

Garanti Sözleşmesinin Türleri, Hukuki Özellikleri ve Sonuçları^(*)

The Forms, Legal Characteristics and Consequences of the Contract of Guaranty

Arş. Gör. **Kemal ATASOY**^(**)

Öz

Sui generis sözleşmelerden biri olan garanti sözleşmesi bir kişisel teminat sözleşmesidir. Garanti sözleşmesinin bir türü olan üçüncü kişinin edimini üstlenme, 6098 sayılı TBK md. 128'de yer almıştır. Teminat amaçlı ve saf garanti şeklinde iki temel görünümü olan bu sözleşme türü kapsamında ilkinde asıl borç ilişkisinde alacaklının karşılaşıcağı ekonomik bir riskin garanti veren tarafından üstlenilmesi söz konusudur. İkincisinde ise garanti alanı belirli bir davranışa yönlendirme amacıyla o davranıştan doğacak ekonomik risklerin üstlenilmesi konu edilir. Tek taraflı, şarta bağlı borç doğuran garanti sözleşmesi, ilk talepte ödeme kayıtlı sözleşmeler dışında tali borç doğuran bir sözleşmedir. TBK md. 603 uyarınca kişisel teminat sözleşmelerinin bağlı olduğu sıkı şekil şartlarına tabidir. Özellikle teminat amaçlı garanti sözleşmeleri, kefalet sözleşmelerine benzer olduğu kadar aralarındaki farklılıklar da göze çarpmaktadır. Kefilin borcu, feri ve sebebe bağlı iken; garanti sözleşmesinde garanti verenin borcu asli ve soyut bir borç niteliğindedir. Garanti verenin borcunun hukuki akıbeti herhangi bir başka hukuki ilişkiye bağlı değildir. Garanti verenin asli edimi para edimi olup, asıl borç ilişkisinden doğan bir tazminat yükümlülüğü teknik olarak söz konusu değildir. Garanti verenin asıl borçluya rücu hakkı, aralarındaki sözleşmesel bir iç ilişki olması durumunda mevcuttur. Ek olarak, vekâletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde garanti veren rücu hakkını ileri sürebilir.

Anahtar Kelimeler

Kişisel Teminat, Garanti Sözleşmesi, Ekonomik Risk, Kefalet Sözleşmesi, Feri-Asli Borç.

Abstract

The contract of guaranty, which is sui generis contract, is a contract of personal guarantee. The engagement of third party's performance that is type of the contract of guaranty is provided in article 128 of Code of Obligation (CO). Warranty or pure guaranty are two types of this contract. Former is contract that a guarantor promises to compensate the economic risk of creditor in primary debt, latter contains promise to compensate the economic risk of warrantee's behaviour. The guarantor, which has one-sided, contingent obligation, has junior debt except the contracts payable upon first request. In the article 603 of CO, there is requirement as to form for contracts

(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 05.08.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 06.08.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 15.08.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 06.08.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 19.08.2019.

(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı,
E-Posta: kemalatasoy@anadolu.edu.tr,
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0003-1604-3569>.



of personal guarantee. There are important differences between the contract of guaranty and surety. The obligation of surety is accessory and casual, at the other side the obligation of guarantor is primary and non-casual. The obligation of guarantor won't be bounded to another legal relationship. The primary obligation of guarantor is pecuniary but it's technically impossible to mention that an obligation of indemnity of primary legal relation. Guarantor may have right of recourse according to the contractual relation with primary obligator or the rules of negotiorum gestio and unjust enrichment.

Keywords

The Personal Guarantee, The Contract of Guaranty, Economic Risk, The Contract of Bailment, Accessory-Primary Obligation.

GİRİŞ

Türk hukukunda herhangi bir yasal düzenleme ile hüküm altına alınmayan garanti sözleşmesinin hukuki niteliği ve taraflarının hak ve borçlarının özelliklerini tespit etmek adına doktrin ve Yargıtay kararlarında çeşitli görüş ve kriterler ileri sürülmüştür. Şahsi teminatların bir türünü oluşturan garanti sözleşmesinin, teminat hukuku içerisindeki yeri bu nedenle oldukça tartışmalıdır. Ticari hayatın gereklilikleri doğrultusunda, pratikte önem kazanan garanti sözleşmesi, uzun yıllar kefalet sözleşmesinden ayrıştırılmaya çalışılmıştır. Uygulamada bir borç ilişkisinin varlığı olmaksızın, garanti alanı yalnızca belirli bir davranışa yöneltmek amacıyla verilen garanti taahhütlerinin yanı sıra, bankaların müşterilerinin alacaklısına karşı borcunu yerine getirmemesi halinde doğacak olan zararların giderilmesi amacıyla verilen garanti taahhütlerine de sıklıkla rastlanılmaktadır.

Çalışmamızda garanti sözleşmesinin sözleşmeler hukukundaki yerini belirli konular ışığında aydınlatmaya çalışacağız. İlk bölümde garanti sözleşmesine ilişkin doktrinde verilen tanımlarla birlikte üçüncü kişinin edimini üstlenme kurumu ile olan ilişkisini ele alacağız. İkinci olarak, garanti sözleşmesinin uygulamada en sık görülen türlerini inceleyeceğiz. Daha sonra garanti sözleşmesinin tespiti konusunda 6098 sayılı TBK ile getirilen değişikliklerle beraber hukuki özelliklerini ele alacağız. Bir sonraki bölümde ise başta kefalet sözleşmesi olmak üzere, benzer kurumlardan farklılıklarını inceleyeceğiz. Kefalet ile garanti sözleşmesi arasındaki ayrımın önemi doğrultusunda feri-asli borç ayrımını detaylı bir şekilde irdedeleyeceğiz. Çalışmamızın son bölümünde ise, sözleşmede belirlenen ekonomik riskin gerçekleşmesi halinde sözleşmenin doğuracağı hukuki sonuçları ele alacağız. Bu noktada garanti verenin asli borcu ve asıl borçluya karşı rücu hakkının varlığını inceleyeceğiz.

1. GARANTİ SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

A. Sözleşmenin Tanımlanması

Garanti sözleşmesinin yasal tanımına ne 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) ne de mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nda rastlanmaktadır.¹ Bu nedenle garanti sözleşmesinin tanımı hem Yargıtay içtihatlarında² hem de doktrinde farklı şekillerde yapılmıştır. Tarihi süreçte garanti sözleşmesinin ilk tanımı, Alman doktrininde *Stammeler* tarafından yapılmıştır.³ *Stammeler*'in tanımı şu şekildedir; '*Garanti mukavelesi ile bir kimse, başkasının kazanç kastı güden teşebbüsüne, bu teşebbüse bağlı olan tehlikelerin tamamını veya belli bir kısmını akdi ve ivazsız olarak yüklenmek suretiyle, yardım ve teşvik etmek gayesini güder*⁴ Söz konusu tanım, çeşitli eleştirilerle karşılaşmıştır. Bu eleştirilerin başında garanti sözleşmesinin sadece ivazsız değil, ivazlı olarak da yapılabileceği, ayrıca garantiyi kefaletten ayıran en önemli hukuki özelliği olan bağımsız bir borcun doğmasına değinilmemesi gelmektedir.⁵

TANDOĞAN, garanti sözleşmesinin türleri olan teminat amaçlı ve saf garantiyi kapsayıcı bir tanım yapmıştır. Yazara göre, garanti sözleşmesi, *garanti alanın belli bir davranışa girişmesinden veya kendisiyle borç ilişkisine giriştiği bir üçüncü kişinin edimini yerine getirmemesinden doğan zarar tehlikesini, garanti*

¹ Haluk Tandoğan, *Garanti Mukavelesi, Mahiyeti ve Benzeri Hukuki Münasebetlerden Tefriki*, Ankara 1959, sayfa (s.)1. Fransız Medeni Kanunu md. 2321'de bağımsız garanti sözleşmesinin tanımı yapılmıştır. Bu hükme göre, 'Bağımsız garanti, garanti verenin, üçüncü kişinin borcuna yönelik olarak, ilk talepte veya kararlaştırılan hükümler çerçevesinde bir bedelin ödenmesi yükümlülüğü altına girmesidir.' Orijinal metin şu şekildedir; '*La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues*' Institut Français d'Information Juridique, www.droit.org (28.07.2019).

² 1969 tarihli Yargıtay (Yarg.) İçtihadı Birleştirme Kararı'nda (İBK) yüksek mahkeme, garanti sözleşmesini şu şekilde tanımlamıştır; '*garanti mukavelesi, bir kimsenin fer'i olmayan bir mukavele ile başkasına bir teşebbüsün belirli bir sonuca ulaşacağını garanti etmesidir.*' Yarg. İBK. E.1969/4, K.1969/6, T. 11.06.1969, www.kazanci.com (20.07.2019) Bir başka Yargıtay kararında ise, '*Garanti sözleşmesinde garanti veren, lehtarın taahhüdünü yerine getirilmesi için üçüncü kişi muhataba fer'i nitelikte olmayan bir garanti vermektir. Tanım vermek gerekirse, garanti sözleşmesi; fer'i nitelikte olmayan öyle bir sözleşmedir ki, garanti veren, garanti alandan bir ivaz elde etmek için değil, fakat onu bir teşebbüs veya iş yapmaya yöneltmek amacıyla bağımsız olarak söz konusu teşebbüs veya işin tehlikelerini kısmen veya tamamen üzerine almak demektir.*' Yarg. 11. Hukuk Dairesi (HD), E. 1985/4169, K. 1985/ 5613, T. 15.10.1985, www.kazanci.com (20.07.2019).

³ Seza Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, Ankara 1963, s. 6; Emin Can Kahyaoğlu, *Banka Garantileri*, Beta Yayınları, İstanbul 1996; s. 4, Melek Bilgin Yüce, *Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 20; Tandoğan, *Garanti*, s. 6.

⁴ Rudolph Stammeler, *Der Garantievertrag*, Archiv für die civilistische Praxis, C. 69, S. 1, Mohr Siebeck, Tuebingen 1886, s. 3-4.

⁵ Tandoğan, *Garanti*, s. 8-9; Yüce, a.g.e., s. 20; Reisoğlu, *Garanti*, s. 7 vd.

verenin bağımsız bir taahhülle üzerine aldığı sözleşmedir.⁶ REİSOĞLU ise, garanti sözleşmesini “Garanti mukavelesi ile garanti veren, garanti alandan bir ivaz gelme etmek için değil, fakat onu bir teşebbüse sevk etmek gayesi ile müstakil olarak bir teşebbüsün tehlikesini üzerine alır.” şeklinde tanımlamıştır.⁷ EREN’e göre garanti sözleşmesi, “garanti verenin bir ivaz elde etme kastı olmaksızın garanti alanı, bir teşebbüse sevk etmek amacı ile teşebbüsün tehlikesini üzerine aldığı sözleşmeler” olarak tanımlanmaktadır.⁸ Mehaz İsviçre hukukunda da garanti sözleşmesi, ana hatlarıyla benzer bir tanımla ortaya konmuştur. İsviçre hukuku doktrinindeki baskın tanıma göre;⁹ “Garanti sözleşmesi, bir tarafın üçüncü bir kişinin üstlendiği edimi ifa edeceğini ya da belirli bir davranışta bulunacağını karşı tarafa taahhüt ettiği ve söz konusu ifanın veya davranışın gerçekleşmemesi durumunda zararı karşılama yükümlülüğü altına girdiği bir sözleşmedir.”

B. Üçüncü Kişinin Edimini Üstlenme ile İlişkisi

Garanti sözleşmesi, 6098 sayılı TBK’da herhangi bir yasal düzenlemeyle hüküm altına alınmamıştır. Bu sözleşme türünün yasal dayanağını bulabilmek için TBK madde (md.) 128’de düzenlenen üçüncü kişinin fiilini üstlenme ile garanti sözleşmesi arasındaki bağın incelenmesi gerekmektedir. Üçüncü kişinin edimini üstlenmenin düzenlendiği TBK md. 128 hükmüne göre; “Üçüncü bir kişinin fiilini başkasına karşı üstlenen, bu fiilin gerçekleşmemesinden doğan zararı gidermekle yükümlüdür. Belirli bir süre için yapılan üstlenmede, sürenin bitimine kadar üstlenene edimini ifa etmesi için yazılı olarak başvurulmaması hâlinde, üstlenenin sorumluluğunun sona ereceği kararlaştırılabilir.”

Bu yasa hükmünün tarihsel kaynağına ulaşabilmek için mehaz İsviçre Borçlar Kanunu (İBK) md. 111 ve Fransız Medeni Kanunu md. 1203 ve devamı (vd.) hükümlerini incelemek gereklidir. ‘Üçüncü kişinin ediminin teminatı’ başlıklı mehaz İsviçre Borçlar Kanunu md. 111’e göre;¹⁰ “Üçüncü kişinin bir edimini ifa

⁶ Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt (C.) II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 809.

⁷ Reisoğlu, *Garanti*, s. 9.

⁸ Fikret Eren, *6098 Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 1107.

⁹ Philippe Meier, *Du cautionnement*, Code des Obligations I Commentaire Romand, Codes des obligations art. 1-529, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait, Editörler: Luc Thévanoz / Franz Werro, Helbing& Lichtenhahn, Basel 2012, s. 2887, N. 21; Pierre Tercier/ Laurent Bieri/ Blaise Carron, *Les Contrats Spéciaux*, Schulthess éditions romandes, Zürich 2016, N. 6514; Pierre Tercier/ Pascal Pichonnaz, *Le Droit des Obligations*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Schulthess Médias Juridique, Zürich 2012, N. 1362.

¹⁰ İsviçre Borçlar Kanunu md.111’in orijinal metni şu şekildedir; ‘Celui qui promet à autrui le fait d’un tiers, est tenu à des dommages-intérêts pour cause d’inexécution de la part de ce tiers.’ Loi fédérale complétant le Code civil Suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) du 30 mars 1911 (Etat le 1er avril 2017) <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19110009/index.html> (30.07.2019).

edeceğini taahhüt eden kişi, söz konusu üçüncü kişinin ifada bulunmamasından doğan zararlardan sorumludur.” Fransız Medeni Kanunu md. 1204 hükmü ise, “Üçüncü kişinin bir edimi veya davranışı taahhüt edilebilir. Taahhüt eden, eğer üçüncü kişinin taahhüt edilen edimi ifa etmesi halinde yükümlülükten kurtulur. Aksi takdirde taahhüt eden ortaya çıkan zararı tazminat etmekle yükümlü tutulabilir. Eğer verilen taahhüdün amacı, bir yükümlülüğün üçüncü kişi tarafından kabul edilmesi ise, kabul geriye etkili olarak taahhüdün verildiği andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur.” şeklinde düzenlenmiştir.¹¹ Üçüncü kişinin edimini üstlenme, sözleşmenin nisbiliği ilkesine bir istisna olarak tanınmıştır.¹²

Doktrinde üçüncü kişinin edimini üstlenme ile garanti sözleşmesi arasındaki hukuki ilişkiyi belirtmek amacıyla üç farklı görüş öne çıkmıştır. Bu görüşlerden ilki, herhangi bir sözleşmenin tüm unsurlarını içermediği için üçüncü kişinin edimini üstlenmeye ilişkin düzenlemenin genel nitelikte bir hüküm olduğunu savunmaktadır.¹³ Dolayısıyla üçüncü kişinin edimini üstlenmenin TBK’nun genel hükümleri arasında düzenlenmesinin isabetli olduğu savunulmaktadır.¹⁴ Bu görüşe göre, yalnızca bir başkasını sözleşme yapmaya sevk etmek amacıyla üçüncü kişinin fiilini taahhüt edildiği hallerde bu sözleşme, aynı zamanda garanti sözleşmesi olarak kabul edilebilecektir. Söz konusu hükmün geniş yorumlanması suretiyle kendine özgü bir sözleşme olan garanti sözleşmesine de uygulanması mümkündür.¹⁵

İkinci görüşe göre, üçüncü kişinin edimini üstlenme, garanti sözleşmesi ile birebir örtüşmektedir.¹⁶ Bu görüşü savunanlara göre, 6098 sayılı TBK md.128 hükmü, garanti sözleşmesinin tüm unsurlarını karşılamaktadır. Maddede söz edilen fiilin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği üçüncü kişinin iradesine bağlıdır.

