

**ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ ÜSTLENMEDE  
ÜSTLENENİN HUKUKİ KONUMU**

**ÖMER CEMRE KOÇ**

**MEF ÜNİVERSİTESİ**

**OCAK 2022**

**MEF ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ ÜSTLENMEDE**  
**ÜSTLENENİN HUKUKİ KONUMU**

**ÖMER CEMRE KOÇ**  
ORCID: 0000 - 0003 – 4766 - 5184

Tez Danışmanı: DOÇ. DR. KADİR BERK KAPANCI

OCAK 2022

## AKADEMİK DÜRÜSTLÜK BEYANI

Bu çalışmada yer alan tüm bilgilerin akademik kurallara ve etik ilkelere uygun olarak toplanıp sunulduğunu, çalışmada söz konusu kurallar ve ilkelerin zorunlu kıldığı çerçevede, özgün olmayan tüm bilgi ve belgelere, alıntılama standartlarına uygun olarak referans verilmiş olduğunu beyan ederim.

Adı Soyadı: Ömer Cemre KOÇ

İmza:

## ÖZET

### ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ ÜSTLENMEDE ÜSTLENENİN HUKUKİ KONUMU

ÖMER CEMRE KOÇ

Özel Hukuk Yüksek Lisans/Doktora Programı  
Tez Danışmanı: Doç. Dr. Kadir Berk KAPANCI

Ocak 2022, 188 sayfa

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme (TBK m. 128) yapısını konu edinen tezimiz temelde, üstlenenin borçları ve ödeme talebi karşısındaki savunmalarını konu edinmektedir. Öncelikle, kurumun, genel yapısı tanıtılarak, tarihsel gelişimine ilişkin açıklamalar getirilmektedir. Akabinde ise üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin hukuki niteliği öğretisi ve yargı kararlarında yer alan tartışmalar dikkate alınarak ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu noktada, özellikle, garanti sözleşmeleri ile olan ilişkisi üzerinde de özel olarak durulmaktadır. Genel yapısı ve hukuki niteliği ortaya konulduktan sonra üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin özellikleri ve geçerlilik şartları detaylı olarak izah edilecektir. Burada ise kurumun, TBK m. 603 ile olan ilişkisi de ayrıca açıklanmaya muhtaçtır. TBK m. 603 yapının şekil ve geçerlilik şartları noktasında büyük önem arz etmektedir. Genel kabul ise TBK m. 603 düzenlemesinin yollamasıyla TBK m. 583 ve 584'te yer alan kefaletin şekline ve ehliyeteye ilişkin düzenlemelerin, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi bakımından da uygulanması yönündedir. İlgili düzenleme iki kurumu birbirine yaklaştırdığı için her iki kurumun ayrımının tespit edilmesi de uygulama bakımından oldukça önemlidir. Bu noktada ise kefaletin ferisi, üstlenme sözleşmesinin ise bağımsızlık özelliği bize yardımcı olacak olup; iki kurumun ayrımı bakımından teminatın işbu özelliğinin tespit edilmesi gerekecektir. Bunun yanı sıra, üçüncü kişinin fiilini üstlenme ile benzerlik arz eden diğer yapılar ile olan ilişkisi de incelenerek farklı yönleri ortaya konulacaktır. Böylece, düzenlemenin uygulama alanı ve kendisine özgü, diğer kurumlardan ayrılan yönleri de daha rahat tespit edilebilecektir. Yine, garanti sözleşmesi ile birlikte üçüncü kişinin fiilini üstlenmesi sözleşmesi ile adı sıklıkla anılan banka teminat mektupları ile olan ilişkisi de değerlendirmeye alınacaktır.

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme yapısını ete kemiğe büründürdükten sonra ise üstlenenin borcu üzerinde durulacaktır. Özellikle, üstlenenin borcunun doğumunun ve muaccel hale geldiği anın tespiti ile üstlenenin borcunun kapsamı belirlenmelidir. Üstlenen, üçüncü kişiye ait bir riski üzerine almaktadır. Diğer bir ifade ile risk neticesinde ortaya çıkacak olan zarar miktarından sorumlu olmaktadır. Bu bakımdan, risk, meydana geldiği takdirde üstlenenin, alacaklının hangi zararlarından, ne oranda sorumlu olacağıın tespit edilmesi gerekecektir. Üstlenen, kendisinden talepte bulunulduğu takdirde, kayıtsız şartsız bir ödeme borcu altına girmemektedir. O da her borçlu gibi gerek genel hükümler çerçevesinde sözleşmenin geçersizliğine, gerek üstlenme sözleşmesi kapsamında sahip olduğu defii ve itirazları gerekse de risk meydana gelmediği takdirde riskin meydana gelmediğini öne sürerek ödemedden kaçınabilecektir. Bunun sonucu olarak, alacaklı tarafından ödeme talebinde bulunulduğu takdirde üstlenenin, ödemedden kaçınabileceği haller de arz edilecektir.

Üstlenenin, ödemedden kaçınmasını gerektiren bir halin var olmaması halinde ödeme yapması gerekecektir. Bu noktada, üstlenenin, lehine teminat sağladığı (*riskini üzerine aldığı*) kişiye hangi hal ve şartlarda başvurabileceğine de tezin son bölümünde değinilmiştir. Son olarak ifade edilecektir ki, Avrupa Sözleşmeler hukukunun (*Principles of European Contract Law*) yeknesaklaşması konusunda ortaya konulan teminat hukuku özelindeki prensipler de ilgili yerlerde dipnot olarak çalışmamıza eklenmiştir.

**Anahtar Kelimeler** : Üçüncü kişinin fiilini üstlenme; üçüncü kişinin fiilini taahhüt; garanti sözleşmesi; banka teminat mektupları; kefalet sözleşmesi; kişisel teminat; karşı teminat (*kontrgaranti*).

**Bilim Dalı Sayısal Kodu** : 51001

## **ABSTRACT**

### **THE LEGAL POSITION OF THE PROMISER IN THE COMMITMENT OF THE THIRD PARTIES ACT**

**ÖMER CEMRE KOÇ**

LL.M. in Private Law

Thesis Advisor: Associate Professor Kadir Berk KAPANCI

January 2022, 188 Pages

The topic of this thesis called The Legal Position of the Promiser in the Commitment of the Third Parties Act essentially consist of promiser's debts and defenses. First of all, the general structure of institution is introduced and explanations about its historical background are given. Then, legal nature of commitment of third parties' acts are presented in order to doctrine and judicial decisions. At this point, its relationship with guarantee contracts is also specially emphasized. After presented general structure and legal nature, the characteristics and validity terms of the institution will be explained in detail. In this respect, TCO 603 has vital role, and it has of great importance in terms of the shape and validity requirements of the structure. The general acceptance is that the arrangements regarding the validity conditions and ability of the suretyship agreement in TCO 583 and 584 should also be applied in terms of the contract to undertake the act of the third party with the sending of the regulation TCO 603. Since the relevant regulation brings the two institutions closer together, it is also very important to determine the distinction between the two institutions in terms of practice. The main differences between them are that whether it is primary or ancillary guarantee. According to them, suretyship is ancillary and commitment of third parties act is the primary guarantee. In addition to this, its relationship with other structures that are like assuming commitment of the third parties act will be examined and its different aspects will be revealed. Thus, the application area of the regulation and its specific aspects that differ from other institutions can be determined more easily. Also, guarantee agreement and bank letters of guarantee, which is be mentioned with commitment of third parties act, will be evaluated.

After embodying the structure of the commitment of third parties act, the debt of the promiser will be emphasized. In particular, the scope of the promisor's debt should be determined with the determination of the birth of the debt and the moment when it becomes due. The promiser undertakes a third parties' risk. In other words, it is responsible for the amount of damage that will take place because of the risk. In this respect, it will be necessary to determine which damages the promiser will be liable for and to what extent, if the risk occurs. Also, the promiser's debts do not an unconditional debts obligation if requested from creditor. Like every debtor, promisor will be able to avoid payment by contractual invalidity within the framework of general provisions, invalidity of the scope of commitment of third parties act and also if the risk does not occur, he can on the basis this. As a result of this, if the creditor demand payment, there will be some defenses in which the promisers can avoid payment.

The promiser will have to be fulfill his debt if there is no condition that requires promiser to avoid payment. At this point, it is also mentioned in the last part of the thesis under which conditions and conditions the promiser can recourse to the third person for whom promisor provides collateral (*for which she takes the risk*). Finally, it will be stated that the principles specific to the law of personal security (guarantee), which were set forth on the uniformization of the Principles of European Contract Law, have also been added to our work as footnotes in the relevant places.

**Keywords** : Commitment of third parties act; guarantee contract; bank letters of guarantee; suretyship; personal guarantee; personal security; counter guarantee.

**Numeric Code of Fields** : 51001

## İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	İ
ABSTRACT.....	İİİ
İÇİNDEKİLER .....	V
KISALTMALAR .....	Vİİİ
GİRİŞ .....	1

### BİRİNCİ BÖLÜM ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ ÜSTLENME KURUMUNA GENEL BAKIŞ, HUKUKİ NİTELİĞİ, ÖZELLİKLER VE GEÇERLİLİK ŞARTLARI

I. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ ÜSTLENME KURUMUNA GENEL BAKIŞ .....	3
A. KAVRAMSAL ÇERÇEVE .....	3
B. TARİHİ ARKA PLANI .....	6
II. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ ÜSTLENMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	12
A. GENEL BAKIŞ.....	12
1. Garanti Sözleşmesi Görüşü .....	14
2. Kefalet Benzeri Garanti Sözleşmesi Görüşü.....	15
3. Genel Hüküm Görüşü .....	17
B. GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ .....	21
III. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ ÜSTLENMENİN ÖZELLİKLERİ VE GEÇERLİLİK ŞARTLARI.....	32
A. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ ÜSTLENMENİN ÖZELLİKLERİ.....	32
1. Üçüncü Kişiye Ait Bir Riskin Üstlenilmesi.....	33
a. Risk Kavramı .....	33
i. Genel Bakış .....	33
iii. Mücbir Sebep veya Beklenmeyen Hallerin Meydana Gelmesi Halinde Sorumluluk.....	40
iv. Risk Bir Tür ‘Koşul’ Olarak Değerlendirilebilir mi?.....	41
b. Riskin Üçüncü Kişiden (Asıl Borçludan) Kaynaklı Olarak Meydana Gelmesi .....	44
c. Riskin Üçüncü Kişinin Fiilinden Kaynaklanması.....	47
2. Tek Tarafa Borç Yükleyen (İvazsız) Bir Sözleşme Olması.....	51
3. Bağımsız Olması .....	53
4. İkincil (Tali) Özellik Taşınması .....	53
B. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ ÜSTLENME SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK ŞARTLARI .....	54
1. Genel Bakış .....	54
2. Üstlenenin Ehliyeti.....	56
3. Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme Sözleşmesinin TBK m. 27 Çerçevesinde Geçerliliği.....	60

a. Kanunun Emredici Hükümlerine, Ahlaka, Kamu Düzenine veya Kişilik Haklarına Aykırı Olması Hali .....	60
b. Sözleşmenin Konusunun İmkânsız Olması.....	62
4. Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme Sözleşmesinin Şekli .....	64

## İKİNCİ BÖLÜM

### ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ ÜSTLENMENİN YAKIN İLİŞKİDE OLDUĞU KURUMLAR VE BENZER KURUMLARDAN FARKI

I. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ ÜSTLENMENİN YAKIN İLİŞKİDE OLDUĞU YAPILAR .....	69
A. BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI .....	69
B. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ ÜSTLENME SÖZLEŞMESİ BAĞLAMINDA ÖNEMLİ BİR KOMŞU KAVRAM: GARANTİ SÖZLEŞMELERİ.....	72
II. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ ÜSTLENME SÖZLEŞMESİNİN BENZER KURUMLARDAN FARKI .....	75
A. KEFALET SÖZLEŞMESİ İLE FARKI .....	75
1. Genel Bakış .....	75
2. Sözleşmenin TBK m. 19 Çerçevesinde Yorumlanması.....	79
3. Her İki Sözleşmenin Ayrımı Bakımından Yararlanabilecek Ölçütler .....	81
a. Teminatın Asli veya Ferî Olması .....	81
b. Sözleşmede Yer Alan Kayıtlardan Yola Çıkararak.....	85
c. Menfaat İlişkisi.....	86
d. Kişiyeye Yönelik İlgisi.....	87
e. Üstlenilen Borcun Kapsamı .....	88
f. Şüphe Halinde Kefalet Karinesi.....	89
B. BORCA KATILMA İLE FARKI .....	90
1. Borca Katılma Kurumu ve Temel Özellikleri.....	90
2. Her İki Sözleşmenin Ayrımı Noktasında Yararlanabilecek Ölçütler.....	94
C. BORCUN ÜSTLENİLMESİ İLE FARKI.....	98
D. CEZA KOŞULU İLE FARKI .....	99
E. AVAL İLE FARKI.....	101

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ ÜSTLENMEDE ÜSTLENENİN HUKUKİ KONUMU

I. ÜSTLENENİN BORCUNUN DOĞUMU VE MUACCEL HALE GELMESİ, BORCUNUN KAPSAMI .....	103
A. BORCUN MUACCEL HALE GELMESİ.....	103
B. BORÇ MUACCEL OLMADAN ÖNCE TARAFLARIN DURUMU .....	107
C. ÜSTLENENİN ZARARI KARŞILAMA BORCU .....	111
1. Genel Olarak .....	111

2. Zararı Karşılama Borcunun Kapsamı .....	113
3. Zararı Karşılama Borcunun Türü .....	117
4. Zararı Karşılama Borcunun Miktarının Belirlenmesi .....	118
a. Alacaklının Zararının Hesaplanması Yoluyla .....	118
b. Götürü Sorumluluk Miktarı Kararlaştırılmak Suretiyle .....	120
II. ÜSTLENENİN SAHİP OLDUĞU SAVUNMA İMKANLARI .....	122
A. TEMEL BORÇ İLİŞKİSİNDE MEYDANA GELEN DURUMLARIN ÜSTLENENİN BORCUNA ETKİSİ .....	122
1. Genel Bakış .....	122
2. Temel Borç İlişkisinde Özellik Arz Eden İki Durum: Alacağın Devri ve Borcun Üstlenilmesi .....	126
B. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ ÜSTLENME SÖZLEŞMESİNDEN KAYNAKLANAN SAVUNMA İMKANLARI .....	129
1. Genel Bakış .....	129
2. Ödeme Talebine İlişkin Savunmalar .....	130
3. Alacaklının Haksız Ödeme Talebinde Bulunması Halinde .....	131
4. Mücbir Sebep ve Beklenmeyen Hale İlişkin Savunmalar .....	135
5. Süreye İlişkin Savunmalar .....	137
a. Belirli Süreli Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme Sözleşmeleri .....	137
b. Belirsiz Süreli Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme Sözleşmeleri .....	139
6. Üstlenenin Zararı Karşılama Borcunun İndirilmesi ya da Uyarlanması ..	141
7. Üstlenenin Borcunun Diğer Teminatlar Karşısındaki Durumu .....	145
8. Üstlenenin Takas Hakkını İleri Sürmesi .....	148
III. ÜSTLENENİN ÜÇÜNCÜ KİŞİYE (ASIL BORÇLUYA) RÜCU İMKÂNI 150	
A. GENEL BAKIŞ .....	150
B. KARŞI TEMİNAT İLİŞKİLERİ KAPSAMINDA RÜCU .....	152
1. Karşı Teminatın Üçüncü Kişi (Lehtar, Asıl Borçlu) Tarafından Sağlanması 153	
2. Karşı Teminatın Üçüncü Kişi (Asıl Borçlu) Dışındaki Bir Başka Kişi Tarafından Sağlanması .....	155
C. KARŞI TEMİNAT İLİŞKİSİNİN BULUNMADIĞI HALLER BAKIMINDAN .....	156
1. Genel Bakış .....	156
2. Vekaletsiz İş Görmeye Dayalı Rücu Talebi .....	157
3. Sebepsiz Zenginleşmeye Dayalı Rücu Talebi .....	159
4. TBK m. 62/2 Kapsamında Mütessesil Sorumluluk Hükümlerince Rücu Talebi .....	161
SONUÇ .....	164
KAYNAKÇA .....	168

## KISALTMALAR

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	: Bankacılık ve Ticaret Hukuku Dergisi
BATİHAE	: Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
bkz.	: Bakınız
BTM	: Banka Teminat Mektubu
C.	: Cilt
dp.	: Dipnot
E.	: Esas
FMK	: Fransız Medeni Kanunu
GSÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
HFSA	: Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İKÜHFD	: İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	: Karar
m.	: Madde
PEL Pers. Sec.	: Principle of European Law Personal Security
s.	: Sayfa
Sa.	: Sayı
T.	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
ÜFT	: Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt
vd.	: Ve devamı
Yarg.	: Yargıtay
YD	: Yargıtay Dergisi
YİBGK	: Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurul Kararı
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

## GİRİŞ

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme, TBK m. 128’de iki fıkra halinde düzenleme alanı bulmuştur. Üçüncü kişinin fiilini üstlenen, üstlenmeye konu fiilin üçüncü kişi tarafından yerine getirilmemesi halinde, alacaklının uğrayacağı zararı karşılayacağını taahhüt etmektedir. Diğer bir ifade ile üçüncü kişinin fiilini üstlenen, yalın olarak üçüncü kişiye ait bir riski üzerine almakta ve buna bağlı olarak da zararı karşılama borcu altına girmektedir. Üçüncü kişinin fiilini üstlenen, çoğu zaman, üçüncü kişi ile alacaklı arasında yer alan ve temel ilişki olarak adlandırılan yapıdaki, üçüncü kişinin borcunun gereği gibi yerine getirileceğini taahhüt etmektedir. Böylece, alacaklı, riskin meydana gelmesi durumunda, temel borç ilişkisinde borçlu konumunda yer alan üçüncü kişi ile birlikte üstlenene karşı da başvuru hakkına sahip olacaktır. Bu sayede, alacaklının, alacağına kavuşması da nispeten daha hızlı ve kolay hale gelmiş olur. Alacaklının karşısında, borçlunun yanında ikinci bir başvurulacak malvarlığının olması ve üstlenenin, üçüncü kişiye ait riski üzerine alması, kurumun kişisel teminat sözleşmeleri çatısı altında değerlendirilmesine yol açmaktadır. Ayrıca, temel borç ilişkisine hiçbir atfın yer almadığı üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmelerine vücut verilmesi de mümkündür.

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme, kişisel teminat sözleşmesine vücut vermesi ve kanunda detaylı olarak düzenleme alanı bulan kefalete nazaran da bağımsızlık özelliğini ihtiva etmesi nedeniyle uygulamada son yıllarda sıklıkla tercih edilen bir yapı olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak, yine uygulamada, çoğu zaman, gerekli özenin gösterilmemiş olmasından kaynaklı olarak üçüncü kişinin fiilini üstlenme ya da garanti başlığı altında düzenlenen sözleşmelerin kefalet olarak yorumlanmasına neden olmaktadır. Bunun belki de en başlıca nedeni, TBK’da kurumun özelliklerinin detaylı olarak düzenlenmemiş olmasının yanı sıra kuruma ilişkin kavramların da uygulamada yerleşmemiş olmasındandır. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmeleri uygulamada, kefalete özgü kavramlarla meydana getirilmeye çalışılmaktadır. Bu nedenle, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin, daha belirgin, kendine özgü kalıplar üzerine oturtulması gerekmektedir.

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmeleri bakımından uygulamada ortaya çıkan sorulara tatmin edici cevapları, TBK m. 128 bünyesinde bulmak ise oldukça zordur. Bu nedenle, TBK m. 128 düzenlemesi öğreti ve yargı kararları ile yoğrulmuş, zamanla evrilmiş ve evrimi sırasında da hukuki niteliği ile ilgili olarak farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Çalışmamızda, öncelikle, üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin kavramsal çerçevesi ve tarihsel gelişimine odaklanılacaktır. Ardından, tarihsel gelişimi de göz ardı edilmeden hukuki niteliği ile ilgili görüşler açıklanarak, özgün görüşümüz ortaya konulmaya çalışılacaktır. Akabinde ise yapının temel unsurlarına, özelliklerine ve geçerlilik şartlarına değinerek, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi daha somut olarak ortaya konulacaktır. Burada, özellikle, önceki Borçlar Kanunu döneminde muadili mevcut olmayan, TBK m. 603 hükmü ile üçüncü kişinin fiilini üstlenme düzenlemesinin ilişkisi de açıklığa kavuşturulmaya çalışılacaktır. Ayrıca, gerek TBK m. 128 çatısı altında değerlendirilebilecek kurumları gerekse de TBK m. 128 çatısı altında yer almasa da benzer özellik gösteren kurumlarla farkını da ortaya koyarak, üçüncü kişinin fiilini üstlenme kavramının kendine özgü ve benzer kurumlardan ayrılan yönlerini inceleyeceğiz.

Üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin genel yapısı tanıtıldıktan sonra, son olarak üstlenenin bu yapıdaki konumu ve ödeme talebi karşısında yapabileceği savunmaları inceleyeceğiz. Kurumun temelini, üçüncü kişinin fiili oluştursa da, en karmaşık ve açıklığa kavuşturulması gereken ise üstlenenin hukuki konumudur. Özellikle, kendisine yapılan ödeme talebi karşısında üstlenenin davranışları ve yapabileceği savunmalar önem arz etmektedir. Yine, üstlenenin ödeme yapmış olması halinde, hangi hal ve şartlarda, hangi hukuki nedenlerle, lehine üstlenmede (taahhütte) bulunduğu üçüncü kişiye (asıl borçluya) başvurabileceği üzerinde durulacaktır.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ ÜSTLENME KURUMUNA GENEL BAKIŞ, HUKUKİ NİTELİĞİ, ÖZELLİKLER VE GEÇERLİLİK ŞARTLARI

#### I. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ ÜSTLENME KURUMUNA GENEL BAKIŞ

##### A. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme TBK m. 128’de tek madde olarak düzenlenmiştir. 810 sayılı önceki Borçlar Kanunu döneminde ilgili düzenleme ‘Başkasının Fiilini Taahhüt’ başlığı ile 110. maddede düzenleme alanı bulmaktaydı. Ancak 6098 sayılı TBK’da madde başlığı ‘Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme’ olarak değiştirilmiştir. Bunun dışında maddenin içeriğinde yapısal bir farklılık meydana getirilmemiştir. Kurumu daha iyi karşılayan terim ise bizce ‘Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt’ terimidir. ‘Üstlenme’ terimi kullanım olarak sanki üçüncü kişiye ait bir fiilin aynen üstlenildiği izlenimini yaratmaktadır<sup>1</sup>. Bu noktada, yine TBK m. 195 vd. yer alan ‘Borcun Üstlenilmesi’ kurumuyla karıştırılmaya ve ilgili kurumun çatısı altında değerlendirilmeye de müsaittir. TBK m. 128’de, üçüncü kişiye ait bir fiilin, yine üçüncü kişi tarafından gereği gibi yerine getirileceği taahhüt edilmektedir. Bu nedenle de yine madde hükmünde de görüleceği üzere, üstlenen, üstlenmeye (taahhüde) konu fiilin gereği gibi ifa edilmemesi halinde, üçüncü kişinin borcunu yerine getirmeyi değil, fiilin yerine hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden kaynaklı olarak alacaklının uğradığı zararı karşılama borcu altına girmektedir<sup>2</sup>. Bu bakımdan, ‘Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt’ terimi bize göre bu yapıyı daha iyi karşılamaktadır<sup>3</sup>. Ancak,

---

<sup>1</sup> Üstlenme TDK tarafından da “Üstüne almak, yüklenmek, deruhte etmek” olarak tanımlanmıştır. Benzer yönde eleştiriler için bkz. Sevgi Kayak, *6098 Sayılı Kanun’un Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt ve Kefalet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi*, **BATİDER**, C.31, Sa.4, Aralık 2015, s. 20 – 21. Kılıçoğlu da ‘taahhüt’ ifadesinin ‘üstlenme’ye kıyasla, yapıyı daha iyi ifade ettiğini ifade etmiştir. Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2019, s. 712.

<sup>2</sup> Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 1153; Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku, Cilt 1, Genel Hükümler**, 6. Bası, İstanbul, Sermet Matbaası, 1976, s. 977.

<sup>3</sup> Benzer kullanım için bkz. Melek Bilgin Yüce, **Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 2; Sevgi Kayak, **Hukuki Gelişimi Açısından Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 1; Oğuzman/Öz ise eserinde ‘Üçüncü Kişinin Edimini Taahhüt’ ifadesinin kurumu daha iyi ifade ettiğini belirtmektedir.

biz yine de bu noktada, kanun koyucunun tercihine sadık kalarak, '*Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme*' tabirini kullanmayı tercih etmekteyiz.

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmeleri yapısı içerisinde üç farklı kişi yer almaktadır. Bu üç kişinin, üçü birden aynı sözleşmeye taraf değildirler. Üçüncü kişinin fiilinin üstlenme sözleşmesinin taraflarını, üstlenen ile taahhüt alan (alacaklı) oluşturmaktadır<sup>4</sup>. Üçüncü kişi (fiili üstlenilen) ise sözleşmenin dışında yer almakta ancak, onun fiili, üstlenme sözleşmenin konusunu oluşturmaktadır. Öğreti ve uygulamada, bu tür yapılarda, üçüncü kişi, lehtar; alacaklı ise muhatap olarak adlandırılmaktadır. Özellikle, TBK m. 128 başlığı altında değerlendirilen banka teminat mektuplarında '*lehtar*' ve '*muhatap*' kavramlarına sıklıkla rastlanmaktadır<sup>5</sup>. Bu yapıda, üçüncü kişinin fiilini üstlenen ise banka olarak karşımıza çıkmaktadır. Konumuz özelinde ise '*üstlenen*', '*alacaklı*' ve '*üçüncü kişi*' kullanımına yer verilecektir<sup>6</sup>. Bunun yanı sıra, cümle yapılarını zaman zaman daha karmaşık hale getirmemek adına, '*üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi*' yerine '*üstlenme sözleşmesi*' tabirine de yer verilecektir. Üstlenen, üstlenme sözleşmesi ifadeleri çok geniş bir tabir olarak karşımıza çıksa da biz konumuz özelinde TBK m. 128 kapsamında meydana getirilen ilişkiler çerçevesinde bu kullanımlara yer vereceğiz. Üstlenenin karşısında yer alan taahhüt alan ise temel borç ilişkisi kapsamında alacaklı olarak anıldığı gibi aynı zamanda üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi noktasında da üstlenenin karşısında alacaklı konumunda bulunduğundan, konumuz özelinde de yalın bir şekilde alacaklı olarak anılacaktır.

TBK m. 128, üstlenene bir zararı karşılama borcu yüklemektedir. Diğer bir ifade ile üstlenen, lehine taahhüt verdiği üçüncü kişinin, üstlenme sözleşmesine konu fiilini hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi halinde, alacaklının, bu nedenle uğramış olduğu zararını karşılama borcu altına girmektedir. Bu bakımdan, TBK'da

---

Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt II, 14. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 415. Benzer kullanım için bkz. Turan Şahin, **Üçüncü Kişinin Edimini Taahhüt**, Kırıkkale, Yetkin Yayınları, 2006, s. 20.

<sup>4</sup> Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 713.

<sup>5</sup> Ünal Tekinalp, **Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları**, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 513; Nami Barlas, **Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları**, İstanbul, Kazancı, 1986, s. 51; Şener Akyol, **Banka Sözleşmeleri**, İstanbul, 2001, s. 161; Emin Cem Kahyaoğlu, **Banka Garantileri**, İstanbul, Beta, 1996, s. 23.

<sup>6</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 416; Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 3; Hakan Çebi, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 113.

düzenlememiş olan ancak uygulamada sıklıkla karşılaşılan ‘Garanti Sözleşmeleri’ni<sup>7</sup> çağrıştırmaktadır. Aşağıda da inceleyeceğimiz üzere, öğretide de TBK m. 128’de yer alan düzenlemeyi ‘Garanti Sözleşmesi’ veya onun bir türü olarak yorumlayan yazarlar da yer almaktadır. Yine, meydana getirdiği yapı kefalet sözleşmelerine de büyük benzerlik göstermektedir.

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme, ileride gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen ve üstlenme sözleşmesinin taraflarınca gerçekleşmesi istenmeyen bir durumu, konumuz özelinde riski bünyesinde barındırmaktadır. Risk unsuru da garanti ve kefalet gibi kişisel teminat sözleşmelerinin en kilit unsurudur<sup>8</sup>. Bu nedenlerle, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi kişisel bir teminat sözleşmesi<sup>9</sup> olarak ya da en azından kişisel bir teminat sözleşmesine vücut verecek yapıları içinde barındıran bir kurum olarak değerlendirilmektedir. Uygulamada da karşımıza çıkacak muhtemel

---

<sup>7</sup> Burada kastedilen, bağımsız bir sözleşme tipi olan garanti sözleşmeleridir. Garanti sözleşmesiyle ilgili açıklamalarımız için bkz. aşağıda İkinci Bölüm, I, B. Bunun dışında, garanti kavramı bir çatı terim olarak bütün teminat sözleşmelerini kapsayacak şekilde kullanıldığı gibi, farklı sözleşmesel yapılar içinde de bağımsız garanti taahhüdü şeklinde yer almaktadır. Konuyla ilgili olarak bkz. Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt II, 5. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 686 vd.; Hüseyin Murat Develioğlu, **Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 9 - 10; Kadir Berk Kapancı, **Satım Hukukunda Ayrıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri**, İstanbul, Onikilevha, 2009, s. 94 vd. Yine konuyla ilgili olarak ve ayrıca konumuz dışından kalan bağımsız olmayan ‘garanti’ taahhütleri için bkz. Kadir Berk Kapancı, *Satıcının Satış Konusuyla İlgili Olarak Verdiği (Saf) Garanti Taahhütleri*, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 6, Sa.2, 2015, s. 319 – 363.

<sup>8</sup> Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 684; Burak Özen, **Kefalet Sözleşmesi**, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 1.

<sup>9</sup> Kişisel teminat sözleşmeleri, alacaklıya borçlu dışında yer alan üçüncü kişilerin malvarlığına başvuru hakkı sağlamaktadır. Kişisel teminat sözleşmeleri kefalet gibi ferî bir teminat olarak karşımıza çıkabileceği gibi; garanti sözleşmesi gibi bağımsız bir teminat olarak da karşımıza çıkabilir. Bunların yanı sıra, borca katılan ve aval verenler de kişisel bir teminat sağlamaktadır. Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 13 vd.; Özen, **Kefalet**, s. 6; Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 689; Serkan Ayan, **Kefalet Sözleşmesi**, Ankara, Adalet, 2018, s. 12 - 13; Erden Kuntalp, *Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk*, **Reha Poroy’a Armağan**, İstanbul 1995, s. 287 vd.

Borçluya ya da üçüncü kişiye ait bir malvarlığı unsuru da teminat olarak gösterilebilir. Bu durumda, ilgili malvarlığı unsuru, temel borç ilişkisine özgülenir. Riskin meydana gelmesiyle, alacağını elde edemeyen alacaklı, kendisine teminat olarak verilen malvarlığı unsuruna başvurabilecektir. Bu durumda, taşınır, taşınmaz rehini, inançlı temlik gibi bir aynı (*nesnel*) teminat söz konusudur. Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 12; Özen, **Kefalet**, s. 2 vd.; Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 688; Kuntalp, **Teminat**, s. 280 vd.

Kişisel teminat sağlayanlar, asıl borçlunun ödemedi bulunmaması halinde bütün malvarlıklarıyla teminat alana (temel borç ilişkisindeki alacaklıya) karşı sorumlu olurlar. Aynı (nesnel) teminatlarda ise sorumluluk teminat olarak özgülenen malvarlığı ile sınırlıdır. (Kuntalp, **Teminat**, s. 289 vd.) Kuntalp, ayrıca aynı (nesnel) teminatların alacaklı açısından daha avantajlı olduğunu; kişisel teminatlarda, teminat verenin malvarlığında meydana gelen azalmalar ya da malvarlığının teminata yeter seviyede olmamasından kaynaklanan risklerin alacaklı üzerinde olduğuna değinmiştir. Kuntalp, **Teminat**, s. 295 vd. Burada ifade etmek gerekirse, ilk talepte kayıtsız şartsız ödeme kaydını içeren banka garantileri, alacaklı açısından hem daha masrafsız hem de alacağına kavuşma süresi bakımından daha hızlı bir teminat türüdür.

yapıların büyük bir çoğunluğu kişisel teminat sözleşmelerine vücut vermektedir. Maddenin ikinci fıkrasında ise üstlenme sözleşmesi ile alacaklının belli bir süre içerisinde üstlenene başvurmasını öngören hükümlerin geçerliliğine vurgu yapılmıştır. Ancak, üçüncü kişinin fiilini üstlenme kurumu ile ilgili yapılan değerlendirmeler ve tartışmalar ilk fıkra üzerine yoğunlaşmaktadır. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme düzenlemesinin iskeleti ilk fıkra da ortaya konulmaktadır. Aşağıda da detaylı olarak görüleceği üzere, iki fıkradan meydana gelen TBK m. 128 hükmü öğretide farklı nedenlerle çokça ilgi görmekte ve yine, öğretide, Kanun'da kapladığı alandan da daha fazla yer kaplamaktadır.

Son olarak, üçüncü kişinin fiilini üstlenme, temel borç ilişkisine ilişkin sözleşme metninin içinde veya bağımsız bir sözleşme metni düzenlenmek suretiyle akdedilebilecektir. Temel borç ilişkisinin veya başkaca bir sözleşme yapısının içerisinde yer alması, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin içinde yer aldığı sözleşme ilişkisi kapsamında değerlendirilmesine yol açmayacaktır. Yine, bağımsız bir sözleşme olarak kendi içerisinde, kendi hükümlerine göre değerlendirilecektir.

## **B. TARİHİ ARKA PLANI**

TBK m. 128'de düzenleme alanı bulan üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin hukuki niteliği ve kanunda düzenlendiği yer bakımından önceki Borçlar Kanunu döneminden beri birçok tartışma yer almaktadır. Bu bakımdan, öğretide bir kısım yazar düzenlemenin tarihsel gelişimine ve farklı hukuk sistemlerindeki yerinin incelenmesi suretiyle, maddenin hukuki niteliği ve düzenleme amacı hakkında açıklamalar getirmişlerdir<sup>10</sup>. Özellikle Roma Hukuku ve Roma Hukuku metinleri neticesinde şekillenen FMK düzenlemesi ve ayrıca İsviçre Borçlar Kanunu çerçevesinde üçüncü kişinin fiilini üstlenme düzenlemesini değerlendirmişlerdir. Bugün, Türk öğretisinde de özellikle üçüncü kişinin fiilini üstlenme düzenlemesinin hukuki niteliği üzerinde duracağımız başlık altında da değineceğimiz üzere<sup>11</sup>, bir kısım

---

<sup>10</sup> Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 23 – 40 ve s. 71 – 141; Göktürk Uyan, *Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt (BK md. 110/TBK md. 128) Müessesinin Tarihsel Arka Planı ve Roma Hukukundaki Yeri*, **Belgin Erdoğan'a Armağan**, s. 271 vd.; Sevgi Kayak, *Türk – İsviçre Borçlar Hukuku'nun Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Düzenlemesi Üzerinde Tabii Hukuk Akımının Etkisi*, **HFS**, 24. Kitap, s. 111.

<sup>11</sup> İlgili kısım için bkz. Birinci Bölüm, II, A, 3.

yazar bu tarihsel gelişimi de nazara alarak üçüncü kişinin fiilini üstlenme düzenlemesinin hukuki niteliği bakımından birtakım değerlendirmelerde bulunmuşlardır<sup>12</sup>.

TBK m. 128 çerçevesinde ortaya çıkan tartışmaların temelini çoğu hukuk kurumunda da olduğu üzere Roma Hukuku oluşturmaktadır<sup>13</sup>. Roma hukukunun katı şekilcilik anlayışı<sup>14</sup> nedeni ile bir kişinin, üçüncü kişinin fiilini üstlenmek (taahhüt etmek) suretiyle borç altına girilmesi kural olarak mümkün değildir<sup>15</sup>. Böyle bir taahhüt, üstlenen bakımından bir borç doğurmayacaktır. Roma hukuku döneminde, kişi bulunacağı bir taahhüt ile sadece kendisini borç altına sokabilmektedir. Üstlenenin, kendisinden başka üçüncü kişileri de içine alan taahhütleri, alacaklı bakımından da fiili üstlenilen üçüncü kişi bakımından da bir sorumluluk doğurmamaktadır<sup>16</sup>. Kaldı ki, günümüz modern hukuk sistemlerinde de üçüncü kişinin fiilinin üstlenilmesi suretiyle, üçüncü kişilerin borç altına sokulması hukuken mümkün değildir<sup>17</sup>.

Üçüncü kişinin fiilinin üstlenilmesini yasaklayan ifadeler, doğrudan Roma Hukuku'nun yazılı kaynaklarında da kendisini göstermektedir<sup>18</sup>. Ancak, üstlenenin, kendisini borç altına sokacak şekilde ve üçüncü kişinin belli bir fiili yapmasını

---

<sup>12</sup> Haluk Tandoğan, **Garanti Mukavelesi (Mahiyeti ve Benzeri Hukuki Münasebetlerden Tefriki)**, Ankara, BATİHAE, 1959, s. 46 vd.

<sup>13</sup> Kayak, **Tarihsel Gelişim**, s. 105. Roma hukuku öncesi dönemde de Eski Mısır, Sümerler, Akatlar ve Eski Yunan döneminde de kişisel teminatlara ilişkin birtakım sözleşmelerin akdedildiği ve kişisel teminat sözleşmelerinin ilk örnekleri için bkz. Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 72 vd.

Üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin yakın ilişki içinde olduğu garanti sözleşmelerinin ise 19. yüzyıl ve devamında büyük ticari işletmelerin ortaya çıkmasıyla hukuk dünyasında kendisini gösterdiği ifade edilmektedir. Tandoğan, **Garanti**, s.1; Zafer Kahraman, **Saf Garanti Taahhütleri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 2 vd.

<sup>14</sup> Detaylı açıklama için bkz. Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 80 vd.; Bülent Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları, 2014, s. 131 vd.; Reinhard Zimmermann, **The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition**, Oxford University Press, 1996, s. 68 vd.

<sup>15</sup> Uyan, **Tarihsel Arka Plan**, s.279; Seza Reisoğlu, **Garanti Mukavelesi**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1963, s. 27; Şahin, **ÜFT**, s. 77; Zimmermann, **The Law of Obligation**, s. 34; Kahraman, **Saf Garanti**, s.2; Kayak, **Tarihsel Gelişim**, s. 105; Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, s. 136; Nisim Franko, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, Beta, İstanbul, 2001, s. 567 – 568.

<sup>16</sup> Kayak, **Tarihsel Gelişim**, s. 111.

<sup>17</sup> Uyan, **Tarihsel Arka Plan**, s. 271.

<sup>18</sup> Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 76. “Anlaşma taahhüt eden ve taahhüt edilen arasında akdedilir: Bu nedenle bir başkası için taahhüt eden kimse, bu kişinin bir şey vereceğini veya yapacağını (vaad ettiği zaman) borçlanamaz.” Naklen, Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 76.

sağlayacağını taahhüt etmesi hukuken geçerli kabul edilmektedir<sup>19</sup>. Diğer bir ifade ile üstlenen, üçüncü kişinin taahhüde konu teşkil eden borç ilişkisine girmesi bakımından elinden gelen çabayı göstereceğini taahhüt etmesi muteber sayılmaktadır. Üçüncü kişi burada kendi borcunu gereği gibi ifa ederek, yani gerekli çabayı göstererek borcundan kurtulabilecektir. Bunun dışında, üçüncü kişinin bir fiilin gereği gibi yerine getirileceğinin taahhüt edilmesi sıkı şekilcilik anlayışı gereğince yasaklanmıştır. Üstlenen, sözleşmenin akdedilmesi sırasında ancak kendi borcu bakımından taahhütte bulunabilecektir. Yalın olarak, X kişinin sözleşmeden doğan borcunun gereği gibi ifa edileceğinin taahhüt edildiği yapılarda X borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmediği durumlarda, üstlenenin, Roma Hukuku'nun sıkı şekilcilik anlayışı nedeniyle, hiçbir sorumluluğu ortaya çıkmayacaktır. Anılan kurguda, üstlenenin, kendisini borç altına sokmak istediği anlaşılmamaktadır. Bu nedenle, sıkı şekilcilik anlayışı nedeniyle, başkasının fiiline ilişkin bu tür taahhütler, hukuken hiçbir sonuç doğurmayacaktır<sup>20</sup>.

Roma Hukuku'nda üçüncü kişinin fiilin üstlenilmesi yasaklanırken, benzer bir yapı oluşturan kefalet sözleşmeleri bakımından ise bir yasak getirilmemiştir<sup>21</sup>. Bunun temel sebebi olarak da kefilin, kendi borcunu taahhüt etmesi ve kefaletin mevcut bir borç için verilmesinden kaynaklanmaktadır<sup>22</sup>. Burada bir üçüncü kişinin fiili değil, bizzat kefalet verenin, kendi fiilin taahhüt ettiği kabul edilmektedir.

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme bakımından, Roma Hukuku'nda sağlanan tek istisnanın, çocukların ve kölelerin, aile babası adına gerçekleştirdiği sözleşmeler gösterilmektedir<sup>23</sup>. Bu durumun bir diğer görünümü de aile babasının, çocuklarının ve

---

<sup>19</sup> Uyan, **Tarihsel Arka Plan**, s. 279; Kayak, **Tarihsel Gelişim**, s. 105. “Eğer bir kimse başkasının bir şey vereceğini veya yapacağını taahhüt etmişse, sorumlu tutulmayacak, örneğin eğer Titius'un beş altın vereceğini taahhüt ederse. Fakat eğer Titius'un vermesini kendisinin başaracağını taahhüt etmişse sorumlu tutulur.” Naklen, Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 77.

<sup>20</sup> Reisoğlu, **Garanti**, s. 28; Uyan, **Tarihsel Arka Plan**, s. 281. Bir kimsenin başkasının fiilin sözleşmesel bir şart olarak kararlaştırıp, fiilin yerine getirilmemesi halinde belli bir tutarda ceza koşulu ödeyeceğine ilişkin sözleşmelerin ise geçerli olarak kurulabileceği yönünde bkz. Uyan, **Tarihsel Arka Plan**, s. 281, dp. 63.

<sup>21</sup> Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 78. Roma Hukuku döneminde kefaletle ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, s. 143 vd., Zimmerman, **The Law of Obligation**, s. 117 vd.; Bülent Tahiroğlu, *Roma Hukukunda Borcun Teminatlarından Kefalet*, **İÜHF**, c. 42, sa. 1-4, 1976, s. 323. Roma Hukuku, döneminde her ne kadar üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin yasaklandığı ifade edilmişse, başkaca teminat sözleşmeleri uygulama alanı bulmaktadır. Aynı teminat olarak, rehin ve ipoteğe; şahsi teminat olarak da kefalet sözleşmesine sıklıkla uygulamada rastlanılmaktadır. Tahiroğlu, **Kefalet**, s. 323 – 324.

<sup>22</sup> Detaylı açıklama için bkz. Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 78 – 79; Tahiroğlu, **Kefalet**, s. 324.

<sup>23</sup> Uyan, **Tarihsel Arka Plan**, s. 271, dp. 12.

kölelerinin fiillerini taahhüt etmesi halidir. Ancak, bu noktalarda da aslında çocuklar ve köle ile aile babası arasında kişisel bir bütünlük yer aldığından, konumuzda öngörülen şekilde bir üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin yer almadığı ifade edilmektedir<sup>24</sup>. Yani, çocuklar ve köleler Roma Hukukunda hukuki özne olarak kabul edilmediğinden, aslında, en nihayetinde her iki durumda da aile babası adına hareket edilmiş olacağından, üçüncü kişinin fiilini üstlenmeye rastlanmayacaktır<sup>25</sup>.

Roma Hukuku'nda yer alan bu düzenlemeler günümüz hukuk sistemleri üzerinde de etkisini göstermiştir. TBK m. 128 düzenlemesi kaynağını İBK m. 111'den almaktadır. İBK m. 111'in ise FMK'da yer alan düzenleme çerçevesinde geliştiği ifade edilmiştir<sup>26</sup>. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme kurumunun tarihsel gelişimi bakımından FMK'nın 2016 reformu öncesindeki 1119 ve 1120<sup>27</sup> maddeleri önem arz etmektedir<sup>28</sup>. FMK madde 1119'da bir kişinin başkasının fiilinin üstlenemeyeceği ifade edilmiştir<sup>29</sup>. Diğer bir deyişle, bir kimse ancak kendi adına ve kendi lehine borç altına girecek şekilde taahhütte bulunabilecektir<sup>30</sup>. Ancak, bu düzenlemenin hemen ardından gelen düzenleme ise üçüncü kişinin fiilinin üstlenilebileceğini ve bu üstlenmeden kaynaklı olarak da borç altına girilebileceğini düzenlemektedir<sup>31</sup>. Bu noktada, FMK m. 1120 ile FMK m.1119'a bir istisna mı getirildiği yoksa FMK m. 1119'un ölü olarak doğmuş hiçbir hükmü bulunmayan bir madde olup olmadığı da tartışılmıştır<sup>32</sup>. Genel olarak,

---

<sup>24</sup> Aile babası tarafından da çocukların ya da kölenin fiilinin üstlenilmesi halinde, teknik olarak, üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin meydana gelmeyeceğini belirtilmiştir. Bu kişilerin fiillerinden de aile babası sorumlu olduğu için temelde bir üçüncü kişinin fiilini üstlenme söz konusu değildir. Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 92 vd.; Uyan, **Tarihsel Arka Plan**, s. 271, dp. 12.

<sup>25</sup> Reisoğlu, **Garanti**, s. 27.

<sup>26</sup> Fikret Arık, *Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi*, **Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: X, Sa. 3, Ankara 1955, s. 46.

<sup>27</sup> 2016 yılında gerçekleştirilen FMK reformu sonrası, 1203 ve 1204. maddeler anılan maddelere karşılık gelmektedir.

<sup>28</sup> Detaylı açıklama için bkz. Reisoğlu, **Garanti**, s. 32 vd.

<sup>29</sup> Uyan, **Tarihsel Arka Plan**, s. 273; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 121; Şahin, **ÜFT**, s. 77; Franko, **ÜFT**, s. 568.

FMK madde 1119: *"Bir kimse kendi adına ve başkası lehine yükümlülük altına giremez ve şart kararlaştıramaz."* Naklen, Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 121.

<sup>30</sup> Reisoğlu, **Garanti**, s. 31.

<sup>31</sup> Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s.121.

FMK madde 1120: *"Bununla birlikte üçüncü kişinin fiili vaat edilerek onun lehine yükümlülük altına girilebilir; eğer üçüncü kişi yükümlülüğü üstlenmeyi reddederse, icazeti vaat eden veya tekeffülde bulunan kişi tazmin ile yükümlü olur."* Naklen, Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 121.

<sup>32</sup> Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s.126; Reisoğlu, **Garanti**, s. 33-34; Kemal Atasoy, *Garanti Sözleşmesinin Türleri, Hukuki Özellikleri ve Sonuçları*, **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 5, Sa. 1, 2019, s.105. Reisoğlu, FMK 1119'un hukuken bir ihtiyacı gidermediğini; bir noktada gereksiz bir düzenleme olduğunu ve FMK m. 11120 ile bir çelişki yaratmadığını ifade etmektedir. Sadece, üstlenenin, taahhüdü neticesinde, kendisinin borç altına gireceğini, üçüncü kişiyi

FMK m. 1119'un, bir kişinin ancak kendisi adına sorumluluk altına girebileceğini; FMK m. 1120'de ise, üstlenenin (taahhüt verenin), üçüncü kişinin fiilini üstlenmek suretiyle, yine kendisini borç altına sokabileceğini düzenlemektedir<sup>33</sup>. Zaten daha önce de ifade ettiğimiz üzere, bir kişinin üçüncü kişiyi kural olarak borç altına sokması da mümkün olmayacaktır. FMK m. 1119'un 2016 reformu sonrasındaki halinde ise maddede yer alan "...*şart kararlaştırılamaz.*" ifadesi çıkartılarak daha yalın ve anlaşılır hale getirilmiştir.

Üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin tarihsel gelişimi nazara alındığından konumuz açısından daha çok önem arz eden ise 2016 reformu öncesindeki FMK m. 1120 düzenlemesidir. FMK m.1120'de yer alan taahhüdün '*porte fort*'<sup>34</sup> taahhüdü olduğu belirtilmiştir. İsviçre Borçlar Kanunu madde 111'in de Fransızca çevirisinde yer alan mevcut başlığı da '*Porte Fort*'tur. FMK çerçevesinde yer alan '*Porte Fort*' taahhüdü, aslında bir garanti taahhüdü olarak değil, üçüncü kişinin '*Porte Fort*' (*üstlenen*) tarafından verilen taahhüde uygun şekilde sözleşmeye rıza göstereceğini belirten bir taahhüt olarak yorumlanmaktadır<sup>35</sup>. Üçüncü kişi eğer taahhüde uygun olarak, rıza göstermezse sözleşmeye, '*Porte Fort*' (*üstlenen*) alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlü olacaktır. Yani, üstlenenin borcu, üçüncü kişinin üstlenme konusu sözleşmeye rıza göstermesi ile sona erecektir<sup>36</sup>. Yoksa, üçüncü kişinin sözleşmeye rıza göstermesi bakımından elinden geleni yapması<sup>37</sup> ya da üçüncü kişinin sözleşme konusu borcu usulüne uygun şekilde ifa etmesi gerekli değildir<sup>38</sup>. Üçüncü

---

borç altına sokmayacağını düzenleyen bir hüküm olduğunu ifade etmektedir. Reisoğlu, **Garanti**, s. 33-34.

<sup>33</sup> Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 126 vd.; Uyan, **Tarihsel Arka Plan**, 274 vd.

<sup>34</sup> '*Porte fort*' üçüncü kişinin fiilinin gereği gibi yerine getirileceğini üstlenen veya üstlenmeye konu sözleşmeye üçüncü kişi tarafından rıza gösterileceğini taahhüt eden kimse olarak adlandırılmaktadır. İsviçre hukukunda daha çok ilk kullanıma, Fransız Hukukundaysa daha çok ikinci kullanımına rastlanmaktadır. Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 31 vd.; Uyan, **Tarihsel Arka Plan**, s. 274.

<sup>35</sup> Reisoğlu, **Garanti**, s. 34; Şahin, **ÜFT**, s.78.

<sup>36</sup> Ancak FMK m. 1120'nin emredici hüküm olmadığı, üstlenenin sorumluluk kapsamını genişleterek borcun gereği gibi ifa edilmemesi halleri bakımından da sorumlu olacağını taahhüt edebileceği ifade edilmiştir. Reisoğlu, **Garanti**, s. 35, dp. 35.

<sup>37</sup> Uyan, **Tarihsel Arka Plan**, s. 276, dp. 38.

<sup>38</sup> Fransız hukukunda, bugün azınlıkta da olsa, FMK m. 1120 düzenlemesinin, TBK m. 128 ve İBK m. 111'e paralel olarak, sadece üçüncü kişinin, üstlenme konusu sözleşmeye rıza göstereceğini değil, ayrıca, üstlenme konusu ifanın usulüne uygun olarak gerçekleştirilmediği takdirde de üstlenenin, alacaklının zararlarını karşılayacağına ilişkin bir taahhüt olduğu ifade edilmektedir. Bu görüşün ortaya çıkış kaynağı ise FMK m. 1120'nin emredici bir hukuk düzenlemesi olmadığıdır. Üstlenen, sorumluluk kapsamını genişleterek borcun gereği gibi ifa edilmemesi halleri bakımından da sorumlu olacağını taahhüt edebilecektir. Yani, burada, üçüncü kişinin, üstlenme konusu sözleşmeye rıza göstereceği taahhüt altına alınabileceği gibi, üstlenme konusu borcun yerine getirilememesi riskinin de üstlenen tarafından taahhüt edilebileceği ifade edilmiştir. Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 39; Uyan,

kişi, üstlenme konusu sözleşmeye rıza gösterdiği takdirde, üstlenenin borcu sona erecektir. Ancak, rıza göstermezse, 'Porte Fort' (üstlenen) alacaklının zararını gidermekle sorumlu olacaktır. Arada geçen sürede ise sözleşme askıda olup, hüküm doğurmayacaktır<sup>39</sup>. Bu bakımdan da FMK madde 1120 kapsamında verilen taahhütlerin Türk Hukuku'nda yer alan yetkisiz temsil kurumu ile benzerliği üzerinde durulmuştur<sup>40</sup>. Yetkisiz temsilde de temsil olunan üçüncü kişinin temsil konusu sözleşmeye icazet vermemesi halinde alacaklı (taahhüt alan) uğramış olduğu zararları yetkisiz temsilciden talep edebilecektir<sup>41</sup>. Üçüncü kişinin onay verip vermeyeceğinin belli olmadığı dönemde ise sözleşme askıda kalacak olup; hükümlerini doğurmayacaktır<sup>42</sup>. Temsil olunanın, sözleşmeye rıza göstermesi halinde ise sözleşme konusu borçtan temsil olunan (üçüncü kişi) sorumlu olacaktır. Temsil edenin/üstlenenin borcu temsil olunan üçüncü kişinin sözleşmeye rıza göstermesi ile sona erecektir<sup>43</sup>. FMK madde 1120'ye, 2016 reformu sonrasında karşılık gelen 1204. madde de yine eski düzenlemeye paralel bir düzenlemedir<sup>44</sup>.

Üçüncü kişinin fiilini üstlenemeye ilişkin bir diğer düzenleme ise İsviçre Borçlar Kanunu'nda madde 111'de yer almaktadır. Burada da temel tartışma noktası, İBK m. 111'de düzenlenen üçüncü kişinin fiilini üstlenme düzenlemesinin farklı dillerde yer alan başlıklarından kaynaklı olarak ortaya çıkmaktadır. Özellikle, yukarıda

---

**Tarihsel Arka Plan**, s. 275, dp. 37; Reisoğlu, **Garanti**, s. 35, dp. 35. Kanımızca, 2016 reformu sonrasında FMK madde 1120'ye karşılık gelen 1204. madde de azınlıkta yer alan görüşü destekleyecek şekilde değişime uğramıştır.

<sup>39</sup> Öğretide, porte fort kurumuna neden ihtiyaç duyulduğu ve hangi durumlarda karşımıza çıkacağı bakımından ise birtakım örnekler verilmiştir. Örneğin, bir küçüğe ait taşınmazın, vasisi tarafından üçüncü kişiye satılması durumunda, satış sözleşmesi küçüğün ergin olduktan sonra sözleşmeye icazet vermesi halinde geçerli hale gelecektir. Ancak, ergin olan küçük icazet vermezse, taahhütte bulunan, taahhüt alanın bu nedenle uğradığı zararı giderecektir. Diğer örnekler için de bkz. Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 37, dp. 67 civarı; Uyan, **Tarihsel Arka Plan**, s. 276, dp. 39; Reisoğlu, **Garanti**, s. 36.

<sup>40</sup> Uyan, **Tarihsel Arka Plan**, s. 277. Develioğlu ise FMK m. 1120'nin, 'yetkisiz temsil' kurumunu düzenlediğini ifade etmiştir. Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 3, dp. 7.

<sup>41</sup> Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, Cilt 1, 17. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, s. 253; Necip Kocayusufpaşaoğlu (Necip Kocayusufpaşaoğlu / Hüseyin Hatemi / Rona Serozan / Abdulkadir Arpacı), **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2017, s.721 vd.; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 331.

<sup>42</sup> Kocayusufpaşaoğlu (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Genel**, s. 723 – 724.

<sup>43</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel I**, s. 254; Kocayusufpaşaoğlu (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Genel**, s. 747 vd.

<sup>44</sup> Atasoy, **Garanti**, s. 105. Düzenlemenin mevcut halinin son fıkrasında, eski düzenlemeye ek olarak, üçüncü kişinin rıza göstereceğinin üstlenilmesi halinde, rızanın verilmesiyle üstlenmenin geriye etkili olarak sonuç doğuracağı ifade edilmiştir. Bu nedenle, mevcut düzenlemenin dipnot 34'te anılan görüşlere uygun nitelikte bir gelişim gösterdiği sonucuna bizi götürebilir. Şöyle ki, maddenin mevcut hali, rızanın yanı sıra ifayı da hedeflemektedir.

da değindiğimiz üzere, Fransızca çeviri de ‘*Porte Fort*’, Almanca çeviride ise ‘*bir üçüncü kişiyi yükümlülük altına sokan sözleşme*’ (*Vertrag zu lasten eines Dritten*) kullanımını İBK m. 111’in nasıl yorumlanması gerektiği noktasında tereddütler yaratmıştır<sup>45</sup>. Yine maddenin, Almanca ve İtalyanca metninde ‘*edim*’ terimi kullanılırken<sup>46</sup>, Fransızca metninde ‘*fiil*’ terimi kullanılması<sup>47</sup> da tartışmalara neden olmuştur<sup>48</sup>. Anılan, terim farklılığına ilişkin tartışmalar, Türk Hukuku üzerinde de tesir göstermiş olup; TBK m.128 düzenlemesinde yer alan ‘*fiil*’ teriminin nasıl yorumlanması gerektiği öğretide tartışılmıştır<sup>49</sup>. Bu durumun, Roma Hukuku’nda kaynaklanan etki nedeniyle, meydana geldiği ifade edilmişse de mevcut düzenlemenin bugünkü uygulama alanı, FMK m. 1120 düzenlemesinin genel uygulama alanından ayrılmaktadır. Bugün Türk Hukuku ve İsviçre Hukuku bakımından, üçüncü kişinin fiilini üstlenme düzenlemesi, üçüncü kişinin, üstlenmeye konu fiilini usulüne uygun şekilde yerine getireceği, ifanın usulüne uygun şekilde yerine getirilmemesi halinde ise alacaklının uğrayacağı zararın, üstlenen tarafından giderileceği yönündedir<sup>50</sup>. Bu bakımdan, kural olarak, üçüncü kişinin, üstlenme konusu sözleşmeye rıza göstereceğinin taahhüt edildiği FMK m. 1120 düzenlemesinin ötesine geçilmiştir.

## II. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ ÜSTLENMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

### A. GENEL BAKIŞ

Yukarıda üçüncü kişinin fiilini üstlenme kurumunun, Roma döneminden bugüne tarihsel gelişimi sırasında evrime uğradığına; bugün İsviçre ve Türk Hukukundaki düzenlemenin Roma Hukuku dönemindeki düzenlemeden kısmen farklılık gösterdiğine değindik. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme kurumunun geçirmiş

<sup>45</sup> Almanca kullanımın yerinde olmadığı ifade edilmiştir. Kural olarak, üçüncü kişinin fiilini üstlenmek suretiyle, üçüncü kişiyi rızası olmadığı bir sözleşme ilişkine sokmak mümkün değildir. Bu nedenle madde başlığının bu şekilde kaleme alınmış olması eleştirilere neden olmuştur. Uyan, **Tarihsel Arka Plan**, s. 270 vd.; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 977.

<sup>46</sup> Almanca kullanımında ‘*leistung*’; İtalyanca kullanımda ise ‘*prestazione*’ terimine yer verilmiştir.

<sup>47</sup> Fransızca metinde ‘*le fait d’autrui*’ şeklinde ilgili kısım ifade edilmiştir.

<sup>48</sup> Uyan, **Tarihsel Arka Plan**, s. 270. İsviçre Federal Mahkemesi anılan tartışmaları da sona erdirecek biçimde, üçüncü kişinin fiilini/edimini: “*olumlu veya olumsuz, hukuki veya fiili içeriğe sahip her türlü hareket*” olarak tanımlamıştır. Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 37; Reisoğlu, **Garanti**, s. 51.

<sup>49</sup> İlgili bölüm için bkz. Birinci Bölüm, III, A, 1, c.

<sup>50</sup> Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 137 vd.; Uyan, **Tarihsel Arka Plan**, s. 278; Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 34.

olduğu bu evrim ve farklılıklar nedeniyle öğretide üçüncü kişinin fiilini üstlenme hukuki niteliği bakımından farklı görüşler ortaya çıkmıştır<sup>51</sup>. Aşağıda detayları ile anılacak olan görüşlerin temel çıkış noktası ise TBK’da düzenlemesi mevcut olmayan, ancak uygulamada sıklıkla karşılaşılan garanti sözleşmelerinden kaynaklanmaktadır. TBK m. 128’de düzenlenen üçüncü kişinin fiilini üstlenme ile ilgili öğretideki ve yargı kararlarındaki görüşler de temel olarak yine garanti sözleşmesi ile ilgili eserler ve yargı kararları çerçevesinde şekillenmiştir. Bu bakımdan, üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin hukuki niteliği bakımından ortaya çıkan görüşlerden ikisi, garanti sözleşmesi çerçevesinde ortaya çıkmıştır. Bunlardan ilki, üçüncü kişinin fiilini üstlenme düzenlemesinin bütün yönleriyle garanti sözleşmesini düzenlediği şeklindedir<sup>52</sup>. Garanti sözleşmesi bağlamında ortaya atılan bir diğer görüş ise, üçüncü kişinin fiilini üstlenme düzenlemesinin, bütün garanti sözleşmelerini değil, garanti sözleşmesini özel bir türü olan kefalet benzeri garanti sözleşmelerini<sup>53</sup> düzenlediği iddiasındadır<sup>54</sup>. Konuyla ilgili üçüncü görüş ise, üçüncü kişinin fiilini üstlenme düzenlemesinin genel hüküm niteliğinde olduğu; TBK m. 128 düzenlemesinin, üçüncü kişinin fiilinin üstlenildiği farklı hukuki yapıların mümkün olduğunu ve bu yapılara uygulanacak hukuki rejimi ortaya koymakla birlikte, bu hukuki yapılar arasında yer alan garanti sözleşmesi ile de bir kesişim kümesine sahip olduğu yönündedir<sup>55</sup>. Anılan görüşlerin

<sup>51</sup> Konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. Melek Bilgin Yüce, *Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüdün Hukuki Niteliği*, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 6, Sa. 2, 2007, s. 529 – 546.

<sup>52</sup> Mustafa Aşulla, *Başkasının Fiilini Taahhüt Mukavelesi*, **Ankara Barosu Dergisi**, Y: 15, Sayı No: 4, 1958, s. 204; Arık, **Başkasının Fiilini Taahhüt**, s. 47; Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 34; Mustafa Aşulla, *Başkasının Fiilini Taahhüt (Porte-fort)*, **Ankara Barosu Dergisi**, C. 15, Sayı No: 3, 1958, s. 139.

<sup>53</sup> Öğretide kefalet benzeri garanti sözleşmeleri, teminatı amaçlayan garanti sözleşmeleri veya üçüncü kişinin fiilini üstlenmeyi amaçlayan garanti sözleşmeleri olarak da ifade edilmektedir. Kefalet benzeri garanti sözleşmesi kullanımı için bkz. Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 53; Kahraman, **Saf Garanti**, s. 127; Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 10; Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 15. *Barlas*, garanti sözleşmelerini hepsinin teminat amaçlı olması nedeniyle teminat amaçlı garanti sözleşmesi kullanımını eleştirerek; teknik anlamda kefalet benzeri garanti sözleşmesi kullanımının daha uygun olduğunu ifade etmiştir. Nami Barlas, *Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi*, **Makalelerim**, Cilt 1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 153.

Teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi kullanımı bakımından bkz. Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 804; Kadir Berk Kapancı, **Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler**, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 112; Cevdet Yavuz / Faruk Acar / Burak Özen, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 16. Baskı, İstanbul, Beta, 2019, s. 843. Başkasının fiilini üstlenme şeklindeki garanti sözleşmesi kullanımı için bkz. Reisoğlu, **Garanti**, s. 122.

<sup>54</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 418; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s.70; Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s.20; Kahraman, **Saf Garanti**, s.127; Selahattin Sulhi Tekinay / Sermet Akman / Haluk Burcuoğlu / Atilla Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 228.

<sup>55</sup> Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s.849 vd.; Reisoğlu, **Garanti**, s.45; Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler II**, Cilt 2, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 506; Yavuz/Acar/Özen, **Borçlar Özel**, s. 843; Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 114.

tamamı gerekçeleriyle birlikte detaylı olarak aşağıda ele alınacak olup; daha sonrasında ise üç görüşün ortak yönleri ve farklılıkları ele alınarak üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin hukuki niteliğine ilişkin öznel görüşümüz ortaya konulmaya çalışılacaktır.

## 1. Garanti Sözleşmesi Görüşü

Garanti sözleşmesi görüşünü savunan yazarlara<sup>56</sup> göre, TBK m.128’de yer alan üçüncü kişinin fiilini üstlenme düzenlemesi ile garanti sözleşmesi birebir çakışmakta olup; TBK m. 128 aslında garanti sözleşmesini düzenlenmektedir.

Garanti sözleşmesi görüşüne göre, garanti sözleşmesinin zorunlu unsurlarının tamamına TBK m. 128’de yer alan üçüncü kişinin fiilini üstlenme düzenlemesi ile ulaşılmaktadır. TBK m. 128 düzenlemesine göre üçüncü kişinin fiilini üstlenmesi her şeyden bağımsız olarak bir sonucun meydana geleceğini taahhüt etmektedir. Garanti veren de üçüncü kişinin fiilini üstlenenin gibi bağımsız bir sözleşme ile borç altına girmekte olduğundan garanti sözleşmesinin karakteristik özelliği olan bağımsızlık unsurunun TBK m. 128’de bulunmaktadır. Böylece hem garanti verenin hem de üçüncü kişinin fiilini üstlenenin borcu, asıl borcun geçersizliğinden etkilenmez. Ayrıca hem garanti veren hem de üçüncü kişinin fiilini üstlenen, üçüncü kişinin fiilinden kaynaklı olarak ortaya çıkma ihtimali olan bir riski üstlenmektedir. Garanti veren ve üçüncü kişinin fiilini üstlenenin, bağımsız olarak başkasına ait bir riski üzerlerine almakta ve bu riskten kaynaklı ortaya çıkabilecek zararların karşılanmasını veya meydana gelen olumsuz durumun giderilmesini temin etmektedirler. Kısaca, garanti sözleşmesinin zorunlu unsuru olarak kabul edilen<sup>57</sup>, bağımsızlık, başkasına ait bir risk ve riskin gerçekleşmesi sonucunda ortaya çıkan zararın giderilmesinin teminat altına alınması TBK m. 128’de düzenlenen üçüncü kişinin fiilini üstlenme düzenlemesinde de yer aldığından, garanti sözleşmesi ile üçüncü kişinin fiilini üstlenme birebir olarak örtüştüğü, TBK m. 128’de aslında garanti sözleşmesinin düzenlendiği ifade edilmiştir.

---

<sup>56</sup> Aşulla, **Başkasının Fiilini Taahhüt**, s.204. Bu konuda ayrıca bkz. Reisoğlu, **Garanti**, s. 46, dp. 24’te anılan Guggenheim, Priester, Kiefer. Kılıçoğlu da daha genel bir ifadeyle TBK m. 128’in garanti sözleşmesi olarak yorumlanabileceğini ifade etmiştir. Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 713.

<sup>57</sup> Garanti sözleşmesinin unsurları için bkz. Reisoğlu, **Garanti**, s. 9 vd.; Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 890 vd.

Yargıtay da başta banka teminat mektuplarına ilişkin 1969 tarihli İçtihadı Birleştirme kararında<sup>58</sup> ve akabinde yer alan yerleşik kararlarında, eBK m.110 (TBK m. 128) düzenlemesinin garanti sözleşmesine vücut verdiği kanaatine varmıştır<sup>59</sup>.

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme garanti sözleşmesinden başka bir şey olmadığını öne süren yazarlar, üçüncü kişinin fiilini üstlenme düzenlemesinin kanun sistematüğinde bulunduğu yeri de eleştirmektedirler. Bu görüşe göre, üçüncü kişinin fiilini üstlenme düzenlemesinin TBK'nın genel hükümler kısmında değil, özel borç ilişkileri kısmında düzenlenmesi gerekmektedir<sup>60</sup>.

## 2. Kefalet Benzeri Garanti Sözleşmesi Görüşü

Öğretide yakın zamanda destekçisini artıran ve Türk öğretisinde de baskın görüşü oluşturan kefalet benzeri garanti sözleşmesi görüşü ise TBK m. 128'de düzenlenen üçüncü kişinin fiilini üstlenme düzenlemesinin, garanti sözleşmesinin özel bir türü olan kefalet benzeri garanti sözleşmesini düzenlediği yönündedir<sup>61</sup>. Bu görüş, zaman içinde garanti sözleşmelerinin saf garanti ve kefalet benzeri garanti sözleşmesi olarak ayrılması sonucu ortaya çıkmıştır.

<sup>58</sup> “Bankalar tarafından gümrük vergisi borçlusu lehine, fakat borçlu ile değil de diğer şahıslarla yapılan bir akde dayanarak gümrük idaresine verilen teminat mektupları mahiyet olarak BK.nun 110.md.sözü edilen üçüncü şahsın fiilini taahhüt niteliğinde bir garanti aktidir.” YİBGK'nun, 1969/E., 1969/6 K., sayılı ve 11.06.1969 tarihli kararı (03.10.1969 tarihli Resmî Gazete).

<sup>59</sup> Benzer yönde kararlar için bkz. YHGK. 2002/19-182 E., 2002/217 K. ve 10.04.2002 T. karar; Yarg. 11. HD. 2014/16718 E., 2015/2359 K. ve 23.02.2015 T. karar; Yarg. 11. HD. 2005/10513 E., 2006/11310 K. ve 07.11.2008 T. karar; 19. HD. 2001/8061 E., 2002/5673 K. ve 23.09.2002 T. kararı; Yarg. 19. HD. 2000/9411 E., 2001/3328 K. ve 01.05.2001 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr); Son Erişim Tarihi: 01.09.2021). Ayrıca, Yargıtay her ne kadar bütün garanti sözleşmeleri bakımından TBK m. 128'i uygulasa da TBK m. 128'in garanti sözleşmesinin özel bir türü olduğunu ya da üçüncü kişinin fiilini üstlenme şeklinde bir garanti sözleşmesi olduğunu ifade ettiği kararları da bulunmaktadır. Bu yönde bkz. Yarg. 13. HD. 2002/12569 E., 2003/3985 K. ve 04.04.2003 T. karar; Yarg. 14. HD. 2005/10678 E., 2006/330 K. ve 26.01.2006 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr); Son Erişim Tarihi: 01.09.2021).

<sup>60</sup> Aşulla, **Porte Fort**, s. 136.

<sup>61</sup> Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s.10; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt** s. 70; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 418; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 228; Tekinalp, **Banka Hukuku**, s. 520; Kahraman, **Saf Garanti**, s. 127; Safa Reisoğlu, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Bası, İstanbul, Beta, s. 393; Franko, **ÜFT**, s. 576; Atasoy, **Garanti**, s.106. *Özdemir*'de, üçüncü kişinin fiilini üstlenme ile garanti sözleşmelerinin ilişkisini değerlendirirken, bütün garanti sözleşmelerinin TBK m.128 kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir. Bu bakımdan yazarın yaklaşımı da TBK m.128'in, garanti sözleşmenin bir türü olduğu yönündedir. Atalay Özdemir, *Borçlar Yasasının 110. maddesine Eklenen Yeni Fıkra ve Banka Teminat Mektupları*, **YD, C. 10, Sayı No. 3, 1984, s.258.**

Bu görüşü savunan yazarlar, üçüncü kişinin fiilini üstlenme düzenlemesini temelde bir garanti sözleşmesi olarak görmektedir. Ancak, bütün garanti sözleşmelerini değil, üçüncü kişilerin fiillerinin üstlenildiği garanti sözleşmelerini kapsamaktadır<sup>62</sup>. Üçüncü kişinin fiilinin üstlenildiği garanti sözleşmeleri ise karşımıza kefalet benzeri garanti sözleşmeleri olarak çıktığından, TBK m. 128 düzenlemesi kefalet benzeri garanti sözleşmesine vücut vermektedir<sup>63</sup>. Kefalet benzeri garanti sözleşmelerinde temel borç ilişkisinden bağımsız olarak üçüncü kişiye ait borcun gereği gibi yerine getirileceği garanti edilmektedir<sup>64</sup>. Üçüncü kişiye ait borcun yerine getirilmemesi riskini üstüne alan garanti veren, riskin meydana gelmesi halinde kural olarak, garanti alanın zararını giderecektir. Yani kefalet benzeri garanti sözleşmesinin zorunlu unsurlarını, risk, bağımsızlık ve zararı giderim borcu oluşturmaktadır. TBK m. 128 düzenlenmesinde de bu zorunlu unsurlar yer almaktadır<sup>65</sup>. Bu bağlamda, TBK m. 128 düzenlemesi ile kefalet benzeri garanti sözleşmesi birebir çakışmakta olup; TBK m. 128’de kefalet benzeri garanti sözleşmesi düzenlenmiştir.

Yine, aşağıda ifade edeceğimiz genel hüküm görüşü kapsamında ifade edilen TBK m. 128 düzenlemesinin üçüncü kişilerin fiillerinin başkaları tarafından üstlenilebileceğini gösteren bir düzenleme olduğuna ilişkin yaklaşım da eleştirilmiştir. TBK m. 128 ile düzenlemesi ile üstlenen, başkasının fiilini üstlenmesi ile bir borç altına girmektedir<sup>66</sup>. Bu bakımdan, borcun konusunu üçüncü kişinin fiilinin oluşturabileceği konusunda genel bir hüküm sevk edilmiş olduğu düşüncesi yerinde değildir. TBK m. 128 düzenlemesi mevcut haliyle üçüncü kişinin fiilini üstlenme şeklinde garanti sözleşmelerine vücut vermektedir<sup>67</sup>.

Garanti sözleşmesinin diğer bir alt türü olan saf garanti sözleşmelerinde ise üçüncü kişinin bir fiilinin üstlenilmesi zorunlu bir unsur olmadığından, yani saf garanti sözleşmelerinde temelde garanti alanı bir teşebbüse sevk etme amacı bulunduğundan,

---

<sup>62</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 418; Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 10; Gülçin Elçin Grassinger, *Borç İlişkilerinin Üçüncü Kişilere Etkisi (Alacaklıya Halef Olma, Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme, Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme)*, Cilt II, **Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan**, Ekim, 2014, s. 186.

<sup>63</sup> Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 69.

<sup>64</sup> Özen, **Kefalet**, s.24

<sup>65</sup> Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 13; Kayak, **ÜFT – Kefalet**, s. 19.

<sup>66</sup> Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 67.

<sup>67</sup> Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 67.

TBK m. 128'in uygulama alanının dışında kaldığı ifade edilmektedir<sup>68</sup>. Ancak, TBK m. 128'in geniş yorumlanması neticesinde, saf garanti sözleşmelerini de kapsamı alanına alacaktır<sup>69</sup>.

Yine bu görüşü savunan yazarlar da garanti sözleşmesi görüşünü savunan yazarlar gibi maddenin düzenlendiği yeri eleştirmişlerdir. Yazarlar, TBK m. 128'in bu hali ile tipik bir sözleşmeye vücut verdiğini; bu bağlamda, özel borç ilişkileri kısmında düzenlenmesi gerektiğini ifade etmişlerdir<sup>70</sup>. Bununla birlikte, anılan düzenleme saf garantileri kapsam dışı bıraktığı için saf garanti sözleşmelerini de kapsayacak şekilde bir düzenleme yapılması gerekmektedir<sup>71</sup>.

### 3. Genel Hüküm Görüşü

Diğer iki görüşten ayrılan ve diğer iki görüşe göre TBK m. 128 düzenlemesini, garanti sözleşmesi bağlamında değil, daha ziyade bağımsız olarak değerlendiren ve tanımlayan bu görüşe göre, TBK m. 128'de yer alan üçüncü kişiyi fiilini üstlenme düzenlemesi genel hüküm niteliğinde olup; özel bir sözleşme tipine vücut vermemektedir<sup>72</sup>. TBK m. 128'de yer alan üçüncü kişinin fiilini üstlenme düzenlemesi, ilgili düzenleme kapsamında ortaya çıkacak sorunlara bir çözüm getirmediği gibi<sup>73</sup> bu haliyle bir sözleşme tipinin bütün unsurlarını da bünyesinde barındırmamaktadır<sup>74</sup>.

<sup>68</sup> Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s.15-16; Arslan Kaya, *İlk Yazılı Talepte Ödeme Klozunu İhtiva Eden Banka Garantilerinde Hakkın Kötüye Kullanılması Sorunu*, **Reha Poroy'a Armağan**, İstanbul 1995, s. 217.

<sup>69</sup> TBK m. 128 düzenlemesinde, temelde bir garanti sağlama amacı yattığından ve aslında maddenin düzenlenmesi sırasında tarihsel etkiler ağır bastığından; burada genişletici yorumla saf garanti sözleşmeleri de TBK m. 128 kapsamında değerlendirilebilecektir. Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 68; Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 10; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 419.; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1154. *Tunçomağ* da TBK m. 128 ile garanti sözleşmelerinin ortak ve ayrılan yönleri yer alsın da TBK m. 128'in kıyasen de olsa garanti sözleşmelerine uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. *Tunçomağ*, **Borçlar Genel**, s. 979. *Tekinalp* de benzer şekilde, TBK m. 128 ile üstlenenin sorumluluğunun düzenlediğini, bu bakımdan bütün garanti tipleri bakımından uygulanacak bir rejimin var olduğunu ifade etmiştir. Yazar, ayrıca, teminat mektuplarına ilişkin eklenen ikinci fıkranın da garanti görüşünü desteklediğini ve maddenin bütün garanti sözleşmeler, bakımından uygulama alanı bulmasının önünde bir engel olmadığını belirtmiştir. *Tekinalp*, **Banka Hukuku**, s. 520 – 521. Aksi yönde, Kahraman, **Saf Garanti**, s. 20; Gümüş, **Borçlar Özel II**, s. 506.

<sup>70</sup> Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 10.

<sup>71</sup> Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 20.

<sup>72</sup> Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 847 vd.; Yavuz/Acar/Özen, **Borçlar Özel**, s. 843; Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 114; Özen, **Kefalet**, s. 26, dp. 62; Reisoğlu, **Garanti**, s. 47.

<sup>73</sup> Özen, **Kefalet**, s. 26, dp. 62.

<sup>74</sup> Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 849; Gümüş, **Borçlar Özel II**, s. 506; Reisoğlu, **Garanti**, s. 47.

