşegül. *Modern Teknolojinin Hukuki Temelleri: Telgraf Örneği*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.

Kutlu Sungurbey, Ayfer. *Yetkisiz Temsil Özellikle Culpa in Contrahendo ve Olumsuz Zarar*. Yasa Yayınları, İstanbul, 1988.

Makine Kimya Endüstrisi Dergisi. “Harp Sanayinin Tanımı”, Ankara: MKE. 4/17-18 (1978):14.

Melemen, Mehmet. *Uygulamalı Uluslararası Ticaret İşlemleri*. İstanbul: Türkmen Kitapevi, 2012.

Nomer, Ergin. *Devletler Hususi Hukuku*. İstanbul, 2021.

Nomer, Ergin, Nuray Ekşi ve Gülseli Öztekin Gelgel, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*. İstanbul: Beta Basım Yayın, 2008.

Oğuzman, M.Kemal ve Nami Barlas. “*Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*” 28. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2022.

Oğuzman, Kemal ve Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Cilt I. Ankara: Vedat Kitapçılık 2013.

Oğuztürk, Burcu. *Güven Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

Özdemir, Hatice.: “MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında ‘Yabancılaşma Unsuru Taşıyan Sözleşme’ ve ‘Uluslararası Sözleşme’ Kavramları”. İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 73, Sayı 10-11-12, 1999. sf. 926-941,

Özel, Sibel. *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*. İstanbul: Legal Yayınları 2018.

Özlü, Hüsnü. “Türkiye’de Savunma Sanayi Gelişim Tarihi İçinde Makine ve Kimya Endüstrisi Kurumunun Kuruluş Dönemi Faaliyetlerinin Analizi”. *Savunma Bilimleri Dergisi The Journal of Defense Sciences*. 5/18 (2019,):179.

Serozan, Rona. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Üçüncü Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006. (Borçlar)

Serozan, Rona. “Culpa in Contrahendo’, Akdın Müspet İhlali’ ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme’ Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlülüklerinden Bağımsız Borç İlişkisi” *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, No 18, 1968, 108-129. (CULPA IN CONTRAHENDO)

Sevinç, Sebile. “Dünya’da ve Türkiye’de Savunma Sanayii ve Savunma Harcamalarının Makroekonomik Etkilerinin Ampirik Analizi: Türkiye Örneği”. Yüksek Lisans Tezi, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İktisat Ana Bilim Dalı, 2020.

Şanlı, Cemal. *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü,1986. (TAHKİM)

Şanlı, Cemal. *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, Yedinci Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2019, sf. 7. (TİCARİ AKİTLER)

Şimşek, Muammer. *Üçüncü Dünya Ülkelerinde ve Türkiye’de Savunma Sanayii*. Ankara: SAGEB Yayınları 1989.

Sirmen, Kazım Sedat. *Milletlerarası Özel Hukukta Culpa In Contrahendo Sorumluluğuna Uygulanacak Hukukun Tayini*. Ankara:Yetkin Yayınları, Ankara. 2016.

Süral, Bahar Ceyda. “Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak UNIDROIT Prensipleri” Doktora Tezi. Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, 2008.

Tarman, Zeynep Derya. “Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 57 (2008): sf. 193 – 223.

Tarman, Zeynep Derya. *Milletlerarası Özel Hukukta Culpa in Contrahendo Sorumluluğu*, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C.II., İstanbul, 2010, sf. 1655-1680,

Tekinalp, Gülören ve Ayfer Uyanık Çavuşoğlu. *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.

Tekinay S./Akman/Burcuoğlu/Altop. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Fakülteler Matbaası 1985.

Tetik, Fatih ve Serdal Soyluer. *Silah İthalatı ve Kara Harp Sanayi, Dünya Savaş Tarihi - Osmanlı Askerî Tarihi, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri (1772-1918)*. İstanbul: Timaş Yayınları, 2017.

Tiryakioğlu, Bilgin. *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*. Ankara: Yetkin Yayınları 1996.

Topal, Bahattin Gökhan. “Türk Savunma Sanayiinin KOBİ’lerin Gelişimine Etkisi: Kümelenme Örnekleri”. Yüksek Lisans Tezi, İTÜ SBE, 2019.

Topçuoğlu, Hamide. *Devlet ve Demokrasi, Hukuk Sosyolojisi Dersleri*. Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 1984.