¹¹ 2016 yılında yapılan kapsamlı reform sonrası konuya ilişkin olan Fransız Medeni Kanunu md.1204 ‘ün orijinal metni şu şekildedir; ‘*On peut se porter fort en promettant le fait d’un tiers. Le promettant est libéré de toute obligation si le tiers accomplit le fait promis. Dans le cas contraire, il peut être condamné à des dommages et intérêts. Lorsque le porte-fort a pour objet la ratification d’un engagement, celui-ci est rétroactivement validé à la date à laquelle le porte-fort a été souscrit.*’ Institut Français d’Information Juridique, www.droit.org (30.07.2019). Ayrıca Fransız Medeni Kanunu’nun 2016 reformundan önceki konuyla ilgili md. 1120 hükmü ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s. 849.

¹² Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., N. 6530.

¹³ Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C.II, 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 451; Meier, a.g.e., s. 2888, N. 24; Tandoğan, Garanti, s. 46.

¹⁴ Tandoğan, Garanti, s. 47.

¹⁵ Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.II, 16. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 773; Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s. 852.

¹⁶ Georges Scyboz, *Le Contrat de Garantie et Le Cautionnement*, Traité des Droit Privé Suisse, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1979, s. 15 vd.; Ünal Tekinalp, *Banka Hukukunun Esasları*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 520. Ayrıca bkz.. Yüce, a.g.e., s. 5, dn. 7’deki yazarlar.

Ayrıca bu fiilin gerçekleşmeme ihtimali, garanti sözleşmesindeki rizikoyu oluşturur.¹⁷ 6098 sayılı TBK md.128'in saf garanti sözleşmesini kapsamadığına yönelik eleştirilerin aksine, bu görüşü savunanlar, madde metni üzerinde amaçsal yorum yapılarak burada temel bir ilişki olmadan da başkasının fiilinin taahhüt edilebileceğini, yani garanti verilebileceğini kabul etmektedir.¹⁸

Doktrinde baskın olan ve bizim de katıldığımız üçüncü görüşe göre, üçüncü kişinin fiilini üstlenme, garanti sözleşme ile birebir örtüşmemekte, bu sözleşmenin bir türünü oluşturmaktadır.¹⁹ Garanti sözleşmesini iki ayrı türe ayrılmalıdır; saf garanti sözleşmesi ve kefalet benzeri (teminat amaçlı) garanti sözleşmesi. Buna göre, saf garanti sözleşmelerinde üçüncü kişinin fiilini üstlenme bulunmamakta, bu nedenle TBK md.128 hükmü, yalnızca teminat amaçlı garanti sözleşmelerini kapsamaktadır.²⁰ Yargıtay, 1979 yılında verdiği bir kararda²¹ doktrindeki görüşlere yer vererek, '*hangi görüş benimsenirse benimsensin*' söz konusu hükmün geniş yorumlanarak garanti sözleşmesine de uygulanması gerektiğini karara bağlamıştır.

2. GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN BAŞLICA TÜRLERİ

A. Teminat Amaçlı (Kefalet Benzeri) Garanti - Saf Garanti Sözleşmeleri

Garanti sözleşmesinin sınıflandırılması konusunda doktrinde yapılan başlıca ayırım, teminat amaçlı garanti ile saf (yönelmeyi amaçlayan) garanti sözleşmeleridir. Teminat amaçlı garanti sözleşmeleri, garanti verenin, teminat sağlamak amacıyla, temel ilişkideki alacaklıya (garanti alana) karşı borçlunun (garanti sözleşmesine göre üçüncü kişinin) edimini gereği gibi veya hiç ifa etmemesi durumunda, temel ilişkinin varlığından ve geçerliliğinden bağımsız olarak, borçlunun ediminden sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir.²² Garanti veren,

¹⁷ Scyboz, a.g.e., s. 16.

¹⁸ Tekinalp, a.g.e., s. 521.

¹⁹ Sulhi Tekinay/ Sermet Akman/ Haluk Burcuoğlu/ Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1993, s. 305; Safa Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2012, s. 393; Seza Reisoğlu, *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet*, Ankara 1992, s.78; A. Özge Yenice, *Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri*, İstanbul 2009, s. 12; Atalay Özdemir, *Borçlar Yasasının 110. Maddesine Eklenen Yeni Fıkra ve Banka Teminat Mektupları*, Yargıtay Dergisi (YD), 1984, s. 258; Oğuzman/ Öz, a.g.e., s., s. 772-773; Eren, s. 1108; Yüce, a.g.e., s. 11 vd.; Resioğlu, Garanti, s. 172 vd.

²⁰ Oğuzman/ Öz, a.g.e., s., s. 762; Yüce, a.g.e., s. 10-11.

²¹ Yarg. 11. HD., E. 1979/5075, K. 1979/ 5456, T. 27.11.1979, www.kazanci.com (21.07.2019).

²² Scyboz, a.g.e., s. 14; Meier, a.g.e., s. 2888, N. 24; Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., N. 6520; Tandoğan, *Borçlar Özel, C.II*, s. 804; Gümüş, a.g.e., s., s. 453. REİSOĞLU, söz konusu garanti sözleşmesi türünü, başkasının fiilini taahhüt şeklindeki garanti sözleşmesi olarak adlandırmaktadır. Reisoğlu, Kefalet, s. 79.

alacaklı ile borçlu arasındaki temel ilişkide bir borcun varlığına ve icra kabiliyetine bakılmaksızın, borçlunun edimini yerine getirmemesi halinde ortaya çıkacak zarardan sorumlu olacaktır.²³ Yerine getirilmesi taahhüt edilen edim, olumlu bir edim olabileceği gibi, rekabet etmeme ya da münhasır hakkı ihlal etmeme gibi olumsuz nitelikte bir edim olabilir. Teminat amaçlı garanti sözleşmesinde üç ilişki bulunmaktadır. Bunlar, garanti alan ve garanti veren arasında var olan bir garanti (teminat) ilişkisi, garanti alan ve borçlu (üçüncü kişi) arasındaki temel ilişki ve son olarak ise, borçlu ile garanti veren arasındaki karşılık ilişkisidir.²⁴ Teminat amaçlı garanti sözleşmelerinin kefalet sözleşmesinden farkına değinecek olursak, kefalet sözleşmesinde teminat altına alınan borçlunun ödeme gücünün varlığı iken, teminat amaçlı garanti sözleşmesi ise temel ilişkideki borcun gerçekte var olmaması tehlikesini de karşılamaktadır.²⁵

Saf garanti sözleşmesi ise, garanti alanı bir davranışa yöneltmek amacıyla, garanti verenin söz konusu kişi için o davranıştan doğacak tehlikeleri kısmen veya tamamen üzerine alma borcunu doğuran bağımsız bir sözleşmedir.²⁶ Saf garanti sözleşmesinde bir temel ilişki söz konusu olmayıp, yalnızca garanti veren ile garanti alan arasında bir teminat ilişkisi vardır.²⁷ Saf garanti sözleşmelerine uygulamadan örnek olarak, bir anonim şirketin üçüncü kişilerin pay almalarını teşvik etmek için, pay alacak kişilere doğrudan doğruya veya ortaklığa belli bir temettü dağıtılacağını garanti etmesi şeklinde ortaya çıkan temettü garantileri veya bir belediyenin belde sınırları içerisinde eczane açacak kişiye aylık belirli bir karı garanti etmesi yoluyla kar garantisi verilebilir.²⁸ Başka bir örnek ise, garanti alanın organize etmek istediği gösteri için belirli bir şarkıcının söz konusu gösteriye katılmayı kabul edeceğinin garanti veren tarafından taahhüt edilmesidir.²⁹

²³ Cevdet Yavuz/ Faruk Acar/ Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, 15. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2018, s. 709; Tandoğan, *Borçlar Özel*, C.II, s. 804; Yenice, a.g.e., s. 12.

²⁴ Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., s. 961-962; Gümüş, a.g.e., s., s. 453.

²⁵ Tandoğan, *Borçlar Özel*, C.II, s. 804.

²⁶ Manuella Bourassin/ Vincent Brémond/ Maire- Noelle Jobard-Bachellier, *Droit des Sûretés*, 2. Bası, Paris, Dalloz, 2010, s. 244; Fikret EREN, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, 6. Bası, Yetkin Yayınları, 2018, s. 766; Feray Fırıncıoğulları, *Tüketici İşlemlerinde Şahsi Teminatlar*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2018, s. 112; Seza Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler*, Ankara 2003, s. 34; Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., s. 961; Tandoğan, *Borçlar Özel*, C.II, s. 806; Yavuz/ Acar/ Özen, a.g.e., s.. 875; Yenice, a.g.e. s. 13; Kahyaoğlu, a.g.e., s. 23.

²⁷ Nami Barlas, *Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi*, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C.II, İstanbul 2002, s. 945 vd.; Scyboz, a.g.e., s. 13; Reisoğlu, Kefalet, s. 7-8; Yenice, a.g.e., s. 13.

²⁸ Saf garanti sözleşmelerinin diğer örnekleri için bkz. Tandoğan, *Borçlar Özel*, C.II, s. 807.

²⁹ Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., s. 961.

B. Banka Teminat Mektupları

Banka teminat mektuplarının hukuki niteliği, ilk olarak, 1967 yılında verilen Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile belirlenmiştir. Söz konusu kararda³⁰ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, *'banka teminat mektubu bir bakımdan üçüncü şahsın fiilini taahhüt niteliğinde olup daima yazılı şekilde düzenlenmektedir... Bankanın sorumlu olacağı en yüksek miktar rakamla gösterilmektedir. Bankanın sıfatı, teminatı veren olduğundan, taahhüdü... 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 getirmesini ve yerine getirmedeği takdirde teminatı alan şahıs için doğacak tehlikeleri kısmen veya tamamen üzerine alır.'* şeklinde bir sonuca varmıştır. Garanti sözleşmesi olarak kabul edilen teminat mektubunun garanti veren tarafında genellikle bir banka, garanti alan tarafında da o bankanın müşterisi olan lehtarın alacaklısı konumundaki muhatap vardır. Genellikle banka müşterisi olan lehtar, teminat mektubunun bir tarafı değildir. Bu nedenle teminat mektubunun düzenlenmesine ilişkin lehtarın iznine de gerek yoktur.³¹

Banka teminat mektupları açısından değinilmesi gereken önemli bir husus, TBK md.128'in ikinci fıkrası (f). hükmüdür. Bu düzenlemeye göre, *'Belirli bir süre içinde yapılan üstlenmede, sürenin bitimine kadar üstlenene edimin ifa etmesi için yazılı olarak başvurulmaması halinde, üstlenenin sorumluluğunun sona ereceği kararlaştırılabilir.'* Bankaların baskısı ile 2486 sayılı kanunla³² söz konusu maddeye eklenen bu fıkra, süreli banka teminat mektupları için özellik arz etmektedir. Banka teminat mektuplarının garanti yerine kefalet sözleşmesi olarak nitelendirildiği dönemde, 818 sayılı BK md.493'e göre, süreli kefalet sözleşmesinde sürenin bitiminden itibaren bir ay içinde garanti alanın tazmin talebi zamanaşımına uğramaktaydı.³³ Ancak teminat mektuplarının garanti sözleşmesi olduğu görüşünün ön plana çıkmasıyla birlikte iki farklı görüş ortaya çıkmıştır. İlk görüş,³⁴ garanti veren bankanın teminat süresi sonunda taahhüdünden kurtulmasını, diğer görüş ise³⁵ süreli garanti sözleşmelerinin tabi olduğu

³⁰ Yarg. İBK., E. 1966/ 16, K. 1967/7, T. 13.12.1967, www.kazanci.com, (25.07.2019)

³¹ Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., s. 965, N. 6543; Reisoğlu, Teminat Mektupları, s. 59.

³² Kanun No. 2486, RG No. 17398, T. 10.07.1981. Hukuki düzenlemeye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Özdemir, a.g.e., s. 252.

³³ Tandoğan, Borçlar Özel, C. II, s. 886.

³⁴ Seza Reisoğlu, *Vadeli Teminat Mektuplarından Ötürü Bankaların Sorumlu Tutulabilecekleri Süre*, Prof. Dr. Osman Fazıl Berki'ye Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (AÜHF) Yayınları, Ankara 1977, s. 751-753; Murat Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, Vedat Yayınları, İstanbul 2009, s. 449- 450.

³⁵ Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., s. 975, N. 6604; Tandoğan, Borçlar Özel, C. II, s. 887; Reisoğlu, Borçlar Genel, s. 397.

genel zamanaşımı süresi olan on yıllık sürenin burada da geçerli olacağını savunmuştur.³⁶ Ayrıca md.128/ f.2'nin yasal zamanaşımı sürelerinin kesinliğini düzenleyen md.148 hükmüne aykırı olup olmaması noktasında, VON TUHR, tarafların garanti alan aleyhine hak düşürücü bir süre belirleyerek md.148 hükmünü dolanmalarının geçersiz olacağı,³⁷ ancak garanti alanın herhangi bir işlemi belirli bir sürede yapmadığı takdirde alacağını son bulacağı yönündeki düzenlemelerin geçerli kabul edileceği görüşündedir.³⁸

Sürelî banka teminat mektuplarında sözleşme süresi içerisinde riziko gerçekleşmişse, atipik bir sözleşme olan garanti sözleşmesinin tabi olduğu TBK md.146'daki genel zamanaşımı süresi olan on yıllık süre içerisinde garanti alan, garanti verene ödeme talebini ileri sürebilir.³⁹ Ancak TBK md.128/ f.2 hükmü uyarınca taraflar, süresi içinde riziko gerçekleşse dahi, garanti alanın söz konusu süre içerisinde yazılı bir ödeme talebinde⁴⁰ bulunmaması durumunda garanti verenin ödeme taahhüdünün sona ereceği konusunda anlaşılabilir. Bu şekilde kanun koyucu, tarafların, garanti verenin tazminat borcunu garanti alanın süresinde ödeme talebinde bulunmaması bozucu şartına bağlı tutabileceğini kabul etmiştir.⁴¹

C. Kontgarantiler

Teminat mektubu ile garanti yükümlülüğü altına giren banka, garanti alana taahhüt ettiği ödemeyi yapma riskine karşı, çoğunlukla kendi müşterisi olan lehtar ile bir kontgaranti imzalar. Kontgaranti niteliğindeki bir garanti sözleşmesinde ilk garanti sözleşmesinin lehtarı, teminat mektubu neticesinde garanti alana ödemedede bulunan garanti verene, söz konusu tutarı ödeme taahhüdü altına

³⁶ Yargıtay, 1974 tarihli Hukuk Genel Kurulu (HGK) kararında ilk görüşü savunana ilk derece mahkemesi kararına karşı, ikinci görüşü benimsemiştir. HGK, davacı muhatabın, teminat altına alınan rizikonun teminat mektubunda belirlenen süre içerisinde gerçekleştiğini ispatlamak şartıyla, tazmin talebinin teminat mektubunda bulunan sürenin bitiminden sonra da ileri sürebileceğine karar vermiştir. Yarg. HGK., E. 1972/1585, K. 1974/ 76, T. 26.01.1974. (Tandoğan, Borçlar Özel, C. II, s. 887, dn. 88; Özdemir, a.g.e., s. 267-268).

