

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI**

GARANTİ SÖZLEŞMELERİ

Yüksek Lisans Tezi

Esra ULUTAŞ ÇELİK

Ankara-2014

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI**

GARANTİ SÖZLEŞMELERİ

Yüksek Lisans Tezi

Esra ULUTAŞ ÇELİK

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Hüseyin ALTAŞ

Ankara-2014

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENÎ HUKUK)
ANABİLİM DALI

GARANTİ SÖZLEŞMELERİ

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Hüseyin ALTAŞ

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

.....
Prof. Dr. Hüseyin ALTAŞ
Prof. Dr. Sebnem AKIPEK ZAFAR
Yrd. Doç. Dr. Aziz Sadık AYDAS
.....
.....

İmzası

.....
.....
.....
.....
.....
.....

Tez Sınavı Tarihi 22.07.2014.....

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim. (2008/2014)

Adı Soyadı

Esra ULUTAŞ ÇELİK



İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR CETVELİ	x
KAYNAKÇA.....	xii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GARANTİ SÖZLEŞMESİYLE İLGİLİ GENEL KAVRAMLAR

§1. BORÇ VE SORUMLULUK KAVRAMLARI.....	4
I. Borç	4
II. Sorumluluk	4
§2. TEMİNAT KAVRAMI, TEMİNAT TÜRLERİ, TEMİNAT VERME ZORUNLULUĞU.....	6
I. Teminat Kavramı	6
II. Teminat Türleri.....	7
III. Teminat Verme Zorunluluğu.....	8
§3. GARANTİ SÖZLEŞMESİ	8
I. Kavram.....	8
II. Garanti Sözleşmesinin Unsurları	13
A. Asli Nitelik (Bağımsızlık) Unsuru.....	13
B. Risk Unsuru	15
C. İvaz Unsuru.....	19

D. Hareket Unsuru	21
III. Garanti Sözleşmesinin Niteliği Hakkındaki Görüşler	24
A. Garanti Sözleşmesinin Üçüncü Kişinin Edimini Taahhüt Olduğu Görüşü	25
B. Üçüncü Kişinin Edimini Taahhüdün Garanti Sözleşmesinin Türü Olduğunu Görüşü	28
C. Garanti Sözleşmesinin Sui Generis Bir Sözleşme Olduğu Görüşü	29
D. Kanaatimiz	30

İKİNCİ BÖLÜM

GARANTİ SÖZLEŞMESİ

GARANTİ SÖZLEŞMELERİNİN MEYDANA GELMESİ, TÜRLERİ VE ÖZEL GÖRÜNÜMÜ

§1. GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI, TARAFLARI VE GEÇERLİLİK ŞARTLARI	32
I. Kurulması	32
II. Taraflar	34
A. Lehtar	34
B. Garanti Alan	35
C. Garanti Veren	36
III. Garanti Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları	37
A. Genel Olarak	37
B. Miktarın Belirtilmesi	38
C. Adi Yazılı Şekilde Yapılmış Olma	38
D. Eşin Rızasının Alınmış Olması	40

E. Ehliyet Şartı.....	43
§2. GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN TÜRLERİ.....	44
I. Genel Olarak	44
II. Teminatı Amaçlayan (Kefalet Benzeri) Garanti Sözleşmeleri	44
III. Yöneltmeyi Amaçlayan (Saf) Garanti Sözleşmeleri	46
§3. GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN BENZER SÖZLEŞME TÜRLERİNDEN AYIRT EDİLMESİ	47
I. Kefalet Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi.....	47
A. Genel Olarak.....	47
B. Kefalet Sözleşmesi ve Garanti Sözleşmesi Arasındaki Farklar	48
1. Yasal Düzenlemeye Konu Olup Olmama	48
2. Aslilik - Ferilik İlişkisi	48
a. Genel Olarak.....	48
b. Aslilik –Fer’ilik ilişkisini Ayırmaya Yarayan Kıstaslar	49
aa. Teminat Sözleşmesinde Temel Borç İlişkisine Atıfta Bulunulması	49
bb. Def’i ve İtirazlardan Tamamiyle Feragati Gösteren Beyanların Bulunması	50
cc. Ödemenin Belli Bir Edimin Yerine Getirilmediğini veya İfa Edilmediğini Tespit Eden Bir Belge Karşılığında Olacağı Belirtilmesi.....	51
dd. Sorumluluğun Müteselsil Olduğunun Belirtilmesi	52
ee. Edimin Kusurlu Olarak Yerine Getirilmemesi Şartına Bağlı Bir Taahhüt Bulunması	52
ff. Lehine Teminat Verilen Borçlunun Taahhüt Ettiği Edimin Sınırlarını Aşan Teminat Verilmesi	53

3. Def' i ve İtirazlarının İleri Sürülüp Sürülememesi	53
4. Rücu Hakkına Sahip Olup Olmama	55
5. İfayı Kabule Zorlama	55
6. Teminattan Kurtarılmayı İsteme	55
C. Garanti ve Kefalet Sözleşmesini Ayırmada Kullanılan Kıstaslar	56
1. Aslilik – Fer' ilik Kıstası.....	57
2. Menfaat Kıstası	58
3. Aynen İfa Yükümlülüğü - Tazminat Yükümlülüğü Kıstası.....	60
4. İvaz Kıstası.....	61
5. Kişiyeye Yönelik İlgi Kıstası.....	61
6. Şüphe Halinde Kefalet Karinesi.....	63
II. Avalden Ayırt Edilmesi	63
A. Genel Olarak	63
B. Garanti Sözleşmesi ve Aval Arasındaki Farklar	64
1. Sözleşme Niteliği Bakımından.....	64
2. Borçluluk Niteliği Bakımından	65
3. Halefiyet İlişkisi Bakımından	65
4. Sözleşmenin Şekli Bakımından.....	65
III. Müteselsil Borçluluktan Ayırt Edilmesi	66
A. Genel Olarak	66
B. Garanti Sözleşmesi ve Müteselsil Borçluluk Arasındaki Farklar	67
1. Borcun Kaynağı Bakımından.....	67
2. Borçlulara Başvuru Bakımından	67
3. Def'ilerden Yararlanma Bakımından	68
IV. Birlikte Borç Üstlenmeden Ayırt Edilmesi	68

V. Şarta Bağlı Bağışlamadan Ayırt Edilmesi	69
VI. Sigorta Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi	70
§4. GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN ÖZEL GÖRÜNÜMÜ: BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI	72
I. Genel Olarak	72
II. Niteliği	74
A. Kefalet Sözleşmesi Görüşü	75
B. Garanti Sözleşmesi Görüşü	76
C. Sui Generis Nitelikte Sözleşme Görüşü	78
D. Karma Nitelikte Sözleşme Görüşü	79
E. Kanaatimiz	79
III. Banka Teminat Mektuplarının Türleri	80
A. Teminatın Konusuna Göre	80
1. Kesin Teminat Mektupları	80
2. Geçici Teminat Mektupları	80
3. Avans Teminat Mektupları	80
B. Verildikleri Süreye Göre	81
1. Süreli (Vadeli) Teminat Mektupları	81
2. Süresiz (Vadesiz) Teminat Mektupları	81
C. Ödeme Talebinin Şekline Göre	82
1. İlk Talepte Ödeme Kaydı İçeren Teminat Mektupları	82
2. Şarta Bağlı Teminat Mektupları	82
D. Verildikleri Kuruma Göre	82
1. Mahkeme veya İcra Dairelerine Verilen Teminat Mektupları	82
2. Gümrük İdaresine Hitaben Verilen Teminat Mektupları	83

3. Vergi Dairelerine Hitaben Verilen Teminat Mektupları	83
4. Petrol Dairesine Hitaben Verilen Teminat Mektupları	83
5. Türk Turing Otomobil Kurumuna Hitaben Verilen Teminat Mektupları	84
6. Serbest Teminat Mektupları	84
IV. Banka Teminat Mektuplarında Şekil Şartları	84

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GARANTİ SÖZLEŞMESİNDE HÜKÜM VE SONUÇLAR, ZAMANAŞIMI VE SONA ERME

§1. GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI	86
I. Genel Olarak	86
II. Tarafların Hak ve Yükümlülükleri	86
A. Garanti Veren Hakları ve Borçları	86
1. Hakları	86
a. Riskin Gerçekleştiğini Garanti Alanın İspat Etmesini İsteme	86
b. Rücu Hakkı	90
2. Borçları	95
a. Garanti Edilen Tutarı Ödeme Borcu	95
b. Garanti Edilen Tutarın Ödenmesi Talep Edildiğinde Talebin Gereken Belgelerle Yapıldığını İnceleme Borcu	99
B. Garanti Alanın Hak ve Yükümlülükleri	100
C. Lehtarın Hak ve Borçları	100
1. Hakları	100
2. Borçları	100

a. Genel Olarak.....	100
b. Rücu Talebi Sonucunda Rücu Edilen Miktarı Ödeme Borcu	102
c. Komisyon Tutarını Ödeme Borcu	102
d. Teminat Verme.....	103
III. Garanti Sözleşmesinin Değişen Koşullara Uyarlanması.....	103
A. Genel Olarak.....	103
B. Uyarlamanın Koşulları.....	106
1. Geçerli Olarak Kurulmuş Bir Sözleşmenin Bulunması	106
2. Öngörülemeyen ya da Öngörülmesi Beklenemeyen Olağanüstü Bir Durumun Ortaya Çıkması ve Ortaya Çıkan Edimlerin İfasını Aşırı Ölçüde Güçleştirmesi.....	106
3. Edimin İfasının Aşırı Ölçüde Güçleşmesinde Borçlunun Kusurunun Bulunmaması	107
4. Borçlunun Edimi Yerine Getirmemiş ya da Haklarını Saklı Tutarak İfa Etmemiş Olması.....	107
C. Garanti Sözleşmelerinde Uyarlama	108
IV. Garanti Sözleşmesinde Alacağın Devri ve Borcun Üstlenilmesi.....	109
A. Alacağın Devri.....	109
1. Genel Olarak	109
2. Alacağın Devrinin Geçerlilik Şartları ve Şekli	111
3. Alacağın Devrinin Türleri	112
a. İfa Amacıyla Yapılan Devir	112
b. İfaya Yönelik Yapılan Devir	113
c. Tahsil Amacıyla Yapılan Devir.....	113
d. Teminat Amacıyla Yapılan Devir	113
4. Alacağı Devredenin Garanti Sorumluluğu.....	114

a. Ödeme Gücünün Varlığı	114
b. Alacağın Varlığı	115
5. Garanti Sözleşmelerine İlişkin Alacakların Devri	116
a. Asıl Alacağın Devri	116
b. Garanti Alacağının Devri	117
B. Borcun Üstlenilmesi	117
1. Genel Olarak	117
2. Borcun Üstlenilmesi Anlaşmaları	118
a. Borcun İç Üstlenilmesi Anlaşması	118
b. Borcun Dış Üstlenilmesi Anlaşması	119
3. Garanti Sözleşmelerine İlişkin Borçların Üstlenilmesi	120
a. Asıl Borcun Üstlenilmesi	120
b. Garanti Borcunun Üstlenilmesi	120
§2. GARANTİ SÖZLEŞMELERİNDE ZAMANAŞIMI	121
I. Genel Olarak	122
II. Belirli Süreli Garanti Sözleşmelerinde Zamanaşımı	123
III. Belirsiz Süreli Garanti Sözleşmelerinde Zamanaşımı	126
§3. GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ	126
I. Genel Olarak	126
II. Belirli Süreli ve Süresiz Garanti Sözleşmeleri için Ortak Sona Erme Sebepleri	127
A. Genel Sona Erme Sebepleri	127
1. Garanti Edilen Sonucun Gerçekleşmesi	127
2. Garanti Alanın Garanti Vereni İbra Etmesi	128
3. Borcun Yenilenmesi	129

4. Alacaklı ve Borçlu Sıfatlarının Birleşmesi	130
5. İmkânsızlık Halleri.....	130
6. Aşırı İfa Güçlüğü	133
7. Takas	133
B. Özel Sona Erme Sebepleri	135
1. İfa	135
2. Sözleşmeden Dönme.....	135
3. Sözleşmenin Hükümsüzlüğü.....	136
4. Fesih.....	136
III. Belirli Süreli Garanti Sözleşmelerinde Sona Erme	137
A. Garanti Süresi İçerisinde Riskin Gerçekleşmiş olması.....	137
B. Garanti Süresi İçerisinde Garanti Verene Yazılı Olarak Başvurulmuş Olması	137
IV. Belirsiz Süreli Garanti Sözleşmelerinde Sona Erme.....	138
SONUÇ	140
ÖZET	1404
SUMMARY	1405

KISALTMALAR CETVELİ

ABD.	: Ankara Barosu Dergisi
AÜHF.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
BanK.	: Bankacılık Kanunu
BATIDER.	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
bkz.	: bakınız
BK	: Borçlar Kanunu
BTHAE	: Banka Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
C.	: Cilt
dpn.	: dipnot
E.	: Esas
EHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.T.	: Erişim Tarihi
HD.	: Hukuk Dairesi
İBD.	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK.	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İÜHF.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜHFM.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜMHAD	: İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
K.	: Karar
m.	: madde

No.	: Numara
s.	: sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarihli
TBB.	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TD	: Ticaret Dairesi
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TNB.	: Türkiye Noterler Birliği
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
Y.	: Yargıtay
YHGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

KAYNAKÇA

- Akman Sermet** : “Garantör” Sıfatıyla Girişilen Taahhüdün Mahiyeti Ve Bu Bağlamda Garanti Ve Kefalet Sözleşmelerini Birbirinden Ayıran Temel Kriterler, Prof. Dr. Hüseyin ÜLGEN’e Armağan C. II, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2007, s.1669-1677.
- Aksoy Hüseyin Can** : Alacağı Temlik Edenin Kanundan Doğan Garanti Sorumluluğunun Ekonomi Hukuku Prensipleri Işığında Değerlendirilmesi, ABD., 2012/1, Yıl:70, Ankara 2012, s.141-160.
- Akyazan Sıtkı** : Tatbikatta Banka Teminat Mektuplarının Ortaya Çıkardığı Çeşitli Sorunlar, BATIDER, C. VII., S. 3, 1974, s.567-579.
- Akyol Şener** : Banka Sözleşmeleri, Ord. Prof. Dr. Kemaleddin BİRSEN’e Armağan (Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri 3. Fasikül), AFA Matbaacılık, İstanbul 2001, s.161-202.
- Antalya Gökhan** : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa

- Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, Beta Yayıncılık, 2012.
- Aral Fahrettin** : Teminat Mektuplarında Lehdar ile Muhatap ve Lehtar ile Banka Arasındaki İlişki, BATIDER, C. XXIV, S.21, s. 189-200 (Lehtar ile Muhatap).
-
- : Doğrudan Doğruya Garantilerde Banka ile Muhatap Arasındaki Hukuki İlişki, Prof. Dr. Ali Naim İNAN'a Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s.185-199 (Doğrudan Doğruya Garanti).
- Aral Fahrettin-Ayrancı Hasan** : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2012.
- Arat Ayşe** : Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.
- Arkan Sabih** : Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu, BATIDER, C. XVI, S. 4, 1992, s.59-84.
- Aşulla Mustafa** : Başkasının Fiilini Taahhüt, Adalet Dergisi, Yıl 49, S. 1, 1958, s.230-259.

- Ayan Mehmet** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2012.
- Bahtiyar Mehmet** : Kıymetli Evrak Hukuku, 8. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011.
- Barlas Nami** : Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi, Prof. Dr. Ömer TEOMAN'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. II, Beta Yayıncılık, İstanbul 2002, s.937-989 (Kişisel Teminat).
- : Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler (Derleyen, M. Murat İnceoğlu), XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s.349-362 (Sempozyum).
- : Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1986 (Banka Teminat Mektupları).
- Baş Ece** : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler, İÜHFİM, C. LXX, İstanbul 2012, s.

- 115-144.
- Başara İzzet** : Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği, TBB Dergisi, S. 83, Ankara 2009, s.302-317.
- Baysal Başak** : Sözleşmenin Uyarlanması, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2009.
- Bilgili Fatih-Demirkapı Ertan** : Kıymetli Evrak Hukuku, 3. Baskı, Dora Kitapçılık, Bursa 2012.
- Bostancı Şebnem** : Kefalet ve Müteselsil Borçluluk İlişkisi, www.hukukiboyut.com/ (E.T.:17/12/2013)
- Bozer Ali-Göle Celal** : Kıymetli Evrak Hukuku, BTHAE Yayınları, Ankara 2013.
- Can Mertol** : Kıymetli Evrak Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara 2011.
- Canbolat Ferhat-Topuz Seçkin** : Kefalet ile Garanti Ayırımının Önemi ve Ayırımında Uygulanacak Kıstaslar, TBB Dergisi, S. 78, Ankara 2008, s.53-76.
- Canbolat Ferhat** : Sözleşmelerde Amacın Gerçekleşmesi Çökmesi ve Boşa Çıkarılması, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2012.
- Çetin Abdurrahman- Dinç Yusuf** : Türkiye’de Teminat Mektupları: Uygulamalar ve Hukuki Sorunlar, Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar

- Dergisi, C. 5, S. 9, 2013, s. 67-92.
- Çeker Mustafa** : 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku, Yenilenmiş 5. Bası, Karahan Kitabevi, Adana 2012.
- Dağdelen Ahmet Hakan** : 818 ve 6098 Sayılı Borçlar Kanunlarında Borçlular Arasında Teselsül, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.
- Dayınlarlı Kemal** : Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 2008.
- Demiral Meltem** : Şartlı Bağışlama, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.
- Develioğlu Hüseyin Murat** : Kefalet sözleşmesini düzenleyen hükümler ışığında bağımsız garanti sözleşmeleri, Vedat kitapçılık, İstanbul 2009.
- Doğan Elif** : Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010. (Doğan, Elif)
- Doğan Vahit** : Banka Teminat Mektupları Ülke İçi Ticari İlişkiler Milletlerarası Ticari İlişkiler, Genişletilmiş 2. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2002.

- Engin Baki İlkey** : Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002.
- Eren Fikret** : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2012.
- Erlüle Fulya** : Müteselsil Kefalet ve Müteselsil Borçluluk Kavramlarının Karşılaştırılması, AÜEHFD., C. VII, S. 1-2, Erzincan 2003, s.629-644.
- Franko Nisim** : Üçüncü Şahsın Fiilini Taahhüt, Prof. Dr. Nuri ÇELİK'e Armağan, C. I, Beta Yayıncılık, İstanbul 2001 s.565-597.
- Goldthwaite Jonathan** : Chapter X: Of Guaranty and Suretyship, Citation: 1 Franklin Chamberlin American Commercial Law Relating Every Kind of Business, 1869, s. 155-167 www.heinonline.com (E.T.:17/04/2014).
- Görgün Şanal-Kodakoğlu Mehmet** : Medeni Usul Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2012.
- Gümüş Mustafa Alper** : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

- Hatemi Hüseyin-Gökyayla Emre** : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011
- İnan A. Naim** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara Üniversitesi Yayınevi, Ankara 1973.
- Kahyaoğlu Emin Cem** : Banka Garantileri, Beta Yayıncılık, Ankara 1996.
- Karahacıoğlu Ali Haydar-Parlar Aynur** : 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda Delil ve İspat, Bilge Yayınevi, Ankara 2012.
- Kılıçoğlu Ahmet M.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yeni Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış), 16. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.
- Kırca İsmail** : Türk Borçlar Kanunu Tasarısı-Kefalette Eşin İzni, Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 435-457.
- Kocaman Arif B.** : Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği Üzerine, BATIDER, C. XV, S. 3, 1990 s.49-65.
- Kocayusufpaşaoğlu Necip-Hatemi Hüseyin- Serozan Rona-Arpacı Abdulkadir** : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Necip

- Kocayusufpaşaoğlu, C. I, Filiz
Kitabevi, İstanbul 2010.
- Kocayusufpaşaoğlu Necip** : İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi
İçin Sosyal Felaket Olarak
Nitelenirilebilecek Bir Olayın
Gerçekleşmesi Şart Mıdır?, Prof. Dr.
M. Kemal Oğuzman'ın Anısına
Armağan, Beta Yayıncılık, İstanbul
2000, s.503-514.
- Kuntalp Erden** : Teminat Kavramı, Teminat Türleri Ve
Bunlardan Doğan Sorumluluk, Prof. Dr.
Reha POROY'a Armağan, İstanbul
Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul
1995, s.263-299.
- Kuru Baki** : Medeni Usul Hukuku, 23. Bası, Yetkin
Yayıncılık, Ankara 2012.
- Muşul Timuçin** : Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Adalet
Yayınevi, Ankara 2012.
- Nomer Haluk N.** : Halefiyet ve Rücu Hakkı Arasındaki
İlişki, Özellikle Sosyal Sigortalar ile
Özel Sigortaların Rücu Hakları
Bakımından Halefiyetin Rolü, İÜHFM
C. LV., S. 3, İstanbul 1997, s. 243-260
(Halefiyet).

- Nomer, Haluk N.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, İstanbul 2012 (Genel Hükümler).
- Oğuzman Kemal-Öz Turgut** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa göre Güncellenip Genişletilmiş 9. Bası, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013 (Cilt I).
- Oğuzman Kemal-Öz Turgut** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa göre Güncellenip Genişletilmiş 9. Bası, C. II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012 (Cilt II).
- Oy Osman-Güngüler Gülcan** : Türk Hukuk Mevzuatına Göre Kredi ve Kredi Teminatları, Beta Yayıncılık, İstanbul 2008.
- Öz Turgut** : Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
- Öztan Fırat** : Kıymetli Evrak Hukuku, Güncelleştirilmiş 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.
- Pulaşlı Hasan** : Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2.

- Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- Reisoğlu Safa** : Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012. (Reisoğlu, Safa)
- Reisoğlu Seza** : Garanti Mukavelesi, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1963 (Garanti).
- : Banka Teminat Mektupları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Bankacılar Dergisi, S. 43, 2002, s. 94-100 (Banka Teminat Mektubu).
- : Garanti Sözleşmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, AÜHF Ellinci Yıl Armağanı 1925-1975, C. I, 1977 s.335-357 (Garanti Sözleşmesi).
- : Vadeli Teminat Mektuplarından Ötürü Bankaların Sorumlu Tutulabilecekleri Süre, Prof. Dr. Osman F. Berki'ye Armağan, AÜHF Yayınları No. 411, 1977, s.749-755 (Vadeli Teminat Mektubu).
- : Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, Ankara 1990 (Kontrgarantiler).

- : Garanti Mukavelesi ve Kefalet Múnasebeti, II. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Bildiriler ve Tartışmalar, 1. Kısım, 10-18 Mayıs 1961, s. 147-173 (Garanti-Kefalet).
- Poroy Reha -Tekinalp Ünal** : Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- Rogers Ralph E.-Thompon Clyde O.** : Guaranty, Gano's Commercial Law Revised, 1921, s. 194-203.
- Sayın Feyza Eren-Koyuncu Kenan Berk** : Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri Açısından Uyarılama Sorununa Bir Bakış, İÜHFM, C. LXX, S. 1, s. 319-356.
- Somuncuoğlu Ünal** : Bir Yargıtay Kararı İncelemesi ve Banka Teminat Mektupları, BATIDER, C. VIII, S. 1., 1975 s.165-175.
- Şahin Turan** : Üçüncü Kişinin Edimini Taahhüt, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale 2006
- Şit Başak** : Türk Hukukunda Banka Kredisi Kavramı ve Buna Bağlı Sonuçlar, BTHAE Yayınları, Ankara 2011.
- Tandoğan Haluk** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C.

-
- II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010
(Borç İlişkileri).
- Tekinalp Ünal** : Garanti Mukavelesi, Mahiyeti ve Benzeri Hukuki Münasebetlerden Tefriki, Ankara 1959 (Garanti).
- Topuz Seçkin** : Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2009.
- Turan Gamze** : Garanti ve Kefalet Sözleşmeleri Arasındaki Farklar ve Banka Kredi Kartı Sözleşmelerindeki Şahsî Teminatın Niteliği, TBB Dergisi, S. 66, Ankara 2006, s. 27-50.
- Uygur Turgut** : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi C. I (Madde 1-236) 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.
- Ülgen Hüseyin- Helvacı Mehmet- Kendigelen Abuzer- Kaya Aslan** : Kıymetli Evrak Hukuku, Güncellenmiş 7. Bası, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.
- Ünler Ayhan** : Banka Teminat Mektupları, İBD., C.

XXXIX, S.1-2-3, 1965, s. 1-17.

- Yavuz Cevdet** : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Yenice Özge Arife** : Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri, Ankara 2008.
- Yüce Bilgin Melek** : Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.
- Zevkliler Aydın-Gökyayla Emre K.** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. Bası, Ankara 2013.
- Zeyneloğlu Ş. Güler** : Kefalet ve Garanti Sözleşmesi Ayrımı, TNB Dergisi, S. 127, 2005, s.135-142.
- Zöhre Nuran** : Teminat Mektuplarının Tarafları, İçeriği ve Türleri, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Adana 2007.

<http://www.turkhukusitesi.com/>(E.T.:17/12/2013)

www.tdk.gov.tr(E.T.:17/12/2013)

www.kazanci.com(E.T.:17/12/2013)

www.muhasebeturk.org(E.T.:17/12/2013)

www.hukukiboyut.com (E.T.:17/12/2013)

www.yok.gov.tr (E.T.:19/12/2013)

www.heinonline.com (E.T.:21/04/2014)

GİRİŞ

İnsanlar günlük hayatlarını idame ettirme, toplu nakit kullanma ya da yaptıkları işlerden zarar görmeme gibi çeşitli nedenlerle kendilerini güvence altına almak isterler. Bunu sağlamak için de çeşitli teminat yolları mevcuttur. Bunlara örnek olarak şahsi teminat türlerinden kefalet ve garanti sözleşmeleri ya da aynı teminat türlerinden ipotek gösterilebilir.

Garanti sözleşmeleri ticari hayatın gelişmesine ciddi katkı sağlamaktadır. Zira özellikle günümüzde nakit para ihtiyacı artmış olmakla birlikte, elinde ihtiyaçlarını karşılayabilecek nakit paraya sahip olan kişi sayısı son derece sınırlıdır. Kişiler bu nedenle kendilerine para sağlayacak kişilere karşı ya da yapacakları bir işteki riskin üzerlerinden kalkması amacıyla kendilerini teminat altına almak zorunda kalmaktadırlar. Çeşitli faaliyetlerde bulunmak için de yine kendilerine teminat gösterilmesini istemektedirler. İşte garanti sözleşmeleri, ticari faaliyete atılırken ya da teminat istenen durumlarda üçüncü kişinin karşı karşıya kalabileceği zarar tehlikesini ya da elde etmek istediği karı elde edemediği durumda eksik kalan kısmın karşılanacağını başkası tarafından teminat altına alınması ya da bir kişiyi bir işi yapmaya teşvik etme hallerinde karşımıza çıkmaktadır.

Garanti sözleşmeleri, Yargıtay tarafından teminat için kullanılan bu sözleşmelerin kefalet sözleşmesi olduğu konusunda istikrar sağlanana kadar, yıllarca bankacılık sektöründe kredi sözleşmeleri, kredi kartı sözleşmeleri ya da bankaya mali yük çıkartabilecek sözleşmelere ilişkin borçlarını teminat altına almak için

kullanmışlardır. Günümüzde garanti sözleşmelerinin bankalarca kullanımı banka teminat mektupları olarak devam etmektedir.

Garanti sözleşmesi uygulama içerisinde çok sık karşımıza çıkan bir sözleşme olmasına rağmen Türk Borçlar Kanununda bu konuya ilişkin kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Bu sözleşme tipine ilişkin olarak uygun düştüğü ölçüde özellikle kanunumuzda kendisine ayrıntılı düzenleme alanı bulmuş olan kefalet sözleşmesinden ve bazı durumlarda da vekalet sözleşmesinden yararlanılmaktadır. Ayrıca çoğu zaman Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlar da yol gösterici olmaktadır. Ancak Yargıtay tarafından verilmiş kararlar yıllar boyu değişkenlik göstermiş ve istikrar sağlayamamış, garanti sözleşmesinin hukuki niteliği, hükümleri konusunda açıklayıcı olmamıştır. Garanti sözleşmelerine karşı olan ilgisizliği Reisoğlu'da "*...mahkemeler kefaletten farklı bir garantiyi kabul zorunluluğu doğduğu zaman da A, B' ye kefil olmamış, onun fiilini taahhüt etmiştir. Bu itibarla olayda kefalet şartlarının aranmasına lüzum yoktur. Şeklinde kararlar vermişler, kefaletten farklı olan garantinin hukuki niteliğini araştırmamışlardır.*" sözleri ile ifade etmiştir¹.

Garanti sözleşmeleri asıl önemini banka teminat mektuplarının ortaya çıkışı ile birlikte kazanmıştır. Banka teminat mektuplarına ilişkin uyuşmazlıkların mahkemelere intikal etmesi ile teminat mektuplarının niteliği konusunda farklı kararlar çıkmaya başlamıştır. Teminat mektupları mahkemelerce kimi zaman garanti sözleşmesi kimi zaman da kefalet sözleşmesi olarak nitelendirilmiştir. Teminat mektubunun niteliği konusundaki tartışmalara en nihayetinde Yargıtay İçtihadı

¹ **Reisoğlu, Seza:** Garanti Sözleşmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Bankacılar Dergisi, S. 43, 2002, s. 335.

Birleştirme Kurulu kararları² ile son verilmiştir. Her iki kararda da banka teminat mektuplarının üçüncü kişinin edimini taahhüt niteliği taşıdığı, garanti sözleşmesi oluşturduğu ve kefalet sayılamayacağı belirtilmiştir.

Türk doktrinde garanti sözleşmesine ilişkin ilk monografik çalışmayı 1959 yılında Tandoğan yapmıřtır³. 1963 yılında ise Reisoğlu garanti sözleşmeleri konusundaki ikinci monografik eseri yazmıřtır⁴. 1963 yılından bu yana doğrudan garanti sözleşmelerini inceleyen sınırlı sayıda monografik eser bulunmaktadır.

Ders kitaplarında garanti sözleşmeleri olarak kısaca bu sözleşme tipine değiniliyor olmasına rağmen garanti sözleşmeleri hakkında halen kanuni bir düzenleme bulunmaması, tartışmaların devam ediyor olması ve Türk Borçlar Kanunu ile birlikte garanti sözleşmelerine de uygulanabilecek hükümler getirilmiş olması üzerine bu konu hakkında detaylı bir çalışma yapma ihtiyacı hâsıl olmuştur.

² Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu 13.12.1967 T. 1966/16 E. 1967/7 K. ve 11.06.1969 T. 1969/4 E. 1969/6 K. www.kazanci.com (E.T.:17/12/2013).

³ **Tandoğan, Haluk:** Garanti Mukavelesi, Mahiyeti ve Benzeri Hukuki Münasebetlerden Tefriki, Ankara 1959.

⁴ **Reisoğlu, Seza:** Garanti Mukavelesi, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1963, s. 9.

BİRİNCİ BÖLÜM

GARANTİ SÖZLEŞMESİYLE İLGİLİ GENEL KAVRAMLAR

§1. BORÇ VE SORUMLULUK KAVRAMLARI

I. Borç

Borç; borçlunun alacaklıya karşı yerine getirmek zorunda olduğu ve dolayısıyla alacaklının da borçludan yerine getirmesini istemek yetkisine sahip bulunduğu belirli bir davranış biçimidir⁵. Tarafların aralarında anlaşması ile bir tarafı diğer tarafa karşı bir edimi yerine getirmeye zorlayan ilişkiye borç ilişkisi denir. Borç ilişkisi ile birlikte borçlu ve alacaklı sıfatı ortaya çıkar. Borç ilişkinin kurulması ile birlikte alacaklı, borçludan edimini yerine getirmesini talep etme hakkına sahip olmakta, taleple birlikte borçlu da edimi yerine getirme yükümlülüğü altına girmektedir. Bu durumda ise karşımıza sorumluluk kavramı çıkmaktadır.

II. Sorumluluk

Sorumluluk kelimesi borçlar hukukunda iki anlama gelmektedir. Sorumluluk kavramının ilk anlamı, bir kimsenin diğerine karşı ıka ettiği zarar verici ve (mutlak veya nisbi anlamda) hukuka aykırı bir fiilden ötürü ona karşı sorumlu tutulması yani bir tazminat ödeme yükümlülüğü altına girmesidir⁶. Hukukumuzda buna "*den*

⁵ **Ayan, Mehmet**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2012, s. 19.

⁶ **Kocayusufpaşaoğlu, Necip-Hatemi, Hüseyin-Serozan, Rona-Arpacı, Abdulkadir (Necip Kocayusufpaşaoğlu)**: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010, s. 26; **Oğuzman, Kemal-Öz, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa göre Güncellenip Genişletilmiş 9. Bası, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 17.

sorumluluk" denmektedir⁷. Sorumluluk kavramının ikinci anlamı ise, borcunu yerine getirmeyen borçlunun malvarlığının, alacaklının el koymasına konu olması, alacaklının bu malvarlığından zorla alacağını elde etmesidir⁸. Hukukumuzda buna *"ile sorumluluk"* denmektedir⁹.

Sorumluluk konusuna göre, şahıs varlığı ve malvarlığı ile sorumluluk olmak üzere ikiye ayrılmaktadır¹⁰. Roma Hukuku döneminde uygulanmakta olan şahıs varlığı ile sorumluluk günümüzde terkedilmiştir¹¹. Bunun yerine borcuna aykırı davranışta bulunan şahıs açısından hukukumuzda malvarlığı ile sorumluluk esası benimsenmiştir¹². Malvarlığı ile sorumluluk sınırsız ve sınırlı olmak üzere kendi içerisinde ikiye ayrılmaktadır¹³.

Her ne kadar hukukumuzda sınırsız malvarlığı ile sorumluluk esas olsa da borçlunun şahsına yönelmiş olan alacak hakkının yerine getirilmesini sağlamak amacıyla onu zorlayıcı hukuki kurumlara ihtiyaç vardır. Bunun sonucu olarak da

⁷ **Kılıçoğlu, Ahmet:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s. 30; **Kocayusufpaşaoğlu-Hatemi-Serozan-Arpacı**, s. 26; **Oğuzman-Öz**, (Cilt I), s. 17.

⁸ **Kocayusufpaşaoğlu-Hatemi-Serozan-Arpacı**, s. 26; **Ayan**, s. 63; **Oğuzman-Öz**, (Cilt I), s. 16.

⁹ **Kılıçoğlu**, s. 30; **Kocayusufpaşaoğlu-Hatemi-Serozan-Arpacı**, s. 27; **Ayan**, s. 63; **Oğuzman-Öz**, (Cilt I), s. 16.

¹⁰ **Ayan**, s. 64.

¹¹ **Reisoğlu, Safa**, s. 37; **Kılıçoğlu**, s. 31.

¹² **Ayan**, s. 64.

¹³ Ayrıntı için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu-Hatemi-Serozan-Arpacı**, s. 27-33; **Ayan**, s. 65.

borçlunun malvarlığı ile sorumluluğu çerçevesinde; alacaklıya icra–iflas organları aracılığıyla borçlunun tüm malvarlığına başvurma imkanı getirilmiştir¹⁴.

§2. TEMİNAT KAVRAMI, TEMİNAT TÜRLERİ, TEMİNAT VERME ZORUNLULUĞU

I. Teminat Kavramı

Alacaklının, borçlunun tüm malvarlığına başvurabilecek olması çoğu zaman alacaklı için yeterli güvenceyi teşkil ediyormuş gibi görünse de, borçlunun borcunu karşılayacak malvarlığı bulunmayabilir ve alacaklı alacağını elde edemeyebilir. İşte bu gibi durumlarda alacaklının alacağına kavuşabilmesini sağlamak amacıyla teminat kavramı karşımıza çıkmaktadır.

Kanun koyucu tarafından tanımlanmayan teminat; alacaklının, borçlu veya herhangi bir üçüncü kişiden, alacağına karşılık olarak almış olduğu güvencedir. Federal mahkemeye göre ise teminat; “*alacaklıya alacağının ödeneceği konusunda garanti veren hukuki ilişkilerin tümü*” ya da “*bir alacaklının alacak hakkını normal alacaklılara nazaran daha elverişli hale getiren haklar bütünü*” veya “*asıl borçlunun şahsından bağımsız olarak alacağına bağlı olan, elverişli ve alacağı güvence altına alan bütün haklar*” olarak tanımlanabilir¹⁵.

¹⁴ **Kocayusufpaşaoğlu-Hatemi-Serozan-Arpacı**, s. 27; **Ayan**, s. 64.

¹⁵ ATF 106 II 161, 163 vd., g.2b (=JdT 1980 I 594, 596) Federal Mahkemesi Kararı (**Develioğlu, Hüseyin Murat**: Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, Vedat kitapçılık, İstanbul 2009, s. 11'den naklen).

Develioğlu'na gre¹⁶ ise; teminat, “*borçlunun malvarlığı üzerinde alacaklıya normal bir alacaklının alacak hakkına nazaran öncelik tanıyan bütün ayni ve kişisel garantiler*” olarak tanımlanmıştır.

II. Teminat Türleri

Teminatlar; ayni ve şahsi teminat olmak üzere ikiye ayrılır. Ayni teminatla borçlu veya üçüncü bir kişi kendi malvarlığındaki bir malı borcun garantisi olarak zgler ve o şey üzerinde alacaklıya sınırlı bir ayni hak tanır¹⁷. Ayni teminat türleri; doğası gereği taşınır veya taşınmaz bir maldır. zglenen teminat konusu taşınır bir şey ise taşınır rehninden, teminat konusu bir taşınmaz ise-ipotek, ipotekli borç senedi ve irat senedi- taşınmaz rehninden söz edilir¹⁸.

şahsi teminat türleri ise kişiye ayni bir hak vermeyen sadece alacaklıya bir alacak hakkı sağlayan ve şartları oluştuğunda da bu alacak hakkını talep hakkı veren kişisel haklardır. şahsi teminatlarda asıl borçlu ile beraber bir veya birkaç kişi borçlunun yükümlülüğüne ek olarak sorumluluk altına girmektedir. şahsi teminat türleri ise kefalet ve garanti sözleşmeleridir.

Çalışmamızın konusunu şahsi teminat türlerinden olan garanti sözleşmeleri oluşturduğu için çalışmanın ilerleyen safhalarında kısaca kefalet sözleşmeleri ve benzer sözleşmelerden bahsedilecek, ayni teminat türlerinden bahsedilmeyecektir.

¹⁶ Develioğlu, s. 12.

¹⁷ Develioğlu, s. 12.

¹⁸ Develioğlu, s. 13.

III. Teminat Verme Zorunluluğu

Alacaklı ile borçlu arasında bir borç ilişkisi meydana geldiğinde ortada sadece iki kişilik bir hukuki ilişki vardır. Borç ilişkisine bir üçüncü kişi taraf değildir. Her ne kadar borç ilişkisi iki taraflı bir hukuki işlem olsa da bazı hallerde borçlunun borcu için bir üçüncü kişi veya borçlunun kendisi teminat gösterebilir. Teminat verecek olan, ehliyet koşullarına sahip olmak kaydıyla gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. Teminat verecek olan kişi hatırı ilişkisi nedeniyle teminat verebileceği gibi komisyon elde etmek gibi bir amaçla da verebilir. Teminat verenin niyeti sözleşmenin geçerliliği açısından önem arzetmemektedir.

