

T.C.
BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

GARANTİ SÖZLEŞMELERİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN

Burcu ASLAN

ANKARA –2020

T.C.
BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

GARANTİ SÖZLEŞMELERİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN

Burcu ASLAN

TEZ DANIŞMANI

PROF. DR. FİKRET EREN

ANKARA –2020

BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı çerçevesinde Burcu Aslan tarafından hazırlanan bu çalışma, aşağıdaki jüri tarafından Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Tez Savunma Tarihi: 08/01/2020

Tez Adı: Garanti Sözleşmeleri

Tez Jüri Üyeleri (Unvanı, Adı - Soyadı, Kurumu)

İmza

Prof Dr.Fikret EREN (Danışman) BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

Doç.Dr. Zeynep İpek Yücer AKTÜRK BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

Dr. Öğr. Üyesi Ünsal Dönmez YILDIZLI BEHAZİT
ÜNİVERSİTESİ HUKUK
FAKÜLTESİ



ONAY

Prof. Dr. İpek KALEMCİ TÜZÜN

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

Tarih: ... / ... /

BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS TEZ ÇALIŞMASI ORİJİNALLİK RAPORU

Tarih: 10/01/2020

Öğrencinin Adı, Soyadı: BURCU ASLAN
Öğrencinin Numarası: 21620253
Anabilim Dalı: Özel Hukuk
Programı: Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans
Danışmanın Unvanı/Adı, Soyadı: Prof. Dr. Fikret EREN
Tez Başlığı: Garanti Sözleşmeleri

Yukarıda başlığı belirtilen Yüksek Lisans/Doktora tez çalışmamın; Giriş, Ana Bölümler ve Sonuç Bölümünden oluşan, toplam 115 sayfalık kısmına ilişkin, 03/12/2019 tarihinde tez danışmanın tarafından turnitin adlı intihal tespit programından aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 19'dır. Uygulanan filtrelemeler:

1. Kaynakça hariç
2. Alıntılar hariç
3. Beş (5) kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

"Başkent Üniversitesi Enstitüleri Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Usul ve Esaslarını" inceledim ve bu uygulama esaslarında belirtilen azami benzerlik oranlarına tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Öğrenci İmzası:



ONAY

Tarih: 10/01/2020

Öğrenci Danışmanı Unvan, Ad, Soyad, İmza:

Prof. Dr. Fikret EREN



ÖZET

Ticari hayatın gelişmesi ve iş hacminin artması ile sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirileceğine dair güvence sağlayan teminat sözleşmeleri ön plana çıkmıştır. Garanti sözleşmesi uygulamada en çok karşılaşılan teminat sözleşmelerinden biri olmasına karşın, ülkemizde kanuni bir düzenlemeye konu olmamıştır. Bu sözleşmelerin hukuki niteliği, tanımı, unsurları, hüküm ve sonuçları, Yargıtay içtihatları ve doktrinde ileri sürülen görüşler doğrultusunda şekillenmiştir. Yargıtay, banka teminat mektuplarını uzun bir süre kefalet olarak nitelendirmiş, daha sonra vermiş olduğu kararlarda ise bu mektupların garanti sözleşmesi niteliğinde olduğunu kabul etmiştir. Çalışmamızın amacı, uygulamada sıklıkla karşımıza çıkan garanti sözleşmeleri hakkındaki tartışmalı konuların ele alınarak, aydınlatılmasıdır.

Anahtar Kelimeler: Garanti sözleşmesi, garanti, banka teminat mektupları

ABSTRACT

Contracts of guarantee which assure that the contractual obligations to be fulfilled, came into prominence as a result of the improvement in business life and the increase in work load. Although the contract of guarantee is one of the most common regarding the practices within this category of contracts, it hasn't been subjected to legal regulation in our country. The legal characteristic, definition, components, adjudgements and consequences of guarantee contracts have been shaped by the practices of the supreme court and suggestions in the doctrine. High court of appeal have regarded the bank letters of guarantee as surety bond, later approving these letters as contracts of guarantee with its own decree. The aim of our work is to handle and shed light on the controversial topics dealt frequently in our practices regarding the contracts of guarantee.

Keywords: Contracts of guarantee, guarantee, Letter of guarantee

İÇİNDEKİLER

ÖZET	i
ABSTRACT	ii
İÇİNDEKİLER.....	iii
KISALTMALAR.....	x
KAYNAKÇA.....	xi
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TEMİNAT KAVRAMI, GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ, TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE UNSURLARI

§1. TEMİNAT KAVRAMI VE TEMİNAT SÖZLEŞMESİ TÜRLERİ	3
I. AYNİ TEMİNAT SÖZLEŞMELERİ.....	3
II. ŞAHSİ TEMİNAT SÖZLEŞMELERİ.....	4
§ 2. GARANTİ SÖZLEŞMESİ.....	5
I. TARİHİ GELİŞİMİ	5
II. TANIMI	6
A. Stammler Tarafından Yapılan Tanım	6
B. Türk Hukukunda Yapılan Tanımlar	7
C. Değerlendirmemiz	9
III. HUKUKİ NİTELİĞİ.....	9
A. Garanti Sözleşmesinin Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme Niteliğinde Olduğu Görüşü.....	11

B. Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenmenin Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olduğu Görüşü.....	11
C. Garanti Sözleşmesinin Kendine Özgü (Sui Generis) Yapısı Olan Bir Sözleşme Olduğu Görüşü.....	13
D. Değerlendirmemiz.....	14
IV. UNSURLARI	15
A. Garanti Alanı Belli Bir Hareket Tarzına Yönelmek Amacı.....	15
B. Garanti Alanın Hareket Tarzından Doğacak Tehlikenin (Riskin) Üstlenilmesi..	18
C. Bağımsız Yükümlülük Altına Girme	23
D. İvazsızlık	25

İKİNCİ BÖLÜM

GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI, TARAFLARI, TÜRLERİ VE BENZER KURUMLARDAN FARKI

§ 3. GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI, TARAFLARI VE GEÇERLİLİK KOŞULLARI.....	28
I. KURULMASI.....	28
II. TARAFLAR.....	29
A. Garanti Veren (Garantör)	29
B. Garanti Alan	30
C. Lehdar	30
III. GEÇERLİLİK KOŞULLARI	30
A. Şekil.....	32
B. Ehliyet.....	34
§ 4. GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN TÜRLERİ.....	35

I. TEMİNATI AMAÇLAYAN (KEFALET BENZERİ) GARANTİ SÖZLEŞMELERİ	35
II. SAF (YÖNELTMEYİ AMAÇLAYAN) GARANTİ SÖZLEŞMESİ	37
A. Temettü Garantileri	39
B. Yap, İşlet Devret Modelinde Gelir Garantileri.....	41
C. Diğer Gelir ve Kâr Garantileri	42
D. Zararın Giderilmesi ve Açığı Kapama Garantisi	43
E. İpotek Garantisi	44
§ 5. BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI	45
I. Genel Olarak	45
II. Hukuki Niteliği.....	46
III. Türleri	48
A. Ödeme Talebinin Şekline Göre Yapılan Ayrım	48
1. İlk Talepte Ödeme Kaydı İçeren Teminat Mektupları	48
2. Şarta Bağlı Teminat Mektupları	48
B. Konusuna Göre Yapılan Ayrım	49
1. Geçici Teminat Mektubu	49
2. Kesin Teminat Mektupları	49
3. Avans Teminat Mektupları	50
C. Süresine Göre Yapılan Ayrım.....	50
1. Süreli (Vadeli) Teminat Mektupları	50
2. Süresiz (Vadesiz) Teminat Mektupları.....	50
§ 6. GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN BENZER SÖZLEŞME TÜRLERİNDEN AYIRT EDİLMESİ.....	51
I. KEFALET SÖZLEŞMESİNDEN AYIRT EDİLMESİ.....	51
A. Genel Olarak	51

B. Kefalet ve Garanti Sözleşmesi Arasındaki Farklar	52
1. Aslilik- Ferilik.....	52
2. Def'i ve İtirazların İleri Sürülmesi.....	52
3. Rücu Hakkı (Halefiyet İlişkisi).....	53
4. İfayı Kabule Zorlama.....	54
5. Borçtan Kurtarılmayı İsteme Hakkı	54
C. Garanti ve Kefalet Sözleşmesi Ayırımında Kullanılan Kıstaslar	55
1. Genel Olarak	55
2. Temel Kıstaslar.....	56
a. Aslilik- Fer'ilik Kıstası	56
<u>a.1.</u> Temel Borç İlişkisine Atıfta Bulunulması	57
<u>a.2.</u> Defi ve İtirazların İleri Sürülmesinden Vazgeçilmesi	57
<u>a.3.</u> Sözleşmede 'İlk Talepte Ödeme' Kaydının Yer Alması	58
<u>a.4.</u> Ödemenin Belli Bir Edimin Yerine Getirilmediğini veya İfa Edilmediğini Tespit Eden Bir Belge Karşılığında Olacağına Belirtilmesi .	59
<u>a.5.</u> Edimin Kusurlu Olarak Yerine Getirilmemesi Şartına Bağlı Bir Taahhütte Bulunulması.....	60
<u>a.6.</u> Lehine Teminat Verilen Borçlunun Yükümlülüğünü Aşan Bir Taahhütte Bulunulması.....	60
<u>b.</u> Menfaat Kıstası.....	61
<u>c.</u> Kişiyeye Yönelik İlgi Kıstası.....	62
<u>d.</u> Aynen İfa Yükümlülüğü-Tazminat Yükümlülüğü Kıstası	63
<u>e.</u> İvaz Kıstası	64
<u>f.</u> Şüphe Halinde Kefaletin Bulunduğu Karinesi.....	64
3. Yan Kıstaslar	65

4. Kefalet ve Garanti Ayırımında Kullanılacak Kıstasların Somut Olaya Uygulanmasına İlişkin Olarak 04. 07. 2001 Tarih ve E. 2001/19-534 K. 2001/583sayılı Hukuk Genel Kurulu Kararının İncelenmesi	66
II. MÜTESELSİL BORÇLULUKTAN AYIRT EDİLMESİ	69
A. Genel Olarak	69
B. Garanti Sözleşmesi ile Müteselsil Borçluluğun Farkları.....	71
III. BORCA KATILMADAN AYIRT EDİLMESİ	71
IV. Avalden Ayırt Edilmesi.....	72
A. Genel Olarak	72
B. Garanti Sözleşmesi ile Aval'in Farkları	73
V. ŞARTA BAĞLI BAĞIŞLAMADAN AYIRT EDİLMESİ.....	74
A. Genel Olarak	74
B. Garanti Sözleşmesi ile Şarta Bağlı Bağışlamanın Farkları.....	75
VI. VEKALETTEN AYIT EDİLMESİ.....	75
A. Genel Olarak	75
B. Garanti Sözleşmesi ile Vekalet Sözleşmesinin Farkları	76
VII. SIGORTA SÖZLEŞMESİNDEN AYIRT EDİLMESİ.....	76
A. Genel Olarak	76
B. Garanti Sözleşmesi ile Sigorta Sözleşmesinin Farkları	77
VIII. İTİBAR (KREDİ) EMRİNDEN AYIRT EDİLMESİ.....	78
A. Genel Olarak	78
B. Garanti Sözleşmesi ile İtibar Emrinin Farkları	78
IX. ÖDÜNÇTEN AYIRT EDİLMESİ.....	79

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI ZAMANAŞIMI VE SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ

§ 7. GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI	81
I. GENEL OLARAK.....	81
II. TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ.....	82
A. Garanti Verenin Hak ve Yükümlülükleri	82
1. Garanti Verenin Riskin Gerçekleştiğinin İspat Edilmesini İsteme Hakkı.....	82
2. Garanti Verenin Edimini Temin Ettiği Üçüncü Kişiyeye Rücu Hakkı.....	85
a. Vekaletsiz İş Görmeye Dayanan Rücu Hakkı.....	88
b. Sebepsiz Zenginleşmeye Dayanan Rücu Hakkı.....	90
3. Garanti Verenin Garanti Edilen Tutarı Ödeme Yükümlülüğü.....	91
a. Genel Olarak.....	91
b. Borcun Niteliği Ve Kapsamı.....	92
c. Borcun Muaccel Olması.....	95
4. Garanti Bedelinin Ödenmesi Talep Edildiğinde Talep Şartlarının Gerçekleştiğini ve Gerekli Belgelerin İbraz Edildiğini İnceleme Yükümlülüğü.....	96
B. Garanti Alanın Hak Ve Yükümlülükleri.....	98
C. Lehdarın Hak Ve Yükümlülükleri.....	98
1. Komisyon ve Sair Masrafları Ödeme Yükümlülüğü.....	99
2. Rücu Edilen Miktarı Ödeme Borcu.....	100
§ 8. GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ	101
I. GENEL OLARAK.....	101
II. BORCUN SONA ERME SEBEPLERİ.....	103
A. Garanti Edilen Sonucun Gerçekleşmesi.....	103

B. Garanti Alanın Garanti Vereni İbra Etmesi.....	103
C. Garanti Veren Veya Alanın Başka Bir Alacağı İle Takas Beyanında Bulunulması	104
D. Borcun Yenilenmesi	105
III. BELİRLİ SÜRELİ GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ.....	105
IV. BELİRSİZ SÜRELİ GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ	106
§ 9. ZAMANAŞIMI.....	107
I. GENEL OLARAK.....	107
II. BELİRLİ SÜRELİ GARANTİ SÖZLEŞMELERİNDE ZAMANAŞIMI.....	109
III. BELİRSİZ SÜRELİ GARANTİ SÖZLEŞMELERİNDE ZAMANAŞIMI.....	111
SONUÇ	113

KISALTMALAR

AÜHFD	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
B	: Baskı
BATİDER	: Banka Ve Ticaret Hukuku Dergisi
bkz.	: Bakınız
C.	: cilt
dpn	: dipnot
E.	: Esas
HD.	: Hukuk Dairesi
K.	: Karar
m.	: madde
RG	: Resmi Gazete
RK	: Rekabet Kurulu
S.	:Sayı
s.	:Sayfa
T.	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
Y.	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı

KAYNAKÇA

- Aktürk Yücer, İpek** : İsimli Sözleşme Genel Teorisi Ve Uzaktan Öğretim Sözleşmesi, Ankara 2016.
- Akyazan, Sıtkı** : Tatbikatta Banka Teminat Mektuplarının Ortaya Çıkardığı Çeşitli Sorunlar, BATİDER, C. 7,S.3, 1974, s. 567-579. (Teminat)
- Akyazan, Sıtkı** : Teminat Mektuplarında Zamanaşımı, BATİDER, C. VIII, S.1, 1975,s. 1-13.(Zamanaşımı)
- Altop, Atilla** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul 1993
- Aral, Fahrettin** : Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği ve Kefaletten Farkları, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s. 131-143. (Kefaletten Farkları)
- Aral, Fahrettin / Ayrancı, Hasan** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2014.
- Arkan, Sabih** : Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu, BATİDER, C. 16, S. 4,1992, s. 59-84
- Bahtiyar, Mehmet** : Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2011
- Barlas, Nami** : Türk Hukuk Sisteminde Banka teminat Mektupları, İstanbul 1986. (Teminat Mektupları)
- Barlas, Nami** : Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi, Prof.

Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağani, C. II, İstanbul 2002, s. 937-989. (Kredi Kartı)

Canbolat, Ferhat : Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve İhtiyati Tedbirler, Ankara 2008.

Canbolat, Ferhat / Topuz, Seçkin : Kefalet ile Garanti Ayrımının Önemi ve Ayrımda Uygulanacak Kıstaslar, TBB Dergisi, S. 78, 2008.

Develioğlu, H. Murat : Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 2009.

Doğan, Elif : Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2010.

Doğan, Vahit : Banka Teminat Mektupları, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Ankara 2005.

Ekici, Akın/Durukanoğlu, Nihayet/CDCS/CITF : Türk Hukukunda Ve Bankacılık Uygulamasında Teminat Mektupları, Temmuz 2016.

Eren, Fikret : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012.

Gümüş, M. Alper : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, İstanbul 2012.

İnan, A. Naim : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2014.

- Kahraman, Zafer** : Saf Garanti Taahhütleri, İstanbul 2017.
- Kahyaoğlu, Emin Cem** : Banka Garantileri, İstanbul 1996.
- Karayalçın, Yaşar** : Ticaret Hukuku Dersleri II. Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1964
- Kayak, Sevgi** : Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt, İstanbul 2010.
- Kılıç, Mehmet** : Türk Hukukunda Borcun Üstlenilmesi, Ankara 2013.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015.
- Kocaağa, Köksal** : Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar, TBB dergisi, S. 79, 2008.
- Kocaman, Arif B.** : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 4. 7. 2001 Tarih ve E. 2001/19-534, K. 2001/583 Sayılı Kararı Üzerine Bir Değerlendirme- Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Şahsi (Kişisel) Teminatın Hukuki Niteliği: Garanti mi? Kefalet mi? Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara 2003.
- Köroğlu, Kübra** : Gerçek Kişilerin Taraf Olduğu Kefalet Benzeri Garanti Sözleşmelerinin Tabi Olduğu Geçerlilik Şartları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014.

- Nomer, N. Haluk** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, İstanbul 2012.
- Oğuzman, Kemal / Özer, Seliçi / Özdemir, Saibe Oktay** : Eşya Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2004.
- Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, Gözden Geçirilmiş 13. Bası, İstanbul 2017.
- Poray, Reha / Tekinalp, Ünal** : Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, İstanbul 2005.
- Reisoğlu, Safa** : Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2014.
- Reisoğlu, Seza** : Garanti Mukavelesi, Ankara 1963. (Garanti)
- Reisoğlu, Seza** : Garanti Sözleşmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, AÜHF Ellinci Yıl Armağanı 1925-1975, C. I, Ankara 1977, s.335-357. (Garanti Sözleşmesi)
- Reisoğlu, Seza** : Banka Teminat Mektupları Ve Kontrgarantiler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4.Baskı, Ankara 2003. (Teminat Mektupları)
- Reisoğlu, Seza** : Vadeli Teminat Mektuplarından Ötürü Bankaların Sorumlu Tutulabilecekleri Süre, Prof. Dr. Osman Fazıl Berki'ye Armağan, AÜHF Yayınları, No. 411, Ankara 1977
- Reisoğlu, Seza** : Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992. (Kefalet)
- Şahin, Turan** : Üçüncü Kişinin Edimini Taahhüt, Ankara 2010.

- Tandoğan, Haluk** : Garanti Mukavelesi (Mahiyeti ve Benzeri Hukuki Múnasebetlerden Tefriki), Ankara 1959. (Garanti)
- Tandoğan, Haluk** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, İstanbul 2010. (Borç İlişkileri)
- Taşpolat, Ali** : Banka Garantileri, İstanbul 1989.
- Tekinalp, Ünal** : Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 1988.
- Tekinay, Selahattin Sulhi/ Akman,
Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/
Altop, Atila** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul 1993.
- Turan, Gamze** : Garanti ve Kefalet Sözleşmeleri Arasındaki Farklar Ve Banka Kredi Kartı Sözleşmelerindeki Şahsi Teminatın Niteliği, TBB Dergisi, S. 66, Ankara 2006.
- Ulutaş Çelik, Esra** : Garanti Sözleşmeleri, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2014.
- Yavuz, Cevdet** : Borçlar Hukuku Dersleri (Özel hükümler), Beta Yayıncılık, 1. Bası, İstanbul 2000.
- Yener, Coşkun Hilal** : Banka Teminat Mektuplarında İlgililerin Hak ve Borçları, İstanbul 2012.
- Yenice, Özge** : Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2009.
- Yılmaz, Yasemin** : Garanti Sözleşmesi, TAAD, S. 19, Ekim 2014.

Yüce Bilgin, Melek : Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.

Zevkliler, Aydın/ Gökyayla, Emre : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12.Bası, Ankara 2013.

GİRİŞ

Ticari ilişkilerin gelişmesi ile karşılaşılabilecek riskler de çoğalmıştır. Bunun bir sonucu olarak da, taraf olunan hukuki ilişkilerde kendini güvence altına alma arzusu ön plana çıkmıştır. Gerçekten de sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi sözleşmenin diğer tarafı için telafisi olmayan zararlara yol açabilir. Bu tehlikeyi bertaraf etmesi bakımından, teminat sözleşmelerinin uygulamada oldukça fazla tercih edildiği görülmektedir.

Garanti sözleşmeleri şahsi teminat sözleşmelerinin bir türü olarak karşımıza çıkar. Bu sözleşme ilk kez Alman hukukçu Stammler tarafından tanımlanmış ve incelenmiştir. Garanti sözleşmesi en genel tanımı ile, garanti verenin, garanti alanın girişeceği bir iş veya davranış sonucu karşılaşıacağı riskleri üzerine aldığı sözleşmedir. Garanti sözleşmelerinin, teminatı amaçlayan garanti ve saf garanti olmak üzere iki türü bulunduğu kabul edilmektedir. Garanti sözleşmesinin bu iki türü arasında, garanti edilen sonuç ve üstlenilen risk bakımından farklılıklar bulunmaktadır.

Garanti sözleşmeleri ülkemizde yasal bir düzenlemeye konu olmadığından, bu sözleşmeler doktrin görüşleri ve Yargıtay içtihatları ile şekillenmiştir.

Garanti sözleşmesinin uygulamada sıklıkla başvurulmuş bir sözleşme türü haline gelmesi, bu sözleşmelerin hukuki niteliği ile ilgili tartışmaları beraberinde getirmiştir. Garanti sözleşmesinin, hukuki niteliği ile ilgili tartışmaların odak noktası, üçüncü kişinin fiilini üstlenme müessesesi olmuştur. Yargıtay uzunca bir süre banka teminat mektuplarını kefalet sözleşmesi olarak nitelendirmişse de; son yıllarda bu içtihadından vazgeçmiş ve bu mektupların garanti sözleşmesi niteliği taşıdığı kabul etmiştir¹. Yargıtayın bu içtihadı doğrultusunda, banka teminat mektuplarının garanti sözleşmesi niteliği taşıdığı konusunda büyük ölçüde görüş birliği sağlanmıştır.

¹ YİBK. 13. 12. 1967 T. E. 1966/16 K. 1967/7 K.

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, öncelikle, teminat ve teminat sözleşmesi kavramları açıklanmıştır. Sonra da garanti sözleşmesi konusuna giriş yapılarak, bu sözleşmelerin tarihi gelişimi açıklanmış ve garanti sözleşmesinin tanımı yapılmıştır. Akabinde sözleşmenin hukuki niteliği üzerinde durulmuş, tartışmalı olan hususlar ve ileri sürülen görüşler tek tek ele alınmıştır. Ardından, garanti sözleşmesinin unsurları detaylı olarak ele alınmıştır.

İkinci bölümde ise, ilk olarak, garanti sözleşmesinin kurulması, tarafları ve geçerlilik koşulları açıklanmıştır. Daha sonra, garanti sözleşmesi ile benzerlik gösteren diğer bazı hukuki kurumlar ile farkları üzerinde durulmuştur. Özellikle, teminatı amaçlayan garanti sözleşmelerinin, diğer bir şahsi teminat türü kefalet sözleşmesine yakınlığı sebebiyle, bu iki sözleşmenin farkları ve ayırında başvurulacak kıstaslar Yargıtay içtihatları ışığında detaylı olarak ele alınmıştır.

Üçüncü bölümde, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükleri incelenmiştir. Devamında da garanti sözleşmelerinin sona ermesi, belirli süreli garantiler ve belirsiz süreli garantiler olmak üzere iki ayrı başlık altında açıklanmıştır. Son olarak da, garanti sözleşmelerinde zamanaşımı konusu ele alınmış ve özellikle süreli garantilerde zamanaşımının, belirlenen süreden sonra devam edip etmeyeceği hususuna ilişkin doktrinde ileri sürülen farklı görüşler üzerinde durulmuştur.

BİRİNCİ BÖLÜM

TEMİNAT KAVRAMI, GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ, TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE UNSURLARI

Ş1. TEMİNAT KAVRAMI VE TEMİNAT SÖZLEŞMESİ TÜRLERİ

Kanun koyucu tarafından tanımlanmamış olmakla birlikte; teminat, borcun gereği gibi ifa edileceğinin garantisi olarak tanımlanabilir.

Ticari hayatın günden güne gelişmesi ile karşılaşılan riskler artmış ve bu da teminat sözleşmelerine daha sık başvurulmasına sebep olmuştur. Bir kimsenin başka bir kimse karşısında bulunduğu tehlikeyi kendi üstüne aldığı tüm sözleşmelere, teminat sözleşmesi denilmektedir. Burada tehlikeden anlaşılması gereken; gerçekleşmiş veya ileride gerçekleşmesi muhtemel ekonomik bir zarar yahut ekonomik açıdan fayda sağlayacağı beklenen bir olayın gerçekleşmemesi sonucu doğan zarardır.

Teminat, alacaklıya bir şey üzerinde aynı bir hak sağlıyorsa aynı teminattan; sadece şartları oluştuğunda talep edebileceği bir alacak hakkı veriyorsa şahsi (kişisel) teminattan söz edilir. Diğer bir ifadeyle, aynı teminat ile alacaklının, borçluya ya da üçüncü bir kişiye ait malvarlığı unsurları üzerinde herkese karşı ileri sürülebilir bir hak sahibi olması amaçlanır. Şahsi teminatlarda ise borcun ifa edilmemesi rizikosunu borçlu dışında üçüncü bir kişi tarafından üstlenilir.

Teminat sözleşmeleri, alacaklıya sağladığı teminatın niteliği bakımından, *şahsi teminat sözleşmeleri* ve *aynı teminat sözleşmeleri* olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

I. AYNİ TEMİNAT SÖZLEŞMELERİ

Aynı teminat sözleşmeleri, alacaklıya aynı bir teminat sağlar ve alacaklı herkese karşı ileri sürebileceği aynı bir hak kazanır. Aynı haklar; eşya üzerinde olan mutlak

nitelikli malvarlığı haklarıdır ². Aynı hak herkese karşı ileri sürülebilen bir hak olması sebebiyle, aynı hak sahibi diğer alacaklılara nazaran öncelikli konumdadır.

Aynı teminatın başlıca türleri arasında; taşınır rehni, taşınmaz rehni (ipotek, irat senedi, ipotekli borç senedi), alacak rehni ve ticari işletme rehni sayılabilir. Taşınır rehninde zilyetliğin alacaklıya devri kural olarak şarttır. Bunun gibi taşınmaz rehninde de tescil ile alacaklı lehine aynı hak doğmuş olacaktır. Borçlu'nun borcu vadesinde ödememesi sebebiyle rehinli alacağın tahsil edilememesi durumunda, alacaklı teminat konusu malı paraya çevirmek suretiyle tatmin edilmiş olacaktır.

Şahsi teminatlardan farklı olarak aynı teminatlar bakımından *numerus clausus* ilkesi geçerlidir.

II. ŞAHSİ TEMİNAT SÖZLEŞMELERİ

Teminat sözleşmelerinin diğer bir türü olan şahsi teminat sözleşmeleri ise, alacaklıya kişisel olarak güvence verilen sözleşmelerdir. Şahsi teminatlarda, teminat veren borçlu, borçtan bütün malvarlığı ile kişisel olarak sorumludur. Diğer bir deyişle, teminat veren, alacaklıya belirli bir eşya üzerinde aynı bir hak tanımamakta, bir üçüncü kişinin borcunu zamanında ve gereği gibi yerine getirmesini temin etmek amacıyla ortaya kişisel itibarını ve ödeme gücünü koymaktadır. Şahsi teminattan doğan hakkın muhatabı teminat veren olup, alacaklı bu hakkını sadece teminat verenden talep edebilir.

Şahsi teminatların türleri arasında; kefalet, garanti, sigorta sözleşmeleri ile itibar emri ve belgeli akreditif sayılabilir.

² Oğuzman, Kemal / Özer, Selçü / Özdemir, Saibe Oktay, Eşya Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2004, s. 2.

§2. GARANTİ SÖZLEŞMESİ

Garanti, sözleşmesel bir taahhüttür. Şahsi teminat sözleşmelerinin bir türü olan garanti sözleşmeleri kanunda özel olarak düzenlenmiş değildir. Bu sözleşme tipinin kanunda düzenlenmemiş olması, hangi hukuki müesseseye yakın olduğuna ilişkin tartışmaların doğmasına sebep olmuştur.

Günümüzde *garanti sözleşmesi* tabiri, genel olarak teminat anlamında ki *garanti* sözcüğünden ayrı, bağımsız ve özel bir teminat türünü ifade etmektedir³. Garanti sözleşmelerinin saf garanti ve teminatı amaçlayan (kefalet benzeri) olmak üzere iki türü bulunmaktadır. Her iki garanti sözleşmesi bakımından da sözleşmeye tipini veren ortak ve tek yapısal unsur ‘belirli bir rizikonun garanti alan tarafından bağımsız olarak üstlenilmesidir⁴.’

I. TARİHİ GELİŞİMİ

Ticari hayatın gelişmesi ve karşılaşılan risklerin de artması sebebiyle, daha çok uygulama alanı bulan garanti sözleşmelerinin ilk örneklerinin Roma hukukunda görüldüğü ve bu taahhütlerin *Promissio Indemnitas* olarak adlandırıldığı kabul edilmektedir⁵. Roma hukukunda *promissio indemnitas*, herhangi bir muameleden görülmesi muhtemel olan bir zararın tazmin edileceğine dair başka bir kimsenin yaptığı taahhüt şeklinde tanımlanmaktadır⁶.

Garanti sözleşmeleri modern hali ile, ilk olarak 18. yy’da Fransa’da ortaya çıkmıştır. Fransa’da devlet, teşebbüslere kredi imkanı sağlamak ve fazla kar getirmeyen, ancak toplum için gerekli olan bazı işlerin görülmesini sağlamak amacıyla belirli oranlarda

³ **Reisoğlu, Seza**, Garanti Mukavelesi, Ankara 1963, s. 4-5.

⁴ **Gümüş, M. Alper**, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, İstanbul 2012, s. 447.

⁵ **Kahraman, Zafer**, Saf Garanti Taahhütleri, İstanbul 2017, s. 1.

⁶ **Canbolat, Ferhat**, Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve İhtiyati Tedbirler, Ankara 2008, s. 6.

faiz ve temettü garantileri vermeye başlamıştır⁷. İlk kez Fransa’da ortaya çıkan faiz ve temettü garantileri, 18 yy sonlarına doğru diğer Avrupa ülkelerine de yayılmıştır.

Almanya’da özel hukuk alanında da uygulama alanı bulan garanti sözleşmelerinin hukuki yapısı, ilk olarak Alman hukukçu Rudolf Stammler tarafından incelenmiştir. Stammler ‘*Der Garantievertrag*’ isimli makalesinde, garanti sözleşmelerini tanımlamış ve bu sözleşmenin hukuki niteliği ile unsurlarını ortaya koymuştur. Alman yazar, garanti sözleşmesini Roma Hukukunun *promissio indemnitas* müessesesine dayandırmıştır⁸. Stammler’in bu sözleşmeyi ilk olarak ele aldığı zamanlarda hazırlanmakta olan Alman Medeni Kanunu (BGB)’nda, garanti sözleşmelerinin düzenlenip düzenlenmeyeceği hususu tartışılmış, ancak bu sözleşmenin diğer bütün teminat sözleşmelerini de kapsar biçimde geniş bir kapsama sahip olduğu gerekçesiyle, Alman Medeni Kanununda düzenlenmemesi sonucuna varılmıştır⁹. Garanti sözleşmeleri, zaman içerisinde Türk Hukukunda da uygulanmaya başlamıştır. Ancak diğer yabancı hukuklarda olduğu gibi bizim hukukumuzda da pozitif bir düzenlemeye konu olmamıştır.

II. TANIMI

A. Stammler Tarafından Yapılan Tanım

Garanti sözleşmeleri tarihte ilk kez Stammler tarafından incelenmiş ve tanımlanmıştır. Bu tanıma göre; ‘*garanti taahhüdü ile bir kişi, başkasının kazanç amacı güden teşebbüsüne, bu teşebbüse bağlı olan tehlikelerin tamamını veya belli bir kısmını akdi ve ivazsız olarak yüklenmek suretiyle yardım ve teşvik amacını güder*’. Stammler tarafından yapılan bu tanım yetersizliği ve garanti sözleşmesinin ‘bağımsız olma’ unsurunu ihtiva etmediği gerekçeleriyle doktrinde bazı açılardan eleştirilmiştir. Garanti sözleşmelerinin varlığı ve devamı, diğer teminat sözleşmelerinden farklı olarak, asıl borca bağlı değildir. Diğer bir ifadeyle, kefalet sözleşmelerinde kefilin borcu asıl borca bağlı ferî

⁷ Kahraman, s. 2.

⁸ Kahyaoglu, Emin Cem, Banka Garantileri, İstanbul 1996, s. 5.

⁹ Canbolat, s. 7.

bir borç iken, garanti verenin borcu asıl borçtan bağımsızdır. Stammler tarafından yapılan tanımda ise bu hususa hiç yer verilmemiştir.

Stammler'in yapmış olduğu tanımda belirttiğinin aksine, garanti edilen davranışın mutlaka kazanç amacı gütmesi de gerekmez¹⁰. Manevi kazanç elde etmek için de bir davranışın garanti edilmesi mümkündür. Ancak, garanti edilen faaliyette kazanç amacı güdülmese dahi, riskin gerçekleşmesi halinde garanti veren, sözleşmede kararlaştırılan meblağı ya da zararı karşılayacaktır¹¹.

Bize göre de Stammler tarafından yapılan bu tanım garanti sözleşmesinin günümüzde ki kapsamını karşılamadığı gibi; sözleşmenin esaslı unsurlarını da tam olarak içermeyen, eksik bir tanımdır.

B. Türk Hukukunda Yapılan Tanımlar

Garanti sözleşmesi kanunda düzenlenmediğinden, bu sözleşmenin tanımı doktrinde ileri sürülen görüşler doğrultusunda şekillenmiştir. Doktrinde garanti sözleşmelerinin tanımı ile ilgili olarak görüş birliği sağlanamadığından, yapılan tanımlara ayrı ayrı değinmek gerekecektir. Nitekim sözleşmenin tanımı, unsurların ve hukuki niteliğin tespiti bakımından önemlidir.

Reisoğlu'na göre¹²; *'garanti mukavelesi ile garanti veren, garanti alandan bir ivaz elde etmek için değil, fakat onu bir teşebbüse sevk etmek gayesi ile, müstatkil olarak teşebbüsün tehlikesini üzerine alır.'*

Eren'e göre¹³, garanti verenin bir ivaz elde etmek kastı olmaksızın garanti alanı, bir teşebbüse sevk etmek amacı ile teşebbüsün tehlikesini bağımsız olarak üzerine aldığı

¹⁰ Kahraman, s. 8.

¹¹ Reisoğlu, (Garanti), s. 7.

¹² Reisoğlu, (Garanti), s. 9.

sözleşmeye garanti sözleşmesi denir. Bir kamu kuruluş veya belediyenin bir şirketi, bir ilde doğal gaz veya metro işletmeleri kurmaya sevk etmek için, zarar etmesi halinde bu zararı üstlenmeyi taahhüt etmesi garanti sözleşmesine örnek olarak gösterilebilir¹⁴.

Tandoğan¹⁵, garanti sözleşmesini her iki türünü de kapsayacak şekilde şöyle tanımlamıştır: *'Garanti sözleşmesi, garanti alanın belli bir davranışa girişmesinden veya kendisiyle borç ilişkisine girdiği bir üçüncü kişinin edimini yerine getirmemesinden doğan zarar tehlikesini, garanti verenin bağımsız bir taahhütle üzerine aldığı sözleşmedir.'*

Gümüş'e göre¹⁶ ise, *'garanti sözleşmesi, garanti verenin, garanti alanın karşı karşıya olduğu belirli bir ekonomik rizikoyu, bağımsız olarak sorumlu olacak şekilde üzerine almayı taahhüt ettiği sözleşmedir.'* Yazar, garanti sözleşmesinin tanımında, sevk ve teşvik etme amacına yer vermeme sebebini, mevcut ve doğmuş alacakları güvence altına almak için verilen garantilerde, alacaklıyı sevk ve teşvik etme amacı güdülmeyeceği ve alacaklının zaten bir borç ilişkisine girdiği şeklinde açıklamıştır¹⁷. Kefalet benzeri (teminat amaçlı) garanti sözleşmelerinde yazarın açıkladığı gibi olsa da; garanti sözleşmelerinin bir diğer türü olan saf garanti taahhütleri bakımından sevk ve teşvik amacı esaslı unsurlardan biri olduğundan bu tanım yeterli değildir.