Bu görüşü savunan yazarlar, tarihsel olarak bakıldığında, burada sadece üçüncü kişinin fiilinin üstlenilebileceğini gösteren bir genel hüküm olduğunu, özel bir sözleşme tipine vücut verilmediğini savunmaktadırlar<sup>75</sup>. Yukarıda da detaylı olarak izah edildiği üzere, Roma Hukuku döneminde üçüncü kişinin fiilinin üstlenilmesi yasaklanmıştır<sup>76</sup>. İstisna olarak sadece, taahhütte bulunanın egemenliği altında olan veya mirasçısı konumunda olan kişilerin fiillerinin üstlenilebileceği hususu göz önüne alındığında<sup>77</sup>, TBK m. 128'in düzenlenme amacının bu görüşten ayrılarak üçüncü kişilerin fiillerinin üstlenilebileceğini düzenlemek olduğu belirtilmiştir. Yine, tarihsel gelişime uygun ve TBK m. 128'e paralel bir düzenlemenin, 2016 Reformu öncesinde FMK madde 1120'de<sup>78</sup> yer aldığı ifade edilmektedir. Anılan düzenleme ile üstlenen, üçüncü kişinin fiilini üstlenmekten ziyade, üçüncü kişinin üstlenmeye konu edilen sözleşmeye rıza göstereceğini taahhüt etmekte olup; üçüncü kişinin taahhüt konusu sözleşmeye rıza göstermemesi ve alacaklının zarara uğraması halinde ise üstlenen tazminat borcuyla sorumlu olacaktır<sup>79</sup>. Diğer bir ifade ile üstlenenin, taahhüt konusu sözleşmeye rıza göstermemesi nedeniyle, alacaklının uğramış olduğu zararı karşılama borcu altına girecektir. Yani daha yalın bir ifade ile FMK m. 1120 ile üçüncü kişinin teminat konusu fiile rıza göstereceğini taahhüt edilmekte olup; üçüncü kişi tarafından da taahhüt konusu sözleşmeye rıza gösterildiği anda da teminat verenin borcu sona ermektedir. Bugün, Türk Hukukunda ise üçüncü kişinin fiilini üstlenme kurumu daha geniş kapsamlı düzenlenerek, sadece üçüncü kişinin teminat konusu sözleşmeye rıza göstereceğini değil, ayrıca teminat konusu borcun da gereği gibi ifa edeceğini temin etmektedir. Ancak, tarihsel bir bakış açısıyla yaklaşıldığı zaman; üçüncü kişinin fiilini üstlenme düzenlemesi, genel bir hüküm koymak amacıyla ihdas edilmiştir.

<sup>75</sup> Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 849. Özellikle bu hususun eleştirisi için bkz. Franko, **ÜFT**, s. 577.

<sup>76</sup> Detaylı açıklama için bkz. Birinci Bölüm, I, B.

<sup>77</sup> Yukarıda da değindiğimiz üzere, aslında bu tür taahhütlerde tam olarak bir üçüncü kişinin fiilini üstlenme niteliğinde değildir.

<sup>78</sup> FMK m.1120: "*Bununla birlikte bir üçüncü kişinin fiilini vaadetmek suretile onun için taahhütte bulunanın yahut icazet verdireceğini vaadedenin tazminat ödemesi şarttır.*" Naklen, Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 849; Gümüş, **Borçlar Özel II**, s. 506. 2016 reformu öncesi FMK m.1120'de yer alan düzenleme, reform sonrasında 1204. maddeye denk gelmektedir. Madde düzenlemesi 2016 reformuyla birtakım değişikliklere de uğramıştır. Ancak, maddenin yeni halinde de üçüncü kişinin, teminat konusu sözleşmeye icazet göstermesinin taahhüt edilebileceğini; üçüncü kişinin icazet göstermesi halinde de üstlenenin borcunun sona ereceği de açık bir şekilde düzenleme alanı bulmuştur.

<sup>79</sup> Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 849.

Ayrıca, maddenin düzenlendiği yerin genel hükümler arasında yer alması, özel bir sözleşme türünün yaratılması amacı güdülmediğini ortaya koymaktadır<sup>80</sup>. Mevcut düzenleme, özel bir sözleşme tipini meydana getirmekten ziyade farklı sözleşme tipleri bakımından uygulanabilecek genel bir kural ortaya koymaktadır. Buna göre de TBK m. 128 kapsamında, garanti sözleşmelerinin yanı sıra üçüncü kişilerin fiillerini konu edinen meydana başkaca sözleşme tipleri de meydana getirilebilecektir<sup>81</sup>.

*Tandoğan*, eserinde düzenlemenin genel bir hükme vücut verdiği görüşünü destekleyici nitelikte olan garanti sözleşmesi olmadığı halde üçüncü kişinin fiilini üstlenme niteliğinde olan bazı örnekler vermiştir<sup>82</sup>. Yazar tarafından verilen örneklerin ilkinde, maddi durumu kötü ve çok çocuklu B'ye, yardım etmek isteyen A'nın; B'nin yapmış olduğu el işlerini C ve D'nin iyi bir tutar karşılığında alacağını ve eğer C ve D belli bir tutardan az ödeme yaparlarsa da kendisinin aradaki farkı tamamlayacağını taahhüt etmesi halinde, burada üçüncü kişinin fiilini üstlenme ile ahlaki bir görevin ifasının yanı sıra, koşula bağlı bir bağışlamanın da meydana geldiğini ifade etmiştir.

Bir başka örnekte ise çok yaşlı ve zengin olan C'nin tek ve saklı payı olmayan kanuni mirasçısı olan B, C'nin ölüme bağlı tasarrufla mirasını başkasına bırakmasından endişe etmektedir. A ise, B'ye 100.000 lira karşılığında, C'nin böyle bir tasarrufta bulunmayacağını taahhüt etmiştir. Yazar burada, üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin ile kumar ve bahse benzeyen tesadüfe bağlı bir sözleşmenin olduğunu belirtmiştir. Bir diğer örnekte ise, A, B ile C arasında yer alan hukuki ilişki bakımından, C'nin borcunun geçerli ve dava edilebilir olması halinde, B'nin ilgili hukuki ilişki kapsamında uğrayacağı zararları karşılama borcu altına girmiştir. Yazar, burada üçüncü kişinin fiilini üstlenme şeklinde kefalet sözleşmesinin meydana geldiğini ifade etmiştir.

Bu bağlamda, üçüncü kişinin fiilini üstlenme niteliğinde olan ancak garanti sözleşmesi niteliği olmayan, koşula bağlı bağışlama, kumar ve bahse benzeyen tesadüfe bağlı sözleşme ve kefaletin meydana getirilebileceği ifade edilmiştir.

---

<sup>80</sup> Gümüş, **Borçlar Özel II**, s. 507.

<sup>81</sup> Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 850; Yavuz/Acar/Özen, **Borçlar Özel**, s. 843; Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 114.

<sup>82</sup> Örnekler için bkz. Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 850 vd.

Böylece, üçüncü kişinin fiilini üstlenme düzenlemesinin kendine özgü, garanti sözleşmesinden ayrılan uygulama yönleri ortaya konulmuştur.

Garanti sözleşmeleri ile üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin birbirleriyle kesişen noktaları da bulunmaktadır. Özellikle, üçüncü kişinin fiilinin teminat altına alındığı, alacaklının üçüncü kişi ile sözleşme akdetmeye sevk edildiği garanti sözleşmeleri ile üçüncü kişinin fiilini üstlenme düzenlemesi kesişmektedir. Öğretide, *Kapancı* tarafından üçüncü kişinin fiilini üstlenme kurumunun kefalet benzeri garantiyi kapsamakla birlikte, bağımsız bir uygulama alanı da olduğu ifade edilmiştir<sup>83</sup>. Yazar, diğer yazarların yanı sıra net bir şekilde, TBK m. 128 düzenlemesinin, kefalet benzeri garanti sözleşmelerini kapsadığını ifade etmektedir. *Tandoğan*'a göre ise, her iki kurumun benzer uygulama alanları olmakla birlikte, ancak başkasını bir davranışa sevk etme, bir sözleşmeyi akdetme amacıyla üçüncü kişinin fiili üstlenirse, garanti sözleşmesi niteliğinde üçüncü kişinin fiilini üstlenme ortaya çıkacaktır<sup>84</sup>. TBK m. 128 düzenlemesinin, bir teşebbüse sevk etme amacını içermediği, garanti sözleşmesindeki temel amacın bir kişiyi belli bir davranışa sevk etmek olduğu, bu hali ile TBK m. 128 düzenlemesinin garanti sözleşmesi ile bire bir bağdaştırılmasını eleştirmiştir<sup>85</sup>. Yazara göre, sadece bir kısım üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi, garanti sözleşmesine vücut vermektedir<sup>86</sup>.

*Gümüş* ise TBK m. 128 düzenlemesinin saf garanti sözleşmesini de kefalet benzeri garanti sözleşmesini de içine almadığını her iki kurumun bir kesişim kümesinin bulunmadığını ifade etmiştir<sup>87</sup>. Yazar, TBK m. 128 düzenlemesinin kefalet benzeri garanti sözleşmeleri bakımından da uygulama alanı bulamayacağını<sup>88</sup>; TBK m. 128'in, fiili üstlenilen üçüncü kişinin fiilini yerine getirmediği takdirde, üstlenenin kanundan kaynaklı olarak alacaklının zararını gidermesi gerektiğini ifade eden bir

---

<sup>83</sup> Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 114.

<sup>84</sup> Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 850.

<sup>85</sup> Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 851.

<sup>86</sup> Tandoğan, ayrımında kefalet benzeri veya saf garanti sözleşmeleri bakımından ayrı ayrı değerlendirmede bulunmamış olup; daha genel bir ifade ile garanti sözleşmesi ile üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin ortak uygulama alanları olduğunu da ifade etmiştir. Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 850.

<sup>87</sup> *Gümüş*, bu bakımdan, genel hüküm görüşünü savunan diğer yazarlardan, ayrılmaktadır. *Gümüş*, **Borçlar Özel II**, s. 505 vd.

<sup>88</sup> *Gümüş*, üçüncü kişinin fiilini üstlenmede, üstlenenin beklenmeyen hal veya mücbir sebep nedeniyle ortaya çıkan risklerden sorumlu olmayacağını, ancak kefalet benzeri garanti sözleşmelerinin beklenmeyen hal ve mücbir sebepleri de teminat altına aldığı ifade etmiştir. Yazara göre, her iki kurum arasındaki fark da bu noktada ortaya çıkmaktadır. *Gümüş*, **Borçlar Özel II**, s. 507.

yasal tazminat kaynağı olduğunu<sup>89</sup>; bu bakımdan bir sözleşme niteliğinde de olmadığını ifade etmektedir<sup>90</sup>.

Bu görüşü savunan yazarların da bir kısmı garanti sözleşmelerinin özel borç ilişkileri kısmında özel olarak düzenlenmesi gerektiğini dile getirmiş olup<sup>91</sup>; anılan düzenlemeler gerçekleştirilene kadar mevcut üçüncü kişinin fiilini üstlenme düzenlemesinin uygun düştüğü ölçüde garanti sözleşmelerine de uygulanabileceğini ifade etmişlerdir<sup>92</sup>.

## B. GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin hukuki niteliği bakımından yukarıda yer anılan görüşler aslında belli noktalarda kesiştikleri gibi bazen aynı görüşü savunan yazarlar dahi kendi içlerinde belli noktalarda ayrılmaktadır. Örneğin, genel hüküm görüşü savunan yazarlardan bir kısmı TBK m. 128'in garanti sözleşmeleri ile bir kesişim noktası bulunduğunu ifade etmekteyken, bir kısmı ise garanti sözleşmeleri ile TBK m. 128 düzenlemesinin hiçbir ilişkisi bulunmadığını ifade etmektedir. Yine, garanti sözleşmesi bir üst başlık olarak kefalet benzeri garanti sözleşmesini de kapsadığı için, garanti sözleşmesi görüşünü savunan yazarlar, aslında kefalet benzeri garanti sözleşmesi görüşünü de içine almaktadır. İki görüş arasındaki fark temelde saf garanti sözleşmeleri bakımından ortaya çıkmaktadır. Daha yalın olarak ifade edilebilecektir ki, yukarıda yer alan görüşlerin ortak noktaları bulunduğu gibi farklılaştığı hususlar da mevcuttur. Bu hususlar göz ardı edilmeden ve tek bir görüş ön plana konulmadan üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin hukuki niteliği analiz edilmeye çalışılacaktır.

*Garanti sözleşmesi görüşünü savunan yazarlar, yukarıda da ifade edildiği üzere, TBK m. 128'de yer alan üçüncü kişinin fiilini üstlenme düzenlemesi ile garanti*

---

<sup>89</sup> *Gümüş*, üstlenenin, üçüncü kişinin kendisi bakımından edim veya fiil borcu doğurmayan bir fiil veya edim taahhüdünde bulunduğunu, eğer üçüncü kişi kendisini doğrudan yükümlülük altına sokmayan bu fiil veya edimi yerine getirmediği takdirde, üstlenenin, alacaklının bu sebeple uğradığı zararı gidermesi gerektiğini hüküm altına alan bir yasal tazminat kaynağı olduğunu ifade etmiştir. Detaylı açıklama için bkz. *Gümüş*, **Borçlar Özel II**, s. 506 – 507.

<sup>90</sup> *Gümüş*, **Borçlar Özel II**, s. 507.

<sup>91</sup> Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 852; Yavuz/Acar/Özen, **Borçlar Özel**, s. 843.

<sup>92</sup> Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 852. *Gümüş* ise aksi yönde, TBK m. 128 düzenlemesinin hiçbir surette garanti sözleşmelerine uygulanamayacağını ifade etmektedir. *Gümüş*, **Borçlar Özel II**, s. 506

sözleşmesinin aynı olduğunu ifade etmişlerdir. Her ne kadar garanti sözleşmesi ile üçüncü kişinin fiilinin üstlenme düzenlemesinin ortak unsurları yer almaktaysa da üçüncü kişinin fiilini üstlenme düzenlemesinin bütün garanti sözleşmelerini kapsadığını ifade etmek yerinde değildir. TBK m. 128 düzenlemesi ile açıkça üçüncü kişinin bir fiilinden söz edilmekte olup; üçüncü kişinin fiilini üstlenme niteliğinde olmayan garanti sözleşmeleri bakımından TBK m. 128 uygulama alanı bulmayacaktır<sup>93</sup>.

Bu bakımdan, garanti sözleşmesinin, alt türlerinden olan saf garanti sözleşmeleri kural olarak TBK m. 128'in uygulama alanının dışında kalmaktadır. Saf garanti sözleşmelerinde üçüncü kişinin fiilinin üstlenilmesinden ziyade, garanti alanı (alacaklıyı) belli bir hareket tarzına yönlendirmek amaçlanmıştır<sup>94</sup>. Yine bu tür garanti sözleşmelerinde, temel amaç üçüncü kişinin fiilini üstlenmek değil, garanti alanı belli bir harekette bulunmaya teşvik etmek ve bu teşvik edilen amacın gerçekleşmemesi riskine karşı olarak da garanti alana bir teminat sağlamaktır. Çoğunlukla, garanti alanın, bir şirkete veya girişime yatırım yapması ya da bir işletme kurması için saf garanti taahhütlerine başvurulmaktadır<sup>95</sup>. Örneğin, temettü garantiler, geçiş garantileri saf garanti taahhüdü niteliğinde olup; burada üçüncü kişilerin fiilleri değil, teminat alanın belli bir teşebbüse sevk edilmesi amacı güdülmektedir. Ancak, üçüncü kişinin fiilini üstlenme niteliğinde olan saf garantilere nadiren de olsa rastlanması mümkündür<sup>96</sup>. A'nın, B'ye ileride aile üyelerinin, B'den belli tutarda mal alacağını taahhüt etmesi halinde, burada, yukarıdaki örneklere nazaran belirli olan üçüncü kişilerden birinin veya birkaçının B'den mal alacağı taahhüt edilmektedir. Bu durumda temel borç ilişkisi dışında, sadece garanti veren ile garanti alan arasında akdedilen bir teminat sözleşmesi ile aslında garanti alana belli bir tutarda geliri elde edeceği garantisini verildiğinden saf garanti sözleşmesinin meydana geldiği ifade edilebilecektir. Ayrıca, burada, belirlenebilir üçüncü kişilerin borcu teminat altına alındığından saf garanti sözleşmesi ile üçüncü kişinin fiilini üstlenme kurumu birbirine yaklaşmaktadır. Yine, X şirketinde yönetici olarak çalışan Y'nin, öğrenci Z'ye, yurtdışından yer alan bir üniversiteden kabul alması halinde, X şirketinin kendisine burs sağlayacağını taahhüt

---

<sup>93</sup> Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 850.

<sup>94</sup> Kahraman, **Saf Garanti**, s. 20.

<sup>95</sup> Uygulamadaki görünümleri bakımından bkz. Kahraman, **Saf Garanti**, s. 48 vd.

<sup>96</sup> Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 31; Hüseyin Murat Develioğlu, **TBK M. 128, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu**, Cilt 2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 976, dp. 8.

etmesi durumunda; X'in taahhüdü kanımızca, üçüncü kişinin fiilini üstlenme şeklinde bir saf garanti sözleşmesi olacaktır. Bu bakımdan, kural olarak saf garanti sözleşmeleri TBK m. 128 düzenlemesinin dışında kalmaktaysa da küçük de olsa üçüncü kişinin fiilini üstlenme ile bir kesişim kümesi olabilecektir. Yine de üçüncü kişinin fiilini üstlenmeye garanti sözleşmelerinin bir kısmında rastlanıldığından, TBK m. 128'in düzenlemesinin garanti sözleşmelerine vücut verdiği ya da garanti sözleşmelerinin tamamını kapsadığı görüşü yerinde değildir.

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme düzenlemesi, kural olarak saf garanti sözleşmelerini dışarıda bırakmakla birlikte garanti sözleşmesinin diğer bir alt türü olan *kefalet benzeri garanti sözleşmelerini* ise içine almaktadır. Kefalet benzeri garanti sözleşmelerinde, garanti veren üçüncü kişinin temel borç ilişkisinden kaynaklanan borcunu gereği gibi yerine getireceğini, gereği gibi yerine getirmediği takdirde ise garanti alanın uğrayacağı zararı gidereceğini, temel borç ilişkisinden bağımsız olarak teminat altına almaktadır<sup>97</sup>. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme düzenlemesinde de üçüncü bir kişinin fiili üstlenen, üstlenilen fiilin gerçekleşmemesi halinde alacaklının zararını karşılayacağını taahhüt etmektedir. Bu bakımdan, kefalet benzeri garanti sözleşmesi ve üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinde üçüncü kişiye ait bir borcun üstlenilmesi söz konusudur.

Üçüncü kişinin fiili üstlenmenin, üçüncü kişilerin fiillerinin üstlenildiği garanti sözleşmelerini düzenlendiğine dayanak olarak TBK m. 603'ün gerekçesi de gösterilebilecektir. TBK m. 603 de gerçek kişilerce verilecek kişisel teminatlar bakımından, kefaletle ilişkin şekil şartlarının uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Maddenin gerekçesinde ise kişisel teminat sözleşmelerine örnek olarak TBK m. 128'de düzenlenen '*Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme*' düzenlemesi gösterilmiştir. Bu durum TBK m.128 düzenlemesinin, kanun koyucu nezdinde bir kişisel teminat sözleşmesi olduğunu göstermektedir. Özellikle, TBK m. 603'ün gerekçesinde kişisel teminat sözleşmesine örnek olarak gösterilmesi, kanımızca, garanti sözleşmesinin bir türünü düzenlediği yönündeki görüşleri destekleyici niteliktedir.

---

<sup>97</sup> Gümüş, **Borçlar Özel II**, s. 508; Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 35.

Ancak, burada önemle ifade etmek gerekir ki, kefalet benzeri garanti sözleşmesi ile üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin ortak noktaları yer alsın ve ayrıca TBK m. 603 düzenlemesi de bu yöndeki görüşleri desteklese de TBK m. 128 düzenlemesinin kefalet benzeri garanti ya da üçüncü kişinin fiilinin üstlenildiği garanti sözleşmesini düzenlediği ve bu sözleşmelerin tipik bir sözleşme türüne vücut verdiği görüşüne katılmamaktayız<sup>98</sup>. TBK m. 128'in, kefalet benzeri garanti sözleşmesinin bütün zorunlu unsurlarını barındırmadığı gibi kefalet benzeri garanti sözleşmelerinin temel hüküm ve sonuçları bakımından da hiçbir düzenleme ihtiva etmemektedir. Kefalet benzeri garanti sözleşmesinin, karakteristik özelliği olarak kabul edilen bağımsızlık unsuruna, TBK m. 128 düzenlemesinden doğrudan ulaşmak mümkün değildir<sup>99</sup>. Yine burada önemine binaen ifade etmek gerekir ki, her ne kadar TBK m. 128 düzenlemesinde bağımsızlık özelliğine doğrudan rastlamasak da öğreti ve yargı kararlarında da ittifakla belirtildiği üzere, TBK m. 128 düzenlemesi bağımsızlık özelliği ihtiva etmektedir. Kaldı ki, kefalet benzeri garanti sözleşmelerinin özelliklerini ve sonuçlarını düzenleyecek bir hükme de yer verilmemiştir. Özellikle, üstlenen ile alacaklı arasındaki ilişki veya üstlenenle üçüncü kişi arasındaki iç ilişkiye ilişkin olarak herhangi bir hüküm sevkedilmemiştir. Üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin unsurları ve ayrıca taraflar arasındaki ilişkilere ilişkin yapıların birçoğu öğreti ve yargı kararları tarafından geliştirilmiştir. Bu bakımdan, her ne kadar TBK m. 128 de kefalet benzeri garanti sözleşmelerine yakın bir tanıma veya kefalet benzeri garantiler bakımından uygulanabilecek bir düzenlemeye yer vermiş olsa da mevcut haliyle kefalet benzeri garantilerin uygulanması bakımından ancak bir yol gösterici olabilecektir<sup>100</sup>. Yoksa, TBK m. 128 düzenlemesi kefalet benzeri garanti sözleşmelerine ilişkin olarak ortaya çıkabilecek sorunlara cevap vermemektedir.

---

<sup>98</sup> Benzer yönde bkz. Özen, **Kefalet**, s. 26, dn. 62. Aksi yönde Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s.12-13.

Düzenlemenin esaslı unsurları temel uygulama tarafından şekillendirilmekle birlikte düzenlemenin kendisinden aynı sonuçlara ulaşmak oldukça güçtür. Tipik – atipik sözleşmeler konusunda detaylı açıklamalar için bkz. Erden Kuntalp, **Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme)**, 2. Bası, Ankara, BATİHAE, 2013, s. 7 vd. Kuntalp, uygulamada sıklıkla meydana getirilen sözleşme tiplerinin de her ne kadar kanunda düzenlenmemiş olsalar da uygulamada birliğin sağlanması ile tipik bir hal alabileceğini belirtmiştir. Kuntalp, **Karışık Muhtevalı Akit**, s. 7. Konumuz özelinde ise üçüncü kişinin fiilini üstlenme uygulamada tipleşmeye başlamış saf garanti ve kefalet benzeri garanti sözleşmeleri ile ilişki içerisinde olsa da konumu hala birçok açıdan tartışmalıdır. Kaldı ki, kanun koyucu da ayırıcı özelliklerini ortaya koyarak özel bir sözleşme türü yaratmamıştır.

<sup>99</sup> Reisoğlu, **Garanti**, s. 47-48. Aksi yönde, Kayak, üstlenenin, sağladığı güven neticesinde, bir zararı karşılama borcu altına girmiş olması nedeniyle bağımsızlık unsurunun da TBK m.128'den çıkarılacağını ifade etmektedir. Kayak, **ÜFT – Kefalet**, s. 19.

<sup>100</sup> Mevcut düzenleme, bağımsızlık unsurunu barındırmadığı için kefalet benzeri garanti sözleşmeleri bakımından bir tanım olarak nitelendirilemez. Sadece, üstlenme konusu fiilini gerçekleştirilmesi

Yine de TBK m. 128 düzenlemesinin mevcut halinin üçüncü kişinin fiilini üstlenme şeklindeki garanti sözleşmelerine de uygulanabileceği aşikârdır. TBK m. 128 çerçevesinde ortaya çıkan tartışmalar da garanti sözleşmeleri kapsamında ağırlıklı olarak ortaya çıkmaktadır. TBK m. 128 düzenlemesinin ortaya koyduğu yapı uygulamada kefalet benzeri garanti sözleşmeleri sayesinde anlam kazanmaktadır. Kanımızca bunun nedeni ise TBK m. 128 düzenlemesinin, uygulamada, çoğunlukla kişisel bir teminat sözleşmesine vücut vermesidir. Kişisel teminat sözleşmelerinden, ferî niteliğe sahip olan kefalet sözleşmesi ise TBK’da kapsamlı olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle, TBK m. 128 düzenlemesi ile bütün kişisel teminat sözleşmelerini kapsamına alacak şekilde genel bir hüküm konulmasını gerektirecek bir husus bulunmamaktadır. Bu bakımdan kanımızca, bağımsız niteliğe sahip olan teminat sözleşmeleri bakımından genel bir kural koymuş olduğuna ilişkin yaklaşım bize daha yakın gelmektedir<sup>101</sup>. Bu yaklaşımların hepsi temelde TBK m. 128’e bir anlam yükleme noktasından çıkmaktadır. TBK m. 128 hükmü hiç mevcut olmamış olsa dahi, garanti sözleşmeleri sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca akdedilebilecek, öğreti ve yargı kararları çerçevesinde gelişebilecektir. Hatta, hiçbir düzenlemenin ihtiva edilmemiş olduğu kurguda daha serbest bir gelişim alanı da bulabilecektir. Bunun en önemli nedeni ise kapsam olarak sadece üçüncü kişinin fiilinin üstlenildiği garanti sözleşmelerini kapsayacak şekilde hüküm sevk edilmiş olması, ancak, uygulamanın bütün garanti sözleşmeleri bakımından TBK m. 128’e başvurması kanımızca kurumun rahatlıkla gelişmesine engel olmaktadır. Bu bakımdan, garanti sözleşmeleri bakımından TBK m. 128 düzenlemesine ihtiyaç bulunmamaktadır<sup>102</sup>. Sonuç olarak, üçüncü kişinin fiilinin taahhüt edildiği garanti sözleşmeleri TBK m. 128 kapsamında yorumlanabilecekse de TBK m. 128 tam olarak bu tip sözleşmelerin ortaya çıkardığı sorunlara çözüm sağlamaktan uzaktır.

*Genel hüküm* görüşünü savunan yazarlar ise ilk olarak tarihsel süreci nazara alarak, TBK m. 128’in, üçüncü kişilerin fiillerinin üstlenebileceğini gösteren bir genel

---

halinde, üstlenenin zararı giderim borcu olduğunu ortaya koymaktadır. Bu yönüyle bir yol gösterici olabilecektir. Ancak, böyle bir yol göstericinin varlığı da zorunlu değildir. İşbu düzenleme olmasa dahi, başkasının fiilini üstlenen, taahhüdün gerçekleşmemesi halinde alacaklının uğradığı zararı gidermekle sorumlu olacaktır.

<sup>101</sup> Benzer yönde bir yaklaşım için bkz. Reisoğlu, **Garanti**, s. 48 – 49.

<sup>102</sup> Benzer yönde bir yaklaşım için bkz. Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 18.

hüküm olduğunu ifade etmişlerdir. Özellikle bu noktada, Roma Hukuku'nda üçüncü kişinin fiilini üstlenmeyi yasaklayan düzenlemeler ile FMK'nın 2016 reformu öncesi madde 1119 ve 1120'de yer alan düzenlemeleri dayanak göstermektedirler<sup>103</sup>. Ancak, burada ifade edilmesi gerekmektedir ki, TBK m. 128 ve İBK m. 111 düzenlemesi, FMK'nın düzenlemesine kıyasen daha geniş bir düzenleme alanına sahiptir<sup>104</sup>. Öncelikle, günümüzde sözleşme serbestisi ilkesi kabul edildiğinden üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin mümkün olduğunu gösteren bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmamaktadır. Sözleşme serbestisi kapsamında, kişiler diledikleri gibi başkasının fiillerini üstlenebileceklerdir. Bununla birlikte, 2016 reformu öncesindeki FMK'da yer alan 1120. madde ile üçüncü kişilerin, üstlenme konusu sözleşmeye rıza göstereceği, rıza gösterilmediği takdirde ise alacaklının uğradığı zararın giderileceği taahhüt edilmektedir. Ancak, TBK m. 128 ile bunun da ötesine geçilerek, üçüncü kişilerin, ayrıca taahhüt konusu borcu da gereği gibi yerine getireceği üstlenilmektedir. Bu bakımdan, TBK m. 128 düzenlemesinin, FMK m. 1119 ve 1120'den yola çıkılarak, genel hüküm olduğunu iddia etmek kanımızca yerinde olmayacaktır. TBK m. 128 düzenlemesinin, bir genel hükme vücut verdiği kabul edilse dahi, sadece tarihsel gelişiminden yola çıkarak, üçüncü kişinin fiilini üstlenme düzenlemesinin genel hüküm olduğunu ifade etmek de yeterli olmayacaktır<sup>105</sup>. Kaldı ki, yine genel hüküm görüşünün savunan yazarların da ifade ettiği üzere TBK m. 128 hükmü olmasaydı dahi de TBK m. 26'da düzenlenen sözleşme özgürlüğü maddesi uyarınca üçüncü kişinin fiilinin üstlenilebileceği aşikârdır<sup>106</sup>.

TBK m. 128'in kanundaki yerine de değinen genel hüküm görüşünün savunucuları, TBK'nın genel hükümler kısmında düzenlenmesi nedeniyle kanun koyucunun özel bir sözleşme türü olan garanti sözleşmelerini düzenlemek amacıyla hareket etmediğini ifade etmektedirler<sup>107</sup>. TBK m. 128'in tipik bir sözleşmeye vücut

<sup>103</sup> 1119. madde 2016 reformu sonrasında 1203. maddeye; 1120. madde de 1204. maddeye denk gelmektedir. Detaylı açıklama için bkz. s. 10 ve özellikle dp. 38.

<sup>104</sup> İlgili fark için bkz. dp. 38.

<sup>105</sup> Detaylı açıklama için bkz. Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 12 vd.

<sup>106</sup> Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 850.

<sup>107</sup> Yüce, sözleşme niteliğinde olan, alacağın temliki, borcun nakli gibi kurumların genel hükümlerde yer aldığını; buna karşılık, sözleşme niteliğinde olmayan havale ve vekaletsiz iş görmenin ise özel hükümlerde düzenlendiğini, bu bakımdan kanun sistematüğinden kaynaklı yorumların yerinde olmadığını ifade etmiştir. Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 11. Yine, burada hatırlatmak gerekmektedir ki, garanti sözleşmesi görüşü ve kefalet benzeri garanti sözleşmesi görüşünü savunan yazarlar da düzenlemenin bulunduğu yeri eleştirmekte olup; Türk Borçlar Kanunu'nun özel hükümler kısmında düzenlenmesi gerektiğini ifade etmektedirler.

vermediğini; genel hükümler çerçevesinde yasal bir tazminat dayanağı olduğunu ifade etmişlerdir. Üçüncü kişinin fiilinin üstlenildiği hallerde üçüncü kişinin borcunu gereği gibi ifa etmemesi halinde üstlenen TBK m. 128 kapsamında, alacaklının uğramış olduğu zararını gidereceğini ifade eden genel bir tazminat düzenlemesi yer almaktadır.

Maddenin düzenleniş amacının her ne kadar genel hüküm meydana getirmek olduğu varsaysak ve tarihsel gelişim de bu görüşü desteklemekteyse de bugün mevcut hukuk düzeninin de TBK m. 128 düzenlemesinin teminat amaçlı bir sözleşme türüne vücut verdiği ve aslında bir şekilde üçüncü kişilerin fiillerinin üstlenildiği garanti sözleşmelerini kapsamı içine aldığı göz ardı edilemez.

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme düzenlemesinin hukuki niteliği bakımından, *genel hüküm görüşünü* savunan yazarların da bir kısmı üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin kefalet benzeri garanti sözleşmelerini kapsadığını veya iki kurumun kesişim noktasının bulunduğunu ifade etmişlerdir. Böylece, üçüncü kişinin fiilini üstlenme düzenlemesinin kefalet benzeri garanti sözleşmelerini kapsadığını ve ayrıca bu görüşün genel hüküm görüşünü savunan yazarların bir kısmı tarafından da kabul edildiği ifade edilebilecektir<sup>108</sup>.

Üçüncü kişinin fiilinin üstlenmenin hukuki niteliğinin tespit edilmesi bakımından değerlendirilmesi gereken ve açıklığa kavuşturulması gereken önemli hususlardan biri de üçüncü kişinin fiilini üstlenme düzenlemesinin üçüncü kişilerin fiillerinin üstlenildiği garanti sözleşmeleri dışında kalan kendine özgü bir uygulama alanı olup olmadığı noktasıdır. Kefalet benzeri garanti sözleşmesi ile genel hüküm görüşünü savunan yazarların da bir kısmı temelde bu noktada ayrılmaktadır. Genel hüküm görüşünü savunan yazarlar, TBK m. 128 düzenlemesinin kendine özgü, garanti sözleşmelerinden bağımsız bir alanı olduğunu ifade etmekteyken, kefalet benzeri garanti sözleşmesini savunan yazarlar, TBK m. 128 düzenlemenin, garanti sözleşmesinin alt türlerinden olan, kefalet benzeri garanti sözleşmesine vücut verdiğini ifade etmiştir.

---

<sup>108</sup> Aksi yönde görüş için bkz. Gümüş, **Borçlar Özel II**, s. 507.

Genel hüküm görüşünü savunan yazarlardan *Tandoğan* tarafından TBK m. 128 düzenlemenin genel hüküm olduğunu ve garanti sözleşmesi dışındaki sözleşme tiplerine de vücut verebileceğini destekleyici nitelikte örnekler verilmiş ve öğretilerde bu örnekler ise belli açılardan eleştirilmiştir<sup>109</sup>. Örnekleri değerlendirmek gerekirse, verilen ilk örnekte, B çok çocuklu ve maddi durumu kötü olan bir kimsedir ve arkadaşı A'da B'ye yardım etmek istemektedir. Bu nedenle, A, C ve D'nin iyi bir tutar karşılığında B'nin yapmış olduğu elişlerini alacağını, eğer belli bir tutardan az ödeme yaparlarsa da kendisinin aradaki farkı tamamlayacağını ifade etmiştir. Yazarlar, burada üçüncü kişinin fiilini üstlenme ile ahlaki bir görevin ifasının yanı sıra, koşula bağlı bir bağışlamanın da meydana geldiğini ifade etmişlerdir. *Yüce* ise burada bağışlama saiki olsa dahi, koşula bağlı bir bağışlamanın değil üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin yer aldığını ifade etmiştir<sup>110</sup>. A, B'nin belli bir değer ihtiva eden elişleri bakımından C ve D'nin belli bir tutarın altında ödeme yapması halinde, aradaki farkı kapatacağını yani B'nin zararını gidereceğini ifade etmişse kanımızca burada üçüncü kişinin fiilini üstlenme meydana gelecek olup; koşula bağlı bağışlama oluşmayacaktır. Burada, temel borç ilişkisinden kaynaklanan bir alacağın garanti altına alınması hususu da söz konusu olduğundan aynı zamanda kefalet benzeri garanti sözleşmesi de meydana gelecektir. Ancak, A, B'nin ihtiyacı olan paranın karşılanması amacıyla, B'nin belli bir değer ihtiva etmeyen elişlerini herhangi bir tutar karşılığında C ve D'nin alacağını, B'nin ihtiyacı olan paranın tam olarak karşılanmaması halinde ise geri kalan bedelin kendisi tarafından B'ye ödeneceği söz konusuysa, burada da üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin değil, koşula bağlı bağışlamanın olduğunu, kaldı ki örneğin bu halinde TBK m. 128 düzenlemesinde yer alan zarar unsurunun da ortaya çıkmadığının ifade edilmesi gerekmektedir.

Üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin, garanti sözleşmesi niteliğinde olmayan bağımsız uygulama alanına ilişkin verilen diğer bir örnek ise, çok yaşlı ve zengin olan C'nin tek ve saklı payı olmayan kanuni mirasçısı olan B, C'nin ölüme bağlı tasarrufla mirasını başkasına bırakmasından endişe etmektedir. A ise, B'ye 100.000 lira karşılığında, C'nin böyle bir tasarrufla bulunmayacağını taahhüt etmiştir. Yazar burada, üçüncü kişinin fiilini üstlenme ile kumar ve bahse benzeyen tesadüfe bağlı bir sözleşmenin olduğunu belirtmiştir. Burada, yer alan bilinmezlikten kaynaklı olarak

<sup>109</sup> Örneklerin detaylı eleştirileri için bkz. *Yüce, Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt*, s. 13 vd.

<sup>110</sup> *Yüce, Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt*, s. 13.

kumar ve bahse benzeyen tesadüfe bağlı bir sözleşme lehine yorum getirilmiştir. Ancak, üçüncü kişinin fiilini üstlenme düzenlemesi de ileride gerçekleşip gerçekleşmeyeceği kesin olmayan bir riski (bilinmezliği) barındırmaktadır. Yine, koşula bağlı olarak akdedilen sözleşmelerde de bu unsur mevcuttur. Bu bakımdan, bu tür sözleşmelerin, sırf bu niteliği bakımından kumar ve bahse benzeyen tesadüfe bağlı bir sözleşme olduğunun öne sürülmesi yerinde olmayacaktır. Bu tür kanuni veya sözleşmesel kayıtlar birçok sözleşme tipinde karşımıza çıkabilmektedir. Ayrıca, yine üçüncü kişinin fiilini üstlenen, riskin gerçekleşmesi halinde, riskten kaynaklı olarak ortaya çıkan durumu TBK m. 128 kapsamında giderecek olup; giderilmediği takdirde de alacaklı tarafından talep edilebilecektir. Bu imkân kumar ve bahse benzeyen sözleşmeler bakımından ise alacaklının böyle bir talepte bulunması mümkün değildir (TBK m. 604). Burada, temel bir borç ilişkisi kapsamındaki bir riskin üstlenilmesi söz konusu olmadığından kefalet benzeri garanti sözleşmesi de meydana gelmeyecektir. Ancak, A'nın, C'nin belli bir davranışta bulunmayacağını taahhüt etmesi saf garanti sözleşmesi yapısını çağrıştırmaktadır. Buradan, yola çıkarak TBK m. 128'in saf garanti sözleşmesi ile kesişimi olduğu görüşünü de destekleyen bir sonuca varılabilecektir. Her halükârda, burada bir garanti sözleşmesi ve kumar ve bahse benzeyen bir sözleşme görülmesi dahi kanımızca TBK m. 128 kapsamında bir üstlenme bulunmakta ve taahhüde aykırı bir durum meydana gelmesi halinde A, B'nin zararını karşılama borcu altına girecektir.

Konuya ilişkin bir diğer örnekte ise, A, B'ye, B'nin borçlusu olan C'nin borcunun geçerli ve dava edilebilir olması halinde ödeyeceği taahhüdünü vermiştir. Yazar, burada üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin kefalet sözleşmesine vücut verdiğini, ayrıca TBK m. 128'den de üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin bağımsız bir nitelik taşıması gerektiğinin anlaşılmadığı ifade edilmiştir. Aşağıda da detaylı olarak ifade edileceği üzere, üçüncü kişinin fiili üstlenme düzenlemesi, her ne kadar TBK m. 128'de yer alan düzenlemeden çıkarılamasa da gerek öğreti gerekse de yargı kararlarında ittifakla kabul edildiği üzere bağımsız bir özellik arz etmekte ve bu yönüyle kefalet sözleşmesinden ayrılmaktadır<sup>111</sup>. Özellikle üçüncü kişinin fiilini üstlenme düzenlemesini, kefalet benzeri garanti sözleşmesi olarak gören görüşe göre, her iki sözleşmenin de ayırt edilmesi hususu öğretide oldukça tartışmalıdır<sup>112</sup>. Ancak,

<sup>111</sup> Konuyla ilgili olarak bkz. Birinci bölüm, III, A, 3.

<sup>112</sup> Bu husus bakımından bkz. İkinci Bölüm, II, A.

üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin bağımsız bir nitelik arz etmesi, üçüncü kişinin borcunun geçerli ve dava edilebilir olması hali ile sınırlı olarak taahhüt edilmesine engel değildir. Bu husus tek başına, üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin ferî olarak meydana geldiğini göstermeye yeterli değildir. Kaldı ki, kefilin, temel borç ilişkisindeki borcun geçerli ve dava edilebilir olmadığı haller dışında da yapabileceği başkaca savunmaları mevcuttur. Bu bakımdan, anılan örnekte, üstlenenin borcunun kapsamının belirlenmesi amacıyla getirilmiş bir düzenleme mevcuttur. Üçüncü kişinin fiilini üstlenenin borçlarının inceleneceği kısımda ilgili husus üzerinde detaylı olarak durulacak olmakla birlikte, üstlenenin borcunun kapsamının sözleşme serbestisi kapsamında belirlenmesi sırasında, temel borç ilişkisindeki borcun geçerli ve dava edilebilir olması nispetinde ödeme yapılacağı ifade edilmesi anılan düzenlemeye tek başına bir ferî nitelik katmayacağı gibi kefalet sözleşmesine de vücut vermeyecektir. Bu bakımdan, yukarıdaki örnek bakımından, kanımızca bir kefalet sözleşmesi değil, üçüncü kişinin fiilinin üstlenme düzenlemesi kapsamında yer alan bir kefalet benzeri garanti sözleşmesi olduğu kanısındayız. Ancak, buradaki taahhüdü yorum kuralları çerçevesinde kefaletle yönelik bir taahhüt olarak yorumlarsak, zaten ferî bir taahhüt söz konusu olduğu için, TBK m. 128 anlamında bir üçüncü kişinin fiilini üstlenmeden söz etmek mümkün olmayacaktır. Öğreti ve yargı kararlarında da ittifakla ifade edildiği üzere, TBK m. 128 kapsamında üstlenenin, bağımsız olarak borç altına girmekte ve bu yönüyle kefalet sözleşmesinden ayrılmaktadır. İşbu örnek de kefalet ile kefalet benzeri garanti sözleşmelerinin ayrımının zorluğunun da açık bir delilidir.

Yukarıda da izah edilmeye çalışıldığı üzere, TBK m. 128 düzenlemesinin sadece kefalet benzeri garanti sözleşmelerine değil, başkaca sözleşme tiplerine vücut verebileceğini ya da garanti niteliğinde olmayan bir sözleşmesel taahhüt olarak karşımıza çıkabilmesi de mümkündür. Örneğin, A tarafından B'ye satılan elektronik cihazda meydana gelen hasarın, C tarafından tadilatının gerçekleştireceği ifade edilmişse ve C tarafından anılan hasar meydana geldiğinde tamir edilmezse, A, B'nin bu nedenle uğramış olduğu zararı TBK m.128 kapsamında gidermekle yükümlü olacaktır. Kanımızca, burada kefalet benzeri garanti sözleşmesi niteliğinde olmayan, bir üçüncü kişinin fiilini üstlenme meydana gelmiş olacaktır. Garanti sözleşmelerinin, ivazlı olup olmayacağı hususunda, kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme

olarak kabul edilse de ivazlı olarak akdedilmesinin önünde bir engel olmadığı gibi<sup>113</sup>, TBK m.128'in de kendine özgü bir uygulama alanının olmasına ya da kefalet benzeri garanti sözleşmesine de vücut vermesine bir engel yoktur. Kaldı ki, yukarıda da ifade edildiği üzere, üçüncü kişinin fiilini üstlenme düzenlemesinin, garanti sözleşmesi niteliğinde olmayan kendine özgü uygulama alanlarının ortaya çıkabilmesi ihtimali de bulunmaktadır.

Ancak, TBK m. 128 düzenlemesinin, garanti sözleşmeleri dışında uygulama alanlarının ortaya konulmadığı, yukarıdaki örneklerde üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin garanti sözleşmesi dışında kalan farklı uygulama alanlarının görülemediği hallerde dahi, TBK m. 128'in tipik bir sözleşmeye vücut verdiği anlamı çıkmayacaktır. Bu durumda, TBK m. 128 sadece üçüncü kişinin fiilinin garanti edildiği sözleşmeler bakımından, uygulanabilecek genel kuralı ortaya koymaktadır.

Son tahlilde, her üç görüşün karması niteliğinde sonuca varılabilecektir. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme düzenlemesi çok dar bir kapsamda da olsa saf garanti sözleşmelerini içinde barındırabilecektir. Ancak kural olarak, saf garanti sözleşmeleri TBK m.128 düzenlemesinin dışında kalmaktadır. Ayrıca, TBK m. 128 her ne kadar kefalet benzeri garanti sözleşmelerini düzenlemek amacıyla kaleme alınmışsa da kefalet benzeri garanti sözleşmeleri TBK m. 128 altında yorumlanabilecektir. Uygulama ve öğreti de TBK m. 128'i kefalet benzeri garanti sözleşmelerini meydana getirecek şekilde geliştirmektedir. Bununla birlikte, genel hüküm görüşü bakımından ise, üçüncü kişinin fiilini üstlenme düzenlemesinin dar da olsa kendine özgü bir düzenleme alanı bulunmaktadır. Kaldı ki maddenin düzenleniş biçimi de tipik bir sözleşmeye vücut vermemektedir. Ancak, mevcut düzenlemenin uygulamada daha çok kefalet benzeri garanti sözleşmesi ile karşımıza çıktığı ve bu açıdan da bir yol gösterici olduğu kanısındayız.

Yine, yukarıda yer alan açıklamalarımıza paralel olarak, kefalet benzeri garanti sözleşmeleri TBK m. 128 kapsamında yorumlanacak olmakla birlikte, saf garanti sözleşmeleri bakımından ise niteliğine uygun düştüğü ölçüde TBK m. 128 kapsamında değerlendirilebilecektir. Ancak, maddenin düzenlemesinin tam karşılığı, üçüncü

---

<sup>113</sup> Bu husus bakımından bkz. Birinci Bölüm, III, A, 2.

kişinin fiilinin üstlenildiği garanti sözleşmeleri bakımından ortaya çıkacaktır. Bununla birlikte, çok dar da olsa üçüncü kişinin fiilinin üstlenildiği garanti sözleşmeleri dışında yer alan yapılar içinde bir genel kural ihdas ettiği kabul edilebilecektir.

Ancak, her halükârda, her üç görüşü destekleyen yazarların birçoğu tarafından da ifade edildiği üzere, garanti sözleşmeleri ile ilgili özel bir düzenlemenin yapılması ve bu düzenlemenin saf garantileri ve kefalet benzeri garantileri de içine alacak şekilde, TBK'nın özel hükümler kısmında yer alması gerekmektedir<sup>114</sup>. Mevut durumda, TBK m. 128'in hukuki niteliği bakımından tartışmalar öğretide devam edecekse de uygulamada Yargıtay tarafından, TBK m.128 düzenlemesi, garanti sözleşmesi olarak görülmekte<sup>115</sup> ve garanti sözleşmeleri de halihazırda TBK m.128 çerçevesinde değerlendirilmektedir.

### III. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ ÜSTLENMENİN ÖZELLİKLERİ VE GEÇERLİLİK ŞARTLARI

#### A. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ ÜSTLENMENİN ÖZELLİKLERİ

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin hukuki niteliğini yukarıda ortaya koymaya çalıştık. Bu nedenle, bundan sonraki kısımlarda açıklamalarımızı yukarıda hukuki niteliğe ilişkin değerlendirmelerimiz göz ardı edilmeden ve buna ek olarak, TBK m. 128'in bağımsız uygulama alanının ortaya çıkaracağı ayrık durumları da kapsayacak şekilde kurumun özellikleri ve geçerlilik şartları ortaya konulmaya çalışılacaktır.

TBK m. 128 düzenlemesine göre, üçüncü kişinin fiilini üstlenen, üstlenme konusu fiilin gerçekleşmemesi halinde, üçüncü kişinin uğradığı zararı karşılama borcu altına girmektedir. Yukarıda da ifade etmiş olduğumuz üzere, TBK m. 128

---

<sup>114</sup> Özellikle mevcut Borçlar Kanunu tasarısı yayımlandıktan sonra da 'Garanti Sözleşmesi'nin özel olarak düzenlenmemiş olması eleştirilere neden olmuştur. Nami Barlas, *Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, XXI, Ankara, 2005, s. 66; Yüce, **Hukuki Nitelik**, s. 546.

<sup>115</sup> Yargıtay her ne kadar bazı kararlarında, garanti sözleşmelerinin ikiye ayrıldığı üzerinde durmuşsa da uygulamada her iki tür garanti sözleşmeleri bakımından da TBK m. 128'i uygulamış ve anılan ayırım bakımından detaylı bir değerlendirme yapmamıştır. Kararlar için bkz. dp. 59.

düzenlemesinin içeriğinden, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin unsurlarının tamamına ulaşmak mümkün değildir. Kefalet benzeri garanti sözleşmesine ilişkin getirilen tanımlar içinde 'bağımsızlık' unsuru bariz bir şekilde kendisini göstermektedir<sup>116</sup>. Bağımsızlık unsuru, her ne kadar TBK m. 128 düzenlemesinden çıkmasa da üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin bağımsızlık unsurunu içerdiği ittifakla kabul edilmektedir. Bunun yanı sıra madde düzenlemesinden de sözleşmenin tarafları dışında yer alan bir üçüncü kişiye (fiili üstlenilen) ve onun fiilinin varlığına rastlanılmaktadır. Ayrıca, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin tek tarafa borç yükleyen ve ikincil (tali) sözleşme olması gibi unsurlarının bulunduğu da öğretide ifade edilmektedir. Bunların bir kısmının üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin zorunlu unsuru olup olmadığı hususu ise tartışmalıdır. Bu bakımdan, öncelikle üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin unsurları ortaya konularak, yapıyı daha net bir hale getirmeye çalışacağız. Akabinde ise unsurlarıyla ortaya konulmuş yapının, hukuki olarak nasıl meydana getirilmesi gerektiğine, yani genel geçerlilik şartlarına ve şekline değinilerek üçüncü kişinin fiilini üstlenme düzenlemesi açık bir şekilde ortaya konulmaya çalışılacaktır.

## 1. Üçüncü Kişiye Ait Bir Riskin Üstlenilmesi

### a. Risk Kavramı

#### i. Genel Bakış

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinde, üstlenen, üstlenmeye konu riskin meydana gelmesi durumunda, alacaklının uğradığı zararı giderme borcu altına girmektedir. Burada, üstlenen temel borç ilişkisinden kaynaklanan ve başkasına ait olan bir fiili, konumuz özelinde adlandırılacağı hali ile bir riski üstlenmektedir<sup>117, 118</sup>.

---

<sup>116</sup> Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 804; Kahraman, **Saf Garanti**, s. 127; Gümüş, **Borçlar Özel II**, s. 508.

<sup>117</sup> Risk kavramının yanı sıra öğretide riziko ve tehlike kavramları da kullanılmaktadır. Risk kullanımı için bkz. Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 111; Kahraman, **Saf Garanti**, s. 29 vd.; Vahit Doğan, **Teminat Mektupları**, 6. Baskı, Ankara, Savaş Kitapevi, 2020, s. 21 vd. Riziko kullanımı için bkz. Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 147 vd.; Gümüş, **Borçlar Özel II**, s. 501 vd.; Tekinalp, **Banka Hukuku**, s. 513. Tehlike kullanımı için bkz. Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 684 vd.; Reisoğlu, **Garanti**, s. 9 vd.

<sup>118</sup> Öğretide, risk ile riziko kavramının eş kavramlar olduğu; tehlike kavramının ise daha farklı olduğu ifade edilmiştir. Tehlike, daha çok ortaya çıkması istenmeyen durum için kullanılmaktadır. Risk ise ortaya çıkan tehlikeden kaynaklı zararı ifade etmektedir. Yani daha yalın bir ifade ile tehlike olay; risk

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesine karakteristik özelliğini veren de risk unsurudur. Risk unsurunun genel olarak, teminat sözleşmelerinin kalbinde, çekirdeğinde yer aldığı ifade edilmektedir<sup>119</sup>. Riskin bulunmadığı yerde, teminat sözleşmesi de yer almayacaktır<sup>120</sup>. Konumuz bakımından anılan risk ise üçüncü kişinin fiili ile ilişki halindedir. Bu bakımdan, üstlenen, üstlenme sözleşmesinin dışında yer alan bir kişinin (üçüncü kişinin, asıl borçlunun), üstlenmeye konu fiili gereği gibi yerine getirmemesi riskini üstüne almaktadır<sup>121</sup>. Çoğu zaman, üçüncü kişinin, temel borç ilişkisinden kaynaklanan borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi riski teminat altına almaktadır. Ancak, nadiren de olsa, saf garanti sözleşmesi şeklinde, temel borç ilişkisinden kaynaklı olmayan, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmelerine de rastlanmaktadır. Yine, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi kapsamında bir riskin söz konusu olması için, üçüncü kişi ve üçüncü kişinin fiilinin de ayrı ayrı tespit edilmesi gerekecektir. Üçüncü kişiden ve fiilinden kaynaklı olmayan ancak, üstlenen tarafından taahhüt altına riskler ise kural olarak, saf garanti sözleşmelerine vücut vermektedir<sup>122</sup>.

Risk, ileride gerçekleşmesi muhtemel ancak taraflarca gerçekleşmesi istenmeyen olayın meydana gelmesi ya da taraflarca gerçekleşmesi beklenen bir olayın meydana gelmemesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır<sup>123</sup>. Bu bakımdan, risk gerçekleşip gerçekleşmeyeceği sözleşmenin taraflarınca bilinmeyen bir olgudur. Risk unsuru içinde bir bilinmezlik barındırmaktadır. Üstlenen de aslında burada yer alan riskin, bilinmezliğin sonuçlarını teminat altına almaktadır. Böylece, alacaklıyı daha huzurlu, güvenilir bir pozisyona kavuşturmaktadır. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmelerinde bu risk, çoğu zaman temel borç ilişkisinden kaynaklanmaktadır.

---

ise tehlikenin sonuçlarıdır. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinde de meydana gelen tehlikeden kaynaklanan sonuçlar teminat altına alındığından, riskten söz edilmesi daha uygun olacaktır. Kahraman, **Saf Garanti**, s. 13; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 147 vd. dp. 401. *Tandoğan* her ne kadar eserinde tehlike terimine yerine vermişse de tehlikeyi riziko anlamında kullanmaktadır. Tehlike ile rizikoyu eş anlamlı kabul ettiğinden, yukarıda değinilen tartışma kapsamında bir tercihte bulunmamaktadır. Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 684.

<sup>119</sup> Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 115; Kapancı, **Saf Garanti**, s. 99 – 100; Kahraman, **Saf Garanti**, s.29; Ayan, **Kefalet**, s. 5; Atasoy, **Garanti**, s. 110.

<sup>120</sup> Gümüş, **Borçlar Özel II**, s. 502.

<sup>121</sup> Burada, üstlenenin, riski üstlenme iradesi açıkça ortaya konulmalıdır. Üçüncü bir kişinin belli bir fiilde bulunmasını sağlayacağını ya da yalın olarak üçüncü kişinin bir fiili yerine getireceğine ilişkin ifadeler konumuz bakımından muğlak kalacak olup; üçüncü kişinin fiilini üstlenme kapsamında değerlendirilemeyecektir. Eren, **Borçlar Genel**, s. 1157; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 982.

<sup>122</sup> Kahraman, **Saf Garanti**, s. 20 – 21; Ayan, **Kefalet**, s. 6.

<sup>123</sup> Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 148; Kapancı, **Saf Garanti**, s. 100; Hilal Yener Coşkun, **Banka Teminat Mektupları İlgililerin Hak ve Borçları**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 39.

Temel borç ilişkisindeki borçlunun, edim konusu ifayı gereği gibi yerine getireceği taahhüt edilmektedir. Örneğin, satış sözleşmesinde, satıcının satışa konu malı, sözleşmeye uygun şekilde ifa edeceğinin taahhüt edilmesi ya da yine benzer bir borç ilişkisinde alıcının ödeme gücünün teminat altına alınmasında olduğu gibi. Bunun yanı sıra, temel borç ilişkisine hiçbir atfın yer almadığı, ancak, üçüncü kişinin fiilinin üstlenildiği yapılarında mümkün olduğuna yukarıda değinmiştik.

Riskin ortaya çıkıp çıkmayacağı taraflarca bilinmemektedir ve ortaya çıkması da kural olarak, istenmemektedir. Bu bakımdan, riskin ortaya çıkıp çıkmayacağını, taraflarca, sübjektif olarak bilinmemesi yeterli midir yoksa objektif olarak bir bilinmezliğin mi mevcut olması gerekmektedir? Öncelikle ifade edilmelidir ki, üstlenmeye konu riskin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği taraflarca kesin olarak biliniyorsa ortada bir risk, bir bilinmezlik olmayacağından üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi de olmayacaktır<sup>124</sup>. Üstlenmeye konu riskin, objektif mi yoksa sübjektif olarak mı bilinmezlik içermesi konusunda ise, ağırlıklı görüş sübjektif bilinmezliğin yeterli olduğu yönündedir<sup>125</sup>. Üstlenmeye konu riskin ortaya çıkıp çıkmayacağı hususu, üstlenme sözleşmesinin akdedildiği sırada taraflarca bilinmiyorsa, ancak ortaya çıkıp çıkmayacağı kesin olsa dahi, taraflar bakımından sübjektif olarak bilinmezliği içermesi nedeniyle yeterli olacaktır. Taraflarca üstlenmeye konu riskin ortaya çıkıp çıkmayacağı bilinmese de objektif olarak bu durumun bilinmesi mümkün olabilir. Bu durumda, taraflar bakımından bir bilinmezlik bulunması nedeniyle, riskin mevcut olduğu, taahhüdün geçerli olduğu ifade edilebilecektir. Risk, her ne kadar taraflar bakımından sözleşmenin akdedilmesinden sonra ortaya çıkacaksa da aslında sözleşmenin akdedilmesinde önce de meydana gelmiş olabilecektir. Öğretide, bu konuda, satılan tablonun gerçek mi sahte mi olduğu satış esnasında taraflarca bilinmiyorsa ve ileride tablonun sahte olduğu ortaya çıkması örneği de riski konu edinen garanti sözleşmeleri kapsamında sıklıkla dile getirilmektedir<sup>126</sup>. Burada her ne kadar, tablonun sahteliği objektif olarak belirli de

---

<sup>124</sup> Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 684; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 148; Kapancı, **Saf Garanti**, s. 100.

<sup>125</sup> Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 684; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 149.

<sup>126</sup> Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 684. Ayrıca, ifade edilmesi gerekmektedir ki, ilgili örnek, üçüncü bir kişinin fiilini konu edinmediğinden, konumuz özelinde bir üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi meydana getirmeyecektir.

olsa, taraflar bakımından bir bilinmezlik içerdiği için, üstlenme sözleşmesinin konusunu oluşturabilecektir.

## ii. Riskin Belirli veya Belirlenebilir Olması

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme bakımından, üstlenmeye konu ilişki<sup>127</sup> ve bundan doğacak risklerin belirli ya da belirlenebilir olması gerekmektedir<sup>128, 129</sup>. Üstlenmeye konu ilişkinin ve riskin belirli olması halinde bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Ancak, uygulamada, çoğu zaman daha geniş kapsamlı taahhütlere rastlanmaktadır. Bu bakımdan, üstlenme kapsamında yer alan ilişkinin ve risklerin tespit edilmesi önem arz etmektedir.

Üstlenme konusu ilişkinin belirliliği noktasında, neyin üstlenildiğinin, bir temel borç ilişkisi söz konusu ise temel borç ilişkinin kapsamının ortaya konulması gerekmektedir. Bunun yanı sıra ortaya çıkacak risk ya da risklerin de belirlenebilir olması ya da üstlenme sözleşmesinin yorumlanması neticesinde ortaya konulabilecek nitelikte olması gerekmektedir. Üstlenenin, üçüncü kişi ile alacaklı arasında akdedilecek her türlü sözleşme bakımından doğacak riskleri teminat altına aldığına

---

<sup>127</sup> Çoğu zaman üstlenmeye konu ilişki, alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki temel borç ilişkisi kapsamında ortaya çıkacaktır. Ancak, yukarıda da ifade etmiş olduğumuz üzere, üstlenme sözleşmesi bakımından temel borç ilişkisi zorunlu olmadığı gibi üstlenme sözleşmesi kapsamında saf garanti sözleşmelerine de rastlanabilecektir. Bu bakımdan, üstlenmeye konu ilişkinin, uygulamada sıklıkla karşımıza çıkacak yapıda temel borç ilişkisinin belirli olması gerekmektedir.

<sup>128</sup> Kahraman, **Saf Garanti**, s. 33; Gümüş, **Borçlar Özel II**, s. 502; Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s.116; Develioğlu, **Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme**, s. 989. Ayrıca, riskin kapsamının çok geniş olduğu, kapsamının tespitinin zor olduğu durumlarla ilgili detaylı açıklamalar için bkz. Bilgehan Çetiner, **Geniş Kapsamlı Teminat Amacı Açıklamalarının Geçerliliği Sorunu**, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.22, Sa.3, s. 805.

<sup>129</sup> Yargıtay tarafından da TBK m. 128 çerçevesinde yorumlanan sözleşmeler bakımından riskin belirlenebilir olması gerektiği “belirsizliğin garantisi olmaz” ifadesiyle açıklanmaktadır. “...belirsizliğin de garanti olmaz. Bir başka deyimle sözleşme kurulduğu anda garanti edenin neyi garanti ettiğini bilmesi ya da bunu belirlemeye elverişli bilgilerin sözleşmede yer alması gerekir.” Yarg. 19. HD. 2016/15718 E., 2018/740 K. ve 19.02.2018 T. kararı. Ayrıca bkz. Yarg. 11. HD. 2018/3870 E., 2019/5469 K. ve 16.09.2019 T. kararı; Yarg. 19. HD. 2002/7948 E., 2003/4962 K. ve 09.05.2003 T. karar; 19. HD. 2002/6753 E., 2002/6993 K. ve 01.11.2002 T. kararı; Yarg. 19. HD. 2001/8061 E., 2002/5973 K. ve 23.09.2002 T. kararı. ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr); Son Erişim Tarihi: 01.09.2021).

ilişkin sözleşme kayıtları ise geçersiz olacaktır<sup>130, 131</sup>. Bu tür kayıtlar, TMK m. 23 kapsamında, üstlenenin ekonomik özgürlüğüne de büyük ölçüde kısıtlama getireceğinden geçersiz kabul edilmektedir. Buna paralel olarak, Yargıtay kararlarında, taahhüt altına alınan riskin kapsamının da ayrıca belirli ya da sözleşmenin yorumlanması neticesinde belirlenebilecek şekilde ortaya konulması gerektiği ifade edilmektedir<sup>132</sup>. Bu noktada, spesifik olarak belirlenen üstlenmeye konu ilişki kapsamında meydana gelecek her türlü riskin teminat altına alındığı hallerde, yani riskin kapsamının tam olarak belirlenmediği hallerde ise üçüncü kişinin fiilini

---

<sup>130</sup> Develioğlu, **Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme**, s. 990; Kahraman, **Saf Garanti**, s. 33. “...hangi riskin garanti edildiği belli edilmeden ‘...her türlü borç ilişkisinden doğmuş ve doğacak tüm alacakları’ garanti edilmesi garanti sözleşmesi ile bağdaşmaz.” Yargıtay 19. HD. 2001/8061 E., 2002/5973 K. ve 23.09.2002 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr); Son Erişim Tarihi: 01.09.2021). Ayrıca, benzer yönde karar için bkz. Yarg. 19. HD. 2002/6753 E., 2002/6993 K. ve 01.11.2002 T. kararı ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr); Son Erişim Tarihi: 01.09.2021).

Yine, Yargıtay tarafından birden fazla hukuki ilişki söz konusu olduğunda da tek bir garanti sözleşmesi ile bütün hukuki ilişkilerin teminat altına alınmayacağı ifade edilmektedir. “...Ayrıca taraflar arasındaki tüm ilişkilerden doğacak risklerin tek bir garanti sözleşmesi ile güvence altına alınması da garanti sözleşmesini geçersiz kılar. Taraflar arasında birden fazla hukuki ilişki mevcut ise her bir hukuki ilişkiden doğacak riskler ayrı bir garanti sözleşmesi ile güvence altına alınmalıdır.” (Yarg. 11. HD. 2018/3870 E. 2019/5469 K. ve 16.09.2018 T. kararı.) ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr); Son Erişim Tarihi: 01.09.2021).

<sup>131</sup> Üstlenme sözleşmesi yer alan kayıtların geçersizliği noktasında ise üstlenme sözleşmesi ile kapsamı ortaya konulamayan ilişkileri de kapsayacak şekilde yer alan kayıtların yokluğu; üstlenme sözleşmesi ile öngörülen kapsamı aşan durumlarda da aşan kısmın kısmi hükümsüzlüğü gündeme gelecektir. Çetiner, **Teminat**, s. 823 vd.

<sup>132</sup> “...garanti sözleşmesi düzenlendiği anda garanti edilen edimin sınırlarının açıkça belirlenmiş olması ya da belirlemeye yarayan koşul ve açıklamaların sözleşmede yer almamış bulunması halinde garanti edenin sorumluluğundan söz edilmez.” YHGK, 2002/19-182 E., 2002/217 K. ve 10.04.2002 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr); Son Erişim Tarihi: 01.09.2021).

Anılan kararlar da garanti verenler, borçlunun banka ile akdetmiş olduğu kredi sözleşmesinden kaynaklanan her türlü doğmuş ve doğacak borcunu teminat altına almaktadır. Ancak, kredi sözleşmesinin akdedildiği sırada öngörülen tutarlar, ilerleyen zamanlarda artmıştır. Yargıtay da garanti verenin ancak kredi sözleşmesinin akdedildiği sırada var olan limitler çerçevesinde sorumlu olacağına hükmetmiştir.

*Gümüş* ise burada garanti verenlerin artan limitler dahilinde de sorumlu olması gerektiğini; belirli veya belirlenebilir olma kıstasının borç ilişkisi bakımından geçerli olduğunu; somut olayda teminat konusu borç ilişkisi de belirli olduğundan garanti verenin taahhüdünün geçerli olması gerektiği ifade etmiştir. Garanti veren belirli bir borç ilişkisi bakımından teminat sağlamaktadır. Daha sonra kredi sözleşmesindeki risklerin artması garanti vereni etkilememeli aksi takdirde garanti sözleşmesi karşımıza ‘gevşek kefalet sözleşmesi’ olarak çıkacaktır. Gümüş, **Borçlar Özel II**, s. 502-503. Benzer yönde Yargıtay 19. HD. 2000/9411 E., 2001/3328 K. ve 01.05.2001 T. kararı:

“...sözleşmede limitle bağlı olmaksızın doğmuş ve doğacak borçlardan sorumlu olunacağı hükmü de yer almaktadır. Bu hüküm karşısında, garanti edenin sorumluluğunun sözleşme tarihindeki kredi limiti ile sınırlı olduğu söylenemez. Aksi halde garanti sözleşmesinin kefaletten herhangi bir farkı kalmaz. Ne var ki, garanti edenin sınırsız bir limit aşımından sorumlu tutulması da belirsizliğin garantisi olmaz ilkesiyle bağdaşmaz. O halde önceden sınırı belirlenmemiş ise sözleşme kurulurken asıl borçlu yönünden saptanan kredi limitinin makul (kabul edilebilir) ölçülerde aşılması durumunda garanti verenin limit aşımından da sorumlu tutulabileceğinin ve bir misline kadar olan limit aşımının makul (kabul edilebilir) olduğunun kabulü gerekir.” Ayrıca bkz. YHGK. 2002/19-182 E., 2002/217 K. ve 10.04.2002 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr); Son Erişim Tarihi: 01.09.2021). Yine konuyla ilgili olarak bkz. Çetiner, **Teminat**, s. 823.

üstlenme sözleşmesi geçerli olarak kalacaksa da riskin kapsamının belirlenebilen kısmını aşan tutar ise kısmi olarak hükümsüz olacaktır.

Gerçek kişiler tarafından verilen teminatlar bakımından, TBK m. 603 kapsamındaki tartışmalar da önem arz etmektedir<sup>133</sup>. Burada, kısaca değinmek gerekirse, kefalete ilişkin şekil şartlarının doğrudan gerçek kişiler tarafından akdedilen üstlenme sözleşmesine uygulanacağını belirten görüşe göre üstlenenin sorumluluk sınırı sözleşmede yazılı olarak yer almalıdır<sup>134</sup>. Aksi takdirde, üstlenme sözleşmesi geçersiz olacaktır. TBK m. 603'ün göndermesiyle kefalete ilişkin şekil şartlarının kıyasen uygulanması gerektiği ve sorumluluk sınırının üstlenme sözleşmesinde belirtilmesinin zorunlu olmadığını savunan görüşe göre ise riskin kapsamının ayrıca belirlenmesi gerekmemektedir<sup>135</sup>. Bu durumda, üstlenmeye konu ilişkinin belirli olması yeterli olacaktır.

Bunun yanı sıra, TBK m. 603'ün uygulanması noktasında ortaya çıkan tartışmalardan da bağımsız olarak, teminat konusu riskin belirli veya belirlenebilir olması ile birlikte riskin kapsamı da sözleşme ile daraltılabilir<sup>136</sup>. Üstlenen, üstlenme konusu sözleşmeden kaynaklı her türlü risk bakımından teminat sağlayabileceği gibi, sadece belli başlı riskler bakımından ya da belli bir tutardan sorumlu olacak şekilde de teminat sağlayabilir. Bu tür bir kaydın yer almaması halinde, üstlenen, temel borç ilişkisi kapsamında ortaya çıkacak her türlü riskten kaynaklı zararı karşılama borcu altına girecektir<sup>137</sup>.

Üstlenme sözleşmesi ile teminat altına alınan temel borç ilişkisinden kaynaklanan riskin, üstlenme sözleşmesinin akdedilmesi sonrası artması hali de konumuz bağlamında önem kazanmaktadır. Özellikle, bu durum uygulamada, kredi kartı veya genel kredi sözleşmeleri bakımından verilen taahhütler bakımından ortaya çıkmaktadır. Örneğin, B'nin, C bankasından alacağı 5.000,00-TL'lik kredi kartı bakımından, B'nin borcunu gereği gibi yerine getireceğini aksi takdirde bankanın

---

<sup>133</sup> İlgili tartışmalar için bkz. Birinci Bölüm, III, B, 4.

<sup>134</sup> Özen, **Kefalet**, s. 49.

<sup>135</sup> Gümüş, **Borçlar Özel II**, s. 503.

<sup>136</sup> Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 811; Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 305; Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 119.

<sup>137</sup> Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 811; Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 306; Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 117.

uğradığı zararı gidereceğini üstlenen A, acaba kredi kartı limitinin ilerleyen yıllarda 10.000,00-TL'ye çıkması halinde bu miktar uyarınca mı sorumlu olacaktır? Yargıtay, bu noktada üstlenenin, artan kısım bakımından ayrıca muvafakat vermediği hallerde, artan borçlardan dolayı sorumlu olmayacağını ifade etmektedir<sup>138</sup>. Öğretide de üstlenenin artan zararlardan sorumlu olup olmayacağı noktası tartışmalı olup; ikili bir ayırım üzerinden değerlendirilme yapılmaktadır. Temel ayırım, zararın artmasının üstlenenden mi yoksa alacaklıdan kaynaklı olarak mı ortaya çıktığı noktasındadır<sup>139</sup>. Üstlenen, alacaklının kusurundan kaynaklı ortaya çıkan zararlar bakımından sorumlu olmayıp; kendisinin kusurundan kaynaklı olarak artan zararlardan ise sorumlu olacaktır. Alacaklıdan kaynaklı olarak artan zararlar bakımından, üstlenen artan kısım bakımından sorumlu olmayacaktır. Yoksa, üstlendiği kısım bakımından sorumluluğu devam etmektedir. Bu ayırım özellikle, tüzel kişiler tarafından verilen teminatlar bakımından önem arz edecektir. Tüzel kişiler, tarafından akdedilen üstlenme sözleşmelerinde üst sınırın açıkça belirtilmesi zorunlu olmadığı için anılan tartışma güncelliğini korumaya devam edecektir. Ancak, TBK m. 603 hükmü ile gerçek kişilerce verilen teminatlar bakımından azami sorumluluk miktarının kararlaştırılması zorunlu hale getirildiğinden; gerçek kişi üstlenenler azami sorumluluk miktarı içindeki zararlardan sorumlu olacak olup; azami sorumluluk miktarını aşan zararlar bakımından ise her halükârda onların hiçbir sorumlulukları yer almayacaktır.

---

<sup>138</sup> “Garanti verenin muvafakati olmadan akdi ilişkideki koşulların borçlu aleyhine ağırlaştırılması veya borçlunun yeni birtakım yükümlülükler üstlenmesi garanti kapsamı dışında kalır. Zira BK'nın 98. maddesi (mevcut TBK m. 114) yollamasıyla akde muhalefet halinde uygulanması gereken aynı yasanın 44/1. maddesi (mevcut TBK m. 49) hükmü ve iyiniyet kuralları karşısında garanti alana (banka) kendi kusurlu davranışlarıyla borcun artmasına sebebiyet vermiş olacağından, böyle bir durumda garanti edenin artan borçtan sorumlu olması düşünülemez.” YHGK. 2001/19-998 E., 2001/1088 K. ve 28.11.2001 T. kararı ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr); Son Erişim Tarihi: 01.09.2021). Aslında, burada ifade edilecektir ki, dipnot 129 ve 132'de yer alan tartışmalar da benzer noktadan çıkmaktadır. Orada yer alan kararlarda da bankalar ile akdedilen sözleşmeler ile bankaya karşı anılan sözleşmeden kaynaklı her türlü borç bakımından taahhüt verilmektedir. Ancak, daha sonrasında anılan kredi kartının limitinin artması hali ya da genel kredi sözleşmesi çerçevesinde kullanılan kredinin limitinin artmasının üstlenene etkisi üzerinde durulmaktadır. Belirli ve belirlenebilir olma ile riskin sonradan artması noktası bu noktada kesişmektedir: üstlenen kredi ve kredi kartı sözleşmesinden kaynaklı her türlü riski mi teminat altına almaktadır yoksa sadece üstlenme sırasında mevcut olan riskleri mi?

<sup>139</sup> Reisoglu, **Garanti**, s. 12.

### iii. Mücbir Sebep veya Beklenmeyen Hallerin Meydana Gelmesi Halinde Sorumluluk

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesine konu temel borç ilişkisinden kaynaklanan riskin, tarafların iradesi dışında mücbir sebep veya beklenmeyen hallerin neticesinde ortaya çıkması halinde, üstlenenin sorumluluğunun da değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>140</sup>, <sup>141</sup>. Her iki halin de ortaya çıkması, temel borç ilişkisindeki borçlunun borcunu ifa etmesini engellemekteyse, borçlu kusurlu olmadığını ispatladığı takdirde borcundan kurtulmaktadır<sup>142</sup>. Beklenmeyen hal, sübjektif olarak, mücbir sebep ise objektif olarak sözleşmenin taraflarının sözleşmeye konu edimlerinin ifasının gerçekleştirilmesini etkilemektedir<sup>143</sup>. Üstlenme sözleşmeleri bakımından ise bir görüşe göre, riskin, mücbir sebep ve beklenmeyen hal nedeniyle ortaya çıkması halinde üstlenenin de sorumluluğu sona ermelidir<sup>144</sup>. Burada, lehine taahhüt verilen borçlunun borcunun sona erecek olması karşısında üstlenenin sorumluluğunun devam etmesinin hakkaniyet ilkesine aykırı olduğu ifade edilmektedir. Üstlenenin, sorumluluğunun devam edeceğini öne süren yazarlar<sup>145</sup> ise mücbir sebep ve beklenmeyen hal nedeniyle ortaya çıkacak zararların da aslında üstlenme sözleşmesinin kapsamında yer aldığını ifade etmektedirler. Diğer bir ifade ile, üstlenenin, kural olarak, temel borç ilişkisindeki borcun ifasına engel olabilecek her türlü hali teminat altına aldığı ifade edilmektedir. Bizce de üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin ve ayrıca garanti sözleşmelerinin ruhuna uygun düşen bu ikinci yaklaşımdır<sup>146</sup>. Ancak, üstlenme sözleşmesi ile mücbir sebep ve beklenmeyen

<sup>140</sup> Detaylı açıklama için bkz. Reisoğlu, **Garanti**, s. 11-12; Kahraman, **Saf Garanti**, s. 33 vd.; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 153 – 154; Doğan, **Teminat Mektupları**, s. 430.

<sup>141</sup> *Gümüş'e* göre TBK m. 128'in garanti sözleşmesi ile hiçbir bağının olmadığını; hatta bir sözleşme dahi olmadığını, maddenin genel bir tazminat düzenlemesi olduğunu ifade ettiğine değinmiştik. Yazar, üçüncü kişinin fiilini üstlenme düzenlemesi ile kefalet benzeri garanti arasındaki farkı da kaza ve mücbir sebep noktasında açıklamaktadır. Riskin, kaza veya mücbir sebep neticesinde ortaya çıkması halinde; üstlenenin borcundan kurtulacağını, garanti edenin ise borcunun kapsamında ise kaza veya mücbir halinde ortaya çıkan risklerin de girdiğini ifade etmektedir. Gümüş, **Borçlar Özel II**, s. 507.

<sup>142</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel I**, s. 431.

<sup>143</sup> Detaylı açıklama için bkz. Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel I**, s. 431 – 432; Faruk Acar / Eyüp Kul, *Mücbir Sebeplerin Banka Teminat Mektuplarının Paraya Çevrilmesine Etkisi*, **İÜHFİM**, C. 78, Sa. 3, 1355 vd.

<sup>144</sup> Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 225; Arık, **Başkasının Fiilini Taahhüt**, s. 57.

<sup>145</sup> Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 812; Kahraman, **Saf Garanti**, s. 34.

<sup>146</sup> Banka teminat mektuplarına ilişkin olarak ise her ne kadar riskin beklenmeyen hal ve mücbir sebep neticesinde meydana gelmesinin bağımsız nitelikteki teminat mektubu üzerinde bir etkisi olmayacağı ifade edilmişse de diğer yandan bu tür durumların akabinde yapılan ödeme taleplerinin haksız ödeme talebi olduğu, taahhüt alanın teminat mektubunu iade edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Acar/Kul, **Mücbir Sebep**, s. 1367 vd.; Doğan, **Teminat Mektupları**, s. 429 vd.

hal nedeniyle riskin gerçekleşmesi durumunda ortaya çıkacak zararlardan üstlenenin sorumlu olmayacağı kararlaştırılabilir<sup>147</sup>.

#### iv. Risk Bir Tür ‘Koşul’ Olarak Değerlendirilebilir mi?

Risk unsuru ile geciktirici koşul birbirine çok yakın kavramlardır. Hatta üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinde yer alan risk unsurunun aslında geciktirici koşul olduğu ifade edilmektedir. Bu görüşü savunan yazarlar, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesini koşula bağlı sözleşme olarak yorumlamaktadır<sup>148</sup>.