Teminat verecek olan kişi bunu kendi rızası ile yapmalıdır. Alacaklı, ne borçluyu ne de üçüncü bir kişiyi kendi alacağını güvence altına alması için teminat vermeye zorlayamaz.

Bazı hallerde borçlu alacaklıya karşı bir teminat sağlama borcu altına girmiş olabilir. Bu gibi durumlarda ise alacaklı borçluyu kendi alacağı için teminat sağlama borcu altında olduğunun öngörülmesi, borçlu için yalnızca teminat verme borcunu doğurmakta, alacaklıya henüz bir teminat sağlamamaktadır¹⁹.

§3. GARANTİ SÖZLEŞMESİ

I. Kavram

Garanti sözleşmeleri hukuk sistemlerinde kendisine pek düzenleme alanı bulamamış olması dolayısıyla Türk Borçlar Kanununda garanti sözleşmesine ait bir

¹⁹ **Kuntalp, Erden:** Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk, Prof. Dr. Reha POROY'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 1995, s 268.

tanıma rastlanmamaktadır. Garanti sözleşmesi hakkında düzenlemenin olmama nedeni, garanti sözleşmesinin hükümleri konusunda ortak bir payda bulunmamasıdır.

Garanti sözleşmesinin saf ve kefalet benzeri olmak üzere iki türü vardır ve yukarıda verilen tanımlar iki türü de genel olarak kapsamakla birlikte yine de iki türün kendine özgü tanımları bulunmaktadır. Buna göre saf garanti sözleşmeleri; *“garanti verenin bir borcun konusunu oluşturan edimin yerine getirilmemesi dışında kalan riskleri üstlendiği sözleşmelerdir”²⁰*. Kefalet benzeri garanti sözleşmeleri ise; *“garanti verenin garanti alanın tarafı olduğu bir borç ilişkisinde asıl borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi veya zamanında ifa etmemesinden dolayı sorumlu olmayı, garanti alan ve asıl borçlu arasındaki temel borç ilişkisinin varlığı, geçerliliği ve takip edilebilirliğinden bağımsız olarak taahhüt ettiği garanti sözleşmesi türüdür”²¹*.

Garanti sözleşmesinin türlerine ilişkin tanımlar birlikte değerlendirildiğinde garanti sözleşmesinin ana tanımına ulaşılmaktadır. Buna göre garanti sözleşmesi; garanti alanı herhangi bir işe girişmeye sevk gayesi olmaksızın, lehtar ile garanti alan arasında yapılan sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmediği hallerde, asıl sözleşme ilişkisinden bağımsız olarak doğan riske ilişkin verilmiş teminatın üzerine aldığı sözleşme türüdür²².

²⁰ **Gümüş**, s 656.

²¹ **Gümüş**, s 655.

²² *“A guaranty is defined to be, a promise to answer for the payment of some debt, or the performance of some duty, in case of the failure of another person, who is in the first instance liable.” Jonathan, Goldthwaite: Chapter X: Of Guaranty and Suretyship, Citation: 1 Franklin Chamberlin American*

Garanti sözleşmeleri konusunda yurtdışında ilk monografik çalışmayı Stammler yapmıştır. Stammler'e göre²³; “*garanti mukavelesi, başkasının kazanç kasti güden teşebbüsüne, bu teşebbüse bağlı olan tehlikelerin tamamını veya belli bir kısmını akdi ve ivazsız olarak yüklenmek suretiyle, yardım ve teşvik gayesini güden akittir.*”

Stammler'in bu tanımı, garanti sözleşmesinin unsuru olarak değerlendirilemeyecek unsurlara yer verdiği, garanti sözleşmesini karakterize eden ve diğer teminat sözleşmelerinden farklılaşmasına yol açan unsurlara değinilmediği ve tanımdaki bir takım noktaların net olmadığı yönleri açısından eleştirilmiştir²⁴.

Stammler'in bu tanımının eleştirildiği ilk nokta; garanti alanı belli bir hareket tarzına yönelmek yerine, bir teşebbüsün teşvik ve korunması amacıyla garanti verilmesinden söz ediliyor olmasıdır²⁵. Tandoğan'a göre; garanti sözleşmesinde önemli olan, garanti alanı kendi girişiminin tehlikeli sonuçlarına karşı korumaktır. Onun ilişkiye gireceği teşebbüsü korumak değildir. Ancak garanti alanının teminat vermesiyle teşebbüs dolaylı olarak korunmuş olur²⁶. İkinci nokta ise, garanti alanın

Commercial Law relating Every Kind of Business, 1869, s. 155 www.heinonline.com (E.T.:17/04/2014); “*A guaranty is a contract resulting from a promise by one party to answer for the debts, defaults, or legal obligations of another party. It is collateral to the main contract.*” **Rogers, Ralph E.-Thompon, Clyde O.**; Guaranty, Gano's Commercial Law Revised, 1921, s. 194 www.heinonline.com (E.T.:17/04/2014).

²³ **Tandoğan, Haluk**: (Borç İlişkileri), s. 810'dan naklen.

²⁴ **Yüce Bilgin, Melek**: Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 20-21.

²⁵ **Tandoğan**, (Borç İlişkileri), s. 810.

²⁶ **Tandoğan**, (Borç İlişkileri), s. 810.

girişeceği teşebbüsün mameleki kazanç sağlamaya yönelik olması hususudur. Stammler'in tanımının aksine garanti alanın girişeceği teşebbüsün mutlaka mameleki kazanç sağlamaya yönelik olması gerekmez. Bu teşebbüsle sanat veya bilime ilişkin bir amaç da gerçekleştirilebilir. Fakat bunun gerçekleştirilebilmesi için teşebbüsün garanti alan için maddi bir zarar doğurma tehlikesi mevcut olması gerekmektedir²⁷. Bir müzikseverler derneğine bir orotaryonun çalınmasını gerçekleştirmek için garanti verilmesi örnek olarak gösterilebilir. Son olarak Stammler'in tanımında eleştiri konusu olan bir diğer nokta ise ivazsızlık unsuruna sözleşmenin tanımında yer verilmiş olmasıdır. Garanti sözleşmelerinde ivaz unsuruna ileride değinilecektir²⁸.

Kanunda sözleşme tipi olarak garanti sözleşmelerinden bahsedilmemiş olsa da doktrinde çeşitli tanımlar yapılmıştır.

Bir görüşe göre²⁹; “*garanti sözleşmesi, garanti alanın belli bir davranışa girişmesinden veya kendisi ile borç ilişkisine giriştiği bir üçüncü kişinin edimini yerine getirmemesinden doğan zarar tehlikesini, garanti verenin bağımsız bir taahhüt ile üzerine aldığı sözleşmedir.*” Tandoğan yaptığı bir diğer tanımda ise; fer'i mahiyette olmayan, onunla bir kimseyi muayyen bir hareket tarzına sevk etmek gayesiyle, bu hareket tarzından o şahıs için doğacak tehlikeleri kısmen ya da üzerine aldığı sözleşme olarak tanımlamaktadır³⁰.

²⁷ **Tandoğan**, (Borç İlişkileri), s. 810.

²⁸ Ayrıntı için bkz. Birinci Bölüm §3., II., C.

²⁹ **Tandoğan**, (Borç İlişkileri), s. 809.

³⁰ **Tandoğan, Haluk**: Garanti Mukavelesi, Mahiyeti ve Benzeri Hukuki Münasebetlerden Tefriki, , BTHAE Yayınları, Ankara 1959, s. 12.

Diğer bir görüşe göre³¹; “*garanti mukavelesi ile garanti veren, garanti alandan bir ivaz elde etmek için değil, fakat onu bir teşebbüse sevk etmek gayesi ile, müstakil olarak teşebbüsün tehlikesini üzerine alır.*”

Bir başka görüşe göre³²; “*Garanti verenin garanti alanın karşı karşıya olduğu belirli bir ekonomik riski, bağımsız olarak sorumlu olacak şekilde üzerine almayı taahhüt ettiği sözleşmedir.*”

Yine bir başka görüşe göre³³; “*garanti sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen, şekle bağlı olmayan, bağımsız bir metin halinde veya başka bir sözleşmenin içinde yer alarak şekillenen, sözleşme veya mektup sözleşme biçiminde düzenlenen sözleşmedir.*” Tekinalp’in tanımı hem sözleşmenin şekil şartlarına ilişkin yer verdiği unsurların yeni Türk Borçlar Kanunu kapsamında geçerliliğinin kalmamış olması hem de garanti sözleşmesinin unsurlarına yer vermemiş olması sebebiyle eleştirilebilir.

Yargıtay’ın 1969 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararına göre³⁴; “*garanti mukavelesi, bir kimsenin fer’ i olamayan bir mukavele ile başkasına ait bir teşebbüsün belirli bir sonuca ulaşacağını garanti etmesidir.*”

³¹ **Reisoğlu**, (Garanti), s. 9.

³² **Gümüş, Mustafa Alper**: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 648.

³³ **Tekinalp, Ünal**: Banka Hukukunun Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 512.

³⁴ **Tandoğan**, (Borç İlişkileri), s. 809 dñn. 15.

II. Garanti Sözleşmesinin Unsurları

A. Asli Nitelik (Bağımsızlık) Unsuru

Garanti sözleşmesini diğer teminat sözleşmelerinden ayıran husus asli ve bağımsız borç yüklenme unsurudur³⁵. Bu bağımsızlık ekonomik anlamda değil hukuki anlamdadır³⁶.

Garanti sözleşmesi asli nitelikte bir sözleşmedir³⁷. Asli nitelikte olması; garanti verenin borcunun, başka bir borcun varlığına, geçerliliğine, devamına, dava ve takip edilebilirliğine bağlı olmamasıdır³⁸. Garanti alan ve asıl borçlu arasındaki

³⁵ **Akman, Sermet:** “*Garantör*” Sıfatıyla Girişilen Taahhüdün Mahiyeti Ve Bu Bağlamda Garanti Ve Kefalet Sözleşmelerini Birbirinden Ayıran Temel Kriterler, Prof. Dr. Hüseyin ÜLGEN’e Armağan, C. II, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2007, s. 1671; **Doğan, Elif:** Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010, s. 24; YHGK. 04.07.2001 T. 2001/19-534 E. 2001/583 K. www.kazanci.com (E.T.:17/12/2013).

³⁶ **Doğan, Elif:** s. 24.

³⁷ **Tandoğan,** (Borç İlişkileri), s. 804; **Zeyneloğlu, Ş. Güler:** TNB Dergisi, S. 127, Ağustos 2005, s. 137; **Zevkililer, Aydın-Gökyayla, Emre K.:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. Bası, Ankara 2013, s. 14; Y. 19. HD. 12.04.2004 T. 2003/4688 E. 2004/4243 K. www.kazanci.com (E.T.:17/12/2013); “...Lehtar ile muhatap arasındaki sözleşme ilişkisi, karşılıklı hak ve yükümlülükler, def'i ve itirazlar garanti veren bankayı ilgilendirmemekte, lehtar ile muhatap arasındaki ilişkiler sadece riskin doğup doğmadığı ve muhatabın tazmin talebinde bulunduğu anda hakkını kötüye kullanıp kullanmadığı açısından önem taşımaktadır.” Y. 3. HD. 06.03.2013 T. 2012/19784 E. 2013/3723 K. (Yayımlanmamış Karar); “*Garanti sözleşmesi fer'i nitelikte olmayan bir sözleşmedir. Garanti veren işin tehlikelerini bağımsız bir yüklenimle kısmen veya tamamen üzerine almaktadır.*” Y. 15. HD. 09.07.2012 T. 2011/6750 E. 2012/5214 K. (Yayımlanmamış Karar); Y.15. HD. 06.12.2010 T. 2009/6387 E. 2010/6673 K. (Yayımlanmamış Karar).

³⁸ **Tandoğan,** (Borç İlişkileri), s. 812; **Yavuz, Cevdet:** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, Beta Yayınları, 2012, s. 711; “*Garanti sözleşmesi kefalet*

ilişkiden tamamen bağımsızdır. Garanti verenin yükümlülüğü temel ilişkinin herhangi bir nedenle geçersiz olması, temel borç ilişkisinin yürürlüğe girmemesi veya bağlayıcılığını kaybetmesi, lehtarın ödeme dışında borcunun sona erdiği, mücbir sebep, kaza hali nedeniyle lehtarın borcunun olmadığı beklenilmeyen haller, borcun ifasının imkansız olması, lehtarın ehliyetsizliği, ölümü, iflası, borcunun zamanaşımına uğraması veya hak düşürücü sürenin sona erme halleri nedeniyle takip edilebilir olmasa dahi garanti verenin sorumluluğu devam eder³⁹.

Garanti verenin borcunun asli nitelikte olması, garanti alan için ciddi bir teminat sağlamaktadır. Zira asıl borcun geçerliliğine bağlı olmayan bu teminat sayesinde garanti alan, asıl borcun herhangi bir sebeple geçersiz olması nedeniyle asıl borçludan edimin ifasını isteyemediği hallerde dahi, teminat verene başvurduğunda teminat veren asıl borcun geçersiz olduğundan bahisle ödeme yapmaktan kaçınmaz.

sözleşmesinden de farklıdır. Garanti sözleşmesi feri nitelikte olmayan bir sözleşme olup, garanti veren için tehlikesini (riskini) feri olmayan bağımsız bir taahhütle kısmen veya tamamen üzerine almaktadır. Kefalette ise, kefil asıl borçluya ait bütün def'ileri alacaklıya karşı dermeyeran etmek hakkını haizdir. Bu nedenle kefalet sözleşmesinden kaynaklanan sorumluluk alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki borç ilişkisi hukuken geçerli olduğu sürece devam eder. Asıl borç her hangi bir nedenle sakit olunca kefil borçtan kurtulur. Garanti sözleşmesinde ise üçüncü kişinin yükümü sona ermez. Edim geçerli bir borç ilişkisine vücut vermese veya borç ilişkisi sona erse bile garanti veren sorumludur" Y. 13. HD. 04.04.2003 T. 2002/12569 E. 2003/3985 K. www.kazanci.com (E.T.:17/12/2013); "The contract of guaranty need not always have a valid and binding contract to rest upon as collateral; as, where the principal is an infant, his contract is voidable, but the surety is bound, and can take no advantage of the infancy of his principal." Goldthwaite, s. 156; "" The Statute of Frauds, Chapter IX, www.heinonline.com (E.T.:21/04/2014).

³⁹ Doğan, Elif: s. 25.

Aslilik unsuru aynı zamanda garanti sözleşmesini kefalet sözleşmesinden ayıran en temel kıstastır. Çünkü kefalet sözleşmesinde, borç fer'i nitelikte olup hukuki kaderi asıl borcun geçerliliğine bağlıdır⁴⁰. Bu nedenle garanti ve kefalet sözleşmesi ayrımını yaparken aslilik-fer'ilik kıstasından daha ayrıntılı olarak bahsedilecektir.

B. Risk Unsuru

Tehlike (risk); ortaya çıkıp çıkmayacağı şüpheli olan ancak gerçekleştiğinde ekonomik açıdan zararlı sonuçlar doğuracak olayları ifade eder.

Garanti veren, her ne kadar tek amaç olmasa da 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 riski karşılamayı taahhüt eder⁴¹.

Belirtmekte yarar var ki garanti sözleşmesinde risk geleceğe ilişkin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği şüpheli olay olsa da, teknik anlamda “*şart*” sayılmaz⁴². Zira teknik anlamda şart; asıl sözleşmenin yanında bir “*yan anlaşmaya*” dayalı olarak kararlaştırılan ve kurulmuş asıl sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurmasına bağlandığı geleceğe ilişkin şüpheli olaydır⁴³. Garanti sözleşmesinin

⁴⁰ **Turan, Gamze:** Garanti ve Kefalet Sözleşmeleri Arasındaki Farklar ve Banka Kredi Kartı Sözleşmelerindeki Şahsi Teminatın Niteliği, TBB Dergisi, S. 66, Ankara 2006, s. 31; **Hatemi-Gökyayla,** s. 290.

⁴¹ **Yavuz,** s. 711; **Zeyneloğlu,** s. 138; YHGK. 04.07.2001 T. 2001/19-534 E. 2001/583 K. www.kazanci.com (E.T.:17/12/2013).

⁴² **Gümüş,** s. 649.

⁴³ **Gümüş,** s. 649.

riski; garanti alanın giriştiği teşebbüsün zararlı sonuç vermesi ya da beklenen kârı sağlamaması, yaptığı sözleşmenin gereği gibi yerine getirilmemesi yüzünden zarara uğramasıdır⁴⁴. Kısacası, beklenen yararın gerçekleşmemesidir. Örneğin; kâr ve temettü garantileri, çeşitli ortaklıklar tarafından çıkarılan tahvillerin anaparalarının ve faizlerinin vadelerinde ödeneceği hususunda bankalar tarafından tahvil alıcılara karşı verilen garantiler ve açığı kapama garantileri bu kapsamda değerlendirilir. Bir kişiye bir iş yaptığı takdirde aylık %20 kâr elde edeceğini ve aksi halde söz konusu kâr tutarını garanti veren karşılayacaktır.

Garanti verenin garanti ettiği riskin parasal tutarının belirli olması gerekmektedir. Sadece tutarın belirli olması yetmez garanti altına aldığı riskin de belirtilmiş olması gerekmektedir. Belirli olmayan riskler -lehtar tüm ticari ilişkilerinden doğan risklerin garantisi gibi- garanti edilemez⁴⁵. Dolayısıyla taraflar arasında birden fazla hukuki ilişki mevcut ise bu ilişkilerin her birinin ayrı birer garanti sözleşmesi ile garanti altına alınması⁴⁶ ya da tek bir garanti sözleşmesi içerisinde her riskin garantisi ayrı ayrı belirtilmelidir.

Yargıtay kararlarına göre de garanti sözleşmesinde garanti verenin sorumlu olacağı riskler daha önce de belirtilmelidir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 28.11.2001 T. 2001/19-998 E. 2001/1088 K. sayılı kararına⁴⁷ göre; “ ...

⁴⁴ **Tandoğan**, (Borç İlişkileri), s. 811.

⁴⁵ **Reisoğlu, Seza**: Banka Teminat Mektupları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Bankacılar Dergisi, S. 43, 2002, s. 95; **Başara, İzzet**: Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği, TBB Dergisi, S. 83, Ankara 2009, s. 305.

⁴⁶ **Başara**, s. 305.

⁴⁷ <http://www.turkhukuk sitesi.com/serh.php?did=14063> (E.T.:17/12/2013).

Ancak Sözleşme serbestisi sınırsız değildir. Borçlar Kanununun 19. ve 20. maddelerinde sözleşme serbestisine bir takım 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” den söz etmek, boyutları belli olmayan (belirsiz) bir edimin garantisi anlamına gelir ki, bu da garanti sözleşmesi ile bağdaşmaz.”

Garanti veren, garanti alanın girişimine bağlı tehlikenin tümünü yüklenebileceği gibi, yalnız belli bir zararın ortaya çıkmayacağı veya belli bir olayın gerçekleşeceği şeklinde de teminat verebilir⁴⁸. Kısmen tehlike yüklenilmesinin açık bir irade beyanına dayanmasına gerek yoktur, halin gereklerinden de çıkarılabilir; ancak şüphe halinde garanti verenin bütün tehlikeyi üstlendiğinin kabulü gerekir⁴⁹. Hatta garanti verenin yüklendiği tehlikenin kapsamına kaza ve beklenmeyen haller de girer⁵⁰.

⁴⁸ **Reisoğlu**, (Garanti Sözleşmesi), s. 340; **Tandoğan**, (Borç İlişkileri), s. 811.

⁴⁹ **Reisoğlu**, (Garanti), s. 30; **Tandoğan**, s. 812.

⁵⁰ **Reisoğlu**, (Garanti), s. 11-12; **Yavuz**, s. 879; **Tandoğan**, (Borç İlişkileri), s. 812; **Tandoğan**, (Borç İlişkileri), dpn. 28'den naklen; BGE 46 II 157: Bir gaz şirketinin paydaşlarına temettü garantisi verenin, federal hükümetçe gaz kullanımının sınırlanması yüzünden şirketin kâr elde edememesi halinde bu sınırlama önceden öngörülme bile sorumlu olacağını söylemiştir.

Garanti alan girişimin riski bu girişimin nitelik ve amacına uygun olarak ve garanti alanın kendisinin kusuru olmadan arttığı takdirde garanti veren artan riskten de sorumlu tutulmalıdır. Riskin artmasında garanti alanın sorumluluğu varsa garanti veren artan riskten sorumlu değildir. Girişimin faaliyet alanında artma meydana gelirse garanti veren doğacak zarardan sorumlu değildir⁵¹.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 28.11.2001 T. 2001/19-998 E. 2001/1088 K. sayılı kararına⁵² göre; “ ...*Garanti edenin, limit artışlarından sorumlu tutulabilmesi için sözleşme koşullarındaki değişikliklerin garanti verene bildirilmesi, onun da bu değişikliklere karşı çıkmamak suretiyle muvafakat etmesi gerekir. Garanti verenin muvafakati olmadan akdi ilişkideki koşulların borçlu aleyhine ağırlaştırılması veya borçlunun yeni bir takım yükümlülükler üstlenmesi garanti kapsamı dışında kalır. Zira, Borçlar Kanunu m. 98 yollamasıyla akde muhalefet hallerinde de uygulanması gereken aynı yasanın 44/1. maddesi hükmü ve iyiniyet kuralları karşısında garanti alan kendi kusurlu davranışıyla borcun artmasına sebebiyet vermiş olacağından böyle bir durumda garanti edenin artan borçtan sorumlu tutulması düşünülemez.*”

⁵¹ **Reisoğlu**, (Garanti), s. 12-13; **Tandoğan**, (Borç İlişkileri), s. 812; **Yavuz**, s. 711; Y. 19. HD. 04.12.1999 T. 1999/4793 E. 1999/7676 K.; Y. 19. HD. 28.4.2000 T. 2000/14 E. 2000/3252 K.; Y. 19. HD. 13.6.2000 T. 2000/4084 E. 2000/4634 K.; Y. 19. HD. 11.12.2000 T. 1999/5309 E. 2000/8594 K. www.kazanci.com (E.T.:17/12/2013).

⁵² <http://www.turkhukusitesi.com/serh.php?did=14063> (E.T.:17/12/2013).

C. İvaz Unsuru

Teminat sözleşmeleri, tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Garanti sözleşmelerinin ise tek tarafa borç yükleyip yüklenmediği başka bir deyişle ivazlı olup olmadığı hususunda doktrinde iki ayrı görüş mevcuttur.

Bir görüşe⁵³ göre; garanti sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir ve garanti veren riski bir ivaz karşılığında yüklenmemiştir. Diğer görüşe⁵⁴ göre; ise garanti sözleşmesinin bazı hallerde ivazlı olabilmektedir.

Garanti sözleşmelerinin ivazsız sözleşmeler olduğunu savunan görüşe⁵⁵ göre; garanti sözleşmeleri ivaz karşılığında yapılırsa bu sözleşme garanti sözleşmesi olmaktan çıkar. Çünkü ivaz garanti sözleşmelerinin niteliği ile bağdaşmaz. Garanti karşı tarafın sağladığı bir ivaz karşılığında veriliyorsa, bu taahhüt hukuk düzeni tarafından korunuyorsa bir sigorta sözleşmesi olabilir ya da eğer hukuk düzeni tarafından korunmuyorsa, kumar veya bahis olabilir de garanti sözleşmesi olamaz⁵⁶.

Garanti veren bu sözleşmeyi garanti alan ile imzalar. Garanti verenin; lehtardan elde ettiği herhangi bir kazanç ya da banka teminat mektuplarında elde

⁵³ **Reisoğlu**, (Garanti Sözleşmesi), s 22; **Yavuz**, s. 871; **Tekinalp, Ünal**: Banka Hukukunun Esasları, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 516; **Reisoğlu**, (Garanti Sözleşmesi), s. 34; **Develioğlu**, s. 97; **Akyol, Şener**: Banka Sözleşmeleri, Prof. Dr. Kemaleddin BİRSEN'e Armağan, AFA Matbaacılık, İstanbul 2001, s. 175; **Doğan, Vahit**: Banka Teminat Mektupları (Ülke içi Ticari İlişkileri, Milletler Arası Ticari İlişkileri), Ankara 2002, s. 38; **Zevkliler-Gökyayla**, s. 14.

⁵⁴ **Tandoğan**, (Borç İlişkileri), s. 816'dan naklen.

⁵⁵ **Reisoğlu**, (Banka Teminat Mektupları), s. 343; **Tandoğan**, (Borç İlişkileri), s. 818.

⁵⁶ **Reisoğlu**, (Banka Teminat Mektupları), s 343.

ettiği komisyon sözleşmeyi ivazlı hale getirmez. Örneğin; bir bankanın bir üçüncü kişiyi, belli bir teşebbüste bulunmaya sevk etmek isteyen kimsenin talimatı üzerine, lehtardan aldığı komisyon karşılığında üçüncü kişinin teşebbüsünü garanti ederse sözleşme ivazlı hale gelmez. Keza; bankaların komisyon karşılığında tahvil veya banka garantisi vermesi durumunda bu komisyonlar garanti alandan tahsil edilmediğinden ve garanti sözleşmesi ile ilgisiz olduğundan, sözleşmeyi etkilemeyeceklerdir⁵⁷.

Garanti sözleşmelerinin ivazlı olduğunu savunan görüşe⁵⁸ göre; muhatabın karşı edim üstlenmesi halinde garanti sözleşmesinin her iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmeye dönüşeceğini belirtmektedirler. Özellikle muhatabın garanti verene “risk primi⁵⁹” ödemesi hali⁶⁰ ya da garanti alanın bazı şartlar altında garanti tutarını iade etmesi ya da garanti tutarını iade ederken beraberinde faiz ödemesi⁶¹ halleri bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

Guggenheim vermiş olduğu avansı, faizli olarak geri aldığında sözleşmenin ivaz karşılığı yapıldığını kabul etmektedir⁶². Guggenheim görüşünü şu örnekle

⁵⁷ **Reisoğlu**, (Banka Teminat Mektupları), s. 343.

⁵⁸ **Tandoğan**, (Borç İlişkileri), s. 816'dan naklen.

⁵⁹ Bir yatırım aracının taşıdığı risklerin fiyatlara yansması risk primidir. Riskli bir yatırım aracının beklenen getirisi ile risksiz bir aracın beklenen getirisi arasındaki fark olarak da hesaplanabilir

(<http://muhasebeturk.org/ecopedia/402-r/1726-risk-primi-nedir-ne-demek-anlami-tanimi.html>),

(E.T.:17/12/2013).

⁶⁰ **Develioğlu**, s. 96.

⁶¹ **Develioğlu**, s. 96; **Tandoğan**, s. 816.

⁶² **Tandoğan**, (Borç İlişkileri), s. 816 dñn. 42'dan naklen.

desteklemektedir. Buna göre; bir iktisadi teşebbüse her yıl belli bir karı garanti eden şahıs, işlerin kötü gittiği yıllarda ödediği tutarın, karın garanti edilenden fazla olduğu yıllarda, faizi ile birlikte geri verilmesini şart koşmaktadır⁶³.

Guggenheim'ın bu görüşüne katılmak kanaatimizce de mümkün değildir⁶⁴. Zira böyle bir sözleşmede faizsiz geri verme şartı olursa zaten bir ivazdan söz edilemez; zira verilmiş avansın geri alınması bir ivaz değildir. Avansın geri alınmasıyla oluşturulan bu sözleşme olsa olsa kârz akdidir. Faizli geri vermenin kararlaştırılmış olması halinde ise ivaz durumu oluşmaz; çünkü almış olduğu faiz avansın bir karşılığıdır, riskin bir karşılığı değildir⁶⁵.

Yukarıda yapılan açıklamalar dikkate alınacak olursa; garanti sözleşmesinin ivazsız olması gerektiği görüşüne katılmaktayız. Fakat bununla birlikte ivazsızlık unsuruna sözleşmenin tanımında yer verilmesi gerekmemektedir zira ivazsızlığın zaten bu sözleşmenin doğasından kaynaklandığını belirtmek gerekir.

D. Hareket Unsuru

Garanti sözleşmesinin amacı konusunda garanti alanı, belli bir hareket tarzına yöneltip yöneltmemesi gerekliliği tartışılmaktadır.

Garanti sözleşmesinin garanti alanı, belli bir hareket tarzına yönelttiği⁶⁶ görüşüne göre; garanti sözleşmelerinin temel amacı garanti alanın hareket tarzının

⁶³ **Tandoğan**, (Borç İlişkileri), s. 816 dnp. 42'dan naklen.

⁶⁴ **Tandoğan**, (Borç İlişkileri), s. 816.

⁶⁵ **Tandoğan**, (Borç İlişkileri), s. 816.

⁶⁶ **Tandoğan**, (Garanti), s. 80; **Arkan, Sabih**: Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu, BATIDER, C. XVI, S. 4, 1992, s. 60; **Reisoğlu, Seza**: Garanti Mukavelesi ve Kefalet Münasebeti, II.

doğurduğu zararlı sonuçları karşılamaktır⁶⁷. Garanti alanın hareket tarzı, bir şirket kurmaya ya da bir şirketin hisse senetlerini almaya yönelik olabilir. Hareket tarzı olumsuz bir eylem şeklinde de ortaya çıkabilir. Örnek olarak bir annenin vesayet altındaki oğluna ait taşınmazın satılmasını önlemek amacıyla, satışı yapmamasından dolayı vasiye karşı ilerde sorumlu tutulursa ödeyeceği tazminatı üzerine almayı vaad etmesi halinde, garanti alan vasinin satıştan kaçınması hali⁶⁸ gösterilebilir.

Belirli bir hareket tarzına yöneltme amacı asıl olarak saf garanti sözleşmelerinde mevcuttur. Zira belirli bir hareket tarzına yöneltmenin amacı sözleşmenin kurulmasını sağlamaktır. Dolayısıyla ortada henüz bir sözleşme bulunmamaktadır⁶⁹. Belirli bir hareket tarzına yöneltmek amacıyla, garanti veren tarafından sağlanacak teminat neticesinde bir edimde bulunmak amacıyla sözleşme imzalanacak ya da yapılacak edimden kaçınılacaktır. Oysa ki, teminatı amaçlayan garanti sözleşmelerinde ortada üçüncü bir kişi ile kurulmuş borç ilişkisi mevcut olup⁷⁰ bu ilişki neticesinde teminat altına alınan üçüncü kişinin alacağıdır.

Ticaret ve Banka Hukuku Haftası Bildiriler ve Tartışmalar, Birinci Kısım, 1961, s. 152; **Doğan, Elif:** s. 23; **Başara, İzzet:** s. 304-305; **Zeyneloğlu,** s. 138; **Zevkliler-Gökyayla,** s 14; **Yavuz,** s. 711
“...Ancak teminatı amaçlayan garanti sözleşmesinde illetin teminat sağlama olduğu söylenebilir.”.

⁶⁷ **Yavuz,** s. 710; **Arkan,** s. 61.

⁶⁸ **Tandoğan,** (Borç İlişkileri), s. 810.

⁶⁹**Tandoğan,** (Borç İlişkileri), s. 808; **Barlas, Nami:** Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi, Prof. Dr. Ömer TEOMAN’a 55. Yaş Günü Armağanı, C. II, Beta Yayıncılık, İstanbul 2002, s. 949.

⁷⁰ **Barlas,** s. 948.

Garanti sözleşmesinin belirli bir amaca yönelmek yükümlülüğünde olmadığı görüşündekilerden Gümüş'e göre⁷¹; Stammeler'dan beri garanti sözleşmesinin yapısal unsuru olarak var olan “*garanti alanı belirli bir hareket tarzına yönelme*” garanti sözleşmesinin zorunlu bir unsuru değildir. Çünkü bu noktada saf garanti sözleşmelerinde çoğu durumda garanti verenin garanti alanı verdiği garanti vasıtasıyla bir ticari işletme kurmak, bir ortaklık hisse senetlerini satın almak gibi belirli bir davranışa yönelmek olduğu açıktır. Fakat aynı sonucun çoğu halde teminatı amaçlayan garanti sözleşmeleri için de var olduğunu söylemektedir.

Reisoğlu'na göre⁷²; garanti sözleşmesi garanti alanı belli bir hareket tarzına yönelmek yerine, bir teşebbüsün teşvik ve korunması amacıyla verilmektedir. Garanti sözleşmesinde önemli olan, garanti alanı kendi girişiminin tehlikeli sonuçlarına karşı korumaktır; yoksa onun ilişkiye gireceği teşebbüsü korumak değildir; ancak garanti alana teminat verilmesiyle bu ortaklık da hisse senetlerine daha kolay alıcı bulacağı için dolaylı olarak korunmuş olur. Bu yüzden garanti sözleşmesi tanımında “*bir teşebbüse sevk etme gayesinden*” söz edilirse, bu teşebbüsün bizzat garanti alanın sonucu şüpheli ya da olumsuz bir davranışı olması gerektiği gözden uzak tutulmamalıdır.

Kanaatimize göre; garanti salt garanti alanı belli bir hareket tarzına yönelmek amacıyla verilmemektedir. Garanti, garanti veren ve asıl borç ilişkisinin borçlusu ile aralarındaki yakınlık sebebiyle hatır amacıyla da verilebileceği gibi herhangi bir

⁷¹ Gümüş, s. 651-652; Barlas, s. 948.

⁷² Reisoğlu, (Garanti), s. 14.

menfaat ilişkisine dayanarak da verilebilir. Bu nedenle de garanti alanı belirli bir hareket tarzına yöneltmenin amacının zorunlu unsur olamayacağını düşünmekteyiz.

III. Garanti Sözleşmesinin Niteliği Hakkındaki Görüşler

Garanti sözleşmelerine bir sözleşme türü olarak kanunumuzda yer verilmemiş olması bu sözleşme türünün niteliği konusunda da çeşitli tartışmaları beraberinde getirmiştir. Doktrinde garanti sözleşmesinin niteliği konusunda asıl olarak üç ayrı görüş mevcuttur. Dördüncü bir görüş olarak garanti sözleşmesinin kefalet sözleşmesinden başka bir şey olmadığı görüşü de bulunmaktaydı fakat bu görüşün geçerliliği kalmaması nedeniyle değinilmeyecektir.

Türk hukuku ve İsviçre hukukunda baskın olan görüşteki yazarlara⁷³ göre; garanti sözleşmesi üçüncü kişinin edimini taahhütten başka bir şey değildir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun 13.12.1967 T. 1966/16 E. 1967/7 K. ve 11.06.1969 T. 1969/4 E. 1969/6 K. sayılı içtihadı birleştirme ve daha sonraki tarihli kararlarında⁷⁴ Yargıtay da bu görüşe uygun beyanda bulunmuştur.

⁷³ **Kahyaoglu, Emin Cem:** Banka Garantileri, Beta Yayıncılık, İstanbul 1996, s. 62; **Aral, Fahrettin-Ayrancı, Hasan:** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa göre düzenlenmiş Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara 2012, s. 421; **Tekinalp,** s. 520; Yazar üçüncü kişinin edimini taahhüt kurumunun sadece kefalet benzeri garanti sözleşmelerini değil tüm garanti sözleşmelerine uygulanabileceğini 2981 sayılı kanunla Borçlar Kanunu m.110'a eklenen 2. fıkranın da bu görüşü destekler nitelikte olduğunu söylemektedir. Tandoğan da Guggenheim için üçüncü kişinin edimini taahhüdü garanti sözleşmesinin bir türü olarak kabul ettiğini söylüyor.; **Zeyneloğlu,** s. 137; **Aşulla, Mustafa:** Başkasının Fiilini Taahhüt, Adalet Dergisi, S. 1, Ocak 1958, s. 233.

⁷⁴ “...Anılan yasa maddesi uyarınca sözleşme yorumlandığında; davalının, gayrimenkulünün tapusunun davacıya verilmemesinin riskini (tehlikesini) davacıya karşı bağımsız ve asli bir taahhüt

Diğer görüşteki yazarlara⁷⁵ göre ise; üçüncü kişinin edimini taahhüt, garanti sözleşmesinin bir türüdür.

Bir diğer görüşteki yazarlara⁷⁶ göre ise; garanti sözleşmeleri sui generis nitelikte bir sözleşmedir.

A. Garanti Sözleşmesinin Üçüncü Kişinin Edimini Taahhüt Olduğu Görüşü

Doktrinde hâkim sayılabilecek bir kısım yazara⁷⁷ ve Yargıtay kararlarına⁷⁸ göre garanti sözleşmelerinin TBK m.128'de yer alan üçüncü kişinin edimini

olarak yükümlendiği, diğer bir anlatımla dava dışı kişilerin tapuları devir etmemeleri nedeniyle ortaya çıkacak zararın riskini müstakil bir sözleşme ile garanti ettiği duraksamaya yer olmayacak şekilde anlaşılmaktadır. O nedenle, sözleşmenin hukuki mahiyeti itibariyle BK.nun 110. maddesinde sözü edilen üçüncü şahsın fiilini taahhüt niteliğinde bir garanti sözleşmesi olduğu açıktır.”; Y. 13. HD. 04.04.2003 T. 2002/12569 E. 2003/3985 K. www.kazanci.com (E.T.:17/12/2013).

⁷⁵ **Oğuzman, Kemal-Öz, Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 394; **Franko, Nisim:** Üçüncü Şahsın Fiilini Taahhüt, Prof. Dr. Nuri ÇELİK'e Armağan, Beta Yayıncılık, İstanbul 2001, s. 576; **Eren, Fikret:** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 1154 (EREN, her ne kadar garanti sözleşmesinin bir türü olarak kabul edilebileceğini söylese de garanti sözleşmesinin üçüncü kişinin edimini taahhüt kurumundan daha geniş kapsamlı olduğunu kabul etmektedir); **Yüce,** s. 22; **Nomer, N. Haluk:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, İstanbul 2012, s. 325; **Hatemi, Hüseyin-Gökyayla, Emre:** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 292; **Reisoğlu, Safa:** s. 393.

⁷⁶ **Yavuz,** s. 709; **Şahin, Turan:** Üçüncü Kişinin Edimini Taahhüt, Yüksek Lisans Tezi, s.14; **Tandoğan,** (Borç İlişkileri), s. 851; **Gümüş,** s. 451; **Zevkliler-Gökyayla,** s. 13.

⁷⁷ **Kahyaoglu, Emin Cem:** Banka Garantileri, Beta Yayıncılık, İstanbul 1996, s. 62; **Aral, Fahrettin-Ayrancı, Hasan:** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa göre düzenlenmiş Borçlar Hukuku Özel Borç

taahhütten başka birşey değildir. TBK m. 128'e göre; *“(I)Üçüncü bir kişinin fiilini başkasına karşı üstlenen, bu fiilin gerçekleşmemesinden doğan zararı gidermekle yükümlüdür. (II)Belirli bir süre için yapılan üstlenmede, sürenin bitimine kadar üstlenene edimini ifa etmesi için yazılı olarak başvurulmaması hâlinde, üstlenenin sorumluluğunun sona ereceği kararlaştırılabilir.”*

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt kanunumuzda hüküm altına alınmış olmakla birlikte maddede bu kuruma ilişkin tanım verilmemiştir. Bu görüşü benimseyen yazarlar üçüncü kişinin edimini taahhüt kurumunu çeşitli şekillerde tanımlamışlardır.