Tekinalp¹⁸ diğer yazarlara nazaran daha geniş kapsamlı şu şekilde bir tanım yapmıştır: *'En geniş anlamı ile garanti sözleşmesi, garanti edenin, garanti, verdiği kişiye belli bir ekonomik başarıyı veya onun devamını veya belli bir tehlikenin gerçekleşmeyeceğini vaad ve vaadinin aksinin gerçekleşmesi halinde bundan doğan sorumluluğu yüklediği tek taraflı bir borç sözleşmedir.'*

¹³ **Eren, Fikret**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012, s. 1153.

¹⁴ **Eren**, s. 1154.

¹⁵ **Tandoğan, Haluk**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2010, s.809.

¹⁶ **Gümüş**, s. 447.

¹⁷ **Gümüş**, s. 450.

¹⁸ **Tekinalp, Ünal**, Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 1988, s. 368.

Yargıtay'a göre ise, garanti sözleşmesi, '*bir kimsenin ferî olmayan bir mukavele ile başkasına bir teşebbüsün belirli bir sonuca ulaşacağını garanti etmesidir*¹⁹.' Bizce bu tanım garanti sözleşmelerinin rizikoyu üstlenme unsuruna değinmeyen, basit ve yetersiz bir tanımdır. Yargıtay sonraki tarihli kararlarında, garanti sözleşmesini tanımlarken risk unsuruna da yer vermiştir.

C. Değerlendirmemiz

Bize göre; garanti sözleşmesi, garanti verenin, garanti alanı belli bir davranışa sevk ve teşvik etmek amacıyla bu davranışının sonucundan doğacak olan rizikoyu üstlenmeyi taahhüt ettiği veya üçüncü bir kişinin edimini hiç veya gereği gibi ifa etmemesinden doğan zarar tehlikesini bağımsız olarak üzerine aldığı sözleşmedir.

III. HUKUKİ NİTELİĞİ

Garanti sözleşmesinin hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Garanti sözleşmesi, kanunda düzenlenmemiş isimsiz bir sözleşmedir. Şahsi teminat sözleşmelerinin bir türü olan garanti sözleşmesi, bağımsız ve asli nitelik taşımaktadır. Diğer bir ifadeyle, garanti verenin taahhüdü, başkaca bir hukuki ilişkiye bağlı değildir.

Garanti sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, edimler arasında karşılık ilişkisi bulunmamaktadır. Garanti sözleşmesi ile sadece garanti veren yükümlülük altına girmektedir. Buna karşın, belirli bir süre içinde garanti alanın harekete geçmesi veya arzu edilen sonuç için gerekli davranışlarda bulunması şartıyla, garanti verenin rizikoyu üstleneceğinin kararlaştırılmış olması da mümkündür²⁰.

¹⁹ YİBK. 11. 6. 1969 T. E. 1969/4 K. 1969/6.

²⁰ Reisoğlu (Garanti), s. 47.

Garanti sözleşmesi kural olarak ivazsız olmakla birlikte, istisnai hallerde sözleşmede ivaz kararlaştırılabilir. Burada önemli olan, amacın, ivaz sağlamak değil, karşı tarafı bir işe girişmeye sevk ve teşvik etmek olmasıdır. İvaz sağlamak esas gayeyi teşkil ediyorsa, sözleşme garanti sözleşmesi niteliği taşımayacaktır²¹. Garanti sözleşmelerinde garanti veren rizikoyu, garanti alanı belli bir hareket veya faaliyette bulunmaya sevk etmek için üstlenmektedir.

Garanti sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda öğretilerde üç ayrı görüş bulunmaktadır. Tartışmalar TBK m. 128'in garanti sözleşmelerine ilişkin genel bir hüküm mü yoksa garanti sözleşmesinin özel bir tipini düzenleyen bir hüküm mü olduğu noktasında yoğunlaşmıştır. TBK m.128'e göre, *'üçüncü bir kişinin fiilini başkasına karşı üstlenen, bu fiilin gerçekleşmemesinden doğan zararı gidermekle yükümlüdür'*. İlgili kanun maddesinde, üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin tanımına yer verilmediği görülmektedir.

Eren'e göre üçüncü kişinin edimini taahhüt, *'sözleşme niteliğinde olan üçüncü kişinin edimini taahhüt kurumu taahhüt edenin, lehine taahhütte bulunulana (sözleşmenin diğer tarafına) üçüncü kişinin bir edimde bulunacağını, üçüncü kişinin bu edimi yerine getirmediğinde bundan doğan zararı kendisinin tazmin edeceğini taahhüt etmesidir'*²².

Bir başka tanıma göre, *'karşılıklı ve birbirine uygun iradeleri ile iki kişinin yapmış oldukları akdin konusunun, borçlu olmayan bir üçüncü şahıs tarafından meydana getirilecek edaya taalluk etmesine üçüncü şahsın edimini taahhüt denir'*²³.

²¹ **Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak**, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel hükümler), 15. Baskı, İstanbul 2018, s. 708.

²² **Eren**, s. 1153.

²³ **İnan, A. Naim**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2014, s. 511.

A. Garanti Sözleşmesinin Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme Niteliğinde Olduğu Görüşü

Türk hukukunda baskın olan bu görüşe göre, TBK m. 128 ile hükme bağlanan üçüncü kişinin fiilini üstlenme müessesesi, garanti sözleşmesinden başka bir şey değildir. Bu görüşü savunanlara göre, üçüncü kişinin fiilini üstlenme ile garanti sözleşmesi birbiriyle örtüşen kurumlardır ve TBK m. 128 hükmü garanti sözleşmelerini de düzenlemektedir. Bu görüşü savunan bir kısım yazar tarafından, TBK m. 128'de hükme bağlanan üçüncü kişinin fiilini üstlenme kurumunun sadece teminatı amaçlayan garanti sözleşmelerini düzenlediği savunulmuştur²⁴.

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme ile garanti sözleşmesi arasında fark görmeyen bu görüşün savunucuları, bu kurumun bir sözleşme olmasından dolayı borçlar kanununun genel hükümleri arasında düzenlenmesini eleştirmektedirler²⁵.

Yargıtay'ın, garanti sözleşmesinin üçüncü kişinin fiilini üstlenme niteliği taşıdığına dair kararları bulunmaktadır²⁶.

B. Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenmenin Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olduğu Görüşü

Doktrinde, üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin, garanti sözleşmesinin özel bir türü

²⁴ **Kayak, Sevgi**, Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt, İstanbul 2010, s. 63.

²⁵ **Tandoğan** (Borç İlişkileri), s. 848.

²⁶ **YİBK T. 11. 06. 1969 E. 1969/4 E K. 1969/6; Yarg. 13. HD. 04. 04. 2003 T. E. 2002/12569 K. 2003/3985:** ' . . . Anılan yasa maddesi uyarınca sözleşme yorumlandığında; davalının, gayrimenkullerin tapusunun davacıya verilmemesinin rizikosunu (tehlikesini) davacıya karşı bağımsız ve asli bir taahhüt olarak yükümlendiği, diğer bir anlatımla dava dışı kişilerin tapuları devir etmemeleri nedeniyle ortaya çıkacak zararın riskini müstalil bir sözleşme ile garanti ettiği duraksamaya yer olmayacak şekilde anlaşılmaktadır. O nedenle, sözleşmenin hukuki mahiyeti itibarıyla BK. nun 110. Maddesinde sözü edilen üçüncü şahsın fiilini taahhüt niteliğinde bir garanti sözleşmesi olduğu açıktır. ' ; **Yarg. 15. HD. 09. 07. 2012 T. E. 2011/6750 K. 2012/5214.**

olduğunu ileri süren yazarlar bulunmaktadır²⁷.

Bu görüşün savunucularından Eren'e göre²⁸, üçüncü kişinin fiilini üstlenme garanti sözleşmesinin bir türü olarak kabul edilebilecekse de, garanti sözleşmesi, üçüncü kişinin fiilini üstlenme kurumundan çok daha geniş kapsamlıdır.

Yargıtay, üçüncü kişinin üstlenme sözleşmesinin, garanti sözleşmesinin bir türü olduğuna ilişkin olarak vermiş olduğu bir kararında şöyle demiştir²⁹: '*... İçtihadı Birleştirme Kararları uygulama ve bilimsel görüşlerin ışığında üçüncü kişinin edimini taahhüt sözleşmesinin, garanti sözleşmesinin bir türü olduğu, taahhüde konu olan edime ilişkin sözleşme şekle tabi olsa dahi, kendisinin şekle tabi bulunmadığı, taahhütte bulunmanın kendi fiilini değil, üçüncü kişinin verme, yapma veya yapmama gibi bir fiilini taahhüt etmekte bulunduğu, bu taahhüdün, üçüncü kişinin yerine gecilerek yapılmasına yönelik değil, üçüncü kişinin edimini yerine getirmemesi halinde lehine taahhütte bulunulmanın zararının, eğer kararlaştırılmış değil ise, müsbet zarar olarak tazminine yönelik olduğu, üçüncü kişi ile lehine taahhütte bulunulan arasında oluşacak hukuki ilişkiden tamamen bağımsız nitelik taşıdığı, buna bağlı olarak üçüncü kişinin borcunun hükümsüz olmasının, bu fiilin taahhüt edilmesini kural olarak hükümsüz kılmayacağı gibi, özellikleri gözetildiğinde, davalı bankanın üçüncü kişiye ait olan apartman dairelerinin süre sonunda üçüncü kişi tarafından mülkiyetlerinin davacıya intikalini sağlamayı başlangıçta taahhüt ettiğinin kabulü gerekmekte, taraflar arasında oluşan sözleşmenin, koşulları B. K. 'nun 110. maddesinde düzenlenen (başkasının fiilini taahhüt) sözleşmesi niteliğinde olduğu açıkça ortaya çıkmaktadır. '*

Üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin de garanti etme unsuru içerdiği söylenebilir; ancak bu garanti, üçüncü kişinin garanti verilene karşı, bir edimi yerine getirmesinin söz konusu olduğu haller ile sınırlıdır. Bu sebeple, üçüncü kişinin fiilini üstlenme, garanti

²⁷ Eren, s. 1154-1155; Nomer, N. Haluk: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, İstanbul 2012, s. 325.

²⁸ Eren, s. 1154.

²⁹ Yarg. 19. HD. 13. 06. 1995 T. E. 1994/4559 K. 1995/5295.

sözleşmesinin özel bir türü olarak kabul edilmektedir³⁰. Zira, üçüncü kişinin ediminin söz konusu olmadığı garanti sözleşmeleri de bulunmaktadır³¹.

Garanti sözleşmelerinin, saf garanti sözleşmesi ve teminatı amaçlayan (kefalet benzeri) garanti sözleşmesi olmak üzere iki türü bulunmakla birlikte; TBK m. 128 hükmünün sadece kefalet benzeri garantileri düzenlediği ileri sürülmektedir³².

C. Garanti Sözleşmesinin Kendine Özgü (Sui Generis) Yapısı Olan Bir Sözleşme Olduğu Görüşü

Kendine özgü sözleşmeler, kanunda düzenlenmemiş isimsiz sözleşmelere ait asli unsurlardan oluşan sözleşmelerdir³³. Bu görüşü savunan yazarlar³⁴, üçüncü kişinin fiilini üstlenme ile garanti sözleşmelerinin farklı hukuki müesseseler olduğunu kabul etmektedirler. Bu görüşe göre, üçüncü kişinin fiilini üstlenme ile garanti sözleşmesi ortak uygulama alanına sahip iki ayrı kurumdur³⁵.

Tandoğan, TBK m. 128 hükmünün kökeni bakımından, garanti sözleşmelerini düzenlemek amacıyla getirilmediğini ve getiriliş amacının özel bir akit tipine vücut vermek değil, bir üçüncü kişinin fiilini taahhüt etmenin mümkün olduğunu belirtmek olduğunu ifade etmiştir³⁶. Yazar'a göre, üçüncü kişinin fiilini üstlenme kurumu, garanti

³⁰ **Oğuzman, Kemal-Öz, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa göre Güncellenip Genişletilmiş 10. Bası, C. II, İstanbul 2013, s. 406.

³¹ **Oğuzman-Öz (Cilt II), s. 406** '*...Örneğin; bir kişi bir diğeriyle ona ait işletmenin sözleşmenin yapıldığı yıl belirli bir kâr edeceğini garanti eden bir sözleşme yapılmışsa durumun bu şekilde olduğunu belirtmektedirler.*'

³² **Yüce Bilgin, Melek**, Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi, İstanbul 2007, s. 10; **Gümüş, M. Alper**, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, İstanbul 2012, s. 451.

³³ **Aktürk Yücer, İpek**, İsimsiz Sözleşme Genel Teorisi Ve Uzaktan Öğretim Sözleşmesi, Ankara 2016, s. 51.

³⁴ **Tandoğan** (Borç İlişkileri), s. 851; **Gümüş**, s. 451.

³⁵ **Kayak**, s. 51.

³⁶ **Tandoğan** (Borç İlişkileri), s. 849-850; **Reisoğlu** (Garanti), s. 46: '*Reusser'e göre BK 110 daki hüküm, birbirinden mahiyet itibariyle tamamen farklı unsurları ihtiva etmektedir.*'

sözleşmesinin unsurları ve kapsamıyla tam olarak uyuşmamaktadır³⁷.

Yavuz ise konuya ilişkin olarak şu şekilde bir değerlendirme yapmıştır³⁸: ‘Üçüncü kişinin fiilini üstlenme çerçevesi içine çeşitli sözleşme tiplerini sokmak kabildir. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme ile garanti sözleşmesinin ortak bir alanı mevcut olduğu gibi herbirinin kendine özgü bir alanı da vardır; başka bir deyimle üçüncü kişinin fiilini üstlenme niteliği taşımayan garanti sözleşmeleri olduğu gibi, garanti sözleşmesi niteliğinde olmayan üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin gerçekleştiği durumlar da vardır. Örneğin A’nın, fakir bir sanatkâr olan arkadaşı B’ye onun eserlerinin C tarafından belirli bir fiyatla satın alınacağını aksi halde aradaki farkı kendisinin ödeyeceğini taahhüt etmesi durumunda üçüncü kişinin fiilini üstlenme, koşula bağlanmış bağışlama vaadi şeklinde gerçekleşmiş olmaktadır’.

Gümüş’e göre ise, sözleşme niteliği taşıyan garanti sözleşmesinin temeli olarak, tazminat borcu kaynağı olan TBK m.128 hükmünü gösterme çabası gerçekçi değildir³⁹.

D. Değerlendirmemiz

Yukarıda belirtildiği gibi, TBK m. 128’in garanti sözleşmelerini düzenleyen genel bir hüküm niteliğinde mi yoksa garanti sözleşmesinin özel bir türünü düzenleyen bir hüküm niteliğinde mi olduğu konusu doktrinde tartışmalı olup, görüş birliği sağlanmış değildir. Bunun yanı sıra, bu sözleşmenin kendine özgü (sui generis) bir sözleşme olduğunu savunanlar da bulunmaktadır.

Garanti sözleşmesi ile üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin ortak unsurları bulunması, bu iki sözleşmenin aynı olduğu anlamına gelmemektedir. TBK m. 128 hükmünün

³⁷ **Tandoğan** (Borç İlişkileri), s.851: Yazar’a göre; üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin unsurları, garanti sözleşmesinden başka sözleşmelerde de bulunabilir. Yani, başkasının fiilini taahhüt çerçevesi içine başka sözleşme tiplerini sokmak da mümkün olup, bu iki sözleşmenin ortak alanı bulunsa da, her birinin kendine özgü alanları da vardır.

³⁸ **Yavuz/Acar/Özen**, s. 708.

³⁹ **Gümüş**, s. 452.

düzenleme amacı, üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin mümkün olduğunu göstermektir. Bunun ötesinde, garanti sözleşmelerini düzenlemek gibi bir amacı bulunmamaktadır. Böyle bir amaç gütsedy de, garanti sözleşmelerine genel hükümler kısmında değil, özel hükümler kısmında yer vermesi gerekecekti.

Kanımızca, TBK m. 128 hükmünün garanti sözleşmesini düzenlediği görüşüne katılmak mümkün olmayıp, garanti sözleşmesi ve üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin, birbirlerinden farklı iki ayrı hukuki kurum olarak kabulü daha yerinde olacaktır. Böylece, garanti sözleşmesi, diğer teminat sözleşmelerinden asli ve bağımsız niteliği ile ayrılan, kendine özgü (sui generis) sözleşmelerdendir.

IV. UNSURLARI

A. Garanti Alanı Belli Bir Hareket Tarzına Yönelmek Amacı

Garanti veren, genellikle, garanti alanı belli bir hareket tarzına sevk etmek amacıyla, onun bu hareketinin sonucu doğacak zararını karşılamayı üstlenir⁴⁰. Garanti alanın hareket tarzı, bir ticari işletme kurmak, bir anonim ortaklığın pay senetlerini almak, bir gösteri düzenlemek, üçüncü bir kişiyle sözleşme yapmak gibi olumlu bir eylem şeklinde olabileceği gibi; olumsuz bir eylem (eylemsizlik, kaçınma) biçiminde de kendini gösterebilir⁴¹. Örneğin, bir annenin vesayet altındaki oğluna ait taşınmazın satışını engellemek amacıyla, vasiye karşı satışı yapmamasından dolayı sorumlu tutulması halinde ödeyeceği tazminatı üzerine almayı vaad etmesi, garanti alan vasinin olumsuz bir eylemi niteliğindedir⁴².

Garanti veren, garanti alanı belirli bir davranışına yönelmek istemektedir. Garanti alan, söz konusu hareket tarzının taşıdığı riskleri düşünerek tereddüt ederken, garanti veren

⁴⁰ Tandoğan (Borç İlişkileri), s. 809.

⁴¹ Yavuz, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel hükümler), 1. Bası, İstanbul 2000, s. 510.

⁴² Tandoğan (Borç İlişkileri), s. 810.

sağladığı teminat ile karşı tarafın kararını etkileyeceğini ümit etmektedir⁴³. Garanti alanın benimseyeceği hareket tarzının maddi bir kazanç sağlamaya yönelik olması zorunlu olmadığı gibi, yine de bu faaliyetin neticesinde para ile ölçülebilen bir zarar ihtimalinin bulunması şarttır⁴⁴.

Garanti alanın yöneltmek istenildiği hareket tarzı, bir dava açılması, hisse senetleri satın alınması gibi tek bir eylemden ibaret olabileceği gibi bir organizasyonu, bir işletmeyi gerektiren eylemler topluluğu şeklinde de olabilir⁴⁵.

Belirtmemiz gerekir ki, garanti alanı belli bir hareket tarzına yöneltme amacı, saf (yöneltmeyi amaçlayan) garanti sözleşmelerinde öne çıkmaktadır. Burada garanti verenin, garanti alanı belli bir davranışta bulunmaya yöneltmesiyle sözleşme kurulacaktır. Oysa, teminatı amaçlayan garanti sözleşmesinde, garanti alan ile edimi garanti edilen 3.kişi arasında mevcut bir borç ilişkisi vardır ve teminat altına alınan da üçüncü kişinin bu borç ilişkiden doğan alacağıdır.

Gümüş⁴⁶, Stammeler'den beri garanti sözleşmesinin yapısal unsuru olarak görülen hareket unsurunun, garanti sözleşmesinin zorunlu bir unsuru olmadığını savunmuştur. Saf garanti sözleşmelerinde çoğu zaman garanti verenin garanti alanına verdiği garanti vasıtasıyla, bir ticari işletme kurmak, bir ortaklık hisse senetlerini satın almak gibi belirli bir davranışa yöneltmeyi amaçladığı açıktır. Aynı sonuç çoğu halde, garanti alanı üçüncü bir kişi ile sözleşme akdetmeye yöneltmenin amaçlandığı teminat amaçlı garanti sözleşmeleri için de söz konusudur. Ancak garanti verenin, mevcut bir borç ilişkisinin borçlusunun edimi için, bu borcun alacaklısına teminat veriliyorsa; burada teminat sağlama

⁴³ **Kahraman**, s. 24.

⁴⁴ **Reisoğlu (Garanti)**, s. 7; **Tandoğan (Borç İlişkileri)**, s. 810: '*Garanti alanın girişeceği teşebbüsün mutlaka mameleki kazanç sağlamaya yönelik olması gerekmez; ancak bu teşebbüsler sanat veya bilime ilişkin bir amaç gerçekleştirmek istenirse bile, teşebbüsün garanti alan için maddi bir zarar doğurması tehlikesi mevcut olmalıdır; örneğin bir müzikseverler derneğine bir oratoryonun çalınmasını gerçekleştirmek için garanti verilmesi gibi.*'; **Tandoğan, Haluk**, Garanti Mukavelesi (Mahiyeti ve Benzeri Hukuki Münasebetlerden Tefriki), Ankara 1959, s.7.

⁴⁵ **Tandoğan (Borç İlişkileri)**, s. 810.

⁴⁶ **Gümüş**, s. 451.

amacı dışında, garanti alanı belli bir hareket tarzına yöneltme amacından söz edilemeyecektir.

Diğer bir kısım yazara göre ⁴⁷, garanti alanı belli bir davranışa yöneltme amacı, garanti sözleşmesinin sebebini oluşturmaktadır. Bu görüşün savunucularına göre, bir kimseyi belli bir davranışa yöneltme amacı olmaksızın, onun teşebbüsünün risklerini bir ivaz karşılığında üstlenme halinde sigorta sözleşmesi niteliği ya da kumar veya bahis niteliği, ivazsız olarak üstlenmesi halinde de şarta bağlı bir bağışlama niteliği taşıyabilir⁴⁸. Örnek vermek gerekirse⁴⁹; çok çocuklu ve fakir bir ayakkabı tamircisine yardım etmek isteyen zengin bir adam, ona her ay kazancı belli bir miktarı bulmazsa üstünü tamamlayacağı hususunda teminat vermiştir. Burada zengin adamın ayakkabı tamircisinin faaliyetine devam etmesi hususunda hiçbir menfaati olmadığı gibi onu belirli bir hareket tarzına sevk ve teşvik amacı da bulunmamaktadır. Kaldı ki, tamirci zengin adamın teminatı olmasa dahi işine devam edecektir. Dolayısıyla burada, bir garanti sözleşmesi değil, şarta bağlı bir bağışlama taahhüdü bulunmaktadır.

Belirtmemiz gerekir ki, garanti alanı belli bir hareket tarzına yöneltme amacı, saf (yöneltmeyi amaçlayan) garanti sözleşmelerinde öne çıkmaktadır. Burada garanti verenin, garanti alanı belli bir davranışta bulunmaya yöneltmesiyle sözleşme kurulacaktır. Oysa, teminatı amaçlayan garanti sözleşmesinde, garanti alan ile edimi garanti edilen 3.kişi arasında mevcut bir borç ilişkisi vardır ve teminat altına alınan da üçüncü kişinin bu borç ilişkiden doğan alacağıdır. Bir kısım teminatı amaçlayan garanti sözleşmelerinde bu unsurun bulunabileceği söylene de, teminatı amaçlayan garantilerde sevk amacından ziyade teminat sağlama amacı ön plana çıkmaktadır.

⁴⁷ **Tandoğan** (Garanti), s. 12; **Reisoğlu** (Garanti), s. 18.

⁴⁸ **Tandoğan** (Garanti), s. 11; **Reisoğlu** (Garanti), s. 19.

⁴⁹ Örnek için bkz. **Tandoğan** (Garanti), s. 11.

B. Garanti Alanın Hareket Tarzından Doğacak Tehlikenin (Riskin) Üstlenilmesi

Tehlike (risk), gerçekleşip gerçekleşmeyeceği önceden belli olmayan, ortaya çıkması şüpheli ve gerçekleşmesi halinde kişinin malvarlığında zararlı sonuçlar doğuracak olay olarak tanımlanabilir. Tehlike veya risk, garanti alanın giriştiği teşebbüs sonucu zararının doğması, umulan kârın sağlanamaması veya yaptığı sözleşmenin karşı tarafça gereği gibi yerine getirilmemesi yüzünden zarara uğraması ihtimali biçiminde kendini gösterir⁵⁰.

Garanti veren, garanti alanı belli bir hareket tarzına yöneltmek, özellikle onun alacaklı olarak bir borç ilişkisine girişmesini teminat altına almak için bu hareket tarzından veya borç ilişkisinden doğacak tehlikeleri karşılamayı taahhüt eder⁵¹.

Risk ile geciktirici koşul kavramlarını karıştırmamak gerekir. Koşul, asıl sözleşmenin yanında bir yan mutabakata dayalı olarak kararlaştırılan ve kurulmuş olan asıl sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurması için veya bir borcun doğması için gelecekte gerçekleşmesi gereken, şüpheli bir olaydır⁵². Garanti sözleşmesinde ise risk asıl sözleşmenin içeriğine dahildir ve garanti taahhüdünde bulunabilmek için bu riskin mevcudiyeti şarttır⁵³. Diğer bir ifadeyle, bir şekilde risk ortadan kalkar veya hiç doğmazsa, garanti verenin yükümlülüğünden de bahsedilemeyecektir⁵⁴.

Yargıtay'a göre, garanti verenin yüklendiği riskin belirli veya belirlenebilir olması,

⁵⁰ Tandoğan (Borç İlişkileri), s. 811.

⁵¹ Yavuz/Acar/Özen, s. 711.

⁵² Gümüş, s. 447; Kahraman, s. 29.

⁵³ Tandoğan (Garanti), s. 4: '*Garanti mukavelesinde ve ona benzeyen akitlerde, daima bir kimsenin başkası için mevcut olan veya olacak bir tehlikeyi üzerine alması bahis mevzuudur.*'; Reisoğlu (Garanti), s. 9: '*Garanti kavramı daima bir tehlikenin mevcudiyetini zorunlu kılar.*'

⁵⁴ Kahraman, s. 176; Gümüş, s. 447.

gerekmektedir⁵⁵. Nitekim 28. 11. 2001 tarih ve E. 2001/19-998 K. 2001/1088 sayılı HGK kararına göre⁵⁶; 'Kanunda özel bir akit türü olarak düzenlenmemiş olan garanti sözleşmesi, B. K. 'nun 110. maddesinde hükme bağlanan üçüncü kişinin fiilini (edimini) taahhüt niteliğinde kabul edilmektedir. Fiil tabirinin her türlü edimi karşılayacak şekilde çok geniş bir anlama geldiğinin ve bir para borcunun ifasının da fiil kapsamına girdiğinin kabulü sonucu para borçları yönünden de garanti sözleşmesi yapılabileceği, gerek öğretide gerekse uygulamada çoğunlukla benimsenmiştir. Kefaletten farklı olarak asıl borç ilişkisinden tamamen bağımsız nitelikteki garanti sözleşmesinde şekil serbestisi hakim olup garantinin sınırının önceden belirlenmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak sözleşme serbestisi sınırsız değildir. B. K. 'nun 19. ve 20. maddelerinde sözleşme serbestisine birtakım sınırlamalar getirilmiştir. Gerçekten bir sözleşmenin geçerli olması için, onun taraflara yüklediği hak ve borçların tereddüde yer vermeyecek şekilde açık, başka bir deyimle konusunun gereği ve yeteri kadar belli ve sınırlı olması gerekir. Belirsizliğin garantisi olmaz. Bu itibarla, limit gösterme şartı bulunmamakla birlikte, garanti sözleşmesinde hangi riskin garanti edildiğinin belli olması ya da garanti edilen riskin boyutlarının tereddüt yaratmayacak biçimde belirlenebilir nitelikte bulunması gerekir. Hangi riskin garanti edildiği belirlenmeden "doğmuş ve doğacak her türlü borcun garanti edildiği"nden söz etmek, boyutları belli olmayan (belirsiz) bir edimin garantisi anlamına gelir ki, bu da garanti sözleşmesiyle bağdaşmaz. Hal böyle olunca, garanti sözleşmesi düzenlendiği anda garanti edilen edimin sınırlarının açıkça belirlenmemiş olması ya da bunu belirlemeye yarayan koşul ve açıklamaların sözleşmede yer almamış bulunması halinde garanti edenin sorumluluğundan söz edilemez.

Garanti edilen riskin belirli olması gerektiğine dair bir başka Yargıtay kararında ise⁵⁷: 'Garanti sözleşmesinde limit gösterme şartı bulunmamakla birlikte, garanti sözleşmesinde hangi riskin garanti edildiğinin belli olması ya da garanti edilen riskin

⁵⁵ **YHGK 04. 07. 2001 T. E. 2001/19-534 K. 2001/583:** '... Bu itibarla, limit gösterme şartı bulunmamakla birlikte, garanti sözleşmesinde hangi riskin garanti edildiğinin belli olması ya da garanti edilen riskin boyutlarının tereddüt yaratmayacak biçimde belirlenebilir nitelikte bulunması gerekir. Hangi riskin garanti edildiği belirlenmeden "doğmuş ve doğacak her türlü borcun garanti edildiği"nden söz etmek, boyutları belli olmayan (belirsiz) bir edimin garantisi anlamına gelir ki, bu da garanti sözleşmesiyle bağdaşmaz. '

⁵⁶ **YHGK. 28. 11. 2001 T. E. 2001/19-998 K. 2001/1088.**

⁵⁷ **Yarg. 19. HD. 1. 11. 2002 T. E. 2002/6753 K. 2002/6993.**

boyutlarının tereddüt yaratmayacak biçimde belirlenebilir nitelikte bulunması gerekir. Hangi riskin garanti edildiği belirlenmeden doğmuş ve doğacak her türlü borcun garanti edildiği nden söz etmek boyutları belli olmayan (belirsiz) bir edimin garantisi anlamına gelir ki bu da garanti sözleşmesiyle bağdaşmaz. Sözleşmenin düzenlendiği tarihte asıl borçluya açılan kredi miktarının belli olduğu ya da asıl borçlu yönünden kredi limitinin belirlenmiş bulunduğu kredi sözleşmelerinde garanti eden garanti ettiği edimin boyutlarını görmekte ve risk gerçekleştiğinde sorumlu olacağı miktarı tahmin edebilmektedir. Böyle bir durumda asıl borçluya verilen kredi borcu miktarının ve ferilerinin garanti kapsamında kaldığı açıktır. Ancak özellikle süresiz garanti sözleşmelerinde asıl borçlunun kredi limitinin sonradan yükseltilmesi halinde garanti verenin başlangıçtaki iradesinin yükseltile limit de kayıtsız şartsız kapsamına aldığı söylenemez. Garanti edenin limit artışlarından sorumlu tutulabilmesi için sözleşme koşullarındaki değişikliklerin garanti verene bildirilmesi, onunda bu değişikliklere karşı çıkmamak suretiyle muvafakat etmesi gerekir. Garanti verenin muvafakati olmadan akdi ilişkideki koşullarının borçlu aleyhine ağırlaştırılması veya borçlunun yeni bir takım yükümlülükler üstlenmesi garanti kapsamı dışında kalır' denilmiştir.

Özetlememiz gerekirse, Yargıtay, kefalet benzeri garantilerde, doğmuş ve doğacak her türlü borcun garanti edilmesini, boyutları belirsiz bir edimin garantisi olarak kabul etmiş ve bunun da garanti sözleşmesi ile bağdaşmadığını belirtmiştir.

Garanti veren, garanti alanın girişimine bağlı tehlikenin tamamını yüklenebileceği gibi, yalnız belli bir zararın ortaya çıkmayacağı veya belli bir olayın gerçekleşeceği yolunda garanti verebilir⁵⁸. Kısmen tehlike yüklenilmesinin açık bir irade beyanına dayanmasına gerek yoktur; hal ve şartların gereklerinden de çıkarılabilir⁵⁹. Ancak şüphe halinde, garanti verenin bütün tehlikeyi üzerine aldığı kabulü gerekir⁶⁰.

Kaza ve beklenilmeyen hallerin, garanti verenin yüklendiği riske dahil olup

⁵⁸ **Tandoğan** (Borç İlişkileri), s. 811.

⁵⁹ **Reisoğlu** (Garanti), s. 10 ;**Tandoğan** (Borç İlişkileri) s. 811.

⁶⁰ **Reisoğlu** (Garanti), s. 10 ;**Tandoğan** (Borç İlişkileri) s. 812.

olmadığı hususu doktrinde tartışmalıdır⁶¹. Bir görüşe göre⁶², kaza ve beklenilmeyen hallerin gerçekleşmesi halinde garanti verenin sorumluluğunun devam edeceğinin kabulü, hakkaniyete aykırıdır. Garanti veren tehlikeyi üzerine alırken, insan iradesinin dışında gerçekleşecek olağanüstü hallerin meydana gelmeyeceğini varsaymaktadır.

Buna karşın bizim de katıldığımız ve doktrinde hakim olan görüşe göre⁶³, garanti verenin yüklendiği riskin kapsamına, kaza ve beklenmeyen hallerde girer. Diğer bir ifadeyle, garanti verenin üzerine aldığı risk, kaza ve beklenmeyen bir hal neticesinde gerçekleşse dahi, garanti verenin tazmin yükümlülüğü doğar. Nitekim bu durum garanti sözleşmesinin nitelik ve amacına uygundur⁶⁴. Garanti alan, herhangi bir zarara uğramayacağı veya bu işten kâr edeceği kendisine garanti edildiği için harekete geçmiştir. Söz konusu garanti nedeniyle bir teşebbüste bulunan, garanti alan, (garanti alan), işbu teşebbüsü sonucunda zarar görmesi veya beklediği kârı elde edememesi durumunda, garanti verene başvurabilmelidir⁶⁵. Üstlenilen tehlikenin meydana gelme sebebinin bir önemi bulunmamalıdır⁶⁶.

İsviçre Federal Mahkemesi temettü garantisi ile ilgili bir kararında⁶⁷ hakim görüşe katılmaktadır. Olayda davalı, bir gaz şirketinin hissedarlarına yıllık belirli bir temettü garanti etmiştir. Ancak sonradan federal devletin gaz kullanılmasını kısıtlayan bir karar alması üzerine şirket kâr elde edememiş ve garanti veren davalıya başvurmuştur. Garanti veren, federal hükümet tarafından alınan kararın öngörülemez bir hal teşkil ettiğini ve sorumlu tutulamayacağını iddia etmiştir. Konu Federal Mahkeme önüne taşınmış ve mahkeme; burada üçüncü bir şahsın, teşebbüsün kazancı ile ilgili, şarta bağlı olmayan garantisinin mevcut olduğunu; garantinin sadece normal zaman için mevzubahis olacağı

⁶¹ **Kahraman**, s. 33.

⁶² **Reisoğlu** (Garanti), s. 10 naklen; Wavre, s. 75.

⁶³ **Tandoğan** (Borç İlişkileri), s. 812; **Reisoğlu** (Garanti), s. 11; **Kahraman**, s. 34; **Develioğlu, H. Murat**, Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 2009, s. 85.

⁶⁴ **Reisoğlu** (Garanti), s. 11.

⁶⁵ **Kahraman**, s. 34.

⁶⁶ **Reisoğlu** (Garanti), s. 11.

⁶⁷ **Tandoğan** (Borç İlişkileri), s. 806, naklen: BGE 46 II 157.

şeklinde ki iddialarının kabul edilemeyeceğine, gaz kullanımının sınırlandırılması kararı yüzünden kâr elde edilememesi halinde bu hal önceden öngörülme bile temettü garantisi verenin sorumlu olacağına karar vermiştir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 26. maddesine göre; '*Taraflar bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.*' Bu çerçevede, garanti verenin kaza ve beklenmeyen hallerden sorumlu olmaması, garanti sözleşmesine eklenecek bir hüküm ile, garanti verenin kaza ve beklenmeyen hallerden sorumlu olmayacağı kararlaştırılabilir. Sözleşmeye bu yönde bir hüküm konulmuşsa, garanti veren kaza ve beklenmeyen halden sorumlu olmayacaktır.