Geciktirici koşul, kanunda, riske benzer şekilde ‘gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen olgu’ olarak tanımlanmaktadır (TBK m. 170). Risk de benzer şekilde tanımlanmakla birlikte, temel fark, riskin ayrıca taraflarca ortaya çıkması istenmeyen, kaçınılan, zarar meydana getirici bir olgu olmasıdır. İki kurum arasındaki bir diğer fark olarak da koşul, her zaman ileride gerçekleşebilecek bir olguya ilişkin olmalıdır<sup>149</sup>. Koşulun kararlaştırıldığı sırada, meydana gelmiş olgular TBK m. 170 vd. kapsamında bir koşul oluşturmayacaktır. Ancak, geçmişte meydana gelen ve sübjektif olarak taraflarca bilinmeyen olgular her ne kadar koşul olarak kararlaştırılamayacaksa da konumuz özelinde risk olarak kararlaştırılabilecektir<sup>150, 151</sup>.

Bunlara ek olarak, her iki kavram yapısal olarak da birbirinden farklılık arz etmektedir. Teminat sözleşmelerine karakteristik özelliğini kazandıran unsurun risk olduğunu ifade etmiştik. Risk, teminat sözleşmelerinin olmazsa olmaz unsurudur<sup>152</sup>. Koşul ise tarafların ortak iradeleri sonucunda sözleşmeye eklenen iradi bir unsurdur<sup>153</sup>. Koşul olmadığı takdirde de koşula bağlanan sözleşme yapıları akdedilebilecektir.

<sup>147</sup> Reisoğlu, **Garanti**, s. 12; Kahraman, **Saf Garanti**, s. 35;

<sup>148</sup> Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 101 vd.; Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 103 vd.; Atasoy, **Garanti**, s. 114; Çebi, **ÜFT**, s.125. *Develioğlu*, konuya ilişkin açıklamalarının devamında iradi şartın değil hem tesadüfe hem de üçüncü kişinin iradesine bağlı bir karma şartın yer aldığından söz etmektedir. Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 103 – 104.

<sup>149</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 515; Turgut Akıntürk, *Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerinde Bir İnceleme*, **AÜHFD**, C: 27, 1970, s. 224; Hasan Pulaşlı, **Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları**, Dayınlarlı Yayıncılık, 1989, s. 37 vd. ve ayrıca 75 vd.

<sup>150</sup> İlgili husus ile ilgili olarak bkz. Birinci Bölüm, III, B, 3, b.

<sup>151</sup> Bu noktada, risk, gerçekleşmiş veya gerçekleşebilecek olguları kapsadığı için koşula nazara daha geniş bir alana sahip olacaktır.

<sup>152</sup> Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 90; Kahraman, **Saf Garanti**, s. 29.

<sup>153</sup> Pulaşlı, **Şart**, s. 8; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1165; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 964; Akıntürk, **Şart**, s. 226; Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 90; Kahraman, **Saf Garanti**, s. 29.

Ancak, riskin olmadığı yerde teminat sözleşmesinden söz edilmesi ise mümkün değildir. Risk, teminat sözleşmenin akdedilmesi ile birlikte sözleşmenin ayrılmaz bir parçası olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, risk, her ne kadar koşula benzese de TBK m. 170 vd. yer alan düzenlemeler ışığında bir koşul teşkil etmemektedir<sup>154</sup>.

Bununla birlikte, risk meydana geldiği takdirde üçüncü kişinin fiilini üstlenenin zararı karşılama borcu, aksi yönde bir kararlaştırma yoksa, TBK m. 90 uyarınca doğacak ve muaccel hale gelecektir. TBK m. 170 vd. “Koşullar” başlığı altında düzenlenen geciktirici koşula bağlı sözleşmelerde ise sözleşme koşulun gerçekleşmesi ile hüküm ifade edecektir<sup>155</sup>. Diğer bir ifade ile üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinde, üstlenme borcunun doğumu (dar anlamda borç, borç) riskin gerçekleşmesine bağlıken, genel olarak, koşula bağlı sözleşmelerde, sözleşmenin hükümlerini doğurması (geniş anlamda borç, borç ilişkisi) koşulun gerçekleşmesine bağlanmaktadır. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinde yer alan risk unsuru, üstlenenin borcunun doğumunun yanı sıra borcunun kapsamının ve ifa zamanının tespit edilmesi noktasında önem kazanmaktadır<sup>156</sup>. Diğer bir ifade ile risk kavramı, üstlenenin borcu ile ilintilidir, borç ilişkisinin meydana gelmesi ile değil. Ancak, geciktirici koşul gerçekleşmediği takdirde, burada yer alan risk unsuru borç ilişkisi ile ilintili olduğundan, geciktirici koşula bağlanan sözleşme hüküm ifade etmez.

Yukarıda TBK m. 170 vd. düzenlenen iradi koşula ilişkin farklara değindik. İradi koşulun yanı sıra kanuni koşul kavramı da ayrıca ele alınmalı ve risk kavramıyla ilintisi tespit edilmelidir<sup>157</sup>. Öğretide risk unsurunun iradi koşul olmadığı ancak kanuni koşul olduğu yönünde de görüşler mevcuttur<sup>158</sup>. Kanuni koşul bakımından ise bir

---

<sup>154</sup> Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 155; Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 113; Gümüş, **Borçlar Özel II**, s. 502; Burcu Aslan, **Garanti Sözleşmeleri**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2020, s. 18.

<sup>155</sup> Lale Sirmen, **Türk Özel Hukukunda Şart**, BATİHAE, Ankara, 1992, s. 37; Akıntürk, **Şart**, s. 224. Öğretide, sözleşmenin yanı sıra, sözleşmenin içinde yer alan borçların da şarta bağlanabileceğini ifade etmiştir. Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 507; Andreas von Tuhr, **Borçlar Hukuku 1-2**, Çev: Cevat Edege, Ankara, Yargıtay Yayınları, 1983, s. 737.

<sup>156</sup> Sirmen, teminat amacı ile akdedilen sözleşmelere ilişkin olarak yaptığı açıklamalarında, bu tür sözleşmelerde yer alan belirsizliğin borcun kapsamı ve ifa noktasında olduğu; bunun da tarafların iradelerinden değil, teminat sözleşmelerinin yapısından kaynaklandığını ifade etmektedir. Sirmen, **Şart**, s.40.

<sup>157</sup> Kanuni şarta ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Sirmen, **Şart**, s. 84 vd; Akıntürk, **Şart**, s. 227 vd.

<sup>158</sup> Kayak, iradi koşul ile risk arasındaki temel farkın sözleşmenin hükümlerinin doğurması noktasında olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi riskin gerçekleşmesi ile geriye etkili olarak hükümlerini doğuracaktır. Yani baştan itibaren geçerli olacaktır. Ancak, koşula

işlemin hükümlerinin doğurması için kanunda öngörülen bir halin gerçekleşmesi gerekmektedir<sup>159</sup>. Örnek olarak, yetkisiz temsilcinin yaptığı hukuki işlem ancak temsil olunan tarafından onaylandığı takdirde temsil olunanı bağlayacaktır (TBK m. 46). Hukuki işlemin temsil olunan bakımından sonuç doğurması için temsil olunanın rızası aranmaktadır. Burada yer alan rızanın hukuki işlemin sonuçlarını doğurması bakımından kanuni bir şart olduğu ifade edilmektedir<sup>160</sup>. Ancak, burada da rıza hukuki işlem bakımından sonuç doğuracaktır.

Kanımızca da üçüncü kişinin fiili üstlenme sözleşmesi koşula bağlı olmayan bir sözleşmedir<sup>161</sup>. Risk yapı olarak kanuni koşula daha çok benzemekteyse de kanuni koşul da iradi koşul gibi borç ilişkisi bakımından risk ise üstlenenin zararı karşılama borcu bakımından önem arz etmektedir. Bu farka ek olarak, risk, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmelerinin doğasından kaynaklanmaktadır. İradi koşul ise tarafların iradeleri ile herhangi bir sözleşme bakımından kararlaştırdıkları bir kavramdır. Yine, koşul gelecekteki bir olguya ilişkin olarak kararlaştırılabilecekken, risk bakımından böyle bir sınırlama yer almamaktadır. Bu nedenlerle, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin, koşula bağlı bir sözleşme olduğu görüşüne katılmamakla birlikte, burada önemle ifade edilmesi gerekir ki, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi koşula bağlı olarak meydana getirebilir. Her ne kadar, risk ile koşulun farklı kavram olduğuna değinmişsek de kanımızca, kanunda yer alan geciktirici koşula ilişkin

---

bağlı sözleşmeler, koşulun gerçekleşmesi ile ileriye etkili olarak hükümlerini doğurmaktadır. Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 155.

<sup>159</sup> Sirmen, **Şart**, s. 84; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 959; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1163; Kemal Oğuzman / Nami Barlas, **Medeni Hukuk**, 26. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020, s. 214 vd.; Haluk Nami Nomer, **Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları**, İstanbul, Beta, 2002, s. 96; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s.506; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 155.

<sup>160</sup> Sirmen, **Şart**, s. 84; Akıntürk, **Şart**, s. 228. Benzer yöndeki örnekler için bkz. Oğuzman/Barlas, **Medeni Hukuk**, s. 214 vd.

<sup>161</sup> Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 113, dp. 515. *Sirmen*'de kefalet ve garanti sözleşmelerinin koşula bağlı sözleşmeler olmadığını ifade etmiştir. Sirmen, **Şart**, s. 39.

düzenlemeler niteliğine uygun düştüğü takdirde üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi bakımından da uygulama alanı bulabilecektir<sup>162, 163</sup>.

## b. Riskin Üçüncü Kişiden (Asıl Borçludan) Kaynaklı Olarak Meydana Gelmesi

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi, üstlenen ile alacaklı arasında akdedilmektedir. Üstlenen, kural olarak, üçüncü kişinin, yani kendisi ve alacaklı dışında yer alan bir kişinin fiilinden kaynaklı olarak meydana gelecek zararları karşılayacağını üstlenmektedir<sup>164</sup>. Yani, taahhüt altına alınan fiil, üçüncü kişiye ait bir fiildir. Üçüncü kişi, gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilecektir. Her ne kadar, üçüncü kişinin fiili teminat altına alınmış olsa da işbu durum üçüncü kişiyi borç altına sokmamaktadır<sup>165</sup>. Üstlenme sözleşmesi ile borç altına giren üstlenendir. Kural olarak da sözleşmeler ancak tarafları arasında borç doğurmaktadır<sup>166</sup>. Bu bakımdan, üstlenme sözleşmesi ile üçüncü kişinin borç altına sokulması mümkün değildir<sup>167</sup>. Borcu üstlenilen üçüncü kişi, üstlenmeye konu sözleşmeyi akdetmekte özgür olduğu gibi, akdetmediği sürece borç altına girmesi de söz konusu olmayacaktır.

<sup>162</sup> Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 91.

Kanunda yer alan geciktirici şarta ilişkin hükümlerin üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmelerine niteliğine uygun düştüğü takdirde uygulanmasının nedeni kanımızca beklenen hak kavramı ile ilişkilidir. Aşağıda detaylı olarak açıklayacak olmakla birlikte, kısaca ifade etmek gerekirse, koşula bağlı sözleşmelerde tarafların borçları koşul gerçekleşinceye kadar askıdadır. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinde ise üstlenenin zararı karşılama borcu risk gerçekleşinceye kadar askıdadır. Askı süresinde, tarafların bir beklenen hakkı bulunmaktadır. Koşula bağlı sözleşmelerde, koşul gerçekleşinceye kadar tarafların sahip olduğu imkanlara, beklenen hak sahibi olan alacaklı da sahiptir. Özellikle, alacaklının korunması bakımından, koşula ilişkin hükümlerin niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanması gerekmektedir. Diğer bir ifade ile koşula bağlı sözleşme ile üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesini birbirine yakınlaştıran, borcun askıda olması nedeniyle tarafların beklenen hak yapısı ile korunmasıdır. Beklenen hak kavramı ile ilgili detaylı açıklamalar için bkz. Nomer, **Beklenen Hak**, s. 85 vd.; Sirmen, **Şart**, s. 132 vd.

<sup>163</sup> Kapancı, iki kurum arasındaki farkı ya da koşula ilişkin bazı hükümlerin, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinde yer alan risk bakımından uygulama alanı bulamayacağını da somut bir örnekle ortaya koymuştur. Taraflardan biri koşulu gerçekleşmesini dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde engellerse, koşul gerçekleşmiş sayılacaktır. Üstlenme sözleşmesi bakımından ise üstlenenin riskin meydana gelmesini engellemek adına, lehine taahhüt verdiği üçüncü kişiye yardım etmesi halinde riskin meydana geldiğinin kabulü isabetli olmayacaktır. Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 91. Konuyla ilgili ayrıca bkz. Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 107 – 108.

<sup>164</sup> Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 714; Aşulla, **Başkasının Fiilini Taahhüt**, s.200; Arık, **Başkasının Fiilini Taahhüt**, s. 53.

<sup>165</sup> Reisoğlu, **Garanti**, s. 50; von Tuhr, **Borçlar Hukuku**, s. 715.

<sup>166</sup> Üçüncü kişi yararına sözleşme tam ve eksik olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. İstisna olarak, tam üçüncü kişi yararına sözleşme ile sözleşme dışında yer alan üçüncü kişinin, sözleşme konusu alacağı talep etme hakkı bulunmaktadır. Eksik üçüncü kişi yararına sözleşme bakımından ise böyle bir istisna bulunmamaktadır. Detaylı açıklama için bkz. Nil Karabağ Bulut, **Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme**, İstanbul, Onikilevha, 2009, s. 5 vd.; Kocayusufpaşaoğlu (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Genel**, s. 23.

<sup>167</sup> Reisoğlu, **Garanti**, s. 50.

Kural olarak, taraflar arasında yer alan sözleşmenin dışında kalan dışında kalan kişiler üçüncü kişi olarak anılmaktadır<sup>168</sup>. Bu bakımdan, sözleşme ile fiili üstlenilen kişinin konumunun tespit edilmesi önem arz etmektedir. Bazen, sözleşme ilişkisinin dışında gibi gözükken kişilerin, fiillerinin üstlenilmiş olması halinde, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi ile aranan üçüncü kişiler söz konusu olmayacaktır. Örneğin, sözleşmenin, temsilci aracılığıyla akdedilmesi halinde, temsilci ya da adına hareket etmiş olduğu temsil olunan, konumuz bakımından üçüncü kişi konumunda değildir. Her ne kadar, doğrudan temsilde, sözleşme temsilci aracılığıyla akdedilmekte ve sözleşme konusu hak ve borçlara da temsil olunan sahip olsaydı da temsil olunan bu ilişkide üçüncü kişi değil, doğrudan sözleşmenin tarafıdır<sup>169</sup>. Sözleşmeyi temsil olunan adına akdetmekte olan ve aslında sözleşmenin tarafı gibi gözükmeyen temsilci de konumuz bakımından üçüncü kişi olarak değerlendirilemeyecektir<sup>170</sup>. Kaldı ki, temsilcinin bir fiilini üstlenmesi de söz konusu olmayacaktır. Sözleşme ilişkisindeki hak ve borçlar zaten temsil olunan üzerinde doğacaktır. Dolaylı temsilde ise, dolaylı temsilci sözleşmeyi kendi adına fakat dolaylı temsil olunan hesabına akdetmekte ve kendisi sözleşmenin tarafı olmaktadır<sup>171</sup>. Daha sonrasında ise dolaylı temsilci bu ilişki çerçevesinde elde ettiklerini dolaylı temsil olunana devretmeyi yükümlenir. Dolaylı temsil olunan burada sözleşme ilişkisinin dışında kalmaktadır. İlk sözleşmeden kaynaklanan hak ve borçlar ilk planda dolaylı temsilci üzerinde doğmaktadır. Bu sebeple, dolaylı temsilde temsil olunan üçüncü gibi gözükse de yine konumuz bakımından üçüncü kişi olarak kabul edilemeyecektir.

Yine, üstlenenin, kendi ifasıyla ilgili olarak, ifa yardımcılarının (TBK m. 116) fiillerini taahhüt etmesi halinde, bu kişilerin üçüncü kişinin fiilini üstlenme kurumu bağlamında üçüncü kişi olarak kabul edilmeyecektir<sup>172</sup>. Burada, üstlenenin kendi gerçekleştireceği edimi bağlamında bir taahhüdü bulunmaktadır<sup>173</sup>.

---

<sup>168</sup> Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 102; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 158; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1157.

<sup>169</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel I**, s. 223; von Tuhr, **Borçlar Hukuku**, s. 346.

<sup>170</sup> Yüce, üçüncü kişinin ayrıca üstlenme sözleşmesine yabancı bir kişi olması gerektiğini, temsilci aracılığıyla akdedilen sözleşmelerde de üçüncü kişi gibi gözükken temsilci veya temsil olunanın sözleşme ilişkisine yabancı olmaması nedeniyle üçüncü kişinin fiilini üstlenme bakımından üçüncü kişi sıfatını haiz olamayacaklarını ifade etmiştir. Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 28.

<sup>171</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel I**, s. 222.

<sup>172</sup> Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 27 ve 33.

<sup>173</sup> Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 836.

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinde, fiili üstlenilen üçüncü kişinin üstlenenin mirasçısı olması halinde üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin meydana gelmeyeceği ifade edilmiştir<sup>174</sup>. Kanımızca, üstlenenin, kendi mirasçısının fiilini üstlenmesinde bir sakınca yoktur. Kural olarak, mirasçılık sıfatı murisin ölümü ile kazanılmaktadır. Pekâlâ, kişi ölmeden önce muhtemel mirasçısının bir fiili bakımından taahhüt verebilir<sup>175</sup>. Burada, muhtemel mirasçı temel borç ilişkisi bakımından üçüncü kişi konumunda olacaktır. Yine ifade edilmesi gerekmektedir ki, üstlenen vefat etmeden önce üstlenme konusu risk gerçekleşmiş ve ayrıca, üstlenen tarafından alacaklının zararı giderilerek borç sona erdirilmiş olabilir<sup>176</sup>. Tam tersi şekilde, muhtemel mirasçı olan üçüncü kişi de üstlenme konusu borcu gereği gibi ifade ederek borcu sona erdirmiş olabilir. Bu sebeple, kanımızca mirasçının fiilinin üstlenilmesi bakımından bir sakınca yer almamaktadır<sup>177</sup>.

Bir başka görüşe göre ise, üstlenenin ölümü üzerine mirasçılarının fiillerini taahhüt etmesi halinde, TBK m. 128 anlamında üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin yer almayacağı ifade edilmiştir<sup>178</sup>. Kanımızca, bu değerlendirme konumuz bakımından isabetlidir. Üstlenenin ölümü üzerine, mirasçılar üstlenme sözleşmesinin tarafı haline gelecekleri için ve konumuz bakımından üstlenenin kendi edimini taahhüt etmesi mümkün olmadığından, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi meydana gelmeyecektir. Kaldı ki, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi bakımından temel borç ilişkisinin varlığı zorunlu değildir. Bu bakımdan, üstlenenin vefatı ile tek mirasçısı olan fiili üstlenilen, üstlenmeye konu sözleşmeyi akdetmek ve yine, üstlenmeye konu fiili ifa etmek baskısı altında kalabilecektir. Bu durum, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi ile bağdaşmadığından üstlenme sözleşmesinin sona erecektir<sup>179</sup>. Ancak, üstlenenin, birden fazla mirasçısı olduğu

---

<sup>174</sup> *Kayak*, üçüncü kişiyi tanımlarken sadece sözleşmenin tarafları ve onların halefleri dışında kalan kişileri üçüncü kişi olarak kabul etmektedir. Bu bakımdan, üstlenenin mirasçılarını üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi bakımından üçüncü kişi olarak görmemektedir. *Kayak*, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 159.

<sup>175</sup> Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s.28.

<sup>176</sup> *Kayak*, mirasçının fiilinin üstlenilmesi halinde, üstlenmenin ancak mirasçının ölümüyle sonuçlarını doğuracağını ifade etmektedir. *Kayak*, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 160.

<sup>177</sup> Benzer yönde, Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 28.

<sup>178</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 423 – 424.

<sup>179</sup> Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 28; Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 460. Konunun, üçüncü kişinin fiilini üstlenmeye çok yakın benzerlik gösteren kefalet sözleşmesi bakımından değerlendirilmesi için bkz. Özen, **Kefalet**, s. 577 vd. Özen, kefil ve asıl borçlu sıfatının birleşmesi

takdirde, muhtemel mirasçılardan birinin fiilini üstlenmesi de söz konusu olabilir. Bu durumda üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi ayakta kalabilecektir<sup>180</sup>.

Üçüncü kişiye ilişkin olarak, tıpkı risk bakımından da olduğu gibi, üçüncü kişinin belirli ya da belirlenebilir olması gerekmektedir<sup>181</sup>. Üçüncü kişinin açıkça üstlenme sözleşmesinde belirlenmemesi halinde, sözleşme yer alan bilgi ve belgeler neticesinde belirlenebilir bir kişinin söz konusu olması yetecektir. Örneğin, A'nın aile üyelerinden birinin, B'den mal alacağına taahhüt edilmesi halinde, A'nın aile üyelerinden biri üçüncü kişi olarak tespit edilebilecektir. Ayrıca, üçüncü kişi, bir kişi olabileceği gibi, birden fazla kişi de olabilir. Üstlenen, birden fazla kişinin müşterek bir fiili bakımından da taahhütte bulunabilir. Yine, burada bahsetmiş olduğumuz üçüncü kişi, gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi de olabilir. Bir tüzel kişinin fiilinin üstlenilme halinde de üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi meydana gelecektir.

### c. Riskin Üçüncü Kişinin Fiilinden Kaynaklanması

TBK m.128'de açıkça belirtildiği üzere, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinde, üstlenen kural olarak, üçüncü kişinin fiilinin gerçekleşmemesinden kaynaklanan zararı giderme borcu altındadır. Bu bakımdan, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi için üçüncü kişi ile üçüncü kişinin fiilinin varlığı gerekmektedir.

---

halinde, her iki sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin yarıştığını ifade etmiştir. Yani, kefalet sözleşmesi sona ermemektedir. Ayrıca, TBK m. 598/2 hükmü gereğince de alacaklının kefalet sözleşmesi bağlamında elde etmiş olduğu imkanlar saklı kalacaktır. Yani, bir kefile, kefalet veya kefilin borcu için verilmiş rehin varsa bunlar varlığını sürdürecektir.

*Develioğlu*, TBK m. 598/2'nin üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmeleri bakımından da uygulanabileceğini ifade etmiştir. *Develioğlu*, **Bağımsız Garanti**, s. 460. Ancak, yazarın da ifade ettiği üzere, üstlenen ve asıl borçlu sıfatlarının birleşmesi halinde üstlenme sözleşmesi sona erecektir. Üstlenme sözleşmesi, bağımsız niteliği haiz olduğundan ve ayrıca, temel borç ilişkisinin varlığını da gerekli kılmadığından kanımızca, TBK m.598/2'nin kıyasen uygulanması mümkün olmayacaktır. Kefalet sözleşmesinin geçerliliği bakımında, temel borç ilişkisinin varlığı şarttır. Ancak, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi, temel borç ilişkisi mevcut olmasa dahi varlığını koruyacaktır. Özellikle, temel borç ilişkisinin bulunmadığı hallerde, üstlenenin, zararı giderme borcundan kurtulmak için, üstlenme sözleşmesini akdetme baskısı altında kalmasının engellenmesi bakımından da üstlenme sözleşmesinin sona erdiğinin kabul edilmesi daha isabetli olacaktır. Bu bağlamda, sona ermiş üstlenme sözleşmesinden kaynaklı olarak, alacaklıya sağlanan yararların saklı kalması kanımızca mümkün değildir.

<sup>180</sup> Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 28

<sup>181</sup> Reisoglu, **Garanti**, s.50; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 161; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1157.

Burada bahsedilen üçüncü kişinin fiili teriminde yer alan fiil ibaresinden ne anlaşılması gerektiği ise öğretide tartışmalıdır<sup>182</sup>.

Kural olarak, borç ilişkisinde borçlu, borç konusu edimi yerine getirme yükümlülüğü altındadır. Daha yalın bir ifade ile edim, borcun konusunu teşkil etmektedir<sup>183</sup>. Borcun konusu teşkil eden edimler, olumlu edimler olabileceği gibi olumsuz edimler de olabilir. Olumlu edimler karşımıza verme ve yapma edimleri olarak karşımıza çıkacaktır<sup>184</sup>. Örneğin, bir satım sözleşmesinde, malın mülkiyetinin devri borcu ya da eser sözleşmesinde, müteahhidin talebi üzerine bir eser meydana getirme borcu gibi. Olumsuz edimler ise, yapmama edimleri olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>185</sup>. Burada da borçlunun edimi, yapmama borcu altında, bir kaçınma ya da katlanma borcu olarak karşımıza çıkabilir. Rekabet etmeme, gürültü yapmama vb. gibi. Bu bakımdan, borcun konusu kural olarak edimler oluşturmakta olup; edimler de karşımıza verme, yapma ve yapmama borçları olarak karşımıza çıkmaktadır.

Edimlerin, ayrıca maddi bir değer taşıması gerektiği de ifade edilmişse de günümüzde, maddi değer içermemekle birlikte, hukuken korunması gereken bir durumun olması halinde de edime konu olabileceği ifade edilmiştir<sup>186</sup>. Örneğin, bir malın mülkiyetinin devrinde maddi değeri kolaylıkla ortaya konulabilecektir. Ancak, gürültü yapmama borcu bakımından maddi değer her zaman ortaya konulması kolay olmayacaktır. Gürültü yapmama borcunun, maddi değerinin ortaya konulması zordur. Bu durumda, hukuken korunan bir menfaat olması gerekecektir. Örneğin, binaya yeni taşınan kiracının, gürültü yapmayacağını, özellikle belli bir yaşın üzerinde komşuları rahatsız etmeyeceğine ilişkin verdiği taahhütte hukuken korunan bir menfaatin

---

<sup>182</sup> Detaylı açıklama için bkz. Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 36 vd.; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s.162 vd.; Özdemir, **BTM**, s. 255; Arık, **Başkasının Fiilini Taahhüt**, s. 53 – 54.

<sup>183</sup> Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 5; Eren, **Borçlar Genel**, s. 96. Ayrıca, borçlanılmamış edimlerin ifası da mümkündür. Örneğin, bir kişinin borçlu olduğu düşüncesiyle, borçlanmadığı bir edimi yerine getirmesi. Kocayusufpaşaoğlu (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Genel**, s. 34.

<sup>184</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel I**, s. 8; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 9 – 10; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 5; Kocayusufpaşaoğlu (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Genel**, s. 34;

<sup>185</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel I**, s. 8; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 9 – 10; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 7; Kocayusufpaşaoğlu (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Genel**, s. 37.

<sup>186</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 99.

bulunması nedeniyle, maddi bir değeri haiz olmakla birlikte edim konusu da olabilecektir<sup>187</sup>.

Buraya kadar, borç ilişkilerinde borcun konusunu kural olarak edimlerin oluşturduğunu ifade ettik. Ancak, TBK m.128’de, üçüncü kişinin edimi değil, üçüncü kişinin fiilinin taahhüt altına alındığı ifade edilmiştir. Bu bakımdan, öğretide bir kısım yazar, burada yer alan ‘*fiil*’ terimini ‘*edim*’ olarak yorumlamaktadır<sup>188</sup>. Bu bakımdan, üçüncü kişinin fiilinin üstlenme sözleşmesi ile üçüncü kişinin edime konu olabilecek bir fiilinin taahhüt edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Üçüncü kişinin fiili, verme, yapma, yapmama veya hukuki ilişki meydana getirme şeklinde olabilecektir.

Ayrıca, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinde, üstlenen, taahhüt konusu fiilin yerine getirilmemesinden kaynaklanan zararı gidermekle sorumlu olduğundan, taahhüt konusu fiilin maddi bir değerinin olması gerektiği de ifade edilebilecektir. Maddi değer olmazsa, zarar da olmayacağından, maddi değeri olmayan fiillerin, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesine konu olamayacağı düşünülebilir. Ancak, burada da yukarıda ifade edildiği üzere, maddi değeri olmayan fiiller bakımında, hukuken korunan bir menfaat söz konusuysa, bir zararın meydana gelmesi mümkündür. Kaldı ki, aşağıda detaylarına da değineceğimiz üzere, maddi değeri tam olarak tespit edilemeyen fiiller bakımından götürü bedel belirlenmesi de mümkündür.

*Yüce* ise TBK m.128’de yer alan fiil teriminin bilinçli bir tercih olduğunu ve fiil teriminin kullanılması gerektiğini ifade etmektedir<sup>189</sup>. Yazar, edim teriminin kullanılmasıyla, üçüncü kişinin borç altına girdiğinin ve bu borcun taahhüt edildiği şeklinde bir izlenim yaratılabileceğini ifade etmiştir. Üçüncü kişinin borç altına girmesi zorunlu olmadığından, aslında üçüncü kişi borç altına girmeden de edim yükümlülüğü doğmayacaktır. Bu bakımdan, aslında, üstlenenin üçüncü kişinin bir fiilini, yani sözleşme ilişkisine gireceğini ve yine bu ilişkiden doğan borcunu da gereği

---

<sup>187</sup> Üstlenme konusu fiil bakımından hukuken korunan bir menfaatin bulunup bulunmadığı noktası, çoğu zaman hâkim tarafından tespit edilecektir. Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s.166.

<sup>188</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s.424; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1157; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 724; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s.165 vd.; Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s.976. Yargıtay ise bir kararında: “*Fiil tabirinin her türlü edimi karşılayacak şekilde çok geniş bir anlama geldiğini...*” ifade etmiştir. Karar için bkz. YHGK. 2001/19-534 E., 2001/583 K. ve 04.07.2001 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr); Son Erişim Tarihi: 01.09.2021).

<sup>189</sup> Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 37.

gibi ifa edeceğini taahhüt etmekte olduğunu belirtmiştir. Taahhüt altına alınan fiil ile üçüncü kişinin üstlenme konusu sözleşme ilişkisini akdetmesi sonrası borçlandığı şeyin (ediminin) farklı şeyler olduğunu ifade etmiştir.

Kanımızca, fiil terimi edim terimine göre daha kapsayıcıdır. Fiil terimi içine maddi karşılığı olmayan ve hukuken korunacak bir menfaatin bulunmadığı halleri de içine almaktadır. Aşağıda detaylı olarak değinilecek olsak da burada da ifade etmek gerekmektedir ki, haksız fiiller üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesine konu olamayacaktır. Bu bakımdan, fiil teriminin, üçüncü kişinin verme, yapma, yapmama gibi üçüncü kişi bakımından kararlaştırılabilecek her türlü edim olarak anlaşılması gerektiği ve günümüzdeki kullanımları dikkate alındığında da iki kavram arasındaki farkın silikleştiği kanaatindeyiz<sup>190</sup>.

Bunların yanı sıra, üstlenmeye konu fiilin de yukarıda riskin belirli veya belirlenebilir olmasına ilişkin açıklamalarımıza paralel olarak belirli veya belirlenebilir olması gerekmektedir. Üstlenmeye konu risk, üçüncü kişinin yapması veya yapmaması gereken bir fiilin neticesinde ortaya çıkacağından, üçüncü kişinin fiili ile risk arasında çok sıkı bir bağlantı olup; üçüncü kişinin fiilinin de üstlenme sözleşmesi kapsamında belirli veya belirlenebilir olması gerekmektedir.

Üstlenmeye konu fiilin geçerliliğine ilişkin detaylı açıklamalar aşağıda yapılacak olmakla birlikte<sup>191</sup>, anılan fiilin, kanuna, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olması halinde, üstlenme sözleşmesi de kural olarak geçersiz olacaktır. Üstlenmeye konu fiilin meydana gelmesi ya da buna bağlı olarak zararın ortaya çıkması imkânsız olsa dahi işbu husus tek başına üstlenme sözleşmesinin geçersizliğine yol açmayacaktır.

---

<sup>190</sup> Ayrıca bkz. Develioğlu, **Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme**, s. 971. İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da fiil ifadesi “...olumlu veya olumsuz, hukuki veya fiili içeriğe sahip her türlü hareket” olarak tanımlanmıştır. Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 37; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 163.

<sup>191</sup> İlgili açıklamalar için bkz. Birinci Bölüm, III, B, 3.

## 2. Tek Tarafa Borç Yükleyen (İvazsız) Bir Sözleşme Olması

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğinde olduğu öğretide ifade edilmiştir<sup>192</sup>. Üstlenen, üçüncü kişiye ait bir riski alacaklıya karşı üstlenmektedir. Yani, üstlenen, alacaklının zararını karşılama borcu altına girmektedir. İşbu teminatı sağlamasındaki amaç, alacaklıya bir güvence sağlamaktır. Bu nedenle, çoğu zaman alacaklıdan bir ivaz beklemeden taahhüt altına girmektedir<sup>193</sup>. Yine de üstlenenin, üstlenme sözleşmesi kapsamında bir ivaz elde etmesinin de sakıncası bulunmamaktadır<sup>194</sup>. Ancak, üstlenenin temel amacı ivaz elde etmeye yönelik olması halinde, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinden bahsedilemeyeceği, bu durumda sigorta sözleşmesinin meydana geleceği öğretide ifade edilmektedir<sup>195</sup>. Bu bakımdan, teminat verenin amacı ve sözleşmenin akdedilmesi sırasındaki taraf iradelerinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin, iki tarafa borç yükleyen (ivazlı) sözleşme olarak akdedilebileceğine ilişkin belli örnekler verilmişse de yine bu örnekler belli açılardan eleştirilmiştir. Banka teminat mektuplarına ilişkin verilen bir örnekte<sup>196</sup>, üçüncü kişinin, bankadan talebi üzerine, banka tarafından hazırlanan ve alacaklıya verilen teminat mektupları bakımından, üçüncü kişi, üstlenen konumundan yer alan bankaya komisyon ödemektedir. Bankanın komisyon bedeli karşılığında, teminat mektubu düzenleyip alacaklıya vermesi nedeniyle, burada bir ivazın söz konusu olduğu ifade edilmiştir. Ancak, üçüncü kişinin bankaya ödemiş olduğu

---

<sup>192</sup> Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 72; Reisoğlu, **Garanti**, s. 22; Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 117; Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 815; Develioğlu, **Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme**, s. 977; Kapancı, **Saf Garanti**, s. 121; Aşulla, **Başkasının Fiilini Taahhüt**, s. 198; Arık, **Başkasının Fiilini Taahhüt**, s. 51; Çebi, **ÜFT**, s. 118.

<sup>193</sup> *Develioğlu*, kişisel teminat sözleşmelerinin iki tarafa borç yükleyen (ivazlı) şekilde akdedilmesi halini, teminat sözleşmelerinin genel yapısı ile çelişki yarattığını ifade etmektedir. *Develioğlu*, **Bağımsız Garanti**, s. 97.

<sup>194</sup> Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 73; Aşulla, **Başkasının Fiilini Taahhüt**, s. 198. *Kapancı*, arabaya ilişkin verilen bir garanti bakımından, alacaklıya düzenli muayene külfeti yüklenmesi örneğini vermiştir. *Kapancı*, **Saf Garanti**, s. 123. Bu tür, bir takım külfet, şart ve borçların da alacaklıya yüklenmesinde kanımızca bir engel bulunmamaktadır.

<sup>195</sup> Üstlenenin, bir teşebbüse sevk etme unsuru olmaksızın ya da temel borç ilişkisi bakımından bir kişi lehine güvence sağlama amacı gütmeksizin, sadece ivaz elde etmek amacıyla belli bir rizikoyu teminat altına alması halinde sigorta sözleşmesi meydana gelecektir. Burada, rizikoyu sağlayan kişinin amacının araştırılması ve bunun sonucuna göre sözleşmenin niteliğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 817; Reisoğlu, **Garanti**, s. 25. Yine, amacın ivaz sağlamaya yönelik olması durumunda, sözleşmenin garanti sözleşmesi olmayacağı yönünde bkz. Aslan, **Garanti**, s. 27.

<sup>196</sup> Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 816.

komisyon, üçüncü kişi ile banka arasındaki ilişkiden kaynaklanmaktadır. Yoksa, banka ile alacaklı arasındaki ilişki bakımından karşılaştırılmış bir ivaz söz konusu değildir<sup>197</sup>. Bu nedenle bu örnek bakımından, iki tarafa borç yükleyen bir üstlenme sözleşmesinin varlığından söz edilmesi mümkün olmayacaktır. Teminat mektubunu veren ile alan arasında karşılıklı bir ivaz söz konusu değildir.

Diğer bir örnekte ise<sup>198</sup>, belli tutarda kar elde edeceğine ve karın belirlenen tutarın altında kalması halinde üçüncü kişinin zararının giderileceğine ilişkin taahhütler bakımındandır. Burada ayrıca, kar edilmeyen yıllar bakımından ödenen meblağların; karın taahhüt edilen bedelin üzerinde olduğu yıllar da iade edileceğine ilişkin bir anlaşma yapılmış olması halidir. Burada da her ne kadar bir ivaz karşılaştırılmış gibi gözükse de kar edilen yıllar bakımından verilenin iadesi söz konusudur. Yoksa kar edilmeyen yıllar bakımından ödenen meblağlarının karşılığı olarak ivaz karşılaştırılmamıştır. Burada söz konusu olan iade borcunun hiç gerçekleşme olasılığı da vardır. Bu nedenle, anılan örnek bakımından da ivazlı bir sözleşmenin varlığından söz etmek çok mümkün gözükmemektedir. Yine, alacaklının iade borcunun faiziyle gerçekleştirilmesinin karşılaştırılması halinde de burada yer alan faiz ödeme borcu yine garanti verenin sağladığı teminatın bir karşılığını oluşturmamaktadır<sup>199</sup>.

Yukarıda yer alan örnekler belli açılardan eleştirilmişse de kanımızca üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin ivazlı olarak akdedilmesinde bir sakınca bulunmamaktadır. Ancak, öğretilde, yukarıda da değindiğimiz üzere üstlenenin temel amacının bir teminat sağlamak yönünde olması gerektiği ifade edilmektedir. Diğer bir ifade ile, üstlenenin, bir ivaz elde etme amacıyla hareket etmiş olması halinde üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinden söz edilemeyecektir. Ancak, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi başta olmak üzere, kefalet sözleşmesi, garanti sözleşmesi gibi alacaklıya bir güvence sağlamak amacıyla akdedilen kişisel teminat sözleşmelerinin iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olarak karşımıza çıkması da oldukça zordur. Bu tür teminat sözleşmeleri, amacı itibarıyla tek tarafa borç doğuracak şekilde akdedilmeye daha elverişli yapılardır.

---

<sup>197</sup> Tekinalp, **Banka Hukuku**, s. 515.

<sup>198</sup> Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 816; Reisoğlu, **Garanti**, s. 23.

<sup>199</sup> Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 816.

### 3. Bağımsız Olması

Üstlenen, üçüncü kişi veya üçüncü kişi ile alacaklı arasındaki ilişkiden bağımsız olarak, alacaklıya bir güvence sağlamaktadır. Üstlenenin borcunun bağımsızlığı, TBK m.128'den doğrudan çıkarılması mümkün değildir<sup>200</sup>. Ancak, öğretisi<sup>201</sup> ve yargı kararlarında<sup>202</sup> üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin bağımsız bir sözleşme olduğu ifade edilmektedir. Üçüncü kişinin fiilinin üstlenmenin bağımsızlığının sonucu olarak, üstlenen temel borç ilişkisinden bağımsız olarak borç altına girmektedir. Üçüncü kişi ile alacaklı arasında geçerli bir sözleşmenin var olmaması ya da temel borç ilişkisinin geçersiz olmasının üstlenme sözleşmesine bir etkisi olmayacaktır<sup>203</sup>. Üstlenenin, borcu tüm bunlardan bağımsız olarak tek başına varlığını sürdürecektir. Özellikle, aşağıda da değineceğimiz üzere, kefalet sözleşmesi ile üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi arasındaki temel fark da bu noktada ortaya çıkmaktadır. Ancak, yine de işbu husus üstlenme sözleşmesinin temel borç ilişkisinden tamamen soyutlandığı anlamına gelmemektedir. Taahhüt altına alınan riskin gerçekleşmesi, zararın tespit edilmesi gibi hususlar temel borç ilişkisi ile yakın ilişki içindedir. Temel borç ilişkisine ilişkin bu detaylar, üstlenme sözleşmesinin konusu bakımından bize yardımcı olmaktadır. Yoksa, üstlenme sözleşmesinin varlığını, temel borç ilişkisinin varlığına bağlamamaktadır.

### 4. İkincil (Tali) Özellik Taşınması

Üstlenenin borcu, taahhüt konusu riskin meydana gelmesi halinde doğacak ve muaccel hale gelecektir. Risk ise lehine taahhüt verilen üçüncü kişinin (asıl borçlunun)

<sup>200</sup> Reisoğlu, **Garanti**, s. 48; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 167. Aksi yönde, Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 13.

<sup>201</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 230; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 425; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1158; Reisoğlu, **Garanti**, s. 49; Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 57; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s.167; Develioğlu, **Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme**, s. 976; Elçin Grassinger, **Üçüncü Kişi**, s. 188; Çebi, **ÜFT**, s. 116.

<sup>202</sup> “Kefalet sözleşmesi ferî nitelik taşıdığı halde üçüncü şahsın fiilini taahhüt bağımsız, asli nitelikte bir borçtur.” Yarg. 13. HD. 2002/2275 E., 2002/5138 K. ve 06.05.2002 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr); Son Erişim Tarihi: 01.09.2021). “Bir tür üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğini taşıyan garanti sözleşmesindeki bağımsızlık ilkesi gereğince teminat verenin sorumluluğu asıl borcun geçerli oluşuna ve devamına da bağlı değildir.” Yarg. 11. HD. 2014/16718 E., 2015/2359 K. ve 23.02.2015 T. karar. Benzer şekilde, Yargıtay 11. HD., 2014/5420 E., 2014/8460 K. ve 07.05.2014 T. kararı; Yargıtay 15. HD., 2011/6750 E., 2012/5214 K. ve 09.07.2012 T. kararı ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr); Son Erişim Tarihi: 01.09.2021).

<sup>203</sup> Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 58; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 168; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 230; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 425.

borcunu gereği gibi ifa etmemesi halinde ortaya çıkacaktır. Bu bakımdan, üstlenenin borcu, üçüncü kişinin borcuna kıyasla ikinci (tali) bir borç özelliği taşımaktadır<sup>204</sup>. Üstlenen, üçüncü kişinin, borcunu ifa etmemesi halinde başvurulacak ikinci bir kişi (malvarlığı) olarak karşımıza çıkacaktır. Üçüncü kişinin, ifada bulunması durumunda, üstlenenin borcundan da söz edilmesi mümkün olmayacaktır. Üstlenen, teminat sağlayan olarak, ancak, risk meydana geldikten sonra başvurulacak kişi, ikincil (tali) borçludur.

## B. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ ÜSTLENME SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK ŞARTLARI

### 1. Genel Bakış

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme kurumunun, daha önce de ifade etmiş olduğumuz üzere hukuki niteliği tartışmalıdır. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme düzenlemesinin genel bir hüküm olduğu; üçüncü kişilerin fiillerin üstlenildiği haller bakımından bir tazminat düzenlemesi olduğu; bir sözleşme türüne vücut vermediğine ilişkin görüşler yer almaktadır. Ancak, baskın olan görüş üçüncü kişinin fiilini üstlenme düzenlemesinin kefalet benzeri garanti sözleşmesi olduğu yönündedir. Bu bakımdan, burada bahsedilecek geçerlilik şartlarına ilişkin hususlar da daha çok TBK m. 128 çerçevesinde akdedilecek sözleşmeleri kapsamına alacaktır. Bundan kastımız, sadece kefalet benzeri garanti sözleşmelerini değil, ayrıca, genel hüküm görüşü neticesinde ifade edilen başkaca sözleşme tiplerine de vücut verilmesi halinde de aşağıda ifade edeceğimiz geçerlilik şartlarının aranması gerekecektir. Ancak, burada yine ifade edilmesi gerekmektedir ki, genel hüküm çerçevesinde bir düzenleme olarak herhangi bir sözleşme tipine değil de tazminat sorumluluğu bağlamında bir hüküm

---

<sup>204</sup> Aksi yönde, Reisoğlu, **Garanti**, s. 156. Yazar, garanti sözleşmeleri kapsamında yaptığı açıklamalarında, garanti verenin borcunun birincil nitelikte olduğunu ifade etmiştir. Garanti verenin borcunun ikincil borç olarak kabul edilmesi halinde, öncelikle, borçlunun takip edilmesi daha sonrasında garanti verenin takip edilebileceğini; bu durumun garanti sözleşmesinin doğasına uygun olmadığını belirtmiştir. Benzer yönde bkz. Çebi, **ÜFT**, s. 116.

Burada önemli nokta, borca ikincillik özelliğini kazandıran noktadır. Kanımızca, temel borç ilişkisindeki borçlu ile üstlenen aynı derecede sorumlu değildir. Borçlunun borcunu gereği gibi ifa etmemesi halinde üstlenenin borcu ortaya çıkacaktır. Üstlenenin borcunun ikincil olarak görülmesi nedeniyle, ilk olarak borçlunun takip edilmesi gerektiği sonucu ortaya çıkmamaktadır. Aynı yönde bkz. Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 100.

olarak ele alınması halinde, aşağıda yer alacak geçerlilik şartlarının aranıp aranmayacağı hususu ise tartışmaya açılabilir.

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme kurumunun bir sözleşmeye vücut vermesi halinde, üçüncü kişinin fiilinin üstlenildiği bir sözleşmenin akdedilmesi halinde, sözleşmenin geçerlilik şartlarına ilişkin özel bir düzenleme TBK m.128'de yer almamaktadır. Kefaletten daha ağır sorumluluklar doğuran, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi bakımından, geçerlilik şartları öngörülmemiş olması eBK döneminde belli açılardan eleştirilere neden olmuştur<sup>205</sup>. Hiç kuşkusuz, TBK'nın genel hükümler kısmında yer alan genel geçerlilik şartları üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi bakımından da uygulama alanı bulacaktır. Ancak, kefalet bakımından bunun yanı sıra özel ehliyet ve şekil şartları da yer almaktadır. Bu nedenle olsa gerek TBK m. 603 düzenlemesi ile bu konuda düzenleme yapılmıştır<sup>206</sup>. Anılan düzenleme ile gerçek kişiler tarafından sağlanan kişisel teminatlar bakımından, kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin şartların uygulanması gerektiği hüküm altına alınmıştır. TBK m. 603'ün gerekçesinde de gerçek kişilerce verilen teminatlar örnek olarak da açıkça üçüncü kişinin fiilini üstlenme düzenlemesi gösterilmiştir<sup>207</sup>. Bu bakımdan, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin olarak TBK m.128'de herhangi bir düzenlemeye yer verilmemişse de kefaletin geçerliliğine uygulanacak hükümlerin uygulama alanı genişletilerek TBK m.128 bakımından dolaylı yoldan geçerlilik şartları getirilmiştir<sup>208</sup>. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme

<sup>205</sup> Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 61; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 218.

<sup>206</sup> *Burcuoğlu*, TBK m. 603 düzenlemesinin, TBK'nın en devrimci maddelerinden biri olduğunu belirtmektedir. Haluk Burcuoğlu, *Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Yeni Kefalet Düzenlemesi ile ilgili Bazı Gözlemler, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu*, İstanbul 2010, s. 291; Gökhan Çınar, *Garanti ve Kefalet Sözleşmeleri Arasındaki Ayrım*, AÜHFD, sa. 69, c. 2, s. 430. Düzenlemenin eleştirisi için bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, *Kefalet Benzer Sözleşmelerde Şekil (TBK m. 603 Hükümünün Eleştirisi)*, **BFHD**, C: 8, Sa: 32, 2019, s. 2592; Elif Beyza Akkanat Öztürk, *Bir Mülkiyet Sınırlaması Olarak: TBK m.603, Prof. Dr. Necla Giritlioğlu'na Armağan*, İstanbul, Onikilevha, 2020, s. 49 vd.

<sup>207</sup> TBK m. 603 gerekçesi: "818 sayılı Borçlar Kanunu ile kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer verilmeyen, "E. Uygulama alanı" kenar başlıklı yeni bir maddedir. Tasarının tek fıkradan oluşan 603 üncü maddesinde, kefalet hükümlerinin uygulama alanının genişletilmesi düzenlenmektedir. Madde kefil koruyucu hükümlerden kurtulmak amacıyla, başka adlar altında yaptıkları sözleşmelere de kefalet hükümlerinin uygulanacağı belirtmektedir. Böylece, meselâ kefalet sözleşmesi yerine, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi yapılmasında olduğu gibi, alacaklıların kefil koruyucu hükümlerden kurtulmalarının ve bunları dolanmalarının önlenmesi amaçlanmıştır."

Yargıtay, bir diğer kişisel teminat olarak adlandırılan aval bakımından ise TBK m. 603'ün uygulanmayacağına karar vermiştir. İlgili karar için bkz. YİBGK. 2017/4 E., 2018/5 K. ve 20.04.2018 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr); Son Erişim Tarihi: 01.09.2021).

<sup>208</sup> Şekille ilgili detaylı açıklamalar için bkz. Şefika Deren Gündüz, **6098 Sayılı Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Şekil**, Onikilevha, İstanbul, 2015, s. 171 vd.; Kübra Köroğlu, **Gerçek Kişilerin Taraf Olduğu Kefalet Benzeri Garanti Sözleşmelerinin Tabi Olduğu Geçerlilik Şartları**,

düzenlemesini genel hüküm olarak yorumlayan görüşlerde mevcut olup; bu kapsam akdedilen, diğer bir ifade ile kişisel güvence verilmesi amacı taşınmayan yapılar bakımından da TBK m. 603'ün uygulanıp uygulanmayacağı noktası üzerine de düşünmek gerekecektir. Yukarıda da ifade etmiş olduğumuz üzere, bu tür örneklerle uygulamada rastlamadığımız gibi örnek olarak ortaya konulması da zor gözükse de<sup>209</sup> bu tür yapıların ortaya çıkması halinde, kişisel güvence verilmesi dışında bir borç ilişkisi yapısı meydana getirileceğinden, TBK m. 603 yollamasıyla öngörülen kefalete ilişkin şekil şartlarının da aranmaması gerektiği düşünülebilir<sup>210</sup>. Ancak, TBK m. 603'ün gerekçesinde, uygulama alanı olarak doğrudan TBK m. 128'in işaret edilmiş olması ilgili hükmün hukuki niteliği noktasında ortaya çıkan tartışmalardan arı olarak, düzenlemenin kapsamında yorumlanabilecek her türlü borç ilişkisi bakımından kefalete ilişkin şekil şartlarının uygulanacağı sonucuna bizi ulaştırmaktadır<sup>211</sup>. Son olarak değinmek gerekirse, kefalete ilişkin geçerlilik şartları gerçek kişiler tarafından verilen taahhütler bakımından uygulama alanı bulacak olup; tüzel kişiler bakımından uygulanma alanı bulmayacaktır. Bu bakımdan, tüzel kişiler tarafından verilen taahhütler bakımından herhangi bir şekil şartı öngörülmediğinden, sözlü olarak dahi akdedilmesi mümkündür.

## 2. Üstlenenin Ehliyeti

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinde, üstlenen ile alacaklı arasında akdedildiği için sözleşme ilişkisinin dışında kalan üçüncü kişinin ehliyeti burada önemli değildir<sup>212</sup>. Konumuz bakımından sözleşmenin tarafları olan üstlenen ile

---

Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014, s. 58 vd. *Kılıçoğlu*, başta üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi olmak üzere, diğer kişisel güvence verilmesi ilişkin sözleşmeler bakımından getirilen bu dolaylı düzenlemenin yerini eleştirmektedir. Yazar, bir sözleşme tipine özgü şekil şartlarının, yine kanunda ilgili sözleşme tiplerinin altında düzenlemesinin sistematik daha doğru olacağını ifade etmektedir. *Kılıçoğlu, Şekil*, s.2596 vd.

<sup>209</sup> Öğretide verilen genel hüküm görüşünü destekleyen örnekler için bkz. Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s.850 vd.

<sup>210</sup> Teminat amacı taşımayan borca katılma sözleşmeleri bakımından TBK m. 603'ün uygulama alanı bulmayacağını ifade eden görüşler de yer almaktadır. Gamze Turan Başara, *Türk Borçlar Kanunu'yla Getirilen Yeni Bir Müessesese: Borca Katılma*, **AÜHFD**, C. 63, Sa. 2, Ankara, 2014, s. 427; Baş, **Geçerlilik**, s. 340.

<sup>211</sup> Ayrıca, TBK m. 128'in hukuki niteliğinin üzerinde dururken de ifade ettiğimiz üzere, istisnai olarak saf garanti sözleşmeleri de TBK m. 128 kapsamında değerlendirilebilecektir. Ancak, saf garanti sözleşmeleri, yapı olarak bir kişisel teminat sözleşmesi oluşturmadığından, TBK m. 603'te öngörülen şekil şartlarından da muaf olacağı öğretide ifade edilmektedir. Saf garanti sözleşmelerinin şekil şartına ilişkin olarak bkz. Kahraman, **Saf Garanti**, s. 169.

<sup>212</sup> Develioğlu, **Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme**, s. 988; Kayak, **ÜFT – Kefalet**, s. 49.

alacaklının ehliyetleri önem arz etmektedir. Alacaklının ehliyeti ise üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin iki tarafa borç yükleyen sözleşme olarak akdedildiği hallerde daha çok önem kazanacaktır. Bu olasılıkta alacaklının tam ehliyetli olması; sınırlı ehliyetsiz olması durumunda ise yasal temsilcisinin üstlenme sözleşmesine rıza göstermesi gerekmektedir. Ancak, üstlenme sözleşmesinin tek tarafa borç yükleyen sözleşme olarak akdedilmesi halinde alacaklının ayırt etme gücünü haiz olması sözleşmenin akdedilmesi bakımından yeterli olacaktır<sup>213</sup>.

TBK m. 603 düzenlemesinde de yer alan ifadeler ve yapılan atıf neticesinde kefilin ehliyetine ilişkin şartların, gerçek kişilerce akdedilen üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmeleri bakımından da uygulanması gerekmektedir. Bu bakımdan, kefilin ehliyetine ilişkin düzenlemeler yol gösterici olacaktır<sup>214</sup>. Üstlenenin, tam fiil ehliyetine sahip olduğu haller de üstlenme sözleşmesi geçerli olarak akdedilecektir<sup>215</sup>. Tam ehliyetsiz olması halinde ise üstlenme sözleşmesi kesin hükümsüz olacaktır. Vesayet altına alınan kişiler adına kefil olunması TMK m. 449/3 hükmü ile yasaklanmıştır<sup>216</sup>. Ayrıca, TMK m. 342/3 bağlamında velayet altındaki küçükler adına velilerinin de kefalet sözleşmesi akdetmesi yasaklanmıştır. Bu bakımdan, velayet ve vesayet altındaki kişiler, kefalet sözleşmesine kefil olarak taraf olamazlar<sup>217</sup>. Yine vesayet ve velayet altındaki kişilerin de kefalet sözleşmesi akdedemeyeceğinin de ifade edilmesi gerekmektedir<sup>218</sup>. Bu bağlamda, anılan kişilerin üstlenen konumunda olması da yasaklanmıştır. Ancak, TMK m. 453 vesayet altındaki kişiler bakımından bir istisna öngörmüştür. Buna göre, vesayet altındaki kişiye bir meslek veya sanatın icra edilmesi bakımından izin verilmişse, anılan işlerle sınırlı olmak üzere üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi akdedebilecektir<sup>219</sup>. Yine TMK m. 429/9 bağlamında, kendisine yasal danışman atanan kişi de ancak yasal danışmanın onayı ile

<sup>213</sup> Develioğlu, **Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme**, s. 988.

<sup>214</sup> Detaylı açıklama için bkz. Özen, **Kefalet**, s. 177 vd.

<sup>215</sup> Develioğlu, **Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme**, s. 986.

<sup>216</sup> Mustafa Dural / Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku, Cilt II: Kişiler Hukuku**, 21. Bası, İstanbul, Filiz, Kitabevi, 2020, s. 78. Bu noktada, tam ehliyetsizler bakımından da yasal temsilcileri kefil olamayacaklardır. Dural/Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s. 78. İlgili düzenleme vesayet altında bulunan tam ve sınırlı ehliyetsizler bakımından uygulama alanı bulacaktır.

<sup>217</sup> Develioğlu, **Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme**, s.987; Kayak, **ÜFT – Kefalet**, s. 50; Yavuz/Acar/Özen, **Borçlar Özel**, s. 792; Şamil Demir, **Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı, TBB Dergisi**, Sa. 108, s. 92.

<sup>218</sup> Gümüş, **Borçlar Özel II**, s. 340. Burada, fiil ehliyetine getirilen bir sınırlamadan ziyade hak ehliyetini sınırlandıracak niteliktedir. Özen, **Kefalet**, s. 177. Yine geçersizliğin niteliği bakımından bkz. Özen, **Kefalet**, s. 179 vd.

<sup>219</sup> Develioğlu, **İstanbul Şerhi**, s. 987; Özen, **Kefalet**, s. 178; Gümüş, **Borçlar Özel II**, s. 341.

kefil olabilecektir. Bu bakımdan, bu kişilerin üçüncü kişinin filini üstlenme sözleşmesi bakımından da yasal danışmanlarının rızasını alması gerektiği kuşkusuzdur.

Kefilin ehliyeti bakımından önemli bir diğer nokta ise evli kişiler bakımından (diğer) eşin rızasıdır. TBK m. 584 kefilin evli olması halinde ve mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı (TMK m. 170/1) veya eşlerin yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadığı sürece (TMK m. 197)<sup>220</sup>, kefilin eşinin de en geç üstlenme sözleşmesinin imzalandığı sırada üstlenme sözleşmesine rıza göstermesi gerekmektedir<sup>221</sup>. Ayrıca rızanın yazılı olarak verilmesi gerekmektedir. Ancak, bu noktada adi yazılı şekil rıza bakımından yeterli kabul edilmektedir<sup>222</sup>. Yine, kefalet sözleşmesinde belirlenen tutarın artırılmasına ilişkin anlaşmalar bakımından ve ayrıca kefilin sorumluluğunu artıran diğer haller bakımından da eşin rızası aranmaktadır (TBK m. 584/2)<sup>223</sup>. Rıza en geç üstlenme sözleşmesinin akdedildiği sırada verileceğinden, üstlenme sözleşmesinin akdedilmesinden sonra verilen rıza üstlenme sözleşmesini geçerli hale getirmeyecektir<sup>224</sup>. Eş rızasının var olmaması üstlenme sözleşmesinin geçersizliğine yol açacaktır<sup>225</sup>. Ayrıca, eşin bir ehliyet sınırlamasına sahip olması durumunda da yasal temsilcinin üstlenme sözleşmesine rıza göstermesinin önünde bir engel

---

<sup>220</sup> Hâkim tarafından verilen ayrılık kararının yanı sıra eşlerin ayrı yaşama haklarının mevcut olduğu haller bakımından da eşin rızası aranmayacaktır. Örneğin, eşler arasında boşanma davasının görüldüğü sırada taraflar diğer eşin rızasına ihtiyaç duymadan kefalet sözleşmesi akdedebileceklerdir. Özen, **Kefalet**, s. 188.

<sup>221</sup> Özen, **Kefalet**, s. 188; Ayan, **Kefalet**, s. 118; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 427; Yavuz/Acar/Özen, **Borçlar Özel**, s. 793; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 89; Baş, **Geçerlilik**, s. 115; İsmail Kırca, *Türk Borçlar Kanunu Tasarısı – Kefalet Eşin İzni*, **Tuğrul Ansay'a Armağan**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006, s. 437; Gündüz, **Şekil**, s. 176; Köroğlu, **Kefalet Benzeri Garanti**, s. 98.

Özen, eşlerin birbirine kefil olması halinde de eş rızasının aranmasını gerektiğini belirtmiştir. Özen **Kefalet**, s. 195. Reisoğlu ise aksi yönde bu durumda diğer eşin ayrıca, kefalet bakımından rızasının aranmaması gerektiğini ifade etmiştir. Reisoğlu, **Kefalet**, s. 91.

Öğretide yazarlar ağırlıklı olarak, eş rızası ile gerçek kişi kefilin ehliyetinin sınırlandığı ifade edilmektedir. Özen, **Kefalet**, s. 189; Baş, **Geçerlilik**, s. 117; Gündüz, **Şekil**, s. 176; Köroğlu, **Kefalet Benzeri Garanti**, s. 30.

Kayak, burada, ailenin korunması düşüncesinden yola çıkarak bir şekil sınırlaması yer aldığını ifade etmektedir. Kayak, **ÜFT – Kefalet**, s. 51.

<sup>222</sup> Özen, **Kefalet**, s. 199; Ayan, **Kefalet**, s. 122.

<sup>223</sup> Kırca, **Eşin İzni**, s. 441; Baş, **Geçerlilik**, s. 120; Mahmut Bilgen, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu İşığında Öğreti ve Uygulamada Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 69.

<sup>224</sup> Özen, **Kefalet**, s. 200; Gümüş, **Borçlar Özel II**, s. 348; Baş, **Geçerlilik**, s. 122 ve 125 vd.; Barlas, **Kefalet**, s. 56. Bu madde ile özellikle, kefilin ve gerçek kişi üstlenen, bir oldu bitti neticesinde kişisel teminat vermesinin de önüne set çekileceği ifade edilmektedir. Özen, **Kefalet**, s. 189; Kırca, **Eşin İzni**, s. 447; Demir, **Kefalet**, s. 92 – 93; Köroğlu, **Kefalet Benzeri Garanti**, s. 109.

<sup>225</sup> Kayak, **ÜFT – Kefalet**, s. 55; Kırca, **Eşin İzni**, s. 448.

yoktur<sup>226</sup>. TBK m. 584’te düzenleme alanı bulan evli kişilere ait ehliyet sınırlaması, yukarıda ifade edilen diğer sınırlamalar gibi TBK m. 603 göndermesiyle üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmeleri bakımından da uygulama alanı bulacaktır.

Yine ifade edilmesi gerekmektedir ki, TBK m. 584/3: *“Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler, 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullandırılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullandırılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmaz.”* düzenlemesini içermektedir<sup>227</sup>. Maddede anılan kişiler bakımından üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin akdedildiği sırada da eşin rızası aranmayacaktır. Yine ilgili kişiler sadece kendi ortak ya da yönetici oldukları şirketler ile ilgili olarak sağladıkları teminatlar bakımından eş rızasından muaf tutulmuştur<sup>228</sup>. Aksi şekilde, ortak ya da yönetici olmadıkları şirket dışında ve ticari yaşamlarıyla da ilgili olmayan bir hususta üçüncü kişi lehine teminat sağlayacakları zaman yine eşlerinin rızası aranacaktır. Bu kişilere sınırsız bir özgürlük alanı sağlanmamıştır.

Tüzel kişiler bakımından ise ticari şirketlerin üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesini akdetmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Ancak, dernek ve vakıflar, TMK m. 90 gereğince amaçlarını gerçekleştirmek için hareket ettiklerinden sadece amaçlarına hizmet edecek hususlar bakımından, üstlenme sözleşmesi akdedebileceklerdir (TMK m. 90)<sup>229</sup>. Aksi takdirde üstlenme sözleşmesi geçersiz olacaktır.

---

<sup>226</sup> TBK m. 449’da öngörülen sınırlama eşin rızası bakımından uygulama alanı bulmayacaktır. Anılan yasaklar, üstlenme sözleşmesini akdeden tarafı bağlamaktadır. Üstlenme sözleşmesinde taraf olmayan, sadece rıza verecek konumda olan eşin yasal temsilcisi, eş adına rıza verebilecektir. Gümüş, **Borçlar Özel II**, s. 347; Kayak, **ÜFT – Kefalet**, s. 54; Baş, **Geçerlilik**, s. 123; Köroğlu, **Kefalet Benzeri Garanti**, s. 109.

<sup>227</sup> Hükmün meydana getirilişi noktasındaki eleştiriler noktasında bkz. Özen, **Kefalet**, s. 192 vd.

<sup>228</sup> Özen, **Kefalet**, s. 193; Kırca, **Eşin İzni**, s. 450; Demir, **Kefalet**, s. 96; Köroğlu, **Kefalet Benzeri Garanti**, s. 102 – 103.

<sup>229</sup> Özen, **Kefalet**, s. 184; Gümüş, **Borçlar Özel II**, s. 349; Dural/Öğüz, **Kişiler Hukuku**, s. 254.

Özen, kefalet sözleşmesine ilişkin yaptığı değerlendirmeleri kapsamında, dernek veya vakfın amacını gerçekleştirmeye yönelik olarak kefalet sözleşmesi akdetmesi nadir olarak karşımıza çıkabilecek olup;

### 3. Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme Sözleşmesinin TBK m. 27 Çerçevesinde Geçerliliği

#### a. Kanunun Emredici Hükümlerine, Ahlaka, Kamu Düzenine veya Kişilik Haklarına Aykırı Olması Hali

TBK m. 27 düzenlemesi, konusu, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırı sözleşmelerin geçersiz olacağını hüküm altına almıştır. Ancak, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi ile üstlenen, üçüncü kişinin, üstlenmeye konu fiilini gereği gibi yerine getireceğini teminat altına almaktadır. Kural olarak da teminat konusu fiil yerine getirilmezse üstlenen, alacaklının zararını karşılama borcu altına girecektir. Üstlenenin, sağladığı teminata karşılık olarak zararı karşılama borcu altına girmesi, kural olarak, TBK m. 27'ye aykırılık oluşturmayacaktır<sup>230</sup>. İstisnai olarak, üstlenenin ekonomik varlığını ortadan kaldıracak, mahvına sebep olacak bir zararı karşılama borcu altına girmesi halinde, üstlenme sözleşmesinin TMK m. 23 kapsamında kişilik haklarına aykırılık nedeniyle geçersizliği gündeme gelebilecektir<sup>231</sup>. Yine, üstlenenin, para borcu dışında bir borç altına girmesi halinde de anılan borcun TBK m. 27'ye aykırılık teşkil etmesi halinde de üstlenme sözleşmesi geçersiz olacaktır.

Her ne kadar, üstlenenin borcunun, TBK m. 27'ye aykırılık teşkil etmesi çok muhtemel olmasa da üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin temel borç ilişkisinden ayrı düşünmek de doğru olmayacaktır. Bu bakımdan, temel borç ilişkisinin kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırı olması halinde üstlenme sözleşmesinin akıbetinin de değerlendirilmesi gerekmektedir. Üstlenme konusu temel borç ilişkisinin, TBK m. 27'de yer alan hususlara aykırı olması halinde, kural olarak üstlenme sözleşmesi de geçersiz olacaktır<sup>232</sup>. Üstlenme sözleşmesi ile temel borç ilişkisi birbirinden bağımsız olsa da üstlenme sözleşmesinin

---

birçok olayda sözleşmenin geçersizliğini gündeme gelecektir. Bu bakımdan, kuruluş esnasında dernek veya vakıfların kefil olabileceğine ilişkin hükümlerin getirilmesinin daha isabetli olacağını belirtmiştir. Özen, **Kefalet**, s. 184.

<sup>230</sup> Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 63; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 219.

<sup>231</sup> Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 64.

<sup>232</sup> Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 220; Reisoğlu, **Garanti**, s.145; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 426; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1158; Aşulla, **Başkasının Fiilini Taahhüt**, s. 201; Arık, **Başkasının Fiilini Taahhüt**, s. 54.

konusunu temel borç ilişkisi oluşturmaktadır. Üstlenme sözleşmenin konusunu oluşturan temel borç ilişkisinin, TBK m. 27 kapsamında geçersiz olması halinde, işbu husus üstlenme sözleşmesinin de geçersizliğine yol açacaktır<sup>233</sup>. Örneğin, uyuşturucu madde ticareti için ya da ruhsatsız randevu evi işletilmesi gibi hukuka ve ahlaka aykırı amaçlar için akdedilen sözleşmeler bakımından verilecek üstlenme taahhütleri de geçersiz olacaktır<sup>234</sup>.

Burada ifade edilmesi gereken bir diğer husus ise, temel borç ilişkisi kapsamında yasaklanmış birtakım haller, üstlenme sözleşmesi ile teminat altına alınabilecektir<sup>235</sup>. Örneğin, kira sözleşmelerinde tek bir kira borcunun ödemesinde temerrüde düşülmesi halinde geri kalan kira borçlarının muaccel hale getirileceğine ilişkin düzenlemeler her ne kadar kanuna aykırılık nedeniyle geçersiz olursa (TBK m. 346) da işbu hususun üstlenme sözleşmesine konu olmasına engel olmayacağı ifade edilmiştir<sup>236</sup>. Yine, Yargıtay kararına konu bir olayda, üçüncü kişinin (temel borç ilişkisindeki asıl borçlunun), alacaklıya karşı dava ikame etmeyeceğine dair taahhüdü geçerli kabul edilmiştir<sup>237</sup>. Benzer şekilde, üçüncü kişinin ömür boyu alacaklıyla

<sup>233</sup> *Kayak*, sözleşmenin konusunu geniş yorumlanması gerektiğini ve geniş yorumlanarak tarafların üstlenme sözleşmesi ile ulaşmak istedikleri ortak amaçlarının da değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Üstlenme sözleşmesindeki ortak amaç da temel borç ilişkisine yönelik olacağından, temel borç ilişkisinin kanuna, ahlaka, kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırı olması üstlenme sözleşmesinin de geçersizliğine yol açacaktır. *Kayak*, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 220.

<sup>234</sup> *Reisoğlu*, **Garanti**, s. 145. Ancak, hukuka veya ahlaka aykırılığın amaçta meydana gelmesi halinde her iki tarafın da ilgili aykırılıktan haberdar olması halinde sözleşmenin geçersizliği gündeme gelecektir. Örneğin, ruhsatsız randevu işletilmesi bakımından gerçekleştirilen kira sözleşmesinde kiraya verenin de hukuka ve ahlaka aykırı kabul edilen bu durumdan haberdar olması gerekmektedir. Kiraya verenin anılan amaçtan haberdar olmadığı olasılıkta, sözleşmenin hukuka aykırılığı söz konusu olmayacağından ilgili sözleşme geçerli olarak akdedilmiş olacaktır. *Oğuzman/Öz*, **Borçlar Genel I**, s. 92 – 93; *Eren*, **Borçlar Genel**, s. 322. Bu noktada, konusu, hukuka ve ahlaka aykırı sözleşmeler bakımından verilen üstlenmelerin geçersiz olmasının yanı sıra amaçta meydana gelen aykırılıklar noktasında ise üstlenenin işbu husustan haberdar olması gerekmektedir. Burada, haberdar olmaktan fazlasının aranabileceği yönünde detaylı açıklama için bkz. *Oğuzman/Öz*, **Borçlar Genel I**, s. 93. Özellikle, üstlenenin, hukuka veya ahlaka aykırı bir amacı teşvik etmek şeklinde üçüncü kişiyi harekete geçirdiği sözleşmeler de şüphesiz TBK m. 27 kapsamında geçersiz olarak kabul edilecektir. Diğer taraftan, kiraya verenin bilmekten öte karşı tarafı bu hususta teşvik etmesinin de gerekebileceği hususunda bkz. *Oğuzman/Öz*, **Borçlar Genel I**, s. 93.

<sup>235</sup> Detaylı açıklama için bkz. *Develioğlu*, **Bağımsız Garanti**, 186 vd.

<sup>236</sup> *Develioğlu*, **Bağımsız Garanti**, s. 187 – 188; *Develioğlu*, **Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme**, s. 992.

<sup>237</sup> “Bir kişinin üçüncü kişinin fiilini (olayımızda, üçüncü kişinin dava açmaması tekeffül edilip garanti verilmesinde olduğu gibi) hukuksal yönden hiçbir engel yoktur. Sözleşmede; davalılar bizzat kendilerinin dava açmayacaklarını taahhüt etmemişlerdir. Ancak, bu tarzda bir yükümlülük altına girilmesi halinde, dava açma, hak arama özgürlüğünün aşırı kısıtlanması nedeni ile sözleşmenin geçersiz olacağı ve hukuk düzeni içinde üstün görülmeyeceği düşünülebilir (BK m.20/2). Oysa, önmüzdeki olayda aynı garantiyi diğer bir kimsenin verdiği açıktır. Garantiyi diğer bir kimsenin verdiğinde garanti edilen neticenin kendisi kanuna ve ahlaka aykırı olmadığı için, B.K. 110 anlamında geçerli bir taahhüt gündeme gelir.” Yargıtay 13. HD., 1992/305 E., 1992/3896 K. ve 27.04.1992 T. kararı ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr); Son Erişim Tarihi: 01.09.2021).

rekabet etmeyeceğine dair verilen taahhüde ilişkin olarak da böyle bir taahhüt her ne kadar üçüncü kişi (borçlu) tarafından verildiğinde geçersiz olacaksa da üçüncü kişiyi ömür boyu alacaklıyla rekabet etmeme yükümlülüğü altına sokmadığından, diğer bir ifade ile üçüncü kişi bakımından bir borç doğurmadığından üstlenme sözleşmesine konu olması mümkün kabul edilmiştir<sup>238</sup>.

Bu örnekler bakımından ifade edilmesi gerekmektedir ki, üstlenme sözleşmesinin geçersizliği bakımından dikkat edilmesi gereken husus varılmak istenen sonuçtur. Ruhsatsız randevu işletilmesi bakımından yapılan kira sözleşmesi bakımından verilen taahhütlerde, ruhsatsız randevu evi işletilecek olması durumu hukuka ve ahlaka aykırılık teşkil ettiğinden, buna ilişkin olarak akdedilen üstlenme sözleşmesi de geçersiz olacaktır. Ancak, üstlenenin kira bedellerini ödeme temerrüde düşmesi halinde geri kalan kira bedellerini ödeme taahhüdünde ya da üçüncü kişinin tahliyesi bakımından verilen taahhütnamede hukuka aykırı bir amaç yaratılmamaktadır. İlgili kayıtların temel borç ilişkisinde yer almış olması da temel borç ilişkisinin geçersizliğine değil, ilgili hükümlerin geçersizliğine yol açacaktır<sup>239</sup>. Diğer bir ifade ile anılan hükümlerin geçersizliği, temel borç ilişkisinin tamamına sirayet etmemektedir. Yine, burada üstlenme sözleşmesi ile hukuka aykırı bir amaç güdülmeyeceği gibi üçüncü kişinin (asıl borçlunun) haklarını kısıtlayacak bir yapı da ortaya çıkmamaktadır. Bu nedenle, sözleşmenin hükümsüzlüğüne ilişkin değerlendirmelerde bu çerçevede yapılmalıdır.

## **b. Sözleşmenin Konusunun İmkânsız Olması**

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi ile üstlenen kural olarak bir para borcu altına girdiği için üstlenenin borcunun imkansızlığından söz edilmesi mümkün olmayacaktır<sup>240</sup>. Ancak, üstlenenin, taahhüt konusu borç yerine getirilmediği takdirde, para borcu yerine temel borç ilişkisindeki borcu bizzat yerine getirme borcu altına girdiği kurguda ya da başkaca bir imkansızlığa sebep olacak para borcu dışında kalan

---

<sup>238</sup> Reisoğlu, **Garanti**, s. 146; Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 188. Aksi yönde, *Kayak*, hukuka aykırı bir taahhüt nedeniyle, üstlenenin borç altına girmesini hukukun genel ilkelerine aykırılık teşkil ettiğini ifade etmektedir. Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 221.

<sup>239</sup> Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Cilt I, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 244; Yavuz/Acar/Özen, **Borçlar Özel**, s. 281.

<sup>240</sup> Reisoğlu, **Garanti**, s. 147; Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 993; Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 65.

borç altına girmesi halinde üstlenme sözleşmesi bakımından da imkânsızlık hali değerlendirme alanı bulabilecektir<sup>241</sup>.

Ancak, üstlenme sözleşmesinin konusunu oluşturan temel borç ilişkisinin imkânsız olması ya da sonradan imkansızlaşması halinde ne olacağı hususuna detaylı olarak değinmek gerekmektedir. Kural olarak, başlangıçtaki objektif imkânsızlık, sözleşmenin geçersizliğine yol açmaktadır. Buradan yola çıkarak bir kısım yazar, temel borç ilişkisinin başlangıçtaki imkânsızlık nedeniyle geçersiz olması halinde, üstlenme sözleşmesinin de geçersiz olduğunu ifade etmiştir<sup>242</sup>. Bir kısım yazar ise temel borç ilişkisindeki başlangıçtaki imkânsızlık halinin, üstlenme sözleşmesini etkilemeyeceğini, üstlenenin, taahhüt konusu fiilin yerine gelmemesinden kaynaklı olarak, alacaklının uğradığı zararı gidermesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>243</sup>.

Burada, önemli nokta tarafların, başlangıçtaki (sözleşme kurulmadan önceki) objektif imkânsızlık hususunu bilip bilmediği ve üstlenenin bir riski üstlenip üstlenmediği noktasıdır. Üstlenen, imkânsızlık halini bilmiyorsa, geçerli olarak bir üstlenme sözleşmesi akdedebilecektir. Ancak, üstlenenin, imkânsızlık halinden haberdar olması halinde ortada bir risk de mevcut olmayacağından, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinden söz edilemeyecektir<sup>244</sup>. Üstlenenin imkânsızlık halini bilmediği olasılıkta, bilse idi sözleşmeyi akdetmeyeceği ortaya çıkıyorsa, üstlenen TBK m. 30 vd. yer alan yanılma hükümlerine dayanarak üstlenme sözleşmesinin iptalini talep edebilecektir<sup>245</sup>. Yine, üstlenenin başlangıçtaki imkânsızlıktan haberdar olmadığı, ancak alacaklının imkânsızlık halinden haberdar olması durumunda ise, üstlenen TBK m. 36'da yer alan aldatma hükümlerine dayanarak, üstlenme sözleşmesinin iptalini talep edebilecektir<sup>246</sup>.

Sonradan ortaya çıkan imkânsızlık halleri bakımından ise üstlenenin sorumluluğu devam etmektedir<sup>247</sup>. Kural olarak, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi ile taahhüt konusu borcun imkansızlaşması riski de teminat altına

---

<sup>241</sup> Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 65.

<sup>242</sup> Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 225; Arık, **Başkasının Fiilini Taahhüt**, s. 57.

<sup>243</sup> Develioğlu, **Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme**, s. 994; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1158.

<sup>244</sup> Reisoglu, **Garanti**, s. 149; Arık, **Başkasının Fiilini Taahhüt**, s. 54.

<sup>245</sup> Develioğlu, **Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme**, s. 995.

<sup>246</sup> Develioğlu, **Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme**, s.995.

<sup>247</sup> Sabih Arkan, *Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu*, **BATİDER**, C. XVI, Sa. 4, s. 69.

alınmaktadır<sup>248</sup>. Ancak, taraflar, riskin, imkânsızlık nedeniyle meydana gelmesi hallerini üstlenme sözleşmesinin kapsamı dışında kalacağını kararlaştırabilirler.