³⁷ Andreas Von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, C.I-II, Çeviren: Cevat Edege, 2. Baskı, Yargıtay Yayınları, Ankara 1983, s. 46.

³⁸ Von Tuhr, a.g.e., s. 795.

³⁹ On yıllık süre, sürelî veya süresiz teminat mektuplarında rizikonun gerçekleşmesiyle garanti verenin borcunun muaccel olmasına bağlı olarak, rizikonun gerçekleştiği andan itibaren başlar. Nami Barlas, *Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları*, İstanbul 1986, s. 90; Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., N. 6604; Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s. 892-893; Gümüş, a.g.e., s. 462; Yavuz/ Acar/ Özen, a.g.e., s. 882; Yüce, a.g.e., s. 140. Aynı yönde bir Yargıtay Kararı için bkz. Yarg. HGK., E. 1979/ 11-1915, K. 1982/ 865, T. 27.10.1982 www.kazanci.com (22.07.2019).

⁴⁰ Yazılı ödeme talebi ile ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., N. 6559; Reisoğlu, Teminat Mektupları, s. 192 vd.; Özdemir, a.g.e., s. 472-473.

⁴¹ Gümüş, a.g.e., s. 462; Özdemir, a.g.e., s. 269.

girer.⁴² Bu şekilde banka, garanti alana ödemede bulunduğu takdirde lehtara rücu için geçerli bir hukuki dayanak yaratmış olmaktadır. Ayrıca banka, ödenen tutarı lehtardan fiilen alabilmeyi garanti altına almış olur.⁴³ Kontgarantinin herhangi bir şekilde geçersiz olması durumunda, kontgaranti alan banka, teminat mektubu çerçevesinde garanti alana karşı garanti yükümlülüğünün sona erdiğini ileri süremez.⁴⁴

3. GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ ÖZELLİKLERİ

A. Teminat İşlevi

Borç ilişkisinin nisbiliği ilkesi gereğince alacaklı, borçlunun borcunu ifa etmemesi tehlikesiyle karşı karşıya kaldığı zaman cebri icra yoluyla alacağını temin etme yoluna başvurur.⁴⁵ Garanti verenin mevcudiyetiyle alacaklının durumu güçlendirilmiş olur. Borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi sonucunda alacaklının zararının karşılanması için borçlunun malvarlığına ek olarak garanti veren de alacaklıya karşı tüm malvarlığıyla şahsen sorumlu olur.⁴⁶ Bu nedenle garanti sözleşmelerinin birincil görevi ve en önemli özelliği, teminat işlevine sahip olmalarıdır. Garanti sözleşmesinin amacı, alacaklının, diğer bir ifadeyle sözleşmedeki garanti alan tarafın, girdiği bu borç ilişkisinden zararsız olarak çıkması ve oluşabilecek ekonomik bir riske karşı güvence sağlamaktır.⁴⁷

a. Risk Kavramı

Garanti verenin yabancı olduğu bir borç ilişkisinde alacaklı aleyhine alacaklı olduğu edimin ifa edilmemesi nedeniyle oluşabilecek riski üstlenmesi garanti sözleşmesinin konusu oluşturmaktadır. Garanti sözleşmelerinde üstlenilen risk, asıl sözleşmeden doğan borcun ifa edilmemesi nedeniyle alacaklının

⁴² Vahit Doğan, *Banka Teminat Mektupları: Ülke İçi Ticari İlişkiler, Milletlerarası Ticari İlişkiler*, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2011, s. 203; Tekinalp, a.g.e., s. 532; Barlas, *Banka Teminat Mektupları*, s. 78; Gümüş, a.g.e., s. 463; Reisoğlu, *Teminat Mektupları*, s. 396.

⁴³ Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., s. 971, N. 6580; Reisoğlu, *Teminat Mektupları*, s. 307 vd.; Kahyaoğlu, a.g.e., s. 12.

⁴⁴ Reisoğlu, *Teminat Mektupları*, s. 305-306. Ayrıca aynı yönde bir Yargıtay kararında '*Borçlu ile davacı banka arasında düzenlenen kontrgaranti sözleşmesinin davacının borçlu (lehtar) firma tarafından hataya düşürülmesinde teminat mektubu muhataplarının hiç bir kusuru bulunmadığı gibi, teminat mektubu muhataplarını ilgilendirmeyeceği açıktır.*' denmiştir. Yarg. 11. HD., E. 1987/ 5093, K. 1987/ 4856, T. 28.09.1987. www.kazanci.com (22.07.2019).

⁴⁵ Necip Kocayusufoğlu/ Hüseyin Hatemi/ Rona Serozan/ Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme*, C.I, Filiz Kitabevi, 7. Bası, İstanbul 2017, s. 15 vd.; Oğuzman/ Öz, C.I, s. 28; Eren, s. 18.

⁴⁶ Burak Özen, *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi*, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 23; Tandoğan, *Borçlar Özel*, C.II, s. 852 vd.

⁴⁷ Develioğlu, a.g.e., s. 79-80.

uğradığı maddi bir zararın tazmini ihtimalidir.⁴⁸ Gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan risk unsurunun garanti sözleşmesinde hangi borç ilişkisinden doğacağına belirlenebilir olması gerekmektedir.⁴⁹

b. Asıl Borç Kavramı

Asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi sonucu doğabilecek ekonomik riski teminat altına almayı amaçlayan garanti sözleşmesi için asıl borcun nitelikleri önem taşımaktadır. Garanti verenin garanti alanla yapacağı sözleşmede atf yapılan borç ilişkisindeki asıl borcun bir para borcu veya para ile ölçülebilen değerinde bir borç olması gerekmektedir.⁵⁰ Garanti sözleşmesinin esas fonksiyonu olan teminat işlevini yerine getirebilmesi için sözleşmede konu edilen asıl borcun yalnızca sözleşmeden doğan borçlarla sınırlı olmasına gerek yoktur. Eğer para borcuna çevrilebiliyorsa, hukuki sebebi ne olursa olsun, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, vekâletsiz iş görmeden doğan borçların ifasının garanti altına alınması mümkündür. Garanti sözleşmesi çerçevesinde üçüncü bir kişinin herhangi bir fiili taahhüt altına alınabilir. Asıl borç, borçlunun kişiliğinin ön planda olduğu bir sözleşmeden doğsa bile, sözleşmeye konu edimin paraya çevrilebileceği ölçüde garanti sözleşmelerine konu olabilir.⁵¹

Asıl borç ayrıca üçüncü bir kişinin borcu olmalıdır.⁵² Bir borçlunun kendi borcuna kişisel teminat vermesi hiçbir hukuki özelliğe sahip değildir ve kendisi açısından herhangi bir değişikliğe sebep olmayacaktır. TBK md. 598/ f.2 (me-haz İBK md.509/ f.2)'de ise, borçlu ve kefil sıfatları birleştiğinde, kefalet sözleşmesi sona ermekle birlikte alacaklının kefalet sözleşmesinden doğan özel haklarının saklı kalacağı yönünde hüküm mevcuttur. Örneğin; kefile kefil varsa

⁴⁸ Arif Kocaman, *Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 4.7.2001 Tarih ve E. 2001/19-534, K. 2001/583 Sayılı Kararı Üzerine Bir Değerlendirme Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Verilen Kişisel (Şahsi) Teminatın Hukuki Niteliği: Garanti mi, Kefalet mi?*, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIX, Mayıs 2003, s. 70; Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., s. 964; Develioğlu, a.g.e., s. 85-86.

⁴⁹ Bu konuda Yargıtay da aynı fikirdedir; "*Garanti sözleşmesi ile garanti edilen risk kredi sözleşmesinin tarafları arasındaki asıl ilişkiden tamamen bağımsız olmakla birlikte, riski garanti sözleşmesinde atf yapılan sözleşme belirlemektedir. Hangi riskin garanti edildiği belli edilmeden örneğin her türlü borç ilişkisinden doğmuş ve doğacak tüm alacakların garanti edilmesi garanti sözleşmesi ile bağdaşmaz.*" Yarg. 19.HD. E.4793, K.7676, T.14.12.1999, Yarg. 19.HD., E.2001/8061, K.2002/5973, T.23.09.2002, www.kazanci.com (31.07.2019). Kararlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Nihat Yavuz, *Öğretide ve Uygulamada Türk Kefalet Hukuku*, Ankara 2009, s. 423; Develioğlu, a.g.e., s. 89. Buna ek olarak, garanti sözleşmesi ile aynı özelliği taşıyan kefalet sözleşmesinde kefil olunan asıl borcun sözleşmenin yapılması anından itibaren kefilin borcu ifa aşaması boyunca da belirli veya belirlenebilir olması gerektiğine ilişkin bkz. Meier, a.g.e., s. 2911-2912, N. 40.

⁵⁰ Meier, a.g.e., s. 2887, N. 21; Develioğlu, a.g.e., s. 90.

⁵¹ Develioğlu, a.g.e., s. 90; Reisoğlu, Kefalet, s.10-11

⁵² Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., N. 6521; Bourassin/ Brémond/ Jobard-Bachelier, s. 27.

veya kefil bir rehin vermişse ya da kefilin borcu için cezai şart konulmuşsa alacaklı sözleşmenin bitmesine rağmen bu haklarını korur. Söz konusu hükmün garanti sözleşmeleri için de kıyasen uygulanabileceği kabul edilmektedir.⁵³

B. Tek Tarafa Borç Yüklemesi

Kural olarak, garanti sözleşmelerinde sadece bir taraf, garanti veren, diğer taraf garanti alana karşı, üçüncü bir kişinin başka bir hukuki ilişkiden doğan borcunun edimini üstlenme borcu altına girer. Bu noktada karşılıklı olarak, tıpkı *sinallagmatik*, diğer bir ifadeyle iki tarafa karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde olduğu gibi, iki tarafın da borç altına girmeleri söz konusu değildir.⁵⁴ Kurulan üçlü ilişki içinde garanti veren ile asıl borçlu arasındaki iç ilişkide garanti verenin alacaklı sıfatına sahip olması, garanti sözleşmesinin tek taraflı olmasını etkilemeyecektir.⁵⁵

Kanun koyucu, kişisel teminat veren lehine iyiniyet ilkesinden doğan bir takım yükümlülükler getirmiştir. Bunlar, TBK md. 592, 593 ve 594 ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) md.2'deki dürüstlük kuralı uyarınca alacaklıya getirilmiş bazı ödevlerdir. Ancak bu yükümlülükler kural olarak, borç olmayıp, külfet niteliğindedir.⁵⁶ Garanti veren bu ödevlerin yerine getirilmesine ilişkin bir talepte bulunamaz. Buna karşılık alacaklı, bu ödevlere aykırı davrandığında garanti verene karşı olan bazı haklarını kısmen veya tamamen kaybeder.⁵⁷ Bu nedenle alacaklıya karşı getirilen gerek kefalet sözleşmesine ait hükümlerden, gerekse garanti ilişkisinde TMK md. 2'den yahut işin niteliğinden doğan ödevler, kişisel teminat sözleşmelerini iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğine kavuşturmamaktadır.⁵⁸

Bazı hallerde ise, garanti sözleşmesi hükümleri çerçevesinde tarafların iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme düzenlemesinin mümkün olduğu ileri sürülmüştür.⁵⁹ Örneğin, taraflar, garanti alanın, diğer bir ifadeyle muhatabın, bir risk primi ödemesi karşılığında garanti verenin teminat sağlayacağını kararlaştırarak

⁵³ Develioğlu, a.g.e., s. 91; Tekinalp, a.g.e., s. 514; Reisoğlu, Kefalet, s.9.

⁵⁴ Yavuz/ Acar/ Özen, a.g.e., s.670; Yavuz, a.g.e., s. 213; Gümüş, a.g.e., s. 449.

⁵⁵ Develioğlu, a.g.e., s.93.

⁵⁶ Nami Barlas, *Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması*, Makalelerim, C. I, İstanbul 2008, s. 358; Özen, a.g.e., s.92 vd.; Develioğlu, a.g.e., s.93.

⁵⁷ Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., N. 6582; Barlas, Kefalet, s. 358; Develioğlu, a.g.e., s. 94; *DEVELİOĞLU*, alacaklının kefalet sırasında var olan veya asıl borçludan elde edilen rehin veya rüçhan hakkını kefilin zararına azaltırsa, azalttığı oranda kefilin borcundan kurtulacağını belirtmektedir. Ayrıca alacaklı ağır kusuruyla elindeki belgeleri veya güvenceleri kefilin zararına elden çıkarırsa kefil borcundan kurtulur, ödediği miktarın geri verilmesini ve varsa ek zararlarını isteyebilir. Buna ek olarak, TMK md. 2/ f. 2 hükmü gereği hakkın kötüye kullanılması yasağının söz konusu garanti sözleşmesine etkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., N. 6593- 6594.

⁵⁸ Develioğlu, a.g.e., s. 94.

⁵⁹ Gülçin Elçin Grassinger, *Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları*, İstanbul 1996, s.14; Reisoğlu, Kefalet, s.6; Barlas, Kefalet, s.358.

bir sözleşme düzenleyebilirler.⁶⁰ Bir diğer örnek olarak, bir teşebbüsün her yıl belirli oranda kar edeceğinin garanti edildiği sözleşmede yer alan kar oranının yakalanamaması durumunda ödenen miktarın garanti edilen kar oranının aşıldığı yıllarda faiziyle birlikte garanti alan tarafça geri ödenmesi gösterilmektedir.⁶¹ Ancak verilen faiz örneğinde garanti bedelini geri ödeme borcu, garanti verenin rizikoyu üstlenme borcuna karşılık oluşturamaz. Sonuçta faiziyle birlikte ödenen miktar, üstlenilen ekonomik riskin karşılığı olmayacaktır; zira teşebbüsün garanti edilen kar oranını hiç yakalayamama ihtimali de söz konusudur.⁶²

Garanti sözleşmesinin iki taraflı bir sözleşme olduğunun kabulü halinde garanti verenin ödeme talebi karşısında ödemezlik defini ileri sürmesi veya TBK md. 138 gereğince sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını talep etmesi söz konusu olabilecektir. Bu durum, garanti sözleşmesi ile üstlenilen risk kavramı, ticari hayata dair (konjonktürel) riskleri de kapsayacağından kabul edilemez.⁶³ Sonuç olarak, garanti sözleşmesinin her iki tarafa borç yükleyen sözleşme haline getirilmesi “teminat işlevi” ile bağdaşmamaktadır.⁶⁴

C. Tali Borç Doğurması

Garanti sözleşmesinde garanti verenin borcu, tali borç niteliğindedir. Daha geniş bir çerçevede ele alındığında kişisel teminat sözleşmelerinde teminat borcu altına giren kişinin borcunun fer’i niteliğinin yanı sıra tali olma özelliği de göz önünde bulundurulmalıdır. Bu bakımdan kefalet ve garanti sözleşmesinin ortak bir özelliği tali borç doğurmasıdır. Öncelikle kefalet sözleşmesinde kefil ancak asıl borçluya karşı yapılan takibin semeresiz kalması ve elde edilen rehin hakkının paraya çevrilmesi yoluna başvurulduktan sonra kendi borcundan sorumlu olacaktır.⁶⁵ Bu nedenle kefilin borcunun tali olması hususu, kendisini tartışma def’i ve rehinin paraya çevrilmesi def’inin ileri sürülmesinde gösterir. Ayrıca kefaletin türlerine göre talilik özelliği değişkenlik göstermektedir.⁶⁶ Ke-

⁶⁰ Fikret Anık, *Mahkeme Kararları Kroniği, Başkasının Filini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi (AÜSBFD), 1955, C.X, No.2, s. 51; Develioğlu, a.g.e., s. 96. Bu noktada uygulamada prim ödemelerinin garanti sözleşmesinin tarafı garanti alan muhatap tarafından değil, lehtar tarafından ödendiğine ilişkin bkz. Develioğlu, a.g.e., s. 97.