Garanti alanın giriştiği faaliyetin risklerini garanti veren garanti sözleşmesi ile üzerine almaktadır. Ancak garanti alanın sonradan bu riski arttıracak faaliyetlere girişmesi durumunda ne olacağı hususu önem arz etmektedir. Hakim görüşüne göre⁶⁸, eğer risk, garanti alanın girişiminin nitelik ve amacına uygun olarak artmışsa, garanti verenin sorumluluğu devam edecektir. Bunun dışında, garanti alanın riski arttıracak faaliyetlerde bulunması halinde, riskin gerçekleşmesinden doğacak sonuçlardan garanti verenin sorumlu olmayacağı savunulmuştur.

Diğer bir görüşe göre ise⁶⁹, garanti sözleşmesinin kurulmasından sonra risk arttırılmaz. Bu görüş uyarınca, garanti veren bir riski üstlendiğinde, sorumluluğunun sınırlarını tayin edebilmelidir. Nitekim riski arttırma hakkı garanti alana verilirse, ona garanti verenin mameleki üzerinde sınırsız tasarruf etme imkanı tanınmış olur ki bu durum kabul edilemez⁷⁰.

Bizce, risk, sözleşmenin nitelik ve amacına uygun olarak, garanti alanın herhangi bir kusuru olmaksızın artmışsa, garanti veren sorumlu olmaya devam etmelidir. Ancak riskin artmasında, garanti alanın kusurlu veya dürüstlük kuralına aykırılık teşkil

⁶⁸ Reisoğlu (Garanti), s. 12.

⁶⁹ Reisoğlu (Garanti), s. 12.

⁷⁰ Kahraman, s. 36.

eden bir davranışı etkili olmuşsa, garanti verenin yükümlülüğü sona ermelidir.

C. Bağımsız Yükümlülük Altına Girme

Garanti sözleşmesinde, garanti veren, bağımsız bir borç yüklenmektedir. Reisoğlu'na göre⁷¹, bağımsız olma kavramından '*bir akdin varlığının ve içeriğinin başka bir akde bağlı olmaması*' anlaşılmaktadır. Bağımsız yükümlülük altına girme unsuru, garanti sözleşmesini, fer'i yükümlülük⁷² içeren kefalet sözleşmesi ve diğer bazı sözleşmelerden ayırt etmeye yarar⁷³. Özellikle şahsi teminat sözleşmesinin diğer bir türü olan kefalet sözleşmesi ile garanti sözleşmesini birbirinden ayırmaya yarayan en önemli kıstas aslilik ve fer'ilik kıstasıdır⁷⁴.

Garanti sözleşmesi asli nitelikte; tarafları garanti veren ve garanti alan olan iki köşeli bir sözleşmedir⁷⁵. Garanti verenin taahhüdü, bir başka borcun varlığına, geçerliliğine veya dava edilebilirliğine bağlı olmayıp, ondan tamamen bağımsızdır⁷⁶. Diğer bir ifadeyle, garanti verenin taahhüdü asli ve bağımsız nitelik taşımaktadır. Buradan anlaşılması gereken, garanti edilen sonuç, sonradan imkansız hale gelse veya gerçekleşme ihtimali var iken yok olsa dahi garanti bu imkansızlıktan bağımsız olarak varlığını sürdürecektir, sonucun imkansızlık sebebiyle gerçekleşmemesi durumunda dahi garanti veren taahhüdü ile bağlı

⁷¹ **Reisoğlu, Seza**, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2003, s. 54.

⁷² **Develioğlu**, s. 112-113 : '*Fer'ilik öncelikle bir hakkın diğer bir hakka bağlılığı olarak tanımlanır. Fer'i bir özelliği olan kişisel teminat sözleşmesi asıl borca bağlıdır.*'

⁷³ **Tandoğan** (Borç İlişkileri), s. 812.

⁷⁴ **Tandoğan** (Garanti), s. 19.

⁷⁵ **Şahin, Turan**, Üçüncü Kişinin Edimini Taahhüt, Ankara 2010, s. 31.

⁷⁶ **Doğan, Vahit**, Banka Teminat Mektupları, Yenilenmiş 3. Bası, Ankara 2005, s. 42 ;**Gümüş**, s. 449 ; **Yavuz**, s. 510 ; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 711 ; **Yarg. 13. HD. 27. 04. 1992T. E. 1992/305 K. 1992/3896**: '*Garanti sözleşmesi fer'i nitelikte olmayan bir sözleşmedir. Garanti veren için tehlikesini (riskini) fer'i olmayan, bağımsız bir taahhütle kısmen veya tamamen üzerine almaktadır. İşte bunlar garanti sözleşmesinin asli unsurunu oluşturur.*' ; **Yarg. 11. HD. 15. 10. 1985 T. E. 1985/4169, K. 1985/5613**: '*Garanti sözleşmesinde garanti veren, lehtarın taahhüdünü yerine getirilmesi için üçüncü kişi muhataba fer'i nitelikte olmayan bir garanti vermektir.*'

ve sorumlu olmaya devam edecektir⁷⁷. Garanti sözleşmesinin bağımsız olmasının sonucu olarak da garanti veren, garanti alanla üçüncü kişi arasındaki temel borç ilişkisinden doğan def'i veya itirazları ileri süremeyecektir⁷⁸. Kefalette ise, fer'i liğin bir sonucu olarak, kefil asıl borçluya ait tüm def'ileri ileri sürebilir⁷⁹

Saf (yöneltmeyi amaçlayan) garanti sözleşmelerinde, üçüncü bir kişinin garanti alana karşı borçlu olduğu edimi yerine getirmemesi ihtimalinden başka tehlikeler de sözleşmenin konusunu oluşturabilir; örneğin satın alınan menkul kıymetlerin değerinin ekonomik bunalım sebebiyle düşmesi veya kendisine belli bir kâr oranı için garanti verilmiş olan teşebbüsün doğal afet sebebiyle zarara girme tehlikesi gibi⁸⁰. Teminatı amaçlayan garanti sözleşmelerinde ise, garanti alan ile 3. kişi arasında bulunan temel borç ilişkisinde ki üçüncü kişinin borç edimi garanti edilmektedir. Garanti sözleşmesinin bağımsız niteliğinden ötürü, garanti verenin yükümlülüğü garanti edilen borcun geçersizliğinden, devam etmemesinden, dava ve takip edilebilir olmamasından etkilenmemektedir⁸¹.

Bağımsız olma, fer'i olmamanın karşılığıdır; yoksa garanti sözleşmesinin daima tek başına kurulması demek değildir⁸². Garanti sözleşmesi de tıpkı diğer sözleşmelerde olduğu gibi, başka sözleşmelerle birlikte bulunabilirler. Reisoğlu'na göre⁸³; başka bir sözleşmeyle bulunan, hatta bazen diğer bir sözleşmenin bir hükmü olarak da görülebilen, o sözleşmeyle bağlantı halinde bulunan bağlantılı (murtabıt) garantiler de, bağımsız olma niteliğini

⁷⁷ **Kahraman**, s. 37; **Doğan, Elif**, Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010, s. 25: '*Bağımsızlık ilkesinin sonucu olarak, temel ilişkinin herhangi bir nedenden ötürü geçersiz olması, temel borç ilişkisinin yürürlüğe girmemesi veya bağlayıcılığını kaybetmesi, lehdarın ödeme dışında borcunu sona erdiği, mücbir sebep, kaza hali, lehdarın borcunun olmadığı, beklenilmeyen haller, borcun ifasının imkânsız olması, lehdarın ehliyetsizliği, lehdarın ölümü, lehdarın iflası, borcunun zamanaşımına uğraması veya hak düşürücü sürenin sona erdiği gibi muhatap ve lehdar arasındaki temel ilişkiyi ilgilendiren def'i ve itirazları banka muhataba karşı ileri süremeyecektir.*'

⁷⁸ **Kayak**, s. 173.

⁷⁹ **Reisoğlu, Seza**, Türk Hukukunda Ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992, s.4.

⁸⁰ **Tandoğan** (Borç İlişkileri), s. 812.

⁸¹ **Tandoğan** (Borç İlişkileri), s. 812.

⁸² **Reisoğlu** (Garanti), s. 20 ;**Tandoğan** (Garanti), s. 8.

⁸³ **Reisoğlu** (Garanti), s. 20.

sürdürürler⁸⁴.

D. İvazsızlık

Garanti sözleşmesinin ivazlı olup olmadığı hususunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Hakim görüşe göre⁸⁵, garanti sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen ivazsız bir sözleşmedir. Bu görüşü savunanlara göre, garanti sözleşmesi ile sadece garanti veren bir yükümlülük altına girmektedir. Riskin üstlenilmesinde ki amaç garanti alandan bir ivaz elde etmek değil, garanti alanı belli bir davranışa sevk etmektir. Garanti alan, garantiyi kabul ettiğinde kendisini yükümlülük altına sokmaz; ancak bazı garanti sözleşmelerinde garanti verenin riski üzerine almasına karşın, garanti alanın da bazı yükümlülükleri kabul ettiği görülmektedir⁸⁶. Burada tartışılması gereken husus, garanti alanın kabul ettiği yükümlülüklerin, işbu sözleşmeyi ivazlı hale getirip getirmeyeceğidir.

Reisoğlu'na göre⁸⁷, kaza ve beklenmeyen hal gerçekleştiği durumlarda dahi sorumluluğunun devam ettiği düşünülecek olursa, garanti verenin yüklendiği risk çok büyüktür. Dolayısıyla, sözleşme akdedilirken, garanti alan için birtakım yükümlülüklerin kabul edilmesi, garanti sözleşmesinin niteliğine aykırı değildir. Bu gibi yükümlülükler, karşı edim niteliğinde olmayıp; sadece garanti edilen sonuca ulaşmak içindir⁸⁸. Ancak, garanti alan tarafından yüklenilen edim, yükümlülük sözleşmenin karakterini değiştirecek

⁸⁴ Örnek için bkz. **Kahraman**, s. 38-39: 'Örnek olarak, bir birahane sahibi, kendisine bazı menfaatler sağlayacağına inandığı bir bira fabrikasına karşı, münhasıran onun birasını satmayı ve hatta halefinin de bu şekilde hareket edeceğini temin ettiğinde; bira satışı sözleşmesiyle iç içe olsa da, yani işbu sözleşmeyle bağlantılı olsa da, garanti verenin borcu fer'i nitelik arz etmez.'; **Tandoğan** (Garanti), s. 8.

⁸⁵ **Tandoğan** (Borç İlişkileri), s. 816; **Reisoğlu** (Garanti), s. 22; **Gümüş**, s. 449.

⁸⁶ **Reisoğlu** (Garanti), s. 22.

⁸⁷ **Reisoğlu** (Garanti), s. 22.

⁸⁸ **Reisoğlu** (Garanti), s. 22 naklen: **Stammler**, s. 47; **Krohne**, s. 3.

ölçüde ağır ise, burada garanti sözleşmesinden bahsetmek mümkün olmayacaktır⁸⁹.

Tandoğan'a göre de⁹⁰, garanti sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen ivazsız bir sözleşmedir; ancak, sözleşme tanımında bu unsura yer verilmesi zorunlu değildir.

Reisoğlu ve Tandoğan, kural olarak garanti sözleşmesinin tek tarafa borç yükleyen, ivazsız bir sözleşme olduğunu kabul etseler de; garanti verenin bazı istisnai durumlarda ve belli şartların gerçekleşmesi halinde bir ivaz alabileceğini ileri sürmüşlerdir. Diğer bir ifadeyle, garanti sözleşmesinin mutlak surette ivazsız bir sözleşme olduğu ve garanti verenin hiçbir koşulda ivaz alamayacağı görüşünün çok sert olduğunu kabul etmişlerdir. Burada önemli olan, karşı edimin niteliğidir. Eğer garanti veren, garanti alandan karşı edim elde etmek için riski üzerine almışsa, burada artık garanti sözleşmesinden bahsedilemeyecektir. Buna karşılık, garanti alanı belli bir hareket tarzına yöneltmek için riski üstlenmişse, istisnai olarak ivaz kararlaştırılmış olsa dahi, garanti sözleşmesi söz konusu olacaktır⁹¹. Garanti alandan bir ivaz elde etmek amacıyla garanti verilmişse, garanti sözleşmesi değil; sigorta sözleşmesi veya hukuk düzeni tarafından korunmayan kumar veya bahis sözleşmesi olarak düşünülebilir.⁹²

Doktrinde ki diğer bir görüşe göre ise, garanti sözleşmesi ivazlı olabilir. Bu görüşün savunucuları, garanti verenin karşı edim yüklenmesi halinde garanti sözleşmesinin her iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmeye dönüşeceğini belirtmektedirler⁹³. Guggenheim garanti sözleşmesinin ivazlı olmasına; bir işletmeye her yıl belli bir kârı garanti eden kişinin, işlerin kötü gittiği yıllarda ödediği tutarın, kârın garanti edilenden fazla olduğu yıllarda faizi ile birlikte geri verilmesini şart koşmasını örnek göstermiştir⁹⁴. Guggenheim

⁸⁹ Reisoğlu (Garanti), s. 23

⁹⁰ Tandoğan (Borç İlişkileri), s. 816; Aynı yöndeki görüş için bkz. Gümüş, s. 449: '*Garanti sözleşmesi çoğu durumda ivazsız olarak akdedilse de, ivazlı olması da mümkündür. Bu nedenle garanti sözleşmesi taraflar aksini kararlaştırmadıkça, kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.*'

⁹¹ Reisoğlu (Garanti), s. 24-25 ; Kahraman, s. 43

⁹² Tandoğan (Garanti), s. 10.

⁹³ Develioğlu, s. 96.

⁹⁴ Tandoğan, s. 816.

vermiş olduğu bu örnekte; faizin bir ivaz teşkil ettiğini, vermiş olduğu avansı faizi ile birlikte geri aldığında sözleşmenin ivazlı olacağını kabul etmektedir⁹⁵. İşbu faiz örneği doktrinde birçok açıdan eleştirilmiştir. Tandoğan'a göre, böyle bir sözleşmede faizsiz geri verme şartı olursa zaten bir ivazdan söz edilemeyecektir; nitekim, verilmiş olan avansın geri alınması bir ivaz değildir; faizli geri ödeme kararlaştırılmışsa, faiz avansın bir karşılığı olup, garanti verenin üstlendiği rizikonun bir karşılığı değildir. Bu sebeple bu örnek, garanti sözleşmesinin ivazlı veya her iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliği taşıyabileceğini tam olarak ortaya koymadığı gibi, faiz yükümlülüğü garanti verenin üzerine aldığı riskin karşılığı değildir.

Kanaatimizce, garanti sözleşmesinin tek tarafa borç yükleyen ivazsız bir sözleşme olduğunun kabulü doğru olacaktır. Bununla birlikte, ivazsızlık unsuruna sözleşmenin tanımında yer verilmesi zorunlu değildir. Nitekim istisnai hallerde bile olsa, garanti sözleşmesinin ivazlı olması mümkündür. Burada önemli olan, riski üstlenmenin, ivaz elde etmek amacına değil, garanti alanı belli bir davranışa sevk etmek amacına yönelik olmasıdır. İvaz sağlamak, esas amacı teşkil ediyorsa, garanti sözleşmesinin varlığından söz edilemeyecektir.

⁹⁵ Tandoğan (Borç İlişkileri), s. 816.

İKİNCİ BÖLÜM
GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI, TARAFLARI, TÜRLERİ
VE BENZER KURUMLARDAN FARKI

§3. GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI, TARAFLARI VE
GEÇERLİLİK KOŞULLARI

I. KURULMASI

Bir sözleşmenin kurulabilmesi için, tarafların birbirine uygun olarak karşılıklı irade açıklamasında bulunması gerekir. İrade açıklaması, hukuki işlemin kurucu unsurudur⁹⁶. Türk Borçlar Kanununda yer alan icap ve kabule ilişkin genel hükümler garanti sözleşmelerinde de uygulama alanı bulacaktır.

Garanti sözleşmesi, muhatabın garanti verenin icabını kabul etmesi ile kurulur⁹⁷.

⁹⁶ Eren, s. 120.

⁹⁷ Develioğlu, s. 73.

Garanti sözleşmesinin kurulması için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının örtülü olması da yeterlidir, ancak bu beyanın bir tavsiye beyanını aşan, ciddi bir taahhüt olması gerekir⁹⁸.

Türk Borçlar Kanunu'nun 2. maddesine göre; '*Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır.*' Maddeden de anlaşılacağı üzere, taraflar sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde anlaşmışlarsa, sözleşme kurulmuş olacaktır. Diğer bir ifadeyle, bir sözleşmenin kurulabilmesi için, tarafların karşılıklı irade beyanlarının, objektif esaslı noktalar üzerinde uyuşması gerekir⁹⁹.

Develioğlu'na göre¹⁰⁰, garanti sözleşmesinin esaslı unsuru, garanti verenin yükümlülük altına girmesi ve garanti verme beyanıdır. Kahyaoğlu'na göre¹⁰¹ ise, garanti sözleşmesinin esaslı unsuru, garanti bedelidir.

II. TARAFLAR

A. Garanti Veren (Garantör)

Garanti veren, garanti sözleşmesi ile rizikoyu üstüne alan kimsedir. Garanti veren gerçek bir kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. Garanti veren, garanti sözleşmesinin borçlusunu konumundadır.

Teminat mektubu sözleşmelerinde, banka, garanti veren konumundadır. Bu tip

⁹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kahraman**, s. 164-165; **Reisoğlu** (Garanti), s. 140.

⁹⁹ **Kocağa, Köksal**, Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar, TBB dergisi, S. 79, 2008, s. 80: 'Sözleşmenin tanımında yer alan, onun tipi için zorunlu olan asgarî unsurlara (noktalara), sözleşmenin objektif esaslı noktaları adı verilir.'

¹⁰⁰ **Develioğlu**, s. 75.

¹⁰¹ **Kahyaoğlu**, s. 51.

banka garantilerinde, üç köşeli bir borç ilişkisi söz konusudur. Teminat mektubu ilişkisinde, garanti veren (banka), muhatap (garanti alan) karşısında borçlu taraftır¹⁰².

B. Garanti Alan

Garanti alan, garanti sözleşmesinin alacaklısı konumundadır. Garanti alan gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir.

Banka garantilerinde garanti alan muhatap olarak adlandırılmaktadır. Muhatap ile garanti veren arasında ki bu ilişki teminat mektubu sözleşmesidir. Muhatap asıl borç ilişkisinin de alacaklısı konumundadır.

C. Lehdar

Lehdar, muhatap ile arasındaki temel borç ilişkisinin borçlusu; banka garanti ilişkisinde ise edimi üstlenilen üçüncü kişidir. Lehdar, garanti sözleşmesinin tarafı değildir. Diğer bir ifadeyle, lehdar teminat mektubu ilişkisinin doğrudan tarafı olmamakla birlikte, lehine teminat mektubu verilmesini müşterisi olduğu bankadan istemek suretiyle teminat mektubu ilişkisinin kurulmasına sebep olan kişidir¹⁰³.

III. GEÇERLİLİK KOŞULLARI

Diğer tüm sözleşmelerde olduğu gibi, garanti sözleşmesi de borçlar kanununda düzenlenen genel geçerlilik koşullarına tabidir.

TBK m. 27/1 hükmü uyarınca; kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak

¹⁰² Doğan, s. 76.

¹⁰³ Reisoğlu, Seza, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, Ankara 2003, s. 95.

hükümsüz olacaktır. Buna göre, kanun tarafından yasaklanan veya ahlaka aykırı bir sonucun garanti edildiği garanti sözleşmeleri hükümsüz olacaktır. Örneğin, A'nın B'ye, üçüncü şahıs C'nin lehine yalancı şahitlikte bulunacağını garanti etmesi veya bir hırsıza mahalle bekçisinin kendisini yakalamayacağını veya çaldığı kasada en az onbin türk lirası bulacağını garanti edilmesi hallerinde geçerli bir garantiden söz edilemeyecektir¹⁰⁴.

Bazı hallerde, üçüncü şahıs tarafından taahhüt edildiğinde kanuna, ahlaka aykırı olması sebebiyle hükümsüz sayılacak bir sözleşme, garanti veren tarafından taahhüt edildiğinde hüküm doğurabilir¹⁰⁵. Örnek vermek gerekirse; X'in Y ile hiç evlenmeyeceğini taahhüt etmesi hükümsüz olmasına rağmen; üçüncü bir kişinin X ile Y'nin evlenmeyeceklerini taahhüt etmesi hüküm doğuracaktır¹⁰⁶. Nitekim, üçüncü kişinin bu taahhüdü ile X herhangi bir yükümlülük altına girmemekte ve hürriyetlerinde bir kısıtlama meydana gelmemektedir.

İmkansızlık konusuna değinmekte de fayda görmekteyiz. TBK m. 27/I hükmü uyarınca, konusu imkansız olan sözleşmeler hükümsüz olacaktır. Garanti sözleşmesinde, garanti verenin borcunun konusu genellikle bir para borcu olduğundan, imkansızlık konusunu farklı bir şekilde ele almak gerekir.

Eğer sonucu garanti edilen sonucu meydana getirecek hareket tarzı imkansız ise, bu hareket tarzının sonucunun garanti edilmesi de hükümsüz olacaktır¹⁰⁷. Örneğin, bir kişiye, bir eşyanın satışından belli bir oranda kâr edeceği garanti edilmiş, ancak bu eşya satılmadan önce yanmış ve satış imkansız hale gelirse, söz konusu garanti de geçersiz olacaktır¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Reisoğlu (Garanti), s. 145.

¹⁰⁵ Reisoğlu (Garanti), s. 146.

¹⁰⁶ Reisoğlu (Garanti), s. 146.

¹⁰⁷ Kahraman, s. 167.

¹⁰⁸ Reisoğlu (Garanti), s. 147.

Garanti edilen sonucun imkansız olması halinde ise; öğretilerde ki hakim görüş, objektif imkansızlık halinin garantinin hükümsüz sayılması için yeterli olmayacağı yönündedir. Aksi görüş ise, objektif imkansızlık halinde artık bir riskten söz edilemeyeceği için (girişilen faaliyetin sonucu kesin olduğundan), bir garanti sözleşmesinden bahsetmenin mümkün olmayacağı yönündedir¹⁰⁹.

Bizim de katıldığımız görüşe göre¹¹⁰, ne garanti alan ne de garanti vereni objektif imkansızlığı bilmiyorlarsa, garanti sözleşmesi geçerli kabul edilmelidir. Reisoğlu'na göre¹¹¹, sadece garanti verenin imkansızlığı bilmesi halinde risk unsurundan bahsedilemeyecek ve bunun bir sonucu olarak garanti sözleşmesi doğmamış olacaktır. Buna karşın, öğretilerde garanti verenin imkansızlıktan haberdar olmasının onun lehine garanti yükümlülüğünün yokluğu için geçerli bir sebep sayılmayacağını ileri süren yazarlar da bulunmaktadır¹¹².

Sadece garanti alanın imkansızlık halinden haberdar olması durumunda ise, garanti veren hile hükümlerine dayanarak, sözleşmeyi iptal edebilir veya hile def'ini ileri sürebilir.

Son olarak da, sonradan ortaya çıkan imkansızlık halinde, garanti verenin üstlendiği riskin gerçekleşmeyeceği kesinleşeceğinden, garanti sözleşmesi TBK m. 136 hükmü uyarınca hükümsüz olacaktır.

A. Şekil

TBK m. 12'ye göre, *'Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir. Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.'* İlgili hüküm uyarınca, aksine bir düzenleme bulunmadıkça, taraflar şekil serbestisi içinde

¹⁰⁹ Kahraman, s. 168.

¹¹⁰ Reisoğlu (Garanti), s. 149.

¹¹¹ Reisoğlu (Garanti), s. 149.

¹¹² Kahraman, s. 168, naklen: Apelt, s. 9

sözleşmeyi akdedebilirler. Ancak, kanunda sözleşmenin şekline ilişkin bir düzenleme bulunması halinde, genel kuraldan vazgeçilebilecektir.

Garanti sözleşmelerinde şekil serbestisi hakimdir¹¹³. Ancak uygulamada ispat kolaylığı sağlaması bakımından, garanti sözleşmelerinin yazılı şekilde yapıldığı görülmektedir¹¹⁴. Taraflar arasında ki temel ilişki bir şekil şartına tabi olsa dahi, garanti şekle tabi değildir.

TBK m.603 ile getirilen düzenlemeye göre, kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eş rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişiler tarafından kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanacaktır. Yasakoyucu bu düzenleme ile gerçek kişilerce verilecek kişisel teminatlara, kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına dair hükümlerin uygulanmasını zorunlu kılmıştır¹¹⁵. TBK m.603 ile kefaletin geçerlilik şartlarını düzenleyen hükümlere gönderme yapılmıştır. Buna göre, kefalet sözleşmesi yazılı yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azami miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmayacaktır (TBK m.583/1). Yine, eşlerden biri ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilecektir (TBK m.584/1).

Garanti sözleşmesi, şahsi teminat sözleşmelerinden biri olmakla birlikte, TBK m.603 ile getirilen düzenleme, gerçek kişilerce verilen kişisel teminatlar ile sınırlı tutulmuştur. Madde de açıkça gerçek kişiler tarafından teminatlardan bahsedildiğinden, bu düzenleme sadece gerçek kişiler tarafından verilen garantiler bakımından uygulama alanı bulacaktır. Özel hukuk tüzel kişiliğine sahip bankanın garanti veren konumunda bulunduğu banka teminat mektupları, TBK m.603 kapsamında değerlendirilemeyecektir.

Dolayısıyla, garanti verenin gerçek bir kişi olması durumunda, garanti sözleşmesi yazılı olmadıkça ve garanti verenin sorumlu olacağı azami miktar ile tarih belirtilmedikçe

¹¹³ **Yarg. 19.HD. 05.01.1999 T. E. 1999/4084 K. 2000/4634.**

¹¹⁴ **Develioğlu**, s. 154; **Yener, Coşkun Hilal**, Banka Teminat Mektuplarında İlgililerin Hak ve Borçları, İstanbul 2012, s.102.

¹¹⁵ **Köroğlu, Kübra**, Gerçek Kişilerin Taraf Olduğu Kefalet Benzeri Garanti Sözleşmelerinin Tabi Olduğu Geçerlilik Şartları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014, s.58.

geçerli olmayacaktır. Garanti veren evli olması halinde de, eşinin yazılı rızasının alınması şarttır.

Garanti sözleşmesinin bir diğer türü olan saf garantilerde ise TBK m. 603 hükmünün uygulanmayacağı ve sözleşmenin herhangi bir şekilde tabi olmadığı savunulmaktadır¹¹⁶. Kanımızca, riskin kefalete nazaran çok daha yüksek olduğu garanti sözleşmelerinin her türünde, yazılı şekil şartının zorunlu tutulmasında fayda bulunmaktadır¹¹⁷. İspat hukuku bakımından da yazılı şekil gerekli hale gelmiştir¹¹⁸.

B. Ehliyet

Garanti sözleşmesi genel ehliyet kurallarına tabi olup, bu sözleşmenin tarafları tam fiil ehliyetine sahip olmalıdır. TBK m. 603 göndermesi sebebiyle, TBK m. 584/I hükmü garanti sözleşmeleri için de geçerli olacaktır.

TBK m. 584/I'e göre, *'Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır.* 'Bu sebeple ehliyete ilişkin bu sınırlamaya uyulmadan yapılacak garanti sözleşmesi de hükümsüz olacaktır¹¹⁹.

Ticari hayat ve tacirler bakımından uygulamada yarattığı sıkıntılar sebebiyle; 11 Nisan 2013 tarihli ve 28615 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6455 sayılı Kanunun 77 nci maddesi ile Türk Borçlar Kanununun 584. maddesine yeni bir hüküm eklenmiştir. Buna göre; *'Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya*

¹¹⁶ Kahraman, s. 169.

¹¹⁷ Aynı yöndeki görüş için bkz. **Reisoğlu** (Garanti): *Garanti mukavelesinde tehlike kefalete nisbeten çok yüksektir. Zira garanti verene kefile tanınan himayetlerden hiçbiri tanınmış değildir. Tehlikenin yüksek oluşu ise, şekle ihtiyaç olmadığı hususunda bir delil olamaz.*

¹¹⁸ Kahyaoglu, s. 47.

¹¹⁹ **Yılmaz, Yasemin**, Garanti Sözleşmesi, TAAD, S. 19, Ekim 2014, s. 1090.

da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler, 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullandırılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullandırılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmayacaktır. '

§4. GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN TÜRLERİ

Garanti sözleşmelerinin kendi içerisinde ikiye ayrıldığı kabul görmektedir. Bunlardan biri teminatı amaçlayan (kefalet benzeri) garanti sözleşmesi diğeri ise saf (yönelmeyi amaçlayan garanti)garanti sözleşmesidir.

I. TEMİNATI AMAÇLAYAN (KEFALET BENZERİ) GARANTİ SÖZLEŞMELERİ

Teminatı amaçlayan garanti sözleşmesinde, garanti veren, teminat sağlamak amacıyla alacaklıya karşı, temel ilişkideki borçtan bağımsız olarak, borçlunun edimi için sorumlu olmayı yüklenir¹²⁰. Diğeri bir ifadeyle, teminatı amaçlayan garantilerde, garanti veren, borçlu olup olunmadığına veya kabili icra bulunup bulunmadığına bakılmaksızın borçlunun edimini yerine getirmeden sorumlu olmayı üstlenmektedir¹²¹. Burada kefalet sözleşmelerinde olduğu gibi bir borcun ödenmesi temin edilmektedir. Bu nedenle bu tip garanti sözleşmeleri *kefalet benzeri garanti sözleşmeleri* olarak da adlandırılmaktadır.

Bu tip garantilerde, garanti veren, garanti alana karşı üçüncü kişinin borcunu ifa edeceğini taahhüt etmektedir¹²². Garanti alan ile edimi garanti edilen üçüncü kişi arasında

¹²⁰ Tandoğan (Borç ilişkileri), s. 804.

¹²¹ Yavuz/Acar/Özen, s. 709.

¹²² Kayak, s.64.

mevcut bir borç ilişkisi (temel borç ilişkisi) vardır ancak garanti verenin taahhüdü bu temel borcun geçerliliği ve varlığına bağlı değildir¹²³. Teminatı amaçlayan garanti sözleşmesinden bahsedebilmek için, edimi taahhüt edilen üçüncü kişinin varlığı gerekir.

Teminatı amaçlayan garanti sözleşmelerinde, garanti alanı bir işe yöneltmek değil, malvarlığının karşı karşıya kalacağı risklere karşı koruma amacı ön plandadır. Teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi, garanti verenin bir borcun ödenmesini temin etmesi bakımından, şahsi teminat sözleşmesinin diğer bir türü olan kefalet sözleşmesine benzemektedir. Bu iki sözleşme tipi arasında ki temel fark ise, garanti sözleşmesinde, garanti verenin yükümlülüğünün, temel borç ilişkisinden bağımsız olmasıdır. Kefalet fer'i bir nitelik taşıdığı halde, garanti sözleşmesi asli bir nitelik taşımaktadır. Diğer bir ifadeyle, temel borç ilişkisinin bulunup bulunmadığı veya geçerli olup olmadığı garantinin geçerliliğini etkilemeyecektir. Hiç şüphesiz ki bu bağımsız yani asli niteliği sebebiyle kefalet yanında böyle bir sözleşmeye ihtiyaç duyulmuştur¹²⁴.

Kefalet sözleşmesinin varlığının, mevcut ve geçerli bir asıl borca bağlı olduğuna yukarıda değinmiştik. Teminatı amaçlayan (kefalet benzeri) garantilerde ise, garanti veren, asıl borç ilişkisinin mevcut olmaması ihtimaline karşılık da güvence vermektedir¹²⁵. Gerçekten de kefil asıl borçlunun yalnızca kusurlu olarak borcunu yerine getirmemesi tehlikesini üstlendiği halde, garanti veren temel ilişkideki borçlunun borcunun gerçekte mevcut olmaması tehlikesini de karşılamaktadır¹²⁶. Bu tip garantilerde; garanti alan, asıl borca bağlı olmaksızın, maruz kalabileceği risklerin karşılanmasını istemektedir¹²⁷.

Teminatı amaçlayan garantilerde, garanti veren, asıl borçlunun kusursuz imkansızlık sebebiyle sorumluluktan kurtulduğu, asıl borç ilişkisinin borçlunun iptal hakkını kullanarak ortadan kalktığı durumlarda borçlunun edimini yerine

¹²³ Tandoğan (Borç ilişkileri), s. 808.

¹²⁴ Yavuz/Acar/Özen, s. 709.

¹²⁵ Yılmaz, s. 1083.

¹²⁶ Tandoğan (Borç İlişkileri), s. 805.

¹²⁷ Reisoğlu (Teminat Mektupları), s. 36.

getirememesinden sorumlu olmayı taahhüt edebilmektedir¹²⁸. TBK m. 582/2'ye göre, yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun sorumlu olmadığı bir borç için kişisel güvence veren kişi, yükümlülük altına girdiği sırada, sözleşmeyi sakatlayan eksikliği biliyorsa, kefaletle ilgili kanun hükümlerine göre sorumlu olur. Bunun gibi, hata ve ehliyetsizlik sebebiyle geçerli olmadığı bilinen bir borca kefalet gibi kefalet hükümlerinin kendisine uygulandığı garanti sözleşmeleri de teminatı amaçlayan garanti sözleşmelerine örnek olarak gösterilebilir¹²⁹.

Kefalet benzeri garantilerde, garanti alana teminat sağlama amacı ön plandadır. Doktrinde, borcun teminatı niteliğinde olması sebebiyle, kefalet benzeri garantilere üçüncü kişinin fiilini taahhütü düzenleyen TBK m. 128 hükmünün uygulanabileceğini savunan bir kısım yazar bulunmaktadır. Yargıtayın da bu görüşü kabul ettiği söylenebilir¹³⁰. Bu görüşe katılmayanlara göre, garanti sözleşmesi ile üçüncü kişinin fiilini taahhüt farklı hukuki müesseselerdir¹³¹.

II. SAF (YÖNELTMEYİ AMAÇLAYAN) GARANTİ SÖZLEŞMESİ

Garanti alanı belirli bir hareket tarzını benimsemeye sevk ve teşvik etmeyi, onu belirli bir faaliyete yönlentmeyi amaçlayan, onu bir işe kalkışmaya teşvik eden garantiler, saf garanti olarak adlandırılmaktadır¹³². Saf garanti sözleşmesi, garanti verenin garanti alanı belirli bir davranışa yönlentmek amacıyla bu davranışından doğacak olan riskleri kısmen veya tamamen üzerine aldığı bağımsız nitelikte bir sözleşmedir. Burada bir alacağın teminat altına alınması değil, garanti alanı belirli bir hareket tarzını benimsemeye sevk ve teşvik etme, onu belirli bir davranışa yönlentme amacı söz konusudur. Örneğin, bir tiyatro oyununun belirli sayıda kişi tarafından izleneceğinin garanti edilmesi veya hisse

¹²⁸ **Yavuz**, s. 509.

¹²⁹ **Tandoğan** (Borç İlişkileri), s. 805.

¹³⁰ **YHGK 15. 02. 1985 T. E. 1983/15-7 K. 108; Yarg. 13. HD 04. 04. 2003 T. E. 12569 K. 3985.**

¹³¹ **Gümüş**, s. 451; **Tandoğan** (Borç İlişkileri), s.851.

¹³² **Kahraman**, s. 20.

senetlerinin satın alınması halinde yıllık belirli bir oranda kâr elde edileceğinin garanti edilmesi halinde saf garantiden söz edilecektir.

Yavuz'a göre¹³³, yöneltmeyi amaçlayan garanti sözleşmesi, garanti verenin garanti alanı belirli bir davranışa yöneltmek amacıyla bu davranıştan o kişi için doğacak tehlikeleri kısmen veya tamamen üzerine alması borcunu doğuran bağımsız nitelikte bir sözleşmedir.

