

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**KONTRGARANTİ SÖZLEŞMESİNDE
TALEP HAKLARI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Bayram Deniz YURTTAŞ

ANKARA, 2022

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

KONTRGARANTİ SÖZLEŞMESİNDE

TALEP HAKLARI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Bayram Deniz YURTTAŞ

TEZ DANIŞMANI

Doç. Dr. Başak ŞİT İMAMOĞLU

ANKARA, 2022

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

KONTRGARANTİ SÖZLEŞMESİNDE

TALEP HAKLARI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TEZ DANIŞMANI

Doç. Dr. Başak ŞİT İMAMOĞLU

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı

İmzası

1- Doç. Dr. Aslı E. GÜRBÜZ USLUEL

2- Doç. Dr. Başak ŞİT İMAMOĞLU

3- Dr. Öğretim Üyesi Murat GÜREL

Tez Savunma Tarihi

20/06/2022

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne

Doç. Dr. Başak ŞİT İMAMOĞLU danışmanlığında hazırladığım “Kontrgaranti Sözleşmesinde Talep Hakları (Ankara, 2022)” başlıklı yüksek lisans tezimdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

Tarih: 20.06.2022

Adı-Soyadı ve İmza

Bayram Deniz Yurttaş

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	I
KISALTMALAR	V

GİRİŞ

I. KONUNUN TAKDİMİ	1
II. BANKA TEMİNAT İLİŞKİLERİ	3
III. BANKA GARANTİSİ	6
IV. BANKA GARANTİSİ – KONTRGARANTİ İLİŞKİSİ	9

BİRİNCİ BÖLÜM

KONTRGARANTİ SÖZLEŞMESİNİN TANITILMASI

I. TANIMI	11
1. Genel Olarak	11
2. Türk Hukukunda	11
3. Alman ve İsviçre Hukukunda	13
4. Talep Garantilerine İlişkin Birörnek Kurallarda	15
5. Görüşümüz	16
II. HUKUKÎ NİTELİĞİNE İLİŞKİN GÖRÜŞLER	17
1. Kefalet Sözleşmesi ve Rücûa Kefalet Görüşü	17
2. Garanti Sözleşmesi Görüşü	19
A. Türk Hukukunda.....	19
B. Alman ve İsviçre Hukukunda.....	21
3. Vekâlet Sözleşmesi Görüşü	22
4. Değerlendirme.....	23
III. UNSURLARI.....	27
1. Genel Olarak	27
2. Kontrgaranti Alanı Belirli Bir Hareket Tarzına Yöneltilme Amacı.....	27
3. Belirli Bir Riskin Üstlenilmesi.....	29
A. Risk Kavramı.....	29
B. Bir Riskin Kısmen Üstlenilmesi ve Birden Çok Hareket Tarzından Doğan Risklerin Bir Kontrgaranti Sözleşmesiyle Üstlenilmesi	31
a. Bir Riskin Kısmen Üstlenilmesi	31

b. Birden Çok Hareket Tarzından Doğan Risklerin Bir Kontrgaranti Sözleşmesiyle Üstlenilmesi	32
C. Riskin Belirli ya da Belirlenebilir Olması	33
D. Yeni Risklerin Üstlenilmesi	36
4. Bağımsızlık	37
5. İvazsızlık	39
IV. KURULMASI	40
1. Tarafları	41
A. Garantör Banka	42
B. Kontrgarantör Banka	43
C. Kontrgaran	43
2. Geçerlilik Şartları	45
3. Çeşitli İhtimallere Göre Kurulma	48
A. Doğrudan Banka Garantilerinde	48
B. Dolaylı Banka Garantilerinde	49
C. Kontrgaranti Karinesi (İstisnai Kurulma)	50
V. SONA ERMESİ	51

İKİNCİ BÖLÜM

TEMİNAT MEKTUBUNUN NAKDE TAHVİL EDİLMESİNDEN ÖNCE DOĞAN TALEP HAKLARI

I. KOMİSYON ÖDENMESİ	54
1. Genel Olarak	54
2. İşleyeceği Dönem	57
A. Sürenin Başlangıcı	57
B. Sürenin Sonu	59
3. Miktarı	62
4. Muacceliyeti ve Zamanaşımı	63
5. Özellik Gösteren Konular	65
A. Muhatabın Komisyondan Sorumluluğu	65
B. Bankanın Komisyon Oranını Tek Taraflı Olarak Artırabileceğine İlişkin Kayıtlar	67
C. Bankanın Faaliyet İzninin Kaldırılması ve İflâsı Halinde Komisyon	68
D. Zamanaşımına Uğrayan Teminat Mektubunu Ödeyen Bankanın Komisyon Talep Hakkı	70

II. TEMİNAT MEKTUBUNUN İADE EDİLMESİ	71
III. EK TEMİNAT GÖSTERİLMESİ	73
IV. NAKİT DEPO EDİLMESİ	76
1. Genel Olarak	76
2. Kullanımı	78
A. Genel Olarak.....	78
B. Nakit Depo Talebi Bir Gerekçeye Dayanmalı Mı?	80
c. Doktrindeki Görüşler	80
d. Yargıtay'ın Yaklaşımı.....	82
e. Görüşümüz	84
3. Kefilin Nakit Depo Edilmesinden Sorumluluğu	85
4. Talep Hakkının Devri.....	88
5. Temerrüt Faizi.....	90
6. İhtiyati Hacze Konu Olup Olamayacağı Hususu	91
7. İhtiyati Tedbir Kararlarının Etkisi.....	92
A. Teminat Mektubu Bedelinin Ödenmesini Yasaklayan İhtiyati Tedbir Kararının Etkisi..	92
B. Kontrgaranın Malvarlığı Üzerindeki İhtiyati Tedbir Kararının Etkisi	94
8. Depo Davasına İlişkin Konular	95
A. İcra İnkâr Tazminatı	95
B. Kötü Niyet Tazminatı (İİK 67/2).....	98
C. Karar ve İlam Harcı ile Vekalet Ücreti	98
D. Depo Talebine İlişkin Davanın Konusuz Kalması	99
9. İflâsın Etkisi	101
A. Kontrgaranın İflâsı	101
B. Kontrgaranti Alanın İflâsı	102
10. Sonuçları	102
A. Teminat Mektubunun Kredi Sınırının Hesaplanmasında Dikkate Alınmaması....	103
B. Kaydî Para Yaratılması	104

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TEMİNAT MEKTUBUNUN NAKDE TAHVİL EDİLMESİNDEN SONRA DOĞAN TALEP HAKKI: KONTRGARANTİ ALACAĞI

I. KONTRGARANTİ ALACAĞININ NİTELİĞİ, KAPSAMI VE MUACCALİYET ANI.....	105
--	-----

1. Niteliği	105
2. Kapsamı	107
A. Belirlenmesi.....	107
B. Sınırlanması.....	108
3. Muacceliyet Anı.....	112
II. ÖDEME TALEBİ	115
1. Ödeme Talebinde Bulunabilecek Kişi ve Talebin Yöneleceği Kişi.....	116
2. Talebin Yöneltilebileceği Süre.....	118
3. Şekli ve İçeriği	122
A. Şekli.....	122
B. İçeriği.....	124
a. Riskin Gerçekleştiğinin Bildirilmesi.....	124
b. Riskin Gerçekleştiğinin İspatı.....	126
c. Ödenmesi İstenen Tutar	127
d. Ödeme Talebi ile Birlikte Sunulacak Belgeler	127
4. İncelenmesi	127
A. İncelemenin Kapsamı ve Ölçüsü.....	129
B. İnceleme Süresi	131
5. Kontrgaranti Alana Karşı İleri Sürülebilecek Defi ve İtirazlar.....	132
III. ÖDEME	138
IV. SONA ERMESİ VE ZAMANAŞIMI.....	141
1. Sona Ermesi	141
A. Genel Olarak Sona Erme Nedenleri	141
B. Özellik Gösteren Sona Erme Nedenleri	142
a. Kontrgaranti Alanın Kusuruyla Riskin Gerçekleşmesi.....	142
b. Taahhüt Edilen Sonucun Gerçekleşmesi.....	143
c. Sürenin Sona Ermesi.....	144
2. Zamanaşımı.....	145
SONUÇ.....	147
ÖZET.....	154
ABSTRACT	154
KAYNAKÇA	155

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
Abs.	: Absatz
AdBD	: Adana Barosu Dergisi
AİTİAD	: Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi
AkÜHFD	: Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AndHD	: Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Art.	: Artikel
aşa.	: aşağıda
Aufl.	: Auflage
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
BankK	: 5411 sayılı Bankacılık Kanunu
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BBl.	: Bundesblatt
BDDK	: Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu
BG	: Bundesgericht
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	: Bundesgesetzblatt
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	: Bundesgerichtshof
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
Diss.	: Dissertation
dn.	: dipnot
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DZWIr	: Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
E.	: Esas
EBD	: Eskişehir Barosu Dergisi
EBK	: 818 sayılı Eski Borçlar Kanunu
E.T	: Erişim Tarihi
Fon	: Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu
hakk.	: hakkında
HD	: Hukuk Dairesi
HGB	: Handelsgesetzbuch
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Hrsg.	: Herausgegeben von
I.	: Issue
ICC	: International Chamber of Commerce
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi

İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İİK	: 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu
İÜHFD	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İzBD	: İzmir Barosu Dergisi
K.	: Karar
Karş.	: karşılaştırınız
MBD	: Manisa Barosu Dergisi
MTO	: Milletlerarası Ticaret Odası
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
N.	: Numara
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
OLG	: Oberlandesgericht
OR	: Obligationenrecht
RG	: Resmî Gazete
s.	: Sayfa
Sa.	: Sayı
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCMB	: Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası
TD	: Ticaret Dairesi
TGİBK	: Talep Garantilerine İlişkin Birörnek Kurallar
THD	: Terazi Hukuk Dergisi
TL	: Türk Lirası
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
UAÜHFD	: Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law
URDG	: Uniform Rules for Demand Guarantees
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
Y.	: Yargıtay
YD	: Yargıtay Dergisi
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
yuk.	: yukarı
ZSR	: Zeitschrift für Schweizerisches Recht

GİRİŞ

I. KONUNUN TAKDİMİ

Kontrgaranti sözleşmesi, esasen belirli bir banka garanti sözleşmesinden ya da başka bir kontrgaranti sözleşmesinden kaynaklanan riski bertaraf etme amacına hizmet eder. Bu amaç doğrultusunda, kontrgaranti sözleşmelerinde genellikle kontrgaranti taahhüdüne ilişkin hükmün dışında, kontrgaranti alana çeşitli talep hakları sağlayan birtakım hükümlere de yer verilir. İşte çalışmanın odak noktasında, kontrgaranti sözleşmeleri ile kontrgaranti taahhüdünü içeren genel kredi sözleşmelerinde yer alan bu hükümler sayesinde kontrgaranti alan bankanın elde ettiği talep hakları bulunmaktadır.

Kontrgaranti alan banka, kontrgaranti sözleşmesine dayanarak kontrgarandan teminat mektubu komisyonunu ödemesini, ek teminat göstermesini, teminat amaçlı nakit depo etmesini ve risk gerçekleştiğinde kontrgaranti bedelini ödemesini talep edebilmektedir. Hatta, bazı hallerde, kontrgarana muhatabın elinde bulunan teminat mektubunu iade etmesi talebi dahi yöneltilmektedir. Şüphesiz, kontrgaranti sözleşmeleri ile kontrgaranti taahhüdünü içeren genel kredi sözleşmelerinden kaynaklanan, kontrgaranti alana ait talep hakları bunlardan ibaret değildir. Ne var ki; kontrgaranti alan banka tarafından kullanılabilen tüm talep haklarının tespiti ve incelenmesi, çalışma kapsamını hayli aşar. Bu sebeple, çalışmada yalnızca uygulamada sıklıkla karşılaşılan talep hakları incelenmiştir.

Türk hukukunda kontrgaranti sözleşmesini düzenleyen pozitif bir kural, mevcut değildir. Bu sebeple, kontrgaranti alana ait talep haklarından kaynaklanan hukukî sorunların nasıl çözüme kavuşturulacağı üzerinde durulması faydalı olacaktır.

Çalışma, üç bölümden oluşmaktadır. Öncelikle, Giriş bölümünde banka teminat ilişkilerine ve banka garantilerine kısaca değinilmiş, akabinde banka garanti sözleşmesi ve kontrgaranti sözleşmesi arasındaki sıkı bağlantıdan bahsedilmiştir. Birinci Bölüm’de, kontrgaranti sözleşmesi tanıtılmaya çalışılmıştır. Bu bölümde, kontrgaranti sözleşmesinin tanımı, hukukî niteliği, unsurları, kurulması ve sona ermesi üzerinde durulmuştur. Çalışmada kontrgaranti sözleşmesinden doğan talep hakları, ikili bir ayırım yapılarak incelenmiştir. İkinci Bölüm’de, teminat mektubu nakde tahvil edilmeden önce doğan, komisyon alacağına, ek teminat gösterilmesine, teminat mektubunun iade edilmesine ve nakit depo edilmesine ilişkin talep haklarına yer verilmiştir. Üçüncü Bölüm, kontrgaranti sözleşmesi kapsamında asli edim yükümlülüğü niteliğinde olan kontrgaranti alacağına hasredilmiştir.

Kontrgaranti sözleşmesi ile garanti sözleşmesi arasında yüksek oranda bir benzerlik olduğu inkâr edilemez. Bu nedenle, kontrgaranti sözleşmesi incelenirken garanti sözleşmesine ilişkin yargı kararları ile doktrindeki görüşlerden de yararlanılmıştır.

Talep Garantilerine İlişkin Birörnek Kurallar’da kontrgaranti sözleşmesine ilişkin birtakım hükümlere yer verilmiştir. Bu hükümleri, tek tek ele almak çalışma kapsamını aşar. Bu sebeple, Talep Garantilerine İlişkin Birörnek Kurallar’a yeri geldiğinde kısaca değinilecektir.

II. BANKA TEMİNAT İLİŞKİLERİ

İfası vadeye yayılmış her borç, edimin zamanında ve gereği gibi ifa edilmemesi riskini beraberinde getirir. Bu risk, karşı tarafa duyulan güvenin önüne geçtiğinde borç ilişkisinin kurulmasına dahi engel olabilir. Risk dolayısıyla ortaya çıkan ve özellikle ticarî hayatı olumsuz etkileyen güven sorunu, nüfus artışıyla daha belirgin bir şekilde kendisini hissettirmiş, kişileri çözüm arayışına yöneltmiştir¹. Bu arayışlar sonucunda kişiler, güven sorununun çözümünü, karşı tarafa alacak hakkını temin eden birtakım haklar vermekte buldular².

Önceleri karşı tarafın, üzerine düşen yükümlülüğü anlaşıldığı gibi yerine getirmemesi riskini bertaraf etmek için kefalet vb. kişisel teminatlar yeterli görülmekteyken, ticarî hayatın karmaşık hale gelmesiyle daha güvenli teminatlar aranır oldu³. Bu ihtiyacı karşılamak amacıyla teminat ilişkilerine itibar kurumları olan bankaların dâhil edilmesi yoluna gidilmiş ve böylece banka teminat ilişkileri ortaya çıkmıştır.

Banka, müşterisinin talebi veya talimatı üzerine çeşitli sıfatlarla hukukî ilişkilerde sorumluluk üstlenerek teminat verebilir.

Bankanın, müşterisinin talebi üzerine kambyo taahhüdünde bulunarak teminat sağlaması mümkündür. Banka, üzerine çekilen poliçeyi kabul⁴ ettiğinde, ciro zincirinde

¹ **KUNTALP**, Erden: Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk, Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan, İstanbul 1995, s. 266; **YENİCE**, A. Özge: Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri (*Anılış: Rücu*), İstanbul 2009, s. 3; **YENER COŞKUN**, Hilal: Banka Teminat Mektuplarında İlgililerin Hak ve Yükümlülükleri, İstanbul 2012, s. 18-19; **BEDİR**, Cemre: Teminat Kavramı ve İpotek, İBD 2021, C. XCV, Sa. 2, s. 213.

² **von TUHR**, Andreas: Borçlar Hukukunun Umumi Kısım (Çev. Cevat Adege), 2. Bası, Ankara 1983, C. I-II, s. 131; **KUNTALP**, s. 266; **YENİCE**, Rücu, s. 4; **DEVELİOĞLU**, Hüseyin Murat: Bağımsız Garanti Sözleşmeleri (*Anılış: Bağımsız Garanti*), İstanbul 2021, s. 7.

³ **DOĞAN**, Vahit: Teminat Mektupları, 6. Bası, Ankara 2020, s. 3; **YENER COŞKUN**, s. 19.

⁴ Banka; üzerine çekilen poliçeyi, müşterisiyle akdettiği (gayrınakdî) kredi sözleşmesi çerçevesinde aldığı talimatla kabul eder. Bu sözleşme kapsamında banka, müşterisine üzerine poliçe çekme izni verir ve bu poliçeyi kabul edeceğini taahhüt eder (**HUECK**, Alfred/**CANARIS**, Claus-Wilhelm: Recht der Wertpapiere, 11. Aufl., München 1977, s. 43; **TEKİNALP**, Ünal: Banka Hukukunun Esasları, 2. Bası, İstanbul 2009, N. 39-162; **KAPLAN**, İbrahim: Banka Sözleşmeleri Hukuku, 2. Bası, Ankara 2020, s. 302). Buna karşılık bankanın müşterisi, poliçenin vadesinden önce bankaya poliçe bedelini yatırmayı ve komisyon

yer aldığına ya da bir kimse için aval verdiği; söz konusu senedin ödeneceğine ilişkin güven artar (*senet değerlenir*⁵) ve senet piyasada daha kolay dolaşır⁶. Bankanın imzasını taşıyan bir senet, rahatlıkla bir bankaya iskonto ettirilebileceği gibi, bir borcun ifası amacıyla ya da bir borcu teminen kullanılabilir⁷. Şüphesiz, bankanın imza atmakla sağladığı güvence, yalnızca bankaya ödeme için başvuru hakkına sahip olanlara özgüdür⁸.

Uygulamada örneğine rastlanmasa da banka, müşterisiyle birlikte borç üstlenmek suretiyle de alacaklıya teminat verebilir⁹.

Banka; geleneksel teminatlar vermek yerine muhataba, müşterisinin arkasında durduğunu beyan etmeyi yeğleyebilir¹⁰. Himaye beyanı olarak adlandırılan bu beyanla banka, saygınlığını ortaya koyarak muhataba güvence verme amacını güder¹¹. Himaye beyanları çeşitli şekillerde düzenlenebildiğinden, bankanın (beyanda bulunarak) sağla-

ödemeyi yüklenir (**İPLİKÇİOĞLU**, İsmail Hakkı: Tatbikî ve Hukukî Yönden Banka Muameleleri, İstanbul 1971, s. 113-114; **TEKİNALP**, N. 39-162; **CLAUSSEN**, Carsten Peter: Bank- und Börsenrecht, München 1996, s. 197). Esasında bankalar, protesto edilmekten çekindikleri için poliçe kabul etmeye pek yanaşmazlar; poliçe kabul etmek yerine aval vermeyi ya da senedi ciro etmeyi tercih ederler (**KÖLEMEZLİ**, Murtaza: Banka Kredileri, 2. Bası, İzmir 1983, s. 59). Uygulaması pek olmayan banka kabul işlemleri, -nadiren de olsa- dış ticaretin finansmanında kullanılmaktadır (**KANDİLLER**, Rıza: Banka Hukuku ve Bankalar Kanunumuzun Başlıca Hükümleri, 1986, s. 56; **ALTAN**, Mikhail: Fonksiyonlar ve İşlemler Açısından Bankacılık, İstanbul 2001, s. 142).

⁵ **KANDİLLER**, s. 56.

⁶ **YÜKSEL**, Sait A./**YÜKSEL**, Ashi/**YÜKSEL**, Ülkü: Bankacılık Hukuku ve İşletmesi, 10. Bası, İstanbul 2004, s. 555; **TEKİNALP**, N. 39-162.

⁷ **HUECK/CANARIS**, s. 44; **TEKİNALP**, N. 39-162. Uygulamada bankanın, kendisinin kabul ettiği poliçeyi iskonto ettiğine de rastlanmaktadır. Bu halde bankanın müşterisi nakit elde ederken, banka da ek olarak iskonto faizi kazanır. Ayrıca banka, müşterisinin başka bir bankayla etkileşime geçmesinin de önüne geçer ve böylece müşterisini kaybetme tehlikesini ortadan kaldırır (**HUECK/CANARIS**, s. 43; **TEKİNALP**, N. 39-164).

⁸ **ÇEVİK**, Kemal: Ekonomi Hukuku Yaklaşımı ile Banka Hukuku, 2. Bası, Ankara 2009, s. 350.

⁹ **TEKİNALP**, N. 39-161.

¹⁰ Bankanın geleneksel teminatlar vermek yerine himaye beyanında bulunmayı seçmesinin birçok nedeni olabilir. Bu nedenler hakk. bkz. **KIRCA**, İsmail: Kredi Teminat Aracı Olarak Himaye Beyanı, AÜHFD 1995, C. XLIV, Sa. 1-4, s. 453 vd.; **YILMAZ**, Asuman: Şirketler Topluluğu Uygulamasında Himaye Beyanları ve Bu Beyanların Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m. 209 Hükmü Açısından Değerlendirilmesi (Anılış: Himaye Beyanı), BATİDER 2009, C. XXV, Sa. 4, s. 417 vd.; **MAIER-REIMER**, Georg/**ETZBACH**, Peter: Die Patronatserklärung, NJW 2011/16, s. 1112.

¹¹ **KIRCA**, s. 452; **YILMAZ**, Himaye Beyanı, s. 415; **MAIER-REIMER/ETZBACH**, s. 1110; **ATAKAN**, Murat Can: Şirketler Topluluğunda Hamilik Beyanları ve Sorumluluğa Etkisi, AÜHFD 2020, C. LXIX, Sa. 3, s. 1508.

dığı teminatın niteliği ve kuvveti, beyanın içeriğine göre ve bankanın saygınlığı çevresinde şekillenir¹².

Banka tarafından verilebilecek başka bir teminat türü de kefalettir¹³. Banka kefaletinde banka, -kural olarak¹⁴- müşterisine kefil olmakta, müşterisinin alacaklısına (kefil sıfatıyla) teminat vermektedir. Kefil banka, -tıpkı avalde olduğu gibi (TTK 702/3)- üstlendiği sorumluluk nedeniyle ödediği bedeli müşterisine rücu etme hakkını bir sözleşmeden değil, doğrudan kanundan almaktadır (TBK 596)¹⁵.

İşte tüm bu teminatların yanında banka, garanti veya kontrgaranti vererek de müşterisi lehine teminat sağlayabilir. Nitekim, uluslararası ticaret hacminin II. Dünya Savaşı sonrasında artış göstermesi; teşebbüsleri, hakkında tam bilgi sahibi olmadığı kişilerle de hukukî ilişkiye girmeye itmiştir¹⁶. Karşı tarafın borcunu ifa edip etmeyeceği belirsizliğin yanında uluslararası ilişkileri düzenleyen kuralların bulunmaması ve uygulanacak hukukun belirsizliği gibi risklerle karşılaşan teşebbüsler, bekledikleri ekonomik menfaatleri eksiksiz bir şekilde elde etmek için geleneksel teminatlara göre daha sağlam güvence- lere ihtiyaç duymuşlardır¹⁷.

¹² Himaye beyanı, farklı içeriklere sahip olabilir [**KIRCA**, s. 455 vd.; **NOBEL**, Peter: Die Patronatserklärungen und ähnliche Erscheinungen, Berner Bankrechtstag 1997 (Personalsicherheiten), s. 57-58; **MAIER-REIMER/ETZBACH**, s. 1111]. Himaye beyanları, yumuşak himaye beyanları ve katı himaye beyanları olmak üzere ikiye ayrılır. Himaye beyanıyla beyanda bulunan mali bir yükümlülük üstleniyorsa, katı himaye beyanından söz edilir (**YILMAZ**, Himaye Beyanı, s. 421; **ATAKAN**, s. 1513). Yumuşak himaye beyanları ise, beyanda bulunanın mali bir yükümlülük üstlenmeyip belirli bir durum veya davranışı taahhüt ettiği hallerde söz konusu olur (**YILMAZ**, Himaye Beyanı, s. 423; **ATAKAN**, s. 1513-1514).

¹³ **ALPAY**, Sadık: Kefalet ve Teminat Mektupları, İstanbul 1996, s. 3; **KAPLAN**, s. 302. Banka kefaleti zaman içerisinde değişime uğramıştır. Önceleri banka kefaleti, tipik bir kefalet niteliğindeyken; banka kefaletinin teminat gücü artırılmak istenmiş, kefilin ilk talepte ödemekle yükümlü olduğu, defî ve itiraz ileri sürmekten vazgeçtiği sözleşmelerde hükme bağlanmaya başlanmıştır. Böylece ilk talepte ödeme taahhütlü kefaletler (*Bürgschaft auf erstes Anfordern*) ortaya çıkmıştır (**CLAUSSEN**, s. 200).

¹⁴ Banka müşterisinin kendi borcu için bankaya kefalet talebinde bulunma zorunluluğu yoktur. Pekâlâ müşteri, göstereceği üçüncü kişinin borcuna kefalet vermesi için de bankaya talimat verebilir.

¹⁵ **BATTAL**, Ahmet: Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara 2006, s. 204.

¹⁶ **DOHM**, Jürgen: Bankgarantien im internationalen Handel, Bern 1985, s. 29; **ARKAN**, Sabih: Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukukî Durumu, BATİDER 1992, C. XVI, Sa. 4, s. 59; **von WESTPHALEN**, Friedrich Graf: Die Bankgarantien im internationalen Handelsverkehr, 3. Aufl., Frankfurt am Main 2005, s. 1; **KAHYAOĞLU**, Emin Cem: Banka Garantileri, İstanbul 1996, s. 1; **DOĞAN**, s. 1.

¹⁷ **YÜKSEL/YÜKSEL/YÜKSEL**, s. 573; **ARKAN**, s. 59; **KAHYAOĞLU**, s. 1; **DOĞAN**, s. 2.

Bugün uygulamada bankaların verdikleri teminatların çok büyük bir kısmı, garantiler ve bunların teminatını oluşturan kontrgarantilerden ibarettir¹⁸. Bu nedenle, banka teminat ilişkileri kapsamında da olsa, banka garantilerini ayrıca incelemek gerekir.

III. BANKA GARANTİSİ

Banka garantisi yaygınlaşmasını¹⁹, teminat ve likidite işlevlerine²⁰ borçludur²¹. Bu teminatın masrafsız, hızlı ve kolay verilebilir olması da tercih sebepleri arasında sayılabilir²².

¹⁸ 2022/3 dönemine ait Aylık Bankacılık Sektörü Verileri [Bilanço Dışı İşlemler (www.bddk.org.tr/bultenaylik)]:

(milyon TL)	Türk Parası	Yabancı Para	Toplam
Teminat Mektupları	536.247	772.693	1.308.940
Kabul Kredileri	5.238	53.271	58.509
Cirolar	6.776	17.845	24.622
Diğer Garanti ve Kefaletler	80.541	88.380	168.921

¹⁹ Fer'ilik ve ikincillik özellikleri nedeniyle banka kefaletinin yeterli teminatı sağlamadığı düşünüldüğünden; kişiler, garanti uygulaması yaygınlaşmadan önce (riskleri ortadan kaldırmak için) teminat amacıyla karşı taraf nezdinde nakit veya kıymetli evrak depo ediyordu [SCHINNERER, Erich/AVANCINI, Peter: Bankverträge II. Teil, 3. Aufl., Wien 1978, s. 288-289; DOHM, s. 30; von WESTPHALEN, s. 3; STREULE, Markus: Bankgarantie und Bankbürgschaft, Zürich 1987, s. 22; NIELSEN, Jens: Bankrechts-Handbuch §121 (Hrsg. SCHIMANSKY, Herbert/BUNTE, Hermann-Josef/LWOWSKI, Hans-Jürgen) 3. Aufl., München 2007, Band II, s. 1983; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 12]. Böyle bir teminat, likit varlıkları durağan hale getirdiğinden, teminat vereni (özellikle uzun süren hukukî ilişkilerde) malî yönden zor duruma düşürmekteydi [DOHM, s. 30; USTA, Mahmut: TL Teminat Mektupları, 4. Bası, İstanbul 1996, s. 2; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 12. Likit varlıkları durağan tutmak yalnızca teminat veren kimse için değil, ülke ekonomisi açısından da olumsuz sonuçlar doğurur. Öyle ki; bu halde piyasadaki likit varlık azalır ve (toplam) talebin baskılanma tehlikesi ortaya çıkar (PAMUKÇU, İ. İzzettin: Bütün Yönleri ile ve Çeşitli Örneklerle Teminat Mektupları, Ankara 1976, s. 5; TEMİZ, Emine: Banka Teminat Mektupları, MBD 2003, C. 4, Sa. 87, s. 35).]. Kıta Avrupası'nda garanti uygulamasının yaygınlaşmasıyla; teminat amacıyla nakit depo edilmesi yerine, likidite fonksiyonu ile öne çıkan banka garantileri kabul edilmeye başlandı (v. BIEBERSTEIN, Wolfgang Freiherr Marschall: Bankgarantien im internationalen Zahlungsverkehr, Dokumentenakkreditive und Bankgarantien im internationalen Zahlungsverkehr, Frankfurt am Main 1977, s. 27; DOHM, s. 30-31). Böylece günümüzde vazgeçilmez teminat araçları haline gelen banka garantileri, ortaya çıkmış oldu (von WESTPHALEN, s. 2). Banka garantisi ortaya çıkana kadar banka kefaletinin yaygın bir teminat aracı olduğunu söylemek yanlış olmaz. Banka garantisinin ortaya çıkışıyla kişiler, bankalardan kefalet talep etmek yerine garanti talep etmeyi tercih ettiler. Böylece banka garantisi uygulaması, banka kefaleti uygulamasının yerini aldı (v. BIEBERSTEIN, s. 27; STREULE, s. 22).

Üç köşeli hukukî ilişki (*Dreiecksverhältnis*) üzerinde temellenen doğrudan banka garantilerine temel ilişkinin tarafları olan lehtar ve muhatabın yanında garantör banka katılır²³. Temel ilişkinin borçlusu olan lehtar; bankadan, lehtarın temel ilişkiden doğan edimini muhataba karşı garanti etmesini ister. Banka ve lehtar diğer şartlarda da anlaşılırsa; banka, -lehtardan aldığı talimat doğrultusunda- muhatapla bir garanti sözleşmesi akdeder. Böylelikle üç kişinin arasında birbirinden tamamen bağımsız üç ayrı hukukî ilişki meydana gelir. Banka ile muhatap arasındaki ilişkiye teminat ilişkisi (*Garantie-verhältnis*), banka ile lehtar arasındaki ilişkiye karşılık ilişkisi²⁴ (*Deckungsverhältnis*),

²⁰ Banka garantisi temel ilişkisinden bağımsızdır ve bu teminat türünde banka, muhataba karşı asli bir borç yüklenmiştir. Bu nedenle teminat alan, yani muhatap, banka garantilerinde diğer banka teminatlarına göre daha kapsamlı bir korumadan yararlanmış olur [YÜKSEL/YÜKSEL/YÜKSEL, s. 574; KÜMPEL, Siegfried: Bank- und Kapitalmarktrecht, 2. Aufl., Köln 2000, s. 813-814; ARAL, Fahrettin: Banka Teminat Mektuplarının Hukukî Niteliği ve Kefaletten Farkları (*Anlış: Kefaletten Farkları*), Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s. 136]. Teminat işlevinin (*Sicherungsfunktion*) yanında banka garantisinin likidite işlevi (*Liquiditätsfunktion*) de vardır. Çünkü banka garantisinde muhatap, talep üzerine çok kısa bir süre içerisinde mahkeme kararı almak gibi ek bir prosedüre gerek kalmadan likiditeye kavuşma imkânı bulur (YÜKSEL/YÜKSEL/YÜKSEL, s. 574; KÜMPEL, s. 814; DOĞAN, s. 32; YENER COŞKUN, s. 20). İlk talepte ödeme taahhütlü banka garantileri, adi banka garantilerine kıyasla daha kolay paraya çevrilebildiğinden, bu tür banka garantilerinin likidite işlevi daha yüksektir (KÜMPEL, s. 814).

²¹ PAMUKÇU, s. 6; DOHM, s. 33; DOĞAN, s. 31; USTA, s. 2; GUTZWILLER, Christoph P.: Bankgarantien im internationalen Handel, ZSR 124 (2005) I, s. 273.

²² BARLAS, Nami: Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, İstanbul 1986, s. 1; TAŞPOLAT, Ali: Banka Garantileri, İstanbul 1989, s. 11; USTA, s. 3; EKŞİ, Nuray: Milletlerarası Ticaret Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2020, s. 330.

²³ Pek çoğu yerine bkz. SCHÖNLE, Herbert: Bank- und Börsenrecht, München 1971, s. 309; MÜLBERT, Peter O.: Mißbrauch von Bankgarantien und einstweiliger Rechtsschutz, Tübingen 1985, s. 8; EMCH, Urs/RENN, Hugo/ARPAGUS, Reto: Das Schweizerische Bankgeschäft, 6. Aufl., 2004, s. 386; TEKİNALP, N. 39-79; EMMENEGGER, Susan/ZBINDEN, Andrea: Die Inanspruchnahme der Bankgarantie, Schweizerische Bankrechtstagung 2008, s. 144. *Schütze* ise, üç köşeli ilişki yerine, "[banka] garanti işlemi en az iki sözleşmenin bulunmasını şart koşar" demektedir (SCHÜTZE, Rolf A.: Bankgarantien, Bonn 1994, s. 9). Ona göre, banka garantisinin kurulması için temel ilişkinin bulunması gerekli olmayıp; banka ile müşterisi arasında bir iş görme-talimat ilişkisinin bulunması ve bu talimat doğrultusunda bankanın garanti vermesi yeterlidir (SCHÜTZE, s. 9). *Schütze*'nin fikri, bankanın saf garanti taahhüdünde bulunacağı varsayımı altında doğrudur. Zira, saf garanti sözleşmelerinde, garanti alanı belirli bir hareket tarzına yöneltme amacı baskındır ve herhangi bir ilişki kapsamında edim garanti edilmez. Edim garantisinde bulunulmadığı için de temel ilişki söz konusu olmaz (DOĞAN, s. 52). Fakat; uygulamaya bakıldığında, istisnasız tüm banka garantilerinde lehtarın ediminin garanti edildiği, yani banka tarafından verilen garantinin teminat amaçlı olduğu görülür (DOĞAN, s. 52). Dolayısıyla; uygulaması karşısında, banka garantilerinde temel ilişkinin bulunmasının zaruri olmadığı yönündeki fikre katılmak pek güçtür. Ayrıca; sınır aşan ticarî ilişkiler kapsamında verilen banka garantileri, çoğunlukla bir kontrgarantiyi de bünyesinde barındırır. Bu itibarla; banka garantisini, *en az üç kişinin katıldığı* bir ilişki olarak nitelemek daha isabetli olacaktır.

²⁴ Banka, kural olarak, karşılık ilişkisi çerçevesinde müşterisinden (lehtardan) aldığı talimat doğrultusunda garanti veya kontrgaranti verir. Genel itibarıyla karşılık ilişkisi, teminat mektubu veya kontrgaranti teminine yönelik, lehtar ile garantör ya da kontrgarantör banka arasındaki hukukî ilişki olarak ifade edilmektedir (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis: Banka Teminat Mektupları, İBD 2009, C. LXXXIII, Sa. 1,

muhatapla lehtar arasında kurulmuş olan ilişkiye ise temel ilişki (*Grundverhältnis*²⁵) denmektedir²⁶.

Muhatap, garantinin, kendisinin yerleşik bulunduğu ülke hukukuna tâbi olmasını ister; böylelikle siyasi riskleri ve yabancılık unsurundan doğan riskleri bertaraf etmiş olur²⁷. Lehtarın bankası, muhatapla aynı ülkede yerleşik değilse; kendi garantisi yabancı bir ülkede kabul edilmeyebileceğinden, muhatapla aynı ülkede yerleşik başka bir

s. 322; **SONGUR**, Damla G./**CEYLAN**, Çiğdem: Banka Teminat Mektubu – Hukuki Niteliği ve Çeşitleri, UAÜHFD 2014, C. II, Sa. 4, s. 165). Karşılık ilişkisi kapsamında; banka, lehtarın talimatları doğrultusunda muhatapla garanti sözleşmesi veya garantör banka ile kontrgaranti sözleşmesi imzalamaya yönelik işleri göreceğini taahhüt eder. Ayrıca; banka, lehtarın talimatlarına uymakla, garanti veya kontrgaranti ilişkisi kapsamında kendisine yöneltilen ödeme talebini incelemekle ve ödeme talebinin haksızlığı likit (kesin) delillerle ortaya konmuşsa, bu talebi reddetmekle de yükümlüdür. Buna karşılık; lehtarın, bankaya komisyon ödemeyi ve bankanın işin yürütülmesi için yaptığı masrafları ödemeyi taahhüt ettiği kabul edilmektedir [**ZOBL**, Dieter: Die Bankgarantie im schweizerischem Recht, Berner Bankrechtstag 1997 (Personalsicherheiten), s. 48-49; **DOĞAN**, s. 288 vd.; **ARAL**, Fahrettin: Teminat Mektuplarında Lehdar ile Muhatap ve Lehdar ile Banka Arasındaki Hukukî İlişki (*Lehtar ile Banka*), BATİDER 2007, C. XXIV, Sa. 2, s. 193 vd.]. Burada şu hususu vurgulamak gerekir: Dolaylı banka garantilerinde gündeme gelen garantör banka ve kontrgarantör banka arasındaki hukukî ilişki, tıpkı karşılık ilişkisi gibidir. Bu iş görme ilişkisi kapsamında; talimat veren kontrgarantör bankanın hukukî durumu ile karşılık ilişkisi çerçevesinde lehtarın hukukî durumu, kural olarak aynıdır (**CANARIS**, Claus-Wilhelm: Bankvertragrecht Erster Teil, 3. Aufl., Berlin 1988, s. 756; **NIELSEN**, s. 2028 vd.).

Alman hukukunda, karşılık ilişkisinin hukukî niteliği, BGB §675, 631 vd. anlamında eser sözleşmesi karakterli bir iş görme sözleşmesi (*Geschäftsbesorgungsvertrag*) olarak kabul edilmektedir (**CANARIS**, s. 751; **SCHÖNLE**, s. 310; **von WESTPHALEN**, s. 326 vd.). Karşılık ilişkisinin eser sözleşmesi karakteri; bankanın karşılık ilişkisi kapsamında muhatapla garanti sözleşmesi akdedeceği yönünde somut bir sonuç taahhüdünde bulunmasıyla açıklanır (**von WESTPHALEN**, s. 326; **CANBOLAT**, Ferhat: Banka Garantisinde Savunma İmkânları ve İhtiyati Tedbirler, Ankara 2009, s. 67). Öte yandan; İsviçre, Fransız ve Türk hukukunda, karşılık ilişkisinin hukukî niteliğinin vekâlet sözleşmesi olduğu fikri hâkimdir [İsviçre hukuku için bkz. **GUGGENHEIM**, Daniel: Die Verträge der schweizerischen Bankpraxis, 3. Aufl., Zürich 1986, s. 156; **DOHM**, s. 75; **ZOBL**, s. 48. Fransız hukuku için bkz. **VASSEUR**, Michel: Fransız Hukukunda Banka Teminat Mektupları (Çev. *Murat YAVAS*), MÜHF-HAD 2008, C. XI, Sa. 1-2, s. 243. Türk hukuku için bkz. **TEKİNALP**, N. 39-117; **DOĞAN**, s. 118; **CANBOLAT**, s. 68].

Karşılık (vekâlet) ilişkisi kapsamında aldığı talimat doğrultusunda işi gören banka, işin gereği gibi yürütülmesi için yaptığı giderleri, lehtardan talep edebilir (BGB §675, §670-OR Art. 402 Abs. 1-TBK 510/1). İşin gereği gibi yürütülmesi için yapılan giderler kapsamına, banka tarafından ödenen garanti veya kontrgaranti bedeli de girer (**CANARIS**, s. 753; **GUGGENHEIM**, s. 156; **TEKİNALP**, N. 39-129; **ARAL**, Lehtar ile Banka, s. 196). Öyleyse; bankanın, karşılık ilişkisine dayanarak ödediği garanti veya kontrgaranti bedelini lehtardan talep edebileceği ifade edilebilir. Ne var ki; Türk bankacılık uygulamasında, bankalar, ödenen garanti veya kontrgaranti tutarını lehtara yansıtabilmek amacıyla daima lehtarla kontrgaranti sözleşmesi imzalama yoluna gider. Bunun sebebi, somut olayda karşılık ilişkisinin hukukî niteliğinin vekâlet sözleşmesi olarak nitelenmemesi riski olsa gerek.

²⁵ “Haupt- Kausal- ve Valutaverhältnis” ifadeleri de aynı anlamda kullanılmaktadır (**SCHÖNLE**, s. 309; **MÜLBERT**, s. 8; **DEVELİOĞLU**, Bağımsız Garanti, s. 48).

²⁶ **SCHÖNLE**, s. 309; **TEKİNALP**, N. 39-80 vd.; **EMMENEGGER/ZBINDEN**, s. 144-145.

²⁷ **KAHYAOĞLU**, s. 18; **NIELSEN**, s. 2023-2024; **DEVELİOĞLU**, Bağımsız Garanti, s. 36.

bankayı ilişkiye dâhil eder²⁸. Bu aşamada artık doğrudan banka garantisinden değil, dolaylı (*indirekt*) banka garantisinden bahsedilir. Dolaylı banka garantisi şu²⁹ şekilde işler: Lehtar, bankasına yurt dışında lehine garanti verilmesi ihtiyacı olduğunu söyler ve ondan kendisi için garanti verebilecek bir banka bulmasını ister. Lehtarın bankası (birinci banka, kontrgarantör banka), muhatapla aynı ülkede yerleşik ve garanti vermeyi kabul eden bir banka (ikinci banka, garantör banka) bulur ve ona muhataba garanti verme talimatını verir. İkinci banka, birinci bankadan vereceği garantinin güvencesini oluşturacak kontrgarantiyi aldıktan sonra muhataba garanti verir. Böylece dolaylı banka garantisi kurulur.

IV. BANKA GARANTİSİ – KONTRGARANTİ İLİŞKİSİ

Tüm teminat ilişkilerinde olduğu gibi, banka garantilerinde de; banka, birtakım risklerle karşı karşıya kalır. Garanti edilen edimin gereği gibi ifa edilmemesi sonucunda muhataba ödenen bedelin müşteriden geri alınamaması, banka garantisinden doğan asli risklerden biridir³⁰. Bankadan bu riski -tamamen yok etmesi değilse de- azaltması beklenir³¹. Riskin azaltılması, bankanın (üstleneceği risk karşılığında) müşterisinden veya üçüncü bir kişiden teminat almasıyla sağlanmaktadır.

²⁸ Çalışmada dolaylı banka garantileri bağlamında kullanılan birinci banka, kontrgarantör banka ve lehtarın bankası deyimleri ile kastedilen; daima lehtardan aldığı talimat doğrultusunda, muhataba garanti verecek bankaya kontrgaranti veren bankadır. Yine aynı bağlamda kullanılan garantör banka ve ikinci banka ifadeleri ile, muhataba garanti veren banka kastedilmektedir. Önemle vurgulayalım; doğrudan banka garantilerinde yalnızca bir banka bulunmaktadır ve bu banka muhataba garanti veren garantör bankadır.

²⁹ KLEINER, Beat/LANDOLT, Kaspar/GEMPERLI, Dominique: Bankgarantie, 5. Aufl., Zürich 2016, s. 198 vd.; MÜLBERT, s. 9; DOHM, s. 46-47; TEKİNALP, s. 39-132; KAHYAOĞLU, s. 17-18; NIELSEN, s. 2023 vd.

³⁰ Diğer asli risk ise, lehtarın edimini gereği gibi yerine getirip getirmeyeceği riskidir. Banka, bu risklere ek olarak başka riskler de üstlenir. Bu risklerin başında, (çeşitli sebeplerden dolayı) ödenmemesi gereken bir bedelin muhataba ödenmesi riski gelir. Döviz üzerinden verilen banka garantilerinde, kur riski de ortaya çıkar.

³¹ ABAÇ, Sadi: Bankacılıkta Risk, BATİDER 1962, C. I, Sa. 4, s. 546.

Banka kefaletinde olanın aksine banka garantisinde, bankanın muhataba ödediği bedeli müşterisine rücu hakkı kendiliğinden [kanundan (TBK 596)] doğmaz. Bu nedenle banka; banka garantisi, Türk hukukunda yerleşik adıyla teminat mektubu dolayısıyla ödediği bedeli müşterisine rücu edebilmek için bir sözleşmeye ihtiyaç duyar³². Bu ihtiyaç kontrgaranti sözleşmesiyle karşılanır.

Kontrgaranti sözleşmesi; hem bankanın ödenen garanti bedelini kontrgarana rücu edilebilmesi için hukukî temel oluşturur hem de kontrgarandan ilave güvenceler alınabilmesi imkânını yaratır³³.

Bankalar, teminat mektubu düzenlemek suretiyle üstlendikleri riski eksiksiz bir şekilde kontrgarana yansıtmaya özen gösterirler. Bu nedenle teminat mektubunda yer alan hükümleri aynen kontrgaranti sözleşmesine de koyarlar³⁴.

İşte bu sebeplerden dolayı, banka garantisi (teminat mektubu) ile kontrgaranti sözleşmesi arasında çok sıkı bir ekonomik ilişki söz konusudur. Öyle ki; neredeyse tüm banka garantilerinin arkasında güvencesini teşkil edecek bir kontrgaranti sözleşmesi bulunur demek yanlış olmaz.

³² **USTA**, s. 6; **PELLUMBİ**, Sokol: Banka Kredi Hukukunda Teminatlar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006, s. 54; **HARMAN**, Adnan: Banka Teminat Mektuplarına Bağlı Olarak Verilen Kontrgarantiler, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009, s. 3; **SOMUNCUOĞLU**, Ünal: Banka Teminat Mektupları ve Kontrgaranti Sözleşmeleri (*Anılış: Kontrgaranti Sözleşmesi*), Hukuk Köprüsü 2014, N. 7, Sa. 7, s. 265.

³³ **KAHYAOĞLU**, s. 12.

³⁴ **REİSOĞLU**, Kontrgarantiler, s. 403; **YENİCE**, A. Özge: Kontrgaranti (*Anılış: Kontrgaranti*), AdBD 2007, C. I, Sa. 1, s. 175; **HARMAN**, s. 6.

BİRİNCİ BÖLÜM

KONTRGARANTİ SÖZLEŞMESİNİN TANITILMASI

I. TANIMI

1. Genel Olarak

Kontrgaranti kelime anlamı itibariyle karşı garanti ya da verilmiş bir garantiye verilen garanti olarak ifade edilmektedir³⁵. Öğretide kontrgaranti terimi yerine mukabil kefalet, karşı kefalet, karşı teminat, mukabil teminat gibi çeşitli ifadelerin kullanıldığına da rastlanmaktadır³⁶. Kontrgaranti teriminden hukuken ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. Aşağıda bu tartışmalara değinilecektir.

2. Türk Hukukunda

Teminat mektuplarının kefalet akdi olarak kabul edildiği dönemde banka, kefilin kanunî rücu hakkına sahipti (TBK 596). Ne zaman ki, teminat mektupları garanti sözleşmesi olarak kabul edildi; banka, (kefilin) kanunî rücu hakkını yitirmiş oldu³⁷. Bu

³⁵ **TEKİNALP**, N. 39-127. Kontrgarantinin Almanca kelime karşılığı olarak “*Rückgarantie*” ya da “*Gegengarantie*” kullanılırken, İngilizce dilinde bu terim için “*counter-guarantee*” ifadesi kullanılmaktadır.

³⁶ Kontrgaranti terimiyle eş anlamlı olarak mukabil teminat ifadesinin kullanıldığı eserler için bkz. **İÇİER**, Volkan: Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, İnterbank Uluslararası Eğitim Merkezi Yayınları, s. 42. Mukabil kefalet ve karşı kefalet kullanımı için bkz. **TAŞPOLAT**, Ali: Döviz Teminat Mektupları, İstanbul 1985, s. 13. Kontrgaranti sözcüğüyle eş anlamlı olarak karşı-teminat teriminin kullanımı hakk. bkz. **AKYOL**, Şener: Banka Sözleşmeleri, Ord. Prof. Dr. Kemaleddin Birsen’e Armağan, İstanbul 2001, s. 196.

³⁷ Uygulaması kısa sürede yaygınlaşan teminat mektuplarının hukukî niteliği tartışmalıydı. Teminat mektubunun hukukî niteliği hakk. görüşlerin birçoğu yerine birkaçına bkz. ve karşı. **REİSOĞLU**, Kontrgarantiler, s. 29 vd.; **TANDOĞAN**, Halûk: Bankaların Verdikleri Teminat Mektuplarının Hukukî Mahiyeti (Anılış: *Hukukî Mahiyet*), II. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara 1962, s. 793 vd.; **AKYAZAN**, Sıtkı: Banka Teminat Mektupları (Anılış: *Teminat Mektupları*), BATİDER 1969, C. V, Sa. 1, s. 20 vd.; **OMAÇ**, Semra: Banka Teminat Mektuplarının Mahiyeti ve Hükümleri, BATİDER 1971, C. VI, Sa. 2, s. 331-332; **ERZURUMLUOĞLU**, Erzan: Teminat Mektupları ve Banka Teminat Mektuplarının Hukukî Niteliği, AİTİAD 1973, C. V, Sa. 1, s. 128 vd.; **BARLAS**, s. 44 vd.; **TEKİNALP**, N. 39-109; **KOCAMAN**, Arif B.: Banka Teminat Mektuplarının Hukukî Niteliği Üzerine, BATİDER 1990, C. XV, Sa. 3, s. 56 vd.; **ARAL**, Kefaletten Farkları, s. 132 vd.

aşamada bankalar, ödenen teminat mektubu bedelinin lehtara yansıtılması, yani lehtara rücu edilebilmesi için hukukî dayanak yaratma arayışına girdiler. Arayışlar sonucunda kontrgaranti sözleşmesi ortaya çıktı ve rücu sorunu çözüme kavuşturuldu. İşte Türk hukukundaki kontrgaranti anlayışının temelinde, çözüm getirdiği bu rücu sorunu yatmaktadır³⁸.

Türk hukukunda genel kabul gören tanıma göre; kontrgaranti, teminat mektubu düzenlemek suretiyle lehtara gayrınakdî kredi açan bankanın, teminat mektubu nakde tahvil edildiğinde ödediği bedeli lehtardan veya üçüncü kişiden talep edebilmesine imkân sağlayan bir sözleşmedir³⁹.

Doktrinde yapılan diğer bir tanıma göre; kontrgaranti, bankanın teminat mektubunun güvencesini oluşturmak üzere lehtardan veya üçüncü bir kişiden aldığı kişisel ve aynî teminatlardır⁴⁰. Örneğin, teminat mektubuna karşılık alınmış ipotek, -bu görüşe göre- teminat mektubunun kontrgarantisini oluşturur. Kontrgarantiyi bir sözleşme ola-

Önceleri, teminat mektubu metinlerinde yer alan “müşterek ve müteselsil kefil” ifadesi nedeniyle; teminat mektubu veren bankanın temel ilişkinin borçlusuna (lehtara) kefil olduğu, diğer bir ifadeyle, teminat mektuplarının banka kefaleti niteliğinde olduğu kabul edilmekteydi (DOĞAN, s. 8). Banka ve muhatap arasındaki ilişkinin kefalet sözleşmesi olarak kabul edilmesi ise, bankanın kanundan doğan rücu hakkında (TBK 596) sahip olması anlamına geliyordu. Sonrasında Yargıtay, 1967 ve 1969 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararlarında; muhatabın “isteği üzerine, derhal ve herhangi bir itiraz ve hüküm istihsaline yer kalmaksızın, ödemekte borçlu ile birlikte müşterek ve müteselsil kefil sıfatıyla” ödeneceği taahhüdünü içeren teminat mektuplarının, garanti akdi niteliğinde olduğu yönünde hüküm kurmuştur [Y. 13.12.1967, 66/16 E. 67/7 K. sayılı İBK (RG. Sa. 12867, 5.4.1968); Y. 11.6.1969, 69/4 E. 69/4 K. sayılı İBK (RG. Sa. 13317, 3.10.1969)]. Hemen tüm teminat mektupları, kararda belirtilen taahhüdü içerdiği için; İçtihadı Birleştirme Kararları ile birlikte, teminat mektuplarının garanti niteliği gösterdiği benimsenmiştir.

³⁸ SAYIN, Hediye Bahar: Kontrgaranti Sözleşmesinin Tarafları ve Kuruluşu, EBD 2007, C. IV, Sa. 14, s. 14.