#### 4. Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme Sözleşmesinin Şekli

Üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin, şekline ilişkin olarak TBK m. 128'de herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, dolaylı yoldan, TBK m. 603 düzenlemesi ile kefaletle ilişkin şekil şartlarının, gerçek kişiler tarafından akdedilen üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmeleri bakımından da uygulama alanı bulacağı sonuca varılmaktadır<sup>249</sup>. Ancak, TBK m. 603 yürürlüğe girmeden önce, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi herhangi bir şekle tabi olmadan akdedilmekteydi<sup>250</sup>. Üstlenme sözleşmesi, sözleşme serbestisi kapsamında, sözlü olarak dahi akdedilebiliyordu. Öğretide kefalet sözleşmesi bakımından yazılı şekil şartı öngörülmüşken, daha ağır sorumluluk içeren üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi bakımından herhangi bir şekil şartının öngörülmemiş olması, önceki Borçlar Kanunu döneminde eleştirilere neden olmuştur<sup>251</sup>. Eleştirilerin en büyük nedeni ise kefaletle ilişkin şekil şartlarından kurtulmak isteyen tarafların, kanunu dolanarak üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi başta olmak üzere başkaca kişisel teminat içeren sözleşmeleri akdetmesidir. Bu bakımdan, TBK m. 603 düzenlemesi ile bu tür kanuna karşı hilelerin de önüne geçilmesi amaçlanmıştır<sup>252</sup>.

<sup>248</sup> Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 191; Develioğlu, **Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme**, s. 993; Arık, **Başkasının Fiilini Taahhüt**, s. 54.

<sup>249</sup> Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 718; Kayak, **ÜFT – Kefalet**, s. 34; Elçin Grassinger, **Üçüncü Kişi**, s. 186; Ece Baş, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler*, **İÜHFİM**, C. 70, Sa. 2, İstanbul, 2012, s. 139; Bilgen, **Kefalet**, s. 101; Demir, **Kefalet**, s. 117; Esra Ulutaş Çelik, **Garanti Sözleşmeleri**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2014, s. 37; Aslan, **Garanti**, s. 33 – 34.

<sup>250</sup> Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 818; Reisoğlu, **Garanti**, s. 141; Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 60.

<sup>251</sup> Reisoğlu, **Garanti**, s. 142 vd.; Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 61.

<sup>252</sup> Ancak, *Akkanat Öztürk*, TBK m. 603'te yer alan "...kişisel güvence verilmesine ilişkin başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de..." uygulanacağına ilişkin ifadeler muğlak olması nedeniyle sözleşme özgürlüğünü ihlal edici nitelikte olduğunu ifade etmektedir. Bununla birlikte, TBK m.603'ün kefalet sözleşmelerinin geçerliliği bakımından öngörülen nitelikli şekil şartının bertaraf edilmesi amacıyla, kefalet sözleşmesinin başka isimlerle adlandırıldığı sözleşmelere uygulanması gerektiğini, bu bakımdan, TBK m.603'e de gerek olmadığı; TMK m. 2 kapsamında bu korumanın sağlanacağı belirtilmektedir. Akkanat Öztürk, **603**, s. 50 vd. TBK m. 603'ün sözleşme özgürlüğü ilkesini zedelediğine ilişkin olarak bkz. Kılıçoğlu, **Şekil**, s. 2596. *Demir*'de gerek sözleşme özgürlüğünün kısıtlaması gerekse de TBK m. 603'ün uygulama alanının muğlak olması nedeniyle maddenin genel yapısına eleştiriler getirmektedir. Demir, **Kefalet**, s. 120 – 121.

Kefaletin şekline ilişkin düzenlemeler TBK m. 583'te yer almaktadır<sup>253</sup>. TBK m. 583'e göre kefalet sözleşmesi yazılı olarak yapılmalı ve kefilin sorumlu olacağı azami miktar, kefalet tarihi ve kefilin müteselsil kefil olması durumunda işbu hususa yönelik iradesi kefalet sözleşmesine kefilin el yazısı ile yazılmalıdır. Kefaletin şekline ilişkin öngörülen bu kurallar, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmeleri bakımından da geçerli olacaktır. Öğretide bir görüş, kefaletin şekline ilişkin düzenlemelerin doğrudan üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesine de uygulanması gerektiğini ifade etmekteyken<sup>254</sup>, bir görüşe göre ise kıyasen uygulanması gerekmektedir<sup>255</sup>. Ancak, TBK m. 603'ün gerekçesinde açıkça gerçek kişilerce verilecek teminatlar bakımından üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin de gösterilmiş olduğu dikkate alınca, kanun koyucunun amacının kefaletle ilişkin şekil şartlarının, gerçek kişiler tarafından akdedilen üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmelerine de doğrudan uygulanması yönünde olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise TTK m. 7'de düzenleme alanı bulan teselsül karinesidir. Düzenleme ile ticari işler bakımından verilen kefaletlerin müteselsil kefalet olması öngörülmüştür<sup>256</sup>. TBK m. 583 hükmü gereğince ise müteselsil kefaletle ilişkin iradenin, kefilin el yazısı ile sözleşmeye aktarılması gerekmektedir. Bu noktada ilgili düzenlemelerin nasıl yorumlanması gerektiği öğretide tartışmalara konu olmuştur. Bir görüş, TTK m. 7'ye ağırlık vermekte ve ticari

---

<sup>253</sup> *Erbayraktar*, ayrıca TBK m. 603 yollamasıyla, TBK m. 598/3'te yer alan gerçek kişiler tarafından sağlanan kefaletler bakımından öngörülen 10 yıllık azami sürenin, garanti sözleşmeleri bakımından da uygulanabileceği ifade etmektedir. Belirsiz süreli olarak akdedilen ve gerçek kişilerin üstlenen konumunda yer aldığı taahhüt sözleşmeleri 10 yılın geçmesiyle sona erecektir. Burcu Erbayraktar, *Kefalet Süresinin Belirlenmesinde İrade Özgürlüğünün Sınırları*, C. 32, Sa. 4, **BATİDER**, 2016, s. 142 – 143. Erbayraktar'ın bu görüşüne katılmıyoruz. Şöyle ki, her ne kadar yazarın da eserinde ifade ettiği üzere, (Erbayraktar, *Süre*, s. 142) TMK m. 23/2'den yola çıkarak üstlenenin sorumluluğunun sınırlanması yoluna gidilebilecekse de TBK m. 603'ün bu kadar geniş yorumlanması kanımızca isabetli değildir. Kanun koyucunun bu yönde bir iradesi olsaydı, kefaletin ehliyet ve şeklinin yanı sıra süresine ilişkin hükümlerin de gerçek kişiler tarafından sağlanan teminatlara uygulanacağı açıkça hüküm altına alınırdı. Bu nedenle istisna hükmü niteliğinde olan TBK m. 603'ün kapsamının böyle bir şekilde genişletilmesi isabetli değildir.

<sup>254</sup> Kayak, **ÜFT – Kefalet**, s. 40. *Özen*'de eserinde daha çok üzerinde durduğu kefalet benzeri garanti sözleşmeleri noktasında kefaletle ilişkin şekil şartlarının doğrudan uygulanması görüşünü benimsemektedir. *Özen*, **Kefalet**, s. 48 – 49.

<sup>255</sup> Gümüş, **Borçlar Özel II**, s. 371.

<sup>256</sup> *Özen*, **Kefalet**, s. 332; Gümüş, **Borçlar Özel II**, 388; Ayan, **Kefalet**, s. 61; Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, 27. Baskı, Ankara, BATİHA, 2021, s. 73 – 74; Kadir Berk Kapancı, *Türk Ticaret Kanunu'nun 7. Maddesinde Öngörülen "Ticari İşlerde Teselsül Karinesi" Tam Anlamıyla Uygulanabilir Durumda Mıdır?*, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, Sa. 2, 2016, s. 133; Mehmet Çelebi Can/Fahri Erdem Kaşak, *Ticari Borçlara Kefalet Halinde Ticari İşlerde Teselsül Karinesinin (TTK m. 7), Müteselsil Kefil Sıfatının El Yazısıyla Belirtilmesini Arayan TBK m. 583 Hükmü Karşısında Uygulanabilirliği*, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 15, Sa. 162, s. 268.

işler bakımından müteselsil kefil olduğuna ilişkin irade, kefalet senedine yansıtılmasa dahi ilgili kefaleti müteselsil kefalet olarak yorumlamaktadır<sup>257</sup>. Diğer bir görüş ise, TBK m. 583 hükmünü incelemekte ve müteselsil kefil olduğuna ilişkin iradenin yazılı olarak yansıtılması gerektiğini ifade etmektedir<sup>258</sup>. Buradan da görüleceği üzere, her iki hüküm birbirini tamamlayan değil, tam tersine birbirini dışlayan yapıdadır. Konumuz özelinde, gerçek kişiler tarafından verilen taahhütler bakımından TBK m. 603 yollaması gereğince TBK m. 583 hükmü devreye gireceğinden, TTK m. 7 ile olan ilişkisinin açıklığa kavuşturulması gerekecektir. Bu noktada, kanımızca da ikinci görüşe, yani TBK m. 583'ü önceleyen görüşe ağırlık verilmesi daha isabetli olacaktır. İlgili düzenleme, gerçek kişileri korumak amacıyla ihtiva edilen ve gerekli şekil şartları eksik kaldığında adi kefaleti öne çıkaran bir sistem tesis etmektedir. Ayrıca, TTK m. 7'de açık bir şekil düzenlemesi ve kefalet türü tercihi

<sup>257</sup> Genel olarak, ticari hayatta likiditenin ve hızın önemi ayrıca özel bir alan bakımından hüküm sevk edilmiş olması nedeniyle TBK m. 583'te öngörülen müteselsil kefaletle ilişkin iradenin el yazılı olarak yansıtılmasına bir istisna getirdiği belirtilmiştir. Hüseyin Ülgen/ Mehmet Helvacı/ Abuzer Kendigelen/ Arslan Kaya/ Füsün Nomer Ertan, **Ticari İşletme Hukuku**, 6. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, s. 78 – 79. Ayrıca, aksi bir kabulün TTK m. 7 düzenlemesini boşa düşüreceğini ve ayrıca TTK m. 7'nin özel bir düzenleme olması nedeniyle de istisna hükmü olarak yorumlanmaktadır. Baş, **Geçerlilik**, s. 134; Ayan, **Kefalet**, s. 63; Can/Kaşak, **Teselsül**, s. 274; Nuri Aziz Midyat, *Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Teselsül Karinesinin Müteselsil Kefaletin Şekil Konusuna Etkisi*, **İÜHF**, C. LXXV., Sa. 2, 2017, s. 681 – 706. Yine, TBK m. 583'te yer alan hükmün tarafların ortak iradeleriyle müteselsil kefalet meydana getirmek istedikleri takdirde uygulanacağını; TTK m. 7 ile taraf iradelerinden ziyade kanuni karine neticesinde müteselsil kefaletin meydana geldiğini belirtilmektedir. Ayan, **Kefalet**, s. 61; Atilla Altop, *Kefalet Sözleşmesine İlişkin Olarak Türk Borçlar Kanununda ve Türk Ticaret Kanununda Yer Alan ve Birbiri ile Çeliştikleri Düşünülen Bazı Hükümlere İlişkin Bir Değerlendirme*, **İKÜHFD**, C. 16, Sa. 2, 2017, s. 61 – 62.

Yargıtay uygulaması da bu görüş çerçevesinde şekillenmiştir. “...Somut olayda davahlar, dava dışı kişi ile davacı arasındaki ticari ilişkiden kaynaklanan her türlü borçlara müteselsil kefil olarak kefalet senedini imzalamışlardır. Görüldüğü gibi kefalet senedinde kefaletin müteselsil kefalet açıkça belirtildiği gibi 6102 sayılı TTK'nın 7. Maddesinde hükme bağlanan ticari teselsül karinesi karşısında ticari borçlara kefaletin müteselsil kefalet olduğunun kabulü gerekir. Bu itibarla olayımızda 'müteselsil kefalet' sözcüklerinin kefillerin el yazısı ile yazılmamış olması, kefaletlerinin müteselsil kefalet olarak yorumlanmaması sonucunu doğurmaz.” Yarg. 19. HD., 2016/2405 E., 2016/10936 K. ve 18.06.2016 T. kararı ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), Son erişim tarihi: 01.09.2021). Anılan karar da muhalefet serhi olarak, karşı yöndeki görüş de yer almaktadır.

“...Dava dışı kiracı, ticaret şirketi olduğundan sözleşmede yazmasa bile davalı kefil kiracının borçlarından müteselsilen sorumludurlar.” Yarg. 6. HD., 2015/8817 E., 2016/3432 K. ve 27.04.2016 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), Son erişim tarihi: 01.09.2021).

Arkan'da bu noktada, kanuni bir düzenleme ile anılan tartışmaların açıklığa kavuşturulmasını gerektiğini ifade etmiştir. Alman Ticaret Kanunu m. 350'de, kefalet için aranan şekil şartlarının, ticari işler bakımından aranmayacağına ilişkin düzenlemesine de atıf yapmıştır. Arkan, **Ticari İşletme**, s. 75. <sup>258</sup> Reisoğlu, **Kefalet**, s. 35; Kapanıcı, **Ticari İşlerde Teselsül**, s. 164 vd.; Özen, **Kefalet**, s. 332 vd.; Bilgen, **Kefalet**, s. 324.

TTK m. 7' de teselsül karinesinin kanunda aksine bir düzenleme yer almadığı takdirde devreye gireceğine ilişkin lafzı karşısında TTK m. 7'de öncelik tanınamayacağı ifade edilmektedir. Kapanıcı, **Ticari İşlerde Teselsül**, s. 165; Özen, **Kefalet**, s. 332. Özen, yine de uygulamada TTK m. 7'yi önceleyen görüşün ön plana çıkacağını da belirtmektedir. Özen, **Kefalet**, s. 332. Kaldı ki, Özen'in de ifade etmiş olduğu gibi Yargıtay uygulaması ilk görüş kapsamında gelişmiştir.

olarak da karşımıza çıkmamaktadır<sup>259</sup>. TTK m.7’de müteselsil kefalete ilişkin bir karine getirilmekte olup; hükmün lafzı da kanunda aksi bir düzenleme yer almadığı takdirde karinenin kabulünü ön gördüğü için TBK m. 583 uygulamasını tam olarak dışlamamaktadır. Bu bakımdan, ticari işler bakımından verilen kefaletler ve taahhütler bakımından da iradenin müteselsil kefalete ilişkin olması halinde, ilgili hususun el yazısı ile ifade edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Burada, önemle hatırlatmak gerekir ki, tüzel kişiler tarafından akdedilecek olan üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmeleri bakımından herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. TBK m. 603 düzenlemesi gerçek kişilerce verilen kişisel teminatlar bakımından bir düzenleme getirmektedir.

Genel olarak şekle ilişkin düzenlemeleri toparlamak gerekirse, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi bakımından öncelikle üstlenme tarihi el yazılı olarak yazılmalıdır. Azami sorumluluk miktarının da TBK m. 603 hükmü ve gerekçesi dikkate alındığında üstlenenin el yazısı ile belirtilmesi gerekmektedir<sup>260</sup>. TBK m. 583’e göre, kefilin müteselsil kefil olması halinde de işbu hususun kefalet sözleşmesine kefilin el yazısı ile yansıtılması gerektiği ifade edilmiştir<sup>261</sup>. İlgili maddenin üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi veya başkaca gerçek kişilerce sağlanacak teminat sözleşmeleri bakımından nasıl uygulanacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, müteselsil kefaletten daha ağır bir sorumluluk alanına sahip olan üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi bakımından da bu yönde bir ibarenin yer alması gerekmektedir. Yani, üstlenenin, bu anlama gelen bir ifadeyi el yazısı ile üstlenme sözleşmesine yansıtması gerekmektedir<sup>262</sup>. Bir başka görüşe göre ise, bu tür ifadelerin el yazısı ile üstlenme sözleşmesine ya da başkaca gerçek kişilerce teminat sağlanan

---

<sup>259</sup> Bkz. TKHK m. 4/6: “Tüketici işlemlerinde, tüketicinin edimlerine karşılık olarak alınan şahsi teminatlar, her ne isim altında olursa olsun adi kefalet sayılır. Tüketicinin alacaklarına ilişkin karşı tarafça verilen şahsi teminatlar diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça müteselsil kefalet sayılır.”

<sup>260</sup> Özen, **Kefalet**, s. 49; Develioğlu, **Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme**, s. 988; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 427; Kayak, **ÜFT – Kefalet**, s.43; Yavuz/Acar/Özen, s. 847; Demir, **Kefalet**, s. 117; Köroğlu, **Kefalet Benzeri Garanti**, s. 81. *Gümüş*, azami sorumluluk miktarının, kefalet benzeri garanti sözleşmeleri bakımından yapısal bir unsur olmadığı ve TBK m. 603 de kıyasen uygulama alanı bulan bir düzenleme olduğundan; kefalet benzeri garanti sözleşmeleri bakımından azami sorumluluk miktarının belirtilmesinin zorunlu olmadığını ifade etmiştir. Gümüş, **Borçlar Özel II**, s. 371. Benzer yönde bkz. dp. 131.

<sup>261</sup> Yavuz/Acar/Özen, **Borçlar Özel**, s. 847.

<sup>262</sup> Özen, **Kefalet**, s. 49; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 427; Elçin Grassinger, **Üçüncü Kişi**, s. 187; Yavuz/Acar/Özen, **Borçlar Özel**, s. 847.

sözleşmelerde yer almasına gerek yoktur<sup>263</sup>. Kanımızca, ilk görüşe de yakın olacak şekilde, üstlenenin '*bağımsız*' bir teminat sağladığını yazılı olarak ifade etmesi madde uygulaması bakımından daha uygun düşecektir<sup>264</sup>.

---

<sup>263</sup> Gümüş, **Borçlar Özel II**, s. 371; Demir ise borca katılma özelinde yaptığı değerlendirmede bu tür bir ifadenin zorunlu olmadığını ifade etmektedir. Demir, **Kefalet**, s. 108.

<sup>264</sup> PEL Pers. Sec. Art. 2: 101'de aksi açıkça belirtilmediği sürece, teminat sözleşmelerinin bağımlı teminat sözleşmesi olarak yorumlanması gerektiği belirtilmiştir. Ulrich Drobnig, **Principles of European Law Study Group on a European Civil Code Personal Security (PEL Pers. Sec.)**, Oxford, 2007, s. 195.

## İKİNCİ BÖLÜM ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ ÜSTLENMENİN YAKIN İLİŞKİDE OLDUĞU KURUMLAR VE BENZER KURUMLARDAN FARKI

### I. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ ÜSTLENMENİN YAKIN İLİŞKİDE OLDUĞU YAPILAR

#### A. BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI

Banka teminat mektuplarının yapısı da üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin yapısına benzemektedir. Banka teminat mektupları, üçüncü kişinin fiilini üstlenme kapsamında ortaya çıkabilecek yapılardan biri olarak da ifade edilebilir. Burada, her zaman bir temel borç ilişkisi yer almaktadır ve teminat mektubu da bu kapsamda düzenlenmektedir. Üstlenen (teminat sağlayan) konumunda ise banka yer almaktadır. Banka teminat mektupları, bankaların, güçlü finansal yapıları da göz önüne alındığında, alacaklı bakımından en avantajlı teminat araçlarından biridir. Özellikle, gerçek kişilerce sağlanan teminatlara nazaran alacaklı bakımından daha güvenilir bir yapıdır. Banka ile alacaklı arasından düzenlenen teminat mektubuyla, banka, üçüncü kişinin, temel borç ilişkisinden kaynaklanan edimini hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde, alacaklının zararını giderme borcu altına girmektedir<sup>265</sup>. Banka, çoğu zaman alacaklının ilk talebi üzerine, kayıtsız şartsız teminat mektubunda kararlaştırılan bedeli ödeme borcu altına girmektedir<sup>266</sup>.

Teminat mektubuna dayanak oluşturan ilişki banka ile alacaklı (muhatap) arasında yer almaktadır. Lehine teminat sağlanan üçüncü kişi (lehtar), teminat mektubundan kaynaklanan ilişkinin tarafı değildir<sup>267</sup>. Ancak, teminat mektupları uygulamada, üçüncü kişinin bankadan talebi üzerine hazırlanarak alacaklıya

---

<sup>265</sup> Nami Barlas, *Banka Teminat Mektubu Kavramı ve Teminat Mektubuyla Doğan Hukuki İlişkinin Özellikleri*, **Makalelerim**, Cilt I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 31; Seza Reisoğlu, **Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler**, Ankara, 1983; Ferhat Canpolat, **Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve İhtiyati Tedbirler**, Ankara, Yetkin, 2009.

<sup>266</sup> Fahrettin Aral, *Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği ve Kefaletten Farkları*, **Fikret Eren'e Armağan**, Ankara 2006, s. 131.

<sup>267</sup> Reisoğlu, **Garanti**, s. 22; Akyol, **Banka Sözleşmeleri**, s. 166; Sıtkı Akyazan, *Banka Teminat Mektupları*, **BATİDER**, Şubat 1969, C. 5, sa. 1, s. 16.

sunulmaktadır<sup>268</sup>. Bu bakımdan, banka ile lehine teminat sağlanan üçüncü kişi (lehtar) arasında da bir hukuki ilişki<sup>269</sup> yer almakta ve banka bu ilişkiden kaynaklı olarak alacaklı lehine teminat mektubu düzenlemektedir<sup>270</sup>. Ayrıca, yine uygulamada sıklıkla rastlanıldığı üzere, banka lehine teminat sağladığı üçüncü kişiden bir karşı teminat talep etmektedir. Karşı teminat ilişkisi<sup>271</sup> ile banka, alacaklının (muhatabın) talebi üzerine ödeme yapmak durumunda kalırsa, lehine teminat sağladığı üçüncü kişiye (lehtara) veya ona teminat sağlayan başkaca bir kişiye başvurma hakkına sahip olacaktır<sup>272</sup>.

Banka teminat mektupları sözleşme serbestisi çerçevesinde uygulamada ortaya çıkmış bir yapıdır. Bu bakımdan, hukuki niteliği üzerine de öğretilerde belli tartışmalar yapılmıştır. Bir görüş, banka teminat mektuplarının kefalet sözleşmesi niteliğinde olduğunu bir başka görüş ise garanti sözleşmesi niteliğinde olduğunu ifade etmektedir<sup>273</sup>. Üçüncü bir görüşe göre ise, banka teminat mektupları bakımından böyle genel ve kesin bir yargıya varılması mümkün değildir<sup>274</sup>. Teminat mektubunun somut

---

<sup>268</sup> Doğan, **Teminat Mektupları**, s. 116; Akyol, **Banka Sözleşmeleri**, s. 177.

<sup>269</sup> Üçüncü kişi ile banka arasındaki hukuki ilişkinin niteliği öğretilerde tartışmalıdır. Ancak, hâkim görüş, taraflar arasındaki ilişkinin vekalet sözleşmesi olduğu yönündedir. Doğan, **Teminat Mektupları**, s. 117; Fahrettin Aral, *Teminat Mektuplarında Lehtar ile Muhatap ve Lehtar ile Banka Arasındaki Hukuki İlişki*, **BATİDER**, c.24, s.2, 2007, s. 192.

Banka ile lehine teminat sağlanan üçüncü kişi (lehtar) arasında yer alan ilişkinin hukuki niteliğinin vekalet sözleşmesi olduğu ifade edilmektedir. Bu bakımdan, vekil olarak hareket eden bankanın, müvekkilinin talimatlarına uyması ve talimatlara uygun şekilde teminat mektubu düzenlemesi, uzmanlığı kapsamında müvekkiline bilgi sağlaması ve alacaklının (*muhatabın*) ödeme talebini de müvekkiline iletmesi gerekmektedir. Buna karşılık olarak da üçüncü kişi (lehtar) çoğu zaman bir komisyon bedeli ödemekte bunun yanı sıra bankanın yapmış olduğu masrafları da karşılama borcu altına girmektedir. Yine bankanın talebi üzerine, bankaya bir karşı teminat sağlama borcu altına da girebilecektir. Aral, **İlişkiler**, s. 193 vd.; Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 320 vd.

<sup>270</sup> Banka ile üçüncü kişi borçlu (lehtar) arasındaki sözleşme, gayrinakdi kredi sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır. Doğan, **Teminat Mektupları**, s. 117; Aral, **BTM**, s. 131; Cengiz Kostakoğlu, **Banka Kredileri Tüketici ve Konut Kredileri Kredi Kartlarından Doğan Uyuşmazlıklar 'İtirazın İptali Davası ve Menfi Tespit Davası'**, 8. Baskı, İstanbul, Beta, 2016, s. 206.

<sup>271</sup> Karşı teminat ilişkisinin hukuki niteliği için bkz. Üçüncü Bölüm, III, B.

<sup>272</sup> Üstlenenin ödeme yapması halinde üçüncü kişiye (asıl borçluya) başvuru haklarına ilişkin olarak bkz. Üçüncü Bölüm, III.

<sup>273</sup> *Tandoğan ve Reisoğlu* banka teminat mektuplarının kefalet sözleşmesi veya garanti sözleşmesi olarak akdedilebileceğini ifade etmektedir. Tandoğan, **Garanti**, s. 30 vd.; Reisoğlu, **Garanti**, s. 92 vd.; Arkan, **Bankanın Hukuki Durumu**, s. 60. Diğer bir görüş ise banka teminat mektuplarının mevcut uygulama yapısında garanti sözleşmesi olarak yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Yener Coşkun, **BTM**, s. 36; Kostakoğlu, **Banka Garantileri**, s. 207.

<sup>274</sup> *Barlas*, teminat mektuplarının garanti veya kefalet sözleşmesi şeklinde akdedilebileceği gibi her iki sözleşmeyi de içerek şekilde, yani karma nitelikte bir sözleşme olarak akdedilmesinin de mümkün olduğunu ifade etmiştir. Yazar, mahkemelere ve icra dairelerine verilen teminat mektuplarının ilk talepte ödeme kaydı içerseler dahi kefalet sözleşmesi niteliğinde olduğunu; belirli bir teşebbüsün gerçekleşmesi bakımından verilen teminat mektuplarının ise garanti sözleşmesi niteliğinde olduğunu belirtmektedir. Yine, kefalet niteliğini haiz teminat mektuplarına, bankanın temel borç ilişkisinden bağımsız olarak borç altına girdiğine dair kayıt konması halinde, karma nitelikte bir teminat mektubu

olaydaki içeriğine göre hukuki niteliği saptanmalıdır. Bir kısım yazar ise banka teminat mektuplarının kendine özgü bir yapısı olduğunu, kefalet veya garanti sözleşmesi olarak adlandıramayacağını ifade etmektedir<sup>275</sup>. Yargıtay uygulamasına bakıldığında ise banka teminat mektupları üçüncü kişinin fiilini üstlenme niteliğinde bir garanti sözleşmesi olarak değerlendirilerek TBK m. 128 kapsamına sokulmaktadır<sup>276</sup>. Bizce, banka teminat mektupları farklı hukuki yapılarda ortaya çıkabilecek bir yapılardır. İçtihadı birleştirme kararlarının geniş yorumlanarak, bütün banka teminat mektuplarına yaydırılması isabetli olmayacaktır. Taraflar, kefalet ya da garanti sözleşmesi şeklinde bir teminat mektubu ilişkisi kurabilmelidir. Sonuçta, banka teminat mektubu, tarafların ortak iradeleri ile sözleşme serbestisi kapsamında ortaya çıkan bir hukuki yapıdır. Ancak, son tahlilde, Yargıtay uygulamasında, bütün banka teminat mektuplarının, TBK m. 128 kapsamında teminat amaçlı bir garanti sözleşmesi olarak nitelendirdiği tekrar vurgulanmalıdır.

Son olarak ifade edilmelidir ki, TBK m. 128'in, mevcut ikinci fıkrası da özellikle belirli süreli banka teminat mektupları bakımından ortaya çıkan, bankaların

---

meydana gelecektir. Bu bakımdan, ilk talepte ödeme kaydı teminat mektubunun hukuki niteliğinin belirlenmesi bakımından yeterli değildir. Teminat mektubunun hukuki niteliği bakımından ayırt edici unsur, teminat mektubunun temel borç ilişkisinden bağımsız olarak verildiğine ilişkin kayıtlar sayesinde ortaya konacaktır. Barlas, **Banka Teminat Mektupları**, s. 44 vd. Benzer yönde, Doğan, **Teminat Mektupları**, s. 14 – 15.

<sup>275</sup> Akyazan, 1969 tarihli makalesinde, teminat mektuplarının garanti veya kefalet sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceğini, kendine özgü yapısı bulunan bir sözleşme olduğunu ifade etmiştir. Akyazan, **BTM**, s. 27.

Yazar, 1975 tarihli makalesinde ise teminat mektuplarının, kefalet sözleşmesi olmadığını açıkça vurguladıktan sonra, üçüncü kişinin fiilini üstlenme niteliğinde garanti sözleşmesi görüşüne daha yakın bir yaklaşım göstermiştir. Sıtkı Akyazan, *Banka Teminat Mektuplarında Zamanaşımı*, **BATİDER**, Haziran 1975, C. 8, sa. 1, s. 2 vd.

<sup>276</sup> Banka teminat mektuplarına ilişkin olarak 1967 ve 1969 yıllarında olmak üzere, Yargıtay tarafından iki içtihadı birleştirme kararı verilmiştir. Her iki kararda da bankanın asli ve bağımsız bir garanti taahhüdü vermiş olması nedeniyle üçüncü kişinin fiilini üstlenme niteliğinde bir garanti sözleşmesinin yer aldığı ifade edilmiştir. Bu nedenle, anılan kararlarda, banka teminat mektuplarının, eBK m. 110 (*mevcut TBK m.128*) kapsamında bir garanti sözleşmesi olduğuna hükmedilmiştir. İlgili kararlar için bkz. YİBGK'nun, 1966/16 E., 1967/7 K. ve 13.12.1967 T. ve ayrıca 1969/E., 1969/6 K., sayılı ve 11.06.1969 T. kararları.

Bu noktada, *Arkan*, karara ilişkin olarak somut olayda yer alan banka teminat mektubunun garanti sözleşmesi olarak yorumlandığını, her türlü banka teminat mektubunu kapsayacak şekilde bir yargıya varılmadığını ifade etmektedir. Yazar, ayrıca, kefalet niteliğinde banka teminat mektuplarına da vücut verilmesinin mümkün olduğunu belirtmektedir. Arkan, **Bankanın Hukuki Durumu**, s. 60. Benzer şekilde, *Kocaman*'da, Yargıtay kararlarında, somut olay özelinde bir hüküm sevkedildiğini, bütün teminat mektuplarını kapsayıcı nitelikte bir çıkarıma varılmadığını ifade etmektedir. Yine kararların detaylı analizi ve banka teminat mektuplarının hukuki niteliği konusunda bkz. Arif Kocaman, *Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği Üzerine*, **BATİDER**, C. XV, Sa. 3, 1990, s. 51 vd. (özellikle s. 53 – 54).

sorumluluk süresine ilişkin tartışmaları sona erdirmek amacıyla düzenlemiştir<sup>277</sup>. Bu durum, Yargıtay'ın banka teminat mektuplarını TBK m. 128 (*eTBK m. 110*) çerçevesinde değerlendirmesi yaklaşımına da uygun bir düzenleme olmuştur.

## B. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ ÜSTLENME SÖZLEŞMESİ BAĞLAMINDA ÖNEMLİ BİR KOMŞU KAVRAM: GARANTİ SÖZLEŞMELERİ

Garanti sözleşmeleri yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, TBK m. 128'de düzenlenen üçüncü kişinin fiilini üstlenme ile yakın ilişki içindedir. Öğretide bir görüş TBK m. 128'in garanti sözleşmelerini düzenlediğini, bir başka görüş ise, garanti sözleşmesinin alt türlerinden olan kefalet benzeri garanti sözleşmesini düzenlediğini ifade etmektedir<sup>278</sup>. Yine, garanti sözleşmesinin sui generis (*nevi şahsına münhasır, kendisine özgü*) bir sözleşme türü olduğu da öğretide ifade edilmiştir<sup>279</sup>. Ancak, uygulamada Yargıtay, garanti sözleşmelerini TBK m. 128 kapsamında ele almaktadır.

Garanti sözleşmeleri, ilk uygulama alanı olarak, devletlerin iktisadi teşebbüsleri teşvik etmek ve özel sermayenin büyük yatırım yapmasını sağlamak amacıyla, bu tür yatırımlara girişen şirketlere belli bir karı elde edeceklerinin garantisinin verildiği ve vaat edilen kar elde edilemediği takdirde ise aradaki farkın devlet tarafından karşılanacağı yapılarda ortaya çıkmıştır<sup>280</sup>. Ancak, günümüzde bu özelliklerin yanı sıra uygulamada özellikle kefaletin koruyucu özelliklerini de bertaraf etmek amacıyla sözleşme serbestisi kapsamında da garanti sözleşmeleri akdedilmektedir<sup>281</sup>. Özellikle, kefalet benzeri garanti sözleşmesi, kefalet sözleşmesi gibi bir kişisel teminat sözleşmesidir<sup>282</sup>. Ancak, kefalet benzeri garanti

<sup>277</sup> Atalay Özdemir, **Borçlar Yasasının 110. Maddesine Eklenen Yeni Fıkra ve Banka Teminat Mektupları**, YD, C. 10, Sayı No: 3, 1984, s. 252 – 271.

<sup>278</sup> TBK m. 128 çerçevesindeki tartışmalar için bkz. Birinci Bölüm, II.

<sup>279</sup> Gümüş, **Borçlar Özel II**, s. 506; Yavuz/Acar/Özen, **Borçlar Özel**, s. 841; Kapancı, **Saf Garanti**, s. 116; Ulutaş Çelik, **Garanti**, s. 30; Aslan, **Garanti**, s. 15.

Sui generis sözleşmeler, kanunda düzenlenmediği gibi, düzenlenen yapılardan ayrılarak uygulamada meydana getirilen sözleşmeler olarak adlandırılmaktadır. Garanti sözleşmeleri de bu noktada sui generis sözleşme olarak yorumlanmaktadır. *Kuntalp*, bunları ayrıca garanti sözleşmesinin, olağan isimsiz sözleşme olduğunu belirtmektedir. Uygulamadaki yaygınlığı, yapıyı kanunda düzenlenmemiş olsa dahi bilinir hale getirmiştir. Kuntalp, **Karışık Muhtevalı Akit**, s. 14 – 15.

<sup>280</sup> Tandoğan, **Garanti**, s.2.

<sup>281</sup> Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s.111.

<sup>282</sup> Yavuz/Acar/Özen, **Borçlar Özel**, s. 841.

sözleşmelerinin, geçerliliği, temel borç ilişkisinin geçerliliğine bağlı değildir. Hatta, genel olarak garanti sözleşmeleri bakımından, temel borç ilişkisinin varlığı da şart değildir. Bu tür garanti sözleşmelerinin, temel borç ilişkisinden bağımsız olarak varlığını sürdüreceği olması ve kefaletle nazaran alacaklı bakımından daha çok güvence sağlaması nedeniyle, alacaklılar bakımından son yıllarda daha çok tercih edilmektedir<sup>283</sup>.

Yargıtay her ne kadar, TBK m. 128'in garanti sözleşmesini, düzenlediğini ifade etmekteyse de TBK m. 128'de yer alan ifadelerden garanti sözleşmesinin zorunlu unsurlarının tespit edilmesi mümkün gözükmemektedir. Daha yalın bir ifade ile TBK m. 128 tipik bir sözleşmeye vücut vermemektedir. Bu bakımdan, garanti sözleşmesinin unsurları öğretisi ve yargı kararları çerçevesinde ortaya koyulmuştur<sup>284</sup>. Öğretide, bütün garanti sözleşmelerinde, başkasına ait bir riskin, bağımsız olarak üstlenildiği ifade edilmektedir<sup>285</sup>. Garanti sözleşmelerinde, ayrıca bir teşebbüse sevk etme<sup>286</sup> unsurunun da bulunduğu ifade edilmektedir<sup>287</sup>. Garanti veren, garanti sözleşmesi ile çoğu zaman garanti alanı belli bir teşebbüste bulunmaya sevk etmektedir. Örneğin, bir ticari işletme kurmak, bir köprü inşa etmek gibi. Bu tarz durumlarda, garanti veren, garanti alanın anılan teşebbüsü gerçekleştirmesi halinde belli tutarda gelir elde edeceğini garanti etmektedir. Bir diğer unsur olarak, garanti sözleşmesinin, tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu ifade edilmiştir<sup>288</sup>. Kural olarak, garanti sözleşmeleri, tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler olmakla birlikte, nadiren de olsa garanti taahhüdü karşısında bir ivaz kararlaştırılmasında da sakınca bulunmamaktadır.

---

<sup>283</sup> Kahraman, **Saf Garanti**, s. 8. Ayrıca, kefalet ve garanti sözleşmesinin farklarına ilişkin detaylı açıklama için bkz. İkinci Bölüm, II, A.

<sup>284</sup> Garanti sözleşmesinin unsurları için ayrıca bkz. Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 809 vd.; Reisoğlu, **Garanti**, s. 9 vd.

<sup>285</sup> Risk ile ilgili açıklamalarımız için bkz. Birinci Bölüm, III, A, 1. Bağımsızlık ile ilgili açıklamalarımız için bkz. Birinci Bölüm, III, A, 3.

<sup>286</sup> Teşebbüse sevk etme ifadesindeki, teşebbüs kavramı, lehine garanti verilen kişinin her türlü hareketi olarak ifade edilmektedir. Ancak, teşebbüs ifadesinin işletme olarak anlaşılması da mümkün olduğundan, bu kullanım eleştirilmiştir. Eleştirilere ilişkin bkz. Reisoğlu, **Garanti**, s. 13 vd.; Kahraman, **Saf Garanti**, s. 23 vd. Tandoğan, "*belli bir hareket tarzına yönelme*" (Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 809); Kahraman ise "*belli bir hareket tarzına sevk ve teşvik etme*" ifadesini kullanmaktadır.

<sup>287</sup> Gümüş, teşebbüse sevk etme amacının garanti sözleşmesinin zorunlu unsurları arasında yer almadığını, özelliikle mevcut bir borç ilişkisine teminat sağlamak amacıyla verilen kefalet benzeri garantiler bakımından teşebbüse sevk etme amacının bulunmadığını ifade etmiştir. Gümüş, **Borçlar Özel II**, s.504.

<sup>288</sup> Tek tarafa borç yükleme özelliğine ilişkin açıklamalar için bkz. Birinci Bölüm, III, A, 2.

Bu açıklamalar ışığında, garanti sözleşmesi, garanti verenin bağımsız olarak, başkasına ait bir riski üstlendiği sözleşme ilişkisi olarak ifade edilebilecektir<sup>289</sup>, <sup>290</sup>. Bu tanım, bütün garanti sözleşmeleri bakımından çerçeve bir tanım olarak karşımıza çıkmaktadır. Teşebbüse sevk etme unsuru ise daha çok garanti sözleşmesinin alt türlerinden olan saf garanti sözleşmelerinde yer almaktadır. Bu noktada ifade edilmesi gerekir ki, garanti sözleşmeleri saf garanti ve kefalet benzeri garanti sözleşmeleri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır<sup>291</sup>. Konumuzla daha yakın ilişkide olan ise kefalet benzeri garanti sözleşmeleridir. Çok dar da olsa, üçüncü kişinin fiilini üstlenme şeklinde saf garanti sözleşmelerine de rastlanabilecektir<sup>292</sup>.

Saf garanti sözleşmelerinde, garanti verenin temel amacı garanti alanı belli bir davranışta bulunmaya yönlendirmektir<sup>293</sup>. Garanti veren, garanti alanı teşvik ettiği davranış bakımından garanti alanın uğrayacağı zararları da gidermeyi taahhüt etmektedir<sup>294</sup>. Örneğin, garanti alanın bir işletme kurmaya teşvik edildiği olasılıkta, işletmenin belli bir gelir getireceği, getirmediği takdirde aradaki farkın giderileceğini ilişkin taahhütler saf garanti taahhüdü olarak adlandırılacaktır. Ayrıca, yine doğa olaylarından kaynaklı ortaya çıkacak durumlarda riskin konusunu oluşturabilecektir<sup>295</sup>. Ülkemizde son yıllarda sıklıkla karşılaştığımız yap işlet devret projeleri kapsamında gerçekleştirilen inşaatlarda verilen geçiş garantisi, yolcu

---

<sup>289</sup> Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s.111; Gümüş, **Borçlar Özel II**, 501; Tandoğan, **Garanti**, s. 6 vd.; Atasoy, **Garanti**, s. 104.

<sup>290</sup> Kahraman, **Saf Garanti**, s.12 – 13: Yazar, garanti sözleşmenin tanımından, ‘sevk ve teşvik amacı’ ile ‘teminat’ amacının da yer alması gerektiğini ifade etmiştir. Yazar garanti sözleşmesinin, her iki türünü de kapsayacak şekilde bir tanıma yer vermiştir. Yazar, garanti sözleşmesini “*garanti verenin, garanti alanı belli bir hareket tarzına sevk ve teşvik etmek yahut sadece onun bir alacağını temin etmek amacıyla bir sonucu garanti ettiği; işbu sonucun gerçekleşmemesi riskini kısmen veya tamamen üzerine aldığı ve söz konusu riskin gerçekleşmesi halinde, zararı karşılamayı veya belirli bir miktar tutarı ödemeyi yahut başkaca edimi ifa etmeyi taahhüt ettiği, asli ve bağımsız nitelikte bir sözleşme*” olarak tanımlamıştır.

<sup>291</sup> Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 804; Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 14 – 15; Kapancı, **Saf Garanti**, s. 116; Yavuz/Acar/Özen, **Borçlar Özel**, s. 843; Atasoy, **Garanti**, s.106; Ulutaş Çelik, **Garanti**, s. 44; Aslan, **Garanti**, s. 35.

<sup>292</sup> Bkz. Birinci Bölüm, II, B.

<sup>293</sup> Yavuz/Acar/Özen, **Borçlar Özel**, s. 848; Kahraman, **Saf Garanti**, s. 20; Kapancı, **Saf Garanti**, s. 123; Tekinalp, **Banka Hukuku** s. 515; Atasoy, **Garanti**, s. 107; Ulutaş Çelik, **Garanti**, s. 46; Aslan, **Garanti**, s. 37.

<sup>294</sup> Gümüş, garanti sözleşmesi ile garanti alanın %15 kar elde edeceğinin taahhüt edilmesi durumunda, garanti alan %10 kar elde ederse burada bir zararın ortaya çıkmadığını, rizikonun her zaman zarar şeklinde ortaya çıkmayacağını, olumsuz ekonomik durumları da kapsadığını ifade etmiştir. Gümüş, **Borçlar Özel II**, s.501. Özen, tarafından ise burada yer alan zararın, malvarlığında azalma olarak, bir kazancın gerçekleşmemesi veya ekonomik anlamda yarar beklenen bir beklentinin sonuçsuz kalması olarak ortaya çıkabileceği ifade edilmiştir. Özen, **Kefalet**, s. 1.

<sup>295</sup> Gümüş, **Borçlar Özel II**, s. 502.

garantisi de saf garantilere örnek teşkil etmektedir<sup>296</sup>. Bu örneklerden de görüleceği üzere, garanti veren, garanti alanı, bir teşebbüse sevk etme amacı gütmektedir. Üçüncü bir kişinin varlığı saf garanti sözleşmeleri bakımından zorunlu değildir.

Kefalet benzeri garanti sözleşmelerinde ise, garanti veren, üçüncü kişinin temel borç ilişkisinden kaynaklanan edimini gereği gibi ifa edeceğini, aksi takdirde garanti alanın uğramış olduğu zararı gidereceğini taahhüt etmektedir<sup>297</sup>. Burada, temel borç ilişkisi hiç akdedilmese dahi kefalet benzeri garanti sözleşmesi varlığını koruyacaktır. Ancak, kefalet benzeri garanti sözleşmesi ile teminat altına risk, üçüncü kişinin bir fiiline bağlı olmalıdır. Üçüncü kişinin varlığı ve temel borç ilişkisi, kefalet benzeri garanti sözleşmelerinin karakteristik özelliğini oluşturmaktadır. Kural olarak garanti veren, garanti alanın uğramış olduğu olumlu zararı giderme borcu altına girmektedir. Yoksa, lehine teminat sağladığı üçüncü kişinin (asıl borçlunun) borcunu yerine getirme borcu altına girmemektedir. Ancak, garanti sözleşmesi ile garanti verenin, temel borç ilişkisinden kaynaklı borcu yerine getireceğinin ya da ödemekle sorumlu olduğu zararın götürü olarak kararlaştırılması mümkündür.

## II. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ ÜSTLENME SÖZLEŞMESİNİN BENZER KURUMLARDAN FARKI

### A. KEFALET SÖZLEŞMESİ İLE FARKI

#### 1. Genel Bakış

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi ile kefalet sözleşmesinin farklarının ortaya konulması ve bu suretle iki sözleşmenin birbirinden ayırt edilmesi, özellikle uygulama açısından büyük önem arz etmektedir<sup>298</sup>. Bu noktada, üçüncü kişinin fiilini

<sup>296</sup> Kahraman, **Saf Garanti**, s. 51 vd.

<sup>297</sup> Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 35; Kapancı, **Saf Garanti**, s. 117; Yavuz/Acar/Özen, **Borçlar Özel**, s. 843; Tekinalp, **Banka Hukuku**, s. 515; Atasoy, **Garanti**, s. 106; Ulutaş Çelik, **Garanti**, s. 44; Aslan, **Garanti**, s. 35.

<sup>298</sup> İki kurum arasındaki farklar öğretide birçok çalışmaya konu olmuştur. Detaylı açıklamalar için bkz. Barlas, **Kredi Kartı**, s. 152 vd.; 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 Karşı Verilen Kişisel (Şahsi) Teminatın Hukuki Niteliği: Garanti Mi; Kefalet Mi?*, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, XIX, 10 Mayıs 2003, Ankara, 2003, s. 73; Sermet

üstlenmenin gerek kefalet benzeri garanti sözleşmesi olarak değerlendiren görüşler olsun gerekse de garanti sözleşmesi ve genel hüküm görüşü olarak değerlendiren görüşler olsun, iki kurumun ayırımının sağlanması büyük önem arz etmektedir. Bizim açıklamalarımız ise bu noktada TBK m. 128'in kefalet benzeri garanti sözleşmesi olarak ve yine nadiren de olsa saf garanti sözleşmelerini de içinde alan görüş çerçevesinde ele alınacaktır<sup>299</sup>. Yine, burada hatırlatmak gerekir ki, üçüncü kişinin fiilini üstlenme düzenlemesi Yargıtay tarafından, bütün garanti sözleşmeleri bakımından uygulandığı için, uygulama açısından iki kurum arasındaki farklılıkların ve ayırım için kullanılacak kıstasların belirlenmesi ayrıca büyük önem arz etmektedir<sup>300</sup>.

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi de kefalet sözleşmesi de ilgili ilişkinin dışında yer alan bir üçüncü kişinin varlığını aramaktadır. Hem üstlenen hem de kefil sözleşmesel ilişkiye girdikleri kişiye (alacaklıya), üçüncü kişinin borcunu gereği gibi ifa edeceğini taahhüt etmektedirler. Bu bakımdan, üçüncü kişi ile üstlenen veya kefilin sözleşmesel ilişkiye girdikleri kişi (alacaklı) arasında da bir temel borç ilişkisi yer almaktadır<sup>301</sup>. Aslında her iki yapıda, alacaklıya, temel borç ilişkisindeki borçlu dışında yer alan bir kişinin (üstlenenin veya kefilin) malvarlığına başvurabilme olanağı sağlanmaktadır<sup>302</sup>. Buradan da görüleceği üzere, her iki kurum temelde teminat işlevi sağlamaktadır. Ayrıca hem kefil hem de üçüncü kişinin fiilini üstlenen kural olarak ileride meydana gelmesi şüpheli olaylardan kaynaklı olarak ortaya

---

Akman, *Garantör Sıfatıyla Girişilen Taahhüdün Mahiyeti ve Bu Bağlamda Garanti ve Kefalet Sözleşmelerini Birbirinden Ayıran Temel Kriterler*, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C: II, İstanbul 2007, s. 1169 - 1677; Sabih Arkan, *Kredi Kartıyla İlgili Olarak Verilen Güvencenin Hukuki Niteliği (HGK'nın 4.7.2001 Tarihli Kararının Eleştirisi)*, Bilgi Toplumunda Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt I, 2003, s. 983 – 991; Gamze Turan, *Garanti ve Kefalet Sözleşmeleri Arasındaki Farklar ve Banka Kredi Kartı Sözleşmesindeki Şahsi Teminatların Niteliği*, TBB Dergisi, Sa. 66, 2006, s. 33; Ferhat Canpolat/Seçkin Topuz, *Kefalet ve Garanti Ayırımının Önemi ve Ayırmada Uygulanacak Kıstaslar*, TBB Dergisi, Sa. 78, 2008, s. 54.

<sup>299</sup> Bu bakımdan her ne kadar yukarıda nadiren de olsa saf garanti sözleşmelerinin de TBK m. 128 kapsamında ele alınabileceğini ifade etmiş olsak da kefaletle benzerlik gösteren yapı kefalet benzeri garanti sözleşmeleridir. Bu bakımdan açıklamalarımız da temelde buna ilişkin olacaktır.

<sup>300</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun iki kurumun farkını tartıştığı ilke kararı için bkz. YHGK. 2001/19-534 E., 2001/583 K. ve 04.07.2001 T. karar. Ayrıca bkz. Yargıtay 11. HD. 2001/10654 E., 2002/506 K. ve 28.01.2002 T. karar; YHGK. 2008/19-729 E., 2008/718 K. ve 03.12.2008 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)); Son Erişim Tarihi: 01.09.2021). Yine kredi kartları özelinde, gerçek kişilerce verilen teminatın, kefalete yakın olduğu konusunda bkz. Erden Kuntalp, *Yargıtay Kararları Açısından Kredi Kartı, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, BATİHAİE, Ankara, 1996, s. 298 vd.

<sup>301</sup> Yukarıda da değindiğimiz üzere, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi bakımından temel borç ilişkisinin varlığı zorunlu değildir. Üstlenen ve alacaklının varlığı, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi bakımından yeterli olacaktır.

<sup>302</sup> Özen, *Kefalet*, s.6.

çıkabilecek riskleri teminat altına almaktadır<sup>303</sup>. TBK m. 603 yollamasıyla, kefalete ilişkin şekil ve ehliyet şartlarının, gerçek kişilerin üstlenen konumunda yer aldığı üçüncü kişinin fiilinin üstlenme sözleşmeleri bakımından da uygulanacak olması nedeniyle her iki kurum, uygulamada birbirine çok yaklaşmıştır<sup>304</sup>.

Kefalet sözleşmesi, TBK m. 581 – 603. maddeleri arasında detaylı olarak düzenlenmesine rağmen, üçüncü kişinin fiilini üstlenme TBK m. 128’de tek maddede düzenleme alanı bulmuştur. Ancak, üstlenen, kefile göre daha savunmasız ve daha geniş bir sorumluluk altına girmektedir<sup>305</sup>. İki sözleşme birbirine çok benzese de ortaya çıkan sonuçlar ve teminat sağlayanın konumu bakımından büyük farklılıklar söz konusudur. Diğer bir ifade ile sözleşmenin kurulduğu sırada birbirine benzeyen yapılar, sözleşmeye uygulanacak rejim ve sözleşmenin çözümlenmesi noktasında birbirinde birçok noktada ayrışacaktır. Bu bakımdan, her iki kurumun sağlıklı bir şekilde birbirinden ayırt edilmesi gerekmektedir.

Kefalet sözleşmesinde, kefil, ferî bir borç altına girmekte olup; temel borç ilişkisindeki borcun geçerliği, dava ve talep edilebilir olmasına bağlıdır<sup>306</sup>. Kefilin borcu, asıl borcun geçersiz olduğu veya sona erdiği hallerde tek başına ayakta kalamayacaktır. Ancak, üstlenen, temel borç ilişkisinden bağımsız olarak borç altına girdiğinden, üstlenme sözleşmesi, temel borç ilişkisindeki borcun geçersizliğinden etkilenmemekte ve tek başına varlığını sürdürebilmektedir<sup>307</sup>. Hatta varlığını sürdürebilmesi bakımından, temel borç ilişkisinin varlığına dahi ihtiyaç duymamaktadır. Bunun bir sonucu olarak da kefil temel borç ilişkisinde, borçlunun

<sup>303</sup> Reisoğlu, **Kefalet**, s. 122; Akman, **Teminatın Niteliği**, s. 1672.

<sup>304</sup> Her iki sözleşme bakımında önemli farklar biri de şekil olarak gösterilmektedir. 6098 sayılı TBK öncesinde, üçüncü kişinin fiilinin üstlenme düzenlemesine ilişkin olarak bir şekil şartı yer almadığından, sözleşme serbestisi kapsamında akdedilecekti. Bu nedenle, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi bakımından kefalette olduğu gibi üstlenenin borcunun sınırı belli olmadığından ve yine kefalete ilişkin sıkı şekil şartlarından yoksun olduğundan her iki kurum arasındaki en önemli farklılıklardan biri de şekil olarak gösterilmektedir. Barlas, **Kredi Kartı**, s. 154 (özellikle dp. 24); Özen, **Kefalet**, s. 28, dp. 66; Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 818; Gümüş, **Borçlar Özel II**, s. 510; Akman, **Teminatın Niteliği**, s. 1672. Ancak, mevcut TBK m. 603 düzenlemesi her iki kurum arasındaki bu farkı ortadan kaldırmıştır. Ancak, TBK m. 603’ün bu dezavantajlı yapısı avantaja da dönüştürülebilir. Özellikle teminat sağlayanın, yazılı olarak iradesini teminat sözleşmesinde açıklaması en azından teminatın türünün tespit edilmesi noktasında bir emare olabilecektir.

<sup>305</sup> Kefaletle nazaran, daha geniş bir sorumluluk ortaya koyan üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin, tek madde olarak sade şekilde düzenlenmiş olması da üstlenen bakımından dezavantajlı bir durum yaratmaktadır.

<sup>306</sup> Canpolat/Topuz, **Kefalet – Garanti**, s. 60; Barlas, **Kefalet**, s. 45.

<sup>307</sup> Aral, **BTM**, s. 135; Canpolat/Topuz, **Kefalet – Garanti**, s. 60.

sahip olduğu bütün defî ve itirazlardan yararlanma hakkına sahipken, üstlenen temel borç ilişkisinden kaynaklı defî ve itirazları alacaklıya karşı öne süremeyecektir<sup>308</sup>.

TBK m. 596 kefile, genel rücu (halefiyet) hakkı tanımıştır. Kefil, alacaklı tarafından kendisine başvurulması halinde ödeme yaparsa, ödeme yaptığı oranda alacaklının haklarına halef olacak ve borçluya rücu edebilecektir. Üçüncü kişinin fiilini üstlenen bakımından ise genel rücu (halefiyet) hakkı kanunda düzenlenmemiştir<sup>309</sup>. Bununla birlikte, yargı kararlarında da üstlenenin, genel rücu (halefiyet) hakkından yoksun olduğu ifade edilmektedir<sup>310</sup>.

Kefilin, alacaklı tarafından kendine başvurulması halinde kanundan kaynaklanan birtakım savunmaları da bulunmaktadır. Adi kefalette kefil, tartışma defîni<sup>311</sup> ve rehinin paraya çevrilmesi defîni<sup>312</sup> öne sürebilecektir. Müteselsil kefile başvurulması bakımından da TBK m. 586’da birtakım şartlar düzenlenmiştir<sup>313, 314</sup>. Bu bakımdan, kanunda, kefile yöneltilecek ödeme talebi bakımından da kefilin koruyucu nitelikte düzenlemeler bulunmaktadır. Ancak, üçüncü kişinin fiilini üstlenmede, risk meydana geldikten sonra, alacaklı, üçüncü kişinin fiilini üstlenene doğrudan başvurma hakkına sahiptir. Böylece, kefalet nazaran, alacaklının, alacağına kavuşması da daha hızlı sağlanabilecek olduğu gibi üstlenen de kefile nazaran daha savunmasız bir konumda yer alacaktır.

<sup>308</sup> Reisoğlu, **Kefalet**, s. 123; Özen, **Kefalet**, s. 28; Gümüş, **Borçlar Özel II**, s. 510; Aral, **BTM**, s. 135; Canpolat/Topuz, **Kefalet – Garanti**, s. 60.

<sup>309</sup> Reisoğlu, **Kefalet**, s. 124; Özen, **Kefalet**, s. 28; Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 819; Gümüş, **Borçlar Özel II**, s. 510; Canpolat/Topuz, **Kefalet – Garanti**, s. 62.

<sup>310</sup> Konuyla ilgili detaylı açıklama için bkz. Üçüncü Bölüm, III.

<sup>311</sup> Gümüş, **Borçlar Genel II**, s. 374 vd.

Tartışma defî kapsamında, alacaklı, asıl borçluya karşı takip yapmadan kefile karşı takip yapamayacaktır. Ancak, asıl borçlu aleyhine kesin aciz belgesi verildiyse, borçlu aleyhine Türkiye’de takip yapma imkânı imkansızlaşmışsa, borçlunun iflasına karar verildiyse ya da borçluya konkordato mehli verilmişse, alacaklı, asıl borçluyu takip etmeden kefile karşı takip yapabilecektir (TBK m.585).

<sup>312</sup> Asıl alacak bakımından rehin de verilmişse, alacaklı rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapmadan kefile başvuramayacaktır.

<sup>313</sup> TBK m. 586: “(1) Kefil, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse alacaklı, borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden kefilin takip edebilir. Ancak, bunun için borçlunun, ifada gecikmesi ve ihtarin sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekir. (2) Alacak, teslimine bağlı taşınır rehini veya alacak rehini ile güvenceye alınmışsa, rehinin paraya çevrilmesinden önce kefile başvurulamaz. Ancak, alacağın rehinin paraya çevrilmesi yoluyla tamamen karşılanamayacağından önceden hâkim tarafından belirlenmesi veya borçlunun iflas etmesi ya da konkordato mehli verilmesi hâllerinde, rehinin paraya çevrilmesinden önce de kefile başvurulabilir.”

<sup>314</sup> Öğretide, müteselsil kefalet bu düzenleme nedeniyle, “müteselsilimsi kefalet” olarak nitelendirilmiştir. Alacaklının, doğrudan müteselsil kefile başvurusunun önu kesilmiştir. İlgili kullanım ve eleştiriler için bkz. Gümüş, **Borçlar Özel II**, s. 383.

Yukarıda değinilen farklılardan da görüleceği üzere, teminatın hukuki niteliğini tespit etmek konumuz özelinde büyük önem arz etmektedir. Teminatın kefalet mi yoksa üçüncü kişinin fiilini üstlenme mi olduğu, yaratacağı sonuçlar bakımından da büyük farklılıklar ortaya koymaktadır. İki kurum arasındaki farklılıklar ve bu farklıların sonuçları kolay olarak ifade edilebilecekse de somut bir olayda teminatın hukuki niteliğini tespit etmek her zaman kolay olmayacaktır. Teminatın hukuki niteliğinin tartışmalı olduğu hallerde ve iki kurumun ayrımının sağlanamaması halinde, yani şüphe halinde, teminat veren bakımından daha korunaklı olan kefalete ilişkin yorum yapılacaktır.

Son olarak, üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise tüketici işlemlerinde, tüketici lehine sağlanan kişisel teminat her zaman adi kefalet olarak kabul edileceğidir (TKHK m.4/6)<sup>315</sup>. Teminat sağlayanın sağladığı teminatın türünün araştırılmasına gerek yoktur. Kanun koyucu nasıl adlandırıldığından ya da neye vücut verilmek istendiğinden bağımsız olarak, ilgili teminatı adi kefalet olduğunu belirtmiştir<sup>316</sup>. Bu bakımdan, tüketici işlemleri noktasında, teminatın niteliğinin araştırılmasına gerek kalmamıştır. Tüketicinin, karşı taraftan elde ettiği teminat ise yine hukuki niteliğinden bağımsız olarak müteselsil kefalet olarak yorumlanacaktır (TKHK m. 4/6).

## 2. Sözleşmenin TBK m. 19 Çerçevesinde Yorumlanması

Sözleşmede yer alan teminatın niteliğini tespit ederken ilk olarak TBK m. 19 hükmünden yararlanılacaktır. TBK m. 19'a göre, sözleşmenin yorumlanması sırasında tarafların gerçek ve ortak iradelerinin tespit edilmesi gerekmektedir<sup>317</sup>. Tarafların gerçek ve ortak iradelerinin tespiti her zaman kolay olmayacaktır. Bu bakımından, tarafların sözleşmede kullandıkları beyanlar sözleşmenin yorumlanması sırasında

---

<sup>315</sup> Arkan, **Ticari İşletme**, s. 74; Burak Özen, *Tüketici Kredileri Çerçevesinde Verilen Kişisel Teminatların Geçerliliği*, **Makaleler - Tebliğler (2001 – 2020)**, İstanbul, Onikilevha, 2021, s. 452 – 453; Feray Fırıncıoğulları, **Tüketici İşlemlerinde Şahsi Teminatlar**, İstanbul, Seçkin, 2018, s. 128 vd.

<sup>316</sup> Özen, **Kişisel Teminat**, s. 453. Bu durumda, taraflar, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi akdetmiş olmaları durumunda, yasal tahvilin gündeme geleceği ve ilgili teminatın adi kefalete dönüşeceği ifade edilmiştir. Özen, **Kişisel Teminat**, s. 455; Fırıncıoğulları, **Şahsi Teminatlar**, s. 132.

<sup>317</sup> Detaylı açıklama için bkz. Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel I**, s. 199 vd.; Özen, **Kefalet**, s. 29; Barlas, **Kefalet**, s. 58; Kocaman, **Kredi Kartı**, s. 75.

nazara alınacak yöntemlerden biridir. Ancak, bu ifadelerin ve bu ifadelere yüklenecek anlamın sözleşmenin bütününe yayılması ve kendi içerisinde çelişki yaratmaması gerekmektedir<sup>318</sup>. Sözleşmenin niteliğini ortaya koyarken, sözleşmede kullanılan terimlerin yeterli olmadığı noktada ise yükümlülük altına giren lehine yorum getirilmeye çalışılacaktır<sup>319</sup>.

Ancak, teminat sözleşmeleri bakımından, sözleşmenin başlığında ne yazdığına değil, sözleşmenin bir bütün halinde incelenmesi neticesinde hangi hukuki ilişkinin meydana geldiği ve ne tür bir teminatın yer aldığı tespit edilmeye çalışılmalıdır<sup>320</sup>. Uygulamada, birçok sözleşmede üçüncü kişinin fiilini üstlenme veya garanti ifadesi kullanılarak kefalet sözleşmesine vücut verildiği ya da kefalet ifadesi kullanılarak üçüncü kişinin fiilini üstlenme veya garanti sözleşmesine vücut verildiği görülmektedir<sup>321</sup>. Bu bakımdan her iki kurumunun ayırımının sağlanması bakımından

<sup>318</sup> Barlas, **Kredi Kartı**, s.158; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel I**, s. 201.

<sup>319</sup> Barlas, **Kredi Kartı**, s. 157. *Kuntalp*, teminat sağlayanın iradesinin kefalet dışında yer alan bir başkaca teminata yönelik olması halinde bunun açıkça ifade edilmesi gerektiğini de belirtmektedir. Kuntalp, **Kredi Kartı**, s. 300. Aşağıda da değineceğimiz üzere, TBK m. 603 hükmü sayesinde, gerçek kişi teminat verenlerin iradelerinin el yazısı ile açıkça teminat senedinde somutlaştırılması neticesinde anılan tartışmaların bir nebze de olsa azalmasının sağlanabileceği (*Kuntalp'in de ifade etmiş olduğu üzere, bu durumda, irade açıkça teminat anlaşmasına yansımış olacaktır.*) kanaatindeyiz.

<sup>320</sup> Barlas, **Kredi Kartı**, s. 158; Özen, **Kefalet**, s. 30. Teminatın niteliğinin tespit edilmesi noktasında, sözleşmede yer alan başlığında her zaman belirleyici olmayacağı diğer kriterler de nazara alınarak tespit edilmesi gerektiği yönünde bkz. “*Taraflar arasında sözleşmenin başlığı, “Kefalet Sözleşmesi” olduğundan sözleşmede kullanılan sözcük ve deyimlerin ferî kıstaslardan olan ‘sözleşmede kullanılan deyimler’ kıstasına göre ilk bakışta bir kefalet sözleşmesi olduğu intibai oluşuyor ise de sadece bu deyim ve sözcüklere dayanılarak sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi doğru olmayacağı gibi mümkün de değildir.*” YHGK. 2017/11-1731 E., 2019/608 K. ve 23.05.2019 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr); Son Erişim Tarihi: 01.09.2021). Teminatın kefalet olarak adlandırıldığı sözleşmelerin üçüncü kişinin fiilini üstlenme, üçüncü kişinin fiilini üstlenme (*garanti*) olarak adlandırıldığı yapıların ise kefalet olarak karşımıza çıktığı örnekler için bkz. dp. 321.

<sup>321</sup> Akman, ‘*garantör*’ ifadesinden yola çıkılarak sözleşmenin garanti sözleşmesi olduğu yolundaki yaklaşımları eleştirmektedir. Bu tür durumlarda, daha koruyucu nitelikteki kefalet lehine yorum yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Akman, **Teminatın Niteliği**, s. 1677. Aral’da yabancı hukuk sistemlerinde garanti ifadesinin geniş anlamda sıklıkla kullanıldığını, hatta İngiliz hukukunda daha çok kefaleti karşılayacak şekilde kullanılması nedeniyle, ‘garanti’ sözcüğüne çok fazla anlam yüklenmemesi gerektiğini ifade etmektedir. Aral, **BTM**, s. 138. “...*Üye Fiilini Taahhüt sözleşmesi adı altında asıl sözleşmeye yollama yapan bir sözleşme düzenlediği, bu sözleşmede kullanılan deyimler kıstasına göre ilk bakışta garanti akdinin olduğu intibai bırakılıyor ise de sadece bu deyim ve sözcüklere dayanarak sözleşmenin niteliğinin belirlenemeyeceği, davalının garanti beyanı adı altındaki beyanlarının bir garanti sözleşmesi amacı ile değil, kefalet amacı ile verildiği sonucu ortaya çıktığı...*” Yargıtay 11. HD. 2008/9803 E., 2010/681 K. ve 25.01.2010 T. karar. Benzer yönde üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin (garantinin) kefalet olarak yorumlandığı kararlar için bkz. Yarg. 11. HD. 2001/7344 E., 2001/10063 K. ve 21.12.2001 T. kararı; Yarg. 3. HD. 2017/6543 E., 2019/3083 K. ve 08.04.2019 T. karar; Yarg. 13. HD. 2009/13412 E., 2010/4484 K. ve 06.04.2010 T. karar; Yarg. 13. HD. 2005/3463 E., 2005/9750 K. ve 09.06.2005 T. karar. Kefaletin, üçüncü kişinin fiilini üstlenme (garanti) olarak yorumlandığı karar için bkz. Yarg. 13. HD. 2002/12569 E., 2003/3985 K. ve 04.04.2003 T. karar. Kararlar için bkz. [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (Son Erişim Tarihi: 01.09.2021).

Ayrıca, detaylı açıklama için bkz. Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s.228 vd. *Kocayusufpaşaoğlu*, sadece lafza dayalı yorumları doğru bulmamış, sözleşmenin her halükârda bütünü yorumlanması gerektiğini;

kullanılan ifadelerin nazara alınması çoğu zaman yeterli olmayıp; tarafların gerçek iradeleri tespit edilmeye çalışılmalıdır. Bu bakımdan, kullanılan ifadelerin yanı sıra, sözleşmenin bütünü incelenerek tarafların gerçek ve ortak iradesi tespit edilmeye çalışılmalı ve sözleşmenin içerdiği teminatın türü tespit edilmelidir<sup>322</sup>. Her iki kurumun ayrımını net olarak ortaya koyan temel fark teminatın ferî niteliğe mi yoksa asli niteliğe mi sahip olduğu noktasıdır<sup>323</sup>. Öğretide ve yargı kararlarında teminatın asli mi yoksa ferî mi olduğunun tespit edilebilmesi bakımından bir takım yorum kuralları geliştirilmiştir. Bunun yanı sıra teminat verenin menfaati, borcun kapsamı ve teminat veren ile borçlu arasındaki ilişkilerden da yardımcı ölçütler olarak yararlanılmaktadır.

### 3. Her İki Sözleşmenin Ayrımı Bakımından Yararlanabilecek Ölçütler

#### a. Teminatın Asli veya Ferî Olması

Kefalet ve üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi arasındaki en temel fark kefil borcunun ferî nitelikteyken, üstlenenin borcunun bağımsız nitelikte olmasıdır<sup>324</sup>.

---

sözleşmede belirli terimlerin sıklıkla kullanılması tarafların iradelerini her zaman doğru olarak yansıtmayacağını ifade etmiştir. Bu bağlamda, sözleşmede yer alan açık hükümlere dayanarak bir kanaate varmak çoğu zaman doğru olmayacaktır. Kocayusufpaşaoğlu, (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Genel**, s. 336.

<sup>322</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel I**, s. 201.; Kocayusufpaşaoğlu, (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Genel**, s. 336. Kullanılan terimlerin belirli bir iş çevresinde uzman kişiler tarafından amacına uygun olarak ve bilinçli bir şekilde kullanıldığı kesin ise lafza itibar edilmesi yerinde kabul edilmiştir. Özellikle bankalar veya hukukçular tarafından hazırlanan sözleşmelerde yer alan deyimlerin sözleşmenin nitelendirilmesi dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir. Ancak, burada sözleşmenin nitelendirilmesi bakımından uzman kişiler tarafından kullanılan ifadeler dikkate alınacaksa da yine de sözleşmenin kendi içerisinde çelişki yaratmadığı da tespit edilmelidir. Barlas, **Kredi Kartı**, s.159; Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s.234-235; Kocaman, **Kredi Kartı**, s. 76 ve 82 vd.; Arkan, **Kredi Kartı**, s. 986; Çınar, **Kefalet – Garanti**, s. 432.

Yargıtay'da bir kararında, teminat sözleşmesini 'garantör' olarak imzalayan kişinin, bunun yanı sıra kefil olmadığını da açıkça belirtmiş olması nedeniyle, sözleşmeyi üstlenme sözleşmesi olarak yorumlamıştır. "...şirketler arasındaki sözleşmeyi açıkça 'garantör' sıfatıyla imzalamış ve imza bölümünde de yükleniminin kefalet olmadığını açıklamıştır. Sözleşme hükümleri birlikte değerlendirildiğinde de; davalı diğer davalı şirketin sözleşmeyle yüklendiği edimlerden dolayı ortaya çıkacak ekonomik açıdan zararlı eylemlerin tehlikesini davacıya karşı sözleşmeyle garanti etmiştir. Yukarıda açıklandığı üzere; bu nitelikteki sözleşme, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 110. Maddesinde sözü edilen üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğinde bir garanti sözleşmesidir." Yarg. 15. HD., 2011/6750 E., 2012/5214 K. ve 09.07.2012 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr); Son Erişim Tarihi: 01.09.2021). Karar için bkz. Bilgen, **Kefalet**, s. 120 – 121.

<sup>323</sup> Özen, **Kefalet**, s.30.

<sup>324</sup> Kocaman, **Kredi Kartı**, s. 73; Canpolat/Topuz, **Kefalet – Garanti**, s. 63; Turan, **Kefalet – Garanti**, s. 34; Çınar, **Kefalet – Garanti**, s. 431; Bilgen, **Kefalet**, s. 117; Aşulla, **Porte Fort**, s.140. Barlas, teminat sözleşmesinin niteliğinin tespit edilmesi bakımından en önemli ve kesin sonuç veren ayrımı, aslilik veya ferilik ayrımı olduğu ifade edilmiştir. Teminatın hukuki niteliğinin tespit edilmesi bakımından incelenmesi gereken en temel konudur. Barlas, **Kredi Kartı**, s. 159 vd.; Barlas, **Kefalet**, s. 59. Ancak, teminat sözleşmesinin niteliğinin tespit edilmesi bakımında, aslilik veya ferilik ayrımın bir

Eğer, teminat veren ferî bir borç altına girmektedirse kefalet sözleşmesi, bağımsız bir borç altına girmektedirse üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi meydana gelecektir. Bu bakımdan, bir teminat sözleşmesinin hukuki niteliğinin tespit edilmesi bakımından teminat verenin ferî mi yoksa bağımsız borç altına mı girdiği tespit edilmesi büyük önem arz etmektedir. Bugün her iki teminat sözleşmesi de uygulamada fazlasıyla iç içe geçmiş olduğundan teminat sözleşmesinin hukuki niteliğini tespit etmek kolay olmamakla birlikte, her iki sözleşmenin de hukuken çok farklı sonuçlar ortaya çıkaracak olması, farklarının tespit edilmesi açısından büyük önem arz etmektedir. Öğretide ve yargı kararlarında, teminatın asli veya ferî olması bakımından ilk bakışta bir ayrım sağlanamıyorsa, bu ayrımın ortaya konulabilmesi bakımından, özellikle sözleşmenin lafzında çıkarılacak bir takım yorum kriterleri getirilmiştir.

Teminat sözleşmesinde, *temel borç ilişkisine atıf* yer alıyorsa, bu durum teminat sözleşmesinin ferîliğinin göstergesi olarak kabul edilmiştir. Temel borç ilişkisine herhangi bir atfın yer almadığı teminat sözleşmeleri bakımından ise üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi lehine yorum yapılabilecektir. Ancak, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, gerçek kişilerce verilen kişisel teminatlara ilişkin olarak, TBK m. 603 yollaması nedeniyle üstlenme sözleşmelerinde de teminat altına alınan risk ve kapsamı belirli olmalıdır. Bu nedenle, üstlenme sözleşmesi bakımından da temel borç ilişkisine atıf yapılması kaçınılmazdır. Temel borç ilişkisine yapılan atıflar teminatın niteliğinin tespit edilmesinden ziyade, teminat altına alınan riskin ve kapsamının tespit edilmesine yardımcı olmaktadır<sup>325</sup>. Bu nedenle, teminat sözleşmesinde yer alan temel borç ilişkisine atfın teminatın niteliğinin tespit edilmesi bakımından ayırt edici bir özelliği bulunmamaktadır<sup>326</sup>. Ancak, temel borç ilişkisine herhangi bir atfın yer almadığı teminat sözleşmeleri bakımından, sözleşmenin bağımsız özelliğinin ön plana

---

kıstas olmadığı ancak, sözleşmenin niteliği tespit edildikten sonra varılacak bir sonuç olduğu yönündeki görüş ve açıklamalar için bkz. Özen, **Kefalet**, s. 31, dp. 71.

<sup>325</sup> Barlas, **Kredi Kartı**, s. 162; Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 242 vd. *Develioğlu*, her iki teminat sözleşmesi bakımından da asıl borç ilişkisine atıf yapılmış olacağını; bu atfa dayanarak sözleşmenin niteliğinin değil, ancak teminat verenin borcunun konusunun belirlenebileceğini; günümüzde banka garantileri dahil birçok garanti sözleşmesinde de temel borç ilişkisine atfın yer aldığını ifade etmiş olup; bu bakımdan temel borç ilişkisine yapılan atfın, teminat verenin borcunun niteliğinin tespit edilmesi bakımından yeterli olmadığını ifade etmiştir. Yine, eğer anılan kıstas göze alınacaksa ancak, temel borç ilişkisine hiçbir şekilde atf yapılmadığı hallerde garanti lehine yorum yapılabileceği ifade etmiştir.

<sup>326</sup> Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 242; Arkan, **Bankanın Hukuki Durumu**, s. 64.

PEL Pers. Sec. Art. 3: 101'de de temel borç ilişkisine yapılan atıfların, teminatın bağımsızlık unsuruna zarar vermeyeceği belirtilmektedir. Drobnig, **Personal Security**, s. 322.

çıkacağı ve üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi lehine yorum yapılması gerektiği ifade edilmektedir<sup>327</sup>.

*Temel borç ilişkisinden kaynaklanan defî ve itirazlardan feragat* edilmiş olması halinde, sözleşmenin bağımsızlık özelliğinin ön plana çıktığı ve üçüncü kişinin fiilini üstlenme lehine yorum yapılması gerektiği ifade edilmektedir<sup>328</sup>. Kefilin borcu, ferî bir nitelik arz ettiğinden ve asıl borcun geçerliliğine bağlı olduğundan, kefil temel borç ilişkisinden kaynaklanan defî ve itirazları teminat alana karşı da ileri sürebilecektir. Böylece, temel borç ilişkisinden kaynaklanan defî ve itirazlardan peşinen feragat edilmesi, teminatın ferîlik özelliğini kaybettiğini göstermektedir<sup>329</sup>. Temel borç ilişkisinden soyutlanmaya neden olan bu tür ifadeler sözleşmenin üçüncü kişinin fiilini üstlenme niteliğinde olduğuna dair yorumları güçlendirecektir. Yine, ifade edilmesi gerekecektir ki, kural olarak kefilin, temel borç ilişkisinden kaynaklanan defî ve itirazlardan önceden feragat etmesine ilişkin anlaşmalar geçersiz kabul edilmektedir (TBK m. 582/3). Bu bakımdan teminat sözleşmesinin başkaca kriterler nazara alınarak değerlendirilmesi ve kefalet lehine daha çok emareye rastlanması halinde, sözleşmeyi kefalet sözleşmesi olarak kabul etmek ve kefilin, önceden temel borç ilişkisinden kaynaklanan defî ve itirazlarından feragat ettiğini gösteren hükümleri geçersiz saymak yoluna gidilebilecektir<sup>330</sup>. Bu nedenle, bu tür kayıtların dikkatle değerlendirilmesi gerekecektir<sup>331</sup>.

Yine burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise, teminat verenin tartışma ve rehinin paraya çevrilmesi definden önceden feragat etmiş olması halidir.

---

<sup>327</sup> Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 246. Bu noktada ifade edilmesi gerekmektedir ki, gerek Yargıtay'ın üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmeleri bakımından, temel borç ilişkisinin ve kapsamının en azından belirlenebilir olması gerektiğini ifade eden kararları, gerek buna paralel yönde yer alan öğretinin görüşleri nazara alındığında, böyle bir taahhüdün geçersizliğini gündeme getirebilecektir. Ama düzenleniş yönüyle bir bağımsızlık ortaya koyduğu ve üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi lehine yorumlanabileceği hususuna biz de katılmaktayız.

<sup>328</sup> Barlas, **Kredi Kartı**, s. 163 – 164; Barlas, **Kefalet**, s. 61; Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s.259. Öğretide, böyle bir feragatin sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi sırasında nazara alınamayacağını, sonuçta böyle bir ifadenin geçersiz bir kefalet sözleşmesine de vücut verebileceği ifade edilmiştir. Temel ilişkiden kaynaklanan defî ve itirazlardan feragat ancak, teminatın türü tespit edildikten sonra ilgili teminatın niteliğine göre değerlendirilmesi gereken bir kriterdir.