Tandoğan¹³⁴, yöneltmeyi amaçlayan garanti sözleşmesini, garanti verenin garanti alanı belli bir davranışa yöneltmek amacıyla bu davranıştan o kişi için doğacak tehlikeleri kısmen veya tamamen üzerine alması borcunu doğuran bağımsız nitelikte bir sözleşme olarak tanımlamıştır.

Saf garanti sözleşmeleri, başka sözleşmelerden tamamen ayrı ve bağımsız bir sözleşme içinde bulunabilecekleri gibi, başka bir sözleşmenin içinde, o sözleşmenin bir kaydı veya hükümlerinden biri olarak da yer alabilirler¹³⁵. Saf garanti taahhüdünün başka bir sözleşme içinden bulunması halinde, murtabıt (bağlı) garanti sözleşmesinden söz edilecektir. Garanti alanın, yöneltmek istenilen davranışı, onun garanti verenle yeni hukuki ilişkilere girmesi şeklinde ise bağlı garanti sözleşmesi söz konusu olacaktır¹³⁶.

Çalışmamızın bu kısmında, değinilmesinde fayda gördüğümüz, saf garanti türleri ve özellikle son yıllarda ülkemizde de sıkça karşılaşılan devlet garantileri ayrı ayrı ele alınacaktır.

¹³³ Yavuz, s. 509.

¹³⁴ Tandoğan, s. 806.

¹³⁵ Kahraman, s. 21.

¹³⁶ Yavuz, s. 509 : '*Örneğin, muayenehanesini devreden bir hekimin alıcıya bir hastaneye hekim alınmasını garanti etmesi, bağlı garanti sözleşmesi niteliğindedir.* '; Tandoğan (Borç İlişkileri), s. 806: '*Garanti alanın istenilen davranışı onun garanti verenle yeni hukuki ilişkilere girmesi olabilir; bu takdirde bağlı (murtabıt) garanti sözleşmelerinden söz edilir. Örneğin, bir tükenmez kalem imalatçısı belli bir miktarda alana münhasır satıcılık yetkisi sağlamayı garanti ediyor.* '

A. Temettü Garantileri

Temettü garantileri modern garanti sözleşmesinin ilk örneklerini teşkil ederler¹³⁷. On sekizinci yüzyılın sonlarına doğru devlet teşebbüslere kredi imkanı sağlamak ve fazla kâr getirmeyen, ancak toplum için faydalı olan işlerin görülmesini temin etmek amacıyla faiz ve temettü garantileri vermeye başlamıştır¹³⁸. Bu yöntem ile devlet, teşebbüslerin çıkardıkları hisse senetlerinin belirli bir temettü getirmesini garanti altına alıyor; temettünün bu miktara ulaşmaması halinde ise, aradaki farkı kapatıyordu¹³⁹.

Temettü garantileri zaman içerisinde kaçınılmaz olarak özel sektörde de uygulanmaya başlamıştır. Bu garanti ile, bir anonim ortaklığın paylarını alacak kimselere doğrudan veya ortaklığa belli bir temettü garanti edilmek suretiyle üçüncü kişiler bu payları almaya sevk edilmek istenir. Böylece hem şirkete hissedar temin edilmiş olacak hem de şirketin temettü dağıtması güvence altına alınmış olacağından hisse senetlerinin değerinin düşmesinin önüne geçilmiş olacaktır¹⁴⁰.

Develioğlu'na göre¹⁴¹, temettü garantisi öyle bir sözleşmedir ki, garanti veren veya bir şirket tarafından yatırımcı çekmek amacıyla görevlendirilen bir banka, yeni pay sahiplerine minimum bir kâr payını elde edeceklerini garanti eder.

Temettü garantisi verilmiş olsa da, şirket temettü dağıtma borcu altına girmeyeceği gibi; şirketin kâr etmemesi durumunda, hissedarlara temettü dağıtması yönünde şirketin hiçbir yükümlülüğü yoktur¹⁴². Şirket ancak bir kârın ortaya çıkması halinde hissedarlara karşı bir temettü ile yükümlü olacaktır¹⁴³. Oysa temettü garantilerinde,

¹³⁷ **Reisoğlu** (Garanti), s. 39.

¹³⁸ **Reisoğlu** (Garanti), s. 30.

¹³⁹ **Tandoğan** (Garanti), s. 1.

¹⁴⁰ **Kahraman**, s. 49 ; **Reisoğlu** (Garanti), s. 39.

¹⁴¹ **Develioğlu**, s. 15.

¹⁴² **Kahraman**, s. 49.

¹⁴³ **Reisoğlu** (Garanti), s. 40.

garanti alana, kâr elde edilemese bile temettü ödemesi yapılacağı taahhüt edilmektedir. Bu nedenledir ki, burada kişileri bu hisseleri almaya sevk ve teşvik etme amacıyla belli bir riskin üstlenildiği saf garanti taahhüdü söz konusudur.

Temettü garantisi, ilgili şirket hariç olmak üzere, gerçek kişiler, tüzel kişiler ve kamu kurumları tarafından verilebilir¹⁴⁴. Temettü garantisinde genellikle, ileride şirketin kâr etmesi ve temettü dağıtması halinde, garanti veren tarafından ödenen bedelin iadesi şart koşulmaktadır. Reisoğlu'na göre¹⁴⁵, ileride gerçekleşip gerçekleşmemesi belirsiz olan bu iade şartı, garanti sözleşmesi niteliğini değiştirmedeği gibi, bir karz (ödünç) akdine dönüştürmeyecetir. Garanti alanın bu iade borcu, ancak ileride ki senelerde bilançoya göre elde edilen kârdan mümkün olabilecektir.

Temettü garantisi yerine, şirketin kazancının garanti edilmesi halinde ise, hissedarların bu kazançtan temettü almak için garanti verene başvurması mümkün değildir¹⁴⁶. Nitekim bu ihtimalde, şirketin kâr edeceği hususu garanti edilmiş olup, bu kârdan ne kadar temettü dağıtılacağına ilişkin karar, şirketin yönetim faaliyetleri ile ilgilidir.

6327 sayılı Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı Kanunu'nun 6. Maddesi, bu tip garantilere örnek olarak gösterilebilir¹⁴⁷. İlgili hüküm uyarınca, '*Ortaklığın elde ettiği safi kâr (B) grubu hisse senetleri sahiplerine ödenmiş sermayelerinin senede %6'sı nispetinde kâr dağıtılmasına müsait olmadığı takdirde Maliye Vekâleti kâr noksanını ortaklığın kuruluş tarihinden itibaren beş yıl müddetle ikmal eder. Bu kâr noksanları Hazinece ortaklığa avans olarak ödenir. Ortaklık işbu avansları kanuni ihtiyatlar ve ödenmiş sermayenin %6'sı çıktıktan sonra safi kâr bakiyesi ile Hazineye iade eder.*' Burada temettü garantisi akde değil, kanuna dayanmaktadır.

¹⁴⁴ Reisoğlu (Garanti), s. 40.

¹⁴⁵ Reisoğlu (Garanti), s. 40; Kahraman, s. 50: '*. . . Kaldı ki, kullanım ödünçü sözleşmesi akdetmek isteyen kişi, böyle dolambaçlı ve şüpheli yollara başvurma ihtiyacı duymaz.*'

¹⁴⁶ Kahraman, s. 50.

¹⁴⁷ Tandoğan (Garanti), s. 1.

B. Yap, İşlet Devret Modelinde Gelir Garantileri

3996 sayılı Kanuna göre, Yap-İşlet-Devret Sözleşmeleri; köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, enerji üretimi, iletimi, dağıtımı, maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, demiryolu, yeraltı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava limanları ve benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında idare ile sermaye şirketleri veya yabancı şirketler arasında yapılır¹⁴⁸.

Yap-İşlet-Devret sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte, yapılan yatırım ve hizmetler, her türlü borç ve taahhütlerden âri, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda bedelsiz olarak kendiliğinden idareye geçer (3996 sayılı Kanun m. 9).

Ülkemizde özellikle son yıllarda yap-işlet-devret modelinde ki garanti sözleşmesi örneklerine sıklıkla rastlanılmaktadır. Bu yöntemle, Türkiye Cumhuriyeti devleti, köprü, yol, tünel vb. projelerin ihalelerini kazanan yüklenicilere, inşaat sonrasında bu yapıların işletilmesinden belli bir kazanç elde edeceklerini garanti etmektedir¹⁴⁹. Şüphesiz ki devlet, yükleniciyi bu pahalı girişime sevk ve teşvik amacıyla bu garanti vermektedir. Devlet bu yöntem ile, ihale açmak suretiyle, işi yapacak yüklenici bulup; iş sonunda taahhüt edilen kazanca ulaşamaması halinde ise eksik kalan tutarı ödemeyi üstlenmektedir. Diğer bir ifadeyle, garanti veren (devlet), işi yapacak olan yüklenicinin pahalı girişiminin sonucunda karşılaşılabileceği riskleri garanti sözleşmesi ile üzerine almaktadır.

Örneğin, Avrasya tüneli yap-işlet-devret modelinde bir garanti taahhüdüdür. Devlet tarafından, Avrasya tüneline günde 68.000 araç geçeceği garantisi verilmiş, Ulaştırma Bakanı tarafından yapılan açıklamada ise, 2016 yıl sonu itibariyle tünelden geçen günlük

¹⁴⁸ Bkz. 3996 sayılı Bazı Yatırım Ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun (RG. T. 13. 6. 1994, S. 21959)

¹⁴⁹ Kahraman, s. 51.

araç sayısının ortalama 24.000 civarında olduğu ifade edilmiştir¹⁵⁰. Devlet, eksik kalan araç geçiş bedelini, yükleniciye borçlanmıştır.

Bunun gibi, Yavuz Sultan Selim Köprüsü de, yap-işlet-devret modelinde bir devlet garantisi söz konusudur. Buna göre, garanti edilen günlük araç sayısı sayısı 135.000 olup, mevcut garanti sebebiyle eksik kalan araç geçiş bedeli yüklenici firmaya hazine tarafından ödenmiştir¹⁵¹.

1 Temmuz 2016 tarihinde açılan Osmangazi köprüsü için de, devlet, işletici firmaya günlük 40.000 (yıllık 14,6 milyon) araç garantisi vermiştir. Ancak 2017 yıl sonu raporunda, köprüden geçen araç sayısının yıllık ortalama 17 milyon civarında olduğu belirtilmiş ve eksik kalan araç bedeli hazine tarafından ödenmiştir.

Yukarıda vermiş olduğumuz örnekler ışığında, devlet, yüklenici veya işleticinin her türlü ekonomik endişelerini gidermek amacıyla, asıl sözleşmeden bağımsız bir garanti taahhüdü ile olası riskleri üzerine almaktadır. Böylelikle, yerli veya yabancı yatırımcılar, yüksek maliyet gerektiren bir yatırım yaptıktan ve inşaatı tamamladıktan sonra, sözleşmenin herhangi bir sebeple geçersiz olması veya yatırımlarını işletme şansı bulamama ihtimallerinde dahi kendilerine koruma sağlayacak bir hukuki müesseseden faydalanmış olacaklardır¹⁵². Yatırımcıların parasını yatırdığı bir işten kâr elde edememesi yahut işbu yatırımları sebebiyle aldıkları kredileri ödeyememesi riski de garanti verence üstlenilmektedir.

C. Diğer Gelir ve Kâr Garantileri

Garanti veren, garanti alanı, bir işe sevk ve teşvik amacıyla, söz konusu işin sonucunda bir kazanç elde edeceğini garanti edebilir. Örneğin, satıcının alıcıyı sözleşmeye

¹⁵⁰ Kahraman, s. 50.

¹⁵¹ Ayrıntı için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr>.

¹⁵² Kahraman, s. 52.

teşvik için, satın aldığı malların değer kazanmasına bağlı olarak sonradan en az yüzde 10 kâr elde edeceğinin garanti edilmesi halinde de saf garantinin varlığından söz edilecektir¹⁵³.

Bunun gibi, belediyenin eczane veya özel hastane açacak kimseye veya fabrika kuracak birine aylık belli bir kâr elde edeceğinin garanti edilmesi de kâr garantilerine örnek olarak gösterilebilir¹⁵⁴.

D. Zararın Giderilmesi ve Açığı Kapama Garantisi

Zararın giderilmesi garantisinde, bir kimsenin doğmuş veya doğacak olan zararının karşılanacağı taahhüt edilmektedir. Bu tip garantilerde, zarara denk gelen miktarın ödeneceği taahhüt edilirken, bazı hallerde ayıplı malın onarılacağı yahut ayıpsız benzeriyle değiştirileceği de vaad edilebilmektedir¹⁵⁵. Örneğin, A'nın, B'yi üçüncü bir kişiye dava açmaya ikna etmek için, davanın kaybedilmesi halinde masrafları ödemeyi ya da garanti verenin garanti alanı yabancı kanuna aykırı bir döviz alım satımı yapmaya sevk etmek için bundan doğacak zararları üstlenmeyi taahhüt etmesi halinde saf garanti sözleşmesinden söz edilecektir¹⁵⁶.

Bazı hallerde ise, garanti alan, belli bir kimse ile akdi veya kanuni bir ilişki içinde bulunmakta iken; garanti veren, garanti alanı ilişkide bulunduğu kimsenin talimatından ayrılan ve üçüncü bir kişiye yarar sağlayan bir davranışa sevk etmek ister, bunun için de garanti alanın akde veya kanuna aykırı davranışı sebebiyle uğrayacağı zararları üstlenir. Örneğin, birden çok mirasçısı bulunan murisin bankadaki hesabından Noterlik Kanunu m.89'a göre re'sen noter tarafından düzenlenmesi gereken miras taksim sözleşmesi ibraz edilmeksizin sadece veraset ilamına dayanarak payını talep eden mirasçının, bankanın

¹⁵³ **Reisoğlu**, s. 55.

¹⁵⁴ **Tandoğan** (Borç ilişkileri), s. 807.

¹⁵⁵ **Kahraman**, s. 56.

¹⁵⁶ **Tandoğan** (Borç İlişkileri), s. 807.

ödeme yapması ve yaptığı bu ödemeden sorumlu tutulması halinde, onun zararını karşılayacağını taahhüt etmesi halinde bu tip bir garanti söz konusu olacaktır¹⁵⁷.

Açığı kapama garantisinde ise, bir kimseyi belli bir teşebbüse sevk etmek için onun teşebbüs yüzünden uğrayabileceği zararlar karşılanır¹⁵⁸. Örnek olarak, 1964 yılında Federal devletin, lozan fuarının düzenlenebilmesi için, fuar tertip komitesine karşı 8 milyon franka kadar olan zararının %40'ını, 9 milyon franka kadar olan zararının ise %75'ini kapatmayı yüklenmesi gösterilebilir. Bunun gibi, bir tiyatro işletmecisine belirli bir temsili sahneye koyması, bir festivali tertip heyetine bu festivali düzenlemesi için açığı karşılama garantisi verilmesi halinde de açığı kapama taahhüdü şeklinde bir saf garantiden söz edilecektir¹⁵⁹.

Burada, garanti veren, garanti alanı maliyeti yüksek bir yatırım yapmaya sevk ve teşvik etmekte; risk gerçekleşip, iş zararlar kapandığında ise taahhüt ettiği miktarda zararı kapama borcu altına girmektedir.

E. İpotek Garantisi

İpotek garantisi ile, bir gayrimenkul üzerinde ipotek tesis edilmek suretiyle güvence altına alınmış olan alacağın, işbu gayrimenkulün cebri icra yolu ile satışı halinde tamamen karşılanacağı hususu garanti edilir. Almanya'da uygulamada, bu tip garanti örneklerine sıkça rastlanılmaktadır.

Burada, garanti veren, borçlunun borcunu ödeyeceğini değil, ipoteğin paraya çevrilmesi halinde satış gelirin alacağın karşılayacağını garanti etmektedir. Bu sebeple, burada ki taahhüdün kefalet değil, saf garanti sözleşmesi olduğu kabul edilmelidir¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Örnekler için bkz. **Kahraman**, s. 60; **Tandoğan** (Borç ilişkileri), s. 808.

¹⁵⁸ **Tandoğan** (Borç İlişkileri), s. 807; **Kahraman**, s. 58.

¹⁵⁹ **Tandoğan** (Borç ilişkileri), s. 807.

¹⁶⁰ **Reisoğlu** (Garanti), s. 43.

§5. BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI

I. Genel Olarak

Bir ticari ilişkide borçlu, alacaklıya, kendi yükümlülüklerini sözleşmeye uygun olarak hiç ya da gereği gibi yerine getirmemesi rizikosuna karşı aynı veya şahsi bir teminat verebilir. Zamanla, ticari işlerin hacminin artmasıyla, teminat veren şahsın ekonomik durumu önem kazanmış, her türlü şahsi teminat yeterli görülmemeye başlamış ve bu durumun neticesi olarak kabul edilen banka garantileri ya da banka teminat mektupları uygulanmaya başlamıştır¹⁶¹. Banka teminat mektupları, doğrudan yasal bir düzenlemeye konu olmamıştır.

Türk Hukukunda banka teminat mektupları, ilk kez 1025 sayılı ve 12.03.1927 tarihli Kanun'un 1. maddesi uyarınca Bakanlar Kurulu tarafından yürürlüğe konulan 08.01.1928 tarih ve 6048 sayılı kararname ile düzenlenmiştir¹⁶². Teminat mektupları hakkında her ne kadar kanunda özel ve ayrıntılı bir düzenleme bulunmasa da, bazı kanun ve kanun hükmünde kararnamelerde ilgileri olduğu ölçüde yer verilmiştir¹⁶³.

Banka teminat mektuplarında banka, asıl sözleşmenin taraflarından birisinin (lehdar) talebi üzerine, asıl sözleşmenin diğer tarafına (muhatap) borçlu durumunda bulunan lehdarın edimini sözleşmeye uygun olarak ifa edeceğini, hiç veya gereği gibi ifa etmediği takdirde uğranılacak zararları kendisinin karşılayacağı yönünde teminat vermektedir¹⁶⁴.

¹⁶¹ **Doğan, Vahit**, Banka Teminat Mektupları, Yenilenmiş 3. Bası, Ankara 2005, s. 24.

¹⁶² **Reisoğlu** (Teminat Mektupları), s. 21.

¹⁶³ **Ekici, Akın/Durukanoğlu, Nihayet/CDCS/CITF**, Türk Hukukunda Ve Bankacılık Uygulamasında Teminat Mektupları, Temmuz 2016, s. 39.

¹⁶⁴ **Doğan**, s. 25.

Akyazan'a göre¹⁶⁵, banka teminat mektubu, borçlunun alacaklıya karşı üzerine aldığı bir edimin yerine getirilmesini garanti için, bir banka tarafından verilen mektuptur.

II. Hukuki Niteliği

Teminat mektuplarının doğrudan yasal bir düzenlemeye konu olmaması, bu mektupların hukuki niteliği konusunda tartışmalara yol açmıştır. Banka teminat mektupları, içeriğinde bankanın 'kefil olduğu' ibaresi yer aldığından uzun yıllar kefalet olarak kabul edilmiş ve kefalet sözleşmesi hükümlerine tabi tutulmuştur¹⁶⁶. Ancak daha sonra teminat mektubu metinlerinde, protesto keşidesine ve hüküm istihsaline gerek kalmaksızın ve borçlunun rızasını almaksızın ilk yazılı talepte derhal ve gecikmeksizin ödeme' şeklinde ifadelerin kullanılması, bu mektupların garanti sözleşmesi niteliği taşıdıkları görüşünü ortaya çıkarmıştır.

Yargıtay banka teminat mektupları ile ilgili olarak,1967 ve 1969 tarihlerinde iki önemli İçtihatı Birleştirme Kararı vermiştir. İlk olarak 1967 tarihli Yargıtay İçtihatı Birleştirme Kararında¹⁶⁷ banka teminat mektuplarının üçüncü kişinin fiilini üstlenme niteliğinde bir garanti sözleşmesi olduğu kabul edilmiştir. Kararın gerekçe kısmında, bankanın taahhüdünün, lehdarın borcunun geçerliliğine ve varlığına bağlı olmaksızın garanti taahhüdü olarak kabul edilmesi gerektiği değerlendirilmiştir. Teminat mektuplarının hukuki niteliği konusundaki bu değerlendirmeye kararın sonuç kısmında yer verilmemiş olması sebebiyle, mahkemelerce banka teminat mektuplarının kefalet sözleşmesi sayılması gerektiğine ilişkin kararlar vermeye devam etmiştir¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Akyazan, Sıtkı, Tatbikatta Banka Teminat Mektuplarının Ortaya Çıkardığı Çeşitli Sorunlar, BATİDER, C. 7, S. 3, 1974, s. 567.

¹⁶⁶ Reisoğlu (Teminat Mektupları), s. 29.

¹⁶⁷ YİBK 13. 12. 1967 T. E. 1966/16 K. 1967/7 K.

¹⁶⁸ Doğan, s. 33.

Söz konusu belirsizliklere son vermek amacıyla Yargıtay 1969 tarihli yeni bir içtihatı birleştirme kararı vermiştir. Kararda¹⁶⁹; ‘*Muvakkat ithal yoluyla ithal edilen malların tayin edilen süre içerisinde yurt dışına çıkarılmaması halinde bu eşya için gümrük vesaire vergi ve resmi olarak tahakkuk ettirilen paranın gümrük idaresinin her zaman yapabileceği yazılı istek üzerine, derhal ve herhangi bir itiraza veya hüküm istihsaline mahal kalmaksızın ödemekte bankanın borçlu ile birlikte müşterek ve müteselsil kefil sıfatıyla zamin olduğuna dair bankalar tarafından gümrük vergisi borçlusu lehine ve fakat borçlu ile değil de diğer şahıslarla yapılan bir akte dayanarak gümrük idaresine verilen teminat mektupları mahiyet itibariyle Borçlar Kanununun 110. maddesinde sözü edilen 3. şahsın fiilini taahhüt niteliğinde bir garanti akti olduğuna*’ karar verilmiştir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarından sonra, banka teminat mektuplarının, üçüncü kişinin fiilini üstlenme niteliğinde bir garanti sözleşmesi olduğu hususunda doktrinde büyük ölçüde görüş birliği sağlanmıştır.

Tandoğan ve Reisoğlu’na göre¹⁷⁰, banka teminat mektuplarının, mektup metninde lehtarın def’ilerden vazgeçtiği ifadesi yer aldığından, teminatı amaçlayan (kefalet benzeri) garanti sözleşmesi niteliği taşıdığı kabul edilmelidir.

Banka, teminat mektubu talebinde bulunan kişinin sözleşmeden doğan edimini yerine getirmemesi durumunda, miktarı önceden tespit edilmiş tutarı ödemeyi taahhüt etmektedir. Banka sadece taahhüt ettiği miktara kadar doğacak zararlardan dolayı sorumlu olacağı gibi, banka, muhatabın uğramış olduğu zarar miktarı ile ilgili değildir¹⁷¹. Bununla birlikte, bankalar, bu teminat mektupları ile asıl borçtan bağımsız bir borç altına girmektedir. Diğer bir ifadeyle, banka teminat mektuplarının geçerliliği, asıl borcun varlığından tamamen bağımsızdır. Tüm bu sebeplerle, banka teminat mektuplarını, kefalet sözleşmesi veya üçüncü kişinin fiilini üstlenme niteliği taşıdığını kabul etmek doğru olmayacaktır. Bizim de kabul ettiğimiz şekliyle, banka teminat mektupları, teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi niteliğinde yapılmaktadır.

¹⁶⁹ **YİBK 11. 06. 1969 T. E. 1969/4 K. 1969/6.**

¹⁷⁰ **Tandoğan** (Borç İlişkileri), s. 805; **Reisoğlu** (Teminat Mektupları), s. 36.

¹⁷¹ **Doğan**, s. 32.

III. Türleri

A. Ödeme Talebinin Şekline Göre Yapılan Ayrım

1. İlk Talepte Ödeme Kaydı İçeren Teminat Mektupları

Uygulamada en çok tercih edilen teminat mektubu türü, ilk talepte ibaresini içeren garantilerdir¹⁷². İlk talepte ödeme kaydını içeren banka teminat mektupları temel ilişkinin tarafları arasındaki güvensizlik duygusundan ortaya çıkmış; bu güvensizlik duygusu sebebi ile, banka tarafından asıl sözleşmenin ifa edileceği hususunda muhataba güvence verilmek istenmiştir¹⁷³.

İlk talepte ödeme kaydını içeren garantilerde banka, garanti alana karşı, ödeme talebinin haklılığına dair ispat araçları talep etmeksizin ve def'i veya itiraz ileri sürmeksizin, garanti alanın ilk talebinde ödeme yapmayı taahhüt eder¹⁷⁴. İlk talepte ödeme kaydını içeren banka teminat mektuplarında önce öde sonra dava et ilkesi geçerlidir¹⁷⁵.

1. Şarta Bağlı Teminat Mektupları

Bankanın muhataba ödeme yapabilmesi için, tarafların arasında kararlaştırmış oldukları şartların yerine getirildiğinin bankaya ibraz edilen belgeler ile ispatlanamaması halinde, bankanın ödeme yapmaktan kaçınmak zorunda olduğu teminat mektupları şartlı teminat mektupları olan adlandırılır¹⁷⁶.

¹⁷² Kahyaoglu, s. 19.

¹⁷³ Doğan, s. 63.

¹⁷⁴ Kahyaoglu, s. 19.

¹⁷⁵ Arkan, Sabih, Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu, BATİDER 1992, s. 65.

¹⁷⁶ Doğan, s. 70.

Şartlı garanti ile, teminat mektubu muhatabının haksız ödeme talebinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Nitekim bankanın ödeme yapabilmesi, sadece muhatabın ödeme talebine bağlı tutulmamakta, teminat mektubunun ödenmesi için gerekli şartların yerine getirildiğinin taraflarca önceden tespit edilmiş belgelerin ibrazı şartına bağlı tutulmaktadır¹⁷⁷.

B. Konusuna Göre Yapılan Ayrım

1. Geçici Teminat Mektubu

Geçici teminat mektupları bir ihalaya katılmak için, ihale makamına hitaben verilmektedir¹⁷⁸. Bankanın, ihalaya katılmak isteyen lehdar lehine, idareye karşı, geçici teminat akçesi miktarında sorumluluk üstlendiğini beyan ve lehdarın şartname yükümlülüklerine uymayarak, ihale üzerine kaldığında belirli bir süre içinde kesin teminatı yatırmaması halinde belirli bir meblağı derhal ödeyeceğini taahhüt ettiği teminat mektubu, geçici teminat mektubu olarak adlandırılır¹⁷⁹.

2. Kesin Teminat Mektupları

Kesin teminat mektubunun konusu, lehdarın sözleşmede öngörülen yükümlülüğünü yerine getireceği hususunda garanti verilmesidir¹⁸⁰. Bu tip teminatta amaç, teminat mektubu muhatabına lehdarın asıl sözleşmede yer alan edim yükümlülüğünü süresi içinde ve gereği gibi ifa etmemesi rizikosuna karşı güvence sağlamaktır¹⁸¹. Lehdarın, yüklendiği

¹⁷⁷ Doğan, s. 69.

¹⁷⁸ Reisoğlu (Teminat Mektupları), s. 143; Reisoğlu (Garanti), s. 92.

¹⁷⁹ Barlas, Nami, Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, İstanbul 1986, s. 13.

¹⁸⁰ Reisoğlu (Banka Garanti Sözleşmesi), s. 144; Barlas, s. 14; Doğan, s. 78.

¹⁸¹ Doğan, 78.

edimi süresi içinde veya gereği gibi ifa etmemesi rizikosunu gerçekleştire, kesin teminat mektubu, paraya çevrilecektir¹⁸².

3. Avans Teminat Mektupları

Lehdar ile muhatap arasında akdedilen asıl sözleşmede, edim borçlusunun ifaya başlayabilmesi için sözleşmenin karşı tarafının bir ön ödeme yapması şart koşulmakta ve yapılan bu ön ödeme daha sonra edim borçlusunun hak edişlerinden kesilmektedir¹⁸³. İşte avans teminat mektupları ile, muhatabın verdiği bu avansı geri alamama riski garanti altına alınmak suretiyle, muhataba güvence sağlanmış olacaktır¹⁸⁴.

C. Süresine Göre Yapılan Ayrım

1. Süreli (Vadeli) Teminat Mektupları

Bankanın, teminat mektubunda belli bir süre için sorumluluk üstlendiği teminat mektupları, süreli teminat mektuplarıdır¹⁸⁵. Süreli garantilerde, bankanın sorumluluğunun doğması bakımından, riskin belirlenen süre içinde gerçekleşmesi şarttır.

2. Süresiz (Vadesiz) Teminat Mektupları

Geçerliliği belli bir süreye bağlanmamış olan ve bankanın garanti altına karşı sorumluluğunun, rizikonun doğumundan zamanaşımı süresinin sonuna kadar devam ettiği teminat mektuplarına, süresiz teminat mektupları adı verilir¹⁸⁶.

¹⁸² **Taşpolat, Ali**, Banka Garantileri, İstanbul 1989, s. 224.

¹⁸³ **Doğan**, s. 74.

¹⁸⁴ **Reisoğlu** (Teminat Mektupları), s. 145.

¹⁸⁵ **Barlas**, s. 24.

¹⁸⁶ **Kahyaoğlu**, s. 15.

§6. GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN BENZER SÖZLEŞME TÜRLERİNDEN AYIRT EDİLMESİ

I. KEFALET SÖZLEŞMESİNDEN AYIRT EDİLMESİ

A. Genel Olarak

Kefalet Sözleşmesi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 581 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. TBK m. 581'e göre; kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir.

Kefalet sözleşmesinin taraflarını; borç altına giren kefil ve lehine borç altına girilen alacaklı oluşturmaktadır. Kefil, asıl sözleşme borçlusunun menfaatine devreye girmektedir. Ancak yükümlülükleri asıl borçlunun yükümlülüklerinden farklıdır. Asıl sözleşme borçlusu bu sözleşmenin tarafı değildir.

Kefalet sözleşmesi de garanti sözleşmesi gibi, şahsi teminat sözleşmelerinden biridir. Bu iki sözleşme esasen birbirinden farklı hukuki müesseseler olmakla birlikte, benzerlikleri de göz ardı edilmemelidir. Özellikle teminatı amaçlayan garanti sözleşmeleri, niteliği itibarıyla kefalet sözleşmesine yaklaşmaktadır. Söz konusu benzerlikler de uygulamada bu iki sözleşme tipinin birbirleriyle karıştırma riskini doğurmuş ve ayırım yapılması zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Teminat taahhüdünün kefalet mi yoksa garanti mi olduğu konusunda yapılacak ayırım büyük önem taşımaktadır¹⁸⁷.

Benzerliklerine karşın, kefalet ve garanti sözleşmesi arasında belirgin farklılıklar bulunmaktadır. Çalışmamızın bu kısmında, ilk olarak bu farklar üzerinde durulacak,

¹⁸⁷ **Canbolat, Ferhat / Topuz, Seçkin**, Kefalet ile Garanti Ayırımının Önemi ve Ayırmda Uygulanacak Kıstaslar, TBB Dergisi, S. 78, 2008, s. 58.

devamında ise bu iki sözleşme tipini birbirinden ayırt etmek için kullanılan kıstaslar incelenecektir.

B. Kefalet ve Garanti Sözleşmesi Arasındaki Farklar

1. Aslilik- Ferilik

Kefalet sözleşmesinin en önemli özelliği ferî nitelikte oluşudur. Kefalet sözleşmesi mevcut ve geçerli bir borç için yapılabilir (TBK m.582/1). Diğer bir ifadeyle, kefilin borcu, doğumu ve devamı asıl borca bağlı olan ferî nitelikte bir borçtur. Kefalet sözleşmesinin geçerliliği de, asıl borcu doğuran temel borç ilişkisinin geçerliliğine bağlıdır.

Garanti sözleşmesinde ise, garanti verenin borcu, asıl borç ilişkisinden bağımsızdır. Garanti veren riski ferî olmayan bağımsız bir taahhüt ile üstlenmiştir¹⁸⁸. Temel borç ilişkisinin sona ermesi halinde, kefil sorumluluktan kurtulacaksa da, garanti verenin sorumluluğu devam edecektir.

2. Def'i ve İtirazların İleri Sürülmesi

Def'i hakkına sahip olan borçlu, alacaklı tarafından edimin yerine getirilmesi talep edildiği zaman, bunu reddetme, bundan geçici veya sürekli olarak kaçınma hakkını elde eder. Def'i hakim tarafından re'sen nazara alınmaz; borçlunun ileri sürmesi gerekir.

İtiraz ise, bir hakkın varlığını veya devamını engelleyen, ortadan kaldıran, tehlikeye düşüren olayların ileri sürülmesidir. İtiraz hakim tarafından re'sen dikkate alınır.

¹⁸⁸**Turan, Gamze**, Garanti ve Kefalet Sözleşmeleri Arasındaki Farklar Ve Banka Kredi Kartı Sözleşmelerindeki Şahsi Teminatın Niteliği, TBB Dergisi, S. 66, Ankara 2006, s. 32; **Yarg. 13. HD. 27. 04. 1992 T. E. 1992/305 K. 1992/3896**: ' . . . garanti sözleşmesi fer'i nitelikte olmayan bir sözleşmedir. Garanti veren için tehlikelerini (riskini) fer'i olmayan bağımsız bir taahhülle kısmen veya tamamen üzerine almaktadır. İşte bunlar garanti sözleşmelerinin asli unsurunu oluşturur. '

Kefalet sözleşmesinde kefil, asıl borçluya ait tüm def'i ve itirazları ileri sürme hakkına sahiptir. TBK m. 591/I'e göre, '*kefil, asıl borçluya veya mirasçılarına ait olan ve asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan bütün def'ileri alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahip olduğu gibi, bunları ileri sürmek zorundadır.*' İlgili hükümden anlaşılacağı üzere, kefilin, asıl borçluya ait def'ileri ileri sürmesi, haktan ziyade bir yükümlülüktür.

Garanti sözleşmesinde ise, garanti veren, edimini taahhüt ettiği üçüncü kişiye ait def'ileri ileri süremez¹⁸⁹. Garanti verenin, borçluya ait def'i ve itirazları ileri sürme hakkına haiz olmaması, garanti sözleşmesinin asli ve bağımsız niteliğinden kaynaklanmaktadır. Nitekim, garanti verenin ifa ettiği borç başkasının değil, kendi borcudur¹⁹⁰.

3. Rücu Hakkı (Halefiyet İlişkisi)

TBK m. 62/II'ye göre; *tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olur.*'

Kefalet sözleşmesinde kefil, alacaklıya ifade bulunduğu ölçüde, onun haklarına halef olur. Diğer bir ifadeyle, kefil ile borçlu arasında bir rücu ilişkisi bulunmaktadır. Buna karşın, garanti sözleşmesinde böyle bir halefiyet ilişkisinden ve rücu hakkından söz edilemeyecektir¹⁹¹. Garanti veren, bağımsız bir borç altına girdiğinden, borcunu ödemekle yükümlülüğünü yerine getirmiş olur ve ödediği oranda alacaklıya rücu edemez.

¹⁸⁹ **Tandoğan** (Borç İlişkileri), s. 818; **Gümüş**, s. 455: Kefil, temel ilişkiden borçlu için doğan def'ileri alacaklıya karşı ileri sürmeye yetkili ve yükümlü iken; garanti verenin garanti alana karşı böyle bir olanağı yoktur.

¹⁹⁰ **Doğan**, s. 35.