⁶¹ Tandoğan, *Borçlar Özel*, C.II, s. 816.

⁶² Tandoğan, *Borçlar Özel*, C.II, s. 816; Develioğlu, a.g.e., s.96, dn. 351.

⁶³ Feyza Eren Sayın, *Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri Açısından Uyarılama Sorununa Bir Bakış*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHF), C.70, S.1, 2012, s. 353; Develioğlu, a.g.e., s. 97.

⁶⁴ Develioğlu, a.g.e., s. 97.

⁶⁵ Fahrettin Aral/ Hasan Ayrancı, *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na göre Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 11. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s.420; Yavuz, a.g.e., s.9.

⁶⁶ Develioğlu, a.g.e., s.98-99, 374 vd.

filin borcu, asıl borç muaccel olmadıkça muaccel olmayacağı ve asıl borcun para borcu olmadığı durumlarda asıl borcun ifa edilemeyeceği anlaşıldığı takdirde ancak kefilin ödemede bulunabilmesi karşısında kefalet borcunun ikinci derecede borç olduğu aşikârdır.

Garanti sözleşmesinde ise, tali olma unsurunu garanti alanın ancak asıl borcun ifa edilmemesi halinde garanti verenin sorumluluğuna gidebileceği şeklinde kabul etmemiz şeklinde belirlersek, tali bir borçtan bahsedilebileceği kabul edilmelidir. Böylece garanti alan, garanti verene ancak asıl sözleşmeden doğan borcun ifa edilmemesi halinde başvuracaktır.⁶⁷ Aksi yöndeki görüşe göre⁶⁸ ise, garanti sözleşmesinin tali özelliği yoktur. Garanti verenin borcu birinci derecede bir borçtur, bu nedenle garanti alan asıl borcun ifa edilmediği durumda derhal garanti verene başvurulabilir.

D. Şarta Bağlı Borç Doğurması

Kişisel teminat sözleşmelerinden olan garanti sözleşmesinin hukuki özelliklerinden biri de şarta bağlı borç doğuran sözleşme olmasıdır. Garanti verenin bu sözleşmeden doğan borcunun ifası, asıl sözleşmede borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesine bağlıdır. Söz konusu durumun ortaya çıkması şüpheli olduğundan kefalet ve garanti sözleşmeleri, geciktirici şarta bağlı bir borç doğurmaktadır. Garanti sözleşmesinde geciktirici şart teşkil eden olay, bir riskin doğması veya alacaklının, diğer bir ifadeyle muhatabın, gerçekleşmesini beklediği bir olayın gerçekleşmemesidir.⁶⁹ Garanti sözleşmesi türlerinden belirli garanti ve ilk talepte ödeme şartlı garanti sözleşmesi, ödeme yapılabilmesi için garanti alanın bir belge ibrazı veya garanti verene ödeme talebinde bulunması gerektiğinden şarta bağlıdır.

E. TBK md.603 Çerçevesinde Getirilen Şekil Şartı

6098 sayılı TBK md. 603, 818 sayılı eski kanun sistematüğinde yer almayan yeni bir hüküm getirmiştir. Bu hükme 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.”*

Bu madde kapsamına girecek başlıca kişisel teminat sözleşmesi tipi, garanti sözleşmesidir. Kefalet ve garanti sözleşmesi arasındaki bir benzerlik, her iki

⁶⁷ Develioğlu, a.g.e., s.100.

⁶⁸ Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s. 858, Reisoğlu, Kefalet, s.80; Reisoğlu, Garanti, s.156.

⁶⁹ Develioğlu, a.g.e., s.102; Reisoğlu, Kefalet, s.3; Reisoğlu'na göre, eğer asıl borç şarta bağlıysa, kefilin sorumluluğu da şarta bağlıdır ve eğer asıl borçlu ancak önemli kusur halinde sorumlu olursa, kefil de ancak bu şart gerçekleştiğinde sorumlu olur. Konuya ilişkin İsviçre hukukunda da aynı sonuca ilişkin bkz. Meier, a.g.e., s. 2915, N. 50.

sözleşmeye de uygulanacak md.603 uyarınca ortak şekil şartları, ehliyeteye ve eşin rızasına ilişkin hükümler olarak ortaya çıkmıştır. Garanti sözleşmesinde garanti veren taraf eğer bir gerçek kişiye, kefalet sözleşmesinin sıkı şekil kurallarına, kefil olma ve eşin rızası hükümlerine tabi olacaktır.⁷⁰ Burada kanun koyucunun amacı, fer'i olarak sorumlu olan kefilin daha kapsamlı düşünmesi ve hukuki açıdan tehlikelerden korunabilmesi için getirilen sıkı şekil kurallarının, bağımsız olarak teminat sorumluluğu altına giren ve böylece kefinden daha ağır şartlara sahip olan garanti veren kişinin gerçek kişi olması halinde aynı şekil şartlarına ve korumaya sahip olmasıdır.⁷¹ Ayrıca kanunda düzenlenmeyen garanti sözleşmesinde yabancı olduğu bir borç ilişkisinden doğacak ekonomik riskleri üstlenen garanti veren açısından koruyucu bir hüküm getirilmiştir.

Bahse konu yeni düzenleme ile “gerçek kişilerin” garanti sözleşmesi yapmaları kefaletin şekil şartlarına bağlanmıştır. Dolayısıyla kişisel teminat sözleşmelerinden banka teminat mektupları, md.603 kapsamına girmemektedir. TBK md.603 hükmü, kişisel teminat sözleşmelerinde kıyasen uygulama alanı bulacaktır. Bu nedenle GÜMÜŞ'e göre, müteselsil sorumluluk doğuran teminat amaçlı borca katılma ve teminat amaçlı müteselsil borçluluk halinde, bu yöndeki iradenin TBK md.583/ f.1'deki gibi el yazısıyla metinde yazılması zorunlu değildir. Aynı sonuç, müteselsil sorumluluktan daha ağır bir sorumluluk getiren garanti sözleşmeleri için de geçerlidir.⁷²

Gerçek kişilerin garanti veren olarak yer aldığı garanti ilişkisinde sonradan sorumluluğu arttıran sözleşmeler, örneğin, kredi limitinin yükseltilmesi de TBK md.583/ f.3 uyarınca kefalet sözleşmesinin şekline tabidir. Ayrıca garanti sözleşmesinde asıl borcu üstlenme borcunu alma, TBK md.603 çerçevesinde tam ehliyetsizler ve sınırlı ehliyetsizler için yasak işlemlere dâhil olmuştur. Son olarak belirtilmelidir ki, eşin rızasına ilişkin TBK md.584 hükmü gerçek kişiler tarafından verilen kişisel teminatlar, dolayısıyla garanti sözleşmesi, için de geçerlidir.⁷³ 6098 sayılı TBK sisteminde garanti verenin eşinin rızası da sözleşmenin geçerliliği için aranacaktır.

⁷⁰ Özen, a.g.e., s.48; Eren, Borçlar Özel, s. 773; Gümüş, a.g.e., s.354; Oğuzman/ Öz, s.397; Barlas, Kefalet, s.386. İsviçre hukukunda konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., N. 6533.

⁷¹ Özen, a.g.e., s.48; Yavuz, a.g.e., s.28. Eren, Borçlar Özel, s. 773; 818 sayılı BK döneminde kefalet sözleşmesinin şekil şartlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s. 740 vd.

⁷² Gümüş, a.g.e., s. 330.

⁷³ Önemle belirtmek gerekir ki, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 2018 yılında verdiği bir kararında TBK md. 603 gereği avalde eşin rızası şartının aranıp aranmaması hususunda böyle bir şartın varlığının aranmaması gerektiğini şu şekilde belirtmiştir; “İçtihatları birleştirmenin konusu, kefalette eşin rızasına ilişkin hükümlerin (TBK m.584, 603) avalde uygulanıp uygulanmayacağıdır... Kefalet ile

4. GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN BENZER KURUMLARDAN FARKI

A. Kefalet Sözleşmesi ile Arasındaki Farklılıklar

a. Fer'i veya Asli Borç Doğurması

aa. Genel Olarak

Türk- İsviçre hukuku doktrininde kefalet ve garanti sözleşmelerinin ayrımında kullanılan en temel ayırım, kişisel teminat veren kişinin borcunun fer'i mi asli mi olacağı noktasındadır.⁷⁴ Kefalet sözleşmesinde kefilin borcu, doğurabileceği ekonomik risklerin üstlenildiği asıl borca bağlıdır. Dolayısıyla teminat sözleşmesinin varlığı ve geçerliliği asıl sözleşmeye çok sıkı bir şekilde bağlıysa “fer'i” bir borç oluşmuş, kefalet sözleşmesi yapılmış demektir.⁷⁵ Diğer yandan teminat veren kişi, asıl borcun muaccel olması ve geçerliliğine bakılmaksızın tamamıyla bağımsız olarak teminat borcunu üstlendiğinde yapılan garanti sözleşmesi, “asli” bir borç doğurmaktadır.⁷⁶

avalin her ikisinin de kişisel güvence sağladığı konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Ancak kefalet dair hükümler kefil alacaklıya karşı korurken avale ilişkin hükümlerin hamili, asıl borçlu ile müracaat borçlularına karşı koruduğunun gözden kaçırılmaması gerekir. Bu bakımdan kefalet ile aval hükümlerinin birbirleriyle kıyaslanması normun koruma amacı ile de uygun düşmeyecektir... avalde eş rızasının aranması kambiyo senetlerinin tedavül kabiliyeti ile örtüşmemektedir... Nitekim 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun eşin rızası ile ilgili getirdiği 584. maddesi hükmü, Kanun'un yürürlüğe girdiği 01/07/2012 tarihinden itibaren iş hayatını yavaşlattığı yönünde ağır eleştirilere maruz kalması nedeniyle ticari hayatın doğal akışını kolaylaştırma gerekçesiyle 28/03/2013 tarihinde 6455 sayılı Kanun'un 77. maddesiyle TBK'nın 584. maddesine kefalette eş rızasının aranmayacağı ve ağırlıkla ticari hayatı ilgilendiren hâller bir istisna hükmü olarak üçüncü fıkra eklenmiştir. Kanun koyucunun bu istisnalar arasında aval de göstermemesi, aslında en başından beri avalde eş rızasının aranmadığına işaret etmesi bakımından önemlidir. Kanun koyucunun, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen kefalet müessesesinde eşin rızasını ararken, aynı tarihte (01/07/2012) yürürlüğe giren ve daha özel bir kanun olan Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlediği aval için eş rızasını aramamasını gözden kaçırdığı şeklinde değerlendirilmemesi gerekir. ... Kanun koyucunun bu sırada aval sınırlamaya dâhil etmemesine yüklenecek anlam, aval TBK m. 603 kapsamında görmemesi olarak kabul etmek gerekir. Aksi durumda, kanun koyucunun avalin evli olup olmadığının ve TBK m. 584/3'deki istisnaların bulunup bulunmadığının araştırılmasını hamile yükleyeceği sonucuna götüreceği, böyle bir durumun; hamile külfet yükleyeceği gibi kambiyo hukukunun tedavül kabiliyetinin sürati ile de uyum sağlamayacağı açıktır.” Yarg. İBK. 2017/ 4 E., 2018/ 5 K., 20.04.2018 T. www.kazanci.com.tr (01.08.2019)

⁷⁴ Türk doktrini ve içtihatlarda genel olarak kefalet ve garanti sözleşmesi ayırımı belirlemek için uygulanan kıstaslardan bazıları; fer'ilik-bağımsızlık kıstası, menfaat kıstası, kişiye yönelik ilgi kıstası, şüphe halinde kefalet karinesi, aynen ifa- tazminat yükümlülüğü kıstası ve ivaz kıstasıdır. Bu kıstaslara dair daha detaylı bilgi için bkz. Senai Olgaç, *Kefalet*, Ankara 1978, s.13; Oğuzman/ Öz, s.395 dn.18; Yavuz, a.g.e., s.19; Reisoğlu, *Kefalet*, s.81-86; Reisoğlu, *Garanti*, s.77-86; Tandoğan, *Garanti*, s. 19; s. 30; Yenice, a.g.e., s.102 vd.; Barlas, *Kefalet*, s.376 vd.; Yarg. 13. HD., E.2878, K.3954, T.18.04.1995, Yarg. 13. HD., E.2002/12569, K.2003/3985, T.04.04.2003. Karar için bkz. Barlas, *Kefalet*, s.377. İsviçre Hukuku'nda dikkate alınan benzer kıstaslar için bkz. Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., s. 969; Meier, a.g.e., s. 2890 vd.

⁷⁵ Hugo Oser/ Wilhelm Schönenberger, *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi-Eski Kefillik, Yeni Kefillik, Kumar, Bahis, Sağlığınca Gelir, Sağlığınca Bakma Sözleşmesi İsviçre BK 492- 529, Türk BK 483/ 519*, Çeviren: İsmet Sungurbey, Ankara 1964, s. 93; Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., s. 915; Gümüş, a.g.e., s. 455; Yavuz/ Acar/ Özen, a.g.e., s.669; Eren, s.1109; Reisoğlu, *Kefalet*, s.85; Barlas, *Kefalet*, s.378; Grassinger, a.g.e., s.13; Olgaç, s.12

⁷⁶ Dominique Legeais, *Sûretés et Garanties du Crédit*, 7. Bası, L.G.D.J., Paris 2009, s. 287; Meier, a.g.e., s. 2916, N. 53; Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., s. 968; Yavuz/ Acar/ Özen, a.g.e., s. 711; Develioğlu, a.g.e., s.107; Eren, *Borçlar Özel*, s. 767; Tandoğan, *Garanti*, s.19

Banka teminat mektubunun niteliğini belirleyen bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun kararında⁷⁷ kefalet ve garanti sözleşmesi ayrımı geniş olarak incelenmiş ve fer'i-asli borç ayrımı içtihatlarında da yerini almıştır. Kararın gerekçesinde belirtildiği üzere, söz konusu ayrım, bu iki sözleşmenin nitelendirilmesinde öncelikle bakılması gereken kıstastır. Garanti verenin borcunun asıl borçla herhangi bir ilgisinin bulunmadığı, buna karşın kefilin borcunun asıl borcun hukuki kaderine bağlı olduğu açıklanmıştır. Yargıtay'a göre, banka teminat mektubuna konu olan asıl borcun hukuken geçerli, mevcut ve dava edilebilir olması, mektubun üçüncü kişinin fiilini taahhüt olarak nitelendirilmesi halinde herhangi bir şekilde taahhüt verenin borcunu etkilemeyecektir. Yargıtay'ın 1995 yılında verdiği bir başka kararda⁷⁸ ise fer'ilik- aslilik ayrımı net bir şekilde ortaya konmuştur. Kararın gerekçesinde; *"Nitekim, başkasının fiilini taahhüt şeklindeki garanti sözleşmeleri ile kefalet sözleşmeleri aralarında çok hallerde yakınlık görmek mümkündür... Ne var ki garanti sözleşmesi fer'i nitelikte olmayan bir sözleşmedir. Garanti veren için tehlikelerini (riskini) fer'i olmayan bağımsız bir taahhütle kısmen veya tamamen üzerine almaktadır. İşte bunlar garanti sözleşmelerinin asli unsurunu oluşturur. Kefil asıl borçluya ait bütün def'ileri alacaklıya karşı dermeyeran etmek hakkına haizdir BK. md. 497). Halbuki; kefalette kefilin borcunun fer'i nitelikte bulunmasına karşın garanti veren kimsenin borcu fer'i olmayıp bağımsızdır. O nedenle, kefalet akdinden kaynaklanan sorumluluk; alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki borç ilişkisi hukuken geçerli olduğu sürece devam eder. Asıl borç herhangi bir nedenle sakat olunca kefil borçtan kurtulur (BK. md. 492). Oysa, garanti sözleşmesinde ise; üçüncü kişinin yükümü sona ermez. En önemlisi; edim geçerli bir borç ilişkisine vücut vermese veya borç ilişkisi sona erse bile garanti veren sorumludur."* denmektedir.