³⁹ PAMUKÇU, s. 64; REİSOĞLU, Seza: Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler (Anlış: Kontrgarantiler), 4. Bası, Ankara 2003, s. 26; TEKİNALP, N. 39-134,135; BARLAS, s. 78; TAŞPOLAT, Ali: Banka Garantileri, s. 24; DOĞAN, s. 273; AYTAÇ, Reşat/KASNAKLI, Ahmet: Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, İstanbul 1993, s. 15; KAHYAOĞLU, s. 12; TEMİZ, s. 45; YENİCE, s. 173; YALVAÇ, Faruk: Bankacılık Terimleri Sözlüğü, Ankara 2008, s. 127; CANBOLAT, s. 87; YÜCE, Melek Bilgin: Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesinde Rücu (Anlış: Rücu), DEÜHFD 2009, C. XI, Özel Sayı, s. 1439; BİLGİN, Mahmut: Banka Hukukunda Sözleşmeler Uyuşmazlıklar ve Hukuki Sorumluluk, Ankara 2011, s. 318; CANTEKİN, Celalettin: Dış Ticaret İşlemleri ve Uluslararası Bankacılık, 4. Bası, Ankara 2017, s. 243 vd.

⁴⁰ ERYÜREK, Şenay: Kambiyo Yönünden Banka Garanti Mektupları, Ankara 1974, s. 7; USTA, s. 7; SOKOL, s. 55; HARMAN, s. 9. Karş. KAHYAOĞLU, s. 12.

rak gören yazarlara⁴¹ göre; kontrgaranti tek başına bir teminat teşkil etmez, kontrgaranti karşılığı açılan gayrinakdî kredi, açık kredidir⁴². Bu açıdan, iki görüş örtüşmemektedir.

Başka bir görüşe⁴³ göre ise; lehtar lehine hem teminat mektubu düzenlenmesine hem de nakdî kredi açılmasına karşılık yabancı bankaların Türk bankalara verdikleri garantiler, kontrgaranti olarak kabul etmektedir. Bu görüş, nakdî kredinin teminatını oluşturacak banka garantisini de kontrgaranti olarak nitelediği, yani kontrgarantiyi başka bir banka garantisine dayandırmadığı için eleştiriye açıktır⁴⁴.

3. Alman ve İsviçre Hukukunda

Alman ve İsviçre hukukunda kontrgaranti sözleşmesi, yalnızca dolaylı banka garantileri kapsamında bankalar arası ilişkide gündeme gelir⁴⁵. Bununla beraber; kontrgaranti sözleşmesi, teminat mektubu nedeniyle muhataba ödenen garanti bedelinin üçüncü bir kişiye rücu edilebilmesi için hukukî dayanak yaratılması amacına hizmet etmez. Dolayısıyla, Alman ve İsviçre hukukundaki kontrgaranti anlayışı, bu yönleri ile Türk hukukundaki kontrgaranti anlayışından ayrılır.

Dolaylı banka garantilerinde; lehtarın bankası, müşterisinden aldığı talimat doğrultusunda, muhatapla aynı ülkede yerleşik, muhataba karşı lehtarın edimini garanti edebilecek başka bir banka ile iletişime geçer. İki banka, teminat mektubu verilmesi

⁴¹ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 26; BİLGİN, s. 318.

⁴² Açık krediler veya tek imzalı krediler; yalnızca müşterinin imzası karşılığında açılan, teminata bağlanmayan kredilerdir (KÜNEY, Hikmet: Banka Tekniği, 6. Bası, Ankara 1989, s. 155; OY, Osman/GÜNGÜLER, Gülcan: Türk Hukuk Mevzuatına Göre Kredi ve Kredi Teminatları, İstanbul 2008, s. 10). Bankalar; açık kredileri kendisiyle ticarî geçmişi olan, güvendiği müşterilerine açar (KÜNEY, s. 155).

⁴³ TAŞPOLAT, Döviz Teminat Mektupları, s. 15.

⁴⁴ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 26.

⁴⁵ CANARIS, s. 756; BAUMBACH, Adolf/HOPT, Klaus J.: Handelsgesetzbuch, 40. Aufl., München 2021, (7) Bankgeschäfte N. L/3; KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, s. 202; GUGGENHEIM, s. 157; DOHM, s. 69; MÜLBERT, s. 81; von WESTPHALEN, s. 251; SCHÜTZE, s. 45; NIELSEN, s. 2029.

konusunda anlaştıklarında; bankalar arasında Alman hukukunda⁴⁶ eser sözleşmesi karakterli bir iş görme sözleşmesinin (*Geschäftsbesorgungsvertrag*), İsviçre hukukunda⁴⁷ vekâlet sözleşmesinin kurulduğu ifade edilmektedir. Her iki sözleşme çerçevesinde de; (yabancı) ikinci banka, lehtar lehine garanti verilmesi için gerekli işleri özenle göreceğini, teminat mektubuna dayanan ödeme talebini özenle inceleyeceğini ve haksız ödeme talebini geri çevireceğini taahhüt eder⁴⁸. Lehtarın bankası ise, komisyon ve işin gereği gibi görülmesi için ikinci banka tarafından yapılan giderleri ödemeyi taahhüt eder. İkinci banka, işin gereği gibi görülmesi için yapılan giderler kapsamında, muhataba ödediği garanti bedelini lehtarın bankasından talep etme hakkına sahiptir⁴⁹ (BGB §675, 670-OR Art. 402 Abs. 1)⁵⁰. Yine de, ikinci banka, kendisini muhataba teminat mektubu verecek kadar güvende hissetmez. Çünkü, ikinci banka, bu iş görme (vekâlet) sözleşmesiyle, teminat mektubu vererek üstlendiği riski tamamen yansıtamaz. Gerçekten de, ikinci banka, muhataba karşı -kural olarak- ilk talepte derhal kayıtsız şartsız, defî ve itiraz ileri sürmeksizin ödeme taahhüdünde bulunur. Fakat; teminat mektubu verecek bankanın, iş görme sözleşmesine dayanarak (lehtarın bankasından) ödeme alabilmesi; yapılan giderlerin işin görülmesi için gerekli olduğunu ve vekâleti gereği gibi ifa ettiğini⁵¹ iddia ve ispat etmesine bağlıdır⁵². Bu itibarla; bankalar arasındaki iş görme (vekâlet) sözleşmesinden doğan rücu hakkının kuvvetlendirilmesi ve tamamlanması gerekir ki, teminat mektubundan doğan risk tamamıyla lehtarın bankasına yansıtılabilsin. İşte bu rücu hak-

⁴⁶ CANARIS, s. 756; BAUMBACH/HOPT, (7) Bankgeschäfte N. L/2; MÜLBERT, s. 81; von WESTPHALEN, s. 251; SCHÜTZE, s. 47; NIELSEN, s. 2028; MARTINY, Dieter: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl., München 2021, Rom I-VO Art. 4, N. 243.

⁴⁷ KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, s. 200; GUGGENHEIM, s. 156; DOHM, s. 69.

⁴⁸ Bankalar arasındaki iş görme ilişkisi, karşılık ilişkisine yüksek oranda benzer. Karşılık ilişkisi hakk. yapılan açıklamalar için bkz. hemen yuk. Giriş, III başlığı altındaki karşılık ilişkisine ilişkin dn.

⁴⁹ CANARIS, s. 756; GUGGENHEIM, s. 156; von WESTPHALEN, s. 251.

⁵⁰ Alman Medeni Kanunu [en son 12.11.2020 tarihli kanunun (BGBl. I S. 2392) 2. maddesiyle değişik Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), 02.01.2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I. S. 738)] ve İsviçre Borçlar Kanunu [Obligationenrecht (OR), 30.03.1911 (BBl 1911 II 355)].

⁵¹ EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler (*Anılış: Özel Hükümler*), 8. Bası, Ankara 2020, s. 750.

⁵² CANARIS, s. 756; NIELSEN, s. 2031.

kını kuvvetlendirme ve tamamlama görevini, kontrgaranti sözleşmesi ifa eder⁵³. Kontrgaranti sözleşmesi çerçevesinde; lehtarın bankası, ilk talepte derhal kayıtsız şartsız, defî ve itiraz ileri sürmeksizin işin gereği gibi görülmesi için ikinci banka tarafından yapılan giderleri ödeyeceğini ayrıca garanti eder⁵⁴.

Bu açıklamalar ışığında; Alman ve İsviçre hukukundaki kontrgaranti anlayışına göre; kontrgaranti sözleşmesi, aralarında banka garantisi verilmesine yönelik bir iş görme sözleşmesi bulunan iki bankanın taraf olduğu, ikinci bankanın bu ilişkiden doğan rücu hakkını güçlendirmek ve tamamlamak amacıyla akdedilen bağımsız bir sözleşme olarak tanımlanabilir⁵⁵.

4. Talep Garantilerine İlişkin Birörnek Kurallarda

Kontrgaranti uygulamasına uluslararası ticaret sahasında çokça rastlanır olması, bu ticarî ilişkilere uygulanacak ortak kurallar konulması ihtiyacını da beraberinde getirmiştir. Bu ihtiyaca karşılık Milletlerarası Ticaret Odası (MTO), 758 numaralı Talep Garantilerine İlişkin Birörnek Kurallar⁵⁶ (TGİBK)'ı yayınlamıştır. Önemle belirtelim; uluslararası garanti ve kontrgaranti uygulamasına yön veren TGİBK, ancak sözleşmede TGİBK'in uygulanacağı kararlaştırılmışsa, uygulama sahası bulur (TGİBK 1)⁵⁷.

⁵³ CANARIS, s. 757; KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, s. 202; MÜLBERT, s. 82; von WESTPHALEN, s. 251; NIELSEN, s. 2031.

⁵⁴ KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, s. 203; von WESTPHALEN, s. 252; MÜLBERT, s. 84; NIELSEN, s. 2031; DOHM, s. 127; SAMHAT, Abbas: Münchener Kommentar zum HGB, 4. Aufl., München 2019, Band VI, (J) N. 225.

⁵⁵ CANARIS, s. 756 vd.; MÜLBERT, s. 81 vd.; KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, s. 202; GUGGENHEIM, s. 156; von WESTPHALEN, s. 251 vd.; NIELSEN, s. 2031; MARTINY, Rom I-VO Art. 4, N. 244.

⁵⁶ Internationel Chamber of Commerce: ICC Uniform Rules for Demand Guarantees- URDG 758. 758 numaralı Kurallar'ın Türkçe çevirileri için bkz. KOSTAKOĞLU, Cengiz: Banka Kredileri Tüketici ve Konut Kredileri ile Kredi Kartlarından Doğan Uyuşmazlıklar, 8. Bası, İstanbul 2016 s. 219 vd.; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 337 vd.

⁵⁷ KOSTAKOĞLU, s. 220.

TGİBK 2 hükmüne göre; kontrgaranti, “kontrgaranti veren tarafından başka bir kişi lehine verilen, diğer tarafın, garanti veya başka bir kontrgaranti vermesini sağlamaya yönelik olarak üstlenilen ve lehine kontrgaranti verilen tarafın uygun ibrazı üzerine kontrgaranti verenin ödeme yapması sonucunu doğuran taahhütlerdir”⁵⁸.

5. Görüşümüz

Görüleceği üzere, doktrinde tek bir kontrgaranti tanımı yoktur. Türk hukukunda hâkim tanım; kontrgaranti sözleşmesinin, rücu hukukî temel oluşturması özelliği ekseninde yapılmıştır. Alman ve İsviçre hukukunda hâkim tanım ise; yabancı garantör bankanın, lehtarın bankasına karşı sahip olduğu rücu hakkını güçlendirme ve tamamlama amacından hareket edilerek yapılmıştır. Kanımızca, doktrinde yapılan bu kontrgaranti tanımları, kontrgaranti sözleşmesinin bazı temel özelliklerini içermediği için eksiktir. Her şeyden önce, kontrgaranti sözleşmesi, kefalet ya da garanti sözleşmesi gibi, bir teminat sözleşmesidir⁵⁹. Bu teminat sözleşmesine rengini veren unsur ise; -aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere- kontrgaranti alanı bir garanti veya kontrgaranti sözleşmesi akdetmeye yöneltme amacıdır⁶⁰. Kontrgaranti tanımında, kontrgaranti sözleşmesinin bu unsuruna ve teminat sözleşmesi özelliğine değinilmesi bizce daha uygun olacaktır.

Diğer taraftan, Alman ve İsviçre hukukunda benimsenmiş kontrgaranti sözleşmesinin yalnızca bankalar arasında akdedilebileceği görüşüne de katılamıyoruz. Zira, kontrgaranti alan, daima bir banka olsa da; kontrgaran (kontrgaranti veren) konumunda banka ya da banka sıfatına sahip olmayan bir kişi de olabilir. Nitekim, Türk bankacılık uygulamasında, bilhassa doğrudan banka garantisi ilişkilerinde, teminat mektubu veren

⁵⁸ DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 338’den naklen.

⁵⁹ YENİCE, Rücu, s. 6.

⁶⁰ Kontrgaranti alanı belirli bir hareket tarzına yöneltme amacı unsuru için bkz. hemen aşa. III.2.

banka ile kontrgaranti sözleşmesi akdeden çoğunlukla lehtardır⁶¹. Esasen, banka ile kontrgaranti sözleşmesini imzalayan ister bir banka ister lehtar ya da üçüncü bir kişi olsun, kontrgaranti sözleşmesi hukukî nitelik itibarıyla değişiklik göstermez⁶².

Bizce, kontrgaranti sözleşmesi öyle bir teminat sözleşmesidir ki; bu sözleşme kapsamında kontrgaran, kontrgaranti alanı garanti veya kontrgaranti sözleşmesi yapmaya yöneltmek için, kontrgaranti alana gireceği garanti veya kontrgaranti ilişkisi sebebiyle malvarlığında eksilme olmayacağını taahhüt eder.

II. HUKUKÎ NİTELİĞİNE İLİŞKİN GÖRÜŞLER

Pozitif hukukta kontrgaranti sözleşmesi hakkında herhangi bir düzenleme bulunmadığından, kontrgaranti sözleşmesinin hukukî niteliğinin ne olduğu yargı kararlarında ve doktrinde ortaya koyulmaya çalışılmıştır. Kontrgaranti sözleşmesinin hukukî niteliğine dair bu görüşler, aşağıda incelenecektir.

1. Kefalet Sözleşmesi ve Rücûa Kefalet Görüşü

Bu görüşü savunan yazara göre; kontrgaranti sözleşmesinin hukukî niteliğini, teminat mektubunun hukukî niteliği belirler⁶³.

Eğer teminat mektubunun hukukî niteliği, kefalet sözleşmesi olarak kabul edilirse; teminat mektubu veren bankanın, teminat mektubu dolayısıyla muhataba ödediği bedeli lehtara rücu etmek için, kontrgaranti sözleşmesine ihtiyacı yoktur. Zira banka, bu durumda ödediği mektup bedelini kefilin kanuni rücu hakkına dayanarak lehtardan talep

⁶¹ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 395.

⁶² DOĞAN, s. 273.

⁶³ BARLAS, s. 58.

edebilir (TBK 596). Bu halde; banka ile lehtar arasında akdedilen kontrgaranti sözleşmesi, bankaya teminat mektubu bedelini ilk talepte defî ve itiraz ileri sürmeksizin ödeme yetkisi verir⁶⁴ (karş. TBK 591). Banka, bu yetki sayesinde lehtara (asıl borçluya) ait defileri muhataba karşı ileri sürmese dahi, ödediği garanti bedelini lehtardan talep etme olanağına sahip olmaktadır⁶⁵. Banka ile kontrgaranti sözleşmesi akdeden üçüncü bir kişiye; bu kişi, kontrgaranti sözleşmesi kapsamında rücu kefil olur⁶⁶. Bu görüş ışığında; kontrgaranti sözleşmesini imzalayan rücu kefil⁶⁷, bankanın lehtara karşı sahip olduğu rücu alacağına güvence vermiş olur (TBK 588/2).

Teminat mektubunun hukukî niteliğinin garanti sözleşmesi olduğu kabul edilecek olursa; banka, ödediği garanti bedelini rücu etmek amacıyla lehtarla kontrgaranti sözleşmesi imzalar⁶⁸. Bu kontrgaranti sözleşmesinden doğan rücu hakkını güvenceye bağlamak için; banka ile üçüncü kişiler arasında başka bir kontrgaranti sözleşmesi akdedilir. İşte bu kontrgaranti sözleşmesi çerçevesinde, üçüncü kişi, bankanın lehtara karşı sahip olduğu (diğer bir kontrgaranti sözleşmesinden doğan) alacağa kefil olur. Bu sebeple; kontrgaranti sözleşmesinin hukukî niteliğinin, kefalet sözleşmesi olduğu ifade edilmektedir⁶⁹.

Sonuç olarak; teminat mektubunun hukukî niteliği ister kefalet sözleşmesi ister garanti sözleşmesi olarak kabul edilsin, kontrgaranti sözleşmesi, bankanın rücu alacağını temin etme amacına hizmet etmektedir⁷⁰.

⁶⁴ **BARLAS**, s. 58; **REİSOĞLU**, Kontrgarantiler, s. 402.

⁶⁵ **BARLAS**, s. 58.

⁶⁶ **BARLAS**, s. 58.

⁶⁷ Rücu kefil; borçlunun borcunu ödeyen kefile, borçludan rücu alacağını tahsil edeceğini tekeffül eden kimsedir [**REİSOĞLU**, Seza: Türk Kefalet Hukuku (*Anıls: Kefalet*), Ankara 2013, s. 203].

⁶⁸ **BARLAS**, s. 78.

⁶⁹ **BARLAS**, s. 58.

⁷⁰ **BARLAS**, s. 58.

2. Garanti Sözleşmesi Görüşü

Türk hukukunda hâkim görüş kontrgaranti sözleşmesinin hukukî niteliğinin garanti sözleşmesi olduğu yönündedir. Alman ve İsviçre hukukunda da benzer şekilde garanti sözleşmesi görüşünün hâkim olduğu söylenebilir. Kontrgaranti sözleşmesinin hukukî niteliğinin, garanti sözleşmesi olduğu yönündeki bu görüşler üzerinde ayrı ayrı duralım.

A. Türk Hukukunda

Teminat mektubundan doğan riskin tamamen yansıtılabilmesi için; teminat mektubunun teminatını teşkil eden kontrgaranti sözleşmesine, teminat mektubunda yer alan hükümler aynen konulur⁷¹. Dolayısıyla, kontrgaranti sözleşmesinin, ‘67 ve ‘69 tarihli Yargıtay İBK’da⁷² belirtilen ve teminat mektubunun garanti sözleşmesi olarak nitelenmesini sağlayan hükümleri aynen içerdiğinden hareketle; *ilk talepte derhal kayıtsız şartsız, def’i ve itiraz ileri sürmeden ödeme taahhüdü* ihtiva eden kontrgaranti sözleşmesinin hukukî niteliğinin, garanti sözleşmesi olduğu ifade edilmektedir⁷³. Bu görüşe göre; kontrgaranti sözleşmesinde de, tıpkı teminat mektubunda olduğu gibi bir edim garantisi söz konusudur; bu edim, teminat mektubuna dayanılarak muhatap tarafından ödeme talebi yöneltilmeyeceğidir⁷⁴.

⁷¹ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 403; YENİCE, Kontrgaranti, s. 175.

⁷² Bu İBK’lara ilişkin olarak bkz. yuk. I.2 başlığı altındaki dn.

⁷³ KARAYALÇIN, Yaşar: Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler “Hukukî Mütalâalar” IV, Ankara 1992, s. 41; REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 403; TEKİNALP, N. 39-135; KAYA, Arslan: İlk Yazılı Talepte Ödeme Klotunu İhtiva Eden Banka Garantilerinde Hakkın Kötüye Kullanılması Sorunu, Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan, İstanbul 1995, s. 215; DOĞAN, s. 327; YENİCE, Kontrgaranti, s. 175.

⁷⁴ DOĞAN, s. 327.

Kontrgaranti sözleşmesinin hukukî niteliğinin garanti sözleşmesi olduğunu benimseyen başka bir görüşe⁷⁵ göre de; kontrgaran, kontrgaranti sözleşmesiyle garantör bankayı muhatapla garanti sözleşmesi akdetmeye yöneltmekte, yöneltilen bu hareket tarzından doğan riski bağımsız bir şekilde üstlenmektedir. Bu nedenle, kontrgaranti sözleşmesinin hukukî niteliği saf garanti sözleşmesidir.

Doktrindeki hâkim görüşe koşut olarak Yargıtay da kontrgaranti sözleşmesinin garanti niteliği gösterdiğine dair kararlar vermiştir. Nitekim, Yüksek Mahkeme önüne gelen bir uyuşmazlıkta⁷⁶; “[y]üklenici şirketin istenilen teminat mektuplarını sağlayabilmesinde, davacı V.Ö. etkili olmuş, mektuplardan iktisaden ortaya çıkabilecek zararlı olayların (riziko) daha açık bir deyimle hukukî sorumluluğunu, banka ile kontrgaranti sözleşmesi kurmak suretiyle yüklenmiş ve müstakil bir borç altına girmiştir. Aynı anlaşma ve müstakil bir borç niteliği taşıyan bu sorumluluk, teminat mektubu [muhatapı] (...) tarafından tutarı paraya çevrilmesi halinde hiç bir itiraz ileri sürmeksizin derhal tamamını bankaya ödeme vaadini ihtiva ettiği gibi, [lehtarın] bankaya karşı vermekle yükümlü bulunduğu devre komisyonu, faiz ve gider vergisi şeklinde ortaya çıkan borçları kapsamına almaktadır” şeklinde hüküm kurarak kontrgaranti sözleşmesi kapsamında kontrgaranın bağımsız bir şekilde risk üstlendiğini vurgulamıştır. Bir riskin üstlenilmesi ile bağımsız bir borca girilmesinin, garanti sözleşmesinin unsurlarından olduğu dikkate alınırsa; Yüksek Mahkeme’nin kontrgaranti sözleşmesinin hukukî niteliğinin garanti sözleşmesi olduğuna kanaat getirdiği ifade edilebilir. Yüksek Mahkeme, önüne gelen başka bir uyuşmazlıkta⁷⁷ ise şu şekilde hüküm kurmuştur: “[R]ücuca imkan veren kontrgarantiyi müşterek ve müteselsil kefil sıfatıyla imzalayan kişiler, bankanın yazılı ilk ta-

⁷⁵ Tekinalp, “Banka Hukukunun Esasları” adlı eserinin ilk basısında; kontrgaranti sözleşmesinin, saf garanti sözleşmesine benzediğini belirtmektedir (TEKİNALP, Ünal: Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 1988, s. 392).

⁷⁶ 15. HD, 4.11.1977, 1133 E. 2042 K. (KARAHASAN, Mustafa Reşit: İnşaat İmar İhale Hukuku, 2. Bası, Ankara 1997, C. III, s. 513-514).

⁷⁷ 15. HD, 13.6.1985, 531 E. 2145 K. (KARAHASAN, s. 513).

lebinde herhangi bir itirazda bulunmaksızın derhal ödemede bulunmak zorundadır. Bankaya verilen kontrgarantiyi müşterek borçlu ve müteselsil kefil sıfatıyla imzalayanlar, bankaya garanti veren durumundadır; kefil durumunda olmadıklarından kefalet ile tanınan haklardan yararlanamazlar.” Kararda, kontrgaranların, garantör sıfatına sahip olduğu açıkça ifade edilmiş ve böylece kontrgaranti sözleşmesinin hukukî niteliğinin garanti sözleşmesi olduğu sonucuna varılmıştır.

B. Alman ve İsviçre Hukukunda

Alman ve İsviçre hukukunda, kontrgaranti sözleşmesinin hukukî niteliği, garanti sözleşmesi olarak kabul edilmektedir⁷⁸. Fakat, Alman ve İsviçre doktrinde de vurgulandığı üzere; kontrgaranti sözleşmesini, sıradan (alışılmış) bir garanti sözleşmesi olarak görmek de mümkün değildir. Zira, kontrgaranti sözleşmesinde birinci banka, üçüncü bir kişinin edimini değil, bizzat kendi edimini garanti etmektedir⁷⁹. Şöyle ki:

Dolaylı banka garantileri⁸⁰ söz konusu olduğunda; iki banka arasında, bir iş görme (vekâlet) ilişkisi mevcuttur. Bu iş görme (vekâlet) ilişkisi çerçevesinde; birinci banka (lehtarın bankası), ikinci bankaya, banka garantisi nedeniyle yapılan giderleri ödeyeceğini taahhüt eder. Kontrgaranti sözleşmesinde ise, birinci banka, ilk talepte derhal defî ve itiraz ileri sürmeksizin banka garantisi nedeniyle yapılan giderleri ödeyeceğini, yani iş görme sözleşmesinden doğan edimini bağımsız bir şekilde garanti eder. Böylece, ikinci banka, hem iş görme sözleşmesine hem de kontrgaranti sözleşmesine dayanarak

⁷⁸ CANARIS, s. 758; MÜLBERT, s. 82-83; DOHM, s. 128; von WESTPHALEN, s. 253; TEKİNALP, N. 39-135; SAMHAT, (J) N. 30; NOBBE, Gerd: Bankrechts-Handbuch §92 (Hrsg. SCHIMANSKY, Herbert/BUNTE, Hermann-Josef/LWOWSKI, Hans-Jürgen), 5. Aufl., München 2017, Band I-II, N. 66; FISCHER, Thomas: Bankrechts-Handbuch §121 (Hrsg. SCHIMANSKY, Herbert/BUNTE, Hermann-Josef/LWOWSKI, Hans-Jürgen), 5. Aufl., München 2017, Band II, N. 172. Kontrgaranti sözleşmesinin hukukî niteliğinin saf garanti sözleşmesi olduğu yönündeki görüş için bkz. KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, s. 203.

⁷⁹ BERGER, Klaus Peter: Internationale Bankgarantien, DZWIr 1993, Vol. III, I. 1, s. 6.

⁸⁰ Alman ve İsviçre hukukundaki kontrgaranti anlayışı için hemen bkz. yuk. I.3.

banka garantisi dolayısıyla yaptığı giderleri ve bu arada ödeyeceği garanti bedelini talep etme imkânını haiz olur⁸¹.

3. Vekâlet Sözleşmesi Görüşü

İsviçre doktrininde⁸² savunulan bu görüşe göre; kontrgaranti sözleşmesinin hukukî niteliği, garanti sözleşmesi olarak kabul edilemez; zira kişi, kendi edimini garanti edemez⁸³.

Kontrgaranti sözleşmesiyle ikinci banka; vekâlet sözleşmesine dayanarak ilk talepte, defi ve itirazla karşılaşmadan, vekâleti gereği gibi yerine getirdiğini kanıtlamaya ihtiyaç duymadan derhal (banka garantisi nedeniyle yaptığı giderlere karşılık) ödeme alma imkânını elde eder⁸⁴. Yani, kontrgaranti sözleşmesi, bankalar arasındaki vekâlet (iş görme) sözleşmesini, bilhassa bu sözleşmeden doğan banka garantisi nedeniyle yapılan giderleri ödeme borcunu şekillendirme görevini ifa eder⁸⁵. Bu nedenle; kontrgaranti

⁸¹ **CANARIS**, s. 758; **NIELSEN**, s. 2031; **DOHM**, s. 128-129. Kontrgaranti edimi; ifa yerine geçen bir edim değil, ifa amacıyla yapılan bir edimdir (**CANARIS**, s. 757; **von WESTPHALEN**, s. 255; **NIELSEN**, s. 2031). Bu nedenle, kontrgaranti sözleşmesiyle ikinci bankaya sağlanan kontrgaranti alacağı, lehtarın bankasının iş görme sözleşmesinden doğan banka garantisi dolayısıyla yapılan giderleri ödeme borcunu sona erdirmes (CANARIS, s. 757). Her iki borç, birlikte varolur. Kuşkusuz ikinci banka, banka garantisi nedeniyle yaptığı giderleri, ilk talepte derhal, kayıtsız şartsız defi ve itiraz ileri sürmeksizin ödeme taahhüdü içeren kontrgaranti sözleşmesine dayanarak talep etmeyi tercih edecektir (bkz. yuk. I.3). Hemen her kontrgaranti sözleşmesinde; kontrgaranti edimi, belirli bir tutarla sınırlanır (bkz. aşağı. Üçüncü Bölüm, I.2.B) ve belirli bir süre içinde risk gerçekleşmezse kontrgaranti borcunun sona ereceği hükme bağlanır (bkz. aşağı. Üçüncü Bölüm, IV.1.B.c). İş görme sözleşmesinden doğan alacak ise, herhangi bir miktar ya da süre sınırlamasına tâbi değildir. Bu itibarla, kontrgaranti sözleşmesine dayanarak kontrgarana başvuru yapılamayan hallerde, kontrgaranti alan (ikinci banka), iş görme sözleşmesine dayanarak ödeme talebinde bulunacaktır (**NIELSEN**, s. 2031; **FISCHER**, N. 172). Mesela, kontrgaranti alan, banka garantisi nedeniyle yapılan giderlerin kontrgaranti tutarını aşan kısmını, ancak iş görme sözleşmesine dayanarak talep edebilir.

⁸² İsviçre hukukunda da; kontrgaranti sözleşmesinin, yalnızca bankalar arasında kurulabildiği kabul edilmektedir.

⁸³ **KLEINER**, Beat: Bankgarantie, 3. Aufl., Zürich 1979, s. 140; **GUGGENHEIM**, s. 157; **DOHM**, s. 69; **KAYA**, s. 215.

⁸⁴ **KLEINER**, s. 141; **GUGGENHEIM**, s. 157.

⁸⁵ **KLEINER**, s. 140-141; **GUGGENHEIM**, s. 157.

sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmeli ve kontrgaranti sözleşmesinin hukukî niteliği vekâlet sözleşmesi olarak kabul edilmelidir⁸⁶.

4. Değerlendirme

Her ne kadar kontrgaranti sözleşmesinin garanti niteliği gösterdiğini savunsak da; garanti sözleşmesinin türlerine göre daha detaylı bir inceleme yapılması gerektiğini düşünüyoruz. Böylece, kontrgaranti sözleşmesinin özellikleri daha net ortaya konulabilir.

Garanti sözleşmesinin türlerine göre bir inceleme yapmadan önce, genel olarak garanti sözleşmesine değinmek gerekir. Garanti sözleşmesinin pozitif hukukta düzenlenmemiş oluşu, *Stammler*'in⁸⁷ yapmış olduğu ilk tanımdan bu yana birçok tanım yapılmasına neden olmuştur. Bunların hepsinin incelenmesi çalışmamızın kapsamını aşacağından genel bir tanım yapmakla yetinelim: Garanti sözleşmesi; garanti verenin, garanti alanı belirli bir hareket tarzına yöneltmek amacıyla, hareket tarzına girildiğinde belirli bir sonucun gerçekleşeceğini ya da garanti alanın tarafı olduğu bir borç ilişkisindeki edimin yerine getirileceğini garanti ettiği bağımsız bir sözleşmedir⁸⁸. Garanti sözleşmesi, saf garanti (*reine Garantie*) sözleşmesi ve teminat amaçlı garanti sözleşmesi (*Sicherungsgarantievertrag*) olmak üzere ikili bir ayrım yapılarak incelenir⁸⁹.

⁸⁶ KLEINER, s. 141; GUGGENHEIM, s. 157.

⁸⁷ STAMMLER, Rudolf: Der Garantievertrag, Archiv für die civilistische Privatrecht 69/19, 1866.

⁸⁸ PRIESTER, Heinz: Der Garantievertrag, Diss. Bern 1935, s. 17; REUSSER, Samuel: Der Garantievertrag und sein Verhältnis zur Bürgschaft und anderen Sicherungsverträgen nach schweizerischem Recht, Diss. Bern 1938, s. 61; REİSOĞLU, Seza: Garanti Mukavelesi (*Anuluş: Garanti*), Ankara 1963, s. 9; KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, s. 21; YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 16. Bası, İstanbul 2019, s. 842; TANDOĞAN, Halûk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (*Anuluş: Özel Borç İlişkileri*), 5. Bası, İstanbul 2010, C. II, s. 809; KAHRAMAN, Zafer: Saf Garanti Taahhütleri, İstanbul 2017, s. 17.

⁸⁹ Saf garanti sözleşmesi yerine yöneltmeyi amaçlayan garanti sözleşmesi (*Animiergarantievertrag*) ifadesinin; teminat amaçlı garanti sözleşmesi yerine ise, kefalet benzeri garanti sözleşmesi (*bürgschaftsähnliche Garantievertrag*) ifadesinin kullanıldığına rastlanmaktadır (TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C II, s. 804).

Saf garanti sözleşmesi, garanti veren tarafından garanti alanı belirli bir hareket tarzına yöneltmek amacıyla, o hareket tarzından doğabilecek risklerin üstlenildiği garanti sözleşmesidir⁹⁰. Saf garanti sözleşmesinde garanti veren, garanti alanı bir hareket tarzına yöneltmekte, bu hareket tarzına girildiğinde belirli bir sonucun gerçekleşeceğini taahhüt etmektedir⁹¹. Teminat amaçlı garanti sözleşmesinde ise, garanti veren; garanti alana, garanti alanın alacaklı sıfatına sahip olduğu bir borç ilişkisinde, borçlunun edimini tam ve gereği gibi ifa edeceğini garanti eder⁹².

Garanti alanı belirli bir hareket tarzına yöneltme amacı, saf garanti sözleşmesine rengini verirken; teminat amaçlı garanti sözleşmesinde, garanti alana teminat sağlama amacı baskındır⁹³. Ancak bu husus, saf garanti sözleşmesinde garanti verenin, yalnızca garanti alanı yöneltme amacıyla hareket ettiği, teminat sağlama amacına sahip olmadığı anlamına gelmez. Şüphesiz, saf garanti sözleşmesi de, teminat amaçlı garanti sözleşmesi gibi bir teminat sözleşmesidir ve bu sözleşme ile garanti alana bir teminat sağlanır. Ne var ki, saf garanti sözleşmesinde garanti alanı belirli bir hareket tarzına yöneltme amacı, garanti alana teminat sağlama amacına göre daha baskındır. Teminat amaçlı garanti sözleşmesinden farklı olarak, saf garanti sözleşmesinde garanti alanı belirli bir hareket tarzına yöneltmek için garanti alana teminat sağlanır. Yani, saf garanti sözleşmesi söz konusu olduğunda; garanti alana teminat sağlama amaç değil, araçtır⁹⁴.

Teminat amaçlı garanti sözleşmesinde, garanti alan ile edimi garanti edilen arasında hali hazırda kurulmuş bir borç ilişkisi mevcuttur⁹⁵. Garanti veren, bu ilişki kapsa-

⁹⁰ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 848; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 808; KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, s. 21 vd.

⁹¹ EREN, Özel Hükümler, s. 776; KAHRAMAN, s. 22.

⁹² YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 843; CANBOLAT, s.73; KAHRAMAN, s. 20; ATASOY, Kemal: Garanti Sözleşmesinin Türleri, Hukuki Özellikleri ve Sonuçları, AndHD 2019, C. V, Sa. 1, s. 106.

⁹³ CANBOLAT, s. 72; KAHRAMAN, s. 16.

⁹⁴ KAHRAMAN, s. 21.

⁹⁵ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 808; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 850.

mında yer alan bir edimi garanti eder. Buna karşılık, saf garanti sözleşmesinde, garanti alan ile edimi garanti edilen arasında henüz bir borç ilişkisi kurulmuş değildir⁹⁶. Saf garanti sözleşmesi söz konusu olduğunda; garanti alanın, garanti sözleşmesiyle yönelti- lerek henüz kurulmamış başka bir borç ilişkisinin tarafı olması sağlanır. Bu itibarla; teminat amaçlı garanti sözleşmesinin, garantiye konu edimi bünyesinde barındıran borç ilişkisinden sonra kurulduğu; buna karşılık saf garanti sözleşmesinin, garantiye konu olacak borç ilişkisinden önce kurulduğu ifade edilebilir.

Teminat amaçlı garanti sözleşmesinde asıl amaç garanti alana güvence sağlanması olduğundan, garanti veren, edimi garanti edilenden (teminat mektuplarında olduğu gibi) ya da garanti alandan bir komisyon alır⁹⁷. Saf garanti sözleşmesinde ise, asıl amaç ga- ranti alanı belirli bir hareket tarzına yöneltmek olduğundan; garanti veren, yöneltme amacı tehlikeye düşmesin diye komisyon almaz⁹⁸.

Kontrgaran, esas itibariyle, kontrgaranti alan bankaya teminat sağlama amacı ile değil, kontrgaranti alan bankayı, belirli bir garanti veya kontrgaranti sözleşmesini ak- detmeye yöneltmek amacı ile kontrgaranti sözleşmesini imzalar. Gerçekten de; kontrga- ran açısından, kontrgaranti alan bankaya teminat sağlanması önemli değildir. Onun için önemli olan, kontrgaranti alan bankanın, teşvik edilerek belirli bir garanti veya kontrga- ranti sözleşmesini akdetmesidir. Yani, kontrgaranti sözleşmesinde baskın amaç, kontr- garanti alan bankayı belirli bir garanti veya kontrgaranti sözleşmesini imzalamaya (be- lirli bir hareket tarzına) yöneltmektir.

Bankayı, belirli bir garanti veya kontrgaranti sözleşmesini akdetmeye yöneltme- nin yolu, bankaya yeterli teminatı sağlamaktan geçer. Öyle ki; hiçbir bankanın, yeterli teminatı elde etmeden (teşvik olunmadan) bir garanti ya da kontrgaranti sözleşmesi im-

⁹⁶ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 808; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 850.

⁹⁷ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 808; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 851.

⁹⁸ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 808; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 851.

zalaması düşünülemez⁹⁹. Yani, banka, garanti veya kontrgaranti vermeden önce, kendisine teminat verilmesini ister¹⁰⁰. Bu teminat, kontrgaranti sözleşmesi ile sağlanır. Bu itibarla; kontrgaranti sözleşmesinin, banka tarafından garanti veya kontrgaranti verilmesinden önce akdedildiği söylenebilir.

Kontrgaranti sözleşmesi çerçevesinde, kontrgaran, kontrgaranti alan bankaya, gireceği garanti veya kontrgaranti ilişkisi nedeniyle malvarlığında eksilme olmayacağı bir sonuç taahhüdünde bulunur. Bununla da kalmaz kontrgaran, kontrgaranti alan bankaya, çoğu zaman garanti ve kontrgaranti sözleşmesine girildiği takdirde komisyon ödeme taahhüdünde de bulunur¹⁰¹. Böylece kontrgaran, kontrgaranti alan bankayı, belirli bir garanti veya kontrgaranti sözleşmesini akdetmeye daha kuvvetli bir şekilde teşvik eder.

Sonuç olarak, kontrgaranti sözleşmesinde baskın amacın, kontrgaranti alanı belirli bir garanti veya kontrgaranti sözleşmesini imzalamaya yöneltmek olduğu; kontrgaranın, kontrgaranti alan bankayı daha kuvvetli bir şekilde teşvik edebilmek için ayrıca komisyon ödeme taahhüdünde bulunduğu; kontrgaranti alan bankanın, kontrgaranti aldıktan sonra garanti veya kontrgaranti verdiği dikkate alındığında, kontrgaranti sözleşmesinin hukukî niteliğinin, saf garanti sözleşmesi olduğunu düşünüyoruz.

⁹⁹ DOĞAN, s. 324.

¹⁰⁰ Bu açıdan bakılırsa, teminat mektuplarının ve kontrgarantilerin büyük bir kısmının kontrgarantiye dayandığı söylenebilir. '69 tarihli İBK'da bu konuya şu şekilde değinilmiştir: "*Bankalar alacaklıya bu mektubu, önceden borcu temin edilen kişi ile bir anlaşma yapıp bu bağlantıya dayanarak verdikleri gibi borcu temin edilen kişi ile hiçbir ilişki kurmadan temin edilen borçla doğrudan doğruya veya hiçbir ilgisi bulunmayan diğer kişi veya kişiler ile yaptıkları anlaşmaya dayanarak da vermektedirler. Bu anlaşma çoğunlukla bir kredi taahhütnamesine bağlı (kontrgaranti) şeklinde yapılmaktadır.*"

¹⁰¹ Kontrgaranın komisyon ödeme borcu hakk. bkz. aşağı. İkinci Bölüm, I.

III. UNSURLARI

1. Genel Olarak

Kontrgaranti sözleşmesi, hukukî niteliği itibariyle garanti sözleşmesidir. Bu nedenle, kontrgaranti sözleşmesinin unsurları ile garanti sözleşmesinin unsurları arasında büyük oranda bir benzerlik mevcuttur. Kontrgaranti sözleşmesinin; kontrgaranti alanı belirli bir hareket tarzına yöneltme amacı, belirli bir riskin üstlenilmesi, bağımsızlık ve ivazsızlık olmak üzere dört unsuru bulunmaktadır.

Adı ya da başlığı ne olursa olsun (TBK 19), bu dört unsurun tamamını taşımayan sözleşmeler, teminat amacı taşıyan herhangi bir sözleşme olarak kabul edilebilirse bile, kontrgaranti sözleşmesi olarak nitelenemez¹⁰².

2. Kontrgaranti Alanı Belirli Bir Hareket Tarzına Yöneltilme Amacı

Kontrgaranti sözleşmesinin hukukî niteliğinin, bize göre saf garanti sözleşmesi olduğunu yukarıda belirtmiştik¹⁰³. Saf garanti sözleşmesi niteliği gösteren kontrgaranti sözleşmesinin unsurları arasında, kontrgaranti alanı belirli bir hareket tarzına yöneltilme amacı bulunur¹⁰⁴.

Kontrgaran (kontrgaranti veren), bu sözleşme vasıtasıyla kontrgaranti alan bankayı belirli bir hareket tarzına sevk etmeyi, onun bu hareket tarzına girişme kararını etkilemeyi, bilhassa bu kararını kuvvetlendirmeyi arzulamaktadır¹⁰⁵.

¹⁰² DOĞAN, s. 20; AKMAN, Sermet: “Garantör” Sıfatıyla Girişilen Taahhüdün Mahiyeti ve Bu Bağlamda Garanti ve Kefalet Sözleşmelerini Birbirinden Ayıran Temel Kriterler, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, İstanbul 2007, C. II, s. 1671; YENER COŞKUN, s. 37; BAŞARA, İzzet: Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği, TBBD 2009, C. XXII, Sa. 83, s. 304; SELÇUK, Emre: Banka Teminat Mektuplarının Tanımı, Unsurları, Tarafları ve Hukuki Niteliği, İBD 2015, C. LXXXIII, Sa. 2, s. 364.

¹⁰³ bkz. hemen yuk. II.4.

¹⁰⁴ REİSOĞLU, Garanti, s. 17 vd.; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 809.

¹⁰⁵ KAHRAMAN, s. 24.

Kontrgaran; kontrgaranti sorumluluğu üstlenmek (teminat sağlamak) suretiyle, kontrgaranti alanı belirli bir hareket tarzına yöneltir.

Kontrgaranti alanı belirli bir hareket tarzına yöneltme amacı, kontrgaranti sözleşmesinin bir unsuru olmakla kalmaz, aynı zamanda kontrgaranti sözleşmesinin hukukî sebebini¹⁰⁶ (*causa*) de oluşturur¹⁰⁷. Bu itibarla; kontrgaranti sözleşmesi akdetmekle doğrudan doğruya takip edilen amacın garanti alanı belirli bir hareket tarzına yöneltmek olduğu söylenebilir.

Kontrgaranti sözleşmesinde kontrgaranti alanı yöneltme amacı hakkında yapılan bu açıklamalardan sonra, kontrgaranti alanın yöneltildiği hareket tarzı üzerinde de durmak gerekir. Kontrgaranti sözleşmesi çerçevesinde, kontrgaranti alan banka, ya bir garanti sözleşmesi imzalamaya ya da bir kontrgaranti sözleşmesi imzalamaya yöneltilir. Doğrudan banka garantileri söz konusu olduğunda; kontrgaranti alan (garantör banka), muhatapla garanti sözleşmesi akdetmeye (muhataba teminat mektubu vermeye) yöneltir. Dolaylı banka garantileri söz konusu olduğunda ise; iki kontrgaranti sözleşmesi ve dolayısıyla iki ayrı kontrgaranti alan gündeme gelir. Öncelikle lehtar veya üçüncü kişi ile kontrgarantör banka arasında bir kontrgaranti sözleşmesi akdedilir. Bu sözleşme ile, kontrgarantör banka (kontrgaranti alan), garantör banka ile kontrgaranti sözleşmesi akdetmeye yöneltir. Garantör banka ile kontrgarantör banka arasındaki kontrgaranti sözleşmesinde ise; garantör banka (kontrgaranti alan) muhatapla garanti sözleşmesi akdetmeye yöneltir.

¹⁰⁶ Hukukî sebep, tarafların hukukî işlemle doğrudan doğruya ulaşmak istedikleri amaçtır [TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, 6. Bası, İstanbul 1976, C. I, s. 163; EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Anılış: Genel Hükümler), 18. Bası, Ankara 2015, s. 183; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 7. Bası, İstanbul 2017, s. 117]. Sözleşmenin hukukî sebebi ile saikini karıştırmamak gerekir. Kişiyi hukukî işlem yapmaya iten duygu ve düşünceler anlamına gelen saike, hukuk düzeni hukukî sebebin aksine -kural olarak- önem atfetmez. Ayrıca, kişiyi hukukî işlem yapmaya iten saikler değişebilirken, hukukî sebep daima aynı kalır (von TUHR, s. 198; TUNÇOMAĞ, s. 162; REİSOĞLU, Garanti, s. 18; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 118).

¹⁰⁷ REİSOĞLU, Garanti, s. 18; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 811; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 851; AKMAN, s. 1671; YILMAZ, Yasemin: Garanti Sözleşmesi (Anılış: Garanti), TAAD 2014, C. V, Sa. 19, s. 1091; KAHRAMAN, s. 28. Zıt görüş için bkz. PRIESTER, s. 13-14.

3. Belirli Bir Riskin Üstlenilmesi

A. Risk Kavramı

Kefalet ve garanti sözleşmesi¹⁰⁸ vb. tüm kişisel teminat sözleşmelerinde olduğu gibi kontrgaranti sözleşmesinde de bir riskin üstlenilmesi söz konusudur¹⁰⁹.

Risk¹¹⁰, genel itibariyle gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin önceden bilinmesi mümkün olmayan; vukuu halinde kişinin malvarlığında eksilmeye yol açan ya da kişinin malvarlığının artmasına engel olan olayları ifade eder¹¹¹.

Bu açıklama ile; teminat mektubu nakde tahvil edildikten sonra; garantör bankanın, ödenen mektup bedelini rücu etmek için, lehtar ya da üçüncü kişiyle kontrgaranti sözleşmesi yapamayacağı sonucuna varılır¹¹². Çünkü, bu halde kontrgaranti sözleşmesi ne konu olacak gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan bir risk mevcut değildir. Dolayısıyla, garantör bankanın hali hazırda ödenmiş mektup bedelini lehtar ya da üçün-

¹⁰⁸ Garanti sözleşmesine konu risk, garanti veren tarafından belirli bir hareket tarzına girildiğinde gerçekleşeceği taahhüt edilen sonucun gerçekleşmemesi olabileceği gibi garanti edilen edimin borçlu tarafından gereği gibi ifa edilmemesi de olabilir (TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 811; AKMAN, s. 1671; KAHRAMAN, s. 30). Garanti sözleşmesiyle üstlenilen risk, her ne kadar yasaya uygun olmayan bir sözleşmeden doğabilirse de, riskin konusu TBK 27 hükmü uyarınca kamu düzenine, ahlaka ve emredici hükümlere uygun olmak zorundadır [REİSOĞLU, Seza: Banka Teminat Mektuplarında Kayıtsız Şartsız Ödeme Taahhüdü ve Hukukî Sonuçları (Anılaş: Kayıtsız Şartsız), Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu VI, Ankara 1989, s. 89; YENER COŞKUN, s. 39].

¹⁰⁹ HGK, 19.10.1983, 1980/15-2072 E. 1983/948 K. (İzBD 1984, Yıl 3, Sa. 1, s. 68): “Yüklenici şirketin istenilen teminat mektuplarını sağlayabilmesinde, davacı (...) etkili olmuş, ileride mektuplardan iktisaden ortaya çıkabilecek zararlı olayların (riziko), daha açık bir deyimle hukuki sorumluluğunu, banka ile kontrgaranti sözleşmesi kurmak suretiyle yüklenmiş ve müstakil bir borç altına girmiştir.”

¹¹⁰ Risk ileride gerçekleşeceği ya da gerçekleşmeyeceği belli olmayan bir olaydır, gerçekleşeceği veya gerçekleşmeyeceği kesinlik arz eden olayların risk olarak kabul edilmeyeceği belirtilmektedir [REİSOĞLU, Garanti, s. 8; REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 38; TEKİNALP, N. 39-87; DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat: Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri (Anılaş: Kefalet Işığında), İstanbul 2009, s. 83; YENER COŞKUN, s. 39; KAHRAMAN, s. 30]. Ancak objektif olarak kesinlik arz eden bir olayı tarafların bilmemesi hali söz konusuysa; diğer bir ifadeyle, objektif kesinlik olmasına rağmen tarafların bilgi eksikliği dolayısıyla subjektif bir belirsizlik mevcutsa riskin var olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir (REİSOĞLU, Garanti, s. 10; REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 38; KAHRAMAN, s. 31). Türk Hukuk Lûgatı’nda riziko (risk), “[b]ir şeyin ziyanına, sair herhangi bir zararın husulüne sebebiyet veren müstakbel, gayrı muayyen yahut zamanı belli olm[a]yan bir hâdisenin tarafların iradesi dışında vukuu ihtimalidir” şeklinde tanımlanmıştır (Türk Hukuk Lûgatı, 4. Bası, Ankara 1998).

¹¹¹ REİSOĞLU, Garanti, s. 9; REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 38; TEKİNALP, N. 39-87; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 811; DOĞAN, s. 21; AKMAN, s. 1671; GÜMÜŞ, s. 501; DEVELİOĞLU, Kefalet Işığında, s. 83-84; BAŞARA, s. 305; YENER COŞKUN, s. 39; SELÇUK, s. 364; KAHRAMAN, s. 29; ÖNDER, Bengisu: Banka Teminat Mektupları, Ankara 2020, s. 27.

¹¹² REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 39.

cü kişiden talep etmesine imkân sağlayan sözleşmeyi, kontrgaranti sözleşmesi olarak nitelemek mümkün değildir.

Kontrgaranti sözleşmesi çerçevesinde kontrgaran; kontrgaranti alanı başka birisiyle garanti ya da kontrgaranti sözleşmesi akdetmeye yöneltmekte, kontrgaranti alana ileride gireceği garanti veya kontrgaranti sözleşmesi nedeniyle malvarlığında eksilme olmayacağını taahhüt etmektedir. Bu itibarla, kontrgaranti sözleşmesine konu riskin, kontrgaranti alanın girdiği garanti veya kontrgaranti ilişkisi sonucunda malvarlığında bir eksilmenin gerçekleşmesi olduğu ifade edilebilir. Bazı istisnai hallerde; kontrgaranti borcu, teminat mektubu/kontrgaranti komisyonunu da kapsar¹¹³. Böyle bir durumda, kontrgaranti sözleşmesine konu risk, kontrgaranti alanın, yöneltildiği garanti veya kontrgaranti sözleşmesi neticesinde komisyon kadar kâr elde edememiş olmasıdır.

Bir görüşe göre; kontrgaranti sözleşmesinde kontrgaran, kontrgaranti alana, gireceği garanti ilişkisi çerçevesinde kendisinden ödeme talebinde bulunulmayacağını garanti eder¹¹⁴. Dolayısıyla, kontrgaranti sözleşmesine konu risk, garantör bankaya (kontrgaranti alana) garanti ilişkisi çerçevesinde ödeme talebi yöneltilmesidir¹¹⁵. Bu görüşe göre; kontrgaranti sözleşmesinde de, -teminat amaçlı garanti sözleşmelerinde olduğu gibi- bir edim garanti edilir. Bu edim, “üçüncü kişinin banka garantisine dayanarak ödeme talebinde bulunmaması” şeklinde kendisini gösterir¹¹⁶. Bu görüşe katılmıyoruz. Zira, saf garanti niteliği gösteren kontrgaranti sözleşmesinde; bir edim garanti edilmemekte, bir sonucun gerçekleşeceği garanti edilmektedir¹¹⁷.

¹¹³ Bu hususta bkz. aşa. İkinci Bölüm, I.1 başlığı altındaki dipnotta yapılan açıklamalar.

¹¹⁴ DOĞAN, s. 327; HARMAN, s. 98.

¹¹⁵ DOĞAN, s. 327; HARMAN, s. 98.

¹¹⁶ DOĞAN, s. 327.