¹⁹¹ **Turan**, s. 33; **YİBK 11. 6. 1969 T. E. 1969/4 K. 1969/6**: '*. . . bu teminat mektubunun mahiyeti garanti taahhüdü niteliğindedir. Garanti veren müstakil bir borç altına girdiğinden parayı ödemekle akdi mükellefiyetini yerine getirmiş olur. Kanunda garanti verenin garanti alana parayı ödemesi halinde ödediği nispette alacaklının halefi olacağına ve bu halefiyet kaidesine dayanarak borçlu 3. şahsa rücu edebileceğine dair bir hüküm yoktur. Yasalarda mevcut diğer hükümlere dayanılarak da garanti veren ödediği parayı 3. şahıstan istemeye hakkı bulunmadığına dair görüş çoğunluk kazanmış ve içtihadın bu şekilde birleştirilmesine çoğunlukla karar verilmesi gerekmiştir.*' ; **Tandoğan** (Borç İlişkileri), s. 819:

4. İfayı Kabule Zorlama

Borçlunun iflası sebebiyle olsa bile, borç muaccel olduğu takdirde kefil, alacaklıdan yapacağı ödemeyi kabul etmesini her zaman isteyebilir (TBK m. 593/I). Ancak alacaklı haklı bir sebep olmaksızın ödemeyi kabul etmekten kaçınırsa, kefil borcundan kurtulur. Kefalet sözleşmesinde kefile tanınan bu hak, garanti veren için söz konusu değildir. Garanti verenin borcu, asıl borçtan bağımsız olarak, riskin gerçekleşmesi ile doğmuş olacaktır.

5. Borçtan Kurtarılmayı İsteme Hakkı

TBK m. 595'e göre, kefil, aşağıdaki durumlarda asıl borçludan güvence verilmesini ve borç muaccel olmuşsa, borçtan kurtarılmasını isteyebilir :

- Asıl borçlu, kefile karşı üstlendiği yükümlülüklerle, özellikle belli bir süre içinde kendisini borçtan kurtarma vaadine aykırı davranmışsa.
- Asıl borçlu temerrüde düşmüşse veya yerleşim yerini diğer bir ülkeye nakletmesi yüzünden takibat önemli ölçüde güçleşmişse.
- Asıl borçlunun mali durumunun kötüleşmesi, güvencelerin değer kaybetmesi veya borçlunun kusuru sonucunda kefil için mevcut tehlike, kefaletin yapıldığı tarihe göre önemli ölçüde artmışsa.

Kefile, borçtan kurtarılmayı isteme imkanı tanınması, kefalet sözleşmesinin ferî niteliğinin doğal bir sonucudur. Nitekim, asıl borç ilişkisi ve borçlunun durumu kefil bakımından önem arz etmektedir. Garanti veren için ise böyle bir imkan tanınmış değildir.

Yazar, garanti verenin vekaletsiz iş görmeye veya sebepsiz zenginleşmeye ya da TBK m.61'e dayanarak lehdara rücu edilebileceğini savunmaktadır.

C. Garanti ve Kefalet Sözleşmesi Ayrımında Kullanılan Kıstaslar

1. Genel Olarak

Kefalet ve Garanti sözleşmesi farklı kurumlar olmakla birlikte, özellikle teminatı amaçlayan garanti taahhüdünün kefalet sözleşmesine yaklaştığına yukarıda değinmiştik. Bir şahsi teminatın kefalet mi yoksa garanti mi olduğu ve bu ayrımın ne şekilde yapılması gerektiği konusu doktrin ve yargı organları tarafından uzun süredir tartışılmaktadır. Nitekim bu iki kurumu birbirinden ayırt etmek her zaman kolay olmamaktadır.

Garanti ve Kefalet sözleşmesi ayrımı yapılırken ilk olarak, taahhüt metninin TBK m. 19 genel yorum ilkesi çerçevesinde yorumlanması ve gerçek iradelerinin araştırılması gerekir. Garanti sözleşmesinde garanti verenin sorumluluğu, kefilin sorumluluğundan çok daha ağır olduğundan; sözleşmenin niteliğinin tespit ve yorumunda teminat veren kimsenin iradesi de bu yönden titizlikle değerlendirilmelidir¹⁹². Taahhüt metninin yorumlanması neticesinde bir sonuç elde edilemez ise, bu iki sözleşmenin birbirinden ayırt edilebilmesi için doktrin ve uygulamada kabul edilen kıstaslar kullanılarak sözleşmenin niteliği belirlenmelidir. Bu kıstasların kullanılmasıyla da sözleşmenin niteliği belirlenemiyorsa, son çare olarak kefalet karinesine başvurulmalıdır¹⁹³.

Garanti ve kefalet sözleşmelerinin ayrımında kullanılacak kıstasları, temel ve yan kıstaslar olarak iki ayrı başlık altında incelemekte fayda görmekteyiz.

¹⁹² **Barlas, Nami**, Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. II, İstanbul 2002, s. 952; **Aral, Fahrettin**, Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği ve Kefaletten Farkları, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s. 137: Sözleşme başlığında veya metninde garanti kelimesi kullanılmasına rağmen sözleşmenin niteliğinin kefalet olabileceğini; bundan dolayı sadece tarafların kullandıkları deyimlere ve başlıklara bakılmadan, tarafların gerçek iradelerinin araştırılması gerektiğini belirtmiştir.

¹⁹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Reisoğlu** (Garanti), s. 88.

2. Temel Kıstaslar

a. Aslilik- Fer'ilik Kıstası

Garanti ve Kefalet sözleşmesini birbirinden ayırmada en önemli kıstas aslilik ve fer'ilik kıstasıdır. Kefaleti garanti sözleşmesinden ayıran en önemli husus, kefilin yükümlülüğünün fer'i, garanti verenin yükümlülüğünün ise asli nitelikte olmasıdır¹⁹⁴. Yargıtay da bu ikisi sözleşmenin ayırımında ilk başvurulacak kıstasın, aslilik ve fer'ilik kıstası olduğuna dair kararlar vermiştir¹⁹⁵.

Kefalet sözleşmesinde, kefilin borcu, doğumu ve devamı, asıl borcun varlığına bağlıdır. Buna karşın, garanti verenin borcu, asıl borcun varlığı ve geçerliliğinden bağımsızdır. Diğer bir ifadeyle, garanti verenin yükümlülüğü, temel borç ilişkisinin mevcut, geçerli ve dava edilebilir olmasına bağlı değildir¹⁹⁶.

Sözleşme metni ve içeriği incelenerek, teminatın asli nitelikte mi yoksa fer'i nitelikte mi olduğu konusunda bir sonuca varılabilir¹⁹⁷. Ancak bunun tespiti her zaman kolay kolmayabilir. Bu noktada, aslilik ve fer'ilik ayırımında yardımcı mahiyette alt kıstaslara başvurmakta fayda vardır.

¹⁹⁴ Tandoğan (Borç İlişkileri), s. 820.

¹⁹⁵ **YİBK 11. 6. 1969 T. E. 1969/4 K. 1969/6:** 'Doktrinde bu akitlerin birbirinden tefriki için bir çok kıstaslar ileri sürülmüştür. Tefrik zorluğu bilhassa temin edilen borcun paraya taalluk etmesinden çıkmaktadır. İleri sürülen görüşlerde ilk defa başvurulacak kıstas aslilik ve fer'ilik kıstası olması icap eder. Kefilin taahhüdü fer'i olmasına karşılık 3. şahsın fiilini taahhüt şeklinde yapılan garanti anlaşmaları fer'i mahiyette değildir. '; **Yarg. 11. HD. 28. 01. 2002 T. E. 2001/10654 K. 2002/506:** '... Yine doktrin ve anılan İBK'da belirlenmiş olan ana kıstaslara gelince; bunlardan ilki asli fer'i yükümlülük kriteridir. Buna göre, garanti veren bağımsız bir borç altına girmekte olup, bu yükümlülüğün bir başka borç ile ilgisi yoktur. Kefalette ise asıl olan bir başka borcun (temel ilişki) olması ve verilen teminat ile o borcunun ödenmesinin sağlanmasıdır. Doktrine göre de, bir başka borç ilişkisine yollamada bulunulması fer'ilik karinesini teşkil eder. '

¹⁹⁶ Tandoğan (Borç İlişkileri), s. 820.

¹⁹⁷ Canpolat / Topuz, s. 63.

a.1. Temel Borç İlişkisine Atıfta Bulunulması

Teminat sözleşmesinde, başka bir borç ilişkisine atıf yapılmasının, fer'iliğe karine teşkil ettiği kabul görmektedir. Diğer bir ifadeyle, sözleşmede teminat verenin yükümlülüklerinin açıkça belirtilmemiş ve asıl borç ilişkisine atıf yapılmış olması halinde, fer'i nitelik kabul edilecektir¹⁹⁸.

Daha yeni bir görüşe göre¹⁹⁹, sözleşme metninde temel borç ilişkisine atıf yapılması, tek başına sözleşmenin niteliğini belirlemek bakımından yeterli değildir. Alt sözleşmeye atıf yapılmış olmasının, sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi bakımından tek başına yeterli olmadığını savunan bu görüşe gerekçe olarak; bağımsız garantilerde veya bankasözleşmelerinde de böyle bir atıfa rastlanılabileceği gösterilmiştir. Bu görüşe göre, teminat amacının tespit edilmesi de önem arz etmektedir.

a.2. Defi ve İtirazların İleri Sürülmesinden Vazgeçilmesi

Def'i ve itirazlardan tümüyle ve peşinen feragat halinde, taahhüdün fer'i değil asli nitelik taşıdığı doktrinde kabul edilmektedir²⁰⁰. Ancak, kefalet hukukuna özgü def'ilerden ismen (rehnin paraya çevrilmesi def'i, bölme def'i, peşin dava def'i) feragat kefalet sözleşmesinin varlığını ortaya koyacaktır²⁰¹.

¹⁹⁸ **Barlas**, s. 957.

¹⁹⁹ **Tandoğan** (Borç İlişkileri), s. 823; **Gümüş**, s. 456 ; **Barlas**, s. 957 ; **Develioğlu**, s. 242 : Yazar, garanti tutarının, taraflar arasındaki garanti sözleşmesi uyarınca asıl sözleşmedeki borç ifa edildikçe azalması da, niteliği bağımsız garanti sözleşmesi olan bir sözleşmeyi, asıl sözleşmeyle kurulan bu bağlantı sebebiyle kefalet sözleşmesine dönüştürmeyeceğini belirtmiştir.

²⁰⁰ **Tandoğan** (Borç İlişkileri), s. 824 ;

²⁰¹ **Gümüş**, s. 457; **Develioğlu**, s. 238: '*Eğer garanti veren tartışma def'inden ve önce rehnin paraya çevrilmesi def'inden feragat etmişse, kefalet sözleşmesi; buna karşılık feragat sadece bu iki def'i ile sınırlı değilse, ancak fer'i özelliğini kaybettirecek şekilde diğer bazı def'i ve itirazları da kapsıyorsa, bağımsız garanti sözleşmesi söz konusu olacaktır.*'

Doktrinde ki diğer bir görüşü gre²⁰², defî ve itirazların ileri sürülmesinden feragat, her zaman taahhüdün asliligi sonucunu doğurmamaktadır. Bu görüşün savunucuları, İsviçre Borçlar Kanununda ki, kefilin, kefalete ilişkin haklardan önceden vazgeçemeyeceğine ilişkin düzenlemeyi hukuki dayanak olarak göstermişlerdir. Ancak, bizim hukukumuzda böyle bir düzenleme bulunmadığından, gösterilen hukuki dayanak bir önem taşımayacaktır. Teminat verenin bu denli geniş kapsamlı bir feragatte bulunması ve kefilî koruyucu hükümlerden yararlanmak istememesi ile bağımsız bir taahhüt altına girmek istediği ve bunun da teminatın asliligi için yeterli olacağı sylenebilir²⁰³.

a.3. Sözleşmede ‘İlk Talepte deme’ Kaydının Yer Alması

İlk talepte ödeme kaydı ile borçlu, alacaklının ilk talebi üzerine kayıtsız şartsız derhal ödemede bulunmayı üstlenmektedir. Sözleşmeye bu kaydın konulmuş olmasının, genellikle def’i ve itirazlardan feragat anlamına geldiği ve teminatın asli niteliğini ortaya koyduğu kabul edilmektedir. Nitekim Yargıtay da birçok kararında, banka teminat mektuplarında yer alan ‘protesto çekilmesine, hüküm istihsaline, lehtarın rızasını almaya gerek olmaksızın muhatabın ilk talebinde ödeme’ taahhüdünün, bu mektupların garanti sözleşmesi niteliğini taşıdıklarını ortaya koyduğunu kabul etmiştir²⁰⁴.

Buna karşın, doktrinde ki bir diğer görüşü göre, ilk talepte ödeme kaydı, tek başına asli niteliğın kabulü için yeterli olmayıp, ancak diğer unsurlar da bu kaydı destekliyorsa garanti sözleşmesinin varlığından söz edilebilecektir²⁰⁵. Bu görüşü göre, banka teminat mektuplarının metninde yer alan ilk talepte ödeme kaydı da garanti sözleşmesi niteliğini ortaya koymak bakımından yeterli değildir. Zira, böyle bir kayıt pekla kefalet sözleşmesine de eklenebilir.

²⁰² Kefilin borçluya ait def’ilerden başlangıçta vazgeçmiş olması, bağımsız bir borç yüklendiği anlamına gelmeyeceği; nitekim, fer’i yükümlülük altına giren bir kimsenin de def’ilerden vazgeçmiş olabileceği savunulmuştur. **Reisoğlu** (Garanti), s. 109-110.

²⁰³ **Barlas**, s. 959-960.

²⁰⁴ **Tandoğan** (Borç İlişkileri), s. 824.

²⁰⁵ **Doğan**, s. 14; **Barlas** (Teminat Mektupları), s. 37.

Reisoğlu²⁰⁶, Yargıtayca diğer kıstaslar gözönünde tutulmaksızın, sadece protesto keşidesine ve hüküm istihsaline gerek kalmaksızın ilk talepte ödeme kaydına dayanarak, akdin fer'i olamayacağı görüşüne katılmadığını ve bu kaydın teminat mektubu metninde yer almasının tek başına garanti yükümlüğünün varlığı için yeterli olmadığını belirtmiştir. Banka teminat mektubu metninde yer alan ilk talepte ödeme kaydı, def'i ve itirazlardan feragat değil, fakat ilk talepte bunları ileri sürmeyerek ödemesi söz konusudur. Diğer bir ifadeyle, banka ticari hayatın gerektirdiği sürat ve emniyet düşüncesi ile hiçbir araştırma yapmaksızın derhal ödeme yapacak, ancak sonradan ödemesinin haklı bir nedene dayanmadığını saptarsa, dava yolu ile yapmış olduğu ödemenin iadesini isteyebilecektir.

a.4. Ödemenin Belli Bir Edimin Yerine Getirilmediğini veya İfa Edilmediğini Tespit Eden Bir Belge Karşılığında Olacağını Belirtilmesi

Ödemenin, belli bir edimin yerine getirilmediğini veya ifa edilmediğini tespit eden bir belge karşılığında yapılacağını belirtmiş olması da garanti sözleşmesinin varlığına işaret edecektir²⁰⁷. Burada bir sonuç olarak sadece edim ile ilgilenilmekte ve edimin yerine getirilmemesi ödeme için yeterli sayılmaktadır. Edimin bir sonuç olarak yerine getirilmediğinin tesbitini gösteren bir belge karşılığında ödeme yapma taahhüdü böyledir²⁰⁸.

Edimin yerine getirilmediğini değil de, sözleşmeden doğan borçların yerine getirilmediğini tespit eden belgelerin varlığı, sözleşmenin garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmesi için yeterli değildir²⁰⁹.

²⁰⁶ **Reisoğlu** (Garanti), s. 101; **Reisoğlu, Seza**, Garanti Sözleşmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, AÜHF Ellinci Yıl Armağanı 1925-1975, C. I, Ankara 1977, s. 345.

²⁰⁷ **Tandoğan** (Borç İlişkileri), s. 825.

²⁰⁸ **Tandoğan** (Borç ilişkileri), s. 825-826: '*Örneğin; 'Yukarıda dökümü yapılan makinelerin en geç ...tarihine kadar işletmeye hazır durumda ... adresindeki fabrika binanıza yerleştirilmediğinin Ticaret Odası tarafından tespit edildiğine dair belgenin ibrazı karşılığında ... TL ödemeyi taahhüt ederiz.*'

²⁰⁹ **Tandoğan** (Borç İlişkileri), s. 826.

Teminat veren, sadece, edimin asıl borçlunun kusuru sebebiyle yerine getirilmemesi hali için sorumlu olacağını ve asıl borçlunun borca aykırı davranışını gösteren belgenin ibrazını şart koşuyorsa, bu durum da kefalet sözleşmesinin varlığından söz edilmelidir²¹⁰.

a.5. Edimin Kusurlu Olarak Yerine Getirilmemesi Şartına Bağlı Bir Taahhütte Bulunulması

Teminat veren, ancak asıl borçlunun edimini kusurlu olarak yerine getirmemesi hali için sorumlu olacağını taahhüt ediyorsa bu durum taahhütün fer'i nitelik taşıdığını ve kefalet sözleşmesinin varlığını göstermektedir²¹¹.

Garanti sözleşmesinde edimin yerine getirilmemesi neticesinde riskin doğması yeterlidir. Garanti veren, herhangi bir kusur şartı olmaksızın, bağımsız bir yükümlülük altına girmektedir.

a.6. Lehine Teminat Verilen Borçlunun Yükümlülüğünü Aşan Bir Taahhütte Bulunulması

Lehine teminat verilen borçlunun taahhüt ettiği edimin sınırlarını aşan bir teminat verilmesi halinde taahhüdün asli nitelik taşıdığı ve garanti sözleşmesinin varlığını ortaya koyduğu söylenebilir²¹².

Teminat verenin, borçlunun borcunu aşacak oranda yükümlülük altına girmiş olmasının, sözleşmeyi garanti sözleşmesi olarak nitelendirmek için yeterli olmadığı

²¹⁰ **Barlas**, s. 966; **Tandoğan** (Borç İlişkileri), s. 827.

²¹¹ **Barlas**, s. 966.

²¹² **YHGK. 04. 07. 2001 T. E. 2001/19-534 K. 2001/583**: 'Ana kistaslardan ikincisi, yükümlülüğün kapsam ve niteliğini teşkil eder. Buna göre, asıl borçlu gibi yükümlülük altına girme amacını taşıyan sözleşme kefalet, asıl borçlunun borcunu aşabilecek, bir başka deyimle, lehine taahhüt altına girilen alacaklının hiçbir şekilde zarara uğramayacağını temine yönelik sözleşme ise garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. '

da ileri sürülen görüşlerden biridir. Reisoğlu'na göre ²¹³, bir bankanın teminat mektubu ile taahhüt altına girmesine sebep olan şey, bunun karşılığında alacağı komisyonudur. Amacı teminat mektubu lehdarının borcunu temin etmektir. Bankanın teminat mektubunun lehdarının borcundan daha fazla, bu borcu aşan bir yükümlülük altına girmesinde başkaca hiçbir menfaati yoktur.

b. Menfaat Kıstası

Garanti ve Kefalet sözleşmesinin ayrımında, aslilik ve ferilik kıstasından sonra başvurulacak temel kıstaslardan bir diğeri menfaat kıstasıdır. Menfaat kıstasının bu iki sözleşmenin ayrımında ne denli faydalı olacağı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, teminat verenin, sözleşmenin akdedilmesinde kendisine yönelik özel bir menfaati yoksa kefalet sözleşmesi mevcuttur²¹⁴.

Bu kıstasa göre, garanti sözleşmesinde garanti verenin, garanti alanı belli bir hareket tarzına yöneltmekte çoğu zaman özel bir menfaati bulunmasına rağmen; kefalet sözleşmesinde kefil, çoğunlukla hatır için ve özel bir menfaati bulunmaksızın teminat vermektedir²¹⁵. Nitekim Yargıtay'ın da bu yönde bir çok kararı bulunmaktadır²¹⁶.

Menfaat kıstasının, banka teminatlarında uygulanmasına imkan bulunmadığı doktrin ve yargı kararlarında kabul edilmiştir. Bu kıstas, yöneltmeyi amaçlayan (saf) garanti sözleşmelerinde baskındır. Dolayısıyla, menfaat kıstasına dayanarak, teminatı amaçlayan (kefalet benzeri) garanti sözleşmesi niteliğinde ki banka teminat mektuplarının

²¹³ Reisoğlu (Garanti), s. 99.

²¹⁴ Gümüş, s. 457.

²¹⁵ Canpolat / Topuz, s. 65; Kahyaoğlu, s. 40.

²¹⁶ **YHGK. 23. 05. 2019 T. E. 2017/1731 K. 2019/608:** “... kefalet ilişkisinde kefaletverenin bu ilişkide bir yararlanma amacı olmadığı halde; garantisözleşmesinde ilke olarak, böyle bir teminat verenin bu ilişkide yararı olduğudur. Teminatın objektif olarak belli bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla yönelik olarak verilmesi halinde, garantisözleşmesinin amaçlandığı kabul edilecektir. ’; **Yarg. 11. HD. 28. 01. 2002 T. E. 2001/10654 K. 2002/506:** ‘... Ana kıstaslardan bir diğeri ise menfaatkıstası olup, buna göre kefalet ilişkisinde kefaletverenin bu ilişkide bir yararlanma amacı olmadığı halde, garantisözleşmesinde ilke olarak böyle bir teminat verenin yararı yoktur. ’

garanti sözleşmesi olduğu iddia edilemeyecektir²¹⁷. Zira, banka girişilen teşebbüsün sonucu ile ilgilendiği için değil, teminat mektubunun lehdarından alacağı komisyon için yükümlülük altına girmektedir²¹⁸.

2001 tarihli bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında²¹⁹, menfaat kıstasının, ana kıstaslardan biri olduğu, kefalet ilişkisinde kefilin bu ilişkiden bir menfaatinin bulunmadığı; garanti sözleşmesinde ise, ilke olarak garanti verenin menfaatinin bulunduğu ifade edilmiştir. Karara karşı oy yazısında ise; bu menfaatin kendisini her zaman açık olarak göstermeyebileceği, kefalet ilişkisinde de kefil ile borçlu arasında gizli bir menfaatin söz konusu olabileceği veya hiçbir menfaate dayanmaksızın garanti sözleşmesinin yapılabilmesinin de mümkün olduğu; menfaatin bulunduğu bir olayda, kefaletin kabul edilmeyeceğine dair bir kural koymanın doğru olmayacağı ve bu sebeple menfaat kıstasının tek başına kesin bir ayırma imkan vermediği belirtilmiştir.

c. Kişiyeye Yönelik İlgi Kıstası

Teminat veren, asıl borçlunun kişiliğini göz önünde bulundurarak hareket ediyorsa kefalet, asıl borçlunun kişilik özellikleri dikkate alınmaksızın, belli bir sonucun gerçekleşmesi göz önünde tutuyorsa garanti sözleşmesinin varlığından söz edileceği kabul edilmektedir²²⁰. Kefaletle ön planda daima borçlu olan şahıs vardır²²¹. Kefil, alacaklının alacağını her ne şekilde olursa olsun elde edeceğini değil, bu borçlu tarafından ödeneceğini temin etmektedir²²². Diğer bir ifadeyle; kefalet sözleşmesinde, kefil, borçlunun şahsını ön planda tutmak suretiyle, alacaklıya, borcun bu kişi tarafından ödeneceği hususunda teminat vermektedir. Garanti sözleşmesinde ise, garanti veren, garanti alanı sevk ve teşvik ettiği

²¹⁷ Reisoğlu (Garanti), s. 98.

²¹⁸ Develioğlu, s. 268; Reisoğlu (Garanti), s. 98.

²¹⁹ YHGK. 04. 07. 2001 T. E. 2001/19-534 K. 2001/583.

²²⁰ Gümüş, s. 458; Turan, s. 37; Yarg. 11. HD. 28. 01. 2002 T. E. 2001/10654 K. 2002/506: 'Nihayet ana kıstaslardan bir diğeri ise kişiyeye yönelik teminat verme kıstası olup, buna göre teminatın bir kişi gözönünde tutularak verilmesi kefaletle işaret olacak böyle değilde objektif olarak belli bir sonucun gerçekleşmesi amacına yönelik olarak verilmesi halinde garantisözleşmesinin amaçlandığı kabul edilecektir. ' ;

²²¹ Reisoğlu (Garanti), s. 83.

²²² Reisoğlu (Garanti), s. 83.

davranış sonucunda ortaya çıkması muhtemel riskleri üstlenmektedir. Yani garanti veren objektif bir sonuç için riski üstlenmektedir.

Federal Mahkeme bir kararında, bu kıstası uygulamak suretiyle, bir kişinin banka şubesine müdür tayin edilmesi için, ilgili bankaya şubenin bu kişi tarafından idare edilmesini müteselsilen yükümlenenlerin buna ilişkin olarak vermiş oldukları teminat mektubunu kefalet olarak nitelendirmiştir²²³.

Bizim de katıldığımız görüşe göre²²⁴, kişiye yönelik teminat verme kıstası, sözleşmenin niteliğinin tespiti bakımından tek başına yeterli değildir. Her somut olayda, bu kıstas diğer vakıalarla birlikte değerlendirilmelidir. Kaldı ki, garanti veren de çoğu zaman karşısında ki kişinin şahsını dikkate alarak garanti vermektedir. Dolayısıyla, her iki sözleşme bakımından da karşı tarafın şahsının nazara alındığı söylenebileceğinden, kişiye yönelik ilgi kıstası sözleşmenin niteliğini belirleme bakımından tek başına yeterli olmayacaktır.

d. Aynen İfa Yükümlülüğü-Tazminat Yükümlülüğü Kıstası

Kefalet ve garanti sözleşmesinin ayrımında kullanılan bir diğer kıstas ise, aynen ifa-tazminat yükümlülüğü kıstasıdır. Doktrinde kabul edilen bir görüşe göre, kefil asıl borçlunun edimini ifa etmemesi halinde onun yerine ifayı üstlenmekle; garanti sözleşmesinde ise garanti veren ifanın gerçekleşmemesi halinde tazminat ödemekle yükümlü olmaktadır. Buna göre, garanti veren, tazminat yükümlülüğü altına girmektedir. Nitekim, Yargıtayın da bu görüşe iştirak ettiği kararları bulunmaktadır²²⁵.

²²³ **Tandoğan** (Borç İlişkileri), s. 831 naklen: BGE 56 II 382.

²²⁴ **Turan**, s. 38; **Barlas**, s. 963.

²²⁵ **YİBK 03. 12. 1967 T. E. 1966/16 K. 1967/7**: ‘Garanti aktinin kefaletten farkı; kefilin borcu ferî mahiyeti haiz, yani asıl borca munzam ikinci derecede bir taahhüt olduğu, kefil borcun tediye edilmemesi halinde tazminat vermeyi değil asıl borçluca icrası lazım olan taahhüdün ifasını, yani borcu ödemeyi üzerine aldığı halde; garanti veren kimsenin borcu, ferî değil müstakil niteliği taşımış olmasıdır. Garanti veren, asıl taahhüdün icrasıyla değil, zarar ve ziyan tediyesiyle yükümlüdür’; **YHGK 23. 05. 2019 T. E. 2017/1731 K. 2019/608**: ‘Garanti sözleşmesinde ise kişiye yönelik bir teminat verilmemekte, objektif olarak belli bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla yönelik olarak teminat verilmektedir. Böylece teminatın

Bu görüş, kefalet sözleşmesinin niteliğine aykırı düştüğü gerekçesiyle doktrinde eleştirilmiş ve kıstas olarak dikkate alınmaması gerektiği ileri sürülmüştür²²⁶.

Gümüş²²⁷, kefilin hiçbir zaman asıl borçlunun borcunu ifa etmekle yükümlü olmadığından bahisle, bu kıstasın kefalet ve garanti ayırımında kullanılamayacağını ileri sürmüştür.

Tandoğan da, teminat verenin ediminin tazminat niteliğinde olup olmasının kefaleti garanti sözleşmesinden ayırt etmek için yeterli bir kıstas olmadığı görüşündedir²²⁸. Yazar, kefilin ediminin de garanti vereninki gibi alacaklının ifaya olan menfaatinin tazmininden ibaret olduğunu ve kefilin asıl borçlunun edimini yerine getirmeyeceğini savunmuştur.

e. İvaz Kıstası

Garanti sözleşmesi de kefalet sözleşmesi de tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Doktrinde, kefaletin bazen ivazlı da olabileceği kabul görmektedir²²⁹. Bunun gibi, garanti sözleşmesinde de garanti verenin garanti alanı belli bir davranışta bulunmaya sevk etmesi hususunda menfaati bulunmakta ise de bu bir ivaz teşkil etmemektedir. Dolayısıyla ivaz kıstası kefalet ve garanti sözleşmesi ayırımında faydalı olmayacaktır.

f. Şüphe Halinde Kefaletin Bulunduğu Karinesi

Garanti ve kefalet sözleşmesi ayırımında yararlanılacak olan kıstaslara rağmen,

bir kişi göz önünde tutularak verilmesi kefalet sözleşmesine, bir sonucun gerçekleşmesi için verilmesi ise garanti sözleşmesine işaret sayılacaktır. Her olayda diğer vakıalarla birlikte bu özelliğin de araştırılması gerekir. '

²²⁶ Canpolat/Topuz, s. 66.

²²⁷ Gümüş, s. 458.

²²⁸ Ayrıntı için bkz. Tandoğan (Borç İlişkileri), s. 829-830.

²²⁹ Tandoğan (Borç İlişkileri), s. 831.

sözleşmenin niteliği kesin olarak belirlenememiş olabilir. İşte bu durumlarda artık kefalet sözleşmesinin var olduğu karine olarak kabul edilecektir. Kefalet karinesi, ancak, sözleşmenin metninden, amacından ve şartların toplamından teminatın niteliği anlaşılmadığında uygulanacaktır²³⁰.

Şüphe halinde kefalet lehine karine, borçlu lehine yorum yapılması kuralının uygulanmasının bir sonucudur²³¹. Kefalet sözleşmesinin kanunda düzenlenmiş olması ve kefil koruyucu hükümler içermesi sebebiyle, kefalet sözleşmesinin kabulü teminat veren bakımından daha avantajlı olmaktadır²³². Yine, garanti sözleşmesi ile garanti verenin, kefile nazaran daha ağır bir sorumluluk altına girdiği de bu karinenin kabulünde etkili olmuştur.

Doktrinde savunulan yeni bir görüşe göre, özellikle banka garantilerinde ve uluslararası ticari ilişkiler çerçevesinde verilmiş garantilerde, bu karinenin aksine bağımsız garanti lehine karinenin kabulü gerekir²³³.

3. Yan Kıstaslar

Yukarıda açıklanan temel kıstasların yanı sıra, kefalet ve garanti sözleşmesi ayırımında yan kıstasların da varlığı kabul edilmektedir²³⁴. Buna göre, teminat verenin asıl borçlu ile birlikte, müteselsil olarak sorumluluk üstlenmesi ve asıl borçlunun sorumluluğuna paralel bir sorumluluk üstlenmesi söz konusu ise kefaletin varlığından söz edilecektir²³⁵.

²³⁰ Develioğlu, s. 276.

²³¹ Develioğlu, s. 276; Turan, s. 40.

²³² Reisoğlu (Garanti), s. 88 ; Canpolat/Topuz, s. 67; Develioğlu, s. 277

²³³ Gümüş, s. 459; Canpolat/Topuz, s. 68; Develioğlu, s. 279.

²³⁴ Barlas, s. 964; Gümüş, s. 458; Canpolat/ Topuz, s. 67; YHGK 04. 07. 2001 T. E. 2001/19-534 K. 2001/583.

²³⁵ Turan, s. 39.

Yine, teminat borçlusunun asıl borçluya rücu hakkını kullanmasını, alacaklının tam olarak tatmin edilmesine bağlayan ve benzeri kayıtlar, garanti sözleşmesinde rücu ilişkisi söz konusu olamayacağı için, kefalet sözleşmesinin varlığını işaret etmektedir²³⁶.

Bunun gibi, teminat veren, peşin dava def'i ve bölme def'ini ileri sürmekten feragat etmişse; alacaklıya karşı ancak asıl borçlunun borcunu kusurlu olarak ifa etmemesi hali için sorumluluk üstlenmişse, kefalet sözleşmesinden söz edilecektir.

4. Kefalet ve Garanti Ayrımında Kullanılacak Kıstasların Somut Olaya Uygulanmasına İlişkin Olarak 04. 07. 2001 Tarih ve E. 2001/19-534 K. 2001/583sayılı Hukuk Genel Kurulu Kararının İncelenmesi

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu vermiş olduğu bir kararında²³⁷, garanti ve kefalet ayrımında yukarıda detaylı olarak açıklanan kıstasları somut olaya uygulamak suretiyle, uyumsuzluk konusu kredi kartı sözleşmesini kefalet olarak nitelendirmiştir. Kararda öncelikle ayırım için kabul edilen kıstaslar, ana ve yardımcı kıstaslar olmak üzere iki ayrı başlık altına detaylı olarak açıklanmıştır.

Akabinde işbu ana ve yardımcı kıstasların dava konusu sözleşmeye uygulanmasına geçilmiş ve şu şekilde bir değerlendirme yapılmıştır: '*... yukarıda da değinildiği üzere, davalının garanti beyanı kredi kartı sözleşmesinin hemen altına alınmış ve bu beyanın başlangıcında da kredi sözleşmesine yollama yapılarak bu sözleşmeden doğan ve doğacak borçlar için davalıdan teminat beyanı alınmış olmakla, garanti beyanı asli unsur olmaktan çıkmış, feri nitelik yani kefalet amacına yönelik olduğu intibai borçluya verilmiş bulunmaktadır. Keza, bu beyanın genel anlamından teminat verenin bağımsız bir borç değil, kredi kartı müşterisi asıl borçlunun sorumluluğu yüklenilmiş olmakla, ikinci ana kıstas bakımından da bir garanti sözleşmesinin varlığından söz edilemez. Diğer bir ana kıstas olan, teminat veren kimsenin bu sözleşmeyi yapmakta menfaati olduğu belirlenemediği gibi, bu husus davacı bankaca da ileri sürülüp kanıtlanabilmiş değildir.*

²³⁶ Gümüş, s. 458.

²³⁷ YHGK. 04. 07. 2001 T. E. 2001/19-534 K. 2001/583.

Nihayet, kişiye yönelik teminat verme amacı gerek sözleşme, gerekse garanti beyanından açıkça anlaşılmaktadır. Zira, verilen teminat, kredi sözleşmesinin müşterisi ve asıl borçlusu H. isimli kişinin borçlarını karşılamaya yöneliktir. Bağımsız ve objektif bir amaca yönelik teminat verilmiş değildir. O halde, tüm ana kıstasların uygulanması sonucu davalının garanti beyanı adı altındaki beyanlarının bir garanti sözleşmesi amacı ile değil, kefalet amacı ile verildiği sonucu ortaya çıkmaktadır.

BK'nin 18. maddesi uyarınca da davalının bu iradesinin bir kefalet amacına yönelik olduğunun kabulü gerekir. Hiçbir menfaati olmayan, ticari bir gaye gütmeyen, sadece dostane ilişkiler nedeniyle tüketime yönelik banka kredi kartı kullanmasına imkân tanımak için verilen teminatın amacına aykırı olarak yorumlanması yasanın yukarıda anılan hükmüne aykırılık teşkil eder. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de 17 Kasım 1987'de verdiği bir kararda gerçek kişiler tarafından verilen garantilerin daha ziyade kefalet olarak görünmeleri gerektiğini ifade etmiştir.

Asıl kredi sözleşmesinde limit belli olduğuna ve garanti beyanında da bu sözleşmeye yollama yapıldığına göre, 12. 4. 1944 gün ve 14/13 sayılı İBK gereğince, kefaletin asli unsuru olan limit belirlenmesinin de kefalet sözleşmesinde de gerçekleştiğinin kabulü gerektiğinden, davalı M. 'nin bu sözleşmedeki taahhüdünün kefalet olması gerektiği yönündeki isabetli olan teşhis ve tespite dayalı olarak mahkemece verilen direnme kararı yerinde bulunmaktadır. '

Hukuk Genel Kurulu kararı doktrinde farklı yönlerden eleştirilmiştir. Barlas²³⁸, söz konusu kararda başvuru yardımcı kıstasların çok eski olup uygulamada artık kullanılmadığını; başka bir borç ilişkisine atıf yapılmasının tek başına fer'iliğe karine olarak görülmesini hatalı bulduğunu; kişiye yönelik ilgi kıstasının temel kıstas olarak dikkate alınmasının doğru olmadığını ve gerçek kişiler tarafından verilen teminatların kefalet olarak nitlendirileceğine ilişkin yardımcı kıstasın hatalı olarak uygulandığını ileri sürmektedir.