Kefalet sözleşmesinde kefilin fer'i bir borç olarak üstlendiği borcun varlığı, kapsamı ve geçerliliği, asıl sözleşmenin varlığı, kapsamı ve geçerliliğine tabidir. Kefilin borcu fer'i olmasından dolayı asıl borcun sona ermesiyle sona erer.⁷⁹ Kefilin sorumluluğu, alacaklı ile asıl borçlu arasındaki borç ilişkisi hukuken geçerli olduğu sürece devam eder.⁸⁰ Bu durum kısaca, "kefilin borcu, asıl borcun kaderine bağlıdır" şeklinde özetlenebilmektedir.⁸¹ Kefilin üstlendiği teminat borcu, asıl borçlunun ödeme gücü veya bir borcun ifa edilmesinin garanti edilmesidir. Fer'i

⁷⁷ Yarg. İBK. E.1969/4, K.1969/6, T.11.06.1969, www.kazanci.com (31.07.2019)

⁷⁸ Yarg. 13. HD., E.2878, K.3954, T.18.04.1995, www.kazanci.com (02.08.2019) Aynı yönde bir diğer Yargıtay kararı için bkz. Yarg. HGK, E.19-534, K.583, T.04.07.2001, www.kazanci.com (02.08.2019)

⁷⁹ Yavuz/ Acar/ Özen, a.g.e., s..669; Aral/ Ayrancı, a.g.e., s.438

⁸⁰ Reisoğlu, Kefalet, s.80

⁸¹ Develioğlu, a.g.e., s.113

borç doğurma, tüm kefalet sözleşmeleri için değiştirilemez, karakteristik bir özelliktir. REİSOĞLU'na göre,⁸² kefalet sözleşmelerinde taraflar, esas borç sona erse bile kefilin borcunun sona ermeyeceği yönünde bir hüküm koymuşlarsa, genelde sözleşmenin kefalet yerine garanti olarak nitelendirilmesi uygun olur.

Diğer tarafta ise, garanti sözleşmesi uyarınca garanti verenin borcu bağımsız bir niteliğe sahiptir.⁸³ Asıl borcun varlığı, kapsamı ve sona ermesinden tamamıyla bağımsız olarak garanti verenin teminat borcu ortaya çıkmaktadır. Yapılan garanti sözleşmesi ne asıl borç ilişkisiyle ne de garanti verenle lehtar (asıl borçlu) arasındaki bir iç ilişkiyle bağlantılıdır.⁸⁴ Ayrıca garanti taahhüdünde bulunan kişi, sadece üçüncü kişinin ödeme gücünü değil aynı zamanda asıl borcun mevcudiyetini ve muacceliyetini garanti eder, yani garanti alanın girdiği borç ilişkisinden veya bir teşebbüsten doğabilecek tüm risk ve tehlikeleri karşılamayı üstlenmektedir.⁸⁵ Garanti sözleşmesinde üstlenilen bu garanti borcuna, asıl sözleşmenin veya hukuki ilişkinin sona ermesi veya geçersiz olması, herhangi bir etki etmeyecek ve garanti edenin borcu devam edecektir.⁸⁶ Ayrıca garanti alanın garanti verene ödeme talebinde bulunabilmesi için asıl borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmediğini dahi ispatlama zorunluluğu bulunmamaktadır.⁸⁷

bb. Alacağın Doğumu ile İlgili Farklılıklar

Kefalet sözleşmesinde kefilin borcunun doğumu, asıl sözleşmedeki borcun doğumuyla mümkündür. Dolayısıyla asıl borç yoksa kefilin borcundan da bahsetmek mümkün değildir. Kefilin borcu, daha önce belirtildiği gibi asıl borcun doğumuna, geçerliliğine ve dava edilebilirliğine bağlıdır.⁸⁸ Kefilin borcunun fer'i borç olması nedeniyle, asıl borç sonradan geçersiz hale gelmişse, sebebi ne olursa olsun, kefalet sözleşmesinden doğan borç da geçersiz olur.⁸⁹ Bu nedenle kefiliden para borcunun ifasını talep eden alacaklı, hem kefalet sözleşmesinin hem de asıl sözleşmenin varlığını ve şartlarının gerçekleştiğini ispatlamak zorundadır.

⁸² Reisoğlu, Kefalet, s.3

⁸³ Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., N. 6522.

⁸⁴ Pierre Engel, *Contrats de Droit Suisse*, Staempfli Editions SA, Bern 2000, s. 628; Meier, a.g.e., s. 2887, N. 22; Develioğlu, a.g.e., s.114.

⁸⁵ Yavuz/ Acar/ Özen, a.g.e., s..711.

⁸⁶ Gümüş, a.g.e., s.455; Develioğlu, a.g.e., s.115.

⁸⁷ Develioğlu, a.g.e., s.115. Ancak bu bağlamda banka teminat mektuplarındaki "ilk ödeme talebi"ne karşılık hakkın kötüye kullanılması itirazının ileri sürülebilmesine ilişkin bkz. Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., N. 6561; Gümüş, a.g.e., s.455; Yavuz, a.g.e., s.22.

⁸⁸ Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., s. 933; Özen, a.g.e., s.68; Reisoğlu, Garanti, s.67.

⁸⁹ Develioğlu, a.g.e., s.124.

Garanti sözleşmesinde ise garanti verenin borcu, asıl borçtan bağımsız olarak oluşur. Asıl sözleşme geçersiz, doğmamış veya sona ermiş olsa bile garanti sözleşmesinden doğan borç hala mevcuttur. Muhatabın alacağı, asıl borçluyla olan hukuki ilişkisinin doğumuna, varlığına veya talep edebilirliğine bağlı değildir.⁹⁰

cc. Borcun İçeriği ile İlgili Farklılıklar

Kefilin borcunun içeriği, asıl borçlunun borcundan farklı olsa dahi, asıl borçlunun borcunun kapsamından daha geniş olamaz.⁹¹ TBK md.589/ f.1'e göre, "*Kefil, her durumda kefalet sözleşmesinde belirtilen azamî miktara kadar sorumludur*". Eğer bir kişi kefil olmak istediği borcun miktarını aşan bir meblağ için teminat borcu altına giriyorsa, o sözleşme kefalet sözleşmesi olarak nitelendirilemeyecek ya da asıl borç miktarını aşan kısım için kefalet sözleşmesi geçerli olmayacaktır.⁹² Diğer yandan, garanti sözleşmesinde garanti verenin borcu, karşı tarafın uğrayabileceği ekonomik bir rizikonun karşılanmasını üstlenmesi nedeniyle bir miktar para borcudur. Bu borç, sözleşmenin kurulması esnasında götürü usulüne göre veya borç miktarı için üst bir sınırnın konulması ya da garanti alan kişinin uğrayacağı zararın hesaplanması yoluyla da belirlenebilir.⁹³

Kefalet sözleşmesinde kefilin borcu, asıl borcun muaccel olmasıyla birlikte muaccel hale gelir. Ancak garanti veren, asıl borç muaccel olmadan önce hatta sona ermesinden ve geçersiz hale gelmesinden sonra dahi para borcunu ifa etmek zorunda kalabilir.⁹⁴ Kefil, borcunun fer'i niteliği sonucu asıl borçluya ait tüm def'i ve itirazları alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahiptir.⁹⁵ Buna karşılık garanti sözleşmesinde garanti veren kişi, muhataba karşı asıl sözleşmeden doğan herhangi bir def'i veya itirazı ileri süremeyecektir. Asıl sözleşmeden doğan savunma mekanizmalarından garanti veren yararlanamayacaktır.⁹⁶ Ancak muhatabın, yani alacaklının, ödeme talebi hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği durumlarda garanti veren kişi bunu ileri sürebilecektir.⁹⁷

⁹⁰ Meier, a.g.e., s. 2916, N. 52; Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., N. 6522; Develioğlu, a.g.e., s.125.

⁹¹ Meier, a.g.e., s. 2931, N. 31; Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., N. 6174; Eren, Borçlar Özel, s. 780; Aral/ Ayrancı, a.g.e., s.441; Grassinger, a.g.e., s.17; Olgaç, s.12.

⁹² Meier, a.g.e., s. 2912, N. 40; Reisoğlu, Kefalet, s.3.

⁹³ Ayrıca tarafların garanti verenin borcunu götürü usulü ile belirlediği takdirde, asıl borçta meydana gelen artış veya azalmaların garanti verenin borcunu etkilemeyeceğine ilişkin bkz. Develioğlu, a.g.e., s.126.

⁹⁴ Aral/ Ayrancı, a.g.e., s.447; Grassinger, a.g.e., s.187; Reisoğlu, Kefalet, s.80; Olgaç, s.12.

⁹⁵ Oğuzman/ Öz, s. 396; Eren, Borçlar Özel, s. 784; Develioğlu, a.g.e., s.126; Reisoğlu, Kefalet, s.79; Reisoğlu, Garanti, s.66; Olgaç, s.12; Tandoğan, s. 31. Ayrıca kefilin ileri sürebileceği def'i ve itirazlarla ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz. Gülçin Elçin Grassinger, *Yeni Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Kefilin Def'i ve İtirazları ve Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2011, s. 123-134.

⁹⁶ Özen, a.g.e., s.25-26; Yenice, a.g.e., s.101; Reisoğlu, Kefalet, s.77.

⁹⁷ Yavuz, a.g.e., s.19; Develioğlu, a.g.e., s.127; Tandoğan, s.31.

Herhangi bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda açılacak davada alacaklı, kefile yapmış olduğu kefalet sözleşmesinin şartlarının oluştuğunu ve sözleşmenin varlığını ispatlamak zorundadır. Bunun yanında fer'i nitelikte bir borç söz konusu olduğundan alacaklının asıl sözleşmenin varlığını da ispatlaması gerekir.⁹⁸ Aynı şekilde alacaklının kefile karşı ifa talebinde bulunabilmesi için asıl sözleşmenin şartlarının gerçekleştiğini ispatlaması gerekmektedir.⁹⁹ Garanti sözleşmesinde ise, garanti alan, açtığı davada veya ifa talebinde bulunduğu zaman sadece garanti sözleşmesinin varlığını ispatlaması yeterli olacaktır. Doğaldır ki, garanti sözleşmesinde de muhatabın ifa talebinde bulunabilmesi için asıl borcun ödenmemesine yönelik getirilen geciktirici şartın gerçekleşmesi gerekmektedir.¹⁰⁰

Borcun içeriğiyle ilgili bu iki kişisel teminat sözleşmesi türünün farklı oldukları son bir nokta ise, ödemede bulunan kefil veya garanti verenin asıl borçluya karşı rücu hakkına sahip olup olmamalarıdır. Kefalet sözleşmesinde, kefil ödeme yaptıktan sonra alacaklının halefi sıfatıyla asıl borçluya karşı ödediği miktar oranında rücu hakkına sahiptir.¹⁰¹ (TBK md. 596) Bununla birlikte alacaklı, kefilin rücu hakkını kullanabilmesi ve elindeki rehinleri paraya çevrilebilmesi için gerekli belgeleri kefile devretme ödevi altındadır.¹⁰² Rücu hakkıyla ilgili kanundan doğan diğer bir sonuç da asıl borçluya ait savunma sebeplerini ileri sürmeyen ve ödemeyi yapan kefilin, asıl borçluya rücu hakkını kaybedeceğidir.¹⁰³ (TBK md.591/ f.3) Buna karşılık, garanti sözleşmesinde ise, garanti verenin alacaklıya halef olma hakkı ve yasal bir rücu hakkı bulunmamaktadır.¹⁰⁴ Ancak öğretilerde garanti verenin asıl borçlu (lehtar) ile aralarındaki iç ilişkiye dayalı olarak asıl borçlu aleyhine sözleşmesel bir sorumluluk söz konusuysa rizikoyu karşılayan ödeme sonrası asıl borçluya başvurabileceği belirtilmiştir. Örneğin, lehine banka kredisi verilen bir üçüncü kişinin (lehtarın) bankaya yine bir garanti sözleşmesi niteliğinde olan ve lehtara sözleşmesel bir sorumluluk yükleyen kontgaranti verdiği takdirde, banka daha sonra kontgaranti uyarınca lehtara rücu edebilecektir.¹⁰⁵

⁹⁸ Özen, a.g.e., s.73; Develioğlu, a.g.e., s.127.

⁹⁹ Reisoğlu, Kefalet, s. 4; Olgaç, s.13.

¹⁰⁰ Develioğlu, a.g.e., s.128.

¹⁰¹ Eren, Borçlar Özel, s. 789; Yavuz/ Acar/ Özen, a.g.e., s..696-697; Gümüş, a.g.e., s.455; Eren, s.1109; Yavuz, a.g.e., s.19, s. 396.

¹⁰² Reisoğlu, Kefalet, s. 77.

¹⁰³ Yavuz/ Acar/ Özen, a.g.e., s..697.

¹⁰⁴ Gümüş, a.g.e., s.455; Özen, a.g.e., s.26; Yavuz, a.g.e., s.19; Yenice, a.g.e., s.109.