¹¹⁷ KAHRAMAN, s. 21. Kural olarak borcun konusunu oluşturan, borçlu tarafından yerine getirilmesi veya getirilmemesi gereken davranışa, edim denir (EREN, Genel Hükümler, s. 96 vd.). Kontrgaranti alanın yöneltildiği garanti veya kontrgaranti ilişkisi kapsamında asli olarak yalnızca garanti ya da kontrgaranti edimi mevcuttur ki, bu edimleri yöneltildiği ilişki çerçevesinde kontrgaranti alan üstlenir. Sözleşmenin karşı tarafının ödeme talebinde bulunmama şeklinde bir edim yükümlülüğü yoktur (HARMAN, s. 21 ve 54). Diğer bir deyişle, kontrgaranın yönelttiği garanti ya da kontrgaranti ilişkisi kapsamında, kontr-

B. Bir Riskin Kısmen Üstlenilmesi ve Birden Çok Hareket Tarzından Doğan Risklerin Bir Kontrgaranti Sözleşmesiyle Üstlenilmesi

a. Bir Riskin Kısmen Üstlenilmesi

Kontrgaranti sözleşmesinde, yöneltilen belirli bir hareket tarzından doğan riskin kısmen üstlenilmesi, yani yöneltilen garanti veya kontrgaranti sözleşmesi dolayısıyla kontrgaranti alanın malvarlığında gerçekleşen eksilmenin belirli bir tutara kadar giderileceği taahhüt edilebilir¹¹⁸. Kuşkusuz, birden fazla kontrgaranın, bir garanti ya da kontrgaranti ilişkisinden doğan riski kısım kısım üstlenmesi de mümkündür. Riskin kısmen üstlenilebilmesi için sarih irade beyanı gerekli değildir, yorum yoluyla riskin bir kısmının üstlenildiğinin anlaşılması yeterlidir; riskin tamamen mi kısmen mi üstlendiği konusunda tereddüde düşülüyorsa, riskin tamamının üstlenildiğinin kabul edilmesi gerekir¹¹⁹. Hemen belirtelim; uygulamada kontrgaranti sözleşmelerinde, kontrgaranti sorumluluğu, daima belirli bir tutarla sınırlanır¹²⁰. Dolayısıyla, bir garanti ya da kontrgaranti sözleşmesinden doğan riskin kısmen üstlenilmesi, söz konusu olur.

garanti alana karşı yüklenilen, gereği gibi yerine getirileceği kontrgaranti alana karşı garanti edilebilecek bir edim bulunmamaktadır.

Genel olarak saf garanti sözleşmelerinde ve bu arada kontrgaranti sözleşmelerinde, -kural olarak- bir edim garantisi değil, bir sonuç garantisi söz konusu olur (**KAHRAMAN**, s. 21). Mesela; bir orkestrayı belirli bir kültür merkezinde konser vermeye teşvik etmek için, orkestraya belirli sayıda biletin satılacağı garanti edilebilir. Böyle bir saf garanti sözleşmesinde garanti veren, garanti alana karşı, satın alınan bilet satış sözleşmesinden doğan bilet satış bedelini ödeme edimini garanti etmiş olmaz (**TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 808; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 850; **KAHRAMAN**, s. 21). Zira, bu halde, kim tarafından ne zaman nasıl ifa edileceği belirli ya da belirlenebilir bir edimden bahsedilemez (**EREN**, Genel Hükümler, s. 100-101).

¹¹⁸ **REİSOĞLU**, Garanti, s. 10; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 811; **KAHRAMAN**, s. 32.

¹¹⁹ **REİSOĞLU**, Garanti, s. 10; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 812; **YENER COŞKUN**, s. 42; **KAHRAMAN**, s. 32.

¹²⁰ Kontrgaranti borcunun kapsamı ve sınırlanması hakk. açıklamalar için bkz. aşağı. Üçüncü Bölüm, I.2.

b. Birden Çok Hareket Tarzından Doğan Risklerin Bir Kontrgaranti Sözleşmesiyle Üstlenilmesi

Bir garanti sözleşmesi özellikle kontrgaranti sözleşmesi vasıtasıyla birden fazla hareket tarzından doğan risklerin üstlenilip üstlenilemeyeceği konusu, tartışmalıdır. Esasen bu tartışma, banka garantileri (teminat mektupları) üzerinde yapılmaktadır; ancak, tartışmanın çekirdeği garanti sözleşmesine dayandığından kontrgaranti sözleşmeleri açısından da önem arz eder. Gerçekten de, bir teminat mektubu ile birden fazla edimin gereği gibi ifa edileceği garanti edilebiliyorsa, eş deyişle, birden fazla risk üstlenilebiliyorsa; kontrgaranti sözleşmesiyle de birden çok hareket tarzından doğan birden fazla riskin üstlenilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.

Bir görüşe¹²¹ göre; her risk için ayrı bir garanti sözleşmesi akdedilmelidir. Edimi garanti edilen (lehtar) ile garanti alan (muhatap) arasında birden çok hukukî ilişki mevcutsa; bu hukukî ilişkilerden doğan edimler, tek bir garanti sözleşmesiyle (teminat mektubu ile) garanti edilemezler. Çünkü, lehtar ile muhatap arasındaki hukukî ilişkilerden doğan tüm edimlerin gereği gibi ifa edilmemesi riski, niteliği itibarıyla belirli ya da belirlenebilir olmaktan uzaktır¹²². Başka bir görüşe¹²³ göre; garanti sözleşmesiyle belirli veya belirlenebilir birden çok riskin üstlenilmesi mümkündür. Yani, belirli ve belirlenebilir olduktan sonra, birden çok risk, tek bir garanti sözleşmesine (teminat mektubuna) konu olabilir. Yargıtay'ın ilk görüşe katıldığı söylenebilir. Nitekim, Yüksek Mahkeme bir kararında; “[t]eminat mektuplarında garanti ne için verilmişse, o koşulun gerçekleşip gerçekleşmediğine göre ödeme yapılacağından, garanti sözleşmesi ile üstlenilen risklerin hangi ilişkiden kaynaklanan riskler olduğu taraflarca önceden belirlenmelidir. Ayrıca taraflar arasındaki tüm ilişkilerden doğacak risklerin tek bir garanti sözleşmesi

¹²¹ DOĞAN, s. 22; BAŞARA, s. 305; YENER COŞKUN, s. 39; ÖNDER, s. 29.

¹²² Riskin belirli ya da belirlenebilir olması hakk. bkz. hemen aşağı. III.3.C.

¹²³ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 52; SELÇUK, s. 365.

ile güvence altına alınması da garanti sözleşmesini geçersiz kılar. Başka bir söyleyişle, taraflar arasında birden fazla hukuki ilişki mevcut ise, her bir hukuki ilişkiden doğacak riskler ayrı bir garanti sözleşmesi ile güvence altına alınmalıdır” şeklinde hüküm kurmuştur¹²⁴. Bizce; garanti sözleşmesiyle birden fazla riskin üstlenilmesi mümkündür, meğerki üstlenilen riskler belirli ya da belirlenebilir olmasın. Özellikle, bankacılık uygulaması dikkate alındığında, kontrgaranti sözleşmesi bakımından bu görüş, daha isabetlidir. Öyle ki, kontrgaran (müşteri) ile kontrgaranti alan banka arasında çoğu zaman tek bir kontrgaranti sözleşmesi mevcuttur. Bu kontrgaranti sözleşmesinde; kontrgaran, kontrgaranti alanı birden fazla garanti veya kontrgaranti sözleşmesi akdetmeye yöneltmekte, kontrgaranti alana yönelttiği herbir garanti veya kontrgaranti sözleşmesi sebebiyle malvarlığında eksilme olmayacağını garanti etmektedir. Umumi kontrgaranti sözleşmesi¹²⁵ olarak ifade edilen bu tür kontrgaranti sözleşmeleri sayesinde; taraflar, talimat doğrultusunda girişilecek her garanti ya da kontrgaranti sözleşmesinden doğan riski teminata bağlamak için ayrı bir kontrgaranti sözleşmesi akdetme külfetinden kurtulur¹²⁶.

C. Riskin Belirli ya da Belirlenebilir Olması

Kontrgaranti sözleşmesi çerçevesinde üstlenilen riskin belirli, en azından belirlenebilir olması gerekir¹²⁷. Kontrgaranti sözleşmesi hükümlerinden hareketle; kontrgaran tarafından hangi riskin üstlenildiğinin tespit edilebilmesi şarttır. Yargıtay, kararlarında garanti sözleşmesiyle üstlenilen riskin belirli ya da belirlenebilir olması gerektiğine önemle vurgu yapmaktadır. Nitekim, Yüksek Mahkeme bir kararında¹²⁸; “[b]ir sözleş-

¹²⁴ 11. HD, 16.9.2019, 2018/3870 E. 2019/5469 K.

¹²⁵ Umumi kontrgaranti sözleşmesi örnekleri için bkz. **BAKAY**, Ruhi: Banka Teminat Mektupları, İstanbul 1954, s. 79 vd.; **PAMUKÇU**, s. 77 vd.

¹²⁶ **BAKAY**, s. 30.

¹²⁷ **REİSOĞLU**, Kontrgarantiler, s. 40; **DOĞAN**, s. 22; **HARMAN**, s. 22; **BAŞARA**, s. 305; **YENER COŞKUN**, s. 40; **SELÇUK**, s. 365; **KAHRAMAN**, s. 33; **ÖNDER**, s. 28-29.

¹²⁸ 19. HD, 3.5.2002, 2001/2647 E. 2002/3342 K. Aynı yönde başka bir kararda şu ifadeler yer almaktadır: “Kefaletten farklı olarak asıl borç ilişkisinden tamamen bağımsız nitelikteki garanti sözleşmesinde

menin geçerli olması için, onun taraflara yüklediği hak ve borçların tereddüde yer vermeyecek şekilde açık ve belirgin olması lazımdır. Bu itibarla garanti sözleşmelerinde de, hangi riskin garanti edildiğinin ya da garanti edilen riskin boyutlarının tereddüt yaratmayacak şekilde belli olması gereklidir. Belirsizliğin garantisi olamaz. Hangi riskin garanti edildiği belirlenmeden kredi sözleşmesinde "doğmuş ve doğacak her türlü borç" denilmek suretiyle boyutları belli olmadan bir edimin garanti edilmek istenilmesi garanti sözleşmelerinin amacı ile bağdaşmaz. Hal böyle olunca garanti sözleşmesi düzenlendiği anda garanti edilen edimin sınırlarının açıkça belirlenmiş olması ya da bunun sözleşmeden anlaşılabilir olması gereklidir. Şayet bu unsurlar mevcut değil ise garanti edenin sorumluluğundan söz edilemez. Somut olayda mevcut kredi sözleşmesi ve garanti sözleşmesinin içeriğinden garanti edilen edimin ne olduğu belirlenemediğinden anılan sözleşmenin garanti sözleşmesi olarak kabulü mümkün değildir” şeklinde hüküm kurmuştur.

Kontrgaran tarafından üstlenilen risk, kontrgaranti sözleşmesinden hareketle doğrudan doğruya saptanabiliyorsa; yani risk, tereddüde yer bırakmayacak şekilde sözleşmeden anlaşılıyorsa, belirlidir¹²⁹. Kontrgaranti sözleşmesinde, kontrgaranti alanın düzenleyeceği teminat mektubuna ya da vereceği kontrgarantiye dair tüm detaylar zikredilmişse; artık riskin belirli olduğunu kabul etmek gerekir.

Riskin belirlenebilir olması ise; muğlak bir ifadedir, içinin doldurulması gerekir. Üstlenilen risk, sözleşmeden hareketle doğrudan doğruya anlaşılamiyor; fakat riskin, sözleşmenin yorumu vasıtasıyla hangi girişimden ya da hukukî ilişkiden kaynaklandığı

şekil serbestisi hakim olup garantinin sınırının önceden belirlenmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak, sözleşme serbestisi sınırsız değildir. Bu bağlamda, mülga BK'nın 19. ve 20. maddelerinde sözleşme serbestisine bir takım sınırlamalar getirilmiştir. Gerçekten bir sözleşmenin geçerli olması için, onun taraflara yüklediği hak ve borçların tereddüde yer vermeyecek şekilde açık, başka bir deyimle konusunun gereği ve yeteri kadar belli ve sınırlı olması gerekir. Belirsizliğin garantisi olmaz. Bu itibarla, limit gösterme şartı bulunmamakla birlikte, garanti sözleşmesinde hangi riskin garanti edildiğinin belli olması ya da garanti edilen riskin boyutlarının tereddüt yaratmayacak biçimde belirlenebilir nitelikte bulunması gerekir” (11. HD, 12.3.2015, 2014/4739 E. 2015/3421 K.). Benzer yönde Yargıtay kararları için bkz. 19. HD, 23.5.2000, 2000/1855 E. 2000/3925 K.; 11. HD, 25.2.2010, 2008/11547 E. 2010/2169 K.; 19. HD, 24.4.2000, 2000/74 E. 2000/3130 K.

¹²⁹ YENER COŞKUN, s. 40; ÖNDER, s. 29.

tespit edilebiliyorsa; riskin belirlenebilir olduğu ifade edilmektedir¹³⁰. Konuya ilişkin bir Yargıtay kararında¹³¹ şu ifadeler yer almaktadır: “[G]aranti sözleşmesi düzenlendiği anda garanti edilen edimin sınırlarının açıkça belirlenmemiş olması ya da bunu belirlemeye yarayan koşul ve açıklamaların sözleşmede yer almamış bulunması halinde garanti edenin sorumluluğundan söz edilemez. Sözleşmenin düzenlendiği tarihte asıl borçluya açılan kredi miktarının belli olduğu ya da asıl borçlu yönünden kredi limitinin belirlenmiş bulunduğu kredi sözleşmelerinde garanti eden, garanti ettiği edimin boyutlarını görmekte ve risk gerçekleştiğinde sorumlu olacağı miktarı tahmin edebilmektedir.”

Bu karara göre; kontrgaran, kontrgaranti sorumluluğu kapsamında ödemek zorunda kalabileceği para miktarını tahmin edebiliyorsa; kontrgaranti sözleşmesine konu riskin, belirlenebilir halde olduğu ifade edilebilir. Bu itibarla; kontrgaranti borcunun, belirli bir üst limitle¹³² sınırlandırıldığı hallerde¹³³; riskin belirlenebilir nitelikte olduğu söylenebilir¹³⁴.

Öte yandan, kontrgaranti sözleşmesine konu risk, belirli veya belirlenebilir olduktan sonra; kontrgaranti borcunun kural olarak üst bir limitle sınırlandırılması zorunlu değildir¹³⁵. Bu fikre Yargıtay da iştirak etmektedir öyle ki; Yüksek Mahkeme’nin bir kararında¹³⁶ “[g]aranti sözleşmesi (...) kefalet sözleşmesi niteliğinde bulunmadığından garanti verenin sorumluluk limitinin gösterilmesi zorunlu değil ise de, garanti sözleşmesi belli bir riski garanti etmelidir” ifadelerine rastlanmaktadır.

Umumi kontrgaranti sözleşmeleri ile, kontrgaranti alan tarafından talimat üzerine verilecek tüm garanti ve kontrgaranti sözleşmelerinden doğan riskler üstlenilemez. Zira,

¹³⁰ **KAHRAMAN**, s. 33.

¹³¹ 19. HD, 18.12.2000, 2000/7107 E. 2000/8738 K.

¹³² Kontrgaranti sözleşmelerinin belirli bir üst sınır konarak akdedilmesi; kontrgaranın üstlendiği sorumluluk sınırını açık ve kesin bir biçimde ortaya koyduğu için gereksiz hukukî ihtilaf çıkmasının önüne geçer (**REİSOĞLU**, Garanti, s. 13; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 812).

¹³³ Kontrgaranti veren (kontrgaran) gerçek kişi ise, kontrgaranti sorumluluğunun belirli bir tutarla sınırlandırılması gerekir. Aksi takdirde, kontrgaranti sözleşmesinin geçersizliği gündeme gelir. Bu hususta bkz. hemen aşağı. IV.2.

¹³⁴ Kontrgaranti borcunun sınırlanması hakk. yapılan açıklamalar için bkz. aşağı. Üçüncü Bölüm, I.2.B.

¹³⁵ **REİSOĞLU**, Kontrgarantiler, s. 44.

¹³⁶ 19. HD, 23.9.2002, 2001/8061 E. 2002/5973 K.

bu halde kontrgaran tarafından belirli ya da belirlenebilir bir riskin üstlenilmesinden değil, sınırsız bir riskin üstlenilmesinden bahsedilir. Umumi kontrgaranti sözleşmelerinde riskin belirlenebilir olmasını sağlamak için, kural olarak kontrgaranti sorumluluğu kapsamında ödenebilecek tutara bir üst sınır getirilmesi gerekir. Böylece düzenlenen teminat mektubunun sayısı ve bedelinden bağımsız olarak bir limit dâhilinde risk üstlenilmesi söz konusu olur; tıpkı genel kredi sözleşmesinde kredi veren bankanın belirlediği kredi limiti gibi.

D. Yeni Risklerin Üstlenilmesi

Taraflardan biri, kontrgaranti sözleşmesi kapsamına, hali hazırda üstlenilmiş riskten başka bir riski tek başına dâhil edemez¹³⁷. Yeni bir teminat mektubundan veya kontrgaranti sözleşmesinden doğan risk, ancak tarafların dâhil edilecek risk üzerinde anlaşmasıyla kontrgaranti sözleşmesinin kapsamına dâhil edilebilir¹³⁸. Kuşkusuz, kontrgaranti alan ve kontrgaran; yeni teminat mektubundan ya da kontrgarantiden doğan riski, önceden akdedilmiş kontrgaranti sözleşmesinin kapsamına dâhil etmek yerine, yeni bir kontrgaranti sözleşmesi imzalayarak, yeni riski bu sözleşmeye konu edebilirler.

¹³⁷ Teminat mektupları için de aynı esas geçerlidir. Lehtarın temel ilişki kapsamındaki edimini garanti eden teminat mektupları; temel ilişki çerçevesinde lehtar tarafından birtakım yeni yükümlülükler üstlenildiğinde, bu yeni yükümlülükleri (garanti etmez) kapsamaz. Bu yeni yükümlülükler, yeni bir teminat mektubu ile garanti edilebilir (ARKAN, s. 75; REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 42). Yargıtay'ın kanaati de bu yöndedir. Nitekim, Yüksek Mahkeme önüne gelen bir uyuşmazlıkta; “[g]aranti verenin muvafakatı olmadan akdi ilişkideki koşulların borçlu aleyhine ağırlaştırılması veya borçlunun yeni birtakım yükümlülükler üstlenmesi garanti kapsamı dışında kalır” şeklinde karar vermiştir (19. HD, 7.3.2000, 1999/7669 E. 2000/1841 K.). Aynı yönde başka bir Yargıtay kararı için bkz. 19. HD, 23.9.2002, 2001/8061 E. 2002/5973 K.

Tüm garanti niteliğini haiz sözleşmelere ve bu arada kontrgaranti sözleşmelerine konu risk, tek taraflı olarak değiştirilemez. Teminat mektubu veya kontrgaranti sözleşmesine dayanılarak ödeme talebinde bulunulacaksa, bu ödeme talebi her halde, teminat mektubuna ya da kontrgaranti sözleşmesine konu olan riske ilişkin olmalıdır. Teminat mektubu ya da kontrgaranti sözleşmesi ile üstlenilen riskle alakasız olan ödeme taleplerinin, amaca aykırılığı gündeme gelir ki, amaca aykırı ödeme taleplerinin geri çevrilmesi gerekir (ödeme talebinin amaca aykırı yöneltildiği yönündeki savunma hakk. bkz. aşağı. Üçüncü Bölüm, II.5). Konuya ilişkin bir Yargıtay kararında aynen şu ifadelerle rastlanmaktadır: “[B]anka, teminat mektubunda yazılı olmayan riskin gerçekleştiğinin ileri sürülmesi halinde ödemedi kaçınmak durumundadır. Başka bir ifade ile, teminat mektubunda yazılı risk değiştirilemez ve genişletilemez” (HGK, 28.11.2007, 2007/11-852 E. 2007/892 K.).

¹³⁸ ARKAN, s. 75; REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 42; YENER COŞKUN, s. 41.

Kontrgaranti alan, giriştiği süreli garanti veya kontrgaranti ilişkisinde, karşı tarafın talebi üzerine kontrgarandan onay almaksızın garanti veya kontrgaranti süresini uzattığında; süre uzaması dolayısıyla ortaya çıkan ilave riskten kontrgaran, sorumlu değildir. Zira, bu risk, kontrgaranti sözleşmesinde üstlenilen risk değil, yeni bir risktir. Süre uzatımı nedeniyle ortaya çıkan ilave riskin de kontrgaran tarafından üstlenilmesi isteniyorsa; bu hususu kontrgaranın onaylaması gerekir. Aksi takdirde, kontrgaranti alan, -aksi kararlaştırılmamışsa- uzatılmadan önceki süre sonunda, kontrgarana başvuru imkânını yitirir¹³⁹.

4. Bağımsızlık

Kontrgaran, kontrgaranti sözleşmesiyle bağımsız¹⁴⁰ bir yükümlülük altına girer¹⁴¹. Kontrgaranın bağımsız bir yükümlülük üstlenmesi; kontrgaranti sözleşmesini, kefalet sözleşmesi gibi fer'i (akzessorisch) nitelikli sözleşmelerden ayırt etmeye yarar¹⁴².

Kontrgaranti sözleşmesi, banka garantisi ilişkisi içerisinde yer alan temel ilişki, garanti ilişkisi ve karşılık ilişkisinden hukukî olarak bağımsızdır ve bu ilişkilerin geçersizliğinden etkilenmez¹⁴³.

¹³⁹ Süreli kontrgaranti sözleşmeleri hakk. açıklamalar için bkz. aşağı. Üçüncü Bölüm, IV.1.B.c.

¹⁴⁰ Hukukî anlamda bağımsızlık, bir yükümlülüğünün başka bir borç ilişkisinden doğan borcun varlığına, geçerliğine, devamına, dava ve takip edilebilirliğine bağlı olmaması anlamına gelir (TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 812; KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, s. 32). Başka bir ifadeyle, sözleşmenin varlığı ve içeriğinin başka bir sözleşmeye bağlı olmamasına hukukî bağımsızlık denir (REİSOĞLU, Garanti, s. 19).

¹⁴¹ REİSOĞLU, Garanti, s. 20; TEKİNALP, N. 39-89; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 812; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 852; KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, s. 30 vd.; AKMAN, s. 1671; DEVELİOĞLU, Kefalet Işığında, s. 105 vd.; KAHRAMAN, s. 38. Aynı yönde bkz. HGK, 23.5.2019, 2017/11-1731 E. 2019/608 K.: “Kefalet sözleşmesini garanti sözleşmesinden ayırt eden en bariz nitelik, kefaletin fer'i olmasına karşılık garanti sözleşmesinin bağımsız ve asli niteliğidir. Garanti sözleşmesi ile garanti veren bağımsız bir borç altına girmekte olup, bu yükümlülüğün bir başka borç ile ilgisi bulunmamaktadır. Garanti alanın üçüncü kişilerle ilişkisi, üçüncü kişinin bir yükümlülük altında bulunması, garanti sözleşmesinin niteliğine tamamen yabancıdır.”

¹⁴² KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, s. 203; FÖRSTER, Christian: Die Fusion von Bürgschaft und Garantie, Tübingen 2010, s. 125; DOĞAN, s. 330; EKİCİ, Akın/DURUKANOĞLU, Nihayet: Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Teminat Mektupları (Garanti ve Kontrgarantiler), İstanbul 2016, s. 227.

Karşılık ilişkisi¹⁴⁴, genellikle banka ile lehtar arasında akdedilen genel kredi sözleşmesi üzerinde temellenir¹⁴⁵. Hemen tüm genel kredi sözleşmeleri, içeriğinde kontrgaranti taahhüdünü de barındırır¹⁴⁶. Böylece, lehtar aynı zamanda kontrgaran sıfatına sahip olur. Acaba bu halde, lehtar ile banka arasında yalnızca genel kredi sözleşmesi olduğu, kontrgaranti sözleşmesinin bağımsızlığını yitirerek genel kredi sözleşmesine bağlı hale geldiği savunulabilir mi? Bu soruyu yanıtlamadan önce bağlantılı garanti sözleşmelerine kısaca değinmek gerekir. Bağlantılı garanti sözleşmeleri; satış, eser, hizmet vb. sözleşmelere garanti taahhüdü eklenerek meydana getirilen sözleşmelerdir¹⁴⁷. Mesela; devreden eczacının, devralan eczacıya aylık belirli bir miktar para kazanacağına ilişkin garanti vermek suretiyle eczanesini devretmesinde durum böyledir. Bağlantılı garanti sözleşmeleri söz konusu olduğunda; garanti sözleşmesi ile diğer sözleşme arasında metinsel bir bağdan başka bir bağın bulunmadığı, birbirinden bağımsız iki sözleşmenin mevcut olduğu ifade edilmektedir¹⁴⁸. Bu itibarla; kontrgaranti taahhüdünü ihtiva eden genel kredi sözleşmesini imzalayan lehtar ile banka arasında, ayrıca genel kredi sözleşmesinden (karşılık ilişkisinden) hukuken bağımsız olan bir kontrgaranti sözleşmesinin mevcut olduğu söylenebilir.

Banka garantisine dâhil tüm ilişkiler birbirinden hukuken bağımsızdır. Tüm bu bağımsız ilişkiler ekonomik bir bütünlük içinde bir araya gelerek banka garantisi uygulamasını oluşturur. Kontrgaranti sözleşmesi de bu ekonomik bütünlük içerisinde yer

¹⁴³ DOĞAN, s. 331; EKİCİ/DURUKANOĞLU, s. 227.

¹⁴⁴ Karşılık ilişkisi hakk. yapılan açıklamalar için bkz. yuk. Giriş, III başlığı altındaki karşılık ilişkisine ilişkin dn.

¹⁴⁵ DOĞAN, s. 120; YENER COŞKUN, s. 12.

¹⁴⁶ TEKİNALP, N. 39-81; DOĞAN, s. 120; YENER COŞKUN, s. 12; SONGUR/CEYLAN, s. 165; TÜRKÇÜ, Ayşe Nilüfer: Banka Teminat Mektuplarının Tazmininin İhtiyati Tedbir Kararı Alınarak Durdurulması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2005, s. 17; ÖNDER, s. 88.

¹⁴⁷ REİSOĞLU, Garanti, s. 20; KAPANCI, K. Berk: Satıcının Satış Konusuyla İlgili Olarak Verdiği (Saf) Garanti Taahhütleri, İÜHFD 2015, C. VI, Sa. 2, s. 326; KAHRAMAN, s. 38.

¹⁴⁸ REİSOĞLU, Garanti, s. 20; KAHRAMAN, s. 38.

almaktadır. Dolayısıyla, kontrgaranti sözleşmesinin hukukî bağımsızlığından söz edilebilirse de, ekonomik bağımsızlığından bahsetmek mümkün değildir¹⁴⁹.

Kontrgaranti sözleşmesinin bağımsızlığı, TGİBK’da da ele alınmıştır. TGİBK 5 hükmüne göre; “[b]ir kontrgaranti, doğası gereği, bağlantılı olduğu garantiden, temel borç ilişkisinden, başvurudan ve diğer kontrgarantilerden bağımsızdır, kontrgaranti veren bu ilişkilerle kesinlikle alakalı veya bağlı değildir. Kontrgarantide garanti konusunu belirlemek amacıyla temel borç ilişkisine atıf yapılmış olması da, kontrgarantinin bağımsızlığını etkilemez. Kontrgaranti verenin, kontrgaranti uyarınca yapacağı ödeme taahhüdü de, kontrgaranti veren ile garanti veren arasındaki ilişkiden veya kendisiyle yine lehine kontrgaranti verilen başka bir kontrgaranti verenle arasındaki ilişkiden doğanlar dışında hiçbir ilişkiden doğan talep ve savunmalara tabi değildir¹⁵⁰.”

5. İvazsızlık

Kontrgaranti sözleşmesi, kural olarak bir ivaz karşılığında akdedilmez¹⁵¹. Kontrgaranın, kontrgaranti sözleşmesi akdetmekle doğrudan doğruya takip ettiği amaç, belirli bir ivaz elde etmek değil, kontrgaranti alan bankayı belirli bir hareket tarzına yöneltmektir¹⁵². Zaten işin doğası gereği, riskli bir hareket tarzına yöneltilen kontrgaranti

¹⁴⁹ DOĞAN, s. 28.

¹⁵⁰ DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 342’den naklen.

¹⁵¹ HARMAN, s. 54. Garanti sözleşmelerinin ivazlı mı ivazsız mı olduğu konusunda doktrinde fikir birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre; garanti sözleşmesinin, ivazsız olması gerekir. Bu düşünceye göre; garanti sözleşmesi bir ivaz elde etmek için değil, garanti alanı belirli bir davranışa yöneltmek için akdedilmektedir (REİSOĞLU, Garanti, s. 22; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 818; AKYOL, s. 175; DEVELİOĞLU, Kefalet Işığında, s. 97; HARMAN, s. 54; YENER COŞKUN, s. 48; KAHRAMAN, s. 44). Başka bir görüşe göre ise, garanti sözleşmesi, ivazlı olarak akdedilebilir (ARIK, Fikret: Mahkeme Kararları Kroniği–Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi, AÜSBFD 1955, C. X, Sa. 2, s. 51). Yargıtay; garanti verenin, garanti sözleşmesi çerçevesinde herhangi bir ivaz elde etmediği kanaatindedir. Nitekim, Yüksek Mahkeme bir kararında; “[g]aranti sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Garanti alanın yerine getireceği bir eda söz konusu değildir” şeklinde hüküm kurmuştur (11. HD, 27.11.1979, 1979/5075 E. 1979/5456 K.). İsviçre Federal Mahkemesi’nin (BG), iki yönde de kararı bulunmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi’nin, garanti sözleşmesinin ivazsız olması gerektiği yönündeki kararı için bkz. BGE 76, II 36. İsviçre Federal Mahkemesi’nin garanti sözleşmesinin ivazlı olarak akdedilebileceğine ilişkin kararı için bkz. BGE 61, II 220 ve 75, II 253.

¹⁵² KAHRAMAN, s. 44.

alandan, riskli bir hareket tarzına yöneltilmesi karşılığında kontrgarana bir ivaz sağlaması beklenemez. Bunun arkasında yatan sebebin, teminat sözleşmeleriyle ivaz olgusunun bağdaşmaması olduğu savunulabilir¹⁵³.

Sonuç olarak; kontrgaranti sözleşmesi, kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir¹⁵⁴. Sözleşme çerçevesinde kontrgaranti alanın, yerine getirmesi gereken bir borcu bulunmamaktayken; kontrgaran, asli olarak kontrgaranti borcunu¹⁵⁵ yüklenir.

Burada şu hususu ayrıca vurgulamak gerekir: Kontrgaranın, kontrgaranti alanı belirli bir hareket tarzına yönelterek bu hareket tarzından doğan riskleri üstlenmesine karşılık kontrgaranti sözleşmesi dışındaki başka bir sözleşme kapsamında bir ivaz elde etmesi mümkündür. Örneğin, kontrgarantör banka, garantör bankaya kontrgaranti vermesi karşılığında, bu kontrgaranti ilişkisinden bağımsız başka bir hukukî ilişki (karşılık ilişkisi) çerçevesinde üçüncü kişiden (lehtardan) komisyon vb. bir karşılık elde eder. Ancak, bu karşılık, kontrgaranti sözleşmesi çerçevesinde elde edilmediğinden; kontrgaranti sözleşmesini ivazlı hale getirmez¹⁵⁶.

IV. KURULMASI

Kontrgaranti sözleşmesi, herhangi bir pozitif düzenlemeye konu edilmemiştir. Bu nedenle, sözleşmenin kurulmasına ilişkin genel hükümler, kontrgaranti sözleşmesi için de geçerlidir.

¹⁵³ DEVELİOĞLU, Kefalet Işığında, s. 97.

¹⁵⁴ HARMAN, s. 54.

¹⁵⁵ Kontrgaranti borcunun niteliği hakk. yapılan açıklamalar için bkz. aşağı. Üçüncü Bölüm, I.1.

¹⁵⁶ TEKİNALP, N. 39-91; DOĞAN, s. 30; YENER COŞKUN, s. 48.

1. Tarafları

Karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda, banka garantisinin taraflarına ilişkin terminoloji birbirinden farklıdır¹⁵⁷. Karşılaştırmalı hukukta ve bu arada TGİBK’da, lehtar (*Begünstigte, beneficiary*) deyiminden lehine garanti düzenlenen kişi anlaşılır¹⁵⁸. Bu kişiye, Türk bankacılık uygulamasında muhatap denmektedir. Aynı şekilde, Türk hukukunda, kendisine gayrınakdî kredi (sorumluluk kredisi) açılan ve garantör bankaya teminat mektubu düzenlemesi (kontrgarantör bankaya kontrgaranti yollaması) talimatını veren kimseye, lehtar denmektedir. Buna karşılık, karşılaştırmalı hukukta, teminat mektubu düzenleme talimatını veren kişiye, amir (*Garantieauftraggeber, applicant*) denmektedir.

Kontrgaranti sözleşmesinin tarafları hakkında, muhatap ve lehtar terimlerinde¹⁵⁹ olduğu gibi bir karmaşa söz konusu değildir. Esas itibariyle, kontrgaranti sözleşmesinin tarafları, kontrgaran (kontrgaranti veren) ve kontrgaranti alandır. Ancak, dolaylı banka garantileri¹⁶⁰ söz konusu olduğunda, iki ayrı kontrgaranti sözleşmesi gündeme gelmektedir. Bu halde; birinci banka (lehtarın bankası), bir sözleşmede kontrgaran diğer sözleşmede kontrgaranti alan sıfatını taşır ki, bu durum karışıklığa yol açabilir. Bu nedenle, çalışmada kontrgaranti sözleşmesinin taraflarını, dolaylı banka garantilerini dikkate alarak ayrı ayrı incelemeyi tercih ettik.

¹⁵⁷ Bu hususta bkz. **REİSOĞLU**, Kontrgarantiler, s. 25; **DOĞAN**, s. 52 vd.

¹⁵⁸ **KOSTAKOĞLU**, s. 219.

¹⁵⁹ Çalışmada Türk bankacılık uygulamasında ve doktrininde yerleşmiş anlamları ile lehtar ve muhatap terimleri kullanılmıştır.

¹⁶⁰ Dolaylı banka garantileri hakk. genel bilgi için bkz. hemen yuk. Giriş, III.

A. Garantör Banka

Banka garantisi kapsamında, temel ilişkinin alacaklısı muhataba teminat mektubu veren, yani onunla garanti sözleşmesi akdeden bir banka bulunur. Bu banka, kural olarak teminat mektubu (garanti sözleşmesi) dolayısıyla ortaya çıkacak riske karşılık, teminat mektubu vermeden önce kendisine teminat gösterilmesini ister. Teminat mektubu dolayısıyla ortaya çıkacak risk, kontrgaranti sözleşmesiyle bertaraf edilir.

Garantör banka; kural olarak dolaylı banka garantileri söz konusu olduğunda kontrgarantör banka ile, doğrudan banka garantileri söz konusu olduğunda ise kontrgaran ile kontrgaranti sözleşmesi imzalar. Bu itibarla; kontrgaranti sözleşmesinin bir tarafını, garantör banka (*Garant, guarantor*) oluşturur¹⁶¹.

Kontrgaranti sözleşmesi çerçevesinde kontrgaranti alan sıfatına sahip garantör banka, teminat (garanti) ilişkisinde garanti veren (teminat mektubu düzenleyen) konumdadır¹⁶². Eğer garantör banka, teminat mektubu düzenlemesi yönündeki talimatı doğrudan lehtardan almışsa; yani garantör banka ile lehtar arasında karşılık ilişkisi mevcutsa; bu karşılık ilişkisi kapsamında garantör banka, iş görme borçlusudur.

TGİBK 2 hükmünde; garantör, kendi lehine olsun olmasın, garanti veren kişi olarak ifade edilmiştir¹⁶³. Hükme göre; garantörün, lehtarı kendisi olan bir teminat mektubunu düzenleyebileceği söylenebilir. Ancak, Türk hukukunda garantör bankanın kendi borcu için teminat mektubu veremeyeceği kabul edilmektedir¹⁶⁴.

¹⁶¹ YENİCE, Kontrgaranti, s. 178.

¹⁶² DOĞAN, s. 53; YENİCE, Kontrgaranti, s. 178.

¹⁶³ KOSTAKOĞLU, s. 220; EKİCİ/DURUKANOĞLU, s. 224.

¹⁶⁴ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 89.

B. Kontrgarantör Banka

Dolaylı banka garantilerinde ilişkiye ikinci bir bankanın dâhil edilmesi söz konusu olur. Lehtarın bankası (kontrgarantör banka), kendi garantisi yabancı bir ülkede yerleşik muhatap tarafından kabul edilmeyebileceği için, muhatabın yerleşik bulunduğu ülkede bulunan bir banka (garantör banka) ile anlaşır. Lehtarın bankası, garantör bankadan, muhataba garanti vermesini ister ve verilecek garanti nedeniyle ortaya çıkan riski garantör banka ile kontrgaranti sözleşmesi imzalayarak üstüne alır. Bu kontrgaranti sözleşmesi çerçevesinde garantör banka, kontrgaranti alan sıfatına; kontrgarantör banka ise kontrgaranti veren (kontrgaran) sıfatına sahiptir.

Öte yandan, müşterisi lehtar için garantör banka ile kontrgaranti sözleşmesi imzalayacak kontrgarantör banka, imzalayacağı kontrgaranti sözleşmesinden doğan riske karşılık lehtar veya üçüncü bir kişiyle kontrgaranti sözleşmesi akdeder. Böylece, kontrgarantör banka birbirinden bağımsız iki ayrı kontrgaranti sözleşmesinin tarafı olur. Kontrgarantör banka; garantör banka ile imzaladığı kontrgaranti sözleşmesinde kontrgaranti veren (kontrgaran), lehtar ya da üçüncü bir kişi ile arasındaki kontrgaranti sözleşmesinde ise kontrgaranti alan sıfatına sahiptir.

C. Kontrgaran

Garantör banka, doğrudan banka garantilerinde lehtarın talimatı doğrultusunda muhataba garanti vererek; kontrgarantör banka, dolaylı banka garantilerinde lehtarın talimatı doğrultusunda garantör bankaya kontrgaranti vererek risk üstlenir. Bankalar, lehtarın talimatı üzerine üstlendikleri bu riskleri güvenceye bağlamak için, lehtar veya üçüncü bir kişiyle bir kontrgaranti sözleşmesi imzalar. İşte kontrgaran (*Rückgarant*,

counter-guarantor), bu kontrgaranti sözleşmesinde kontrgaranti veren sıfatına sahiptir¹⁶⁵.

TGİBK 2 hükmüne göre; kontrgaran, bir garantör veya diğer bir kontrgarantör lehine kontrgaranti veren kişi olarak tanımlanmıştır¹⁶⁶.

Uygulamada genellikle; lehtarın, aynı zamanda kontrgaran sıfatına da sahip olduğu görülmektedir. Ancak bu, daima geçerli değildir. Kontrgaran, temel ilişkinin borçlusu lehtar olabileceği gibi, üçüncü bir kişi de olabilir¹⁶⁷.

Kontrgaran sıfatına sahip kişi sayısının artması¹⁶⁸; kontrgaranti alanın, ödeme talebini yöneltebileceği kişi sayısının artması anlamına gelir¹⁶⁹. Böylece, kontrgaranti sözleşmesinin teminat fonksiyonu da artar. Bu halde, kontrgaranların, kontrgaranti belinden müteselsilen sorumlu olması esastır¹⁷⁰, zira kontrgaranti sözleşmesinin diğer tarafı tacir sıfatlı kontrgaranti alan bankadır (TTK 7).

¹⁶⁵ PAMUKÇU, s. 64; DOĞAN, s. 54; YENİCE, Kontrgaranti, s. 178.

¹⁶⁶ KOSTAKOĞLU, s. 220; EKİCİ/DURUKANOĞLU, s. 223.

¹⁶⁷ AKYAZAN, Teminat Mektupları, s. 17; SAYIN, s. 22; YENİCE, Kontrgarantiler, s. 178.

¹⁶⁸ Bir kontrgaranti sözleşmesine birden çok kontrgaranın taraf olması ile birbirinden ayrı kontrgaranti sözleşmeleri çerçevesinde birden çok kontrgaranın, kontrgaranti alana karşı ayrı ayrı sorumluluk üstlenmesi halleri, benzer düşünülebilirse de, birbirinden farklıdır. Şöyle ki; bir kontrgaranti sözleşmesine birden çok kontrgaranın taraf olduğu durumda, kontrgaranlar arasında teselsül ilişkisi mevcuttur. Bu halde, kontrgaranti tutarını ödeyen kontrgaran (müteselsil borçlu), ödediği tutarı iç ilişkide diğer kontrgaranlardan talep etme imkânına sahiptir (TBK 167). Buna karşılık, iki veya daha fazla birbirinden bağımsız kontrgaranti sözleşmesinin söz konusu olduğu durumda, kontrgaranlar, kontrgaranti alana karşı ayrı ayrı (birbirinden bağımsız) sorumluluk üstlenmiş olurlar ve ödeyen kontrgaranın, diğer kontrgaranalara rücu hakkı yoktur. Şüphesiz, kontrgaranti sözleşmesinde kontrgaranlar arasında bir teselsülün olmadığı da kararlaştırılabilir (TTK 7).

Konuya ilişkin bir Yargıtay kararında [TD, 10.6.1968, 1966/4652 E. 1968/3581 K. (AKYAZAN, Sıtkı: Banka ve Ticaret Hukuku, Ankara 1972, s. 180-181)] aynen şu ifadelerle rastlanmaktadır: “[D]avacı banka (...) teminat mektubu vermiş ve buna karşı da davalı M.K’den 200.000 ve S.D’den 133.400 liralık iki ayrı kontrgaranti senedi almıştır. (...) bir bankanın bir borçlu yararına ve muhataba verdiği muayyen limitli bir teminat mektubuna karşı yekunu bu teminat mektubu muhtevasını karşılamak üzere 2 ve daha ziyade kontrgaranti almasını önleyecek kanuni bir engel yoktur. Ancak; kontrgaranti veren kişilerin sorumluluklarının kontrgaranti sözleşmesinde yazılı miktar ile sorumlu olduğu şüphesizdir.”

¹⁶⁹ DOĞAN, s. 54.

¹⁷⁰ Sözleşmede birden çok kontrgaranın mevcudiyeti halinde de, kontrgaranların sorumlu oldukları tutar için üst bir sınır belirlenebilir.

2. Geçerlilik Şartları

Tüm sözleşmeler açısından uygulama sahası bulan geçerlilik şartları, kontrgaranti sözleşmesi için de geçerlidir. Mesela, tüm sözleşmeler gibi, kontrgaranti sözleşmesi de, emredici hükümlere, ahlaka ve kamu düzenine aykırı olamaz¹⁷¹ (TBK 27). Bu başlık altında, çalışma kapsamını aşmamak için yalnızca kontrgaranti sözleşmesi açısından özellik gösteren geçerlilik şartları incelenecektir.

Kontrgaranti alan sıfatını taşıyabilen garantör banka ile kontrgarantör bankanın, haliyle BankK uyarınca kurulmuş bir “banka” olması gerekir.

Kontrgaran, kontrgaranti alanın aksine, gerçek kişi veya tüzel kişi¹⁷² olabilir. Kontrgaran, gerçek kişi ise, tam ehliyetli olmalıdır. Kontrgaranti sözleşmesi, kişisel

¹⁷¹ Tüm diğer sözleşmeler gibi, kontrgaranti sözleşmesi de; emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına uygun olmak zorundadır (TBK 27). Aksi takdirde, kontrgaranti sözleşmesi, kesin hükümsüz olur ki; bu durumda kontrgaranti alan, ileride ödeyebileceği garanti veya kontrgaranti tutarını kontrgaranti sözleşmesi çerçevesinde talep etme hakkını yitirir (REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 47). Yargıtay, önüne gelen bir uyuşmazlıkta, Türk bankasının yurt dışındaki bir yabancı lehine kefalet mektubu düzenleyebilmesi için maliye bakanlığından izin alması gerektiğini belirterek gerekli izin alınmadığı için emredici hükümlere aykırı olan kefalet mektubunun (teminat sözleşmesinin) geçersiz olduğu sonucuna varmıştır [HGK, 8.5.1963, 1963/22 E. 1963/16 K. (ABD 1963, C. XX, Sa. 3, s. 387-388): “*Davalı Türk Ticaret Bankası’nın, yurt dışında bulunan fındık alıcısı (...) firması için davacı Birliğe verdiği kefalet mektubu, Türk Parasının Kıymetinin Korunması hakkındaki kararın 5.maddesi kapsamına giren işlemlerdendir. Çünkü bu mektup, yazılışı bakımından yabancı ülkede bulunan alıcının malın parasını ödeme borcuna bankanın kefil olduğunu gösteren bir belgeden başka bir şey değildir. Böyle bir borçlanma belgesinin yabancı bir kimse yararına verilmesinde, Türkiye’ye döviz gelmesini sağlama ve yersiz yere döviz çıkmasını önleme bakımından Maliyenin izninin aranması, sözü edilen kararname hükümlerinin konuluş amacına dahi uygun bulunmaktadır. Buna göre, taraflar arasındaki teminat mektubu Ticaret Kanunu’nun 1466, Borçlar Kanunu’nun 19.maddeleri gereğince geçerli değildir.*”]. Şüphesiz, bu karar, garanti niteliği taşıyan kontrgaranti sözleşmesi için de emsal niteliktedir.

Ahlaka aykırılık sebebiyle kontrgaranti sözleşmesinin geçersizliği, kontrgaranti sözleşmesinin kontrgaranı kelepçelediği hallerde gündeme gelebilir. Sözleşmenin bir tarafının ekonomik özgürlüğünü ahlaka aykırı denebilecek kadar sınırlayan, böylelikle bir tarafı diğer tarafa ekonomik olarak bağımlı kılan sözleşmelere, kelepçeleme sözleşmesi denmektedir (BAŞPINAR, Veysel: Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri, ABD 1999, C. LVI, Sa. 1, s. 21; ÜNAL, Akın: Kelepçeleme Sözleşmeleri, 2. Bası, Ankara 2017, s. 113). Kontrgaranti sözleşmesi, kontrgaranın ekonomik özgürlüğünü ahlaka aykırı bir şekilde sınırlıyorsa; kesin hükümsüz olacaktır. Kontrgaranın yüklenmiş olduğu kontrgaranti sorumluluğunun kelepçeleme teşkil edip etmediğine hâkim karar verecektir (BAŞPINAR, s. 32).

Kontrgaranti sözleşmesinin kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırılığı söz konusu olduğunda da, sözleşme kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbi tutulur (TBK 27).

¹⁷² Kontrgaran, bir anonim şirket olabilir. Anonim şirket kontrgaranın temsilcilerinin yapmış olduğu işletme konusu içindeki hukukî işlemler, haliyle kontrgaranı bağlar. Anonim şirket kontrgaranın temsilcilerinin yapmış olduğu işletme konusu dışındaki hukukî işlemler de kontrgaranı bağlar, meğerki; sözleşmenin karşı tarafının, hukukî işlemin işletme konusu dışında bulunduğunu bildiği veya durumun gereğinden, bilebilecek durumda bulunduğu ispat edilsin (TTK 371/2). Acaba, kontrgaranti alanın, kontrgaranın kontrgaranti sözleşmesi akdetmesinin işletme konusu dışında olduğunu bildiği ya da durumun gereğinden

güvence verilmesine ilişkin bir sözleşmedir. Bu nedenle, TBK 603 uyarınca, gerçek kişi kontrgaranın, kefil olma ehliyetine sahip olması şarttır. Yine, gerçek kişi kontrgaranın eşinin kontrgaranti sözleşmesine dair yazılı rızasının da, kural olarak bulunması gerekir (TBK 603).

TBK 12’de ifadesini bulan şekil serbestisi ilkesi, kural olarak kontrgaranti sözleşmesi için de geçerlidir. Bu itibarla, kontrgaranti sözleşmesinin sözlü ya da yazılı bir şekilde yapılabileceği söylenebilir¹⁷³. Eğer kontrgaran, gerçek kişiye; kontrgaranti sözleşmesi, kefalet sözleşmesinin tâbi olduğu şekle uygun akdedilmesi gerekir. (TBK 603). Bu halde, kontrgaranti sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması, geçerlilik şartıdır¹⁷⁴ (TBK 583 ve 603). Ayrıca, kontrgaranti sözleşmesine gerçek kişi kontrgaran tarafsız; kontrgaranti sorumluluğunun, belirli bir bedelle sınırlanması şarttır. Aksi takdirde, kontrgaranti sözleşmesinin kesin hükümsüzlüğü gündeme gelir (TBK 583 ve 603).

bilebilecek durumda olduğu hallerde; kontrgaran, sözleşmeyle bağlı olmadığını ileri sürebilir mi? Yargıtay’a göre, kontrgaran bu savunma imkânına sahip değildir. Nitekim, Yüksek Mahkeme önüne gelen bir olayda (11. HD, 19.7.2005, 2005/4621 E. 2005/7778 K.); “ticari şirketlerin ana sözleşmelerinde iştigal sahası içerisinde açıkça gösterilmemiş olsa bile, ticari faaliyetlerinin icabı olarak kefalet ve garanti sözleşmeleri yapmaları yönünden ehil” olduklarına hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme’nin konuya ilişkin başka bir kararında (11. HD, 23.3.1982, 1982/851 E. 1982/1225 K.) ise şu ifadelerle rastlanmaktadır: “TTK.nun 137. maddesi hükmü gereğince, ticaret ortaklıkları tüzel kişiliğe haiz olduklarından kendi ana sözleşmelerinde yazılı (işletme konusu) çerçevesi içinde kalmak şartı ile bütün hakları edinebildikleri gibi, bütün borçları da yükümlenebilirler. Bir şirketin işletme konusu (istigal konusu) demek, o şirketin devamlı olarak yapacağı ticari işlemler demektir. Bunlar da o şirketin ana sözleşmesinde belirtilen (şirket maksat ve mevzuu) ile ilgili işlemlerdir. Bununla birlikte, bir ticari işletmenin kendi ana sözleşmesinde belirtilen işletme mevzuuna doğrudan doğruya girmemekle beraber, o işletmenin ticari faaliyetlerini kolaylaştıran ticari iş ve ticari sözleşmelerin de o işletmenin mevzuu içinde bulunduğu kabulü zorunludur. Ticari amaç güden işletmelerin kredi temini konusunda bankalara karşı müştereken sorumluluk yüklenmek suretiyle birbirlerine destek olmaları ve ticari faaliyetlerini bu suretle sürdürebilmeleri halini ticari hayatın normal ve mutad işlemleri arasında kabul etmek gerektiğinden, bu davada söz konusu olan (kefalet akdinin) de davacı şirket yönünden kendi işletme mevzuu çerçevesi içinde kalan bir muameleden ibaret olduğu gözönünde tutulması zorunlu bulunmaktadır. Aksi düşüncenin kabulü ticari hayatın normal seyrine ve süratli akışına engel teşkil edebilecektir. Açıklanan bu hususlar dairemizin kökleşmiş içtihatı halinde bulunmaktadır.”

¹⁷³ Kontrgaranti bedelinin HMK 200’de belirlenen sınırı aşması halinde kontrgaranti alan, hakkını –kural olarak- senet vasıtasıyla ispat edebilecektir. Kontrgaranti bedelinin çoğunlukla senetle ispat sınırını (Senetle ispat zorunluluğu için belirlenen sınır, 2022 yılı itibarıyla 6.640 Türk Lirasıdır.) aşacağı düşünülürse, sözleşmenin yazılı şekilde yapılması makul olur.

¹⁷⁴ Kontrgaranın gerçek kişi olduğu kontrgaranti sözleşmelerinin yazılı şekle tâbi olması, tüm sözleşme metninin el yazısıyla yazılmasını gerektirmez. El ile veya elektronik bir gereçle yazılmış metnin altının imzalanmasıyla yazılı şekil şartı yerine getirilmiş olur (TUĞ, Adnan: Türk Özel Hukukunda Şekil, 2. Bası, Konya 1994, s. 15 vd.).

Saf garanti niteliğindeki sözleşmelere TBK 603 hükmünün uygulanmayacağına ilişkin görüş için bkz. **KAHRAMAN**, s. 169.

Bankacılık uygulamasında; kontrgaranti sözleşmelerinin hemen tamamının yazılı şekilde yapıldığına rastlanmaktadır¹⁷⁵. Yazılı şekilden farklı olarak faks veya teleks vasıtasıyla, elektronik ortamda e-imza marifetiyle de kontrgaranti sözleşmesinin akdedilebileceğini ifade etmek gerekir¹⁷⁶.

Milletlerarası nitelikli kontrgaranti sözleşmelerinin neredeyse tamamı, İngilizce kaleme alınmaktadır¹⁷⁷. Kontrgaranti alan ve kontrgaranın Türk tabiiyetinde olması halinde; kontrgaranti sözleşmesi Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde akdedilecekse, bu sözleşme 805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun¹⁷⁸ uyarınca Türkçe kaleme alınmalıdır¹⁷⁹. Yabancı kontrgarantör banka ile Türkiye’de yerleşik garantör banka arasındaki kontrgaranti sözleşmesinde; Türkçeden başka bir dil ilave olarak kullanılabilir. Ancak asıl olan, Türkçe metindir ve tarafların Türkçe metnin altını imzalaması gerekir (805 sayılı Kanun 3). Türkçe kaleme alınması gerekmesine rağmen, yabancı bir dilde kaleme alınmış sözleşme kayıtları, sözleşmeyi düzenleyen lehine dikkate alınmaz (805 sayılı Kanun 4).

Kontrgaranti sözleşmesinin konusunun imkânsızlığı üzerinde de durmak gerekir. İlk bakışta kontrgaranti borcunun bir para borcu olduğu, para borcunun cins borcu olduğu; bu nedenle “*cins yok olmaz*” kuralının işlerlik kazanacağı ve edimin imkânsızlığından söz edilmeyeceği düşünülebilir¹⁸⁰. Fakat, doktrinde garanti sözleşmelerinde imkânsızlık müessesesi, farklı bir açıdan incelenmektedir¹⁸¹. Doktrinde yöneltilen hareket tarzının imkânsız olmasının, garanti veren tarafın sorumluluğunun da imkânsızlığı an-

¹⁷⁵ YENİCE, Kontrgaranti, s. 180; HARMAN, s. 75.