İnan'a göre⁷⁹; 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.

Eren'e göre⁸⁰; sözleşme niteliğinde olan üçüncü kişinin edimini taahhüt kurumu taahhüt edenin, lehine taahhütte bulunulana (sözleşmenin diğer tarafına)

İlişkileri, 9. Baskı, Ankara 2012, s. 421; **Tekinalp**, s. 520; Yazar üçüncü kişinin edimini taahhüt kurumunun sadece kefalet benzeri garanti sözleşmelerini değil tüm garanti sözleşmelerine uygulanabileceğini 2981 sayılı kanunla Borçlar Kanunu m.110'a eklenen 2. fıkranın da bu görüşü destekler nitelikte olduğunu söylemektedir. Tandoğan da Guggenheim için üçüncü kişinin edimini taahhüdü garanti sözleşmesinin bir türü olarak kabul ettiğini söylüyor.; **Zeyneloğlu**, s. 137; **Aşulla, Mustafa**: Başkasının Fiilini Taahhüt, Adalet Dergisi, S. 1, Ocak 1958, s. 233.

⁷⁸ Y. 19. HD. 18.04.1995 T. 1995/2878 E. 1995/3954 K.; Y. 11. HD. 27.11.1979 T. 1979/5075 E. 1979/5456 K. www.kazanci.com (E.T.:17/12/2013).

⁷⁹ **İnan, A. Naim**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1973, s. 489.

⁸⁰ **Eren**, s. 1153.

üçüncü kişinin bir edimde bulunacağını, üçüncü kişinin bu edimi yerine getirmediğinde bundan doğan zararı kendisinin tazmin edeceğini taahhüt etmesidir.

Oğuzman/Öz'e göre⁸¹; bir sözleşmede borçlunun alacaklıya karşı üçüncü bir kişinin belli bir davranışta bulunacağını taahhüt etmesidir.

Yüce'ye göre⁸²; bir sözleşme olan üçüncü kişinin edimini taahhüt sözleşmesi, vaad edenin sözleşmeye konu üçüncü kişinin ferdileştirilmiş fiilinin gerçekleşip gerçekleşmemesine bağlı olarak vaad edilenin zararlarını tazmin etmeyi bağımsız nitelikte olmak üzere taahhüt ettiği sözleşmedir.

Bir borç ilişkisinde kural olarak, borçlu kendi edimini ortaya koyar; yani kendi edimini taahhüt eder. Borç ilişkisinin nisbiliği ilkesi, bu ilişki kimler arasında kurulmuşsa, bunlar için hak ve borç doğurmasını gerektirir. Bunun sonucu olarak, bir borç ilişkisinde borcun konusunu ifa yükümlülüğü borçluya aittir. Ancak bu kural mutlak olmayıp, bir borç ilişkisinde borçlunun kendi edimini değil, başkasının edimini alacaklıya karşı üstlenmesi de mümkündür⁸³.

Garanti sözleşmesinin üçüncü kişinin edimini taahhüt olduğunu savunanların bir kısmı; TBK m. 128'de düzenlenen üçüncü kişinin edimini taahhüt kurumunun sadece kefalet benzeri garanti sözleşmelerini düzenlediğini savunmaktadır. Tekinalp'e göre⁸⁴ ise; TBK m. 128'deki hüküm geniş yorumlamaya müsait olup her

⁸¹ **Oğuzman-Öz**, (Cilt II), s. 391.

⁸² **Yüce**, s. 22.

⁸³ **Kılıçoğlu**, s. 564.

⁸⁴ **Tekinalp**, s. 520.

iki garanti sözleşmesi tipini de kapsadığını savunmaktadır. Aşulla'ya göre⁸⁵ ise garanti sözleşmesinden başka bir şey olmayan üçüncü kişinin edimini taahhüt kurumuna Türk Borçlar Kanununun genel hükümler kısmında yer verilmesi yanlış olup, sözleşmeleri düzenleyen özel hükümler kısmında yer verilmesi gerekmektedir.

B. Üçüncü Kişinin Edimini Taahhüdün Garanti Sözleşmesinin Türü Olduğunu Görüşü

Üçüncü kişinin edimini taahhüdün garanti sözleşmesinin bir türü olduğunu savunanlara göre⁸⁶; Türk Borçlar Kanununun 128. maddesinin garanti sözleşmelerine ilişkin genel bir hüküm veya garanti sözleşmelerini düzenleyen özel bir hüküm olup olmadığı tartışmalı olmakla birlikte üçüncü kişinin edimini üstlenmede de bir garanti söz konusudur; fakat üçüncü kişinin garanti verilene bir edimi yerine getirmesinin söz konusu olduğu haller sınırlıdır⁸⁷. Bu nedenle üçüncü kişinin fiilini üstlenme garanti sözleşmesinin özel bir türüdür. Çünkü üçüncü kişinin bir edimi söz konusu olmayan garanti sözleşmeleri yapılabilir. 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.

⁸⁵ Aşulla, s. 233.

⁸⁶ **Oğuzman-Öz**, (Cilt II), s. 394; **Franko, Nisim**: Üçüncü Şahsın Fiilini Taahhüt, Prof. Dr. Nuri ÇELİK'e Armağan, Beta Yayıncılık, İstanbul 2001, s. 576; **Eren, Fikret**: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 1154 (EREN, her ne kadar garanti sözleşmesinin bir türü olarak kabul edilebileceğini söylese de garanti sözleşmesinin üçüncü kişinin edimini taahhüt kurumundan daha geniş kapsamlı olduğunu kabul etmektedir); **Yüce**, s. 22; **Nomer**, (Genel Hükümler), s. 325; **Hatemi-Gökyayla**, s. 292; **Reisoğlu, Safa**: s. 393.

⁸⁷ **Oğuzman-Öz**, (Cilt II), s. 394.

C. Garanti Sözleşmesinin Sui Generis Bir Sözleşme Olduğu Görüşü

Doktrinde hakim sayılmaya başlayan görüş ise garanti sözleşmelerinin “*sui generis*” sözleşme tipine girdiğini ve Türk Borçlar Kanununda yer alan üçüncü kişinin edimini taahhüt kurumu ile bir bağlantısının bulunmadığını savunmaktadır⁸⁸. Çünkü bu iki kurumun riskleri ve sorumluluk kapsamaları farklıdır. Sui generis sözleşmeler, tarafların kanunda düzenlenmemiş unsurlardan oluşan edimleri, yine kanunda öngörülmemiş şekilde karşılıklı ilişkisi içinde yer veren sözleşmelerdir⁸⁹.

Yavuz’a göre⁹⁰; “*başkasının fiilini taahhüt çerçevesi içine çeşitli sözleşme tiplerini sokmak kabildir. Başkasının fiilini taahhütle garanti sözleşmesinin ortak bir alanı mevcut olduğu gibi her birinin kendine özgü bir alanı da vardır; başka bir deyimle başkasının fiilini taahhüt niteliği taşımayan garanti sözleşmeleri olduğu gibi garanti sözleşmesi niteliğinde olmayan başkasının fiilini taahhüdün gerçekleştiği durumlar da vardır.*” Örneğin A’nın, fakir bir sanatkâr olan arkadaşı B’ye onun eserlerinin C tarafından belirli bir fiyatla satın alınacağını, aksi takdirde aradaki farkı kendisinin ödeyeceğini taahhüt etmesi durumunda başkasının fiilini taahhüt, şarta bağlı bağışlama şeklinde gerçekleşmiş olmaktadır⁹¹. Aynı şekilde garanti verenin üçüncü kişinin bir edimde bulunup bulunmamasıyla ilgili olmayan riskleri üzerine aldığı garanti sözleşmelerinde de başkasının fiilini taahhüt niteliği yoktur.

⁸⁸ **Yavuz**, s. 709; **Şahin, Turan**: Üçüncü Kişinin Edimini Taahhüt, Yüksek Lisans Tezi, s.14; **Tandoğan**, (Borç İlişkileri), s. 851; **Gümüş**, s. 451; **Zevkliler-Gökyayla**, s. 13.

⁸⁹ **Antalya, Gökhan**: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, Beta Yayınevi, 2012, s.146.

⁹⁰ **Yavuz**, s. 708.

⁹¹ **Yavuz**, s. 708.

D. Kanaatimiz

Garanti sözleşmesinin niteliği konusunda çeşitli tartışmalar halen süregelmektedir. Kanaatimize göre; garanti sözleşmesi Türk Borçlar Kanununun 128. maddesinde düzenlenen üçüncü kişinin fiilini taahhüt değil, kendine özgü yapısı olan sui generis bir sözleşmedir⁹². Garanti sözleşmesi üçüncü kişinin edimini taahhüt kurumundan farklıdır zira öncelikle üçüncü kişinin edimini taahhüt kurumu asıl sözleşmeden bağımsız nitelikte değildir⁹³. Asıl borçlu kendi edimini yerine getirmedeği takdirde edimi taahhüt eden doğan zararı aynen ya da nakden giderecektir⁹⁴. Dikkat edilirse burada riskin doğması yeterli olmayıp zararın da doğması gerekmektedir⁹⁵. Ayrıca garanti sözleşmesinde teminat alanın zararı tazmin edilmemekte garanti veren riskin gerçekleşmesi ile muaccel hale gelen kendi borcunu ifa etmektedir. Üçüncü kişinin edimi taahhüt kurumu Yüce'nin tanımında⁹⁶ belirttiğinin aksine fer'i nitelik taşımaktayken garanti sözleşmesi asli nitelik taşımaktadır⁹⁷. Zira üçüncü kişinin edimini taahhüt eden kişi, asıl borçlunun borcunu onun yerine getireceği için asıl borç ilişkisi geçersiz olduğunda kendi tazminat borcundan da kurtulmaktadır. Garanti sözleşmesinde ise garanti verenin borcu asli niteliktedir ve riskin doğması ile birlikte muaccel olmakta ve asıl sözleşme geçersiz

⁹² **Reisoğlu**, (Garanti Sözleşmesi), s. 33; **Reisoğlu**, (Garanti), s. 46; **Tandoğan**, (Borç İlişkileri), s. 851; **Gümüş**, s 653.

⁹³ Aksi Görüş, **Nomer**, (Genel Hükümler), s. 325; **Hatemi-Gökyayla**, s. 291; **Oğuzman-Öz**; (Cilt II), s. 394.

⁹⁴ **Oğuzman-Öz**; (Cilt II), s. 394.

⁹⁵ **Oğuzman-Öz**; (Cilt II), s. 401.

⁹⁶ **Yüce**, s. 22.

⁹⁷ Aksi Görüş, **Nomer**, (Genel Hükümler), s. 325.

olsa dahi ödenmek zorundadır⁹⁸. Bu nedenle garanti sözleşmesinin üçüncü kişinin edimini taahhütten başkası olmadığı görüşüne katılmamaktayız.

Bir diğer görüş olan üçüncü kişinin edimini taahhüdün garanti sözleşmesinin bir türü olduğunu savunan görüştür. Görüşün dayanağı üçüncü kişinin bir edimi söz konusu olmayan garanti sözleşmeleri yapılabileceğidir. Her edimi taahhüdün bir garanti sözleşmesi olamayacağı ama her garanti sözleşmesinin içinde bir edim taahhüdü barındırdığı savunulmaktadır. Bu görüş bizce üçüncü kişinin edimini taahhüt kurumuna sözleşme niteliğinde bir sıfat kazandırmaya çalışmaktan öteye gitmemektedir. Üçüncü kişinin edimini taahhüdün garanti sözleşmesinden farklı nitelikte olduğundan bahsettik. Bu nedenle bu görüşe de katılmak mümkün görünmemektedir.

Kanaatimize göre garanti sözleşmeleri sui generis nitelikte sözleşmelerdir. Garanti sözleşmeleri doktrince yapılan tanımlar ve unsurları çerçevesinde kanunda düzenlenen hiç bir sözleşme türü ile benzememekte, niteliğine münhasır özellikler taşımaktadır. Teminat sözleşmesi olmakla birlikte asli nitelikte oluşu sözleşmeyi diğer teminat niteliğindeki sözleşmelerden ve hukuki ilişkilerden ayırmaktadır.

⁹⁸ Aksi Görüş, **Nomer**, (Genel Hükümler), s. 326.

İKİNCİ BÖLÜM
GARANTİ SÖZLEŞMELERİNİN MEYDANA GELMESİ, TÜRLERİ VE
ÖZEL GÖRÜNÜMÜ

§1. GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI, TARAFLARI VE
GEÇERLİLİK ŞARTLARI

I. Kurulması

Her sözleşme TBK m. 1’de belirtildiği üzere “ *tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur*”⁹⁹. Diğer sözleşme türlerinde olduğu gibi garanti sözleşmeleri de iki tarafın karşılıklı olarak irade beyanlarını ileri sürmesi yoluyla kurulmaktadır¹⁰⁰.

Taraflar irade beyanlarını açıklarken sözleşmenin kurulmuş sayılabilmesi için esaslı unsurlar üzerinde karışıklığa yer vermeyecek şekilde anlaşmış olmalıdırlar¹⁰¹. Garanti sözleşmesi açısından esaslı unsur, garanti edilen tutarın belirlenmesi ve tutar konusunda anlaşmaya varılmasıdır¹⁰².

⁹⁹ **Ayan**, s. 115; **Oğuzman-Öz**, (Cilt I), s. 42.

¹⁰⁰ **Develioğlu**, s. 73-74.

¹⁰¹ **Kılıçoğlu**, s. 56; **Kocayusufpaşaoğlu-Hatemi-Serozan-Arpacı**, s. 175; **Ayan**, s. 116; **Oğuzman-Öz**, (Cilt I), s. 42.

¹⁰² **Kahyaoglu**, s. 51; Anglo-sakson hukuk sisteminde bizim hukuk sistemimizden farklı olarak garanti sözleşmeleri kurulurken asıl sözleşmeden tam olarak bağımsız hareket edilmemektedir. Garanti sözleşmesinin kurulmuş sayılabilmesi için üzerinde etraflıca düşünüp buna göre meydana getirilmesi gerekmektedir. Bir garanti sözleşmesi esas sözleşme kurulurken imzalandıysa üzerinde etraflıca düşünüldüğü kabul edilmektedir. “*That it must be given concurrently with the original contract as an inducement for Moon to enter into a contract with Shelton or if made at another time,*

Garanti sözleşmesi hüküm doğurması açısından geciktirici şarta tabi kılınabilir. Örneğin, garanti alanın belirli bir yükümlülüğü yerine getirmesini takiben ya da garanti sözleşmesinden önce verilmiş geçici garantinin garanti alan tarafından iadesi halinde geçerli olacağına ilişkin şart konulmuş olabilir¹⁰³.

Garanti sözleşmelerinin geçerli olarak kurulmuş sayılabilmesi için tarafların irade beyanlarının birbirine uygun olması gerekliliğinin yanı sıra teminat sözleşmeleri için özel olarak getirilmiş olan şekil, ehliyet, eşin rızası gibi şartlar da sağlanmalıdır. Bunlar kümülatif şartlardır. Bu şartların herhangi bir tanesinin eksikliği sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurur.

Ayrıca garanti sözleşmesinin meydana getirilmesine ilişkin hukuk sistemimizde herhangi bir zaman kısıtlaması da bulunmamaktadır. Bir garanti sözleşmesi asıl sözleşme ile aynı esnada akdedilebileceği gibi çok daha sonra da imzalanabilir¹⁰⁴.

some consideration must be given for the guaranty. When the contract of guaranty is made subsequent to the contract which it guarantees, a new consideration is required” Rogers-Thompson, s. 194.

¹⁰³ Develioğlu, s. 75.

¹⁰⁴ “That it must be given concurrently with the original contract as an inducement for Moon to enter into a contract with Shelton or if made at another time, some consideration must be given for the guaranty.” Rogers-Thompson, s. 194.

II. Taraflar

Garanti sözleşmesi garanti alan, garanti veren ve lehtar olmak üzere üç taraflı bir hukuki ilişkidir¹⁰⁵. Garanti sözleşmesi ve asıl borç ilişkisinin tarafları arasında ikili borç ilişkileri mevcuttur. Bu ilişkiler; garanti alan ve lehtar arasındaki ilişki, garanti alan ve garanti veren arasındaki ilişki ve son olarak da garanti veren ve lehtar arasındaki ilişkidir.

Tarafların aralarındaki hukuki ilişki nedeniyle doğan hak ve borçlarından bahsedilecektir.

A. Lehtar

Garanti ilişkisinde lehtar, adına garanti verilen kişidir. Lehtar garanti sözleşmesinde taraf değildir. Lehtar asıl sözleşme ilişkisinin borçlusu olup asıl sözleşmeden doğan edimi yerine getirmekle yükümlü olan kişidir¹⁰⁶. Lehtar gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir¹⁰⁷. Lehtar sayısı tek olabileceği gibi birden fazla da olabilir¹⁰⁸. Garanti veren bu durumda lehtarlardan birinin borca aykırılığı halinde garanti alana ödeme yapabilir¹⁰⁹. Ancak bu durumda ihtilafları önlemek açısından tarafların sözleşme koşullarını müzakere etmesi gerekmektedir¹¹⁰.

¹⁰⁵ “There are three parties to a guaranty. The guarantor, the one who gives the guaranty; the creditor, the one to whom the guaranty is given; and the principal, the one whose performance or obligation is guaranteed.” **Rogers-Thompson**, s. 194.

¹⁰⁶ **Aral, Fahrettin**: Teminat Mektuplarında Lehdar ile Muhatap ve Lehtar ile Banka Arasındaki İlişki, BATIDER, C. XXIV, S.21, s. 189.

¹⁰⁷ **Doğan, Elif**: s. 80.

¹⁰⁸ **Doğan, Elif**: s. 80.

¹⁰⁹ **Doğan, Elif**: s. 80.

Lehtarın, garanti sözleşmesi açısından çift yönlü bir hukuki ilişkisi bulunmaktadır. Bu ilişki lehtar (borçlu) ile garanti alan (alacaklı) arasındaki asıl sözleşme ilişkisi ve lehtar (borçlu) ile garanti veren arasındaki ilişkidir. Lehtar ile garanti alan arasındaki asıl borç ilişkisi konumuz kapsamına girmediğinden değinilmeyecektir.

Lehtarın, garanti veren ile ilişkisi genel itibariyle vekalet ilişkisine dayanır¹¹¹; fakat arada her zaman bir ilişki olmak zorunda değildir. Garanti veren lehtar ile sırf aralarındaki hatır ilişkisine binaen de garanti vermiş olabileceği gibi vekaletsiz iş görme nedeniyle de aralarında bu şekilde bir ilişki doğmuş olabilir. Lehtar ile garanti veren arasındaki ilişki, rücu ilişkisi kapsamında önem arz eder. Zira genellikle garanti veren, garanti vermeyi üstlenmesi karşılığında lehtar ile kontrgaranti anlaşması imzalar. Bu anlaşma sayesinde alacağını sözleşme hükümlerine göre tahsil edebilme imkanına sahip olur¹¹².

B. Garanti Alan

Garanti alan; hem garanti ilişkisi açısından hem de asıl borç ilişkisi açısından “*alacaklı*” konumunda olan kişidir. Dolayısıyla da garanti alan, hem garanti sözleşmesinde hem de asıl borç ilişkisinde ayrı ayrı taraf sıfatını haizdir. Garanti alan

¹¹⁰ **Doğan, Elif**: s. 80; Sözleşmelerin müzakere yoluyla kurulması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.

Kocayusufpaşaoğlu-Hatemi-Serozan-Arpacı, s. 168-170.

¹¹¹ **Aral**, (Lehtar ile Muhatap), s. 192; **Doğan, Elif**: s. 80; **Develioğlu**, s. 69.

¹¹² **Şahin**, s. 37.

gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir¹¹³. Tüzel kişiler açısından da özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişisi olması açısından fark öngörülmemiştir¹¹⁴.

Garanti alanın da, garanti veren ve lehtar ile arasında ayrı ayrı sözleşme ilişkileri bulunmaktadır. Garanti alanın garanti veren ile arasındaki ilişki garanti sözleşmesidir¹¹⁵. Garanti sözleşmesine ilişkin ihtilaf çıkması halinde sözleşmeye dayalı borç ilişkilerine uygulanan hükümler kapsamında sorun giderilmeye çalışılacaktır. Garanti sözleşmelerine ilişkin Türk Borçlar Kanununda hüküm bulunmaması nedeniyle sözleşmenin genel yapısı ve amacından doğan bütün şartları değerlendirerek yorum yapmak gerekmektedir. Sözleşme boşluğunu doldurmak zorunda kalan hakim, tarafların sözleşmedeki menfaatlerini ve düzenledikleri hususları nasıl değerlendirdiklerini dikkate alarak, farazi iradelerini tespit etmeye çalışmalıdır¹¹⁶.

C. Garanti Veren

Garanti veren, garanti sözleşmesinin borçlusu durumunda olan kişidir. Garanti veren üçüncü bir şahıstır. Garanti veren kişiye "*garantör*" de denmektedir. Garanti veren, gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. Örneğin; banka teminat mektuplarında garanti veren, bir özel hukuk tüzel kişisi olan bankadır.

Garanti veren ile garanti alan arasında ve garanti veren ile lehtar arasında ayrı ayrı ilişkiler mevcuttur. Garanti veren, asıl borç ilişkisinde herhangi bir taraf sıfatını

¹¹³ Doğan, Elif: s. 80; Oğuzman-Öz; (Cilt I), s. 399.

¹¹⁴ Doğan, Elif: s. 80.

¹¹⁵ Oğuzman-Öz; (Cilt I), s. 398.

¹¹⁶ Develioğlu, s. 73.

haiz olmadığı gibi garanti ilişkisinin de borçlusu konumundadır. Ayrıca garanti veren ve lehtar arasında bir kontrgaranti sözleşmesi de imzalanmış olabilir. Bu durumda ise garanti veren kontrgaranti sözleşmesinin alacaklısı konumundadır.

III. Garanti Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları

A.Genel Olarak

Bir sözleşmenin kurulabilmesi için sözleşmenin kurulmasına yönelik irade beyanı ve kabul iradesinin gerekliliğinin yanı sıra TBK m. 27'deki şartlara da aykırı olmaması gerekmektedir¹¹⁷. TBK m. 27'ye göre bir sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için; kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmamalı ayrıca sözleşmenin konusu da imkansız olmamalıdır. Bu madde hükmü aynı zamanda sözleşme serbestisinin de sınırlarını oluşturmaktadır.

Garanti sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için gereken bu şartlar TBK m. 603 ile hukukumuzda girmiştir. Türk Borçlar Kanununa kadar garanti sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için genel hükümler dışında hiçbir kural bulunmazken yeni kanunla birlikte garanti sözleşmeleri ciddi sınırlamalara tabi olmuştur. TBK m. 603'e göre; *“Kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır.”* Dolayısıyla Türk Borçlar Kanununun 583, 584 maddeleri ve Türk Medeni Kanununun 449. maddesi artık garanti sözleşmelerine de uygulanır hale gelmiştir. Atıf yoluyla dahi olsa çok önemli ve ciddi mali yükümlülükler getiren garanti sözleşmelerinin anılan madde kapsamına alınması yeterli olmasa da yerinde bir düzenleme olmuştur.

¹¹⁷ Oğuzman-Öz; (Cilt I), s. 401.

B.Miktarın Belirtilmesi

Garanti sözleşmesinde garanti verenin sorumluluğu 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde belirli bir miktarla değil, risk ile sınırlandırılmış bulunmaktaydı. Bu nedenle garanti veren; garanti altına aldığı risk nedeniyle garanti alanın meydana gelen tüm zararını miktarla sınırlı olmaksızın karşılamak durumunda kalmaktaydı. Kefalet sözleşmesinde ise miktar itibari ile sınırlama bulunmaktaydı ve kefalet veren kefalet sözleşmesindeki belirli meblağa kadar ödeme yapmakla yükümlüydü. Bu da garanti sözleşmesi ve kefalet sözleşmesi arasında fark oluşturmaktaydı.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 603. maddesi ile birlikte kefalet sözleşmesine ilişkin düzenlemelerde 583. maddeye yapılan atıf çerçevesinde kefilin “... *sorumlu olacağı azami miktar ... belirtilmedikçe geçerli olmaz.*” denilmektedir. Kefalet sözleşmeleri açısından da 818 sayılı Borçlar Kanununda belirli meblağ yazma zorunluluğu azami miktar olarak değiştirilmiştir. Atıf nedeniyle artık garanti sözleşmelerinde garanti veren tarafından garanti edilen azami tutar el yazısı ile yazılmadıkça garanti sözleşmesi geçerli olarak kurulmuş sayılmayacaktır.

C. Adi Yazılı Şekilde Yapılmış Olma

Garanti sözleşmeleri açısından yazılılık şartı Türk Borçlar Kanunu ile birlikte gelmiştir. Nitekim Türk Borçlar Kanununu dönemine kadar garanti sözleşmesi şekil şartına tabi değildi. Bu anlamda sözleşmenin yazılı şekilde yapılması ancak ispatını kolaylaştırıyordu. Türk Borçlar Kanununda yapılan atıf ile birlikte artık bu sözleşmenin de yazılı yapılma zorunluluğu bulunmaktadır¹¹⁸.

¹¹⁸ **Goldthwaite**, s. 155; “*The contract must be in writing as required under the Statute of Frauds, and signed by the guarantor.*” **Rogers-Thompson**, s. 194.

Garanti sözleşmesinin geçerli olması için gereken bir kısım şartlar TBK m. 583'te düzenlenmiştir. TBK m. 583'e göre; *“(I)Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin, sorumlu olduğu azamî miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır.(II)Kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunulması da aynı şekil koşullarına bağlıdır. Taraflar, yazılı şekle uyarak kefilin sorumluluğunu borcun belirli bir miktarıyla sınırlandırmayı kararlaştırabilirler.(III)Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler, kefalet için öngörülen şekle uyulmadıkça hüküm doğurmaz.”*

Kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartlarını düzenleyen TBK m. 583 hükmünden de anlaşılacağı üzere garanti sözleşmesi hazırlanırken dikkat edilecek hususlar; sözleşmenin yazılı yapılması, sorumlu olunacak azami miktarın ve garanti verme tarihinin el yazısı ile belirtilmesidir¹¹⁹. Garanti sözleşmesi düzenlenirken nitelikli şekil şartının arandığına dikkat edilmelidir.

Garanti sözleşmesinde zaman içinde değişiklik yapılmak istenebilir. Bu durumda şekil ve usulde paralellik gereğince yapılacak değişiklik TBK m. 583 çerçevesinde yapılmalıdır.

¹¹⁹ **Öz, Turgut:** Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, Vedat Kitapçılık, 3. Bası, İstanbul 2012, s.122.

D. Eşin Rızasının Alınmış Olması

Eşin rızasına ilişkin hükümler 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununu ile hukukumuzda girmiştir. Bu hükümlerle birlikte artık sınırlı ehliyetli durumundaki evli kişiler açısından bir kısıtlama daha gelmiş bulunmaktadır. Eşin rızasına ilişkin düzenleme, TMK m. 193'te öngörülen, eşlerin birbirleri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi serbestçe yapabileceklerine ilişkin kurala Türk Borçlar Kanunu'nun getirdiği bir istisna niteliğindedir¹²⁰.

Yeni düzenleme ile birlikte artık borçlusuna geniş sorumluluk yükleyen garanti sözleşmeleri açısından da eşin rızasının alınması zorunluluğu getirilmiştir. TBK m. 584/I-II'e göre; *“(I)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. (II)Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için eşin rızası gerekmez.”*

¹²⁰ **Baş, Ece:** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler, İÜHF.M., C. LXX, İstanbul 2012, s. 116; **Kırca, İsmail:** Türk Borçlar Kanunu Tasarısı-Kefalette Eşin İzni, Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 438.

Kanun metninde kefalet sözleşmesinin geçerli olarak kurulması için hangi hallerde eşin rızasının gerektiğini ayrıntılı bir şekilde hükme bağlamıştır. Emredici olan bu düzenlemeden, eşlerin feragat etmesi mümkün değildir¹²¹.

Türk Borçlar Kanununa göre kefalet sözleşmesinde eşin rızası en geç sözleşmenin kurulması anında verilmelidir. Dolayısıyla bu durumda imzalanmış bir sözleşmeye eşin daha sonra icazet vermesi sözleşmeyi geçerli kılmaz¹²². Zira bahsettiğimiz bu şartlar sözleşmenin geçerlilik şartlarını oluşturmaktadır. Madde hükmünde her ne kadar rıza kavramı kullanıldıysa da terminoloji olarak "*rıza*" çok isabetli olmamıştır¹²³. Zira rıza kavramı, izin ve icazet kavramlarını da kapsayan bir üst kavramdır. Madde hükmünde ise iznin en geç sözleşmenin kurulması anına kadar verilmiş olması gerektiğinden bahsetmektedir. Dolayısıyla da eşin icazet vermesi sözleşmeyi geçerli kılmamaktadır. Bu nedenle rıza kavramı yerine iznin kavramının kullanılmasının daha yerinde olacağı kanaatindeyiz. Ancak kanun terminolojisinden ayrılmamak adına çalışmamızda rıza kavramı kullanılmaya devam edilecektir.

Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe ilk girdiğinde; yukarıdaki hükümden de anlaşılacağı üzere, bir kişiye kefil olurken eşinin rızasını almak zorunluluğu getirilmişti. Bu zorunluluk getirilirken, tacirler ve normal kişiler açısından fark gözetilmemiş herkes aynı hükümlere tabi kılınmıştı.

¹²¹ **Baş**, s. 117; **Kırca**, s. 438.

¹²² **Öz**, s. 123; **Barlas, Nami**: Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler (Derleyen, M. Murat İnceoğlu), XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 362.

¹²³ **Kırca**, dpn. 2, s. 435.

Kişiler arasında fark gözetilmemesi; ticari hayat açısından ciddi sıkıntıları beraberinde getirmekteydi. Zira, artık tacirler bir kefalet ya da teminat ilişkisi içerisine girerken eşlerinin de rızasını almak zorundaydı. Bu da tacirin itibarı ve ticari hayatın seriliği ile bağdaşmamaktaydı. Bu sıkıntılar neticesinde 28/03/2013 tarihli değişiklikle Türk Borçlar Kanununa tacirler açısından yeni bir hüküm eklenmiştir. Hüküm'e göre; *"Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya 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, 27/12/2006 tarihli ve 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 aranmaz. (TBK m. 584/III)"*. Bu hükümle birlikte artık, ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından kanunda sayılan işlerle sınırlı olarak verilecek kefaletlerde eşin rızası aranmayacaktır. Bu hüküm atıf yolu ile diğer teminat nitelikli sözleşmelere de uygulanacaktır.

Eşin rızası için herhangi bir özel yazılı şekil şartı aranmadığı için bu rızanın adi yazılı şekilde verilmesi yeterlidir. Ayrıca rızanın içeriğinden de bahsedilmemiştir. Rıza için önemli olan eşin yapılan sözleşmenin içeriğinden ve doğuracağı sonuçlardan haberdar olduğunun anlaşılmasıdır¹²⁴.

¹²⁴ Zevkliler-Gökyayla, s. 669; Baş, s. 122-123.

TBK'nın 583/III. maddesine göre kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler, kefalet için öngörülen şekle uyulmadıkça hüküm doğurmayacaktır. TBK m. 13'de yer verilen *“(I)Kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur. Ancak, sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler bu kuralın dışındadır. (II)Bu kural, yazılı şekil dışındaki geçerlilik şekilleri hakkında da uygulanır.”* hükmüne göre değerlendirme yapılmalı ve garanti sözleşmelerinde yapılan ve garanti verenin borcunun artmasına sebep olan değişiklikler açısından eşin rızası aranmalıdır.

E. Ehliyet Şartı

Garanti sözleşmesinin kefalet sözleşmesi için getirilen ehliyet sınırlamalarına tabi olmaması da Türk Borçlar Kanunu tarafından bertaraf edilmiştir.

Kefalet sözleşmesi akdedebilmek için kişi tam fiil ehliyetine sahip olmalıdır. Artık aynı kural garanti sözleşmeleri için de geçerlidir. Bu düzenleme, bizce son derece yerinde olmuştur. Bu sayede kefalet sözleşmelerinden daha ağır yükümlülükler getiren ve kişinin iflasına neden olabilecek kapsamdaki garanti sözleşmelerinin, ehliyet sınırlamasına tabi olmadan yapılmasının önüne geçilmiştir. Garanti sözleşmesinin ehliyet sınırlamalarına tabi olması; garanti sözleşmesi yapmak isteyen, ehliyetsiz konumdaki kişinin temsilcisini de bağlar duruma getirmiştir. TMK m. 449' e göre; *"Vesayet altındaki kişi adına kefil olmak, vakıf kurmak ve önemli bağışlarda bulunmak yasaktır."* Dolayısıyla yasal temsilcinin de, ehliyetsiz kişi adına garanti sözleşmesi yapması yasak hale gelmiştir.

§2. GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN TÜRLERİ

I. Genel Olarak

Garanti sözleşmeleri; teminatı amaçlayan (kefalet benzeri) garanti sözleşmeleri ve saf (yöneltmeyi amaçlayan) garanti sözleşmeleri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

İki sözleşme çeşidi de amaçlarında farklılık olsa da nihayetinde garanti alanı çeşitli risklere karşı korumayı amaçlayan sözleşmelerdir. Teminatı amaçlayan garanti sözleşmelerinde garanti veren, garanti alanı uğrayacak olduğu mameleki zararlardan korumaya çalışmaktadır. Yöneltmeyi amaçlayan (saf) garanti sözleşmelerinde ise garanti verenin temel amacı garanti alanı mameleki zarara uğramaktan kurtarmak değil; belli bir işe girişmeye, belli bir hareket tarzına yöneltmeye çalışmaktır. Bu tür sözleşmelerde riski üzerine almak, belli bir işe sevk etmek amaç değil araçtır.

II. Teminatı Amaçlayan (Kefalet Benzeri) Garanti Sözleşmeleri

Kefalet sözleşmesi ve teminatı amaçlayan garanti sözleşmeleri sıklıkla karıştırılmaktadır. Teminatı amaçlayan garanti sözleşmelerine kefalet benzeri garanti sözleşmesi denmesi de bu yüzdendir. Her iki sözleşme de teminat amacıyla yapılıyor olmasına karşın iki sözleşme unsurları ve teminat kapsamı bakımından farklılık arz etmektedir. Teminatı amaçlayan, başka bir deyişle kefalet benzeri garanti sözleşmelerinin teminat kapsamı daha geniştir. Zira kefalet asıl borçlunun sadece kusurlu olan davranışları sonucunda borcunu yerine getirmemesi halini kapsarken, garanti sözleşmesi temel ilişkiden bağımsız olarak gerçekte mevcut olmama tehlikesi altında olan borcu da kapsamaktadır¹²⁵.

¹²⁵ Tandoğan, (Borç İlişkileri), s. 804.

Bu karışıklığın temelinde kefalet sözleşmesinin Türk Borçlar Kanunu'nda ayrıntılı düzenlemeye bağlanmış olmasına rağmen, garanti sözleşmesinin düzenlemeden yoksun olması yatmaktadır¹²⁶.

Tandoğan'a göre¹²⁷; “*Garanti verenin teminat sağlamak amacıyla temel ilişkideki alacaklıya karşı, temel ilişkideki borçtan bağımsız olarak, borçlunun edimi için sorumlu olmayı yüklediği sözleşmedir.*”

Yavuz'a göre¹²⁸; “*Garanti verenin, teminat sağlamak amacıyla temel ilişkideki alacaklıya karşı, temel ilişkideki borçtan bağımsız olarak, borçlunun edimi için sorumlu olmayı taahhüt ettiği garanti sözleşmesidir.*”

Gümüş'e göre¹²⁹; “*Garanti verenin garanti alanın tarafı olduğu bir borç ilişkisinde asıl borçlunun (lehtarın) borcunu hiç veya gereği gibi veya zamanında ifa etmemesinden dolayı sorumlu olmayı, garanti alan ve asıl borçlu arasındaki temel borç ilişkisinin varlığı, geçerliliği ve takip edilebilirliğinden bağımsız olarak taahhüt ettiği garanti sözleşmesi türüdür.*”

Kanaatimize göre teminatı amaçlayan garanti sözleşmeleri; garanti verenin garanti alanın taraf olduğu bir borç ilişkisinde asıl borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi halinde riskin gerçekleşmesine binaen, asıl borç ilişkisinden

¹²⁶ **Bostancı, Şebnem:** Kefalet ve Müteselsil Borçluluk İlişkisi, www.hukukiboyut.com/arsiv/d20091123131545.pdf. (E.T.:17/12/2013).

¹²⁷ **Tandoğan,** (Borç İlişkileri), s. 804.

¹²⁸ **Yavuz,** s. 708.

¹²⁹ **Gümüş,** s. 655.

bağımsız olarak, temin edilen tutar nispetinde sorumlu olmayı üstlendiği sözleşme şeklinde tanımlanabilir.

Kefalet sözleşmesi yanında teminatı amaçlayan garanti sözleşmesine ihtiyaç duyulması; kefaletin fer'i, garanti verenin yükümlülüğünün asıl borçtan bağımsız asli nitelik taşımasından kaynaklanmaktadır¹³⁰. Çünkü teminat amaçlı garanti sözleşmeleri ile garanti veren, asıl borçlunun kusursuz imkânsızlık sebebiyle sorumluluktan kurtulduğu, asıl borç ilişkisinin borçlunun iptal hakkını kullanarak ortadan kaldırdığı, hatta asıl borç ilişkisinin hükümsüz olarak doğduğu durumlarda borçlunun edimini yerine getirmemesinden dolayı sorumluluk altına girmeyi taahhüt edebilmektedir¹³¹. Görüldüğü üzere teminatı amaçlayan garanti sözleşmelerinin koruma alanı daha geniştir ve dolayısıyla garanti alana kefalet sözleşmesi ile elde edemeyeceği hakları bahşetmektedir.

III. Yönelmeyi Amaçlayan (Saf) Garanti Sözleşmeleri

Teminatı amaçlayan garanti sözleşmelerinde garanti veren, garanti alanı uğrayacak olduğu mameleki zararlardan korumaya çalışmaktadır. Yönelmeyi amaçlayan (saf) garanti sözleşmelerinde ise garanti verenin temel amacı garanti alanı mameleki zarara uğramaktan kurtarmak değil, belli bir işe girişmeye, belli bir hareket tarzına yönelmeye çalışmaktır. Bu tür sözleşmelerde riski üzerine almak, belli bir işe sevk etmek amaç değil araçtır.

¹³⁰ **Yavuz**, s. 708; **Tandoğan**, (Borç İlişkileri), s. 804.

¹³¹ **Yavuz**, s. 708.

Tandoğan'a gre¹³²; "Garanti alanı mameleki zarara korumayı amaç edinmeyen, çoğu zaman garanti alanın hareket tarzını etkilemek için davranışın garanti alan için taşıdığı tehlikeyi üzerine aldığı sözleşme türüdür."

Yavuz'a gre¹³³; "Garanti verenin garanti alanı belirli bir davranışa yönelmek amacıyla bu davranıştan o kişi için doğacak tehlikeleri kısmen ya da tamamen üzerine alması borcu doğuran bağımsız nitelikte bir sözleşme türüdür."