²³⁸ Barlas, s. 981 vd.

Yavuz'a göre ise²³⁹, Yargıtay söz konusu kararda mevcut teminat taahhüdünde garanti sözleşmesinin varlığını ortaya koyan güçlü olgu ve unsurları göz ardı etmiş; davacıyı korumak amacıyla, günümüzde geçerliliğini yitirmiş ölçütlere dayalı olarak kefalet sözleşmesinin varlığına hükmetmiştir.

Kocaman²⁴⁰, Yargıtay'ın gerekçelerini teorik açıdan yeterli bulmamakla birlikte, sonuç itibarıyla kararı yerinde bulduğunu belirtmiştir. Yazar, somut uyuşmazlıkta temel ilişkiye atıfta bulunulmakla birlikte, teminatın gerçekliği temel ilişkinin geçerliliğine bağlı kılınmadığından, bu atfın fer'ilik lehine kesin bir sonuç vermeyeceğini; bir veya birkaç kıstasın kullanılmasına rağmen bir sonuca varmanın mümkün olmaması sebebiyle şüphe halinde kefaletin bulunduğu karinesinin kabulü gerektiğini savunmuştur²⁴¹.

Bizce, Yargıtay'ın taahhüt metni garanti başlığı taşımasına rağmen, metni tek başına sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi bakımından yeterli görmemesi ve tüm kıstasları ayrı ayrı uygulaması yerinde olmuştur. Buna karşın, taahhüt metninde asliliğe ve garanti sözleşmesinin varlığına işaret eden ciddi emareler bulunmasına rağmen, bunları dikkate almaksızın hatalı gerekçelerle kefalet sözleşmesinin varlığına hükmedilmesi isabetli olmamıştır. Şöyle ki; uyuşmazlık konusu taahhüt metninde yer alan, '*...protesto çekmeye, hüküm elde etmeye ve kart hamilinin rızasını almaya gerek almaksızın ve bu borçlular ile bankanız arasında ortaya çıkacak herhangi bir uyuşmazlık ve bunun akıbet ve neticelerini dikkate almaksızın ödeme yapılacağı*' şeklinde ki kayıt, teminatın garanti sözleşmesi olduğuna ilişkin önemli bir delil niteliği taşımasına rağmen, Yargıtay tarafından dikkate alınmamıştır.

Bunun gibi, teminat verenin herhangi bir limite bağlı olmaksızın ödeme yapacağına dair, asliliğe ve garanti sözleşmesinin varlığına işaret eden ciddi emareler de göz ardı

²³⁹ **Gümüş**, s. 460-461.

²⁴⁰ **Kocaman, Arif B**, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 4. 7. 2001 Tarih ve E. 2001/19-534, K. 2001/583 Sayılı Kararı Üzerine Bir Değerlendirme- Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Şahsi (Kişisel) Teminatın Hukuki Niteliği: Garanti mi? Kefalet mi?, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara 2003, s. 84.

²⁴¹ **Kocaman**, s. 79-83.

edilmiştir. Ayrıca gerçek kişilerin verdikleri garantilerin kefalet sözleşmesi olarak nitelendirileceği yönünde ki kabul görmeyen bir gerekçenin de hükme esas alınmaması gerekirdi.

Açıklanan tüm bu sebeplerle, Yargıtayca elde ki taahhüdün kâti suretle kefalet olarak nitelendirilmesi ve sunulan gerekçeler yerinde olmamıştır. Uyuşmazlığa konu taahhüt metninde fer'ilik yönünde delil teşkil eden ifadeler de bulunmaktadır. Dolayısıyla, hem asliliği hem de fer'iliği gösteren emarelerin varlığı sebebiyle, taahhüdün kesin olarak garanti niteliğinde olduğunu söylemek de doğru olmayacaktır. O halde, asli ve yan kıstaslara başvurulmasına rağmen teminatın niteliği tam olarak belirlenemiyorsa, şüphe halinde kefalet karinesinin kabulü ile kefalet sözleşmesinin varlığı kabul edilmelidir.

II. MÜTESELSİL BORÇLULUKTAN AYIRT EDİLMESİ

A. Genel Olarak

Bir borç ilişkisinde, taraflar birer kişi olabileceği gibi, aynı borç ilişkisinde birden çok borçlu veya alacaklı da söz konusu olabilir²⁴². Müteselsil borç, alacaklının, birden çok borçlunun herbirinden borcun tamamının ifasını isteyebildiği ve borcun tamamı ifa edilinceye kadar borçluların sorumluluğunun devam ettiği borçlardır²⁴³. Diğer bir ifadeyle, birden çok borçlunun varlığı halinde, borçlulardan herbirinin alacaklıya karşı borcun tamamından şahsen sorumlu olduğu ve içlerinden yalnızca birinin borcu ifa etmesiyle diğerlerinin de borçtan kurtulduğu borca, müteselsil borç denir²⁴⁴. Alacaklı, alacağına kavuşuncaya kadar borçlulardan dilediğine başvurabilir²⁴⁵.

²⁴² **Reisoğlu, Safa**, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2014, s. 442; **Kılıçoğlu, Ahmet M.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015, s. 756.

²⁴³ **İnan, Ali Naim**, s. 544.

²⁴⁴ **Eren**, s. 1200.

²⁴⁵ **Hatemi/Gökyayla**, s. 345.

Borç ilişkisinde alacaklı karşısında birden çok borçlunun bulunduğu her halde müteselsil borç ilişkisinin var olduğu söylenemez. Müteselsil borç ilişkisi bakımından numerus clausus ilkesi geçerli olup, bu ilişki ancak hukuki işlem (sözleşmeden) veya kanundan doğabilir²⁴⁶. Müteselsil borcun bu iki kaynağı dışında mahkeme kararı ile de doğabileceği kabul edilmektedir²⁴⁷.

Müteselsil borç ilişkisi, tarafların ortak irade beyanları doğrultusunda sözleşmenin kurulduğu esnada doğabileceği gibi; borca katılma (birlikte borç üstlenme) yolu ile sözleşmenin kurulmasından sonra da doğmuş olabilir. Her iki halde de hukuki işlemden doğan müteselsil borçluluk söz konusu olacaktır.

Kanundan doğan müteselsil borç ilişkisine ise, TTK m. 7'ye göre, birden fazla kişinin borç altına girdiği ticari işlerde geçerli olan müteselsil borçluluk karinesi örnek olarak gösterilebilir. Yine bunun gibi, TMK m. 641 hükmü uyarınca mirasçılarının tereke borçlarından sorumlu olması; TBK m. 61 ve m. 62 hükümleri uyarınca, haksız fiilden dolayı birden fazla kişinin aynı zarardan sorumlu olması halinde de kanundan doğan müteselsil borçluluk söz konusudur²⁴⁸.

Müteselsil borçluluk istisnai olarak bir mahkeme kararından da doğabilir. Buna örnek olarak, HMK m. 326 gösterilebilir²⁴⁹. İlgili hükümde, aleyhine hüküm verilenlerin birden fazla olması durumunda, mahkeme yargılama giderlerinin bunlar arasında paylaşılabilirliği gibi, müteselsilen sorumlu tutulmalarına da karar verilebileceği düzenlenmiştir.

²⁴⁶ **Safa, Reisoğlu**, s. 442; **Hatemi, Hüseyin/ Gökyayla, Emre**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2015, s. 342.

²⁴⁷ **Kılıçoğlu**, s. 758.

²⁴⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Eren**, s. 1204.

²⁴⁹ **Kılıçoğlu**, s. 762.

B. Garanti Sözleşmesi ile Müteselsil Borçluluğun Farkları

Müteselsil borçlulukta asıl borcun sebebi ile müteselsil borçluların her birinin borcunun sebebi aynıdır²⁵⁰. Müteselsil borçlulardan her biri, aynı hukuki sebepten dolayı borç altına girmektedir. Garanti sözleşmesinde ise, garanti verenin borcunun sebebi, garanti alan kişinin borcunun sebebinden farklıdır. Müteselsil borçluların hepsi borçlu sıfatını taşıdığı halde, garanti alan kişinin mutlaka bu sıfatı haiz olması şart değildir. Garanti alan borçlu durumunda olsa bile, onun borcunun sebebi ile garanti verenin borcunun sebebi aynı değildir²⁵¹.

Müteselsil borç ilişkisinde, müteselsil borçluların borçlanmalarına sebep olan geçerli bir borç ilişkisinin varlığı arandığı halde; garanti sözleşmesinde, asıl borç ilişkisi geçersiz olsa bile, garanti verenin borcu bundan bağımsız olarak varlığını sürdürecektir.

Müteselsil borçlulukta; her bir borçlu yalnız kendisiyle alacaklı arasındaki ilişkiden doğan kişisel def'ileri ve müteselsil borcun sebebinden veya konusundan doğan ortak def'ileri ileri sürme hakkına sahiptirler²⁵². Garanti sözleşmesinde ise, garanti verenin temel ilişkiden doğan def'i ve itirazları ileri sürme hakkı bulunmamaktadır.

III. BORCA KATILMADAN AYIRT EDİLMESİ

Borca katılma, mevcut bir borca borçlunun yanında yer almak üzere, katılan ile alacaklı arasında yapılan ve katılanın, borçlu ile birlikte borçtan sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşmedir (TBK m. 201/1). Borca katılan ile borçlu, alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olurlar. Her iki borçlunun da borçlarının sebebi aynıdır²⁵³.

²⁵⁰ Kahyaoglu, s. 43.

²⁵¹ Tandoğan (Borç ilişkileri), s. 840.

²⁵² Eren, s. 1206-1207.

²⁵³ Tandoğan (Borç ilişkileri), s. 841.

Borca katılmanın geçerli olarak hüküm ve sonuç doğurabilmesi için geçerli bir borcun varlığı şarttır²⁵⁴. Borca katılmanın, doğumu bakımından fer'i, devamı bakımından ise bağımsız olduğu söylenebilir²⁵⁵. Buna karşın, garanti sözleşmesinde garanti verenin borcu, ne doğumu ne devamı bakımından asıl borcun varlığı ve geçerliliğine bağlı değildir.

Borca katılmada her iki borçlunun borçlarının sebebi aynıdır. Garanti sözleşmesinden ise, garanti alan kişinin borçlu olması gerekmediği gibi, borçlu olsa dahi onun borcunun sebebi teminat verenin sebebinden farklıdır²⁵⁶.

IV. Avalden Ayırt Edilmesi

A. Genel Olarak

Aval, poliçeden doğan bir borcun ticari senetler hukukuna göre tekeffül edilmesidir²⁵⁷. Aval poliçe nedeniyle sorumluluk taşıyan kişiler lehine verilen bir tür kefalet olup hamile haklarını elde etmesi bakımından ek bir teminat teşkil eder²⁵⁸. Aval kendine özgü bir kambiyo ilişkisi olup, amacı teminattır²⁵⁹. Aval, poliçe borçluları veya üçüncü bir şahıs tarafından verilebilir. TTK m. 613 hükmü uyarınca, aval şerhi poliçe ya da allonj üzerine yazılır. Aval şeklen kıymetli evrakın geçerliliğine bağlı olsa da, maddi hukuk yönünden teminat altına alınan borcun akıbetine bağlı değildir²⁶⁰. Diğer bir ifadeyle, aval, asli olarak bağımsız bir taahhüttür.

²⁵⁴ **Kılıç, Mehmet**, Türk Hukukunda Borcun Üstlenilmesi, Ankara 2013, s. 59.

²⁵⁵ **Reisoğlu** (Garanti), s. 131.

²⁵⁶ **Tandoğan** (Borç İlişkileri), s. 841.

²⁵⁷ **Karayalçın, Yaşar**, Ticaret Hukuku Dersleri II. Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1964, s. 166; **Tandoğan** (Borç İlişkileri), s. 841.

²⁵⁸ **Poray, Reha / Tekinalp, Ünal**, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, İstanbul 2005, s. 176.

²⁵⁹ **Poray/ Tekinalp**, s. 177.

²⁶⁰ **Kahraman**, s. 140.

Aval veren kişi, kim için taahhüt altına girmişse tıpkı onun gibi sorumlu olur (TTK m. 614/1). Aval veren kişinin borcu bağımsız ve müteselsil olup, sorumluluğu aval verdiği kişi ile aynı seviyede ve müteselsildir²⁶¹. Aval, asıl borçluya ait def'ileri ileri sürme hakkına sahip değildir (TTK. m. 687).

B. Garanti Sözleşmesi ile Aval'in Farkları

Avalin gerek teminat gayesi gerekse asli nitelik taşıması sebebiyle garanti sözleşmesine yaklaştığı söylenebilecekse de, bu iki hukuki müessese arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır.

Avalin şeklen fer'i nitelikte olduğuna yukarıda değinmiştik. Bu demek oluyor ki, avalle temin edilen kıymetli evrak şekil noksanı sebebiyle geçersiz ise, aval verenin taahhüdü de geçersiz olacaktır²⁶². Oysa, garanti sözleşmesinin geçerliliği, asıl borcun dayandığı akdin şekil noksanlığından etkilenmeyecektir.

Aval ve garanti sözleşmesinin tarafları arasında da farklılık bulunmaktadır. Aval, aval veren ile borçlu arasında ki sözleşmeye dayanırken; garanti sözleşmesi, garanti veren ile garanti alan (bir borç için garanti verilmişse alacaklı) arasında kurulmaktadır. Avalin bir sözleşme mi yoksa tek taraflı hukuki bir işlem mi olduğu konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Aval'in tek taraflı hukuki bir işlem olduğunu savunan yazarlara göre²⁶³, aval bir sözleşme olmayıp, avalin geçerliliği karşı tarafın kabulüne bağlı değildir. Sözleşme olduğunu savunan görüşe göre ise²⁶⁴,aval, aval veren ile borçlu arasında akdedilen bir sözleşmeye dayanmaktadır.

²⁶¹ **Poray/ Tekinalp**, s. 177.

²⁶² **Tandoğan** (Borç İlişkileri), s. 842; **Kahraman**, s. 140.

²⁶³ **Poray/ Tekinalp**, s. 177 vd.

²⁶⁴ **Tandoğan** (Borç İlişkileri), s. 841; **Bahtiyar, Mehmet**, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2011, s. 74.

Aval veren, asıl borçlu ile birlikte müteselsilen sorumlu olup, borcun tahsili için lehine aval verilen kişiye başvurulabileceği gibi, aval veren kişiye de başvurulabilir. Garanti sözleşmesinde ise, garanti veren ile borçlu arasında böyle bir müteselsil ilişki bulunmamaktadır.

Son olarak da, aval veren, aval verdiği kişiye kambiyo hukuku gereğince rücu hakkına sahiptir (TTK m. 614/3)²⁶⁵. Buna karşın, garanti sözleşmesinde böyle bir rücu ilişkisinden söz edilemeyecektir.

V. ŞARTA BAĞLI BAĞIŞLAMADAN AYIRT EDİLMESİ

A. Genel Olarak

Bağışlama sözleşmesi, bağışlayanın sağlararası sonuç doğurmak üzere, malvarlığından bağışlanana karşılıksız bir kazandırma yapmayı üstlendiği sözleşmedir (TBK m. 285). Bu sözleşme, yalnızca bağışlayan belli bir değeri verdiği için ya da vermeyi üstlendiğinden, tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir²⁶⁶.

Bağışlama, niteliği gereği karşılıksız bir kazandırmadır. Bağışlamanın konusu bir kazandırma olup, bağışlayan, bağışlanana kazandırma yoluyla zenginleştirme amacı güder²⁶⁷. Bağışlayanın malvarlığı azalırken, bağışlananın malvarlığı artar.

Bağışlamanın şarta bağlı olarak yapılabilir (TBK m. 290/1). Şarta bağlı bağışlamada, sözleşmenin hüküm doğurması, gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği kesin olmayan bir olaya bağlanmıştır²⁶⁸. Belirtmek gerekir ki, bağışlamanın şarta bağlı

²⁶⁵ Poray/ Tekinalp, s. 177; Kahyaoğlu, s. 41.

²⁶⁶ Zevkliler, Aydın / Gökyayla, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2013, s. 167.

²⁶⁷ Aral, Fahrettin / Ayrancı, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2014, s. 213.

²⁶⁸ Zevkliler/ Gökyayla, s. 175.

olarak yapılması, bu sözleşmenin tek taraflı ve kazandırıcı bir sözleşme olduğu gerçeğini değiştirmez.

B. Garanti Sözleşmesi ile Şarta Bağlı Bağışlamanın Farkları

Uygulamada, özellikle bağışlamanın bir türü olan şarta bağlı bağışlama ile garanti sözleşmesinin karıştırıldığı görülmektedir. Her ikisi de tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olmakla birlikte, farklı hukuki müesseselerdir.

İlk olarak, şarta bağlı bağışlama da amaç, bağışlanana karşılıksız olarak kazandırma yoluyla zenginleştirmektir. Garanti sözleşmesinde ise, böyle bir kazandırma amacı bulunmamaktadır. Garanti sözleşmesinde, garanti veren üzerine aldığı tehlikenin gerçekleşmemesini ister; dolayısıyla onun garanti alanı zenginleştirme kastı bulunmamaktadır²⁶⁹.

Garanti sözleşmesinin hüküm doğurması, gelecekte ortaya çıkması şüpheli bir olaya bağlanmış değildir. Diğer bir ifadeyle, garanti verenin borcu bir şarta bağlı değildir²⁷⁰. Şarta bağlı bağışlamada ise, bağışlamanın hükümleri, gelecekte gerçekleşmesi şüpheli ve belirsiz bir olaya bağlanmıştır.

VI. VEKALETTEN AYIT EDİLMESİ

A. Genel Olarak

Vekalet sözleşmesi, vekilin vekalet verenin bir işini görmeyi veya işlemi yapmayı üstlendiği sözleşmedir (TBK m. 502/1). Vekalet sözleşmesi borç doğuran ve rızai bir

²⁶⁹ Tandoğan (Borç İlişkileri), s. 845.

²⁷⁰ Kahyaoglu, s. 43.

sözleşmedir²⁷¹. Vekil, kendisine bırakılan işi sözleşmeye uygun olarak ifa etmekle yükümlü olup; edim sonucundan değil, edim fiilinden sorumludur. Diğer bir ifadeyle, vekil sadece işgörme edimini özenle yerine getirmekle yükümlü olup, istenilen sonucun gerçekleşmemesinden sorumlu olmayacaktır²⁷².

B. Garanti Sözleşmesi ile Vekalet Sözleşmesinin Farkları

Vekalet sözleşmesinde işin görülmesinden doğan riskler müvekkile ait iken, garanti sözleşmesinde risk garanti veren üzerindedir²⁷³. Garanti sözleşmesinde, garanti veren başkası için mevcut veya ileride doğacak olan tehlikeyi üzerine aldığı halde; vekalet sözleşmesinde, iş müvekkil hesabına yapılmakla, risk müvekkile aittir²⁷⁴.

Vekalet sözleşmesinde vekil, işgörme borcu altına girmiştir. Oysa garanti sözleşmesinde, garanti alan, sevk edildiği işi yapmakla yükümlü değildir. Ayrıca, vekalet sözleşmesinde vekil, aynen ifa ile yükümlü olmasına rağmen; garanti sözleşmesinde, garanti veren nakden ifa ile yükümlüdür²⁷⁵.

VII. SIGORTA SÖZLEŞMESİNDEN AYIRT EDİLMESİ

A. Genel Olarak

Sigorta sözleşmesi, sigortacının, diğer tarafa, bir prim karşılığında belirli bir rizikoya karşı sigorta koruması (sigorta teminatı) sağladığı sözleşmedir. Sigorta

²⁷¹ Aral/Ayrancı, s. 408.

²⁷² Aral/Ayrancı, s. 410.

²⁷³ Kahyaoglu, s. 42.

²⁷⁴ Tandoğan (Borç İlişkileri), s. 843.

²⁷⁵ Kahyaoglu, s. 42.

sözleşmelerinde prim zorunlu bir unsurdur. Aksi kararlaştırılmadıkça sigortacı primin ödendiği tarihten itibaren gerçekleşen rizikolardan sorumlu olacaktır²⁷⁶.

B. Garanti Sözleşmesi ile Sigorta Sözleşmesinin Farkları

Özellikle teminat sağlama işlevi bakımından, garanti sözleşmesi ile sigorta sözleşmesi birbirlerine yaklaşmakta ise de, bu iki sözleşme arasında önemli farklar bulunmaktadır.

Bu iki sözleşme arasında ki farklılıklardan ilki, teminat verenin rizikoyu üstlenme amacı hususundadır. Garanti sözleşmesinde, garanti verenin garanti alanı belli bir harekete yönelmesinde bir menfaati bulunmaktadır. Buna karşın, sigorta sözleşmesinde, sigorta eden kişinin, sigortalının giriştiği teşebbüste doğrudan bir menfaati bulunmadığı gibi, sigorta edenin rizikoyu üstlenmesi sigortalıyı bir teşebbüse yöneltmeye değil, prim alma amacına yöneliktir²⁷⁷. Reisoğlu'na göre, sigortanın daima bir prim karşılığında olması garanti sözleşmesinden farklılığını tespiti imkan verir²⁷⁸.

Tam iki tarafa borç yükleyen sigorta sözleşmelerinde sigorta yaptıranın karşı edimi, yani primler özel bir hesaba tabi olup, prim ödeme ve risk dağılımı bu sözleşmelerin karakteristik özelliğidir²⁷⁹. Tek tarafa borç yükleyen garanti sözleşmelerinde ise, muhatabın ifa etmesi gereken bir karşı edim öngörülmüş olsa bile, bu karşı edim sigorta sözleşmelerindeki primden farklıdır²⁸⁰. Diğer bir ifadeyle, garanti sözleşmesinde bir ivaz istisnaen söz konusu olabileceksede, bu ivaz, sigorta primlerinde olduğu gibi bütün sigortalıların taşıdıkları ortak zarara katılma niteliğini göstermeyecektir²⁸¹.

²⁷⁶ Reisoğlu (Garanti), s. 126.

²⁷⁷ Tandoğan (Borç İlişkileri), s. 846.

²⁷⁸ Reisoğlu (Garanti), s. 126.

²⁷⁹ Kahraman, s. 92; Develioğlu, s. 83.

²⁸⁰ Kahraman, s. 92.

²⁸¹ Tandoğan (Borç İlişkileri), s. 847.

Sigortacı, sigorta bedelini ödedikten sonra, hukuken sigorta ettirene halef olur ve kanuni halefiyetten yararlanarak ödediği miktarı üçüncü kişiye rücu eder. Garanti veren ise, risk gerçekleşir ve ödeme yapmak durumunda kalırsa, bu ödeme sebebiyle garanti alanın haklarına halef olamayacaktır²⁸².

VIII. İTİBAR (KREDİ) EMRİNDEN AYIRT EDİLMESİ

A. Genel Olarak

İtibar emri, üçüncü bir şahsa bir kredi verilmesi şeklindeki bir vekalet akdi olup; krediyi vekil (memur) kendi nam ve hesabına müvekkilin (amir) sorumluluğu altında verir²⁸³. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesiyle itibar ibaresi kaldırılmış, yerine kredi ibaresi getirilmiştir. TBK m. 516 hükmü uyarınca, bir kimse kendi adına ve hesabına kredi emri verenin sorumluluğu altında bir üçüncü kişiye kredi açmak veya krediyi yenilemek için emir almış ve kabul etmişse, kredi emri verilen vekâletini aşmadıkça emri veren, kredi borcundan kefil gibi sorumlu olur.

B. Garanti Sözleşmesi ile İtibar Emrinin Farkları

Özellikle Alman Hukukunda bazı yazarlar tarafından, itibar emri bir çeşit garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Bizce bu görüşe iştirak etmek mümkün değildir. Nitekim, vekaletin bir çeşidi olan itibar emri ile garanti sözleşmesi arasında gerek unsurları gerekse nitelikleri itibariyle ciddi farklar bulunmaktadır.

İlk olarak, garanti sözleşmesinde, teminat sağlama amacı ön plandadır. İtibar emrinde ise esas amaç, üçüncü kişiye kredi açılmasını sağlamaktır²⁸⁴.

²⁸² **Kahraman**, s. 91.

²⁸³ **Reisoğlu** (Garanti), s. 119.

²⁸⁴ **Tandoğan** (Borç İlişkileri), s. 844.

Bunun gibi, itibar emrinde vekilin (memurun) sorumluluğu tali nitelik taşıırken; garanti sözleşmesinde ise garanti verenin sorumluluğu asli nitelik taşımaktadır. Garanti verenin sorumluluğu, riskin gerçekleşmesi sonucu zararın doğması ile başlamış olacaktır.

İtibar emri alan, bunu kabul ettiğinde, üçüncü kişiye kredi açma borcu altına girer; buna karşın garanti alan, garanti verenin kendisini sevk etmek istediği edimi yapmakla yükümlü değildir²⁸⁵.

IX. ÖDÜNÇTEN AYIRT EDİLMESİ

Garanti sözleşmesinde, bazı şartların gerçekleşmesi halinde, garanti veren tarafından yapılan ödemenin sonradan iadesi kararlaştırılmış olması, sözleşmenin niteliğini ödünç vermeye dönüştürmez²⁸⁶. Nitekim, ödünçte, alınan tutarın mutlaka geri verilmesi gerekmektedir. Buna karşın, garanti sözleşmesinde, garanti edilen teşebbüsün devamlı zarara uğraması ihtimalinde, geri verme zorunluluğunun ortaya çıkmaması mümkündür²⁸⁷. Diğer bir ifadeyle, iade yükümlülüğü ödünç vermenin zorunlu bir unsuru iken; garanti sözleşmesinde edimin iadesi kararlaştırılmadığı sürece garanti alanın iade yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Bundan başka, garanti edilen teşebbüsün devamlı başarı elde etmesi ve garanti verenin edimde bulunmasına hiç gerek kalmaması da mümkündür²⁸⁸. Oysa ödünç akdinde, ödünç alan belli bir süre içinde edimde bulunmak zorundadır²⁸⁹.

TBK m. 390'a göre, ödünç alan, ödünç sözleşmesinin kurulmasından sonra ödeme güçsüzlüğüne düşerse ödünç veren, ödünç konusunun tesliminden kaçınabilir. Garanti veren ise, garanti alanın giriştiği teşebbüsün zarar etmesi ve borç ödemekten âciz hale

²⁸⁵ Tandoğan (Borç İlişkileri), s. 844.

²⁸⁶ Reisoğlu (Garanti), s. 126

²⁸⁷ Kahyaoglu, s. 44.

²⁸⁸ Tandoğan (Borç İlişkileri), s. 846.

²⁸⁹ Tandoğan (Borç İlişkileri), s. 846.

düşmesi risklerini üzerine aldığından, riskin gerçekleşmesi halinde edimde bulunmakla yükümlüdür²⁹⁰.

²⁹⁰ **Reisoğlu** (Garanti), s. 127; **Tandoğan** (Borç İlişkileri), s. 846; **Kahyaoğlu**, s. 44.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI ZAMANAŞIMI VE SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ

§7. GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

I. GENEL OLARAK

Garanti sözleşmesinin, tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olduğuna değinmiştik. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde hak ve borçlar arasında bir karşılık ilişkisi bulunmamaktadır.

Garanti sözleşmesinde, garanti veren, üzerine aldığı riskin gerçekleşmesi sonucunda doğacak olan zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Geniş anlamda tazmin borcu, bir kişinin bir davranış veya hukuki bir olay sonucunda malvarlığında meydana gelen zararlarının giderilmesi anlamındadır²⁹¹. Garanti veren hangi riski garanti etmişse, onu tazmin etmek zorundadır²⁹². Buna karşın, garanti alanın sadece ifayı talep etme hakkı olup; garanti verene karşı herhangi bir yükümlülüğü yoktur²⁹³.

Garanti alanın, garanti verene garanti sözleşmesinden doğan bir ücret ödeme borcu da yoktur²⁹⁴. Banka teminat mektuplarında, komisyon ücreti ödeyen kişi garanti alan değil; temel ilişkinin borçlususu olan ve edimi garanti edilen üçüncü kişi konumunda ki lehdardır²⁹⁵. Lehdarın, kendisi için teminat mektubu verme hizmetini ifa edecek olan bankaya (garanti veren) ödediği komisyon vekalet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmektedir.

²⁹¹ **Yüce**, s. 88.

²⁹² **Reisoğlu** (Garanti Sözleşmesi), s. 349.

²⁹³ **Tandoğan** (Borç İlişkileri), s. 853; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 711.

²⁹⁴ **Tandoğan** (Borç İlişkileri), s. 853.

²⁹⁵ **Kahyaoglu**, s. 25: 'Banka, genellikle bir komisyon ücreti karşılığında lehdara, garanti alana karşı düzenlenecek bir banka kredisi vermeyi taahhüt eder.'

Garanti alanın veya edimi garanti edilen üçüncü şahsın davranışları veya teşebbüsün gidişatı hakkında hesap verme yükümlülüğü bulunmadığı gibi; garanti verenin de onları denetleme hakkı genellikle bulunmamaktadır²⁹⁶. Ancak, garanti sözleşmesinde garanti verene bir denetleme hakkı öngörülmüş olabilir²⁹⁷.

Garanti verenin ifa borcu ve bunun karşılığı olarak garanti alanın ifayı isteme hakkı garanti sözleşmesinden doğan başlıca borç ve hakkı oluşturmaktadır²⁹⁸.

II. TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. Garanti Verenin Hak ve Yükümlülükleri

1. Garanti Verenin Riskin Gerçekleştiğinin İspat Edilmesini İsteme Hakkı

Garanti edilen tutarın ödenmesi için, riskin gerçekleştiği ispat edilmelidir. Garanti veren, garanti edilen olayın gerçekleştiğini garanti alanın kendisine ispat etmesini isteme hakkına sahiptir. Nitekim, kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispat ile yükümlüdür (TMK m. 6).

Garanti veren bakımından, riskin gerçekleştiğinin ispat edilmesini talep etmek bir hak niteliğinde olduğu gibi, riskin gerçekleşip gerçekleşmediğini incelemek de yükümlülük niteliğindedir. Aşağıda garanti verenin yükümlülükleri açıklanırken bu konuya ayrıca değinilecektir.

HMK m. 190/1'e göre, *'ispat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakiya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa*

²⁹⁶ Tandoğan (Borç İlişkileri), s. 853.

²⁹⁷ Tandoğan (Borç İlişkileri), s. 853: Yazar garanti verenin denetleme hakkına ilişkin olarak, bir holdingin yavru ortaklığın edimi için teminat vermesini örnek göstermiş ve bu halde holdingin zaten çoğunlukla yavru ortaklık üzerinde fiili ve hukuki denetim hakkı olduğunu belirtmiştir.

²⁹⁸ Yavuz, s. 511.

aittir.'Garanti sözleşmesinde, riskin gerçekleştiğinin ispat yükü garanti alan üzerindedir. İspat yükü ile ilgili genel kural bu olmakla birlikte, istisnai bazı hallerde riskin gerçekleştiğinin ispatı gerekmez. İşte ilk talepte kayıtsız şartsız ödeme taahhüdünü ihtiva eden banka teminat mektuplarında durum böyledir.

Banka teminat mektuplarında, genellikle muhatap tarafından (garanti alan) lehdarın yükümlülüklerini yerine getirmediğinin yazılı olarak bankaya bildirilmesi halinde, bankanın bu ilk talepte kayıtsız ve şartsız, kanuni yollara başvurmaya gerek olmaksızın ödemede bulunma taahhüdü yer almaktadır²⁹⁹. Kayıtsız ve şartsız ödeme taahhüdünü içeren banka teminat mektuplarında, garanti veren (banka), riskin gerçekleşip gerçekleşmediğini veya lehdarın yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğini incelemek zorunda değildir. Bu halde garanti verenin, garanti alanın talebiyle birlikte derhal ödeme yapması gerekir. Gerçekten de ilk talepte ödeme şartlı garantilerde bankanın inceleme borcu sadece şekli olup, maddi gerçekliği inceleme borcu yoktur³⁰⁰. Diğer bir ifadeyle, ödeme talebinin usulüne uygun olup olmadığını şekli bakımdan incelemekle yükümlü olan banka, riskin gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda esasa ilişkin bir inceleme yapmakla yükümlü olmayacaktır³⁰¹.

Uygulamada muhatabın bazen, risk gerçekleşmediği veya lehdarın yükümlülüğünü yerine getirdiği halde ödeme için garanti verene başvurduğu hallere rastlanılmaktadır. Bu gibi hallerde, bankanın ilk talepte kayıtsız şartsız ödeme ile yükümlü olup olmadığı; ödeme yaparsa ödediği bedelin iadesi için açacağı davada mahkemece riskin gerçekleşmediği vb iddialarının incelenip incelenmeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır³⁰².

²⁹⁹ Tandoğan (Borç İlişkileri), s 858.

³⁰⁰ Develioğlu, s. 335.

³⁰¹ Doğan, s. 147.

³⁰² Tandoğan (Borç İlişkileri), s 858.

Ödeme talebinin haksız ve hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu aşıkârsa garanti veren ödeme yapmaktan kaçınmalıdır³⁰³. Eğer muhatap garanti sözleşmesinden doğan hiçbir alacağı olmadığını bilerek ödeme talebinde bulunursa bu talebi hakkın kötüye kullanılması teşkil eder³⁰⁴. Garanti veren, ödeme talebinin açıkça hakkın kötüye kullanılması teşkil etmesine ve somut delillerle sabit olmasına rağmen ödeme yaparsa, teminat mektubu bedeli ve masraflar için lehdara başvuramayacaktır³⁰⁵.

Bir görüşe göre³⁰⁶, burada *önce öde sonra dava et* prensibi uygulanmalıdır. Nitekim, riskin gerçekleşmediğinin veya ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiğinin ispatı her zaman kolay olmamaktadır. Bu sebeple, riskin gerçekleşmediğini ispatlayamamış olan garanti veren, kendisine başvurulduğunda ödeme yapmalıdır. Sonrasında garanti veren bankanın, kontragarantiyi imzalamış olan lehdara rücu hakkı olduğu gibi; lehdar da her zaman garanti sözleşmesi sebebiyle ödemiş olduğu bedelin iadesi için hukuki yollara başvurabilecektir.

Aksi yönde ki görüşe göre, bir bankanın, tazmin talebi halinde ödeme yetkisi bulunmasına karşın mutlaka ödeme yükümlülüğü yoktur. Diğer bir deyişle, bankanın ilk talepte ödeme garantisinin sonucu; önce öde, sonra dava et şeklinde yorumlanamaz. Böyle bir sonuç belli bir riskin garantisini gerektiren teminat mektubunun niteliğine ve usul ekonomisine aykırı olur. Riskin gerçekleşmediği veya ortadan kalktığı kanıtlandığı her halde, banka ödeme talebini reddetmelidir. Garanti alanın (muhatabın) bankayı dava etmesi halinde ise, ispat yükü yer değiştirecek ve garanti veren banka riskin doğmadığını, sona erdiğini, risk doğmuş olsa bile hakkın kötüye kullanıldığını ispat zorunda kalacaktır.

Muhatabın tazmin talebinde ısrarcı olmasına karşın, garanti veren ödeme yapmaktan kaçınmış ve dava sürecini göze almışsa; riskin gerçekleşmediği iddiasının

³⁰³ Doğan, s. 148; Develioğlu, s. 335; Tandoğan (Borç İlişkileri), s. 858: '*Örneğin, lehdar teminat mektubuna konu vergi borcunun ödendiğine ilişkin usulüne uygun bir makbuz göstermişse bankanın durumu muhataba bildirerek onu uyarması isabetli olacaktır.*'

³⁰⁴ Ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği haller konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Develioğlu, s. 351-353.

³⁰⁵ Doğan, s. 148; Develioğlu, s. 337.

³⁰⁶ Arkan, s. 63; Develioğlu, s. 342.

mahkemece dinlenip dinlenmeyeceği de tartışılan hususlardan biridir. Bir görüşe göre³⁰⁷, mahkeme garanti veren bankanın lehdarın borcunu akde uygun ifa ettiğine dair def'ilerini göz önüne almamalıdır.