¹⁷⁶ YENİCE, Kontrgaranti, s. 180.

¹⁷⁷ YENİCE, Kontrgaranti, s. 181; HARMAN, s. 76.

¹⁷⁸ RG. Sa. 353, 22.4.1926.

¹⁷⁹ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. KAHYAOĞLU, s. 47 vd.

¹⁸⁰ REİSOĞLU, Garanti, s. 147; HARMAN, s. 91; KAHRAMAN, s. 167.

¹⁸¹ Garanti sözleşmesinde imkânsızlık müessesesi yöneltilen hareket tarzının imkânsızlığı ve hareket tarzından doğacak sonucun imkânsızlığı olmak üzere ikili bir ayırım yapılarak incelenmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. REİSOĞLU, Garanti, s. 147 vd.; KAHRAMAN, s. 167 vd.

lamına geldiği; bu halde sözleşmenin hükümsüzlüğünün söz konusu olacağı ifade edilmektedir¹⁸². Başka bir deyişle; yöneltilen hareket tarzı imkânsız ise, yöneltilen hareket tarzından ortaya çıkacak sonucun garanti edilmesi de imkânsızdır ki; bu durumda kontrgaranti sözleşmesinin TBK 27 hükmü uyarınca kesin hükümsüzlüğünden bahsedilir. Örneğin, ülke mevzuatında dış ülkelerdeki muhataplara garanti gönderilmesi yasaklanmışsa; kontrgaranın, garantör bankayı yurt dışındaki bir muhatapla garanti sözleşmesi yapmaya yönelttiği kontrgaranti sözleşmesinin, hukukî imkânsızlık¹⁸³ nedeniyle kesin hükümsüz olduğu söylenebilir.

3. Çeşitli İhtimallere Göre Kurulma

A. Doğrudan Banka Garantilerinde

Temel ilişki çerçevesinde muhabata teminat gösterme ihtiyacı bulunan lehtar, müşterisi olduğu bankadan kendisi için muhataba hitaben teminat mektubu düzenlemesini talep eder. Banka, teminat mektubundan doğan bağımsız ve ağır sorumluluğu, ancak kendisine kontrgaranti verilmesi şartıyla üstlenir. Teminat mektubu verecek (garantör) banka ile lehtar ya da üçüncü bir kişinin kontrgaranti sözleşmesine dair karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanıyla sözleşme kurulur.

¹⁸² REİSOĞLU, Garanti, s. 147; KAHRAMAN, s. 167.

¹⁸³ İmkânsızlık kavramını yalnızca fiili imkânsızlık olarak anlamamak gerekir, hukukî imkânsızlık da bu kapsamda incelenmektedir.

B. Dolaylı Banka Garantilerinde

Lehtar yurt dışındaki bir muhataba garanti verilmesi için bankasıyla görüşür¹⁸⁴. Lehtarın bankası (kontrgarantör banka), yabancı ülkede kendi garantisi kabul edilmeye-bileceğinden müşterisi lehine garanti verebilecek başka bir banka arayışına girer¹⁸⁵. Lehtarın ihtiyacı olan garantiyi verebilecek bir banka (garantör banka) bulunmasından sonra ikinci banka, lehtar lehine garanti vermeyi birinci bankanın kendisine kontrgaranti yollaması şartıyla kabul eder. Lehtarın talebi doğrultusunda verilecek garanti için kontrgaranti sorumluluğu altına girecek birinci bankanın, rücu veya teminat amacıyla lehtar ya da üçüncü bir kişiyle kontrgaranti sözleşmesi akdetmesi gerekecektir. Aksi takdirde, birinci banka ikinci bankaya kontrgaranti yollamaktan imtina edecektir. Dolaylı banka garantilerinde ilk kontrgaranti sözleşmesi, lehtar ya da üçüncü bir kişiyle birinci banka arasında, bankanın kontrgaranti riskini temin amacına yönelik akdedilecektir. Kontrgaranti sözleşmesinin akdedilmesiyle gerekli teminatı alan birinci bankanın, talimat doğrultusunda kontrgaranti yollamaya hazır olduğu söylenebilir. Bankacılık uygulamasında, birinci bankanın ikinci bankaya öncelikle bir taslak sunduğuna rastlanmaktadır¹⁸⁶. İkinci bankanın taslak üzerinde değişiklik yapma talebi, birinci bankanın onayıyla mümkündür, birinci banka ise bu halde lehtarın talimatlarıyla bağlıdır. Ek sorumluluk yüklenecek birinci banka yalnızca lehtarın talimatına göre hareket etmez; aynı zamanda ek sorumluluğun kendi almış olduğu teminat kapsamında kalıp kalmadığına da dikkat eder. Ek sorumluluğun ilk kontrgaranti sözleşmesinin kapsamını aşması halinde sözleşmenin tadili gündeme gelebilir. İlk kontrgaranti sözleşmesinin kontrgaranı lehtar sıfatını da taşıyorsa sözleşmeye özel şart ve ek hüküm koyulmasına genellikle itiraz etmemekte-

¹⁸⁴ Dolaylı banka garantilerinde kontrgaranti sözleşmesinin kurulmasına ilişkin anlatılanlar yalnızca muhataf ve ikinci bankanın yabancı olması halinde değil bilakis lehtar ve birinci bankanın yabancı olup ikinci bankayla muhatabın Türkiye sınırları içerisinde bulunması halinde de geçerlidir.

¹⁸⁵ REİSOĞLU, Seza: Özellikle Dış Ülkelerle İlgili Olarak Banka Teminat Mektupları – Kontrgarantiler ve Ortaya Çıkan Sorunlar (*Anılış: Dış Ülkelerle İlgili Ortaya Çıkan Sorunlar*), Ankara 1980, s. 14.

¹⁸⁶ DOĞAN, s. 328; SAYIN, s. 31.

dir¹⁸⁷. Birinci banka ve ikinci banka nihai olarak kontrgaranti konusunda anlaştıklarında ise ikinci kontrgaranti sözleşmesi kurulur.

C. Kontrgaranti Karinesi (İstisnai Kurulma)

Yargıtay'ın bir kararında¹⁸⁸, “[t]eminat mektubu davalı tarafından bizzat bankadan alınarak gümrük idaresine tevdi edildiğine göre bankanın gümrük idaresine (muhataba) ödediği miktarı istemesi doğaldır ve 11.6.1969 gün ve 1969/4-6 sayılı YİBK. uygulanamaz” ifadelerine rastlanmaktadır.

Bu kararda; garantör bankanın düzenlemiş olduğu teminat mektubunun lehtar tarafından bankadan alınıp muhataba ulaştırılması halinde lehtar ile garantör banka arasında kontrgaranti sözleşmesinin kurulduğuna ilişkin bir varsayım söz konusudur. Yargıtay anılan kararıyla muhataba teminat mektubunu lehtarın ulaştırdığı durumlarda, lehtarla garantör banka arasında bir kontrgaranti sözleşmesi olduğuna dair adeta bir karine yaratmıştır. Sözleşme kural olarak şekle tâbi değilse de, sözleşmenin kuruluşu için tarafların karşılıklı birbirine uygun irade beyanında bulunması şarttır. Aksi takdirde, sözleşme yoklukla sakattır. Dolayısıyla, teminat mektubunun muhataba lehtar tarafından ulaştırıldığı hallerde; irade beyanları bulunsun bulunmasın, lehtarla garantör banka arasında bir kontrgaranti sözleşmesinin bulunduğu kabulü, kanaatimizce isabetli değildir¹⁸⁹. Ayrıca anılan kararın uygulaması lehtarların zor durumda kalmasına da sebep olabilir, şöyle ki; banka garantilerinde garantör banka, çoğunlukla lehtarla kontrgaranti sözleş-

¹⁸⁷ REİSOĞLU, Dış Ülkelerle İlgili Ortaya Çıkan Sorunlar, s. 18.

¹⁸⁸ 11. HD, 11.5.1978, 1978/2012 E. 1978/2453 K. (yayımlanmamış karar için bkz. ÖZDEMİR, Atalay: Borçlar Yasasının 110. Maddesine Eklenen Yeni Fıkra ve Banka Teminat Mektupları, YD 1984, C. X, Sa. 3, s. 236).

¹⁸⁹ Doğan; teminat mektubu temin ve genel kredi sözleşmelerinde teminat mektubunun muhataba ulaştırılmasının bankadan istenemeyeceğine ilişkin hükümler bulunduğunu, bu halde lehtarın teminat mektubunu muhataba bizzat ulaştırmaktan başka seçeneği olmadığını, bu nedenle yalnızca teminat mektubunun lehtar tarafından ulaştırılmasının kontrgaranti sözleşmesinin kurulduğunun kabulü için yeterli olmadığını ifade ederek, anılan kararı eleştirmektedir (DOĞAN, s. 331-332).

mesi yapsa da, kontrgaranti sözleşmesinin üçüncü bir kişiyle akdedilmesi de mümkündür. Kontrgaranın lehtardan başka üçüncü bir kişi olduğu ve teminat mektubunun lehtar tarafından muhataba ulaştırıldığı varsayımında garantör banka, ödemiş olduğu garanti bedelini iki ayrı kontrgaranti sözleşmesine dayanarak hem lehtardan hem de kontrgarandan talep edebilecektir.

V. SONA ERMESİ

Kontrgaranti sözleşmesi kapsamında -kural olarak- kontrgaranti borcu dışında başka asli bir borç bulunmamaktadır. Dolayısıyla; kontrgaranti borcunun sona ermesi, kontrgaranti sözleşmesinin sona ermesi anlamına gelir¹⁹⁰. Bu itibarla TBK 131 vd. hükümlerinde düzenlenen borcu sona erdiren nedenler, uygun düştüğü ölçüde kontrgaranti sözleşmesinin sona ermesinde de geçerlidir¹⁹¹. Örneğin; kontrgaranti borcu, ibra sözleşmesi ile sona erdirilirse, kontrgaranti sözleşmesi de sona erer. Kontrgaranti borcunun sona ermesi, aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir (bkz. Üçüncü Bölüm, IV.1).

Önemle belirtelim; umumi kontrgaranti sözleşmelerinde, yani kontrgaranti sözleşmesi kapsamında birden çok kontrgaranti borcunun bulunduğu durumlarda, tek başına kontrgaranti borcunun sona ermesi, kontrgaranti sözleşmesini sona erdirmez.

Borç ilişkisini sona erdiren sebeplerin başında ikale sözleşmesi gelir¹⁹². Taraflar ikale sözleşmesi yapmak suretiyle kontrgaranti sözleşmesini sona erdirme imkânına

¹⁹⁰ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 881.

¹⁹¹ REİSOĞLU, Garanti, s. 169; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 881-882; SAYIN, s. 187; HARMAN, s. 120; DEVELİOĞLU, Kefalet Işığında, s. 440; KAHRAMAN, s. 170. Aynı yönde bkz. 11. HD, 27.12.1990, 1989/4046 E. 1990/8459 K.: “Garanti sözleşmesi, garanti edilen neticenin tahakkuk etmesi (riskin son bulması), garanti alanın zararının tazmin edilmesi, garanti alanın garanti vereni ibra etmesi, takas, sür[eli] bir garanti sözleşmesi söz konusu ise risk gerçekleşmeden bu sürenin dolması gibi ve genellikle garanti sözleşmesinin niteliğine aykırı olmadıkça Borçlar Kanununun 113. ve devamı maddelerindeki borcun sukutu sebepleriyle sona erer.”

¹⁹² İ kale, tarafların bir sözleşme marifetiyle aralarındaki mevcut bir borç ilişkisini tamamıyla ortadan kaldırmasıdır. İbra sözleşmesinden farklı olarak, ikale sözleşmesinde yalnızca bir borcun değil borç ilişkisi-

sahiptir. Ayrıca; sözleşmenin kurulması aşamasında taraflardan birinin iradesi bozuk olarak meydana gelmişse, iradesi bozuk taraf, sözleşmeyi iptal hakkına sahiptir (TBK 30 vd.). Dolayısıyla kontrgaranti sözleşmesi, iptal edilerek sona erdirilebilir. Buna karşılık, Kontrgaranın ölümüyle kontrgaranti sözleşmesi sona ermez, borç mirasçılara geçer¹⁹³. Taraflardan birinin iflâsı da sözleşme ilişkisini sona erdirmez.

sinin ortadan kaldırılması söz konusu olmaktadır (TUNÇOMAĞ, s. 1156; EREN, Genel Hükümler, s. 1258).

¹⁹³ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 883; KAHRAMAN, s. 170.

İKİNCİ BÖLÜM

TEMİNAT MEKTUBUNUN NAKDE TAHVİL EDİLMESİNDEN ÖNCE DOĞAN TALEP HAKLARI

Bankacılık uygulamasında; bankaların, kontrgaranti sözleşmelerine veya kontrgaranti taahhüdünü kapsayan genel kredi sözleşmelerine koyduğu çeşitli hükümler vasıtasıyla birtakım talep hakları elde ettiği görülmektedir. Bu hükümlerin başında; komisyon ödenmesi, nakit depo edilmesi, ek teminat sağlanması ve teminat mektubunun iade edilmesi hakkındaki hükümler gelmektedir.

Bankanın sahip olduğu bu tür talep hakları, sözleşmeden doğan çeşitli alacak haklarına dayanan bağımsız talep haklarıdır¹⁹⁴.

Bankanın talep hakları iki bölümde incelenecek olup; bu bölümde, garantör/kontrgarantör bankanın talep haklarından yalnızca teminat mektubunun nakde tahvil edilmesinden önce doğanları incelenecektir¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Talep hakkı, üçüncü bir kişiden bir davranışta bulunmasını ya da bulunmamasını isteme hakkı olarak tanımlanabilir (TUNÇOMAĞ, s. 29; OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, İstanbul 2014, C. I, s. 14; EREN, Genel Hükümler, s. 77). Bazı talep hakları, bir hakka (çoğunlukla mutlak bir hakka) bağlı olarak doğar ve bu hakkın korunmasına ya da gerçekleştirilmesine yarar. Bağımlı talep hakları denen bu talep haklarının yanında bir de; başka bir hakka bağlı olmayan, tek başına da bir anlam ifade eden, bağımsız talep hakları vardır (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 41).

¹⁹⁵ Teminat mektubunun nakde tahvil edilmesi, gayrinakdî kredinin nakdî krediye dönüşmesi anlamına gelir. Ayrıca, teminat mektubunun nakde tahvil edilmesiyle kontrgaranti sözleşmesine konu risk gerçekleşmiş olur.

I. KOMİSYON ÖDENMESİ¹⁹⁶

1. Genel Olarak

Komisyon, garantör bankanın lehtar için görmüş olduğu hizmetin (üstlenilen riskin) karşılığında elde ettiği ekonomik menfaattir¹⁹⁷. Lehtarın komisyon borcu, genellikle karşılık ilişkisinin temelinde yatan genel kredi sözleşmesinde hükme bağlanmaktadır¹⁹⁸. Gerçi, karşılık ilişkisi çerçevesinde lehtarın komisyon ödeyeceği kararlaştırılmıyorsa bile; banka, ticarî işletmesiyle ilgili bir iş gördüğü için komisyona hak kazanır (TTK 20). Şüphesiz, risk üslenerek hizmet gören bankanın komisyona hak kazanabilmesi, karşılık ilişkisi çerçevesinde kendisine verilen talimatlara uygun hareket etmesine

¹⁹⁶ Komisyon, kontrgaranti sözleşmesi çerçevesinde iki şekilde ortaya çıkabilir: Kontrgaranti borcunun komisyonu bünyesinde barındırması hali ile kontrgaranti borcundan ve riskten bağımsız, belirli dönemlerde tahakkuk eden komisyon borcu.

Eğer kontrgaran, girişilen banka garantisini/kontrgaranti ilişkisi neticesinde zarar ortaya çıkmayacağını, hatta teminat mektubu komisyonu kadar kâr elde edileceğini taahhüt etmişse; komisyon borcu, kontrgaranti borcunun içinde eriyerek onun bir parçası haline gelir (bkz. yuk. Birinci Bölüm, III.3.A). Gerçi bu halde, komisyon borcundan bahsedilemez, zira komisyon, kontrgaranti borcu kapsamında yer alan bir ödeme kalemi olarak ortaya çıkar (Kontrgaranti borcunun kapsamı hakkında bkz. aşağı. Üçüncü Bölüm, I.2). Kontrgaranti borcu kapsamında komisyonun yer almasının en doğal sonucu, muaccel hale gelmesinin riskin gerçekleşmesine bağlı olmasıdır. Örnek olarak; komisyonun kontrgaranti borcu kapsamında yer aldığı durumda, teminat mektubu nakde tahvil edilmemiş ve karşılık ilişkisi kapsamında lehtar tarafından komisyon ödenmişse, risk gerçekleşmediği için kontrgaranın komisyon ödeme yükümlülüğü yoktur.

Kontrgaranti sözleşmesinde, riskten bağımsız olarak belirli dönemlerde kontrgaran tarafından komisyon ödeneceği de kararlaştırılabilir (**BAKAY**, s. 83; **REİSOĞLU**, Kontrgarantiler, s. 121). Bu takdirde kontrgaranın birbirinden farklı iki para borcu ortaya çıkar. İlki üstlenilen riskin gerçekleşmesiyle muaccel hale gelecek kontrgaranti borcunu ödemek iken, ikincisi belirli dönemlerde bankaca tahakkuk ettirilecek komisyon bedellerini ödemektir. Kontrgaran, kontrgaranti bedelini ödeme borcundan farklı olarak, riskin gerçekleşip gerçekleşmediğinden bağımsız bir şekilde komisyon ödemekle yükümlüdür (**DOĞAN**, s. 306).

İtiraf etmek gerekir ki; komisyonun kontrgaranti borcu kapsamında yer alması haline uygulamada pek rastlanılmamaktadır. Bu sebeple, komisyona ilişkin aşağıdaki açıklamalar, riskten bağımsız olarak belirli dönemlerde muaccel hale gelen komisyon borcu dikkate alınarak yapılmıştır.

¹⁹⁷ **CANARIS**, s. 753; **REİSOĞLU**, Kontrgarantiler, s. 121; **von WESTPHALEN**, s. 362; **DOHM**, s. 84; **DOĞAN**, s. 306; **ARAL**, Lehtar ile Banka, s. 195.

¹⁹⁸ **REİSOĞLU**, Kontrgarantiler, s. 121; **GUGGENHEIM**, s. 156; **TEKİNALP**, N. 39-126; **KAHYAOĞLU**, s. 28; **ÖZTÜRK**, Gülay: Banka Teminat Mektuplarında Lehtarın Hak ve Yükümlülükler (Anıltı: Lehtar), THD 2007, C. II, Sa. 5, s. 27. Garantör banka ile lehtar arasında imzalanan genel kredi sözleşmesinin kontrgaranti taahhüdünü barındırdığı hallerde; kontrgarantinin karşılık ilişkisinden bağımsız olduğu, kontrgaranti sözleşmesiyle genel kredi sözleşmesi arasında metinsel bir bağlantı dışında başka bir bağlantının bulunmadığı, hukuken birbirinden bağımsız iki sözleşmenin bulunduğu yukarıda anlatıldı (bkz. yuk. Birinci Bölüm, III.4). Bu bilgiler ışığında kontrgaranti taahhüdünü içeren genel kredi sözleşmelerinde kaleme alınan komisyon hükmünün karşılık ilişkine mi yoksa kontrgaranti sözleşmesine mi dâhil olduğu sorusu akla gelebilir. Fakat bu sorunun cevabı, pratik açıdan önemsizdir. Zira uygulamada bankalar, genel kredi sözleşmesi ile kontrgaranti sözleşmesi ayırımı yapmamakta; komisyon alacaklarını genel kredi sözleşmelerine dayanarak takip etmektedir.

bağlıdır. Talimata aykırı davranan bankaya komisyon ödenmesi gerekmez¹⁹⁹. Örneğin, kendisinden düzenlenmesi beklenen içerikten farklı bir içerikte teminat mektubu düzenleyen bankanın komisyona hak kazanması beklenemez. Hemen belirtelim; taraflar, lehtar tarafından komisyon ödenmeyeceğini de kararlaştırmakta özgürdür²⁰⁰.

Karşılık ilişkisinden doğan, esasen lehtara ait bir borç olan komisyon borcu, bankaların kontrgaranti sözleşmelerine kontrgaranın komisyondan sorumlu olacağına ilişkin kayıtlar koymasından ötürü aynı zamanda kontrgarana ait bir borçtur²⁰¹. Kontrgaranti sözleşmelerinde ve genel kredi sözleşmelerinde yer alan komisyon hükümleri genellikle aynı olduğundan, kontrgaranın komisyon borcu ile lehtarın komisyon borcu arasında hukukî açıdan bir fark bulunmamaktadır²⁰².

Kontrgaran, bankaya (kendi veya üçüncü bir kişi lehine) teminat mektubu düzenlemesi talimatını vermişse sözleşmede hüküm olsun veya olmasın banka talimat doğrultusunda bir iş gördüğünden komisyona hak kazanır. Ancak lehtar sıfatına sahip olmayan ve bankaya herhangi bir talimat vermeyen kontrgaranla garantör banka arasındaki kontrgaranti sözleşmesinde komisyon ödeneceği açıkça düzenlenmemişse, kontrgaranın komisyon borcunun olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü bu halde kontrgaran, garantör bankaya bir iş gördürmemekte yalnızca banka tarafından verilecek garantiyi veya kontrgarantiyi teminat altına almaktadır.

Komisyonun banka garantisi uygulaması içinde çeşitli işlevleri bulunmaktadır. Her şeyden önce lehtarın komisyon borcu, garantör bankanın muhatapla garanti sözleş-

¹⁹⁹ DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 301.

²⁰⁰ Bankacılık uygulamasında, banka ile yüksek mevduata sahip müşterileri arasındaki sözleşmelere “*para faizsiz mektup komisyonsuz*” şeklinde kayıtlar konulduğuna rastlanmaktadır (DOĞAN, s. 308).

²⁰¹ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 121; YENER COŞKUN, s. 211.

²⁰² REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 121 vd. Tabii ki; lehtarın ve kontrgaranın komisyondan sorumlulukları farklı olabilir. Bu halde sözleşme hükümleri önem kazanır.

mesi yapmaya yönelik işleri görme borcunun karşı edimini oluşturur²⁰³. Kontrgaranın komisyon borcu, lehtarın komisyon borcundan farklı olarak teminat işlevine de sahiptir. Şöyle ki; komisyon borcundan lehtarın yanında bir de kontrgaranın sorumlu olması, garantör banka açısından bir teminat niteliğindedir. Kontrgaranın komisyon borcunun hiç şüphesiz kontrgaranti sözleşmesinin saf garanti niteliğini pekiştiren bir işlevi de bulunmaktadır²⁰⁴. Gerçekten de; kontrgaran, kontrgaranti taahhüdüne ilave olarak komisyon da taahhüt ederek bankayı daha etkili bir şekilde garanti/kontrgaranti sözleşmesi akdetmeye yöneltebilmektedir.

Komisyon; faiz oranları ile diğer menfaatler başlıklı BankK 144 hükmünde ifadesini bulmaktadır. Hükme göre; “*Merkez Bankası, bankaların (...) her türlü işlemlerinden elde edecekleri ücret, masraf, komisyon ve diğer menfaatlerin nitelikleri ile azami miktar ya da oranlarını tespit etmeye, bunları kısmen veya tamamen serbest bırakmaya yetkilidir.*” Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, kanun hükmünden aldığı yetkiyi kısmen kullanarak, Bankalarca Ticari Müşterilerden Alınabilecek Ücretlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ’i²⁰⁵ çıkartmıştır. Tebliğ’in ekinde “*gayrınakdi kredi-dönem ücreti*” adı altında bir ücret türü bulunmakta; fakat bu ücrete ilişkin bir tanım yer almamaktadır²⁰⁶. Tebliğ’in ekinde yer alan ücretlerin tanım ve kapsamlarının, Merkez Bankası tarafından çıkartılacak talimat ile düzenleneceği belirtilmektedir (Tebliğ 6/1). Merkez Bankası tarafından çıkartılan Bankalarca Ticari Müşterilerden Alınabilecek Ücretlere İlişkin Uygulama Talimatı’nın²⁰⁷ ekinde “*gayrınakdi kredi-dönem ücreti*”, “[a]kreditif ile banka kabul ve avalı dışındaki dış ticaret kapsamında alınan gayrınakdi krediler ile

²⁰³ von WESTPHALEN, s. 362; DOHM, s. 84.

²⁰⁴ Bu hususta bkz. hemen yuk. Birinci Bölüm, II.4.

²⁰⁵ RG. Sa. 31035, 10.02.2020.

²⁰⁶ Tebliğ’de, Yargıtay ve doktrince benimsenmiş komisyon terimi yerine “dönem ücreti” ifadesinin tercih edilme nedeninin, bankalarca ürün ve hizmet sunumları karşılığında elde edilen menfaatlerin tamamını ücret başlığı altında toplama gayesi olduğu söylenebilir. Zira Tebliğ’in amaç başlıklı 1. maddesinde “kavram ve terim birliğinin sağlanması” amacı açıkça ifade edilmektedir.

²⁰⁷ Merkez Bankası tarafından çıkartılan, Bankalarca Ticari Müşterilerden Alınabilecek Ücretlere İlişkin Uygulama Talimatı’na Merkez Bankasının internet sitesinden (www.tcmb.gov.tr) ulaşılabilir.

diğer her türlü gayrinakdi kredi kullandırımalarında verilen garanti hizmetinden dolayı oluşan risk karşılığında alınan ücrettir” şeklinde tanımlanmıştır. Üstlenilen riskin karşılığı olma özelliği ekseninde yapılan bu gayrinakdi kredi dönem ücreti tanımının, teminat mektubu ve kontrgaranti komisyonunu kapsadığı su götürmez.

2. İşleyeceği Dönem

A. Sürenin Başlangıcı

Taraflar, komisyonun ne zaman işlemeye başlayacağını özgürce kararlaştırabilir. Örneğin, bankanın teminat mektubunu muhataba göndermesiyle veya teminat mektubunun muhataba verilmek üzere lehtara teslim edilmesiyle komisyon hakkının doğacağı sözleşmede öngörülebilir²⁰⁸. Aynı şekilde, kontrgarantör bankanın ilişkiye ikinci bir bankayı dâhil etmek amacıyla, kontrgaranti evrakını garantör bankaya gönderdiği anda kontrgaranti komisyonunun işlemeye başlayacağı kararlaştırılabilir²⁰⁹.

Taraflar açıkça kararlaştırmamışsa komisyonun hangi tarihten itibaren işlemeye başlayacağı hakkında doktrinde üç görüş bulunmaktadır:

Birinci görüşe²¹⁰ göre; komisyon borcu, teminat mektubunun düzenlenmesinden bağımsız bir borçtur. Banka, lehtarla teminat mektubu teminine ilişkin sözleşmeyi imzaladığı anda komisyona hak kazanır; komisyona hak kazanılması için bankanın muhatapla garanti sözleşmesi yapıp yapmadığının bir önemi yoktur. Buna karşılık ikinci görüşü destekleyenler²¹¹; banka ile muhatabın teminat mektubu (garanti) konusunda anlaşmaya vardığı anda komisyonun işlemeye başlayacağını ileri sürmektedir. Banka ile muhatabın

²⁰⁸ NIELSEN, s. 2021; ARAL, Lehtar ile Banka, s. 196.

²⁰⁹ NIELSEN, s. 2021.

²¹⁰ DOĞAN, s. 307; ÖNDER, s. 106.

²¹¹ DOHM, s. 84; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 301.

garanti sorumluluğunun sonraki bir tarihte başlayacağını kararlaştırması da durumu de-
ğiştirmez; komisyon, banka ile muhatabın anlaştığı andan itibaren işler. Üçüncü görü-
şün taraftarlarına²¹² göre; banka, teminat mektubunu düzenleyerek talimat doğrultusun-
da bir iş görmüş olur ve komisyona hak kazanır. Bu andan itibaren komisyon işlemeye
başlayacaktır.

Birinci görüşe katılamıyoruz, zira bankanın komisyona hak kazanabilmesi için
teminat mektubu teminine ilişkin sözleşmeyi akdetmesi yeterli değildir, bununla birlikte
-aksi kararlaştırılmamışsa²¹³- bir iş görmüş olması da gerekir. İkinci görüşe de katılma-
mız mümkün değil, çünkü bu görüşe göre banka, icapta bulunmasına rağmen muhatapla
garanti sözleşmesi akdetmezse komisyona hak kazanamamaktadır. Oysa, ticarî işletme-
siyle ilgili iş gören tacirin ücrete hak kazanması esastır (TTK 20). Üçüncü görüşe de
katılamıyoruz, zira banka tarafından teminat mektubunun düzenlenmiş olmasının tek
başına komisyona hak kazanılmasına yetmeyeceğini düşünüyoruz. Kanaatimizce banka,
teminat mektubunu doğrudan doğruya muhataba ilettiğinde ya da muhataba iletmek
üzere lehtara teslim ettiği anda, yani teminat mektubu tasarruf alanından çıktığı anda
komisyona hak kazanacaktır.

Türk bankacılık uygulamasında; sözleşmeye, komisyonun teminat mektubunun
lehtara tesliminden itibaren tahakkuk etmeye başlayacağı hükmü koyulmaktadır²¹⁴. Bu
nedenle hem lehtarın hem de kontrgaranın komisyon borcu, lehtarca teminat mektubu-
nun bankadan teslim alındığı anda; başka bir anlatımla, teminat mektubunun bankanın

²¹² REİSOĞLU, Kontrgaranti, s. 125; ERYÜREK, s. 73; USTA, s. 77; AYTAÇ/KASNAKLI, s. 46.

²¹³ Yargıtay kararına [11. HD, 09.06.2009, 2008/3375 E. 2009/7079 K. (www.lexpera.com.tr)] konu bir
olayda; banka ve müşterisi, ileri bir tarihte teminat mektubu düzenlenmesi konusunda anlaşmış ve söz-
leşmeye teminat mektubu düzenlenmese dahi bankanın komisyona hak kazanacağı hükmünü koymuşlar-
dır. Söz konusu teminat mektubu düzenlenmediği halde banka, kararlaştırılan komisyonu müşterisinin
hesabından tahsil etmiştir. Müşteri, bankayı teminat mektubu kredisi kullanmadığı için dava etmiş, ko-
misyonun iadesini talep etmiştir. Yüksek Mahkeme, “*taraflar arasında yapılan sözleşmeye uygun olarak*
davalının kullanılmayan kredi için %0,1 oranında komisyon tahsilatı yapmasının yasal olduğu” kanaatine
varmıştır.

²¹⁴ ARAL, Lehtar ile Banka, s. 196; YENER COŞKUN, s. 211; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s.
301.

elinden çıktığı anda doğmaktadır. Dolayısıyla teminat mektubunun muhataba ne zaman ulaştırıldığından komisyon borcunun doğumu açısından önemi yoktur²¹⁵.

B. Sürenin Sonu

Garantör banka, kural olarak teminat mektubu bedelini ödeme riskiyle karşı karşıya olduğu süre boyunca komisyona hak kazanır²¹⁶. Dolayısıyla, komisyon, teminat mektubunun bankaya iade edildiği ana dek işleyecektir. Başka anlatımla; teminat mektubunun bankaya iadesiyle, kural olarak komisyon talep hakkı sona erer. Ayrıca, bankanın muhatap tarafından ibra edilmesiyle²¹⁷ ve vade içinde ödeme talebinde bulunma zorunluluğu getirilen (vadeli) teminat mektuplarında vadenin sona ermesiyle²¹⁸ de banka, komisyon talep hakkını yitirir²¹⁹. Teminat mektubunun nakde tahvil edilmesi halinde de bankanın komisyon talep hakkının sona erdiği kabul edilmektedir²²⁰. Teminat mektubu-

²¹⁵ YENER COŞKUN, s. 211.

²¹⁶ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 125; von WESTPHALEN, s. 366; DOHM, s. 84; AYTAÇ/KASNAKLI, s. 76; NIELSEN, s. 2022; YENER COŞKUN, s. 211. 19. HD, 07.03.1997, 1996/7533 E. 1997/2292 K. (YKD 1998, C. XXIV, Sa. 3, s. 407 vd.): “Kural olarak teminat mektubu iade edilinceye kadar bankanın, komisyon talep hakkı bulunmaktadır. Çünkü banka verdiği teminat mektubu ile bir risk üstlenmekte ve riskin doğması halinde de ödemeyi garanti etmektedir. Kural bu olmakla beraber teminat mektubu kıymetli evrak niteliğinde olmadığından sorumluluğun sona ermesi için mutlaka teminat mektubunun bankaya iadesinin zorunlu olmadığı durumlar da vardır.” 19. HD. 6.1.2014, 2013/16821 E. 2014/593 K.: “Teminat mektupları bankaya iade edilmediği sürece bir başka deyişle mer’i olması halinde banka teminat mektubu komisyonu talep edebilir.”

²¹⁷ 11. HD, 26.11.2005, 2004/13822 E. 2005/11376 K.: “Muhatabın, riskin kalmadığını, dolayısıyla başvurmayacağını, bankaya bildirmesi halinde, davalının lehde artık komisyon vs. giderler tahakkuk ettirmesi sona ermelidir. Bu anın ortaya çıkması yeterli olup, mektup aslının bu durumda dahi ibrazı gerektiği artık söylenemeyecektir. Önemli olan, mektubun ibrazı değil, riskin kalmadığı anın tespit edilebilmesidir. Mektup aslının ibrazına kadar risk, kural olarak devam eder ise de, istisnaen ibrazdan önce de riskin sona erdiği tespit edilebilirse, ibraz artık aranmamalıdır.” 11. HD, 02.03.2009, 2007/13506 E. 2009/2316 K. (LALE, Muktedir: Yargıtay Uygulamasında Banka Teminat Mektupları, Ankara 2015, s. 404-405): “[T]eminat mektubunun muhatabının riskin kalmadığını ve bu nedenle kendisine başvurmayacağını davalıya bildirdiği, buna rağmen komisyon tahakkuk ettirdiği, tahsil edilen komisyonun iadesinin zorunlu olduğu (...).”

²¹⁸ 19. HD, 17.03.2015, 2014/16294 E. 2015/3734 K. (LALE, s. 422): “[A]lacağın teminat mektubu komisyon bedellerinden kaynaklandığı, teminat mektuplarının vadesinin sona ermesinden sonraki dönemlere ilişkin komisyon alacağının talep edilemeyeceği (...).”

²¹⁹ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 125; DOHM, s. 84-85; NIELSEN, s. 2022; AYTAÇ/KASNAKLI, s. 76; ŞAKAR, Birgül: Banka Kredileri ve Yönetimi, 7. Bası, İstanbul 2017, s. 116.

²²⁰ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 125; NIELSEN, s. 2022; YENER COŞKUN, s. 211; ÖNDER, s. 105.

nun hükümsüzlüğü, kesinleşmiş mahkeme kararı ile tespit edilmiş²²¹ ya da teminat mektubunun hükümsüzlüğüne ilişkin likit delillerin bankaya sunulmuş olması halinde de bankanın komisyon talep hakkının sona ereceği ifade edilmektedir²²². Anılan bu nedenlerle bankanın komisyon talep hakkının son bulacağı görüşüne Yargıtay da katılmaktadır; öyle ki, Yüksek Mahkeme bir kararında²²³; “[k]ural olarak vadenin sona ermesi, muhatabın bankayı ibra etmesi veya rizikonun sona erdiğini bildirmesi veya teminat mektubunun hükümsüzlüğünü belirleyen kesin mahkeme kararı yok ise teminat mektubu iade edilinceye kadar bankanın komisyon talep hakkı bulunmaktadır. Başka bir ifade ile teminat mektupları bankaya geri verilmediği müddetçe bankanın komisyon talep hakkı mevcuttur” şeklinde hüküm kurmuştur.

Vade içinde ödeme talebinde bulunma zorunluluğu getirilmeyen vadeli teminat mektuplarında vadenin sona ermesi, bankanın komisyon talep hakkını yitirmesine sebep olmaz; zira risk vade içerisinde gerçekleşmişse banka, zamanaşımı süresi içinde muhatabın ödeme talebiyle karşılaşabilir²²⁴. Bu halde bankanın komisyon talep hakkının son-

²²¹ 11. HD, 7.6.1984, 1984/3389 E. 1984/3351 K.: “Ancak teminat mektubu iade edilmedikçe banka komisyonunu almaya devam edecektir. O halde zayı halinde, teminat mektubu lehdarı ne yapmalıdır? Taraf- lar arasındaki düzenlenmiş (teminat mektubu kredi taahhütnamesinin) 5/2 maddesi davacı lehdar borçlu- nun taahhüdünün hangi hallerin gerçekleşmesi halinde ortadan kalkacağını düzenlemiştir. Bu [haller]: a) Teminat mektubunun [muhatabı] tarafından iptali veya geri verilmesi; b) muhatabın teminat mektubun- dan dolayı bankayı ibra etmesi, c) teminat mektubunun iptali hakkında kesinleşmiş bir mahkeme hükmü- nün bankaya tevdi’inden ibarettir. Davacı bu hallerden hiçbirini gerçekleştirmemiş, davalı bankayı dava etmiştir. Oysa, davalı bankaya karşı zayı nedeniyle alacağı bir iptal kararı bankayı muhataba karşı temin- at mektubundan doğan sorumluluktan kurtaran bir karar olmayacaktır. [Muhatab] koşulları varsa her zaman teminat mektubuna dayanarak bankaya karşı talepte bulunabilir. O halde teminat mektubunun iptali davasında, davalı mektubu veren banka olamaz. Böyle bir davanın davalısı ancak muhatap olabilir. Bu durumda davacı teminat mektubu riski veya komisyon vs. giderlerinden kurtulmak istiyorsa, sözleşme- nin 5/2. maddesi gereğince ya muhataptan mektubun taraflarınca iptal edildiğine veya mektup[t]an dolayı muhatabın bankayı ibra ettiğine ilişkin muhataptan bir belge alarak bankaya ibraz etmesi yahut mektu- bun iptali için muhatabı dava etmesi gerekmektedir.”

²²² REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 125; AYTAÇ/KASNAKLI, s. 76; YENER COŞKUN, s. 211.

²²³ 19. HD, 08.01.2014, 2013/16289 E. 2014/747 K. Aynı yönde bkz. 19. HD, 17.06.2010, 2010/4330 E. 2010/7718 K.

²²⁴ 11. HD, 03.06.2010, 2008/14111 E. 2010/6322 K.: “Teminat mektubu vadeli olarak düzenlenmiş olsa da vade tarihi içinde meydana gelen bir riskten dolayı zamanaşımı süresi içinde davalı bankanın sorum- luluğunun ileri sürülmesi mümkündür. Bu durumda, teminat mektubu iade edilmedikçe veya geçersiz kılınmadıkça teminat mektubundan doğan riski taşıyan bankanın komisyon kesintisi yapmasında hukuka aykırı bir yön olmadığı (...).” 11. HD, 28.04.2008, 2007/3852 E. 2008/5619 K. (LALE, s. 400): “[V]adesi içinde ihbar koşullu mektuplarda, BK.nun 110/2 nci maddesi uyarınca, vade sonuna kadar bankaya yazılı olarak başvurulmaması halinde hükümsüz olacağına ilişkin ibare bulunması halinde, vade

lanması için teminat mektubunun iadesi ya da açıklanan başka bir nedenin gerçekleşmesi gerekecektir.

Kuşkusuz, yukarıda açıklanan bu haller, kontrgarantör bankanın komisyon talep hakkını da sona erdiren sebeplerdir. Örneğin, teminat mektubu düzenleyen garantör banka, kontrgarantör bankayı ibra etmişse; kontrgarantör banka, kontrgarandan kontrgaranti komisyonu talep edemez.

Doktrindeki bir görüşe²²⁵ göre; teminat mektubu bedelinin “*bloke edilerek muhtelif borçlar hesabına alınması*”²²⁶ halinde bankanın komisyon talep hakkı sona ermektedir. Gerçekten, kontrgaran teminat mektubu bedelini banka nezdinde depo ettiğinde, bankanın komisyon talep hakkı sona erdiği kabul edilebilir mi? *Bizce* kabul edilmemesi gerekir. Çünkü komisyon, bankanın risk üstlenerek gördüğü hizmetin karşılığıdır ve riske karşılık teminat alınmış olması, bankanın bir hizmet gördüğü gerçeğini değiştirmez²²⁷. Kaldı ki, nakit depo edilmiş olması, muhataba ödenen bedelin kontrgarandan kesinlikle alınacağı anlamına gelmemektedir. Zira depo edilen nakit bankaya rehin veya temlik edilmemişse, kontrgaranın alacaklıları blokeye rağmen nakit üzerine haciz koydurma imkânına sahiptirler²²⁸.

Belirtmek gerekir ki; bankaya teminat mektubu bedelini ödeme yasağı getiren ihtiyati tedbir kararı, bankanın komisyon talep hakkına zarar vermemektedir. İhtiyati tedbir kararı hüküm ifade ettiği müddetçe komisyon işlemeye devam edecektir.

sonunda mektubun kendiliğinden hükümsüz kalacağı, bu ibarenin bulunmaması halinde, mektupların bankaya iadesine ya da muhatabın ibranamesine kadar riskin devam edeceği ve komisyon tahakkuk edeceği (...).”

²²⁵ ŞAKAR, s. 116; YENER COŞKUN, s. 212.

²²⁶ Bankalar, müşterilerine kullandırdıkları gayrınakdî krediler (çoğunlukla teminat mektubu) karşılığında almış oldukları nakdi teminatları bloke ederek muhtelif borçlar hesabında izlerler (KÜNEY, s. 624; İBİŞ, Cemal/ÇATIKKAŞ, Özgür/ÇOBAN ÇELİKDEMİR, Neşe: Banka Muhasebesi İlkeler ve Uygulamalar, İstanbul 2018, s. 194).

²²⁷ USTA, s. 80.

²²⁸ Bu hususta bkz. hemen aşağıda IV.10.A.

3. Miktarı

Bankalarca Ticari Müşterilerden Alınabilecek Ücretlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ’de teminat mektubu komisyonunun miktarı hakkında bir üst veya alt sınır belirlenmemiştir. Bu nedenle taraflar, ödenecek komisyon miktarını serbestçe kararlaştırabilir.

Kontrgaranti sözleşmesinde, komisyon ödeneceği belirtilmiş fakat komisyonun miktarı belirtilmemişse; banka, karşılık ilişkisi kapsamında aldığı talimat doğrultusunda gördüğü işe uygun bir komisyona (ücrete) hak kazanacaktır²²⁹.

Bankacılık uygulamasında, teminat mektubu düzenleyen bankanın, üç aylık dönem için teminat mektubu bedelinin %1’i oranında ve toplam yıllık mektup bedelinin %4’ü oranında komisyona hak kazanacağı ilkesi benimsenmiştir²³⁰. Uygulamanın Yargıtay kararlarına da yansıdığını söylemek mümkün; nitekim Yüksek Mahkeme birçok kararında²³¹, “*taraflar arasında imzalanan sözleşmenin komisyon oranı kısmının boş olduğu, bu durumda genel olarak teminat mektubuna uygulanan komisyon oranı her üç ay için %1 olmak üzere her yıl için %4 olduğundan bu oranların uygulanması gerektiği*”[ni]” vurgulamaktadır.

Kural bu olmakla beraber, komisyona ilişkin boşluğun olduğu her durumda bankanın üç aylık %1, yıllık %4 oranında komisyona hak kazanacağı söylenemez. Komisyona ilişkin boşluk doldurulurken, banka ile kontrgaran arasındaki diğer sözleşmeler-

²²⁹ DOĞAN, s. 307.

²³⁰ ÖNDER, s. 105.

²³¹ 19. HD, 2.11.2015, 2015/276 E. 2015/13756 K. Aynı yönde bkz. 19. HD, 27.5.2019, 2017/2534 E. 2019/3490 K.; 19. HD, 27.10.2016, 2016/5755 E. 2016/14019 K.; 19. HD, 16.3.2017, 2016/5794 E. 2017/2179 K.: “[T]eminat mektuplarına uygulanan komisyon oranının her üç ay için %1 olmak üzere yıllık %4 olduğu ve bankacılık uygulamasında teminat mektupları için üçer aylık dönemde mektup tutarının %1’i oranındaki bir komisyon ve bunun gider vergisinin istenilmesinin rayiçlere uygun bulunduğu (...).”

le²³², bankanın diğer müşteriyle yaptığı aynı konulu sözleşmeler de dikkate alınmalıdır²³³. Tabii ki; komisyona ilişkin boşluğu dolduracak hâkim, benzer nitelikteki teminat mektubu için başka bankaların ne kadar komisyon tahsil ettiğini de dikkate alabilir.

Uygulamada tahakkuk ettirilecek komisyon için %1 ve %4'lük oranların belirlenmesiyle birlikte tahakkuk ettirilecek komisyonun minimum bir bedelden aşağı olmayacağına ilişkin sözleşme hükümlerine de rastlanmaktadır²³⁴. Bu halde oranlar üzerinden hesaplanan miktar belirlenen minimum miktarın altında kalıyorsa tahakkuk ettirilecek komisyon miktarı sözleşmede saptanan tutar olacaktır²³⁵.

Dolaylı banka garantisi ilişkilerinde, doğrudan banka garantilerine²³⁶ görece kontrgaran tarafından ödenecek komisyon miktarı daha fazladır. Çünkü; kontrgaran, hem (teminat mektubu) garanti komisyonunu hem de -aksi kararlaştırılmamışsa- kontrgaranti komisyonunu ödemekle yükümlüdür²³⁷. Benzer bir biçimde; banka garantisi verilirken muhabir bankadan yardım alınmışsa, muhabir bankaya ödenecek komisyondan da kontrgaran sorumludur.

4. Muacceliyeti ve Zamanaşımı

Taraflar, komisyon alacağıının ne zaman muaccel hale geleceğini ve zamanaşımı süresinin hangi andan itibaren işlemeye başlayacağını özgürce kararlaştırabilir. Banka-

²³² DOĞAN, s. 308.

²³³ 19. HD, 17.05.2012, 2011/14239 E. 2012/8360 K. (LALE, s. 417-418): “Hal böyle olunca mahkemece yapılması gereken iş davalı vekilinin bilirkişi raporuna itirazlarını tam olarak karşılayan yeni bir bilirkişi raporu alınarak, keza dava konusu komisyon bedelinin uygulandığı tarihte davacı bankanın diğer müşterilerine uyguladığı komisyon oranı da belirlenip tüm bunlar birlikte değerlendirilerek varılacak uygun sonuca göre bir karar vermekten ibarettir.”

²³⁴ BAKAY, s. 21.

²³⁵ Örneğin; teminat mektubu bedelinin (5000 TL) %1'lik kısmı olan 50 TL belirtilen asgari sınır olan 200 TL'nin altında kaldığından tahakkuk ettirilecek komisyon bedeli 50 TL değil 200 TL olacaktır.

²³⁶ Doğrudan ve dolaylı banka garantilerine ilişkin yapılan genel açıklamalar için bkz. yuk. Giriş, III.

²³⁷ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 122.

cılık uygulamasında; komisyonun, işlemeye başlayacağı süre aralığında üç aylık dönemler halinde tahakkuk ettirileceği ve peşin²³⁸ olarak ödeneceğinin kararlaştırıldığı görülmektedir²³⁹. Şu halde; ilk komisyon borcu, kural olarak banka tarafından teminat mektubu düzenlenip muhataba veya lehtara teslim edilmesiyle muaccel hale gelir, bu andan itibaren zamanaşımına tâbi olur. Sonraki devrelere ait komisyonlar da -peşin ödeneceğinin kararlaştırıldığı durumda- üç aylık devrelerin başında muacceliyet kazanır ve devre başından itibaren zamanaşımı süresi işlemeye başlar.

Üç ayda bir tahakkuk ettirildiğinden, komisyon alacağının TBK 147/1 anlamında dönemsel edim niteliğinde olduğu; bu nedenle beş yıllık zamanaşımı süresine tâbi olduğu akla gelebilir. Ancak; doktrinde, komisyon alacağının niteliği itibariyle dönemsel edim niteliğinde olmadığı, bu yüzden TBK 147/1 hükmünün uygulanamayacağı ve komisyon alacağına on yıllık genel zamanaşımı süresi uygulanması gerektiği kabul edilmektedir²⁴⁰. Yargıtay'ın görüşünün de bu doğrultuda olduğu söylenebilir, gerçekten de Yüksek Mahkeme bir kararında; “[b]öyle bir münasebetten doğan dava konusu alacak için yasalarda ayrı bir zamanaşımı kabul edilmediği gibi; ortada [TBK’nun 147.] mad-

²³⁸ Banka tarafından komisyon tutarının peşin tahsili genellikle şu şekilde olur: Lehtar (veya kontrgaran), bankanın kredi müşterisidir. Komisyon tahakkuk ettirildiğinde, lehtarın hesabında yeteri kadar bakiye bulunduğu takdirde hesaba komisyon tutarı kadar borç kaydı yapılır. Şayet hesapta komisyonu karşılamaya yetecek bakiye bulunmuyorsa; komisyon elden tahsil edilir (USTA, s. 78).

Bankalar; genellikle peşinen tahsil ettikleri komisyonların, dönem içinde teminat mektubu iade edilse dahi, kısmen veya tamamen iade edilmeyeceğine ilişkin hükümleri sözleşmelerine koymaktadırlar (AYTAÇ/KASNAKLI, s. 77; ŞAKAR, s. 116). Bu nedenle, peşin ödenen komisyon tutarının sonrasında iade alınması genellikle mümkün olmaz. Buna karşılık, devre içerisinde iade edilen teminat mektubu çok büyük tutarlı ise tahsil edilen komisyon tutarı da fazla olacağından, bu halde banka, iade tarihinden sonrası için peşin tahsil ettiği komisyon tutarını iade edebilir (ŞAKAR, s. 116).

²³⁹ BAKAY, s. 21; REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 124-125; PAMUKÇU, s. 68; YENİCE, Kontrgaran-ti, s. 185. Uygulamada bankalar, ihale açan idareye hitaben düzenlenen geçici teminat mektupları için -diğer teminat mektuplarının aksine- üç aylık devre (tam devre) komisyon almamakta, bir aylık peşin komisyon almaktadır (BAKAY, s. 21; ERYÜREK, s. 74). Şayet, bir aylık süre içinde geçici teminat mektubu bankaya iade edilmezse; artık banka tarafından ilk bir aylık süre sonrasında tam devre komisyon tahakkuk ettirilmektedir (BAKAY, s. 21; PAMUKÇU, s. 68; USTA, s. 77; AYTAÇ/KASNAKLI, s. 46).

²⁴⁰ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 124-125; TEKİNALP, N. 39-151; DOĞAN, s. 615; BARLAS, s. 92; KAHYAĞLU, s. 126; ALIŞKAN, Murat/ÇAKICI, Cemal: Hukuk ve Muhasebe Açısından Teminat Mektupları, ÖD 2005, C. VI, Sa. 24, s. 27; YENER COŞKUN, s. 212. Doktrinde komisyon alacağının beş yıllık zamanaşımına tâbi olduğu yönünde bir görüş de bulunmaktadır (bkz. KOSTAKOĞLU, s. 212).

desinin 1. bendinin kastettiği anlamda periyodik bir eda da söz konusu olmadığından zamanaşımı sorununun, adı geçen Yasanın [146.] maddesi uygulanmak suretiyle çözümlenmesi gerekir” şeklinde hüküm kurmak suretiyle genel zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir²⁴¹.

Son olarak; kontrgaranti alacağının zamanaşımı süresi ile komisyon alacağının zamanaşımı süresi karıştırılmamalıdır. Esasen ikisi, birbirinden bağımsız para alacaklarıdır²⁴².

5. Özellik Gösteren Konular

A. Muhatabın Komisyondan Sorumluluğu

Teminat mektubuyla üstlenilen risk sona erse bile kontrgaran ve lehtar, mektup iade edilmedikçe veya talep hakkını sona erdiren başka bir sebep ortaya çıkmadıkça komisyon ödemeye devam eder. Uygulamaya bakıldığında; muhatap, edim gereği gibi ifa edilse bile garanti ilişkisini sona erdirmek için gerekli işlemleri (teminat mektubunun iade edilmesi veya bankanın ibra edilmesi) yapmamakta veya çok geç yapmaktadır²⁴³.

²⁴¹ HGK, 27.10.1982, 1979/11-1915 E. 1982/865 K. Ayrıca bkz. HGK, 28.11.1980, 1978/11-574 E. 1980/2510 K.: “Teminat mektubu, dolayısıyla düzenlenen kontrgarantide belli bir tarife göre belli bir oranda komisyon ödemeyi [kontrgaran] taahhüt etmektedir. Davada da 17.7.1964 tarihli taahhünameye dayanılmıştır. Böyle belge gereği olarak banka komisyon alacağını müstakilen talep edebileceği gibi, teminat mektubunun nakide çevrilmesi halinde asıl alacak olan mektup bedeli ile birlikte istemek yetkisini de haizdir. Açıklanan bu durum karşısında komisyon alacağı ile asıl borç ilişkisini ayrı, ayrı değerlendirerek farklı zamanaşımına tabi tutmak mümkün değildir. Üç ayda bir ve peşin olarak tahakkuk ettirilip banka lehine hesaba alacak kaydedilmekte olan bu komisyonun aidat kabulüne olanak yoktur. [TBK’nun 147.] maddesinin 1. bendinin kastettiği anlamda periyodik bir eda söz konusu bulunmadığı gibi, faizde temerrü[t] faizi olmadığından mahkemenin direnme kararında vurguladığı gibi zamanaşımı on yıl olacaktır.”