Gümüş'e gre¹³⁴; "Garanti verenin bir borcun konusunu oluşturan edimin yerine getirilmemesi dışında kalan riskleri üstlendiği garanti sözleşmesidir."

Saf garanti sözleşmelerinde temel amaç her ne kadar bir işe sevk etmek ise de yine de bu sözleşmelerde mameleki bir taahhüt bulunmayacağı anlamına gelmemektedir.

ř3. GARANTİ SöZLEşMESİNİN BENZER SöZLEşME TÜRLERİNDEN AYIRT EDİLMESİ

I. Kefalet Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi

A. Genel Olarak

Garanti sözleşmeleri ve kefalet sözleşmeleri arasında ayırt edilebilirlik sorunu yaşatan tür daha önce de bahsettiğimiz gibi kefalet benzeri garanti sözleşmeleridir. Yine de saf garanti sözleşmelerini de kapsayacak şekilde; garanti ve kefalet sözleşmeleri arasındaki farklardan ve nitelendirme yapmak için kullanmamız gereken kıstaslardan bahsetmek gerekmektedir. Tarafları hak kaybına uğratmamak,

¹³² Tandoğan, (Borç İlişkileri), s. 806.

¹³³ Yavuz, s. 710.

¹³⁴ Gümüş, s. 656.

tarafları gereksiz yükümlülükler altına sokmamak ve haksız kazançlar sağlanmasını önlemek amacıyla bu ayrımı yapmak çok önemlidir.

B. Kefalet Sözleşmesi ve Garanti Sözleşmesi Arasındaki Farklar

1. Yasal Düzenlemeye Konu Olup Olmama

İki sözleşme türü arasındaki en belirgin fark kefalet sözleşmesi çok ayrıntılı bir şekilde yasal düzenlemeye konu olmasına rağmen, garanti sözleşmesine ilişkin olarak herhangi bir yasal düzenleme bulunmamasıdır. Garanti sözleşmesine ilişkin özellikler ise TBK m. 603'deki atıf usulü ile getirilen kısmi düzenleme hariç genel hükümler, doktrin ve Yargıtay kararları doğrultusunda şekillenmektedir.

Garanti sözleşmesine ilişkin ihtilaflara genel hükümler doğrultusunda çözüm bulunmaya çalışılıyor olsa da doktrindeki görüş farklılığı, Yargıtay'ın verdiği kararların değişkenlik göstermesi gibi çeşitli sebeplerle garanti sözleşmeleri konusunda uygulamada istikrar sağlanamamaktadır. Bu nedenle kefalet sözleşmesi gibi sık kullanılan fakat kefalet sözleşmesinden daha ağır sorumluluk barındıran garanti sözleşmeleri ayrıntılı şekilde hukuki düzenlemeye kavuşturulmalıdır.

2. Aslilik - Fer'ilik İlişkisi

a. Genel Olarak

Garanti sözleşmeleri kefalet sözleşmesinden farklı olarak teminat verene asıl borç ilişkisinden bağımsız bir borç yükler¹³⁵. Asıl borç ilişkisi geçersiz olsa bile

¹³⁵ “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) mevcut olmasıdır ve verilen teminat ile o borcun ödenmesi sağlanmaktadır.” Y. 13. HD. 06.04.2010 T. 2009/13412 E. 2010/4484 K. (Yayımlanmamış Karar);

garanti verenin borcu devam eder¹³⁶. Bazen bu ayrımı çok net yapmak mümkün olmayabilir. İşte bu gibi durumlarda fer'iliği ve asliliği tespiti yarayan kıstaslardan yararlanmak gerekmektedir. Tespit edilen kıstas tek olabileceği gibi birden fazla kıstas bir arada da bulunabilir. Bu takdirde aslilik veya fer'ilik lehine yorum kolaylaşır.

b. Aslilik –Fer'ilik ilişkisini Ayrılmaya Yarayan Kıstaslar

aa. Teminat Sözleşmesinde Temel Borç İlişkisine Atıfta Bulunulması

Teminat veren asıl edim yükümüne tümüyle paralel şekilde taahhütte bulunmuşsa ve temel edimi nazara alarak kendi edimini bağımsız bir biçimde tanımlamak yerine, bizzat temel edimin ifa edilmemesinden doğacak sonuçları üstlenircesine hareket etmişse bu durum taahhüdün fer'iliğini ve kefalet sözleşmesinin varlığını gösterir¹³⁷. Buna karşılık; teminat veren asıl borç ilişkisinden bağımsız olarak ve ondan tümüyle soyutlanmış tarzda ve detaylı biçimde kendi edimini tanımlıyorsa¹³⁸, taahhüdün asliliğini ve garanti sözleşmesinin varlığını gösterir.

“Garanti sözleşmesi, asıl borçlu ile alacaklı arasında yapılan sözleşmeden bağımsız olup, kefalet sözleşmesinde kefilin sorumluluğu asıl borcun geçerliliği ve devamına bağlıdır.” Y. 11. HD. 14.05.2013 T. 2011/7082 E. 2013/9886 K. (Yayımlanmamış Karar).

¹³⁶ *“...kefalette, kefilin sorumluluğu asıl borcun geçerli oluşuna ve devamına bağlı iken, bir tür üçüncü kişinin filini taahhüt niteliği taşıyan garanti sözleşmesi bağımsızlık ilkesi gereğince bu koşullara tabi tutulmamıştır.”* YHGK. 3.12.2008 T. 2008/19-729 E. 2008/718 K. (Yayımlanmamış Karar).

¹³⁷ **Barlas**, s. 957; **Turan**, s. 34; **Gümüş**, s. 659.

¹³⁸ **Barlas**, s. 957; **Gümüş**, s. 659.

Alt ilişkideki sözleşmeye atıf yapılmış olmasının çoğunlukla kefalet sözleşmesinin varlığını işaret ettiği kabul edilmiştir. Yeni bir görüşe¹³⁹ göre; alt ilişkideki sözleşmeye atıf yapılmış olması sözleşmenin niteliğinin belirlenmesinde yeterli değildir. Bununla birlikte teminat amacının da tespit edilmesi gerekliliğinden bahsedilmesi gerekmektedir¹⁴⁰. Zira teminatların çoğunun da konusunu genellikle başka bir borç ilişkisi oluşturur. Asıl sözleşmeye atıfta bulunulmuş olması bağımsız garantiler açısından da mümkündür. Özellikle de banka garanti sözleşmeleri açısından bu duruma sıkça rastlanılmaktadır. Çünkü bankalar meblağları çok yüksek ve soyut içeriği olan garantileri hazırlamayı veya imzalamayı reddetmekte¹⁴¹ ve asıl sözleşmeye atıf yaparak bu durumu bertaraf etmektedirler.

bb. Def'i ve İtirazlardan Tamamiyle Feragati Gösteren Beyanların Bulunması

Sözleşmeyi yapan taraf def'i ve itiraz haklarından sadece tartışma ve rehlin paraya çevrilmesi def'ilerinden vazgeçerse, ortaya müteselsil kefalet yaklaşan bir sözleşme türü çıkar¹⁴². Mevzuatımızda bu yönde bir yasak olmamasına rağmen İsviçre Borçlar Kanununda kefilin kendisine tanınan def'i ve itiraz haklarından önceden feragat etmesi yasaklanmıştır¹⁴³.

¹³⁹ **Barlas**, s 957; **Develioğlu**, s. 243.

¹⁴⁰ **Develioğlu**, s. 243.

¹⁴¹ **Develioğlu**, s. 243.

¹⁴² **Gümüş**, s. 659.

¹⁴³ **Barlas**, s. 959 dnp 46'dan naklen İsviçre BK; “*Kanundan aksi yönde bir sonuç çıkarılmadıkça, kefil kendisine bu bapta tanınan haklardan önceden feragat edemez*”.

Tartışma, rehnin paraya çevrilmesi ve asıl sözleşmeden doğan tüm def'i haklarından vazgeçen taahhüt edenin, temel borç ilişkisiyle ilgilenmediği, temel borç ilişkisinden bağımsız olarak kendi taahhüdü çerçevesinde sorumlu olacağı¹⁴⁴ sonucu ortaya çıkar ki bu da garanti sözleşmesinin varlığına işaret eder¹⁴⁵. Örneğin; işgal altındaki bir memlekette bulunan bir tacirin sattığı ve parasını peşinen alacağı malların, İsviçre'deki alıcıya salimen teslimi için teminat veren taşıma ortaklığının bu taahhüdü, Federal Mahkeme tarafından bir garanti vaadi niteliğinde görülmüştür¹⁴⁶. Çünkü taşıma ortaklığı asıl borçluyu borcundan kurtarabilecek şartlar altında dahi edimin yapılacağını temin etmiştir¹⁴⁷.

cc. Ödemenin Belli Bir Edimin Yerine Getirilmediğini veya İfa Edilmediğini Tespit Eden Bir Belge Karşılığında Olacağının Belirtilmesi

Ödemenin, belli bir edimin yerine getirilmediğini veya ifa edilmediğini tespit eden bir belge karşılığında olacağının belirtilmesi garanti sözleşmesinin varlığına işaret eder. Çünkü burada bir sonuç olarak doğrudan ve sadece edimle ilgilenilmekte, neticede edimin yerine getirilmiş olmaması olgusu ödeme için yeterli sayılmakta; bunun sebepleri ve temel ilişkide asıl borçlu ile alacaklı arasında geçen hadiseler nazara alınmamaktadır¹⁴⁸.

¹⁴⁴ **Turan**, s. 35.

¹⁴⁵ **Develioğlu**, s. 237; **Tandoğan**, (Borç İlişkileri), s. 824; **Gümüş**, s. 659; **Barlas**, s. 959-960; Y. 19. HD. 14.10.1996 T. 1995/10469 E. 1996/9005 K. www.kazanci.com (E.T.:17/12/2013)

¹⁴⁶ **Tandoğan**, (Borç İlişkileri), s. 821.

¹⁴⁷ **Tandoğan**, (Borç İlişkileri), s. 821.

¹⁴⁸ **Barlas**, s.966; **Gümüş**, s. 661.

Eğer teminat veren, alacaklıya karşı, ancak asıl borçlunun borcunu kusurlu olarak yerine getirmemesi hali için sorumluluk üstleniyorsa ve asıl borçlunun temel borç ilişkisinden kaynaklanan borçlarına aykırı davrandığını gösteren bir belgenin ibrazı öngörülüyorsa bu durum taahhüdün fer'i nitelik taşıdığını gösterir ve kefalet sözleşmesinin varlığına delalet eder¹⁴⁹.

dd. Sorumluluğun Müteselsil Olduğunun Belirtilmesi

Teminat veren eğer asıl borçlu ile birlikte müteselsil olarak sorumlu olmayı üstlenerek doğrudan temel borç ilişkisine atıf yapmış ve asıl borçlunun sorumluluğuna paralel bir sorumluluk üstlenmişse bu takdirde fer'ilikten ve dolayısıyla kefalet sözleşmesinin varlığından söz edilir.

Garanti sözleşmelerinde ise müteselsil sorumluluk altına girilemez. Çünkü bağımsızlık garanti sözleşmelerinin esaslı unsurlarındandır. Bu nedenle müteselsil sorumluluk garanti sözleşmesinin niteliğiyle bağdaşmaz¹⁵⁰.

ee. Edimin Kusurlu Olarak Yerine Getirilmemesi Şartına Bağlı Bir Taahhüt Bulunması

Teminat veren, alacaklıya karşı, ancak asıl borçlunun borcunu kusurlu olarak yerine getirmemesi hali için sorumluluk üstleniyorsa bu durum taahhüdün fer'i nitelik taşıdığının göstergesidir ve kefalet sözleşmesi lehine delil teşkil eder¹⁵¹.

Herhangi bir kusur şartına bağlanmadan sadece borcun yerine getirilmemesi durumunda sorumluluk üstleniliyor ise aslilik vardır. Çünkü garanti sözleşmesinde

¹⁴⁹ **Barlas**, s. 966.

¹⁵⁰ **Turan**, s. 39.

¹⁵¹ **Barlas**, s. 966; **Tandoğan**, (Borç İlişkileri), s. 827.

edimin kusurlu ya da kusursuz olarak yerine getirilip getirilmediği değil, yerine getirilmemesi neticesinde riskin doğması önemlidir. Aslilik unsuru ise garanti sözleşmesinin varlığına esas teşkil eder.

ff. Lehine Teminat Verilen Borçlunun Taahhüt Ettiği Edimin Sınırlarını Aşan Teminat Verilmesi

Taahhüt veren asıl borç ilişkisinin tutarı kadar teminat verdiği takdirde ortada bir kefalet sözleşmesinin varlığından, eğer teminat verilen tutar asıl borç ilişkisindeki tutarları aşacak şekilde ise bu takdirde garanti sözleşmesinin varlığından bahsedilebilir¹⁵². Ancak belirtilmelidir ki, taahhüt edilen tutarda borcun ifa edilmesi nedeniyle meydana gelen azalmalar sözleşmeyi kefalet sözleşmesine dönüştürmez¹⁵³.

3. Def'i ve İtirazlarının İleri Sürülüp Sürülememesi

Def'i, borçlunun alacaklının hakkını kabul etmekle birlikte sahip olduğu özel sebeplere dayanarak borcunu geçici veya sürekli olarak ifadan kaçınma hakkıdır. Def'ileri hâkim re'sen nazara alamaz; mutlaka taraflarca ileri sürülmesi gerekmektedir. İtiraz, alacaklının hakkının doğmadığını ya da hakkın artık mevcut olmadığını ileri sürülmesidir. İtiraz ise hâkim tarafından re'sen nazara alınır. Başka bir deyişle taraflar ileri sürmeseler dahi hâkim itiraza konu hakkın var olup olmadığını inceler. Kefalet sözleşmesinde kefil hem kendi kefalet ilişkisinden dolayı def'i ve itiraz haklarına sahip olduğu gibi asıl borç ilişkisinden kaynaklı olarak asıl

¹⁵² Reisoglu, (Garanti Sözleşmesi), s. 344.

¹⁵³ Develioğlu, s. 244.

borçlunun sahip olduğu def'i¹⁵⁴ ve itiraz¹⁵⁵ haklarına da sahiptir¹⁵⁶. Oysa ki, garanti sözleşmesinde garanti veren asıl borç ilişkisinden bağımsız olarak borç ilişkisine girmesinden dolayı sadece kendisinin imzalamış olduğu sözleşmeden kaynaklı olarak def'i ve itiraz hakkına sahiptir¹⁵⁷. Asıl borç ilişkisinde lehtara ait olan ve asıl borç ilişkisinin geçerliliğini etkileyecek hiçbir def'i ve itirazdan yararlanamaz¹⁵⁸.

¹⁵⁴ **Reisoğlu, Safa:** Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayıncılık, 23. Bası, İstanbul 2012, s. 40.

¹⁵⁵ **Reisoğlu, Safa:** s. 4.

¹⁵⁶ **Canbolat, Ferhat-Topuz, Seçkin:** Kefalet ile Garanti Ayırımının Önemi ve Ayrımda Uygulanacak Kıstaslar, TBB Dergisi, S. 78, 2008, s. 61; **Yavuz,** s. 657; **Tandoğan,** (Borç İlişkileri), s. 818; **Turan,** s. 32; **Zeyneloğlu,** s. 140; **Hatemi-Gökyayla,** s. 296; **Oğuzman-Öz,** (Cilt II), s. 396.

¹⁵⁷ **Hatemi-Gökyayla,** s. 296; **Oğuzman-Öz,** (Cilt II), s. 394; “...kefil, borçluya ait def'ileri alacaklıya karşı ileri sürebilme hakkına sahipken, garanti akdinde teminat veren kişiye bu hak tanınmış değildir.” YHGK. 3.12.2008 T. 2008/19-729 E. 2008/718 K. (Yayımlanmamış Karar); YHGK. 02.05.2007 T. 2007/12-241 E. 2007/239 K. (Yayımlanmamış Karar).

¹⁵⁸ **Tandoğan,** (Borç İlişkileri), s. 818 dnp 49'dan naklen “Taksitle yapılan bir satışta alıcının taksitle ödeme şartlarını ihlal etmesi ve durumun yazı ile kendisine bildirilmesi halinde; alıcının rızasını ve mahkemeden hüküm almaya hacet olmaksızın bedelin tamamının ödenmesini taahhüt eden bankanın bu taahhüdünün garanti sözleşmesi niteliğinde olduğu ve alıcının satış sözleşmesinden doğan def'ilerini özellikle geçerli muacceliyet şartı bulunmadığı def'ini ileri süremez.” Y. 11. HD. 09.05.1974 T. 951 E. 1601 K.; “banka garanti akdi nedeniyle garanti alana karşı, fiilini taahhüt ettiği borçlunun def'ilerini ileri süremez. Ancak teminat mektubunun zamanaşımına uğraması, sahte olması gibi sırf kendine ait def'ileri sürebilir. Bunlar dışında itiraz ve dava hakkı ileri sürülemez.” Yargıtay HGK 21.07.1981 T. 11/1941-560; “Teminat mektubu veren banka ile muhatap arasındaki sözleşme garanti sözleşmesi niteliğinde olup, bankanın sorumluluğu fer'i olmayıp asıl borçtan bağımsız ve asıldır. Bu nedendir ki, banka sadece borçluya (lehdara ait) def'ileri, muhataba karşı ileri süremez.” Y. 8. HD. 25.09.2012 T. 2012/5983 E. 2012/8046 K. (Yayımlanmamış Karar); Y. 8.

4. Rücu Hakkına Sahip Olup Olmama

Hukukumuzda rücu hakkının TBK m. 62/II'den geldiği kabul edilmekte ve TBK m. 168 ve 169 ile birlikte bu hakkın değerlendirilmesi gerekmektedir. Rücu hakkı hukukumuzda müteselsil borçluluktan kaynaklı olarak halefiyet ilkesince vücut bulmaktadır. Garanti verenin hak ve borçları arasında yer alan rücu hakkı konusu daha sonra ayrıntılı olarak anlatılacaktır¹⁵⁹.

5. İfayı Kabule Zorlama

Borçlu ödeme yapmak istediğinde alacaklıdan ödemeyi kabul etmesini her zaman isteyebilme hakkına sahiptir (TBK m. 593). Buna karşılık ödeme haklı bir sebep olmaksızın kabul edilmediği takdirde kefil borçtan kurtulur¹⁶⁰. Garanti veren açısından ise bu şekilde bir hak mevcut değildir. Zira, garanti verenin borcu ve asıl sözleşmenin borçlusunun borcu farklıdır. Riskin gerçekleşmesinden sonra asıl borçlunun borcunu ifa etmiş ya da etmemiş olması önem taşımaz. Bu halde garanti verenin borcu bir kez doğmuştur ve artık ödemesi gerekmektedir; asıl borçlu ödeme yapmaya zorlanamaz.

6. Teminattan Kurtarılmayı İsteme

TBK m. 595'te kefil için bazı hallerde kendisine asıl borçludan güvence isteme ve borçtan kurtulabilme imkanı tanınmıştır. Bu haller; asıl borçlunun, kefile karşı üstlendiği yükümlülöklere, özellikle belli bir süre içinde kendisini borçtan kurtarma vaadine aykırı davranması, asıl borçlu temerrüde düşmüşse veya yerleşim

HD. 25.03.2013 T. 2013/773 E. 2013/4250 K. (Yayımlanmamış Karar).

¹⁵⁹ Bkz. 3. Bölüm, §1., II.,A., 1., b.

¹⁶⁰ **Turan**, s 33.

yerini diğer bir ülkeye nakletmesi yüzünden takibat önemli ölçüde güçleşmişse ya da asıl borçlunun mali durumunun kötüleşmesi, güvencelerin değer kaybetmesi veya borçlunun kusuru sonucunda kefil için mevcut tehlike, kefaletin yapıldığı tarihe göre önemli ölçüde artmasıdır.

Kefil için sağlanan bu teminat sözleşmenin fer'i nitelikte olmasından da kaynaklanmaktadır. Garanti sözleşmesinin ise bağımsız nitelikte olması sebebiyle asıl borç ilişkisinin ve borçlunun durumu önem arz etmemektedir. Bu nedenle de garanti veren açısından kefile tanınan imkan tanınmamıştır.

C. Garanti ve Kefalet Sözleşmesini Ayırmada Kullanılan Kıstaslar

Hukukumuzda taraflar, yapmış oldukları sözleşmeler için kendileri bir nitelendirme yapabilirler; fakat tarafların yaptıkları bu nitelendirme hâkimi bağlamaz¹⁶¹. Örneğin; taraflar aslında garantinin tüm şartlarını taşımasına rağmen yapmış oldukları sözleşmeyi kefalet ya da aynı şekilde kefaletin tüm şartlarını taşımasına rağmen sözleşmeyi ise garanti olarak adlandırabilirler. Bu nedenle tarafların nitelendirmesini dikkate almadan bu iki sözleşmeyi birbirinden ayırmak için çeşitli kıstaslarda yararlanmak gerekmektedir.

Garanti sözleşmesini kefalet sözleşmesinden ayırma konusunda ilk olarak TBK m. 19'a göre metin genel yorum ilkeleri kapsamında yorumlanmalı ve en önce

¹⁶¹ YHGK. 10.04.2002 T. 2002/19-182 E. 2002/217 K.; YHGK. 04.07.2001 T. 2001/19-534 E. 2001/583 K. www.kazanci.com (E.T.:17/12/2013).

tarafların iradesine değer verilmelidir¹⁶². Nitekim Yargıtay "*Bu kıstaslardan ilk grubu yardımcı olarak belirlenen kıstaslardır ki, bunlar ana hatları itibariyle sözleşmede kullanılan deyimler, üstlenilen riskin niteliği, borçlu yerine ifa veya tazminat ödeme yükümlülüğü, para borcunun tekeffülü veya bir fülün tekeffülü gibi kriterlerdir. Bunlar aşıağıda belirtilecek ana kıstaslar yanında kullanılan fer'i nitelikteki kriterlerdir.*" şeklinde bir karar vermiştirtir¹⁶³. Tarafların hazırlamış oldukları taahhüt metinlerinde metnin yorumlanması sonucunda bir netice elde edilemezse bu durumda doktrin tarafından belirlenen aslilil-fer'ilik, menfaat, aynen ifa-tazminat yükümlülüğü, ivaz ve kişıye yönelik ilgi kıstasları kullanılarak sözleşmenin hangisi olduğu belirlenmelidir. Eğer bu kıstaslar da kullanıldığı halde sözleşmenin türü belirlenememişse en son çare olarak kefalet karinesinden yararlanmak gerekmektedir¹⁶⁴.

1. Aslilik – Fer' ilik Kıstası

Aslilik ve fer'ilik, iki sözleşmeyi birbirinden ayırmak yönünde kullanılabilecek belki de en temel kıstastır. Garanti sözleşmesi asli, kefalet sözleşmesi ise fer'i niteliktedir. Sözleşmenin asli ve fer'i nitelikte olması sözleşmenin ifası konusunda çeşitli farklılıkları da beraberinde getirmektedir. Yargıtay'ın

¹⁶² **Barlas**, s. 952; **Hatemi-Gökyayla**, s. 290; Y. 11. HD. 25.01.2010 T. 2008/9803 E. 2010/681 K (Yayımlanmamış Karar); Y. 11. HD. 23.01.2013 T. 2012/203 E. 2013/1388 K. (Yayımlanmamış Karar); YHGK. 3.12.2008 T. 2008/19-729 E. 2008/718 K. (Yayımlanmamış Karar).

¹⁶³ Y. 11. HD. 28.01.2002 T. 2001/10654 E. 2002/506 K. www.kazanci.com (E.T.:17/12/2013).

¹⁶⁴ **Turan**, s. 34; **Barlas**, s. 967; **Reisoğlu**, (Garanti), s. 88; **Reisoğlu**, (Garanti-Kefalet), s. 88; **Tandoğan**, (Garanti), s. 30; **Tandoğan**, (Borç İlişkileri), s. 832; **Hatemi-Gökyayla**, s. 294; **Oğuzman-Öz**; (Cilt II), s. 394; Y. 11. HD. 28.01.2002 T. 2001/10654 E. 2002/506 K. www.kazanci.com (E.T.:17/12/2013).

kararında da bu kıstas "...doktrin ve anılan İçtihadı Birleştirme Kararında (11.6.1969 gün ve 1969/4-6 sayılı İBK.) belirlenmiş olan ana kıstaslara gelince; bunlardan ilki asli fer'i yükümlülük kriteridir. Buna göre, garanti veren bağımsız bir borç altına girmekte olup, bu yükümlüğün 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. Ana kıstaslardan 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 sağlamaya yönelik sözleşmenin ise garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerekmektedir." şeklinde belirtilmiştir¹⁶⁵. Yukarıda ayrıntılı olarak aslilik-fer'ilik ilişkisinden bahsedildiğinden tekrara düşmemek adına yollama yapmakla yetiniyoruz¹⁶⁶.

2. Menfaat Kıstası

Menfaat kıstasının garanti sözleşmesi ve kefalet sözleşmesi arasında ayırım yapmakta kullanılmasının ne kadar kullanışlı olduğu tartışmalıdır. Bir görüşe¹⁶⁷ göre; garanti sözleşmesinde taraflardan biri, ötekinin belli bir tarzda hareket etmesinde, bir teşebbüse girişmesinde doğrudan doğruya yarar sahibidir. Bu nedenle garanti veren, garanti alanı söz konusu hareket tarzına yöneltmek için bu hareket tarzından doğan

¹⁶⁵ Y. 11. HD. 28.01.2002 T. 2001/10654 E. 2002/506 K. www.kazanci.com (E.T.:17/12/2013).

¹⁶⁶ Bkz. 2. Bölüm §3., B., 2., b.

¹⁶⁷ Doğan, s. 41; YHGK. 3.12.2008 T. 2008/19-729 E. 2008/718 K. (Yayımlanmamış Karar).

riski üzerine almaktadır¹⁶⁸. Örneğin; garanti sözleşmesi niteliğindeki teminat mektubunu veren bankanın bundaki menfaati, mektup lehtarından temin edeceği vekâlet ücretidir¹⁶⁹.

Kefalet sözleşmesi de bir kimseyi ikinci bir kişiyle akid yapmaya razı etmek için kullanılabilir; fakat kefilin temin ettiği borca vücut verecek akdin yapılmasında, çoğu zaman doğrudan doğruya bir yararı yoktur¹⁷⁰. Y. 11. HD. 28.01.2002 T. 2001/10654 E. 2002/506 K. sayılı kararına¹⁷¹ göre; *"kefalet ilişkisinde kefalet verenin bu ilişkide bir yararlanma amacı olmadığı halde, garanti sözleşmesinde ilke olarak böyle bir teminat verenin yararı vardır."* Başka bir deyişle, menfaat kıstasını bu değerlendirmede dikkate alırken menfaatin doğrudan doğruya var olup olmadığına bakmamız gerekmektedir. Eğer doğrudan menfaat söz konusu ise, ortada bir garanti sözleşmesinin varlığından; dolaylı bir menfaat söz konusu ise, kefalet sözleşmesinin varlığından bahsetmek gerekecektir.

Diğer bir görüşe¹⁷² göre; menfaat kıstasından yararlanmaktan tümüyle vazgeçmekten ziyade diğer kıstaslarla birlikte yararlanılabilir.

¹⁶⁸ *"Ana kıstaslardan bir diğeri ise, "menfaat kıstası" olup, buna göre kefalet ilişkisinde kefalet verenin bu ilişkide bir yararlanma amacı olmadığı halde, garanti sözleşmesinde ise ilke olarak, teminat verenin bu ilişkiden bir yararı söz konusudur."* Y. 13. HD. 06.04.2010 T. 2009/13412 E. 2010/4484 K. (Yayımlanmamış Karar).

¹⁶⁹ **Akman**, s. 1675.

¹⁷⁰ **Doğan**, s. 41; **Somuncuoğlu, Ünal**: Bir Yargıtay Kararı İncelemesi ve Banka Teminat Mektupları, BATIDER, C. VIII, S. 1., 1975 s. 170.

¹⁷¹ Y. 11. HD. 28.01.2002 T. 2001/10654 E. 2002/506 K. www.kazanci.com (E.T.:17/12/2013).

¹⁷² **Barlas**, s. 962.

Bir diğer görüşe¹⁷³ göre ise; bu kriterden sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi konusunda yararlanılamaz. Çünkü garanti sözleşmesinde teminat veren şahsın bir menfaati olabileceği gibi kefil olan şahsın da çeşitli menfaatleri olabilir. Kanaatimize göre de bu kıstas iki sözleşmeyi birbirinden ayırmak konusunda objektif olamayacaktır. Zira her iki sözleşme de çeşitli amaçları bünyesinde barındıracağı gibi her iki sözleşme aynı amacı sağlamaya yönelik de olabilir. Bu nedenle bu kritere başvuru tek başına yarar sağlamayacaktır.

3. Aynen İfa - Tazminat Yükümlülüğü Kıstası

Aynen ifa ve tazminat garanti ve kefalet sözleşmeleri arasında doktrinde ayırım yapmada kullanılan bir diğer kıstastır. Gümüş'e göre¹⁷⁴; *“Kefilin asıl borçlunun borcunu ifa etmemesi durumunda ifayı onun yerine üstlendiği, oysa garanti sözleşmesinde garanti verenin sorumluluğunun ifanın gerçekleşmemesi halinde tazminat ödemekle sınırlıdır.”*

Gümüş'ün görüşünde de belirtildiği üzere kefalet verenin borcunun kefilin yerine ifa olduğu kısma katılmakla birlikte, garanti sözleşmesinden doğan borcun niteliğine ilişkin açıklamaya katılmamaktayız. Gümüş garanti sözleşmesinden doğan borcun bir tazminat borcu olduğunu kabul etmektedir¹⁷⁵. Ancak kanaatimizce garanti sözleşmesinden doğan borçta, borçlu tazminat borcunu değil kendisinin akdetmiş olduğu bir sözleşmeden doğan borcunu ifa etmektedir. Zira, sözleşmeden kaynaklanan bir tazminat borcunun ortaya çıkması için gerekli şartlar, borca aykırılık

¹⁷³ Barlas, s. 962 dpn. 51; Gümüş, s. 660.

¹⁷⁴ Gümüş, s. 661.

¹⁷⁵ Gümüş, s. 661; Hatemi-Gökyayla, s. 291.

unsurunun varlığı, zarar, illiyet bağı ve kusurdur. Ancak garanti sözleşmesinden doğan borç açısından bu şartlar oluşmamaktadır. Asıl sözleşme açısından tazminat şartlarının oluşması ise garanti sözleşmesi açısından bir tazminat borcu doğurmaz. Garanti sözleşmesinden soğan bir tazminat borcu ancak bu sözleşmeye dayalı olarak tazminat kriterleri ortaya çıkarsa vücut bulur. Bu nedenle bu kıstas iki sözleşme arasında ayrımda kullanılamaz.

4. İvaz Kıstası

İvaz unsurundan garanti sözleşmesinin unsurları bölümünde ayrıntılı olarak açıklanmıştır¹⁷⁶. Her iki sözleşme tipi de tek tarafa borç yükler. Taahhüt veren, taahhüdü karşılığında taahhüt lehtarından çeşitli yararlar elde edebilir; fakat bu bir ivaz değildir. Bu nedenle bu kıstas, bu iki sözleşmeyi birbirinden ayırmak konusunda pek yararlı değildir.

5. Kişiyeye Yönelik İlgili Kıstası

Kişiyeye yönelik ilgili kıstası, bir kişi lehine teminat verirken şahsının önem arz edip etmediği yönündeki kıstastır. Kişiyeye yönelik ilgili kıstasının doktrin tarafından garanti ve kefalet sözleşmelerini ayırmak konusunda kullanılabileceğini savunmaktadır. Yargıtay da aynı yönde karar vermiştir. Yargıtay kararları ve doktrin taahhüt veren, eğer kişi unsuruna yani kimin lehine taahhüt verdiği dikkat ederek veriyorsa, bu durumda kefalet sözleşmesinin varlığından, eğer kişiyeye değil de doğacak sonucu dikkate alarak veriyorsa garanti sözleşmesinin varlığından

¹⁷⁶ Bkz. Birinci Bölüm, §2., II., C.

bahsedileceğini kabul etmektedir¹⁷⁷. Nitekim Y. 11. HD. 28.01.2002 T. 2001/10654 E. 2002/506 K. sayılı kararına¹⁷⁸ göre; "*buna göre teminatın bir kişi gözönünde tutularak verilmesi kefalete işaret olacak böyle değil de objektif olarak belli bir sonucun gerçekleşmesi amacına yönelik olarak verilmesi halinde garanti sözleşmesinin amaçlandığı kabul edilecektir.*"

Yargıtay tarafından verilen bu karara biz katılmamaktayız. Zira hem garanti sözleşmesinde hem de kefalet sözleşmesinde her şeyden önce teminat verirken adına teminat verilen kişi önem arz etmektedir. Kefil olan, adına kefil olduğu kişinin şahsına dikkat ederek kefil oluyorsa da aynı husus garanti veren açısından da geçerlidir. Garanti veren de karşısındaki kişinin şahsını nazara alarak garanti vermektedir¹⁷⁹. Çünkü her iki sözleşme açısından da borcu temin eden kişi, rücu ilişkisi çerçevesinde kendi ödemiş olduğu tutarı, adına teminat verdiği kişiden tahsil etmek isteyecektir. Bu halde tanımadığı, ödeme gücünü bilmediği bir kişiye teminat vermeyecektir. Bu durum her iki sözleşme açısından da önem arz etmektedir.

¹⁷⁷ **Turan**, s. 37; **Gümüş**, s. 660; **Somuncuoğlu**, s. 170; "*Ana kıstaslardan sonuncusu ise, "kişiye yönelik teminat verme kıstası" olup, buna göre teminatın bir kişi gözönünde tutularak verilmesi kefalete işaretidir. Böyle değil de objektif olarak belli bir sonucun gerçekleşmesi amacına yönelik olarak verilmesi halinde ise, garanti sözleşmesinin amaçlandığı kabul edilmelidir.*" Y. 13. HD. 06.04.2010 T. 2009/13412 E. 2010/4484 K. (Yayımlanmamış Karar); YHGK. 3.12.2008 T. 2008/19-729 E. 2008/718 K. (Yayımlanmamış Karar).

¹⁷⁸ Y. 11. HD. 28.01.2002 T. 2001/10654 E. 2002/506 K. www.kazanci.com (E.T.:17/12/2013).

¹⁷⁹ **Barlas**, s. 963.

6. Şüphe Halinde Kefalet Karinesi

İki sözleşme arasındaki ayrımı yapmak için belirlenen kıstaslara rağmen sözleşmenin niteliği konusunda halen şüphe var olabilir. İşte bu gibi hallerde artık hukuki ilişkinin kefalet sözleşmesi olduğunu kabul etmek gerekir. Zira, tereddüt hallerinde taahhüt veren tarafın durumunu ağırlaştırıcı yoruma gidilemez¹⁸⁰.

II. Avalden Ayırt Edilmesi

A. Genel Olarak

TTK m. 700-702 arasında düzenlenen aval, poliçe veya bonodan doğan bir borcun ticari senetler hukukuna göre tekeffül etmesidir¹⁸¹. Aval sadece kambyo senetleri açısından var olan bir hukuki kurum olup bağımsız, soyut bir kambyo taahhüdü oluşturur¹⁸². Avalist, aval vererek bono bedelini temin eden kişiye denir¹⁸³. Aval verilerek poliçe bedelinin ödenmesi tamamen veya kısmen teminat altına alınabilir¹⁸⁴. Kambyo senedi ya da alonj üzerine belirtilmediği sürece avalin hiçbir geçerliliği yoktur. Aval, senetlerin ödenmesini güvence altına almış olacağı için senedin tedavül kabiliyetini kolaylaştıran bir kurumdur¹⁸⁵.

¹⁸⁰ Akman, s. 1675; Turan, s. 40; Gümüş, s. 661.

¹⁸¹ Tandoğan, (Borç İlişkileri), s. 713.

¹⁸² Ülgen, Hüseyin- Helvacı, Mehmet- Kendigelen, Abuzer- Kaya, Aslan: Kıymetli Evrak Hukuku, Güncellenmiş 7. Bası, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 171.

¹⁸³ Ülgen-Helvacı-Kendigelen-Kaya, s.170.

¹⁸⁴ Ülgen-Helvacı-Kendigelen-Kaya, s.170.

¹⁸⁵ Bozer, Ali-Göle, Celal: Kıymetli Evrak Hukuku, BTHAE Yayınları, Ankara 2013, s. 121; Şit, Başak: Türk Hukukunda Banka Kredisi Kavramı ve Buna Bağlı Sonuçlar, BTHAE Yayınları, Ankara 2011, s. 149.

Alman hukukunda avale poliçe garantisi denmekle birlikte aval garanti sözleşmesinden farklılık arzeder. Aval aynı zamanda kefalet sözleşmesinden de farklı bir kurumdur. Kefalet uygulanan hükümler kıyas yoluyla dahi aval için uygulanamazlar¹⁸⁶. Şu halde aval, kefalet ve garanti arasına sıkışmış her iki sözleşme ile benzer özellikler taşımakla birlikte aynı zamanda kendine münhasır özellikler taşıyan sözleşme niteliği tartışmalı bir teminat kurumudur. Avalin garanti ve kefalet sözleşmesinden ayrı bir teminat kurumu olduğunu BanK. m. 48'den anlayabiliriz. Zira madde hükmünde aval de ayrı bir kredi türü olarak sayılmıştır.

B. Garanti Sözleşmesi ve Aval Arasındaki Farklar

1. Hukuki İşlem Türü Bakımından

Garanti sözleşmesi ve aval arasındaki belki de en önemli fark garantinin bir sözleşme, avalin ise tek taraflı bir hukuki işlem olmasıdır¹⁸⁷. Avalin bir sözleşme olduğunu savunan görüşler¹⁸⁸ bulunmakla birlikte buna katılmamaktayız. Zira aval verenin poliçe metnine imza atması ile birlikte aval verilmiş olur ve borç altına girilmiş olur. Avalin geçerli olabilmesi için karşı tarafın kabul beyanına ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu nedenle de aval, sözleşme niteliğinde bir hukuki işlem değildir.

¹⁸⁶ **Tandoğan**, s. 713.

¹⁸⁷ **Poroy, Reha-Tekinalp, Ünal**: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 207; **Can, Mertol**: Kıymetli Evrak Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara 2011, s. 94; **Çeker, Mustafa**: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku, Yenilenmiş 5. Bası, Karahan Kitabevi, Adana 2012, s. 510.

¹⁸⁸ **Bahtiyar, Mehmet**: Kıymetli Evrak Hukuku, 8. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 74; **Öztaş, Fırat**: Kıymetli Evrak Hukuku, Güncelleştirilmiş 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s. 170.

2. Borçluluk Niteliği Bakımından

Aval veren asıl borçlu ile birlikte müteselsil olarak sorumludur¹⁸⁹. Senetten kaynaklı borcun tahsili için cirantaya başvurulabileceği gibi, ciranta adına aval veren avaliste de başvurulabilir. Garanti sözleşmesinde ise garanti veren ve asıl borçlu arasında müteselsil borçluluk ilişkisi bulunmamaktadır. Zira asıl borcu doğuran sözleşme ve teminat sözleşmesi olan garanti sözleşmesi birbirinden farklıdır.