¹⁰⁵ Gümüş, a.g.e., s.455; Yavuz/ Acar/ Özen, a.g.e., s.. 712; Yavuz'a göre, garanti verenin edimini temin ettiği üçüncü kişiye TBK md.62 hükmüne, vekaletsiz iş görme ya da sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre rücu edebileceği kabul edilmelidir. Aksi görüş için bkz. Reisoğlu, Garanti, s.160 vd.

dd. Asıl Sözleşmede Meydana Gelen Değişikliklerin Etkileri ile İlgili Farklılıklar

Kefilin borcu, asıl borcun dışında bir tasarruf işleminin konusunu oluşturmaz. Asıl sözleşmede kefil olunan alacağın temlik halinde kefalet sözleşmesinden doğan alacağın da temlik edilmiş olduğu kabul edilir.¹⁰⁶ Ancak asıl alacağın temlik sırasında temlik eden ve temlik alan kefaletin devredilmeyeceğini kararlaştırabilir.¹⁰⁷ Asıl borcun nakli halinde ise, borcun nakli, kefaleti kapsamayacağı için kefalet sözleşmesi sona erecektir. Kefil borcun nakli işlemine ancak yazılı şekilde rıza gösterirse yeni borçlunun borcundan sorumlu olacaktır.¹⁰⁸

Garanti sözleşmesinin asli borç doğurmasının sonucu olarak, asıl sözleşmede yapılan değişikliklerin sözleşme tarafları olan muhatap ve garanti veren aksini öngörmedikçe, garanti sözleşmesini etkilemesi söz konusu değildir.¹⁰⁹ Asıl alacağın temlik, muhatabın garanti sözleşmesinden doğan alacağının temlik alana kendiliğinden devri sonucunu doğurmayacaktır. Asıl borcun nakli halinde de aksine bir anlaşma yoksa garanti veren borcundan kurulacaktır.¹¹⁰

ee. Asıl Borcun Sona Ermesinin Etkileri ile İlgili Farklılıklar

Asıl borcun herhangi bir nedenle (asıl borcun borçlu tarafından ödenmesi, asıl borcu doğuran sözleşmenin feshi, borcun ifasının borçlunun kusuru olmaksızın imkânsız hale gelmesi, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, borcun yenilenmesi vb.) sona ermesi halinde kefalet sözleşmesi de sona erer.¹¹¹ (TBK md.598) Ayrıca kefalet sözleşmelerinde kefilin borcundan kurtulmasını öngören kefil koruyucu düzenlemeler, TBK md.600 vd. hükümlerde yer alır. Diğer yandan asıl sözleşme sona erse dahi garanti sözleşmesinden doğan borç asli niteliği gereği sona ermeyecektir.¹¹²

b. Sebebe Bağlı veya Soyut Borç Doğurması

Kefalet sözleşmesinde alacaklının kefile karşı ifa talebinde bulunabilmesi için asıl sözleşmedeki alacağının hukuken geçerli olduğunu ispatlaması gerekir.¹¹³ Ayrıca asıl borç muaccel olmadan kefilin borcu da muaccel hale gelmeyecektir.¹¹⁴ Bu nedenlerden dolayı kefilin borcu fer'i olmasının yanında ayrıca sebebe bağlı bir borçtur.¹¹⁵

¹⁰⁶ Yavuz/ Acar/ Özen, a.g.e., s.700

¹⁰⁷ Reisoğlu, Kefalet, s. 3.

¹⁰⁸ Meier, a.g.e., s. 2909-2910, N. 35;; Develioğlu, a.g.e., s.128.

¹⁰⁹ Bourassin / Brémond/ Jobard-Bachellier, s. 254.

¹¹⁰ Develioğlu, a.g.e., s.129.

¹¹¹ Eren, Borçlar Özel, s. 790; Aral/ Ayrancı, a.g.e., s.453; Yavuz/ Acar/ Özen, a.g.e., s.699; Develioğlu, a.g.e., s.130; Reisoğlu, Kefalet, s.2.

¹¹² Develioğlu, a.g.e., s.130; Reisoğlu, Garanti, s.169.

¹¹³ Özen, a.g.e., s. 88.

¹¹⁴ Özen, a.g.e., s. 85.

¹¹⁵ Develioğlu, a.g.e., s.131.



Garanti sözleşmesinde garanti verenin borcunun sebebe bağlı bir borç veya soyut bir borç olarak nitelendirilmesi İsviçre doktrininde tartışmalıdır. Bir görüşe göre;¹¹⁶ garanti alan, lehtara karşı olan alacağının varlığını ve geçerliliğini ispat etmesine gerek olmaksızın garanti veren üçüncü kişiye karşı teminat niteliğindeki para borcunu talep edebilir. Bu nedenle garanti sözleşmesi soyut bir borç doğurmaktadır. Buna karşılık İsviçre-Türk doktrininde garanti sözleşmesinin soyut bir borç doğurmadığı yönündeki görüş¹¹⁷ ağırlık kazanmaktadır. Garanti sözleşmesinin öne sürülen ödeme talebinin gerekçelendirilmesi noktasında soyut olduğu varsayılabilir. Fakat garanti sözleşmesinin teminat fonksiyonundan dolayı, diğer bir ifadeyle asıl sözleşmede belirlenen riskin doğumu sonucunda muhatap ödeme talebinde bulunabilmektedir. Bu şekilde asıl sözleşmeye bağlı bir olayın gerçekleşmesi nedeniyle doğan garanti verenin borcunun soyut bir borç olduğu söylemek isabetli olmayacaktır. Garanti verenin riskin doğmadığını ve herhangi bir borcunun olmadığını ispatlaması gerektiği durumda asıl sözleşmedeki borcun ifa edildiğini veya sona erdiğini ispat yükü söz konusudur.¹¹⁸ Ayrıca garanti veren tarafından ödenen bedelin asıl sözleşmede lehtarın edimi oranında iadesi talep edilebilir. Soyut bir borcun teknik olarak doğmadığını gösteren bu görüş uyarınca, eğer, sebebe bağlılık, kefilin asıl borçlunun sorumluluğu oranında sorumlu olması; soyut borç niteliği ise, asıl sözleşmeden doğan def'ileri ve itirazları ileri sürmeden garanti verenin borcunu ifa etmek zorunda kalması olarak algılanıyorsa, bu iki sözleşme arasındaki farklılık fer'ilik ve bağımsızlık kavramlarıyla, diğer bir ifadeyle fer'i- asli borç ayrımı ile daha net şekilde açıklanabilir.¹¹⁹

Yargıtay, bu konuda garanti sözleşmelerinin sebebe bağlı borç doğurdukları yönünde bir içtihadı¹²⁰ sahiptir; *“Burada banka, muhataba karşı asıl borçlu olan lehtarın borcunu taahhüt etmektedir. Banka, teminat mektubu ile belirli ve bağımsız bir riski garanti eder. Bu risk gerçekleşirse, gerçekleştiği ölçüde sorumludur. Bu itibarla, bankanın borcu sebebe bağlı olup, soyut bir borç taahhüdü değildir. Bu nedenle de teminat mektubu kıymetli evrak niteliğinde bir belge değildir. Bu halde teminat mektubu ile güvence altına alınan riskin gerçekleşmediği, dolayısıyla da yapılan ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu aşikârdır.”*

¹¹⁶ Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., s. 972; Develioğlu, a.g.e., s.132.

¹¹⁷ Develioğlu, a.g.e., s.133-134'teki yazarlar; Gümüş, a.g.e., s. 449; Barlas, Banka Teminat Mektupları, s. 86. Karşı görüş için bkz. Tekinalp, a.g.e., s. 525.

¹¹⁸ Reisoğlu, Teminat Mektupları, s. 86.

¹¹⁹ Develioğlu, a.g.e., s.136.

¹²⁰ Yarg. 11. HD., E.2006/5679, K.2007/8483, T.04.06.2007, www.kazanci.com (16.07.2009). Aynı yönde bir karar için bkz. Yarg. HGK, E. 1990/6-1, K. 1990/141, T. 28.02.1990, www.kazanci.com (26.07.2019)

Bizim de katıldığımız görüş uyarınca, garanti sözleşmelerinin soyut bir borç doğuracağı yönündeki görüş isabetsizdir. Sözleşmenin teminat fonksiyonu burada asıldır, bu yüzden de garanti veren borcun sebebinin belirtmeksizin borç altına girse bile asıl sözleşmede riskin doğması durumunda borcunu ifa etmekle yükümlüdür. Garanti verenin borcu ekonomik bir riskin üstlenilmesi olup, dolayısıyla burada soyut bir borçtan bahsetmek mümkün değildir.¹²¹

B. Müteselsil Borçluluk ile Arasındaki Farklılıklar

6098 sayılı TBK’nda müteselsil borçluluk, md.162 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Müteselsil borçluluğun söz konusu olduğu hallerde aynı sebebe bağlı bir borcun ifası için müteselsil borçluların hepsi alacaklıya karşı ifa ile yükümlüdür.¹²² Alacaklı alacağını dilediği borçludan talep edebilir.¹²³ Ancak garanti sözleşmesinde üçüncü bir kişinin edimini üstlenme durumunda üçüncü kişinin borçlu sıfatına sahip olması zorunlu değildir. Sözleşme ile teminat altına alınan borcun hukuken geçersiz olması durumunda üçüncü kişi borçlu sıfatına haiz olmasa dahi, garanti veren, garanti sözleşmesinden doğan bir miktar para ödeme borcunun ifasıyla yükümlüdür. Kaldı ki, üçüncü kişinin borcu, asli borç ilişkisinden; garanti verenin borcu ise garanti sözleşmesinden doğmaktadır. Dolayısıyla müteselsil borçluluk için gerekli olan aynı sebepten doğan bir borcun ifası için birden fazla kişinin aynı anda yükümlü olması, garanti sözleşmelerinde gerçekleşmez.¹²⁴ Ayrıca TBK md.164 uyarınca borcun sebebi aynı olduğundan müteselsil borçlular, ortak defiler ileri sürebilir.¹²⁵ Buna karşılık garanti verenin borcu, üçüncü kişinin borcundan bağımsız, yani asli bir borç olması nedeniyle garanti veren, üçüncü kişinin alacaklıya karşı sahip olduğu defileri ileri süremeyecektir.¹²⁶

C. Borca Katılma ile Arasındaki Farklılıklar

6098 sayılı TBK md. 201’de borca katılma düzenlenmiştir. Buna göre, *‘Borca katılma, mevcut bir borca borçlunun yanında yer almak üzere, katılan ile alacaklı arasında yapılan ve katılanın, borçlu ile birlikte borçtan sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşmedir. Borca katılan ile borçlu, alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olurlar.’*

¹²¹ Sabih Arkan, *Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XVI, S. 4, s. 61; Develioğlu, a.g.e., s.139.

¹²² Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018, s. 933; Eren, s. 1201; Tandoğan, *Borçlar Özel, C.II*, s. 840; Oğuzman/ Öz, a.g.e., s., s. 454.

¹²³ Meier, a.g.e., s. 2895, N. 32; Eren, s. 1205; Oğuzman/ Öz, a.g.e., s., s. 449.

¹²⁴ Tandoğan, *Borçlar Özel, C.II*, s. 840; Kahyaoğlu, a.g.e., s. 43. Ayrıca müteselsil borçluların herhangi birinin borcu diğerine göre fer’i nitelikte olmadığından müteselsil borcun kefaletten ayrılacağına ilişkin bkz. Oğuzman/ Öz, a.g.e., s., s. 450.

¹²⁵ Eren, s. 1206; Oğuzman/ Öz, a.g.e., s., s. 464.

¹²⁶ Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., N. 6565.

Borca katılma söz konusu olduğunda mevcut bir borcun edimini borçlunun yanında üçüncü bir kişinin de üstlendiği ve borca katılan ile alacaklı arasında yapılan bir sözleşme vardır.¹²⁷ Uygulamada alacaklıya mevcut borcun ödeneceğine ilişkin bir teminat verme amacıyla borca katılma sözleşmesi yapıldığı için, teminat işlevini içeren sözleşmelerin tabi olduğu TBK md.603 hükmü, borca katılma için de uygulanacaktır.¹²⁸ Borca katılmada borca katılan ile mevcut borçlu, aynı sebepten doğan borcun ifasından müteselsilen sorumludur.¹²⁹ Borca katılanın borcunun doğumu, garanti sözleşmesinden farklı olarak, eski borca tabidir.¹³⁰

D. Aval Kavramı ile Arasındaki Farklılıklar

Aval kavramı, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) md. 700 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Aval, poliçeden doğan borcun poliçe veya alonj üzerine yazılacak bir aval şerhi ile teminat altına alınmasıdır. Aval verenin teminat borcu, temin edilen borcun geçerliliğine bağlı olmayıp, bağımsız, asli bir borç niteliğine sahiptir. Ayrıca aval veren, tıpkı garanti sözleşmesinde olduğu gibi, asıl borçlunun alacaklıya karşı sahip olduğu kişisel def'ileri ileri süremeyecektir.¹³¹

Bahsedildiği üzere avale ilişkin garanti sözleşmesine benzer hukuki özelliklerin varlığına rağmen, aval ve garanti sözleşmesi arasında kambiyo senetlerine özgü şekil kurallarına uygun olmayan aval işleminin garanti sözleşmesi olarak kabul edilmesini engelleyen birtakım farklılıklar mevcuttur. Öncelikle aval işlemi, aval verenin garanti sözleşmesindeki gibi alacaklıyla değil, borçluyla akdettikleri bir sözleşmeye dayanmaktadır.¹³² Diğer önemli bir farklılık ise, aval işleminin asıl borç ilişkisine bağlı olması, yani fer'i bir nitelik taşımasıdır. Aval ile teminat altına alınan borç, bir şekil eksikliği sonucu geçersiz ise, kambiyo senedi üzerindeki aval işlemi de geçersiz hale gelir. Ayrıca garanti sözleşmesinde bir müteselsil borçluluk durumu söz konusu olmamasına rağmen, aval veren ile borçlu, alacaklıya karşı müteselsilen sorumludur.¹³³ Son olarak, garanti verenin kanuni bir rücu hakkı olmamasına karşılık aval verenin TTK md.702/ f.3 hükmü uyarınca borcu teminat altına alınan kişiye ve poliçeden dolayı kendisine karşı sorumlu olan kişilere ileri sürebileceği kanuni bir rücu hakkı mevcuttur.¹³⁴

¹²⁷ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 1030; Eren, s. 1254; Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s. 841; Oğuzman/ Öz, a.g.e., s. 609; Reisoğlu, Borçlar Genel, s. 479.

¹²⁸ Eren, s. 1255; Oğuzman/ Öz, a.g.e., s., s. 609.

¹²⁹ Eren, s. 1255; Kılıçoğlu, a.g.e., s. 1032.

¹³⁰ Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., N. 6525; Kılıçoğlu, a.g.e., s. 1032; Oğuzman/ Öz, a.g.e., s., s. 610. Dolayısıyla burada garanti sözleşmesinin müteselsil borçluluktan farkları üzerine yaptığımız açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz.

¹³¹ Meier, a.g.e., s. 2894, N. 31; Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s. 841; Kahyaoğlu, a.g.e., s. 41.

¹³² Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s. 841; Kahyaoğlu, a.g.e., s. 41.

¹³³ Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s. 842; Kahyaoğlu, a.g.e., s. 42.

¹³⁴ Tekinalp, a.g.e., s. 525.

5. GARANTİ SÖZLEŞMESİNDE RİSKİN GERÇEKLEŞMESİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

A. Garanti Veren Bir Miktar Para Ödeme Borcu

Garanti sözleşmesinde garanti verenin asli borcu, bir davranışa ya da edimin ifasına bağlı olarak gerçekleşmesi muhtemel bir ekonomik riskin gerçekleşmesi halinde karşı tarafın uğradığı zararın karşılamak amacıyla belirli bir miktar para ödeme borcudur.¹³⁵ Garanti verenin ödeme borcunun hukuki niteliği hakkında doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Öğretideki baskın görüş,¹³⁶ TBK md.128'den hareketle garanti verenin borcunun üçüncü kişi kendi edimini ifa etmediği takdirde garanti alanın (muhatabın) uğradığı zararını tazmin etme borcu olduğunu savunmaktadır. Garanti verenin asli borcunun tazminat borcu olduğunu kabul edildiğinde tazmin edilecek zarar, asıl borç ilişkisinde beklenen ifa menfaatinin gerçekleşmemesinden kaynaklanan zararlardır.¹³⁷ Olumlu (müspet) zarar olarak adlandırılan bu zarar kalemi, üçüncü kişinin asıl borç ilişkisinden doğan ve teminat altına alınan borcunun ifa edilmemesinden doğmaktadır. Garanti alanın malvarlığının mevcut durumu ile ifa gerçekleşmiş olsaydı göstereceği durum arasındaki fark, olumlu zarardır.¹³⁸

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, garanti verenin asli borcu teknik olarak bir tazminat borcu değildir. Buna göre, esas olarak garanti veren, üçüncü kişinin (lehtarın) borcunu aynen ifa etmekle değil, borcun ifa edilmemesi sonucu ortaya çıkabilecek olan zarar görme riskini teminat altına almakla yükümlüdür.¹³⁹ Bu nedenle garanti veren, teminat altına alınan zarar görme riskinin gerçekleşmesi halinde bir miktar para ödeme borcu altındadır.¹⁴⁰ Bu görüşe göre, garanti verenin tazminat borcu, ancak ekonomik risk gerçekleştiikten sonra alacaklının zararını talebe rağmen karşılamaması halinde asıl borcuna ek olarak neden olduğu zararları tazmin etme borcudur. Garanti sözleşmesinde garanti verenin borcu, lehtarın borcundan bağımsız olup, asıl borç ilişkisinde lehtarın borcunu ifa etmemesinden doğan zararın tazminini kapsamamaktadır.¹⁴¹

¹³⁵ Meier, a.g.e., s. 2888, N. 25; Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s. 855; Develioğlu, a.g.e., s. 294.