²⁴² Bankanın kontrgaranti alacağı ile komisyon alacağının muacceliyet anları birbirinden farklı olduğundan zamanaşımı süreleri de birbirinden ayrı işler. Örneğin; bir teminat mektubunu güvence altına alan kontrgaranti alacağı zamanaşımına uğramamışken, söz konusu teminat mektubundan doğan komisyon alacaklarının bir kısmı zamanaşımına uğramış olabilir (REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 125; YENER COŞKUN, s. 213).

²⁴³ DOĞAN, s. 308.

Hal böyle olunca, kontrgaran ve lehtar olması gerekenden daha fazla komisyon ödemek zorunda kalmaktadır.

Teminat mektubu alan muhatap, garanti edilen edim gereği gibi ifa olunursa malul süre içerisinde ya teminat mektubunu iade etmeli ya da bankayı ibra etmelidir²⁴⁴. Bu esasen temel ilişki kapsamında yer alan, dürüstlük kuralından doğan koruma yükümlülüğünün bir gereğidir²⁴⁵. Gerekli işlemleri yapmayarak koruma yükümlülüğünü ihlal eden muhatap, ödenen fazla komisyondan (ve varsa diğer zararlardan) lehtara karşı sorumludur²⁴⁶. Muhatabın bu yükümlülüğü temel ilişki kapsamında doğduğundan, kontrgaran ancak, lehtar sıfatına sahip olması halinde muhatabı komisyonlardan sorumlu tutabilecektir.

Teminat mektubuyla üstlenilmiş riskin azalması halinde de muhatabın lehtarın talebi üzerine azalan kısım kadar bankayı ibra etmesi gerekir ki, ödenen komisyon tutarı da azaltılabilir²⁴⁷. Aksi takdirde fazla ödenen komisyondan muhatap lehtara karşı sorumlu olacaktır.

²⁴⁴ 15. HD, 20.6.1977, 1977/151 E. 1977/1399 K. (**KARAHASAN**, s. 509): “Ne var ki, kesin teminat mektubunun iadesi, tasfiye kesin hesabının çıkarılması ve yüklenicinin davalı ile bir ilişkisinin kalmadığının anlaşılması halinde mümkündür. Bu hesabın çıkarılması için iş sahibine işin ve müesse[se]nin bünyesine uygun bir zaman süresi tanınması zorunludur. (...) Bu durumda davalı kesin teminatı 10.7.1971 tarihinde geri vermekle yükümlü olup, teminat mektubunun bu tarihten dava tarihi 6.9.1973 gününe kadar olan banka giderlerinden -teminat mektubu o arada iade edilmiş ise iade tarihine kadar- sorumlu tutulması gerekir.”

²⁴⁵ **EREN**, Genel Hükümler, s. 39; **KILIÇOĞLU**, s. 45. Koruma yükümlülükleri ihlal edildiklerinde, aynen ifa değil, tazminat talep edilebilir (**EREN**, Genel Hükümler, s. 41).

²⁴⁶ **REİSOĞLU**, Kontrgarantiler, s. 381; **AYTAÇ/KASNAKLI**, s. 77. Konuyla ilgili Yargıtay kararları için bkz. 15. HD, 17.11.1975, 1975/3588 E. 1975/4505 K. (**KARAHASAN**, s. 510); 15. HD, 2.3.1977, 1977/2732 E. 1977/489 K. (**KARAHASAN**, s. 510): “Öyle ise, davalı belediyenin iş hacmi, bu konularda çalıştırdığı personel adedi esas alınarak dava konusu eser sözleşmesinin tasfiye hesabı ne zaman çıkartılıp bitireceği, teminatları buna göre en geç hangi tarihte serbest bırakılacağı, bilirkişi aracılığı ile tayin olup ancak, bu tarihi takip eden dönemlere ilişkin teminat mektubuna ait banka giderleri ile davalının sorumlu olacağı ve para olan teminata da yine bu günden itibaren faiz yürütüleceği düşünülmeden yazılı şekilde karar verilmesi de yanlıştır.”

²⁴⁷ Avans teminat mektubuyla güvenceye bağlanan avansın bir kısmının geri ödenmesi hali örnek verilebilir (**REİSOĞLU**, Kontrgarantiler, s. 381; **AYTAÇ/KASNAKLI**, s. 77).

B. Bankanın Komisyon Oranını Tek Taraflı Olarak Artırabileceğine İlişkin Kayıtlar

Kontrgaranti (veya genel kredi) sözleşmelerinde genellikle, garantör bankanın teminat mektubu komisyonu oranını tek taraflı olarak değiştirme yetkisine sahip olduğuna ilişkin kayıtlar bulunmaktadır. Çalışma kapsamına girmediğinden bu ve benzeri, bankaya sözleşmeyi tek taraflı değiştirme yetkisi veren kayıtların geçerli olup olmadığı sorununun bir kenara bırakıp²⁴⁸ bu hükmün geçerli olduğunu kabul ederek bankanın bu yetkiyi nasıl kullanması gerektiği üzerinde duralım.

Sözleşmeye bu hükmün konulma nedeni; bireysel olarak bir sözleşmede komisyon oranını artırma isteği değil de, ileride bankayı veya piyasayı ilgilendiren hukukî ya da ekonomik bir değişimin gerçekleşmesi sonucu komisyon oranını artırma ihtiyacının ortaya çıkma olasılığı olsa gerek. Hükmün konuluş amacından hareketle, bu hükmün garantör bankaya, bir sınırlamaya bağlı olmadan dilediği anda ve oranda komisyon artırımını yapma yetkisi vermediğini; yalnızca haklı bir sebebin varlığı halinde dürüstlük kuralına uygun olarak komisyon oranını artırma yetkisi verdiğini kabul etmek gerekir. Örneğin, teminat mektubu komisyonundan ilave gelir vergisi alınacağı düzenlendiğinde; bankanın, bu hükme dayanarak komisyon oranını tek taraflı olarak artırabilmesi gerekir. Aynı şekilde, bu hüküm sayesinde piyasa ortalamasının çok altında komisyon talep eden banka, şirket politikasına ilişkin aldığı kararlar piyasa ortalamasını geçmeyecek ve tüm müşterilerine uygulanacak şekilde komisyon artırımına gidebilecektir.

Konuya ilişkin Yargıtay'ın da benzer bir tutumu²⁴⁹ bulunuyor, öyle ki; Yüksek Mahkeme bir kararında²⁵⁰, “[b]u durumda mahkemece, herhangi bir ekonomik kriz ya-

²⁴⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **DOMANIÇ**, Hayri: Birbirinin Aynı Olan Tüm Banka Kredi Sözleşmeleri ile Faktoring Sözleşmelerinin Tümü Emredici Kurallara Aykırı ve Geçersizdir, İstanbul 2007, 70 vd.; **TEKİNALP**, N. 36-2; **KAPLAN**, s. 106 vd.

²⁴⁹ 11. HD, 6.1.2014, 2013/9832 E. 2014/14 K.; 19. HD, 3.6.2003, 2002/2149 E. 2003/5899 K.: “Bankanın teminat mektuplarının komisyon oranlarını artırma yetkisi bulunmakta ise de, bu yetkinin MK.nun

şanmayan 22.1.2002 tarihinde, ekonomik gelişmeler gerekçe gösterilerek teminat [mektubu komisyonu] oranlarında yapılan artışın, bankaya sözleşme ile tek yanlı olarak tanınan yetkinin M.K.'nun 2. maddesine aykırı kullanıldığının kabulü ile davanın reddi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulü doğru görülmemiştir” diyerek komisyon artırımının dürüstlük kuralına aykırı olmaması için ekonomik kriz vb. artırmayı gerektirici bir sebebin mevcut olması gerektiği sonucuna varmıştır.

Bir somut olayda; banka, müşterisinden yıllık %3 oranında teminat mektubu komisyonu almaktayken oran artırımına (değişimine) gitmiş ve komisyonun yıllık %2 ila %4 arasında değişen oranlarda alınacağını tespit etmiştir. Yargıya intikal eden uyuşmazlıkta ilk derece mahkemesi, banka tarafından tek taraflı saptanan oranların bankacılık teamülleri ile belirlenen oranın altında kaldığından dürüstlük kuralına aykırı olmadığına karar vermiş; Yargıtay da bu kararı onamıştır²⁵¹. Bu karar ışığında, artırılmış komisyon oranının bankacılık uygulamasının altında bulunması halinde dürüstlük kuralına aykırı olmadığı söylenebilir.

C. Bankanın Faaliyet İzninin Kaldırılması ve İflâsı Halinde Komisyon

Faaliyet izni kaldırılan bankaların yönetim ve denetimi Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu’na (Fon) geçer (BankK 106). Garantör banka yönetiminin Fon’a devri, kural olarak teminat mektubunun hükümsüz hale gelmesine yol açmaz; yani faaliyet izninin kal-

2.maddesi gereğince iyiniyet kuralları çerçevesinde kullanılması gerekir. Mahkemece yapılan artışın hakkaniyete uygun olup olmadığı, başka bir deyimle hakkın suistimali niteliğinde bulunup bulunmadığı hususu irdelenmeden yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir.” 11. HD, 25.2.2020, 2019/3594 E. 2020/2023 K.: “(...) teminat mektuplarını kullandığı tarihler gözetildiğinde herhangi bir ekonomik krizin yaşanmadığı anlaşıldığından sözleşmedeki yetkiye dayanılarak davalı bankanın komisyon oranlarını artırmasının sözleşmeye sadakat ilkesi de gözetildiğinde dürüstlük kuralı ile bağdaşmadığı (...).”

²⁵⁰ 19. HD, 20.3.2006, 2005/5810 E. 2006/2777 K.

²⁵¹ 19. HD, 11.04.2007, 2006/10258 E. 2007/3583 K. (BİLGİN, s. 325): “Mahkemece toplanan delillere ve bilirkişi raporuna göre, davalı bankanın taraflar arasında imzalanan Genel Kredi Sözleşmesi’nde tanınan yetkiye istinaden yeniden belirlediği, ücret ve komisyonun sektörde yerleşik ve kabul görmüş yıllık %4 oranının altında kaldığından M.K. nun 2. maddesi hükmü ile çelişkili olmadığı (...).”

dırılması bankanın garantörlük sıfatını²⁵² etkilemez. Haliyle muhataba karşı garanti sorumluluğu devam eden bankanın, kontrgarandan garanti sorumluluğu süresince komisyon talep edebileceğini kabul etmek gerekir²⁵³. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir, Yüksek Mahkeme önüne gelen bir uyuşmazlıkla ilgili, “(...) bankaya TMSF tarafından el konulmasının, teminat mektubunun teminat olma vasfını kaybettirmediği gibi devre komisyonu tahakkukuna engel olmayacağı kabul edilmesine rağmen bankanın Şeker Fabrikaları AŞ.'nin tazminat talebini reddetmesinin devre komisyonu ve yasal eklentileri istemesine engel olacağı şeklindeki gerekçesinde isabet görülmemiştir” şeklinde karar vermiştir²⁵⁴.

İstisnai olarak, BankK 71/1-e bendinde²⁵⁵ yer alan sebepten bankanın faaliyet izninin kaldırılması halinde bazı ilgililer²⁵⁶ lehine verilen teminat mektuplarının hükümsüz hale geleceği düzenlenmiştir (BankK 134/14). Bu halde banka, üstlenmiş olduğu

²⁵² Lehtarın talimatıyla teminat mektubu ya da kontrgaranti veren banka, başka bir banka tarafından devralınabilir. Devrolunan bankanın tüm aktif ve pasifleri ile diğer hak ve yükümlülükleri, birleşmenin ticaret siciline tescili ile devralan bankaya geçer (BankK 19 ve TTK 153). Haliyle devralan bankaya, -kural olarak- devrolunan bankanın teminat mektubundan doğan yükümlülükleri (garantör sıfatı), karşılık ilişkisi çerçevesinde sahip olduğu hak ve yükümlülükleri (talimat alan sıfatı) ve kontrgaranti sözleşmesinden doğan hakları (kontrgaranti alan sıfatı) da geçer. Dolayısıyla; garanti borcunu devralan banka, kontrgaran ve lehtardan komisyon talep etme hakkına sahiptir. İki veya daha fazla banka, yeni kuruluş şeklinde de birleşebilir. Bu durumda, birleşen bankaların aktif ve pasifleri ile diğer hak ve yükümlülükleri yeni kurulan bankaya devrolunur. Yeni kurulan banka, lehtar ya da kontrgarandan komisyon talep edebilir. Bankaların devri, birleşmesi ve bölünmesine ilişkin bkz. Bankaların Birleşme, Devir, Bölünme ve Hisse Değişimi Hakkında Yönetmelik (RG. Sa. 26333, 01.11.2006).

²⁵³ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 122. Reisoğlu, eserinde konuyla ilgili 19. HD, 1.10.1999, 1999/4526 E. 1999/5445 K. (REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 122) sayılı karara gönderme yapmaktadır. Gönderme yapılan karar şu şekildedir: “Davacı, davalı şirket lehine verilen teminat mektubu komisyonu ve diğer fer'ilerinden doğan alacağın tahsili amacıyla takip yapmıştır. Teminat mektubu veren davacı bankanın, bankacılık işlemleri yapma ve mevduatı kabul yetkisi kaldırıldıktan sonra iflasına karar verilmiştir. İflas-tan önce oluşan teminat mektubu komisyonlarından davalıların sorumlu tutulmasında bir isabetsizlik bulunmadığından davalıların temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.”

²⁵⁴ 19. HD, 17.6.2010, 2010/4330 E. 2010/7718 K.

²⁵⁵ BankK 71/1-e hükmüne göre; bankanın hâkim ortakları ve yöneticileri, banka kaynaklarını, bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde doğrudan, dolaylı ya da dolanlı bir biçimde kendi lehlerine kullanarak ya da başkalarına kullandırarak bankayı zarara uğratmaları halinde; BDDK, bankanın faaliyet iznini kaldırabilir.

²⁵⁶ BankK 134/14 hükmünde bu kişiler, “bankanın hâkim ortakları, yönetim kurulu üyeleri, denetim kurulu üyeleri, genel müdür, genel müdür yardımcıları ve bunların eş ve çocukları ile evlatlıklarının, bunların diğer kan ve kayın hısımlarının ve imzaya yetkili banka mensuplarını” olarak düzenlenmiştir.

garanti sorumluluğu sona ereceğinden kontrgaran veya lehtardan komisyon talep edemeyecektir²⁵⁷.

Banka hakkında iflâs kararı verilmiş olması, teminat mektubunun hükümsüzlüğüne yol açmaz. Muhatap, bankanın iflâsından sonra teminat mektubundan doğan (muhtemel) alacağını, şartlı alacak olarak masaya kaydettirebilir. Muhataba karşı garanti sorumluluğu masa nezdinde devam ettiğinden; sorumluluk karşılığında kontrgaran, bankanın iflâsından sonra dahi komisyon ödemekle yükümlüdür²⁵⁸. Ne zaman ki muhatap, masaya şartlı alacağını kesin alacak olarak yazdırır, o zaman kontrgaran komisyon ödemek borcundan kurtulur²⁵⁹. Banka, iflâsla birlikte İİK 191 uyarınca masaya dâhil tüm mal ve haklar üzerindeki tasarruf hakkını yitireceğinden kontrgarandan komisyon talebinde bulunamaz. Komisyon talep hakkı iflâs idaresince kullanır²⁶⁰.

D. Zamanaşımına Uğrayan Teminat Mektubunu Ödeyen Bankanın Komisyon Talep Hakkı

Doktrindeki bir görüşe²⁶¹ göre; teminat mektubu zamanaşımına uğradığında bankanın borcu ortadan kalkmaz, bu halde banka yalnızca ödemedi kaçınma (=zamanaşımı defini ileri sürme) imkânı elde eder. Şu halde, teminat mektubu zamanaşımına uğrasa dahi bir güven kurumu olan banka, teminat mektubu bedelini ödediğinde geçerli bir borcu ifa etmiş olur. Dolayısıyla, mektup zamanaşımına uğramış olsa da; vadesiz teminat mektuplarında banka, mektubun nakde tahviline veya iadesine dek - ödeme riski halen mevcut olduğundan- komisyon talep edebilmelidir.

²⁵⁷ DOĞAN, s. 565.

²⁵⁸ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 122.

²⁵⁹ Elbette komisyon talep hakkının sona erdiren diğer sebeplerin varlığı halinde de kontrgaran teminat mektubu komisyonu ödeme borcundan kurtulacaktır.

²⁶⁰ DOĞAN, s. 560.

²⁶¹ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 126.

Bu görüşe katılamıyoruz; çünkü garantör banka, -kural olarak- teminat mektubu bedelini ödeme riskiyle karşı karşıya olduğu dönemde komisyon talep edebilir²⁶². Teminat mektubu (garanti borcu) zamanaşımına uğradığında banka açısından artık bir ödeme riskinin varlığından söz edilemez. Bu halde artık bankanın muhataba ödeme yapmasını risk olarak değil, tercih olarak değerlendirmek gerekir. Kaldı ki; bankanın zamanaşımına uğramış teminat mektubu karşılığında kontrgarandan komisyon talep etmesi, ne dürüstlük kuralıyla ne sözleşmeden doğan koruma yükümlülüğüyle ne de basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğüyle bağdaşır. Bu nedenlerle aksi kararlaştırılmadıkça teminat mektubu zamanaşımına uğradıktan sonra garantör bankanın, kontrgaran veya lehtardan komisyon talep edemeyeceği kanaatindeyiz.

II. TEMİNAT MEKTUBUNUN İADE EDİLMESİ²⁶³

Kontrgaran; kontrgaranti sözleşmesi çerçevesinde garantör bankaya, talep üzerine teminat mektubunu iade edeceği taahhüdünde de bulunur²⁶⁴. Banka garanti sözleşmesi, muhatap ile garantör banka arasında kurulan bir hukukî ilişki olduğundan, kontrgaran bu ilişkiye tamamen yabancısıdır²⁶⁵. Dolayısıyla, teminat mektubunu elinde tutan muhatapın rızası olmadan kontrgaranın, teminat mektubunu garantör bankaya iade etmesi mümkün değildir²⁶⁶. Başka bir anlatımla; kontrgaranın teminat mektubunu bankaya iade edebilmesi, kendisinin muhataptan teminat mektubunu almasına bağlıdır.

²⁶² Bu konuda bkz. yuk. I.2.

²⁶³ Teminat mektubunun iadesine ilişkin talep hakkı ile iki durumda karşılaşılmaktadır: İlki, bu başlık altında inceleyeceğimiz bankanın kontrgarana yönelttiği teminat mektubunun iadesi talebidir. İkincisi, teminat mektubuna konulan kayıt sebebiyle ortaya çıkan, banka tarafından muhataba yöneltilen teminat mektubunun iadesi (*Rückgabe der Garantieurkunde*) talebidir. Yalnızca garanti süresi sona erdiğinde doğan, muhataba yöneltilen iade talep hakkı; talep hakkının doğum anı ve yöneltilen kişi bakımından diğerinden ayrılır (**VON WESTPHALEN**, s. 28; **NIELSEN**, s. 2014).

²⁶⁴ **BAKAY**, s. 83; **REİSOĞLU**, Kontrgarantiler, s. 404; **PAMUKÇU**, s. 76; **SAYIN**, s. 26; **YENİCE**, Kontrgaranti, s. 185.

²⁶⁵ Kontrgaranti sözleşmesinin bağımsızlığı hakk. yapılan açıklamalar için bkz. yuk. Birinci Bölüm, III.4.

²⁶⁶ **REİSOĞLU**, Kontrgarantiler, s. 404; **SAYIN**, s. 26; **YENİCE**, Kontrgaranti, s. 185.

Elbette kontrgaran, muhatabı ikna ederek teminat mektubunun bankaya iadesini sağlayabilir. Örneğin; kontrgaran muhataba teminat mektubunu başka bir teminatla ikame etme teklifinde bulunmuş ve bu teklif muhatap tarafından kabul edilmişse, kontrgaranın eline geçen teminat mektubu bankaya iade edilebilecektir²⁶⁷. Fakat; muhatabın teminat mektubunu kontrgarana vermesi ihtimalinin, çok zayıf bir ihtimal olduğunu; genellikle muhatabın teminat mektubunu elinden çıkarmayı tercih etmeyeceğini söylemek lazımdır. Şu halde, kontrgaranti sözleşmesi içeriğinde bulunan teminat mektubunun iadesinin sağlanacağına ilişkin hükmün uygulama kabiliyetinin bulunmadığı; kontrgaranın teminat mektubunu iade etmek gibi bir yükümlülüğünün bulunmadığı ifade edilmektedir²⁶⁸.

Yargıtay da teminat mektubuna yabancı olan lehtardan ya da kontrgarandan teminat mektubunun iadesi istenemeyeceği görüşündedir, nitekim Yüksek Mahkeme bir kararında²⁶⁹; “[k]endi ellerinde bulunmayan teminat mektuplarının iadesi davalılardan istenemeyeceğinden mektup lehtar davalıların bu davada pasif husumet ehliyeti mevcut değildir” şeklinde hüküm kurmuştur.

Uygulamaya bakıldığında; bankalar, uygulanma kabiliyeti olmadığından kontrgarandan yalnızca teminat mektubunun iadesini istemiyor, bununla birlikte ek teminat gösterilmesi gibi alternatif bir talepte de bulunuyorlar. Böyle bir taleple karşılaşan kontrgaran, teminat mektubunu iade edemeyeceğinden diğer talebi yerine getirmek zorunda kalıyor. Sonuç olarak; banka, teminat mektubunun iadesini isteyebileceğine ilişkin hükmü, diğer talep hakkına temel oluşturmak ve söz konusu talep hakkını kuvvetlendirmek amacıyla kullanmaktadır²⁷⁰.

²⁶⁷ Teminat mektubunun likidite işlevi sayesinde muhatap, teminat mektubunun (banka garantisinin) diğer bir teminatla değiştirilmesi teklifine sıcak bakmayacaktır.

²⁶⁸ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 404; DOĞAN, s. 358; SAYIN, s. 26.

²⁶⁹ 11. HD, 4.7.1986, 1986/3674 E. 1986/4201 K. (REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 404-405).

²⁷⁰ DOĞAN, s. 358.

III. EK TEMİNAT GÖSTERİLMESİ

Banka, üstlenmiş olduğu ya da ileride üstleneceği garanti sorumluluğundan doğan riskin güvencesi olarak yalnızca kontrgaranın (kişisel) sorumluluğunu yeterli görmez. Bu sebeple, kontrgaranti sözleşmelerine, banka tarafından talep edildiğinde kontrgaranın ek teminat göstermekle yükümlü olduğu yönünde kayıtlar konulmaktadır²⁷¹.

Sözleşmede, hangi sebeplerden dolayı ek teminat talebinde bulunulabileceği kararlaştırılabilir. Bir sebep belirlenmediği takdirde banka, dilediği zaman dürüstlük kuralına aykırı olmayacak şekilde ek teminat talebinde bulunabilecektir²⁷². Uygulamada bankalar, bir sebebe bağlı kalmayı tercih etmedikleri için kontrgaranti sözleşmelerinde bankanın dilediği zaman ek teminat talebinde bulunabileceğini hükme bağlamaktadırlar²⁷³.

Sözleşmeden sözleşmeye farklılık göstereceğinden, talep üzerine kontrgaranın ne tür bir teminat göstereceği peşinen söylenemez²⁷⁴. Kontrgaranti sözleşmesinde ek teminatın ne olduğu açıkça belirtilebilir²⁷⁵. Örneğin talep üzerine kontrgaranın banka lehine

²⁷¹ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 405; von WESTPHALEN, s. 358; DOHM, s. 83; DOĞAN, s. 360; YENİCE, Kontrgaranti, s. 183; ARAL, Lehtar ile Banka, s. 198; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 301. Kontrgaranti sözleşmesinde ek teminat talep hakkına ilişkin düzenleme yer almıyorsa; kontrgaran, bankaya teminat sağlamak zorunda değildir (KUNTALP, s. 266).

²⁷² Karş. DOĞAN, s. 377 vd.

²⁷³ TD, 24.11.1967, 1966/3753 E. 1967/4267 K. (AKYAZAN, Banka ve Ticaret Hukuku, s. 172): “(...) adı geçen taahhütnamenin 11. maddesinde {(...) herhangi bir sebep gösterme[y]e mecbur olmaksızın (...) ilâve teminat olmak üzere menkul veya gayrimenkul teminat [gösterilmesini] bizden isteyebilir. (...) başkaca bir rehin ve teminatınız bulunsa dahi bu talebi derhal yerine getirmeyi (...) kabul ve taahhüt eyleriz} diye yazılı bulunduğu ve her iki davalı tarafından bu taahhütname imza edildiğine göre 11. maddenin bu mutlak hükmüne dayanan davacı bankanın davasının kabulü gerekmektedir.” TD, 3.2.1970, 1970/69 E. 1970/454 K. (AKYAZAN, Banka ve Ticaret Hukuku, s. 186): “Taraflar arasındaki kontrgaranti sözleşmesinin 6. maddesine göre banka dilediği zaman mektubun aynen iadesini (...) veya ilave teminat gösterilmesini isteyebilir. Bu, hakkın kötüye kullanılması şeklinde yorumlanamaz.”

²⁷⁴ DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 301.

²⁷⁵ Kontrgaranti sözleşmesinde, ek teminat olarak (somut) belirli bir teminat türü gösterilmişse, kontrgaranti sözleşmesi, önsözleşme (teminat sözleşmesi yapma vaadi) niteliğinde olacaktır. Bu halde TBK 29/2 uyarınca; kontrgaranti sözleşmesi, -kural olarak- ileride kurulacak teminat sözleşmesinin şekline tâbidir (KUNTALP, s. 269). İstisnai haller de mevcuttur. Mesela, sözleşmede kontrgaran tarafından belirli bir taşınmaz üzerinde banka lehine ipotek tesis ettirileceği düzenlendiği takdirde, taşınmaz rehin vaadi söz konusu olur. Ancak, bu halde, kontrgaranti sözleşmesinin resmi şekilde akdedilmesi gerekmez. Çünkü, 2644 sayılı Tapu Kanunu (RG. Sa. 2892, 29.12.1934) 26/10 hükmüne göre; banka ile akdedilen kredi ve

kefil göstermekle yükümlü olduğunun kararlaştırılması mümkündür. Gösterilecek teminatın sözleşmede açıkça belirtilmediği durumlarda, teminatın niteliği tespit edilirken; sözleşme hükümleri ve ek teminat talebinin içeriğinden yararlanılması gerekir.

Şüphesiz gösterilecek teminat, banka tarafından kabul edilebilir bir teminat olmalıdır²⁷⁶. Değeri kolayca saptanamayan, üzerinde aynî veya kişisel bir hak ya da tedbir kararı bulunan malvarlığı değerleri banka tarafından kabul edilebilir nitelikte olmadığından; bu teminatlarla ek teminat talebi karşılanamayacaktır²⁷⁷. Aynı şekilde ek teminat, banka açısından teminat fonksiyonuna sahip olmalıdır²⁷⁸. Örneğin; ek teminat olarak kefil gösterilmesi halinde, kefilin borca batık olmaması, kendisine başvurulduğunda ödeme kabiliyetinin bulunması gerekir. Bu sınırlamalar altında -sözleşmede aksi düzenlenmemişse- kontrgaran, ek teminatın ne olacağını özgürce seçebilir²⁷⁹. Hatta kontrgaran, bankaya sağlanan güvenceyi zedelememek koşuluyla gösterdiği teminatın türünü değiştirme hakkına da sahiptir²⁸⁰. Örneğin; banka lehine araç üzerinde rehin tesis ettiren kontrgaran, bu teminatı banka lehine ipotek tesis ettirerek değiştirme imkânına sahiptir.

borç sözleşmelerinde, açılmış veya açılacak tüm borç ve kredilere karşılık belirli bir taşınmaz üzerinde ipotek tesis edileceği öngörülmüşse, bu sözleşmeye istinaden ipotek işlemleri tapuya tescil olunur [GÜREL, Murat: Kredi Sözleşmelerinde Kredinin Geri Ödenmesini Sağlamak Amacıyla Kullanılan Taahhütler (Covenants) ve Kredi Alacaklısının Kredi Alan Şirkete Karşı Sorumluluğu, İstanbul 2022, s. 106]. Kontrgaranti sözleşmesinde, kontrgaranti borcunu teminat altına almak amacıyla kefil getirileceği, hükme bağlanmış olabilir. Bu durumda, kefaletle ilişkin bir önsözleşme söz konusu olmaz. Zira, kontrgaran, kontrgaranti alana bir alacak için kefil olacağı taahhüdünde bulunmamakta, yalnızca kontrgaranti borcunu teminat altına almak için kontrgaranti alan lehine kefil getireceğini taahhüt etmektedir. Bu itibarla, ek teminat olarak kontrgaranti alan bankaya kefil getirileceğine dair hükmü ihtiva eden kontrgaranti sözleşmesinin, yazılı şekilde yapılması gerekmez (von TUHR, s. 130'daki 4. dn; KUNTALP, s. 270). Önsözleşmenin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için, ileride kurulacak sözleşmenin konusunun yeter derecede belirli ya da belirlenebilir olması gerekir (EREN, Genel Hükümler, s. 311). Bu itibarla; kontrgaranti sözleşmesinde, kontrgaranın genel olarak teminat sağlamakla yükümlü olduğu belirtilmişse (*Kontrgaran, talep üzerine teminat göstermekle yükümlüdür.*), kontrgaranti sözleşmesinin, önsözleşme niteliği yoktur. Haliyle, bu durumda, kontrgaranti sözleşmesinin herhangi bir şekle tâbi olduğu da söylenemez (KUNTALP, s. 270).

²⁷⁶ KUNTALP, s. 273; BAUMBACH/HOPT, (8) AGB Banken, Abs 13, N. 3; von WESTPHALEN, s. 358; BUNTE, Hermann-Josef/ZÄHRTE, Kai: AGB-Banken, AGB-Sparkassen, Sonderbedingungen, 5. Aufl., München 2019, N. 268.

²⁷⁷ BAUMBACH/HOPT, (8) AGB Banken, Abs. 13, N. 3; BUNTE/ZÄHRTE, N. 268.

²⁷⁸ von TUHR, s. 132; KUNTALP, s. 273.

²⁷⁹ BUNTE/ZÄHRTE, N. 273.

²⁸⁰ 13. HD, 3.12.1982, 1982/5281 E. 1982/7400 K.: "[D]avacının teminatın çevrilmesi talebi karar bağlanırken, sözleşmenin ve özellikle teminat maddesinin gayesi anlamı ve ekonomik önemi ve taraflar ara-

Bankaya gösterilen teminat zaman içinde değer kaybedebilir ya da teminat fonksiyonunu yitirebilir. Kefilin iflâs etmesi ya da ipotek tesis edilen taşınmazın depremde zarar görmesinde olduğu gibi. Bu durumda teminat sağlama borçlusu kontrgaran, talep üzerine teminat açığının tamamlamakla yükümlüdür²⁸¹.

Ek teminat talep hakkı, kural olarak yalnızca kontrgarana yöneltilebilir²⁸². Sözleşmede kefilin de teminat göstermekle yükümlü olduğuna ilişkin bir hüküm bulunması halinde, kefiller de ek teminat göstermekle yükümlüdür.

Garantör bankanın teminat alacağına²⁸³ dayanan bu talep hakkı sınırsız değildir. Haklı bir sebep yoksa; banka, kendisine gösterilen kabul edilebilir nitelikteki teminatın değiştirilmesini isteyemez. Ayrıca, bankanın üstlendiği riskten çok daha fazla (aşkın) teminat talebinde bulunmaması gerekir²⁸⁴. Banka; talep hakkını yönelttikten sonra, kontrgarana teminatın gösterilmesi için makul bir süre vermekle de yükümlüdür²⁸⁵.

sındaki akdi ilişkinin kamu yararı düşüncesi ile birçok bakımdan buyurucu kurallara tabi taşınmaz kira sözleşmesinden oluştuğu göz önünde tutulmalıdır. Olayda nakdi tevdiin amacı ve anlamı, teminattır, başka deyişle, borcun ifasını temin etmektir. Davalı kiralayana bırakılan bu teminat parasından, onların herhangi bir şekilde yararlanması, hem sözleşmenin amacını aşar (...) Şu halde kiralayana bakımından menfaat elde etme hususunda banka teminat mektubu ile nakdi teminat arasında bir fark yoktur. Teminat fonksiyonu yönünden de, her iki teminat türünün amacın gerçekleşmesine aynı derecede uygun ve yeterli olduğu kabul edilmelidir.”

²⁸¹ **KUNTALP**, s. 274.

²⁸² **BAUMBACH/HOPT**, (8) AGB Banken, Abs. 13, N. 1; **BUNTE/ZAHRT**, N. 273.

²⁸³ Teminat alacağı, alacaklıya mevcut ya da ileride doğacak bir alacak için, borçludan teminat göstermesini isteme yetkisi veren alacak hakkıdır (**KURU**, Baki: Teminat Alacakları için İlâmsız İcra Takibi Yapılması, **BATİDER** 1976, C. VIII, Sa. 3, s. 33). Kural olarak, ne alacaklı teminat alacağına ne de borçlu teminat sağlama borcuna sahiptir. Yani alacaklı, kural olarak borçluyu borcunu teminata bağlaması için zorlayamaz (**KUNTALP**, s. 266). Teminat alacağı; sözleşme hükmünden, mahkeme kararından ya da yasal düzenlemeden doğabilir (**KURU**, s. 33; **KUNTALP**, s. 267). Kontrgaranti sözleşmelerinde yer alan “kontrgaran talep üzerine teminat gösterecektir” şeklindeki hüküm sayesinde, kontrgaranti alan, teminat alacağına sahip olurken; kontrgaran, teminat sağlama borcu altına girer. Aynı şekilde malik, haklarının tehlike düştüğünü ispat ederek intifa hakkı sahibinden teminat göstermesini isteyebilir (TMK 808). Ana ve baba, nafaka yükümlülüğünü sürekli ve ısrarla yerine getirmezse; hâkim, gelecekteki nafaka yükümlülüklerine ilişkin olarak ana ve babanın teminat göstermesine karar verebilir (TMK 334).

²⁸⁴ **KUNTALP**, s. 273; 14. HD, 17.6.1980, 1980/2442 E. 1980/3414 K.

²⁸⁵ **BAUMBACH/HOPT**, (8) AGB Banken, Abs. 13, N. 8.

Bu talep hakkı, kontrgarana irade beyanı yöneltmek suretiyle; talep sonuçsuz kaldığında kontrgaran hakkında teminat alacaklarına ilişkin ilamsız icra takibi yaparak veya ek teminat talepli dava açarak kullanılabilir²⁸⁶.

IV. NAKİT DEPO EDİLMESİ

1. Genel Olarak

Genellikle kontrgaranti sözleşmesinde, kontrgaranın talep üzerine teminat mektubu bedelini nakden²⁸⁷ depo²⁸⁸ etmekle yükümlü olduğu yönünde hükümler de yer alır²⁸⁹. Banka, bu tür hükümler sayesinde muhataba ödediği teminat mektubu bedelini kontrgarandan alamama riskini tamamen ortadan kaldırma (*pasifize etme*²⁹⁰) imkânına sahip olur²⁹¹.

²⁸⁶ KURU, s. 33 vd.; DOĞAN, s. 386.

²⁸⁷ Teminat altına alınmış bir alacağa hangi hızda kavuşulacağını, alınan teminatın likidite düzeyi belirler. Likidite, bir varlığın nakde dönüştürülebilme hızını ve kolaylığını ifade eder. Kısa sürede nakde dönüşebilen, nakde dönüşürken değer kaybetmeyen varlıklar; likit varlıklar olarak tanımlanır [ÖZTÜRK, Nazım: Para Banka Kredi (Anılış: Banka), 4. Bası, Bursa 2017, s. 7]. Kendisi zaten nakit olduğundan para, en (sonsuz) likit varlıktır (ZARAKOLU, Avni: Para Kredi ve İktisadi Faaliyetler, 2. Bası, Ankara 1977, s. 48). Likidite özelliği nedeniyle teminat olarak nakit (para) depo edilmesi; ipotek, kefalet gibi teminatlarla tercih edilir.

²⁸⁸ Teminat amacıyla nakit ya da kıymetli evrak depo edilmesinin getirdiği zorlukları yok etmek amacıyla ortaya çıkan banka garantisinin temelinde, bankanın itibarının kullanılması yoluyla paranın hareketsiz bırakılmasının önüne geçilmesi fikrinin yattığını belirtmiştik (Bu konuda bkz. yuk. Giriş, III başlığı altındaki banka garantisinin yaygınlaşmasına ilişkin dn) Muhatap nezdinde nakit depo ederek varlığını hareketsiz tutmak yerine, birtakım masraflara katlanarak, teminat mektubu alma yoluna giden müşteriden, nakit depo talebinde bulunulması dolayısıyla, nakdin hareketsiz tutulması durumu, işte bu fikirle zıtlık göstermektedir. Gerçekten de; “müşteri her durumda nakit depo edecek idiyse, neden ilişkiye bankayı dâhil edip ona komisyon ve masraf öder?” sorusu akla gelebilir (SOMUNCUOĞLU, Nakit Depo Talebi, s. 834). Ne var ki; ilişkiye bankayı dâhil eden müşteri (kontrgaran ya da lehtar), kendisinden nakit depo talebinde bulunulabileceğine rıza gösterdiğinden; bu sorunun cevabının hukukî açıdan önemi yoktur. Bu nedenle, bu zıtlığı belirtmekle yetinelim.

²⁸⁹ BAKAY, s. 83; REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 406; SENGİR, Turgut: Banka Teminat Mektuplarında Bedelin Depo Edilmesi, BATİDER 1972, C. VI, Sa. 4, s. 598; SOMUNCUOĞLU, Ünal: Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Umumi Kontrgaranti Taahhütlerine Göre Bankaların Nakit Depo Talebi (Anılış: Nakit Depo Talebi), İBD 1975, C. XLIX, Sa. 5-6, s. 832; PAMUKÇU, s. 76.

²⁹⁰ 11. HD, 9.2.2021, 2020/1578 E. 2021/1007 K.: “Şu halde istemin (davanın) konusu bizatihi teminat mektubu yahut bedelinden kaynaklanan alacak olmayıp davacı bankanın garanti sözleşmesi hükümleri uyarınca doğan riskinin pasifize edilebilmesi için, mektup bedeli tutarında ek teminatın depo ettirilmesi istemine ilişkin olmakla davanın konusunu davacının sözleşmeye dayalı teminat alacağı oluşturmaktadır.”

²⁹¹ Kontrgaran tarafından nakit depo edilmiş olması, gayrinakdi krediden doğan tüm risklerin ortadan kaldırıldığı anlamına gelmez. Nakit depo edilmişse, sadece kontrgaranti alacağı güvence altına alınmış

Nakit depo talep hakkı, ek teminat talep hakkı gibi bankanın teminat alacağına dayanır. Alacağa kavuşmak için paraya çevirme ya da takip veya davaya girişme gibi zahmetlere katlanılmasını gerektirmemesi sebebiyle nakit depo edilmesi, banka açısından diğer teminatlara göre daha avantajlıdır. Bu nedenle; uygulamada bankalar, kontrgaranti alacağını teminat altına almak için nakit depo edilmesine ilişkin talep hakkını sıklıkla kullanmaktadır²⁹².

Kontrgaranti sözleşmesinde bankanın ek teminat talep hakkı bulunduğu gösterilmesi, kontrgarana nakit depo talebi yöneltilebilmesi için yeterli değildir. Bu istisnai talep hakkının kullanılabilmesi için, sözleşmede ek teminatın nakit depo edilmesi şeklinde istenebileceğine ilişkin açık bir hüküm bulunması şarttır.

Teminat olarak depo edilecek nakdin miktarının, kural olarak teminat mektubu bedelini aşmaması gerekir²⁹³. Örneğin; umumi kontrgaranti sözleşmesi limitinin çok altına kalan bir teminat mektubu verilmesine rağmen, sözleşme limitinin tamamının depo edilmesi istenemez. Sözleşmede, depo miktarına bir sınır getirilmesi de elbette mümkündür²⁹⁴.

Mektup bedelinin nerede depo edileceği sorusu, Yargıtay kararlarında cevaplanmıştır. Yüksek Mahkeme'nin yerleşik içtihadına²⁹⁵ göre; nakit, garantör banka bünyesinde faiz getirmeyen bir hesapta depo edilecektir.

olur. Gerçekten de; ödememesi gereken teminat mektubu bedelini muhataba ödeyen banka, kontrgarana karşı talepte bulunamaz, nakit depo edilmiş olması da bu durumu değiştirmez.

²⁹² REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 406.

²⁹³ Uygulamada istisnai olarak; teminat mektubu bedelini aşacak miktarda nakdin üstüne bloke konulduğu, görülmektedir (İBİŞ/ÇATIKKAŞ/ÇOBAN ÇELİKDEMİR, s. 194).

²⁹⁴ Sözleşmede, “kontrgarandan teminat mektubu bedeli kadar nakit depo talebinde bulunulabileceği” ya da “bankanın teminat mektubu bedelinin belirli bir yüzdesinin depo edilmesini isteyebileceği” şeklinde kayıtlar yer alabilir.

²⁹⁵ HGK, 2.5.2007, 2007/12-241 E. 2007/239 K.: “Ayrıca, belirtelim ki paranın nereye depo edileceği hususu da Yargıtay’ın “davacı banka nezdindeki faizsiz bir hesaba” şeklindeki uygulama ile ilgili mahkeme kararlarının onanması ile de paranın nereye depo edileceği hususu da açıklığa kavuşmuştur.” Aynı

2. Kullanımı

A. Genel Olarak

Nakit depo talep hakkı, banka tarafından depo talebinin (irade beyanının) kontrgarana yöneltilmesi suretiyle kullanılır. Uygulamada bankaların, kontrgarana (noter kanalı ile) ihtarname çekerek talebini ulaştırdığına rastlanmaktadır²⁹⁶. İhtarın sonuçsuz kalması durumunda banka, ya kontrgaran hakkında teminat alacağına ilişkin ilamsız icra takibi başlatarak ya da kontrgarana depo davası açarak talep hakkını kullanabilir²⁹⁷.

Nakit depo talep hakkı; teminat altına almayı amaçladığı kontrgaranti alacağının doğmasıyla, yani kontrgaranti sözleşmesinin kurulmasıyla doğar²⁹⁸. Kontrgaranti alacağı muacceliyet kazandığında, artık teminat altına alınması değil de ifası (ödeme) talep

yönde bkz. 12. HD, 18.12.2003, 2003/21005 E. 2003/25710 K.; 12. HD, 13.4.2006, 2006/4992 E. 2006/7809 K.; 12. HD, 14.5.2007, 2007/3811 E. 2007/9846 K.

²⁹⁶ DOĞAN, s. 386.

²⁹⁷ KURU, s. 33; KUNTALP, s. 268.

Doktrindeki bir görüşe göre; kontrgaran ya da kefil hakkında doğrudan icra takibi başlatılarak nakit depo edilmesi istenemez, çünkü kontrgaranın ya da kefilin icra takibine konu edilebilecek kesinleşmiş bir borcu yoktur (DOĞAN, s. 386). Bu halde; banka, öncesinde ihtarname sonuçsuz kalmışsa nakit depo edilmesine ilişkin talep hakkını yalnızca depo davası açarak kullanabilir (DOĞAN, s. 386). Aynı doğrultuda olan bir Yargıtay kararına da rastlanmak mümkündür. Önüne gelen bir uyuşmazlıkta Yüksek Mahkeme (12. HD, 3.10.2003, 2003/15153 E. 2003/19087 K.); “[t]akip tarihinde teminat mektubunun tazmin edilmediği görülmektedir. Koşulları oluşmadığı için ödeme yapılmayan hallerde, depo edilmesi istenen teminat mektubu bedeli için ihtilafın çözümü yargılamayı gerektirdiğinden genel haciz yolu ile dahi icra takibi yapılamaz. Somut olayda yukarıda açıklanan koşullar oluşmadığı gibi ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takip başlatılması da yasaya aykırıdır” şeklinde hüküm kurmuştur. Nakit depo talep hakkını, teminat alacağına ilişkin ilamsız icra takibine dayandırılarak kullanılamayacağına ilişkin bu görüşe katılmamız mümkün değil. Çünkü, kontrgaranti sözleşmesi kapsamında kontrgaran ya da kefil, çekişmesiz ve kesin olarak nakit depo etmek suretiyle teminat sağlama borcu altına girmiştir. Elbette nakit depo talep hakkının kullanımının dürüstlük kuralına uygun olup olmadığı yargılamayı gerektirir niteliktedir, ancak bu, talep hakkının ilamsız icraya konu edilerek kullanılamayacağı anlamına gelmez. Gerçekten de itirazla karşılaşılan tüm icra takiplerinde, taraflardan hangisinin haklı olduğu yargılamayı gerektirir, yargılama sonucunda tespit edilir. Ne var ki; bu durum “ihtilafın çözümü yargılamayı gerektirdiği” için icra takibinin hukuka aykırı bir şekilde başlatıldığı sonucunu doğurmaz. Yargıtay’ın yerleşik görüşü de, nakit depo talep hakkının teminat alacağına ilişkin ilamsız icra takibi başlatılarak kullanılabileceği yöndedir. Nitekim, Yüksek Mahkeme; “300.000,00 TL bedelli teminat mektuplarının halen mer’i olduğu, bankanın sözleşmeden kaynaklanan hakkını kullandığı gerekçeleriyle davanın kabulüne (...) davalı borçlunun Ankara 30. İcra Müdürlüğü’nün 2013/12422 Sayılı takip dosyasında 429,27 TL masraf ve 300.000,00 TL depo talebine itirazın iptaline” ilişkin mahkeme kararını (19. HD, 4.4.2016, 2015/13581 E. 2016/5578 K.) nakit depo talebi yönünden onamıştır. Benzer yönde Yargıtay kararları için bkz. 19. HD, 14.12.2006, 2006/10848 E. 2006/12022 K. (LALE, s. 201); 19. HD, 28.05.2013, 2012/11862 E. 2013/9745 K. (lexpera).

²⁹⁸ Kontrgaranti borcu, sözleşmenin kurulmasıyla doğar, kural olarak riskin gerçekleşmesiyle muacceliyet kazanır. Kontrgaranti borcunun muacceliyetine ilişkin bkz. aşağı. Üçüncü Bölüm, I.3.

edilebileceğinden; nakit depo talep hakkı da sona erer²⁹⁹. Aynı şekilde; komisyon talep hakkını sona erdiren (muhatabın bankayı ibrası ya da teminat mektubunun iadesi³⁰⁰ vb.) bir sebebin³⁰¹ gerçekleşmesi halinde de, muacceliyet kazanmayacağı kesinleşen kontrgaranti alacağının teminat altına alınması da gerekmeyeceğinden nakit depo talep hakkı yine sona erer. Sonuç olarak; nakit depo talep hakkı, -aksi kararlaştırılmamışsa- kontrgaranti sözleşmesinin imzalandığı andan kontrgaranti alacağının muacceliyet kazandığı ya da muacceliyet kazanamayacağının kesinleştiği ana dek kullanılabilir. Nakit depo talep hakkının kullanılabileceği bu dönem aynı zamanda, bankanın teminat mektubu bedelini ödeme riski altında olduğu dönem olarak da ifade edilebilir.

Her hak gibi, nakit depo talep hakkı da, amacına ve dürüstlük kuralına uygun bir şekilde kullanılmalıdır³⁰². Açıkça dürüstlük kuralına aykırı olan nakit depo talebinin, kontrgaranca geri çevrilmesi gerekir. Dürüstlük kuralına aykırılık iddiası, her somut olay özelinde ayrı ayrı incelenmelidir. Bu iddia kontrgaran tarafından ispat edilecektir. Teminat mektubu düzenlenmesinden sonra çok kısa bir süre içerisinde nakit depo talebinde bulunulması³⁰³, nakit depo edilmesi için yeterli süre verilmemesi³⁰⁴ ya da kontrgaranti alacağı için halihazırda yeterli teminatın gösterilmiş olması gibi hallerde talebin dürüstlük kuralına aykırı olduğu savunulabilir. Nakit depo talebi bir gerekçeye dayandırılmışsa, gerekçenin doğru ve tutarlı olması gerekir³⁰⁵. Aksi takdirde hakkın kötüye kullanıldığı iddia edilebilir.

²⁹⁹ 11. HD, 30.6.2008, 2007/7087 E. 2008/8698 K. (LALE, s. 223-224): “[D]avacının depo isteminde haklı olduğu ve risk gerçekleşmeden böyle bir istemde bulunabileceği (...)”

³⁰⁰ 11.HD, 21.3.2012, 2010/13650 E. 2012/4358 K.: “[B]ankadan tazmin talebinde bulunabileceğinden, davacının, bankaya henüz iade edilmeyen mektup bedelinin deposunda hukuki yararı mevcut bulunmaktadır.”

³⁰¹ Bu konuya ilişkin bkz. hemen yuk. I.2.B.

³⁰² KOSTAKOĞLU, s. 216; DOĞAN, s. 383; YENER COŞKUN, s. 219.

³⁰³ KOSTAKOĞLU, s. 216; YENER COŞKUN, s. 219.

³⁰⁴ SENGİR, s. 598.

³⁰⁵ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 407.

Uygulamada nakit depo talebi bazen devre komisyonunun zamanında ödenmemesi³⁰⁶, talep edilmesine rağmen teminat mektubunun iade edilmemesi³⁰⁷, üçüncü kişilerce kontrgaran veya kefil aleyhine icra takipleri başlatılması³⁰⁸, kontrgarana ulaşılammış olması (kontrgaranın adreste bulunammış olması)³⁰⁹, kontrgaran ya da lehtardan kaynaklanan kredi riskinin artması³¹⁰, kontrgaran ve kefillerin ekonomik durumlarının bozulması³¹¹, kontrgaranın iflâsı³¹², başka bir sözleşmeden doğan kredi borcunun ifa edilmemesi³¹³ gibi gerekçelere dayandırılmakta, bazen ise talep hakkını kullanılırken hiçbir gerekçe gösterilmemektedir. Yargıtay; depo davasının kabul edilebilmesi için bazı kararlarında haklı bir sebebin varlığını aramış, diğer kararlarında ise bu şartı sorgulamıştır. Doktrinde ise konuya ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Doktrindeki görüşleri ve Yargıtay'ın yaklaşımını aşağıda inceleyelim.

B. Nakit Depo Talebi Bir Gerekçeye Dayanmalı Mı?

c. Doktrindeki Görüşler

Nakit depo talep hakkını kullanırken bankanın bir gerekçeye dayanması gerekkip gerekmediği hakkında doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır.

³⁰⁶ 11. HD, 9.5.2002, 2002/1576 E. 2002/4524 K.; 11. HD, 19.4.2004, 2003/10041 E. 2004/4194 K. (lexpera); 11. HD, 26.6.2001, 2001/5423 E. 2001/5831 K.; 19. HD, 6.2.2006, 2005/3597 E. 2006/958 K. (**BİLGİN**, s. 423); 11. HD, 3.5.2004, 2003/10739 E. 2004/4872 K. (lexpera); 11. HD, 26.10.2004, 2004/9515 E. 2004/10375 K.

³⁰⁷ 19. HD, 2.11.2015, 2015/277 E. 2015/13750 K.; 19. HD, 2.11.2015, 2015/276 E. 2015/13756 K.; 11. HD, 2000/2354 E. 2000/3340 K.; 11. HD, 19.2.2001, 2000/10289 E. 2001/1422 K.

³⁰⁸ 11. HD, 12.2.2001, 2000/10399 E. 2001/1029 K.; 11. HD, 16.5.2002, 2002/1925 E. 2002/4806 K.

³⁰⁹ 11. HD, 23.6.2005, 2004/7086 E. 2005/6683 K.

³¹⁰ 11. HD, 14.11.1985, 1985/5793 E. 1985/6138 K.; 19. HD, 14.10.2010, 2010/8311 E. 2010/11328 K. (**BİLGİN**, s. 417).

³¹¹ 11. HD, 22.1.2014, 2013/12127 E. 2014/1310 K.; 11. HD, 30.04.2007, 2006/3598 E. 2007/6505 K. (lexpera); 11. HD, 16.2.2004, 2003/6793 E. 2004/1306 K.

³¹² 11. HD, 5.4.2004, 2003/9093 E. 2004/3565 K. (lexpera).

³¹³ 11. HD, 1.6.1999, 1999/2848 E. 1999/4721 K.

Doktrindeki bir görüşe³¹⁴ göre; garantör banka, sözleşmeyle elde ettiği nakit depo talep hakkını kullanırken keyfi hareket etmemeli, talep hakkını dürüstlük kuralına uygun bir şekilde kullanmalıdır. Kontrgaranti sözleşmesinin imzalanmasından sonra bankanın üstlendiği riskte, kontrgaranti alacağını güvence altına alan teminatlarda ya da bankanın kullandırabileceği kredi limitinde banka aleyhine bir değişim olmadıkça; nakit depo talebi keyfi nitelik taşır³¹⁵. Bu koşullar gerçekleşmeden (bu sebeplere dayanılmadan) kontrgarana yöneltilen nakit depo talebi; dolaylı kazanç sağlama amacına yönelik ve kontrgaranı zor durumda bırakabilecek nitelikte olduğundan, hakkın kötüye kullanımı teşkil eder. Böyle bir taleple karşılaşan kontrgaran, nakit depo etmekle yükümlü değildir.