3. Hâlefiyet İlişkisi Bakımından

Aval veren kişi, poliçe bedelini ödemediği takdirde, poliçeden dolayı lehine taahhüt altına girmiş olduğu kişiye ve ona, poliçe gereğince sorumlu olan kişilere karşı poliçeden doğan haklarını iktisap eder (TTK m. 702/III). Hâlbuki kefalet sözleşmesi ve garanti sözleşmesi arasındaki farklılardan bahsedilirken değinildiği üzere garanti sözleşmesinde hâlefiyet ilkesi geçerli değildir.

4. Sözleşmenin Şekli Bakımından

Aval şerhi, poliçe veya alonj üzerine yazılır¹⁹⁰. Senet dışında ayrı bir belge ile verilen teminat, aval olarak hüküm ifade etmez¹⁹¹. Garanti sözleşmesi ise asıl sözleşme ilişkisinden tamamen bağımsız olup asıl sözleşmeden farklı bir belgede vücut bulur.

¹⁸⁹ **Öztan**, s. 169; **Bahtiyar**, s. 75; **Poroy-Tekinalp**, s. 207; **Pulaşlı, Hasan**: Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s.166.

¹⁹⁰ **Öztan**, s. 169; **Bilgili, Fatih-Demirkapı, Ertan**: Kıymetli Evrak Hukuku, 3. Baskı, Dora Kitapçılık, Bursa 2012, s. 98.

¹⁹¹ **Bilgili-Demirkapı**, s. 98.

III. Müteselsil Borçluluktan Ayırt Edilmesi

A. Genel Olarak

Bir borç ilişkisinde taraflar birer kişi olabileceği gibi birden fazla kişi de olabilir¹⁹². Müteselsil borç, alacaklının birden çok borçlunun her birinden borcun tamamının ifasını isteyebildiği ve borcun tamamı ifa edilinceye kadar borçluların tamamının sorumlu olduğu borç ilişkisidir¹⁹³. Bu borçluluk türü; kanun hükmünden, hukuki işlemde ya da hakim kararından doğabilir¹⁹⁴. Hukuki işlemde kaynaklı olursa borca katılma ve sözleşmeye katılma¹⁹⁵; kanun hükmünden kaynaklı olursa, haksız fiil, yapının sebep olduğu zarar, bir malvarlığının ya da işletmenin devri, adi şirket örnek gösterilebilir¹⁹⁶. Kanun hükmünden kaynaklı müteselsil borçluluk; borçluların her birinin, sözleşme ya da yasa uyarınca alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olduğu, fakat borçlulardan birinin borcun ifası ile diğerinin de borçtan kurtulduğu borçluluk durumudur¹⁹⁷.

Adi borç ilişkilerinde, müteselsil borçluluk ilişkisi kendiliğinden doğmaz. Bu ilişkinin doğması için ya sözleşmede kararlaştırılmış olması gerekmektedir ya da kanun hükmünde yer almalıdır. Dolayısıyla müteselsil borçluluk karinesi kural

¹⁹² **Reisoğlu, Safa:** s. 440; **Kılıçoğlu,** s. 734; **Hatemi-Gökyayla,** s. 331.

¹⁹³ **Eren,** s. 1200.

¹⁹⁴ **Oğuzman-Öz,** (Cilt II), s. 441; **Reisoğlu, Safa:** s. 440; **Kılıçoğlu,** s. 736; **Nomer,** (Genel Hükümler), s. 332; **Hatemi-Gökyayla,** s. 332.

¹⁹⁵ **Kılıçoğlu,** s. 739.

¹⁹⁶ **Dağdelen, Ahmet Hakan:** 818 ve 6098 Sayılı Borçlar Kanunlarında Borçlular Arasında Teselsül, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, 67-78.

¹⁹⁷ **Reisoğlu, Safa:** s. 441.

olarak adi işlerde yoktur. Ticari borç ilişkilerinde ise bu karine ana kuraldır¹⁹⁸. Ticari işlerde bu kural bertaraf edilmek isteniyorsa bu hususta alacaklı ve borçlunun aralarında açık anlaşma kaydı olmalıdır¹⁹⁹.

B. Garanti Sözleşmesi ve Müteselsil Borçluluk Arasındaki Farklar

1. Borcun Kaynağı Bakımından

Müteselsil borçlulukta geçerli bir asıl borç mevcuttur ve bu asıl borç ile müteselsil borçlulardan her birinin borcunun sebebi aynıdır²⁰⁰. Her bir borçlu satım, kira, gibi aynı hukuki sebepten dolayı borç altına girmektedir²⁰¹. Garanti sözleşmesinde ise garanti verenin borcu ve asıl borçlunun borcu farklı sebeplere dayanmaktadır. Ayrıca garanti veren, garanti lehtarının borcunu temin ettiğinde ortada geçerli bir borcun varlığı olmak zorunda dahi değildir. Müteselsil borçlu olan kişilerin borçlanmalarına sebep olan sözleşme geçerli bir sözleşme olmalıdır.

2. Borçlulara Başvuru Bakımından

Müteselsil borçluluk ilişkisinde alacaklı borcun ifasını dilediği borçludan talep edebilme hakkına sahiptir²⁰². Garanti sözleşmesinde ise garanti veren ve asli

¹⁹⁸ **Reisoğlu, Safa:** s. 441; **Kılıçoğlu,** s. 738; **Nomer,** (Genel Hükümler), s. 332; **Hatemi-Gökyayla,** s. 333.

¹⁹⁹ **Kılıçoğlu,** s. 738.

²⁰⁰ **Kahyaoglu,** s. 43; **Eren,** s. 1200.

²⁰¹ **Kahyaoglu,** s. 43.

²⁰² **Erlüle, Fulya:** Müteselsil Kefalet ve Müteselsil Borçluluk Kavramlarının Karşılaştırılması, EHF.D., C. VII, S. 1-2., Erzincan 2003, s. 631; **Eren,** s. 1205; **Oğuzman-Öz,** (Cilt II), s. 441; **Reisoğlu, Safa:** s. 442; **Kılıçoğlu,** s. 740; **Nomer,** (Genel Hükümler), s. 330; **Hatemi-Gökyayla,** s. 335.

borçlu müteselsil olarak sorumlu değildir. Bu nedenle de asıl borç ilişkisinden kaynaklanan borç muaccel hale geldiğinde garanti alan lehtara başvurması gerekirken garanti verene başvuramaz. Garanti alanın garanti verene başvurabilmesi için garanti sözleşmesinden kaynaklanan borcun muaccel hale gelmesi gerekmektedir. Garanti alan aynı şekilde garanti sözleşmesinden kaynaklanan borç için lehtara da başvuramaz.

3. Def'ilerden Yararlanma Bakımından

Müteselsil borçlulukta; borçluların tamamı, aynı borç için borçlu olduklarından dolayı borcun geçerliliğini etkileyen şahsi ve her türlü müşterek def'iyi ileri sürebilme hakkına sahiptirler²⁰³. Garanti veren ise asıl borçlu ile aralarında müteselsil borçluluk ilişkisi söz konusu olmadığı için asıl sözleşme ilişkisinden kaynaklı def'ileri ileri süremeyecektir.

IV. Birlikte Borç Üstlenmeden Ayırt Edilmesi

Birlikte borç üstlenme, mevcut bir borcu eski borçlunun yanında yeni bir borçlunun da üzerine almasıdır²⁰⁴. Burada her iki borçlunun borçlarının sebebi aynıdır. Garanti veren ise; asıl borçlunun borcundan bağımsız olarak ve asıl borçlu ile herhangi bir bağımlılık ilişkisi içerisinde olmadan borcu teminat altına alır²⁰⁵. Birlikte borç üstlenen kişilerin borçtan sorumluluğu müteselsildir; bu nedenle müteselsil borçluluk ve garanti sözleşmesi arasındaki farkın anlatıldığı bölüme atıf

²⁰³ **Erlüle**, s. 631; **Eren**, s. 1206-1207; **Oğuzman-Öz**, (Cilt II), s. 448-453; **Reisoğlu, Safa**: s. 443; **Kılıçoğlu**, s. 741-742; **Nomer**, (Genel Hükümler), s. 333; **Hatemi-Gökyayla**, s. 335.

²⁰⁴ **Tandoğan**, s. 840.

²⁰⁵ **Hatemi-Gökyayla**, s. 294.

yaparak, söz konusu açıklamaların bu bölüm için de geçerli olduğunu belirtmekle yetiniyoruz²⁰⁶.

V. Şarta Bağlı Bağışlamadan Ayırt Edilmesi

Şarta bağlı bağışlamadan bahsetmeden önce bağışlamanın tanımını yapmak gerekmektedir. Bağışlama, TBK m. 285'te de belirtildiği üzere; *"bağışlayanın sağlararası sonuç doğurmak üzere, malvarlığından bağışlanana karşılıksız olarak bir kazandırma yapmayı üstlendiği sözleşmedir."*

Bağışlama tek tarafa borç yükleyen sözleşme türlerindedir. Sözleşmenin tek tarafa borç yükleyen sözleşme olması sözleşmenin mükellefiyetli ya da şarta bağlı olarak yapılmasına engel değildir. Zira mükellefiyet ya da şart birer ivaz değildir. Teknik anlamda şart; bir hukuki işlemin varlığının veya hukuki sonuçlarının gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği şüpheli bir olaya bağlanmasıdır²⁰⁷.

Şarta bağlı bağışlama; gerçekleşmesi kesin olmayan bir olaya bağlı olarak bağışlayanın başkasını karşılıksız olarak zenginleştirme kastıdır. Şarta bağlı bağışlamanın konusunu, temlik mümkün ve satış sözleşmesine konu olabilecek bir şey veya hak oluşturabilir²⁰⁸. Ayrıca alacaklının borçlusunu ibra etmesi ya da bir kişinin bağışlananın borcunu, bağışlananın zenginleşmesi amacıyla üzerine alması halinde de şartlı bağışlama bulunmaktadır²⁰⁹.

²⁰⁶ Bkz. İkinci Bölüm §3., III.

²⁰⁷ **Demiral Meltem**, Şartlı Bağışlama, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 6.

²⁰⁸ **Tandoğan**, (Borç İlişkileri), s. 344; **Demiral**, s. 7.

²⁰⁹ **Tandoğan**, (Borç İlişkileri), s. 342; **Demiral**, s. 7.

Şarta bağlı bağışlama ve garanti sözleşmesi her ikisi de tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler olması sebebiyle benzer görünmektedir; ancak birbirinden farklı özellik arz etmektedirler. İki sözleşme arasındaki ilk fark; şarta bağlı bağışlama karşılıksız ve zenginleştirme kastı ile yapılmasıdır. Garanti sözleşmesinde ise karşı tarafı zenginleştirme kastı bulunmamaktadır²¹⁰. Diğer bir fark ise, şarta bağlı bağışlama gelecekte gerçekleşmesi şüpheli bir olaya bağlanmaktadır²¹¹. Garanti sözleşmesi ise gelecekte ortaya çıkması şüpheli bir olaya bağlanmamaktadır²¹². Bir diğer fark ise, şarta bağlı bağışlama bir mal varlığının devri suretiyle yapılabileceği gibi, bir borçtan ibra etmek suretiyle de gerçekleştirilebilir. Garanti sözleşmesinde ise garanti veren belirli bir tutarı ödeme borcu altındadır ve ancak bu tutarın ödenmesi suretiyle sözleşme yerine getirilebilir.

VI. Sigorta Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi

Sigorta, aynı veya benzer tehlikelere maruz bulunan kişiler topluluğunda rizikonun gerçekleşmesi sonucunda ortaya çıkacak ihtiyacın belirli bir para (prim) karşılığında giderilmesine yönelik olarak bağımsız bir hukuki talep hakkına sahip olunmasıdır²¹³.

TTK m. 1401'de tanımlanan sigorta sözleşmesi ise; *"sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin, rizikonun, meydana gelmesi halinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir*

²¹⁰ Kahyaoğlu, s. 43.

²¹¹ Demiral, s. 7.

²¹² Kahyaoğlu, s. 43.

²¹³ Çeker, s. 2.

para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlendiği sözleşmedir." Kanunun bu tanımı tüm sigorta sözleşme türlerini kapsayan geniş nitelikte bir tanımdır. Daha kısa bir tanımla sigorta sözleşmesi; sigortacının sigorta güvencesini üzerine aldığı ve sigorta ettirenin ise prim ödeme borcu altına girdiği her iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir²¹⁴.

Her iki sözleşme de güvence sözleşmesi olmasına karşın tanımdan da anlaşılacağı üzere sigorta sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme türüdür. Sigorta sözleşmesinin imzalanması ile birlikte sigortacının, rizikoyu taşıma, sigorta ettireni aydınlatma, sigorta poliçesi verme, giderleri ödeme ve risk meydana gelirse tazminat ödeme borcu doğar²¹⁵. Sigorta ettirenin ise, sigortacıya prim ödeme borcu ve sözleşme imzalanırken ve imzalandıktan sonra sigortacıyı değişen koşullar hakkında bilgilendirme ve araştırma yapılmasına izin verme ve koruma önlemlerini alma borcu bulunmaktadır²¹⁶. Sigortacının amacı, sigorta sözleşmesinin akdedilmesini sağlayarak sigorta ettirenden prim alabilmektir.

Sigorta sözleşmesinin garanti sözleşmesinden farkı, sigorta sözleşmesinin tanımından anlaşılmaktadır. İlk fark sigorta sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmasına karşın garanti sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Sigorta sözleşmesinde sigortacının amacı sigorta sözleşmesinin imzalanmasını sağlayarak prim elde etmektir. Garanti sözleşmesinde ise garanti verenin, garantiyi hangi amaçla verdiği bir önem teşkil etmez.

²¹⁴ Çeker, s. 57.

²¹⁵ Çeker, s. 77-102.

²¹⁶ Çeker, s. 103-123.

§4. GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN ÖZEL GÖRÜNÜMÜ: BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI

I. Genel Olarak

Bir ticari ilişkide borçlu, alacaklıya, kendi mükellefiyetlerini sözleşmeye uygun olarak hiç ya da gereği gibi yerine getirmemesi rizikosuna karşı bir teminat verebilir. Ticari hayatta, önceleri sözleşmenin karşı tarafının edimini sözleşmeye uygun olarak hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi rizikosuna karşı bireysel teminat yeterli görülürken, zaman içerisinde ticari işlerin hacminin artması ile bireysel teminatın yetersizliği anlaşılmaya başlanmıştır. Bu durumun bir neticesi olarak günümüzde kabul edilen ve uygulanan şekli ile "*banka garantileri*" ya da "*banka teminat mektupları*" uygulanmaya başlanmıştır²¹⁷. Teminat mektupları Türk hukukunda ilk defa 1025 sayılı ve 12.03.1927 tarihli Kanun'un 1. maddesi uyarınca Bakanlar Kurulu'nca yürürlüğe giren 08.01.1928 tarih ve 6048 sayılı Kararname ile "*teminatı katiye mektubu, teminatı muvakkate mektubu*" şeklinde yer almıştır²¹⁸. Bu iki mektup türü devlet ihaleleri nezdinde vücut bulmuştur ve bu metinlerde günümüze kadar önemli bir değişiklik yapılmamıştır²¹⁹. Teminat mektuplarında banka, asıl sözleşmenin borçlusuna nakdi bir kredi de vermemektedir²²⁰. Dolayısıyla, banka garanti sözleşmeleri veya teminat mektuplarında banka kredi

²¹⁷ **Doğan, Vahit:** s. 27.

²¹⁸ **Çetin, Abdurrahman-Dinç, Yusuf:** Türkiye'de Teminat Mektupları-Uygulamalar ve Hukuki Sorunlar, Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, C. 5, S. 9, 2013, s. 68.

²¹⁹ **Çetin, Abdurrahman-Dinç, Yusuf,** s. 68; **Reisoğlu, Seza:** Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1990, s. 1.

²²⁰ **Oy, Osman-Güngöler, Gülcan:** Türk Hukuk Mevzuatına Göre Kredi ve Kredi Teminatları, Beta Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 14.

kullandırmamakta lehdar lehine bir nevi sorumluluk kredisi vermektedir²²¹. Bu kredilere gayrinakdi kredi de denmektedir. BanK. m. 54'e göre; " *Gayrinakdi krediler, vadeli işlem ve opsiyon sözleşmeleri ile benzeri diğer sözleşmeler, kabul edilen aval, garanti ve kefaletler, kredi kuruluşları ve finansal kuruluşlarla gerçekleştirilen işlemler, Kurulca kabul edilecek ülkelerin merkezî yönetimleri, merkez bankaları ve bankaları ile yapılan işlemler veya bunlarca çıkarılan ya da ödenmesi garanti edilen bono, tahvil ve benzeri sermaye piyasası araçları, verilen diğer garantiler karşılığı yapılan işlemler kredi sınırlarının hesabında Kurulca belirlenen esaslar ve oranlar dâhilinde dikkate alınır.*" Görüldüğü üzere Bankalar Kanununa göre garanti sözleşmeleri gayrinakdi kredi olarak sayılmaktadır.

Teminat mektuplarının hem gerçek hem de tüzel kişiler tarafından verilebiliyor olması söz konusu teminat mektuplarına ayrı bir önem kazandırmıştır. Bu mektup türleri her ne kadar hem gerçek hem de tüzel kişiler tarafından verilebiliyor olsa da en çok bankalar tarafından kullanılmaktadır. Bankalar tarafından kullanılmasının önemi ise; bankaların itibarlarını zedelememek için ilk talepte ve derhal ödeme kaydı içeren teminat mektuplarını kayıtsız şartsız ödeme yapmalarından gelmektedir.

Teminat mektupları piyasada ciddi bir tedavül sağlamaktadır. Sadece gerçek kişiler ya da özel hukuk tüzel kişileri tarafından değil aynı zamanda kamu tüzel kişileri tarafından da tercih edilmektedir. Örneğin; ihaleye girmek için yatırılması gereken teminat bedelleri için teminat mektupları verilebilmektedir.

²²¹ **Doğan, Vahit:** s. 27-28.

Teminat mektuplarının bu şekilde tercih sebebi olması; teminat sağlaması, tahsilinin diğer teminat yollarına göre çok daha basit ve kısa sürede sonuç veriyor olmasına dayanmaktadır.

Doktrinde banka teminat mektupları konusunda değişik tanımlamalar yapılmıştır. Akyazan'a göre²²²; banka teminat mektubu, borçlunun alacaklıya karşı üzerine aldığı bir edimin yerine getirilmesini garanti için bir banka tarafından alacaklıya verilen bir mektuptur.

Barlas'a göre²²³; borçlunun alacaklıya karşı üzerine aldığı bir edimi yerine getirmemesi halinde, belirli bir miktar parayı alacaklının ilk talebinde ona derhal ödemeyi kabul ve taahhüt ettiğine dair verilen bir mektuptur.

Banka teminat sözleşmelerinde banka (teminat veren), muhatap (teminat alan) ve lehtar olmak üzere üç taraf bulunmaktadır.

II. Niteliği

Banka teminat mektuplarının niteliği konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu bağlamda “kefalet sözleşmesi”, “garanti sözleşmesi”, “sui generis sözleşme”, “karma nitelikte sözleşme” olduğu yönünde dört görüş mevcuttur²²⁴.

Garanti sözleşmesinin niteliğinden bahsederken garanti sözleşmesi, sui generis nitelikte sözleşme tiplerinden ayrıntılı şekilde bahsedilmiştir²²⁵. Bu nedenle

²²² Akyazan, s. 567.

²²³ Barlas, s. 8.

²²⁴ Doğan, s. 45.

²²⁵ Bkz. Birinci Bölüm, §2., III.

burada tekrar ayrıntılı olarak bahsedilmeyecek, teminat mektuplarına ait hususlardan bahsedilmekle yetinilecektir.

A. Kefalet Sözleşmesi Görüşü

Banka teminat mektupları, metinlerinde açıkça bankanın “*kefil*” olduğu ibaresi yer aldığından uzun bir süre tartışmasız kefalet olarak kabul edilmiştir²²⁶.

Banka teminat mektuplarının tipik bir kefalet sözleşmesi olduğunu savunanlar gerekçelerini banka teminat mektupları ile kefalet sözleşmesinde bulunan ortak özelliklere dikkat çekerek belirtmişlerdir. Bu görüşe²²⁷ göre; kefalet sözleşmesinde de banka teminat mektuplarında da üç taraflı bir hukuki ilişki bulunmaktadır. Kefalet sözleşmesinde asıl alacaklı, asıl borçlu ve kefil, banka teminat mektuplarında da alacaklı (muhatap), borçlu (lehtar) bir de teminat mektubunu veren banka olmak üzere üç tarafı mevcuttur. Kefalette borçlu; hem alacaklıya hem kefile, kefil ise yalnız alacaklıya borçlu durumdadır. Teminat mektubunda ise; lehtar hem muhataba hem bankaya, banka ise sadece muhataba karşı borçlu durumdadır. Temel fonksiyon açısından bakıldığında da; kefalette borçlu borcunu ödemediği zaman bazı ayrıntılar göz önünde bulundurulmadığı takdirde, alacaklı kefile başvurur. Banka teminat mektuplarında da borçlu alacaklıya karşı üzerine aldığı eda borcunu yerine getirmezse alacaklının teminat mektubunda yazılı parayı bankadan tazmin ediyor olması bu iki kurumun birbirine benzediği noktaları oluşturduğunu ileri sürmüşlerdir.

Yukarıda yapılan açıklamalara dayanarak teminat mektuplarının niteliği konusunda belirleme yapılırken, taraf iradeleri, mektup metnindeki ifadeler, tespit

²²⁶ **Reisoğlu**, (Kontrgarantiler), s. 5.

²²⁷ **Doğan**, s. 46.

edilememesi halinde garanti ve kefalet sözleşmesini ayırmada kullanılan kıstaslardan yararlanarak tespit yapılmalıdır. Mektup metninde salt “kefalet” yazıyor olması, sözleşmeyi kefalet sözleşmesi olarak nitelendirmek açısından doğru olmayacaktır.

Yargıtay’ın da teminat mektubunda müşterek ve müteselsil kefil gibi ibarelerin konulmuş olmasının akdin mahiyetine müessir olmayacağı, bu ibarelere rağmen akdin garanti mukavelesi olarak tarifi gerektiği yönünde kararları vardır²²⁸. Şu halde salt sözleşme metnindeki ifadeler, sözleşmenin niteliğini belirlemede yeterli sayılmayacaktır²²⁹.

B. Garanti Sözleşmesi Görüşü

Yargıtay banka teminat mektuplarını üçüncü kişinin edimini taahhüt niteliğinde garanti olarak nitelemiştir. Bu şekilde niteleme yapmalarının sebebi ise garanti sözleşmelerinde var olan kayıtsız şartsız ödeme taahhüdüdür²³⁰.

Bu görüşü savunanlara²³¹ göre Yargıtay’ın vermiş olduğu içtihatlar çerçevesinde banka teminat mektuplarının niteliği tespit edilmiştir. 1967²³² tarihli içtihatla banka teminat mektuplarının üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliği taşıdığı ve

²²⁸ **Reisoğlu**, (Kontgarantiler), s. 5.

²²⁹ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu 13.12.1967 T. 1966/16 E. 1967/7 K.; YHGK. 11.06.1969 T. 1969/4 E. 1969/6 K. www.kazanci.com (E.T.:17/12/2013).

²³⁰ **Doğan**, s. 48; Y. 11. HD. 15.10.1985 T. 1985/4169 E. 1985/5613 K. www.kazanci.com (E.T.:17/12/2013).

²³¹ **Başara**, s. 309; **Tekinalp**, s. 521.

²³² Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu 13.12.1967 T. 1966/16 E. 1967/7 K. www.kazanci.com (E.T.:17/12/2013).

garanti sözleşmesini oluşturduğu, bu çerçevede garanti sözleşmesinin kefalet sayılamayacağı ifade edilmiştir²³³. 1967 tarihli içtihadı birleştirme kararı ile çok açık olmasına rağmen bankacılık uygulamasında teminat mektuplarının kefalet olduğu şeklindeki kararı değişmemiş; hatta bu arada banka teminat mektubunu “münderecatı itibariyle 818 sayılı BK 493. maddesine uygun mahdut zaman için kefalet” sayan kararlar verilmiştir. İçtihadı birleştirme kararları mahkemeler için bağlayıcı olmasına karşın 1967²³⁴ tarihli içtihadı aykırı bu tip kararların ortaya çıkmasının sebebi banka teminat mektuplarının niteliğine içtihadın karar bölümünde değil gerekçe bölümünde yer verilmesi olmuştur²³⁵.

²³³ **Reisoğlu**, (Banka Teminat Mektupları), s. 94.

²³⁴ “...Banka teminat mektupları bir bakımdan üçüncü şahsın fiilini taahhüt niteliğinde olup daima yazılı şekilde düzenlenmektedir. Bu mektupta genellikle bankanın sorumlu olacağı en yüksek miktar rakamla gösterilmektedir. Bankanın sıfatı, teminatı veren olduğundan, taahhüdü; esas sözleşmeyi yapan taraflardan ve esas akitten ayrı ve tamamıyla müstakildir. Bankanın taahhüdü lehtarın borcunun geçerliliğine ve varlığına bağlı olmaksızın garanti taahhüdü olarak tecessüm eder. Banka bu teminat mektubu ile bir sözleşmeye bağlanmış şahsın vecibesini yerine getirmedeği takdirde teminatı alan şahıs için doğacak tehlikeleri kısmen ve tamamen üzerine alır. Bir kimse, asıl borçlunun ileri sürebileceği itirazlara bakılmaksızın borcun yerine getirilmemesinden doğan zararın tazminini kabul etmesi halinde, o kimse garanti veren durumundadır. Üçüncü şahsın fiilini garanti eden, yani bu şahsın bir şey yapacağını başkasına vadeden şahıs müstakil bir taahhüt altına girmiş olup, o şeyin yerine getirilmemesi halinde müsbet ve karşılık mahiyette zarar ve ziyan tediyesine mecburdur...”

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu 13.12.1967 T. 1966/16 E. 1967/7 K. www.kazanci.com (E.T.:17/12/2013); **Kocaman B. Arif**, Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği Üzerine, BATIDER C. XV, S. 3, Ankara 1990, s. 50.

²³⁵ **Reisoğlu**, (Kontrgarantiler), s. 5.

1969 yılında ise Yargıtay yeni bir içtihadı birleştirme kararı vermiştir²³⁶. Bu içtihadı birleştirme kararı ile birlikte artık banka teminat mektuplarının niteliğinin garanti sözleşmesi olduğu tekrar belirtilmiştir. Bu tarihten itibaren banka teminat mektupları hukuk uygulamasında garanti sözleşmesi olarak kabul edilmiştir²³⁷.

C.Sui Generis Nitelikte Sözleşme Görüşü

Banka teminat mektuplarının sui generis sözleşme olduğunu savunanlara²³⁸ göre; bu sözleşmenin niteliği konusunda teminat mektubunun da kefalet, garanti sözleşmesi gibi teminat hukukuna dahil sui generis niteliktedir.

²³⁶“...muvakkaten (geçici olarak) ithal edilen mallar için, gümrük idaresinin, bu mallar yeniden ihraç edilebilsin, bu ihraç keyfiyeti teminat altına alınabilsin diye aldığı teminat mektuplarına ilişkindi. Kararın sonuç kısmında gümrük idaresinin her zaman yapabileceği yazılı istek üzerine, derhal ve herhangi bir itiraz 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 akde dayanarak gümrük idaresine verilen teminat mektupları mahiyeti itibariyle Borçlar Kanununun 110. Maddesinde sözü edilen üçüncü şahsın filini taahhüt niteliğinde bir garanti akdi olduğu.” hükme bağlanmıştır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu 11.06.1969 T. 1969/4 E. 1969/6 K. www.kazanci.com (E.T.:17/12/2013); **Kocaman**, s. 50.

²³⁷ Y. 11. HD. 20.09.2011 T. 2010/1302 E. 2011/10611 K. (Yayımlanmamış Karar); Y. 11. HD. 22.04.2010 T. 2008/12622 E. 2010/4389 K. (Yayımlanmamış Karar); “*Muhatap, Lehdar ve garanti eden olmak üzere bünyesinde üçlü bir ilişki içeren teminat mektubu, (doktrinde tartışmalar mevcut olmakla birlikte) esas olarak üçüncü kişinin filini taahhüt niteliğinde olması nedeniyle bir tür garanti sözleşmesidir.*” Y. 11. HD. 01.11.2011 T. 2011/2661 E. 2011/14743 K. (Yayımlanmamış Karar).

²³⁸ **Akyazan**, s. 571.

D. Karma Nitelikte Sözleşme Görüşü

Banka teminat mektuplarının garanti sözleşmesi olduğuna ilişkin Yargıtay'ın içtihatlarından²³⁹ bahsettik. Karma nitelikte sözleşme görüşünü benimseyen yazarlara²⁴⁰ göre; her teminat mektubunu kendi içerisinde değerlendirilmelidir. Buna göre teminat mektubunun içeriği, tarafların iradesi ve daha önce bahsedilen kıstaslar çerçevesinde incelenmeli ve yapılan değerlendirmede bu incelemeye göre karar verilmelidir. Zira, teminat mektubu düzenleyen bankalar kullandıkları ifadelere son derece özen göstermektedirler. Bankalar yüklenmek istedikleri mükellefiyetin içerik ve vücuda gelişini hukuka uygun olarak tespit etme yeteneğine sahip elemanları bünyesinde bulundurduğuna göre, gayesine uygun kelimeleri seçerek ve kefil olmak istiyor ise kefaleti, garanti veren olmak istiyor ise garanti sözleşmesi ile ilişkilendirilen kelimeleri sözleşmede kullanacaktır²⁴¹.

E. Kanaatimiz

Sözleşme özgürlüğü ilkesi dikkate alındığında taraflar banka teminat mektuplarını düzenlerken dilerlerse kefalet sözleşmesi olarak dilerlerse garanti sözleşmesi olarak düzenleyebilecekleri gibi dilerlerse de her iki sözleşmenin özelliklerini kapsayacak şekilde nevi şahsına münhasır bir sözleşme de meydana getirebilirler. Uygulamadaki teminat mektupları çoğunlukla garanti sözleşmesi

²³⁹ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu 13.12.1967 T. 1966/16 E. 1967/7 K. sayılı ve 11.06.1969 T. 1969/4 E. 1969/6 K. www.kazanci.com (E.T.:17/12/2013).

²⁴⁰ **Somuncuoğlu**, s. 168; **Barlas**, s. 42; **Ünler, Ayhan**: Banka Teminat Mektupları, İBD, C. XXXIX, S. 1-2-3, 1965, s. 8.

²⁴¹ **Somuncuoğlu**, s. 171.

niteliğini haizdir. Ancak bu durum banka teminat mektuplarının istenilen nitelikte düzenlenmesine engel değildir.

Tarafların teminat mektubunu diledikleri gibi düzenleyebilmeleri sebebi ile sözleşmenin niteliği konusunda uyuşmazlık çıktığında yorum kuralları çerçevesinde tarafların iradesi dikkate alınmalıdır. Teminat mektubunun niteliğinin belirlenmesinde yorum kurallarından bir sonuç alınmadığı takdirde garanti sözleşmelerine ilişkin bahsettiğimiz aslilik-fer'ilik, menfaat, aynen ifa-tazminat, ivaz, kişiye yönelik ilgi ve şüphe halinde kefalet kıstaslarından yararlanılmalıdır²⁴². Bu kıstaslara göre teminat mektubunun niteliği belirlenmelidir.

III. Banka Teminat Mektuplarının Türleri

A. Teminatın Konusuna Göre

Teminatın konusuna göre banka teminat mektupları kesin ve geçici teminat mektupları olmak üzere iki çeşittir. Kesin ve geçici teminat mektubu ayrımı devlet ihale kanunlarının yaptığı bir ayrımdır ve devlet ihalelerinin gerçekleşme biçiminden esinlenilmiştir²⁴³.

1. Kesin (Kat'i) Teminat Mektupları

Kesin teminat mektupları; muhataba karşı taahhüt edilen işin, sözleşmeye uygun olarak, zamanında kusursuz bir şekilde ifa edilmemesi halinde, mektupta belirtilen tutarın ödeneceği taahhüdünü ihtiva eden mektuplardır²⁴⁴.

²⁴² Ayrıntı için bkz. İkinci Bölüm § 3. I. C.

²⁴³ Akyol, s. 169.

²⁴⁴ Somuncuoğlu, s. 168.

2. Geçici (Muvakkat) Teminat Mektupları

Geçici teminat mektupları; açılmış bir ihaleye katılacak kişi veya kurumun ihalenin kendisinde kalması halinde, teklifi ile bağlı kalmaması riskine karşı ihaleyi açan kişi veya kuruma hitaben verilen mektuplardır²⁴⁵.

3. Avans Teminat Mektupları

Avans teminat mektupları; müteahhitlerin kazandıkları kamu ve özel sektör ihalelerinde, işe başlamaları için aldıkları avans miktarlarının banka garantisi altına alındığı mektuplardır²⁴⁶. Bu gibi hallerde, ihaleyi yapan daire, ileride istihkakına mahsup edilmek üzere müteahhide peşin ödemede bulunur²⁴⁷.

B. Verildikleri Süreye Göre

1. Süreli (Vadeli) Teminat Mektupları

Süreli teminat mektupları; bankanın verdiği teminat mektubundan dolayı sorumluluğun belli bir süre ile sınırlı olduğu mektuplardır²⁴⁸.

2. Süresiz (Vadesiz) Teminat Mektupları

Süresiz teminat mektupları; bankanın verdiği teminat mektubundan dolayı sorumluluğun belli bir süre ile sınırsız olduğu mektuplardır²⁴⁹.

²⁴⁵ **Zöhre, Nuran**: Teminat Mektuplarının Tarafları, İçeriği ve Türleri, Yayınlanmamış Tez Projesi, Adana 2007, s. 18; **Somuncuoğlu**, s. 168.

²⁴⁶ **Somuncuoğlu**, s. 168; **Akyol**, s. 170; **Ünler**, s. 9; Y. 11. HD. 18.05.1999 T. 1999/2159 E. 1999/4122 K.; YHGK. 23.02.2000 T. 2000/11-121 E. 2000/139 K.; Y. 11. HD. 21.10.2003 T. 2003/9671 E. 2003/9643 K. www.kazanci.com (E.T.: 02/01/2014).

²⁴⁷ **Somuncuoğlu**, s. 168; **Akyol**, s. 171.

²⁴⁸ **Zöhre**, s. 20; **Akyol**, s. 172.

Sürenin teminat mektupları açısından önemi zamanaşımı sürelerinin tespiti açısından dır.

C. Ödeme Talebinin Şekline Göre

1. İlk Talepte Ödeme Kaydı İçeren Teminat Mektupları

Ticari ilişkilerde tarafların birbirine olan güvensizliklerini gidermek için garanti alana ilk talepte herhangi bir kayda ve şarta bağlı olmadan teminat mektubunun tahsil edilebildiği teminat mektubudur²⁵⁰.

2. Şarta Bağlı Teminat Mektupları

Tarafların teminat mektubunu tahsil edebilmesi için teminat mektubu metninde yer alan şartların gerçekleşmesi gereken teminat mektubudur²⁵¹.

D. Verildikleri Kuruma Göre

1. Mahkeme veya İcra Dairelerine Verilen Teminat Mektupları

Mahkeme veya icra dairelerine verilen teminat mektupları; yürütmenin durdurulması, ihtiyati tedbir konulması, ihtiyati tedbirin veya haczin kaldırılması, icra dairesine taahhütte bulunulması, yurtdışında bir kişinin Türkiye’de dava açması ve diğer konularda mahkemelere ve icra dairelerine verilen teminat mektuplarıdır²⁵².

²⁴⁹ Zöhre, s. 20; Akyol, s. 172.

²⁵⁰ Doğan, s. 62.

²⁵¹ Doğan, s. 66.

²⁵² Reisoğlu, (Kontrgarantiler), s. 68.

2. Gümrük İdaresine Hitaben Verilen Teminat Mektupları

Gümrük idaresine verilen teminat mektupları; vergilerin, resimlerin ve bunların cezalarının banka tarafından garanti edildiği teminat mektuplarıdır²⁵³. Bu teminat mektupları geçici olarak yurda mal sokulması dolayısıyla ertelenen gümrük vergi ve resimlerinin temini için, başka kişilerin akdettikleri kredi ve kontrgaranti anlaşmalarına dayanarak, bankaların ithalatçı vergi mükellefleri 3. şahıslar lehine verilen mektuplardır²⁵⁴.

3. Vergi Dairelerine Hitaben Verilen Teminat Mektupları

Vergi dairelerine hitaben verilen teminat mektupları; tarh edilen vergi ve cezalarına itiraz edilmesi veya verginin taksidde bağlanmasını sağlamak amacıyla verilen teminat mektuplarıdır²⁵⁵.

4. Petrol Dairesine Hitaben Verilen Teminat Mektupları

Petrol dairesine hitaben verilen teminat mektupları; Türkiye sınırlarında petrol arama faaliyetlerinde bulunacak kuruluşun bu çalışmalarından dolayı verebilecekleri zararları karşılamak veya belirli bir süre içinde programlarını tamamlamak için verilen teminat mektuplarıdır²⁵⁶.

²⁵³ **Reisoğlu**, (Kontrgarantiler), s. 68.

²⁵⁴ **Somuncuoğlu**, s. 168.

²⁵⁵ **Reisoğlu**, (Kontrgarantiler), s. 68.

²⁵⁶ **Doğan**, s. 74.

5. Türk Turing Otomobil Kurumuna Hitaben Verilen Teminat Mektupları

Türkiye dışındaki yabancı ülkelerden Türkiye içerisinde kendi otomobilleri ile seyahat etmek isteyen kişilerin Türk Turing ve Otomobil Kurumundan belge almaları gerekmektedir. İşte bu belge alındıktan sonra otomobil sahibi girdiği ülke topraklarını belirli süre içinde terk etmemesi ve otomobiliyle ilgili olan gümrük resmini ve diğer borçlarını ödememesi halinde bu meblağları ödemek zorunda kalan kurumun yapmış olduğu ödemeler için kendini güvence altına aldığı mektuptur²⁵⁷.

6. Serbest Teminat Mektupları

Serbest teminat mektupları özel olarak belirlenen konular dışında her konuda resmi dairelere, özel ve tüzel kişilere hitaben düzenlenen mektuplardır²⁵⁸.

IV. Banka Teminat Mektuplarında Şekil Şartları

Banka teminat mektuplarının hukuki niteliğinin taraflarca kararlaştırılabileceğinden bahsettik. Tarafların iradesine göre mektup kefalet sözleşmesi ya da garanti sözleşmesi niteliğinde olabilir. 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde kefalet ve garanti sözleşmeleri arasında şekil şartları konusunda farklılık bulunmaktaydı. Türk Borçlar Kanunu ile birlikte artık kefalet sözleşmesi ve garanti sözleşmesi şekil şartları ve ehliyetleri konusundaki farklılık giderilmiştir. Banka teminat mektubu düzenleyen kişi o sözleşme tipine ilişkin şekil şartına uyarak

²⁵⁷ Doğan, s. 74; Somuncuoğlu, s. 168.

²⁵⁸ Reisoğlu, (Kontrgarantiler), s. 68.

düzenleme yapabilir. Ancak belirtilmelidir ki her sözleşme gibi teminat mektupları da tarafların iradesi doğrultusunda meydana gelir²⁵⁹.