Diğer bir görüşe göre ise³⁰⁸, dava halinde riskin gerçekleşip gerçekleşmediği veya riskin garanti alanın kusuru sonucu doğup doğmadığı iddialarını mahkeme inceleyebilmeli ve buna göre bir değerlendirme yapmalıdır. Zira teminat mektupları hiçbir zaman hakkın borç senesinde doğduğu soyut bir alacağa vücut vermezler³⁰⁹. bu görüşü savunan yazarlar, bankanın önce borcu tazmin ile zorunlu kılınıp, akabinde rücu ve sebepsiz zenginleşme davalarını açmayı önlemek bakımından usul ekonomisine daha uygun olduğunu savunmuşlardır.

2. Garanti Verenin Edimini Temin Ettiği Üçüncü Kişiye Rücu Hakkı

Rücu hakkı, bir kimsenin yaptığı ödemeyi, bu ödemedenden sorumlu olan diğer kişi veya kişilerden istemesi olarak tanımlanabilir³¹⁰. Garanti verenin rücu hakkı, temel ilişkideki borçluya karşı olabileceği gibi, borçtan müştereken ve müteselsilen sorumlu birden fazla kişiye karşı da olabilir³¹¹.

Rücu hakkından söz edebilmek için, garanti verenin, garanti edilen tutarı ödeme borcunu ifa etmiş olması gerekir. Borç ilişkisinin ifa dışında bir sebeple, örneğin ibra, ikale, zamanaşımı gibi nedenlerle herhangi bir ödeme yapılmadan sona ermesi halinde, garanti verenin rücu hakkından söz edilemeyecektir³¹².

³⁰⁷ Tandoğan (Borç İlişkileri), s. 859 naklen: Kleiner, s. 48.

³⁰⁸ Reisoğlu (Garanti Sözleşmesi), s. 348; Tandoğan (Borç İlişkileri), s. 859-860.

³⁰⁹ Reisoğlu (Garanti Sözleşmesi), s. 348; Reisoğlu (Teminat Mektupları), s. 347.

³¹⁰ Yenice, Özge, Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri, İstanbul 2009, s. 24.

³¹¹ Yenice, s. 108.

³¹² Yüce, 148.

Tandoğan'a göre, tazmin borcunu yerine getiren garanti verenin üçüncü kişiye rücu edebilmesi ancak üçüncü kişinin de aynı zamanda garanti alanın uğradığı zarardan sorumlu olduğu hallerde ve iki ihtimalde söz konusu olabilir³¹³.

İlk ihtimalde, garanti edilen husus üçüncü kişinin edimi olmamakla birlikte, üçüncü kişi rizikonun gerçekleşmesinden doğan zarardan garanti alana karşı kanunen veya haksız fiilden dolayı sorumlu olabilir. İkinci ihtimalde ise, garanti veren bir üçüncü kişinin edimini garanti etmekte, üçüncü kişi de garanti alana karşı bu edimi yerine getirmek konusunda akdi olarak sorumlu olabilir³¹⁴.

Üçüncü kişinin garanti alana karşı kanunen veya haksız fiilden dolayı sorumlu olduğu birinci ihtimalle, her tür garanti sözleşmesinde karşılaşılabılır. Üçüncü kişinin garanti alana karşı sözleşmesel sorumluluğunun bulunması ise daha çok teminatı amaçlayan garanti sözleşmelerinde söz konusu olur³¹⁵.

Garanti sözleşmesinde, kefalette olduğu gibi halefiyet kuralı gereğince yasal bir rücu hakkı söz konusu değildir. Doktinde de, bağımsız nitelik taşıyan garanti sözleşmelerinde, kefalet sözleşmesinde geçerli olan halefiyet hükümlerinin uygulanmayacağı görüşü hakimdir³¹⁶. Bu görüşe göre, garanti veren halefiyet ile desteklenmiş bir yasal rücu hakkına dayalı olarak, üçüncü kişiye rücu edemez; üçüncü kişiye rücu ancak iç ilişki çerçevesinde (kontrgaranti, sebepsiz zenginleşme, vekaletsiz iş görme hükümlerine göre) mümkün olacaktır³¹⁷.

Kontrgaranti, teminatı amaçlayan garanti sözleşmelerinde lehdarın, garanti alana ödeme yapan garanti verene karşı ödemiş olduğu bu tutarı ödemeyi taahhüt ettiği

³¹³ Tandoğan (Borç İlişkileri), s. 871.

³¹⁴ Tandoğan (Borç İlişkileri), s. 871.

³¹⁵ Yenice, s. 112.

³¹⁶ Develioğlu, s. 418; Kahyaoğlu, s. 31: '*Kefilin aksine garanti verenin eda ettiği şey nisbetinde kanuni bir rücu hakkı yoktur.*'

³¹⁷ Gümüş, s. 462; Yavuz/Acar/Özen, s. 713.

sözleşmedir³¹⁸. Başka bir ifadeyle, kontrgaranti, bir kişinin garanti ettiği riskin gerçekleşmesi neticesinde, ödemek ile yükümlü olduğu teminat mektubu bedelini, lehdara ya da onun lehine teminat vermiş başka bir kişiye ödetebilmesini sağlayan hukuki işlemdir³¹⁹. Garanti veren banka ile lehdar arasında kontrgarantinin bulunması halinde banka, garanti alana yaptığı ödemeyi lehdardan talep edebilecektir³²⁰.

Garanti verenin üçüncü kişiye rücu hakkı ile ilgili tartışmalar, kontrgarantinin bulunmadığı hallerde hangi hukuki sebeple üçüncü kişiye başvurulacağı hususunda yoğunlaşmıştır³²¹.

Bir görüşe göre³²²; garanti veren ile edimi garanti edilen üçüncü kişi arasında imzalanan bir kontrgaranti mevcut değilse, şartları olduğu takdirde garanti verenin rücu hakkını, vekaletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümlere dayandırmak mümkündür. Buna karşın, garanti verenin hiçbir şekilde üçüncü kişiye başvuramayacağını savunan aksi yönde bir görüş de mevcuttur³²³.

1969 tarihli bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında³²⁴; TBK m. 61'in (EBK m. 51), vekaletsiz iş görmeye veya sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümlerin, kanuni halefiyeti düzenleyen TBK m. 127'nin, müteselsil borçlulukta rücu ile ilgili hükümlerin, kefilin rücu hakkını düzenleyen TBK m. 596'nın veya sigortacının kanuni halefiyetini düzenleyen TK m. 1472 hükümlerinin garanti verenin üçüncü kişiye rücu hakkı ile ilgili olarak kıyasen uygulanamayacağına ve garanti verenle asıl borçlu arasında bir sözleşmenin bulunmaması halinde, garanti verenin ödediği bedeli kendine ödemesi için asıl borçluya

³¹⁸ **Gümüş**, s. 463; **Reisoğlu** (Teminat Mektupları), s. 395; **Doğan**, s. 203.

³¹⁹ **Barlas** (Teminat Mektupları), s. 78.

³²⁰ **Doğan**, s. 203.

³²¹ **Yenice**, s. 114.

³²² **Doğan**, s. 152; **Tandoğan** (Borç İlişkileri), s. 873; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 713.

³²³ **Barlas** (Teminat Mektupları), s. 82-83: Yazar, karşı garanti almaksızın garanti niteliğinde teminat mektubu veren bankanın, muhataba ödeme yaptıktan sonra, ödediği miktar için sebepsiz zenginleşmeye, vekaletsiz iş görmeye veya EBK m. 51 hükmüne dayanarak rücu edemeyeceği görüşündedir.

³²⁴ **YİBK 11. 06. 1969 T. E. 1969/4 K. 1969/6**.

başvuramayacağına karar vermiştir. Doktrinde garanti verenin ödediği miktarı üçüncü kişiden talep edebileceğini savunan yazarlar, işbu İçtihadı Birleştirme Kararını eleştirmiş ve bu kararın sadece çözümlendiği somut olaya hasredilmesi ve bütün teminat mektupları için yaygınlaştırılmaması gerektiğini ileri sürmüşlerdir³²⁵.

Garanti verenin rücu hakkına ilişkin olarak, TBK m. 61 (EBK m. 51) hükmünün uygulanamayacağı görüşüne³²⁶ iştirak etmekle birlikte, vekaletsiz iş görme ve sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümlerin garanti verenin rücu hakkında uygulanıp uygulanamayacağı konusunu incelemekte fayda görmekteyiz.

a. Vekaletsiz İş Görmeye Dayanan Rücu Hakkı

Vekâleti olmaksızın başkasının hesabına işgören, o işi sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak görmekle yükümlüdür (TBK m. 526). İş sahibi, kendi menfaatine yapılmamış olsa bile, işgörmenden doğan faydaları edinme hakkına sahiptir; ancak zenginleştiği ölçüde, işgörenin masraflarını ödemek ve giriştiği borçlardan onu kurtarmakla yükümlüdür (TBK m. 530).

Buna göre vekaletsiz işgörmenden bahsedebilmek için şu unsurların varlığı şarttır: İş görülmesi, işin başkasına ait olması, vekaleti olmama ve iş görenin işgörme iradesi³²⁷.

Vekaletsiz iş görmeye ilişkin hükümlerin garanti verenin rücu hakkı bakımından uygulanıp uygulanmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre³²⁸, ödeme yapan garanti veren kendi borcunu ifa ettiğinden, vekaletsiz iş görmenin işin başkasına ait olması

³²⁵ **Gümüş**, s. 713; Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Yenice**, s. 115-116.

³²⁶ **Develioğlu**, s. 421; **Gümüş**, s. 463; **Barlas** (Teminat Mektupları), s. 82: Yazar'a göre, TBK m. 61 (EBK m. 51) hükmünün uygulanabileceğinin kabul edilmesi, sözleşmeden dolayı, birbirinden bağımsız borç altına giren borçlular arasında teselsül yaratılması anlamına gelmekte olup, bu sonuç borçlar hukukunun temel ilkelerine aykırı düşer. Bu sebeple ilgili hükme dayanarak rücu hakkının kabul edilmesi, zorlama bir çözüm olmaktan öteye gidemeyecektir.

³²⁷ **Tandoğan** (Borç İlişkileri), s. 875.

³²⁸ **Reisoğlu** (Teminat Mektupları), s. 363; **Kahyaoglu**, s. 101; **Barlas** (Teminat), s. 82.

unsurunun bulunduğundan bahsedilemez. Bu görüşü savunan yazarlardan Reisoğlu; vekaletsiz iş görmenin başkasının hesabına tasarrufta bulunma halleri için söz konusu olmasına karşın, garanti verenin daima kendi yükümlülüğünü yerine getirdiği ve başkası adına hareket ettiğinde de bunun garanti veren sıfatıyla bir ilgisi olmadığını ileri sürmüştür³²⁹.

Garanti verenin üçüncü kişiye vekaletsiz iş görmeye ilişkin hükümlerine göre başvurabileceğini savunan diğer görüşe göre ise³³⁰, yapılan işin hem iş sahibinin hem de vekaletsiz iş görenin hukuki alanını ilgilendirmesi mümkündür. Garanti verenin işi yapmakta menfaati olması o işin başkasının işi olduğu gerçeğini değiştirmemektedir³³¹. Diğer bir ifadeyle, teminat mektubup bedelini ödeyen banka, hem kendisinin garanti sözleşmesinden doğan borcunu ifa etmekte hem de lehdarın tazminat yükümlülüğünü karşılamaktadır.

Bu görüşü savunan Tandoğan'a göre³³², teminat mektubunu ödeyen bankanın ödemesi lehdarın menfaatine uygun ise ve onun geçerli bir yasaklamasına da aykırı değil ise, bankanın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre rücu hakkı bulunduğu kabul edilmelidir. Eğer bankanın ödemesi lehdarın menfaatine uygun değil veya onun yasaklamasına rağmen yapılmışsa, yine de bu ödemededen lehdarın sağladığı fayda oranında, bankanın ödediği miktarı TBK m. 530 (EBK m. 414) uyarınca lehdar tazmin etmelidir³³³. Garanti verenin vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanarak asıl borçluya rücu etmemesi hususunda geçerli bir sebep bulunmamaktadır³³⁴.

³²⁹ Reisoğlu (Garanti Sözleşmesi), s. 165.

³³⁰ Tandoğan (Borç İlişkileri), s. 876; Yüce, s. 117; Develioğlu, s. 422.

³³¹ Develioğlu, s. 422.

³³² Ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan (Borç İlişkileri), s. 876-877.

³³³ Tandoğan (Borç ilişkileri), s. 877.

³³⁴ Develioğlu, s. 424.

Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda³³⁵, vekaletsiz iş görmeye dayanan rücu hakkını kabul etmiş ve şu gerekçeleri ileri sürmüştür: *'Gerçekten KF'ya teminat mektubunun verildiği ve bundan mütevellit banka ile arasında hukuki ilişki ispat edilememişse de, Sümerbank ile KF arasında satış akdinin mevcudiyeti halinde bedelin banka tarafından ödenmesi banka yönünden vekaletsiz tasarruf niteliği taşır.*

b. Sebepsiz Zenginleşmeye Dayanan Rücu Hakkı

TBK m. 77'ye göre, haklı bir sebep olmaksızın, bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşen, bu zenginleşmeyi geri vermekle yükümlü olacaktır. Sebepsiz zenginleşme için şu şartların varlığı gerekmektedir: Bir kimsenin zenginleşmesi, başka bir kimsenin fakirleşmesi, zenginleşme ile fakirleşme arasında bağlantı ve zenginleşmenin haklı bir sebebe dayanmaması (geçerli bir sebep olmaması)³³⁶.

Garanti veren banka ile lehdar arasında geçerli bir kontrgarantinin bulunmaması halinde, bankanın muhataba yaptığı ödeme tutarı kadar, lehdarın borçtan kurtulduğu ve bundan dolayı zenginleştiğinin ileri sürülüp sürülemeyeceği ve özellikle sebepsiz zenginleşme için aranan *geçerli bir sebep olmaması* şartı tartışma konusu olmuştur³³⁷.

Bir görüşe göre³³⁸, garanti verenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayalı rücu hakkı bulunmamaktadır. Bu görüşü savunan yazarlara göre; garanti sözleşmesinde, garanti veren ödeme yapmak ile kendi borcunu sona erdirmektedir, yoksa üçüncü kişinin borcunun sona erdiği söylenemez. Garanti borcunun ödenmesi geçerli olup bu şekilde garanti sözleşmesinden doğan borç ödenmiş ve garanti veren kendi borcunu sona erdirmiş olmaktadır. Üçüncü kişinin borcu ise sona ermemekle birlikte, garanti alan üçüncü şahısta ki alacağını her zaman garanti verene temlik edebilecektir. Zira üçüncü şahsın eda ile,

³³⁵ **YİBK. 19. 4. 1973 T. 1124/1769: Tandoğan** (Borç İlişkileri), s. 877; **Reisoğlu** (Teminat Mektupları), s. 364; **Yüce**, s. 117-118.

³³⁶ **Eren**, s. 857; **Tekinay, Selahattin Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul 1993, s. 733

³³⁷ **Reisoğlu** (Teminat Mektupları), s. 362.

³³⁸ **Barlas** (Teminat Mektupları), s. 82; **Reisoğlu** (Garanti Sözleşmesi), s. 164.

garanti verenin ise tazminat ile yükümlü olması da borcun sona ermediğini göstermektedir³³⁹.

Yukarıda değinilen Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da³⁴⁰, garanti sözleşmeleri bakımından sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanan bir rücu hakkının söz konusu olmadığı sonucuna varılmıştır.

Tandoğan ise bu görüşe katılmamaktadır. Yazar'a göre³⁴¹, akdi yükümlülüğün ifası için teminat mektubu veren banka, muhataptan tazminat talebinin temlikini sağlayamaz ve kontrgaranın da ödeme gücü bulunmadığı için ondan da rücu suretiyle birşey elde edemezse, bankanın malvarlığında bir eksilme olacaktır. Bu fakirleşmeden yararlanan da, kendisinden ayrıca tazminat istenmemiş ve teminat mektubundan aldığını tazminata mahsup etmiş ise, lehdar olacaktır. Böylece, lehdarın zenginleşmesi ile bankanın fakirleşmesi arasında bir illiyet bağı bulunacaktır. Bankanın muhataba yaptığı garanti sözleşmesine yani haklı bir sebebe dayanmasına rağmen; bankanın bu ödemesi sebebiyle lehdara sağladığı zenginleşmenin haklı bir sebebi bulunmamaktadır. Tandoğan sunduğu tüm bu gerekçelerle, bankanın, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak kendisi ile akdi bir ilişkisi bulunmayan lehdara rücu edebileceğini savunmuştur³⁴².

3. Garanti Verenin Garanti Edilen Tutarı Ödeme Yükümlülüğü

a. Genel Olarak

Garanti veren riskin gerçekleşmesi halinde garanti edilen tutarı ödemek borcu altına girer. Diğer bir ifadeyle, garanti sözleşmesinde kararlaştırılan rizikonun gerçekleşmesi halinde, garanti veren sözleşmede riziko olarak öngörülen olumsuz ekonomik sonucun parasal karşılığı olan belirli veya belirlenebilir tutarı garanti alana ödemekle yükümlü

³³⁹ **Reisoğlu** (Garanti Sözleşmesi), s. 164.

³⁴⁰ Bkz. dpn. 317.

³⁴¹ **Tandoğan** (Borç ilişkileri), s. 878-879.

³⁴² **Tandoğan** (Borç ilişkileri), s. 879.

olacaktır³⁴³. Zarar para ile karşılanabileceği gibi, başka bir tazmin şekli de kararlaştırılmış olabilir³⁴⁴.

Tarafların garanti verenin, aynen ifa ile yükümlü olacağı hususunda anlaşmaları mümkünse de; uygulamada çoğu halde, garanti verenin bir para ödeme borcu altına girdiği, diğer bir ifadeyle nakden tazmin ile yükümlü olduğu görülmektedir³⁴⁵.

TBK m. 83'e göre, borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaatibulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir. Buna göre, üçüncü kişinin ediminin bizzat onun tarafından yerine getirilmesinde alacaklının yararı bulunmuyorsa, bu edimi üçüncü kişinin yerine garanti verenin yerine getirmesi mümkündür³⁴⁶. Burada garanti veren için garanti sözleşmesinden doğan bir hak değil; TBK m. 83 hükmü çerçevesinde tanınan bir yetki söz konusudur³⁴⁷.

b. Borcun Niteliği Ve Kapsamı

Garanti verenin, garanti sözleşmesinden doğan bu borcunun niteliği ve kapsamı doktrinde tartışmalıdır. Baskın görüşe göre³⁴⁸, garanti verenin borcu bir tazminat borcudur. Bu yazarlara göre, garanti verenin borcu bir zarar tazmin borcu olup, ikinci derecede bir borçtur. Bu görüşü savunanlar, garanti sözleşmesinin hukuki temelini TBK m. 128 ile düzenlenen üçüncü kişinin fiilini üstlenmeye dayandırmaktadırlar³⁴⁹.

³⁴³ **Gümüş**, s. 461.

³⁴⁴ **Reisoğlu** (Garanti), s. 152.

³⁴⁵ **Yüce**, s. 9; **Develioğlu**, s. 294.

³⁴⁶ **Reisoğlu** (Garanti), s. 157.

³⁴⁷ **Tandoğan** (Borç İlişkileri), s. 854.

³⁴⁸ **Reisoğlu** (Garanti), s. 151; **Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, Gözden Geçirilmiş 13. Bası, İstanbul 2017, s. 429; **Gümüş**, s. 461; **Tandoğan** (Borç İlişkileri), s. 855; **Nomer**, s. 325.

³⁴⁹ **Develioğlu**, s. 294.

Reisoğlu'na göre³⁵⁰, başkasının fiilini üstlenme şeklindeki garanti sözleşmelerinde, edimin ifa edilmemesi sebebiyle bir zarar doğacak ve tazmin borcu belirecektir.

Tandoğan³⁵¹ da garanti verenin borcunu tazminat borcu olarak nitelendirmiştir. Yazar'a göre, garanti veren, garanti alanın bir davranışına veya girişimine bağlı olarak gerçekleşmemesi hususunda teminat verdiği rizikonun gerçekleşmesi halinde doğan zararı tazminle yükümlüdür.

Kanımızca, garanti verenin borcunun bir tazminat borcu olduğunun kabulü pek mümkün gözükmemektedir. Garanti sözleşmesinin asıl borçtan bağımsız olduğuna ve riskin gerçekleşmesi halinde garanti verenin kendi borcunu (garanti sözleşmesinden doğan) ifa ettiğine yukarıda değinmiştik. Tazminat ise asıl borca bağlılık gerektirmektedir³⁵². Bu sebeplerle garanti verenin borcunun bir tazminat borcu olduğunun kabul etmenin sözleşmesinin niteliğine ters düştüğü kanısındayız.

Diğer bir görüşe göre ise³⁵³, garanti verenin borcu garanti altına alınan riskin gerçekleşmesi halinde bir miktar para ödemekten ibarettir. Bu görüşü savunanlar, garanti verenin kendi borcunu ifa ettiğini ve ifa edeceği borcunda bir para borcu olduğunu ileri sürmüşlerdir³⁵⁴. Yine bu yazarlara göre, özellikle banka garantilerinin büyük çoğunluğu, belli bir meblağın ödenmesi veya belli bir meblağa kadar ödemede bulunma yükümlülüğünü içermektedir³⁵⁵.

³⁵⁰ **Reisoğlu** (Garanti), s. 151-152.

³⁵¹ **Tandoğan** (Borç İlişkileri), s. 855.

³⁵² **Kahyaoglu**, s. 61.

³⁵³ **Doğan**, s. 295; **Develioğlu**, s. 295; **Kahyaoglu**, s. 61; **Kahraman**, s. 178: '... saf garanti sözleşmelerinde kararlaştırılan riskin gerçekleşmesi halinde, garanti alanın zararına denk gelen miktarın parasal olarak ödenmesi borcu, bir tazminat değildir. Zira tazminat kusurlu bir hukuka aykırılık veya kanuna dayanan kusursuz sorumluluk hallerinde, sorumlu olan kişinin mağdurun zararını karşılamasıdır.'

³⁵⁴ **Doğan**, s. 193.

³⁵⁵ **Kahyaoglu**, s. 68.

Doktrinde savunulan son görüŖe göre³⁵⁶, garanti verenin borcunun daima bir zararın tazmin borcu olduğunu veya bir miktar para ödeme borcu olduğunu söylemek suretiyle genelleme yapmak doğru değildir. Bu görüŖe göre, sözleşme hükümlerine bakarak bir değerlendirme yapılmalıdır. Eğer garanti veren risk gerçekteŖinde doğacak olan zararın tamamını karŖılıyor ise borcu yaklaşık olarak belirlenmiŖ bir tazminat borcu; buna karŖıncak sözleşmede belirlenen tutarı ödemek ile sorumluluktan kurtuluyor ise götürü usulde belirlenmiŖ bir asli borcun varlığı kabul edilmelidir³⁵⁷.

Genellikle, garanti sözleşmesinin tarafları sözleşmede götürü usul veya azami bir bedel belirlerler; eğer ki sözleşmede ödenecek miktar bakımından böyle bir limit öngörülmemiŖse, garanti verenin, asıl sözleşmenin ifa edilmemesi sebebiyle garanti alanın maruz kaldığı zararı ödeyeceği kabul edilmektedir³⁵⁸.

Garanti edilen zararın müspet bir zarar mı yoksa bir menfi zarar mı olduğu hususu da doktrinde tartıŖmalıdır. Müspet zarar, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ya da vaktinde ifa edilmemesinden doğan zarardır³⁵⁹. Menfi zarar ise, sözleşmenin kurulmamasından veya geçersiz olmasından doğan zarardır. Burada sözleşmenin kurulduğuna veya geçerli olarak kurulduğuna duyulan güvenin boŖa çıkmasından doğan bir zarar söz konusudur³⁶⁰. Sözleşmenin kurulması için yapılan giderler, menfi zararı oluŖturan baŖlıca unsurlardandır. Uygulamada, menfi zararın kapsamı genellikle müspet zararinkinden azdır³⁶¹.

Hakim görüŖ, garanti verenin müspet zararın tazmini ile yükümlü olduğu yönündedir³⁶². Bu görüŖü savunanlara göre garanti veren; garanti alanın davranıŖı ile ilgili teŖebbüsün belli bir sonuca ulaŖması veya bir üçüncü kiŖinin belli bir edimde bulunması

³⁵⁶ Develioğlu, s. 296.

³⁵⁷ UlutaŖ Çelik, Esra, Garanti Sözleşmeleri, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2014, s. 98.

³⁵⁸ Develioğlu, s. 305.

³⁵⁹ Eren, s. 1056.

³⁶⁰ Eren, s. 1057.

³⁶¹ Reisoğlu, Safa, s. 356.

³⁶² Eren, s. 1159; Tandoğan (Borç İliŖkileri), s. 855; GümüŖ, s. 461; Yavuz, s. 511.

halinde elde edeceği ve riskin gerçekleşmesiyle yoksun kaldığı kârı tazmin edecektir³⁶³. Garanti alanın kendi davranışı için veya sözleşme için yaptığı ve boşa giden masrafların ödenmesi, diğer bir ifadeyle sadece menfi zararının üstlenilmesi, garanti alanın söz konusu davranışa sevk edilmesi için yeterli olmayacaktır³⁶⁴.

Garanti verenin, garanti alanın davranışına bağlı bir manevi zarar doğması tehlikesini de üstlenebileceği ve riziko gerçekleştiğinde manevi tazminat ödemek ile yükümlü kılınabileceği kabul edilmektedir³⁶⁵. Örneğin, bir kimsenin ismine tecavüz edilmeyeceğinin garanti edilmesi halinde, üçüncü şahıs vaad edildiği şekilde hareket etmezse garanti alanın manevi zararını talep hakkı doğar³⁶⁶. Ancak garanti alan, üçüncü şahsın edada bulunmamasından doğan maddi zararını derhal talep edebildiği halde; manevi zararın talep edilmesi için öncelikle mahkemeye başvurarak manevi zarar iddiasında bulunulması gerekmektedir³⁶⁷. Manevi zarara hükmedilmesi, garanti alanın haklarında ağır bir zarara uğramış olması ve üçüncü şahsının fiilinde de ağır kusurlu olması şartına bağlanmıştır³⁶⁸.

c. Borcun Muaccel Olması

Garanti verenin garanti bedelini ödeme borcu, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, garanti edilen riskin gerçekleşmesi ve bu riskin konusunu oluşturan zararın doğması ile muaccel olur³⁶⁹. Tarafların farklı bir vade de belirlemeleri mümkündür³⁷⁰.

³⁶³ Tandoğan (Borç İlişkileri), s. 855.

³⁶⁴ Tandoğan (Borç İlişkileri), s. 855; Reisoğlu (Garanti), s. 154.

³⁶⁵ Tandoğan (Borç İlişkileri), s. 855.

³⁶⁶ Reisoğlu (Garanti), s. 154.

³⁶⁷ Reisoğlu (Garanti), s. 154.

³⁶⁸ Reisoğlu (Garanti), s. 154.

³⁶⁹ Tandoğan (Borç İlişkileri), s. 857.

³⁷⁰ Kahraman, s. 177.

Doktrinde, üçüncü kişinin ediminin garanti edildiği garanti sözleşmeleri bakımından, garanti verene başvurulabilmesi için, ilk önce üçüncü kişiye (asıl borçlu) karşı bir takip yapıp bu takibin sonuçsuz kalması gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Burada bizim de katıldığımız görüşe göre, garanti verenin garanti sözleşmesinden doğan borcunun, üçüncü kişinin ediminin taahhüt edildiği garantilerde dahi, tali nitelik değil asli nitelik taşıdığıdır³⁷¹. Nitekim, garanti alan, edimi garanti edilen üçüncü kişiye karşı dava veya icra yoluna gitmek ile uğraşmaksızın bir an önce tazminat elde etmek amacıyla garanti sözleşmesi akdetmektedir³⁷².

4. Garanti Bedelinin Ödenmesi Talep Edildiğinde Talep Şartlarının Gerçekleştiğini ve Gerekli Belgelerin İbraz Edildiğini İnceleme Yükümlülüğü

Garanti verenin, rizikonun gerçekleştiğinin ispat edilmesini isteme hakkı bulunduğu ve ispat yükünün garanti alan üzerinde bulunduğu yukarıda değinmiştik. Bunun yanı sıra, kendisine ödeme istemiyle başvuru alan garanti verenin, talep şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini ve gerekli tüm belgelerin ibraz edildiğini inceleme hususunda yükümlülüğü vardır³⁷³. Garanti verenin bu yükümlülüğünün kapsamı, sözleşme içeriğine göre tespit edilecektir.

İlk talepte ödeme kaydını ihtiva eden banka teminat mektuplarında, ödeme talebi ile gelindiğinde, garanti veren bankanın sadece şekli anlamda bir inceleme yükümlülüğü vardır³⁷⁴. Diğer bir ifadeyle, garanti veren banka burada riskin gerçekleşip

³⁷¹ Aynı yönde bkz. **Reisoğlu** (Garanti), s. 156: Yazar'a göre, garanti verenin yükümlülüğünün birinci derece olduğunu kabul etmek, bu sözleşmenin nitelik ve amacına daha uygundur.

³⁷² **Tandoğan** (Borç İlişkileri), s. 858.

³⁷³ **Kahyaoglu**, s. 62: '*Ödeme talebi ile karşılaşan banka, verdiği banka garantisinin metnini incelemek ve metinde öngörülen şartlara uygun hareket etmek zorundadır. Bankanın esas inceleme yükümünün kapsamı bu inceleme ile belirlenir.*'; **Doğan**, s. 147.

³⁷⁴ Üçüncü Bölüm §7., II., A.,1.

gerçekleşmediği hususunda esasa ilişkin bir inceleme yapmakla yükümlü olmaksızın, sadece ödeme talebinin usulüne uygun olup olmadığını şekli bakımdan incelemekle yükümlüdür³⁷⁵. Garanti verenin inceleme yükümlülüğü kural olarak sözleşmeden doğan garantilerde mevcut olup, ilk talepte ödeme kaydını içeren teminat mektupları bu kuralın istisnası niteliğindedir³⁷⁶. Buna karşın, bankanın riskin gerçekleştiği ispatlanmadan veya bazı belgeler ibraz edilmeden ödeme yapmayacağı kararlaştırılmışsa, bankanın maddi bir inceleme yapması gerekecektir³⁷⁷.

Garanti veren öncelikle, ödeme talebinin garanti sözleşmesinde öngörülen şekle uygun olup olmadığını incelemelidir³⁷⁸. Örneğin ödeme talebinin yazılı olarak yapılması kararlaştırılmışken, garanti verenin telefon ile yapılan bir talep üzerine ödeme yapmaması gerekir³⁷⁹.

Garanti verenin inceleme yükümlülüğünü özen ile ifa etmesi gerekir. Ödeme yapılması bir belgenin ibrazına bağlanmış ise, teminat mektubunun niteliği ne olursa olsun, garanti veren banka belgeyi incelemek ve içeriğinin sözleşmeye uygun olup olmadığını araştırmak ile yükümlüdür³⁸⁰. İşbu belgenin sahte olması halinde, sorumluluk bankaya ait olacaktır³⁸¹. Dış görünüş itibarıyla sahteliği anlaşılamayan belgenin, sahteliği gündeme gelirse, bankanın sorumluluğu kabul edilmez; zira bankadan, bir belge uzmanının göstereceği özen beklenemez³⁸².

Garanti veren, yapacağı inceleme neticesinde, ödeme için gerekli şartların tümüyle sağlanmış olmadığını tespit ederse, ödemedi kaçınılmalıdır. Aksi halde yapmış olduğu

³⁷⁵ Doğan, s. 147.

³⁷⁶ Kahyaoglu, s. 63; Doğan, s. 147.

³⁷⁷ Kahyaoglu, s. 65; Develioğlu, s. 336.

³⁷⁸ Develioğlu, s. 332.

³⁷⁹ Develioğlu, s. 332.

³⁸⁰ Doğan, s. 147.

³⁸¹ Kahyaoglu, s. 64; Develioğlu, s. 337;

³⁸² Doğan, s. 147.

masraflar ve ödeme için üçüncü kişiye başvuramayacak; diğer bir ifadeyle rücu hakkı ortadan kalkmış olacaktır³⁸³.

B. Garanti Alanın Hak Ve Yükümlülükleri

Garanti sözleşmesinde, garanti alanın garanti verene karşı herhangi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Garanti alanın başlıca hakkı, riziko gerçekleştiğinde garanti verene başvurarak garanti edilen tutarın kendisine ödenmesini talep etmektir.

Garanti veren, garanti alan kendisine garanti bedelinin ödenmesi amacıyla başvurduğunda, rizikonun gerçekleştiğini ispat edilmesini isteyebilir. Bu halde, garanti alan rizikonun gerçekleştiğini ispat ile yükümlüdür; ancak bu bir borç olmayıp, hakkını ileri sürebilmenin kendisine bağlandığı bir külfettir³⁸⁴. İlk talepte kayıtsız şartsız ödeme taahhüdünü ihtiva eden teminat mektuplarında garanti alanın ispat ile yükümlü olmaması hususu, garanti verenin riskin gerçekleştiğinin ispatını isteme hakkında detaylı olarak açıklandığından o bölüme atıf yapmakla yetiniyoruz³⁸⁵.

Garanti alan, özellikle üçüncü kişinin ediminin taahhüt edildiği garantilerde, edimin yerine getirilmemesi halinde garanti vereni aynen bir edimde bulunmaya zorlayamaz, sadece garanti bedelinin tarafına ödenmesini isteyebilir³⁸⁶.

C. Lehdarın Hak Ve Yükümlülükleri

Lehdar ile garanti alan arasındaki temel ilişki, banka garantisine sebep olan hukuki ilişkidir³⁸⁷. Lehdar ile garanti veren banka arasında ise karşılık ilişkisi söz konusudur. Bu

³⁸³ Doğan, s. 148.

³⁸⁴ Tandoğan (Borç İlişkileri), s. 854.

³⁸⁵ Ayrıntı için bkz. Üçüncü Bölüm §7., II., A.,1.

³⁸⁶ Reisoğlu (Garanti), s. 159; Tandoğan (Borç İlişkileri), s. 854.

³⁸⁷ Kahyaoglu, s. 24.

hukuki ilişki çerçevesinde banka, genellikle bir komisyon ücreti karşılığında lehdara, garanti alana karşı düzenlenecek bir banka garantisi vermektedir³⁸⁸.

Lehdar ile garanti veren banka arasında ki hukuki ilişkinin tespiti, özellikle yükümlülüklerinin kapsamı açısından önem arz etmektedir. Lehdar ile garanti veren banka arasında ki hukuki ilişki vekalet sözleşmesi olarak kabul edildiğinde, lehdarın yükümlülükleri vekalet sözleşmesi çerçevesinde tespit edilecektir³⁸⁹. Kahyaoğlu³⁹⁰, garanti veren banka ile müşterisi (lehdar) arasında ki ilişkiyi kesin bir şekilde vekalet olarak nitelendirmenin mümkün olmadığını ve bu ilişkinin atipik bir garanti verme taahhüdü sözleşmesi olduğunu ileri sürmüştür.

Lehdarın, garanti veren banka ile karşılık ilişkisinden doğan belli başlı yükümlülükleri vardır.

1. Komisyon ve Sair Masrafları Ödeme Yükümlülüğü

Banka, düzenlediği teminat mektubu karşılığında, mektup talebinde bulunan lehdardan bir komisyon ücreti tahsil eder³⁹¹. Banka ile lehdar arasındaki hukuki ilişkiye vekalet hükümlerinin uygulandığı hallerde, lehdarın, müvekkilin borçlarına ilişkin hükümler uyarınca, komisyonu ve işin yapılması esnasında yapılan masrafları bankaya ödemesi gerekecektir³⁹². Karşılık ilişkisi bir kredi sözleşmesi niteliğinde ise, lehdarın krediyi, faiz, komisyon ve diğer masraflar ile birlikte ödemesi gerektiği kabul edilmektedir³⁹³.