Bazı yazarlara göre ise³¹⁶; bankanın, sözleşme vasıtasıyla elde ettiği bu hakkı kullanabilmesi için haklı bir sebebe sahip olması gerekmez. Çünkü kontrgaran, kontrgaranti alan bankaya, bu talep hakkını sözleşmeyi özgür iradesiyle imzalayarak vermiştir. Bu görüşe göre; nakit depo talep hakkı, -dürüstlük kuralına aykırı olmamak kaydıyla- banka tarafından dilendiği gibi kullanılabilir. Banka, nakit depo edilebilmesi için kontrgarana yeterli süre vermişse artık nakit depo talebinin hakkın kötüye kullanımı niteliğinde olduğundan bahsedilemez.

³¹⁴ DOĞAN, s. 376 vd.

³¹⁵ Örneğin; lehtarın temel ilişkideki borcunu ifa kabiliyetini yitirmesi ya da borcunu ifa etmeyeceğini açıklaması halinde, bankanın üstlendiği riskte banka aleyhine olumsuz bir değişim söz konusu olur. Alınan teminatta olumsuz değişime ise, kontrgaranti sözleşmesi kapsamında ek aynı teminat verilmemişse kontrgaran ve kefillerin ödemelerini tatil etmesi, ödeme gücünü tamamen yitirmesi, iflâs etmesi, ekonomik durumunu bozacak şekilde haklarında icra takiplerine girilmesi örnek verilebilir (DOĞAN, s. 374). Teminat mektubu karşılığında banka lehine ipotek tesis edilmişse; ipoteye konu taşınmazın zarar görmesi, yıkılması halinde de alınan teminatta banka aleyhine değişim olduğunu ifade etmek gerekir (DOĞAN, s. 378).

³¹⁶ SENGİR, s. 598-599; KURU, s. 40; BARLAS, s. 59; KUNTALP, s. 268-269. Bu görüşü eleştiren yazarlara göre; nakit depo talep hakkına ilişkin hüküm, tarafların özgür iradesinin bir ürünü değildir (AKYOL, s. 198; YENİCE, Kontrgaranti, s. 184). Sözleşmenin güçlü tarafı olan banka tarafından hazırlanıp, kontrgarana dayatılan bu hükmün ahlâka aykırılığı dahi tartışılabilir (SOMUNCUOĞLU, Nakit Depo Talebi, s. 836; AKYOL, s. 198).

Teminat mektubunun hukukî niteliğinin kefalet olduğundan hareket eden diğer bir görüşe³¹⁷ göre; kontrgaranti sözleşmesinde yer alan, nakit depo talep hakkına ilişkin hüküm, bankaya dilediği zaman talep hakkını kullanabilme yetkisi vermez. *Gerçek bir risk doğmadan* bankanın nakit depo talep etmesi, bankanın hakkını kötüye kullandığı anlamına gelir ki; bunu hukuk düzeni korumaz³¹⁸. Bu görüşe göre, teminat mektubu düzenleyerek kefil olan banka, ancak TBK 595 [EBK 503] hükmünde sayılan sebepler gerçekleştiğinde kontrgarandan nakit depo talebinde bulunabilir.

d. Yargıtay'ın Yaklaşımı

Konu hakkındaki Yargıtay kararları incelendiğinde; Yüksek Mahkeme'nin -tam anlamıyla- istikrar kazanan bir görüşünün bulunmadığı söylenebilir.

Yargıtay kararlarında genellikle nakit depo talebinde bulunulabilmesi için banka açısından herhangi bir riskin gerçekleşmesinin gerekli olmadığına³¹⁹, talep hakkını kullanılırken banka tarafından gerekçe veya haklı sebep gösterilmesinin zorunlu olmadığına³²⁰, tek başına gerekçe gösterilmemesinin talep hakkının kötüye kullanıldığı anlamına

³¹⁷ **SOMUNCUOĞLU**, Nakit Depo Talebi, s. 831 vd.

³¹⁸ **SOMUNCUOĞLU**, Nakit Depo Talebi, s. 835.

³¹⁹ 11. HD, 29.01.2004, 2004/214 E. 2004/824 K. (**LALE**, s. 181): “Mahkemece, banka kayıtları üzerindeki bilirkişi incelemesi sonucuna göre, sözleşmedeki teminat mektubu bedellerinin depo edilmesi hükmünün haklı nedenlerin varlığı halinde uygulanabileceği, aksi halin taraflar arasındaki sözleşmenin genel amacına aykırı olacağı gibi, herhangi bir risk doğmadığı sürece teminat mektubu bedelinin kendisinden istenemeyeceği güveni yaratılan şirketlerin zor durumda bırakılacağı, hakların iyiniyet kuralları içinde kullanılabileceği gerekçe gösterilerek davanın reddine karar verilmiştir. Davacı bankaca kullanılan gayrinakdi kredi karşılığında davalı borçlu ve müteselsil kefillerce imzalanan genel kredi taahhütnamesinin 16. ncı maddesiyle bankanın ilk talebinde derhal menkul ve gayrimenkul her türlü tamamlayıcı teminat vermeyi, henüz nakit riske dönüşmemiş olan gayri nakdi kredilerin karşılığında depo etmeyi kayıtsız şartsız kabul ve taahhüt etmelerinden dolayı davanın kabulü gerekirken, bu sözleşme hükmü dikkate alınmadan yazılı gerekçeyle davanın reddi doğru görülmemiştir.”

³²⁰ 11. HD, 05.04.2004, 2003/9093 E. 2004/3565 K. (lexpera): “Diğer davalılar yönünden ise, Genel Kredi Sözleşmesinin 33.maddesinin 11.bendi uyarınca bankanın re’sen göreceği lüzum üzerine ve sebep göstermekle yükümlü olmaksızın, teminat mektupları tutarlarının nakten ve def’aten faiz getirmeyen bir hesapta bloke edilmek üzere depo edilmesini isteme hakkı, davalılarca peşinen kabul edilmiş bulunmaktadır. Ticari işlerde riskin doğmasına tehlikenin sezilmesi halinde bunun sebebini açıklamanın çoğu zaman ilgili kişileri ekonomik tehlikeye maruz bırakması nedeniyle sakıncalı da olduğundan, davacı bankanın depo isteminin M.K.nun 2.maddesine aykırı bir davranış sayılması mümkün değildir.” Aynı yönde bkz. 11. HD, 30.01.2006, 2005/823 E. 2006/643 K. (**LALE**, s. 202-203).

gelmeyeceğine³²¹ ve teminat amacıyla nakit depo talebinde bulunulmasında bankanın hukukî yararının bulunduğuna³²² vurgu yapılmaktadır. Öyle ki, Yüksek Mahkeme bir kararında³²³; *“hiçbir neden göstermeksizin banka kontrgarantinin kendilerine verdiği hakka dayanarak bankaca verilen müşteri mektupları tutarının, kontrgaran'dan (...) henüz nakde çevrilmeyen mer'i teminat mektubu bedelinin depo edilmesini isteyebilir. Bu istek riskin doğması veya teminat mektubunun nakte çevrilip çevrilmemesi ile ilgili olmayıp, kontrgaran[ların] kendilerine (bankaya) verdiği hakla ilgilidir”* şeklinde hüküm kurarak, konuya açıklık getirmiştir.

Yüksek Mahkeme eski tarihli bir kararında³²⁴ ise; *“[t]aahhütnamenin 11. maddesi davacının talebi üzerine davalının teminat mektubu muhtevasını depo etmesini âmir ise de, hiçbir sebep gösterilmeksizin böyle bir talepte bulunulması hakkın kötüye kullanılması [anlamına geleceğinden] (...) depo talebinde bulunulması doğru değildir”* diyerek adeta talep hakkını kullanırken bankanın bir gerekçeye dayanmak zorunda olduğunu ifade etmiştir³²⁵. Yüksek Mahkeme önüne gelen görece daha yeni olan başka bir uyuş-

³²¹ 11. HD, 18.03.2002, 2001/10051 E. 2002/2350 K.: “[T]araflar arasındaki sözleşmenin 7.maddesinde bankanın dilediği her zaman kullandırılan kredi karşılığında tayin edeceği miktarda nakdin depo edilmesini isteme hakkı bulunduğu, sözleşmede bulunan bu hakkın kullanılmasının, MK.nun 2.maddesi kapsamında hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilemeyeceği (...).” 11. HD, 20.06.2005, 2004/9589 E. 2005/6454 K. (lexpera): “Sözleşme hükümleri incelendiğinde, bankanın, teminat mektuplarının bedellerinin depo edilmesini istemesi için herhangi bir koşul da kararlaştırılmış değildir. Tarafların, sözleşmeye kendisine tanınan hakları kullanması, hakkın kötüye kullanımı olarak nitelendirilemez.”

³²² 11. HD, 21.3.1989, 1989/223 E. 1989/1841 K.: “Davacı bankanın işleme konulmuş olan bu teminat mektubu bedelinden iyiniyetli 3. kişilere karşı sorumluluğu bulunduğuna göre, teminat mektubunu yukarıda anlatılan şekilde temin eden ve kullanarak bundan yarar sağlayan davalı şirketten bir kontrgaranti istemesinin de evleviyetle doğal hukuki bir talep olarak kabul edilmesi gerekir. Nitekim, benzer bir hukuki müessese olan kefalet ilişkisinde asıl borçlunun mütemerrit olması halinde kefilin borçludan teminat verilmesini talep edebileceği BK. [595.] maddesinde açık bir şekilde kabul edilmiş bulunmaktadır. Esasen böyle bir düzenleme olmasa dahi MK. 2. maddesinde yer almış bulunan “herkes borçlarını hüsnüniyet kaidelerine göre ifa ile mükelleftir” genel hukuk prensibi uyarınca da davalının teminat vermesinin gerektiği kabul edilmelidir. Zira teminat mektuplarına ilişkin bankacılık uygulamasında artık bir teamül haline gelmiş bulunan teminat verme koşulu, bir tacir olan ve bankalarla ilişkisi bulunan davalı şirket tarafından da bilinmesi gerekir. O halde, teminat mektubunun ele geçirilişindeki özellik ve bankacılık teamülü dikkate alınarak davacı bankanın bir nevi teminat olan teminat mektup bedelinin depo edilmesi yönündeki istemi haklı görülerek davanın bu yönden kabulü gerekirken (...).”

³²³ 12. HD, 14.5.2007, 2007/3811 E. 2007/9846 K.

³²⁴ TD, 11.6.1968, 1966/3906 E. 1968/8661 K. (SENGİR, s. 597).

³²⁵ Eski tarihli benzer yöndeki kararlar için bkz. TD, 24.11.1966, 1966/1668 E. 1966/4501 K. (AKYAZAN, Banka ve Ticaret Hukuku, s. 170): “Davacı banka, verdiği teminat mektubunun komisyon

mazlıkta³²⁶; sözleşmede bankaya her zaman teminat mektubu bedelinin depo edilmesini isteme yetkisi veren bir hükmün bulunmasını, tek başına talebin haklılığı açısından yeterli görmemiş, depo talebinde bulunurken bankanın dürüstlük kuralına uygun hareket etmesi gerektiğini belirterek, banka açısından riskin³²⁷ gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılması gerektiği sonucuna varmıştır. Nakit depo talebinin (riskin gerçekleşmesi gibi) bir gerekçeye dayanması gerektiği yönündeki bu kararlar, diğer Yargıtay kararları dikkate alındığında, istisnai nitelik göstermektedir.

Sonuç olarak; Yargıtay, sözleşmede hüküm bulunması halinde bankanın nakit depo talebinde bulunmasında hukukî menfaatinin bulunduğu ve talep hakkının bir gerekçeye dayandırılmasının gerekmediği yönündeki fikre daha yakındır.

e. Görüşümüz

Kontrgaranti alacağını güvence altına alma amacına hizmet eden nakit depo talep hakkına ilişkin hüküm genellikle, sözleşmede “*banka, dilediği zaman kontrgarandan teminat mektubu bedelinin depo edilmesini isteyebilir*” şeklinde yer bulmaktadır³²⁸. Bu hüküm karşısında, bankanın nakit depo talep hakkını dürüstlük kuralına aykırı olmamak

ücretlerinin davalı tarafından ödenmediğinden bah[isle] teminat mektubu [bedelinin] davalı tarafından depo edilmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. (...) mücerret bu sebebe dayanılarak teminat mektubu [bedelinin] depo edilmesini istemek, ne taraflar arasındaki anlaşmaya ne de B. Kanunun [595.] maddesi hükümlerine uygun düşer.” TD, 19.3.1968, 1966/3008 E. 1968/1543 K. (AKYAZAN, Banka ve Ticaret Hukuku, s. 178): “Teminat mektubu [bedelinin deposunun] istenmesi herhangi bir şarta bağlı olmasa dahi haklı sebebe dayanmadıkça ve karşı tarafın zararını mucip olacak şekilde dermeyanı halinde hakkın kötüye kullanılması olayını meydana getirir.”

³²⁶ 19. HD, 25.3.2013, 2013/3369 E. 2013/5113 K.: “[S]özleşmede teminat mektubu bedellerinin her zaman depo edilmesinin istenebileceği yazılı ise de, bankanın bu hükmü kullanırken MK’nun 2. maddesine göre iyiniyet kurallarına aykırı davranmaması gerekir. Mahkeme kararında riskin gerçekleştiği kabul edilmiş ise de, bu konuda araştırma ve inceleme yapılmamıştır. Riskin gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda banka kayıtlarında inceleme yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken (...)”

³²⁷ Nakit depo talebinin yöneltilmesi için gerçekleşmesi gerektiği ifade edilen riskten ne anlaşılması gerektiği karardan tam anlaşılmasa da, sanıyoruz ki; karara konu risk, muhataba ödenen mektup bedelinin kontrgarandan alınamaması riskidir.

³²⁸ BAKAY, s. 83.

kaydıyla, serbestçe kullanabileceğini yani herhangi bir gerekçeye dayanma zorunluluğunun olmadığını kabul etmek gerekir.

Nakit depo talebi (haklı) bir gerekçeye dayanmadığı takdirde bankanın talep hakkını kötüye kullandığını kabul etmek; bankaya sözleşme marifetiyle elde ettiği hakkı dürüstlük kuralına uygun olarak kullandığını ispat külfeti getirmekten öte bir anlama gelmez. Kaldı ki; kontrgaranti alacağına ve onu güvence altına alan teminat alacağına güvenerek garanti sorumluluğu yüklenen bankanın nakit depo talep hakkını, sözleşmede bu yönde bir irade olmamasına rağmen dürüstlük kuralını gerekçe göstererek sınırlamak hukukî güvenlik ilkesi ile de bağdaşmaz.

Şayet kontrgaran, kendisinden ancak belirli sebepler gerçekleştiğinde nakit depo talebinde bulunulabilmesini istiyorsa; yukarıdaki gibi soyut bir taahhütte bulunmak yerine, kontrgaranti sözleşmesinde bu sebeplere açık şekilde yer vermelidir.

3. Kefilin Nakit Depo Edilmesinden Sorumluluğu

Kefil, kontrgaranın kontrgaranti sözleşmesinden doğan tüm borçlarını yüklenmemekte; yalnızca kontrgaranti borcundan (asıl borçtan) tâli olarak sorumlu olmayı taahhüt etmektedir³²⁹. Bu sebeple; muaccel hale gelmesine rağmen ifa edilmeyen kontrgaranti alacağı dışında kendisine başvurulamayan kefil, -kural olarak- nakit depo etmekle de yükümlü değildir³³⁰. Fakat; kontrgaranti sözleşmesinde nakit depo talep hakkının kefile karşı da kullanılabileceği açıkça düzenlenmişse, kefil talep üzerine nakit depo

³²⁹ REİSOĞLU, Kefalet, s. 219; DOĞAN, s. 365; YENER COŞKUN, s. 219. Aynı yönde bkz. 19. HD, 27.1.2020, 2018/2527 E. 2020/75 K.: “Davalılar dava dışı kredi müşterisinin kefilleri olup, imzaladıkları sözleşmede gerçekleşecek nakit borç nedeniyle kefaletleri söz konusudur. Gayrinakdi kredilerin nakde dönüşme riski nedeniyle bedelinin bankaya nakit olarak depo edilmesi talebi ilave teminat borcuna dayanmakta olup bu sorumluluk sadece kredi müşterisine aittir.”

³³⁰ REİSOĞLU, Kefalet, s. 219; DOĞAN, s. 365; YASAMAN, Hamdi: Banka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları, İstanbul 2005, C. I, s. 229; YENER COŞKUN, s. 219.

etmek zorundadır³³¹. Yargıtay'ın bu konuda içtihat değişikliğine gittiğini söylemek yanlış olmaz. Öyle ki; Yüksek Mahkeme eski tarihli kararlarında³³², kefilden nakit depo talep edilebileceğine ilişkin açık hüküm olsun olmasın sözleşmeyi imzalayan kefilin nakit depo borcunun bulunduğunu belirtmekten; yeni tarihli kararlarında³³³, kefilden ancak açık hüküm varsa depo talep edilebileceği sonucuna varmaktadır.

Bazı kontrgaranti sözleşmelerinde, kontrgarana uygulanacak sözleşme hükümlerinin kefile de aynen uygulanacağına dair hükümler yer alır. Bu tür hükümlere dayanılarak kefile nakit depo talebi yöneltildiğiyle sıklıkla karşılaşilmektedir. Acaba, sözleşme metninde bulunan bu tür genel bir ifadenin, kefile nakit depo etme borcunu yüklediği kabul edilebilir mi? Esas itibarıyla, kefaletle ilişkin hükümlerin dar yorumlanması gerekir³³⁴. Bu nedenle; kontrgarana uygulanacak hükümlerin kefil için de geçerli olduğu yönündeki genel hükmü kabul eden kefile, nakit depo talebinin yöneltilemeyeceğini kabul etmek uygun olur. Yüksek Mahkeme bir kararında³³⁵, kontrgarana ait yükümlü-

³³¹ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 410; DOĞAN, s. 365; KOSTAKOĞLU, s. 215; SAYIN, s. 27.

³³² Pek çoğu yerine bkz. birkaçı 11. HD, 7.5.2001, 2001/1904 E. 2001/3939 K.; 11. HD, 07.03.2005 T. 2004/5645 E. 2005/2114 K. (lexpera); 11. HD, 16.06.2008, 2007/6144 E. 2008/7948 K. (lexpera): “[A]nılan sözleşmenin 30.11 nci maddesinde davacı bankanın sebep göstermeksizin teminat mektubu bedelinin depo edilmesini talep edebileceğinin düzenlendiği, asıl kredi borçlusu davalı dışındaki müşteri olarak borçlu ve müteselsil kefil sıfatına haiz davalıların da aynı koşullarda sözleşmeye imza attıkları ve kullandırılan teminat mektuplarının tutarlarının kredi limiti kapsamında kaldığı dikkate alınıp, bu davalar hakkındaki davanın da kabulüne karar verilmesi gerekirken (...).”

³³³ Yüksek Mahkeme'nin yeni tarihli kararlarından yalnızca birkaçı için bkz. 19. HD, 30.1.2020, 2018/2848 E. 2020/170 K.; 11. HD, 27.10.2020, 2020/2527 E. 2020/4577 K.; 11. HD, 26.10.2020, 2020/2533 E. 2020/4433 K.: “[K]redi sözleşmesinin kefilleri yönünden gayr[ı]nakdi tutarların talep edilebilmesi için sözleşmede depo talep edilebileceği yönünden düzenleme bulunması gerektiği (...)” 19. HD, 24.6.2014, 2014/7408 E. 2014/11659 K.: “Davacı teminat mektubu komisyon bedelleri ile depo talebinde bulunmuştur. Hükmü temyiz eden davalı N. N.'nin genel kredi sözleşmelerinde kefil olarak imzası bulunmaktadır. Davacı bankanın kefilden depo talebinde bulunabilmesi için taraflar arasında düzenlenen sözleşmede açık hüküm bulunması gerekir.”

³³⁴ REİSOĞLU, Kefalet, s. 219.

³³⁵ HGK, 12.3.2020, 2017/11-36 E. 2020/290 K.: “Bununla birlikte banka ile asıl borçlu müşterisi arasında imzalanan genel nakdi ve gayrinakdi kredi sözleşmesinin 60. maddesinde, bankaca istenildiği zaman asıl borçlu tarafından teminat mektubu meblağlarının bankaya depo edileceği taahhüt edilmiştir. Ayrıca anılan sözleşmenin kefalet başlıklı 70. maddesinde de sözleşmenin 60. maddesinin kefil hakkında da aynen uygulanacağı belirtilmiştir. Ancak kural olarak kefil, asıl borçlunun bankaya karşı tüm yükümlülüklerini değil fakat bankanın teminat mektubu bedelini muhataba tazmin etmesi hâlinde bu bedeli ödemeyi borçlanmaktadır. Zira henüz tazmin edilmeyen mektup bedelinin depo edilmesinin borçlusu kefil değil lehine teminat mektubu verilen asıl kredi borçlusudur (...). Buna karşılık kefil olunan gayrinakdi kredi nedeniyle asıl borçlunun yükümlülüklerinin kefilin kendi hakkında da uygulanacağını genel bir ifade ile kabul etmesinin, kefil, teminat mektubu bedelini depo etme yükümlülüğü altına soktuğunu da

lüklerin aynen kefile de uygulanacağına ilişkin genel hükmün kabul edilmesinin kefile nakit depo borcu altına sokmayacağını, sözleşmede açıkça düzenlenmemişse kefilin depo borcunun bulunmadığını belirtmekteyken; başka kararlarında³³⁶ tersine bir tutum sergileyerek; kontrgaranti sözleşme hükümlerinin tamamının kendilerine uygulanacağını kabul ettiğinden kefile karşı nakit depo talep hakkının kullanılabilmesine vurgu yapmıştır.

Bazı kontrgaranti (genel kredi) sözleşmelerinde, müşterinin talep üzerine nakit depo etmekle yükümlü olduğu düzenlenmekte, kefil ise müşteri kapsamında tanımlanmaktadır. Bu halde de; kefilin depo borcunun olup olmadığı tespit edilirken sözleşme hükümleri dar yorumlanmalı, açık hüküm yoksa kefilin depo borcundan söz edilmemelidir. Ancak, belirtmek gerekir ki; Yargıtay'ın müşteri kapsamında tanımlanan kefiliden nakit depo talep edilebileceği yönünde kararları da mevcuttur³³⁷.

iddia etmek, kanun koyucunun kefile koruma amacı ile çelişmektedir. Zira kefaletin kendisi tıpkı depo gibi bir teminat olduğundan ve kefil açıkça teminat mektubunun bedelini ayrı bir garanti sözleşmesi ile garanti etmedikçe kefilin iradesinin dar olarak yorumlanması uygun olacaktır. Bu durumda davacının müteselsil kefil olarak imzaladığı sözleşmede açıkça teminat mektubunun bedelini depo etme yükümlülüğü bulunmadığından depo talebinden kefilin sorumlu olmadığı kabulü gerekmektedir.”

³³⁶ 11. HD, 22.5.2018, 2016/12912 E. 2018/3810 K.; 11. HD, 30.9.2019, 2018/4813 E. 2019/5969 K.: “(...) davacı banka ile davalı kefillerden ... ve ... ile imzalanan kefalet sözleşmesinin 3.11 maddesinde; diğer davalı kefil şirketlerle imzalanan kefalet sözleşmelerinin ise 3.12 maddesinde kefillerin kefalet niteliğine aykırı düşmediği sürece kredi sözleşmesinin maddelerinin tamamının uygulanmasından sorumlu bulunacaklarının kabul ve taahhüt edildiği, öte yandan kredi sözleşmesinin 8.04 maddesinde ise davacı bankanın gayri nakdi kredi kullandırması halinde bedelinin o tarihteki faiz getirmeyen bir hesapta bloke edilmek üzere bankaya depo edilmesini isteyebileceğinin düzenlendiği anlaşılmakla, kefalet sorumluluğunun teminat mektubu bedeli ile davacı bankanın yine aynı sözleşmeye istinaden verdiği çek yapraklarından doğan sorumluluk bedelinin depo edilmesini de kapsayacağı açıktır.”

³³⁷ 11. HD, 26.6.2001, 2001/5423 E. 2001/5831 K.; 11. HD, 19.6.2001, 2001/3826 E. 2001/5611 K.: “Mahkemece, taraflar arasındaki kredi sözleşmesinin 30.7 nci maddesinde, sözleşme çerçevesinde düzenlenen teminat mektupları bedelinin bloke edilmesinden müşterinin sorumlu olduğunun öngörüldüğü, (...) sözleşmenin 1 nci maddesinde kefillerin de müşteri sıfatı kapsamında tanımlanmış bulunmasına ve Dai-remizin yerleşmiş görüşü uyarınca teminat mektubu bedelinin bankaca depo edilmesinin her zaman istenebileceği hükmünü içeren sözleşmeyi imzalayarak bu hususu aynen kabul etmiş olan kefillerin de sorumlu olacağına ilişkin uygulama davaya konu teminat mektupları bedelinin sözleşmedeki limitin altında olması karşısında davalı kefillerle ilgili verilen karar doğru görülmemiş, kararın bu yön bakımından bozulması gerekmiştir.”

4. Talep Hakkının Devri

Herhangi bir alacak; kanun, sözleşme ya da işin niteliği engel olmadıkça borçlunun rızası aranmaksızın devredilebilir (TBK 183). Kefalet, ipotek veya ticarî işletme rehni³³⁸ gibi alacağa bağlı fer'i haklar da, alacakla birlikte devralana geçer (TBK 189). Nakit depo ederek bankaya teminat sağlama borcu, kontrgaranti sözleşmesi kapsamında kontrgaranti alacağını teminat altına alma amacına hizmet eden, ona bağlı bir yan edim yükümlülüğü niteliği taşır³³⁹. Bu borç; kontrgaranti alacağından bağımsız olarak talep ve dava edilebilir nitelikte olduğu için, başka bir anlatımla, fer'i nitelikte bir yan hak olmadığı için TBK 189 uyarınca kontrgaranti alacağıyla beraber kendiliğinden devrolmaz³⁴⁰.

Acaba konusu nakit depo ederek teminat sağlama olan teminat alacağı, devredilebilir mi? Yargıtay; bu teminat alacağının, niteliği gereği devredilemeyen alacaklardan olduğu kanaatindedir. Nitekim, bir kararında³⁴¹ Yüksek Mahkeme aynen şu şekilde hüküm kurmuştur: “[T]emlik eden davacı bankanın takip talebi mer'i teminat mektupları bedelinin blokesi (ilave teminat gösterme borcu) kapsamında olup, davalının itirazı üzerine iş bu itirazın iptali davası açılmıştır. Takip dayanağı teminat mektuplarından 44.000 USD olanı takipten sonra ve davadan önce 104.073,20 TL olarak nakde çevrilmiş olup, temlik eden banka müddeabihin nakit alacak kısmını oluşturan bu tutarı temlik etmiş, teminat mektup blokesi (ilave teminat gösterilme) istemini temlik etmemiştir.

³³⁸ 11. HD, 20.10.2014, 2014/6984 E. 2014/16049 K.: “Davacı taraf ile dava dışı banka arasında yapılan alacağın temlik sözleşmesi gereği, alacağın teminatı olan ticari işletme rehminin de davacı adına tescilli talep edilmektedir. Ticari işletme rehni asıl alacağa bağlı fer'i nitelikte bir hak olduğuna göre rehmin de alacağı temlik alana devrinde yasal bir engel bulunmamaktadır.”

³³⁹ Tek başına ifası talep ve dava edilebilen yan edim yükümlülükleri, sözleşme çerçevesinde birincil (asli) öneme sahip olmayan ve asli edimin ifasının gerçekleşmesine ya da güvenliğine hizmet eden yükümlülüklerdir (TUNÇOMAĞ, s. 143; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 11).

³⁴⁰ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 564.

³⁴¹ 11. HD, 3.2.2021, 2020/5079 E. 2021/817 K. Karş. 19. HD, 17.2.2014, 2014/281 E. 2014/3046 K.

Kaldı ki, ek teminat gösterilmesi (teminat mektubunun bedelinin blokesi) istemi mahiyeti itibarıyla da temlikî mümkün olan alacaklardan değildir.”

Alacaklının kişisel özellikleri ile alacak arasında yakın bir bağ olduğu hallerde; alacak, işin niteliği gereği devredilemez³⁴². Çünkü, bu hallerde alacağın devri; yalnızca alacaklının değişmesine değil, aynı zamanda alacağın içeriğinin değişmesine ya da alacağın amacının tehlikeye düşmesine sebep olur³⁴³. Alacak ile alacaklının kişisel özellikleri arasında sıkı bir bağ mevcutsa; borçlunun, borcunu alacaklıdan başkasına ifa etmesinde özel bir menfaati bulunur³⁴⁴. İşin niteliği gereği devri mümkün olmayan alacaklara verilebilecek en tipik örnek, nafaka alacağıdır³⁴⁵.

Bu açıklamalar ışığında, nakit depo edilmesine ilişkin teminat alacağının devri üzerinde durmak gerekir:

Nakit depo edilmesine ilişkin teminat alacağı ile alacaklının kişisel özellikleri arasında yakın bir bağın mevcut olduğuna şüphe yoktur. Gerçekten de; kontrgaran, sözleşmenin karşı tarafı saygın ve itibar kurumu bir banka olduğu için, talep üzerine nakit depo etmeyi kabul etmiştir. Bu itibarla, söz konusu teminat alacağının banka sıfatına sahip olmayan üçüncü bir kişiye devri, işin niteliği gereği mümkün değildir (TBK 183). Acaba, kontrgaran, talep üzerine nakit depo etmeyi, sadece alacaklı bir banka olduğu için mi, yoksa teminat alacaklısı belirli bir banka olduğu için mi kabul etmiştir? Eğer kontrgaranın, sırf teminat alacaklısı bir banka olduğu için, yani (A) bankası ya da (B) bankası fark etmeksizin, nakit depo etmeyi kabul ettiği benimsenirse; söz konusu teminat alacağının, başka bir bankaya devredilebileceği söylenebilir.

³⁴² **EREN**, Genel Hükümler, s. 1237; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. II, s. 561; **DAYILARLI**, Kemal: Türk Borçlar Kanununa Göre Alacağın Devri, 5. Bası, Ankara 2019, s. 194.

³⁴³ **EREN**, Genel Hükümler, s. 1237; **DAYILARLI**, s. 194.

³⁴⁴ **OĞUZMAN/ÖZ**, C. II, s. 561.

³⁴⁵ **EREN**, Genel Hükümler, s. 1237; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. II, s. 561; **DAYILARLI**, s. 199-200.

Diğer taraftan, nakit depo edilmesine ilişkin talep hakkı, kontrgaranti alacağı olmadan bir anlam ifade etmez. Bu nedenle, nakit depo edilmesine ilişkin talebin işin niteliği gereği tek başına devredilemeyeceğini, bu talebin ancak kontrgaranti alacağı ile birlikte devredilebileceğini kabul etmek gerekir.

Sonuç olarak, Yargıtay'ın aksine nakit depo edilmesine ilişkin teminat alacağının, kontrgaranti alacağı ile birlikte başka bir bankaya devredilebileceğini düşünmekteyiz.

5. Temerrüt Faizi

Kontrgaran, talep üzerine nakit depo ederek teminat sağlama borcunu yerine getirmese ihtarla birlikte bu borç için temerrüde düşer. Bir an için borcun konusunun belirli bir miktar parayı teminat amacıyla bankaya vermek olduğu, bu sebeple temerrüde düşen kontrgarandan temerrüt faizi talep edilebileceği düşünülebilir. Ne var ki; söz konusu borç bir para borcu olmayıp bir teminat sağlama borcu olduğundan, bu borç açısından temerrüde düşüldüğünde banka, temerrüt faizi talep edemeyecektir³⁴⁶.

Şayet depo davası devam ederken teminat mektupları nakde tahvil edilmişse ve banka, teminat mektupları nakde tahvil olursa mektup bedellerinin faiziyle tahsil edilmesini de talep etmişse; banka, temerrüt tarihinden itibaren temerrüt faizine hak kazanır³⁴⁷. Zaten bu halde de, işin doğası gereği, artık nakit depo talebinde bulunulamayacaktır.

Yargıtay, önüne gelen bir uyuşmazlıkta; “(...) depo keyfiyeti davacı bankanın dayandığı taahhütnamelerden anlaşılacağı üzere, davalıların bankaya oluşan gerçek bazı

³⁴⁶ KOSTAKOĞLU, s. 216; BİLGİN, s. 446; YENER COŞKUN, s. 219. Temerrüt faizi yalnızca para borçlarında temerrüt gerçekleşmişse talep edilebilir. Temerrüde düşülen borcun ekonomik bir değer ifade etmesi halinde de durum değişmez (EREN, Genel Hükümler, s. 1099; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 502).

³⁴⁷ Bu konuda bkz. aşa. IV.8.D ve Üçüncü Bölüm, III.

borçlarından değil, sadece teminat mektup bedellerinin güvencesi olarak yatırılması istenen para olmaktadır. Bu nevi talep henüz gerçek borç doğmamış bulunduğundan temerrüt faizine konu teşkil etmeyeceği” diyerek, nakit depo borcunu süresinde ifa etmeyen kontrgarandan temerrüt faizi talep edilemeyeceği sonucuna varmıştır³⁴⁸.

6. İhtiyati Hacze Konu Olup Olamayacağı Hususu

Nakit depo ederek teminat sağlama borcu için ihtiyati haciz kararı verilip verilemeyeceği yakın zamana kadar tartışmalı idi.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, banka herhangi bir sebepten gayrınakdî kredi hesabını kat ederek teminat mektubu bedelinin nakden depo edilmesi istemini kontrgarana iletmişse; teminat sağlama (nakit depo) borcunun muaccel hale geleceğini, muaccel hale gelen alacak için ihtiyati haciz istenebileceğini kabul etmekteydi³⁴⁹. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi ise, henüz teminat mektubu nakde tahvil edilmediğinden kontrgaranca ödenmesi gereken bir para alacağının mevcut olmadığını, sadece para alacakları için ihtiyati haciz kararı verilebileceğinden söz konusu teminat alacağı için ihtiyati haciz kararı verilemeyeceği yönünde kararlar vermektedir³⁵⁰.

Hal böyle olunca; Yargıtay, iki daire arasındaki içtihat aykırılığını gidermek amacıyla içtihadı birleştirme yoluna gitmiştir. İçtihat, teminat mektubu bedeli ödenmeden bankanın kontrgaranti alacağının muaccel hale gelmeyeceği, teminat alacağı için ihtiyati

³⁴⁸ 19. HD, 7.5.2001, 2001/2937 E. 2001/3505 K.

³⁴⁹ 11. Hukuk Dairesi’nin nakit depo borcu için ihtiyati haciz istenebileceği yönündeki birçok kararı yerine birkaç kararı için bkz. 3.12.2012, 2012/16689 E. 2012/19689 K.; 22.2.2012, 2012/935 E. 2012/2567 K.; 6.1.2014, 2013/18073 E. 2014/93 K.: “*Ancak; talepte bulunan Banka tarafından keşide edilen ihtarnamede nakit kredi dışında gayri nak[d]i kredilerinde depo edilmesi talep edilmiş olup, taraflar arasında düzenlenen genel kredi ve teminat sözleşmesinin 13.maddesinde de "Banka, sorumlu olduğu tutarların müşteri tarafından depo edilmesini talep etmeye her zaman ve herhangi bir neden göstermeksizin yetkilidir." hükmü mevcuttur. Bu durumda, mahkemece davacının bu talebi yönünden de İİK'nun 257 vd. maddesinde gösterilen ihtiyati haciz koşullarının oluştuğu göz önüne alınmaksızın kısmen kabul kararı verilmesi yerinde olmamış, kararın bozulmasına karar vermek gerekmiştir.*”

³⁵⁰ 19. HD, 13.12.2007, 2007/11443 E. 2007/11273 K. (yayımlanmamış); 19. HD, 15.03.2010, 2010/1520 E. 2010/2849 K. (yayımlanmamış). Ayrıca bkz. **KURU**, s. 38.

haciz istenemeyeceği gerekçeleriyle 19. Hukuk Dairesi'nin kararları doğrultusunda birleştirilmiştir³⁵¹. Kararda; bankanın nakit depo talep hakkının alacağı garanti altına alma amacına hizmet ettiğine, bu yönüyle dahi bankanın özel bir hukukî koruma olan ihtiyati hacze ihtiyacının bulunmadığına vurgu yapılmaktadır.

Öncesinde ihtiyati haczin şartlarını düzenleyen İİK 257 hükmünde herhangi bir borç için ihtiyati haciz istenebileceği düzenlenmişti. Fakat, sonrasında anılan hüküm 4949 sayılı Kanunla³⁵² değiştirilerek (muaccel) bir *para borcu* için ihtiyati haciz istenebileceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla kontrgaran tarafından üstlenilen nakit depo etmek suretiyle teminat sağlama borcu için ihtiyati haciz kararı verilmemesi gerekir. Talep edilebilecek teminatın konusu para olsa bile durum değişmez, alacak para alacağı olarak nitelenemez³⁵³. Sonuç olarak; İBK'da belirtilen gerekçelere ve varılan sonuca katılıyoruz.

7. İhtiyati Tedbir Kararlarının Etkisi

A. Teminat Mektubu Bedelinin Ödenmesini Yasaklayan İhtiyati Tedbir Kararının Etkisi

Nakit depo talep hakkının, banka tarafından hangi süre aralığında kullanılabileceğine yukarıda değinmiştik³⁵⁴. Bu süre aralığında teminat mektubu bedelinin ödenmesini yasaklayan ihtiyati tedbir kararı alınarak (kontrgaranti sözleşmesine konu) riskin belirli bir süre için donmasının nakit depo talep hakkı üzerindeki etkisini ele almakta fayda vardır.

³⁵¹ Y. 27.12.2017, 2016/1 E. 2017/6 K. sayılı İBK. (RG. Sa. 30463, 29.06.2018).

³⁵² RG. Sa. 25184, 30.07.2003.

³⁵³ Bkz. anılan İBK karşı oyu.

³⁵⁴ Bu hususta bkz. hemen yuk. IV.2.A.

Bu konu hakkında doktrinde iki görüş bulunmaktadır. Bir görüşe³⁵⁵ göre; nakit depo talep hakkı, banka açısından risk mevcut olduğu müddetçe kullanılabilir. Teminat mektubu bedelinin ödenmesini askıya alan ihtiyati tedbir kararı verilmiş olması riskin ortadan kalktığı anlamına gelmez. Zira, yargılama sonucunda ihtiyati tedbir kararının kaldırılması ve sonrasında ödeme talebiyle karşılaşılması da mümkündür. Şu halde; banka, ihtiyati tedbir kararıyla riskin donduğu bu dönemde de kontrgarana nakit depo talebini yöneltebilmelidir. Diğer bir görüşe göre³⁵⁶ ise; nakit depo talep hakkının kullanılabilmesi için riskin devam ediyor olması gereklidir. İhtiyati tedbir kararıyla teminat mektubu bedelinin ödenmesi durdurulmuşsa, banka nakit depo talep hakkını kullanmamalıdır. Şayet, kontrgaranın ya da kefilinin ekonomik durumu sarsılmış veya olumsuz yönde değişmişse; risk ortadan kalkmadığından ihtiyati tedbir kararı alınmış olsa bile nakit depo talebinde bulunulabilir.

Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlığa konu olayda; temel ilişkinin tarafları arasında uyuşmazlık çıkmış ve teminat mektubu bedelinin ödenmesini engellemek amacıyla ihtiyati tedbir kararı alınmıştır. İhtiyati tedbir kararı bankaya tebliğ edilmiş ve banka da yargılama sonucunun bekleneceğini davacıya bildirmişse de; sonrasında nakit depo edilmesi için depo davası açarak uyuşmazlığı yargıya taşımıştır. İlk derece mahkemesi; nakit depo talebinde bulunulabilmesi için banka açısından acil bir riskin söz konusu olması gerektiği, teminat mektubu üzerinde ihtiyati tedbir kararının bulunduğu, dolayısıyla banka açısından acil bir risk mevcut olmadığını ifade ederek davayı reddetmiştir. Yüksek Mahkeme, ihtiyati tedbir kararı alındıktan sonra banka aleyhine *risk gelişiminde bir olumsuzluk* da yaşanmadığı gerekçesiyle kararı onamıştır³⁵⁷.

³⁵⁵ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 411-412.

³⁵⁶ DOĞAN, s. 373-374.

³⁵⁷ 11. HD, 19.3.1999, 1998/10286 E. 1999/2364 K.: “[T]eminat mektubundan ötürü doğan bir riskin hukuken korunması ve acil hukuksal tedbirlerle teminat altına almaya değer olması için riskin acil olması gerektiği, acil riskin ise banka teminat mektubunun nakte çevrilmesi talebi ile karşı karşıya kalınmış ve bu nakdin kısa sürede ödeme yükümlülüğünün doğması gerektiği, somut olayda, dava konusu teminat

Yargıtay'ın da iştirak ettiği, teminat mektubu bedelinin ödenmesini yasaklayan bir ihtiyati tedbir kararı alınmışsa ilke olarak kontrgarana nakit depo talebi yöneltilemeyeceği yönündeki görüşe katılamıyoruz. Çünkü, nakit depo talep hakkının yukarıda açıklandığı üzere *acil bir riskin mevcut olması* gibi bir gerekçeye dayanılarak kullanılması gerekmez³⁵⁸. Banka açısından kontrgaranti alacağının ödenmemesine ilişkin risk söz konusu olduğu sürece, kontrgarana nakit depo talebi yöneltilebilir. Teminat mektubu üzerinde ihtiyati tedbir kararının bulunması ise; riski sona erdirmez, sadece belirli bir süre için dondurur. Dolayısıyla teminat mektubu bedelinin ödenmesini yasaklayan bir ihtiyati tedbir kararı bulunmasının, bankanın nakit depo talep hakkını kullanmasına engel olmaması gerekir. Kaldı ki; ihtiyati tedbir kararı herhangi bir sebeple hükümden düşer ve bunu takiben muhatap derhal ödeme talebinde bulunursa, bankanın nakit depo talep hakkı hiçbir şekilde kullanılamayacaktır ki; böyle bir sonucun kabulü isabetli olmaz.

B. Kontrgaranın Malvarlığı Üzerindeki İhtiyati Tedbir Kararının Etkisi

Kontrgaranın malvarlığı üzerine ihtiyati tedbir kararı konularak tasarruf hakkı kısıtlanabilir. Acaba malvarlığı üzerinde devir yasağı bulunan kontrgarandan nakit depo talep edildiğinde; kontrgaran ihtiyati tedbir kararını göstererek teminat sağlama borcunu yerine getirmekten kaçınabilir mi? Esasen kontrgaran ya da kefilinin alacak, taşınır ve taşınmaz malvarlığı üzerine bir bütün olarak devir yasağı getiren ihtiyati tedbir kararı

mektubu üzerinde bir ihtiyati tedbir kararının mevcut olup, bu karar yürürlükten kalkmadan davacı bankanın acil bir riski bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. (...) Türk Mahkemesinden gemi satış bedelinin son taksidi olan ve bu davanın konusunu teşkil eden 251.967.51 Doların ödenmemesi konusunda ihtiya[t]i tedbir kararı alarak davalı bankaya tebliğ ettirdikleri ve davacı bankanın da buna karşı davacılara hitaben yazmış bulunduğu 1.10.1986 tarihli yazı ile keyfiyetten haberdar olduğunu ve hakem mahkemesinden verilecek kararın sonucu beklediklerini bildirmiş olmasına ve bundan sonra da risk gelişiminde davalı banka aleyhine bir olumsuzluk geliştiği de bu davada ileri sürülüp kanıtlanmamış bulunmasına göre, yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddi ile kararın onanması gerekmiştir.”

³⁵⁸ Bu konuda yapılan açıklamalar için bkz. yuk. IV.2.B.

söz konusuysa; nakit depo etme borçlusunun nakit depo borcunu yerine getiremeyeceğini kabul etmek gerekir. Ancak; belirli birtakım malvarlığı değerlerinin üzerine devir yasağı şeklinde ihtiyati tedbir kararı konulması, kontrgaranın nakit depo etmesine engel olmayacağından nakit depo ederek teminat sağlama borcu yönünden ifada geciktirildiğini ifade etmek lazımdır.

Önüne gelen bir uyuşmazlıkta Yargıtay, kontrgaranın malvarlığının üzerinde ihtiyati tedbir kararı bulunduğu, bu nedenle nakit depo edemeyeceği yönündeki savunmasına itibar ederek ihtiyati tedbir kararının geçerliliği bulunup bulunmadığının, ihtiyati tedbir kararının kapsamının ne olduğunun araştırılması gerektiği sonucuna varmıştır³⁵⁹.

8. Depo Davasına İlişkin Konular

A. İcra İnkâr Tazminatı

Nakit depo talebi sonuçsuz kalan banka; kontrgaran ya da kefil aleyhine doğrudan depo davası (eda davası) açabileceği gibi, teminat alacağına ilişkin ilâmsız icra takibine de girişebilir³⁶⁰. Banka tarafından nakit depo edilmesi için icra takibi başlatıldığı takdirde; icra takibine *borçlu* itiraz ederse icra takibi durur (İİK 66). Bu durumda bankanın önünde itirazı hükümden düşürüp duran icra takibinin devamını sağlamak için

³⁵⁹ 11. HD, 03.06.2003, 2003/5626 E. 2003/5885 K. (LALE, s. 180); 11. HD, 17.2.2003, 2002/8127 E. 2003/1169 K.: “Gerçekten bir kısım davalılar hakkında ilk olarak depo isteminden önce (...) 16.05.2001 tarihinde Ankara 2.Asliye Ticaret Mahkemesi tarafından ihtiyati tedbir kararları kaldırılarak bir kısım davalıların ekonomik değer ifade eden bircümle malvarlıkları üzerine [üçüncü] şahıslara devir ve temlik edilmemek üzere ihtiyati tedbir konulmuştur. Bu davada çözümlenmesi gereken uyuşmazlık, teminat mektupları bedellerinin depo edilmesi isteminin yukarıda açıklanan ihtiyati tedbir kararlarının kapsamı içerisinde kalıp kalmayacağı noktasında toplanmaktadır. Anılan ihtiyati tedbir kararları borçlunun mal varlığı üzerinde hakimiyet hakkını daraltan geniş kapsamlı ihtiyati tedbir kararlarıdır. Bu ihtiyati tedbir kararlarının mahiyetini ve kapsamını belirleyecek olan tedbir kararlarını veren mahkemelerdir. O halde, davacıya bu konuda uygun süre verilmek suretiyle, öncelikle H.U.M.K.nun 109.maddesine göre davadan önce alındığı anlaşılan tedbir kararından sonra dava açılıp açılmadığı, dolayısıyla tedbir kararının halen mevcudiyetini koruyup korumadığının belirlenerek, tedbir kararının depo istemini kapsamadığı veya kaldırıldığına ilişkin karar getirilmesi imkanı tanınması ve hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde eksik incelemeye dayalı olarak karar verilmesi doğru görülmemiştir.”

³⁶⁰ KURU, s. 39; ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel: İcra ve İflâs Hukuku, 6. Bası, Ankara 2020, s. 142-143.

itirazın iptali davası açmak (İİK 67) veya icra mahkemesine başvurarak itirazın kaldırılmasını talep etmek (İİK 68) gibi iki seçenek bulunur. Bankacılık uygulamasında, genellikle itirazın iptali davası açılması yoluna gidildiği ve dava dilekçesinde çoğu defa icra inkâr tazminatı³⁶¹ talebinde de bulunulduğuna şahit olunmaktadır³⁶².

Haksız bir şekilde takibe itiraz edilmesi sonucu ortaya çıkan zararları giderme amacına yönelik bir yaptırım olan icra inkâr tazminatına hükmedilebilmesi için; dava dilekçesinde icra inkâr tazminatı talep edilmeli ve davada borçlunun itirazında haksız olduğu kanaatine varılmalıdır³⁶³. İtirazının haksızlığından söz edebilmek için takip borçlusunun davayı kaybetmesi yeterli değildir, bununla birlikte takibe konu alacağın likit³⁶⁴ (belirli ya da belirlenebilir) olması da gerekir³⁶⁵.

Nakit depo edilmesine ilişkin icra takibine konu alacak; likit bir alacak olmayıp, henüz talep edilebilir nitelikte olmayan kontrgaranti alacağını güvence altına almaya yönelik bir teminat alacağı olduğundan; itirazın iptali davası kaybedilse dahi kontrgaran

³⁶¹ Her ne kadar İİK 67 hükmünde takip borçlusunun haksız itirazında tazminat ödemesine hükmedileceği ifade edilmişse de, icra inkâr tazminatı maddi hukuk anlamında bir tazminat değildir. Zira dar ve teknik anlamda kullanılan tazminat kavramından bahsedebilmek için öncelikle bir zararın mevcut olması gerekmektedir. Buna karşılık, icra inkâr tazminatına hükmedilebilmesinin şartlarından biri, zararın mevcudiyeti değildir (**KURU, Baki/AYDIN, Burak: İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 5. Bası, Ankara 2021, s. 117**).

³⁶² **REİSOĞLU**, Kontrgarantiler, s. 409.

³⁶³ **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI**, s. 185; **PEKCANİTEZ**, Hakan/**ATALAY**, Oğuz/**SUNGURTEKİN ÖZKAN**, Meral/**ÖZEKES**, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2021, s. 113 vd. Borçlunun icra inkâr tazminatına çarptırılması için her şeyden evvel geçerli bir ilâmsız icra takibi başlatılmış olmalı, bu takibe borçlu tarafından süresinde ve usulüne uygun bir şekilde itiraz edilmiş olmalı, itirazın iptali davası süresi içerisinde açılmalı, dava dilekçesinde icra inkâr tazminatı açıkça talep edilmeli, davada borçlunun itirazının haksızlığına karar verilmelidir. İcra inkâr tazminatı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **KURU/AYDIN**, s. 116; **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI**, s. 185 vd.

³⁶⁴ Alacağın likit olması demek, takibe konu alacağın miktarının belirli veya belirlenebilir olması demektir. Borçlunun borcun miktarını saptayabilecek derecede borcun tüm unsurlarını bilmesi halinde alacağın likit (belirlenebilir) olduğundan bahsedilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **KURU/AYDIN**, s. 116; **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI**, s. 188; **PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES**, s. 113-114. Ayrıca likit alacağa ilişkin bkz. HGK. 17.11.2020, 2017/15-495 E. 2020/904 K.

³⁶⁵ **KURU/AYDIN**, s. 116; **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI**, s. 188.

ya da kefil aleyhine icra inkâr tazminatına hükmedilmemesi gerektiği ifade edilmektedir³⁶⁶.

Takip veya dava esnasında teminat mektubunun nakde tahvil edilmesi halinde de sonuç değişmez, takip talebi mektup bedelinin deposuna ilişkin olduğundan icra ve inkâr tazminatına hükmedilemez³⁶⁷.

Para alacaklarının konu olduğu icra takiplerine uygulanacak hükümler, niteliğine uygun düştüğü ölçüde teminat alacaklarına ilişkin icra takiplerine de uygulanır³⁶⁸. Yargıtay'ın, teminat alacaklarını konu alan icra takiplerinin niteliğine uygun düşmediğinden, nakit depo edilmesine ilişkin icra takiplerine yapılan itirazların iptalinin istendiği davada icra inkâr tazminatına hükmedilemeyeceği yönündeki içtihadı yerleşiktir³⁶⁹. Öyle ki; Yüksek Mahkeme bir kararında³⁷⁰; “[t]eminat mektupları bedellerinin depo edilmesi talebi tahsil kararı niteliğinde bulunmadığından henüz gerçek borç doğmadığından icra inkar tazminatına esas teşkil etmeyeceğinden yazılı şekilde tazminata karar verilmesi doğru görülmemiştir” şeklinde hüküm kurmuştur.

³⁶⁶ YENER COŞKUN, s. 219.

³⁶⁷ 11. HD, 16.11.2020, 2020/2603 E. 2020/5073 K.: “80.000,00 TL bedelli teminat mektubunun, takip talebinde deposunun talep edildiği, takipten sonra teminat mektubu nakde çevrilmiş olsa bile talebin depo istemine ilişkin olması nedeniyle icra inkar tazminatına hükmedilmemesi gerekirken (...).”

³⁶⁸ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 89 vd.

³⁶⁹ 19. HD, 20.3.2018, 2016/16494 E. 2018/1375 K.; 19. HD, 28.11.1994, 1994/167 E. 1994/11575 K. (KOSTAKOĞLU, s. 251); 11. HD, 27.10.1987, 1987/3437 E. 1987/572 K. (REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 409): “Bilindiği üzere depo keyfiyeti, davacı bankanın dayandığı taahhütnamelerden de anlaşılacağı üzere, davalıların bankaya oluşan gerçek borçları değil, sadece teminat mektup bedellerinin güvencesi olarak yatırılması istenen para veya sözleşmede belirtilen menkul ve gayrimenkul teminatı olmaktadır. Bu nevi talepler henüz gerçek borç doğmamış bulunduğundan temerrüt faizine konu teşkil etmeyecekleri gibi, icra inkâr tazminatına da esas teşkil etmezler.”

³⁷⁰ 19. HD, 4.4.2016, 2015/13581 E. 2016/5578 K.