Uluslan, İhsan, “Culpa in Contrahendo Üstüne”, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan I, İstanbul : İstanbul Üniversitesi Yayınları 1982,

Ülger, Fikret. *Türk Savunma Sanayii*. Ankara: TOBB Yayınevi, 1997.

Von Tuhr, Andreas. *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, Cilt: 1-2. Çev., Cevat Edege, Ankara: Olgaç Matbaası 1983, Sf. 243;

Yağcı, Salim Serdar. “Milletlerarası Özel Hukukta Vasıflandırma” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, No.3 (2017): 2633- 2646.

Yalman, Süleyman. *Türk İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk*. Seçkin Yayınları, Ankara, 2006.

Yılmaz, Hamdi. “Sözleşme Görüşmelerinde Kusur “Culpa in Contrahendo” ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler”. *Yargıtay Dergisi*. 11/3 (1985): 238.

Zengin, R. “Savunma Sanayinin Gelişimi ve Türkiye’de Savunma Harcamalarının Ekonomik Etkileri”. Yüksek Lisans Tezi, SDÜ SBE Maliye Anabilim Dalı, 2010.

Ziylan, Aytekin. "Ulusal Güvenlik-Ekonomi-Teknoloji İlişkisi Üzerine. Savunma Sanayii Sempozyumu" 2000.

İnternet Kaynakları

Basedow J./ Metzger, A. / Schwarz, S. /Blobel, F. /Ellgar, R. / Von Hein, J.: “Comments on the European Commission’s Green Paper on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contract Obligations into Community Instrument and its Modernization” , Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law, RabelsZ, January 2004, Vol.68, N.1 Erişim Adresi : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:52002DC0654> Erişim Tarihi: 19.06.2022

Baygın, Cem. “Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Erzincan, C.IV, A.1-2, (2000) 345-377. Erişim adresi <https://hukukdergi.ebyu.edu.tr/?p=843> , Erişim tarihi: 18.05.2022.

Benli, Erman. “İhmalin Takdirinde Yeni Bir Ölçü: “Kişiselleştirilmiş Özen Ölçüsü” ” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 26(2020): 300-316. Erişim Adresi: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/55245/684606> Erişim Tarihi: 30.12.2022. (Kusur)

Daly, Joseph Leo : “International Commercial Negotiation and Arbitration,” *Hamline Journal of Public Law & Policy*, Vol .22, (2000-2001): 217 – 252 https://www.researchgate.net/publication/228124096_International_Commercial_Negotiation_and_Arbitration (erişim 20.04.2022).

Dammone, L., Alert. “Letters of Intent and Head of Terms – Binding or Not Binding”, *Commercial& Dispute Resolution*. (2008)

<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=5436baf1-6e41-4b30-a560-cb36f9f384a7> (erişim 19.02.2022).

Federal Acquisition Regulations and Defense Federal Acquisition Regulations. Son Güncelleme 28 Nisan 2022. <https://www.acquisition.gov/browse/index/far>, <https://www.acquisition.gov/dfars>

Gerçel, H. Müzakere Teknikleri. Erişim Adresi: <http://j371xq.blu.livefilestore.com/pps> Erişim Tarihi: 19 Kasım 2007

Girolamo, Debbie De. The Negotiation Process: Exploring Negotiator Moves Through a Processual Framework”, 28 Ohio State Journal on Dispute Resolution, 2013. Erişim Adresi: <https://core.ac.uk/download/pdf/159556694.pdf> Erişim Tarihi: 5 Eylül 2021.

Hage -Chahine, Najib: “Culpa in Contahendo in European Private International Law: Another Look at Article 12 of the Rome II Regulation”, *Northwestern Journal of International Law&Business*, Vol.32, Issue 3, 2012, 451 – 540 Erişim Adresi: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1025&context=njilb> Erişim Tarihi: 11.09.2022

ICC Model Confidentiality Agreement – ICC Model Confidentiality Clause, Art.2 Option A., ICC Publicaiton, No:664, Paris, 2006. Erişim Adresi : <http://www.bauerreis.com/wp-content/uploads/2020/01/ICC-Model-Confidentiality-agreement.pdf> Erişim Tarihi: 30.04.2022

Iftime, Emenuela. “Good Faith In Greek Civil Code”. *Journal of Public Administration, Finance and Law*, Special Issue 2(2015):133- 141. Erişim Adresi: https://www.jopafll.com/uploads/special-issue-22015/GOOD_FAITH_IN_GREEK_CIVIL_CODE.pdf Erişim Tarihi: 24.04.2022