<sup>329</sup> Barlas, **Kredi Kartı**, s. 163; Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 257.

<sup>330</sup> Benzer yönde yaklaşımlar için bkz. Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 258.

<sup>331</sup> Yine bu tür durumlarda teminat sözleşmesinin doğrudan kefalet veya garanti olarak değil de geniş anlamda karma bir sözleşme olarak yorumlanması konusunda bkz. Özen, **Kefalet**, s. 416, dp. 47. Ayrıca, kefalet ve garantinin iç içe geçebileceğine ilişkin olasılıklar bakımından bkz. Özen, **Kefalet**, s. 107 vd.

Bu tür defilerin kefalet sözleşmesine özgü defiler olması nedeniyle teminat sözleşmesinin ferîliği lehine yorumlanmıştır<sup>332</sup>. Kaldı ki anılan defiler de üstlenme sözleşmesi ile bağdaşmayan, üstlenme sözleşmesi kapsamında anlamlandırılmayacak terimlerdir. Böylece, temel borç ilişkisinden kaynaklı bütün defi ve itirazlardan feragat edilmesi halinde, üçüncü kişinin fiilini üstlenme; özel olarak tartışma ve rehinin paraya çevrilmesi definden feragat edilmesi halinde ise kefalet sözleşmesi lehine yorum yapılabilecektir.

*İlk talepte ödeme kaydı* 'na, yüklenecek anlam da yine öğretilerde tartışmalıdır<sup>333</sup>.

Bir kısım yazar, ilk talep ödeme kaydının teminat verenin borcunun bağımsızlığı lehine yorumlanması gerektiğini ifade etmektedir. Özellikle, bu durumun, teminat verenin temel borç ilişkisinden kaynaklanan her türlü defi ve itirazdan feragat ettiği haller bakımından daha çok anlam kazanacağını ifade etmektedirler<sup>334</sup>. Bir kısım yazar ise böyle bir kaydın uygulamada her iki teminat sözleşmesi bakımından da sıklıkla kullanıldığını, bu kaydın iki kurumun ayırımın sağlanması bakımından çok fazla önem arz etmediğini, ancak bir yol gösterici olabileceğini ifade etmişlerdir<sup>335</sup>. Ancak, teminat verenin, sözleşmede kararlaştırılan belgelerin sunulması halinde kayıtsız şartsız ödeme yapacağı kararlaştırılmasına ilişkin kayıtların<sup>336</sup>, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi lehine yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir<sup>337</sup>. Bu tür

<sup>332</sup> Barlas, **Kredi Kartı**, s. 172; Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 237; Özen, **Kefalet**, s. 38; Turan, **Kefalet – Garanti**, s. 39.

<sup>333</sup> Tartışmaların detayları için bkz. Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 824 – 825.

<sup>334</sup> Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 824. İsviçre Federal Mahkemesi'nin de teminatın niteliğinin tespitine ilişkin bir kararında, her türlü defi ve itirazlardan feragatin yer aldığı, ilk talepte ödeme kaydını içeren teminat sözleşmesini bağımsız garanti olarak yorumlamıştır. İlgili kararda teminatın, milletlerarası bir sözleşme kapsamında banka tarafından verilmiş olması da ayırım noktasında dikkate alınmıştır. ATF 131 III 511, SJ 2005 I 589. (Doğan Kara/ Hüseyin Murat Develioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler ile İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarından Örnekler**, Onikilevha, İstanbul, 2021, s.163.)

<sup>335</sup> Yazarlar, böyle bir kayıttan, temel borç ilişkisinden kaynaklanan defi ve itirazlardan feragatin değil, bu savunmaların yapılmasından geçici olarak vazgeçmenin var olduğunu; ilk talepte ödeme kaydına dayanarak bir ayırım yapılabilmesi bu ayırımın başkaca dayanaklarla güçlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Özen, **Kefalet**, s. 36; Barlas, **Kredi Kartı**, s. 165 – 166; Barlas, **Kefalet**, s. 62; Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 248 – 249; Turan, **Kefalet – Garanti**, s. 36.

<sup>336</sup> Burada sunulan belgenin, temel borç ilişkisindeki borcun ifa edilmediğini gösteren bir belge olması gerekir. Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 251; Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s.826.

<sup>337</sup> Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 825; Barlas, **Kredi Kartı**, s. 171; Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 253; Özen, **Kefalet**, s. 34 – 35. Yazarlar, burada, temel borç ilişkisinden kaynaklı ortaya çıkabilecek hukuki problemlerden bağımsız olarak, doğrudan bir edimin gerçekleşmemesinin ödeme yapılması için yeterli görülmesi nedeniyle, teminatın asliliği lehine yorum yapılması gerektiğini ifade etmişlerdir. Burada ilgili belge teminat verene sunulduğunda, teminat veren başkaca hususları araştırmadan ödeme yapmakla yükümlü olacağından teminat verenin borcunun bağımsızlığı ön plana çıkmaktadır.

kayıtların varlığı halinde, teminat verenin temel borç ilişkisinden kaynaklanan defî ve itirazlardan feragat ettiği kabul edilerek, anılan belgelerin sunulması üzerine kayıtsız ve şartsız olarak ödeme yapacağı kararlaştırıldığından, bağımsızlık özelliğinin ön plana çıkmaktadır. Daha yalın olarak, salt ilk talepte ödeme kaydına dayanarak bir yorumda bulunmak sağlıklı değildir. Ancak, defilerden feragat veya ilgili belgelerin sunulması halinde kayıtsız şartsız ödemeye ilişkin taahhütlerle birleştiğinde üçüncü kişinin fiilini üstlenme olarak yorumlanmaya elverişli olacaktır.

### **b. Sözleşmede Yer Alan Kayıtlardan Yola Çıkarak**

Sözleşmede yer alan kayıtlar, yukarıda da ifade edildiği üzere, her zaman iki kurumun ayırt edilmesi bakımından yardımcı olmayacaksa da bazı özel haller yol gösterici olabilecektir. Teminat verenin, teminat sağladığı kişi ile birlikte *müteselsil* olarak borç altına girdiğine ilişkin ya da teminat verenin rücu hakkından feragat ettiğine ilişkin ifadeler üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin yapısına uygun ifadeler değildir. Bu nedenle, bu tür ifadelerin yer aldığı sözleşmelerin, kefalet sözleşmesi lehine yorumlanması mümkündür<sup>338</sup>. Bununla birlikte, yine sözleşmede, teminatın niteliği belirtilirken kefaletin tanımına yer verildiyse; başkaca kefalet veya üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin niteliğine uygun bir terim kullanıldıysa<sup>339</sup> veya tarafların ilgili teminat kurumuyla ilgili maddelere atıf yapmış olması halinde<sup>340</sup> tarafların kullandıkları terimin özgü olduğu teminat sözleşmesine vücut vermek istediklerine de yorum yoluyla ulaşılabilir. Ancak, burada da yine özenli davranarak, teminatın sözleşmesinin diğer unsurlarının da incelenmesi neticesinde bir sonuca varmak gerekmektedir.

---

*Özen*, kefalet sözleşmesinde, kefilin, borcun varlığının devam edip etmediğini, zamanaşımının mevcut olup olmadığını değerlendirmesi gerektiğini, sadece belli bir belgenin ibrazı üzerine ödeme yapılmasının kararlaştırılmasının kefalet sözleşmesine uygun olmadığını ifade etmiştir. *Özen*, **Kefalet**, s.35.

<sup>338</sup> Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 238 - 239; *Özen*, **Kefalet**, s. 37; Barlas, **Kredi Kartı**, s. 169 – 170.

<sup>339</sup> *Özen*, **Kefalet**, s. 30.

Özellikle, TBK m. 603 hükmü de nazara alınarak, üstlenenin yazılı olarak teminatın türünü belirtmesi büyük önem arz edecektir. İşbu husus, kanımızca, teminat sözleşmesinin başlığından yer alan ifadelerden de daha güçlü ifadeler olarak karşımıza çıkacaktır.

<sup>340</sup> Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 247.

### c. Menfaat İlişkisi

Her iki sözleşme türünün ayrımının sağlanması bakımından geliştirilen bir diğer yorum kuralı ise teminat verenin menfaati ile ilgilidir. Daha önce de ifade edildiği üzere, üstlenenin amacı çoğu zaman, alacaklıyı bir teşebbüse sevk etmek olup; üstlenmeye konu amacın gerçekleşmesi bakımından da üstlenenin özel bir menfaati bulunmaktadır. Özellikle, teminat sözleşmesi neticesinde ortaya çıkacak durumdan, teminat verenin doğrudan bir menfaati söz konusuysa veya teminat veren bir ivaz elde edecekse, teminat, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi lehine yorumlanabilecektir. Diğer bir ifade ile, teminat verenin, teminat konusu ile ilgili özel bir menfaati yer aldığı takdirde üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi lehine yorum yapılmaktadır<sup>341</sup>. Kefil ise çoğu zaman hatır ilişkisi çerçevesinde bir yakınına kefil olduğu için, teminat konusu bakımından özel bir menfaate sahip olmayacaktır<sup>342</sup>.

Ancak, bu yaklaşım yine öğretide bir kısım yazar<sup>343</sup> tarafından eleştirilmiş ve menfaat ilişkisinin her iki teminat türü bakımından da söz konusu olabileceği ifade edilmiştir<sup>344</sup>. Kefilin de teminat konusu bakımından özel bir menfaati çoğu kez yer

---

<sup>341</sup> Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s.828; Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 262- 263; Akman, **Teminatın Niteliği**, s. 1675. Yargıtay'da kefalet ve üçüncü kişinin fiilini taahhüt ayrımı bakımından birçok kararında menfaat kriterine atıf yapmış olmakla birlikte, aşağıda yer alan kararında uyumsuzluğu doğrudan menfaat kriterinde yola çıkarak çözüme kavuşturmuştur.

*“Taahhüt ve tekeffül edilen konu, akdedilmiş bulunan kira sözleşmesine göre kiracıya düşen borçların ifasıdır. Sözleşme hükümlerine sadık kalmak onun hükümlerine uyma, yüklemiş olduğu yükümlülükleri yerine getirmek demek bulunduğu aşıkardır. Kaldı ki, davalının bu teleksi göndermekte sözleşme hükümlerine göre açık yararı da vardır. O halde teleks metnini kefalet değil, ancak B.K. nun 110. Maddesinde düzenlenen başkasının fiilini taahhüt olarak nitelemek gerekir.”* YHGK. 1989/11-548 E., 1990/108 K. ve 21.02.1990 T. ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr); Son Erişim Tarihi: 01.09.2021).

<sup>342</sup> Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s.262; Barlas, **Kredi Kartı**, s.167.

<sup>343</sup> Barlas, **Kredi Kartı**, s. 167; Arkan, **Kredi Kartı**, s. 988. *Develioğlu*, özellikle banka garantileri bakımından, bankaların teminat konusu borcun gerçekleşmesi bakımından özel bir yararından söz edilemeyeceğini ifade etmiştir. Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 268.

Banka garantileri bakımından, bankalar her ne kadar müşterilerinden bir komisyon alsalar da öğretide, bankaların aldıkları komisyon karşılığında bir garanti sağlamaları bankaların, garanti konusu borcun yerine getirilmesi bakımından bir menfaati olduğunu göstermez. Bu bakımdan, banka komisyonları, ayırım konusu bakımından ifade edilen menfaat olarak yorumlanamayacaktır. Menfaat kıstası ile, teminat konusu borcun yerine getirilmesinden, teminat verenin bir yararı olması kastedilmektedir. Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 268 – 269; Özen, **Kefalet**, s. 40 – 41.

<sup>344</sup> Özellikle banka garantileri bakımından, bankanın teminat konusunun gerçekleşmesi bakımından özel bir menfaatinin bulunmadığı, bu bakımdan menfaat kıstasına itibar edilmemesi gerektiği ifade edilmiştir. Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 266 vd. Barlas ise menfaat kriterinin tek başına dikkate alınmayacağını, ancak garanti lehine bir delil teşkil edebileceğini ifade etmişse de tek başına değil belirli hallerde diğer yardımcı yorum kuralları ile birlikte dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir. Barlas, **Kredi Kartı**, s. 167 – 168; Barlas, **Kefalet**, s. 61 – 62.

alabilecektir<sup>345</sup>. Özellikle, şirket adına çekilen kredilere yine şirket ortakları tarafından verilen kefaletlere uygulamada sıklıkla rastlanmakta olup; burada kefalet veren şirket ortağının, teminat konusu bakımından özel bir menfaati olduğu gibi lehine teminat sağladığı şirket ile de yakınlığı bulunmaktadır. Bu bakımdan, diğer yorum kurallarıyla birlikte nazara alınacak olmakla birlikte, menfaat kıstası, tek başına iki kurumun ayrımının sağlanması bakımından kesin bir çözüm olmayacaktır.

#### d. Kişiyeye Yönelik İlgi

Teminat verenin, lehine teminat sağladığı üçüncü kişi ile arasındaki yakınlık neticesinde, üçüncü kişiye destek sağlamak adına teminat sağlıyorsa kefalet sözleşmesi lehine; teminat verenin, kişiden bağımsız olarak, bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla teminat sağlaması halinde ise üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi lehine yorum getirileceği ifade edilmiştir<sup>346</sup>. Kefil, çoğu zaman hatır ilişkisi çerçevesinde bir kişiye kefil olduğu için; kefilin, borçluya duyduğu özel yakınlık nedeniyle teminat sağlamaktadır. Bu bakımdan, teminat sağlayanın teminat vermekteki amacının borçluya olan yakınlığı ve güveni olması nedeniyle kefalet lehine yorum yapılması gerektiği ifade edilmiştir<sup>347</sup>. Ancak, teminat verenin borç konusu sonucun gerçekleşmesi göz önüne alınarak verilmesi halinde ise üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi meydana gelecektir<sup>348</sup>. Bu durumda, temel borç ilişkisindeki borcun gereği gibi yerine getirilmiş olması bakımından, üstlenenin özel bir menfaati bulunacaktır.

Üstlenen de çoğu zaman tanıdığı bir kişinin, borcunu gereği gibi ifa edeceğine olan inancıyla bir teminat sağlamaktadır. Diğer bir bakış açısıyla da üstlenen, çoğu zaman bir teşebbüste bulunmayı sevk etmekteyse de taahhüdün sonucu ile birlikte, lehine teminat sağlanan kişinin kişilik özelliklerini de göz önüne almaktadır. Sonuçta taahhüdü gerçekleştirecek olan kişiye güvenilerek, o kişinin taahhüt konusu teşebbüsü

---

<sup>345</sup> Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s.828. Yazar, kefilin, bir kişiyi cesaretlendirmek amacıyla kefalet vereceğini ifade etmişse de teminat konusu sözleşmenin akdedilmesinde bir yararının olmadığını; teminat verenin doğrudan doğruya menfaatinin söz konusu olduğu hallerde ise garanti sözleşmesi lehine yorum yapılması gerektiğini ifade etmiştir.

<sup>346</sup> Gümüüş, **Borçlar Özel II**, s. 513; Barlas, **Kredi Kartı**, s. 168; Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 274. Aksi yönde, Reisoğlu, **Kefalet**, s. 132; Çınar, **Kefalet – Garanti**, s. 433.

<sup>347</sup> Barlas, **Kredi Kartı**, s. 168; Kocaman, **Kredi Kartı**, s. 83.

<sup>348</sup> Barlas, **Kredi Kartı**, s. 168; Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 831; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 132.

gerçekleştireceğine olan güven neticesinde taahhüt sağlanmaktadır. Hal böyle olunca, borçluya yönelik ilginin, borçlu ile olan yakınlığın, özel bir yorum kuralı olarak değerlendirilmesi iki kurumun ayırdının sağlanması bakımından etkili olmayacaktır<sup>349</sup>.

#### e. Üstlenilen Borcun Kapsamı

Teminat verenin, borcun gereği gibi ifa edilmemesi halinde borcu üstüne aldığı durumlarda kefalet; alacaklının uğradığı zararı giderim borcu altına girdiği hallerde ise üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin meydana geldiği ifade edilmiştir. Yargıtay'da her iki kurumunun ayırımının sağlanması noktasında anılan kriteri göz önüne almaktadır<sup>350</sup>. Ancak, bu kritere günümüzde çok fazla itibar edilmemektedir<sup>351</sup>.

Kefil, borçlunun borcunu yerine getirmeme halinde sözleşmede belirlenen üst sınırı aşmamak üzere alacaklının zararını karşılamak üzere bir miktar para ödeme borcu altına girmektedir<sup>352</sup>. Kefilin borcu, her zaman bir para borcu olacaktır. Üstlenenin de borcu da kural olarak, çoğu zaman para borcu olarak karşımıza çıkacağından bu kriter her iki sözleşmenin ayırdının sağlanması bakımından sağlıklı sonuçlar ortaya çıkarmayacaktır. Ancak, teminat sağlayanın para borcu dışında, bir borcu ifa edeceğinin kararlaştırıldığı sözleşmeler bakımından kanımızca, üçüncü kişinin fiilini üstlenme lehine yorum yapılabilecektir. Üstlenen, kural olarak para borcu altına girmekle birlikte sözleşmeyle, üçüncü kişinin fiilini aynen yerine getireceği ya da başka bir borç altına gireceği kararlaştırılabilecektir.

Borcun kapsamı noktasında, teminat verenin borcunun kapsamı temel borç ilişkisini aşacak şekilde ve temel borç ilişkisinden bağımsız olacak şekilde detaylı olarak teminat sözleşmesi ile belirlenmiş olması halinde üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi lehine yorumlanacaktır<sup>353</sup>. Teminat verenin, temel borç ilişkisine sıkı bir

---

<sup>349</sup> Barlas, **Kredi Kartı**, s. 168; Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 274.

<sup>350</sup> Yarg. 19. HD., 2008/19-729 E., 2008/718 K. ve 03.12.2008 T. kararı.

<sup>351</sup> Barlas, **Kredi Kartı**, s. 169.

<sup>352</sup> Barlas, **Kredi Kartı**, s. 169.

<sup>353</sup> Uygulamada garanti ve kefalet arasında özel olarak ifade edilen anılan ayırım konumuz özelinde de uygulama alanı bulabilecektir. Özen, **Kefalet**, s. 32; Barlas, **Kredi Kartı**, s. 172 – 173; Akman, **Teminatın Niteliği**, s. 1674.

şekilde bağlı olarak teminat sağladığı anlaşılıyorsa, kefalet sözleşmesi lehine yorum yapılabilecektir.

#### f. Şüphe Halinde Kefalet Karinesi

Yukarıda belirtilen yorum kurallarının uygulanması neticesinde, teminatın niteliği bakımından bir sonuca varılamamış olması halinde, teminat veren bakımından daha avantajlı olan kefalet sözleşmesi lehine yorum yapılması gerektiği öğretide ifade edilmiştir<sup>354</sup>. Bu sayede, teminat veren borçlu kefaletin koruyucu hükümlerinden yararlanabilecek olup; üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin ağır sonuçlarından da kurtulacaktır. Bu durumun bir başka dayanağı da kefalet sözleşmesinin ve sonuçlarının kanunda detaylı olarak düzenlenmiş olması nedeniyle, kefalet sözleşmesi lehine yorum yapılarak kanunun dolanılmasının da engelleneceği ifade edilmiştir<sup>355</sup>. Sözleşmenin bütünü değerlendirilmesi sonrasında, taraf iradeleri net olarak ortaya koyulamadıysa; yorum kuralları da sözleşmeyi yorumlayanları bir sonuca ulaştıramadıysa kefalet lehine yorum yapılması gerekmektedir<sup>356, 357</sup>.

Teminat sözleşmesinin uluslararası işlemler kapsamında akdedilmiş olması halinde ya da bankalar tarafından verilen teminatlar bakımından üçüncü kişinin fiilini üstlenme lehine yorum yapılmasının daha doğru olacağı ifade edilmiştir. Bununla birlikte, gerçek kişiler tarafından verilen teminatlar bakımından ise şüphe halinde kefalet karinesinin geçerli olması gerektiği ifade edilmektedir<sup>358</sup>. Bu noktada, şüphe halinde kefalet karinesi mutlak değildir. Yine temel borç ilişkisinin niteliği ve teminat

---

<sup>354</sup> Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 276; Barlas, **Kredi Kartı**, s. 172; Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s.832; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 134; Canpolat/Topuz, **Kefalet – Garanti**, s. 73.

<sup>355</sup> Özen, kefalet lehine yorumun temel amacı da kanunun dolanılmasının engellenmesi olduğu; ancak TBK m.603 düzenlemesi ile de bu durumun etkisinin önemli ölçüde azaldığı; bu bağlamda, kefalet sözleşmesi lehine yorumun anlamını yitirdiği hatta tamamen ortadan bile kalkabileceğini ifade etmiştir. Özen, **Kefalet**, s. 42.

<sup>356</sup> Sözleşmenin yorumlanması sırasında, bir sonuca ulaşılamadıysa, borçlu lehine yorum yapılması gerektiği yönünde: von Tuhr, **Borçlar Hukuku**, s.270; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel I**, s. 202; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 148 vd.; Kocayusufpaşaoğlu (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Genel**, s. 338. *Kocayusufpaşaoğlu*, özellikle, kefalet ve garanti sözleşmesi gibi kural olarak ivazsız olarak borç altına girilen sözleşmeler bakımından, borçlu lehine yorum yapılmasının isabetli ve adil bir çözüm olarak kabul etmiştir. Kocayusufpaşaoğlu (Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı), **Borçlar Genel**, s. 338.

<sup>357</sup> Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 279 vd.; Barlas, **Kredi Kartı**, s. 173.

<sup>358</sup> Barlas, **Kredi Kartı**, s. 173; Özen, **Kefalet**, s. 43.

verenin kişiliği bakımından bir değerlendirme yapıldıktan sonra teminatın türüne karar verilmesi daha isabetli olacaktır.

## B. BORCA KATILMA İLE FARKI

### 1. Borca Katılma Kurumu ve Temel Özellikleri

Borca katılma, üçüncü bir kişinin mevcut bir borç ilişkisine, borçlunun yanında ve borçlu gibi sorumlu olacak şekilde katılması ile meydana gelmektedir<sup>359</sup>. Borca katılma kurumu TBK m. 201'de düzenleme alanı bulmuştur. Borca katılan (yeni borçlu) ilk borçlunun sorumlu olduğu borç bakımından, yine ilk borçlu gibi asli olarak sorumluluk altına girmektedir<sup>360</sup>. Böylece, alacaklının karşısındaki borçlu sayısı arttığı gibi alacaklı, borcun ifasını her iki borçludan ya da borçlulardan birinden talep edebilme hakkına da sahip olacaktır. Buradan da anlaşılacağı üzere, borçlular müteselsil olarak sorumluluk altına girmektedir (TBK m. 201/2).

Kural olarak, TBK m. 201 çerçevesinde borca katılma, alacaklı ile borca katılacak olan borçlu arasından akdedilecek borca katılma sözleşmesi ile gerçekleşmektedir<sup>361</sup>. Ancak, ilk borçlu ile borca katılacak borçlu arasında gerçekleştirilecek üçüncü kişi yararına bir sözleşme ile de meydana gelebilecektir<sup>362</sup>.

---

<sup>359</sup> Seda Yıldız Portakal, **Borca Katılma**, İstanbul, Onikilevha, Kasım 2016, s. 10; Sabah Altay, **Borca Katılma**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2010, s. 37; Özen, **Kefalet**, s. 7; Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 62; Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 702; Oğuzman – Öz, **Borçlar Genel II**, s. 627; Develioğlu, **Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme**, s. 984; Oruç Hami Şener, *Sözleşmeyle Yapılan Teminat Amaçlı Borca Katılma*, **DÜEHFD**, C. 11, Özel Sa. 2009, s. 1281; Hüseyin Murat Develioğlu, *İsviçre Federal Mahkemesinin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi-Borca Katılma Ayrımı*, **GSÜHFD**, (Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan), Y: 3, C: I, Sayı No: 1, 2004, s. 300; Turan Başara, **Borca Katılma**, s. 421; Zafer Kahraman, *Borca Katılma Sözleşmesiyle Kefalet Sözleşmesinin Birbirinden Ayırt Edilmesi*, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, Sa. 1, İstanbul, 2012, s. 150.

<sup>360</sup> Altay, **Borca Katılma**, s. 4. Burada, borca katılan üçüncü kişinin, ilk borç ilişkisinden bağımsız bir sözleşme ile ilk borçlunun borcu ile özdeş bir borç altına girmektedir. Yoksa, borca katılan, ilk borç ilişkisinin doğrudan bir tarafı haline gelmemektedir. Yıldız Portakal, **Borca Katılma**, s. 10; Şener, **Borca Katılma**, s. 1283 – 1284.

<sup>361</sup> Şener, **Borca Katılma**, s. 1288; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 627.; Altay, **Borca Katılma**, s. 37 – 38; Kahraman, **Borca Katılma – Kefalet**, s. 153; Turan Başara, **Borca Katılma**, s. 427.

Borca katılma, alacaklı ile borca katılacak olan borçlu arasında akdedilen bir sözleşme ile taraflar arasındaki bir hukuki işlemle meydana gelmektedir. Ancak, temel borç ilişkisi ise hukuki işlem sonucu meydana gelebileceği gibi haksız fiil, sebepsiz zenginleşme veya kanundan kaynaklı diğer durumlar neticesinde de meydana gelebilecektir. Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 65; Yıldız Portakal, **Borca Katılma**, s. 17; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 627.

<sup>362</sup> Develioğlu, **Borca Katılma**, s. 301; Şener, **Borca Katılma**, s. 1291.

Yine, öğretide, alacaklı, ilk borçlu ve borca katılacak borçlu arasında akdedilecek bir sözleşme ile de borca katılmanın meydana gelebileceği ifade edilmiştir<sup>363</sup>. Burada ifade etmek gerekmektedir ki, alacaklı ile borca katılacak borçlu arasında akdedilecek borca katılma türü bakımından, ilk borçlunun rızası gerekmemektedir<sup>364</sup>. Kaldı ki, borca katılma sözleşmenin bu şekilde, asıl borçlunun rızası hilafına meydana gelmesi durumunda da ilk borçlu bakımından bir olumsuzluk meydana gelmemekte olup; ilk borçlunun, borç ilişkisindeki durumunun ağırlaşması da söz konusu değildir<sup>365</sup>. Bu nedenle, borca katılma bakımından, asıl borcunun rızası aranmamaktadır.

Borca katılan üçüncü kişinin borcu, borcun doğumu anında ferî bir nitelik arz etmektedir<sup>366</sup>. Üçüncü kişinin (borca katılanın) mevcut bir borç ilişkisine katılabilmesi bakımından, geçerli bir borcun varlığı şarttır<sup>367</sup>. Temel borç ilişkisindeki borcun, katılma anında geçersiz veya imkânsız olması durumunda, borca katılma sözleşmesinin de geçersizliği gündeme gelecektir<sup>368</sup>. Ancak, üçüncü kişi (borca katılan) mevcut ve geçerli bir borca katıldıktan sonra, üçüncü kişinin borcu bağımsız olarak kendi yolunu takip edecektir<sup>369</sup>. İlk borçlu bakımından, katılma sonrası ortaya çıkan geçersizlik halleri<sup>370</sup>, borca katılan, yeni borçlunun borcuna etki etmeyecektir. Bu bakımdan, borca katılma, her ne kadar ilk borçlunun kurduğu temeller üstüne otursa da daha sonrasında kendi kaderini tayin edecektir. Borca katılan, yeni borçlu, borcun doğumu bakımından ilk borçlunun temellerini takip ettiğinden, kendi borcunun doğumu öncesi meydana gelmiş olan geçersizliklere ise öne sürme imkanına sahiptir. Ancak, borca katılma sözleşmesi geçerli bir şekilde meydana geldikten sonra, borca

<sup>363</sup> Yıldız Portakal, **Borca Katılma**, s. 21 vd. Turan Başara, borca katılma sözleşmesi yapısına uygun olanın da bu yapı olduğunu ifade etmektedir. Turan Başara, **Borca Katılma**, s. 429.

<sup>364</sup> Öğretide, borca katılmanın meydana gelmesi ile borçlular arasında müteselsil bir sorumluluk bulunduğu; borca katılanın borcu ifa ettikten sonra da ilk borçluya rücu hakkı bulunması nedeniyle, burada borçlunun iradesi dışında alacaklının değiştiği, kural olarak alacağın temlik bakımından da borçlunun rızası gerekmediğinden ilk borçlunun rızasının gerekmediği ifade edilmiştir. Şener, **Borca Katılma**, s.1290; Yıldız Portakal, **Borca Katılma**, s.23; Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s.64; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s.628; Develioğlu, **Borca Katılma**, s. 301.

<sup>365</sup> Azınlıkta kalan görüşe göre ise borca katılma bakımından ilk borçlunun da rızası aranmalı aksi halde sözleşmenin nispiyeti ilkesine aykırı olarak borç ilişkisine üçüncü bir kişinin katıldığı ifade edilmiştir. Yıldız Portakal, **Borca Katılma**, s. 22 – 23; Turan Başara, **Borca Katılma**, s. 429.

<sup>366</sup> Yıldız Portakal, **Borca Katılma**, s. 14 – 15; Develioğlu, **Borca Katılma**, s. 305; Altay, **Borca Katılma**, s. 44; Tekinalp, **Banka Hukuku**, s. 524.

<sup>367</sup> Develioğlu, **Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme**, s. 984; Turan Başara, **Borca Katılma**, s. 424.

<sup>368</sup> Develioğlu, **Borca Katılma**, s. 306; Şener, **Borca Katılma**, s. 1285.

<sup>369</sup> Yıldız Portakal, **Borca Katılma**, s.15; Turan Başara, **Borca Katılma**, s. 425.

<sup>370</sup> Borca katılma sözleşmesi meydana geldiği sırada geçerli olan temel borç ilişkisi, daha sonrasında TBK m. 39 neticesinde iptal edilirse, borca katılma sözleşmesinin ortadan kalkacağı öğretide ifade edilmiştir. Şener, **Borca Katılma**, s. 1285 – 1286.

katılan bundan sonra ancak kendisinden kaynaklı itiraz ve defileri alacaklıya karşı öne sürebilecektir.

Konumuz bakımından, borca katılmanın önem arz etmesinin en önemli sebebi ise, borca katılmanın çoğu zaman teminat amacıyla gerçekleştirilmesidir<sup>371</sup>. Alacaklının, karşısında yer alan borçlu sayısının artması, mevcut bir borç ilişkisine borçlunun yanında üçüncü bir kişinin katılması alacaklı bakımından çoğu zaman bir teminat işlevi görmektedir. Bu durumda, borca katılan borçlu ile ilk borçlu alacaklıya karşı müteselsil olarak sorumlu olacak olup; ilk borçlunun borcu bakımından ya da alacaklının alacağı bakımından bir değişiklik meydana gelmeyecektir. Bununla birlikte, uygulamada nadiren de olsa ilk borçluyu borçtan kurtarmak amacıyla da borca katılmanın meydana geldiği durumlara rastlanmaktadır<sup>372</sup>.

Ancak, borca katılan borçlunun, borca katılmasının amacı her ne kadar ilk borçluya teminat sağlamak olduğu ifade edilmişse de borca katılan borçlunun borca katılmadaki hukuki sebebini oluşturan unsur, ilk borçlunun hukuki sebebini oluşturan unsurdur<sup>373</sup>. Her iki borçlunun borcunun özdeş olması nedeniyle, hukuki sebeplerinin de aynı olduğu ifade edilmektedir. Bununla birlikte, öğretide, borca katılan borçlunun, borca katılmadaki hukuki sebebini teminat olduğunu ifade eden görüşler de mevcuttur<sup>374</sup>.

---

<sup>371</sup> Şener, **Borca Katılma**, s. 1280; Yıldız Portakal, **Borca Katılma**, s. 14 – 15; Altay, **Borca Katılma**, s. 48; Kahraman, **Borca Katılma – Kefalet**, s. 151; Turan Başara, **Borca Katılma**, s. 421.

<sup>372</sup> Şener, **Borca Katılma**, s. 1279 - 1280; Yıldız Portakal, **Borca Katılma**, s. 36. Bu durumda, borca katılan her ne kadar ilk borçluyu borcundan kurtarmak amacıyla borca katılmışsa da temel borç ilişkisinde ilk borçlu borca katılan borçlu ile birlikte müteselsil olarak sorumlu olmaya devam etmektedir. Bu durumda, iç ilişkide ilk borçlunun sorumluluğu sona ermekteyse de anılan husus alacaklının tatmin edilmesi sonrasında, borçlular arasındaki iç ilişki kapsamında dikkate alınacaktır.

<sup>373</sup> Özen, **Kefalet**, s. 8; Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 702; Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 67 – 68; Turan Başara, **Borca Katılma**, s. 423. *Kapancı*, borca katılanın, ilk borçlunun yanında ve ilk borçlunun borcuyla özdeş bir borç altına girmiş olması nedeniyle, her ne kadar teminat sağlama saikiyle hareket etmiş olsa da her iki borcun özdeş olduğunu, borca katılan borçlunun hukuki sebebini de temel borç ilişkisindeki hukuki sebeple aynı olmaktadır. Ayrıca yazar, borca katılan ile ilk borçlunun müteselsil olarak borç altına girmiş olması; müteselsil borçluların da ortak defilerinin borç ilişkisinin hukuki sebebini kaynaklanması ve bu ortak defilerin öne sürülmesinin de her bir borçlu bakımından önem arz etmesi nedeniyle, borca katılmadaki hukuki sebebini temel borç ilişkisi ile özdeş olması gerektiğini ifade etmiştir. Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 67 – 68. Tandoğan da borca katılmanın hukuki sebebini teminat sağlamak olmadığını; ilk borçla aynı hukuki sebebe dayandığını, teminat işlevinin borca katılmanın bir sonucu olduğunu ifade etmiştir. Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 702

<sup>374</sup> Borca katılma sözleşmesinin, ilk borçluya teminat sağlamak amacıyla akdedilmesi; borca katılanın iradesine en yakın ve tipik amacın da teminat sağlamak olması; ilk borçlu ile borca katılanın hukuki sebeplerinin temelde farklı olması nedeniyle, borca katılma sözleşmesinin hukuki sebebini teminat sağlamak olduğu ifade edilmiştir. Altay, **Borca Katılma**, s. 66 vd. Bir başka görüşe göre de borca

Borca katılma, teminat amacı ve diğer birçok unsuru bakımından üçüncü kişinin fiilini üstlenme kurumuna yakınlık gösterse de her iki kurumun farkı, kefalet ve üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin ya da borca katılma ve kefaletin farklılıkları gibi detaylı incelemelere konu olmamıştır. Ancak, buraya kadar yapılan açıklamalardan da görüleceği üzere, borca katılma ve üçüncü kişinin fiilini üstlenme kurumu kural olarak teminat işlevi, bağımsızlık, alacaklının karşısında yer alan kişilerin artması gibi özellikler bakımından yakınlık göstermektedir.

Borca katılmanın, kanunen müteselsil bir borç ilişkisi meydana getirmesi nedeniyle, müteselsil borçluluğa ilişkin hükümler borca katılma bakımından uygulama alanı bulacaktır. Bu bakımdan, borca katılma, üçüncü kişinin fiilini üstlenmeye nazaran daha detaylı olarak düzenlenme alanına sahiptir. Özellikle, üçüncü kişinin fiilini üstlenme bakımından mevcut olmayan genel rücu (halefiyet) hakkı borca katılma bakımından düzenleme alanı bulmuştur<sup>375</sup>.

Yukarıda da değinildiği üzere, borca katılanın borcunun başlangıçta ferî bir özellik göstermesi de her aşamada bağımsızlık özelliğini bünyesinde barındıran üçüncü kişinin fiilini üstlenme bakımından farklılık arz etmektedir. Bu nedenle, borca katılmanın, kefaletle ile üçüncü kişinin fiilini üstlenme kurumu arasından yer alan bir teminat türü olduğunun ifade edilebilecektir<sup>376</sup>. Kefalet her aşamasında ferî bir teminat iken, borca katılma ferî olarak meydana gelen ancak sonrasında bağımsız olarak yoluna devam etmektedir. Her iki sözleşme türü bakımından da geçerli bir ilk borcun varlığı da aranmaktadır. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme ise, bağımsız olarak doğmakta ve geçerli bir ilk borç olmasa dahi mevcudiyetini sürdürmektedir. Bu farklılıklar nedeniyle, teminatın türünün isabetli olarak tespit edilmesi önem arz etmektedir. Tarafların gerçek ve ortak iradesinin tespit edilerek sözleşme buna göre yorumlanmaya çalışılacaktır.

---

katılanın borcunun hukuki sebebini, temel borç ilişkisinde borcun hukuki sebebi değil, borca katılma sözleşmesi oluşturmaktadır. Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 627.

<sup>375</sup> Detaylı açıklama için bkz. Yıldız Portakal, **Borca Katılma**, s. 147 vd.; Develioğlu, **Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme**, s. 985; Altay, **Borca Katılma**, s. 176.

<sup>376</sup> Aslilik ve ferilik ayrımı öğretide çok fazla öne çıktığı için böyle bir yargı da bulunmaktadır. Diğer yandan üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin ikincil borç olmasına ilişkin özelliği nazara alındığında, asli sorumluluk doğuran borca katılma sözleşmesinin sonuçlarının daha ağır olabileceği sonucuna da varılabilir.

## 2. Her İki Sözleşmenin Ayrımı Noktasında Yararlanabilecek Ölçütler

Üçüncü kişinin fiilini üstlenen, temel borç ilişkisinden tamamen bağımsız olarak, borç altına girmekte ve alacaklıya bir teminat sağlamaktadır. Temel borç ilişkisindeki borcun geçersizliği veya imkânsızlığı üstlenenin borcunu etkilemeyecektir. Ayrıca, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi, temel borç ilişkisi meydana gelmeden hatta hiç meydana gelmese dahi varlığını koruyacaktır. Borca katılanın, borcunun bağımsızlığı mevcut ve geçerli bir borç ilişkisine katıldıktan sonra ortaya çıkacaktır. Yine, borca katılan borçlu, temel borç ilişkisine katıldığı sırada veya öncesinde temel borç ilişkisi bakımından öne sürülebilecek defî ve itirazlara dayanabilecektir. Bu bakımdan, alacaklı ile teminat sağlayan üçüncü kişi arasından akdedilen sözleşmede, teminat sağlayan üçüncü kişinin borcunun baştan itibaren, temel borç ilişkisinden bağımsız olarak meydana geleceğine ilişkin bir hüküm yer alıyorsa, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi lehine yorum yapılabilecektir<sup>377</sup>. Ancak, bu hususun her zaman tespit edilmesi kolay olmayacağı gibi çoğu zaman bu tür sözleşmelerde bu yönde bir kayıtlar da yer almamaktadır. Temel borç ilişkisinden kaynaklanan defî ve itirazlardan feragat edilmiş olması hali sözleşmenin baştan itibaren bağımsızlık özelliği ön plana çıkarmakta olup; bu tür kayıtlar, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi lehine yorumlanabilecektir<sup>378</sup>.

Teminat sağlayan üçüncü kişinin, müteselsil olarak borç altına girdiği ya da ilk borçla özdeş bir borç altına girdiği sözleşme metninden anlaşılıyor ise borca katılma lehine yorum yapılması gerekmektedir<sup>379</sup>. Borca katılanın, özdeş ve aynı borç altına girmesi; üçüncü kişinin fiilini üstlenenin de kural olarak para borcu altına girmesi

<sup>377</sup> *Develioğlu* da borca katılanın borcunun temel borç ilişkisindeki defî ve itirazlardan tamamen soyutlanarak bir borç altına girildiğinin açık olarak tespit edilememesi halinde borca katılma lehine yorum yapılması gerektiğini ifade etmiştir. *Develioğlu, Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme*, s. 984.

<sup>378</sup> *Develioğlu*, borca katılma ve kefaletin ayrımı bakımında, teminat verenin, borçludan kaynaklı defî ve itirazlardan feragat etmiş olması halinde, borca katılma lehine yorum yapılması gerektiğini; bu durumda, teminat verenin borcunun bağımsızlık özelliğinin ön plan çıktığını ifade etmiştir. *Develioğlu Borca Katılma*, s. 318. Biz de benzer bir düşünceyle, borca katılma ile üçüncü kişinin fiilini taahhüdün farkını tespit etmeye çalışırken, teminat verenin, ilk borçludan kaynaklı her türlü defî ve itirazdan feragat etmiş olması halinde, teminat verenin borcunun bağımsızlığının daha çok öne çıktığını; borca katılmanın da doğum esnasında feri olarak doğması nedeniyle, baştan itibaren bağımsız bir özellik arz eden üçüncü kişinin fiilini üstlenme lehine yorum yapılabileceği kanaatindeyiz. Şener'de bağımsızlık özelliğinin baskın olması ya da iki sözleşmenin bağımlılığından kaçınılması hallerinde, üstlenme sözleşmesinin ön plana çıkacağını ifade etmektedir. Şener, *Borca Katılma*, s. 1297.

<sup>379</sup> Yıldız Portakal, *Borca Katılma*, s. 100; Altay, *Borca Katılma*, s. 175. Kefaletle ilişkin olarak da benzer durum öne sürülmüştür. Kahraman, *Borca Katılma – Kefalet*, s. 162.

nedeniyle, sözleşmenin içeriğinden teminat sağlayanın, borcunun para borcu olmadığı ve ilk borçlunun borcu ile aynı borç altına girdiği anlaşılıyorsa, borca katılma lehine yorum yapılabilir<sup>380</sup>. Üstlenenin borcu çoğu zaman bir zararı karşılama borcu olacağından, asıl borçlu ile aynı yükümlülüğün altına girilmiş olması borca katılma lehine bir gösterge olarak kabul edilebilir.

Alacaklı, müteselsil borç altına giren borca katılan borçluya doğrudan, ilk borçlunun temerrüde düşmesini beklemeden başvurabilecekken, üstlenene ancak sözleşme konusu riskin meydana gelmesi halinde başvurabilir. Bu bakımdan, borca katılanın borcu asli (birinci dereceden) bir borç iken, üstlenenin borcu tali (ikinci dereceden) bir borçtur<sup>381</sup>. Üstlenen, çoğu zaman birinci derecedeki borcun yerine getirilmemesi, diğer bir ifade ile riskin meydana gelmesi halinde borç altına girecektir. Alacaklının, doğrudan teminat sağlayan üçüncü kişiye başvurulabileceğine ilişkin hükümlerin yer alması halinde, borca katılma lehine yorum yapılması mümkün olacaktır. Yine, teminat sağlayanın müteselsil olarak borç altına girdiğini belirten ifadeler de borca katılma yönünde bir yoruma neden olacaktır. Ancak, bir riskin meydana gelmesi halinde teminat verenin borcunun doğacağı anlaşılıyor ise burada üstlenme sözleşmesi fikri ağır basacaktır.

Teminat sağlayanın, ilk talepte ödeme yapmakla yükümlü olması halinde, üçüncü kişinin fiilini üstlenme lehine yorum yapılması mümkün ise de bunun diğer başkaca kıstaslarla güçlendirilmesi gerekmektedir<sup>382</sup>. Birincil derecen borç altına girmiş olan borca katılan bakımından bu tür bir kayıt anlamsız olacaktır. Ancak, üçüncü kişinin fiilini üstlenme lehine yorum yapılmadan önce de özenli davranılması yerinde olacaktır. Yine, alacaklının önce ilk borçluya başvurmasının ve ilk borçlunun ödeme yapmaması halinde teminat verenin sorumlu olacağının kararlaştırıldığı hallerde de borcun ikincilik özelliğinin ön planda olduğundan, üçüncü kişinin fiilini üstlenme lehine yorum yapılması daha isabetli olacaktır.

---

<sup>380</sup> Develioğlu, **Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme**, s. 986; Turan Başara, **Borca Katılma**, s. 433.

<sup>381</sup> Özen, **Kefalet**, s. 11 – 12; Develioğlu, **Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme**, s. 985; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 627; Turan Başara, **Borca Katılma**, s. 432. *Altay*, iki kurumun ayrımının sağlaması bakımından bu kriterin kesin bir sonuç vermeyeceği kanaatindedir. Gerek borca katılanın gerekse de üstlenenin, borcunun sözleşme özgürlüğü çerçevesinde farklı şekilde meydana getirilebileceğini; borca katılanın da ikinci dereceden borçlu olarak karşımıza çıkabileceğini belirtmektedir. *Altay*, **Borca Katılma**, s. 175.

<sup>382</sup> Bunun temel sebebi, ilk talepte kayıtsız şartsız ödeme yapılacağına ilişkin kayıtların, başta teminat sözleşmeleri olmak üzere, birçok sözleşme yapısında gelişigüzel olarak kullanılmasıdır.

Her iki kurum arasında menfaat yönünden de bir ayrım yapılabileceği öğretide ifade edilmişse de kanımızca menfaat kıstası her iki kurumun ayrımının sağlanması bakımından yeterli olmayacaktır. Borca katılanın, borca katılmada menfaati bulunacağı gibi, üçüncü kişinin fiilini üstlenenin de taahhüt konusu sonucun meydana gelmesi nedeniyle bir menfaati bulunabilecektir. Kaldı ki, yukarıda kefalet ile üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin ayrımının sağlanması bakımından menfaat kriteri değerlendirilirken, öğretide, çoğu zaman teminat verenin, teminat konusu borcun yerine getirilmesinde özel bir menfaatinin bulunması halinde üçüncü kişinin fiilini üstlenme lehine yorum yapılabileceği ifade edilmiştir. Kefalet ile borca katılmanın ayrımının sağlanması bakımından<sup>383</sup> da öğretide teminat verenin menfaatinin bulunması halinde borca katılma lehine yorum yapılması gerektiği belirtilmiştir<sup>384</sup>. Buradan da görüleceği üzere, kefalete göre daha bağımsız konumda yer alan borca katılma ve üçüncü kişinin fiilini taahhüt bakımından menfaat kriteri önemli bir noktada yer almaktadır. Ancak, menfaat kıstası her iki kurumu kefaletten ayırmak konusunda dikkate alınabilecekse de borca katılma ile üçüncü kişinin fiilini üstlenme ayrımının sağlanması bakımından yeterli olmayacaktır<sup>385</sup>. Ancak, bankalar tarafından verilen teminatlar bakımından, kolaylıkla üçüncü kişinin fiilini üstlenme lehine yorum yapılabilecektir<sup>386</sup>.

Kefalet ile üçüncü kişinin fiilini üstlenme ayrımında değindiğimiz, gerçek kişiler tarafından verilen teminatlar bakımından uygulama alanı bulacak olan TBK m. 603 hükmünün, borca katılma sözleşmeleri bakımından da uygulanacağı ifade edilmektedir<sup>387</sup>. Bu noktada, TBK m. 603'ü yorum sorunlarına çözüm getirecek

---

<sup>383</sup> Bu konuda detaylı açıklama için bkz. Develioğlu, **Borca Katılma**, s. 311 vd.

<sup>384</sup> Menfaat kıstası, borca katılma lehine önemli bir belirti olmakla birlikte, kefaletten ayrımının sağlanması bakımından tek başına dikkate alınması yeterli değildir. Bu bakımından, sözleşmenin yorumundan çıkarılacak başkaca kıstaslar ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Develioğlu, **Borca Katılma**, s. 314 vd.; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 111 – 112; Özen, **Kefalet**, s. 19 vd.; Kahraman, **Borca Katılma – Kefalet**, s. 159.

<sup>385</sup> Aksi yönde, *Develioğlu*, borca katılmada, borca katılan borçlunun doğrudan bir yararının bulunduğunu; üçüncü kişinin fiilini üstlenmede ise üstlenenin dolaylı bir yararının bulunması nedeniyle, doğrudan bir menfaatin var olması halinde borca katılma lehine yorum yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Burada, borca katılan, katılma konusu borcu kendi borcunu haline getirmekte ve doğrudan yararı bulunmaktadır. Develioğlu, **Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme**, s. 986.

<sup>386</sup> Develioğlu, **Borca Katılma**, s. 316.

<sup>387</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 627; Kahraman, **Borca Katılma – Kefalet**, s. 155; Gündüz, **Şekil**, s. 172; Turan Başara, **Borca Katılma**, s. 427. Aksi yönde, *Develioğlu*, TBK m. 603, sözleşme serbestisi ilkesini zedelemekle birlikte, borca katılma sözleşmelerinde asıl amacın teminat yönelik

şekilde kullanmak da mümkün olacaktır. Bu bakımdan, müteselsil kefalet sözleşmeleri bakımından *'müteselsil kefalet'*e ilişkin iradenin yazılı olarak kefalet senedinde belirtilmesi zorunluluğuna ek olarak borca katılma sözleşmelerinde *'borca katılma'* ya da *'müteselsil borçluluk'* ifadelerine<sup>388</sup>; üstlenme sözleşmeleri bakımından da teminatın *'bağımsızlığı'* ya da *'üçüncü kişinin fiilinin üstlenildiğinin'* açıkça belirtilmesi uygulamada sorunlara kısmen de olsa çözüm getirebilecektir. Tabii burada, anılan teminat sözleşmesinin, bütünüyle, oluşturulmak istenen sözleşme tipine de uygun bir şekilde kurgulanması, ilgili sözleşmeye özgü terimlerle donatılması ve yine ilgili hükümlere de atıf yapılması da isabetli olacaktır. Ancak, TBK m. 603'ten kaynaklı olarak yaratılacak bu zorunluğun gerçek kişilerin taraf olduğu üstlenme sözleşmesi ve borca katılma kapsamında ortaya çıkacağına da tekrardan hatırlatılması gerekmektedir.

Yukarıdaki farklılıkların tespit edilememesi halinde, daha hafif bir sorumluluk öngören ve teminat sağlayan üçüncü kişinin de yararına olan borca katılma lehine yorum yapılması gereceği öne sürülmüştür<sup>389</sup>. Bir bakış açısıyla, borca katılanın konumu, borcun doğumu ve öncesinde yer alan temel borç ilişkisindeki defii ve itirazları öne sürebilecek olması; ödeme yapması halinde genel rücu (halefiyet) hakkına sahip olması nedeniyle, bu tür korumalara sahip olmayan üçüncü kişinin fiilini üstlenmeye göre daha korunaklı görülebilir. Diğer bir yaklaşımla ise ikincil bir borç altına girmiş olan üstlenenin, asli (birincil) borçlu konumunda yer alan borca katılandan daha hafif bir sorumluluğunun bulunduğu da öne sürülebilir. Kefalet ile borca katılma ya da kefalet ile üçüncü kişinin fiilini üstlenme arasında tespit edildiği gibi kolaylıkla hangi borç ilişkisinin daha hafif bir sorumluluk yarattığının tespit edilmesi kolay değildir. Ancak yine de kanımızca, genel rücu (halefiyet) hakkına sahip olan ve borca katılma anı ve öncesindeki defii ve itirazlara dayanabilecek ve yine asıl borç ilişkisini gerekli kılan borca katılmanın daha hafif bir sorumluluk doğuracağı görüşü ağır basmaktadır. Son olarak, yine yukarıda kefalet lehine karinede de bahsettiğimiz üzere, uluslararası ilişkiler ve bankalar tarafından sağlanan teminatlar

---

olmadığını ve TBK m. 603'ün borca katılma özelinde uygulanamayacağını ifade etmiştir. Develioğlu, **Borca Katılma**, s. 320.

<sup>388</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 628.

<sup>389</sup> Yıldız Portakal, **Borca Katılma**, s. 101; Şener, **Borca Katılma**, s. 1298.

bakımından üçüncü kişinin fiilini üstlenme lehine yorum yapılması daha isabetli olacaktır.

### C. BORCUN ÜSTLENİLMESİ İLE FARKI

Uygulamada ve öğretide, üçüncü kişinin fiilini üstlenme düzenlemesi ile borcun üstlenilmesinin karşılaştırılmasına çok fazla rastlanılmadığı gibi, aslında birbirinden ayırt edilmesi de yukarıda anılan diğer kurumlara nazaran daha kolaydır<sup>390</sup>. Ancak, başlangıçta da değindiğimiz üzere, TBK m. 128'in başlığının “*Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme*” olması nedeniyle “*Borcun Üstlenilmesi*”yle<sup>391</sup> karıştırılmaya müsaittir<sup>392</sup>. Borcun üstlenilmesi, TBK m. 195 - 200 arasında altı madde şeklinde düzenmiş olup; iç üstlenme sözleşmesi, dış üstlenme sözleşmesi ya da her ikisi de akdedilerek meydana gelmektedir.

Borcun üstlenilmesi sözleşmesi ile borçlunun, borcundan kurtarılması amaçlanmaktadır. Borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi, borçlu ile üçüncü kişi<sup>393</sup> arasında akdedilmekte ve üçüncü kişi borçluyu borcundan kurtarmayı taahhüt etmektedir<sup>394</sup>. İç üstlenme sözleşmesi ile üçüncü kişi, borçluya karşı borçtan kurtarma taahhüdünün akabinde alacaklı ile dış üstlenme sözleşmesi yapmaz veya üstlenilen borcu da ifa etmezse; borcu ifa etmek zorunda kalan ilk borçlu, iç üstlenme sözleşmesine dayanarak borcu üstlenen üçüncü kişiye karşı TBK m. 112 vd. hükümleri kapsamında başvurabilecektir<sup>395</sup>.

Borcun dış üstlenilmesinde ise borcu üstlenecek olan üçüncü kişi, alacaklı ile üstlenme sözleşmesi yaparak asıl borçluyu borcundan kurtarmaktadır<sup>396</sup>. Bu andan itibaren, borcu üstlenen üçüncü kişi, alacaklı karşısında yer almakta, ilk borçlunun

---

<sup>390</sup> İlgili ayırım noktasında bkz. Zafer Kahraman, **Karşılaştırılmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi (Borcun Nakli)**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 122 – 123.

<sup>391</sup> Detaylı açıklama için bkz. Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 604 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 268 vd.

<sup>392</sup> Kayak, **ÜFT – Kefalet**, s. 23.

<sup>393</sup> Burada anılan üçüncü kişi temel borç ilişkisi dışında kalan, borcun üstlenilmesi sözleşmesinin akdedilmesi neticesinde yeni borçlu olarak karşımıza çıkacak kişidir. Bu noktada, konumuz özelinde asıl borçluyu karşılayan üçüncü kişiden farklıdır.

<sup>394</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 605; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 269.

<sup>395</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 607; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 271.

<sup>396</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 607; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 272; Kayak, **ÜFT – Kefalet**, s. 23. Kahraman, **Borcun Nakli**, s. 87.

borcu da sona ermektedir<sup>397</sup>. Bu bakımdan, dış üstlenme sözleşmesi ile üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin ayrımı kolay olacaktır. Üçüncü kişinin fiilini üstlenmede, lehine taahhütte bulunulan borçlunun (üçüncü kişinin) borcu devam etmektedir. Onun borçluluk sıfatında değişiklik olmamaktadır. Ancak, dış üstlenme sözleşmesi ile ilk (asıl) borçlunun, borçluluk sıfatı sona ermekte, diğer bir ifade ile alacaklının karşısındaki borçlu değişmektedir. Alacaklının karşısında üçüncü kişinin fiilini üstlenmeden farklı olarak sadece borcu üstlenen borçlu yer almaktadır.

Borcun üstlenilmesinde, borçlu borcundan kurtarılmakta ve alacaklının karşısında borcu üstlenen yeni borçlu yer almaktadır. Böylece, borcu üstlenen, ilk borçlunun borcunu ifa etme borcu altına girmektedir<sup>398</sup>. Üçüncü kişinin fiilini üstlenmede ise, üstlenen, asıl borçlunun (üçüncü kişinin) borcunu ifa edeceği yönünde bir taahhütte bulunmakta ve borçlunun borcunu gereği gibi ifa etmediği hallerde de alacaklının uğradığı zararı karşılama borcu altına girmektedir. Yoksa, üçüncü kişinin fiilini üstlenen, borçluyu borcundan kurtarmamakta ve borçlunun, borçluluk sıfatı da devam etmektedir. Bu bakımdan her iki kurumun ayırdının sağlanması diğer kurumlara nazaran daha kolay olacaktır.

#### D. CEZA KOŞULU İLE FARKI

Borcun gereği gibi ifa edilmesini sağlamak amacıyla uygulamada sıklıkla ceza koşulu kararlaştırıldığı görülmektedir<sup>399</sup>. Ceza koşulu, TBK m. 179 - 182 arasında düzenlenmiştir. Taraflarca kararlaştıran ceza koşulu borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde alacaklıya ödenmesi kararlaştırılan tutardır<sup>400</sup>. Amaç, borçlunun, borcunu gereği gibi ifa etmesini teşvik etmektir. Bunun yanı sıra, alacaklı borcun gereği gibi ifa edilmemesi halinde uğradığı zararı ispatlamak külfetinden de

---

<sup>397</sup> Kahraman, **Borcun Nakli**, s. 88. Çoğu zaman iç üstlenme sözleşmesi ile borcu üstlenen üçüncü kişi, dış üstlenme sözleşmesi akdetmekteyse de doğrudan dış üstlenme sözleşmesi de akdedilebilmektedir. Yine, borcun üstlenilmesi için dış üstlenme sözleşmesinin akdedilmesi de zorunlu değildir. Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 610.

<sup>398</sup> Kahraman, **Borcun Nakli**, s. 89; Kayak, **ÜFT – Kefalet**, s. 24.

<sup>399</sup> Ayça Akkayan Yıldırım, *Cezai Şartın İşlevi Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırılmalı Bir Değerlendirme*, **İÜHFİM**, C. 61, Sa. 1 – 2, 2003, s. 359. Ayrıca, yine ceza koşulunun, teminata yönelik bir yapı olmadığı noktasında da bkz. Akkayan Yıldırım, **Cezai Şart**, s. 378 vd.

<sup>400</sup> Doğan, **Teminat Mektupları**, s. 24; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 341.

kurtulacak ve doğrudan ceza koşulu tutarını borçludan talep edebilecektir<sup>401</sup>. Asıl borç ilişkisinin geçersiz olması halinde asıl borcun ferîsi olan ceza koşulu da geçersiz olacaktır<sup>402</sup>. Ancak, ceza koşulunun talep edilebilmesi bakımından, borçlunun borcunu gereği gibi ifa edememesi noktasında kusurunun da bulunması gerekmektedir. Borçlunun kusurundan kaynaklı olarak, borç hiç veya gereği gibi ifa edilemediyse, ceza koşulu talep edilebilir hale gelecektir. Burada, kusuru olmadığını borçlunun ispatlaması gerekmekte olup<sup>403</sup>; bu bakımından da alacaklının, ceza koşuluna kavuşması noktasında kolaylık sağlanmıştır.

Ceza koşulunu ödeme yükümlülüğü altında olan, borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemiş olan borçludur<sup>404</sup>. Yani burada taraflar arasındaki borç ilişkisine dışarıdan üçüncü kişinin bir teminat sağlaması söz konusu değildir<sup>405</sup>. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinde ise asıl borç ilişkisine yabancı olan üstlenen, borçlunun ödeme gücünü alacaklıya karşı taahhüt etmektedir. Yine, üçüncü kişinin fiilini üstlenmede borçlunun kusuru olmasa dahi, üstlenen borcun gereği gibi ifa edilmemesi dolayısıyla sorumluluk altına girecektir. Ceza koşulu, ferî nitelikte olması nedeniyle asıl borcun geçersizliğinden etkilenmeyecektir, üstlenenin borcu bağımsız bir borç olup, asıl borcun geçersizliğinden etkilenmeyecektir<sup>406</sup>. Asıl borcun mevcut olmadığı haller bakımından ceza koşuluna ilişkin düzenleme de geçersiz olacakken, üstlenenin zararı karşılama borcu geçerliliğini koruyacaktır.

---

<sup>401</sup> Doğan, **Teminat Mektupları**, s. 24; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 534; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 341.

<sup>402</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 541; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 345 vd.

<sup>403</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 350.

<sup>404</sup> Şahin, **ÜFT**, s. 72.

<sup>405</sup> Ceza koşulunu ödeme borcu altına giren temel borç ilişkisindeki borçludur. Teminat sözleşmelerinin en önemle özelliklerinden biri alacaklıya borçlunun malvarlığı dışında başka bir kişinin de malvarlığına başvurma hakkı sağlaması olduğundan, ceza koşulu kişisel teminat sözleşmesinin türlerinden biri olarak görülemeyecektir. Özen, **Kefalet**, s. 6.

<sup>406</sup> Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 215; Akkayan Yıldırım, **Cezai Şart**, s. 366.

## E. AVAL İLE FARKI

Aval, kambiyo hukukuna özgü bir kişisel teminattır<sup>407</sup>. Hatta, öğretide, tabiri caizse, avalin, kambiyo hukukunun kefaleti olduğu ifade edilmektedir<sup>408</sup>. Kambiyo senedinin ön tarafına, “aval içindir” ya da “teminat içindir” yazılıp atılan imzalar neticesinde aval meydana gelmektedir. Yine, kambiyo senedinin üzerine, kefil olarak atılan imza da aval olarak yorumlanmaktadır<sup>409</sup>.

Aval veren, lehine aval verdiği kişinin borcundan bağımsız olarak borç altına girmekte olup; lehine aval verdiği kişinin borcunun geçersiz olması halinde dahi sorumluluğu devam edecektir<sup>410</sup>. Bu bakımdan, bağımsız olarak borç altına giren aval veren, lehine aval verdiği kişinin şahsından kaynaklanan defî ve itirazları da kendisinden talepte bulunan alacaklılara karşı öne süremeyecektir. Bu özelliklerinden dolayı, kefaletten ziyade üçüncü kişinin fiilini üstlenmeye daha yakındır. Hatta, avalin hukuki niteliğini üçüncü kişinin fiilini üstlenme olarak açıklayan görüşler de yer almaktadır.

İki kurum arasında yukarıda anılan benzerlikler yer alsa da birçok ayrıldığı nokta da bulunmaktadır<sup>411</sup>. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme bir sözleşme yapısı meydana getirmektedir. Buna göre de üstlenen, taahhüt konusu borç gereği gibi ifa edilmediği takdirde alacaklının uğradığı zararları karşılama borcu altına girmektedir. Ancak, aval bir sözleşme yapısı meydana getirmemektedir<sup>412</sup>. Aval verenin borcu da

<sup>407</sup> Hüseyin Ülgen/ Mehmet Helvacı/ Abuzer Kendigelen/ Arslan Kaya, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 13. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2021, s. 169; Reha Poroy / Ünal Tekinalp, **Kıymetli Evrak Hukuku Esasları**, 23. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 207; Atilla Altop, *Gerçek Kişilerce Gerçekleştirilen Aval İşlemlerine, TBK m. 603 Hükmü Uyarınca Kefaletin Şekline, Kefil Olma Ehliyetine ve Eşin Rızasına İlişkin Hükmüler Uygulanacak Mıdır?*, **İKÜHFD**, C. 15, Sa. 1, 2016, s. 293.

Burada önemle ifade edilmesi gerekmektedir ki, YİBGK., 2017/4 E., 2018/5 K. ve 20.04.2018 T. kararı uyarınca, her ne kadar bir kişisel teminat olarak değerlendirilse de aval bakımından eş rızasının aranmayacağı hükme bağlanmıştır.

<sup>408</sup> Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya, **Kıymetli Evrak**, s. 170. Kefalet ile avalin farkı için bkz. Özen, **Kefalet**, s. 45 vd.; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya, **Kıymetli Evrak**, s. 173; Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 713 vd.; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 134 vd.

<sup>409</sup> Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya, **Kıymetli Evrak**, s. 170.

<sup>410</sup> Poroy/Tekinalp, **Kıymetli Evrak**, s. 211.

<sup>411</sup> Mehmet Helvacı/Raziye Aksu Özkan, *Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurul Kararı Işığında Avalde Eşi Rızasının Gerekliğinin Değerlendirilmesi*, **MÜHFHAD**, C.25, Sa.2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2020, s. 873 – 936.

<sup>412</sup> Ağırlıklı görüş avali tek taraflı bir irade beyanı olarak değerlendirmekte ve sözleşme olarak yorumlamamaktadır. Helvacı/Özkan, **Aval**, s. 892; Özen, **Kefalet**, s. 53; Poroy/Tekinalp, **Kıymetli Evrak**, s. 207; Altop, **Aval**, s. 293. Aksi yönde, aval'de eş rızasına ilişkin verilen içtihadı birleştirme kararının karşı oylarında avalin kişisel teminat sözleşmesi olduğu ifade eden görüşlere de

kendisinden talepte bulunulduğu takdirde, zararı karşılama borcu değil, kambiyo senedi üzerinde yer alan tutarı ödeme borcudur<sup>413</sup>. Aval veren, teminat sağladığı kişi ile müteselsil olarak borç altına girmekte ve teminat sağladığı üçüncü kişi gibi sorumlu olmaktadır<sup>414</sup>. Bu bakımdan, aval verenin borcu, üstlenenin borcu gibi ikincil (tali) nitelikte bir borç değildir<sup>415</sup>. Kambiyo senedinin alacaklısı, aval verene doğrudan başvurabilecektir. Yine, aval veren, ödeme yapması halinde kambiyo senedine dayanarak lehine aval verdiği kişi ve kendisinden önce gelen kişilere de başvurma hakkına sahip olacaktır<sup>416</sup>. Ancak, üçüncü kişinin fiilini üstlenenin, lehine teminat sağladığı kişiye kural olarak, doğrudan, başvurusu mümkün değildir. Avalin vücut bulduğu kambiyo senedinin, kambiyo hukukundan kaynaklanan nedenler dolayısıyla geçersiz olması halinde ise aval de geçersiz hale gelecektir<sup>417</sup>. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinde ise, temel borç ilişkisi geçersiz olsa dahi üçüncü kişinin fiili üstlenme sözleşmesi, bu geçersizlikten doğrudan etkilenmeyecektir.

---

rastlanmaktadır. YİBGK., 2017/4 E., 2018/5 K. ve 20.04.2018 T. kararı (16.10.2018 tarihli Resmi Gazete).

<sup>413</sup> Helvacı/Özkan, **Aval**, s. 892.

<sup>414</sup> Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 85; Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 842.

<sup>415</sup> Helvacı/Özkan, **Aval**, s. 892.

<sup>416</sup> Helvacı/Özkan, **Aval**, s. 892.

<sup>417</sup> Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya, **Kıymetli Evrak**, s. 172; Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 842; Özen, **Kefalet**, s.46.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ ÜSTLENMEDE ÜSTLENENİN HUKUKİ KONUMU

### I. ÜSTLENENİN BORCUNUN DOĞUMU VE MUACCEL HALE GELMESİ, BORCUNUN KAPSAMI

#### A. BORCUN MUACCEL HALE GELMESİ

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesine karakteristik özelliğini kazandıran risk unsurudur. Üstlenenin, borcu kural olarak riskin gerçekleşmesi ile doğmakta ve muaccel hale gelmektedir<sup>418</sup>. Taahhüt konusu risk gerçekleşmeden, üstlenenin borcu muaccel hale gelmeyeceğinden; alacaklının, üstlenme sözleşmesine dayanarak bir talepte bulunabilmesi de söz konusu olmayacaktır. Buradan da görüleceği üzere, üstlenme sözleşmesinin akdedilme zamanı ile üstlenenin zararı karşılama borcunun muaccel hale gelmesi farklı zamanlara denk gelmektedir. Diğer bir ifade ile üstlenme sözleşmesinden kaynaklanan geniş anlamda borç ilişkisi, sözleşmenin akdedildiği sırada meydana gelmekte olup; üstlenme sözleşmesinden kaynaklanan, üstlenenin, dar anlamda zararı karşılama borcu ise riskin gerçekleşmesi ile doğmakta ve muaccel hale gelmektedir. Üstlenenin borcu, riskin gerçekleşmesine bağlıdır. Üstlenme sözleşmesinin akdedilmesi ile riskin gerçekleşmesi arasında geçen sürede ise üstlenenin borcu askıdadır<sup>419</sup>. Bu bakımdan, üstlenme sözleşmesinin akdedilmesi ile riskin gerçekleşmesi arasında geçen zamanda alacaklının bir beklenen hakkı<sup>420, 421</sup> bulunmaktadır. Alacaklı, bu beklenen hakkına dayanarak bir takım tasarruf

<sup>418</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 1159; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 246; Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 130; Kapanıcı, **Saf Garanti**, s. 123; Yener Coşkun, **BTM**, s. 168; Yavuz/Acar/Özen, **Borçlar Özel**, s. 852; Çebi, **ÜFT**, s. 125; Aslan, **Garanti**, s. 95. Tandoğan, riskin gerçekleşmesinin yanı sıra zararın da meydana gelmesi gerektiğini ifade etmektedir. Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 857. Benzer şekilde, Şahin, **ÜFT**, s. 110.

*Reisoğlu*, kural olarak, zararın miktarının tespit edilmesi ile birlikte üstlenenin borcunun muaccel olacağını ifade etmektedir. Ancak, somut olayın şartları neticesinde, zarar miktarı tespit edilmeden de ödeme talebinde bulunulabilecektir. Reisoğlu, **Garanti**, s. 152.

<sup>419</sup> Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 250.

<sup>420</sup> Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 250; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 430; Çebi, **ÜFT**, s. 125.

<sup>421</sup> *Nomer*, beklenen hakkı, aynı etkiye sahip şahsi bir hak olarak tanımlamaktadır. TBK m. 171/3'te şarta ilişkin yer alan düzenleme ile şart gerçekleşmeden önce beklentiye sahip olan müstakbel alacaklının hakkını korumaya yönelik olarak yer alan düzenleme, müstakbel alacaklıya aynı bir koruma sağlamaktadır. Bununla birlikte, müstakbel alacaklının gerçekleşmesini beklediği alacak hakkı ise şahsi

işlemlerinde bulunabileceği gibi aşağıda da detaylı olarak izah edileceği üzere, üstlenme sözleşmesinden doğması muhtemel alacağını korumak adına birtakım haklara da sahip olabilecektir<sup>422</sup>.

Borcun doğumu noktasında öğretide farklı görüşler yer almaktadır. Bir görüşe göre üstlenme sözleşmesinden kaynaklı olarak ortaya çıkan zararı karşılama borcu riskin meydana gelmesi ile doğmaktadır<sup>423</sup>. Diğer bir görüş ise üstlenenin borcunun, üstlenme sözleşmesinin akdedildiği sırada doğduğunu ancak riskin gerçekleşmesi ile muaccel hale geleceğini ifade etmektedir<sup>424</sup>. Bu görüşler ifade edilirken üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin 'koşul' ile ilişkisi de sıklıkla göz önüne alınmaktadır. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi, kanımızca koşula bağlı bir borç ilişkisi değildir<sup>425</sup>.

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi bakımından riskin meydana gelmesi üstlenenin borcunun doğumu ve muaccel hale gelmesi bakımından büyük önem arz etmektedir. Riskin gerçekleşmesine bağlanan husus üstlenenin borcudur. Ancak, üstlenme sözleşmesi taraflarca akdedildiği sırada meydana gelecektir. Üstlenme sözleşmesinin varlığı bakımından riskin meydana gelmesine gerek yoktur. Üstlenme sözleşmesinin akdedilmesi anında risk unsurunu bünyesinde barındırması yeterlidir. Bu bakımından, üstlenme sözleşmesinin akdedilmesi ile geniş anlamda borç ilişkisi meydana gelmektedir. Bu bağlamda, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi akdedildiği sırada geniş anlamda borç ilişkisi meydana gelecek olup; üstlenme

---

bir haktır. Beklenen hak kavramının hukuki niteliği ile ilgili olarak bkz. Nomer, **Beklenen Hak**, s. 143 vd.

<sup>422</sup> Tarafların, risk meydana gelmeden önce sahip oldukları haklar için bkz. Üçüncü Bölüm, I, B.

<sup>423</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 1159; Franko, **ÜFT**, s. 591. Kayak, geniş anlamda borç ilişkisinin üstlenme sözleşmesinin kurulduğu anda, dar anlamda borç teşkil eden üstlenenin zararını karşılama borcunun ise riskin meydana geldiği anda doğduğunu kabul etmektedir. Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 249.

*Kayak* da geniş anlamda borç ilişkisi meydana geldikten sonra dar anlamda borç ilişkisinin meydana gelmesi süreci arasında geçen sürede üstlenenin beklenen hakka sahip olduğunu ifade etmektedir. Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 250.

<sup>424</sup> Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 101 vd. Yazar aynı zamanda, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesini, şarta bağlı bir borç ilişkisi olarak görmektedir. Bu noktada, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesini şarta bağlı borç ilişkisi olarak görüp; borcun sözleşmesinin akdedildiği sırada doğması düşüncesinin çelişki yarattığı ifade edilmektedir. Benzer yönde, Sirmen, **Şart**, s. 39. Konu ile ilgili olarak bkz. Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 249, dp. 700.

*Kahraman* ise saf garanti sözleşmeleri özelinde yaptığı açıklamaları sırasında borcun sözleşmenin akdedilmesi ile doğduğunu ancak risk gerçekleşene kadar askıda olduğunu ifade etmektedir. Kahraman, **Saf Garanti**, s. 176.

<sup>425</sup> İlgili kısım için bkz. Birinci Bölüm, III, A, 1, a, iv.

sözleşmesinin özel yapısı nedeniyle üstlenenin dar anlamda borcu daha sonra riskin meydana gelmesi ile doğacak ve muaccel hale gelecektir<sup>426</sup>. Alacaklı, borç ilişkisinin meydana gelmesi ile riskin gerçekleştiği zaman aralığı bakımından ise bir beklenen hak korumasından yararlanacaktır.

Riskin gerçekleşmesi ile borcun muaccel hale geleceğini ifade etmiş olsak da öğretide ayrıca riskin gerçekleşmesinin yanı sıra zararın da meydana gelmiş olması gerektiği belirtilmektedir<sup>427</sup>. TBK m. 128 düzenlemesinin mevcut hali de bu fikri desteklemektedir. Üstlenen, açıkça bir zararı karşılama borcu altına girmektedir. Bu bakımdan, risk ile birlikte zararın da gerçekleşmiş olması gerektiği düşünülebilir. Ki çoğu zaman risk ile zarar aynı anda meydana gelecektir. Ancak, bazı durumların özelinde zararın, riskin meydana gelmesinden bir süre sonra ortaya çıkabileceği gibi bazı haller bakımından ise zarar miktarı hemen riskin gerçekleştiği zaman tespit edilemeyecektir<sup>428</sup>. Bu gibi haller bakımından zararın ortaya çıkması ve zarar miktarının tespit edilmesi gerekmektedir. Buna ek olarak, zararı karşılama borcunun götürü sorumluluk miktarı olarak kararlaştırıldığı üstlenme sözleşmeleri bakımından, zararın miktarının tespit edilmesi muacceliyet için şart değildir<sup>429</sup>. Bu halde riskin meydana gelmesi ile üstlenen, sözleşmede kararlaştırılan götürü sorumluluk miktarını zarar miktarından bağımsız olarak doğrudan talep edebilecektir. Yine, ilk talepte kayıtsız, şartsız ödeme borcu içeren üstlenme sözleşmeleri bakımından da üstlenen, zarardan bağımsız olarak alacaklının talebi üzerine ödeme yapmak zorunda kalabilecektir. Tabii bu hal bakımından üstlenenin şartları olduğu takdirde, alacaklının haksız ödeme talebini geri çevirebileceği gibi ödeme yaptığı takdirde de zarar miktarını aşan kısmın iadesini talep etmesi de gündeme gelebilecektir. Bu bağlamda, kural olarak, üstlenme sözleşmeleri bakımından riskin yanında zararın miktarının da tespit edilmiş olması aranacaksa da bazı özel haller bakımından zararın miktarının tespiti gerekmektedir. En nihayetinde, üstlenenin borcunun doğumu noktasında, riskin meydana gelmiş ve zararın ortaya çıkmış olması yeterli olacaktır.

---

<sup>426</sup> Taraflar aralarında akdettikleri sözleşme ile borcun riskin meydana gelmesinden sonraki bir tarihte ifa edileceğini kararlaştırabilirler. Böylece, borçlunun borcu vadenin gelmesi ile muaccel hale gelecektir. Taraflar böyle bir tarih kararlaştırmamış olsalar da bazen halin icabından borcun ileride doğacağı bellidir. Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel I**, s.332 vd.

<sup>427</sup> Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 246; Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 131.

<sup>428</sup> Reisoğlu, **Garanti**, s. 152.

<sup>429</sup> Götürü sorumluluk miktarına ilişkin açıklamalar için bkz. Üçüncü Bölüm, I, C, 4, b.

Zararı karşılama borcunun muaccel olması noktasında, üstlenenin kusurunun bulunup bulunmaması ise önem arz etmez<sup>430</sup>. Üstlenme sözleşmesine konu riskin meydana gelmesi ile üstlenenin zararı karşılama borcu doğacak ve muaccel hale gelecektir. Ayrıca, üstlenenin kusurlu olması aranmayacağı gibi üstlenen kusursuz olduğunu ispat ederek de borcundan kurtulamayacaktır.

Taraflar aralarında yapacakları bir anlaşma ile üstlenenin borcunun muacceliyeti bakımından, muacceliyet ihbarını<sup>431</sup> zorunlu tutabilecekleri gibi borcun muacceliyeti bakımından vade<sup>432</sup> de kararlaştırabilirler. Her iki hal bakımından da öncelikle riskin gerçekleşmesi gerekecektir. Risk meydana gelip üstlenenin borcu doğduktan sonra, alacaklı muacceliyet ihbarı ile ifa zamanını belirleyebilir. Anılan ihbar, temerrüdün oluşması bakımından da etkili olacaktır. Yine taraflar riskin meydana gelmesi akabinde, üstlenenin belli bir süre sonra ödeme yapacağını da kararlaştırabilirler.

Üstlenme sözleşmesinde belirlenen riskin meydana gelmesi ile üstlenenin borcu muaccel hale gelecekse de üstlenenin temerrüdü bakımından kural olarak alacaklı tarafından ihtarda bulunulması gerekmektedir<sup>433</sup>. Ancak, muacceliyet ihbarının kararlaştırıldığı olasılık bakımından, alacaklı, muacceliyet ihbarı ile mutlak ifa gününü de üstlenene bildireceğinden, ayrıca bir daha temerrüt ihtarı çekilmesine gerek olmayacaktır<sup>434</sup>. Muacceliyet ihbarı ile bildirilen ifa gününün geçmesi ile üstlenen temerrüde düşecektir. Üstlenme sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak akdedilmediği takdirde, üstlenenin TBK m. 125'te öngörülen seçimlik haklardan yararlanması mümkün değildir. Çoğunlukla, üstlenme sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen sözleşme şeklinde akdedildiği için tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından borçlu temerrüdüne ilişkin TBK m. 123 vd.'da yer alan özel hükümler uygulanmayacaktır<sup>435</sup>.

---

<sup>430</sup> Reisoğlu, **Garanti**, s. 151; Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 852.