Banka teminat mektupları konusunda kefalet sözleşmesi ve garanti sözleşmesi şekil şartları konusunda yapılmış açıklamalara gönderme yapmakla yetiniyoruz²⁶⁰.

²⁵⁹ “...Teminat mektupları şahsi teminat akitleri olup, her akitte olduğu gibi tarafların iradelerinin uyuşması ile tamamlanırlar.” Y. 3. HD. 06.03.2013 T. 2012/19784 E. 2013/3723 K. (Yayımlanmamış Karar).

²⁶⁰ Bkz. İkinci Bölüm., §1., III.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GARANTİ SÖZLEŞMESİNDE HÜKÜM VE SONUÇLARI, ZAMANAŞIMI VE SONA ERME

§1. GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

I. Genel Olarak

Her sözleşme ilişkisinde olduğu gibi garanti sözleşmelerinin kurulması ile birlikte taraflar lehine çeşitli haklar doğmakta ve bu haklar da beraberinde çeşitli yükümlülükler getirmektedir. Bu haklar ve yükümlülükler kanundan doğabileceği gibi sözleşme ile de kararlaştırılabilir.

II. Tarafların Hak ve Yükümlülükleri

A. Garanti Verenin Hakları ve Borçları

1. Hakları

a. Riskin Gerçekleştiğini Garanti Alanın İspat Etmesini İsteme

Taraflar arasında imzalanan garanti sözleşmesi gereğince garanti edilen tutarın ödenmesi için garanti edilen riskin gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Ancak garanti edilen tutarın ödenmesi için sadece garanti edilen riskin gerçekleşmesi yetmez; bu riskin gerçekleştiğinin ispat edilmesi de gerekmektedir. Zira riskin gerçekleştiği ispat edilmeden yapılan bir talep neticesinde elde edilen ödeme sebepsiz zenginleşmeye neden olabilecektir.

İspat yükü, bir davada taraflar arasında ihtilafı olup da davanın hükme bağlanmasında etkili olan ve dosyaya da girmiş bulunan bir vakıayı taraflardan

hangisinin ispatla yükümlü olduğunu düzenler²⁶¹. İspat yükü kendisine düşen açısından bu bir yükümlülük değil, sadece bir yüküdür²⁶². TMK m. 6 gereğince *“Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.”* Yine HMK m. 190/I gereğince de ispat yükü; kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan lehine hak çıkaran tarafa aittir. İspat yükünün belirlenebilmesi için önce ilgili maddi hukuk kuralındaki koşul vakıaların doğru bir şekilde tespit edilmiş olması ve buna uygun somut vakıaların ortaya konulmuş olması gerekir²⁶³. Kanuni bir karineye dayanan taraf sadece karinenin temelini oluşturan vakıaya ilişkin ispat yükü altındadır²⁶⁴. Karineye dayanmayan taraf iddiasını ispat etmekle yükümlüdür. Bazı hallerde ise ispata gerek kalmaz. Bunlar, çekişmesiz, ikrar edilmiş vakıalar, herkesçe bilinen ve ünlü vakıalar, hukuk kuralları ve davanın çözümü bakımından etkisiz vakıalardır²⁶⁵. Ayrıca genel kuralın aksine bazı hallerde de bir vakıayı kimin ispat etmesi gerektiği konusu ise özel bir kanun hükmü ile belirlenmiş olabilir²⁶⁶. Bu gibi hallerde ise kanun hükmüne göre ispat yükünün kimde olduğu belirlenecektir.

²⁶¹ **Muşul, Timuçin**; Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 321.

²⁶² **Kuru, Baki**; Medeni Usul Hukuku, 23. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 360.

²⁶³ **Görgün, Şanal-Kodakoğlu, Mehmet**; Medeni Usul Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 211.

²⁶⁴ **Karahacıoğlu, Ali Haydar-Parlar, Aynur**; 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda Delil ve İspat, Bilge Yayınevi, Ankara 2012, s. 76.

²⁶⁵ **Görgün-Kodakoğlu**, s. 211.

²⁶⁶ **Karahacıoğlu -Parlar**, s. 76.

Garanti sözleşmeleri açısından garanti edilen tutarın kendisine ödenmesini isteyen garanti alan olduğuna göre, riskin gerçekleştiğini de garanti alanın ispat etmesi gerekmektedir. Bu ispat, taraflar eğer sözleşmede kararlaştırmışlarsa sözleşmede öngörülen şekilde; aksi takdirde genel ispat kurallarına göre yapılacaktır. Öte yandan garanti veren de ödeme yapmadan önce riskin gerçekleşip gerçekleşmediğini incelemek zorundadır²⁶⁷.

Garanti sözleşmesinin söz konusu olduğu bazı hallerde ise riskin gerçekleştiğinin ispatına gerek kalmaz. Bu da garanti sözleşmelerinin kayıtsız şartsız ödeme taahhütlü olarak imzalanması halidir. İlk talepte ve itirazsız ödeme kaydı içeren garanti sözleşmeleri garanti alan açısından en geniş ve kapsamlı şekilde güvence sağlamış olmaktadır. Genel kural iddia edenin ispat etmesi gerektiği olmakla birlikte kayıtsız şartsız ödeme taahhüdü halinde alacaklının yerine getirmesi gereken ispat açısından bir istisna ortaya çıkmaktadır. Kayıtsız şartsız ödeme taahhüdünü içeren garanti sözleşmelerinde garanti alanın riskin gerçekleştiğini ispat yükü ortadan kalkmakta ve talebiyle birlikte garanti edilen tutar kendisine ödenmek zorundadır²⁶⁸. Zira, kayıtsız şartsız ödeme taahhütlerinde garanti veren kural olarak riskin gerçekleşip gerçekleşmediğine dair inceleme yapmak zorunda değildir.

²⁶⁷ **Aral**, (Lehdar ile Muhatap), s. 195; **Aral**, (Doğrudan Doğruya Garanti), s. 194.

²⁶⁸ “...Teminat mektubu ile belli bir riziko garanti edilmekte ve rizikonun doğduğu, muhatap tarafından yazılı olarak bildirildiği takdirde, bu beyana itibar olunarak hiçbir araştırma yapılmadan banka ödemeyi taahhüt etmektedir.” Y. 8. HD. 25.09.2012 T. 2012/5983 E. 2012/8046 K. (Yayımlanmamış Karar); Y. 8. HD. 25.03.2013 T. 2013/773 E. 2013/4250 K. (Yayımlanmamış Karar).

Bahsedilen bu durum garanti alan açısından alacağını tahsil etmek konusunda ciddi bir kolaylık sağlamakla birlikte, garanti veren açısından ise ciddi riskleri barındırmaktadır. Çünkü ödeme talepleri her zaman dürüstlük kuralları çerçevesinde yapılmaz. Bu gibi hallerde lehtar kendi borcunu yerine getirmiş olsa bile garanti alan, garanti verenden kendisine ödeme yapmasını talep edebilir. Bu gibi kötüniyetli taleplerde garanti verenin kayıtsız şartsız ödeme yapma zorunluluğu hususu dikkatle incelenmelidir. Kayıtsız şartsız ödeme taahhütlerinde riskin gerçekleşip gerçekleşmediğini inceleme yükümlülüğü olmadığından bahsettik. Ancak burada garanti veren her ne kadar riskin gerçekleşip gerçekleşmediğini inceleme yükümlülüğü altında değilse de kötüniyetin açıkça anlaşıldığı hallerde ödeme yapmaktan kaçınmalıdır. Çünkü TMK m. 2'ye göre kişi hak ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadır. Her ne kadar garanti alan kayıtsız şartsız ödeme taahhüdüne dayanarak ödeme talebi ile başvurmuş olsa da bu başvuruyu dürüstlük kuralı çerçevesinde yapmalıdır. Çünkü hakkın açıkça kötüye kullanımı hukuk düzeni tarafından korunmaz. Örneğin; bir bononun garantisinde, ödendi şerhi ile birlikte bono bankaya ibraz edilirse, ödeme talebi reddedilmelidir²⁶⁹.

Bir görüşe²⁷⁰ göre; riskin gerçekleşmemesi, edimin lehtar tarafından yerine getirilmesi ya da riskin ortadan kalkması gibi çeşitli haller garanti veren tarafından hemen ispatlanamaz. Bu durumda “*önce öde, sonra dava et*” prensibi geçerlidir. Başka bir deyişle, garanti veren kendine ödeme talebi ile başvurulduğu esnada eğer

²⁶⁹ **Reisoğlu**, (Taahhüt), s. 75.

²⁷⁰ **Arkan**, s. 63; Bkz Aksi Görüş **Reisoğlu**, (Kontrgarantiler), s. 29.

riskin gerçekleşmediğini ispatlayamıyorsa, bu durumda ödeme yapmışsa, durumun gereklerine göre sebepsiz zenginleşme davası açabilir²⁷¹.

Sebepsiz zenginleşme davasının açılması halinde ise ayrı bir sorun ortaya çıkmaktadır. Bu sorun davada garanti verenin, riskin gerçekleşmediği ya da edimin lehtar tarafından yerine getirilip getirilmediği iddialarının dinlenip dinlenmemesi hususudur. Reisoğlu'na göre²⁷²; riskin gerçekleşmediği kesin olarak kanıtlanabiliyorsa garanti veren ödeme yapmaktan kaçınmalıdır; fakat garanti veren ödeme yapıp da iş dava aşamasına gelmiş ise bu durumda riskin gerçekleşip gerçekleşmediğini veya riskin garanti alanın kusuru sonucu doğup doğmadığı hususları mahkemece değerlendirilmeli ve buna göre karar verilmelidir.

Bir diğer görüşe²⁷³ göre ise; garanti vereni ilk önce borçlu olmadığı bir ödemede bulunmaya zorlama, daha sonra da ödediği meblağı sebepsiz zenginleşme davası ile geri alabileceğini kabul etme, garanti sözleşmesinin niteliğine ve genel hukuk prensiplerine ters düşeceği gibi, usul ekonomisi açısından da kabul edilemez. Garanti verene ödeme talebi ile başvurulduğunda lehtar riskin gerçekleşmediğini ya

²⁷¹ “...Riskin doğmamış veya sona ermiş olmasına rağmen muhatap tazmin talebinde bulunursa, haksız bir tazmin talebi söz konusu olur. Bu sonuç teminat mektubunun temel borç ilişkisinden bağımsız olmasına karşılık, mücerret bir borç ikrarı oluşturmamasına dayanmaktadır. Muhatabın haklı bir neden olmaksızın mektup meblağını bankadan tahsil etmesi halinde, bu meblağı bankaya ödemek zorunda kalan lehtarın, muhataba karşı bir dava açmak ve ödediği paraları geri almak isteyeceği kuşkusuzdur.” Y. 3. HD. 06.03.2013 T. 2012/19784 E. 2013/3723 K. (Yayımlanmamış Karar).

²⁷² Reisoğlu, (Garanti Sözleşmesi), s. 348; Tandoğan, s. 859; Develioğlu, s. 345.

²⁷³ Reisoğlu, (Kontrgarantiler), s. 29.

da ortadan kalktığını kanıtladığı her halde, garanti veren ödeme talebini reddetmelidir²⁷⁴. Bu halde garanti alan eğer alacağını istiyorsa garanti verene karşı dava açma yoluna gitmelidir. Bu durumda garanti veren mahkemede hakkın kötüye kullanıldığını ileri sürecektir²⁷⁵.

Kanaatimize göre, kayıtsız şartsız ödeme taahhüdü olan hallerde garanti veren derhal riskin gerçekleşmediğini ispat edemiyorsa ödeme yapmalıdır. Riskin gerçekleşmediğinin tespiti halinde ise sebepsiz zenginleşme davası yoluyla ödemiş olduğu meblağı faizi ile talep etmelidir.

b. Rücu Hakkı

Rücu kelimesi birden fazla anlama gelmektedir. İlk anlamı; *geri dönme, sözünü geri alma, cayma, tersinme* dir²⁷⁶. Diğer anlamı ise; *bir ödemede bulunan kimsenin, bu bedeli, asıl ödeme yapması gereken kişiden istemesidir*²⁷⁷. Bir örnekle açıklamak gerekirse; Türk Borçlar Kanununun 125/III. maddesinde düzenlenen sözleşmeden rücu, rücunun ilk anlamıdır. Sigortada rücu (TTK m. 1301), kefalette rücu (BK. m. 496) düzenlemelerinde ise; rücu, ikinci anlamı ile kullanılmıştır²⁷⁸.

Rücu hakkı, bir nevi denkleştirme veya düzeltme işlevi görür²⁷⁹. Birden fazla kişi arasındaki sorumluluğun paylaşımını nihai ve kesin bir şekilde düzenler. Bu

²⁷⁴ **Reisoğlu**, (Taahhüt), s. 89.

²⁷⁵ **Reisoğlu**, (Kontrgarantiler), s. 29.

²⁷⁶ Türk Dil Kurumu Web Sitesi www.tdk.gov.tr (Erişim Tarihi: 03.12.2013).

²⁷⁷ Adalet Bakanlığı Web Sitesi www.adalet.gov.tr (Erişim Tarihi:03.12.2013).

²⁷⁸ **Yenice, Özge Arife**: Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008, s. 30.

²⁷⁹ **Yenice**, s. 34.

nedenle, rücu hakkının, esasen birden fazla kişi arasındaki sorumluluğun hakkaniyete uygun bir şekilde paylaşılması amacını taşıdığını ve hakları denkleştirdiğini söylemek mümkündür²⁸⁰.

Hukukumuzda rücu talebi rücu edenle, rücu edilen arasındaki sözleşme ilişkisine dayanabileceği gibi, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden ya da vekaletsiz iş görmeden de doğabilir²⁸¹.

Uygulamada kimi durumlarda halefiyet ve rücu ilişkisi birbiri ile paralellik içerisinde görülse de birbiri ile sıkı sıkıya ilişkili iki kurum değildir²⁸². Zira halefiyet ilişkisi kanundan kaynaklanmaktadır²⁸³. Rücu ilişkisi ise sözleşmeden, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden ve hatta vekaletsiz iş görmeden dahi kaynaklanabilmektedir. Kefalet sözleşmesindeki halefiyet ve rücu ilişkisi bu duruma örnek gösterilebilir²⁸⁴.

Kanunumuzda rücu hakkından bahsedilen hükümler bulunmaktadır. Bunlar TBK m. 62/II'de tazminat sorumluluğu ile ilgili hüküm ve müteselsil borçluluk kısmında yer alan TBK m. 168 ve 169 hükümleridir. Yine kefalet sözleşmesinde halefiyetten kaynaklanan rücu hakkından bahsedilir.

²⁸⁰ **Yenice**, s. 34.

²⁸¹ **Nomer, Haluk N.**: Halefiyet ve Rücu Hakkı Arasındaki İlişki, Özellikle Sosyal Sigortalar ile Özel Sigortaların Rücu Hakları Bakımından Halefiyetin Rolü, İÜHFMC C. LV, S. 3, İstanbul 1997, s. 248.

²⁸² **Nomer**, (Halefiyet), s. 249; **Kılıçoğlu**, s. 561; **Hatemi-Gökyayla**, s. 290.

²⁸³ **Kılıçoğlu**, s. 561.

²⁸⁴ **Kılıçoğlu**, s. 563; **Hatemi-Gökyayla**, s. 290.

Kefalet sözleşmesinde TBK m. 596'ya göre “...(IV)Bir alacağın güvencesini oluşturan rehin paraya çevrildiği veya borç rehin veren malik tarafından ödendiği takdirde malik, kefile karşı rücu hakkını, ancak kefil ile kendisi arasında böyle bir anlaşma varsa ya da rehin sonradan bir üçüncü kişi tarafından verilmişse kullanabilir. (V)Kefilin rücu hakkına ilişkin zamanaşımı, kefilin alacaklıya ifade bulunduğu anda işlemeye başlar. (VI)Kefil, dava hakkı vermeyen veya yanılma ya da ehliyetsizlik sebebiyle asıl borçluyu bağlamayan bir borç için ödemede bulunduğu takdirde, asıl borçluya karşı rücu hakkına sahip değildir. Ancak, kefil zamanaşımına uğramış bir asıl borçtan sorumlu olmayı borçlunun vekili sıfatıyla üstlenmişse asıl borçlu, ona karşı vekâlet sözleşmesi hükümleri uyarınca sorumlu olur.” Kefalet sözleşmesinde var olan ayrıntılı düzenleme ile anlaşılıyor ki kefil olan ödeme yaptığı kısım tutarınca, halefiyet kuralı gereğince alacaklının haklarına sahip olur ve asıl borçluya rücu etme hakkına sahip olur²⁸⁵.

Garanti sözleşmeleri açısından ise rücu hakkının varlığı tartışmalıdır²⁸⁶. Tartışmanın ortaya çıkmasının sebebi garanti sözleşmesinden doğan borcun asıl sözleşme ilişkisinden bağımsız olarak üstlenilmiş olmasıdır. Ancak asıl sözleşme ilişkisinden bağımsız olması rücu hakkına engel değildir. Garanti verenin rücu hakkı, hem lehine garanti verdiği asıl borçluya, yani üçüncü kişiye hem de garanti verdiği borçtan müteselsilen sorumlu olan diğer kişilere yöneliktir²⁸⁷. Kontrgaranti sözleşmesinin imzalanması ile birlikte garanti veren, garanti tutarını ödediğinde

²⁸⁵ **Canbolat-Topuz**, s. 61; **Turan**, s. 33.

²⁸⁶ Yargıtay İçtihadı birleştirme Kurulu 11.06.1969 T. 1969/4 E. 1969/6 K. www.kazanci.com (E.T.:17/12/2013).

²⁸⁷ **Yenice**, s. 124.

lehtara karşı rücu hakkını kullanarak alacağını alabilir²⁸⁸. Kontrgaranti; teminat amaçlı garanti sözleşmelerinde lehtarın, garanti alana ödemede bulunan garanti verene, garanti alana ödediği tutarı ödemeyi taahhüt ettiği garanti sözleşmesidir²⁸⁹.

Garanti veren, asıl borçlu ile kontrgaranti sözleşmesi imzalamadıysa²⁹⁰ ya da ortada bir sebepsiz zenginleşme, vekaletsiz iş görme gibi bir durum yoksa borçluya rücu edemez²⁹¹.

TBK m. 591 kapsamında ehliyetsizliği bile bile kefil olma durumunda rücu hakkı kaybedilir. Garanti sözleşmeleri ise asıl sözleşme ilişkisinden bağımsız olması sebebiyle asıl borçlu ehliyetsiz olması sebebiyle asıl sözleşme geçersiz olsa bile garanti verenin borcu da sona ermez dolayısıyla bu durum rücu hakkını da etkilemez.

²⁸⁸ **Nomer**, (Genel Hükümler), s. 326; **Hatemi-Gökyayla**, s. 295.

²⁸⁹ **Tandoğan**, s. 819; “*mücerret bankanın teminat mektubunda borçlu ile müşterek borçlu ve müteselsil kefil olduğunu yazması kendisini gerçekten borçlunun kefil durumuna koyamaz. Borçlunun bu mektubu alarak bizzat alacaklıya vermiş olması ve alacaklının talebi ile bankanın borçluya ait bir borcu ödemiş olması da bankayı hukuken borçlunun kefil saymaya yeterli değildir. Alacaklının talebi ile teminat mektubu muhteviyatını ödeyen banka bu sebeple BK’ nun 496. Maddesi uyarınca alacaklının haklarına halef olamaz. Bu surette alacaklıya tediyede bulunan banka aynı kanununun 109. Maddesi uyarınca alacaklının haklarına halef olamaz. Zira bu maddenin 2. bendine göre alacaklıya tediyede bulunan bankanın kendisine halef olacağı borçlu tarafından alacaklıya haber verilmiş değildir. Şu halde teminat mektubu muhteviyatını alacaklıya ödeyen bankanın ne kefalet hükümlerine ne de alacaklıya halef olmaya dair 109. maddeye göre borçluya rücu etmesine imkan vardır. Banka ancak kendisine kontrgaranti verene müracaat etmek hakkına sahiptir.*” Y. TD. 05.06.1968 T. 1966/4166 E. 1968/3496 K. (Yayımlanmamış Karar) **Tandoğan**, (Borç İlişkileri) s. 819 dpn. 50; **Gümüş**, s. 657; **Eren**, s. 1158.

²⁹⁰ **Gümüş**, s. 463.

²⁹¹ **Nomer**, (Genel Hükümler), s. 326; **Hatemi-Gökyayla**, s. 295.

2. Borçları

a. Garanti Edilen Tutarı Ödeme Borcu

Garanti veren ve garanti alan kendi aralarında garanti konusu borcun nasıl ifa edileceğini kararlaştırabilirler. Borcun aynen ifa şeklinde ya da belirli bir meblağı ödeme konusunda takdir hakkı taraflarıdır. Genel olarak garanti veren riskin gerçekleşmesi halinde belli bir meblağı ödeme borcu altına girmektedir²⁹².

Garanti verenin ödemek zorunda olduğu bu meblağın niteliği açısından asli borç mu olduğu yoksa tazminat borcu mu olduğu hususu tartışmalıdır.

Doktrindeki hakim görüşe²⁹³ göre; garanti verenin borcu tazminat borcudur. Bu görüşü destekleyenler garanti sözleşmesinin TBK m. 128 gereğince üçüncü kişinin edimini taahhüt olduğunu savunanlardır. TBK m. 128/T'de “*Üçüncü bir kişinin fiilini başkasına karşı üstlenen bu fiilin gerçekleşmesinden doğan zararı gidermekle yükümlü*” olduğu düzenlenmektedir. Zira ortada bir zarar mevcuttur ve garanti alanın uğramış olduğu bu zararı garanti veren karşılamaktadır.

Ortada bir zararın tazmin edileceğinden bahsedilmekle birlikte tazmin edilecek zararın menfi zarar mı müspet zarar mı olduğu hususunda da tartışma vardır. Yapılacak ödemenin bir tazminat ödemesi olduğunu savunan yazarların çoğuna göre

²⁹² “Her teminat mektubu ile belli bir risk garanti edilmektedir. Bu risk genellikle başkasının (lehtarın) edimini, fiilini taahhüt şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu riskin ortaya çıkması halinde garanti alan (muhatap) teminat mektubunda belirlenen azami garanti miktarına kadar bankadan tazmin talebine hak kazanmaktadır.” Y. 3. HD. 06.03.2013 T. 2012/19784 E. 2013/3723 K. (Yayımlanmamış Karar).

²⁹³ **Gümüş**, s. 461; **Reisoğlu**, (Garanti), s. 151; **Nomer**, (Genel Hükümler), s. 325.

ve Yargıtay kararlarına göre ortaya çıkan zarar müspet zarardır²⁹⁴. Bu görüştekilere göre garanti veren; garanti alanın davranışıyla ilgili teşebbüsün belli bir sonuca ulaşması yahut bir üçüncü kişinin belli bir edimde bulunması halinde elde edeceği ve riskin gerçekleşmesiyle yoksun kaldığı kârı tazmin edecektir. Garanti verenin sadece menfi zararı tazmin etmesi garanti alanı, asıl sözleşme ile üstlenilecek olan amaca yöneltmek için yeterli olmayacaktır²⁹⁵.

Kanaatimizce garanti verenin borcu bir tazminat borcu değildir. Zira tazminat borcundan söz edebilmek için kimi şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlardan ilk şart şahıslar arasında iki tarafa borç yükleyen bir borç ilişkisinin varlığıdır. Oysa garanti sözleşmesi bakımından bu şart gerçekleşmez. Zira, garanti sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Garanti alan garanti verene karşı riskin gerçekleşmesi halinde garanti ettiği tutarı ödemekle yükümlüdür. Fakat garanti veren, garanti alana karşı herhangi bir yükümlülük altında değildir. Yerine getirmesi gereken herhangi bir edimi söz konusu değildir. Çünkü teşvik edilen edim garanti veren ve garanti alan arasındaki ilişkiye değil; lehtar ve garanti alan arasındaki ilişkiye aittir. Tazminat borcunun doğması için gereken diğer şartlar ise borca aykırılık unsurunun varlığı, zarar, illiyet bağı ve kusur unsurlarıdır. Ancak tazminat ödemesi için gereken diğer şartlar da garanti sözleşmesi nezdinde

²⁹⁴ **Gümüş**, s. 461; **Eren**, s. 1159; **Nomer**, (Genel Hükümler), s. 326; **Hatemi-Gökyayla**, s. 295; Y. 19. HD. 13.06.1995 T. 1994/4559 E. 1995/5295 K.; Y. 15. HD. 09.07.2012 T. 2011/6750 E. 2012/5214 K. www.kazanci.com (E.T.:12/12/2013); "*Borçlar Kanunu'nun 110. maddesinde sözü edilen zarar, olumlu zarardır ve zararın ortaya çıkması ile birlikte istenebilir olur.*" Y. 15. HD. 09.07.2012 T. 2011/6750 E. 2012/5214 K. (Yayımlanmamış Karar); Y.15. HD. 06.12.2010 T. 2009/6387 E. 2010/6673 K. (Yayımlanmamış Karar).

²⁹⁵ **Tandoğan**, s. 855.

gerçekleşmemektedir. Şöyle ki; ortada garanti alana karşı bir borç bulunmaktadır fakat garanti sözleşmesindeki borç riskin gerçekleşmesi halinde doğacağından zaten borca aykırılık unsuru gerçekleşmemiştir. Zarar unsuru garanti alan açısından asıl sözleşme nezdinde gerçekleşmiş olsa dahi garanti sözleşmesi nezdinde gerçekleşmemiştir. Zira garanti sözleşmesinden kaynaklı borç henüz vücut bulmamıştır ki zarar ortaya çıkmış olsun. İlliyet bağı da ortaya çıkmamıştır. Çünkü garanti sözleşmesi asıl sözleşmeden bağımsızdır yani fer'i nitelikte değildir. Bu nedenle de asıl sözleşmede risk gerçekleşip de garanti alan (alacaklı) bir zarara uğrarsa bu garanti verenin sorumluluğu kapsamında değildir. Garanti verenin borcu garanti alanın zarara uğrayıp uğramadığına bakılmaksızın doğar. Asıl sözleşme ilişkisinde borçlunun borcunu kusurlu ya da kusursuz olarak yerine getirmemesi garanti veren açısından önem teşkil etmez. Riskin doğması garanti verenin ödeme borcunun doğması için yeterlidir. Bu nedenle kusur şartı da gerçekleşmemiştir. Dolayısıyla garanti sözleşmesi açısından tazminata yönelik illiyet bağı kurulamamıştır. Kısacası garanti alanla garanti veren arasındaki sözleşme ilişkisinden kaynaklanan borcun tazminat borcu olması ödenmesi için gerekli şartları sağlamamaktadır. Bu nedenlerle bu görüşü desteklemek mümkün değildir.

Doktrindeki diğer görüşe²⁹⁶ göre ise; garanti sözleşmesinin garanti verene yüklediği borç ne bir asli borçtur ne de bir tazminat borcudur. Bu görüş taraftarlarına göre borcun niteliğini belirlemek için; garantinin tutarının götürü usul mü yoksa yaklaşık usul şeklinde mi belirlendiğine bakmak gerekmektedir. Hangi ücret usulünün benimsendiği konusunda ise garanti sözleşmesi hükümleri dikkate alınarak yargıya ulaşmak gerektiğini savunmaktadırlar. Eğer garanti veren meydana gelen

²⁹⁶ Develioğlu, s. 296.

zararın tamamını karşılıyor ise garanti borcu yaklaşık usul belirlenmiş bir tazminat borcu, garanti veren sadece sözleşmede yazılı tutarı ödemekle borcundan kurtuluyor ise götürü usulde belirlenmiş bir asli borç olduğunu kabul etmektedir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu öncesi dönemde garanti sözleşmeleri yapılırken yaklaşık bedel belirlenerek ya da götürü bir tutar belirlenerek, sözleşme yapılabilmekteydi. Tarafların miktar konusunda koydukları bu hükümlere bağlı olarak da garanti verenin borcunun tazminat ya da asli borç olduğundan bahsedilmekteydi. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile birlikte garanti sözleşmelerinin geçerli olarak kurulabilmesi için garanti edilen miktarı belirtme zorunluluğu getirilmiştir. Borçlu, artık sadece garanti edilen tutarı, zarar daha az ya da daha fazla olsa bile ödeyerek borcundan kurtulabilmektedir. Şu halde, kanunen götürü usul benimsenmiştir. Bu nedenle götürü usul ve yaklaşık usule göre sözleşmenin türünü benimseyen bu görüşü de desteklemek mümkün değildir. Zira artık bu ayırım kanunen götürü usulün belirlenmiş olması sebebiyle geçerliliğini yitirmiştir.

Bir diğer görüşe²⁹⁷ göre ise; garanti verenin ödemek zorunda olduğu borç, asıl sözleşme ilişkisinden doğan ve başka hiçbir unsur dikkate alınmaya gerek olmaksızın kişinin kendi sözleşmesinden dolayı ödemesi gereken borçtur. Ortaya bir tazminat borcu çıkarsa bu tazminat borcu, garanti verenin garanti alana karşı, kendisinin yerine getirmemiş olduğu borcundan dolayı garanti alanın uğramış olduğu zararları karşılamak adına ödeyeceği tazminattır²⁹⁸.

²⁹⁷ Oğuzman-Öz, (Cilt II), s. 407; Hatemi-Gökyayla, s. 296.

²⁹⁸ Oğuzman-Öz, (Cilt II), s. 407 dpn. 56.

Kanaatimize göre de; garanti verenin borcu kişinin kendi imzalamış olduğu sözleşmeden kaynaklanan bir ifa borcudur. Garanti veren, garanti sözleşmesi imzalanırken riskin gerçekleşmesi halinde ödeyeceği belirlenmiş olan tutarı, risk gerçekleştiği zaman öder ve borcundan kurtulur²⁹⁹. Garanti veren borcunu ödemediği takdirde ise sorumlu olacağı tazminat kendi borcundan kaynaklı olacaktır. Zira TBK m. 603 gereğince garanti edilen tutar yazılı olmak zorundadır. Bu nedenle tutarı yaklaşık tutar olarak belirleme şansı bulunmamaktadır. Ayrıca bu bir tazminat borcu da olamaz zira garanti veren alacaklı ile asıl sözleşmeden ayrı bir garanti sözleşmesi imzalamıştır ve borç altına girmiştir. Bu nedenle ödenecek olan meblağ kişinin garanti sözleşmesinden doğan borcudur.

Hukukumuzda aynı borç için birden fazla teminat verilmesine engel hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle aynı borç için rehin, kefalet ve garanti bir arada verilmiş olabilir. Aynı borç için birden fazla teminat verilen hallerde garanti veren öncelikle diğer teminatlara başvurulması yolunda bir itirazda bulunamaz³⁰⁰. Borcu ödemek zorundadır.

b. Garanti Edilen Tutarın Ödenmesi Talep Edildiğinde Talebin Gereken Belgelerle Yapıldığını İnceleme Yükümlülüğü

Taraflar riskin gerçekleşmesi halinde, garanti borcu garanti verenden talep edilirken hangi belgeler ile talep edileceğini kararlaştırmış olabilirler. Taraflar arasında belge kararlaştırıldığı durumlarda garanti veren kendisine yapılan başvurunun gereken belgelerle yapılıp yapılmadığını inceleme yükümlülüğü

²⁹⁹ Develioğlu, s. 295.

³⁰⁰ Oğuzman-Öz, (Cilt II), s. 406.

altındadır. Garanti veren, sözleşmede kararlaştırılmış olan bu hususa riayet etmediği takdirde lehtara olan rücu hakkını kaybeder. Zira kendi üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmemesi sebebiyle gereksiz yere ödeme yapmış olabilir. Örneğin; eğer taraflar yazılı başvuru şartı üzerinde anlaşmışlarsa bu takdirde yapılan sözlü başvuru sonucu ödeme yapılmamalıdır. Yine aynı şekilde taraflar eğer riskin gerçekleştiğine dair resmi bir raporla başvuru zorunluluğu üzerine anlaşmışlarsa, resmi rapor olmadan sadece yazılı taleple yapılan başvuru geçerli değildir. Garanti veren bu şartlar altında ödeme yaparsa lehtara karşı sahip olduğu rücu hakkını yitirir.

B. Garanti Alanın Hak ve Yükümlülükleri

İki tarafa borç yükleyen sözleşmeler açısından haklar ve borçlar karşılıklılık ilişkisi oluşturmaktadır. Örneğin bir taraf ödeme yapma borcu altındayken diğer taraf da kendisine ödeme yapılmasını talep etme hakkına sahiptir. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler açısından ise haklar ve borçlar birbirine karşılık oluşturmamaktadır. Örneğin; garanti verenin ifa borcuna karşılık garanti alanın ifayı talep etme hakkı bulunmaktadır. Ancak iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde olduğu gibi garanti alan adına herhangi bir başka borç yüklenememektedir. Bu nedenle hak ve borçlar tabiri yerine garanti alanın hak ve yükümlülükleri terimlerini kullanmak daha açıklayıcı olacaktır.

Garanti edilen tutarın ödenmesini isteyen garanti alan riziko gerçekleştiğinde garanti verene başvurarak garanti tutarının kendisine ödenmesini isteyebilir. Garanti edilen tutarın ödenmesi borcundan yukarıda bahsedilmiş olduğundan burada tekrar ayrıntıya girilmeyecektir³⁰¹.

³⁰¹ Ayrıntı için bkz. Üçüncü Bölüm §1., II., A., 2., a.

Garanti alan riskin gerçekleşmesi ile birlikte garanti verenden tutarın ödenmesini isteme hakkına sahiptir; fakat garanti veren aksi kararlaştırılmadığı sürece kayıtsız şartsız ödeme yapma borcu altında değildir. Bu çerçevede garanti veren riskin gerçekleştiğinin ispat edilmesini isteyebilir. Riskin gerçekleştiği hususu taraflar aralarında özel bir ispat şekli kararlaştırıldıysa o şekilde ispat edilmelidir. Eğer bu şekilde bir şart kararlaştırılmadıysa genel ispat kurallarına göre ispat edilmelidir. Kayıtsız şartsız ödeme taahhüdünde riskin gerçekleştiğinin ispatına ilişkin özel durumdan bahsedildiği için bu bölümde tekrar değinilmeyecektir³⁰².

C. Lehtarın Hak ve Borçları

Lehtarın iki yönlü hak ve borçları bulunmaktadır. İlk olarak asıl sözleşme ilişkisinden kaynaklı olarak garanti alanla ikinci olarak da varsa kontrgaranti sözleşmesine dayanarak yoksa da sebepsiz zenginleşme veya vekaletsiz iş görmeye dayalı olarak garanti verenle hak ve borç ilişkisi bulunmaktadır.

Lehtarın asıl sözleşme ilişkisinden kaynaklı hak ve borçları konumuz kapsamına girmediğinden burada değerlendirilmeyecektir.

1. Hakları

Lehtarın garanti veren karşısında pek fazla hakkı bulunmamaktadır. Zira garanti sözleşmesi asıl borç ilişkisinden bağımsızdır. Fakat daha sonra da bahsedeceğimiz üzere garanti veren ve lehtar aralarında kontrgaranti sözleşmesi imzalayabilirler. Bu aradaki anlaşma doğrultusunda lehtarın hakları doğabilir.

³⁰² Ayrıntı için bkz. Üçüncü Bölüm §1., II., A., 1., a.

2. Borçları

a. Genel Olarak

Lehtar ve garanti veren arasında doğacak en temel borç lehtarın garanti verene rücu ilişkisi çerçevesinde ödemesi gereken borçtur. Bunun yanında garanti veren ile aralarında yapılmış anlaşma doğrultusunda garanti verene komisyon ödeme ya da garanti verenin alacağını güvenceye almaya yönelik teminat verme gibi borçları da olabilir. Eğer lehtar ve garanti veren arasında bir kontrgaranti sözleşmesi imzalandıysa bu durumda lehtarın garanti verene karşı kontrgaranti sözleşmesinden kaynaklı olarak çeşitli borçları doğabilir. Bu borçların başında garanti verene kontrgaranti sözleşmesinden kaynaklı borcun ödenmesini sağlamak amacıyla teminat vermek olabilir³⁰³.

b.Rücu Talebi Sonucunda Rücu Edilen Miktarı Ödeme Borcu

Rücu ilişkisi çerçevesinde garanti veren lehtara başvurduğunda, lehtar talep edilen tutarı garanti verene ödemek zorundadır. Rücu ilişkisine ilişkin yukarıda ayrıntılı açıklama yapılmış olduğundan burada tekrar değinilmeyecektir³⁰⁴.

c. Komisyon Tutarını Ödeme Borcu

Lehtar, garanti verenin alacaklıya garanti vermesi için ona belirli bir komisyon ödemeyi vaat edebilir. Eğer bu şekilde bir anlaşma varsa bu anlaşma

³⁰³ Y. 8. HD. 25.09.2012 T. 2012/5983 E. 2012/8046 K. (Yayımlanmamış Karar); “Banka ödediği teminat mektubu rücu etmesinin güvencesi olarak bu işlemi yaptırdığı gibi, teminat mektubu iade edilmedikçe, dilediği zaman kontrgarandan (lehtardan) her türlü Kabul edebileceği nakit, menkul rehni, gayrimenkul ipotegi, teminat mektubu vermesini de isteyebilir.” YHGK. 02.05.2007 T. 2007/12-241 E. 2007/239 K. (Yayımlanmamış Karar).

³⁰⁴ Ayrıntı için bkz. Üçüncü Bölüm §1., II., A., 1., b.

doğrultusunda asıl borçlu garanti verene komisyon tutarını ödemek zorundadır. Örneğin; gerçek kişi bir bankadan kendisi lehine bir teminat mektubu verilmesini talep edebilir. Banka da vereceği teminat mektubunun teminat süresi doluncaya kadar her ay teminat tutarının %1'i oranında komisyon talep edebilir. Tarafların bu konuda anlaşması ile birlikte asıl sözleşme ilişkisinin borçlusunun bankaya her ay komisyon ödeme borcu doğar. Komisyon ödeme borcu riskin doğumundan bağımsız olup komisyonun talep edilebilmesi için riskin doğması gerekmemektedir.

d. Teminat Verme

Garanti ilişkisinde kendisini güvence altına almak isteyen sadece garanti alan değildir. Şöyle ki; garanti veren, alana ödeme yaptığında, lehtara rücu hakkına sahip olmaktadır. Garanti veren lehtara karşı rücu hakkına sahip olmakla birlikte rücu tutarını lehtardan tahsil edememe riski altında bulunmaktadır. İşte bu tahsil edilememe riskini ortadan kaldırmak açısından garanti veren de lehtardan çeşitli teminatlar isteyebilmektedir. Bu teminatlar, şahsi teminatlar olabileceği gibi aynı teminatlar da olabilir. Taraflar teminat sağlama hususunda anlaşmaları takdirde lehtarın garanti verene teminat verme borcu ortaya çıkmaktadır. Bu borç türü de riskin doğmasından bağımsızdır.

III. Garanti Sözleşmesinin Değişen Koşullara Uyarlanması

A. Genel Olarak

Sözleşmenin uyarlanması; sonradan ortaya çıkan ve sözleşmenin aynen uygulanmasını fiilen ya da hukuken olanaksız hale getiren sebeplerle, sözleşmenin yeni koşullara uygun hale getirilmesine denir³⁰⁵.