Küflü, Arzu ve Bülent Ecevit Beyoğlu. “Savunma Sanayii Müsteşarlığının (SSM) Tedarik Faaliyetleri ve Hukuki Çerçeve”. *Dış Denetim Dergisi*, 2010 Sf. 112-113, Erişim Adresi: <https://docplayer.biz.tr/7121567-Savunma-sanayii-mustesarliginin-ssm-tedarik-faaliyetleri-ve-hukuki-cerceve.html> Erişim Tarihi: 25.09.2021

Lake, Ralph. B. “Letters of Intent: A Comparative Examination Under English, U.S., French and West German Law”. 18 George Washington Journal of International Law and Economics, (1984-1985):331-354,332., <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/gwilr18&div=19&id=&page=>

Milli Savunma Bakanlığı (MSB),. Savunma Sanayi Dış İlişkiler Dairesi Başkanlığı, Erişim Adresi: <https://msb.gov.tr/SSD%C4%B0/icerik/savunma-sanayi-dis-iliskilerdaresi-baskanligi> Erişim Tarihi: 17.04.2022

North Atlantic Treaty Organization (NATO). Security Within The North Atlantic Treaty Organization, C-M(2002)49-REV1, , Enclosure G, 1, 6, 22. Son Güncelleme 20 Kasım,2020 [https://www.nbf.hu/docs/C-M\(2002\)49-REV1.pdf](https://www.nbf.hu/docs/C-M(2002)49-REV1.pdf)

North Atlantic Treaty Organization (NATO). Security Within the North Atlantic Treaty Organization, C-M(2002)49-REV1., Directive On Personnel Security, AC/35-D/2000 REV8. Son Güncelleme 25 Kasım, 2020 https://www.nbu.cz/download/AC_35-D_2000_REV8_znackaNBU.pdf

Özkan, Ömer. “Uluslararası Ticari Sözleşmelerin Hazırlanmasında Dikkat Edilecek Hususlar”. Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler e- Dergisi, 4/10 (2004): 1-49/3. Erişim Adresi: <https://arastirmax.com/en/system/files/dergiler/9383/makaleler/4/arastirmax-uluslararasi-ticari-sozlesmelerin-hazirlanmasinda-dikkat-edilecek-hususlar.pdf> Erişim Tarihi12.08.2009.

Savunma Sanayii Başkanlığı. Tarihçemiz, Erişim 15 Nisan, 2021. <https://www.ssb.gov.tr/WebSite/contentlist.aspx?PageID=47&LangID=1>,

The Law Of Contract, The General Regime Of Obligations, And Proof Of Obligations, The new provisions of the Code civil created by Ordonnance n° 2016-131 of 10 February 2016 translated into English John Cartwright, Bénédicte Fauvarque-Cosson, http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/THE-LAW-OF-CONTRACT-2-5-16.pdf

Kararlar

Rekabet Kurumu Başkanlığı, Rekabet Kurulu Kararı, D.N.: 2019-2-10, K.S. 19-22/347-145 K.T.: 20.06.2019, Harris Case; D.N.: 2019-2-041, K.S.:20-01/7-4, K.T.: 02.01.2020.

Rekabet Kurumu Başkanlığı, Rekabet Kurulu Kararı, D.N.: 2002-2-44, K.S.: 02-62/774-316, K.T.: 11.10.2002, ASELSAN.

Y.2.HD. T. 1.7.1974 E.K. 2237/2143

Y. 19. HD. E. 2005/2865, K. 2005/11959, T. 1.12.2005

Y.13.HD.,E.1995/9375,K.1995/9860,T.13.11.1995

ÖZGEÇMİŞ

Büşra Nur TİRE 2018 yılında Ankara Barosu nezdinde Avukatlık stajına başlamış, 2020 yılında aynı baro nezdinde Avukatlık mesleğine başlamıştır. Avukatlık mesleğine başladığı tarihten itibaren savunma sanayiinde faaliyet gösteren şirketler grubunun ikinci hukuk müşaviri görevini yürütmektedir. Savunma Sanayii Hukuku'nun yanı sıra Ticaret Hukuku, Şirketler Hukuku, Uluslararası Ticaret Hukuku, Ticari Tahkim, Sözleşmeler Hukuku ve İş Hukuku alanlarında çalışmalar yürütmektedir.

İyi düzeyde İngilizce, başlangıç düzeyinde Almanca ve başlangıç düzeyinde Arapça bilmektedir.