<sup>431</sup> Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 134.

<sup>432</sup> Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 132.

<sup>433</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel I**, s. 487; Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 137; Franko, **ÜFT**, s. 591; Çebi, **ÜFT**, s. 126.

<sup>434</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel I**, s. 491.

<sup>435</sup> Konuyla ilgili detaylı açıklama için bkz. Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel I**, s. 534 vd. Yine de üstlenme sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmesi şeklinde akdedilmesi halinde TBK m. 123 vd. yer alan maddelerin uygulama alanı bulacağını da ifade edilmesi gerekmektedir.

Son olarak değinmek gerekir ki, üstlenenin borcunun muacceliyeti bakımından alacaklının öncelikle temel borç ilişkisindeki borçluya başvurmasına, ona karşı bir takip yapmasına da gerek yoktur<sup>436</sup>. Üstlenen, temel borç ilişkisinden bağımsız olarak borç altına girmekte olup; onun borcu taahhüt altına alınan riskin gerçekleşmesi ile doğacak ve muaccel hale gelecektir.

## B. BORÇ MUACCEL OLMADAN ÖNCE TARAFLARIN DURUMU

Risk gerçekleşene kadar, alacaklının bir beklenen hakkı bulunduğunu ve üstlenenin borcunun risk gerçekleşene askıda olduğunu ifade etmiştik. Risk gerçekleşene kadar, alacaklı her ne kadar zararının giderilmesi talebinde bulunamayacaksa da risk gerçekleşmeden önce tarafların birbirlerine karşı sorumlulukları olacak mıdır? Koşula bağlı sözleşmelerde koşul gerçekleşmeden önce ve yine üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesine yakınlık arz eden kefalet sözleşmeleri bakımından da risk meydana gelmeden önce taraflar bakımından birtakım yükümlülükler öngörülmüştür. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi bakımından ise TBK m. 128’de tarafların borcun muaccel olmasından önceki durumu bakımından bir düzenleme yer almamaktadır. Bu bakımdan, koşula ve kefalet ilişkin hükümleri de nazara alarak, üstlenenin borcu muaccel olmadan önce tarafların durumunun irdelenmesi gerekmektedir. Kanımızca, koşula ilişkin hükümler niteliğine uygun düştüğü ölçüde üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi bakımından uygulama alanı bulabilecek iken; kefalete ilişkin hükümler kıyasen uygulama alanı bulmayacaktır. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinde üstlenenin tıpkı koşula bağlı sözleşmelerde olduğu gibi bir beklenen hakkı bulunmaktadır. Kanımızca, koşula bağlı düzenlemelerin, üçüncü kişinin fiilini üstlenenin sözleşmeleri bakımından uygulanmasının en önemli nedeni de tarafların sahip olduğu beklenen hak koruması nedeniyledir<sup>437</sup>.

---

<sup>436</sup> Reisoğlu, **Garanti**, s. 156; Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 858. Her iki yazar da bu sonuca üstlenenin borcunun tali nitelikte olmamasının bir sonucu neticesinde bu kanaate varmışlardır. Biz de alacaklının doğrudan üstlenene başvurabileceği düşüncesindeyiz. Ancak, bu durum üstlenenin borcunun talilik özelliğini zedelemeyecektir. Temel borç ilişkisindeki borçlunun borcunu gereği gibi ifa etmediği olasılıkta üstlenen sorumlu olacaktır. Bu nedenle üstlenenin borcu tali bir borçtur. Ancak, risk gerçekleştiği takdirde, alacaklı, herhangi bir takip veya dava yoluna gitmeden doğrudan üstlenen başvurabilecektir. Bu durum, üstlenme sözleşmesinin yapısından kaynaklanmaktadır.

<sup>437</sup> Beklenen hakkın ortaya çıktığı diğer yapılar için bkz. Nomer, **Beklenen Hak**, s. 85 vd.

TBK m. 171/2’de, koşula bağlı alacağı tehlikeye düşen alacaklının, koşulsuz sözleşmelerde alacaklıların sahip olduğu hakları haiz olacağı hüküm altına alınmıştır<sup>438</sup>. Koşula bağlı sözleşmelerde, alacaklıya tanınan bu haktan, beklenen hak sahibi olan üstlenen de yararlanabilecektir<sup>439</sup>. Beklenen hak korumasından yararlanan alacaklı, alacağının riske girmesi halinde alacağını koruyacak önlemlere başvurabilecektir. Örneğin, ihtiyati haciz istemi ya da borcun paradan başka bir şey olarak kararlaştırılması halinde ihtiyati tedbir yoluna başvurulabilir<sup>440</sup>. Banka teminat mektupları bakımından böyle bir ihtimalin ortaya çıkması zor gözükse de özellikle gerçek kişiler tarafından verilen taahhütler bakımından anılan düzenleme büyük önem arz etmektedir. TBK m. 171/3’te de koşul gerçekleşmeden önce yapılan tasarruflar, koşula ilişkin hükümleri zedelediği oranda geçersiz olacağı hüküm altına alınmıştır<sup>441</sup>. Daha önce de ifade etmiş olduğumuz üzere koşula ilişkin düzenlemeler niteliğine uygun düştüğü ölçüde konumuz bakımından uygulama alanı bulacaksa da; TBK m. 171/3’ün konumuz özelinde uygulanması mümkün gözükmemektedir. Anılan düzenleme, tasarruf işleminin şarta bağlı olduğu kurguda ve borcun askıda olduğu dönemde gerçekleştirilen tasarruf işlemlerine ilişkindir<sup>442</sup>. Öğretide, borçlandırıcı işlemler bakımından TBK m. 171/3’ün uygulama alanı bulmayacağı ifade edilmektedir<sup>443</sup>. Bu nedenle, borçlandırıcı işlem niteliğinde olan üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi kapsamında anılan hükmün uygulaması mümkün gözükmemektedir.

TBK m. 175’te, tarafların, dürüstlük kuralına aykırı şekilde koşulun gerçekleşmesine ya da gerçekleşmemesine etki etmemesi gerektiği hüküm altına

---

<sup>438</sup> Sirmen, **Şart**, s. 138 – 139; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 522; Pulaşlı, **Şart**, s. 147; Rona Serozan, **Medeni Hukuk**, 8. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 402.

<sup>439</sup> *Nomer*, beklenen hakkın ortaya çıktığı diğer durumlar bakımından da koşula ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabileceğini ifade etmektedir. Yazarın, vadeye ilişkin açıklamaları için bkz. *Nomer*, **Beklenen Hak**, s. 96; kanuni koşula ilişkin açıklamaları için bkz. *Nomer*, **Beklenen Hak**, s. 97.

<sup>440</sup> *Nomer*, **Beklenen Hak**, s. 87; Sirmen, **Şart**, s. 139; Pulaşlı, **Şart**, s. 148; Serozan, **Medeni Hukuk**, s. 402.

<sup>441</sup> Konuyla ilgili detaylı açıklama için bkz. *Nomer*, **Beklenen Hak**, s. 91 vd.; Sirmen, **Şart**, s. 152 vd.; Pulaşlı, **Şart**, s. 162 – 163; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 524; Serozan, **Medeni Hukuk**, s. 402 – 403.

İlgili düzenlemenin mülkiyeti saklı tutma anlaşması kapsamındaki görünümü için bkz. Rona Serozan, **Eşya Hukuku I**, 3. Bası, İstanbul, Filiz, 2014, s. 286 – 287.

<sup>442</sup> Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, **Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi**, İstanbul, Onikilevha, 2014, s. 133; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 524; von Tuhr, **Borçlar Hukuku**, s. 754; Kadir Berk Kapancı, *Bağışlananın Bağışlayandan Önce Ölmesi Halinde Bağışlama Konusunun Bağışlayana Geri Dönmesi (Dönüşü) Şartını İçeren Bağışlama (TBK m. 292)*, **GSÜHFD**, Sa. 2021/1, s. 901 – 902.

<sup>443</sup> Vardar Hamamcıoğlu, **Tasarruf İşlemi**, s. 133 – 134; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 524; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 967; Serozan, **Medeni Hukuk**, s. 402.

alınmıştır<sup>444</sup>. Bu düzenleme, taraflar bakımından farklı sonuçlar doğuracaktır. Üstlenen tarafından değerlendirmek gerekirse, üstlenen, üçüncü kişinin yerine ifade bulunarak riskin gerçekleşmesini engelleyebilir<sup>445</sup>. Bu noktada, üstlenenin bu hareketi dürüstlük kuralına aykırılık oluşturmayacaktır. Kanunen kendisine tanınan bir hakkı yerine getirmekte olup; bu durumda alacaklının zarara uğraması da söz konusu olmaz. Durumun bu özelliği nedeniyle, üstlenenin, üçüncü kişi yerine ifade bulunarak riskin gerçekleşmesini engellemesi halinde dürüstlük kuralına aykırı bir durum ortaya çıkmayacaktır<sup>446</sup>. Ancak, alacaklı bakımından değerlendirmek gerekirse, alacaklının, riskin gerçekleşmesine kendi kusuru ile sebep olmaması gerekmektedir. Kendi kusuru ile riskin gerçekleşmesine sebep olan alacaklının, üstlenme sözleşmesine dayanarak talepte bulunması da mümkün değildir. Bu durumda, TBK m. 175'e dayanılabileceği gibi TMK m. 2 hükmüne de dayanılabilir. Diğer bir ifade ile alacaklı riskin gerçekleşmesine kendi kusuru ile sebep olursa, üstlenenden talepte bulunamayacaktır. Bu nedenle, alacaklının riskin gerçekleşmesine neden olabilecek hareketlerden kaçınması gerekmektedir.

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi ile büyük benzerlik gösteren kefalet sözleşmeleri bakımından, genel rücu (halefiyetin) hakkının bir sonucu olarak, alacaklı, temel borç ilişkisi neticesinde elde etmiş olduğu rehin haklarını, güvenceyi ve rüçhan haklarını saklama ve ödeme yapması halinde kefile devretme borcu altındadır (TBK m. 592)<sup>447</sup>. Bu durum, genel rücu (halefiyetin) hakkının bir sonucu olarak karşımıza çıktığından ve kefalete özgü bir düzenleme olduğundan kıyasen üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmelerine uygulanamayacaktır. Tarafların, sözleşmesel olarak özel halefiyet olanakları meydana getirmesi mümkün değildir<sup>448</sup>. Ancak, alacaklı, benzer bir korumadan yararlanabilmek adına, üstlenme sözleşmesine, ödeme yapması halinde alacaklının, temel borç ilişkisinden kaynaklanan alacağını kendisine devredeceğine ilişkin bir hüküm koyabilir. Bu sayede, TBK m. 189'da belirtildiği gibi öncelik ve bağlı haklar ödeme yapması halinde üstlenene temlik olacaktır<sup>449</sup>. Öğretide öncelik

---

<sup>444</sup> Konuyla ilgili detaylı açıklama için bkz. Sirmen, **Şart**, s. 135 vd.; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 968 vd.

<sup>445</sup> Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 107.

<sup>446</sup> Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 107.

<sup>447</sup> Özen, **Kefalet**, s. 440.

<sup>448</sup> Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 361; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel I**, s. 278; Ekin Korkmaz, **Türk Hukukunda Halefiyet**, İstanbul, Onikilevha, 2021, s. 123 vd.; Emine Koçano Rodoslu, **Rücu Hakkı**, Ankara, Turhan Kitapevi, 2016, s. 10.

<sup>449</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 560 vd.

hakları ve bağı hakların kapsamına rehin ve rüçhan hakları gibi TBK m. 592’de sayılan teminatları da kapsadığı ifade edilmektedir<sup>450</sup>. Bu bakımdan, anılan güvencelerin elde edilmesi noktasında, alacağın temlikine ilişkin hükümler sevk edilmiş olması büyük önem arz edecektir. Bu noktada önemle ifade edilmelidir ki, alacaklı ile üstlenen arasında bir alacak devri söz konusu olacağından, alacağın devri bir ivaz karşılığında gerçekleşmiş olsa dahi TBK m. 191’de öngörülen alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücünü garanti etmesi sonucunu doğurmaz<sup>451</sup>. Böyle bir garanti, üstlenme sözleşmesinin niteliğine de aykırı düşecektir.

Yine kefalet sözleşmeleri bakımından TBK m. 594: *“Asıl borçlu, anaparanın veya yarım yıllık döneme ait faizin ödenmesinde ya da yıldan yıla yapılması öngörülen anapara ödemelerinde altı ay gecikirse, alacaklının durumu kefile bildirmesi gerekir. İstek hâlinde alacaklı, her zaman asıl borcun kapsamı hakkında kefile bilgi vermek zorundadır.”* hükmünü içermektedir. Anılan hüküm de kıyasen üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesine uygulanmayacaksa da temel borç ilişkisine yabancı bir konumda olan üstlenenin, alacaklı tarafından temel borç ilişkisi ile ilgili düzenli olarak bilgilendirilmesi ilişkin bir hükümler üstlenme sözleşmesine yerleştirilebilir<sup>452</sup>. Bu sayede, üstlenen, temel borç ilişkisini daha yakından takip edebileceği gibi, kendisini korumak adına üçüncü kişiye de destek sağlayabilecektir. Böyle bir hüküm üstlenme sözleşmesinde yer almamış olsa dahi üstlenenin her zaman alacaklıdan temel borç ilişkisi ile ilgili olarak bilgi talep edebilmesi gerektiğini kabulü gerekmektedir.

Taraflar üstlenme sözleşmesinde zararı karşılama borcuna ek olarak yukarıda belirtilen türde bir takım yan yükümlülükleri sözleşmeye ekleyebilirler. Özellikle, kanunen korumasız durumda yer alan üstlenen bakımından, bu tarz düzenlemelerin üstlenme sözleşmesine eklenmesi büyük önem arz etmektedir. Özellikle, alacaklının, alacağının devri ve düzenli olarak bilgilendirilmesine ilişkin hükümler üstlenenin konumunu yükselteceği gibi içinde bulunduğu durumu da daha iyi kontrol etmesini

<sup>450</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 561.

<sup>451</sup> Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 398. Alacağın ivaz karşılığı devrinde, devredenin garanti sorumluluğu konusunda bkz. Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 595 vd; Baki İlkey Engin, **Alacağın Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu**, Seçkin, 2002, s. 45 vd.

<sup>452</sup> Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 330; Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 853. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi kapsamında, üstlenen ile üçüncü kişi arasında bir hukuki ilişki olması durumunda, aralarındaki ilişki kapsamında da üçüncü kişinin, üstleneni bilgilendirmesi kararlaştırılabilir.

sağlayacaktır. Alacaklı, sözleşmede yukarıda anılan düzenlemeler yer alması bile beklenen hak sahibi olarak beklenen hakka ilişkin korumalardan yararlanabilecektir.

## C. ÜSTLENENİN ZARARI KARŞILAMA BORCU

### 1. Genel Olarak

TBK m. 128, üstlenenin, üçüncü kişinin fiilinin gerçekleşmemesi halinde alacaklının zararını karşılaması gerektiğini hüküm altına almıştır. Üstlenen, kural olarak, temel borç ilişkisindeki borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde alacaklının uğramış olduğu zararı karşılama borcu altına girecektir<sup>453</sup>. Üstlenenin borcu her ne kadar öğretide bir tazmin borcu<sup>454</sup> olarak adlandırılmışsa da yine bu noktada eleştirilmiştir<sup>455</sup>. Tazminat borcu karşımıza, borçlunun, borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi veya haksız fiil meydana gelmiş olması halinde çıkmaktadır. Borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmeyen borçlu tazminat ödeme borcu altına girmektedir. Ancak, üstlenenin borcu, üstlenme sözleşmesinden kaynaklı olarak yükümlülük altına girdiği kendi asli borcudur. Üstlenen, temel borç ilişkisindeki borçlunun hiç veya gereği gibi borcunu ifa etmemesi halinde borç altına girmektedir. Bu noktada, üstlenen, her ne kadar üçüncü kişinin (asıl borçlunun) tazminat borcunu üstlenmiş gibi gözükse de bu borç kendisinin üstlenme sözleşmesinden kaynaklanan asli borcudur<sup>456</sup>. Yine, üstlenenin borcunu tazmin borcu olarak adlandırdığımız zaman, zararı karşılama borcunun doğumu bakımından üstlenenin kusurlu olması gerektiği

<sup>453</sup> Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 855.

<sup>454</sup> *Yüce* eserinde, üçüncü kişinin fiilini üstlenenin borcunu '*tazmin borcu*' olarak adlandırmıştır. *Yüce*, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 88. *Reisoğlu*'da eserinde aynı terime yer vermiştir. *Reisoğlu*, **Garanti**, s.152. *Kayak*, eserinde '*zararı giderme borcu*' ifadesini kullanmıştır. *Kayak*, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 246. Yine bir kısım yazar da eserlerinde üstlenenin borcunu '*tazminat borcu*' olarak nitelendirmektedir. *Tandoğan*, **Borçlar Özel II**, s. 855; *Eren*, **Borçlar Genel**, s. 1159; *Yavuz/Acar/Özen*, **Borçlar Özel**, s. 852. Aksi yönde, *Kahyaoğlu*, banka garantilerinde, bankanın bir tazminat ödeme borcu altına girmediğini ifade etmektedir. Ancak yazar, üçüncü kişinin fiilini üstlenme noktasında tazminat borcu kavramına daha yakın bir tavır sergilemektedir. *Kahyaoğlu*, **Banka Garantileri**, s. 61 – 61.

<sup>455</sup> *Yüce*, tazmin borcu kullanımının doğru bir kullanım olmadığını, aslında üstlenenin bir '*ödeme borcu*' altına girdiğini ancak hem yaygın kullanımı hem de üstlenenin borcunun kapsamını daha iyi göstermesi nedeniyle '*tazmin borcu*' kullanımını tercih ettiğini belirtmektedir. *Yüce*, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s.90. Benzer şekilde, *Oğuzman/Öz*, **Borçlar Genel II**, s. 433; *Atasoy*, **Garanti**, s. 125; *Aslan*, **Garanti**, s. 93. Ayrıca, konuyla ilgili olarak bkz. *Kapanıcı*, **Saf Garanti**, s. 122, dp. 581.

<sup>456</sup> *Kahyaoğlu*, **Banka Garantileri**, s. 61; *Yüce*, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 89; *Kostakoğlu*, **Banka Garantileri**, s. 208; *Ulutaş Çelik*, **Garanti**, s. 96. *Barlas*, kefilin borcunun da tazminat borcu olmadığını ifade etmektedir. *Barlas*, **Kefalet**, s. 44.

gibi bir algı da ortaya çıkabilecektir. Ancak, üstlenenin kusuru, üstlenme sözleşmesinde, üstlenenin borcunun doğumu bakımından aranan bir unsur değildir<sup>457</sup>. Risk meydana geldiği takdirde, üstlenenin, zararı karşılama borcu doğacaktır. Ayrıca, üstlenenin riskin gerçekleşmesi noktasında kusurunun aranmasına gerek yoktur. Bu bakımdan, üstlenenin zararı karşılama borcu bir tazminat değil; kendi asli borcudur.

Üstlenenin zararı karşılama borcunun doğumu bakımından, riskin ve zararın meydana geldiğini ispat külfeti alacaklının üzerindedir<sup>458</sup>. Alacaklı, tarafından riskin ve zararın meydana geldiği ispat edilmeli ve akabinde ödeme talebinde bulunmalıdır. Bu noktada, üstlenme sözleşmesi ile alacaklının birtakım belgeleri üstlenene sunması kararlaştırılabilecektir. İlk talepte kayıtsız şartsız ödeme borcu içeren üstlenme sözleşmeleri bakımından ise ispat yükü yer değiştirmektedir<sup>459</sup>. Bu noktada, alacaklının, ödeme talebinde bulunması halinde, riskin meydana gelmediğini ispatlaması gereken üstlenendir. Aşağıda detaylı olarak izah edeceğimiz üzere, bu noktada alacaklının kayıtsız, şartsız ödeme talep etme hakkını kötüye kullandığını (haksız ödeme talebinde bulunduğu) anlaşılıyorsa üstlenen alacaklının ödeme talebini reddedebilecektir.

Zararı karşılama borcu olarak, alacaklı, çoğu zaman bir para borcu altına girdiği için üstlenenin borcu götürülecek bir borç olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>460</sup>. Bu bakımdan üstlenenin zararı karşılama borcu muaccel hale geldikten sonra aksi yönde bir anlaşma mevcut değilse üstlenenin, borcunu alacaklının ifa zamanındaki yerleşim yerinde ifa etmesi gerekmektedir (TBK m. 89)<sup>461</sup>.

---

<sup>457</sup> Yavuz/Acar/Özen, **Borçlar Özel**, s. 852.

<sup>458</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 431; Reisoğlu, **Garanti**, s. 159; Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 858.

<sup>459</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 431; Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 858. İlk talepte ödeme kaydının yer alması, risk gerçekleşmeden alacaklının talebi üzerine ödeme yapılacağı anlamına da gelmemektedir. Seza Reisoğlu, *Banka Teminat Mektuplarında Kayıtsız Şartsız Ödeme Taahhüdü ve Hukuki Sonuçları, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XX*, Ankara 1989, s. 80.

<sup>460</sup> Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 294.

<sup>461</sup> Bu noktada, bankalar tarafından verilen teminat mektupları bakımından ödemede bulunacak banka şubesinin bulunduğu yerin ifa yeri olduğu ifade edilmektedir. Bu husus bakımından taraflar arasında zimni bir anlaşma bulunmaktadır. Doğan, **Teminat Mektupları**, s. 513.

## 2. Zararı Karşılama Borcunun Kapsamı

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinde belirlenen riskin meydana gelmesi ile üstlenenin zararı karşılama borcu doğacak ve muaccel hale gelecektir. Üstlenen, kural olarak temel borç ilişkisindeki borcun hiç veya gereği gibi ifade edilmemesi nedeniyle alacaklının uğramış olduğu zararı giderecektir<sup>462</sup>. Bu durum ise olumlu zararın karşılanması olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>463</sup>. Olumlu zarar da alacaklının mevcut malvarlığı ile olması gereken malvarlığı arasındaki farkın hesaplanması yoluyla belirlenmektedir<sup>464</sup>. Bu noktada, taraflar sözleşmede aksi yönde bir anlaşma yapmadıkları takdirde, üstlenen, alacaklının, olumlu zararını karşılama borcu altındadır. Ancak, taraflar üstlenme sözleşmesi ile karşılanacak zararları tayin ederek, üstlenenin, zararı karşılama borcunun kapsamını ortaya koyabileceklerdir<sup>465</sup>. Yine, üstlenenin hem olumlu hem de olumsuz zararlardan sorumlu olacağı taraflarca kararlaştırılabilir. Diğer bir ifade ile taraflar üstlenme sözleşmesi ile borcun kapsamını diledikleri gibi belirleyebilirler<sup>466</sup>.

Bunun yanı sıra, alacaklının kişilik haklarının ihlali halinde ise maddi zarardan bağımsız olarak alacaklının manevi olarak da zarara uğraması söz konusu olabilecektir. Her ne kadar manevi zarar ile olumlu zarar arasında bağ kurulması<sup>467</sup> zor olsa da borca aykırılık nedeniyle uğranılan zararlar kapsamında manevi zararların da ortaya çıkması muhtemeldir<sup>468</sup>. Manevi zararın tespiti noktasında farklı görüşler yer almaktadır<sup>469</sup>. Bir görüş, kişinin, meydana gelen bir hadise karşısında manevi olarak

<sup>462</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 1159; Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 117; Develioğlu, **Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme**, s. 996; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 986.

<sup>463</sup> Reisoğlu, **Garanti**, s. 154; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 433; Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 306; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 255; Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 855; Franko, **ÜFT**, s. 583; Özdemir, **BTM**, s. 256. Olumlu zarar ile ilgili detaylı açıklama için bkz. Şefika Deren Gündüz, **Olumlu Zarar**, İstanbul 2019, s. 27 vd.

<sup>464</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 433; Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 297; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 255.

<sup>465</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 434; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 255.

<sup>466</sup> '...sözleşme serbestisi ilkesinin doğal sonucu olarak taraflar sözleşme ile hangi zarar kalemlerinin, hangi miktarlarda tazminat kapsamına dahil olacağını, genel emredici hükümler çerçevesinde serbestçe kararlaştırabilirler. Böyle bir sözleşmenin varlığı halinde talep hakkının şartları olduğu takdirde ahde vefa ilkesi gereğince taraflar garantiye koydukları sınır ile bağlı olacaktır.' YHGK. 2017/13-549 E., 2018/1360 K. ve 27.09.2018 T. kararı ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr); Son Erişim Tarihi: 01.09.2021).

<sup>467</sup> Gündüz, **Olumlu Zarar**, s. 80.

<sup>468</sup> Gündüz, **Olumlu Zarar**, s. 80; Murat İnceoğlu, *Yargıtay Kararları Işığında Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat Talepleri*, **BATİDER**, C. 24, Sa. 4, 2008, s. 79

<sup>469</sup> Detaylı açıklama için bkz. Ayrıca, her manevi zararın, manevi tazminata yol açmayacağı hususunda bkz. Gökhan Antalya, *Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması -Türk*

da sarsılmış olmasını yeterli görmektedir. Diğer bir ifade ile kişilik haklarına yapılan saldırıdan ziyade kişinin içinde bulunduğu ruh halini temel alan bir yaklaşım benimsemektedir<sup>470</sup>. Diğer bir görüş ise kişilik haklarının saldırıya uğranmış olmasının manevi tazminat bakımından yeterli kabul etmekte, ayrıca kişinin uğramış olduğu manevi sarsıntı üzerinde durmamaktadır. İki görüşün karması olarak ortaya çıkan üçüncü bir görüş ise her ikisinin birbirini tamamlayan yapılar olduğunu; kişilik haklarına yapılan saldırı neticesinde kişinin manevi olarak sarsıntı yaşaması olmasını aramaktadır. Sözleşmeye aykırılık sonucu ortaya çıkan manevi zarar talepleri bakımından yol gösterici nitelikte olan TBK m. 58 düzenlemesi de kişi haklarının saldırıya uğraması sonucunda, mağdurun üzüntü duymasını gerektiğini hüküm altına almıştır<sup>471</sup>. Bu noktada, konumuz özelinde de alacaklının manevi tazminat talebi noktasında kişilik haklarına ciddi bir saldırının meydana gelmiş olmasını ve bunun sonucunda da manevi olarak sarsıntıya uğramış olması halinde manevi tazminat talep edebilecektir. Manevi tazminat, üstlenmeye konu riskin gerçekleşmemesi halinde maddi zarar ile birlikte talep edilebileceği gibi maddi zararın ortaya çıkmamış olması halinde ya da diğer bir ifade ile maddi zarar ortaya çıkarmayacak bir üstlenme halinde tek başına talep edilebilecektir. Örneğin, gazetede hakkında kötü yazı yazılmayacağı ya da gürültü yapılmayacağına ilişkin taahhütler düşünülün. Üçüncü kişinin bu tür taahhütlere aykırı davranması halinde alacaklının çoğu zaman kişilik haklarının zedelenmesi nedeniyle manevi bir zarar ortaya çıkacaktır<sup>472</sup>. Bu durumlarda maddi bir zarardan söz etmek çok zor olacağından sadece manevi zarar talebi gündeme gelecektir. Ancak, her halükârda, alacaklı, uğramış olduğu maddi zarardan bağımsız olarak, manevi zararının mevcut olması halinde bunu da talep edebilecektir.

Temel borç ilişkisine dayalı olarak verilen taahhütler bakımından, temel borç ilişkisinde yer alan ceza koşulu ya da götürü tazminat kaydının üstlenenin borcuna olan etkisi üzerinde de ayrıca durulması gerekecektir. Ceza koşulu, borca aykırılığın,

---

*Hukukunda Manevi Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi-*, C. 22, Sa. 3, **MÜHFHAD**, 2016, s. 227 vd.

<sup>470</sup> *İnceoğlu* ise borca aykırılık neticesinde ortaya çıkabilecek manevi tazminat talepleri noktasında, manevi tazminat talebinin kişilik haklarına saldırı ile kısıtlanmasından ziyade, daha kapsamlı ancak daha objektif kriterlerin saptanması suretiyle, manevi tazminat tutarının belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir. *İnceoğlu*, **Manevi Tazminat**, s. 107. Ayrıca manevi sarsıntıya neden olan her olayın manevi tazminata neden olmayacağı, kimi zaman maddi tazminata sebep olabileceğine ilişkin olarak bkz. Antalya, **Manevi Tazminat**, s. 226 – 227.

<sup>471</sup> *İnceoğlu*, **Manevi Tazminat**, s. 92.

<sup>472</sup> *Reisoğlu*, **Garanti**, s. 154. Borca aykırılık halinde ortaya çıkan manevi zarar örneklerine ilişkin olarak bkz. *İnceoğlu*, **Manevi Tazminat**, s. 91 vd.

borçlunun kusuru neticesinde ortaya çıkması halinde zarardan bağımsız olarak talep edilebilecektir<sup>473</sup>. Bu bakımdan, ceza koşulunun, zarardan bağımsız olması üstlenme sözleşmesinin yapısıyla çelişki yaratabilecektir<sup>474</sup>. Ayrıca, ceza koşulunun amacı da yukarıda ifade edildiği üzere, borçluyu ifaya zorlamaya yönelik olduğundan, bu noktada da üstlenme sözleşmesinin yöneldiği amaçtan ayrılmaktadır. Ancak, üstlenen, ceza koşulunun ödenmemesi riskini de teminat altına almış olabilir. Üstlenenin, ceza koşulunun ödenmemesi riskini üstlendiğine ilişkin açık bir kaydın yer almaması halinde, üstlenenin, temel borç ilişkisindeki ceza koşuluna ilişkin kayıttan sorumlu olmayacağı kanaatindeyiz<sup>475</sup>. Riskin belirliliği ilkesi neticesinde de bu sonucu varmak kanımızca isabetli olacaktır. Üstlenenin, yalın olarak bir zararı karşılama borcu altına girmiş olması halinde sözleşmede yer alan ve zarardan bağımsız olarak ödenmesi talep edilecek ceza koşulundan sorumlu olması belirlilik ilkesine de ters düşecektir. Bu nedenle, üstlenen, zararın ortaya çıkması halinde, ceza koşulundan bağımsız olarak, alacaklının uğramış olduğu fiili zararı karşılama borcu altına girdiğinin kabulü gerekmektedir.

Temel borç ilişkisindeki taraflar, götürü tazminat anlaşması ile borca aykırılık halinde ortaya çıkacak zararların karşılanması bakımından götürü bir tutar kararlaştırmış olabilirler<sup>476</sup>. Bu noktada, götürü tazminat bakımından, borca aykırılığın

---

<sup>473</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 551.

<sup>474</sup> Sözleşmede yer alan ceza koşulu, borçlunun, borcunu ifa etmemesi halinde zarar meydana gelmemiş olsa bile talep edilebilecektir. Ancak, konumuz özelinde, üstlenenin borcu bir zararı karşılama borcudur. Hem risk meydana gelmiş olmalı hem de zararın ortaya çıkmış olması gerekmektedir.

Ayrıca, olumlu zarar ile ceza koşulu ilişkisi hakkında bkz. Gündüz, **Olumlu Zarar**, s. 264 vd.

<sup>475</sup> Benzer yönde bkz. Doğan, **Teminat Mektupları**, s. 26. Aksi yönde, ceza koşulunun da olumlu zararın içinde yer aldığı ve üstlenenin sorumlu olduğu konusunda bkz. Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 118 – 119. Benzer ama feri bir teminat türü olan kefalet sözleşmeleri bakımından ise TBK m. 584/4'te kefilin ceza koşulundan sorumlu olmayacağı hüküm altına alınmıştır. Detaylı açıklama için bkz. Özen, **Kefalet**, s. 141 vd.

Yargıtay'da banka teminat mektuplarına ilişkin bir kararında ceza koşulunun teminat mektubunun kapsamının dışında kaldığına hükmetmiştir. '*...Teminat hangi nedenle verilmiş ise onun güvencesini teşkil eder. Sözleşmede yüklenicinin iş sahibine vereceği teminatın sözleşmeye aykırılık veya gecikme halinde ceza olarak paraya çevrileceği ve ceza-i şartın güvencesini teşkil ettiğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. ...Bu nedenle teminat mektubunun ceza-i şart alacağı nedeniyle paraya çevrilmesi mümkün ve haklı değildir.*' Yarg. 15. HD., 2018/2931 K., 2019/3739 K. ve 02.10.2019 T. karar. (www.kazanci.com.tr, Son Erişim Tarihi: 01.09.2021)

Yargıtay yine yakın tarihli bir başka kararında teminat verenin, ceza koşulu özeline bir taahhüt sağlamamış olması nedeniyle ceza koşulundan sorumlu tutmamıştır. Yarg. 11. HD., 2018/5744 E., 2019/7987 K. ve 09.12.2019 T. karar. (www.kazanci.com.tr, Son Erişim Tarihi: 01.09.2021)

<sup>476</sup> Götürü tazminata ilişkin olarak bkz. Tuba Birinci Uzun, **Götürü Tazminat**, Ankara, Yetkin, 2015, s. 67; Kadir Berk Kapanı, **Götürü Tazminat Anlaşması ve Bununun Ceza Koşulundan Ayrı Edilmesi, Mustafa Dural'a Armağan**, s. 656 vd.; Mehmet Erdem, **Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi, Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28 – 29 Mayıs 2009)**, Ankara, 2009, s. 98 vd.

yanı sıra zararın da meydana gelmiş olması gerekmektedir<sup>477</sup>. İki şartın birlikte yerine gelmiş olması halinde alacaklı götürü tazminat tutarını talep edebilecektir. Götürü tazminat miktarı, ispat anlaşması şeklinde olabileceği gibi sorumsuzluk anlaşması şeklinde de olabilecektir<sup>478</sup>. Konumuz özelinde önem arz eden husus ise sorumsuzluk anlaşması şeklinde düzenlenen götürü tazminat anlaşmalarıdır. İspat yüküne ilişki anlaşmalar noktasında, taraflar her zaman zararın, götürü tazminat tutarından daha fazla ve daha az olduğunu ispatlama hakkına sahiptirler<sup>479</sup>. Bu nedenle, konumuz bakımından özel bir durum yaratmamaktadır. Bu tür bir kaydın yer alması halinde de üstlenen, alacaklının fiili zararını karşılamak suretiyle borcunu sona erdirebilecektir. Ancak, sorumsuzluk anlaşması şeklinde akdedilen götürü tazminat anlaşmaları bakımından, taraflar, sözleşmede kararlaştırılan götürü tazminat tutarını, zararın ortaya çıkması halinde, zarar miktarından bağımsız olarak ödeme taahhüdü altına girmektedir<sup>480</sup>. Temel borç ilişkisinde yer alan götürü tazminat kaydının, üstlenme sözleşmesine de yaydırılması halinde, üstlenenin, alacaklının uğradığı fiili zarardan daha fazla veya daha az bir tutarı ödemesi gündeme gelecektir. Üstlenen, temel borç ilişkisinde yer alan bu tür bir kayıttan haberdarsa, aksi belirtilmediği takdirde, götürü tazminat miktarından sorumlu tutulacaktır. Ancak, üstlenenin böyle bir kayıttan haber olmadığı durumda iki farklı sorun ortaya çıkacaktır. Üstlenenin bu tür kayıtlardan sorumlu tutmamız ve götürü tazminat tutarının, fiili zarardan daha fazla olması halinde üstlenen beklediğinin üzerinde bir borcu ödemek zorunda kalabilecektir. Üstlenenin bu tür kayıtlardan beri tutmamız ve götürü tazminat tutarının fiili zarardan az olması halinde ise üstlenen, asıl borçludan (üçüncü kişiden) daha fazla bir zararı karşılamak zorunda kalacaktır. Bu nokta iki noktada, aşağıda ifade edeceğimiz üzere, özel rücu hakkı sahibi üstlenenin, ilgili tutarı ödemesi gerektiği düşünülebilir<sup>481</sup>. Akabinde de özel rücu hakkına dayanarak, üçüncü kişiye başvurabilecek ve ödediği tutarı talep edebilecektir. Bu durumda, götürü tazminat anlaşması üstlenen bakımından bir olumsuzluk yaratmayacaktır. Ancak, üstlenenin, özel rücu hakkı talebine olumsuz yaklaşan görüşler bakımından, üstleneni daha fazla dezavantajlı konuma da sokmamak

---

<sup>477</sup> Kapancı, **Götürü Tazminat**, s. 660; Birinci Uzun, **Götürü Tazminat**, s. 102.

<sup>478</sup> Kapancı, **Götürü Tazminat**, s. 661.

<sup>479</sup> Kapancı, **Götürü Tazminat**, s. 669; Erdem, **Götürü Tazminat**, s. 109.

<sup>480</sup> Kapancı, **Götürü Tazminat**, s. 667; Birinci Uzun, **Götürü Tazminat**, s. 104; Erdem, **Götürü Tazminat**, s. 109.

<sup>481</sup> Diğer yandan, bu tür kayıtların yaratacağı olumsuz durumları bertaraf etmek adına, üstlenenin, her halükârda, en fazla asıl borçlunun sorumlu olacağı kadar bir zarardan sorumlu olacağına ilişkin kayıtların da üstlenme sözleşmesine konulması faydalı olacaktır.

adına götürü tazminat tutarından muaf tutmak daha isabetli olabilecektir. Aynı şekilde, riskin meydana gelmesi halinde salt alacaklının zararını giderme borcu altına giren üstlenenin, götürü tazminat anlaşması tutarından ari tutulması gerektiği de düşünülebilecektir. Kaldı ki, üstlenen bağımsız borç altına girdiği için onun borcunun kapsamını temel borç ilişkisinden ziyade üstlenme sözleşmesinde aramak daha isabetli olacaktır. Bu bakımdan, uygulamada karşılaşılması zor olsa da<sup>482</sup> üstlenenin haberdar olmadığı götürü tazminat kaydından sorumlu olmaması gerektiği kanaatindeyiz.

### 3. Zararı Karşılama Borcunun Türü

Üstlenenin borcu, riskin meydana gelmiş olması nedeniyle alacaklının uğramış olduğu zararı karşılamaktadır. Üstlenenin borcu kural olarak bir miktar para ödeme borcu olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>483</sup>. Bu durum, üstlenme sözleşmesinin genel sonucudur. Ancak, taraflarca aksi kararlaştırılabilir. Kural olarak, bir miktar para ödeme borcu altına giren üstlenen, nakden ödeme yaparak borcundan kurtulabilecektir<sup>484</sup>. Ancak, istisnai olarak, üstlenen, üçüncü kişi (*asıl borçlu*) ile aynı borcu ifa etme borcu altına da girebilir<sup>485</sup>. Bu durumda, üçüncü kişinin hiç veya gereği gibi ifa etmediği borcunu, üstlenen ifa etme borcu altına girecektir<sup>486</sup>. Üstlenenin, nakden ve aynen ifa dışında başkaca borçlar altına girmesi de mümkündür<sup>487</sup>.

<sup>482</sup> Uygulamada bu tür teminatlar çoğu zaman temel borç ilişkisinin akdedildiği sözleşme için de yer almakta ve üstlenen de ilgili kayıtlardan haberdar olmaktadır. Yine, üstlenen, çoğu zaman borçlunun (üçüncü kişinin) talebi üzerine teminat sağlamaktadır. Bu bakımdan, üstlenenin götürü tazminat kaydından haberdar olmadığı olasılığa da uygulamada rastlamak kolay olmayacaktır.

<sup>483</sup> Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 294; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 433.

<sup>484</sup> Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 252; Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 854; Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 92.

<sup>485</sup> Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 252; Reisoğlu, **Garanti**, s. 159; Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 294; Elçin Grassinger, **Üçüncü Kişi**, s. 189; Kahraman, **Saf Garanti**, s. 178. Yüce, üstlenenin, üçüncü kişi ile aynı borç altına girmiş olmasının teminat sözleşmelerinin niteliğine uygun düşmediğini ifade etmektedir. Üçüncü kişinin fiili üstlenme sözleşmesi ile üstlenen temel borç ilişkisindeki borcun imkansızlığından etkilenmeyecektir. Ancak, üstlenenin de aynı borcu ifa etme borcu altına girmesi halinde üstlenenin yükümlülüğünün durumu da imkansızlık nedeniyle tartışmalı hale gelebilecektir. Detaylı açıklamalar için bkz. Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 94 vd.

Üstlenenin borcu, temel borç ilişkisindeki şartlara uygun düştüğü takdirde, risk gerçekleştiğinde üçüncü kişi ile aynı şeyi ifa edeceği kararlaştırılabilir. İmkansızlık haline ilişkin örnek bakımından da alacaklı sözleşmede aynen ifa kararlaştırılmış olsa bile mahkemeden nakden tazmin talep edebilecektir. Bu tür yaklaşımlar, üstlenenin, üçüncü kişi ile birlikte aynı ifayı meydana getireceğinin kararlaştırılması bakımından bir engel değildir. Aynen ifanın mümkün olmadığı hallerde, alacaklı, üstlenenden zararının nakden karşılanmasını talep edebilecektir.

<sup>486</sup> Bu kurguda, borca katılma ile üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi oldukça birbirine yaklaşmakta ve farklarının tespit edilmesi de oldukça zorlaşmaktadır.

<sup>487</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 433; Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 98; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1159; Develioğlu, **Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme**, s. 978.

Üstlenen, araç tamiri bakımından yapılan bir sözleşmeye taahhüt vermesi halinde, tamircinin aracını gereği gibi tamir edememesi halinde kendi aracını alacaklıya vermeyi taahhüt edebilir. Bu bakımdan, taraflar, sözleşme özgürlüğü kapsamında üstlenenin borcunu diledikleri gibi kararlaştırılabilir.

Ayrıca, üstlenenin, aynen ifa borcu altına girmediği haller bakımından TBK m. 83 çerçevesinde üçüncü kişi yerine ifada da bulunabilir<sup>488</sup>. Bu durumda, üstlenen, temel borç ilişkisinden kaynaklanan borcun bizzat alacaklı tarafından ifa edilmesi noktasında borçlunun özel bir yararı bulunmuyorsa, üçüncü kişi (asıl borçlu) yerine ifada bulunabilecektir. Üstlenen, bu halde üstlenme sözleşmesinden tamamen bağımsız olarak, temel borç ilişkisine yabancı bir üçüncü kişi gibi ifada bulunmaktadır. Böylece kendisini de zararı karşılama borcundan kurtarmaktadır. Bu durum, üstlenme sözleşmesinin üstlenene sağladığı bir haktan ziyade, genel hükümler kapsamında üçüncü kişilerin sahip olduğu bir haktır<sup>489</sup>.

#### **4. Zararı Karşılama Borcunun Miktarının Belirlenmesi**

##### **a. Alacaklının Zararının Hesaplanması Yoluyla**

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinde üstlenen kural olarak, temel borç ilişkisindeki borcun gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle alacaklının zararını giderme borcu altına girmektedir. Bu durum, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin genel sonucudur. Her ne kadar taraflarca aksinin kararlaştırılması mümkün ise de aksi bir anlaşma olmadığı sürece üstlenenin borcu bu yolla hesaplanacaktır. Ancak, üstlenenin karşılayacağı zarar kalemini de karşılayacağı zarar miktarı da taraflarca önceden kararlaştırılabilir.

---

<sup>488</sup> Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 253; Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 854; Reisoğlu, **Garanti**, s.157; Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 299; Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 90.

<sup>489</sup> Reisoğlu, **Garanti**, s. 157. Burada, ifade edilmesi gerekmektedir ki aşağıda rücu ilişkileri kapsamında da detaylıca aktarıldığı üzere, üstlenenin rücu imkânı kısıtlıdır. Ancak, üstlenen, TBK m. 127 kapsamında, üçüncü kişi (asıl borçlu) yerine ifada bulunursa, halefiyet zırrıyla güçlenebilecektir. Bu sayede, bütün tartışmalardan ari olarak borçluya karşı rücu imkanına sahip olacaktır. Üçüncü kişinin ifası ile ilgili olarak detaylı açıklamalar için bkz. Rona Serozan, (Necip Kocayusufpaşaoğlu / Hüseyin Hatemi/ Rona Serozan/ Abdulkadir Arpacı), **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa ve İfa Engeli Haksız Zenginleşme**, Cilt 3, 7. Bası, İstanbul, Filiz, 2016, s. 28 vd.; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel I**, s. 275 vd.; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 707 vd.; Eren, s. 930 vd.; Korkmaz, **Halefiyet**, s. 551 vd.

Taraflarca bu üstlenenin borcu bakımından özel bir anlaşma yapılmamış olması halinde, üstlenen, riskin gerçekleşmesi ile birlikte alacaklının uğramış olduğu zararı giderecektir<sup>490</sup>. Üstlenme sözleşmesinden kaynaklı olarak, üstlenenin borcu bu noktada, temel borç ilişkisi ile yakınlık arz etmektedir. Temel borç ilişkisindeki borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle alacaklının uğradığı zarar, üstlenme sözleşmesindeki borcun kapsamını bize göstermektedir. Zararın hesaplanması bakımından TBK m. 114/2 yollamasıyla TBK m. 49 vd. yer alan esaslar nazara alınacaktır<sup>491</sup>.

Üstlenenin karşılayacağı zarar karşımıza olumlu zarar olarak çıkacaktır<sup>492</sup>. Olumlu zarar miktarı hesaplanırken, temel borç ilişkisindeki borçlu borcunu gereği gibi ifa etseydi, alacaklının malvarlığının geleceği hal ile mevcut hali arasındaki fark dikkate alınmaktadır<sup>493</sup>. Alacaklının olumlu zararı hesaplanırken dikkate alınacak zarar kalemleri genellikle fiili zararı ile mahrum kalınan kar olarak karşımıza çıkacaktır<sup>494</sup>. Örneğin, A ile B arasında yapılan tekne satış sözleşmesi teknenin 03.05.2021 tarihinde teslim edileceği kararlaştırıldığı ve C'nin de teknenin zamanında A tarafından teslim edileceğine ilişkin taahhüt verdiğini kabul edelim. B, teknenin kendisine 03.05.2021 tarihinde teslim edileceği için, teknesini 01.06.2021 tarihi itibari ile D'ye kiralarsa ve teknenin de 03.05.2021 tarihinde değil de 01.07.2021 tarihinde teslim edildiği kurguda, teknenin zamanında teslim edilmemesi nedeniyle, B kira geliri kaybına uğramış olacaktır. Bu durumda B'nin zararının C ve A tarafından giderilmesi gerekecektir. B'nin uğramış olduğu kira geliri kaybı, karşımıza olumlu zarar olarak çıkacaktır. A tarafından tekne hiç teslim edilmemiş olsa ve B tarafından daha yüksek fiyata yeni bir tekne alınmış olması halinde ise B'nin olumlu zararı iki tekne arasındaki fiyat farkı olarak karşımıza çıkacaktır. Diğer bir ifade ile amaç borcun gereği gibi ifa edilmiş olması halinde alacaklının sahip olacağı malvarlığı değerinin sağlanmasıdır. Burada dikkat edilecek bir diğer husus ise ortaya çıkan zarar ile üstlenme sözleşmesine konu risk arasında illiyet bağının bulunmasıdır<sup>495</sup>. Alacaklı, üstlenme sözleşmesinde kararlaştırılan riskten kaynaklı olarak meydana gelen zararlardan sorumlu olacaktır.

---

<sup>490</sup> Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 296.

<sup>491</sup> Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 297.

<sup>492</sup> Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 296; Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 118.

<sup>493</sup> Gündüz, **Olumlu Zarar**, s. 25; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 255.

<sup>494</sup> Gündüz, **Olumlu Zarar**, s. 81; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel I**, s. 408; Kahraman, **Saf Garanti**, s. 180.

<sup>495</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel I**, s. 408.

Aksi takdirde, üstlenenin sorumluluğuna gidilemeyecektir. Ancak, riskin nasıl meydana geldiğinin üstlenen bakımından bir önemi bulunmamaktadır. Risk, mücbir sebep veya beklenmeyen hal nedeniyle meydana gelmiş olsa dahi üstlenenin sorumluluğu gündeme gelecektir.

Zararı ispatlama yükümlüğü alacaklıya aittir. Alacaklının, talepte bulunabilmesi için zararını ispatlaması şarttır<sup>496</sup>. Ancak, zararın miktarının her zaman ortaya konulması kolay olmayacaktır. Bu durumda, TBK m. 50/2 uyarınca hâkim hakkaniyete uygun olarak zarar miktarını takdir edebilecektir<sup>497</sup>. Diğer bir ifade ile hâkim zararın meydana geldiğini ancak zarar miktarının tespit edilemediği haller bakımından takdir hakkını kullanacaktır. Zararın meydana gelmemiş olması halinde konumuz özelinde bir sorumluluk da mevcut olmayacaktır.

### **b. Götürü Sorumluluk Miktarı Kararlaştırılmak Suretiyle**

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinde taraflar, üçüncü kişinin temel borç ilişkisinden kaynaklanan borcunu gereği gibi ifa etmediği takdirde, üstlenenin ödemesi gereken miktarı baştan belirleyebilirler<sup>498</sup>. Risk meydana geldiği takdirde üstlenen, üstlenme sözleşmesi ile kararlaştırılan götürü sorumluluk miktarını ödeme borcu altına girecektir. Bu sayede, alacaklı, zarar miktarını ispatlama mükellefiyetin kurtulacak ve alacağına daha hızlı bir şekilde kavuşabilecektir. Ancak, alacaklı yine de zarara uğradığını ispatlamalıdır. Bu durum, yukarıda yer alan olasılığa kıyasla, alacaklı bakımından daha avantajlı bir yapı ortaya çıkarmaktadır.

Uygulamada özellikle, banka teminat mektuplarında bankanın sorumlu olacağı tutar teminat mektubunda yer almaktadır. Yine, banka teminat mektupları dışında yer alan üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmelerinde de genel olarak, üstlenenin sorumlu olacağı tutar yer almaktadır. Özellikle TBK m. 603'ün yürürlüğe girmesiyle,

---

<sup>496</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 87. Diğer bir görüş ise, zararın meydana geldiğinin kesin olarak ispatlanamadığı ancak muhtemel olduğu haller bakımından da hâkimin zarar miktarını takdir edebileceğini ifade etmektedir. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 580 – 581.

<sup>497</sup> Kahraman, **Saf Garanti**, s. 181. Hâkimin, zarar miktarını takdirine ilişkin olarak bkz. Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 87; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 577 vd.

<sup>498</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 434; Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 298; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 255; Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 120; Kapancı, **Saf Garanti**, s. 123; Aşulla, **Başkasının Fiilini Taahhüt**, s. 204; Özdemir, **BTM**, s. 256.

gerçek kişiler tarafından verilen kişisel teminatlar bakımından üstlenenin sorumlu olacağı miktarın da üstlenme sözleşmesinde yer alması gerektiğini yukarıda ifade etmiştik. Ancak, üstlenme sözleşmesinde yer alan miktarın da niteliğinin yorumlanması gerekecektir. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinde yer alan bedel azami olarak ya da götürü sorumluluk miktarı olarak karşımıza çıkabilir.

Üstlenenin sorumlu olacağı miktarın azami olarak kararlaştırılması halinde<sup>499</sup>, üstlenme sözleşmesinde yer alan miktar üstlenenin sorumluluğunun üst sınırını teşkil edecektir<sup>500</sup>. Alacaklı, daha fazla zarara uğramış olsa dahi üstlenme sözleşmesinde yer alan miktardan fazlasını talep edemeyecektir<sup>501</sup>. Bununla birlikte, üstlenen, alacaklının zararının daha az olduğunu ispatlayarak, alacaklının zararı kadar ödeme yapabilecektir. Diğer bir ifade ile, burada zararı ispat yükü, genel kuralın aksine<sup>502</sup> üstlenene yüklenmekte ve üstlenen zararının üstlenme sözleşmesinde kararlaştırılan miktardan daha az olduğunu ispatlamak zorundadır<sup>503</sup>. Bu durumda, üstlenenin borcu, alacaklının zararına denk hale gelecektir.

Ancak, taraflar, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi ile teminat altına alınan riskin gerçekleşmesi durumunda, üstlenenin, sözleşmede kararlaştırılan miktarı kayıtsız, şartsız olarak ödeme borcu altına gireceğini kararlaştırabilirler<sup>504</sup>. Her ne

<sup>499</sup> Çoğu zaman banka teminat mektupları böyle düzenlenmektedir.

<sup>500</sup> Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 120; Develioğlu, **Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme**, s. 997.

<sup>501</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 434; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 255; Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 120.

“... taraflar arasında düzenlenen 30.11.2005 tarihli protokol gereğince ödenmeyen vergi borcunun, davacılar tarafından ödenmesi üzerine 11.259,67 TL'nin davalıdan tahsili için başlatılan icra takibine vaki itirazın iptali istemine dair olup; ...davaya dayanak protokolde yer alan ‘...Vergi Dairesi’ne olan borçlara karşılık ... tarafından 8.000 TL tutarında teminat senedi verilmiştir. Vergi Dairesine olan borçların ödenmesi halinde, Vergi Dairesi’nde borcu yoktur yazısı getirilmesi halinde senet ....’a iade edilecektir.’ hükmü gereği protokolün 6098 sayılı TBK 128 maddesi hükmü gereğince üçüncü kişinin fiilini taahhüt mahiyetinde olduğu ve taahhüt edilen kısmın 8.000 TL olarak sınırlandırıldığı nazara alınarak, davanın bu miktar üzerinden kabulüne karar verilmesi gerekir...” Yargıtay 11. HD., 2015/8231 E., 2016/2904 K. ve 16.03.2016 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr); Son Erişim Tarihi: 01.09.2021).

<sup>502</sup> TBK m. 50’de zarar görenin, zarar miktarını ispatlaması gerektiği düzenlenmektedir.

<sup>503</sup> Usuli açıdan ispat yüküne ilişkin olarak bkz. Baki Kuru, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku**, İstanbul, Onikilevha, 2016, s. 320 vd.; Hakan Pekcanitez/ Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, **Medeni Usul Hukuku**, 8. Bası, İstanbul, Onikilevha, 2020, s. 344 vd.

<sup>504</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 434; Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 298; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 255. Yüce, böyle bir kaydın üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin yapısına uygun olmadığını ifade etmiştir. Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 120. Yüce’nin bu görüşüne katılmamaktayız. Burada, yazarın, temel çıkış noktası, üstlenenin tazmin borcu altına girmiş olması ve zararın olmadığı noktada tazminatın da söz konusu olamayacağı noktasıdır. Ancak, daha önce de ifade

kadar, riskin gerçekleşmesi ile götürü sorumluluk miktarının ödenmesi gündeme gelecekse de risk neticesinde zararın da vuku bulması gerekmektedir. Ayrıca, zararın miktarının tespit edilmesine gerek yoktur. Bununla birlikte, üstlenen, alacaklının zararının daha az olduğunu, alacaklı ise zararının daha fazla olduğunu öne süremeyecektir<sup>505</sup>. Üstlenen, her halükârda, riskin gerçekleşmesi ile sözleşmede kararlaştırılan tutarı ödeme borcu altına girecektir. Bu noktada, her iki taraf bakımından da daha hızlı ve masrafsız bir çözüm sağlanacaktır.

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinde yer alan kaydın azami ya da götürü sorumluluk miktarı olduğu noktasında uyumsuzluk olması halinde, üstlenme sözleşmesinde yer alan kayıtların yorumlanması gerekecektir. Öğretide, üstlenme sözleşmesinde kararlaştırılan bedelin, götürü sorumluluk miktarı olması halinde bunun açıkça ortaya konulması gerektiği ifade edilmektedir<sup>506</sup>. Buna göre, şüphe halinde, üstlenenin, TBK m. 128'den kaynaklanan borcu bir zararı karşılama borcu olduğu için, ilgili kaydı azami bedel olarak kabul edilmesi gerekecektir.

## **II. ÜSTLENENİN SAHİP OLDUĞU SAVUNMA İMKANLARI**

### **A. TEMEL BORÇ İLİŞKİSİNDE MEYDANA GELEN DURUMLARIN ÜSTLENENİN BORCUNA ETKİSİ**

#### **1. Genel Bakış**

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi kapsamında üstlenen bir takım savunma imkanlarına sahiptir. Bunların büyük bir kısmı üstlenme sözleşmesinden kaynaklı olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak, temel borç ilişkisinin de mevcut olduğu

---

ettiğimiz üzere, üstlenenin borcu bir tazmin borcu değil. Her ne kadar, temel borç ilişkisinde, borçlunun sorumluluk altına girdiği zarar miktarı, üstlenin borcunun kapsamına belirlese de üstlenen, kendi asli borcunu ifa etmektedir. Bu bakımdan, bağımsız niteliği haiz üstlenme sözleşmesi ile üstlenenin borcu götürü sorumluluk miktarı olarak belirlenebilir.

Yargıtay'da benzer bir durumu içeren olayda, sözleşmede kararlaştırılan bedel üzerinden hüküm kurulması gerektiğine hükmetmiştir. Yargıtay 15. HD., 2018/5390 E., 2019/2340 K. ve 16.05.2019 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr); Son Erişim Tarihi: 01.09.2021).

<sup>505</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 434. Üstlenenin zararı karşılama borcu ile alacaklının uğradığı zarar arasında büyük bir fark olması halinde, üstlenenin uyarılma ya da indirim talebi konusunda bkz. Üçüncü Bölüm, II, B, 6.

<sup>506</sup> Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 255 – 256; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 434.

kurgularda, üstlenen, bu ilişkiye dayanarak da bir takım defî ve itirazlarda bulunabilecektir. Yukarıda da ifade etmiş olduğumuz üzere, temel borç ilişkisinin varlığı üstlenme sözleşmesi bakımından zorunlu değildir. Üstlenen, temel borç ilişkisinden bağımsız olarak ya da temel borç ilişkisinin hiç akdedilmemiş olduğu kurgular bakımından da üçüncü bir kişinin fiilini üstlenmiş olabilir. Bu haller bakımından, temel borç ilişkisinin akdedilmemiş olmasına dayalı bir savunmanın varlığından söz edilemeyecektir. Ancak, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi ile üçüncü kişinin temel borç ilişkisinden kaynaklanan borcunu gereği gibi ifa edeceği taahhüt altına alınmışsa bu başlık altında incelenen defî ve itirazlar gündeme gelebilecektir.

Her ne kadar, üstlenme sözleşmesi ile temel borç ilişkisi arasında sıkı bir bağ var gibi gözükse de her iki sözleşme birbirinden bağımsız, ayrı sözleşmelerdir. Üstlenen ile alacaklı arasındaki ilişki üstlenme sözleşmesi bağlamında belirlenecektir. Bu bakımdan, kural olarak, temel borç ilişkisinden kaynaklanan durumlar üstlenme sözleşmesini etkilemeyecektir<sup>507</sup>. Diğer bir ifade ile bağımsız borç altına giren üstlenen, kural olarak, temel borç ilişkisi kapsamında ortaya çıkan durumları alacaklıya karşı öne süremeyecektir. Ancak, temel borç ilişkisinde ortaya çıkan bazı durumların üstlenme sözleşmesine ve özellikle üstlenme sözleşmesinin kilit unsuru olan riske etki etmesi kaçınılmaz olabilir<sup>508</sup>. Her ne kadar iki sözleşme birbirinden bağımsız olsa da üstlenme sözleşmesindeki üstlenenin zararı karşılama borcu ve kapsamı temel borç ilişkisi kapsamında ortaya konulacağından, temel borç ilişkisinin de belli noktalarda nazara alınması gerekmektedir.

Üstlenen, temel borç ilişkisindeki borcun kanuna veya ahlaka aykırı olması halinde aykırılığın niteliğine göre birtakım savunmalarda bulunabilecektir<sup>509</sup>. Özellikle, temel borç ilişkisinin kanuna veya ahlaka aykırı bir sonucun

---

<sup>507</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 431; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s.235; Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s.121; Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 367; Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 198; Akyol, **Banka Sözleşmeleri**, s. 188; Kahyaoğlu, **Banka Garantileri**, s. 73; Canpolat, **Savunma İmkanları**, s.157.

<sup>508</sup> Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s.199.

<sup>509</sup> Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s.368; Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s.199. Aksi yönde, Canpolat **Savunma İmkanları**, s.158; Arkan, **Bankanın Hukuki Durumu**, s.69.

*Kahyaoğlu*, alacaklı tarafından asıl borçludan (üçüncü kişiden) dava yoluyla talep edilmesi mümkün olmayan alacakların, üstlenenden talep edilemeyeceğini öne sürmüştür. Kahyaoğlu, **Banka Garantileri**, s. 74.

gerçekleşmesine yönelmiş olması halinde işbu husus üstlenme sözleşmesine de sirayet etmesi edecektir<sup>510</sup>. Bu nedenle, üstlenen, temel borç ilişkisinin kanuna veya ahlaka aykırı bir fiili konu edinmesi nedeniyle üstlenme sözleşmesinin geçersizliğini öne sürebilecektir. Ancak, her türlü kanuna aykırılık hali üstlenme sözleşmesinin geçersizliğine yol açmayacaktır. Kanunun, temel borç ilişkisinde yer alan borçlu bakımından yasaklamış olduğu bazı hallerin üstlenme sözleşmesi ile üstlenen tarafından teminat altına alınması mümkündür. Örneğin, bir kira bedeli ödenmediği takdirde diğer kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin bir kayıt kiracı bakımından geçersiz olursa da üstlenen bakımından geçerli olabilecektir<sup>511</sup>. Bu noktada, kanuna aykırılık nedeniyle öne sürülecek geçersizlik halleri bakımından özenli davranarak bir sonuca varmak gerekecektir. Temel borç ilişkisinin tamamen geçersizliğine yol açan kanuna ve ahlaka aykırılık hallerinin, üstlenme sözleşmesi bakımından da geçersizliğe yol açacağı; ancak, kısmen geçersizliğe yol açan durumların üstlenme sözleşmesi ile teminat altına alınabileceği şeklinde genel bir yaklaşım ortaya konulabilir<sup>512</sup>. Ancak yine de her olay özelinde durumun irdelenmesi gerekecektir. Temel borç ilişkisinin, şekle aykırılık, hata veya hile nedeniyle geçersiz olması durumu üstlenme sözleşmesi üzerinde doğrudan bir etki göstermeyecektir<sup>513</sup>.

Üstlenen, temel borç ilişkisindeki borcun beklenmeyen hal veya mücbir sebep neticesinde imkânsız hale geldiğini öne sürerek de borcundan kurtulamayacaktır<sup>514</sup>. Beklenmeyen hal ve mücbir sebep neticesinde ortaya çıkan riskler üstlenme sözleşmesinin kapsamında yer almaktadır. Üstlenen, bir anlamda işbu hallerin de meydana gelmeyeceğini, gelse dahi kendisinin anılan zararları gidereceğini de teminat

---

<sup>510</sup> Örneğin, üçüncü kişinin borcunun konusunu oluşturan fiilin, kendisinin veya başkasının kişilik haklarına saldırı oluşturması halinde, işbu durum üstlenme sözleşmesinin geçersizliğine neden olacaktır. Yine, uyuşturucu madde satımına ilişkin bir sözleşme bakımından ya da ruhsatsız randevu evi işletilmesi bakımından verilen taahhütler geçersiz olacaktır. Her ne kadar, üstlenen bir zararı karşılama borcu altına girmekteyse de taahhüt altına alınan hukuki ilişkilerin geçersizliği de üstlenme sözleşmesine sirayet etmektedir.

<sup>511</sup> Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. Reisoğlu, **Garanti**, s.146.

<sup>512</sup> Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s.187.

<sup>513</sup> Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s.122; Arkan, **Bankanın Hukuki Durumu**, s.70. Aksi yönde, Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s.199. Temel borç ilişkisinin hata veya hile nedeniyle iptal edilmiş olması, üstlenen tarafından öne sürülemeyecekse de anılan hususların, üstlenme sözleşmesine sirayet etmiş olması halinde üstlenme sözleşmesinin hata veya hile nedeniyle iptali gündeme gelebilecektir. Şöyle ki, üstlenenin saikini zedeleyen bu tür durumlar, sonuçlarını üstlenme sözleşmesinin yapısında da gösterecektir.

<sup>514</sup> Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 367; Arkan, **Bankanın Hukuki Durumu**, s. 69. Aksi yönde Gümüş, **Borçlar Özel II**, s. 507.

altına almaktadır. Ancak, üstlenme sözleşmesi ile işbu iki hal kapsam dışı bırakılabilir<sup>515</sup>.

Diğer bir husus ise üstlenme sözleşmesinde yer alan riskin alacaklının kusuru neticesinde meydana gelmiş olması halidir. Riskin, alacaklının kusuru neticesinde gerçekleşmiş olması halinde üstlenen, alacaklının ödeme talebini geri çevirebilecektir<sup>516</sup>. Alacaklının, kendi kusuru neticesinde uğradığı zararı üstlenenden talep etmesi dürüstlük kuralına da aykırılık teşkil edecektir<sup>517</sup>. Bu bakımdan, alacaklının kendi kusuruna dayanarak hak kazanma çabası hukuken korunmayacaktır. Ayrıca, yine alacaklının, kendi zararının artmasına sebep olması halinde, artmasına neden olduğu zarar miktarı bakımından da üstlenenden talepte bulunamayacaktır<sup>518</sup>.

Kural olarak, üstlenenin, temel borç ilişkisinden kaynaklı olarak üçüncü kişinin (asıl borçlunun) sahip olduğu defî ve itirazları alacaklıya karşı öne sürmesi mümkün değildir<sup>519</sup>. Zamanaşımı ve takas başta olmak üzere üçüncü kişinin sahip olduğu defî ve itirazlar yine sadece üçüncü kişi tarafından öne sürülebilirler. Ancak, taraflar üstlenme sözleşmesi ile alacaklının bir takım defî ve itirazları öne sürebileceğini kararlaştırabilirler<sup>520</sup>. Bu durumda, üstlenenin, öne sürebileceği temel borç ilişkiden kaynaklı defî ve itirazların varlığı üstlenme sözleşmesini kefalet sözleşmesine yaklaştıracaktır. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, kefalet ve üstlenme

<sup>515</sup> Detaylı açıklama için bkz. İkinci Bölüm, II, B, 4.

<sup>516</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 432; Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 200; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 235; Yavuz/Acar/Özen, **Borçlar Özel**, s. 852 – 853; Kostakoğlu, **Banka Garantileri**, s. 209; Şener Akyol, **Medeni Hukukta Çelişki Yasağı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 17.

<sup>517</sup> Oğuzman/Öz, s.432; Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s.200; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s.235; Akyol, **Çelişki Yasağı**, s. 17. Bu noktada, üstlenenin hareketinin dürüstlük kuralına aykırı olması aranacaktır. Öğretide, alacaklının hafif kusurunun üstlenme sözleşmesindeki talebini etkilemeyeceği ifade edilmektedir. Bu tür hallerde, alacaklı lehine bir yorum kuralı getirilmiştir. Bu bakımdan, alacaklının hafif kusurunun ve sonuçlarının değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s.236. Alacaklının kusuru olarak gündeme gelen bir diğer olasılık ise alacaklının, temel borç ilişkisi kapsamında temerrüde düşmüş olmasıdır. Bu durum, aslen üçüncü kişinin (asıl borçlunun) ifada bulunmasına engel teşkil etmediğinden (*üçüncü kişinin borcunu doğrudan sona erdirmediğinden*), üstlenenin de borcu üzerinde de ilk etapta etkisini göstermeyecektir. Ancak, alacaklı temerrüdü neticesinde, temel ilişkide, üçüncü kişi borcundan kurtulduğu takdirde, alacaklının zarara uğramış olması da söz konusu olmayacağından, üstlenenden bir talepte de bulunamayacaktır. Develioğlu, **Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme**, s. 1005 – 1006.

<sup>518</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 125 vd.

<sup>519</sup> Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 367; Canpolat, **Savunma İmkanları**, s.158.

<sup>520</sup> Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 368; Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 199. *Canpolat*, bu tür kayıtların, teminat amacına aykırılık oluşturabileceğini ve uygulamada da cazip bir kullanım yapısına sahip olmadığını ifade etmektedir. Canpolat, **Savunma İmkanları**, s.158.

sözleşmelerinin ayrımının sağlanması oldukça zordur. Bu nedenle, üstlenme sözleşmesinde yer alan bu tür kayıtlar sözleşmenin, kefalet sözleşmesi olarak yorumlanmasına neden olabilecektir<sup>521</sup>. Ancak, her ne kadar böyle bir yorum problemi ortaya çıkacaksa da üstlenme sözleşmesine kısmen ferî bir nitelik kazandıracak düzenlemelerin yer alması üstlenme sözleşmesi yapısına da aykırılık teşkil etmeyecektir<sup>522</sup>. Üstlenme sözleşmesi her ne kadar TBK m. 128’de düzenlenmişse de unsurları ve taraflar arasındaki ilişkiler bakımından eksik bir düzenleme ihtiva etmektedir. Bu bakımdan, üstlenme sözleşmesine bu tür kayıtlarının konmasına engel bulunmadığı gibi, üstlenen bakımından da bu tür kayıtların yer alması daha avantajlı olacaktır. Yine de bu tür kayıtlar nedeniyle üstlenme sözleşmesinin, uygulamada, kefalet olarak yorumlanmasına neden olabileceği hususlar da göz ardı edilmemelidir.

## **2. Temel Borç İlişkisinde Özellik Arz Eden İki Durum: Alacağın Devri ve Borcun Üstlenilmesi**

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinde üstlenmeye konu risk üçüncü kişinin bir fiilinden kaynaklanmaktadır. Teminat altına alınan riskin temel borç ilişkisi ile bağlantı içinde olması durumunda, temel borç ilişkisindeki dar anlamda taraf değişikliklerinin üstlenme sözleşmesine etkisinin de nazara alınması gerekecektir. TBK m. 189/1’de alacağın devri halinde, alacağa ilişkin bağlı hakların da devralana geçeceği hüküm altına alınmıştır. Örneğin, temel borç ilişkisindeki alacağın devri halinde, alacak bakımından verilen kefaletin de temlik alana geçtiği kabul edilmektedir<sup>523</sup>. Asıl alacağı temlik alan, kefalet sözleşmesinin de tarafı haline gelecektir. Bu durumda, bağımsız niteliği haiz üstlenme sözleşmesinin akıbeti üzerine de düşünülmesi gerekmektedir.

Öğretide bir görüşe göre, üstlenme sözleşmesi de TBK m. 189/1 gereğince asıl alacakla birlikte yeni alacaklıya geçmektedir<sup>524</sup>. Temel borç ilişkisindeki alacağı temlik alan yeni alacaklı üstlenme sözleşmesinin de tarafı halinde gelmektedir. Bunun temel nedeni ise üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin her ne kadar bağımsız

---

<sup>521</sup> Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 368.

<sup>522</sup> Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 199.

<sup>523</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 582; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 251.

<sup>524</sup> Kahyaoğlu, **Banka Garantileri**, s.104 – 105.

niteliği haiz olsa da temel borç ilişkisi bakımından bir teminat oluşturmaktadır<sup>525</sup>. Diğer bir görüş ise temel borç ilişkisindeki alacağın temlik halinde, asıl alacağı temlik alanın üstlenme sözleşmesine taraf olmayacağı yönündedir<sup>526</sup>. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi temel borç ilişkisinden bağımsız bir sözleşmedir. Temel borç ilişkisi ile üstlenme sözleşmesi arasında bir yakınlık olması, TBK m. 189/1 anlamında bir bağlılık yaratmayacaktır<sup>527</sup>. Bununla birlikte, özellikle ilk talepte kayıtsız, şartsız ödeme kaydını içeren üstlenme sözleşmeleri bakımından da alacaklının kişiliği de üstlenen bakımından önem arz etmektedir. Üstlenen, bu tür üstlenme sözleşmesi yapılarında, alacaklının ödeme talep etme hakkını kötüye kullanmayacağına ilişkin bir güvene de sahip olacaktır. Yine, taraflar, üstlenme sözleşmesi ile bizzat alacaklının talepte bulunması halinde ödeme yapacağını kararlaştırabilirler. Bu tarz durumların, yani ilk talepte kayıtsız, şartsız ödeme talebini içeren ve üstlenme sözleşmesinde yer alan bizzat alacaklının talebi üzerine ödeme yapılacağına ilişkin kayıtlar da açıkça üstlenme sözleşmesinin, temel borç ilişkisinin devri halinde devredilmeyeceğini göstermektedir<sup>528</sup>.

Kanımızca da ikinci görüş daha isabetlidir. Bağımsız niteliği haiz üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi, temlik edilen alacağın yolunu takip etmeyecektir. Temel borç ilişkisi bakımından bir teminat oluşturmaması, üstlenme sözleşmesinin onun yolunu takip edeceği manasına gelmemektedir. Üstlenme sözleşmesi, temel borç ilişkisinden bağımsız olarak üstlenen ile alacaklı arasında akdedilmekte ve tarafları bakımından hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır. Diğer bir ifade ile, asıl alacağın temlik ile kanunen bir geçiş söz konusu olmayacaktır. Bu bakımdan, üstlenen, temel borç ilişkisindeki alacağı temlik alan kişi tarafından yapılan ödeme talebini geri çevirebilecektir. Ancak, alacağı temlik alan ile üstlenen arasında yeni bir üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi akdedilebilecektir.

Bir diğer dar anlamda taraf değişikliğine neden olan husus ise temel borç ilişkisindeki borçlunun borcunun başka bir kişi tarafından üstlenilmesi halidir<sup>529</sup>.

---

<sup>525</sup> Kahyaoğlu, **Banka Garantileri**, s.105.

<sup>526</sup> Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 465; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s.251.

<sup>527</sup> Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 465.

<sup>528</sup> Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s.465.

<sup>529</sup> Burada özel olarak değinilen üstlenme hali TBK m. 195 vd. düzenlenen borcun üstlenilmesi kurumuna ilişkin olan haldir.

Bunun için borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin akdedilmesi gerekmektedir. Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi yeni borçlu ile alacaklı arasında akdedilmekte ve ilk borçlu bu sayede borcundan kurtulmaktadır<sup>530</sup>. TBK m. 198/1'de borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinden sonra ilk borçlunun kişiliğinden kaynaklanan hak ve borçların dışında kalan alacağa hak ve borçlar varlığını koruyacağı hüküm altına alınmıştır<sup>531</sup>. Örneğin, faiz alacağı, ceza koşulu gibi. Rehin veren ve kefilin sorumluluğu ise ancak borcun dış üstlenilmesi sözleşmesine rıza gösterdikleri takdirde devam edecektir (TBK m. 198/2)<sup>532</sup>. Aksi takdirde her ikisinin de borcu sona erecektir. İlgili hüküm, kefalet ve rehin özelinde sevk edilmiştir. Bu bağlamda, bağımsız bir yapıyı haiz üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi bakımından da durumun değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>533</sup>. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi noktasında üstlenen de tıpkı kefil gibi birçok üstlenme sözleşmesi yapısında üçüncü kişinin ödeme gücünü dikkate alarak bir taahhütte bulunmaktadır. Bu bakımdan, üstlenenin de yazılı rızasının bulunmadığı durumlarda borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi üstlenenin borcunu sona erdirecektir<sup>534</sup>. Üstlenen, üstlenme sözleşmesinde temel borç ilişkisindeki borçlunun kişiliğini de göz önüne alır ve onun borcunu gereği gibi ifa edeceğine güvenerek çoğu zaman taahhüt sağlamaktadır<sup>535</sup>. Bu bakımdan, üstlenen ile yeni bir üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi akdedilmediği takdirde üstlenenin borcunun sona ereceğini kabul etmek üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin yapısına da daha uygun olacaktır. Bu bakımdan, borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin akdedilmesi halinde alacaklı, üstlenene karşı olan başvuru haklarını kaybedecektir.

---

<sup>530</sup> Kahraman, **Borcun Nakli**, s. 88.

<sup>531</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s.617; Kahraman, **Borcun Nakli**, s. 249.

<sup>532</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s.618 – 619; Kahraman, **Borcun Nakli**, s. 283.

<sup>533</sup> Detaylı açıklama için bkz. Kahraman, **Borcun Nakli**, s. 296 – 297.

<sup>534</sup> Kahraman, **Borcun Nakli**, s. 296; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s.250; Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s.475.

Konuyu, kefalet benzeri garanti sözleşmeleri özelinde rücu ilişkileri kapsamında da ele alan Kahraman, karşı teminat anlaşmasının yer aldığı olasılıklar bakımından, rücu noktasında, temel borç ilişkisindeki borçlunun değişmesinin, üstlenen bakımından bir olumsuzluk yaratmayacağını belirtmektedir. Üstlenen, yine elindeki rücu imkanlarından faydalanabilecektir. Ancak, işbu durum, garanti verenin korunmasına engel teşkil etmeyeceğinden, kefalet benzeri garanti sözleşmesinin sona ereceğini ifade etmektedir. Kahraman, **Borcun Nakli**, s. 297.

<sup>535</sup> Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s.250.

## B. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ ÜSTLENME SÖZLEŞMESİNDEN KAYNAKLANAN SAVUNMA İMKANLARI

### 1. Genel Bakış

Üstlenenin öne sürebileceği temel defî ve itirazlar temel borç ilişkisinden ziyade üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinden kaynaklı olarak karşımıza çıkacaktır. Bunun en temeli nedeni de üstlenenin, temel borç ilişkisinden bağımsız olarak borç altına girmiş olmasıdır. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi her ne kadar TBK m. 128’de düzenleme alanı bulmuşsa da tarafların borçları, öne sürebilecekleri defî ve itirazlar bakımından herhangi bir hüküm ihtiva etmemektedir.

Üstlenen, ilk olarak, genel hükümler çerçevesinde, her sözleşmesel ilişki bakımından öne sürülebilecek olan sözleşmenin geçersizliğine ilişkin savunmalarda bulunabilecektir<sup>536</sup>. Üstlenme sözleşmesinin, kanuna, ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olduğu, üstlenilen borcunun imkânsız olduğu gibi itirazlar, üstlenen tarafından genel hükümler çerçevesinde öne sürülebilecektir. Yine, TBK m. 603 düzenlemesi ile gerçek kişiler tarafından akdedilen üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmeleri bakımından sıkı ehliyet ve şekil şartları getirilmiş ve gerçek kişi üstlenen tarafından akdedilen üstlenme sözleşmelerinin TBK m. 583 ve 584’te yer alan ehliyet ve şekil şartlarına uygun olarak düzenlenmediği takdirde de üstlenme sözleşmesinin geçersizliği gündeme gelecektir<sup>537</sup>. Bunun yanı sıra, üstlenme sözleşmesinin, hata, hile ve korkutma nedeniyle de iptali gündeme gelebilir<sup>538</sup>.

Üstlenen, üstlenme sözleşmesinin ivazlı olarak akdedildiği haller bakımından da alacaklı borcunu ifa edene kadar ödeme yapmaktan kaçınabilecektir (TBK m. 97).

---

<sup>536</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s.427; Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s.371; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s.229; Arkan, **Bankanın Hukuki Durumu**, s.71.