B. Kötü Niyet Tazminatı (İİK 67/2)

İcra takibinde hem haksız hem kötü niyetli olan alacaklı, takip borçlusu tarafından talep edilmesi şartıyla, itirazın iptali davasında kötü niyet tazminatı ödemeye mahkûm edilir (İİK 67/2). Alacaklı, takibe konu alacağın hiç doğmadığını ya da sona erdiğini biliyorsa veya bilebilecek durumda ise kötü niyetin varlığından söz edilir³⁷¹.

Nakit depo talep hakkını kullanmasında sözleşmeden doğan başka bir hakkını güvence altına almak gibi meşru bir menfaati olan bankanın, nakit depo edilmesine yönelik başlattığı takipte kural olarak haksız olduğunu kabul etmemek lazımdır. Ancak; aksi de, yani kontrgaranti alan bankanın takipte kötü niyetli olması da mümkündür. Gerçekten, teminat alacağının sona erdiğini bilerek kontrgaran aleyhinde ilamsız icra takibi başlatan bankanın kötü niyet tazminatına mahkûm edilmesi gerekir.

Yargıtay kararları incelendiğinde; kötü niyet tazminatını düzenleyen İİK 67/2 hükmünün de teminat alacağına ilişkin icra takibine yapılan itirazın iptalinin talep edildiği davada uygulanma kabiliyetinin bulunmadığı sonucuna varılmaktadır. Nitekim Yüksek Mahkeme bir kararında; “[g]ayri nakdi alacakların depo edilmesine dair icra takibinde alacağın tahsili yönünde bir istem bulunmadığından dolayı İİK. 67.maddesi hükmü uyarınca kötü niyet tazminatına da” hükmedilemeyeceğini belirtmiştir³⁷².

C. Karar ve İlam Harcı ile Vekalet Ücreti

Yargıtay’ca nakit depo edilmesine ilişkin davalarda mahkemece hükmolunacak karar ve ilam harcının maktu olduğu kabul edilmektedir. Gerçekten de Yargıtay, hem gayrınakdî hem nakdî alacak için nispi karar ve ilam harcına hükmedilen ilk derece

³⁷¹ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 184.

³⁷² 19. HD, 17.1.2018, 2016/13842 E. 2018/82 K.

mahkemesi kararını kaldırıp, gayrınakdî alacak için maktu, nakdî alacak için ise nispî karar ve ilam harcına hükmedilen istinaf mahkemesi kararını onamıştır³⁷³.

Yargıtay'ın kökleşmiş içtihadında benimsendiği üzere³⁷⁴, nakit deposuna ilişkin davalarda kendisini vekille temsil ettiren taraf yararına maktu vekalet ücretine hükmedilmesi gerekir.

D. Depo Talebine İlişkin Davanın Konusuz Kalması

Depoya ilişkin itirazın iptali davası veya depo davası esnasında teminat mektubu bankaya iade edilmiş olabileceği gibi, teminat mektubu nakde tahvil edilmiş de olabilir. Bu hallerde davanın akıbeti ne olacaktır?

Yargıtay uygulamasına göre; dava tarihinden sonra ister teminat mektubunun iadesi sağlanmış ister teminat mektubu nakde tahvil edilmiş olsun, davanın konusu teminat mektubu bedelinin depo edilmesi olduğundan dava konusuz kalmış olacaktır. Bu halde, mahkeme esasa ilişkin bir karar vermeye yer olmadığına karar verir. Emsal olarak Yargıtay'ın *“dava konusu teminat mektubunun yargılamanın devamı sırasında davacı bankaya iade edildiği, davacı bankanın teminat mektubu ile ilgili bir riskinin kalmadığı gerekçesiyle dava konusuz kalmakla davanın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına”* ilişkin kararı onaması gösterilebilir³⁷⁵.

³⁷³ 11. HD, 20.10.2020, 2020/2634 E. 2020/4273 K.: “[A]ncak harç hususunun kamu düzenine ilişkin olduğu ve resen gözetilmesi gerektiği, gayrınakdi alacakla ilgili kısım yönünden maktu harca hükmedilmesi gerekirken, hem nakdi hem de gayrınakdi alacak toplamı üzerinden nisbi harca hükmedilmesinin yerinde olmadığı (...).”

³⁷⁴ 19. HD, 7.12.2017, 2016/6408 E. 2017/7843 K.; 19. HD, 19.6.2014, 2014/7793 E. 2014/11503 K.; 19. HD, 31.5.2017, 2016/18755 E. 2017/4393 K.; 19. HD, 26.2.2015, 2014/4496 E. 2015/2714 K.: “Teminat mektubu ve çekin garanti tutarları bedellerinin depo edilmesi istemine dair davalarda takdir olunacak vekalet ücreti maktu olması gerekirken yazılı olduğu şekilde davacı (...) aleyhine nisbi vekalet ücretinden sorumluluğuna karar verilmesi doğru değildir.”

³⁷⁵ 11. HD, 14.3.2018, 2016/11879 E. 2018/1980 K. Aynı yönde kararlar için bkz. 11. HD, 3.3.2021, 2020/1540 E. 2021/1977 K.; 11. HD, 30.5.2018, 2016/12978 E. 2018/4091 K.: “Ayrıca, dava açıldıktan sonra iade edilen teminat mektupları yönünden davanın konusuz kaldığı gözden kaçırılarak, davanın kısmen reddi ile davalı lehine vekalet ücretine hükmedilmesi de doğru görülmeyip kararın davacı yararına bozulması gerekmiştir.”

Teminat mektubunun nakde tahvil edilmesi suretiyle depo davasının konusuz kalmasının önüne geçmek amacıyla garantör bankanın dava dilekçesinde, terditli olarak *mer'i teminat mektupları bedelinin depo edilmesini, dava tarihinden sonra mektup nakde tahvil edilirse mektup bedelinin tahsilini talep etmesi* faydasına olacaktır.

Depo talebine ilişkin davanın konusuz kalması şüphesiz mektubun iadesi veya nakde tahvil edilmesi halleri ile sınırlı değildir. Dava tarihinden sonra garanti sorumluluğunu sona erdiren nedenlerin gerçekleşmesi halinde de depo talebine ilişkin davanın konusuz kalacağını kabul etmek gerekir. Örneğin dava tarihinden sonra muhatap, bankayı ibra etmiş ve bu husus dava dosyasına girmişse, artık hâkimin davanın konusuz kalması nedeniyle esasa ilişkin karar vermeye yer olmadığına karar vermesi gerekir. Nitekim önüne gelen bir uyuşmazlıkta Yargıtay, “davaya konu 41 adet toplam 277.579 TL bedelli teminat mektuplarının davadan sonra vadesi dolduğundan hükümsüz hale geldikleri anlaşılmakla takibin ve davanın bu miktar yönünden konusu kalmadığından bir karar verilmesine yer olmadığına” ilişkin kararı onamıştır³⁷⁶.

Depo davası konusuz kaldığında, mahkeme, yargılamaya devam ederek dava tarihinde hangi tarafın haksız olduğunu belirler ve haksız tarafı yargılama giderlerine mahkûm eder³⁷⁷ (HMK 331/1).

³⁷⁶ 19. HD, 30.1.2013, 2012/15371 E. 2013/1784 K.

³⁷⁷ 19. HD, 13.12.2010, 2010/4999 E. 2010/14182 K. (LALE, s. 676-677); 11. HD. 09.11.2005 T. 2004/13112 E. 2005/10721 K. (bkz. LALE, s. 654-655): “Dava, teminat mektubu bedellerinin depo istemine ilişkindir. Her dava, açıldığı tarihteki duruma göre karara bağlanır. (...) Bu durum karşısında mahkemece, dava tarihi itibarıyla dava konusu teminat mektuplarından ne kadarının davacıya iade edilmiş olduğu tespit edilerek, yargılama harç ve giderlerinin, haklı çıkma oranına göre taraflar arasında paylaştırılmasına karar vermek gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.” 11. HD, 26.01.2004, 2003/5725 E. 2004/641 K. (lexpera): “Davanın konusuz kalması halinde, mahkemenin yargılamaya devam ederek, dava açıldığı tarihte hangi tarafın haksız olduğunu tespit edip, o tarafı yargılama giderlerine (bu arada vekalet ücretine de) mahkum etmesi gerekir. Davanın yukarıda özetlenen safahati dikkate alındığında, davacı bankanın özellikle davalıları davadan önce mütemerrit duruma düşürmemiş olması karşısında açtığı davada haklı olduğu sonucuna varılamayacağından, kararda davacının yargılama giderlerinden ve bu arada yargılama giderlerinden sayılan vekalet ücretinden sorumlu tutulması gerekirken, yazılı şekilde davalıların sorumluluğu yoluna gidilmesi hatalı olmuş ve kararın açıklanan nedenle davalılar yararına bozulması gerekmiştir.”

9. İflâsın Etkisi

A. Kontrgaranın İflâsı

Kontrgaranti alan banka, kendisine karşı kontrgaranti sorumluluğu üstlenmiş kontrgaranın iflâs edeceği yönünde bir duyum almışsa, kontrgarana gecikmeden nakit depo talebini yöneltecektir. Bu talep, kontrgaran tarafından olumlu karşılanmış, talep üzerine depo edilen nakdin üzerine bloke konulmuş ve sonrasında kontrgaran iflâs etmiş olabilir. Risk gerçekleşmezse ve dolayısıyla kontrgaranti borcu muaccel olmazsa depo edilen nakit kontrgarana iade edilecektir. Bu sebeple, depo edilen nakit, iflâs masasına şarta bağlı alacak olarak kaydedilecektir³⁷⁸. Pek tabii, kontrgaranti alan, risk gerçekleşirse depo edilen nakdi kontrgaranti borcuna mahsup edeceği için iflâs masasına ödeme yapmayacaktır; tam tersi durumda ise, depo edilen nakdin iflâs masasına ödenmesi gerekecektir³⁷⁹.

Kontrgaran, nakit depo talep hakkı kullanılmadan önce de iflâs etmiş olabilir. Bu halde; talep hakkının muhatabı kontrgaran değil, iflâs masası olacaktır³⁸⁰. İflâs masası, kendisine nakit depo talebi yöneltildiğinde ya talebi kabul edecek teminat alacağını kaydedecek ya da kontrgaranti alacağının muhtemel alacak olarak kaydedilebileceğinden hareket ederek depo talebini reddedecektir. Kontrgaranti alacağı iflâs masasına kaydedilebilecekken; bu alacağı güvence altına alma amacına hizmet eden teminat alacağının iflâs masasına kaydedilmesinde kontrgaranti alanın menfaati bulunmadığı için, iflâs masasının nakit depo talebini reddetmesinin isabetli olacağını düşünüyoruz.

³⁷⁸ DOĞAN, s. 555.

³⁷⁹ DOĞAN, s. 555.

³⁸⁰ DOĞAN, s. 552.

B. Kontrgaranti Alanın İflâsı

Talep üzerine nakit depo edilmiş, akabinde kontrgaranti alan banka iflâs etmiş olabilir. Kontrgaranti sözleşmesi bu durumdan etkilenmez ve geçerliliğini korur. Bu itibarla, kontrgaranti sözleşmesine konu risk gerçekleşmediğinde depo edilen nakdin kontrgarana iadesi gerekeceğinden; kontrgaran, müflis bankanın iflâs idaresine müracaat ederek “depo ettiği nakdi” iflâs masasına şarta bağlı alacak olarak yazdırabilir.

Doktrinde kontrgaranti alan bankanın iflâsı halinde, iflâs masasının kontrgarana nakit depo talebi yöneltebileceği kabul edilmektedir³⁸¹. Ancak, böyle bir durumda; iflâs masası, kontrgaranti alan müflis bankanın yöneltildiği garanti/kontrgaranti ilişkisi kapsamındaki borcunu ne oranda ödeme kabiliyetine sahipse, o oranda kontrgarandan nakit depo talebinde bulunabilecektir³⁸². Örneğin, garantör banka iflâs etmiş ve muhatap teminat mektubuna dayanan muhtemel alacağını (10.000 TL) iflâs masasına yazdırmış olsun; iflâs masasının teminat mektubu bedelinin yalnızca bir kısmını (2.000 TL) ödeme ihtimali söz konusu olacağından kontrgarandan ancak ödeyebileceği oranda (%20) nakit depo talebinde bulunulabilir.

10. Sonuçları

Nakit depo edilmesinin en önemli sonucu, kontrgaranti alacağının teminata bağlanmış olmasıdır³⁸³. Bunun dışında, biri iktisadî, diğeri hukukî olmak üzere iki sonucu daha bulunmaktadır, bu sonuçlara aşağıda değinilecektir.

³⁸¹ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 228; DOĞAN, s. 561.

³⁸² REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 228; DOĞAN, s. 561.

³⁸³ 11. HD, 03.05.2007, 2007/3781 E. 2007/6819 K. (lexpera): “*Depo talebi, bankanın riskini garanti almaya dönük teminat mektubu lehdarından garanti isteme niteliğindedir.*”

A. Teminat Mektubunun Kredi Sınırının Hesaplanmasında Dikkate Alınmaması

Banka, müşterisine dilediği miktarda kredi kullandırma olanağına sahip değildir. BankK 54 uyarınca; banka tarafından bir gerçek ya da tüzel kişiye veya bir risk grubuna kullandırılacak kredi miktarı, banka özkaynaklarıyla ilişkilendirilerek sınırlandırılmıştır. BankK 55 hükmünde ise; kredi sınırlamalarına tâbi olmayan kredi işlemleri gösterilmiştir. Hükme göre; karşılığı nakit olarak alınan kredi işlemleri³⁸⁴, kredi sınırlamalarının hesabında dikkate alınmaz (BankK 55-a).

Teminat mektubunun kredi sınırlamalarına tâbi olmaması için, yani nakit karşılığı krediden söz edebilmek için; kontrgaranın teminat mektubu bedelini bankaya depo etmesi ve bu bedel üzerine bankanın bloke koyması yeterli değildir³⁸⁵. Depo edilen nakdin üzerinde banka lehine rehin tesis edilmeli veya depo edilen nakit teminat amacıyla bankaya temlik edilmelidir³⁸⁶. Ayrıca, rehin veya temlik alınan nakdin hangi teminat mektubu karşılığında tutulduğunun bankaca kayıt altına alınması da gerekir³⁸⁷. Bu şekilde; teminat mektubu kredi sınırının hesabında dikkate alınmayacağından, banka da daha fazla kredi verebilecektir³⁸⁸.

³⁸⁴ Nakit karşılığı verilen kredinin, kredi sınırlamalarının uygulanmasında dikkate alınmamasının, bu kredi işleminin risksiz (güvenli) olarak görülmesinden ileri geldiği ifade edilmektedir (**TEKİNALP**, N. 24-55).

³⁸⁵ **REİSOĞLU**, Seza: Bankacılık Kanunu Şerhi (*Anılış: Şerh*), 2. Bası, Ankara 2015, C. I, s. 1115; **BATTAL**, s. 228; **SERT**, Selin: 5411 Sayılı Bankacılık Kanununa göre Kredi Sınırlamaları, AkÜHFD 2013, C. III, Sa. 2, s. 40.

³⁸⁶ Bunun nedeni; banka tarafından teminat olarak alınan mevduat üzerine üçüncü kişilerin haciz koyma ihtimalini bertaraf etmektir. Nakdin üzerinde rehin tesisi veya nakdin bankaya temliki suretiyle bankanın almış olduğu nakdin güvence fonksiyonunun azalmasının önüne geçilir (**REİSOĞLU**, Şerh, C. I, s. 1115; **BATTAL**, s. 228; **SERT**, s. 40).

³⁸⁷ Bkz. BDDK 24049440-010.06[4/5]-E.1 sayılı Nakit Karşılığı Kredi Konulu Genelge (2017/1).

³⁸⁸ Nakit karşılığı bulunduğu ölçüde teminat mektubu bedeli kredi sınırlamalarında dikkate alınmayacak, açıkta kalan kısım ise kredi sınırlamalarında hesaba katılacaktır (**SERT**, s. 39).

Hemen belirtelim; nakit karşılığı bulunduğu ölçüde teminat mektubu bedeli kredi sınırlamalarında dikkate alınmayacak, açıkta kalan kısım ise kredi sınırlamalarında hesaba katılacaktır³⁸⁹.

B. Kaydî Para Yaratılması

Temel işlevi, topladığı mevduatı kredi kullandırmak suretiyle yatırımlara dönüştürmek olan bankalar, bu işlevi yerine getirirken kaydî para da yaratırlar³⁹⁰.

Kontrgaranın banka nezdindeki bir hesapta nakit depo etmesinin iktisadî açıdan sonucu, banka tarafından kaydî para yaratılmasıdır. Banka, depo edilen nakit sayesinde kaydî para yaratarak daha fazla kredi kullandırabilme imkânına sahip olur. Banka haliyle; ipotek, kefalet vb. teminatlar yerine kontrgarandan nakit depo talebinde bulunmayı tercih eder.

³⁸⁹ SERT, s. 39. Örneğin 100.000 TL bedelli (nakit temini amacıyla verilmiş) teminat mektubu veren garantör bankanın kontrgaranı, 60.000 TL nakit depo etmiş ve bu tutar üzerinde rehin tesis edilmiş veya bu tutar temlik edilmişse sınırlamaların hesabında dikkate alınacak miktar kalan 40.000 TL'nin tamamı olacaktır [bkz. Bankaların Kredi İşlemlerine İlişkin Yönetmelik (RG. Sa. 26333, 1.11.2006) m. 12.2.a.]

³⁹⁰ Örneğin; (A) tarafından mevduat hesabına yatırılan paranın (100 TL) bir kısmını (yüzde onunu—10 TL) ayıran banka, artakalan kısmını (90 TL) (B)'ye kredi olarak verebilir. Kendisine verilen krediyi B; bankadan çekebileceği gibi, banka üzerinden ödeme yapmak amacıyla mevduat hesabında tutmayı da seçebilir. B, krediyi bir süre için mevduat hesabında tutmayı yeğlerse; banka, (B)'nin mevduat hesabında tuttuğu parayı (90 TL) da zorunlu karşılık (yüzde on—9 TL) ayırmak şartıyla (C)'ye (81 TL'yi) ödünç verebilir. Aynı sürecin (C) ve (C)'den sonra gelecek tüm kredi müşterileri üzerinden devam edeceği hesaba katılırsa, bankanın aldığı ilk mevduat miktarından (100 TL) çok daha fazla kredi verebilme imkânına sahip olduğu; diğer bir deyişle, bankanın kaydî para yaratabildiği sonucuna varılır (ÜNSAL, Erdal M.: Makro İktisat, 11. Bası, Ankara 2017, s. 606).

Hemen belirtelim; banka tarafından sınırsız bir şekilde kaydî para yaratılamaz. Bankaca yaratılabilecek azami kaydî para, ilk yatırılan (veya depo edilen) para miktarı ile zorunlu karşılık oranının çarpıma göre tersi ile çarpımından ilk yatırılan para miktarının çıkarılması yoluyla bulunur (ÜNSAL, s. 609). Bu tavan miktar altında ne kadar kaydî para yaratılacağını; bankanın elinde rezerv tutma tercihi, kredi müşterisinin nakit tutma tercihi gibi değişkenler belirler (ZARAKOLU, s. 45; ÖZTÜRK, Banka, s. 65-66). Banka tarafından ayrılması gereken zorunlu karşılık (*legal reserve*) oranları TCMB tarafından tespit edilir. Güncel oranlara TCMB internet sitesinden (www.tcmb.gov.tr) ulaşılabilir. Bankalar; zorunlu karşılıkları, TCMB bünyesinde bulunan bir hesaba yatırarak ayırırlar. Zorunlu karşılık oranları, para arzını kontrol etmeye yarayan para politikası araçlarından biridir (ÜNSAL, s. 604).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TEMİNAT MEKTUBUNUN NAKDE TAHVİL EDİLMESİNDEN SONRA DOĞAN TALEP HAKKI: KONTRGARANTİ ALACAĞI

I. KONTRGARANTİ ALACAĞININ NİTELİĞİ, KAPSAMI VE MUACCALİYET ANI

1. Niteliği

Kontrgaranti yükümlülüğü, kontrgaranti sözleşmesine hukukî tipini verir. Dolayısıyla, kontrgaranti yükümlülüğü, kontrgaranti sözleşmesi çerçevesinde asli edim yükümlülüğü niteliğindedir³⁹¹.

Doktrinde garanti borcunun ve bu arada kontrgaranti borcunun niteliği üzerinde fikir birliği sağlanmış değildir. Bazı yazarlar; devamlı garanti verenin, risk gerçekleştiğinde ortaya çıkan (*müspet*³⁹²) zararı gidermekle yükümlü olduğunu, yani garanti borcunun tazminat borcu olduğunu ileri sürmektedirler³⁹³. Buna karşılık, kimi yazarlar ise; garanti verenin, risk gerçekleştiğinde bir miktar parayı ödeme taahhüdünde bulunduğunu, dolayısıyla garanti borcunun para borcu olarak nitelenmesi gerektiğini savunmaktadır³⁹⁴. Şayet garanti borcu, tazminat borcu olarak kabul edilirse; sözleşmede boşluk ol-

³⁹¹ KAHYAOĞLU, s. 61.

³⁹² 15. HD, 9.7.2012, 2011/6750 E. 2012/5214 K.; 13. HD, 18.4.1995, 1995/2878 E. 1995/3954 K.

³⁹³ TUNÇOMAĞ, s. 986; REİSOĞLU, Garanti, s. 151; REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 56; TEKİNALP, N. 39-92; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 855; OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Tur-gut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, İstanbul 2014, C. II, s. 413; EREN, Genel Hükümler, s. 1159; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, 852; YILMAZ, Garanti, s. 1101; YÜCE, Melek Bilgin: Garanti Sözleş-mesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi (*Anılış: Sözleşme*), İstanbul 2007, s. 88.

³⁹⁴ KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, s. 193; SCHINNERER/AVANCINI, s. 311; DOHM, s. 56; DOĞAN, s. 513; KAHYAOĞLU, s. 62; CANBOLAT, Ferhat/TOPUZ, Seçkin: Kefalet ile Garanti Ayırımının Önemi ve Ayırımında Uygulanacak Kıstaslar, TBBD 2008, C. XXI, Sa. 78, s. 56; HARMAN, s. 107; YENER COŞKUN, s. 167.

Garanti borcunu, tazminat borcu olarak kabul eden yazarlar, garanti sözleşmesinin esasını TBK 128 hükmünde ifadesini bulan *üçüncü kişinin fiilini üstlenme* sözleşmesine dayandırmaktadır. Nitekim TBK 128'de; garanti verenin, "*fiilin gerçekleşmemesinden doğan zararı gidermekle*" yükümlü olacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak, bu hükmün varlığı dahi garanti borcunu, tazminat borcu olarak niteleme-ye yetmez. Zira, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi ile garanti sözleşmesi özdeş sözleşmeler de-

ması durumunda, zarara ve tazminata ilişkin TBK 49 vd. hükümleri uygulama sahası bulacaktır. Öte yandan garanti borcu, para borcu olarak nitelenecek olursa; para borçlarına ilişkin TBK hükümleri, tamamlayıcı hukuk kuralı vazifesi görecektir.

Çalışma kapsamını aşmamak için, garanti niteliğini haiz diğer sözleşmelerden doğan borçları bir kenara bırakıp kontrgaranti borcu bakımından bir değerlendirme yapalım: Kanaatimizce; kontrgaranti borcu, tazminat borcu olarak nitelenemez. Zira, tazminattan söz edebilmek için, -kural olarak- hukuka aykırı ve kusurlu bir fiille zarara sebep olunması gerekir (TBK 49 ve 112). Oysa kontrgaran, kontrgaranti alana ne sözleşme kapsamında borca aykırı davranarak ne de haksız bir fiille zarar vermektedir³⁹⁵. Ayrıca, sözleşmeden doğan tazminat yükümlülüğü, bağımlı bir borçtur ve talî edim yükümlülüğü niteliği gösterir; yani, tazminat yükümlülüğünden bahsedilmek için, başka bir borcun varlığı ve o borcun ihlal edilmiş olması gerekir³⁹⁶. Halbuki; risk gerçekleştiğinde bir miktar paranın ödenmesinden ibaret olan kontrgaranti borcu, bağımsız bir borçtur ve asli edim yükümlülüğü niteliğindedir³⁹⁷. Dolayısıyla, kontrgaranti borcunun doğumu ya da muaccel hale gelmesi için, sözleşme kapsamındaki herhangi bir borcun ihlal edilmiş olması gerekmez. Bu itibarla; kontrgaranti borcunu, para borcu olarak nitelemek daha isabetli olur.

ğildir. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi, olsa olsa garanti sözleşmesinin bir türü olabilir. Dolayısıyla, üçüncü kişinin fiilini üstlenen kişinin borcunun tazminat borcu olduğundan hareketle garanti vere-nin borcunun da tazminat borcu olduğu sonucuna varılamaz (KAHYAOĞLU, s. 62). Kontrgaranti sözleşmesinin hukukî niteliğinin saf garanti sözleşmesi olduğu (=teminat amaçlı garanti sözleşmesi olmadığı) ve kontrgaranti sözleşmesinde kontrgaranın üçüncü bir kişinin edimini değil belirli bir sonucu garanti ettiği hakk. bkz. yuk. Birinci Bölüm, III.3.A. Bu hususta ayrıca bkz. YÜCE, Sözleşme, s. 88 vd.

Doktrindeki bir görüşe göre; garanti borcunu, daima para borcu ya da tazminat borcu olarak nitelemek mümkün değildir. Yerine göre; garanti borcu, para borcu da olabilir tazminat borcu da (DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 180 vd.).

³⁹⁵ KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, s. 193; DOHM, s. 56; KAHRAMAN, s. 44.

³⁹⁶ İkincil yükümlülükler (talî edim yükümlülükleri) kapsamında incelenen tazminat yükümlülüğü, genellikle asli edim yükümlülüklerinin ihlali, gereği gibi ifa etmeme, kusurlu ifa imkânsızlığı ve temerrüt hal-lerinde doğar (EREN, Genel Hükümler, s. 31).

³⁹⁷ KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, s. 193; DOHM, s. 56.

2. Kapsamı

A. Belirlenmesi

Kontrgaranti sözleşmesini düzenleyen pozitif bir kural mevcut olmadığı için; kontrgaranti borcunun kapsamı, sözleşme hükümlerinden yola çıkılarak tespit edilir. Dolayısıyla, taraflar, kontrgaranti borcunun kapsamını serbestçe belirleme imkânına sahiptir.

Sözleşmede kontrgaranti borcunun kapsamına hangi ödeme kalemlerinin dâhil olduğu, tek tek sayılmak suretiyle belirlenmiş olabilir³⁹⁸. Mesela, banka garantisi kapsamında muhataba ödenen garanti bedelinin, bu garanti bedeli üzerinden işleyecek temerrüt faizinin³⁹⁹ ve banka garantisi verilmesi için yapılan masrafların riskin gerçekleşmesiyle birlikte kontrgaran tarafından ödeneceği taahhüt edilebilir. Kontrgaranti sözleşmesi, hukukî niteliği itibariyle garanti sözleşmesi olduğundan; garantiye sıkı sıkıya bağlılık ilkesi (*Grundsatz der Garantiestrenge*), kontrgaranti sözleşmesi için de geçerlidir⁴⁰⁰. Bu sebeple; borcun kapsamına giren ödeme kalemlerinin sözleşmede tek tek belirtildiği hallerde kontrgaranti alan banka tarafından garanti ilişkisi dolayısıyla yapılan, ancak sözleşmede belirtilmeyen ödemeler, kontrgaranti borcunun kapsamına girmez. Kontrgaranti alan banka, kontrgarantinin içeriğinin kendi verdiği garanti veya kontrgarantinin içeriği ile örtüştüğünden emin olmalıdır.

³⁹⁸ YÜCE, Sözleşme, s. 119.

³⁹⁹ İlk talepte ödeme taahhüdünün yer aldığı teminat mektuplarında; banka, kendisinden ödeme talep edildiği gün garanti bedelini ödemekle yükümlüdür. Genellikle bu tür teminat mektuplarında ödeme talebinde bulunulduğu gün ödeme gerçekleşmezse; banka tarafından temerrüt faizi ödeneceğine ilişkin hüküm de bulunur. Şu halde; garantör banka, aynı gün ödeme yapma olanağı bulamazsa garanti bedelinin yanında bir de temerrüt faizi ödemek durumunda kalır [REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 250; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 192. Ayrıca konuya ilişkin bkz. 4. HD, 12.9.1994, 1193/11672 E. 1994/7091 K.: “İnceleme konusu işte, (...) teminat mektubunda talep tarihinden ödeme tarihine kadar geçen günlere ait kanuni faiz de yükümlenilmiştir.”]. İşte ödenen bu temerrüt faizinin de kontrgaranti borcu kapsamına alınmasında hukuken hiçbir sakınca yoktur. Zira, kontrgaranti sözleşmesinin konusu ve kapsamı emredici hükümlere, kamu düzenine, ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olmadıkça serbestçe belirlenebilir (REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 47). Ancak, belirtmek gerekir ki; dürüstlük kuralına açıkça aykırılık teşkil edecek şekilde temerrüt faizinin artmasına sebebiyet veren garantör banka, işlemiş temerrüt faizini kontrgaranti borcu kapsamında talep edemez.

⁴⁰⁰ CANARIS, s. 766 vd.; EMMENEGGER/ZBINDEN, s. 150 vd.

Öte yandan, kontrgaranti sözleşmesinde borcun kapsamına ilişkin özel bir hüküm bulunmadığı takdirde; kontrgaranti borcunun kapsamını, kontrgaranti taahhüdü ışığında belirlemek gerekir. Örneğin, sözleşmede yer alan “*kontrgaran; garantör bankaya, (X) ile girişeceği muhatabı (Y) olan banka garanti ilişkisi dolayısıyla malvarlığında eksilme olmayacağını garanti eder*” vb. bir hüküm karşısında; garantör bankanın (=kontrgaranti alanın), riskin gerçekleşmesiyle birlikte banka garantisine uygun nedensellik bağı ile bağlı olarak yaptığı tüm ödeme ve masrafları kontrgaranti borcu kapsamında talep edebileceğini kabul etmek gerekir⁴⁰¹. Hemen belirtelim; kontrgaranti alan tarafından yapılan ödeme ve masrafların banka garantisine uygun nedensellik bağı ile bağlı olup olmadığı hususu, her somut olayın kendisine özgü özellikleri dikkate alınarak belirlenecektir. Şüphesiz, banka garantisi sebebiyle yapılmamış veya banka garantisine uygun nedensellik bağı ile bağlı olmayan ödeme ve masrafların kontrgaranti borcu kapsamında talep edilmesi, hakkın kötüye kullanılması teşkil eder ki; bu takdirde ödeme talebinin geri çevrilmesi gerekir.

B. Sınırlanması

Uygulamada hemen tüm kontrgaranti sözleşmelerinde; kontrgaranti borcunun kapsamı azami bir bedelle sınırlanır⁴⁰². Kontrgaranti edimi, bu sınırı aşamaz. Kontrgaranti bedeli, iki şekilde sınırlanabilir⁴⁰³:

⁴⁰¹ YÜCE, Sözleşme, s. 116; KAHRAMAN, s. 178.

⁴⁰² KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, s. 192; SCHINNERER/AVANCINI, s. 311; ZOBL, s. 38.

Uygulamada, kontrgaranti borcuna getirilen bu sınır, sözleşme metninde hem rakamla hem de yazıyla gösterilmektedir (von WESTPHALEN, s. 124).

Ayrıca kontrgaranti edimi için bir üst sınır belirlenmesi, taraflara öngörülebilirlik de sağlar. Öyle ki; bu halde hem kontrgaran, kontrgaranti sorumluluğu çerçevesinde ödeyebileceği en yüksek bedeli hem de kontrgaranti alan, kontrgaranti sözleşmesine dayanarak talep edebileceği azami tutarı bilmektedir.

⁴⁰³ Kontrgaranti veren (kontrgaran), gerçek kişiye; kontrgaranti sorumluluğu belirli bir limitle sınırlandırılmalıdır. Bu hususta hemen bkz. yuk. Birinci Bölüm, IV.2.

Kontrgaranti sözleşmesinde, risk gerçekleştiğinde kontrgaranın belirli bir miktar parayı ödeyeceği hüküm altına alınabilir ki; bu durumda kontrgaranti bedeli, götürü usulde⁴⁰⁴ belirlenmiş olur, tıpkı teminat mektuplarında olduğu gibi⁴⁰⁵. Bu halde; kontrgaranti sorumluluğu, götürü bedel ile sınırlanmıştır ve kontrgaranın borcu, kural olarak risk gerçekleştiğinde götürü bedeli ödemekten ibarettir⁴⁰⁶. Kontrgaranti bedeli, götürü usulü belirlenmişse; kontrgaranti alan, banka garantisi sebebiyle yaptığı ödeme ve masrafların miktarını ispat etmeye gerek duymaksızın, kontrgaranti bedelini talep edebilir⁴⁰⁷. Ancak, vurgulamak gerekir ki; kontrgaranti bedelinin götürü usulde belirlendiği her durumda kontrgaran, götürü bedelin tamamını ödemekle yükümlü değildir. Kontrgaran, kontrgaranti alan tarafından banka garantisi dolayısıyla yapılan ödeme ve masrafların götürü bedelin altında kaldığını ispat⁴⁰⁸ ederek götürü bedelin tamamını ödemekten kaçınma olanağına sahiptir⁴⁰⁹. Meğerki; kontrgaranti sözleşmesinde, garanti ilişkisi kap-

⁴⁰⁴ **EREN**, Özel Hükümler, s. 665. “Risk gerçekleştiğinde kontrgaran, 100.000 TL ödeyecektir” şeklindeki sözleşme hükmü, kontrgaranti bedelinin götürü usulde belirlendiğini gösterir.

⁴⁰⁵ **KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI**, s. 192; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. II, s. 421; **YÜCE**, Sözleşme, s. 120; **KAHRAMAN**, s. 182; **DEVELİOĞLU**, Bağımsız Garanti, s. 186.

⁴⁰⁶ **OĞUZMAN/ÖZ**, C. II, s. 421; **YÜCE**, Sözleşme, s. 120; **KAHRAMAN**, s. 182; **DEVELİOĞLU**, Bağımsız Garanti, s. 186.

⁴⁰⁷ **REİSOĞLU**, Garanti, s. 152-153; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. II, s. 421; **YÜCE**, Sözleşme, s. 120; **KAHRAMAN**, s. 182. Bu hususta bkz. 13. HD, 27.4.1992, 1992/305 E. 1992/3896 K.: “Önümüzdeki sözleşmede olduğu gibi, taraflar bunu garanti sözleşmesinin in'ikadı anında muayyen bir meblağ olarak tesbit edebilirler. Bu takdirde neticenin tahakkuk etmemesi durumunda, garanti alan zararını isbata mecbur olmaksızın kararlaştırılan tazminatın tediyesini talebe hak kazanır. Buna karşılık garanti verende bu meblağ ile sorumluluğunu sınırlandırmaktadır. Ancak, garanti verenin sorumluluğu uğranılan hakiki zararın tediyesi ile sınırlı olduğu, burada sadece isbat yükümlülüğünün yer değiştirdiği gözardı edilmemelidir.”

⁴⁰⁸ Yargıtay, teminat mektubuna ilişkin önüne gelen bir olayda; daha az miktarda ödeme yapılmasını sağlayacak likit delil bulunmadığı için götürü bedelinin tamamının ödenmesi gerektiğine karar vermiştir [11. HD, 26.04.2010, 2008/13034 E. 2010/4520 (lexpera)]. Bu karardan hareketle; kontrgaranın, banka garantisi sebebiyle yapılan giderlerin götürü bedelin altında kaldığı yönündeki iddiayı likit delillerle ispatlaması gerektiği ifade edilebilir. Likit delile ilişkin bkz. aşa. II.5 başlığı altındaki dipnotta yapılan açıklamalar.

⁴⁰⁹ **OĞUZMAN/ÖZ**, C. II, s. 421; **YÜCE**, Sözleşme, s. 120. Karşıt görüşe göre; garanti sözleşmesi, garanti alana bağımsız bir talep hakkı sağlar. Dolayısıyla, garanti sözleşmesinde risk gerçekleştiğinde götürü bir bedelin ödeneceği kararlaştırılmışsa, uğranılan zarar ya da kazanç kayıplarından bağımsız olarak götürü bedelin tamamının ödenmesi gerekir (**KAHRAMAN**, s. 182).

Bu görüşe katılmak oldukça güçtür. Zira kontrgaranti sözleşmesiyle kontrgaran, bir risk üstlenir ve bu risk gerçekleşirse ortaya çıkan olumsuz sonucu gidereceğini taahhüt eder. Sözleşmede kontrgaranti bedelinin götürü usulle belirlendiğinden bahisle; riskin ortaya çıkardığı olumsuz sonucun çok daha fazlasından kontrgaranın sorumlu olduğunu ileri sürmek, kontrgaranti sözleşmesinin amacını aşar. Öyleyse,

samında gerçekleştirilen ödeme ve masraflardan bağımsız olarak götürü bedelin tamamının ödeneceği açıkça kararlaştırılmış olsun.

Diğer bir sınırlama yöntemi ise; kontrgaranti sözleşmesinde, kontrgaranın belirli bir meblağa kadar sorumlu olduğunun hüküm altına alınmasıdır⁴¹⁰. “Azami olarak (...) TL ödenecektir” ya da “sorumluluğumuz (...) TL’ye kadardır” vb. sözleşme hükümleri, kontrgaranti bedeline bu anlamda bir limit getirildiğini gösterir⁴¹¹. Kontrgaranti sorumluluğu bu limit ile sınırlandırıldığı için; limiti aşan ödeme taleplerinin geri çevrilmesi gerekir. Nitekim, Yargıtay’ın önüne gelen bir olayda⁴¹²; Türkiye’de yerleşik kontrgarantör banka, yabancı garantör bankaya lehtar lehine düzenlenen 2 milyon Fransız Frangı bedelli teminat mektubunun teminatını teşkil etmek üzere kontrgaranti vermiştir. Bu kontrgaranti sözleşmesinde, teminat mektubu dolayısıyla ödenen bedelin cari kurdan hesaplanacak karşılığı ile birlikte Libor faizini 50 milyon TL’ye kadar ödeme taahhüdünde bulunulmuştur. Garanti ilişkisi sonunda garantör banka, muhataba ödediği bedelin Libor faiziyle birlikte karşılığı olan 72 milyon TL’yi kontrgarantör bankadan talep etmiştir. Yüksek Mahkeme ise; “kontrgarantideki üst limiti[n] 50 milyon lira olduğ[u] kabul etmek gerektiği; diğer bir deyimle cari kur ve libor faizi nazara alınmakla

aksi açıkça kararlaştırılmamışsa; kontrgarana, kontrgaranti alanın yapmış olduğu toplam ödemelerin götürü bedelin altında kaldığını ispat etmesi şartıyla ödemeden kaçınma imkânını tanımak icap eder.

Elbette, bu definin ileri sürülmesi, kontrgaranın yapılan ödemelerin götürü bedelin altına kaldığını ispat etmesine bağlıdır. Gelgelelim, kontrgaran açısından bu durumun ispatı epey zordur. Gerçekten de; garantör banka tarafından yapıldığı iddia edilen masrafların yapılıp yapılmadığı ya da bunların boyutunu ortaya koymak kontrgaran açısından çoğu zaman mümkün olmaz. Ancak, bazı haller vardır ki; yapılan ödeme ve masrafların toplam tutarının götürü bedelin altında kaldığı gün gibi ortadadır. Örneğin; muhatabın kısmi ödeme talebini yerine getiren garantör banka, kontrgarandan götürü bedeli ödemesini talep ettiğinde, kontrgaranın kısmi ödeme yapıldığını ispat etmesi oldukça kolaydır.

⁴¹⁰ von WESTPHALEN, s. 124; REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 400; ZOBL, s. 38; DOHM, s. 52; NIELSEN, s. 2012; YÜCE, Sözleşme, s. 120; HARMAN, s. 109; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 186.

⁴¹¹ Almanca kaleme alınan kontrgaranti sözleşmelerinde yer alan “jeden Betrag bis maximal (...) € zu zahlen” veya “jeden Betrag bis zur Höhe von (...) € auferstes Anfordern ordnungsgemäß in Anspruch zu nehmen” gibi ifadeler, kontrgaranti bedelinin azami bir meblağ ile sınırlandırıldığını gösterir (von WESTPHALEN, s. 124; DOHM, s. 52; NIELSEN, s. 2012). İngilizce dili ile kaleme alınan kontrgaranti sözleşmelerinde ise genellikle “up to the amount of (...) £” ibaresi yer alır. Ayrıca bkz. EKİCİ/DURUKANOĞLU, s. 232.

⁴¹² REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 401.

birlikte bunun tutarının 50 milyon lira[yı] aşamayacağıının taahhüt edilmiş” olması nedeniyle garantör bankanın fazlaya ilişkin talebini reddetmiştir⁴¹³.

Hemen belirtelim; bu sınırlamalar, kontrgaranti edimine ilişkindir. Kontrgaranti borcu gereği gibi ifa edilmediği takdirde ödenmesi gereken temerrüt faizi, gecikme tazminatı ile yargılama harç ve giderleri, ayrıca açıkça kararlaştırılmadıkça sözleşmede belirlenen sınıra tâbi değildir.

Kontrgaranti borcunun kapsamına bir bütün olarak üst limit getirilebileceği gibi, kontrgaranti borcunun kapsamında bulunan ödeme kalemlerine ayrı ayrı sınırlar da getirilebilir⁴¹⁴.

758 sayılı TGİBK 3/b ve 12 hükümleri uyarınca; kontrgaranti borcunun kapsamı, öncelikle sözleşme hükümlerine göre; sonrasında uygun düştüğü ölçüde bu Kurallara göre tespit edilecektir⁴¹⁵. Ayrıca TGİBK 12’de; kontrgaranti sorumluluğunun sözleşmede tespit edilen sınırı aşamayacağı da hüküm altına alınmıştır⁴¹⁶. Fakat, Kurallarda, kontrgaranti sözleşmesinde bir sınır öngörülmediği takdirde sonucun ne olacağı düzenlenmemiştir. Bu konuda; TGİBK’a tâbi bir kontrgaranti sözleşmesinde; kontrgaranti borcuna ilişkin bir üst sınır öngörülmemişse dahi, *-risk belirli veya belirlenebilirse*⁴¹⁷- sözleşmenin geçersizliğinin gündeme gelmeyeceğini ifade etmek gerekir⁴¹⁸.

Götürü usulü belirlenmiş kontrgaranti bedelinin veya kontrgaranti bedeline getirilen üst sınırın, belirli bir tarihte ya da belirli bir olayın gerçekleşmesiyle azalacağı öngö-

⁴¹³ 11. HD, 11.12.1987, 1987/7742 E. 1987/6985 K. (**REİSOĞLU**, Kontrgarantiler, s. 401).

⁴¹⁴ Örneğin; kontrgaranti alanın, kontrgarana muhataba ödediği garanti bedeli için (...) TL’ye kadar, banka garantisi nedeniyle yaptığı masraflar için (...) TL’ye kadar başvurabileceği hükmünü içeren kontrgaranti sözleşmesinde durum böyledir.

⁴¹⁵ **DEVELİOĞLU**, Bağımsız Garanti, s. 341 ve 345.

⁴¹⁶ **KOSTAKOĞLU**, s. 224; **DEVELİOĞLU**, Bağımsız Garanti, s. 345.

⁴¹⁷ Bu hususta bkz. yuk. Birinci Bölüm, III.3.C.

⁴¹⁸ **DOĞAN**, s. 164.

rülebilir⁴¹⁹. İndirim klozu (*reduction clause, Ermäßigungsklausel*) olarak ifade edilen bu sözleşme kayıtlarına, “*kontrgaranti bedeli, (...) tarihinde %40 oranında azalacaktır*” şeklindeki kayıt örnek verilebilir⁴²⁰.

3. Muacceliyet Anı

Kontrgaranın temerrüde düşürülebilmesi ve ifa zamanının belirlenmesi için muacceliyet anının tespit edilmesi şarttır⁴²¹.

Sözleşmede, kontrgaranti borcunun ne zaman muaccel olacağı öngörülebilir⁴²². Bu takdirde; kontrgaranti borcu, sözleşmede belirlenen maddi ve varsa şekli muacceliyet şartlarının gerçekleşmesiyle muaccel olur⁴²³. Kontrgaranti sözleşmesinde, borcun muacceliyeti yalnızca riskin gerçekleşmesine, yani maddi muacceliyet şartına bağlanmış olabilir, bu durumda şekli bir muacceliyet şartı öngörülmediğinden kontrgaranti borcu riskin gerçekleşmesiyle talep edilebilir hale gelir. Kontrgaranti borcunun muacceliyeti, ödeme talebinde bulunma, riskin gerçekleştiğini kontrgarana bildirme veya ödeme tale-

⁴¹⁹ **ÖZALP**, Abdurrahman: ICC’nin Yeni Uluslararası Garanti Kuralları-URDG 758, Banka Teminat Mektuplarına İlişkin ICC Kuralları-Makaleler, İstanbul 2011, s. 20; **EKİCİ/DURUKANOĞLU**, s. 232; **DEVELİOĞLU**, Bağımsız Garanti, s. 186-187.

⁴²⁰ İndirim klozlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **von WESTPHALEN**, s. 26 vd.; **ÖZALP**, s. 20-21; **DOHM**, s. 93 vd.; **NIELSEN**, s. 2013; **EKİCİ/DURUKANOĞLU**, s. 232; **DEVELİOĞLU**, Bağımsız Garanti, s. 187 vd.

⁴²¹ İfa zamanı denilince ilk olarak, alacağın muaccel hale geldiği an; yani alacağın talep edilebilir olduğu an anlaşılır. Bununla da kalmaz bu terim bir de; borçlunun borcunu ifa etme yetkisine sahip olacağı an; diğer bir deyişle, borcun, borçlu tarafından ifa edilebilir hale geldiği anı ifade eder. Esas itibarıyla, alacağın muaccel hale gelmesi ile borcun ifa edilebilir duruma gelmesi aynı anda gerçekleşir (**TUNÇOMAĞ**, s. 684; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. I, s. 320; **EREN**, Genel Hükümler, s. 946). Fakat, önce alacağın muaccel olması, sonrasında ise borçlunun borcu ifa yetkisini kazanması da mümkündür, veya tam tersi (**von TUHR**, s. 513; **TUNÇOMAĞ**, s. 685; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. I, s. 322; **EREN**, Genel Hükümler, s. 947). Bu istisnai duruma örnek olarak bkz. TBK 564 ve 565.

⁴²² Uygulamada, kontrgaranti sözleşmelerinde genellikle; risk gerçekleştiğinde, risk gerçekleştikten belirli bir süre sonra, riskin gerçekleştiği kontrgarana bildirildiği anda ya da kontrgarandan ödeme talebinde bulunulduğunda kontrgaranti borcunun muaccel olacağının hüküm altına alındığı görülmektedir (**von WESTPHALEN**, s. 166; **ZOBL**, s. 45 vd.; **DOĞAN**, s. 489; **KAHRAMAN**, s. 177).

⁴²³ **ZOBL**, s. 45; **NIELSEN**, s. 2036; **EMMENEGGER/ZBINDEN**, s. 146 vd.

binde bulunurken belirli belgeleri⁴²⁴ ibraz etme gibi şeklî muacceliyet şartlarına bağlanmışsa; riskin yanında şeklî muacceliyet şartlarının da gerçekleşmesi gerekir, aksi takdirde kontrgaranti borcu muaccel hale gelmez⁴²⁵.

Kontrgaranti sözleşmesinde muacceliyet anı açıkça kararlaştırılmamış, fakat *ilk talepte ödeme* kaydı varsa; kontrgaranti borcunun muaccel hale gelmesi için yalnızca riskin gerçekleşmesi yetmez, aynı zamanda kontrgarandan ödeme talebinde de bulunulması gerekir⁴²⁶. Çünkü bu halde, kontrgaran, risk gerçekleştiğinde ödeme yapma taahhüdünde değil, risk gerçekleştikten sonra banka tarafından yapılacak talep üzerine ödeme yapma taahhüdünde bulunmuştur. İlk talepte ödeme taahhüdü içeren bazı kontrgaranti sözleşmelerinde, kontrgaranti borcunun muacceliyet kazanması için, ödeme talebinde bulunurken riskin gerçekleştiğinin garantör banka tarafından ispat edilmesi gerektiğine ilişkin kayıt bulunur⁴²⁷. Efektif kayıt (*Effektivklausel*) olarak adlandırılan bu kayıtlar söz konusu olduğunda; maddi şartın gerçekleştiğinin ispatı, şeklî bir muacceliyet şartı olarak öngörülmüş olur⁴²⁸. Dolayısıyla sözleşmede efektif kayıt bulunuyorsa, riskin gerçekleştiği ispat edilmedikçe, tek başına ödeme talebinde bulunulması kontrgaranti borcunu muaccel hale getirmez. Uygulamada, özellikle Türk bankacılık uygulama-

⁴²⁴ Kontrgaranti veya garanti niteliğini haiz diğer sözleşmelerde bulunabilen “ödeme talebinin yanında birtakım belgelerin de sunulması gerektiğine” ilişkin kaydın amacı, haksız ödeme talepleriyle karşılaşılması ihtimalini en aza indirmektir (EMMENEGGER/ZBINDEN, s. 141).

⁴²⁵ KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, s. 159; DOHM, s. 101; DOĞAN, s. 490; ZOBL, s. 46; NIELSEN, s. 2037; EMMENEGGER/ZBINDEN, s. 141.

Tarafların belirli bir süre içinde risk gerçekleşmezse veya risk gerçekleşmesine rağmen ödeme talebinde bulunulmazsa kontrgaranın sorumluluğunun sona ereceğini kararlaştırdığı süreli (vadeli) kontrgaranti sözleşmeleri hakkında bkz. aşa. II.2 ve IV.1.B.c.

⁴²⁶ von WESTPHALEN, s. 156; ZOBL, s. 46; HORN, Norbert: Die Bankgarantie im internationalen Umfeld, Berner Bankrechtstag 1997 (Personalsicherheiten), s. 91; DOĞAN, s. 490; KAHYAĞLU, s. 68; EMMENEGGER/ZBINDEN, s. 147. Karş. YENER COŞKUN, s. 169.

⁴²⁷ KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, s. 163; DOHM, s. 101; ZOBL, s. 45; HORN, s. 91; EBENROTH, Carsten Thomas/BOUJONG, Karlheinz/JOOST, Detlev/STROHN, Lutz: Handelsgesetzbuch (Bank- und Börsenrecht IV), 4. Aufl., München 2020, Band II, N. 365.

⁴²⁸ Bu halde; kontrgaran “riskin gerçekleştiğinin ispatı şartıyla ödemeyi” taahhüt eder (EMMENEGGER/ZBINDEN, s. 156). Çeşitli efektif kayıt örnekleri için bkz. OLG München, 23.7.1997–7 U 2697-97 [NJW-RR 1998 (14), s. 989]; von WESTPHALEN, s. 90; DOHM, s. 61.

sında ilk talepte ödeme kaydı ihtiva eden kontrgaranti sözleşmelerinde, efektif kaydına yer verilmemektedir.

Sözleşmede muacceliyet anının açıkça kararlaştırıldığı hallerde, borcun muacceli-yetine ilişkin ihtilaf çıkma ihtimali zayıftır. Asıl sorun; kontrgaranti sözleşmesinde bor-cun muacceliyeti hakkında hüküm bulunmadığında ortaya çıkmaktadır. Sözleşmede kararlaştırılmamışsa kontrgaranti borcu ne zaman muaccel hale gelir? Doktrindeki hâkim görüşe göre; kontrgaranti borcu, risk gerçekleştiğinde muaccel olur⁴²⁹. Diğer gö-rüşe göre ise; kontrgaranti borcunun muacceliyet kesbetmesi için yalnızca riskin gerçek-leşmesi yeterli değildir, bir de kontrgarandan ödeme talebinde bulunulması gerekir⁴³⁰. Yargıtay’ın iki yönde de kararları bulunmaktadır⁴³¹.

Kanaatimizce, sözleşmede muacceliyet anı açıkça kararlaştırılmamışsa; kontrga-ranti borcu, riskin gerçekleşmesiyle birlikte muacceliyet kazanacaktır. Kontrgaranti bor-cunun muacceliyeti açısından kural olarak, kontrgarana riskin gerçekleştiğinin bildiril-mesinin ya da ödeme talebinde bulunulmasının önemi yoktur. Riskin gerçekleştiğinin bildirilmesi ya da ödeme talebinde bulunulması, ancak kontrgaranti borcunun ifa zama-nı ve kontrgaranın temerrüdü ile bağlantılı olabilir. Gerçekten de; risk gerçekleştiğinde kontrgaranti borcu, banka açısından talep edilebilir hale gelir, fakat riskin gerçekleştiği-ni bilmeyen ya da riskin gerçekleştiğini bilse bile borcun miktarını bilmeyen kontrgaran

⁴²⁹ REİSOĞLU, Garanti, s. 155; KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, s. 158; REİSOĞLU, Kontrga-rantiler, s. 386; TEKİNALP, N. 39-151; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 857; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 852; AYTAÇ/KASNAKLI, s. 78; USTA, s. 112; SAYIN, s. 25; YENİCE, Kontrga-ranti, s. 188; YÜCE, Sözleşme, s. 129-130; YENER COŞKUN, s. 168.

⁴³⁰ DOĞAN, s. 490; CANBOLAT, s. 132; HARMAN, s. 110; ÖNDER, s. 111.