³⁰⁵ Kılıçoğlu, s. 252.

Hukuk sistemimizde ahde vefa ilkesi gereğince bir sözleşme yapıldıktan sonra taraflar kendilerine düşen yükümlülüklerini sözleşmeye göre yerine getirmek zorundadırlar³⁰⁶. Ahde vefa mutlak bir ilke değildir; çünkü sözleşmenin yapılmasından sonra tarafların sözleşme yapılırken öngöremedikleri durum değişiklikleri meydana gelebilir. Bu gibi hallerde mutlak olarak sözleşmenin devamını istemek hakkaniyetle bağdaşmaz³⁰⁷. Bu nedenle “uyarlama” kurumuna başvurarak sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması sağlanabilir. Uyarlama yapmanın amacı, sözleşmenin kurulması aşamasında var olan risk paylaşımı dengesine tekrar ulaşmak ve bu şekilde sözleşme adaletini yeniden sağlamaktır³⁰⁸. Uyarlama konusunda tarihsel gelişim Roma Hukukuna dayanmaktadır. Bu tarihsel gelişim sürecinde çeşitli teoriler³⁰⁹ ortaya çıkmıştır. Uyarlamaya ilişkin ilk teori *clausula rebus sic stantibus* teorisidir³¹⁰. *Clausula rebus sic stantibus* teorisi Fransız hukuku etkisinde kalan hukuklarda *emprevizyon* teorisi olarak gelişmiştir. Alman hukukunda ise, öğretilerde geliştirilen görüşler sonrası *işlem temelinin çökmesi* teorisi ortaya çıkmıştır³¹¹.

³⁰⁶ **Topuz, Seçkin:** Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 64; **Sayın, Feyza Eren-Koyuncu, Kenan Berk:** Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri Açısından Uyarlama Sorununa Bir Bakış, İÜHFİM, C. LXX, S. 1, s. 319; **Nomer,** (Genel Hükümler), s. 253; **Kılıçoğlu,** s. 252; **Reisoğlu, Safa:** s. 411.

³⁰⁷ **Sayın-Koyuncu,** s. 319; **Nomer,** (Genel Hükümler), s. 253; **Kılıçoğlu,** s. 254.

³⁰⁸ **Baysal, Başak:** Sözleşmenin Uyarlanması, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 14.

³⁰⁹ Teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Baysal,** s.6-66; **Topuz,** s. 69-159.

³¹⁰ **Baysal,** s. 14-15; **Topuz,** s. 69-75.

³¹¹ **Nomer,** (Genel Hükümler), s. 254; **Kılıçoğlu,** s. 254.

Uyarlama taraflar arasında sözleşmede kararlaştırılmış olabilir³¹². Kanunumuzun bazı maddelerinde uyarlama özel olarak düzenlenmiştir³¹³. Kanunda açıkça uyarlamanın öngörülmediği haller için ise; uyarlama kurumuna başvurunun sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir. Zira her öngörülemezlik halinde uyarlama yoluna gitmek sözleşmeye olan güveni sakatlar³¹⁴.

Hukukumuzda uyarlama, doktrin tarafından geliştirilmiş bir kurumdur. 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde uyarlama, işlem temelinin çökmesi teorisi üzerinden çözüme kavuşturulmaktaydı. Türk Borçlar Kanununda “*uyarlama*” başlığı altında düzenleme bulunmamaktadır; ancak “*aşırı ifa güçlüğü*” başlığı altında TBK m. 138’de genel olarak uyarlama düzenlenmiştir. Bu hükme göre; “*sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır.*” Zira işlem temelinin çökmesi sadece aşırı ifa güçlüğü

³¹² **Gülekli, Yeşim:** Aşırı İfa Güçlüğü ve Alacaklının Tasavvurunun Boşa Çıkması Halinde İşlem Temelinin Çökmesi Öğretisi, İÜMHAD, No.18, İstanbul 1990, s. 54.

³¹³ TBK m. 296; TBK m. 363; TBK m. 480.

³¹⁴ **Kılıçoğlu,** s. 252.

nedeniyle değil edimler arası dengenin bozulması ve sözleşme ile izlenen amacın anlamını yitirmesi halinde de karşımıza çıkmaktadır³¹⁵.

B. Uyarlamanın Koşulları

1. Geçerli Olarak Kurulmuş Bir Sözleşmenin Bulunması

Uyarlamaya tabi bir sözleşme olabilmesi için bu sözleşmenin geçerli olarak kurulmuş olması gerekmektedir³¹⁶. Ortada geçerli bir sözleşme mevcut değilse borçlu, hakkın kötüye kullanımını oluşturmamak kaydıyla, geçersizlik hükümlerine başvurarak sözleşmenin geçersizliğini ileri sürebilir³¹⁷.

2. Öngörülemeyen ya da Öngörülmesi Beklenemeyen Olağanüstü Bir Durumun Ortaya Çıkması ve Ortaya Çıkan Durumun Edimlerin İfasını Aşırı Ölçüde Güçleştirmesi

Öngörülemeyen ya da öngörülmesi beklenmeyen olayın olağanüstü bir olay olması gerekip gerekmediği konusunda doktrinde iki ayrı görüş bulunmaktadır³¹⁸. Ancak biz görüş farklılıklarına değinmeyerek TBK m. 138 kapsamında olağanüstü bir durumun ortaya çıkmış olması durumunu değerlendireceğiz³¹⁹. Belirtilmelidir ki,

³¹⁵ **Baysal**, s. 87; **Nomer**, (Genel Hükümler), s. 254.

³¹⁶ **Kılıçoğlu**, s. 256; **Reisoğlu, Safa**: s. 416.

³¹⁷ **Kılıçoğlu**, s. 256.

³¹⁸ Görüşler için bkz. **Baysal**, s. 161-166; Olağanüstü olması gerektiğini savunanlar, **Kılıçoğlu**, s. 256; **Reisoğlu, Safa**: s. 416.

³¹⁹ Görüş farklılıkları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu, Necip**: İşlem temelinin çökmüş sayılabilmesi için sosyal felaket olarak nitelendirilebilecek bir olayın gerçekleşmesi şart mıdır? Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, Beta Yayıncılık, İstanbul 2000, s. 503; **Baysal**, 161-165.

meydana gelen her beklenmeyen durum sözleşmenin uyarlanması için sebep oluşturmaz. Beklenmeyen durum meydana gelmekle birlikte aynı zamanda da ortaya çıkan durumun edimin ifasını aşırı ölçüde güçleştirmiş olması gerekmektedir³²⁰.

TBK m. 138’de de bahsedildiği üzere ortaya çıkan durumun daha önce öngörülememesi ya da öngörülmesinin beklenmemesi gerekmektedir³²¹. Öngörülemeyen durumun değerlendirilmesinde sözleşme taraflarının sözleşme konusu işteki uzmanlığı ve konuları dikkate alınmalıdır³²².

3. Edimin İfasının Aşırı Ölçüde Güçleşmesinde Borçlunun Kusurunun Bulunmaması

Edimin aşırı ölçüde güçleşmesinde eğer borçlunun bir kusuru varsa bu durumda uyarlama talep etmesi hakkın kötüye kullanımı niteliğinde olacaktır. Bu nedenle borçlunun uyarlama talep edebilmesi için ifanın güçleşmesinde kendi kusurunun olmaması gerekmektedir³²³.

4. Borçlunun Edimi Yerine Getirmemiş ya da Haklarını Saklı Tutarak İfa Etmiş Olması

Borçlunun uyarlama talebinin kabul edilebilmesi için edimin ifa edilmemiş olması gerekmektedir³²⁴. Borçlu edimi ifa ederse edimin ifasının aşırı ölçüde

³²⁰ Kılıçoğlu, s. 258; Aksi Görüş, Kocayusufpaşaoğlu, s.513-514; Topuz, s. 256; Baysal, s. 165-166.

³²¹ Topuz, s. 259; Ayrıntı için bkz. Topuz, s. 259-269; Baysal, s. 166; Eren, s. 485.

³²² Kılıçoğlu, s. 257.

³²³ Topuz, s. 270; Eren, s. 486.

³²⁴ Eren, s. 486; Kılıçoğlu, s. 258; Aksi Görüş, Gülekli, s.53; Baysal, s. 112; Reisoğlu, Safa: s. 416.

güçleştigiinden bahsedilemez³²⁵. Ancak TBK m. 138 borçlunun hakkını saklı tutarak ödeme yapması halinde uyarılama talebini ileri sürülebileceğini kabul etmektedir. Başka bir deyişle, borçlu ihtirazî kayıtla ödeme yaptığı takdirde sözleşmenin uyarlanması talebinde bulunabilecektir.

C. Garanti Sözleşmelerinde Uyarılama

İki tarafa borç yükleyen sözleşmeler açısından şartlarını taşıdığı sürece uyarlamaya başvurulması açısından herhangi bir kısıtlama bulunmamaktadır³²⁶. Tartışma tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ortaya çıkmaktadır. Zira tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edim karşı edim ilişkisi bulunmamaktadır. Bu sorun işlem temelinin çökmesi teorisi dikkate alınarak çözüme kavuşturulmaktadır. Şöyle ki, işlem temelinin çökmesi üç şekilde karşımıza çıkmaktadır³²⁷. Bunlar aşırı ifa güçlüğü, edimler arası dengenin bozulması ve sözleşme ile izlenen amacın anlamını yitirmesidir³²⁸. Garanti sözleşmesi de tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir. Bu nedenle aynı sorun bu sözleşmeyi de kapsamaktadır. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler açısından uyarlamaya konu olabilecek işlem temelinin çökme teorisi çeşidi sadece aşırı ifa güçlüğü halidir³²⁹. Edimler arası dengenin bozulması hali karşılıklı olarak bir edim değiş tokuşu olmaması sebebiyle, sözleşme ile izlenen amacın yitirilmesi ise sözleşmenin bir teminat sözleşmesi olması sebebiyle

³²⁵ Eren, s. 486; Kılıçoğlu, s. 258.

³²⁶ Baysal, s. 107; Sayın-Koyuncu, s. 321.

³²⁷ Baysal, s. 87; Canbolat, Ferhat: Sözleşmelerde Amacın Gerçekleşmesi Çökmesi ve Boşa Çıkarılması, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 212.

³²⁸ Baysal, s. 87; Arat, Ayşe: Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 118.

³²⁹ Sayın-Koyuncu, s. 324.

uygulanabilirliği mümkün görünmemektedir³³⁰. Zira garanti sözleşmesi açısından uyarlama talep edebilecek tek bir kişi bulunmaktadır o da garanti verendir ve garanti verenin garanti sözleşmesi açısından menfaati bulunmamaktadır.

Garanti sözleşmesi açısından TBK m. 138'de belirtilen şartlar gerçekleştiği takdirde garanti verenin, ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden bahisle hâkimden uyarlama talebinde bulunabilmesi açısından herhangi bir hukuksal engel bulunmamaktadır³³¹. Şartların kendi açısından ediminin aşırı ifa güçlüğüne neden olduğunu ileri süren borçlunun hakime başvurusu ile birlikte hakim uyarlamanın şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirir ve şartların oluştuğuna kanaat getirdiği takdirde uyarlamaya karar verebilir³³².

IV. Garanti Sözleşmesinde Alacağın Devri ve Borcun Üstlenilmesi

A. Alacağın Devri

1. Genel Olarak

818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde “Alacağın Temliki” olarak anılan kurum 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda “Alacağın Devri” başlığı altında 183-194. maddeler arasında düzenlenmiştir.

Alacağın devri Türk Borçlar Kanununda tanımlanmamakla birlikte bir alacak hakkının hakkı devreden alacaklı ile devralmak isteyen arasında kurulan ve borçlunun katılmasının gerekmediği tasarruf işlemindeki yazılı bir sözleşme

³³⁰ Sayın-Koyuncu, s. 343; Aksi Görüş, Baysal, s. 214.

³³¹ Baysal, s. 10; Sayın-Koyuncu, s. 324.

³³² Sayın-Koyuncu, s. 325.

ile hakkın özünde bir değişiklik meydana gelmeden, devralanın malvarlığına geçirilmesi işlemi olarak tanımlanabilir³³³.

Alacaklılar bazen alacaklarını bir üçüncü kişiye çeşitli sebeplerle devretmek isteyebilirler. Örneğin; alacaklının kendisi de başka bir üçüncü kişiye borçludur ve kendi alacağını üçüncü kişiye devrederek borcundan kurtulmak istemektedir ya da alacağını bir üçüncü kişiye onun adına tahsil etmesini istediği için devredebilir. Bir kişi kendisine verilen kredinin temini amacıyla da alacağını temlik edebilir³³⁴.

Alacağın devri; sözleşmeyle olabileceği gibi TMK m. 599/I-II de olduğu gibi kanun hükmüne ya da mahkeme kararına da dayanabilir³³⁵. Örneğin; kocanın Halkbank'ta 1.000,00 TL'lik hesabı bulunmakta, karısı ve çocuklarına karşı olan bakım görevini ise yerine getirmemektedir. Karının mahkemeye başvurup evlilik birliğinin korunmasını talep etmesi üzerine, mahkeme, Halkbank'taki alacağın karıya ödenmesine karar verebilir³³⁶. Burada yargı kararına dayanan bir devir söz konusudur.

TBK m. 183'te belirtildiği üzere bazı alacakların devri kanun, sözleşme veya işin niteliğinden dolayı yasaklanmıştır³³⁷. Manevi tazminat istemlerinin karşı tarafça kabul edilmedikçe devrolunamayacağı ya da aksine anlaşma olmadıkça sözleşmeden

³³³ **Engin, Baki İlkay**: Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, s. 10.

³³⁴ **Engin**, s. 12.

³³⁵ **Kılıçoğlu**, s. 787; **Hatemi-Gökyayla**, s. 364; **Nomer**, (Genel Hükümler), 355; **Oğuzman-Öz**, (Cilt II), s. 530.

³³⁶ **Kılıçoğlu**, s. 784.

³³⁷ **Kılıçoğlu**, s. 792; **Hatemi-Gökyayla**, s. 367; **Oğuzman-Öz**, (Cilt II), s. 545.

doğan alım, önalım ve geri alım haklarının devredilemeyeceği kanundan kaynaklanan devir yasaklarıdır. Sözleşmeden kaynaklı devir yasağı ise tarafların kendi aralarında yapmış oldukları sözleşme ile kararlařtırılabilir³³⁸. Taraflar sözleşme ile yasak koyarken alacağın devrini tamamen yasaklayabilecekleri gibi kısmen de yasaklayabilirler³³⁹. İşin niteliği gereği alacağın devrinin yasaklanması ise alacak hakkı ile alacaklının kişisel özellikleri arasında yakınlık bağı bulunmasındandır³⁴⁰. İşin niteliğinden doğan yasak ise nafaka alacakları konusunda ortaya çıkar³⁴¹. Çünkü nafaka alacağı, alacaklının geçimini temin etmeye yönelik bir alacaktır. Bir kimsenin kendi geçimi için zorunlu olan bir alacağın bir başkasına devredilmesi kendisini zor durumda bırakır. Bu nedenle bu alacakların niteliği gereği başkasına devredilmeyeceği kabul edilmektedir.

Devir sonucunda borçlunun durumu açısından herhangi bir değişiklik olmamaktadır. Başka bir deyişle, borçlunun durumu alacağın devrinden önceki durumdan ağırlaştırılmaz. Buna göre devir, borcun ifa yerini, zamanını, miktarını, faiz oranını değiştiremez. Ayrıca borçlu eski alacaklıya karşı kullanacağı savunma araçlarını yeni alacaklıya karşı da kullanabilir³⁴².

2. Alacağın Devrinin Geçerlilik Şartları ve Şekli

Alacağın devri sözleşmesi, sözleşmelerin geçerliliğine ilişkin genel hükümlere tabidir. Alacağın temlikinin konusu kanunun emredici hükümlerine,

³³⁸ Engin, s. 26; Hatemi-Gökyayla, s. 368.

³³⁹ Engin, s. 26.

³⁴⁰ Engin, s. 27; Oğuzman-Öz, (Cilt II), s. 546.

³⁴¹ Hatemi-Gökyayla, s. 368; Aksi Görüş Oğuzman-Öz, (Cilt II), s. 546.

³⁴² Kılıçoğlu, s. 795.

ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ve konusu imkansız olmamalıdır (TBK m. 27). Aksi takdirde yapılan sözleşme kesin hükümsüzdür.

Alacağın devri sözleşmesi yazılı şekilde yapılmak zorundadır³⁴³. Bu şekil şartı geçerlilik şartıdır. Eğer devir kanun hükmünden ya da mahkeme kararından kaynaklanıyorsa yazılı şekil şartı aranmaz (TBK m. 184). Yazılı şekil işlemin tüm esaslı noktalarını içermelidir³⁴⁴. Özellikle de alacağı devreden devir iradesi sözleşmeden anlaşılabilmesi ve devir konusu alacak hakkı yeterince belirlenmiş olmalıdır³⁴⁵.

Yazılı şekil şartı dışında alacağın devri için borçlunun rızası gibi bir şart kanunumuzda öngörülmemiştir³⁴⁶.

3. Alacağın Devrinin Türleri

a. İfa Amacıyla Yapılan Devir

İfa amacıyla devirde, alacağı devreden kişi, devralan kişiye karşı borçlu ve fakat üçüncü bir kişiden alacaktır. Burada alacağını devreden kişi, borcunu asıl borcundan başka bir edimi yerine getirerek ifayı amaçlamaktadır. Alacağın devredildiği an devreden borcu da sona ermektedir. Borcun sona ermesi için, devredilmiş alacağın tahsil edilmiş olması gerekmemektedir.

³⁴³ Nomer, (Genel Hükümler), s. 356; Oğuzman-Öz, (Cilt II), s. 538.

³⁴⁴ Engin, s. 23; Oğuzman-Öz, (Cilt II), s. 539.

³⁴⁵ Engin, s. 23; Oğuzman-Öz, (Cilt II), s. 538.

³⁴⁶ Oğuzman-Öz, (Cilt II), s. 533.

b. İfaya Yönelik Yapılan Devir

İfa amacıyla yapılan devirden farklı olarak; ifaya yönelik devir türünde devreden, devir ettiği alacağın borcunu devir oranında sona erdirmesini istemektedir. Şöyle ki; bu devir türünde alacağın devri ile birlikte borç sona ermemektedir. Borç alacak tahsil edildiği zaman ve tahsil edildiği oranda sona ermektedir. Dolayısıyla alacak ve borç arasında mahsup gerçekleşmektedir.

Ancak belirtilmelidir ki; aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, ifayı konu alan alacak devirlerinin, ifaya yönelik devir olduğu söylenebilir. Diğer bir deyişle, bir alacak devrinin ifa amacıyla yapıldığının kabul edilmesi için bu hususun taraflarca özel olarak kararlaştırılmış olması gerekmektedir³⁴⁷.

c. Tahsil Amacıyla Yapılan Devir

Tahsil amacıyla devir; alacaklı alacağını bir üçüncü kişiye onun adına alacağını tahsil etmesi için devreder. Tahsil gerçekleştikten sonra da alacağı alacaklıya devir borcu altına girer.

d. Teminat Amacıyla Yapılan Devir

Teminat amacıyla alacağın devri, bir kimsenin bir başka kimseye, sahibi olduğu alacağı, ona olan bir borcunu teminat altına almak amacı ile devrettiği ve devralanın da bu hakkı teminat amacı içerisinde kullanmayı, özellikle teminat altına alınan borç ifa edilmediği takdirde teminat olarak devredilen alacaktan yararlanmayı,

³⁴⁷ **Aksoy, Hüseyin Can:** Alacağı Temlik Edenin Kanundan Doğan Garanti Sorumluluğunun Ekonomi Hukuku Prensipleri Işığında Değerlendirilmesi, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 70, Sayı 2012/1, s. 146.

buna karşılık borç ifa veya diğer bir şekilde sona erdiği takdirde, alacağı devredene geriye temlik etmeyi yüklediği sözleşmelerdir³⁴⁸.

Teminat amacıyla yapılan devirde iki temel ilişki vardır. İlk ilişki inançlı temlik³⁴⁹ işlemi, diğeri ise alacağın devri işlemidir.

4. Alacağı Devredenin Garanti Sorumluluğu

Alacağın devri karşılıksız olarak yapılabileceği gibi ivaz karşılığında da yapılabilir. Alacağın devrinin her iki yapılış şekline göre alacağı devreden kişinin sorumluluk kapsamı belirlenmektedir. Alacağı devreden kişinin devirden kaynaklı sorumluluğu Türk Borçlar Kanununun 191. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; *“Alacak, bir edim karşılığında devredilmişse devreden, devir sırasında alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti etmiş olur. Alacak bir edim karşılığı olmaksızın devredilmiş ya da kanun gereğince başkasına geçmişse, devreden veya önceki alacaklı, alacağın varlığından ve borçlunun ödeme gücünden sorumlu değildir.”*

a. Alacağın Varlığı

Alacağın varlığından sorumluluk devrin belirli bir edim karşılığında gerçekleştirildiği haller için geçerlidir³⁵⁰. Edim karşılığı olmayan devirlerde devreden ne alacağın varlığından ne de borçlunun ödeme gücünden sorumludur³⁵¹. 818 sayılı

³⁴⁸ Şafak, Ali: Teminat Amaçlı Alacağın Temliki, Legal Yayıncılık, 2011, s. 63.

³⁴⁹ Şafak, s. 27; Eren, s. 365.

³⁵⁰ Hatemi-Gökyayla, s. 370; Nomer, (Genel Hükümler), s. 358; Oğuzman-Öz, (Cilt II), s. 563.

³⁵¹ Hatemi-Gökyayla, s. 371; Nomer, (Genel Hükümler), s. 358; Oğuzman-Öz, (Cilt II), s. 563.

BK döneminde alacaklı, borçlunun aciz hali için taahhütte bulunmamış ise, borçlunun acizden sorumlu değildi³⁵².

Alacağı temlik edenin garanti sorumluluğunun temelinde yatan düşünce, cismani varlığı olmayan bir alacağı devralan tarafın korunması ihtiyacıdır³⁵³. Alacağı devreden kişi, alacağı devralan kişiye karşı alacağın herhangi bir şekilde var olmamasından ya da tahsil edememesinden dolayı sorumludur³⁵⁴. Alacağı devralan herhangi bir şekilde alacağını alamadığı takdirde TBK m. 193'e göre taleplerde bulunabilir. Buna göre; alacağı devralan, devredenden ifa ettiği karşı edimin faizi ile birlikte geri verilmesini, devrin sebep olduğu giderleri, borçluya karşı devraldığı alacağı elde etmek için yaptığı ve sonuçsuz girişimlerin yol açtığı giderleri, devreden kusursuzluğunu ispat etmedikçe uğradığı diğer zararlarını isteyebilir³⁵⁵.

b. Ödeme Gücünün Varlığı

Alacağı devreden kişinin, ivazlı devirlerde borçlunun ödeme gücünden de sorumlu olması Türk Borçlar Kanunu ile hukukumuzda girmiştir³⁵⁶. 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde alacağı devreden, borçlunun ödeme gücünün varlığını taahhüt etmedikçe, borçlunun ifa zamanında ödeme gücünün olmamasından sorumlu tutulmamaktaydı. Bu düzenleme son derece yerinde bir düzenleme idi.

³⁵² **Dayınlarlı, Kemal**: Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2008, s. 253; **Hatemi-Gökyayla**, s. 371; **Nomer**, (Genel Hükümler), s. 358.

³⁵³ **Aksoy**, s. 149.

³⁵⁴ **Oğuzman-Öz**, (Cilt II), s. 564.

³⁵⁵ **Nomer**, (Genel Hükümler), s. 359; **Hatemi-Gökyayla**, s. 371.

³⁵⁶ **Oğuzman-Öz**, (Cilt II), s. 564.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile getirilen bu yeniliğin ne derece hakkaniyetle bağdaştığı tartışmalıdır. Çünkü alacağını devreden alacaklının borçlunun malvarlığı üzerinde herhangi bir hakimiyeti bulunmamaktadır. Şöyle ki; alacağın devri esnasında borcunu ödeyecek malvarlığına sahip olan borçlu daha sonra tüm malvarlığını elden çıkarmış ve borcunu ödeyemez hale gelmiş olabilir. Bu durumda devreden kişinin herhangi bir müdahale hakkı yoktur.

5. Garanti Sözleşmelerine İlişkin Alacakların Devri

Yukarıda alacağın devrinden genel olarak bahsettik. Bu kısımda ise alacağın devri kurumunun garanti sözleşmeleri açısından uygulanabilirliğinden bahsedeceğiz.

a. Asıl Alacağın Devri

Asıl alacağın devri konusunda herhangi bir engel bulunmamaktadır. Burada tartışılması gereken husus, asıl alacağın devri ile birlikte alacağın garantisinin de aynı kaderi paylaşıp paylaşmayacağıdır.

Doktrinde bu konuda iki ayrı görüş bulunmaktadır. İlk görüşe³⁵⁷ göre; garanti sözleşmesinin bağımsız olma niteliği TBK m. 189'un uygulanabilmesine engel değildir. TBK m. 189'daki fer'ilik esas itibariyle alacağın güvencesine yönelmiştir. Aynı güvence garanti sözleşmesi açısından da söz konusudur.

Diğer görüşe göre ise³⁵⁸; fer'ilik ilkesi burada uygulanmaz ve asıl sözleşme ilişkisinden bağımsız olan garanti sözleşmesi asıl alacağın devri ile birlikte asıl sözleşme alacağını devralan kişiye geçmez. Garanti alacağının devri isteniyorsa bu

³⁵⁷ Kahyaoğlu, s. 105.

³⁵⁸ Develioğlu, s. 465.

durumda garanti alacağının devrinin ayrı bir devir sözleşmesine konu olması gerekmektedir.

Kanaatimize göre; TBK m. 189'a göre, alacağın devri ile birlikte devredenin kişiliğine özgü olanlar dışındaki öncelik hakları ve bağlı haklar da devralana geçer. Madde hükmü açıkça fer'ilik ilkesinden bahsetmektedir. Bu nedenle TBK m. 189'u fer'ilik ilkesinden ayrı yorumlamak keyfi davranmak anlamına gelecektir. Dolayısıyla garanti sözleşmeleri açısından bu hükmün uygulanabilme kabiliyeti bulunmamaktadır. Zira garanti sözleşmesi asıl borç ilişkisinden bağımsız nitelik arz etmektedir. Bu nedenle asıl sözleşmenin devri, garanti sözleşmesinin de devri sonucunu doğurmaz. Garanti sözleşmesinin teminat sağlamaya devam etmesi açısından devri amaçlanıyorsa, bunun için ayrı bir devir sözleşmesinin yapılması gerekmektedir.

b. Garanti Alacağının Devri

Garanti sözleşmeleri açısından kanundan ve işin niteliğinden kaynaklı herhangi bir devir yasağı bulunmamaktadır. Taraflar arasında, sözleşme ile de devir yasağı kararlaştırılmadığı sürece, garanti sözleşmesinden doğan alacağın devrine herhangi bir engel bulunmamaktadır. Buna göre; ortada doğmuş veya doğacak bir alacak hakkı bulunmakta ise, sözleşmede devri engelleyecek bir hüküm yoksa ve devri yazılı olarak gerçekleştirirlerse devir geçerli olarak gerçekleşmiş olur.

B. Borcun Üstlenilmesi

1. Genel Olarak

Borcun üstlenilmesi kurumu TBK m. 195-204 arasında düzenlenmiştir. Alacağın devri kurumunda olduğu gibi borcun üstlenilmesi kurumunun da

nitelendirilmesi konusunda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda değişikliğe gidilmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde “Borcun Nakli” olarak anılan kurum 173-181. maddeler arasında düzenlenmekteydi.

Borcun üstlenilmesi iç ve dış üstlenme olmak üzere iki aşamalı olarak gerçekleştirilir. İlk olarak borcun iç üstlenilmesi anlaşması yapılır. Borcun iç üstlenilmesi borcu devreden ve devralan arasında imzalanan anlaşmadır. Borcun iç üstlenilmesinin dış dünyaya karşı bir etkisi yoktur. Daha sonra ise borcun dış üstlenilmesi anlaşması imzalanır. Borcun dış üstlenilmesi ise; borcu üstlenecek olan kişinin önerisi doğrultusunda alacaklının da zımni veya açık kabulü ile birlikte oluşan sözleşmedir (TBK m. 195). Borcun dış üstlenilmesine yönelik anlaşmanın imzalanması ile birlikte borcun üstlenilmesi üçüncü kişilere karşı da hüküm ifade etmeye başlar.

Borcun üstlenilmesi de alacağın devrinde olduğu gibi sözleşmeden ya da kanun hükmünden doğabilir³⁵⁹.

Borcun üstlenilmesi alacağın devrinden farklı olarak alacaklının onayı alınarak yapılmalıdır. Ancak borcun dış üstlenilme sözleşmesi herhangi bir şekil şartına tabi değildir³⁶⁰.

2. Borcun Üstlenilmesi Anlaşmaları

a. Borcun İç Üstlenilmesi Anlaşması

TBK m. 195'e göre; “(I)*Borçlu ile iç üstlenme sözleşmesi yapan kişi, borcu bizzat ifa ederek veya alacaklının rızasıyla borcu üstlenerek, borçluyu borcundan*

³⁵⁹ Hatemi-Gökyayla, s. 372.

³⁶⁰ Hatemi-Gökyayla, s. 372; Nomer, (Genel Hükümler), s. 363.

kurtarma yükümlülüğü altına girmiş olur. (II) Borçlu, iç üstlenme sözleşmesinden doğan borçlarını ifa etmedikçe, diğer taraftan yükümlülüğünü yerine getirmesini isteyemez. (III) Borçlu, borcundan kurtarılmamışsa, diğer taraftan güvence isteyebilir.”

Borcun iç üstlenilmesi yukarıda da belirtildiği üzere borcu üstlenecek olan üçüncü kişi ve asıl borçlu arasında yapılır³⁶¹.

b. Borcun Dış Üstlenilmesi Anlaşması

Borcun dış üstlenilmesi TBK m. 196/I'e göre “*Borçlunun yerine yenisinin geçmesi ve borcundan kurtarılması, borcu üstlenen ile alacaklı arasında yapılacak sözleşmeyle olur.*” Dış üstlenme sözleşmesi, borcun bir kişiden bir başka kişiye geçmesini sağladığı, alacaklının hakkında bir değişiklik meydana getirdiği için bir tasarruf işlemidir³⁶².

TBK m. 196/II'ye göre “*İç üstlenme sözleşmesinin, üstlenen veya onun izni ile borçlu tarafından alacaklıya bildirilmesi, dış üstlenme sözleşmesinin yapılmasına ilişkin öneri anlamına gelir.*” İç üstlenme sözleşmesinin alacaklıya bildirilmesi ile birlikte, alacaklı bu sözleşmeyi açık veya zımni olarak kabul edebilir ya da açıkça reddedebilir³⁶³. Kabul ile birlikte sözleşme kurulmuş olur.

³⁶¹ Eren, s. 1244; Oğuzman-Öz, (Cilt II), s. 571; Nomer, (Genel Hükümler), s. 362.

³⁶² Oğuzman-Öz, (Cilt II), s. 576; Eren, s. 1247; Nomer, (Genel Hükümler), s. 363; Aksi Görüş, Hatemi-Gökyayla, s. 374.

³⁶³ Hatemi-Gökyayla, s. 374; Oğuzman-Öz, (Cilt II), s. 578.

3. Garanti Sözleşmelerine İlişkin Borçların Üstlenilmesi

a. Asıl Borcun Üstlenilmesi

Asıl sözleşme ilişkisinden doğan borcun devri, alacaklı kabul ettiği ve kanuni olarak bir devir yasağı bulunmadığı müddetçe mümkündür.

Asıl borcun devri ile birlikte borcu teminat altına alan sözleşmelerin durumu konusunda alacağın devrindekinden farklı bir durum söz konusudur. Alacağın devri halinde borcu teminat altına alan kişinin rızasına ihtiyaç duymaksızın teminat devam eder. Ancak borcun üstlenilmesi halinde teminatın devam edebilmesi için teminat verenin borcun üstlenilmesi anlaşmasına yazılı olarak rıza göstermesi gerekmektedir. Nitekim bu durum TBK m. 198/II de; *“Bununla birlikte borcun güvencesi olarak rehin veren üçüncü kişinin ve kefilin sorumlulukları, ancak onların borcun üstlenilmesi yazılı olarak rıza göstermeleri halinde devam eder.”* şeklinde ifade edilmektedir.

Madde hükmünde fer’i nitelikte olan kefalet ve rehin güvencelerinin dahi asıl borcun başkasına devri ile birlikte devam etmesi için yazılı rıza aranırken asli nitelikte olan garanti borcunun devam etmesi için bu rıza evleviyetle gerekmektedir.

b. Garanti Borcunun Üstlenilmesi

Garanti borcunun devri açısından da herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır. Zira alacaklı kabul ettiği sürece garanti borcunun kimin tarafından yerine getirildiği bir önem arz etmemektedir. Gerekli şekli kurallara uyulmaktaysa başka bir deyişle iç ve dış üstlenme anlaşmaları yapılmış ve tarafların bu konudaki iradeleri uyuşmaktaysa garanti borcunun devri mümkündür.

Garanti borcunun da geçerli olarak devredilebilmesi için öncelikle garanti veren ve borcu üstlenecek olan arasında borcun iç üstlenilme anlaşması imzalanması gerekmektedir. Tarafların arasındaki bu anlaşma herhangi bir şekil şartına veya rızaya tabi değildir. Sözlü olarak yapılırsa dahi geçerlidir. Hatta zımni olarak dahi gerçekleştirilebilir.

Garanti borcunun iç üstlenilmesi gerçekleştikten sonra borcun dış üstlenilmesinin de gerçekleşmesi gerekmektedir. Garanti alan ve borcu üstlenen arasındaki anlaşma ise borcun dış üstlenilmesi olarak adlandırılabilir. Borcun dış üstlenilmesi anlaşması yapılmadığı sürece iç üstlenme anlaşması alacaklıyı bağlamamakta, garanti veren ve borcu üstlenen arasında sonuç doğurmaktadır. Borcun dış üstlenilmesi anlaşması da herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Kabul ile birlikte sözleşme kurulmuş olur. Bu kabul açık olabileceği gibi zımni de olabilmektedir.

§2. GARANTİ SÖZLEŞMELERİNDE ZAMANAŞIMI

I. Genel Olarak

Zamanaşımı; alacağın kanunda öngörülen süreler içerisinde talep edilmemesi halinde icra ve mahkemeler yoluyla tahsil edilebilme kabiliyetinin kalmamasıdır.

Zamanaşımı kazandırıcı zamanaşımı ve kaybettirici zamanaşımı olarak ikiye ayrılmaktadır. Kazandırıcı zamanaşımı, daha çok eşya hukuku bağlamında karşımıza çıkmaktadır. Görüldüğü üzere zamanaşımı kurumu sadece borçlar hukukuna özgü bir kurum değildir. Kazandırıcı zamanaşımı, tez konumuzla ilgili olmadığından üzerinde durulmayacaktır. Bir borcun zamanaşımına uğramış sayılabilmesi için;

zamanaşımına uğrayabilecek nitelikte, muaccel bir alacak olmalı ve yasada öngörülen süreler dolmuş olmalıdır³⁶⁴.

TBK m. 146'ya göre; “*Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir.*” TBK m. 147'de ise farklı zamanaşımı süreleri belirlenmiştir. Bazı hallerde ise sebepsiz zenginleşme ve haksız fiilden doğan alacaklarda olduğu gibi, uzun zamanaşımı süresinin yanında kısa zamanaşımı süresi de getirilmiştir³⁶⁵.

Zamanaşımı yukarıda verilen tanımdan da anlaşıldığı üzere borcu sona erdirmez; fakat alacaklının alacağını dava veya takip yoluyla talep etmesini engeller³⁶⁶. Yine de borçlu zamanaşımına uğramış borcu, kendi rızası ile ifa ettiği sürece yapılan ifa geçerlidir. Zira, zamanaşımı ile birlikte borç eksik borç haline gelir³⁶⁷.

Zamanaşımı, def'i yoluyla ileri sürülür ve taraflar ileri sürmedikçe hâkim tarafından re'sen dikkate alınmaz³⁶⁸. Zamanaşımı süresi alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren işlemeye başlar³⁶⁹.

Zamanaşımına ilişkin genel bilgiler verildikten sonra zamanaşımı bahsi garanti sözleşmeleri açısından değerlendirildiğinde; öncelikle garanti sözleşmesinden

³⁶⁴ **Kılıçoğlu**, s. 865-867.

³⁶⁵ **Nomer**, (Genel Hükümler), s. 313.

³⁶⁶ **Kılıçoğlu**, s. 860; **Reisoğlu, Safa**: s. 422.

³⁶⁷ **Reisoğlu, Safa**: s. 422; **Eren**, s. 1294.

³⁶⁸ **Nomer**, (Genel Hükümler), s. 309; **Eren**, s. 1294.

³⁶⁹ **Eren**, s. 1282; **Nomer**, (Genel Hükümler), s. 317.

doğan borcun muaccel olduğu tarihin belirlenmesi gerekecektir. Daha sonra ise garanti sözleşmesinin belirli süreli ve belirsiz süreli olmasına göre zamanaşımı süreleri belirlenecektir.

Garanti sözleşmelerinde tartışmanın olmadığı belki de tek husus garanti sözleşmesinden doğan alacağın muacceliyet tarihidir. Garanti alacağın muaccel olduğu tarih, riskin gerçekleştiği tarihtir.

Garanti sözleşmeleri açısından belirlenmiş özel bir zamanaşımı süresi bulunmamaktadır. Bu nedenle sözleşmelerden doğan borçlar için genel zamanaşımı süresi olan 10 yıl burada da esas alınacaktır³⁷⁰.

Belirsiz süreli garanti sözleşmeleri açısından zamanaşımı süresi, riskin gerçekleştiği tarihten itibaren on yıldır. Bu konuda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Sorun belirli süreli garanti sözleşmelerinde zamanaşımı konusunda ortaya çıkmaktadır.

II. Belirli Süreli Garanti Sözleşmelerinde Zamanaşımı

Belirli süreli garanti sözleşmelerinde zamanaşımının, garanti sözleşmesi için belirlenen süre ile birlikte son bulması gerektiği ve belirli süreden sonra dahi devam etmesi gerektiği yönünde doktrinde iki görüş mevcuttur.

Bizim de taraf olduğumuz ilk görüşe³⁷¹ göre; garanti sözleşmelerinde belirli bir süre mevcutsa ve bu süre içerisinde risk gerçekleşmediyse ya da gerçekleşmekle

³⁷⁰ “...teminat mektupları garanti sözleşmesi niteliğinde olup, BK. m. 125’e göre 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi...” Y. 11. HD. 24.09.2010 T. 2010/8698 E. 2010/9161 K. (Yayımlanmamış Karar).

birlikte yazılı olarak garanti verene başvurulmadıysa, sözleşme süresinin bitimi ile zamanaşımı süresi de sona ermiş olur³⁷².