¹³⁶ Senai Olgaç, *Kazai ve İlimi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, C.II, Genel Hükümler (Madde 61-181), Ankara 1976, s. 480; Eren, s. 1159; Tekinalp, a.g.e., s. 515; Arık, a.g.e., s. 55; Reisoğlu, Garanti, s. 154-155.

¹³⁷ Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., N. 6538;

¹³⁸ Eren, s. 1159; Oğuzman/ Öz, a.g.e., s., s. 421; Eren, Borçlar Özel, s. 767; Develioğlu, a.g.e., s. 296; Gümüş, a.g.e., s., s. 461. Aynı yönde bir Yargıtay kararı için bkz. TD., E. 1958/58-56, K.1958/515, T. 25.02.1958; Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s. 855.

¹³⁹ Bourassin / Brémond / Jobard-Bachellier, s. 248.

¹⁴⁰ Oğuzman/ Öz, a.g.e., s., s. 420; Develioğlu, a.g.e., s. 295; Yüce, a.g.e., s. 89; Kahyaoğlu, a.g.e., s. 61 vd.; Doğan, a.g.e., s. 193. Ek olarak Develioğlu, uygulamada özellikle bankaların yaptıkları sözleşmelerde farklı kloz tiplerinin konulması nedeniyle bu konuda bir genellemenin yapılamayacağını ve tarafların garanti verenin asli borcu olarak tazminat borcu veya para ödeme borcunu belirleyebileceklerini savunmaktadır. Develioğlu, a.g.e., s. 296.

¹⁴¹ Oğuzman/ Öz, a.g.e., s., s. 420, dn. 61; Yüce, a.g.e., s. 88.

Garanti veren, asli borcu olan bu yükümlülükten üçüncü kişinin kendi edimini ifa etmemesinde herhangi bir kusuru olmadığını ispatlayarak kurtulamayacaktır. Dolayısıyla garanti verenin sözleşmeden doğan sorumluluğu, kusura dayanmayan bir sonuç sorumluluğudur.¹⁴² Ayrıca ilk talepte ödeme kaydı içermeyen garanti sözleşmelerinde garanti alan, karşı taraftan bu bedeli talep edebilmesi için ekonomik riskin gerçekleştiğini ve zarara uğradığını ispat etmelidir. Bu zorunluluk, garanti alanın talep hakkını elde edebilmesi için yapması gereken bir külfet olup, yükümlülük olarak değerlendirilmemelidir.¹⁴³

Garanti sözleşmesinde garanti verenin ödeme borcunun kapsamı, taraflarca ya götürü bir bedel ya da azami bir bedel olarak belirlenebilir. Asıl borç ilişkisinde teminat altına alınan borcun miktarında bir azalma söz konusu olduğunda, garanti verenin ödeme borcunun bağımsız niteliği gereği, garanti verenin asli borcunun miktarında bir azalma meydana gelmeyecektir.¹⁴⁴ Uygulamada çoğunlukla karşılaşılan ilk talepte ödeme kayıtlı garanti sözleşmelerinde, riskin doğumu ile ödeme borcu muaccel hale geleceğinden,¹⁴⁵ garanti alanın zararı, sabit bir miktar olarak belirlenen garanti verenin borcundan daha düşük olsa dahi, ticari hayatın hızına uygun bir şekilde garanti alanın ödeme talebini karşı tarafa iletmesi üzerine garanti veren bu borcunu ifa etmektedir.¹⁴⁶ Bu durumda verilen banka teminat mektuplarında garanti alanın zararının varlığına ilişkin bir 'zarar karinesi' söz konusudur.¹⁴⁷

Bu konuda son olarak belirtilmelidir ki, kefalet sözleşmesine ilişkin TBK md. 589/ f. 3 hükmünün garanti sözleşmesine kıyasen uygulanabileceği belirtilmektedir. Dolayısıyla taraflar aksini kararlaştırmadıkça, ancak sözleşmenin kurulmasından sonra doğacak olan borçlar için garanti verenin teminat yükümlülüğü altına girdiği kabul edilir. Zira söz konusu hükmün konuluş amacı, çoğunlukla bankaların borçluyla kredi sözleşmesi yapmasının şartı olarak mevcut borç için kefil gösterilmesini istemesidir. Buna benzer olarak, garanti sözleşmesi de alacaklı ile lehtar arasında

¹⁴² Garanti verenin sonuç sorumluluğu kapsamında umulmadık olay, mücbir sebep veya kaza sonucu teminat altına alınan risk gerçekleştiğinde dahi garanti alan, zararının karşılanmasını karşı taraftan talep edebilir. Buna ilişkin bkz. Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s. 856; Reisoğlu, Garanti, s. 151. Doktrindeki karşı görüş hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Arık, a.g.e., s. 57.

¹⁴³ Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s. 854; Develioğlu, a.g.e., s. 298.

¹⁴⁴ Develioğlu, a.g.e., s. 305.

¹⁴⁵ Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s.857; Develioğlu, a.g.e., s. 316.

¹⁴⁶ Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., s. 973. Bu durumda 'önce öde, sonra dava et' prensibinin uygulandığına ilişkin bkz. Develioğlu, a.g.e., s. 298. Ayrıca uygulamada garanti sözleşmesinin işlevsel olması bakımından tali niteliğinin söz konusu olmadığı görüşü için bkz. Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s.858; Reisoğlu, Garanti, s. 156. Buna benzer olarak, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1974 tarihli bir kararında kayıtsız şartsız ilk talepte ödeme kayıtlı, süreli garanti sözleşmelerinde garanti alanın ödeme talebini garanti verenin sorumluluğunun sürenin dolmasından sonra da devam ettiği gerekçesiyle geçerli kabul etmiştir. Bu karar metni için bkz. Yarg. HGK., E. 974-T-1585, K. 1974/76, T. 26.01.1974. (Özdemir, a.g.e., s. 253)

¹⁴⁷ Arkan, a.g.m., s. 62; Gümüş, a.g.e., s., s. 462; Yüce, a.g.e., s. 113.

kurulacak bir borç ilişkisinin şartı olarak öngörülebilir. Bu nedenle garanti sözleşmesinde açık bir hüküm olmadığı takdirde söz konusu borcun kapsamının sözleşmeden sonraki borçlarla sınırlı olduğu karinesi söz konusudur.¹⁴⁸

B. Garanti Verenin Asıl Borçluya Rücu Hakkı

Garanti sözleşmesinde garanti verenin kefalet sözleşmesinde olduğu gibi, lehtara karşı kanuni bir rücu hakkı bulunmamaktadır.¹⁴⁹ Garanti verenin üçüncü kişiye karşı rücu hakkından bahsedebilmemiz için üçüncü kişinin, yani lehtarın, garanti alanın zararından dolayı sorumlu tutulabilecek hukuki bir durumda olması gerekir.¹⁵⁰ Üçüncü kişinin garanti alanın uğradığı zarardan sorumlu olması, ancak, garanti veren ile aralarında yapılan bir sözleşmeden doğan sorumluluk veya garanti alana karşı kanuni veya haksız fiilden doğan bir sorumluluk söz konusu olduğu takdirde mümkündür.¹⁵¹ Önemle belirtilmelidir ki, garanti veren açısından TBK md. 127 uyarınca bir halefiyet ilişkisinin varlığı ve alacaklının, inceleme konumuz sözleşme açısından garanti alanın, asıl borçluya karşı ileri sürebileceği hak ve taleplere halef olma imkânı söz konusu değildir.¹⁵²

Garanti verenin asıl borçluya rücu hakkının var olup olmamasına ilişkin çeşitli olasılıkların değerlendirilmesi gerekmektedir. Birinci olasılıkta garanti veren ile asıl borçlu arasında yapılan bir kontrgaranti sözleşmesi,¹⁵³ genellikle kefalet benzeri garantilerde karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda garanti verenin asıl borçluya rücu edebilmesi için yasal bir dayanak aramasına gerek kalmayacaktır. Ayrıca garanti veren ile asıl borçlu arasında, örneğin garanti verme vekâleti¹⁵⁴ veya şirket sözleşmesi gibi bir sözleşme söz konusuysa bu sözleşmelerden doğan rücu hakkı asıl borçluya karşı ileri sürülebilir.¹⁵⁵ Saf garanti sözleşmelerinde ise, temin edilen sonuca yönelik olarak üçüncü kişilerin bir rolü söz konusu olsa da, üçüncü kişiler, garanti alana karşı zararını tazmin etme borcu altında olmayacaktır.¹⁵⁶

¹⁴⁸ Develioğlu, a.g.e., s. 306.

¹⁴⁹ Oğuzman/ Öz., C.II, s. 422; Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s.854; Gümüş, a.g.e., s., s. 462; Reisoğlu, Garanti, s. 162; Barlas, Banka Teminat Mektupları, s. 32; Develioğlu, a.g.e., s. 418; Kahyaoğlu, a.g.e., s. 31.

¹⁵⁰ Tekinalp, a.g.e., s. 529.

¹⁵¹ Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s. 871; Eren, s. 1159; Yenice, a.g.e., s. 111.

¹⁵² Eren, Borçlar Özel, s. 768; Develioğlu, a.g.e., s. 418; Yüce, a.g.e., s. 149.

¹⁵³ Kontrgaranti sözleşmesinin hukuki niteliğinin 6098 sayılı TBK md.502 uyarınca bir vekâlet sözleşmesi olduğu görüşü hakkında bkz. Yüce, a.g.e., s. 149.

¹⁵⁴ Asıl borçlunun (lehtarın) garanti verene yönelik bir garanti sözleşmesi akdetmesine yönelik talimatı varsa bir vekalet sözleşmesinin mevcut olduğuna ilişkin bkz. Tekinalp, a.g.e., s. 531.

¹⁵⁵ Develioğlu, a.g.e., s. 420; Tekinalp, a.g.e., s. 528 vd.

¹⁵⁶ Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s. 872; Yenice, a.g.e., s. 113.

Garanti veren ile asıl borçlu arasında herhangi bir sözleşmesel ilişki olması ihtimalinde doktrinde 6098 sayılı TBK md.61'e, vekâletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre rücu hakkının varlığı tartışılmıştır.¹⁵⁷ Öncelikle belirtmek gerekir ki, TBK md.61 hükmü, garanti sözleşmesi çerçevesinde garanti verenin rücu hakkının hukuki dayanağı olarak kabul edilmemektedir. Zira söz konusu maddenin garanti sözleşmesi kapsamında uygulama alanı bulmasının kabulü halinde birbirinden bağımsız olarak borç altına giren kişiler arasında müteselsil sorumluluk yaratılması, sözleşmenin nisbiligi ilkesine ters düşmektedir.¹⁵⁸

Vekâletsiz iş görme hükümleri ise, TBK md. 526 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Buna göre, vekâletsiz iş görmeden bahsedebilmek için dört şartın varlığı aranır. Bunlar, bir iş görmenin varlığı, işin başkasına ait olması, işin yapılmasının hukuki bir sebebe dayanmaması (vekâletin olmaması) ve başkasının işini görme iradesini varlığıdır.¹⁵⁹ Garanti sözleşmesi uyarınca garanti veren, kendi borcunu ifa ettiğinde aynı zamanda asıl borçlunun (lehtarın) tazminat borcunu da ödemiş olmaktadır. Bir borcun ödenmesinin, hukuki işlem olarak, bir iş görme niteliği taşıdığı açıktır.¹⁶⁰

İkinci olarak işin başkasına ait olması şartı ise, Türk hukuku doktrininde görüş ayrılığına yol açmıştır. Bir görüşe göre,¹⁶¹ garanti verenin asıl borçluya rücu hakkı, söz konusu şartın gerçekleşmemesi nedeniyle TBK md.526 vd. hükümlerine dayanarak ileri sürülemeyecektir. Buna gerekçe olarak, örneğin, teminat mektubunu ödeyen bankanın bir başkasının borcunu değil, kendi borcunu

¹⁵⁷ Doktrinde sebepsiz zenginleşme ve gerçek vekâletsiz iş görmeye dayalı rücu talebini reddeden görüş için bkz. Barlas, Banka Teminat Mektupları, s. 81-82; Yüce, a.g.e., s. 155-156; Reisoğlu, Garanti, s. 163 vd. Vekâletsiz iş görmeye dayalı talebi reddeden görüş için bkz. Tekinalp, a.g.e., s. 530. Bunlara ek olarak, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu 1969 tarihli kararında garanti verenle asıl borçlu arasında bir sözleşme olmadığı takdirde garanti verenin bu sıfatla ödediği bedelin kendisine ödenmesi için asıl borçluya başvuramayacağına karar vermiştir. Kararın tam metni için bkz. Yarg. İBK. E.1969/4, K.1969/6, T. 11.06.1969, www.kazanci.com (29.07.2019). Son olarak garanti verenin asıl borca kefil olana karşı da rücu talebini ileri sürebileceği görüşüne ilişkin bkz. Yenice, a.g.e., s. 119. Ayrıca aynı görüşteki Yargıtay'ın konuyla ilgili bir kararı için bkz. Yarg. HGK, E. 1997/ 19-667, K. 1997/ 905, T. 21.11.1997. (Karar için bkz. Reisoğlu, Teminat Mektupları, s. 366)

¹⁵⁸ TBK md.61 hükmünü rücu hakkının hukuki dayanağı olarak kabul etmeyen görüş için bkz. Develioğlu, a.g.e., s. 421; Yüce, a.g.e., s. 155; Barlas, Banka Teminat Mektupları, s. 82-83; Kahyaoğlu, a.g.e., s. 101-102. Karşı görüş olarak bkz. Oğuzman/ Öz., C.II, s. 423; Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s. 879 vd.; Reisoğlu, Garanti, s. 80.

¹⁵⁹ Gülşah Sinem Aydın, *Kişilik Hakkı İhlalinden Doğan Vekâletsiz İş Görme*, On İki Levha Yayınları, 2017, s. 47-48; Gökçe Özdemir, *Roma ve Türk Hukuklarında Vekâletsiz İş Görme*, Seçkin Yayınları, Ankara 2001, s. 94; Eren, Borçlar Özel, s. 831.

¹⁶⁰ Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s. 875; Yavuz/ Acar/ Özen, a.g.e., s. 1360; Develioğlu, a.g.e., s. 422.

¹⁶¹ Barlas, Banka Teminat Mektupları, s. 82; Tekinalp, a.g.e., s. 529; Reisoğlu, Garanti, s. 165; Kahyaoğlu, a.g.e., s. 101.