PEL Pers. Sec. Art 3: 102: (3)’de aksi kararlaştırılmadığı takdirde teminat sağlayanın, teminat sözleşmesinden kaynaklanan savunmalarını alacaklıya karşı öne sürebileceği ifade edilmiştir. Drobniç, **Personal Security**, s. 330 ve 332. Ayrıca, PEL Pers. Sec. Art. 3: 102: (3)’de teminat sağlayanın, 7 gün içerisinde alacaklının talebine cevap vermesi gerektiği düzenlenmiştir. Drobniç, **Personal Security**, s. 330 ve 333.

<sup>537</sup> Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin şekline ilişkin açıklamalar için bkz. Birinci Bölüm, III, B, 4.

<sup>538</sup> Arkan, **Bankanın Hukuki Durumu**, s.71.

Bu bakımdan, üstlenen, öncelikle alacaklının ifasını gerçekleştirmesi yönünde itirazda bulunarak, alacaklının ödeme talebini geri çevirebilecektir<sup>539</sup>.

Üstlenen, ayrıca alacaklının ödeme talebinin konusunu da incelemelidir. Alacaklı, ancak üstlenme sözleşmesine konu risk bakımından üstlenene başvurabilecektir<sup>540</sup>. Üçüncü kişi ile arasındaki üstlenme sözleşmesinin konusunu oluşturan temel borç ilişkisi dışında başkaca bir hukuki ilişki yer alması halinde, alacaklının, işbu hukuki ilişkiye dayanarak ödeme talebinde bulunması mümkün değildir<sup>541</sup>. Üstlenen bu durumda da alacaklının ödeme talebini geri çevirebilecektir.

Bu sayılan hallerin dışında, üçüncü kişinin fiilinin üstlenme sözleşmesi bakımından gündeme gelen ve birtakım savunmalar da aşağıda özel olarak incelenmektedir.

## 2. Ödeme Talebine İlişkin Savunmalar

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi ile alacaklının ödeme talebine ilişkin olarak birtakım şartlar getirilebilir. Kural olarak, alacaklı riskin gerçekleşmesi ile birlikte ödeme talebinde bulunabilecektir. Bu hallerde, alacaklının ödeme talebi ile birlikte riskin gerçekleştiğini de ispat etmesi gerekmektedir. Ayrıca taraflar, riskin gerçekleştiğini belli başlı belgeler ile ispatlanması gerektiğini de kararlaştırmış olabilirler<sup>542, 543</sup>. Bu gibi hallerde, alacaklının ödeme talebi ile birlikte anılan bilgi ve belgeleri üstlenene ibraz etmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, gerekli ispat külfetlerini yerine getirmeyen, alacaklının ödeme talebi üstlenen tarafından geri çevrilebilecektir<sup>544</sup>.

---

<sup>539</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s.427. Ayrıca, ödemezlik define ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel I**, 351 vd.; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 755 vd.

<sup>540</sup> Arkan, **Bankanın Hukuki Durumu**, s.74. *Canpolat*, teminat mektubunun kapsamı dışında ödeme talebi ile haksız ödeme talebinin farklı durumlar olduğunu ancak aynı sonuca ulaştırdıklarını ifade etmektedir. *Canpolat*, **Savunma İmkanları**, s. 277 vd. Benzer yönde, Kaya, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 233 vd.

<sup>541</sup> Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s.379; *Canpolat*, **Savunma İmkanları**, s. 277; Yavuz/Acar/Özen, **Borçlar Özel**, s. 854; Reisoğlu, **Teminat Mektupları**, s. 72.

<sup>542</sup> Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s.389; Arkan, **Bankanın Hukuki Durumu**, s.72.

<sup>543</sup> Örneğin eksper raporu, hakkediş belgesi, mahkeme kararı vs. gibi.

<sup>544</sup> *Canpolat*, **Savunma İmkanları**, s.186.

Ayrıca, alacaklının bizzat kendisi tarafından yazılı talepte bulunması, gerektiğine ilişkin kayıtlar da üstlenme sözleşmesine yerleştirilebilir. Bu durumda, ödeme talebi üstlenme sözleşmesinde öngörülen şartlara uygun olarak gerçekleştirilmelidir<sup>545</sup>. Alacaklının bizzat talepte bulunmasına ilişkin kayıt, üstlenme sözleşmesinin devri bakımından da bir engel olarak da yorumlanabilir<sup>546</sup>. Bizzat, alacaklı tarafından talepte bulunulması gerekmektedir. Ancak, alacaklının yetki verdiği bir üçüncü kişinin de alacaklı adına talepte bulunması mümkündür.

Yukarıda sayılan hallerin tamamında, alacaklının, üstlenme sözleşmesine uygun olmayan talepleri, şekli bir denetim neticesinde üstlenen tarafından geri çevrilebilecektir. Ancak, riskin meydana geldiğini ispatlayacak bilgi ve belgeleri sadece şekli olarak değil, içerik yönünden de incelemeli ve riskin gerçekleştiğine kanaat getirdiği takdirde ödeme yapmalıdır.

### 3. Alacaklının Haksız Ödeme Talebinde Bulunması Halinde

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmelerinde yer alan, ilk talepte kayıtsız şartsız ödeme yapılacağına ilişkin kayıtlar suiistimale açıktır. Kaydın, ilk bakışta şekli incelemesi sonucunda, üstlenenin her hal ve şartta, ilk talep üzerine ödeme yapacağı

<sup>545</sup> Teminat mektupları özelinde ilgili talebin yazılı olarak yapılması ve riskin meydana geldiğinin de açıkça belirtilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Akyol, **Banka Sözleşmeleri**, s. 183. Yargıtay da alacaklı (muhatap) tarafından bankaya gönderilen teminat mektubunun ekinde yazılı tazmin talebinin yer almaması nedeniyle, bankanın ödeme yapmaktan kaçınabileceğini, bununla birlikte, ödeme talebinde, riskin meydana geldiğinin de açıkça belirtilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Yargıtay 11. HD., 2017/2572 E., 2019/2649 K. ve 04.04.2019 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr); Son Erişim Tarihi: 01.09.2021).

PEL Pers. Sec. Art. 3:102: (1)'de de teminat sağlayanın, yazılı ve yine teminat sözleşmesinde belirlenen şartlara uygun ödeme talebi karşısında ödeme yükümlülüğü altında olduğu ifade edilmiştir. Drobnig, **Personal Security**, s. 330.

<sup>546</sup> Bununla birlikte üstlenme sözleşmesinden doğacak alacakların devri hususu da aslında kendi içerisinde tartışmalıdır. Tartışmalar ilişkin olarak bkz. Doğan, **Teminat Mektupları**, s. 395 vd.; Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 468 vd.; Reisoğlu, **Teminat Mektupları**, s. 52; Barlas, **Banka Teminat Mektupları**, s. 85. Ayrıca, daha geniş çerçevede beklenen hakların devri konusunda bkz. Nomer, **Beklenen Hak**, s. 107; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, 572 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 244 vd. Üstlenme sözleşmesi ile alacaklı, riskin gerçekleşmesi halinde bir alacak hakkına sahip olacaktır. Risk gerçekleşmeden önceki dönemde ise bir beklenen hakkı bulunmaktadır. Öğretide yazarlar (Nomer, **Beklenen Hak**, s. 108; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, 572; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 245.) genel olarak, bu durumda alacaklının üstlenme sözleşmesinden kaynaklanan, diğer bir ifade ile belirlenebilir bir alacağının mevcut olması nedeniyle beklenen hakkın devrinin de mümkün olduğunu ifade etmektedirler. Ancak, taraflar, üstlenme sözleşmesi ile alacağın devrini engelleyebilirler.

Yine, bununla birlikte, ödemenin, üstlenme sözleşmesi ile ferdin tayin edilen bir kişi tarafından talep edileceğine ilişkin kayıtlar da temlik engeli olarak yorumlanabilecektir. Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 472.

anlamı çıkmaktadır. Bu bakımdan, alacaklının ilgili kayda dayanarak, risk gerçekleşmeden ya da üçüncü kişi tarafından üstlenmeye konu fiil gereği gibi ifa edildikten sonra, ödeme talebinde bulunması durumunda, üstlenenin öne sürebileceği savunmalar olabilecek midir? Üstlenen, kural olarak, risk gerçekleşmeden ya da risk sona erdikten sonra, alacaklının talebi üzerine ödemede bulunursa, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak yaptığı ödemenin iadesi sağlayabilecektir. Ancak, üstlenen, ödeme talebinde bulunulduğu sırada, riskin gerçekleşmediğini ya da sona erdiğini biliyorsa ödeme yapmaktan kaçınabilecek midir?

Öğretide bir görüş, ilk talepte kayıtsız şartsız ödeme yapılacağına ilişkin kayıtları içeren üstlenme sözleşmelerinde üstlenenin ödeme yapması gerektiğini, daha sonra riskin meydana gelmediğini tespit etmesi halinde, dava açarak yapmış olduğu ödemenin iadesinin talep etmesi gerektiğini ileri sürmektedir<sup>547</sup>, <sup>548</sup>. Bizim de katıldığımız aksi yöndeki görüşe göre ise üstlenen, riskin gerçekleşmediğini ya da sona erdiğini biliyorsa, ödeme yapmaktan kaçınabilecektir<sup>549</sup>, <sup>550</sup>.

---

<sup>547</sup> Bu durum öğretide '*Önce öde, sonra dava et olarak*' da anılmaktadır. Kavramla ilgili olarak bkz. Arkan, **Bankanın Hukuki Durumu**, s. 62 – 63; Kaya, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 217.

<sup>548</sup> Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s.230 – 231. Kaya, ilk talepte ödeme kaydını içeren banka garantileri özelinde bankanın sağladığı teminatın soyutluğuna vurgu yapmaktadır. Bu tür kayıtların yer aldığı teminat mektupları nezdinde bankanın riskin gerçekleştiğini incelemesinin kaydın niteliğine aykırı olduğunu aksi takdirde adi garantilerle arasında da bir fark kalmayacağını ifade etmektedir. Kaya, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 222 ve s. 227 – 228. Kaya, bunun yanı sıra hakkın açıkça ihlalinin söz konusu olması halinde ise bankanın ödemeden kaçınabileceğini ifade etmektedir. Kaya, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 230. Arkan ise böyle bir yapının usul ekonomisi ilkesine aykırılık teşkil ettiğini ifade etmektedir. Arkan, **Bankanın Hukuki Durumu**, s.79.

<sup>549</sup> Arkan, **Bankanın Hukuki Durumu**, s.79; Reisoğlu, **Ödeme Taahhüdü**, s. 76; Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s.346; Kahyaoğlu, **Banka Garantileri**, s.77; Canpolat, **Savunma İmkanları**, s.216; Tekinalp, **Banka Hukuku**, s. 533; Kostakoğlu, **Banka Garantileri**, s. 209; Yener Coşkun, **BTM**, s. 269.

PEL Pers. Sec. Art. 3: 104'te de ilk talepte ödeme kaydını içeren teminatlar özelinde de teminat sağlayanın, alacaklının, hileli ve kötüniyetli ödeme talebini geri çevirebileceği belirtilmiştir. Drobnig, **Personal Security**, s. 344 ve 345.

<sup>550</sup> Üstlenenin, ödeme yapıp yapmaması noktasında temel alınan unsurlardan biri de üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin soyut borç ikrarı içermemesidir. Risk gerçekleşmediği takdirde üstlenen, ödeme yapmaktan kaçınabilecektir. Üçüncü kişinin fiilinin üstlenildiği garanti sözleşmelerinde sözleşmenin illetini teminat sağlamak oluşturmaktadır. Bu nedenle, üstlenen, haksız ödeme talebini geri çevirebilecektir. Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s.133 vd.; Arkan, **Bankanın Hukuki Durumu**, s.75; Akyol, **Banka Sözleşmeleri**, s. 181; Yavuz/Acar/Özen, **Borçlar Özel**, s. 854; Yener Coşkun, **BTM**, s. 46 vd.

*Kayak*'da, üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinin soyut borç ikrarı olmadığını ifade etmekle birlikte, üstlenenin, ilk talepte ödeme kaydını içeren sözleşmelerde ödeme yapması gerekliliğinin, soyut borç ikrarı özelliğini barındırdığı anlamına gelmeyeceğini ifade etmektedir. Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s.201.

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinde yer alan bu tür kayıtlar, soyutluğa değil, ispat yükünün, alacaklıdan, üstlenene geçtiğini göstermektedir. Kural olarak, adi taahhütlerde, ispat yükü her ne kadar alacaklıda olsa da (*alacaklı üstlenene başvurduğunda, riskin gerçekleştiğini de ispatla mükellef olduğundan*); ilk talepte ödeme kaydını içeren teminatlarda, alacaklının bu ispat yükü, üstlenene

Alacaklının, risk gerçekleşmeden ya da riskin gerçekleşmeyeceği anlaşıldıktan sonra haksız ödeme talebinde bulunması durumu öğretide '*hakkın kötüye kullanılması*' olarak ifade edilmektedir<sup>551</sup>. Ancak, bu kullanım kanımızca durumu tam olarak karşılamamaktadır. Şöyle ki, üstlenme sözleşmesinde her ne kadar ilk talepte kayıtsız şartsız ödeme yapılacağına ilişkin hüküm yer alsada üstlenme sözleşmesinin olmazsa olmazı risk unsurudur. Üstlenenin, zararı karşılama borcu ancak risk gerçekleştiği takdirde doğacak ve muaccel hale gelecektir. Üstlenme sözleşmesinde yer alan ödemeye ilişkin bu tür kayıtlar, risk gerçekleştiği takdirde, alacaklıyı riskin gerçekleştiğini ispat mükellefiyetinden kurtaracaktır. Bu bakımdan, üstlenme konusu risk meydana gelmeden önce yapılan ödeme talebi haksız ve şartları oluşmamış bir ödeme talebi olacaktır<sup>552</sup>. Hal böyle olunca, alacaklının, risk gerçekleşmeden önce bir talep hakkı da söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle, risk meydana gelmediğinden, alacaklının üstlenme sözleşmesinden kaynaklanan hakkı mevcut olmayıp, hakkın kötüye kullanılması durumu söz konusu değildir. Alacaklının, alacağını talep etme hakkı ancak risk meydana geldikten mümkündür. Bu bakımdan burada hakkın kötüye kullanılmasından ziyade haksız, şartları oluşmamış bir ödeme talebi mevcuttur<sup>553</sup>.

Kural olarak, ilk talepte kayıtsız şartsız ödeme yapılacağına ilişkin kayıtların yer aldığı üstlenme sözleşmelerinde, üstlenen, alacaklının talebi üzerine hiçbir defa ve itirazda bulunmadan ödeme yapmayı taahhüt etmektedir. Üstlenen, şekli olarak talepte bulunanın ödeme talebini inceleyecektir. Örneğin, ödeme talebinde bulunan kişinin, talepte bulunma yetkisini haiz olup olmadığını ya da üstlenme sözleşmesinde öngörülen şekilde talepte bulunup bulunmadığını şekli anlamda inceleyecektir. Bunun dışında, üstlenenin, alacaklıdan riskin gerçekleştiğini ispatlamasını isteyemeyeceği gibi kendisinin de riskin gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırma

---

geçmektedir. Yoksa, soyut bir borç ikrarı yarattığından bahisle, üstlenenin her halükârda ödeme yapması gerekliliğini doğurmamaktadır. Risk her tür üstlenme sözleşmesi bakımından aranılması gereken olmazsa olmaz unsurdur.

<sup>551</sup> Arkan, **Bankanın Hukuki Durumu**, s.76. Bu konuda bilgi için genel olarak bkz. Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s.340;

<sup>552</sup> Burada durum, alacaklının, üstlenme sözleşmesinden kaynaklanan görünürde, tam olarak içi doldurulmamış bir hakka sahip olması nedeniyle de hakkın kötüye kullanımı olarak görülmektedir. Detaylı açıklama için bkz. Kaya, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 235 vd. Yine, hakkın kötüye kullanılması ve haksız ödeme talebini ayırımı noktasında bkz. Oğuzman/Barlas, **Medeni Hukuk**, s. 269 vd.

<sup>553</sup> Benzer yönde eleştiriler için bkz. Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s.345; Canpolat, **Savunma İmkânları**, s.216.

yükümlülüğü de bulunmamaktadır<sup>554</sup>. Bu noktada, üstlenenin önce ödeme yapması, akabinde alacaklının talebinin haksız olması halinde ise dava açarak sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak ödemenin iadesinin talep etmesi gerekecektir.

Ancak, üstlenen, alacaklının ödeme talebinin haksız olduğunu hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde biliyorsa ve likit delillerle<sup>555</sup> de bu durumu ortaya koyabiliyorsa üstlenen ödeme yapmaktan kaçınabilecektir<sup>556, 557</sup>. Üstlenen tarafından, alacaklının ödeme talebinin haksız olduğu açık, gerçeğe yakın delillerle ortaya konulmalıdır. Ancak, böyle bir durumda, üstlenen ödeme yapmaktan kaçınabilecektir. Yine de üstlenenin her halükârda ihtiyatlı hareket etmesi gerekmektedir. Temel kural, üstlenenin, alacaklının ilk talebi üzerine ödeme yapmasıdır. Bu tür üstlenme sözleşmeleri, alacağın elde edileceğine duyulan güven neticesinde akdedilmektedir. Bu bakımdan, alacaklının ödeme talebinin haksızlığı açık bir şekilde ortaya konulmadığı hallerde ödeme yapılması gerekmektedir. Çoğu zaman, temel borç ilişkisine yabancı olan üstlenenin bu türden bir ispat getirmesi de kolay olmayacaktır. Üstlenene, bu tür ispat vesikaları uygulamada üçüncü kişi (asıl borçlu) tarafından sağlanmaktadır. Üstlenen anılan belgeleri inceledikten sonra, en ufak tereddüt olduğu takdirde dahi kanımızca ödeme yapmalıdır. Ancak, üstlenene, bir mahkeme veya hakem kararı ibraz edildiğinde ya da riskin gerçekleşmediğini gösteren bir tespit kararı ya da bilirkişi raporu sunulduğu takdirde üstlenenin ödemedenden imtina etmesi daha uygun olacaktır<sup>558</sup>.

Yine öğretici ve mahkeme kararlarında, banka teminat mektupları özelinde, lehine taahhüt verilen üçüncü kişinin (asıl borçlunun), üstlenenin haksız ödeme talebini bertaraf etmek amacıyla ihtiyati tedbir kararı alabileceği ifade edilmektedir<sup>559</sup>.

---

<sup>554</sup> Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s.341; Tekinalp, **Banka Hukuku**, s. 516.

<sup>555</sup> Likit delil öğretide tanımlanmaktan ziyade örneklem yoluyla açıklanmaktadır. Yalın bir şekilde, eldeki gerçeğe yakın, manipülatif olmayan, kanıtlar, (*uzman görüşü gibi*) likit delil olarak değerlendirilebilecektir. Örneklere ilişkin olarak bkz. Kaya, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 236; Arkan, **Bankanın Hukuki Durumu**, s. 83; Canpolat, **Savunma İmkanları**, s. 242 vd.

<sup>556</sup> Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s.346; Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s.859; Arkan, **Bankanın Hukuki Durumu**, s.79; Tekinalp, **Banka Hukuku**, s. 527; Reisoğlu, **Ödeme Taahhüdü**, s. 80; Kahyaoğlu, **Banka Garantileri**, s. 78 – 79; Canpolat, **Savunma İmkanları**, s.232; Kaya, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 239.

<sup>557</sup> ‘...*Hakkın kötüye kullanılması açık olmalıdır; bu yola başvuru, istisnai hallerde kabul edilmelidir.*’ TF, 4A\_709/2016, SJ 2018 I 63. (Kara/Develioğlu, **Federal Mahkeme**, s.371.)

<sup>558</sup> Kaya, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 239.

<sup>559</sup> Barlas, **Banka Teminat Mektupları**, s. 73; Doğan, **Teminat Mektupları**, s.449; Canpolat, **Savunma İmkanları**, s.301; Reisoğlu, **Teminat Mektupları**, s. 76 vd.; Yener Coşkun, **BTM**, s. 300;

Böylece, ihtiyati tedbir kararı alan üçüncü kişi (asıl borçlu), kararı bankaya sunarak, teminat mektubunun paraya çevrilmesini önleyebilecektir<sup>560</sup>. Kanımızca, banka teminat mektupları bakımından yerleşmiş bu uygulamaya, banka teminat mektuplarının dışında kalan üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmeleri bakımından da izin verilmelidir. Bununla birlikte, uygulamanın, istisnai bir özellik göstermesine de dikkat edilmelidir<sup>561</sup>. Mahkemeler, hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde riskin gerçekleşmediğini ya da üstlenme sözleşmesi kapsamında zararı karşılama borcunun sona erdiğini tespit edebiliyorsa tedbir kararı vermelidir<sup>562</sup>. Aksi yönde bir uygulama, tedbir kararlarının kötüye kullanılmasına yol açabilecektir. Mahkemelerin, bu konuda katı bir tutum sergilemesi ve gerekmesi halinde alacaklıyı da dinleyerek bir tedbir kararı vermesi teminatın özelliği de nazara alındığında daha isabetli olacaktır.

#### 4. Mücbir Sebep ve Beklenmeyen Hale İlişkin Savunmalar

Mücbir sebep ve beklenmeyen halden kaynaklı savunmalar iki farklı durumda gündeme gelecektir. İlki, riskin, mücbir sebep veya beklenmeyen hal neticesinde ortaya çıkmasıdır. İkinci ihtimal ise ödeme talebinin yapıldığı esnada ödemeye engel olabilecek mücbir sebep veya beklenmeyen halin var olmasıdır. İlk olasılık yukarıda değerlendirilmiştir<sup>563</sup>. Tekrardan hatırlamak gerekirse, kural olarak, üstlenen, riskin mücbir sebep veya beklenmeyen hal nedeniyle ortaya çıkması durumunu da teminat altına almaktadır. Temel borç ilişkisini geçersiz hale getiren veya üçüncü kişinin borcunu sona erdiren hallerin, mücbir sebep ve beklenmeyen hallerin üstlenme sözleşmesi üzerinde bir etkisi bulunmadığından, bu tür durumlardan kaynaklı olarak üstlenen bir savunmada bulunamayacaktır. Yalın olarak, riskin meydana gelmiş olması üstlenenin borcunun doğumu bakımından yeterli kabul edilmektedir. Burada, riski ortaya çıkaran durum, kendisini temel borç ilişkisi kapsamında gösterdiğinden,

---

Sıtkı Akyazan, *Tatbikatta Banka Teminat Mektuplarının Ortaya Çıkardığı Çeşitli Sorunlar*, **BATİDER**, C. VII, Sayı No: 3, 1974, s. 572.

<sup>560</sup> “Banka teminat mektubu vermekle üçüncü kişinin fiilini taahhüt eden davalı bankanın, mektup bedelini derhal tazmin etmesi gerekmekte ise de; somut uyuşmazlıkta olduğu gibi, mektup tazmin edilmeden mahkemece verilmiş, teminatın ödenmemesi hususunda verilen bir ihtiyati tedbir kararının varlığı halinde ihtiyati tedbir kararına muhalefetin aynı zamanda suç teşkil ettiği de nazara alındığında, mektup bedelinin ödenmesi mümkün değildir.” Yargıtay 11. HD., 2016/2808 E., 2017/5804 K. ve 26.10.2017 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)); Son Erişim Tarihi: 01.09.2021).

<sup>561</sup> Akyol, **Banka Sözleşmeleri**, s. 189.

<sup>562</sup> Doğan, **Teminat Mektupları**, s. 449.

<sup>563</sup> Konuyla ilgili olarak bkz. Birinci Bölüm, III, A, 1, a, iii.

bağımsız nitelikteki üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi kapsamında, temel borç ilişkisine ilişkin defî ve itirazlar da öne sürülemeyecektir<sup>564</sup>. Ayrıca, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi her zaman, temel borç ilişkisini de gerekli kılmaz. Daha önce de belirttiğimiz üzere, saf garanti sözleşmesi niteliğinde, üçüncü kişinin fiilini üstlenmelere de rastlanmaktadır<sup>565</sup>. Alacaklıyı bir teşebbüse sevk eden üstlenenin, teşebbüsün beklenmeyen hal ve mücbir sebep nedeniyle gerçekleşmemesi halinde de alacaklının uğradığı zararı gidermesi gerektiği, kurumun yapısına da daha uygun düşen rejimdir. Bu bakımdan, üstlenme sözleşmesinde özel bir durum öngörülmediği takdirde, riskin mücbir sebep veya beklenmeyen hal nedeniyle meydana gelmiş olması, üstlenme sözleşmesi üzerinde bir etki doğurmayacaktır.

Alacaklının, ödeme talebinde bulunduğu sırada, üstlenenin beklenmeyen hal veya mücbir sebep nedeniyle ödemeyi (zararı karşılama borcunu) gerçekleştiremeyecek durumda ya da alacaklı talepte bulunamayacak durumda olabilir. Üstlenen, kendisine yapılan ödeme talebi karşısında beklenmeyen hal veya mücbir sebepten kaynaklı olarak, ödemeye engel hal ortadan kalkana kadar ödeme yapmaktan kaçınabilir. Böyle bir nedenle ödemenin geç yapılması nedeniyle üstlenenin temerrüdünden de söz edilemeyecektir. Üstlenen, ödemeye engel hal

---

<sup>564</sup> Banka teminat mektupları noktasında öğretî ve Yargıtay'ın yaklaşımı bu kadar keskin değildir. Teminat mektubunda öngörülen riskin mücbir sebep veya beklenmeyen hal neticesinde meydana gelmiş olması halinde teminat mektubunun para çevrilmesi talebinin haksız ödeme talebi olacağı ifade edilmektedir. Her ne kadar bağımsız nitelikte olsa da temel borç ilişkisi ile olan iktisadi birlikteliği bu sonucun bazı olaylar özelinde önünü açmaktadır. Ancak, banka doğrudan, muhatabın, ödeme talebini geri çeviremeyecektir. Likit delillerle riskin ortadan kalktığını, muhatabın bir zararı olmadığını ispatlamalı ya da üçüncü kişi (lehtar), teminat mektubunun paraya çevrilmesini engellemek amacıyla ihtiyati tedbir kararı almalıdır. Daha detaylı açıklamalar için bkz. Doğan, **Teminat Mektupları**, s. 429 vd.; Acar/Kul, **Mücbir Sebep**, s. 1367 vd.

*“Davacı firmaya, ithalat yapmak için bağlantı kurduğu firma tarafından verilen 29.09.1993 tarihli mücbir sebep sertifikası, yüklemenin yapılacağı Yuşhay Limanı'nda çıkan yangın ve Rusya Federasyonu Ticaret Mümessiliğinin davalı ile yazışmaları, Kuzbass Ticaret ve Sanayi Odası'nın 01.03.1994 tarihli yazından davacının edimini yerine getirmesi mücbir sebep nedeniyle imkansızlaştığından, sözleşmenin 17. maddesi uyarınca davalının sözleşmeyi feshetmesi ve teminat mektubunun irad kaydetmesi yerinde değildir.”* Yarg. 19. HD., 1996/8299 E., 1997/2559 K. ve 13.03.1997 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr); Son Erişim Tarihi: 01.09.2021).

Bu bakımdan, teminat mektubuna konu riskin, mücbir sebep veya beklenmeyen hal neticesinde meydana gelmesini banka doğrudan kendisi öne süremeyecektir. *“...banka teminat mektubu vermekle bir asli borç yüklenmiş bulunmaktadır. Teminat mektubunu öderken kendi borcunu ödemiş olmaktadır. Banka mücbir sebepleri, beklenmeyen halleri, imkansızlığı, muhatap ile lehtar arasındaki akdin geçersizliğini, lehtarın ölümünü, iflasını ileri sürerek tazmin talebini reddedemez. Banka teminat mektubunun geçersiz olduğunu, zamanaşımına uğradığını mahkemece ödeme konusunda tedbir bulunduğuşu gibi sırf kendisine ait defileri ileri sürmek suretiyle mektup bedelini ödemekten kaçınabilir.”* YHGK. 2001/11-996 E., 2001/1026 K. ve 14.11.2001 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr); Son Erişim Tarihi: 01.09.2021).

<sup>565</sup> Bkz. Birinci Bölüm, II, B.

ortadan kaldıktan sonra makul süre içerisinde ödemeyi gerçekleştirmelidir. Yine, ödeme talebi ile ilgili her türlü şartın meydana gelmiş olmasına rağmen, özellikle belirli süre içinde talepte bulunulmasını öngören üstlenme sözleşmelerinde, beklenmeyen hal ve mücbir sebepten dolayı zamanında ödeme talebinde bulunulmamış olması halinde, alacaklı ödeme talebine engel durumun ortadan kalktığı tarihten itibaren derhal başvuruda bulunmalıdır. Aksi takdirde, üstlenen, ödeme talebini geri çevirebilecektir. Yine de tarafların, ödeme talebine engel olacak durumları tespit etmeleri ve ödemeye etkileri üzerine dikkatli davranması gerekmektedir. Aksi takdirde, ilk durumda üstlenenin temerrüdü, ikinci durumda ise alacaklının, üstlenme sözleşmesinden kaynaklanan haklarını kaybetmesi muhtemeldir.

## 5. Süreye İlişkin Savunmalar

### a. Belirli Süreli Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme Sözleşmeleri

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinde, üstlenenin borcu, riskin gerçekleşmesi ile doğacak ve muaccel hale gelecektir. Ancak, riskin gerçekleşmesi ve riskin ne zaman gerçekleşeceği hususu içinde büyük bir bilinmezlik barındırmaktadır. Uygulamada, banka teminat mektupları başta olmak üzere birçok üstlenme sözleşmesinde riskin gerçekleşmesi bakımından belirli bir süre öngörülmektedir. Hatta, sadece riskin gerçekleşmesi bakımından değil, alacaklının talepte bulunması noktasında da bir süre sınırı getirilmektedir.

Üstlenen, riskin belli bir süre içerisinde meydana gelmesi halinde alacaklının zararını gidereceğini taahhüt edebilir<sup>566</sup>. Risk anılan süre içerisinde meydana gelmediği takdirde üstlenenin borcu sona erecektir<sup>567</sup>. Bu bakımdan, üstlenme sözleşmesinde kararlaştırılan süre sona erdikten sonra meydana gelen riskler bakımından yapılacak ödeme talepleri üstlenen tarafından geri çevrilebilecektir. Bununla birlikte, riskin öngörülen süre içerisinde meydana gelmesi halinde alacaklı TBK m. 146'da yer alan 10 yıllık genel zamanaşımı süresi içerisinde üstlenene

<sup>566</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 437; Reisoğlu, **Garanti**, s.171; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s.270; Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s.144.

<sup>567</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 437; Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s.447; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s.270; Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s.144; Kostakoğlu, **Banka Garantileri**, s. 211; Yavuz/Acar/Özen, **Borçlar Özel**, s. 857; Yener Coşkun, **BTM**, s. 264.

başvurabilecektir<sup>568</sup>. Buradan da görüleceği üzere zamanaşımı süresi, riskin meydana gelmesinden sonra, diğer bir ifade ile üstlenenin borcunun muaccel hale gelmesi ile işlemeye başlayacaktır.

Üstlenen, alacaklının talepte bulunacağı süreyi sınırlayacak kayıtları da üstlenme sözleşmesine koyabilir<sup>569</sup>. Bu durumda, alacaklının, sözleşmede öngörülen süre içerisinde talepte bulunması gerekmektedir. Bu durumun bir diğer gerekliliği de riskin de anılan süre içerisinde meydana gelmiş olmasını gerektirmesidir. Hem risk belirlenen süre içerisinde meydana gelmiş olmalı hem de alacaklının belirlenen süre içerisinde üstlenene başvurmuş olması gerekmektedir<sup>570</sup>. Belirlenen süre içerisinde risk meydana gelmezse ya da risk meydana gelse bile alacaklı tarafından üstlenene kararlaştırılan süre içerisinde başvurulmazsa, üstlenen, alacaklının ödeme talebini geri çevirebilecektir<sup>571</sup>. Bu noktada, TBK m. 128/2’de, alacaklının talepte bulunabileceği süreyi sınırlayan anlaşmaların geçerli olacağı da özel olarak hüküm altına alınmıştır. İlgili düzenleme yer almamış dahi olsa sürelerle ilişkin kayıtlar, sözleşme serbestisi çerçevesinde, taraf iradeleriyle, geçerli olarak üstlenme sözleşmesine yerleştirilebilecektir<sup>572</sup>. Risk gerçekleşip, üstlenene süresi içerisinde başvuruda

---

<sup>568</sup> Doğan, **Teminat Mektupları**, s.613; Yener Coşkun, **BTM**, s. 265.

<sup>569</sup> Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s.145. Taraflarca kararlaştırılan süreye ilişkin kayıt ile bir süreye bağlı haklı yaratılmaktadır. İlgili süre zamanaşımı süresi ya da hak düşürücü süre olarak yorumlanamayacaktır. Taraflarca belirlenen sürenin hukuki niteliği açısından bkz. Haluk Nami Nomer, *TBK m. 598/3’te Yer Alan Gerçek Kişilerin Kefaletine İlişkin 10 Yıllık Sürenin Hukuki Niteliği ve 818 Sayılı (Eski) Borçlar Kanunu Zamanında Kurulmuş Kefaletlere Etkisi*, **Prof. Dr. Necla Giritlioğlu’na Armağan**, Onikilevha, İstanbul, s. 430 – 431. Benzer yönde, Yavuz/Acar/Özen, **Borçlar Özel**, s. 857; Erbayraktar, **Süre**, s. 151.

<sup>570</sup> Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 346; Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s.892; Yavuz/Acar/Özen, **Borçlar Özel**, s. 857.

<sup>571</sup> “Kural olarak belirli süre için verilen garanti halinde, süresi içinde rizikonun gerçekleşmemesi, yükümlülüğün ortadan kalkması sonucunu doğurur. Garanti sözleşmesi, Borçlar Kanunu’nun, 110. maddesine 08.07.1981 gün ve 2486 sayılı Yasa ile eklenen fıkrasına uygun bir biçimde yapılmışsa vade sonuna kadar yazılı istekte bulunulmadığı takdirde bankanın şarta bağlı sorumluluğu sona erer.” YHGK. 1987/11-642 E., 1988/287 K. ve 30.03.1988 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr); Son Erişim Tarihi: 01.09.2021). Arkan, **Bankanın Hukuki Durumu**, s. 72.

<sup>572</sup> Benzer eleştiriler için bkz. Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 450. Ancak, ilgili düzenlemenin temel nedeni, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun, 1972/1585 E., 1974/76 K. ve 26.01.1974 tarihli, riskin teminat mektubunda öngörülen süre içerisinde gerçekleşmesi halinde, teminat mektubunda belirlenen başvuru süresine ilişkin sınırlamadan bağımsız olarak, bankanın sorumluluğunun devam edeceğine ilişkin içtihadıdır. İlgili içtihat sonrası getirilen düzenleme ile belirli süre içerisinde, talepte bulunulmasını öngören teminat mektuplarında, belirlenen sürede talepte bulunulmaması halinde bankanın sorumluluğunun sona ereceği hüküm altına alınmıştır. Detaylı açıklama için bkz. Özdemir, **BTM**, s. 253 vd.; Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 890 – 891; Seza Reisoğlu, *Vadeli Teminat Mektuplarından Ötürü Bankaların Sorumlu Tutulabilecekleri Süre*, **AÜHF Osman Fazıl Berki Armağanı**, Ankara, 1977, s. 751 – 752.

bulunulması halinde zararı karşılama borcunun zamanaşımı süresi yine riskin meydana geldiği tarihten itibaren 10 yıl olacaktır.

Öğretide, üstlenme sözleşmesi ile kararlaştırılan, riskin meydana gelmesine ya da üstlenene yapılacak başvurulara ilişkin süreler zamanaşımı ile ilgili olarak değerlendirmeye alınsa da kanımızca ilgili sürelerin zamanaşımı ile bağı bulunmamaktadır<sup>573</sup>. Taraflarca kararlaştırılan süreler, üstlenenin, riski ne kadar süre ile taşıyacağına ilişkindir. Diğer bir ifade ile, üstlenenin sorumluluk süresini belirlemeye yönelik kayıtlardır. Yoksa zamanaşımını süresinin kısaltılması gibi bir durum söz konusu değildir<sup>574</sup>. Taraflar, riskin belirlenen süre içerisinde doğmasını ve üstlenene de yine belirlenen süre içerisinde başvurulması gerektiğini kararlaştırmaktadır. Temel olarak, üstlenenin zararı karşılama borcunun doğumu bakımından süreye bağlı bir şart öngörülmektedirler. Gereken şartlar yerine getirildiği takdirde de üstlenenin borcu doğacak olup; TBK m. 146'da öngörülen 10 yıllık genel zamanaşımı süresine tabi olacaktır<sup>575</sup>. Buradan da görüleceği üzere, zamanaşımına ilişkin bir sınırlamadan ziyade riskin taşınacağı süreye ilişkin bir sınırlama söz konusudur.

## **b. Belirsiz Süreli Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme Sözleşmeleri**

Üstlenme sözleşmesinde, riskin doğumu veya alacaklının talepte bulunması bakımından hiçbir süre öngörülmemiş olabilir. Tarafların, üstlenme sözleşmesi ile üstlenenin riski ne kadar süreyle taşıyacağına veya talepte bulunmasına ilişkin bir süre sınırlaması kararlaştırmamışlarsa, belirsiz süreli üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi karşımıza çıkacaktır<sup>576</sup>. Bu durumda, üstlenenin sorumluluğu birçok açıdan içinde belirsizlik barındıracak olup; üstlenenin, uzunca bir süre üstlenme sözleşmesinden kaynaklanan riski taşınması gerekecektir. Ancak, bu durum üstlenen bakımından elverişli bir durum değildir. Üstlenenin çok uzun süreler boyunca,

---

<sup>573</sup> Özdemir, **BTM**, s. 269. Aksi yönde, zamanaşımı engelini aşmak için düzenleme getirildiği yönünde bkz. Çebi, **ÜFT**, s. 135; Ulutaş Çelik, **Garanti**, s. 124.

<sup>574</sup> Nomer, **Hukuki Nitelik**, s. 431.

<sup>575</sup> Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 346; Nomer, **Hukuki Nitelik**, s.431; Develioğlu, **Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme**, s. 1002; Bilgen, **Kefalet**, s. 709.

<sup>576</sup> Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 453; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 270; Develioğlu, **Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme**, s. 1002; Yavuz/Acar/Özen, **Borçlar Özel**, s. 859.

üstlenme sözleşmesi ile bağlı olması ticari yaşamı ve finansal planlaması açısından da sakınca yaratacaktır. Bu nedenle uygulamada da çok fazla tercih edilmemektedir.

Öğretide bir görüş, anılan belirsizlikleri de gidermek adına, üstlenme sözleşmesinin akdedilmesi ile TBK m. 146'da öngörülen 10 yıllık genel zamanaşımı süresinin başlayacağını ifade etmektedir. Buna göre, risk, en geç üstlenme sözleşmesinin akdedilmesinden sonra 10 yıl içinde mutlaka meydana gelmelidir<sup>577</sup>. Aksi takdirde, üstlenenin, üstlenme sözleşmesinden doğan sorumluluğu sona erecektir. Bu yaklaşıma tam olarak katılamıyoruz. Genel zamanaşımı süresinin bu şekilde uygulanması mümkün değildir. Üstlenenin borcu, riskin gerçekleşmesi ile doğacak ve muaccel olacak olup; zamanaşımı da borcun muaccel olmasıyla işlemeye başlayacaktır<sup>578</sup>. Üstlenme sözleşmesinin akdedilmesi ile birlikte, doğmamış ve muaccel hale gelmemiş bir alacak bakımından zamanaşımı süresinin başlatılması isabetli bir yaklaşım olmayacaktır. Bu bakımdan, anılan görüş öğretide çok fazla destek bulmamakla birlikte, sorunun çözümü bakımından da elverişli bir yöntem değildir.

Bizim de katıldığımız diğer görüş, belirsiz süreli üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmeleri bakımından, üstlenenin mahkemeye başvurarak hâkimden sorumluluğunun devam etmesi gereken azami sürenin tayinin talep etmesi gerektiği yönündedir<sup>579</sup>. Her halükârda taraflar anlaşarak, üstlenenin riski taşınması gereken süreyi birlikte tayin edebilirler. Mahkemece ya da taraflarca belirlenen azami sürenin içerisinde riskin meydana gelmesi halinde, taraflarca özel bir vade de kararlaştırılmamışsa, genel zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır.

---

<sup>577</sup> *Akyazan*, bu durumun özel olarak, ilk talepte kayıtsız şartsız ödeme yapılacağına ilişkin kayıtların yer aldığı teminat mektupları bakımından geçerli olacağını ifade etmektedir. Bu tür teminat mektuplarında, borcun teminat mektubunun verilmesiyle muaccel olduğunu ve bu nedenle zamanaşımı süresinin de teminat mektubunun verilmesiyle başlaması gerektiğini belirtmiştir. *Akyazan, Zamanaşımı*, s. 12.

<sup>578</sup> Tandoğan, *Borçlar Özel II*, s. 893; Doğan, *Teminat Mektupları*, s. 614; Yavuz/Acar/Özen, *Borçlar Özel*, s. 860; Barlas, *Banka Teminat Mektupları*, s. 90.

<sup>579</sup> Develioğlu, *Bağımsız Garanti*, s. 454 – 455; Kapancı, *Birlikte Borçluluk*, s. 348; Tandoğan, *Borçlar Özel II*, s. 893; Yüce, *Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt*, s. 145.

PEL Pers. Sec. Art. 3: 106: (2)'de belirsiz süreli teminatlar özelinde ve teminatın özel bir amaca özgülenmediği hallerde, teminat sağlayanın 3 ay önceden bildirimde bulunarak sözleşmeyle bağlı olacağı süreyi belirleyebileceği belirtilmiştir. Drobniç, *Personal Security*, s. 360 ve 362.

## 6. Üstlenenin Zararı Karşılama Borcunun İndirilmesi ya da Uyarlanması

Üstlenme sözleşmesinde, üstlenen kural olarak alacaklının uğramış olduğu olumlu zararı karşılama borcu altına girmektedir. Üstlenenin, borcu risk gerçekleşikten sonra alacaklının zararının hesaplanması yoluyla belirlenebileceği gibi azami miktar belirlenmesi suretiyle önceden belli bir tutar ile de sınırlanabilir. Diğer bir yöntem ise zararı karşılama borcunun götürü miktar olarak belirlenmesidir. Götürü miktarın karşılaştırılması halinde, alacaklının, uğradığı zararın daha az veya daha fazla olmasının kural olarak bir önemi yoktur. Riskin meydana gelmesi, üstlenenin, götürü olarak karşılaştırılan miktarı ödemesi bakımından yeterlidir.

Zararı karşılama borcunun, başlangıçta karşılaştırılmadığı ya da azami olarak karşılaştırıldığı haller bakımından bir indirim ya da uyarlama mekanizmasına çoğu zaman ihtiyaç bulunmamaktadır. İlk olasılıkta, alacaklı zararını ispatlamak suretiyle üstlenenden talepte bulunabilecektir. İkinci olasılıkta ise üstlenen, alacaklının zararının daha az olduğunu ispatlayarak ödemiş olduğu azami bedelin zarar aşan kısmının iadesini talep edebilecektir. Bu bakımdan, üstlenenin borcu zarar miktarı ile sınırlanmış olacaktır.

Götürü sorumluluk miktarı söz konusu olduğunda ise üstlenenin, alacaklının fiili olarak uğramış olduğu zararın üzerinde bir bedel ödemesi söz konusu olabilecektir. Her ne kadar götürü sorumluluk miktarı, sözleşme ile karşılaştırılan ve tarafların ortak iradesini yansıtan bir miktar olarak karşımıza çıkmaktaysa da alacaklının uğramış olduğu zarardan fazla bir yarar elde etmesi söz konusu olacaktır. Bu noktada, üstlenenin, götürü sorumluluk miktarından indirim talep etmesi ya da üstlenme sözleşmesinin uyarlanmasını talep edip edemeyeceği hususu üzerinde durulması gerekecektir.

İlk olarak, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi ile karşılaştırılan götürü sorumluluk miktarı ile alacaklının fiili zararı arasında aşırı bir oransızlık olması hali ele alınacak olursa, üstlenen, götürü sorumluluk miktarından indirim talep edebilecek midir? Bir görüş, TBK m. 182/3'te yer alan hâkimin, aşırı bulduğu ceza koşulunu indirebileceğine ilişkin düzenlemenin, kıyasen uygulanarak üstlenenin de zararı

karşılama borcunun indirilebileceğini ifade etmektedir<sup>580</sup>. TBK m. 182/3'te belirtilen indirimden ticari işletmesi adına faaliyette bulunan tacirler faydalanamayacaktır<sup>581</sup>. Bu bakımdan, özellikle banka teminat mektupları bakımından, bankanın götürü sorumluluk miktarından indirim isteme hakkı bulunmayacaktır. Bir diğer görüş ise ceza koşuluna ilişkin olarak düzenleme alanı bulan TBK m. 182/3'ün kıyas yoluyla götürü sorumluluk miktarının belirlendiği anlaşmalar bakımından uygulanamayacağı yönündedir<sup>582</sup>. Götürü sorumluluk miktarı, bir götürü tazminat olmadığı gibi ceza koşulu da değildir. Bu bakımdan, kurumlar arasında benzerlik de bulunmamaktadır<sup>583</sup>.

Ceza koşulu, borçluyu ifa baskısı altına alınmaktayken; üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin varlığı borçlunun üzerinde bir baskı yaratmayacaktır. Her iki kurumun temel yapısı benzese de yukarıda da değindiğimiz üzere amaçları ve nitelikleri birbirinden farklıdır. Götürü tazminat üzerinden bir değerlendirme yapmak gerekirse de TBK m. 182/3 ile götürü tazminat ilişkisine ve götürü sorumluluk miktarı anlaşması ile götürü tazminat ilişkilerine değinmek gerekecektir. Götürü tazminat anlaşması ile taraflar, sözleşmeden kaynaklı ortaya çıkması muhtemel zararlar bakımından önceden götürü bir tazminat miktarı belirlemektedir<sup>584</sup>. Zarar meydana geldikten sonra, diğer bir ifade ile sözleşmeye aykırılık meydana geldikten sonra, alacaklı götürü tazminat miktarını borçludan talep edebilecektir. Ancak, burada söz konusu olan bir tazminattır. Taraflar, bir yan anlaşma olan götürü tazminat anlaşması ile tazminat miktarını kararlaştırmaktadır<sup>585</sup>. Üstlenme sözleşmesinde, üstlenen hem bağımsız borç altına girmekte hem de kendi asli edimini ifa etmektedir. Yukarıda da açıklandığı üzere üstlenenin borcu bir tazminat borcu değildir. Daha yalın bir ifade ile üstlenenin götürü sorumluluk miktarı olarak belirlenen zararı karşılama borcu hukuki nitelik olarak bir götürü tazminat değildir. Kaldı ki, bir an için götürü tazminat anlaşmalarından yola çıkılacağı varsayımında dahi TBK m. 182/3 hükmünün

---

<sup>580</sup> Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s.298.

<sup>581</sup> Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s.299.

<sup>582</sup> Kahraman, **Saf Garanti**, s.187.

<sup>583</sup> Ceza koşulu ile borçlunun ifayı gerçekleştirilmesi sağlanmaktayken; götürü tazminat ile zararın ortaya çıkması halinde, zararı tespit yükümlülüğünden kurtulmak amaçlanmaktadır. Bu bakımdan götürü tazminat zarar ile yakın bir ilişki içindedir. Erdem, **Götürü Tazminat**, s. 120 vd.

<sup>584</sup> Kapancı, **Götürü Tazminat**, s. 655; s. 98.

<sup>585</sup> Kapancı, **Götürü Tazminat**, s. 655; Erdem, **Götürü Tazminat**, s. 100.

uygulanıp uygulanmayacağı hususu da tartışmalı olmakla birlikte ağırlıklı görüş uygulanmayacağı yönündedir<sup>586</sup>.

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinde, üstlenenin zararı karşılama borcu asli borcu olup; götürü sorumluluk miktarı olarak kararlaştırılabileceğine yukarıda değinmiştik. Götürü sorumluluk miktarına, benzer bir yapı, eser sözleşmeleri özelinde karşımıza çıkmaktadır<sup>587</sup>. TBK m. 480'e göre, eser sözleşmeleri bakımından bedelin götürü olarak belirlenebileceğini düzenlemektedir. İlgili maddeye göre kural olarak, eser sahibinin bedelin azaltılmasını; yüklenicinin ise bedelin artırılmasını talep etme hakkı bulunmamaktadır<sup>588</sup>. Taraflarca belirlenen götürü bedele her iki taraf da uymakla yükümlüdür. Ancak, TBK m. 480/2 hükmü ile tarafların uyarılama talep edebileceği haller düzenlenmiştir. İlgili düzenleme eser sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulacak özel bir düzenleme olup; sözleşmenin uyarlanması ile ilgili olarak genel düzenleme TBK m. 138'de yer almaktadır. Bu bakımdan, TBK m. 480/2'de yer alan hallerin, kıyasen, zarar miktarının götürü sorumluluk miktarı olarak kararlaştırıldığı üstlenme sözleşmeleri bakımından da uygulanabilmesi sonucuna ulaşamayacaktır. Bu bakımdan, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmelerinin uyarlanması bakımından başvurabileceğimiz temel dayanak maddemiz TBK m. 138 olacaktır.

TBK m. 138'e göre sözleşmenin akdedilmesi sonrasında meydana gelen değişiklikler nedeniyle alacaklının ifa talebi dürüstlük kuralına aykırı düşecekse, diğer bir ifade ile borçlunun, meydana gelen değişiklikler nedeniyle borcunu ifa etmesi kendisinden beklenemeyecek bir noktaya ulaşırsa, borçlu hâkimden sözleşmenin yeni şartlara uyanmasını talep edebilir<sup>589</sup>. Sözleşmenin uyarlanması özellikle edimler

---

<sup>586</sup> Kapancı, **Götürü Tazminat**, s. 678; Erdem, **Götürü Tazminat**, s. 122; Başak Baysal, **Sözleşmenin Uyarlanması**, 4. Baskı, İstanbul, 2020, s. 349.

*Birinci Uzun*'un aşırı olarak kararlaştırılmış olan götürü tazminat tutarları bakımından TBK m. 138 kapsamında uyarlamanın gündeme geleceğine ilişkin açıklamaları için bkz. *Birinci Uzun*, **Götürü Tazminat**, s. 304 vd.

<sup>587</sup> Gümüüş, **Borçlar Özel II**, s. 79; Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s.234; Yavuz/Acar/Özen, **Borçlar Özel**, s. 574 vd.

<sup>588</sup> Gümüüş, **Borçlar Özel II**, s. 89 vd.; Yavuz/Acar/Özen, **Borçlar Özel**, s. 575.

<sup>589</sup> Baysal, **Uyarılama**, s. 161; Feyza Eren Sayın/Kenan Koyuncu, *Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri Açısından Uyarılama Sorunu*, **İÜHFİM**, C. LXX, S. 1, s. 319 – 356, 2012, s. 319.

arasındaki dengenin önemli ölçüde bozulması halinde gündeme gelmektedir<sup>590</sup>. Ancak, üstlenme sözleşmeleri kural olarak tek tarafa borç yükleyen sözleşme olması nedeniyle, edimler arası dengesinin bozulması söz konusu olmayacaktır<sup>591</sup>. Burada dürüstlük kuralı temeline dayanarak üstlenenin borcunun indirilmesinin talep edilebilmesi gündeme gelebilir. Üstlenme sözleşmesi ile kararlaştırılan götürü sorumluluk miktarı ile alacaklının uğradığı zarar arasında önemli ölçüde bir fark bulunması halinde üstlenenin borcunun uyarlanması üzerine düşünülebilecektir. Ancak, bu noktada da konuya mesafeli yaklaşılması gerektiği kanaatindeyiz<sup>592</sup>.

Taraflar, üstlenme sözleşmesine kendi iradeleriyle, bir indirim mekanizması koyabilirler<sup>593</sup>. Örneğin, 4 binalık bir sitenin inşaatı sözleşmesi bakımından, müteahhidin lehine teminat sağlayan üstlenen, üstlenme sözleşmesinde, ilk binanın tesliminin ardından belli bir oranda indirim yapılabileceği; çevre düzenlemesinin tamamlanması durumunda yine belli bir oranda indirim yapılabileceğine ilişkin kayıtlar konulabilir. Böylece, ilgili projenin ifa edilen kısımları bakımından üstlenenin de borcu sona erecektir. Ancak, bu tür kayıtların üstlenme sözleşmesine yerleştirilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, bağımsız borç altına giren üstlenenin böyle bir indirim talebi geri çevrilebilecektir.

---

<sup>590</sup> Edimler arası dengenin aşırı derece bozulmasının yanı sıra aşırı ifa güçlüğü ve sözleşme ile izlenen amacın boşa çıkması halinde de sözleşmenin uyarlanması gündeme gelebilecektir. Sayın/Koyuncu, **Uyarlama**, s. 323.

<sup>591</sup> Sayın/Koyuncu, **Uyarlama**, s. 324; Ulutaş Çelik, **Garanti**, s. 108 – 109. Benzer yönde, Develioğlu, **Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme**, s.1006. Baysal, benzer bir durumu kefalet sözleşmeleri özelinde de ifade etmektedir. Baysal, **Uyarlama**, s. 338. Özen, kefalet sözleşmesi özelinde ayrıca, yabancı para cinsinden verilen kefaletlerde, yabancı paranın, Türk lirası karşısında aşırı değer kazanması halinde uyarlamanın gündeme gelebileceğini ifade etmiştir. Özen, **Kefalet**, s. 281 – 282. Ayrıca bkz. Seza Reisoğlu, *Yabancı Para Üzerinden Taahhüt Altına Girilmesi ve Hukuki Sonuçları*, **BATİDER**, C. 13, Sa. 3 – 4, 1986, s. 150. Kanımızca, üstlenen bakımından bu durumda bir uyarlama sebebi olarak kabul edilmemeli. Üstlenen, yabancı para ile teminat sınırını belirlediği takdirde, ilgili para biriminin Türk lirası karşısında aşırı değer kazanması olasılığını da bir noktada teminat altına almaktadır. Bu bakımdan, üstlenme sözleşmesi özelinde, uyarlama talebine olumsuz yaklaşmak gerekecektir.

<sup>592</sup> Ayrıca, konu ile ilgili olarak, *Develioğlu*, temel borç ilişkisinin imkânsızlık sebebiyle sona ermiş olduğu takdirde dahi varlığını sürdüren üstlenme sözleşmesinin öngörülemeyen hallerin meydana gelmesi halinde uyarlanmasının mümkün olmadığını ifade etmektedir. Develioğlu, **Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme**, s. 1006. *Ulutaş Çelik* ise eserinde uyarlamanın şartları oluştuğu takdirde aşırı ifa güçlüğüne dayanarak uyarlamanın mümkün olabileceğini ifade etmektedir. Ulutaş Çelik, **Garanti**, s. 109. *Baysal*, kefalet özelinde, asıl borçlunun ödeme gücü kaybı dışındaki borç ilişkisini çekilmez kılacak durumların ortaya çıkması halinde uyarlamanın mümkün olabileceğini belirtmiştir. Baysal, **Uyarlama**, s. 341.

<sup>593</sup> Doğan, **Teminat Mektupları**, s.167.

Bununla birlikte, TBK m. 599'ta, ileride doğacak borca kefil olan kişiye, borç doğmadan önce, borçlunun mali durumunun önemli ölçüde bozulması halinde bir dönme hakkı tanınmıştır<sup>594</sup>. Öğretide, TBK m. 599'un üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmeleri bakımından da uygulama alanı bulabileceği ifade edilmiştir<sup>595</sup>. Bu görüşe göre, TBK m. 599 hükmü kefaletin ferî özelliğinden ziyade dezavantajlı konuma düşen kefil koruyucu nitelikte bir hükümdür<sup>596</sup>. Bu nedenle, savunmasız ve yalnız durumda olan üstlenen bakımından da uygulama alanı bulabileceği ifade edilmiştir. TBK m. 599'un uygulanması bakımından, iki şartın gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlar: Lehine kefalet verilen asıl borçlunun borcunun doğmamış olması<sup>597</sup> ve borçlunun mali durumunun bozulmuş olması ya da borçlunun mali durumunun kefilin varsaydığından daha kötü konumda olması gerekmektedir<sup>598</sup>. Bu iki şart gerçekleştiği takdirde kefil, TBK m. 599'a dayanarak dönme hakkını kullanabilecektir. Ancak, üstlenen, temel borç ilişkisinin hiç akdedilmemiş olması halinde dahi sorumlu olmaya devam edecektir. Yine, temel borç ilişkisinin mücbir sebep nedeniyle sona ermesi hali de üstlenenin borcunu etkilemeyecektir. Üstlenenin sorumluluğu, temel borç ilişkisinden bağımsız olarak taahhüt konusu riskin gerçekleşmesine bağlıdır. Bu bakımdan, ilk şartın üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi nezdinde bir hükmü olmayacaktır. Üstlenen, ayrıca, temel borç ilişkisindeki borçlunun mali durumunu da teminat altına almaktadır. Lehine teminat sağladığı üçüncü kişinin mali durumunun kötüleşmesi, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi ile temin edilen risklerdendir. Bu bakımdan, TBK m. 599'un üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmeleri bakımından uygulanabileceği görüşüne katılmıyoruz.

## 7. Üstlenenin Borcunun Diğer Teminatlar Karşısındaki Durumu

Temel borç ilişkisi bakımından, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin yanında diğer teminat ilişkileri de yer alabilir. Birden fazla teminat, aynı borcun ifasının sağlanmasına yöneldiği hallerde bu durum karşımıza çıkacaktır. Alacaklı,

---

<sup>594</sup> Özen, **Kefalet**, s. 610 vd.; Gümüş, **Borçlar Özel II**, s. 449 vd.; Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 458; Sayın/Koyuncu, **Uyarılama**, s. 336. *Baysal* ilgili düzenlemeyi bir uyarılama maddesi olarak yorumlamaktadır. Baysal, **Uyarılama**, s. 340.

<sup>595</sup> Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 459.

<sup>596</sup> Develioğlu, özellikle ilgili düzenlemenin gerçek kişi üstlenenler bakımından uygulanması gerektiğini de ifade etmektedir. Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 209.

<sup>597</sup> Özen, **Kefalet**, s. 610; Gümüş, **Borçlar Özel II**, s. 450.

<sup>598</sup> Özen, **Kefalet**, s. 614; Gümüş, **Borçlar Özel II**, s. 452.

kendisini daha güvende hissetmek için temel borç ilişkisindeki borçludan birden fazla teminat talep edebilir. Bu durum iki farklı yapıda karşımıza çıkabilir. İlk olasılıkta, birden fazla kişisel teminat sağlayan kişi (*birden fazla üstlenen ya da bir üstlenen, bir de kefil şeklinde*) olabilir. Diğer olasılıkta ise üstlenen ile birlikte borçlu tarafından ya da başkaca bir kişi tarafından sağlanan bir aynı teminat aynı risk bakımından güvence olarak gösterilmiş olabilir.

Bu tür durumların ortaya çıkması halinde, aynı riskin güvencesini oluşturan teminatların durumunun irdelenmesi gerekecektir. Öncelikle, ilk olasılık bakımından, teminat sağlayanların hepsi birbirinden bağımsız<sup>599</sup> şekilde aynı riski teminat altına almışlarsa, teminat sağlayanlar, alacaklının uğradığı zararın tamamından ayrı ayrı sorumlu olacaklardır<sup>600</sup>. Teminat sağlayanlardan birinin ifası, ifa tutarında diğerlerinin de borcunu sona erdirecektir<sup>601</sup>. Diğer bir ifade, alacaklı yarışan taleplere sahiptir, kümülatif, birbirinin üstüne eklenen taleplere değil. İfade bulunan kişi, şartları oluştuğu takdirde lehine teminat sağladığı üçüncü kişiye (asıl borçluya) başvurarak yapmış olduğu ödemelerin iadesini talep edebilecektir. Ancak, diğer kişisel veya aynı teminat sağlayan kişilere karşı bir başvuru hakkına sahip olmayacaktır<sup>602</sup>.

Aynı riski birlikte teminat altına alanlar kural olarak müşterek olarak borç altına girerler. İç ilişkide özel bir oran kararlaştırmadıkları sürece, teminat sağlayanlar eşit oranda sorumlu olacaklardır. Yine birbirlerine karşı bir rücu hakkına sahip olmayan teminat sağlayanlar, ifa ettikleri tutar kadar şartları oluştuğu takdirde borçluya başvurabileceklerdir. Ancak, TTK m. 7'de öngörülen teselsül karinesinin devreye girmesi halinde, teminat sağlayanlar müteselsil olarak alacaklının uğradığı

---

<sup>599</sup> Burada yer alan bağımsızlık teminatın bağımsızlığını değil, teminat verenlerin ayrı ayrı hareket ettiği durumları sembolize etmektedir.

<sup>600</sup> PEL Pers. Sec. Art. 1: 107'de birden fazla teminat sağlayanın aynı borç bakımından teminat sağlamaları halinde müteselsil borçluluk yapısının meydana geleceği belirtilmiştir. İlgili hüküm, teminat sağlayanların bağımsız olarak borç altına girdiği haller bakımından da uygulama alanı bulacaktır. Drobnig, **Personal Security**, s. 162.

<sup>601</sup> Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 119; Reisoğlu, **Garanti**, s. 138.

Yargıtay, 3 farklı teminat sağlayanın, aynı borç için ayrı ayrı 150.000,00-TL tutarında taahhütte bulunduğu bir olayda, alacaklının, toplam talep tutarının 450.000,00-TL değil, 150.000,00-TL olacağını ve yine, alacaklının, tahsilde tekrür yaratmamak kaydıyla bütün teminat sağlayanlara 150.000,00-TL bakımından takibe devam edebileceğini ifade etmiştir. Yargıtay 15. HD., 2018/5390 E., 2019/2340 K., ve 16.05.2019 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr); Son Erişim Tarihi: 01.09.2021).

<sup>602</sup> Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 120.

zararın tamamından sorumlu olabileceklerdir<sup>603</sup>. Bu durumda, iç ilişkide de müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler devreye girecektir. Yine, teminat sağlayanlar, TTK m. 7'nin devreye girmesini engellemek amacıyla müteselsil olarak teminat sağlamayacaklarını da kararlaştırmış olabilirler.

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin yanı sıra aynı bir teminat türü olan rehin ile de aynı risk teminat altına alınmış olabilir. Üstlenenin bu noktada kefalette olduğu gibi öncelikle rehinin paraya çevrilmesi defnileri ileri sürme hakkı mevcut değildir<sup>604</sup>. Her iki teminat da birbirinden bağımsız teminatlardır. Alacaklı (*teminat alan*), bu noktada dilediği teminata veya tahsilde tekerrür yaratmamak kaydıyla her ikisine birden başvurma hakkına sahiptir<sup>605</sup>.

Genel bir değerlendirme yapmak gerekirse, teminat sağlayanlar, temel borç ilişkisindeki alacaklı konumunda kişi ile aralarındaki sözleşme kapsamında sorumlu olacaklardır. Özellikle, teminat sağlayanların birbirinden bağımsız olarak hareket ettikleri durumda, diğer teminat sağlayanlara ilişkin bir defa ve itirazda bulunulması mümkün değildir. Bununla birlikte, teminat sağlayanların borcu, kümülatif bir borçluluğa vücut vermemektedir. Alacaklının, her bir teminat sağlayandan olan talebi yarışma halindedir<sup>606</sup>. Teminat sağlayanlardan birinin ifası, ifa tutarında diğerlerinin de borcunu sona erdirecektir. Ancak, teminat sağlayanlardan birinin olumlu, diğerinin ise olumsuz zararı karşılama taahhüdünde bulunmuş olması halinde, alacaklı her iki teminat verene de başvurarak hem olumlu hem de olumsuz zararının teminini sağlayabilir<sup>607</sup>. Diğer bir ifade ile teminat sağlayanların teminatları, farklı zarar

---

<sup>603</sup> Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 120; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 72 – 73. Konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. Kapancı, **Teselsül Karinesi**, s. 131 – 170.

Yukarıda, TTK m. 7 düzenlenen teselsül karinesinin müteselsil kefalete ilişkin olan kısmının tam olarak uygulanamayacağını belirtmişsek de ilgili karine müteselsil borçluluk hali bakımından daha uygulanabilir bir durumdur. TBK m. 162/2'de kanunda öngörülen hallerde özel bir belirtme bulunmadan müteselsil borçluluk halinin meydana geleceğini belirtilmiştir. Bu bakımdan, ticari işler özelinde birlikte borç altına girenler, aksi kararlaştırılmadığı takdirde müteselsil olarak borç altına girmiş olacaklardır. Ayrıca, TTK m. 7'de öngörülen diğer bir teselsül hali olan müteselsil kefalete ilişkin açıklamalarımız için bkz. Birinci Bölüm, III, B, 4.

<sup>604</sup> Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 379.

<sup>605</sup> Reisoğlu, **Garanti**, s. 138.

<sup>606</sup> Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 119.

<sup>607</sup> Burada dikkat edilmesi gereken husus, olumlu ve olumsuz zarar kalemlerinin kesişmesi halinde, her iki teminat sağlayan bakımından ortak olan zarar tutarı bir kez tahsil edilecektir. Bu durumda da mükerrer bir ödeme yaratılmayacaktır. Olumlu ve olumsuz zararın kesişim noktaları bakımından bkz. Gündüz, **Olumlu Zarar**, s. 60. Bu örnek farklı şekillerde de geliştirilebilir. Temel nokta, teminat sağlayanların borçları arasında farklar yer almasıdır. Birinin ifasının, diğerlerinin borçlarını da aynı tutarda azaltması hali, ortak (*kesişim kümesinde yer alan*) borçlar bakımındandır.

tiplerini kapsayacak şekilde düzenlenmiş olabilir. Bu olasılıkta, her biri ayrı ayrı kendi teminatları kapsamında zararı karşılama borcu altına gireceklerdir.

Alacaklının zararını gideren teminat sağlayan, diğer teminat sağlayanlara başvuru hakkına sahip değildir. Onun başvurabileceği tek kişi şartları varsa lehine teminat sağlamış olduğu üçüncü kişidir (asıl borçludur). Alacaklının birden fazla teminat sağlayandan alacağını talep etmiş olması ve yine, birden fazla teminat sağlayan tarafından da ödeme yapıldığı takdirde ikinci ödemeyi gerçekleştiren teminat sağlayan sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak yaptığı ödemeyi alacaklıdan talep edebilecektir. Burada, ilk ödemeyi gerçekleştiren teminat sağlayan diğer teminat sağlayanların da borcunu sona erdirmiş olacağından ikinci yapılan ödemenin sebepsiz zenginleşme hükümleri kapsamında iadesi gündeme gelecektir. İlk ödemeyi gerçekleştiren ise yine şartları dahilinde lehine teminat sağladığı üçüncü kişiye başvurabilecektir.

Sonuç olarak, alacaklının, başvurabileceği birden fazla teminat olması halinde, üstlenen diğer teminatlara dayanarak savunmada bulunamayacaktır<sup>608</sup>. Ayrıca, teminatlar arasında bir öncelik sıralaması da mevcut değildir. Üstlenenin borcunun kapsamı ve muacceliyeti üstlenme sözleşmesi ile belirlenecek olup; üstlenme sözleşmesinde öngörülen şartlar gerçekleştiği takdirde üstlenen, üstlenme sözleşmesinden kaynaklanan borcunu ifa etmek durumunda kalacaktır<sup>609</sup>. Teminat sağlayanlardan birinin ödeme yapmış olması halinde, diğer teminat sağlayanlar borcun sona erdiğine ilişkin savunmada bulunabilecek ve yine ödeme yapmış olmaları halinde de sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak iade talebinde bulunabilecektir. Teminat sağlayanlar arasındaki ilişki bakımından yapılan bu açıklamalar, üçüncü kişi (asıl borçlu) ile teminat sağlayanlar arasındaki ilişki bakımından da uygulanacaktır.

## 8. Üstlenenin Takas Hakkını İleri Sürmesi

Takas, TBK'da m. 139 ile 145 arasında düzenlenmiştir. Takas hakkının öne sürülmesi ile çok olan borç, az olan borç tutarında sona erecektir<sup>610</sup>. Tarafların

<sup>608</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 427.

<sup>609</sup> Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 379.

<sup>610</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel I**, s. 602.

birbirlerinden karşılıklı olarak bir miktar para veya özdeş başkaca muaccel bir borcu olması halinde tek taraflı irade beyanı ile takas gerçekleşecektir. Ancak, risk gerçekleşmeden önce üstlenenin muaccel bir borcu söz konusu olmayacağından tarafların takas imkanından yararlanması da mümkün olmayacaktır<sup>611</sup>. Takas için öngörülen karşılıklı özdeş alacak ve muacceliyet şartı gerçekleştiği takdirde, taraflardan birinin beyanı ile az olan borç tutarında karşılıklı borç sona erecektir. Ayrıca, TBK m. 144'te öngörülen üç hal bakımından takas için karşı tarafın rızası gerekmektedir. Bunlar: tevdi edilmiş eşyanın geri verilmesine veya bedeline ilişkin alacaklar, haksız olarak alınmış veya aldatma sonucunda alıkonulmuş eşyanın geri verilmesine veya bedeline ilişkin alacaklar ve son olarak nafaka ve işçi ücreti gibi, borçlunun ve ailesinin bakımı için zorunlu olup, özel niteliği gereği, doğrudan alacaklıya verilmesi gereken alacaklar.

Üstlenenin de üstlenme sözleşmesinin karşı tarafında yer alan alacaklıdan, alacağıın bulunduğu kurguda takas hakkını ileri sürüp süremeyeceği noktasında öğretide çeşitli görüşler yer almaktadır. Bir görüş, takas hakkının, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin yapısına aykırı olduğu öne sürmektedir<sup>612</sup>. Ancak, Türk hukukunda genel yaklaşım, takas hakkının öne sürülmesinin mümkün olduğu yönündedir<sup>613</sup>. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi ile teminat altına alınan risk meydana geldiğinde ve üstlenme sözleşmesinde alacaklı olanın da üstlenene karşı özdeş bir borcu olduğu takdirde takas mümkün olacaktır. Ayrıca, üstlenenin, zararı karşılama borcu da TBK m. 144'te sayılan üç halden birine girmemektedir<sup>614</sup>. Bu bakımdan, üstlenme sözleşmesi kapsamında ödenmesi gereken alacağın, takas edilmesinin önünde bir engel de bulunmamaktadır<sup>615</sup>. Ancak, üstlenme sözleşmesi ile üstlenen takas hakkından önceden feragat edebilir (TBK m. 145). Daha önce de ifade

---

<sup>611</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 430; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 251.

<sup>612</sup> Takas hakkının öne sürülebilmesi konusuna olumsuz yanıt verenler, daha çok üstlenme sözleşmesinin teminat ve likidite amacı üzerinde durmuşlardır. Alacaklı, alacağını teminat altına almak için teminat istemektedir. Böylece alacağına ulaşması kolaylaşacaktır. Üstlenenin, takas hakkına sahip olması alacaklının, alacağını hızlı bir şekilde elde etme amacına aykırılık teşkil etmektedir. Bununla birlikte, alacaklının likidite ihtiyacını da sağlamaya yönelik olan üstlenme sözleşmesi bakımından takas itirazının öne sürülebilmesi kabul edilmemiştir. Toparlamak gerekirse, üstlenenin, takas itirazı üstlenme sözleşmesi ile ulaşılmak istenen amaca aykırılık teşkil etmektedir. Takas itirazı ile ilgili görüşlerin detayları için bkz. Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 383 vd.; Kahyaoğlu, **Banka Garantileri**, s. 83 vd.

<sup>613</sup> Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 385; Canpolat, **Savunma İmkanları**, s. 183; Kahyaoğlu, **Banka Garantileri**, s. 85; Reisoğlu, **Garanti**, s. 169; Arkan, **Bankanın Hukuki Durumu**, s. 75; Ulutaş Çelik, **Garanti**, s. 135.

<sup>614</sup> Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 385.

<sup>615</sup> Canpolat, **Savunma İmkanları**, s. 183.

etmiş olduğumuz üzere, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmelerinde, üstlenen genel olarak her türlü defî ve itiraz hakkından feragat etmekte olup; bununla birlikte ilk talepte kayıtsız şartsız ödeme yapacağını da taahhüt etmektedir. Üstlenenin, her türlü defî ve itirazdan feragat etmiş olduğuna ilişkin ifadeler, temel borç ilişkisi kapsamında ortaya çıkan her türlü defî ve itiraz olarak yorumlanmalıdır. Bu kaydın geniş yorumlanarak, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi uyarınca takas hakkını da kapsamı kanımızca mümkün değildir<sup>616</sup>. Yine, üstlenenin ilk talepte kayıtsız şartsız ödeme yapacağına ilişkin kayıtlar da alacaklının, alacağına kavuşmasını kolaylaştırmaktadır. Yoksa, üstlenenin, takas hakkından feragat ettiği şeklinde yorumlanmamalıdır<sup>617</sup>.

Lehine teminat sağlanan üçüncü kişinin, alacaklıdan, alacağının bulunması halinde bu durum üstlenen tarafından bir savunma sebebi de yapılamayacaktır. Yine, lehine teminat sağlanan üçüncü kişinin alacaklıdan olan karşı alacağını üstlenene temlik etmiş olması halinde de üstlenenin takas itirazına dayanamayacağı ifade edilmektedir<sup>618</sup>. Ferî teminat sağlayan kefil, temel borç ilişkisinde üçüncü kişinin takas itirazının mevcut olması halinde, buna dayanarak ödeme yapmaktan kaçınabilecektir (TBK m. 140). Üstlenme sözleşmesi ile bağımsız borç altına giren üstlenenin, lehine teminat sağladığı üçüncü kişinin alacağına dayanarak, ödemedi kaçınması mümkün değildir<sup>619</sup>.

### **III. ÜSTLENENİN ÜÇÜNCÜ KİŞİYE (ASIL BORÇLUYA) RÜCU İMKÂNI**

#### **A. GENEL BAKIŞ**

Üstlenenin, usulüne uygun olarak ödeme yapması halinde üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinden kaynaklanan borcu sona erecektir. Üstlenen, ödeme yaptığı takdirde, üstlenme sözleşmesi kapsamında kendi asli borcunu yerine getirmiş olacaktır. Ancak, üstlenenin, alacaklıya karşı ifada bulunmasının temel nedeni üçüncü

---

<sup>616</sup> Canpolat, **Savunma İmkanları**, s. 185.

<sup>617</sup> Canpolat, **Savunma İmkanları**, s. 185.

<sup>618</sup> Canpolat, **Savunma İmkanları**, s. 183.

<sup>619</sup> Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 385; Kahyaoglu, **Banka Garantileri**, s. 85

kişinin üstlenme konusu borcu gereği gibi ifa etmemiş olması, diğer bir ifade ile riskin meydana gelmiş olmasıdır. Birçok açıdan savunmasız ve dezavantajlı konumda yer alan üstlenenin, üstlenme sözleşmesinden kaynaklı olarak ödeme yapması halinde içinde bulunduğu durumun da özel olarak analiz edilmesi gerekmektedir. Ancak, üstlenenin rücu imkânı, temel borç ilişkisine dayalı olarak verilen taahhütler bakımından gündeme gelecektir. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme ile kesişim kümesi bulunduğu belirtilen saf garanti sözleşmeleri bakımından ise rücu imkânı bulunmamaktadır<sup>620</sup>.

TBK m. 128'de yer alan üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesine ilişkin düzenleme kapsamında, üstlenenin genel rücu (halefiyet)<sup>621</sup> hakkı bulunmamaktadır<sup>622</sup>. Bunun dışında, üstlenenin, lehine teminat sağladığı üçüncü kişiye, başkaca bir başvuru hakkı olmadığı da 1969 tarihli YİBGK kararında açıkça ifade edilmiştir<sup>623</sup>. Üstlenen bu bakımdan da deyim yerindeyse kendi başının çaresine bakmak zorundadır. Kendi başının çaresine bakmak zorunda olan üstlenen, kendisini korumak adına, lehine teminat sağladığı üçüncü kişiden bir karşı teminat<sup>624</sup> talep

<sup>620</sup> Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 872.

<sup>621</sup> Genel rücu (halefiyet) hakkı sadece kanunda öngörülen haller bakımından mevcuttur. Genel rücu (halefiyet) hakkı sahibi halefiyet imkanından yararlanarak ödeme yaptığı kişinin sahip olduğu haklara halef olur. Ayrıca, üçüncü kişiye başvurusu bakımından aralarında bir sözleşmesel ilişki bulunmasına gerek yoktur. Konumuz bakımından önem arz eden ise özel rücu hakkıdır. Her iki kurumun farklı bakımından detaylı açıklama için bkz. Kapanıcı, **Birlikte Borçluluk**, s. 358 vd.; Korkmaz, **Halefiyet**, s. 44 vd.; Haluk Nami Nomer, *Halefiyet ile Rücu Hakkı Arasındaki İlişki, Özellikle Sosyal Sigortalar ile Özel Sigortaların Rücu Hakları Bakımından Halefiyetin Rolü*, **İÜHF**, C. 55, sa. 3, 1997, s. 248 vd.

<sup>622</sup> Korkmaz, **Halefiyet**, s. 367 - 368. Rücu ilişkileri konusunda detaylı açıklama için bkz. Haluk Tandoğan, *Bankaların Akdi Bir Mükellefiyetin Yerine Getirilmesi İçin Verdikleri Teminat Mektupları Yüzünden Muhataba Ödeme Bulunmaları Halinde Lehara Rücu Edebilmeleri Meselesi Hakkında*, **BATİDER**, C. V, Sa. 4, 1970, s. 657 vd.; Melek Bilgin Yüce, *Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhütte Rücu*, **DEÜHFD**, Cilt 11, Özel Sayı 2009, s. 1437 vd.; Arife Özge Yenice, **Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri**, Onikilevha, Nisan, 2009, s. 97 vd.; İdil Zeynep Öztürk, **Kişisel Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012, s. 138 vd.

PEL Pers. Sec. Art. 3: 108'de bağımlı teminatlara gönderme yapılarak, bağımlı teminat ilişkileri bakımından düzenlenen genel rücu (halefiyete) hakkına ilişkin düzenlemelerin bağımsız kişisel teminatlar bakımından da uygulanacağı ifade edilmiştir. Drobnig, **Personal Security**, s. 371 vd.