Burada zamanaşımının sanki tarafların kendi iradeleri ile belirlenmesi gibi bir durum ortaya çıkmaktadır. Oysa hukukumuzda TBK m. 148'de de belirtildiği üzere zamanaşımı süreleri kanun tarafından belirlenir ve bu süreler taraflarca sözleşme yoluyla uzatılıp kısaltılamaz³⁷³. Ancak burada zamanaşımı taraflarca belirlenmemiştir. Çünkü kanun koyucu TBK m. 128'e ikinci bir fıkra ekleyerek garanti sözleşmeleri açısından zamanaşımını belirli bir süre ile sınırlandırma imkânı getirmiştir. Dolayısıyla burada zamanaşımı sürelerinin sözleşme ile değiştirilemeyeceği yasağı ihlal edilmemiştir³⁷⁴.

Diğer görüşe göre³⁷⁵ ise; her ne kadar ortada belirli bir süre de olsa zamanaşımı riskin gerçekleşmesi ile başlar ve belirli süre içerisinde yazılı olarak başvurulup başvurulmadığına bakılmaksızın 10 yıl boyunca devam eder. Kahyaoğlu ise 10 yıllık sürenin yazılı olarak başvuru tarihinden itibaren işlemeye başlayacağını savunmaktadır³⁷⁶. Bu görüşleri desteklemek çok zordur; çünkü bu durumda tarafların

³⁷¹ **Reisoğlu, Seza**: Vadeli Teminat Mektuplarından Ötürü Bankaların Sorumlu Tutulabilecekleri Süre, Prof. Dr. Osman F. Berki'ye Armağan, AÜHF Yayınları, No. 411, Ankara 1977, s 752; **Tekinalp**, s. 539.

³⁷² YHGK. 30.03.1988 T. 1987/11-642 E. 1988/287 K. www.kazanci.com (E.T.:17/12/2013).

³⁷³ **Nomer**, (Genel Hükümler), s. 317; **Eren**, s. 1284.

³⁷⁴ **Nomer**, (Genel Hükümler), s. 327.

³⁷⁵ **Develioğlu**, s. 462.

³⁷⁶ **Kahyaoğlu**, s. 124; **Doğan, Elif**: s. 148; **Barlas, Nami**: Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1986, s. 91; **Arkan**, s. 74; YHGK. 27.10.1982 T. 1982/11-1915 E. 1982/865 K. www.kazanci.com (E.T.:17/12/2013).

belirledikleri sürenin bir anlamı kalmamaktadır. Bu görüş Tandoğan ve Reisoğlu'nun da belirttiği gibi uluslararası bankacılık uygulamaları açısından sıkıntı doğurmaktadır. Garanti veren; garanti vermesi karşılığında, lehtar ile kontrgaranti sözleşmesi imzalayabilmekte ya da garanti borcunu çeşitli şekillerde teminat altına alılabilmektedir. Sürenin dolmasından sonra da zamanaşımının devam edeceğini kabul etmek, kontrgaranti sözleşmesi imzalayan ve teminat veren açısından uzun sürelerle vermiş olduğu teminat ile bağlı kalma yükümlülüğü yüklemektedir. Bahsedilen uzun teminat süreleri uluslararası bankacılık uygulamasında sıkıntı doğurmaktadır; çünkü uluslararası uygulamada vadenin dolması ile birlikte garanti alacağının talep edilebilirliği sona ermektedir. Türk bankaları, kontrgaranti veren yabancı bankalara ödemiş oldukları meblağları farklı uygulamalardan dolayı rücu edememe tehlikesi ile karşı karşıya kalmaktadır. Zira, farklı uygulamalardan kaynaklı olarak rücu eden kişi kontrgarana karşı kontrgarantinin vadesinden sonra talepte bulunmakta, kontrgaran ise vadeden sonra yapılan ödeme talebine karşı vadenin dolmuş olması sebebiyle ödeme yapmamaktadır. Dolayısıyla da Türk bankaları alacaklarını tahsil edememe tehlikesi ile karşı karşıya kalmaktadırlar. Türk bankaları bu duruma önlem olarak, vadesiz kontrgaranti almaya başlamışlardır. Bankalar yabancı bankalardan almış oldukları kontrgarantilerin sözleşme metinlerine ise ayrıca "Türk bankası sorumluluktan kurtulmadıkça kontrgaranın da sorumluluğunun devam edeceğine" ilişkin kayıtlar koymaya başlamışlardır. Yabancı bankalar vadesiz olarak verdikleri kontrgarantilere binaen yüksek komisyon bedelleri talep etmeye başlamışlardır³⁷⁷. Ancak bu kayıtlardan dolayı talep edilen yüksek

³⁷⁷ Tandoğan, s. 888.

komisyonlar sebebiyle Türk bankaları ile yabancı bankaların arasındaki karşılıklı işlem yapma ilişkisini zayıflamıştır.

III. Belirsiz Süreli Garanti Sözleşmelerinde Zamanaşımı

Belirsiz süreli garanti sözleşmeleri açısından zamanaşımı konusunda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Sözleşme ilişkilerinden kaynaklı alacaklar bakımından zamanaşımı 10 yıldır. Belirsiz süreli garanti sözleşmeler açısından da riskin doğması ile birlikte zamanaşımı süresi işlemeye başlar ve ödenmesi konusunda talep olmaması halinde 10 yıl sonra zamanaşımı süresi sona erer³⁷⁸. Dolayısıyla garanti verenin sorumluluğu da riskin doğumundan on yıl sonra sona erer.

§3. GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

I. Genel Olarak

Kanunumuzda garanti sözleşmeleri hakkında ayrıntılı düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle yapısı ile bağdaştıkları oranda borçların sona ermesini düzenleyen genel hükümler garanti sözleşmeleri için de uygulanabilir³⁷⁹.

Garanti sözleşmesine ilişkin sona erme sebeplerinden en temel sebep garanti edilen sonucun gerçekleşmesi ve garanti borcunun ortadan kalkmasıdır. Garanti sözleşmelerinin sona ermesi sadece bu usule sınırlı değildir.

Sona erme sebepleri özel sona erme sebepleri ve genel sona erme sebepleri olmak üzere ikiye ayrılır. Genel sona erme sebepleri TBK m. 131 vd. da düzenlenmiştir. Bu sebepler; alacaklının borçluyu ibra etmesi, borcun yenilenmesi,

³⁷⁸ Kahyaoğlu, s. 124; Reisoğlu, (Banka Teminat Mektubu), s. 298.

³⁷⁹ Tandoğan, s. 881-882; Reisoğlu, (Garanti Mukavelesi), s. 169.

alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi, kusursuz imkansızlık halleri, aşırı ifa güçlüğü, garanti verenin ya da alanın başka bir alacağı ile takas beyanında bulunmasıdır. Zamanaşımı borçları sona erdirmeyen, dava ve takip edilebilirliğine son verir. Garanti verenin ölümü, garanti sözleşmesinden doğan borcu sona erdirmeyen³⁸⁰. Bu nedenle garanti sözleşmelerinde zamanaşımı kısmına ayrı bir başlık altında değinilmiştir.

Özel sona erme sebepleri ise borçların hüküm ve sonuçları arasında yer alan ifa, sözleşmeden dönme, sözleşmenin hükümsüzlüğü ve fesihdir³⁸¹.

Yukarıdaki açıklamalarımıza da dayanarak belirli süreli ve belirsiz süreli garanti sözleşmelerinin her ikisi için ortak olan sona erme şekillerinden bahsedilecek; daha sonra türlere özel sona erme sebeplerine ayrıntılı olarak değinilecektir.

II. Belirli Süreli ve Süresiz Garanti Sözleşmeleri için Ortak Sona Erme Sebepleri

A. Genel Sona Erme Sebepleri

1. Garanti Edilen Sonucun Gerçekleşmesi

Üçüncü kişinin garanti ettiği edimin ilk borç ilişkisindeki borçlu tarafından fer'i ve yan edimleri ile birlikte yerine getirilmesi ile birlikte garanti sözleşmesi riskin ortadan kalkması nedeniyle sona erer.

³⁸⁰ Türk hukuk sisteminin aksine anglo-sakson hukuk sisteminde garanti verenin ölümü garanti sözleşmesini sona erdirmektedir. “*Death of the guarantor discharges the contract of guaranty and has the same effect as a revocation. In some states notice of the death must be given in order to relieve the guarantor's estate from further liability.*” **Rogers-Thompson**, s. 198.

³⁸¹ **Kılıçoğlu**, s. 829-830; **Oğuzman-Öz**, (Cilt I), s. 551; **Ayan**, s. 355.

2. Garanti Alanın Garanti Vereni İbra Etmesi

İbra, 818 sayılı Borçlar Kanununda borcu sona erdiren sebepler arasında sayılmamıştı; fakat uygulamada borcu sona erdiren sebepler arasında kabul edilmekteydi. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile birlikte m. 132’de ibra da borcu sona erdiren sebepler arasında sayılmıştır.

İbra, tarafların aralarında mevcut bir borcu kısmen veya tamamen ortadan kaldırmaya ve bu suretle borçlunun borçtan kurtulmasına yönelik yapmış oldukları sözleşmedir³⁸².

İbra borçtan vazgeçme ya da feragatten farklı olarak tek taraflı bir hukuki işlem değildir³⁸³. Tanımda da belirtildiği üzere ibra bir sözleşmedir³⁸⁴. Bu sözleşme ile birlikte alacaklı kısmen ya da tamamen alacağından borçlu lehine vazgeçmektedir³⁸⁵. Borçlunun kabulü ile birlikte de borç sona ermektedir³⁸⁶.

Garanti sözleşmesinde de garanti alan garanti vereni vermiş olduğu garanti borcundan ibra edebilir. Bu şekilde aralarında yapılan sözleşme ile garanti veren garanti alana karşı borcundan kurtulmuş olur.

³⁸² Eren, s. 1270.

³⁸³ Ayan, s. 359.

³⁸⁴ Eren, s. 1271; Nomer, (Genel Hükümler), s. 300; Ayan, s. 358.

³⁸⁵ Eren, s. 1270; Nomer, (Genel Hükümler), s. 300; Oğuzman-Öz, (Cilt I), s. 554.

³⁸⁶ Oğuzman-Öz, (Cilt I), s. 557.

3. Borcun Yenilenmesi

Borcun yenilenmesi, bir borcun yerine yenisinin geçmesi suretiyle eski borcun sona erdirilmesine denir³⁸⁷.

Yenileme mevcut bir borcun tarafların açık iradesi ile eski borcun yeni borçla sona erdirilmesi olduğuna göre mevcut bir borca yeni bir borçlunun katılması yenileme değildir. Borç ilişkisinde taraf değişimi yenileme değildir. Borcun nakli, alacağın temliki taraf değişikliği yaratan hukuki işlemlerdir bu nedenle yenileme değildir³⁸⁸.

Asıl sözleşme açısından borcun yenilenmesi sözleşmesi yapıldığında TBK m. 131 gereğince cari hesaplara ilişkin istisna hariç kural olarak asıl borca bağlı teminatlar sona ermektedir³⁸⁹. Fakat garanti sözleşmesi de teminat olmasına rağmen asıl borç ilişkisinden bağımsız olduğu için asıl borcun yenilenmesi halinde sona ermez.

Garanti sözleşmeleri açısından da garanti alan ve veren aralarında anlaşarak borcun yenilenmesi sözleşmesi yapabilirler. Bu durumda garanti sözleşmesinden doğan borç sona erer.

³⁸⁷ **Kılıçoğlu**, s. 836; **Eren**, s. 1263; **Nomer**, (Genel Hükümler), s. 305; **Oğuzman-Öz**, (Cilt I), s. 559; **Ayan**, s. 359.

³⁸⁸ **Uygur, Turgut**: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. I, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 877; Aksi görüş; **Oğuzman-Öz**, (Cilt I), s. 560.

³⁸⁹ **Uygur**, s. 881; **Eren**, s. 1267; **Oğuzman-Öz**, (Cilt I), s. 560; **Ayan**, s. 360.

4. Alacaklı ve Borçlu Sıfatlarının Birleşmesi

Alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda m. 135'te “Birleşme” kenar başlığı altında düzenlenmiştir. TBK m. 135'e göre; “Alacaklı ve borçlu sıfatının aynı kişide birleşmesiyle borç sona erer. Ancak, üçüncü kişilerin alacak üzerinde önceden mevcut olan hakları birleşmeden etkilenmez.”

Bir ilişkinin borç ilişkisi olması için alacaklı ve borçlu olmak üzere iki tarafının bulunması gerekmektedir. Eğer bu taraf sıfatları son bulursa, TBK m. 135'te de belirtildiği üzere borç da sona erer³⁹⁰.

Alacaklı ve borçlu taraf birden fazla kişiden oluşabilir ve bu kişilerden her biri için birleşmenin borcu sona erdirmesi söz konusu olabilir. Bu durum müteselsil borçlulukta ve alacaklılıkta gündeme gelebilir³⁹¹.

Birleşme halinde borcun tamamının sona ermesi gerekmemektedir. Birleşme bir kısım alacak için söz konusuysa sadece o kısım için borç sona erebilmektedir.

Garanti sözleşmesinde de garanti alan ve garanti veren sıfatı herhangi birinde birleştiği takdirde garanti borcu da sona erer.

5. İmkânsızlık Halleri

İmkânsızlık, borçlunun borcunu yerine getirmesinin mümkün olmamasını ifade eder³⁹². İmkânsızlık, kusurlu ve kusursuz imkânsızlık olmak üzere ikiye ayrılır.

³⁹⁰ Eren, s. 1268; Oğuzman-Öz, (Cilt I), s. 566; Ayan, s. 362.

³⁹¹ Kılıçoğlu, s. 840.

³⁹² Kılıçoğlu, s. 842; Ayan, s. 366.

Kusurlu ve kusursuz imkânsızlık da önceki ve sonraki imkânsızlık olmak üzere kendi arasında ikiye ayrılır.

Başlangıçtan beri varolan imkânsızlık borcu sona erdiren sebepler arasında yer almaz. Zira başlangıçtan beri varolan imkânsızlık nedeniyle ortaya çıkan borç TBK m. 27 gereğince kesin hükümsüzdür.

Borcu sona erdirme bakımından önemli olan sonraki imkânsızlık halidir. Sonraki imkânsızlık, sonraki kusurlu imkânsızlık ve sonraki kusursuz imkânsızlık olmak üzere kendi içerisinde ikiye ayrılır.

Sonraki kusurlu imkânsızlık kural olarak borcu sona erdirmez. Zira borç borçlunun kusuru nedeniyle ifa edilemez hale gelmiştir³⁹³. Burada artık borcun ifasının yerini borçlunun tazminat borcu alır³⁹⁴.

Asıl borçlu ile alacaklı arasında imzalanan sözleşme gereğince gerçekleşmesi istenen husus garanti alan alacaklının kusuru ya da özen yükümlülüğüne aykırı davranması veyahut kendi sorumluluğu altındaki bir kişinin ya da hayvanın kusuru nedeniyle imkânsız hale geldiyse³⁹⁵ bu durumda garanti verenin ifa borcu sona erer. Ancak burada dikkate alınması gereken husus, borcun sona erebilmesi için kusurun ağır kusur olması gerektiğidir³⁹⁶. Aksi düşünce garanti sözleşmelerine olan güvenin sarsılmasına yol açar. Buradaki kusurun ağır kusur olup olmadığı tespit edilirken genel ilkeler dikkate alınarak illiyet bağının kesilmesinde zarar görenin kendi ağır

³⁹³ **Oğuzman-Öz**, (Cilt I), s. 570; **Ayan**, s. 367.

³⁹⁴ **Oğuzman-Öz**, (Cilt I), s. 570; **Ayan**, s. 367.

³⁹⁵ **Reisoğlu**, (Garanti Mukavelesi), s. 170.

³⁹⁶ **Tandoğan**, s. 883; **Reisoğlu**, (Garanti Mukavelesi), s. 171.

kusurunun göz önüne alınması burada da hesaba katılmalıdır³⁹⁷. Taraflar aralarında anlaşma yaparak ya da sözleşmeye hüküm koyarak hafif kusurdan dolayı garanti alanın kusurlu olmayacağını kararlaştırabilirler. Taraflar açısından önemli nokta ağır kusur halinde sorumsuzluk anlaşması yapılamaması yönündendir. Zira, TBK m. 115/I (BK m. 99)'e göre, “*Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.*” Ağır kusurdan sorumlu olunmayacağına ilişkin yapılan sözleşmeler kesin hükümsüzdür. Bu nedenle garanti veren ve alan, aralarında bu şekilde anlaşma yapmış olsalar dahi bu anlaşma kesin hükümsüzdür. Ağır kusur garanti alan tarafından gerçekleştirilirse borç sona erer.

Sonraki kusursuz imkânsızlık halinde ise TBK m. 136/I'e göre “*Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer*”³⁹⁸. Bu durumda artık borçludan borcunu yerine getirmesi istenemez. Sonraki kusursuz imkânsızlık halinde borç para borcu ise bu durumda cins telef olmaz ilkesi gereğince para borcu sona ermez³⁹⁹. Bu nedenle borç, para borcu ise bu durumda imkânsızlık hali borcu sona erdirmez.

Garanti sözleşmeleri açısından yukarıda anlatılanları değerlendirdiğimizde; garanti veren ve alan arasındaki sözleşme tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bu sözleşmede tek borçlu garanti verendir. Garanti verenin borcu çoğunlukla bir para borcudur. Para borçları açısından ise çeşit telef olmaz ilkesi geçerlidir. Bu nedenle, para borcu ifası için imzalanan garanti sözleşmelerinde borçlu açısından imkânsızlık hükümleri uygulama alanı bulmaz. Alacaklının kusuru bakımında ise eğer riskin

³⁹⁷ Tandoğan, s. 883.

³⁹⁸ Oğuzman-Öz, (Cilt I), s. 571; Ayan, s. 369.

³⁹⁹ Oğuzman-Öz, (Cilt I), s. 570.

gerçekleşmesinde garanti alanın ağır kusuru mevcutsa bu durumda garanti verenin borcu sona erer.

6. Aşırı İfa Güçlüğü

"Aşırı ifa güçlüğü" başlığı altında TBK m. 138'de genel olarak uyarılama düzenlenmiştir. Aşırı ifa güçlüğü, edimler arası dengenin bozulması ve sözleşme ile izlenen amacın anlamını yitirmesidir⁴⁰⁰. Aşırı ifa güçlüğü'nün borcu sona erdirip erdirmeyeceği hususu garanti sözleşmelerinde uyarılama başlığı altında tartışılmış olup tekrara sebebiyet vermemek amacıyla burada tekrar değinilmeyecektir⁴⁰¹.

7. Takas

Takas, iki kişinin karşılıklı ve aynı cinsten olan muaccel borçlarının, birbirini karşıladığı oranda, taraflardan birinin tek taraflı irade açıklamasıyla sona erdirilmesidir⁴⁰².

Takasın geçerli olabilmesi için; alacak ve borçlar karşılıklı ve aynı cinsten olmalı, alacaklar muaccel ve takasa elverişli olmalı, takastan feragat edilmemiş olmalı ve takasın ileri sürülmüş olması gerekmektedir⁴⁰³.

Takasın gerçekleşebilmesi için alacaklar ve borçlar karşılıklı ve aynı cinsten olmalıdır⁴⁰⁴. Bir kişi karşısındakinin başkasından olan alacağı için takas beyanında

⁴⁰⁰ **Baysal**, s. 87; **Arat**, s. 118.

⁴⁰¹ Ayrıntı için bkz. Üçüncü Bölüm, §1, III, A, 2-3.

⁴⁰² **Kılıçoğlu**, s. 851.

⁴⁰³ **Eren**, s. 1275-1281; **Oğuzman-Öz**, (Cilt I), s. 586-592; **Ayan**, s. 363-365.

⁴⁰⁴ **Eren**, s. 1275; **Nomer**, (Genel Hükümler), s. 304; **Oğuzman-Öz**, (Cilt I), s. 588; **Ayan**, s. 364.

bulunamaz⁴⁰⁵. Bu durumu garanti sözleşmeleri açısından değerlendirecek olursak garanti veren garanti alanın lehtardan olan alacağını ileri sürerek takas beyanında bulunamaz.

Takasa konu borçlar muaccel olmalıdır⁴⁰⁶. Ancak her iki borcun değil takas edilecek borcun muaccel olması yeterlidir⁴⁰⁷. Garanti sözleşmeleri açısından garanti verenin borcu riskin gerçekleşmesi ile muaccel hale gelmektedir. Garanti sözleşmesinin taraflarından birinin diğer şartları da sağlamakla birlikte muacceliyet halinde takas beyanında bulunmasına engel yoktur.

Takasın gerçekleşmesi için diğer şart alacağın takasa elverişli olmasıdır. Bu kapsamda kanundan ya da sözleşmeden kaynaklı olarak takasa engel bir halin bulunmaması gerekmektedir⁴⁰⁸. TBK m. 144'te tahdidi olarak sayılan alacaklar arasında garanti sözleşmesinden doğan alacaklar sayılmamıştır. Dolayısıyla garanti alan ve garanti veren aralarında ancak sözleşme yaparak takas beyanında bulunulmayacağını kararlaştırabilirler.

Takas sözleşmesi herhangi bir şekil şartına tabi değildir⁴⁰⁹. Ayrıca takas beyanının geçerli olabilmesi için gereken şartlardan biri de takastan feragat edilmemiş olması gerekliliğidir⁴¹⁰. Kural olarak doğmamış haktan feragat edilemez;

⁴⁰⁵ Eren, s. 1275; Oğuzman-Öz, (Cilt I), s. 587; Ayan, s. 364.

⁴⁰⁶ Eren, s. 1278; Nomer, (Genel Hükümler), s. 304; Oğuzman-Öz, (Cilt I), s. 590; Ayan, s. 364.

⁴⁰⁷ Eren, s. 1278; Oğuzman-Öz, (Cilt I), s. 590.

⁴⁰⁸ Eren, s. 1279; Ayan, s. 365.

⁴⁰⁹ Nomer, (Genel Hükümler), s. 303; Oğuzman-Öz, (Cilt I), s. 594; Ayan, s. 365.

⁴¹⁰ Eren, s. 1279; Oğuzman-Öz, (Cilt I), s. 592.

fakat kanunen istisnai hallerde hak doğmadan önce feragat mümkündür⁴¹¹. TBK m. 124'e göre "*Borçlu takas hakkından önceden de feragat edebilir.*" Taraflar aralarında yaptıkları garanti sözleşmesine takas hakkından feragat ettiklerine dair hüküm koyabilecekleri gibi bunu ayrı bir sözleşme ile de kararlaştırabilirler.

Takas belirttiğimiz geçerlilik şartlarını sağladığı sürece garanti sözleşmeleri açısından da borcu sona erdiren bir sebeptir. Örneğin; garanti alan ve garanti veren arasında riskin gerçekleşmesi neticesinde borç doğmuştur. Garanti verenin ise garanti alandan bir satım sözleşmesine dayalı olarak muaccel olan bir para alacağı bulunmaktadır. Garanti verenin borcu da muaccel hale geldiğinde karşı tarafın borcu da muaccel durumda ise taraflardan biri takas beyanında bulunarak mahsubun yapılmasını sağlar ve mahsup oranında borç sona erer.

B. Özel Sona Erme Sebepleri

1. İfa

İfa sebebiyle borcun sona ermesi hali belirli ve belirsiz garanti sözleşmelerinin kendine has sona erme şekilleri içerisinde anlatılacaktır. Tekrara sebebiyet vermemek açısından burada değinilmeyecektir.

2. Sözleşmeden Dönme

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sözleşmenin sona erme sebeplerinden olan dönme garanti sözleşmeleri açısından uygulama alanı bulmaz. Zira garanti sözleşmeleri tek tarafa borç yükleyen sözleşme türlerindedir.

⁴¹¹ Oğuzman-Öz, (Cilt I), s. 592; Ayan, s. 365.

3. Sözleşmenin Hükümsüzlüğü

Sözleşmenin hükümsüzlüğü; sözleşmenin geçerli olarak kurulması için gereken unsurlarında eksiklik olması ya da irade fesadı gibi hallerde meydana gelmektedir. Garanti sözleşmesinin kuruluş aşamasında bu tip bir sakatlık bulunması halinde garanti sözleşmesinin hükümsüzlüğü ileri sürülebilecektir⁴¹². Burada bir noktaya değinmek gerekir ki garanti sözleşmesinin kendinde vücut bulan eksiklikler ya da irade fesadı hallerinden dolayı hükümsüzlüğü ileri sürülebilir. Garanti veren, garanti sözleşmesinin asıl sözleşmeden bağımsız olması nedeniyle, asıl sözleşmeyi hükümsüz kılan sebeplere dayanarak bu sözleşmenin geçersizliğini ileri süremez.

Hükümsüzlük nedeniyle sözleşmenin iptal edilmesi halinde borç kendiliğinden son bulur⁴¹³.

4. Fesih

Sözleşmenin feshi geleceğe yönelik bir hukuki tasarruftur⁴¹⁴. Geçerli sebebin doğması halinde tek taraflı irade beyanı ile fesih hakkı kullanarak sözleşme sona erdirilebilir⁴¹⁵. Bu durumda borç sona ermektedir. Garanti sözleşmeleri açısından fesih hakkının kullanımına ilişkin sebebin doğması ile birlikte bu hak kullanılarak sözleşme sona erdirilebilir.

⁴¹² Y.15. HD. 06.12.2010 T. 2009/6387 E. 2010/6673 K. (Yayımlanmamış Karar).

⁴¹³ **Ayan**, s. 357.

⁴¹⁴ **Eren**, s. 1259; **Ayan**, s. 357.

⁴¹⁵ **Eren**, s. 1259; **Ayan**, s. 357.

III. Belirli Süreli Garanti Sözleşmelerinde Sona Erme

Taraflar aralarında anlaşarak garanti sözleşmesinin sona ermesi için bir süre belirleyebilirler. Tarafların belirledikleri bu süre içerisinde risk gerçekleşmezse ya da gerçekleştiği halde bu süre içerisinde garanti verene yazılı başvuru yapılmazsa bu takdirde garanti verenin borcu sona erer.

Belirli süreli garanti sözleşmelerinde riskin gerçekleşmesi halinde garanti verenin sorumlu olabilmesi için riskin garanti süresi içinde gerçekleşmiş olması ve garanti alanın garanti süresi içerisinde yazılı olarak garanti verene zararının karşılanması için başvurması gerekmektedir (TBK m. 128/II).

A. Garanti Süresi İçerisinde Riskin Gerçekleşmiş olması

Garanti verenin sorumluluğunun başlayabilmesi için garanti süresi içerisinde riskin gerçekleşmesi gerekmektedir. Eğer bu süre içerisinde risk gerçekleşmezse sorumluluk ortadan kalkmaktadır.

B. Garanti Süresi İçerisinde Garanti Verene Yazılı Olarak Başvurulmuş Olması

Belirli süreli garanti sözleşmelerinde riskin garanti süresi içerisinde gerçekleşmesi fakat alacağın ödenmesine ilişkin yazılı talebin garanti süresi içerisinde yapılmamış olması halinde alacağın akıbetinin ne olacağı tartışmalıdır. Şu halde talep, garanti süresi içerisinde yapılmadı diye alacak sona mı ermektedir yoksa garanti süresi dolmuş dahi olsa garanti verenin sorumluluğu riskin gerçekleştiği tarihten itibaren 10 yıllık zamanaşımı süresi boyunca devam edecek midir?

Garanti sözleşmesi özel bir türü olan başkasının edimini taahhüt kurumunu içeren TBK m. 128/II'e göre; "*Belirli bir süre için yapılan üstlenmede, sürenin*

bitimine kadar üstlenene edimini ifa etmesi için yazılı olarak başvurulmaması hâlinde, üstlenenin sorumluluğunun sona ereceği kararlaştırılabilir."

İlk görüşe göre⁴¹⁶; riskin garanti süresi içerisinde ortaya çıkmış olması ile birlikte garanti verenin sorumluluk süresi işlemeye başlar. Ancak her ne kadar alacak muaccel hale gelmiş olsa bile garanti alana bir külfet yüklenmiş olabilir. Bu külfet garanti verene belirlenen süre içerisinde yazılı olarak başvurma olabilir. Taraflar arasında bu şekilde bir külfet belirlenmiş ve garanti alan yazılı olarak garanti verene başvurma külfetini belirlenen süre içerisinde yerine getirmemiş ise alacağını elde etme hakkını kaybeder.

Diğer görüşe göre ise⁴¹⁷; zararın tazmini için garanti süresi içerisinde yazılı olarak başvuru şartı getirilmediği hallerde dahi riskin gerçekleştiği tarihten itibaren 10 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde garanti alan zararını garanti verenden tazmin edebilir. Görüldüğü üzere bu konuda 2 farklı görüş mevcuttur. Bu konuya garanti sözleşmelerinde zamanaşımı bahsinde TBK m. 128'in ikinci fıkrası çerçevesinde ayrıntılı olarak değinilmiştir⁴¹⁸.

IV. Belirsiz Süreli Garanti Sözleşmelerinde Sona Erme

Garantinin belirli süreli verilebileceği gibi süresiz olarak verilebileceğinden de bahsetmiştik. Garanti sözleşmesi, bir teşebbüsün sonucunun garanti edildiği saf garanti sözleşmesi ya da üçüncü kişinin borcunun temin edildiği teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi olabilir. Üçüncü kişinin borcunun temin edildiği teminatı

⁴¹⁶ **Reisoğlu, Seza:** (Vadeli Teminat Mektubu), s 752; **Tekinalp,** s. 539; **Şahin,** s. 130.

⁴¹⁷ **Develioğlu,** s. 462.

⁴¹⁸ Bkz. Dördüncü Bölüm, §1., II.

amaçlayan garanti sözleşmesinde garantinin devam ettiği süre de değişmektedir. Buna göre garanti alanın teşebbüsünün sonucunun garanti edildiği hallerde garanti alanın bu teşebbüse girişmek için bir yükümlülüğü bulunmadığından, garanti alan istediği zaman, bu teşebbüse geçebilecektir. Garanti alan teşebbüse giriştikten sonra teşebbüs devam ettikçe garantinin sürüp sürmeyeceği ise tartışmalıdır⁴¹⁹. Reisoğlu'na göre⁴²⁰; garanti veren garanti alana teşebbüse girişmesi için mahiyetine göre belli bir süre tanımalı, bu teşebbüse geçilmezse sorumluluğun sona ereceği kabul edilmelidir. Garanti alan teşebbüse bir kez başladığında ise garantinin ne kadar süreceği; teşebbüsün niteliğine, garanti yüklenilmesinin gayesine, olayın özelliklerine göre tayin edilmelidir.

Başkasının borcunu teminat altına almak için yapılan garanti sözleşmelerinde, borcun yerine getirilmemesiyle başlayan garanti verenin yükümlülüğü zamanaşımı süresi doluncaya kadar devam etmelidir⁴²¹.

⁴¹⁹ Tandoğan, s. 885.

⁴²⁰ Reisoğlu, (Garanti), s. 171.

⁴²¹ Tandoğan, s. 885.

SONUÇ

Garanti sözleşmesi hukukumuz açısından son derece az ele alınmış genel olarak Yargıtay kararları ile şekillenen tartışmalı bir kurumdur. Garanti sözleşmesi açısından hukukumuzdaki sınırlı sayıda hüküm yer almaktadır. Bu hükümler TBK m. 128/II ve TBK m. 603'tür.

Doktrinde garanti sözleşmesinin niteliği konusunda görüş birliğine varılamamıştır. Buna göre, bir kısım yazar garanti sözleşmesinin üçüncü kişinin edimini taahhüt olduğunu, bir kısım yazar üçüncü kişinin edimini taahhütün garanti sözleşmesinin bir türü olduğu diğer bir kısım yazar ise sui generis nitelikte sözleşme olduğunu savunmaktadır. Bizim kanaatimize göre ise; garanti sözleşmesi sui generis nitelikte bir sözleşme olup, TBK m. 128 genel olarak garanti sözleşmelerine ilişkin hüküm içermemektedir. Bu hükmün sadece ikinci fıkrası olan "*Belirli bir süre için yapılan üstlenmede, sürenin bitimine kadar üstlenene edimini ifa etmesi için yazılı olarak başvurulmaması hâlinde, üstlenenin sorumluluğunun sona ereceği kararlaştırılabilir.*" şeklindeki hüküm garanti sözleşmelerine ilişkin getirilmiştir.

Garanti sözleşmelerinin kurulması, temel olarak tarafların iradeleri doğrultusunda öneri ve kabul beyanları ile gerçekleşmektedir. Ancak genel şartların yanında TBK m. 603'te sözleşmenin kurulması için ayrıca özel şartlar aranmıştır. Bu şartlar doğrultusunda garanti sözleşmesi yazılı olarak yapılmalı, garanti veren evli ise eşinin rızası alınmalı; ayrıca ehliyet sınırlamalarına dikkat edilmelidir. Aksi takdirde sözleşme geçersiz olacaktır.

Garanti sözleşmesi; garanti alan, garanti veren ve lehtar olmak üzere üç taraflı bir hukuki ilişkidir. Adına garanti verilen kişi "lehtar", garanti sözleşmesi ile borç

altına giren kişi "garanti veren", garanti sözleşmesinin alacaklısı ise "garanti alan" olarak adlandırılmaktadır.

Garanti sözleşmesinin kefalet benzeri garanti sözleşmesi ve saf garanti sözleşmesi olmak üzere iki türü bulunmaktadır. Uygulamada garanti sözleşmeleri ve kefalet sözleşmeleri arasında karışıklığa sebep olan garanti sözleşmesi türü, kefalet benzeri garanti sözleşmeleridir. Kefalet benzeri garanti sözleşmeleri; garanti verenin teminat sağlamak amacıyla temel ilişkideki alacaklıya karşı, temel ilişkideki borçtan bağımsız olarak, borçlunun edimi için sorumlu olmayı yüklediği sözleşmedir⁴²². Saf garanti sözleşmeleri ise; garanti verenin bir borcun konusunu oluşturan edimin yerine getirilmemesi dışında kalan riskleri üstlendiği sözleşmelerdir⁴²³.

Garanti sözleşmeleri, diğeri bazı teminat sözleşmeleri ile karıştırılabilmektedir. Bu kapsamda garanti sözleşmesinin en çok karıştırıldığı sözleşme ise kefalet sözleşmesidir. Ancak garanti sözleşmesi ve kefalet sözleşmelerinin her ikisi de teminat sözleşmesi olmasına rağmen nitelik açısından birbirinden tamamen farklıdır. Garanti sözleşmeleri borçlularına asli nitelikte borç yüklerken kefalet sözleşmeleri ise fer'i nitelikte borç yüklemektedir. Yine garanti sözleşmesinde ileri sürülebilecek itirazlar, def'iler, rücu hakkının kullanılabilip kullanılamaması, teminat konusu, asıl borçlunun ifaya zorlanıp zorlanamamasına göre farklılıklar bulunmaktadır.

Garanti sözleşmelerinin uygulamada sıkça karşımıza çıkan özel bir görünümü vardır. Bunlar banka teminat mektuplarıdır. Banka teminat mektupları;

⁴²² Tandoğan, s. 804.

⁴²³ Gümüş, s. 656.

borçlunun alacaklıya karşı üzerine aldığı bir edimi yerine getirmemesi halinde, belirli bir miktar parayı alacaklının ilk talebinde ona derhal ödemeyi kabul ve taahhüt ettiğine dair verilen bir mektuptur⁴²⁴. Banka teminat mektupları verildikleri kuruma göre ya da düzenleniş amacına göre çeşitli şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Banka teminat mektuplarının niteliği konusunda ise doktrinde garanti sözleşmesi oldukları yönünde hakim bir kanaat olsa da kanaatimize göre banka teminat mektupları sözleşme serbestisi çerçevesinde garanti ya da kefalet sözleşmesi olarak düzenlenebilmektedir. Teminat mektuplarının şekil özellikleri düzenlendikleri sözleşme tipine göre belirlenmektedir.

Garanti sözleşmesinin imzalanması ile birlikte taraflar çeşitli haklar edinmekte ve borçlar yüklenmektedir. Garanti veren açısından bu borçların en başında rizikonun gerçekleşmesi ile birlikte garanti edilen tutarı ödeme borcudur. Garanti alan açısından ise, herhangi bir borçtan bahsedemeyeceğiz. Ancak garanti alan açısından getirilen bir takım yükümlülükler bulunmaktadır. Bu yükümlülük garanti alanın riskin gerçekleştiğini kararlaştırılan ispat usulüne göre ispat etmesidir. Bu yükümlülük yalnızca külfet niteliğindedir⁴²⁵.

Garanti sözleşmelerinin sona ermesi de Türk Borçlar Kanunundaki genel ve özel sona erme sebeplerine göre gerçekleşmektedir. Ayrıca sözleşmenin kendine özgü sebeplerinin gerçekleşmesi ile birlikte de sona ermektedir. Örnek olarak, garantiden doğan borcun takas edilmesi, garanti borçlusunun ibra edilmesi ya da belirli süreli garanti sözleşmelerinde rizikonun belirlenen süre içerisinde

⁴²⁴ Barlas, s. 8.

⁴²⁵ Kocayusufpaşaoğlu-Hatemi-Serozan-Arpacı, s. 32.

gerçekleşmemesi hali ya da rizikonun gerçekleşmesi ve garanti edilen tutarın ödenmesi halleri verilebilir.

ÖZET

Çalışmamızın konusunu "garanti sözleşmeleri" oluşturmaktadır. Garanti sözleşmeleri uygulamada sıkça karşımıza çıkmasına rağmen Türk Borçlar Kanununda kendine düzenleme bulamamış olması nedeniyle tarafımızca ayrıntılı olarak incelenmiştir. Çalışmamız giriş ve sonuç bölümleri hariç olmak üzere dört bölümden oluşmaktadır.

İlk bölümde, borç ve sorumluluk kavramlarından, teminat kavramı ve türlerinden bahsedilmiş daha sonra tezimizin konusu olan garanti sözleşmesinden kavram olarak ve sözleşmenin tartışmalı niteliğinden bahsedilmiştir.

İkinci bölümde, garanti sözleşmesinin kurulması, tarafları ve geçerlilik unsurlarından, garanti sözleşmesinin türleri, garanti sözleşmelerinin benzer türlerinden ayırt edilmesi ve garanti sözleşmesinin özel bir görünümü olan banka teminat mektuplarından bahsedilmiştir.

Üçüncü bölümde, garanti sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarından bahsedilmiştir.

Son olarak dördüncü bölümde ise, garanti sözleşmesinde zamanaşımı ve garanti sözleşmelerinin sona ermesinden bahsedilmiştir.

SUMMARY

The subject of the thesis is guarantee contracts. Even though the guarantee contracts are frequently encountered in practice, it has not found itself in the editing area in the Turkish Code of Obligations. That is the purpose that we have examined the contract in detail. Except for the introduction and conclusion, our study consists of four sections.

In the first part, the concepts of obligation and responsibility, collateral and the types of collateral are examined. After the basics the mainly subject of our thesis concept and contentious nature of the guarantee contract is mentioned.

In the second part, establishment of the guarantee contracts, the contractual parties and the validity elements of guarantee contracts, the types of the guarantees, the difference between the similar types of guarantees and the bank guarantees that are the special appearance of the guarantee contracts are mentioned.

In the third part, the provisions and consequences of the guarantee contracts is mentioned.

Finally in the fourth part, the statute of limitations and the expiration of the guarantee contracts is mentioned.