ödediği ileri sürülmektedir. Ancak garanti verenin ödeme borcunu ifasıyla birlikte asıl borçlu da alacaklı karşısındaki borcundan kurtulmuş olacaktır. Garanti verenin hem kendisine ait, hem de başkasına ait bir işi görmesi vekâletsiz iş görme açısından bir sorun teşkil etmez.¹⁶² Bu şartın garanti sözleşmesi açısından gerçekleşmeyeceğini savunan görüşe göre, garanti verenin kendi borcunu ifa etmesi, dolaylı olarak asıl borçlu açısından bir iş görme niteliğinde olup, onun malvarlığındaki pasifinin azaltılmasını sağlamaktadır. Bu nedenle kendine ait bir işi gören garanti verenin, TBK md. 530 uyarınca gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dayanarak rücu talebinin varlığı kabul edilmektedir.¹⁶³

Vekâletsiz iş görmeye ilişkin üçüncü şart olan işin yapılmasının herhangi bir hukuki sebebe dayanmaması şartı, garanti sözleşmesi kapsamında yerine gelmiş olacaktır. Vekâletsiz iş görmede iş görenin üçüncü şahsa, bu durumda alacaklıya, karşı sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünün olması, söz konusu şartın varlığını engellemeyecektir. Garanti veren, garanti sözleşmesi uyarınca alacaklıya karşı iş görmeyi taahhüt ettiğinde asıl borçlu ile aralarında sözleşmeden doğan bir yükümlülük yoksa vekâletsiz iş görme hükümleri uygulama alanı bulmalıdır.¹⁶⁴ Son şart olarak iş görme iradesinin varlığı ise, başkasının menfaatine iş görme değil, genel bir iş görme iradesinin bulunması ile gerçekleşmiş sayılır.¹⁶⁵ Garanti sözleşmesinde asli borç ilişkisi geçerli olmasa dahi garanti veren, borcunu ifa etme yükümlülüğü altındadır. Bu nedenle geçerli olmayan bir asli borç ilişkiden doğan borcun ifa edilmemesi sonucu garanti veren, iyiniyetli bir şekilde alacaklıya ödeme yaptığı takdirde bu şartın oluştuğu kabul edilmelidir.¹⁶⁶

Son olarak sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca garanti verenin asıl borçluya rücu etmesi, doktrinde baskın görüş¹⁶⁷ tarafından kabul edilmektedir. Asıl borçlunun zenginleşmesi için garanti sözleşmesinin geçerli bir hukuki sebep olarak kabul edileceği görüşü¹⁶⁸ isabetli değildir. Bu sözleşme garanti verenin malvarlığında bir eksilmeye neden olmaktadır. Sebepsiz zenginleşme kap-

¹⁶² Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s. 875; Develioğlu, a.g.e., s. 422; Eren, Borçlar Özel, s. 832.

¹⁶³ Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s. 877; Oğuzman/ Öz., C.II, s. 423; Yüce, a.g.e., s. 156; Özdemir, a.g.e., s. 98. Karşılaştırmak için bkz. Aydın, a.g.e., s. 48.

¹⁶⁴ Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s. 876; Develioğlu, a.g.e., s. 423.

¹⁶⁵ Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s. 877; Yavuz/ Acar/ Özen, a.g.e., s. 1361; Eren, Borçlar Özel, s. 833.

¹⁶⁶ Ayrıca garanti veren kendi adına hareket ederken, aynı anda başkasının yararına da hareket edebileceğine ilişkin bkz. Develioğlu, a.g.e., s. 424.

¹⁶⁷ Oğuzman/ Öz., C.II, s. 423; Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s. 878; Develioğlu, a.g.e., s. 424; Yenice, a.g.e., s. 116.

¹⁶⁸ Yüce, a.g.e., s. 155; Reisoğlu, Garanti, s. 164; Barlas, Banka Teminat Mektupları, s. 82.

samında aranan geçerli sebebin olmaması şartını zenginleşen asıl borçlu ile fakirleşen garanti veren arasındaki hukuki ilişkide aramak gerekmektedir. Bu noktada örneğin, garanti veren bankanın karşısında kontgaranti veren kişinin acze düştüğü, alacaklının tazminat talebinin bankaya temlik edilmediği ve bankanın yaptığı ödemenin asıl borçlunun tazminat borcuna mahsup edildiği takdirde sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanabilecektir. Sayılan bu durumlarda garanti verenin borcunu ifa etmesiyle birlikte, tazminat ödemekten kurtulan ve menfaat sağlayan asıl borçlunun malvarlığında gerçekleşen zenginleşmenin haklı bir sebebi bulunmamaktadır.¹⁶⁹

SONUÇ

Garanti sözleşmesi, 6098 sayılı TBK’nda düzenlenmiş bir sözleşme türü değildir. Sui generis bir sözleşme tipi olan garanti sözleşmesinin tanımı, doktrinde genel olarak sözleşmesel unsurların belirlenmesi yoluyla yapılmıştır. Doktrinde garanti sözleşmesinin hukuki niteliği açısından tartışma konusu yapılmış önemli bir husus da üçüncü kişinin edimini üstlenme ile ilişkisinin açıklanmasıdır. Bu konuda bizim de katıldığımız baskın görüşe göre, TBK md.128’de düzenlenen bu kurum, garanti sözleşmesinin bir türünü oluşturmaktadır. Teminat amaçlı (kefalet benzeri) garantilerde çoğunlukla asli bir borç ilişkisinde borçlunun edimini gereği gibi ifa edeceği, bunun gerçekleşmemesi ihtimalinde ise, alacaklının uğradığı zararın giderileceğini taahhüt eden kişi, garanti sözleşmesinin bir türü olarak üçüncü kişinin edimini üstlenmiştir.

Uygulamada garanti sözleşmesinin teminat amaçlı (kefalet benzeri) ve saf garanti, banka teminat mektupları ve kontgarantiler şeklinde değişik türleri bulunmaktadır. Teminat mektuplarına ilişkin TBK md.128/ f.2 hükmü garanti veren bankaları koruyucu bir düzenleme içerir. Buna göre, teminat mektubu süresi içinde riziko gerçekleşse dahi, garanti alan bankaya karşı yazılı bir ödeme talebinde bulunmadığı takdirde garanti veren kurumundaki banka, alacaklının zararını gidereceğine ilişkin taahhüdünden kurtulmuş olacaktır.

Garanti sözleşmesinin en önemli hukuki özelliği, kişisel teminat içeren bir sözleşme olmasıdır. Asıl borç ilişkisinde borcun gereği gibi veya hiç ifa edilmemesi halinde gerçekleşecek olan ekonomik risk karşısında alacaklının menfaati garanti veren tarafından teminat altına alınacaktır. Garanti sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen ve geciktirici şarta bağlı bir sözleşmedir. Kural olarak, garanti verenin borcu, tali bir borç niteliğindedir. Ancak uygulamada ticari hayatın hızına ayak uydurmak adına sözleşmede tarafların ‘ilk talepte ödeme’

¹⁶⁹ Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s. 879; Oğuzman/ Öz., C.II, s. 423.

kaydını koyması sonucu, alacaklı, asıl borçluya gitmeden önce garanti verenin edimini ifa etmesini talep edebilir. TBK md.603 uyarınca tüm kişisel teminat sözleşmelerinde kefaletle ilişkin şekil şartları aranacaktır. Dolayısıyla garanti sözleşmesinde yazılı şekil şartına, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır.

Garanti sözleşmesini kefalet sözleşmesinden ayıran temel fark, fer'i- asli borç ayrımıdır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu ve Hukuk Genel Kurulu'nun verdiği kararlar ve doktrinin katkıları sonucu bu ayırım netleşmiştir. Bu konudaki en önemli hususlar, garanti verenin borcu, asıl borç ilişkisi geçersiz olsa bile asli, bağımsız bir borç olması nedeniyle geçerliliğini sürdürmesi ve asıl borçlunun alacaklıya karşı ileri sürebileceği itiraz ve def'ilere sahip olmamasıdır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, garanti sözleşmesinde sebebe bağlı bir borç doğmaktadır. Garanti verenin borcu, bir borç ilişkisinde oluşabilecek olan ekonomik bir riskin doğumuna bağlıdır. İlk talepte ödeme kayıtlı garantilerde ödemede bulunan bankalar, daha sonra söz konusu risk gerçekleşmemişse, bedelin iadesini talep edebilecektir.

Garanti sözleşmesinde ekonomik riskin gerçekleşmesi sonucu garanti verenin bir miktar para ödeme borcu söz konusu olacaktır. Kanaatimizce, bu borcun teknik olarak, tazminat borcu olarak nitelendirilmesi isabetli değildir. Garanti veren, asıl borçlunun borcunu aynen ifa etmekle değil, borcun ifa edilmemesi sonucu uğranılan olumlu zararın giderilmesine yönelik belirli bir bedeli ödemekle yükümlüdür. Garanti verenin tazminat borcu, ancak bu bedeli ödememesi sonucu alacaklının uğradığı ek zararların tazmini noktasında doğacaktır. Garanti verenin borcunun kapsamı, kefalet sözleşmesine benzer şekilde, sözleşmenin yapılmasından sonra doğacak borçları teminat altına alma yükümlülüğü ile sınırlıdır.

Son olarak, doktrinde görüş ayrılıklarına yol açan garanti verenin asıl borçluya rücu hakkının var olup olmadığı konusunda kanımızca, garanti veren ile asıl borçlu arasında sözleşmesel bir ilişki olması durumunda rücu hakkı, bu sözleşme çerçevesinde mevcuttur. Ayrıca unsurlarının tam olarak oluştuğunu düşündüğümüz TBK md.526 vd. kapsamında vekâletsiz iş görme hükümleri ve TBK md.77 vd. kapsamında sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca garanti veren, asıl borçluya karşı rücu talebini ileri sürebilmelidir.

KAYNAKÇA

- Fikret Arık, “Mahkeme Kararları Kroniği, Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi”, *AÜSBFD*, 1955, C. X, No.2, s. 45-75.
- Fahrettin Aral / Hasan Ayrancı, *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 11. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.
- Sabih Arkan, “Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. XVI, S. 4, s. 59-84.
- Gülşah Sinem Aydın, *Kişilik Hakkı İhlalinden Doğan Vekâletsiz İlgörme*, On İki Levha Yayınları, 2017.
- Nami Barlas, *Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması, Makalelerim*, C. I, İstanbul 2008. (Kefalet)
- Nami Barlas, “Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi”, *Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı*, C. II, İstanbul 2002.
- Nami Barlas, *Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları*, İstanbul 1986. (Banka Teminat Mektupları)
- Manuella Bourassin / Vincent Brémond / Maire- Noelle Jobard-Bachellier, *Droit des Sûretés*, 2. Bası, Dalloz, Paris 2010.
- Murat Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, Vedat Yayınları, İstanbul 2009.
- Vahit Doğan, *Banka Teminat Mektupları: Ülke İçi Ticari İlişkiler, Milletlerarası Ticari İlişkiler*, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2011.
- Pierre Engel, *Contrats de Droit Suisse*, Staempfli Editions SA, Bern 2000.
- Fikret Eren, *6098 Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.
- Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, 6. Bası, Yetkin Yayınları, 2018. (Borçlar Özel)
- Feray Fırıncioğulları, *Tüketici İşlemlerinde Şahsi Teminatlar*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2018.
- Gülçin Elçin Grassinger, *Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları*, İstanbul 1996.
- Gülçin Elçin Grassinger, “Yeni Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Kefilin Def'i ve İtirazları ve Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi”, *Cevdet Yavuz'a Armağan*, İstanbul, 2011, s. 123-134.
- Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. I-II, 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014.
- Emin Can Kahyaoğlu, *Banka Garantileri*, İstanbul, Beta Yayınları, 1996.

- Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018.
- Arif Kocaman, “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 4.7.2001 Tarih ve E. 2001/19-534, K. 2001/583 Sayılı Kararı Üzerine Bir Değerlendirme Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Verilen Kişisel (Şahsi) Teminatın Hukuki Niteliği: Garanti mi, Kefalet mi?”, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIX*, Mayıs 2003, s. 67-94.
- Necip Kocayusufpaşaoğlu / Hüseyin Hatemi / Rona Serozan / Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme*, C. I, 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017.
- Dominique Legeais, *Sûretés et Garanties du Crédit*, 7. Bası, L.G.D.J, Paris 2009.
- Philippe Meier, *Du cautionnement, Code des Obligations I Commentaire Romand, Codes des obligations art. 1-529, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait*, Editörler: Luc Thévanoz / Franz Werro, Helbing& Lichtenhahn, Basel 2012, s. 2877- 3047.
- Kemal Oğuzman / Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I-II, 16. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.
- Senai Olgaç, *Kazai ve İلمي İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. II, Genel Hükümler (Madde 61-181)*, Ankara 1976.
- Senai Olgaç, *Kefalet*, Ankara 1978.
- Hugo Oser / Wilhelm Schönerberger, *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi-Eski Kefillik, Yeni Kefillik, Kumar, Bahis, Sağlığınca Gelir, Sağlığınca Bakma Sözleşmesi İsviçre BK 492- 529, Türk BK 483/ 519*, Çeviren: İsmet Sungurbey, Ankara 1964.
- Gökçe Özdemir, *Roma ve Türk Hukuklarında Vekâletsiz İş Görme*, Seçkin Yayınları, Ankara 2001.
- Atalay Özdemir, “Borçlar Yasasının 110. Maddesine Eklenen Yeni Fıkra ve Banka Teminat Mektupları”, *YD*, 1984, s. 252-271, 466-481.
- Burak Özen, *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi*, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.
- Safa Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2012. (Borçlar Genel)
- Seza Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler*, Ankara 2003. (Teminat mektupları)
- Seza Reisoğlu, *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet*, Ankara 1992. (Kefalet)
- Seza Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, Ankara 1963. (Garanti)
- Seza Reisoğlu, “Vadeli Teminat Mektuplarından Ötürü Bankaların Sorumlu Tutulabilecekleri Süre”, *Prof. Dr. Osman Fazıl Berki’ye Armağan*, AÜHF Yayınları, Ankara 1977, s. 751-753.

- Feyza Eren Sayın, “Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri Açısından Uyarlama Sorununa Bir Bakış”, *İÜHFİM*, C. 70, S. 1, 2012, s. 319-356.
- Georges Scyboz, *Le Contrat de Garantie et Le Cautionnement*, Traité des Droit Privé Suisse, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1979.
- Rudolph Stammeler, *Der Garantievertrag*, Archiv für die civilistische Praxis, C. 69, S. 1, Mohr Siebeck, Tuebingen 1886, s. 1- 141.
- Haluk Tandoğan, *Garanti Mukavelesi, Mahiyeti ve Benzeri Hukuki Münasebetlerden Tefriki*, Ankara 1959.
- Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010. (Borçlar Özel)
- Ünal Tekinalp, *Banka Hukukunun Esasları*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.
- Sulhi Tekinay / Sermet Akman / Haluk Burcuoğlu / Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
- Pierre Tercier / Laurent Bieri / Blaise Carron, *Les Contrats Spéciaux*, 5. Bası Schulthess éditions romandes, Zürih 2016.
- Pierre Tercier / Pascal Pichonnaz, *Le Droit des Obligations*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, Schulthess Médias Juridique, Zürih 2012.
- Andreas Von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, C. I-II, Çeviren: Cevat Edege, 2. Baskı, Yargıtay Yayınları, Ankara 1983.
- Cevdet Yavuz / Faruk Acar / Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Beta Yayınları, 10. Bası, İstanbul, 2014.
- Nihat Yavuz, *Öğretide ve Uygulamada Türk Kefalet Hukuku*, Adalet Yayınları, Ankara, 2009.
- A. Özge Yenice, *Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2009.
- Melek Bilgin Yüce, *Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.
- www.admin.ch
- www.droit.org
- www.kazanci.com.tr