<sup>623</sup> 1969 tarihli İBK'da bağımsız borç altına giren üstlenenin, karşı teminat ilişkisi yer almadığı takdirde rücu hakkı olmadığı ifade edilmektedir. Kefile ve sigortacıya sağlanan kanuni rücu haklarından kıyasen üstlenen faydalanamayacağı gibi vekaletsiz iş görme, sebepsiz zenginleşme, TBK m.62/2 (*eBK m.51*), TBK m.127 (*eBK m.109*) veya müteselsil borçluluk hükümlerine dayanarak da lehine teminat sağladığı üçüncü kişiden talepte bulunamayacaktır. YİBGK'nun, 1969/E., 1969/6 K., sayılı ve 11.06.1969 tarihli kararı. 03.10.1969 tarihli Resmî Gazete. Karara benzer yönde, Kostakoğlu, **Banka Garantileri**, s. 210. *Tandoğan* ise anılan kararın, dava konusu olaya ilişkin olarak yorumlanması gerektiğini, genişletici bir yorumla bütün banka teminat mektupları ve TBK m. 128 çatısı altında değerlendirilen diğer yapıları da kapsayacak şekilde genişletilmemesi gerektiğini ifade etmektedir. Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 874 vd.; Yavuz/Acar/Özen, **Borçlar Özel**, s. 856.

<sup>624</sup> Karşı teminat öğretide, kontrgaranti ya da karşı garanti olarak adlandırılmaktadır. Karşı garanti kullanımı için bkz. Kapanıcı, **Birlikte Borçluluk**, s. 500; Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s.

edebilir. Burada anılan karşı teminat ilişkisi çoğu zaman karşımıza, vekalet sözleşmesi olarak çıkacaktır<sup>625</sup>. Taraflar bunun dışında karşı teminatın sağlanması bakımından farklı hukuki yapılara da başvurabilirler. Üstlenenin, ödeme yapması halinde başvurabileceği bir karşı teminat olmadığı takdirde ise başvurabileceği yollar daha sancılı ve zor yollar olarak karşısına çıkacaktır. Bu durumda, üstlenenin, vekaletsiz iş görme, sebepsiz zenginleşme ve her ne kadar biz katılmasak da TBK m. 62/2 kapsamında iade talepleri gündeme gelebilecektir<sup>626, 627</sup>.

## B. KARŞI TEMİNAT İLİŞKİLERİ KAPSAMINDA RÜCU

Üstlenen, lehine teminat sağladığı üçüncü kişiden karşı teminat aldığı takdirde, ödeme yapması halinde karşı teminat ilişkisi kapsamında ödemiş olduğu tutarın iadesini talep edebilecektir. Karşı teminat ilişkisi, uygulamada en çok banka teminat mektupları alanında karşımıza çıkmaktadır. Bankalar, uygulamada çoğu zaman kendisinden, teminat mektubu düzenlenmesini isteyen kişilerden bir karşı teminat talep etmektedir<sup>628</sup>. Karşı teminat alan banka, teminat mektubundan kaynaklı olarak ödeme yapmak durumunda kalırlarsa, akabinde, karşı teminata başvurarak yapmış

---

148; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 260; Barlas, **Banka Teminat Mektupları**, s. 79. Kontrgaranti kullanımı için bkz. Tekinalp, **Banka Hukuku**, s. 528; Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 420; Doğan, **Teminat Mektupları**, s. 323; Kahyaoğlu, **Banka Garantileri**, s. 98; Reisoğlu, **Teminat Mektupları**, s. 108; Koçano Rodoslu, **Rücu**, s. 25.

Bizce 'karşı garanti' veya 'kontrgaranti' kavramı yerine 'karşı teminat' kullanımı daha yerinde olacaktır. Burada, üstlenen, ödeme yapması halinde ödemek zorunda kalacağı tutar bakımından bir karşı teminat istemektedir. Bu teminat aşağıda da görüleceği üzere her zaman bir garanti sözleşmesi olarak karşımıza çıkmayacaktır. Birden farklı tipte teminat türüne rastlamak mümkündür. Yine 'karşı teminat'a vücut veren sözleşme her zaman bir teminat sözleşmesi de olmayabilir. Örneğin, vekalet sözleşmesi sonucunda da üstlenen, üçüncü kişi lehine bir teminat sağlamış olabilir. Ancak, 'karşı garanti' ve 'kontrgaranti' kullanımının teminat sözleşmelerinin alt tiplerinden biri olan garanti sözleşmesini çağrıştırmaması nedeniyle yanlıtıcı olduğu kanaatindeyiz. Benzer şekilde Akyol da eserinde 'Karşı Teminat' terimine yer vermiştir. Akyol, **Banka Sözleşmeleri**, s. 195.

<sup>625</sup> Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 418; Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 149; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 260; Doğan, **Teminat Mektupları**, s. 118.

<sup>626</sup> Nomer, **Halefiyet**, s.248. Üstlenenin, vekaletsiz iş görme, sebepsiz zenginleşme ve TBK m. 62/2 kapsamındaki iade talepleri, özel rücu hakkı olarak da adlandırılmakta olup; genel rücu hakkı gibi halefiyetle güçlendirilmemiştir. Nomer, **Halefiyet**, s. 249; Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 358. *Koçano Rodoslu* ise özel rücu hakkını, eserinde basit rücu alacağı olarak adlandırmıştır. Koçano Rodoslu, **Rücu**, s. 10.

<sup>627</sup> *Kapancı*, üçüncü kişi (borçlunun), üstlenene zarar verme kastıyla hareket etmesi halinde TBK m. 49/2 kapsamında da rücu talebinin gündeme gelebileceğini işaret etmiştir. Üçüncü kişinin (borçlunun) üstlenene zarar vermek amacıyla riskin gerçekleşmesine sebep olması ya da temel borç ilişkisinde, üstleneni zarara uğratmak amacıyla fahiş tutarda götürü tazminat veya ceza koşulu kararlaştırması hallerinde olabileceği gibi. Bu noktada, ödeme yapmak zorunda kalan üstlenenin, TBK m. 49/2 kapsamında da rücu ihtimali düşünülebilir. Kadir Berk Kapancı, **Ahlaka Aykırı Bir Fiille Kasten Verilen Zararın Tazmini**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016, 142 – 143.

<sup>628</sup> Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 872.

olduğu ödemeyi tahsil etme yoluna gidecektir. Bu kurguda, ödeme yapan üstlenenin (bankanın) karşı teminat ilişkisi kapsamında rücu hakkı gündeme gelecektir. Bu sayede bağımsız taahhüt altına giren bankalar ve diğer taahhüt verenler kendilerini koruma altına almış olacaklardır. Karşı teminatın sağlandığı ilişki birden farklı hukuki görünümde karşımıza çıkabilecektir. Karşı teminat, lehine taahhüt verilen üçüncü kişi (lehtar) tarafından sağlanabileceği gibi başkaca bir kişi tarafından da yine üçüncü kişi adına verilebilecektir<sup>629</sup>. Öğretide, karşı teminatın farklı tipleri üzerinden kategorizasyon yapıldığı gibi karşı teminatı sağlayan kişi bakımından yapılan ayrımlara da rastlanmaktadır. Biz de karşı teminatı sağlayan kişi üzerinden ayırım yaparak, ilgili başlık altında ortaya çıkabilecek karşı teminat ilişkisi yapılarına değineceğiz<sup>630</sup>.

### 1. Karşı Teminatın Üçüncü Kişi (Lehtar, Asıl Borçlu) Tarafından Sağlanması

Karşı teminatın, lehine teminat sağlanan üçüncü kişi (asıl borçlu) tarafından verilmesi halinde, alacaklıya ödeme yapan üstlenen, üçüncü kişiye karşı aralarındaki karşı teminat ilişkisine dayalı olarak başvuruda bulunabilecektir. Üçüncü kişi, tarafından farklı tiplerde teminat sağlanmış olunabilir. Bu bakımdan, karşı teminat ilişkisi tek bir yapıda karşımıza çıkmamaktadır. Karşı teminatın sağlandığı ilişki esasında, vekalet sözleşmesi, saf garanti sözleşmesi ya da bir aynı teminat şekline bürünebilir<sup>631</sup>. Bu bakımdan, öncelikle karşı teminatın hukuki niteliği tespit edilmeli

<sup>629</sup> Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 502.

<sup>630</sup> İlgili kategorizasyon için bkz. Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 502 – 503.

<sup>631</sup> Öğretide ağırlıklı görüş, üstlenen ile üçüncü kişi arasında meydana getirilen karşı teminat ilişkisinin vekalet sözleşmesine vücut verdiğini ifade etmektedir. Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 149; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 260; Develioğlu, **Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme**, s. 1010. Doğan ise, banka teminat mektupları karşılığında verilen karşı garantilerin yine banka teminat mektupları aynı hukuki niteliğe sahip olduğunu ifade etmiştir. Bu noktada, karşı teminat ilişkisi TBK m.128 kapsamında üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi olarak adlandırılacaktır. Doğan, **Teminat Mektupları**, s. 327. Yazar ayrıca, banka ile üçüncü kişi (lehtar) arasındaki ilişkiyi de vekalet sözleşmesi olarak değerlendirmektedir. Doğan, **Teminat Mektupları**, s. 118. Barlas ise karşı teminatın sağlandığı yapının birden farklı şekilde ortaya çıkabileceğini ifade etmekle birlikte 'kefalet' olduğu yapıya ilişkin açıklamalar getirmiştir. Barlas, **Banka Teminat Mektupları**, s. 57 – 58. Koçano Rodoslu ise karşı teminat alacağının (eserinde kullandığı ifade ile 'Sözleşmeden Doğan Rücu Hakkı') adı ortaklık, vekalet veya garanti sözleşmesi olarak meydana getirilebileceğini belirtmiştir. Ancak, teminat sözleşmeleri özelinde vekalet dayalı rücu hakkının öne çıkarmaktadır. Koçano Rodoslu, **Rücu**, s. 21 – 22.

ve akabinde ilgili yapıya ilişkin hükümlerin uygulanması suretiyle taraflar arasındaki rücu ilişkisi çözümlenmelidir<sup>632</sup>.

Karşı teminat ilişkisinde, üçüncü kişi, üstlenen tarafından üstlenme sözleşmesi kapsamında ödeme yapılması halinde, ödeme yapacağını garanti etmesi halinde, saf garanti sözleşmesi meydana gelecektir. Burada, üçüncü kişinin fiilinden bağımsız olarak, garanti alana (üstlenene) bir teminat sağlanmaktadır. Burada risk, üstlenenin, üstlenme sözleşmesi kapsamında ödeme yapması ile meydana gelecektir. Anılan riskin meydana gelmesi halinde, üstlenen, üçüncü kişiye, aralarında yer alan saf garanti sözleşmesi kapsamında başvuru hakkına sahip olacaktır. Bu olasılıkta, üstlenen, sözleşmesel olarak üçüncü kişiye karşı başvuru hakkı kazanacaktır. Ancak, böyle bir teminatın ne kadar etkili bir yol olduğu ise tartışmaya açıktır<sup>633</sup>. Bu yapı, üstlenene, bir teminat sağlamaktan ziyade lehine teminat sağladığı üçüncü kişiye bir başvuru yolu olarak karşımıza çıkmaktadır. Üçüncü kişi, dolaylı yoldan kendi borcunu, yine kendisi garanti altına almaktadır. Üstlenenin, üçüncü kişi dışında yer alan bir kişiye ait malvarlığına başvurma şansı olmayacaktır. Ayrıca, zaten ödeme gücüne sahip olan üçüncü kişi, çoğu zaman alacaklıya ödeme yaparak üstleneni de zararı karşılama borcundan kurtaracaktır. Üstlenen, üçüncü kişinin, borcunu yerine getirmediği olasılıkta devreye girecektir. Bu bakımdan, alacaklının zararını karşılayan üstlenenin, daha sonra saf garanti sözleşmesine dayalı olarak, lehine taahhüt sağladığı üçüncü kişiden alacağını tahsil etmesi ise oldukça problemli olacaktır. Bu bakımdan, bu yöntemin ne kadar elverişli olduğu tartışmaya açıktır.

Üçüncü kişi ile üstlenen arasında bir vekalet ilişkisi de yer alabilir<sup>634</sup>. Üstlenenin, üçüncü kişinin talebi üzerine, teminat sağladığı durumlarda (*ki uygulamada, çoğu zaman üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi bu şekilde meydana gelecektir*), taraflar arasındaki olağan ilişki vekalet sözleşmesi olarak karşımıza çıkacaktır<sup>635</sup>. Bu durumda, üstlenen vekil olarak hareket edip, alacaklıyla üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi akdedecektir. Bu bakımdan, üstlenen,

---

<sup>632</sup> *Kapancı*, karşı teminat ilişkilerinin homojen bir yapıda olmadığını, birden farklı türde ortaya çıkabileceğini ifade etmiştir. *Kapancı*, **Birlikte Borçluluk**, s. 501.

<sup>633</sup> İlgili yapının eleştirisi için bkz. *Kapancı*, **Birlikte Borçluluk**, s.503.

<sup>634</sup> Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 420; Tekinalp, **Banka Hukuku**, s. 529; Aral, **İlişkiler**, s. 192; Yüce, **Rücu**, s. 1440. Kefalet sözleşmesindeki benzer yapı için de aynı görüş öne sürülmüştür. Bkz. Özen, **Kefalet**, s. 491; Barlas, **Kefalet**, s. 43.

<sup>635</sup> Tekinalp, **Banka Hukuku**, s. 529.

vekalet sözleşmesine ilişkin hükümleri kapsamında üçüncü kişiye başvurarak yapmış olduğu ödemeleri ve masrafları talep edebilecektir (TBK m. 510). Yine, kural olarak, aslolan vekalet sözleşmesi olduğu için diğer karşı teminat yapılarının var olduğu olasılıklarda da vekalet dayalı iade talebi gündeme gelebilecektir. Bu talepler kümülatif değil, yarışan talepler olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yukarıda sayılanların yanı sıra yararlanılabilecek bir diğer teminat türü ise üçüncü kişi (asıl borçlu) tarafından sağlanan aynı teminatlardır. Kanımızca, aynı teminatın sağlandığı işbu olasılık, üçüncü kişinin, karşı teminat sağladığı olasılıklar içerisinde, üstlenenin en avantajlı olduğu yapıdır<sup>636</sup>. Bu olasılıkta, üstlenen, öncelik hakkına sahip olarak, paraya çevirebileceği bir malvarlığı değerine sahip olmaktadır. Böylelikle, üstlenme sözleşmesi kapsamında ödemede bulunduğu takdirde, üçüncü kişi tarafından sağlanan aynı teminata başvurarak, alacağını elde etme yoluna gidecektir.

## **2. Karşı Teminatın Üçüncü Kişi (Asıl Borçlu) Dışındaki Bir Başka Kişi Tarafından Sağlanması**

Karşı teminat, üçüncü kişi adına bir başka kişi tarafından da sağlanabilir<sup>637</sup>. Kanımızca, bu durum, üçüncü kişi tarafından sağlanan teminata nazaran daha gerçek bir teminattır. Burada, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinde, üstlenen konumunda yer alan kişi, üstlenme sözleşmesinden kaynaklı olarak borcunu ifa ettiğinde, üçüncü kişi ile birlikte onun adına teminat sağlayan diğer kişiye (karşı teminat verene) başvuru hakkı kazanacaktır. Diğer bir ifade ile üstlenen, lehine teminat sağladığı üçüncü kişi dışındaki bir kişinin de malvarlığına başvuru hakkına sahip olacaktır.

Üçüncü kişi (asıl borçlu) dışında yer alan bir kişi tarafından sağlanan karşı teminatın, aynı veya kişisel bir teminat olarak karşımıza çıkması mümkündür. Kefalet, borca katılma, üçüncü kişinin fiilini üstlenme gibi bir kişisel teminat sözleşmesi olarak karşımıza çıkabileceği gibi taşınır, taşınmaz rehini, inançlı devir gibi aynı teminat

---

<sup>636</sup> Kuntalp, **Teminat**, s. 295.

<sup>637</sup> Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s.503.

olarak da karşımıza çıkabilir<sup>638</sup>. Tek bir türü olmayan, birçok şekilde akdedilebilecek bir yapıdır. Üstlenen de kanımızca böyle bir karşı teminat ile daha korunaklı olacaktır.

## C. KARŞI TEMİNAT İLİŞKİSİNİN BULUNMADIĞI HALLER BAKIMINDAN

### 1. Genel Bakış

Üçüncü kişinin fiilini üstlenen ile lehine teminat sağladığı üçüncü kişi arasında nadiren de olsa bir sözleşmesel ilişki bulunmayabilir. Bu durumda, üstlenme sözleşmesi çerçevesinde borcunu ifa eden üstlenenin, lehine teminat sağladığı üçüncü kişiye başvuru noktasında elinde sözleşmesel bir imkân bulunmayacaktır. Üstlenen, kendisini karşı teminat ilişkisi ile güvence altına almadığı bu kurguda, kanunda yer alan başkaca düzenlemeler kapsamında özel rücu hakkına sahip olabilecek midir? Temel borç ilişkisi ile üstlenme sözleşmesinin birbirinden bağımsız olduğu ve üstlenenin aslında üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinden kaynaklı olarak kendi borcunu ifa etmiş olması nedeniyle bu duruma katlanması mı gerekecektir? 1969 tarihli İBK'da üstlenenin, lehine teminat sağladığı üçüncü kişiye başvuru imkanının olmadığı ifade edilmiştir<sup>639</sup>. Öğretide ise vekaletsiz iş görme, sebepsiz zenginleşme ve TBK m. 62/2 kapsamında bir başvuru hakkının olabileceği belirtilmektedir.

Bununla birlikte, daha önce de ifade ettiğimiz üzere, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi bakımından, temel borç ilişkisinin varlığı zorunlu değildir. Temel borç ilişkisinin hiç akdedilmediği durumlarda, lehine teminat sağlanan üçüncü kişinin bir borcu da söz konusu olmayacağından, üstlenenin ona başvurması da hukuken mümkün olmayacaktır<sup>640</sup>. Yine, temel borç ilişkisi akdedilmiş olsa dahi, üçüncü kişinin temel borç ilişkisinden kaynaklanan borcu, mücbir sebep, imkânsızlık gibi sebeplerle sona ermiş de olabilir. Bu haller bakımından da sorumluluğu devam edecek olan üstlenenin, lehine teminat sağladığı üçüncü kişiye, aralarında başkaca bir

---

<sup>638</sup> Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 503.

<sup>639</sup> Bkz. dp. 623.

<sup>640</sup> Üstlenen ile lehine teminat sağladığı üçüncü kişi arasında bir karşı teminat anlaşması varsa, temel borç ilişkisi hiç akdedilmemiş olsa dahi üstlenen karşı teminat anlaşmasında yer alan riskin meydana gelmesi neticesinde, aralarındaki sözleşmesel ilişkiye dayalı olarak lehine teminat sağladığı üçüncü kişiye başvurabilecektir.

sözleşmesel ilişkisi yer almadığı takdirde, başvurma olanağı bulunmayacaktır. Temel borç ilişkisinin mevcut ve geçerli olarak ayakta olduğu olasılıkta ise vekaletsiz iş görme, sebepsiz zenginleşme ve TBK m. 62/2 talep temeline dayalı rücu hakları gündeme gelecektir.

## 2. Vekaletsiz İş Görmeye Dayalı Rücu Talebi

Vekaletsiz iş görme TBK m. 526 ile 531 arasında düzenlenmektedir. Vekaletsiz olarak başkasının hesabına, menfaatine ve iradesine uygun olarak iş gören kişi, vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanarak, hesabına iş gördüğü kişiden talepte bulunabilecektir<sup>641</sup>. İş görenin, iş sahibinin menfaatine ve iradesine uygun olarak hareket etmediği takdirde ise gerçek olmayan vekaletsiz iş görme karşımıza çıkacaktır<sup>642</sup>. Vekaletsiz iş görmeye ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulabilmesi için tanımından da görüleceği üzere, öncelikle bir iş görme söz konusu olacak, görülen iş başkasına ait olacak, işi gören vekaleti olmadan hareket edecek ve yine, işi gören başkasına ait bir işi görme iradesine sahip olmalıdır<sup>643</sup>.

İlk olarak hukuka uygun olarak bir iş görülmelidir. Bu bakımdan, haksız fiiller bir iş görme olarak kabul edilmeyecektir<sup>644</sup>. Konumuz özelinde, üstlenenin, alacaklının zararını karşılaması iş görme olarak kabul edilmektedir<sup>645</sup>. İş gören tarafından yapılan iş, başkasına ait olmalıdır. Üstlenenin, vekaletsiz iş görmeye dayalı rücu talebi de bu noktada eleştirilerin hedefi olmaktadır. Bir görüş, üstlenin, aslında, üstlenme sözleşmesinden kaynaklı olarak, kendi asli borcunu yerine getirmekte olduğundan; vekaletsiz iş görme hükümleri kapsamında talepte bulunamayacağını

<sup>641</sup> Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s.675 vd.; Gümüş, **Borçlar Özel II**, s.225; Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s.505; Tandoğan, **Rücu**, s. 659; Yüce, **Rücu**, s. 1450.

<sup>642</sup> Ece Baş Süzel, **Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme**, İstanbul, Onikilevha, 2015, s. 31 vd. Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s.505.

<sup>643</sup> Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s.421; Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s.505; Baş Süzel, **Vekaletsiz İş Görme**, s. 230.

*Kapancı*, ayrıca, üstlenenin ifada bulunurken üçüncü kişiye (asıl borçluya) başvurma, yaptığı ödemeyi üçüncü kişiden talep etme iradesinin de mevcut olması gerektiğini ifade etmektedir. Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s.510.

<sup>644</sup> Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s.678. *Baş Süzel*, olumlu fiillerin iş görmeye konu olabileceğini ifade etmektedir. Fiilde bulunmama hali ya da ihmali ise iş görme olarak nitelendirmemiştir. Baş Süzel, **Vekaletsiz İş Görme**, s. 21 – 22.

<sup>645</sup> Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s.875; Baş Süzel, **Vekaletsiz İş Görme**, s. 26.

ifade etmektedir<sup>646</sup>. Diğer bir görüşe göre ise, her ne kadar üstlenen kendi borcunu ifa etmekteyse de gerçekleştirdiği ifa tutarında lehine teminat sağladığı üçüncü kişinin de borcunu sona erdirmektedir<sup>647</sup>. Bu bakımdan, başkasına ait bir işin görülmesi şartı yerine getirilmektedir<sup>648</sup>. Kanımızca, üstlenenin ve lehine teminat sağladığı üçüncü kişinin işleri bu noktada bir kesişmektedir. Böyle bir kesişim, üçüncü kişinin işinin görüldüğü gerçeğini değiştirmeyecektir. Bir diğer şart ise, iş görenin vekaletsiz olarak hareket etmiş olmasıdır. Bu bakımdan, işi gören ile lehine iş gördüğü kişi (üçüncü kişi, asıl borçlu) arasında anılan işin görülmesi bakımından sözleşmesel bir bağın bulunmaması gerekmektedir<sup>649</sup>. Son olarak ise iş gören, lehine iş gördüğü kişinin iradesine ve menfaatine uygun olarak hareket etmiş olmalıdır<sup>650</sup>. Üstlenenin, temel borç ilişkisindeki borçlunun borcunu gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle alacaklının zararını karşılaması halinde, lehine iş gördüğü kişinin iradesine ve menfaatine hareket ettiğinin kabul edilmesi gerekmektedir<sup>651</sup>. Üçüncü kişi (asıl borçlu) de şartlarının uygun olması halinde, ilgili borcu yerine getirerek sona erdirmeye niyetinde olacaktır. Ancak, riskin hiç ortaya çıkmadığı ya da üçüncü kişi ile alacaklı arasında hukuki ilişkinin mevcut olmadığı hallerde üçüncü kişinin (iş görüldüğü iddia edilenin) bir menfaati de söz konusu olmayacağından rücu talebi gündeme gelmeyecektir<sup>652</sup>. Sonuç olarak, anılan dört şartın birlikte gerçekleşmesi halinde, üstlenen, vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanarak, üçüncü kişiye (asıl borçluya) karşı rücu hakkını kullanabilecektir<sup>653</sup>.

---

<sup>646</sup> Barlas, **Banka Teminat Mektupları**, s. 82; Reisoğlu, **Garanti**, s.165. *Reisoğlu*, daha sonrasında 1983 yılında yayınlanan teminat mektuplarına ilişkin eserinde vekaletsiz iş görme kapsamında rücu talebinde bulunulabileceğini ifade etmiştir. Reisoğlu, **Teminat Mektupları**, s. 92.

<sup>647</sup> Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s.876; Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s.508; Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s.422; Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s.156; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s.265; Şahin, **ÜFT**, s.118.

<sup>648</sup> *Tekinalp*, üstlenenin, kendi asli borcunu ifa etmiş olması nedeniyle, vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanamayacağını belirtmiştir. Tekinalp, **Banka Hukuku**, s. 530. Benzer şekilde *Yüce* de üstlenenin, üstlenme sözleşmesinden kaynaklı olarak kendi borcunu ifa etmiş olduğunu, diğer bir ifade ile üçüncü kişiden ziyade kendi menfaatine yönelik bir harekette bulunmuş olması nedeniyle, gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye ilişkin bir talepte bulunulabileceğini belirtmiştir. Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 156. Aksi yönde, Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s.506.

Bu görüşe katılmak kanımızca da mümkün değildir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, üstlenenin ifası her ne kadar kendi borcu olsa da borçlunun da borcunu sona erdirici niteliktedir. Üçüncü kişinin iradesine ve menfaatine uygun bir ifa gerçekleştirilmektedir.

<sup>649</sup> Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s.876; Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s.423; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s.266.

<sup>650</sup> Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s.876; Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s.508.

<sup>651</sup> Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s.877.

<sup>652</sup> Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 509.

<sup>653</sup> Vekaletsiz iş görme talep temeline dayalı olarak yapılan rücu talebinde, üstlenen, yapmış olduğu zorunlu ve yararlı masrafları üçüncü kişiden talep edebilecektir (TBK m. 529). Detaylı açıklama için

### 3. Sebepsiz Zenginleşmeye Dayalı Rücu Talebi

Üstlenen ile lehine teminat sağladığı üçüncü kişi arasında karşı teminat ilişkisi yer almadığı takdirde sebepsiz zenginleşmeye dayalı iade talebi gündeme gelecektir<sup>654</sup>. Sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurabilmesi için öncelikle dört şartın birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlar: zenginleşme, fakirleşme, zenginleşme ile fakirleşme arasında illiyet bağı ve geçerli bir sebebin olmaması<sup>655</sup>. Sebepsiz zenginleşmeye dayalı iade talebine, üstlenen, elinde başka bir imkân bulunmadığı takdirde son çare olarak başvuracaktır. Bunun nedeni vekaletsiz iş görmeye göre daha dezavantajlı bir durum yaratmasındadır<sup>656</sup>. Sebepsiz zenginleşmeye dayalı iade talebi, üçüncü kişinin malvarlığında meydana gelen zenginleşme tutarına denk olacaktır<sup>657</sup>. Ayrıca, üstlenen, yapmış olduğu masrafları, üçüncü kişiden (asıl borçludan) talep edemeyecektir.

Sebepsiz zenginleşmenin ortaya çıkması için gereken şartları üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi kapsamında incelemek gerekecektir. Zenginleşme, üçüncü kişinin malvarlığında bir iyileşme olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>658</sup>. Bu durumda üçüncü kişi (asıl borçlunun) mal varlığının pasifinde bir azalmada meydana gelecektir. Üstlenen, alacaklının temel borç ilişkisinden kaynaklanan zararını giderdiğinde,

---

bkz. Özen, **Kefalet**, s. s. 498 vd.; Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 682; Gümüş, **Borçlar Özel II**, s. 236 vd.

<sup>654</sup> Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 514; Tandoğan, **Rücu**, s. 660; Kahyaoğlu, **Banka Garantileri**, s. 102, Doğan, **Teminat Mektupları**, s. 576; Yenice, **Rücu İlişkileri**, s. 118. Aksi yönde, Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 155; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 267; Reisoğlu, **Garanti**, s. 164.

Sebepsiz zenginleşme, edim zenginleşmesi ve edim dışı zenginleşme olarak ikiye ayrılmakta olup; konumuz özelinde anılan türü edim dışı zenginleşmeye ilişkin olmaktadır. Detaylı açıklama için bkz. Serozan (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Genel**, s. 327 ve s. 367 vd.

<sup>655</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 324. Fakirleşmeye ilişkin husus bugün öğretilerde tartışmalıdır. Her olay kapsamında, zenginleşmenin karşısında bir fakirleşme yer almamaktadır. Öğretilerde sıklıkla verilen, uçak örneğinde de olduğu gibi uçağa biletsiz olarak binen yolcunun, bilet satılmamış boş koltukta seyahat etmesi halinde uçak firması bakımında bir fakirleşme meydana gelmeyecektir. Tabii burada, uçağın ağırlığı nedeniyle harcanan benzinin artacağı yolunda yorumlar da getirilebilecektir. Bu noktada, fakirleşilen ve zenginleşilen tutar tam olarak birbirini karşılamayacaktır. Muhtemelen, yolcunun zenginleştiği tutar, uçak firmasının fakirleştiği tutardan az olacaktır. İade talebi noktasında, uçak şirketi bakımından dezavantajlı bir konum yaratacaktır. Konuyla ilgili detaylı olarak bkz. Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s.333. Fakirleşme şartının aranmaması gerektiğine ilişkin olarak bkz. Serozan, (Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi/ Serozan/ Arpacı), **Borçlar Genel**, s. 311 vd.

<sup>656</sup> Bkz. Serozan (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Genel**, s. 325; Koçano Rodoslu, **Rücu**, s. 27 – 28.

<sup>657</sup> Serozan (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Genel**, s. 378 vd.

<sup>658</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s.324; Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 518; Tandoğan, **Rücu**, s. 660.

üçüncü kişinin borcunu da o miktarda sona erdirmektedir<sup>659</sup>. İkinci olarak, üstlenenin ifası ile kendi mal varlığında bir azalma, fakirleşme meydana gelmektedir. Alacaklının malvarlığındaki zenginleşme ile üstlenenin malvarlığında meydana gelen fakirleşme arasında da bağ bulunması halinde üçüncü şart meydana gelecektir<sup>660</sup>. Çoğu zaman, üstlenenin mal varlığındaki azalma, kendisini üçüncü kişinin mal varlığında artış olarak gösterecektir<sup>661</sup>. Ancak, üstlenenin ifasının, üçüncü kişinin malvarlığında bir etki yaratmaması halinde, sebepsiz zenginleşmeye dayalı iade talebi gündeme gelmeyecektir. Temel borç ilişkisinin geçersiz olduğu veya başkaca sebeple üçüncü kişinin borcunun sona erdiği hallerde üstlenen tarafından gerçekleştirilen ifa üçüncü kişinin malvarlığında bir zenginleşmeye yol açmayacaktır<sup>662</sup>. Son olarak, üstlenen ile üçüncü kişi (asıl borçlu) arasında hukuki ilişki de mevcut olmamalıdır<sup>663</sup>. Üstlenen, üstlenme sözleşmesi çerçevesinde kendi borcunu ifa etmelidir. Yoksa, üçüncü kişi ile arasında yer alan bir sözleşme nedeniyle ifade bulunmuş olmamalıdır. Bu dört şartın birlikte sağlanması halinde, üstlenen, lehine teminat sağladığı üçüncü kişiye başvuru hakkına sahip olabilecektir. Dört şartın, birlikte usulüne uygun şekilde gerçekleşmiş olması halinde, kanımızca, üstlenenin, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak, üçüncü kişiye rücu etmenin önünde bir engel bulunmamaktadır.

---

<sup>659</sup> Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 424. *Reisoğlu*'na göre üstlenen, kendi borcunu sona erdirmektedir, başkasının borcunu değil. Bu nedenle, sebepsiz zenginleşme talep temeline dayalı rücu talebine olumsuz yanıt vermektedir. Reisoğlu, **Garanti**, s. 164. Ancak, *Reisoğlu*, teminat mektuplarına ilişkin eserinde, üstlenenin ifasının asıl borçlunun da borcunu sona erdireceği ve bu bağlamda sebepsiz zenginleşme kapsamında rücu imkanının mevcut olduğu ifade etmiştir. Reisoğlu, **Teminat Mektupları**, s. 90. *Kayak* da benzer şekilde üstlenenin kendi borcunu ifa ettiğini, üçüncü kişinin borcunu sona erdirmediğini ifade etmektedir. Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 267. Kanımızca, bu değerlendirmelere katılmak mümkün olmayacaktır. Üstlenen, her ne kadar kendi borcunu ifa etmiş olsa da üstlenenin ifası üçüncü kişinin borcunu da o miktarda sona erdirecektir. Alacaklı, üstlenenin ifasından sonra, aynı zararlar bakımından üçüncü kişiye başvuramayacaktır.

<sup>660</sup> Doğan, **Teminat Mektupları**, s.576. Yüce, üstlenenin, kendi borcunu ifa ettiğini, bu durumun üçüncü kişinin malvarlığında bir etki yaratmış olmasının sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayalı bir iade talebine neden olmayacağını ifade etmektedir. Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 155.

<sup>661</sup> Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 518. *Barlas*, banka teminat mektupları özelinde, bankanın ifasının, üçüncü kişinin malvarlığı üzerinde etkili olmadığını; bankanın kendi asli borcunu yerine getirdiğini ve işbu durumun da üçüncü kişinin borcunu sona erdirmeyeceğinden bahisle sebepsiz zenginleşmeye dayalı rücu imkânının mevcut olmadığını ifade etmiştir. Barlas, **Banka Teminat Mektupları**, s. 82.

<sup>662</sup> Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 424.

<sup>663</sup> *Reisoğlu*, üstlenme sözleşmesinin kendisinin bu şartın gerçekleşmesine engel olduğunu ifade etmektedir. Üstlenen ile alacaklı arasında bir hukuki ilişki yer almaktadır. Reisoğlu, **Garanti**, s. 164.

#### 4. TBK m. 62/2 Kapsamında Müteselsil Sorumluluk Hükümlerince Rücu Talebi

TBK m. 61'e göre birden fazla kişi birlikte bir zarara sebep olurlarsa ya da aynı zarardan farklı nedenlerle sorumlu oldukları takdirde müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır. Tarafların iç ilişkideki sorumlulukları hâkim tarafından tespit edilecek olup; payına düşenden fazla ödeme yapan müteselsil borçlu, fazladan ödemiş olduğu tutarı bakımından genel rücu (halefiyet) hakkına sahip olacaktır. Anılan düzenlemenin üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi bakımından uygulanacağı kabul edilmesi halinde, üstlenen olabilecek en avantajlı konumlardan birine sahip olacaktır<sup>664</sup>. Üstlenen, başkaca hiçbir düzenlemeye ihtiyaç duymadan, doğrudan, lehine teminat sağladığı üçüncü kişiye başvurabilecektir.

Öğretide bir görüş üstlenenin bu avantajlı durumdan faydalanabileceğini ifade etmektedir<sup>665</sup>. Hem üstlenen hem de lehine teminat sağladığı üçüncü kişi farklı hukuki nedenlerle borç altına girmektedir. Bu bakımdan, aralarında, TBK m. 61 çerçevesinde müteselsil borçluluk yapısı oluşmaktadır. Üstlenenin, hâkim tarafından kendisi için takdir edilen tutardan daha fazla bir ödeme yapması halinde TBK m. 62/2 gereğince lehine teminat sağladığı üçüncü kişiye rücu edebilecektir<sup>666</sup>.

Bizim de katıldığımız aksi yöndeki görüşe göre ise TBK m. 61'de öngörülen şartların üstlenme sözleşmelerinde mevcut olmaması nedeniyle üstlenenin, TBK m. 62/2'de öngörülen genel rücu (halefiyet) hakkından yararlanamayacağını ifade etmektedir<sup>667</sup>. TBK m. 61'de müteselsil borçluluğun meydana gelmesi bakımından iki hal yer almaktadır. Bunlar: birden çok kişinin birlikte zarara sebep olması veya aynı zarardan farklı nedenlerle sorumlu olmaları halidir.

---

<sup>664</sup> Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 418.

<sup>665</sup> Reisoğlu, **Garanti**, s. 166; Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 881; Yavuz/Acar/Özen, **Borçlar Özel**, s. 856; Yenice, **Rücu İlişkileri**, s. 116.

<sup>666</sup> Reisoğlu, **Garanti**, s. 166.

<sup>667</sup> Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 418 – 419; Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 155; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 268; Develioğlu, **Bağımsız Garanti**, s. 421; Barlas, **Banka Teminat Mektupları**, s. 83; Tekinalp, **Banka Hukuku**, s. 530; Yüce, **Rücu**, s. 1449; Öztürk, **Rücu**, s. 162; Arık, **Başkasının Fiilini Taahhüt**, s. 56.

İlk olasılık olarak, birden çok kişinin birlikte zarara sebep olması hali, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin yapısında karşımıza çıkmayacaktır. Alacaklıyı, zarara uğratan, temel borç ilişkisindeki borçludur (üçüncü kişidir). Üstlenenin, alacaklının uğramış olduğu zarar ile bağı bulunmamaktadır<sup>668</sup>. Yani, üstlenen ile üçüncü kişinin (asıl borçlunun) birlikte sebep olduğu bir zarar söz konusu değildir. Bu bakımdan, ilk olasılık temelsiz kalacaktır.

Asıl tartışmalı olan nokta ise ikinci olasılık olan, aynı zarardan farklı nedenlerle sorumlu olunması kısmıdır. Görünüş itibari ile hem temel borç ilişkisindeki borçlu (üçüncü kişi) hem de üstlenen, alacaklının uğramış olduğu zarardan sorumludur. Biri temel borç ilişkisinden diğeri ise üstlenme sözleşmesinden kaynaklı olarak alacaklının karşısında yer almaktadır. Bu noktada iki farklı eleştiri yöneltilmektedir. İlkine göre, üstlenenin borcu kendi asli borcudur, bir tazminat borcu değildir<sup>669, 670</sup>. Temel borç ilişkisindeki zarar, onun asli borcunun kapsamının tespit edilmesi bakımından bir değerlendirme aracıdır<sup>671</sup>. Bu bakımdan, meydana gelen zarardan dolayı sorumluluğu söz konusu değildir. Alacaklının uğradığı zarar dolayısıyla sorumluluk üçüncü kişi borçluya aittir. İkinci eleştiri ise hem üstlenenin hem de üçüncü kişinin, borçluya karşı farklı hukuki sebeplerle değil, aynı hukuki sebepten (*sözleşmeden*) dolayı borç altına giriyor olmasıdır<sup>672</sup>. Farklı hukuki sebeplerle sorumluluğun doğması için tarafların sözleşme, kanun ya da haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olmaları ve sorumluluk nedenlerinin de farklı hukuki sebeplere dayanması gerekmektedir<sup>673</sup>. Bu bakımdan da TBK m. 61’de öngörülen farklı hukuki sebeplerle borç altına girme şartı

<sup>668</sup> Kılıçoğlu, yaptığı genel değerlendirmede, birlikte zarara sebep olanların ortak kusurun bulunması gerektiğini ifade etmektedir. Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 574.

<sup>669</sup> Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 419.

<sup>670</sup> Anılan husus benzer şekilde sigortacı bakımından da değerlendirilmiş ve sigortacının da TBK m. 62/2 kapsamında bir rücu hakkının olmayacağı ifade edilmiştir. Sigortacı da sigorta sözleşmesinden kaynaklı olarak kendi asli borcunu yerine getirmekte, yani sigortalının uğramış olduğu zarardan sorumlu olması nedeniyle ifade bulunmamaktadır. Diğer bir ifade ile, sigortalının uğradığı zarar bakımından sigortacının bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Sigortalının uğramış olduğu zarar, sadece sigortacının, sigorta sözleşmesinden kaynaklı borcunun miktarının tespit edilmesi noktasında önem kazanacaktır. Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 413; Vedat Buz, *Müteselsil Sorumluluktaki Rücu İlişkisinde Sigortacının Hukuki Konumu*, **BATİDER**, C. 28, Sa. 3, Eylül 2012, s. 36. Sigortacının, halefiyetine ilişkin olarak, TTK’nın, 1472 ve 1481. maddelerinde özel düzenlemeler yer almaktadır.

Aksi yönde, sigortacının TBK m. 62/2’ye dayanabileceği yönünde bkz. Haluk Nami Nomer, *Rücu İstemine İlişkin Zamanaşımı (TBK m. 73)*, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu**, 3-4 Haziran 2011, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, s. 252.

<sup>671</sup> Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 419.

<sup>672</sup> Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 268; Tekinalp, **Banka Hukuku**, s. 530.

<sup>673</sup> Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel II**, s. 302; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 577; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 268.

üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi bakımından meydana gelmemiş olacaktır<sup>674</sup>. Bu nedenlerle, üstlenen, TBK m. 62/2 kapsamında öngörülen rücu hakkına dayanarak üçüncü kişi borçludan talepte bulunamayacaktır<sup>675</sup>.

---

<sup>674</sup> Burada, şu olasılık üzerine düşünmek gerekecektir. Üstlenen, üçüncü kişinin haksız fiilden kaynaklanan borcu bakımından taahhüt sağladığı takdirde, üstlenen ve üçüncü kişinin borcunun kaynakları farklı olacaktır. Biri haksız fiil nedeniyle, diğeri ise sözleşmesel olarak borç altına girmektedir. Ancak, her ikisi de aynı zarardan dolayı sorumluluk altına girmediğinden yine bir müteselsil borçluluk hali meydana gelmeyeceği kanaatindeyiz. Üstlenen, zarardan kaynaklı değil, üstlenme sözleşmesi kapsamında kendi asli borcu nedeniyle borç altına girmektedir. Zarar sadece, onun borcunun miktarı tespit edilmesi noktasında yardımcı bir ölçüttür.

<sup>675</sup> Bir an için talepte bulunulabileceği kabul edilse bile TBK m. 73'te öngörülen 2 ve 10 yıllık süreler içerisinde rücu talebinde bulunulması gerekmektedir. Nomer, **Zamanaşımı**, s.254.

## SONUÇ

TBK m. 128’de yer alan üçüncü kişinin fiilini üstlenme düzenlemesi ile ilgili olarak tartışmalar önceki Borçlar Kanunu öneminden beri güncelliği korumaya devam etmektedir. Düzenleme ile ilgili varılan en somut sonuç *(bir o kadar da tartışmalı)* ise banka teminat mektuplarını kapsadığı yönündedir. Bunun yanı sıra, garanti sözleşmeleri ile olan ilişkisi de yadsınamaz seviyeye ulaşmıştır. Ancak, mevcut düzenleme gerek garanti sözleşmeleri gerekse banka teminat mektupları alanında birçok soruyu yanıtsız bırakmaktadır. TBK m. 128’in, ilk fıkrasında yer alan zararı karşılama borcu, düzenlemenin mevcut olmadığı ihtimalde dahi hukuken ulaşılabilir bir sonuçtur. Yine, maddenin ikinci fıkrasında yer alan, üstlenene başvurulması bakımından öngörülen süre sınırının geçerliliğine ilişkin durumda, ilgili hükme hiç gerek duyulmadan ortaya konulabilecektir. Bu bakımdan, TBK m. 128 ortaya hukuken uygulanacak bir rejim koymaktaysa da anılan sonuçlara mevcut hukuk düzeni içerisinde ulaşılması oldukça muhtemeldir. Buna ek olarak, asıl cevap verilmesi gereken soruların yanıtlarından da bir o kadar uzaktır. Bu bağlamda, garanti sözleşmeleri ve banka teminat mektuplarının serbest gelişmesine de kanımızca ket vurabilecektir. Bu bakımdan, garanti sözleşmeleri ya da üçüncü kişinin fiilinin üstlenildiği sözleşmeler ile ilgili olarak Borçlar Kanunu’nun Özel Hükümler kısmında, kurumun ihtiyaçlarını giderecek nitelikte hükümler sevk edilmesi daha isabetli olacaktır. TBK m. 128’de yer alan düzenlemenin bütün tartışmalardan ari bu genel değerlendirilmesi akabinde, çalışmamızda varılan sonuçlar şu şekilde toparlanabilir:

- 1- Üçüncü kişinin fiilini üstlenme düzenlemesinin kökenleri Roma Hukuku’na kadar uzanmakla birlikte Roma Hukuk düzeni üçüncü kişinin fiillerinin üstlenildiği sözleşmeleri geçersiz addetmekteydi. FMK’da yer alan benzer bir düzenlemede ise üçüncü kişinin belli bir sözleşme ilişkisi içine gireceğinin taahhüt edilmesi halinde sözleşme ilişkisinin meydana gelmesi ile üstlenenin borcunun sona ereceğini hüküm altına almıştır. İBK ve TBK’da ise bunun bir adım ötesine geçilerek, sadece üçüncü kişinin, taahhüt konusu borç ilişkisine taraf olması değil, ayrıca taahhüt konusu fiilin de üstlenme sözleşmesine uygun şekilde yerine getirileceğinin taahhüt edildiği haller bakımından bir düzenleme getirmiştir. Burada yer alan

taahhüt, kural olarak, temel borç ilişkisindeki borçlunun borcuna ilişkin olacaksa da nadiren temel borç ilişkisinden ari, saf bir taahhüt olarak da karşımıza çıkabilecektir.

- 2- Üçüncü kişinin fiilini üstlenme düzenlemesinin hukuki niteliği noktasında da önceki Borçlar Kanunu döneminden beri süregelen tartışmalar bugün de güncelliğini korumaktadır. Bir görüş her anlamda bir garanti sözleşmesi olduğunu, diğer bir görüş ise garanti sözleşmesinin bir alt türünü meydana getirdiğini ve son olarak üçüncü görüş ise garanti sözleşmelerinden bağımsız olarak her türlü sözleşme yapısında ortaya konulabileceği genel bir düzenleme olduğunu ifade etmektedir. Yargıtay ise anılan düzenlemeyi garanti sözleşmesi kapsamında ele almakta ve kimi zaman garanti sözleşmesi olarak kimi zaman ise garanti sözleşmesinin özel bir türü olarak nitelendirmektedir. En nihayetinde, mevcut yapının garanti sözleşmelerini çağrıştırdığı aşikârdır. Ancak, bütün garanti sözleşmelerini değil, kural olarak, üçüncü kişilerin fiilini konu edinen garanti sözleşmeleri TBK m. 128 çatısı altında ele alınabilecektir. Ancak, bu sonuç TBK m. 128'e bir anlama yükleme çabasının bir ürünüdür. Yoksa, TBK m. 128 düzenlemesi dört başı mamur bir sözleşme türü yaratmamaktadır. Gerek, üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin olmazsa olmaz unsuru olarak kabul edilen bağımsızlık unsuru, gerek üstlenen ile alacaklı ve üçüncü kişi (asıl borçlu) arasındaki ilişkiler bakımından hiçbir hüküm sevk edilmemiş olması, uygulamada ortaya çıkacak temel sorunlara çözüm getirmediğinin ve tipik bir sözleşme türü de yaratmadığının açık bir göstergesidir.
- 3- Üçüncü kişinin fiilini üstlenme uygulamada, üçüncü kişinin fiilinin taahhüt edildiği garanti sözleşmeleri ile karşımıza çıkmakta ve temelde, kişisel bir teminat sözleşmesine vücut vermektedir. Bu bakımdan, bütün teminat sözleşmelerinde de olduğu üzere, risk en kilit unsuru oluşturmaktadır. Risk yoksa üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinden söz edilmesi de mümkün olmayacaktır. Ayrıca, risk, üstlenme sözleşmesi ile tanımlanmış ya da en azından üstlenme sözleşmesinde yer alan ifadelerle tanımlanabilecek nitelikte olmalıdır. Her halükârda da risk üçüncü kişi ve üçüncü kişinin fiili ile ilişki içinde olmalıdır. Üçüncü kişinin, üstlenme sözleşmesine konu fiili, konumuz özelinde teminat altına alınan riski ortaya koymaktadır. Riskin yanı sıra, üçüncü kişinin fiilini üstlenen, temel borç ilişkisinin varlığı ve geçerliliğinden bağımsız olarak borç altına girmektedir. Üstlenen, başkaca borç ilişkilerinden bağımsız olarak üçüncü kişinin fiilini üstlenmektedir.

Çoğu zaman tek tarafın borç altına girdiği ve üçüncü kişinin fiilini yerine getirmediği takdirde devreye girmesi nedeniyle içinde diğer teminat kişisel teminat sözleşmelerinde de olduğu gibi ikincillik (talilik) özelliğini barındıran bir sözleşme tipidir.

- 4- Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin geçerliliği noktasında TBK m. 128'de bir düzenleme yer almamakla birlikte, TBK m. 603'te kişisel teminat veren gerçek kişiler bakımından bir düzenleme getirilmiştir. İlgili düzenleme kapsamında, kefaletin şekline, kefilin ehliyetine ve kefalette eş rızasına ilişkin düzenlemelerin, gerçek kişi teminat verenlerin taraf olduğu üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmeleri bakımından da uygulanacaktır. Bu bakımdan, TBK m. 583 ve 584'te yer alan düzenlemeler gerçek kişilerin taraf olduğu üstlenme sözleşmeleri bakımından da uygulama alanı bulacaktır. Tüzel kişiler bakımından ise özel bir şekil ve ehliyet düzenlemesi öngörülmemiş olup; sözlü olarak, hiçbir şekle tabi olmadan dahi akdedilebilecektir. Yine, her durumda, sözleşmelerin geçerliliği bakımından öngörülen genel geçerlilik şartları üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmelerine de uygulanacaktır.
- 5- Mevcut uygulamada, TBK m. 128 kapsamında değerlendirilen en temel yapı banka teminat mektuplarıdır. Her ne kadar öğretilerde ağırlıklı görüş, banka teminat mektuplarının farklı tiplerde düzenlenebileceğini *-kimi zaman kefalet olarak, kimi zaman garanti sözleşmesi olarak-* ifade etmekteyse de YİBGK kararı ile banka teminat mektupları TBK m. 128 kapsamında bir garanti sözleşmesi olduğu hüküm altına alınmıştır.
- 6- Bir diğer, TBK m. 128 çatısı altında değerlendirmeye tabi tutulan sözleşme tipi ise garanti sözleşmeleridir. Garanti sözleşmeleri, saf garanti ve kefalet benzeri garanti olmak üzere iki alt tipten oluşmaktadır. Konumuzu daha yakından ilgilendiren ise kefalet benzeri garanti sözleşmeleridir. Kefalet benzeri garanti sözleşmeleri ile garanti veren, üçüncü kişinin temel borç ilişkisinden kaynaklanan borcunu gereği gibi ifa edeceğini garanti etmektedir. Ayrıca, garanti verenin taahhüdü, temel borç ilişkisinin varlığı ve geçerliliğinden de bağımsızdır. Bu bakımdan, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi ile yakınlık göstermektedir. Saf garanti sözleşmeleri ise garanti alanı bir teşebbüste bulunmaya sevk eden garanti tipidir. Amaç, garanti alanı harekete geçirmek, bir faaliyette bulunmasını sağlamaktır. Üçüncü kişiler ve temel borç ilişkisi bu yapıda önem arz etmez. Bu nedenle, kural olarak TBK m. 128 düzenlemesinin de dışında kalmaktadır. Ancak, yine de üçüncü kişilerin

fiillerin taahhüt edildiği saf garanti sözleşmelerine de uygulamada rastlanmakta olup; TBK m. 128 ile küçük de olsa bir kesişim kümesi bulunmaktadır.

- 7- Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi, bir diğer kişisel teminat sözleşmesi olan kefalet ile birçok yönden benzerlik göstermekte olup; iki kurumun farklarının sayılması nispeten kolay olsa da uygulamada iki kurumun ayrımının sağlanması oldukça güçtür. İki kurum arasındaki en bariz ayırım ise üçüncü kişinin üstlenme sözleşmesinin bağımsız, kefaletin ise ferî bir teminat olmasıdır. Bu nedenle, iki kurumun ayrımı noktasında da tespit edilmesi gereken teminatın işbu özelliğidir.
- 8- Üstlenenin, zararı karşılama borcu, taahhüt konusu riskin gerçekleşmesi ile doğmakta ve muaccel olmaktadır. Bu husus, risk ile geciktirici şartı birbirine yakınlığına rağmen üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi şartına bağlı bir borç ilişkisi değildir. Üstlenenin, zararı karşılama borcunun kapsamı, üstlenme sözleşmesi ile belirlenebileceği gibi, belirlenmediği takdirde alacaklının olumlu zararının hesaplanması suretiyle tespit edilecektir. Üstlenme sözleşmesi ile üstlenenin, üçüncü kişi (asıl borçlu) ile aynı edimi ifa edeceği ya da başka bir para borcu dışında bir edimi ifade kararlaştırılabilir.
- 9- Bağımsız borç altına giren üstlenen, kural olarak, temel borç ilişkisinden kaynaklanan itiraz ve defileri alacaklıya karşı öne süremez. Ancak, üstlenenin, temel borç ilişkisi kapsamında sahip olabileceği bir takım defi ve itirazları öne sürebileceğine ilişkin kayıtlara üstlenme sözleşmesinde yer verilebilir. En nihayetinde, üstlenme sözleşmesinden kaynaklı olarak sahip olduğu defi ve itirazları öne sürerek, alacaklının ödeme talebini bertaraf edebilecektir.
- 10- Alacaklının, üstlenme sözleşmesinden kaynaklı olarak ödeme yapması halinde genel rücu (halefiyet) hakkı bulunmamaktadır. Üstlenen, üçüncü kişiye (asıl borçluya), aralarında karşı teminat ilişkisi olduğu takdirde ya da şartlarının oluşması halinde, vekaletsiz iş görme ve sebepsiz zenginleşme talep temeline dayanarak özel rücu hakkı kapsamında başvurabilecektir.

## KAYNAKÇA

Acar, Faruk / Kul Eyüp, *Mücbir Sebeplerin Banka Teminat Mektuplarının Paraya Çevrilmesine Etkisi*, **İÜHF**, C. 78, Sa. 3, 2020, s. 1351 – 1386. (“Mücbir Sebep”)

Akıntürk, Turgut, *Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerinde Bir İnceleme*, **AÜHF**, C: 27, 1970, s. 219 – 247. (“Şart”)

Akkanat Öztürk, Elif Beyza, *Bir Mülkiyet Hakkı Sınırlaması Olarak: TBK m. 603, Prof. Dr. Necla Giritlioğlu’na Armağan*, İstanbul, Onikilevha, 2020, s. 23 – 60. (“603”)

Akkayan Yıldırım, Ayça, *Cezai Şartın İşlevi Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırılmalı Bir Değerlendirme*, **İÜHF**, C. 61, Sa. 1 – 2, 2003, s. 357 – 414. (“Cezai Şart”)

Akman, Sermet, *Garantör Sıfatıyla Girişilen Taahhüdün Mahiyeti ve Bu Bağlamda Garanti ve Kefalet Sözleşmelerini Birbirinden Ayıran Temel Kriterler*, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, C: II, İstanbul 2007, s. 1669 – 1677. (“Teminatın Niteliği”)

Akyazan, Sıtkı, *Banka Teminat Mektupları*, **BATİDER**, sa.1, 1969, s.16 – 33. (“BTM”)

Akyazan, Sıtkı, *Tatbikatta Banka Teminat Mektuplarının Ortaya Çıkardığı Çeşitli Sorunlar*, **BATİDER**, C. VII, Sayı No: 3, 1974, s. 567 – 579.

Akyazan, Sıtkı, *Teminat Mektuplarında Zamanaşımı*, **BATİDER**, 1975, C. VIII, Sayı No: 1, s. 1 – 13. (“Zamanaşımı”)

Akyol, Şener, **Banka Sözleşmeleri**, İstanbul, 2001. (“Banka Sözleşmeleri”)

Akyol, Şener, **Medeni Hukukta Çelişki Yasağı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007. (“Çelişki Yasağı”)

Altay, Sabah, **Borca Katılma**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2010. (“Borca Katılma”)

Altop, Atilla, *Gerçek Kişilerce Gerçekleştirilen Aval İşlemlerine, TBK m. 603 Hükmü Uyarınca Kefaletin Şekline, Kefil Olma Ehliyetine ve Eşin Rızasına İlişkin Hükümler Uygulanacak Mıdır?*, **İKÜHF**, C. 15, Sa. 1, 2016, s. 291 – 303. (“Aval”)

Altop, Atilla, *Kefalet Sözleşmesine İlişkin Olarak Türk Borçlar Kanununda ve Türk Ticaret Kanununda Yer Alan ve Birbiri ile Çeliştikleri Düşünülen Bazı Hükümlere İlişkin Bir Değerlendirme*, **İKÜHF**, C. 16, Sa. 2, 2017, s. 55 – 66.

Antalya, Gökhan, *Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması -Türk Hukukunda Manevi Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi-*, C. 22, Sa. 3, **MÜHFHAD**, 2016, s. 221 – 250. (“Manevi Tazminat”)

Aral, Fahrettin, *Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği ve Kefaletten Farkları*, **Fikret Eren’e Armağan**, Ankara, 2006. (“BTM”)

Aral, Fahrettin, *Teminat Mektuplarında Lehdar ile Muhatap ve Lehdar ile Banka Arasındaki Hukuki İlişki*, **BATİDER**, c.24, s.2, 2007, s. 189 – 200. (“İlişkiler”)

Arık, Fikret, *Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi*, **Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: X, Sa. 3, Ankara 1955, s. 45 – 75. (“Başkasının Fiilini Taahhüt”)

Arkan, Sabih, *Kredi Kartıyla İlgili Olarak Verilen Güvencenin Hukuki Niteliği (HGK’nın 4.7.2001 Tarihli Kararının Eleştirisi)*, **Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan**, Cilt:1, İstanbul 2003, s. 983 – 991. (“Kredi Kartı”)

Arkan, Sabih, *Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu*, **BATİDER**, C: XVI, Sayı: 4, 1992, s. 59 – 83. (“Bankanın Hukuki Durumu”)

Arkan, Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, 27. Baskı, Ankara, BATİHAE, 2021. (“Ticari İşletme”)

Aslan, Burcu, **Garanti Sözleşmeleri**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2020. (“Garanti”)

Aşulla, Mustafa, *Başkasının Fiilini Taahhüt Mukavelesi*, **Ankara Barosu Dergisi**, Y: 15, Sayı No: 4, 1958, s. 198 – 205. (“Başkasının Fiilini Taahhüt”)

Aşulla, Mustafa, *Başkasının Fiilini Taahhüt (Porte-fort)*, **Ankara Barosu Dergisi**, C. 15, Sayı No: 3, 1958, s. 135 – 148. (“Porte Fort”)

Atasoy, Kemal, *Garanti Sözleşmesinin Türleri, Hukuki Özellikleri ve Sonuçları*, **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 5, Sa. 1, 2019, s. 101 – 134. (“Garanti”)

Ayan, Serkan, **Kefalet Sözleşmesi**, Ankara, Adalet, 2018. (“Kefalet”)

Barlas, Nami, *Banka Teminat Mektupları*, **Makalelerim**, Cilt 1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 31 – 45.

Barlas, Nami, *Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi*, **Makalelerim**, Cilt 1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 141 – 195. (“Kredi Kartı”)

Barlas, Nami, **Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları**, İstanbul, Kazancı, 1986. (“Banka Teminat Mektupları”)

Barlas, Nami, *Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, XXI, Ankara, 2005, s. 41-67. (“*Kefalet*”)

Baş, Ece, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler*, **İÜHF**M, C. 70, Sa. 2, İstanbul, 2012, s. 115 – 144. (“*Geçerlilik*”)

Baş Süzel, Ece, **Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme**, İstanbul, Onikilevha, 2015. (“*Vekaletsiz İş Görme*”)

Baysal, Başak, **Sözleşmenin Uyarlanması**, 4. Baskı, İstanbul, Onikilevha, 2020. (“*Uyarlama*”)

Bilgen, Mahmut, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Işığında Öğreti ve Uygulamada Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013. (“*Kefalet*”)

Birinci Uzun, Tuba, **Götürü Tazminat**, Ankara, Yetkin, 2015. (“*Götürü Tazminat*”)

Burcuoğlu, Haluk, *Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Yeni Kefalet Düzenlemesi ile ilgili Bazı Gözlemler*, **Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu**, İstanbul, 2010, s. 275 – 293.

Buz, Vedat, *Müteselsil Sorumluluktaki Rücu İlişkisinde Sigortacının Hukuki Konumu*, **BATİDER**, C. 28, Sa. 3, 2012, s. 5 – 42.

Can, Mehmet Çelebi / Kaşak, Fahri Erdem, *Ticari Borçlara Kefalet Halinde Ticari İşlerde Teselsül Karinesinin (TTK m. 7), Müteselsil Kefil Sıfatının El Yazısıyla Belirtilmesini Arayan TBK m. 583 Hükmü Karşısında Uygulanabilirliği*, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 15, Sa. 162, s. 266 – 277. (“*Teselsül*”)

Canpolat, Ferhat, **Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve İhtiyati Tedbirler**, Ankara, Yetkin, 2009. (“*Savunma İmkanları*”)

Canpolat, Ferhat / Topuz, Seçkin, *Kefalet ile Garanti Ayırımının Önemi ve Ayırımında Uygulanacak Kıstaslar*, **TBB Dergisi**, Sa.78, 2008, s. 53 – 76. (“*Kefalet – Garanti*”)

Çebi, Hakan, *Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt*, **Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan**, İstanbul, 2000, s. 111 – 138. (“*ÜFT*”)

Çetiner, Bilgehan, *Geniş Kapsamlı Teminat Amacı Açıklamalarının Geçerliliği Sorunu*, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.22, Sa.3, 2016, s. 803 – 826. (“*Teminat*”)

Çınar, Gökhan, *Garanti ve Kefalet Sözleşmeleri Arasındaki Ayırım*, **AÜHF**D, sa. 69, C. 2, 2020, s. 419 – 442. (“*Kefalet – Garanti*”)

Demir, Şamil, *Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı*, **TBB Dergisi**, Sa. 108, Ankara, 2013, s. 87 – 122. (“*Kefalet*”)

Gündüz, Şefika Deren, **Olumlu Zarar**, İstanbul, Onikilevha, 2020. (“*Olumlu Zarar*”)

Gündüz, Şefika Deren, **6098 Sayılı Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinin Şekli**, İstanbul, Onikilevha, 2015. (“*Şekil*”)

Develioğlu, Hüseyin Murat, *İsviçre Federal Mahkemesinin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi-Borca Katılma Ayrımı*, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, Y: 3, C: I, Sayı No: 1, 2004, s. 293-322. (“*Borca Katılma*”)

Develioğlu, Hüseyin Murat, **Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009. (“*Bağımsız Garanti*”)

Develioğlu, Hüseyin Murat, *TBK M. 128, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu*, Cilt 2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 969 – 1010. (“*Üçüncü Kişinin Fülini Üstlenme*”)

Doğan, Vahit, **Teminat Mektupları**, 6. Baskı, Ankara, Savaş Kitapevi, 2020. (“*Teminat Mektupları*”)

Drobnig, Ulrich, **Principles of European Law Study Group on a European Civil Code Personal Security (PEL Pers. Sec.)**, Oxford, 2007, s. 195. (“*Personal Security*”)

Dural, Mustafa / Ögüz, Tufan, **Türk Özel Hukuku, Cilt II: Kişiler Hukuku**, 21. Bası, İstanbul, Filiz, Kitabevi, 2020. (“*Kişiler Hukuku*”)

Elçin Grassinger, Gülçin, *Borç İlişkilerinin Üçüncü Kişilere Etkisi (Alacaklıya Halef Olma, Üçüncü Kişinin Fülini Üstlenme, Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme)*, Cilt II, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, Ekim, 2014, s. 185 – 194. (“*Üçüncü Kişi*”)

Engin, Baki İlkay, **Alacağını Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu**, İstanbul, Seçkin, 2002.

Erbayraktar, Burcu, *Kefalet Süresinin Belirlenmesinde İrade Özgürlüğünün Sınırları*, C. 32, Sa. 4, **BATİDER**, 2016, s. 135 – 169. (“*Süre*”)

Erdem, Mehmet, *Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi*, **Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28 – 29 Mayıs 2009)**, Ankara, 2009, s. 97 – 124. (“*Götürü Tazminat*”)

Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Baskı, Ankara, Yetkin, 2020. (“*Borçlar Genel*”)

Fırıncıoğulları, Feray, **Tüketici İşlemlerinde Şahsi Teminatlar**, İstanbul, Seçkin, 2018. (“*Şahsi Teminatlar*”)

Franko, Nisim, *Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt*, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, Beta, İstanbul, 2001, s. 567 – 597. (“ÜFT”)

Gümüş, Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler I**, Cilt 1, 3. Bası, İstanbul 2014.

Gümüş, Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler II**, Cilt 2, 3. Bası, İstanbul 2014. (“*Borçlar Özel II*”)

Helvacı, Mehmet / Aksu Özkan, Raziye, *Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurul Kararı Işığında Avalde Eşi Rızasının Gerekliliğinin Değerlendirilmesi*, MÜHFAD, C.25, Sa.2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2020, s. 873 – 936. (“*Aval*”)

Kahraman, Zafer, **Saf Garanti Taahhütleri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017. (“*Saf Garanti*”)

Kahraman, Zafer, *Borca Katılma Sözleşmesiyle Kefalet Sözleşmesinin Birbirinden Ayırt Edilmesi*, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, Sa. 1, İstanbul, 2013, s. 149 – 171. (“*Borca Katılma – Kefalet*”)

Kahraman, Zafer, **Karşılaştırılmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi (Borcun Nakli)**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013. (“*Borcun Nakli*”)

Kahyaoğlu, Emin Cem, **Banka Garantileri**, İstanbul, Beta, 1995. (“*Banka Garantileri*”)

Kapancı, Kadir Berk, **Satım Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri**, Onikilevha, İstanbul, 2009. (“*Saf Garanti*”)

Kapancı, Kadir Berk, *Satıcının Satış Konusuyla İlgili Olarak Verdiği (Saf) Garanti Taahhütleri*, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 6, Sa.2, 2015, s. 319 – 363.

Kapancı, Kadir Berk, **Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler**, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013. (“*Birlikte Borçluluk*”)

Kapancı, Kadir Berk, **Ahlaka Aykırı Bir Fiille Kasten Verilen Zararın Tazmini**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016.

Kapancı, Kadir Berk, *Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi*, **Mustafa Dural'a Armağan**, s.655 – 683. (“*Götürü Tazminat*”)

Kapancı, Kadir Berk, *Türk Ticaret Kanunu'nun 7. Maddesinde Öngörülen “Ticari İşlerde Teselsül Karinesi” Tam Anlamıyla Uygulanabilir Durumda Mıdır?*, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, Sa. 2, 2016, s. 131 – 170. (“*Teselsül*”)

Kapancı, Kadir Berk, *Bağışlananın Bağışlayandan Önce Ölmesi Halinde Bağışlama Konusunun Bağışlayana Geri Dönmesi (Dönüşü) Şartını İçeren Bağışlama (TBK m. 292)*, **GSÜHFD**, Sa. 2021/1, s. 901 – 902.

Kara, Doğan / Develioğlu, Huseyin Murat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler ile İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarından Örnekler**, İstanbul, Onikilevha, 2021. (“Federal Mahkeme”)

Karabağ Bulut, Nil, **Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme**, İstanbul, Onikilevha, 2009.

Kaya, Arslan, *İlk Yazılı Talepte Ödeme Klotunu İhtiva Eden Banka Garantilerinde Hakkın Kötüye Kullanılması Sorunu*, **Reha Poroy’a Armağan**, İstanbul, 1995. (“Hakkın Kötüye Kullanılması”)

Kayak, Sevgi, **Hukuki Gelişimi Açısından Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009. (“Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt”)

Kayak, Sevgi, *6098 Sayılı Kanun’un Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt ve Kefalet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi*, **BATİDER**, vol.31, Sa.4, s.15-71, 2015. (“Kefalet – ÜFT”)

Kayak, Sevgi, *Türk – İsviçre Borçlar Hukuku’nun Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Düzenlemesi Üzerinde Tabii Hukuk Akımının Etkisi*, **HFSA**, 24. Kitap, s. 104 – 111. (“Tarihsel Gelişim”)

Kırca, İsmail, *Türk Borçlar Kanunu Tasarısı – Kefalette Eşin İzni*, **Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006, s. 435 – 457. (“Eşin İzni”)

Kılıçoğlu, Ahmet M., *Kefalet Benzer Sözleşmelerde Şekil (TBK m. 603 Hükümünün Eleştirisi)*, **BFHD**, C: 8, Sa: 32, 2019, s. 2591 – 2598. (“Şekil”)

Kılıçoğlu, Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2019. (“Borçlar Genel”)

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, (Kocayusufpaşaoğlu, Necip / Hatemi, Huseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdulkadir), **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1, 7. Baskı, İstanbul, Filiz, 2017. (“Borçlar Genel”)

Kocaman, Arif, *Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği Üzerine*, **BATİDER**, C. XV, Sa. 3, 1990, s. 49 – 64.

Kocaman, Arif, *Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 4.7.2001 Tarih ve E. 2001/19-534, K. 2001/583 Sayılı Kararı Üzerine Bir Değerlendirme - Kredi Kartı İlişkinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel (Şahsî) Teminatın Hukukî Niteliği: Garanti Mi; Kefalet Mi?*, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, XIX, 10 Mayıs 2003, Ankara 2003, s. 68 – 85. (“Kredi Kartı”)

Koçano Rodoslu, Emine, **Rücu Hakkı**, Ankara, Turhan Kitapevi, 2016. (“Rücu”)

Korkmaz, Ekin, **Türk Borçlar Hukukunda Halefiyet**, İstanbul, Onikilevha, 2021. (“Halefiyet”)

Kostakoğlu, Cengiz, **Banka Kredileri Tüketici ve Konut Kredileri Kredi Kartlarından Doğan Uyuşmazlıklar ‘İtirazın İptali Davası ve Menfi Tespit Davası’**, 8. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2016. (“*Banka Garantileri*”)

Köroğlu, Kübra, **Gerçek Kişilerin Taraf Olduğu Kefalet Benzeri Garanti Sözleşmelerinin Tabi Olduğu Geçerlilik Şartları**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014. (“*Kefalet Benzeri Garanti*”)

Kuntalp, Erden, **Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme)**, 2. Bası, Ankara, BATİHAE, 2013. (“*Karışık Muhtevalı Akit*”)

Kuntalp, Erden, *Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Hukuki Sorumluluk*, Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan, İstanbul, 1995, s. 263 – 299. (“*Teminat*”)

Kuntalp, Erden, *Yargıtay Kararları Açısından Kredi Kartı, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, BATİHAE, Ankara, 1996, s. 273 – 300. (“*Kredi Kartı*”)

Kuru, Baki, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku**, İstanbul, Onikilevha, 2016.

Midyat, Nuri Aziz, *Türk Ticaret Kanunu’nda Düzenlenen Teselsül Karinesinin Müteselsil Kefaletin Şekil Konusuna Etkisi*, İÜHFİM, C. LXXV., Sa. 2, 2017, s. 681 – 706.

Nomer, Haluk Nami, **Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları**, İstanbul, Beta, 2002. (“*Beklenen Hak*”)

Nomer, Haluk Nami, *TBK m. 593, f.3’te Yer Alan Gerçek Kişilerin Kefaletine İlişkin 10 Yıllık Sürenin Hukuki Niteliği ve 818 Sayılı (Eski) Borçlar Kanunu Zamanında Kurulmuş Kefaletlere Etkisi*, Prof. Dr. Necla Giritlioğlu’na Armağan, İstanbul, Onikilevha, 2020, s. 425 – 441. (“*Hukuki Nitelik*”)

Nomer, Haluk Nami, *Rücu İstemine İlişkin Zamanaşımı (TBK m. 73)*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, 3-4 Haziran 2011, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, s. 249-255. (“*Zamanaşımı*”)

Nomer, Haluk Nami, *Halefiyet ile Rücu Hakkı Arasındaki İlişki, Özellikle Sosyal Sigortalar ile Özel Sigortaların Rücu Hakları Bakımından Halefiyetin Rolü*, İÜHFİM, C. 55, Sa. 3, 1997, s. 243 – 260. (“*Halefiyet*”)

Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt 1**, 17. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019. (“*Borçlar Genel I*”)

Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt 2**, 14. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018. (“*Borçlar Genel II*”)

Oğuzman, Kemal / Barlas, Nami, **Medeni Hukuk**, 26. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020. (“*Medeni Hukuk*”)

Özdemir, Atalay, *Borçlar Yasasının 110. maddesine Eklenen Yeni Fıkra ve Banka Teminat Mektupları*, **YD**, C. 10, Sayı No. 3, 1984, s.252-271. (“*BTM*”)

Özen, Burak, **Kefalet Sözleşmesi**, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017. (“*Kefalet*”)

Özen, Burak, *Tüketici Kredileri Çerçevesinde Verilen Kişisel Teminatların Geçerliliği*, **Makaleler - Tebliğler (2001 – 2020)**, İstanbul, Onikilevha, 2021, s. 447 – 458. (“*Kişisel Teminat*”)

Öztürk, İdil Zeynep, **Kişisel Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2012. (“*Rücu*”)

Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet, **Medeni Usul Hukuku**, 8. Bası, İstanbul, Onikilevha, 2020.

Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal, **Kıymetli Evrak Hukuku Esasları**, 23. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019. (“*Kıymetli Evrak*”)

Pulaşlı, Hasan, **Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları**, Dayınlarlı Yayıncılık, 1989. (“*Şart*”)

Reisoğlu, Safa, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Bası, İstanbul, Beta, 2014. (“*Borçlar Genel*”)

Reisoğlu, Seza, **Garanti Mukavelesi**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1963. (“*Garanti*”)

Reisoğlu, Seza, **Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Teminat Mektupları Kontrgarantiler**, Ankara 1983. (“*Teminat Mektupları*”)

Reisoğlu, Seza, *Yabancı Para Üzerinden Taahhüt Altına Girilmesi ve Hukuki Sonuçları*, **BATİDER**, C. 13, Sa. 3 – 4, 1986, s. 143 – 156.

Reisoğlu, Seza, *Banka Teminat Mektuplarında Kayıtsız Şartsız Ödeme Taahhüdü ve Hukuki Sonuçları*, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XX**, Ankara 1989, s. 67 – 91. (“*Ödeme Taahhüdü*”)

Reisoğlu, Seza, *Vadeli Teminat Mektuplarından Ötürü Bankaların Sorumlu Tutulabilecekleri Süre*, **AÜHF Osman Fazıl Berki Armağanı**, Ankara, 1977, s. 749 – 755. (“*Süre*”)

Sayın, Feyza Eren / Koyuncu, Kenan, *Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri Açısından Uyarlama Sorunu*, **İÜHF**, C. LXX, S. 1, 2012, s. 319 – 356. (“*Uyarlama*”)

Serozan, Rona, (Kocayusufpaşaoğlu, Necip / Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdulkadir), **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 3, 7. Baskı, İstanbul, Filiz, 2016. (“*Borçlar Genel*”)

Serozan, Rona, **Medeni Hukuk**, 8. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018. (“*Medeni Hukuk*”)

Serozan, Rona, **Eşya Hukuku I**, 3. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014.

Sirmen, Lale, **Türk Özel Hukukunda Şart**, Ankara, BATİHAE, 1992. (“*Şart*”)

Şahin, Turan, **Üçüncü Kişinin Edimini Taahhüt**, Kırıkkale, Yetkin Yayınları, 2006. (“*ÜFT*”)

Şener, Oruç Hami, *Sözleşmeyle Yapılan Teminat Amaçlı Borca Katılma*, **DEÜHFD**, C. 11, Özel Sa. 9, 2010, s. 1279 – 1322. (“*Borca Katılma*”)

Tahiroğlu, Bülent, *Roma Hukukunda Borcun Teminatlarından Kefalet*, **İÜHFM**, c. 42, sa. 1-4, 1976, s. 323 – 340. (“*Kefalet*”)

Tahiroğlu, Bülent, **Roma Borçlar Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları, 2014. (“*Roma Borçlar Hukuku*”)

Tandoğan, Haluk: **Garanti Mukavelesi (Mahiyeti ve Benzeri Hukuki Münasebetlerden Tefriki)**, Ankara, BATİHAE, 1959. (“*Garanti*”)

Tandoğan, Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt 2, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010. (“*Borçlar Özel II*”)

Tandoğan, Haluk, *Bankaların Akdi Bir Mükellefiyetin Yerine Getirilmesi İçin Verdikleri Teminat Mektupları Yüzünden Muhataba Ödemede Bulunması Halinde Lehbara Rücu Edebilmeleri Meselesi Hakkında*, **BATİDER**, C. V, Sa. 4, 1970, s. 655 – 662. (“*Rücu*”)

Tekinalp, Ünal, **Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları**, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009. (“*Banka Hukuku*”)

Tekinay, Selahattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1985. (“*Borçlar Genel*”)

Tunçomağ, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku, C.1, Genel Hükümler**, 6. Bası, İstanbul, Sermet Matbaası, 1976. (“*Borçlar Genel*”)

Turan Başara, Gamze, *Türk Borçlar Kanunuyla Getirilen Yeni Bir Müessese: Borca Katılma*, **AÜHFD**, C. 63, Sa. 2, Ankara, 2014, s. 419 – 448. (“*Borca Katılma*”)

Turan, Gamze, *Garanti ve Kefalet Sözleşmeleri Arasındaki Farklı ve Banka Kredi Kartı Sözleşmelerindeki Şahsi Teminatın Niteliği*, **TBB Dergisi**, Sa. 66, Ankara, 2006, s. 27 – 50. (“*Kefalet - Garanti*”)

Ulutaş Çelik, Esra, **Garanti Sözleşmeleri**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2014. (“*Garanti*”)

Uyan, Göktürk, *Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt (BK md.110–TBK md.128) Müessesesinin Tarihsel Arka Planı ve Roma Hukukundaki Yeri*, Prof. Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan, İstanbul, Der Yayınları, 2011, s. 269 – 283. (“*Tarihsel Arka Planı*”)

Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 13. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2021. (“*Kıymetli Evrak*”)

Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan / Nomer Ertan, Fusun, **Ticari İşletme Hukuku**, 6. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019.

Yavuz, Cevdet / Acar, Faruk / Özen, Burak, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 16. Baskı, İstanbul, Beta, 2019. (“*Borçlar Özel*”)

Yener Coşkun, Hilal, **Banka Teminat Mektuplarında İlgililerin Hak ve Borçları**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012. (“*BTM*”)

Yenice, Arife Özge, **Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri**, Ankara, Onikilevha, 2009. (“*Rücu İlişkileri*”)

Yıldız Portakal, Seda, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borca Katılma**, İstanbul, Onikilevha, 2016. (“*Borca Katılma*”)

Yüce, Melek Bilgin, **Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007. (“*Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt*”)

Yüce, Melek Bilgin, *Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhütte Rücu*, DEÜHFD, Cilt 11, Özel Sayı 2009, s. 1435 – 1454. (“*Rücu*”)

Yüce, Melek Bilgin, *Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüdün Hukuki Niteliği*, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, Sa. 2, 2007, s. 529 – 546. (“*Hukuki Nitelik*”)

Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah, **Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi**, İstanbul, Onikilevha, 2014. (“*Tasarruf İşlemi*”)

von TUHR, Andreas, **Borçlar Hukuku 1-2**, Çev: Cevat Edege, Ankara, Yargıtay Yayınları, 1983. (“*Borçlar Hukuku*”)

Zimmermann, Reinhard, **The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition**, Oxford University Press, 1996. (“*The Law of Obligations*”)