³⁸⁸ Kahyaoğlu, s. 25.

³⁸⁹ Doğan, s. 149.

³⁹⁰ Kahyaoğlu, s. 26.

³⁹¹ Reisoğlu (Teminat Mektupları), s. 121.

³⁹² Tekinalp, s. 385; Kahyaoğlu, s. 28.

³⁹³ Kahyaoğlu, s. 28.

Banka ile lehdar arasındaki kontrgaranti veya kredi sözleşmesinde, lehdar tarafından komisyon ücreti ödeneceği ve bu komisyonun miktarı belirtilir³⁹⁴. Komisyon miktarı, taraflar arasında serbestçe kararlaştırılabilir³⁹⁵.

TTK m. 20 hükmü uyarınca, ticari işletmesiyle ilgili bir iş veya hizmet görmüş olan tacir, uygun bir ücret isteyebilir. Buna göre, taraflar arasında komisyon ücreti hususunda açık bir anlaşma olmasa dahi, burada bir ticari iş söz konusu olduğundan, banka yaptığı hizmet karşılığında ücret talep edebilecektir³⁹⁶.

Bankacılık uygulamasında, teminat mektubunun muhataba verilmek üzere bankanın elinden çıktığı an itibariyle, lehdarın komisyon ödeme borcu doğmuş olur³⁹⁷.

2. Rücu Edilen Miktarı Ödeme Borcu

Teminat mektubu çerçevesinde garanti alana ödeme yapan banka, ödemiş olduğu miktarı lehdardan tahsil etmek amacıyla ona rücu edecektir³⁹⁸. Rücu hakkının çoğunlukla kontrgaranti ile sağlanmaktadır. Kontrgarantinin bulunmadığı hallerde ise rücu hakkının hukuki temelini ne olacağı hususu doktrinde tartışmalı olup, farklı görüşler ileri sürülmüştür. Garanti verenin rücu hakkına ilişkin bölümde bu konu detaylı olarak incelediğinden, o bölüme atıf yapmakla yetiniyoruz³⁹⁹.

³⁹⁴ **Reisoğlu** (Teminat Mektupları), s. 121.

³⁹⁵ **Reisoğlu** (Teminat Mektupları), s. 123.

³⁹⁶ **Reisoğlu** (Teminat Mektupları), s. 121.

³⁹⁷ **Aral, Fahrettin**, Teminat Mektuplarında Lehdar ile Muhatap ve Lehdar ile Banka Arasındaki Hukuki İlişki, BATİDER, C. 24, S. 2, 2007, s. 189-200.

³⁹⁸ **Barlas** (Teminat Mektupları), s. 78.

³⁹⁹ Ayrıntı için bkz. Üçüncü Bölüm §7., II., A., 2.

§8. GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

I. GENEL OLARAK

Garanti sözleşmelerine ilişkin kanuni bir düzenleme bulunmadığından, borcun sona erme hallerini düzenleyen TBK m. 131 vd. hükümleri, niteliğiyle bağdaştıkları ölçüde garanti sözleşmelerine de uygulanabilirler⁴⁰⁰.

İfa borcun amacı olup, borcun gereği gibi ifası ile borç ilişkisi sona erecektir⁴⁰¹. Diğer bir ifadeyle, sözleşmeyi sona erdiren sebeplerin başında ifa gelmektedir. Garanti sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğundan, garanti verenin, garanti alanın riskin gerçekleşmesinden doğan zararını tazminden ibaret olan borcunu ifa etmesi ile sözleşme sona ermiş olacaktır. Borcun ifası dışında, garanti edilen sonucun gerçekleşmesi, garanti alanın garanti vereni ibra etmesi, garanti verenin veya garanti alanın başka bir alacağıyla takas beyanında bulunulması, borcun yenilenmesi hallerinde de garanti sözleşmesi sona erecektir⁴⁰².

Garanti edilen sonuç, garanti verenin kusuru olmaksızın gerçekleşmemiş veya garanti edilen edimin ifası borçlunun kusuru olmaksızın imkansız hale gelmiş olsa dahigaranti veren TBK m. 136'ya dayanarak sorumluluktan kurtulduğunu ileri süremez⁴⁰³. Ancak rizikonun doğmasına garanti alanın kendi kusurlu davranışları sebep olmuşsa, garanti verenin sorumluluğu sona erecektir⁴⁰⁴. Bunun gibi, garanti edilen sonuç, garanti alanın sorumluluğu altındaki bir kişinin ya da hayvanın müdahalesi sonucu imkansız hale

⁴⁰⁰ **Yavuz**, s. 513; **Tandoğan** (Borç İlişkileri), s. 881-882; **Reisoğlu** (Garanti), s. 169.

⁴⁰¹ **Eren**, s. 906.

⁴⁰² **Reisoğlu** (Garanti), s. 169; **Develioğlu**, s. 436-437; **Tandoğan** (Borç İlişkileri), s. 882.

⁴⁰³ **Tandoğan** (Borç İlişkileri), s. 883.

⁴⁰⁴ **Reisoğlu** (Garanti), s. 170; **Barlas** (Teminat), s. 67; **Develioğlu**, s. 438.

gelmişse, garanti verenin yükümlülüğü sona erecek ve kendisinden zarar talebinde bulunulamayacaktır⁴⁰⁵.

Tandoğan'a göre, garanti alanın buradaki kusuru, rizikonun gerçekleşmesinde birinci planda etkili ve ağır bir kusur olmalıdır⁴⁰⁶. Garanti alanın hafif kusuru halinde, garanti verenin sorumluluğunun edeceği kabul edilmektedir⁴⁰⁷. Garanti alanın hafif kusuru halinde, garanti verenin sorumluluğunun devam edeceğine ilişkin bir kaydın sözleşmeye konulması geçerli olmasına karşın; ağır kusur ve hile halinde garanti verenin sorumluluğunun devam edeceğine ilişkin bir kayıt geçersiz olacaktır.⁴⁰⁸ Nitekim TBK m. 115/1'e göre, Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.

Doktrinde, garanti alanın ifayı haklı bir sebep olmaksızın kabul etmemesi veya yapması gereken hazırlık hareketlerini yapmaması durumunda, garanti verenin borçtan kurtulacağını ileri süren yazarlar bulunmaktadır⁴⁰⁹.

Aksine bir düzenleme bulunmadıkça, garanti veren, asıl borcun zamanaşımına uğraması halinde sorumluluktan kurtulamaz. Zamanaşımı başlığı altında bu husus ayrıca incelenecektir.

Garanti verenin ölümü garanti sözleşmesini sona erdirmeyecek ve sözleşmeden doğan yükümlülükleri mirasçılara geçecektir⁴¹⁰. Edimi taahhüt edilen üçüncü kişinin ölmesi halinde garanti sözleşmesi sona ermeyeceği gibi; ölüm ile birlikte

⁴⁰⁵ **Reisoğlu** (Garanti), s. 170.

⁴⁰⁶ **Tandoğan** (Borç İlişkileri), s. 883.

⁴⁰⁷ **Reisoğlu** (Garanti), s. 170.

⁴⁰⁸ **Tandoğan** (Borç İlişkileri), s. 883; **Reisoğlu** (Garanti), s. 171.

⁴⁰⁹ **Reisoğlu** (Garanti), s. 170; **Arkan**, s. 81.

⁴¹⁰ **Tandoğan** (Borç İlişkileri), s. 883.

sonuç artık gerçekleşmeyeceğinden, garanti verenin garanti edilen miktarı ödeme borcu da muaccel olacaktır⁴¹¹.

II. BORCUN SONA ERME SEBEPLERİ

A. Garanti Edilen Sonucun Gerçekleşmesi

Garanti edilen sonucun gerçekleşmesi, garanti sözleşmesini sona erdirir. Banka garantilerinde, teminat mektubu ile garanti edilen riskin gerçekleşmemesi halinde (garanti edilen edim asıl borçlu tarafından yerine getirilmişse) garanti sözleşmesi sona erecek; teminat mektubu geri verilmese dahi, kıymetli evrak niteliği taşımadığından, hukuken bir değeri kalmayacaktır⁴¹².

B. Garanti Alanın Garanti Vereni İbra Etmesi

İbra borcu sona erdiren sebeplerden biridir. Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilir (TBK m. 132). İbra sözleşmesiyle alacaklı, malvarlığının aktif kısmında yer alan bir alacaktan kısmen veya tamamen vazgeçerken, borçlu da herhangi bir ifade bulunmaksızın boçtan kurtulmaktadır⁴¹³.

İbra ile birlikte asıl borç tamamen veya kısmen fer'ileriyle birlikte son bulur⁴¹⁴. İbra iki taraflı bir hukuki işlem, bir sözleşmedir⁴¹⁵. Alacaklının, alacağından tek taraflı bir

⁴¹¹ **Reisoğlu** (Garanti), s. 170.

⁴¹² **Yarg. 11. HD. 27. 12. 1990 T. E. 1989/4046 K. 1990/8459:** 'Banka teminat mektupları, kıymetli evrak niteliğinde olmadıklarından bankanın sorumluluğunun sona ermesi için mektubun mutlaka bankaya iadesi zorunlu değildir. '; **Tandoğan** (Borç İlişkileri), s. 882; **Barlas** (Teminat), s. 89.

⁴¹³ **Eren**, s. 1270.

⁴¹⁴ **Kılıçoğlu**, s. 859.

⁴¹⁵ **Eren**, s. 1271.

irade açıklaması ile vazgeçmesi yeterli olmayıp, vazgeçme iradesinin borçlu tarafından kabul edilmesi gerekir⁴¹⁶.

Garanti sözleşmesinde de, garanti alanın garanti vereni ibra etmesi halinde, garanti veren garanti sözleşmesinden doğan borcundan kurtulmuş olacaktır.

C. Garanti Verenin Veya Alanın Başka Bir Alacağı İle Takas Beyanında Bulunulması

Borcu sona erdiren sebeplerden olan takas, TBK m. 139- m. 145 hükümleri arasında düzenlenmiştir. Buna göre, iki kişi karşılıklı olarak bir miktar para veya özdeş diğer edimleri birbirine borçlu oldukları takdirde, her iki borç muaccel ise, iki tarafın her biri borcunu alacağı ile takas edebilir⁴¹⁷. Takas herhangi bir şekil şartına tabi değildir⁴¹⁸.

Takasın koşulları şu şekilde sıralanabilir: Karşılıklı iki borcun bulunması, borçların mahiyetlerinin aynı olması (para borcu veya özdeş borç), borçların muaccel olması ve borçlunun takas açıklamasında bulunması⁴¹⁹.

Borçlunun takas iradesini beyan etmesi ile, takas edilen borçla asıl borç takas edilebilecekleri andan itibaren en az olan borç tutarında sona erer. Koşulları sağlandığı ölçüde, garanti sözleşmelerinde de, garanti verenin veya alanın başka bir alacağıyla takas beyanında bulunulması borcu sona erdiren sebeplerden biridir.

⁴¹⁶ Eren, s. 1271.

⁴¹⁷ Eren, s. 1274.

⁴¹⁸ Nomer, s. 303.

⁴¹⁹ İnan, s. 636-638.

D. Borcun Yenilenmesi

Yenileme, mevcut bir borcun yeni bir borç yaratmak suretiyle sona erdirilmesidir. Yenileme mevcut bir borcun sona erdirilip yenisinin yerini aldığından, mevcut bir borca yeni bir borçlunun katılması yenileme olarak değerlendirilemez⁴²⁰.

Borcun yenilenmesi alacaklı ile borçlu arasında yapılacak bir sözleşme ile gerçekleşir⁴²¹. Yenileme ile eski borç ve alacağa bağlı fer'i haklar da sona erer. Garanti sözleşmesi, asıl borçtan bağımsız nitelik taşıdığından, asıl borcun yenilenmesi halinde sona ermeyecektir. Garanti veren ile garanti alanın, garanti borcunun yenilenmesi hususunda anlaşmaları halinde ise garanti sözleşmesinden doğan borç sona erecektir⁴²².

III. BELİRLİ SÜRELİ GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Garanti belli bir süre için verilmiş olabilir⁴²³. Eğer garanti belirli bir süre için verilmiş ve risk bu süre içinde doğmamışsa, garanti verenin yükümlülüğü sona erecektir⁴²⁴. Diğer bir ifadeyle, belirli süreli garanti sözleşmelerinde garanti veren riski belirlenen süre için üstlenir ve riskin de bu süre içinde doğması gerekir⁴²⁵.

Garanti sözleşmesinde başkaca bir belirleme yapılmaksızın sadece garanti süresi öngörülmüşse, bu tarihten önce riskin doğması yeterli olmayıp, aynı zamanda garanti alanın ödeme talebini de bu tarihten önce yapması gerekir⁴²⁶. Zira, ödeme talebinin garanti

⁴²⁰ Kılıçoğlu, s. 859.

⁴²¹ Eren, s. 1263.

⁴²² Develioğlu, s. 442.

⁴²³ Reisoğlu (Garanti), s. 171.

⁴²⁴ Tandoğan (Borç İlişkileri), s. 885.

⁴²⁵ Kahyaoglu, s. 15; Barlas, s. 25; Develioğlu, s. 447.

⁴²⁶ Develioğlu, s. 448.

verene gecikmeli olarak ulaşması halinde, garanti verenin ödeme talebini reddetme yükümlülüğü vardır⁴²⁷.

Belirli süreli garanti sözleşmelerinde riskin garanti süresi içinde gerçekleşmiş olmasına rağmen, ödeme talebinin bu süre içinde yapılmazsa nasıl bir yol izleneceği sorunu, TBK m. 128/II hükmü ile getirilen düzenleme çerçevesinde, zamanaşımı konusu anlatılırken ayrıntılı olarak incelenecektir.

IV. BELİRSİZ SÜRELİ GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Garanti sözleşmesinde belli bir süre kararlaştırılmamış ve sözleşme süresiz olarak yapılmış olabilir⁴²⁸. Süresiz bir banka teminat mektubu söz konusu ise⁴²⁹, garanti verenin yükümlülüğünün zamanaşımı süresi doluncaya kadar devam edip etmeyeceği cevaplandırılması gereken bir sorudur⁴³⁰. Tandoğan'a göre⁴³¹, bu sorunun saf garanti sözleşmeleri ve teminatı amaçlayan garanti sözleşmeleri bakımından ayrı ayrı cevaplandırılması daha uygun olacaktır.

Garanti alanın davranışının sonucunun garanti edildiği saf garantilerde, garanti alan bir yükümlülük altına girmediğinden, istediği zaman teşebbüse geçebilecektir. Burada garanti verenin, garanti alana teşebbüse girişmesi için işin mahiyetine göre makul bir süre tanınması gerektiği, bu süre içinde teşebbüse geçilmezse de garanti verenin sorumluluğunun sona ereceği kabul edilmektedir⁴³². Garanti alan teşebbüse başladığında garantinin ne kadar

⁴²⁷ Develioğlu, s. 448.

⁴²⁸ Tekinalp, s. 376; Develioğlu, s. 453.

⁴²⁹ Barlas, s. 24: Yazar, süresiz teminat mektuplarını şöyle tanımlamıştır: Üzerinde belli bir geçerlilik süresi bulunmayan yani rizikonun doğumunu belirli bir zaman parçası ile sınırlamayan ve bu nedenle rizikonun doğumundan itibaren zamanaşımı süresi sonuna kadar bankanın sorumluluğunun devamı sonucunu doğuran teminat mektubu türüne *süresiz banka teminat mektubu* denir.

⁴³⁰ Tandoğan (Borç İlişkileri), s. 884.

⁴³¹ Tandoğan (Borç İlişkileri), s. 884.

⁴³² Reisoğlu (Garanti), s. 171; Develioğlu, s. 455.

süreceği de teşebbüsün niteliğine, garanti yükümlülüğünün amacına ve olayın özelliklerine göre tayin edilmelidir⁴³³.

Üçüncü kişinin ediminin taahhüt edildiği teminatı amaçlayan garantilerde ise, edimin yerine getirilmemesi ile başlayan garanti verenin yükümlülüğü, zamanaşımı süresi doluncaya kadar devam etmelidir⁴³⁴.

§9. ZAMANAŞIMI

I. GENEL OLARAK

Zamanaşımı, kanunen belirli bir süre içinde alacağını talep etmeye alacaklının, borçluya karşı talep ve dava hakkını kaybetmesidir⁴³⁵. Aynı bir hakkın diğer koşullarla birlikte belli bir süre geçtikten sonra kazanılması halinde kazandırıcı zamanaşımından; alacaklının zamanaşımı koşulları gerçekleştiğinde alacak ile ilgili dava ve takip hakkını kaybetmesi halinde ise kaybettirici zamanaşımından söz edilecektir⁴³⁶. Kazandırıcı zamanaşımı, çoğunlukla eşya hukuku alanında kendini göstermektedir. Kaybettirici (düşürücü) zamanaşımı ise borçlar hukuku alanında uygulanmaktadır.

Zamanaşımı borcu sona erdirmez; sadece alacaklının alacağını takip ve dava edebilme hakkını ortadan kaldırır. Zamanaşımına uğramış bir alaktan söz edebilmek için, zamanaşımına tabi muaccel bir borcun varlığı ve yasada öngörülen sürelerin dolmuş olması gerekir.

⁴³³ **Reisoğlu** (Garanti), s. 171.

⁴³⁴ **Tandoğan** (Borç İlişkileri), s. 885.

⁴³⁵ **İnan**, s. 646.

⁴³⁶ **Kılıçoğlu**, s. 883-884.

Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir (TBK m. 146). Zamanaşımı süresi, alacağın muaccel olmasından itibaren işlemeye başlar.

Zamanaşımı, ileri sürülmesi gereken def'i niteliğinde bir haktır. Hak düşürücü süreden farklı olarak, zamanaşımı, taraflar ileri sürmedikçe hakim tarafından re'sen dikkate alınmaz⁴³⁷.

TBK m. 160/1'e göre, zamanaşımından önceden feragat edilemeyeceğinden, taraflarca zamanaşımının ileri sürülmeyeceğinin kararlaştırılması kesin olarak hükümsüz olacaktır⁴³⁸.

Garanti sözleşmeleri bakımından, kefalette olduğu gibi, zamanaşımına ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple, garanti sözleşmesi TBK m. 146 hükmü uyarınca on yıllık genel zamanaşımı süresine tabidir. Garanti edilen borç açısından zamanaşımı süresinin durduran ve kesen sebepler garanti verenin borcunu etkilemeyecektir; zira bu iki borç birbirinden bağımsızdır⁴³⁹.

Çalışmamızın bu kısmında, garanti sözleşmelerinde zamanaşımı, belirli süreli garanti sözleşmeleri ve belirsiz süreli garanti sözleşmeleri bakımından ayrı ayrı incelenecektir.

⁴³⁷ Eren, s. 1282.

⁴³⁸ Kılıçoğlu, s. 911.

⁴³⁹ Develioğlu, s. 463.

II. BELIRLI SÜRELİ GARANTI SÖZLEŞMELERİNDE ZAMANAŞIMI

Belirli süreli garanti sözleşmelerinde, riskin bu süre içinde doğması ile muaccel olan alacak on yıllık zamanaşımı süresine tabi olup; zamanaşımı riskin gerçekleştiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır⁴⁴⁰.

Belirli süreli garanti sözleşmelerinde zamanaşımının, sözleşmede belirlenen süre ile sona erip ermeyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır.

Bizim de katıldığımız görüşe göre⁴⁴¹; garanti sözleşmesi belirli süreli ise, bu süre içinde risk gerçekleşmemişse veya risk gerçekleşmiş ancak garanti verene bu süre içinde yazılı birödeme talebi ile başvurulmamışsa, garanti verenin sorumluluğu sona ermelidir.

Burada, özellikle banka teminat mektupları uygulamasında önem arz eden TBK m. 128/II hükmünden de bahsetmemiz gerekir. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme müessesesini düzenleyen TBK m. 128/II'ye göre, *'belirli bir süre için yapılan üstlenmede, sürenin bitimine kadar üstlenene edimini ifa etmesi için yazılı olarak başvurulmaması hâlinde, üstlenenin sorumluluğunun sona ereceği kararlaştırılabilir.'* Yasakoyucu, belirli süre içinde yazılı talep şartı ile, zamanaşımına bakılmaksızın, garanti verenin sorumluluğunu sınırlandırma imkanı getirmiştir.

Buna göre, vadeli bir teminat mektubuna şöyle bir kayıt eklenmesi yerinde olacaktır⁴⁴²: *'İşbu teminat mektubu... tarihine kadar elimize geçecek şekilde tarafınızdan yazılı tazmin talebinde bulunulmadığı takdirde hükümsüz olacaktır.'* Böyle bir kaydı içeren teminat mektubu için, vade sonuna kadar yazılı bir tazmin talebinde bulunulmazsa,

⁴⁴⁰ Doğan, s. 233; Reisoğlu (Teminat Mektupları), s. 386.

⁴⁴¹ Reisoğlu, Seza, Vadeli Teminat Mektuplarından Ötürü Bankaların Sorumlu Tutulabilecekleri Süre, Prof. Dr. Osman Fazıl Berki'ye Armağan, AÜHF Yayınları, No. 411, Ankara 1977, s. 752; Tandoğan (Borç İlişkileri), s. 886; Çelik, s. 123-124.

⁴⁴² Tandoğan (Borç İlişkileri), s. 890.

garanti veren bankanın sorumluluğu sona erecek ve zamanaşımı süresi söz konusu olmayacaktır⁴⁴³. Bu talebin yazılı şekilde yapılması bir geçerlilik şartıdır⁴⁴⁴.

Sözkonusu kaydı taşıyan banka garantilerinde, vadesi içinde ödeme talebinde bulunulmuş ise artık bir para borcu söz konusu olacak ve garanti verenin sorumluluğu genel zamanaşımına tabi olacaktır⁴⁴⁵. Kahyaoğlu'na göre⁴⁴⁶, garanti alan süre içerisinde yazılı talepte bulunmuşsa, on yıllık zamanaşımı süresi talebin yapıldığı tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.

Bu veya benzeri bir kayıt içermeyen garanti süreli olsa bile, garanti alan, riskin doğumundan itibaren on yıllık zamanaşımı süresi içinde bankadan tazmin talebinde bulunabilecektir⁴⁴⁷. Bu halde, riskin vade içinde gerçekleştiğinin ispatı önem arz edecektir⁴⁴⁸.

Özetle; süreli garanti sözleşmesinde, belirlenen süre içinde yazılı olarak garanti verene başvurulmasına ilişkin bir kayıt bulunmasına rağmen, garanti alan bu süre içerisinde garanti verene yazılı olarak başvurmazsa, on yıllık zamanaşımı süresine bakılmaksızın garanti veren yükümlülükten kurtulacaktır⁴⁴⁹.

Doktrinde savunulan bir diğer görüşe göre ise⁴⁵⁰; garanti sözleşmesinde bir süre belirlenmiş olsa dahi, zamanaşımı riskin gerçekleştiği tarihten itibaren işlemeye başlayacak ve belirlenen süre içinde yazılı bir ödeme talebi olup olmadığına bakılmaksızın on yıl boyunca devam edecektir. Tandoğan, vadeden sonra da zamanaşımının devam edeceği

⁴⁴³ **Reisoğlu** (Teminat Mektupları), s. 387; **Oğuzman/Öz**, 346: Böyle bir geçerlilik süresi kararlaştırma yoluyla, TBK m. 146 hükmündeki 10 yıllık zamanaşımı süresinin safdışı edilmesi mümkün olmaktadır.

⁴⁴⁴ **Tandoğan** (Borç İlişkileri), s. 891.

⁴⁴⁵ **Doğan**, s. 232.

⁴⁴⁶ **Kahyaoğlu**, s. 124.

⁴⁴⁷ **Reisoğlu** (Teminat Mektupları), s. 387; **Kahyaoğlu**, s. 124.

⁴⁴⁸ **Kahyaoğlu**, s. 124; **Doğan**, s. 232.

⁴⁴⁹ **Kayak**, s. 282; **Yılmaz**, s. 1112.

⁴⁵⁰ **Develioğlu**, 462.

görüşünü birçok açıdan eleştirmiş ve bunun gerek uluslararası bankacılık uygulamasına ters düştüğünü gerekse türk bankalarını ciddi maddi tehlikeler ile karşı karşıya bıraktığını savunmuştur⁴⁵¹.

Yargıtay ilk aşamada garanti süresi içinde ödeme talebinde bulunulmaması halinde garanti verenin sorumluluğunun ortadan kalkacağını kabul etmiş; daha sonraki kararlarında ise bu içtihadını değiştirerek, riskin garanti süresi içinde doğması halinde, garanti borcunun riskin doğmasından itibaren 10 yıl içinde zamanaşımına uğrayacağını kabul etmiştir⁴⁵².

III. BELİRSİZ SÜRELİ GARANTİ SÖZLEŞMELERİNDE ZAMANAŞIMI

Belirsiz süreli garanti sözleşmelerinde zamanaşımı süresi, riskin gerçekleşip garanti alanın alacağını muaccel olmasından itibaren on yıldır⁴⁵³.

İlk talepte ödeme kaydını içeren banka teminat mektuplarında on yıllık zamanaşımı süresinin mektubun verildiği tarihten mi, yoksa riskin gerçekleştiği tarihten itibaren mi işlemeye başlayacağı, doktinde tartışma konusu olmuştur⁴⁵⁴.

Akyazan, ilk talepte ödeme kayıtlı mektuplarda, garanti alanın mektubun düzenlendiği tarihten hemen sonra ödeme talebinde bulunabileceğini, zamanaşımının da bu tarihten itibaren işlemeye başlaması gerektiğini ileri sürmüştür⁴⁵⁵. Bu görüşünün dayanağı ise, alacağın muaccel olmasının bir bildirimle bağlı olduğu hallerde, zamanaşımının bu bildirim yapılabileceği günden itibaren işlemeye başlayacağını düzenleyen TBK m. 149 hükmüdür.

⁴⁵¹ Tandoğan (Borç İlişkileri), s. 888.

⁴⁵² Tandoğan (Borç İlişkileri), s. 887, dn. 89; Develioğlu, s. 449.

⁴⁵³ Barlas, s. 90. Kahyaoğlu, s. 124; Reisoğlu (Teminat Mektupları), s. 388.

⁴⁵⁴ Tandoğan (Borç İlişkileri), s. 892.

⁴⁵⁵ Akyazan, Sıtkı, Teminat Mektuplarında Zamananaşımı, Batider, 1975, C. VII, S. 1, s. 1-13.

Reisoğlu ise, mektupta ilk talepte derhal ödeme yükümlülüğünün yer alması sonucu, mektubun verilme tarihinden itibaren zamanaşımı süresinin başlayacağı ve muhatap için alacağın o anda muaccel olacağına ilişkin bu görüşe katılma olanağı bulunmadığını; bunun garanti verenin borcunu riskin doğumuna bağlı tutan garanti sözleşmesinin niteliğine aykırı olduğunu ileri sürmüştür⁴⁵⁶. Yazar'a göre, garanti veren teminat mektubunda gösterilen belli bir riski garanti ettiği için, muhatap için alacak ancak riskin doğması anında muaccel olacaktır⁴⁵⁷. Sözleşmenin yapıldığı anda teminat mektubunu veren banka için borç henüz muaccel değil, müecceldir; zira, teminat mektubunun verildiği anda, bankanın ödeme yapıp yapmayacağı henüz belli değildir⁴⁵⁸. Teminat altına alınan riskin gerçekleşmesiyle borç muaccel hale gelecek ve zamanaşımı da bu andan itibaren işlemeye başlayacaktır⁴⁵⁹. Bizce de bu yorum garanti sözleşmeleri bakımından daha doğru olacaktır.

Süresiz banka garantilerinde, riskin ne zaman gerçekleşeceğinin banka tarafından tesbiti güçtür. Banka teminat mektubunun düzenlenmesinden itibaren uzun bir süre geçmesine rağmen geçmiş olmasına rağmen, garanti alan ödeme talebinde bulunmamış ya da mektubu iade etmemiş ise, bankanın zamanaşımına dayanarak teminat mektubunu iptal edip edemeyeceği sorunu ortaya çıkmıştır⁴⁶⁰. Tandoğan'a göre, teminat mektubu konusu olan işin bitmesi gereken tarih tespit edilebiliyorsa, risk en geç o tarihte gerçekleşebileceğinden, o tarihten itibaren on yıl geçmiş ve muhatap ne kendiliğinden ne de bankanın uyarısı üzerine herhangi bir tazmin talebinde bulunmamışsa veya muhatabı bulmak mümkün olmuyorsa, teminat mektubunun iptalini isteyebilmelidir⁴⁶¹.

⁴⁵⁶ Reisoğlu (Teminat Mektupları), s. 389; Aynı yönde bkz. Tandoğan (Borç İlişkileri), s. 892.

⁴⁵⁷ Reisoğlu (Teminat Mektupları), s. 388.

⁴⁵⁸ Doğan, s. 234.

⁴⁵⁹ Tandoğan (Borç İlişkileri), s. 893; Kahyaoglu, s. 125.

⁴⁶⁰ Kahyaoglu, s. 125.

⁴⁶¹ Tandoğan (Borç İlişkileri), s. 893.

SONUÇ

Uygulamada garanti sözleşmelerine çok sık başvurulmaktadır. Garanti sözleşmeleri kanunda özel olarak düzenlenmiş değildir.

Garanti sözleşmesi ilk kez alman hukukçu Stammler tarafından tanımlanmış ve unsurları belirtilmiştir. Türk hukukunda da Stammler'ın tanımından yola çıkılarak bu sözleşmenin çeşitli tanımları yapılmış; ancak ortak bir payda sağlanamamıştır.

Garanti sözleşmesinin hukuki niteliği doktrinde uzun bir süre tartışılmış ve bu konuda üç ayrı görüş ortaya atılmıştır. Tartışmalar TBK m. 128 hükmü ile düzenlenen üçüncü kişinin fiilini üstlenme kurumu üzerinde yoğunlaşmıştır. Bir görüşe göre, garanti sözleşmesi üçüncü kişinin fiilini üstlenme niteliğinde olup, TBK m. 128 garanti sözleşmelerini de düzenlemektedir. Diğer bir görüşe göre ise, garanti sözleşmesi üçüncü kişinin fiilini üstlenmeyi de içine alan daha kapsamlı bir kavramdır. Son olarak da, garanti sözleşmesinin kendine özgü yapısı olan bir sözleşme olduğu ve TBK m. 128 hükmünün bu sözleşmeleri düzenlemediği ileri sürülmüştür.

Garanti sözleşmesinin, saf garanti (yöneltmeyi amaçlayan) ve teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi olmak üzere iki türü bulunduğu kabul edilmektedir. Saf garanti sözleşmesi, garanti verenin, garanti alanı belirli bir hareket tarzını benimsemeye sevk ve teşvik amacıyla bir sonucu garanti ettiği ve işbu sonucun gerçekleşmemesi halinde doğacak riskleri üzerine aldığı sözleşmedir. Bu tip garantilerde, sevk ve teşvik amacı ön plandadır. Ülkemizde birçok örneği bulunan yap-işlet-devret modelinde gelir garantileri bu tip garanti sözleşmelerine örnek olarak gösterilebilir. Teminatı amaçlayan garanti sözleşmesinde ise, garanti veren, üçüncü kişinin borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi riskini, garanti alana karşı üstlendiği sözleşmedir. Burada ise teminat amacı ön plana çıkmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu genel hükümlerde yer alan icap ve kabule ilişkin hükümler garanti sözleşmesinde de uygulanır. Rızai bir sözleşme olan garanti sözleşmesi, tarafların

karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulacaktır. Garanti sözleşmeleri bakımından TBK m. 12 hükmü uyarınca şekil serbestisi bulunduğu kabul edilmektedir. Uygulamada, özellikle ispat kolaylığı sağlaması bakımından bu sözleşmelerin yazılı olarak yapıldığı görülmektedir. Ancak TBK 603 ile getirilen düzenlemeye göre, gerçek kişilerce verilen kişisel teminatlarda, kefaletle ilişkin geçerlilik şartları uygulanacaktır. Buna göre, garanti veren gerçek bir kişi ise, sözleşme yazılı olarak yapılmadıkça ve sorumlu olunan azami miktar ile tarih belirtilmedikçe garanti geçerli olmayacaktır. Garanti veren evli ise diğer eşin rızasının alınması da şarttır. Banka teminat mektupları bakımından TBK m.603 hükmü uygulama alanı bulmayacaktır.

Garanti sözleşmesinin özel bir görünümü olarak karşımıza çıkan banka teminat mektuplarının uygulama alanı çok geniştir. Banka teminat mektuplarında, garanti veren banka, müşterisi lehdarın talimatı üzerine ve onun lehine bir teminat mektubunu hazırlayarak, garanti alana (muhataba) verir. Garanti alan, sözleşmeden doğan edimin ifa edilmemesi halinde, banka teminat mektubunu nakde çevirmek suretiyle alacağını tahsil edecektir. Yargıtay banka teminat mektubunu başlarda kefalet sözleşmesi olarak nitelendirmişse de, daha sonra bu içtihadından dönmüş ve bu mektupların garanti sözleşmesi niteliğinde olduklarını kabul etmiştir. Banka teminat mektuplarının, ödeme talebinin şekline, konusuna ve süresine göre ayrılan, farklı türleri bulunmaktadır.

Garanti sözleşmesi, bazı sözleşme tipleri ile benzerlik göstermektedir. Özellikle şahsi teminat sözleşmelerinden biri olan kefalet sözleşmesi ile karıştırıldığı görülmektedir. Bu iki sözleşme arasında belirgin farklılıklar bulunmaktadır. En önemli fark, kefalet sözleşmesi fer'i nitelik taşırken, garanti sözleşmesinin asli nitelikte olmasıdır. Diğer bir ifadeyle, kefalet sözleşmesinden doğan borcun varlığı asıl borca bağılıken, garanti sözleşmesinden doğan borcun varlığı ve devamı asıl borçtan bağımsızdır. Bu iki sözleşmenin ayrımında başvurulacak başlıca kıstaslar bulunmaktadır. Bunlar: aslilik-ferilik kıstası, menfaat kıstası, kişiye yönelik ilgi kıstası, aynen ifa-tazminat yükümlülüğü kıstası ve ivaz kıstasıdır. Yargıtay'ın garanti ve kefalet sözleşmesi ayrımında bu kıstaslara başvurduğu ve bu kıstasları somut olaya uygulamak suretiyle uyuşmazlıkları çözümlendiği görülmektedir.

Garanti sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde hak ve yükümlülükler birbirlerine karşılık oluşturmamaktadır. Garanti sözleşmesinden doğan asli borç, garanti verenin riziko gerçekleşmesi ile birlikte garanti edilen miktarı ödeme borcudur. Garanti alanın herhangi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Riskin gerçekleşmesi ile garanti verenin borcu muaccel olacaktır. Ancak garanti veren, riskin gerçekleştiğinin kendisine ispat edilmesini isteme hakkına sahiptir. İspat yükü garanti alan üzerindedir. İstisnai olarak, ilk talepte derhal ödeme kaydı içeren banka teminat mektuplarında garanti alan ispat ile yükümlü değildir. Banka sadece şekli bir inceleme yapacaktır.

Garanti sözleşmelerine ilişkin kanuni bir düzenleme bulunmadığından, borcun sona erme hallerini düzenleyen TBK m. 131 vd. hükümleri, niteliğiyle bağdaştıkları ölçüde garanti sözleşmelerine de uygulanabilirler. Garanti edilen sonucun gerçekleşmesi ve riskin ortadan kalkması halinde garanti sözleşmesi de sona ermiş olacaktır.

Garanti sözleşmeleri bakımından, kefalette olduğu gibi, zamanaşımına ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple, garanti sözleşmesi TBK m. 146 hükmü uyarınca on yıllık genel zamanaşımı süresine tabidir. Zamanaşımını belirli süreli ve belirsiz süreli garanti sözleşmeleri bakımından ayrı ayrı incelemek gerekir. Belirli süreli garanti sözleşmelerinde zamanaşımının, belirlenen sürenin bitiminden sonra devam edip etmeyeceği doktrinde tartışma konusu olmuştur.