⁴³¹ Yüksek Mahkeme’nin garanti borcunun muacceliyet kazanması için riskin gerçekleşmesine ilave ola-rak ödeme talebinde de bulunulması gerektiği yönündeki kararları için bkz. 11. HD, 10.11.2015, 2014/16685 E. 2015/11819 K.; 11. HD, 30.04.2014, 2014/1806 E. 2014/8136 K.: “[R]iskin gerçekleşme-sinden sonra bankadan ödeme talebinde bulunulmasıyla borcun muaccel hale geleceği, bu sebeple de zamanaşımı süresinin başlangıcının borcun muaccel olduğu an olduğu, yani, teminat mektubu ile güvence altına alınan riskin gerçekleşmesi ve muhatabın ödeme talebinde bulunmasıyla zamanaşımının işlemeye başlayacağı (...)” Yüksek Mahkeme’nin garanti borcunun riskin gerçekleşmesiyle muacceliyet kazana-cağına ilişkin kararları için bkz. 11. HD, 24.09.2010, 2010/8698 E. 2010/9161 K. (LALE, s. 699); 11. HD, 27.05.2013, 2013/955 E. 2013/10925 K. (LALE, s. 705): “Mahkemece, teminat mektuplarında riskin gerçekleştiği anda tazmin yükümlülüğünün muaccel olacağı ve zamanaşımı süresinin borcun muaccel olduğu bu tarihten itibaren başlayacağı (...)”

açısından ifa edilebilir hale gelmez. Dolayısıyla temerrüt de söz konusu olmaz. Ancak bu bilgi eksikliği, borcun muaccel hale geldiği gerçeğini de değiştirmez.

Bankacılık uygulamasında genellikle, kontrgaranti sözleşmelerinde; ödeme talebinin uygunluğunun belirli bir süre içinde (genellikle bir ile beş iş günü arasında) kontrgaran tarafından incelenebileceği hüküm altına alınır⁴³². Kontrgarana belirli bir süre için ödeme talebini inceleme hakkı veren bu tür kayıtların sözleşmede bulunmasının kontrgaranti borcunun muacceliyetine etkisi yoktur, yukarıda açıklanan şekilde borç muaccel olacaktır⁴³³.

II. ÖDEME TALEBİ

Ödeme talebi, kontrgaranti alanın taahhüt edilen sonucun gerçekleşmediğini (=riskin gerçekleştiğini) bildirerek kontrgarandan kontrgaranti bedelini ödemesini istemesidir⁴³⁴. Hukukî niteliği itibarıyla; ödeme talebi, tek taraflı varması gereken bir irade beyanıdır⁴³⁵. Muaccel bir kontrgaranti alacağına dayanarak ödeme talebinde bulunulduğunda; kontrgaranın ödeme yükümlülüğü doğar⁴³⁶. Bu yönü dikkate alındığında; ödeme talebinin, yenilik doğuran bir hak özelliği gösterdiği ifade edilebilir⁴³⁷.

⁴³² NIELSEN, s. 2039; CANBOLAT, s. 133.

⁴³³ CANBOLAT, s. 133.

⁴³⁴ ARAL, Fahrettin: Doğrudan Doğruya Garantilerde Banka ile Muhatap Arasındaki Hukukî İlişki (*Anı-lış: Banka ile Muhatap*), Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara 2009, s. 185.

⁴³⁵ ARAL, Banka ile Muhatap, s. 185; CANBOLAT, s. 124.

⁴³⁶ KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, s. 191; EBENROTH/BOUJONG/JOOST/STROHN, N. 355; CANBOLAT, s. 124.

⁴³⁷ ARAL, Banka ile Muhatap, s. 185; CANBOLAT, s. 124. Tek taraflı bir hukukî işlemle, bir başkasının hukukî durumunu değiştiren haklara, yenilik doğuran haklar denir (EREN, Genel Hükümler, s. 61).

1. Ödeme Talebinde Bulunabilecek Kişi ve Talebin Yöneleceği Kişi

Kontrgaranti alan tarafından ödeme talebinde bulunulacağı su götürmez. Kontrgaranti alan konumunda daima bir banka bulunduğu için; kontrgaranti alan bankanın yönetim organı ya da yetkili temsilcisi tarafından ödeme talebinde bulunulacaktır⁴³⁸ (TTK 365 vd.). Ayrıca, vekil vasıtasıyla da ödeme talebinde bulunulabilir. Hemen belirtelim; vekil, ödeme talebinde bulunması konusunda özel olarak yetkilendirilmedikçe, yani genel vekâletname ile ödeme talebinde bulunamaz⁴³⁹.

İstisnai de olsa; kontrgaranti alan tarafta, birden çok banka bulunabilir⁴⁴⁰. Böyle bir durumda; kural olarak, kontrgaranti alan bankaların tamamının ödeme talebinde bulunması gerekir⁴⁴¹. Meğerki; kontrgaranti alan bankaların tek başına ödeme talebinde bulunmaya yetkili olduğu sözleşmede kararlaştırılmış olsun olsun⁴⁴²(TBK 169).

⁴³⁸ 19. HD, 9.3.2011, 2010/9730 E. 2011/3046 K.: “[T]azmin talebi vekil tarafından değil, muhatap şirket yetkilisi tarafından yapılmıştır. Şirket yetkilisi vekilden farklı olarak ayrıca yetkilendirilmese bile, şirketi temsil ve ilzama yetkili olup tazmin talebi ve bunun üzerine yapılan ödeme yasaya uygundur.”

⁴³⁹ Ödeme talebinde bulunabilmesi için vekilin özel olarak yetkilendirilmesi gerektiği yönündeki fikir doktrinde hâkim durumdadır (REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 247; AKYOL, s. 180; DOĞAN, s. 493; ARAL, Banka ile Muhatap, s.186; CANBOLAT, s. 125; DURMAZ, Bora: Banka Teminat Mektuplarının Ödeme İstemiyle İbrazı, İstanbul 2016, s. 161). Buna karşılık, azınlık görüşüne göre; TBK 504 hükmünde vekilin özel yetkiyle yapabileceği hukukî işlemler sayılmıştır ve bu işlemler arasında garanti sözleşmesi kapsamında ödeme talebinde bulunulması yoktur. Dolayısıyla; vekil, genel vekâletname dayanarak da ödeme talebinde bulunabilir. Genel vekâletnamede ahzu kabz yetkisi yoksa; vekil, ödeme talebinde bulunabilirse de tahsilat yapmaya yetkili değildir (GÜLER, Muhammet Ali: Teminat Mektuplarının Paraya Çevrilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011, s. 68; YENER COŞKUN, s. 195).

Yargıtay da garanti sözleşmesine dayanan ödeme talebinin vekil tarafından yapılabilmesi için vekâletnamede özel yetkinin bulunması gerektiği kanaatindedir. Nitekim, Yüksek Mahkeme; “*teminat mektubunun süresi içinde davacı vekilinin teminat mektubunun tahsili yetkisi bulunan vekaletname ile müracaatta bulunmadığı, bankanın basiretli tacir gibi hareketle hem vekaleten temsil edilenin hem de diğer tarafın haklarını gözeterek gerekli dikkat ve özeni gösterdiği gerekçesiyle davanın reddine*” ilişkin ilk derece mahkemesi kararını onamıştır [19. HD, 19.6.2006, 2006/291 E. 2006/6687 K. (LALE, s. 277-278)]. Şüphesiz bu karar, kontrgaranti sözleşmesi kapsamında vekil tarafından yöneltilen ödeme talepleri için de yol göstericidir.

⁴⁴⁰ Genellikle çok büyük (*jumbo*) tutarlı teminat mektuplarını tek bir bankanın vermesi mümkün olmaz. Bu teminat mektuplarını birden çok banka birlikte verir. Bu durumda; tüm bankalar muhatap karşısında garanti sorumluluğu üstlenmiş olur. Konsorsiyum/sendikasyon garantisi (*Konsortialgarantie*) olarak ifade edilen bu tür garantiler, tek bir kontrgaranti sözleşmesiyle teminat altına alındığında; kontrgaranti alan tarafta, birden çok banka bulunur (DOHM, s. 137 vd.).

⁴⁴¹ Kontrgaranti alan tüm bankaların birlikte ödeme talebinde bulunması zordur. Haliyle uygulamada, bankalar aralarından birini temsilci atayarak ödeme talebinde bulunur. (YENER COŞKUN, s. 194).

⁴⁴² YENER COŞKUN, s. 194.

Kontrgaranti alan, kontrgaranti sözleşmesini⁴⁴³ veyahut kontrgaranti alacağını⁴⁴⁴ başkasına devretmişse; kontrgarana ödeme talebini, devralan kişi yöneltecektir.

Kontrgaranti alanın iflâsı halinde, ödeme talebi iflâs idaresi tarafından yapılacaktır⁴⁴⁵. Kontrgaran iflâs etmiş ise; kontrgaranti alan, ödeme talebini haliyle iflâs idaresine yöneltecektir⁴⁴⁶.

Kuşkusuz, ödeme talebinin yöneltileceği kişi, kontrgaranti sözleşmesi kapsamında garanti sorumluluğu yüklenen kontrgarandır.

⁴⁴³ Kanaatimizce kontrgaranti sözleşmesinin devri, mümkündür ve genel hükümlere göre gerçekleştirilir. Devrin gerçekleşebilmesi için sözleşmenin diğer tarafının rıza göstermesi şarttır (TBK 205). Sözleşmenin devrine rıza, devir esnasında gösterilebileceği gibi; sözleşmenin devrinden önce de verilebilir. Örneğin, sözleşmede bulunan “devredilebilir” (*transferable*) ifadesi, sözleşmenin devrine peşinen rıza gösterildiği anlamına gelir (**DEVELİOĞLU**, Bağımsız Garanti, s. 333). Şayet kontrgaranti sözleşmesi geçerli bir şekilde devredilmişse; ödeme talebinde bulunacak kişi, kontrgaranti alan taraftan sözleşmeyi devralan kişidir. Bu konuda bkz. 11. HD, 21.4.1992, 1990/7824 E. 1992/5567 K. (YKD 1992, s. 1066).

TGİBK 33 hükmünde göre kontrgaranti sözleşmesi devredilemez (**ÖZALP**, s. 43). Bu hüküm TGİBK’nın kontrgarantiye uygulanacağı konusunda tarafların mutabık kaldığı hallerde uygulanacaktır. Hemen belirtelim; taraflar TGİBK’nın uygulanacağını kararlaştırmakla birlikte, kontrgarantinin devredilemeyeceğine ilişkin hükmü uygulama dışına çıkartmakta özgürdürler.

⁴⁴⁴ Garanti alacağının devrini yasaklayan herhangi bir pozitif düzenleme mevcut olmadığından, garanti alan taraf, alacağını devretmekte özgürdür. Peki garanti alacağı devredildiğinde garanti alacağını talep hakkı da devralana geçer mi? Garanti alacağını talep hakkı devredilebilir bir hak mıdır? Doktrinde bu sorulara verilen cevaplar, farklılık göstermektedir.

Bir grup yazara göre; garanti alacağı devredilse dahi, garanti alacağını talep hakkı kendiliğinden alacağı devralan kişiye geçmez. Çünkü; garanti alacağını talep hakkı, doğası gereği garanti alan tarafa sıkı sıkıya bağlı bir haktır. [**CANARIS**, s. 786; **KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI**, s. 232; **BAUMBACH/HOPT**, (7) Bankgeschäfte N. L/16; **NIELSEN**, s. 2003; **DOHM**, s. 96; **REİSOĞLU**, Kontrgarantiler, s. 203; **ZOBL**, s. 51]. Diğer yazarlar ise, garanti alacağını, bu alacağa ilişkin talep hakkı olmadan devretmenin anlamı olmadığını ileri sürmektedir [**REİSOĞLU**, Seza: Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler (*Anılsı:1990*), 2. Bası, Ankara 1990, s. 95; **DOĞAN**, s. 400-401]. Bu görüşün taraflarına göre; alacağa ilişkin talep hakkı kullanılmışsa, garanti alan, alacağını serbestçe devredebilir. Buna karşılık; talep hakkı henüz kullanılmamışsa; garanti alacağı ile birlikte talep hakkının da devredilebilmesi için garanti verenin rıza göstermesi gerekir. Garanti veren, devre rıza göstermez ise; alacak devredilmiş fakat bu alacağa ilişkin talep hakkı garanti alacağını devreden kişide kalmış olur (**DOĞAN**, s. 401; **YENER COŞKUN**, s. 201. Karş. **KAHYAOĞLU**, s. 104). Bizim de katıldığımız görüşe göre; herhangi bir alacak gibi garanti alacağı da borçlunun rızasına gerek olmadan serbestçe devredilebilir. Bir alacak devredildiğinde, o alacağa ilişkin tahsilat yetkisi (talep hakkı) da devre konu olacağından; garanti alacağını talep hakkını ayrıca devretmeye gerek yoktur. Yani, garanti alacağını devralan, garanti verenin rızasından bağımsız olarak ödeme talebinde bulunmaya yetkilidir (**BARLAS**, s. 85; **ÜNLÜTEPE**, Mustafa: Banka Teminat Mektubundan Doğan Alacağın Devri ve Haczi, İBD 2012, C. LXXXVI, Sa. 3, s. 193). Kontrgaranti sözleşmesi, garanti niteliği haiz olduğu için; kontrgaranti alacağı devredildiğinde, kontrgaranti alacağını talep hakkı da kendiliğinden devralana geçecektir.

⁴⁴⁵ **REİSOĞLU**, Kontrgarantiler, s. 226.

⁴⁴⁶ **REİSOĞLU**, Kontrgarantiler, s. 227.

Kontrgaranti sözleşmesinde ödeme talebinin kontrgarantör bankanın merkezine ya da belirli bir şubesine yöneltileceği hüküm altına alınmışsa; bu hükme aykırı ödeme talebi, hukukî sonuç doğurmaz. Sözleşme metninde; bu konu hakkında bir belirleme yer almıyorsa bile, kontrgaranti sözleşmesinde düzenleme yeri zikredilmişse, ödeme talebinin kontrgarantör bankanın düzenleme yerindeki şubesine yöneltilmesi gerektiği savunulabilir⁴⁴⁷. Sözleşmede ödeme talebinin kontrgarantör bankaya nerede yöneltileceğine dair hiçbir hüküm yer almıyorsa⁴⁴⁸; bizim de tarafı olduğumuz görüşe göre; ödeme talebi, kontrgarantiyi düzenleyen şubeye yöneltilmelidir⁴⁴⁹. Zira bu şube dışındaki şubeler, kontrgaranti hakkında yeterli bilgiye sahip olmadığından; ödeme talebini gereği gibi inceleme olanağına sahip değildir. Diğer görüşü benimseyen yazarlar ise; bankanın şubelerinin, bankadan ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olmadığını belirterek ödeme talebinin herhangi bir şubeye yöneltilebileceğini ifade etmektedir⁴⁵⁰.

2. Talebin Yöneltilebileceği Süre

Kontrgaranti alan, kural olarak zamanaşımı süresi içinde kontrgarandan ödeme talebinde bulunabilir⁴⁵¹.

Kontrgaranti sözleşmesinde, ödeme talebinin ne zaman yöneltilebileceği hakkında bir hüküm mevcutsa; kontrgaranti alanın, bu süreye riayet etmesi gerekir. Mesela, söz-

⁴⁴⁷ CANBOLAT, s. 125.

⁴⁴⁸ Bu konuda bkz. TGİBK 14 (DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 346).

⁴⁴⁹ KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, s. 190; von WESTPHALEN, s. 176 vd.; DOHM, s. 100; BARLAS, s. 64; AKYOL, s. 186; ARAL, Banka ile Muhatap, s. 187; EMMENEGGER/ZBINDEN, s. 151.

⁴⁵⁰ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 262; YENER COŞKUN, s.147; GÜLER, s. 100-101.

⁴⁵¹ Kontrgaranti borcunun zamanaşımı hakkında yapılan açıklamalar için bkz. hemen aşağı. IV.2.

leşmede belirli bir tarihten önce ödeme talebinde bulunulamayacağı öngörülmüşse; bu tarihten önce kontrgarana yöneltilen ödeme talepleri, geçersizdir⁴⁵².

Ödeme talebi, varması gereken bir irade beyanı olduğundan; ödeme talebinin süresi içinde ulaştırılması, kontrgaranti alanın sorumluluğundadır. Dolayısıyla; ödeme talebinin posta yoluyla veya noter vasıtasıyla iletildiği hallerde, ödeme talebinin kontrgarana süresi içinde ulaşmaması riski, kontrgaranti alanın üzerindedir⁴⁵³.

İstisnasız tüm kontrgaranti sözleşmelerinde, kontrgaranti sorumluluğunun doğması, riskin belirli bir süreden önce gerçekleşmesine ya da belirli bir süre içinde riskin gerçekleşmesinin yanında bir de kontrgarandan ödeme talebinde bulunulmasına bağlanır⁴⁵⁴ (TBK 128/2). Süreli ya da vadeli kontrgaranti sözleşmeleri olarak ifade edilebilecek bu sözleşmeler kapsamında, kararlaştırılan süre içinde hem riskin gerçekleşmesi hem ödeme talebinde bulunulması gerektiği öngörülmüşse; kontrgaranti alan, süre⁴⁵⁵ içinde ödeme talebinde bulunmak zorundadır⁴⁵⁶. Aksi takdirde; risk gerçekleşmiş olsa bile kontrgaranti sorumluluğu doğmayacaktır⁴⁵⁷.

Kontrgaranti borcunun muaccel hale gelmesinin ödeme talebinde bulunulmasına bağlandığı, ilk talepte ödeme taahhüdü içeren süresiz kontrgaranti sözleşmelerinde; kontrgaranti borcunu muaccel hale getirme, dolayısıyla zamanaşımı süresini başlatma

⁴⁵² CANBOLAT, s. 127; GÜLER, s. 80.

⁴⁵³ DOHM, s. 99; von WESTPHALEN, s. 168; KOCAYUSUFPASAOĞLU, s. 164; ARAL, Banka ile Muhatap, s. 192; FISCHER, N. 133.

⁴⁵⁴ KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, s. 190; von WESTPHALEN, s. 167 vd.; DOHM, s. 99; REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 262; ZOBL, s. 47; NIELSEN, s. 2032.

⁴⁵⁵ Süre sonu tatil gününe denk geliyorsa, ödeme talebi ilk iş gününde de yapılabilir (DOHM, s. 99; ÖZALP, s. 37).

⁴⁵⁶ Kontrgaranti sözleşmesi için de emsal teşkil eden bir karar için bkz. 11. HD, 30.4.2001, 2001/2010 E. 2001/3690 K.: “[T]eminat mektubunun kesin ve 1 yıl süreli olarak düzenlendiği, sürenin 19.6.1999 tarihinde dolduğu, mektup metninde, yürürlük tarihinin bitimine kadar tazmin veya yenileme isteminde bulunulmadığı takdirde hükümsüz olacağı ve teminat mektubunu alıp işleme koyan muhatapın bu şartı kabul etmiş sayılacağına belirtildiği, B.K.110. maddesi gereğince sürenin dolması nedeniyle teminat mektubunun hükümsüz kaldığı (...).”

⁴⁵⁷ ÖZBOYACI, Alper: Banka Teminat Mektuplarında Ödeme Talebi ve Buna Bağlı Sonuçlar, THD 2009, C. V, Sa. 31, s. 49.

konusunda ipler kontrgaranti alanın elindedir. Eğer, bu taahhüdü içeren kontrgaranti sözleşmesinin, kontrgaranti alana risk gerçekleştikten sonra dilediği anda ödeme talebinde bulunma hakkı verdiği kabul edilirse; kontrgaranın hukukî durumu tamamıyla kontrgaranti alanın tasarrufunda olur ki; bu, kontrgaranın sözleşme vasıtasıyla kelepçelendiğini gösterir⁴⁵⁸. Ayrıca; kontrgaranti alan bankanın risk gerçekleştikten uzun bir süre sonra ödeme talebinde bulunarak kontrgaranti sorumluluğunun süresini uzatması, ne sözleşmeden doğan koruma yükümlülükleri ile ne de dürüstlük kuralıyla bağdaşır⁴⁵⁹. Dolayısıyla ödeme talebinde bulunmanın şekli muacceliyet şartı olarak düzenlendiği sözleşmelerde; kontrgaranti alanın, risk gerçekleştikten sonra makul süre içinde ödeme talebinde bulunması gerektiğini kabul etmek lazımdır⁴⁶⁰.

Mücbir sebebin, ödeme talebinin yöneltilebileceği süreye etkisi üzerinde de durmak gerekir⁴⁶¹. Süreli kontrgaranti sözleşmelerine dayanan ödeme taleplerinin, mücbir sebebin etkisiyle süresinde yapılamadığı durumda kontrgaranti borcunun sona erip ermeyeceği tartışmalıdır. Hâkim fikre⁴⁶² göre; garantiye sıkı sıkıya bağlılık ilkesi uyarınca -aksi kararlaştırılmamışsa- kontrgaranti şartlarında herhangi bir nedenle kendiliğinden ya da tek taraflı değişiklik yapılması mümkün değildir⁴⁶³. Bu itibarla; mücbir sebebin gerçekleşmesi sürenin kendiliğinden uzamasına sebep olmaz. Kontrgaranti alan, mücbir sebep gerçekleşse bile, süresinde ödeme talebinde bulunmalıdır. Bizim katıldığımız

⁴⁵⁸ BAŞPINAR, s. 21.

⁴⁵⁹ EREN, Genel Hükümler, s. 40; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 14.

⁴⁶⁰ İlk talepte ödeme taahhüdü ihtiva eden teminat mektupları söz konusu olduğunda, muhatabın risk gerçekleştikten sonra derhal ödeme talebinde bulunması gerektiği de ifade edilmektedir (CANBOLAT, s. 127).

⁴⁶¹ Mücbir sebep (*force majeure, höhöre Gewalt*); borcun ihlaline yol açan, öngörülemez ve kaçınılmaz dışsal olayları ifade eder. Hangi olayların mücbir sebep teşkil ettiğini önceden söylemek mümkün değildir, bir olayın mücbir sebep olup olmadığı konusu yalnızca somut olayın özellikleri ışığında aydınlatılabilir (EREN, Genel Hükümler, s. 557; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 418).

⁴⁶² CANARIS, s. 765; von WESTPHALEN, s. 168; DOHM, s. 99; ARAL, Banka ile Muhatap, s. 192; NIELSEN, s. 2033.

⁴⁶³ Ödeme talebinin yöneltilebileceği süre, ancak tarafların anlaşması halinde uzatılabilir (ZOBL, s. 48).

görüŖe⁴⁶⁴ göre ise; garantiye sıkı sıkıya baēlılık ilkesi, mücbir sebep halinde esnetilebilir. Öngörülen süre içinde riskin gerçekleşmesine karşı, kontrgaranti alan, mücbir sebep gerçekleştiēi için ödeme talebinde bulunamıyorsa; ona ödeme talebinde bulunabilmesi için mücbir sebebin sona erdiēi andan itibaren makul bir süre tanımak hakkaniyet gereēidir. Mücbir sebebin kontrgaranı etkilemesi sonucunda, ödeme talebinin süre içinde kontrgarana ulaşması imkânsız hale gelmiŖ olabilir. Mücbir sebepten ötürü kontrgarantör bankanın tüm şubelerini bir süreliğine kapatması, bu duruma örnek verilebilir⁴⁶⁵. Bu takdirde; ödeme talebinde bulunma süresinin, kontrgaranın kendisini etkileyen mücbir sebebin sona erdiēini kontrgaranti alana bildirdiēi andan itibaren işlemeye başlayacak makul sürenin sonuna kadar uzayacaēını kabul etmek icap eder⁴⁶⁶.

Yargıtay'ın önüne gelen bir olayda; çelik kasa içerisinde bulunan 26.8.2011 vadeli teminat mektubu 20.8.2011 tarihinde çalınmıŖ. Teminat mektubunun aslı bulunamayınca muhatap, ancak 19.9.2011 tarihinde ihtarname çekerek ödeme talebinde bulunabilmiŖtir. İlk derece mahkemesi, hırsızlık olayını mücbir sebep olarak deēerlendirmiŖ, mücbir sebebin gerçekleştiēi tarih ile ödeme talebinde bulunulduēu tarih arasında kalan sürenin makul olduēu, bu nedenle vadeden sonra yapılan ödeme talebinin geçerli olduēu sonucuna vararak muhatap lehine davanın kabulüne karar vermiŖtir. Temyiz talebi üzerine Yüksek Mahkeme, mücbir sebep deēerlendirmesine gitmeksizin teminat mektubunda belirtilen süre içinde ödeme talebinde bulunulması gerektiēi yönünde kayıt olduēu, muhatabın bu süre içinde bankaya müracaat etmediēi gerekçesiyle kararı bozmuŖ-

⁴⁶⁴ **DOēAN**, s. 439; **ACAR**, Faruk/**KUL**, Eyüp: Mücbir Sebeplerin Banka Teminat Mektuplarının Paraya Çevrilmesine Etkisi, İÜHFM 2020, C. LXXVIII, Sa. 3, s. 1382.

⁴⁶⁵ Mücbir sebep, kontrgarantör bankanın yalnızca ödeme talebinin yöneltileceēi şubesini etkilemiŖse, kontrgaranti alan, kontrgarantör bankanın merkezine ya da diēer şubelerine ödeme talebini yöneltebileceēinden, sürenin uzaması söz konusu olmayacaktır (**DOēAN**, s. 437).

⁴⁶⁶ **DOēAN**, s. 437; **ACAR/KUL**, s. 1382.

tur⁴⁶⁷. Yargıtay'ın bu kararının, garanti niteliği haiz tüm sözleşmeler için emsal teşkil ettiği ifade edilebilir.

Mücbir sebep, TGİBK 26 hükmünde düzenlenmiştir⁴⁶⁸. Hükme göre; muhatap, mücbir sebep etkisiyle, süresi içinde banka garantisine dayanarak ödeme talebinde bulunamamış ve mücbir sebebin etkili olduğu zaman aralığında garanti süresi sona ermişse; banka garantisi ve kontrgaranti süresi 30 takvim günü uzamış sayılır⁴⁶⁹. Eğer, mücbir sebep dolayısıyla kontrgarantiye dayanan ödeme talepleri, kontrgarana süresi içinde ulaştırılamamış ve mücbir sebebin etkili olduğu zaman aralığında kontrgaranti süresi bitmişse; kontrgaranti süresi, kontrgaranın mücbir sebebin sona erdiğini kontrgaranti alana bildirdiği tarihten itibaren işleyecek 30 takvim günü sonuna kadar uzar⁴⁷⁰.

3. Şekli ve İçeriği

A. Şekli

Ödeme talebinde bulunma, şekle bağlı bir hukukî işlem olmadığı için; kontrgaranti alan, ödeme talebini herhangi bir şekilde yöneltebilir. Kontrgaranti sözleşmesinde, ödeme talebi, belirli bir şekle bağlanmıyorsa; bu şeklin geçerlilik şekli olduğu fikri doktrinde hâkimdir⁴⁷¹. Bu itibarla, ödeme talebinde bulunurken sözleşmede öngörülen şekle uyulması gerekir. Aksi takdirde; ödeme talebi, hukukî sonuç doğurmaz.

⁴⁶⁷ 11. HD, 16.9.2013, 2012/18466 E. 2013/15800 K.

⁴⁶⁸ MTO tarafından yayımlanan mücbir sebebe ilişkin örnek madde metinleri için bkz. <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/04/icc-forcemajeure-hardship-clauses-march2020-tur.pdf> (E.T: 01.04.2022).

⁴⁶⁹ ÖZALP, s. 38; EKİCİ/DURUKANOĞLU, s. 248.

⁴⁷⁰ ÖZALP, s. 38; EKİCİ/DURUKANOĞLU, s. 249.

⁴⁷¹ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 249; AKYOL, s. 181; CANBOLAT, s. 128; YENER COŞKUN, s. 148; İspat şekli olduğuna ilişkin bkz. BARLAS, s. 63; ÖZBOYACI, s. 48. Sözleşmede ödeme talebine getirilen şeklin geçerlilik şekli olduğuna ilişkin görüşe Yargıtay'ın da katıldığı söylenebilir. Öyle ki; Yüksek Mahkeme, teminat mektubunu konu eden bir kararında (11. HD, 11.05.2009, 2008/265 E. 2009/5675 K.) aynen şu şekilde hüküm kurmuştur: “*Teminat mektuplarının metninde, genellikle bankanın yazılı*

Uygulamada, hemen tüm kontrgaranti sözleşmelerinde; ödeme talebinin, yazılı şekilde yapılması gerektiği hükme bağlanmaktadır⁴⁷². Söz konusu yazılı şeklin ise, adi yazılı şekil olduğu ifade edilmektedir⁴⁷³. Bununla beraber, özellikle bankalar arası kontrgaranti ilişkilerinde; teleks ya da telefaks ile veya SWIFT mesajlaşma ağı üzerinden ödeme talebinde bulunulabileceği de kararlaştırılmaktadır⁴⁷⁴. Kontrgaranti sözleşmesine TGİBK'nın uygulanacağı kararlaştırılmışsa; ödeme talebinin yazılı yapılması gerekir⁴⁷⁵.

Ödeme talebi, aksi kararlaştırılmamışsa, kontrgaranti sözleşmesinin kaleme alındığı dilde yöneltilmelidir⁴⁷⁶. Ayrıca, kontrgaranın, yerleşik bulunduğu ülkenin resmi dilinde yöneltilecek ödeme talebini anlayabileceğinden hareketle; ödeme talebinin, kontrgaranın yerleşik bulunduğu ülkenin resmi dilinde de yöneltilebileceğini kabul etmek gerekir⁴⁷⁷. Örneğin, Fransa'da yerleşik kontrgarana, kontrgaranti sözleşmesi İngilizce dilinde kaleme alınmış olsa bile, Fransızca dilinde ödeme talebi yöneltilebilir. Hemen belirtelim; uygulamada, kontrgaratiye dayanan ödeme talepleri, çoğunlukla İngilizce dilinde yöneltilmektedir⁴⁷⁸.

talebi üzerine ödeme yapılabileceği kabul edilmektedir. Dolayısıyla, muhatabın tazmin talebinin yazılı olması gereklidir. Sözlü tazmin talebinde bulunulması halinde, bankanın ödeme yükümü doğmayacak, ödeme talebi reddedilecektir. (...) Sözlü tazmin talebinde bulunulduğunda, banka ödemedenden kaçınır ise bu halde borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlerin uygulanması söz konusu olamaz. Çünkü bu halde usulüne uygun bir ödeme talebi yoktur."

⁴⁷² KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, s. 189; DOHM, s. 98; von WESTPHALEN, s. 163; ZOBL, s. 47.

⁴⁷³ CANBOLAT, s. 128; YENER COŞKUN, s. 148.

⁴⁷⁴ NIELSEN, s. 34; ARAL, Banka ile Muhatap, s. 187 vd.

⁴⁷⁵ ÖZALP, s. 24-25.

⁴⁷⁶ von WESTPHALEN, s. 166; EMMENEGGER/ZBINDEN, s. 152; FISCHER, N. 124.

⁴⁷⁷ von WESTPHALEN, s. 166.

⁴⁷⁸ SAMHAT, (J) N. 112.

Öte yandan; ödeme talebinde bulunulurken açık ve anlaşılır bir dil kullanılmaya özen gösterilmeli, yanlış anlamaya yol açabilecek dolaylı ve kapalı ifadelerin kullanımı-
mından kaçınılmalıdır⁴⁷⁹.

B. İçeriği

a. Riskin Gerçekleştiğinin Bildirilmesi

Kontrgaranti borcunun talep edilebilir hale gelmesi için, daima kontrgaranti sözleşmesine konu riskin gerçekleşmesi gerekir. Bu sebeple, risk gerçekleşmeden yöneltile-
len ödeme talepleri, geçersizdir. Acaba, ödeme talebinde riskin gerçekleştiğinin belir-
tilmesi gerekir mi? Doktrinde bu soruya iki farklı yanıt verilmektedir:

Bir görüşe göre; kontrgaranti alan, ödeme talebinde bulunduğunda zımnen riskin gerçekleştiğini de ortaya koymuş olur⁴⁸⁰. Çünkü, ödeme talebinin içeriğinde doğası gereği riskin gerçekleştiği iddiası bulunur. Bu görüşü savunan yazarlara göre; ödeme talebinde bulunurken riskin gerçekleştiğini iddia etmek zorunlu değildir⁴⁸¹. Kontrgaranti alanın, kontrgaranti bedelini talep etmesi yeterli ve geçerlidir. Aksi görüşü benimseyen yazarlar ise; kontrgaranti alacağının nüvesindeki talep hakkının akıbetinin, riske bağlı olduğunu, bu sebeple kontrgaranti alanın ödeme talebinde bulunurken talep hakkının doğduğunu (riskin gerçekleştiğini) ileri sürmesi gerektiğini savunmaktadır⁴⁸². Kanaati-
mizce “ödeme talebinde bulunulduğuna göre risk gerçekleşmiştir” gibi önkabuller her

⁴⁷⁹ von WESTPHALEN, s. 167. Bu hususta bkz. BGH, 10.10.2000-XI ZR 344/99 [NJW 2001 (4) s. 282].

⁴⁸⁰ GÜLER, s. 90.

⁴⁸¹ KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, s. 171; von WESTPHALEN, s. 178 vd.; DOHM, s. 101; KAYA, s. 228; ARAL, Banka ile Muhatap, s. 191; GÜLER, s. 90.

⁴⁸² CANARIS, s. 767-768; REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 250 vd.; TEKİNALP, N. 39-137; ARKAN, s. 62; AKYOL, s. 183; KOSTAKOĞLU, s. 214; CANBOLAT, s. 129; YENER COŞKUN, s. 151; DURMAZ, s. 163.

zaman doğru sonuçlar vermeyebilir⁴⁸³. Nitekim, taraflar arasında birden çok kontrgaranti ilişkisi ya da umumi kontrgaranti ilişkisi söz konusu ise; hangi riskin gerçekleştiğine ilişkin bir bilgi içermeyen yalnızca *ödeyiniz* ifadesini içeren bir talep kabul edilemez. Bu itibarla; kontrgaranti alan, ödeme talebinde bulunurken kontrgaranti sözleşmesine konu riski ve bu riskin gerçekleştiğini belirtmelidir.

Yargıtay'ın iki yönde de kararı mevcuttur. Yüksek Mahkeme, bir kararında riskin gerçekleştiği yönünde bir açıklama içermeyen ödeme talebinin usulüne uygun olmadığı sonucuna varmıştır⁴⁸⁴. Başka bir kararında ise Yüksek Mahkeme, "*ödeme yükümlünün doğması için [ödeme] talebinin usulüne uygun olması gerektiği, en azından riskin oluştuğunun (...) beyan edilmesi gerektiği*" yönündeki ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur⁴⁸⁵.

TGİBK 15 hükmüne göre; kontrgaranti sözleşmesine dayanan ödeme taleplerinin, kural olarak ödeme talebini destekleyen bir beyanla beraber yapılması gerekir⁴⁸⁶. Kontrgaranti alanın yöneltildiği garanti veya başka bir kontrgaranti ilişkisi kapsamında; kontrgaranti alana sözleşmeye uygun bir ödeme talebi yöneltildiğini ve bu talebin yerine getirildiğini gösteren kontrgaranti alan tarafından yapılan beyan; kontrgaranti sözleşmesine dayanan ödeme talebini destekleyici beyandır⁴⁸⁷.

⁴⁸³ "Risk gerçekleşti ki ödeme talebinde bulunuldu."

⁴⁸⁴ 11. HD, 7.11.1983, 1983/4834 E. 1983/4828 K. (REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 251). Aynı yönde bkz. 11. HD, 22.10.2012, 2011/9238 E. 2012/16721 K.: "[T]eminat mektubunun tazmini talebinde, muhatabın mutlaka lehdarın, teminat mektubu ile garanti edilen yükümlülüğünü yerine getirmediğini belirtmesi gerekmesine ve muhatabın bankaya yazdığı rizikonun gerçekleştiği açıklamasını içermeyen soyut yazının yeterli olmamasına göre (...)."

⁴⁸⁵ 11. HD, 2.11.1993, 1993/5977 E. 1993/7001 K. (BATİDER 1993, C. XVII, Sa. 2, s. 131 vd.).

⁴⁸⁶ ÖZALP, s. 26-27; EKİCİ/DURUKANOĞLU, s. 234; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 347.

⁴⁸⁷ ÖZALP, s. 26; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 281.

b. Riskin Gerçekleştiğinin İspatı

İddia edenin, iddiasını ispatlamakla yükümlü olduğu yolundaki genel hukuk ilkesi (TMK 6) gereğince; kontrgaranti alan, kural olarak hem riskin gerçekleştiğini belirtmeli hem de riskin gerçekleştiğine dair kanıtları kontrgarana sunmalıdır⁴⁸⁸. Neredeyse tüm kontrgaranti sözleşmelerine konu risk, banka garantisi veya başka bir kontrgaranti ilişkisine girilmesi sonucunda kontrgaranti alanın malvarlığında eksilme olmasıdır. Bu itibarla, kontrgaranti alan tarafından sunulacak, kontrgaranti sözleşmesi kapsamında üstlenilen riskin gerçekleştiğini gösteren kanıtlar arasında; garanti kapsamında muhataba, kontrgaranti kapsamında diğer bir kontrgaranti alana ödeme yapıldığını gösteren bu kişilerce imzalı belgeler ile garanti veya kontrgaranti bedelinin hesaben ödendiğini gösteren, kontrgaranti sözleşmesine yabancı bir bankanın kayıtları sayılabilir. Kontrgaranti sözleşmesinde; girilecek garanti veya kontrgaranti ilişkisi dolayısıyla yapılan masrafların da ispat edilmesi gerektiği hükme bağlanmışsa; kontrgaranti alanın, yaptığı masrafları fiş, fatura vb. bir belge ile ispat edebileceğini kabul etmek gerekir.

Diğer taraftan, ilk talepte ödeme taahhüdü içeren kontrgaranti sözleşmeleri söz konusu olduğunda; kontrgaranti alanın, kural olarak riskin gerçekleştiğini belirtmesinin yeterli olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu tür kontrgaranti sözleşmelerinde, kontrgaranti alanın, riskin gerçekleştiğini kanıtlaması gerekmez⁴⁸⁹. Meğerki; kontrgaranti metninde, efektif kaydı bulunsun⁴⁹⁰.

Emareler vasıtasıyla da riskin gerçekleştiğinin ispatı mümkündür⁴⁹¹.

⁴⁸⁸ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C.II, s. 858; KAHYAOĞLU, s. 27; YENER COŞKUN, s. 160.

⁴⁸⁹ CANARIS, s. 767; TEKİNALP, N. 39-137; KAYA, s. 228. TEOMAN, Ömer: Yaşayan Ticaret Hukuku, İstanbul 2003, C. I., Kitap 10, s. 235. NOBBE, N. 50.

⁴⁹⁰ Efektif kaydına ilişkin bkz. hemen yuk. I.3.

⁴⁹¹ TEKİNALP, N. 39-121.

c. Ödenmesi İstenen Tutar

Ödeme talebinde, ödenmesi istenen tutarın açık ve kesin bir şekilde belirtilmesi gerekir⁴⁹². Kontrgaranti edimi sınırlanmışsa; ödenmesi istenen miktarın, bu sınırı aşamayacağını da belirtelim⁴⁹³.

d. Ödeme Talebi ile Birlikte Sunulacak Belgeler

Kontrgaranti sözleşmesinde, ödeme talebi ile birlikte belirli belgelerin sunulması gerektiği hükme bağlanmışsa; geçerli bir ödeme talebinden bahsedilmek için, ödeme talebinde bulunurken bu belgelerin sunulması şarttır⁴⁹⁴. Garantiye sıkı sıkıya bağlılık ilkesi gereği; kontrgaranti alanın, söz konusu belgelerin fotokopisini ya da onaylı örneğini değil, aslını sunması gerekir⁴⁹⁵.

Kontrgaranti sözleşmesinde kararlaştırılan belgeler dışındaki belgeler, sözleşmede belirtilen belgelerle aynı işleve sahip olsa dahi kabul edilemez. Ayrıca kontrgaranti alan, sözleşmede kararlaştırılan belgeleri eksiksiz bir şekilde sunmalıdır.

4. İncelenmesi

Kontrgaranın ödeme yükümlülüğü, ancak kendisine kontrgaranti sözleşmesine uygun bir ödeme talebi yöneltildiğinde doğar⁴⁹⁶. Başka bir deyişle; kontrgaran, usulüne

⁴⁹² KOSTAKOĞLU, s. 214; CANBOLAT, s. 129; GÜLER, s. 91; DURMAZ, s. 191. Bir görüşe göre; ödeme talebinde tutar belirtilmesine gerek yoktur. Şayet tutar belirtilmemişse; kontrgaranti alanın, kontrgaranti sözleşmesinde kararlaştırılan en üst miktarı talep ettiğini kabul etmek gerekir (DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 215).

⁴⁹³ Kontrgaranti borcunun kapsamının sınırlanması hakk. bkz. hemen yuk. I.2.B.

⁴⁹⁴ ZOBL, s. 37; ARAL, Banka ile Muhatap, s. 191; GÜLER, s. 98.

⁴⁹⁵ NIELSEN, s. 2034; FISCHER, N. 125; EBENROTH/BOUJONG/JOOST/STROHN, N. 360.

⁴⁹⁶ DOĞAN, s. 511; YENER COŞKUN, s. 146.

uygun olmayan ve/veya haksız bir ödeme talebiyle karşılaştığında ödeme yapmak zorunda değildir. Ödeme talebinin sözleşmeye uygun olup olmadığı ve dolayısıyla ödeme yükümlülüğünün doğup doğmadığı, kontrgaranın ödeme talebi ve varsa beraberindeki belgeler üzerinde yapacağı inceleme sonunda netlik kazanır.

Garantiye sıkı sıkıya bağlılık ilkesi uyarınca, ödeme talebi ve kontrgaranti sözleşmesi hükümleri arasında tam bir uyum olmalıdır. Bu uyumun olup olmadığını denetleme yetkisi ise, kontrgarana aittir. Ödeme talebini inceleme, kontrgaran açısından çoğu zaman hem bir yetki hem de kontrgaranın tarafı olduğu başka bir ilişkiden doğan bir yükümlülüktür. Şöyle ki; kontrgaran, bir iş görme sözleşmesi, bilhassa karşılık ilişkisi çerçevesinde aldığı talimat doğrultusunda kontrgaranti vermişse⁴⁹⁷; kontrgarantiye dayanılarak kendisinden ödeme talep edildiğinde, (talimat verene karşı) bu ödeme talebinin kontrgaranti sözleşmesine uygun olup olmadığını incelemekle yükümlü olur⁴⁹⁸. Bu yükümlülüğün ihlâli sonucunda ortaya çıkan zarardan kontrgaran, talimat verenine karşı sorumludur (TBK 505/2). Ayrıca, karşılık ilişkisi kapsamında talimat alan kontrgaran, ödeme talebini inceleme yükümlülüğünü ihlâl ederek kontrgaranti alana ödeme yaparsa, ödediği kontrgaranti bedelini TBK 510/1 hükmüne dayanarak talimat verenden isteme hakkını da yitirir⁴⁹⁹.

Kontrgaran, ödeme talebi ve beraberindeki belgeler üzerinde inceleme yaparken makul bir özen göstermelidir⁵⁰⁰. Makul özenin derecesini, her bir somut olayda sözleşme hükümlerini dikkate alarak ayrıca belirlemek gerekir.

⁴⁹⁷ Örneğin, kontrgarantör banka ile lehtar arasındaki ilişki.

⁴⁹⁸ **CANARIS**, s. 751; **KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI**, s. 167; **DOHM**, s. 82; **TEKİNALP**, N. 39-120 vd.; **DOĞAN**, s. 317; **ARAL**, Lehtar ile Banka, s. 195; **CANBOLAT**, s. 136 vd.

⁴⁹⁹ **GUGGENHEIM**, s. 158; **YENER COŞKUN**, s. 146.

⁵⁰⁰ **von WESTPHALEN**, s. 160; **ARKAN**, s. 68; **DOĞAN**, s. 498; **YENER COŞKUN**, s. 145.

A. İncelemenin Kapsamı ve Ölçüsü

Ödeme talebi ve beraberinde sunulan belgeler üzerinde ne derecede bir inceleme yapılacağı ve yapılacak incelemenin kapsamı kontrgaranti sözleşmesi hükümlerine göre belirlenir.

İnceleme; sadece kontrgaranti sözleşmesine göre kontrgarana incelemesi için sunulması gereken belgeler, (riskin gerçekleştiğini gösteren) kanıtlar ile ödeme talebinin içeriği üzerinde yapılır⁵⁰¹. Bu itibarla; kontrgaran, kural olarak inceleme kapsamını aşarak kontrgaranti sözleşmesine göre sunulması gerekmeyen bir belgenin veya delilin sunulmasını isteyemez⁵⁰².

İlk talepte ödeme taahhütlü garanti ve kontrgaranti sözleşmelerinde; ödeme, riskin gerçekleştiğinin ispatına bağlı değildir⁵⁰³. Bu nedenle, bu tür sözleşmeler çerçevesinde yöneltilen ödeme talepleri, kural olarak yalnızca şekli yönden incelenir⁵⁰⁴. Şekli inceleme kapsamında; ödeme talebi vekil ya da temsilci vasıtasıyla yöneltilmişse bu kişilerin yetkili olup olmadığı⁵⁰⁵, ödeme talebinin şekle uygun olup olmadığı⁵⁰⁶, ödeme talebi

⁵⁰¹ **TEKİNALP**, N. 39-121; **DOHM**, s. 102; **DEVELİOĞLU**, Bağımsız Garanti, s. 214.

⁵⁰² **TEKİNALP**, N. 39-121.

⁵⁰³ Bu konuda bkz. hemen yuk. II.3.B.b.

⁵⁰⁴ **DOĞAN**, s. 300; **KAHYAOĞLU**, s. 63; **ÖZBEK**, s. 54; **CANBOLAT**, s. 137; **YENER COŞKUN**, s. 161; **YASAN**, Mustafa: İlk Talepte Ödeme Kayıtlı Teminat Mektuplarında Bankanın Tazmin Talebini İnceleme Yükümlülüğünün Sınırları, EÜHFD 2012, C. VII, Sa. 1-2, s. 55; **DURMAZ**, s. 173. Bu konuda bkz. HGK, 28.11.2007, 2007/11-852 E. 2007/892 K. (**KOSTAKOĞLU**, s. 238): “[İ]lk talepte ödeme kaydını havi banka teminat mektuplarında banka, muhatapın talebi üzerine herhangi bir itiraza mahal vermeden ve muhataptan teminat mektubuna dayanarak talepte bulunma hakkının olduğunu ispat etmesine gerek kalmadan ödeme yapmayı taahhüt etmektedir. Kural olarak ilk talepte ödeme kaydını havi banka teminat mektuplarında banka, yalnızca şekli manada inceleme yetkisini haiz olup, esasa ilişkin herhangi bir inceleme yapma hak ve yetkisini haiz değildir.” Aynı yönde kararlar için bkz. 11. HD, 25.10.2010, 2009/3511 E. 2010/10747 K. (**LALE**, s. 155); 15. HD, 14.11.2018, 2018/2476 E. 2018/4486 K.: “Banka teminat mektubu ilk talepte kaydını içermekte olup, muhatap bankadan ödeme talebinde bulunduğu anda, banka sadece şekli manada bir inceleme yapabilecek olup, riskin gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda esasa dair inceleme yapamayacağı gibi (...)”

⁵⁰⁵ **von WESTPHALEN**, s. 156; **KAHYAOĞLU**, s. 63; **ARAL**, Banka ile Muhatap, s. 194; **GÜLER**, s. 103.

⁵⁰⁶ **DEVELİOĞLU**, Bağımsız Garanti, s. 212.

süreye bağlanmışsa süre içinde ödeme talebinde bulunulup bulunulmadığı⁵⁰⁷ incelenecektir.

Kontrgaranti sözleşmesinde, ödeme talebi ile birlikte birtakım belgelerin de sunulması gerektiği öngörülmüşse; kontrgaranın, hem ödeme talebini hem de bu belgeleri incelemesi gerekir. Sözleşmede kontrgarana birden çok belgenin sunulacağı kararlaştırılmışsa; kontrgaran, öncelikle bu belgelerin tamamının sunulup sunulmadığını inceleyecektir⁵⁰⁸. Belgelerden biri veya birkaçı eksikse, ödeme talebinin geri çevrilmesi gerekir. Sunulması gereken belgelerin eksiksiz bir şekilde sunulduğu kanaatine vardıktan sonra; kontrgaran, söz konusu belgeleri dış görünüş itibariyle bir incelemeye tâbi tutacaktır⁵⁰⁹. Dış görünüş itibariyle incelemeden kasıt; yalnızca bu belgelerin kontrgaranti sözleşmesinde öngörüldüğü şekil ve içeriğe sahip olup olmadığı yönünden incelenmesidir, yoksa kontrgaranın, sunulan belgelerin doğruluğunu veya yerindeliliği inceleme yetkisi yoktur⁵¹⁰. Hemen belirtelim; kontrgaranti alan tarafından sunulan belgeler arasında tam bir uyumun olması gerekmezse de, bu belgelerin birbiriyle çelişmemesi gerekir⁵¹¹.

Riskin gerçekleştiğinin ispatı şartıyla ödemenin yapılacağı kararlaştırılan adı kontrgaranti sözleşmelerine ve efektif kaydı içeren kontrgaranti sözleşmelerine dayanarak ödeme talebinde bulunulmuşsa; kontrgaran, kendisine sunulan riskin gerçekleştiğine ilişkin kanıtları da inceleyecektir⁵¹². Bu halde, kontrgarandan kendisine sunulan kanıtlar üzerinde riskin gerçekleşip gerçekleşmediği yolunda maddi bir değerlendirme yapması beklenir⁵¹³. Kontrgaran tarafından yalnızca garanti ya da diğer bir kontrgaranti sözleşmesi kapsamında ödeme yapıldığını gösteren kanıtlar incelenecektir. Buna karşı-

⁵⁰⁷ ARAL, Banka ile Muhatap, s. 194.

⁵⁰⁸ von WESTPHALEN, s. 190; NIELSEN, s. 2036.

⁵⁰⁹ von WESTPHALEN, s. 190; NIELSEN, s. 2035; ARKAN, s. 68; DOĞAN, s. 500.

⁵¹⁰ DOĞAN, s. 500; YENER COŞKUN, s. 157.

⁵¹¹ von WESTPHALEN, s. 191; NIELSEN, s. 2036; DOĞAN, s. 501.

⁵¹² TEKİNALP, N. 39-121; KAHYAOĞLU, s. 65; CANBOLAT, s. 137.

⁵¹³ Sunulabilecek kanıt örnekleri için yuk. bkz. II.3.B.b.

lık, kontrgaranti alana, kural olarak garanti ya da diğer bir kontrgaranti sözleşmesi kapsamında usulüne uygun bir ödeme talebi yöneltilip yöneltmediği inceleme konusu yapılmayacaktır⁵¹⁴. Şu halde kontrgaranın; kontrgaranti alanın, tarafı olduğu garanti veya kontrgaranti sözleşmesi çerçevesinde ona yöneltilen ödeme talebini sözleşmeye ve yerleşik bulunduğu ülke hukukuna göre özenle inceleyerek geçerli olduğuna kanaat getirdiğine güvenmesi gerekir⁵¹⁵. Bu, esasen kontrgaran ile kontrgaranti alan arasındaki ilişkinin, bilhassa dolaylı banka garantisinde bankalar arasındaki ilişkinin güven yoğun bir ilişki olmasından ileri gelir⁵¹⁶. Elbette, kontrgaran, kontrgaranti alanın talep hakkını kötüye kullandığına ilişkin likit kanıtlara sahipse; artık kontrgaranın kontrgaranti alana ödeme yapması için, kontrgaranti alanın kendisine yöneltilen ödeme talebinin usulüne uygun olduğunu ispat etmesi gerekir⁵¹⁷.

B. İnceleme Süresi

Ödeme talebi ve beraberindeki belgelerin hangi süre içinde inceleneceği, kontrgaranti sözleşmesinde öngörülebilir. Bu halde, kontrgaran, kararlaştırılan süre içinde hem ödeme talebini ve varsa diğer belgeleri inceleyerek ödeme veya ödememe yönünde bir karara varmalı hem de bu kararını kontrgaranti alana bildirmelidir⁵¹⁸. Şayet, sözleşmede ödeme talebinin incelenmesi için herhangi bir süre tespit edilmemişse; kontrgarana, kontrgaranti sözleşmesi hükümlerini dikkate alarak makul bir süre tanımak uygun olacaktır⁵¹⁹. Makul sürenin uzunluğu hakkında, kesin bir şey söylemek mümkün değildir,

⁵¹⁴ von WESTPHALEN, s. 263; NIELSEN, s. 2044; DOHM, s. 129; FISCHER, N. 182; DOĞAN, s. 317.

⁵¹⁵ von WESTPHALEN, s. 263; NIELSEN, s. 2044; FISCHER, N. 182; DOĞAN, s. 317.

⁵¹⁶ von WESTPHALEN, s. 263; DOĞAN, s. 317.

⁵¹⁷ von WESTPHALEN, s. 263.

⁵¹⁸ ÖZALP, s. 30; EKİCİ/DURUKANOĞLU, s. 241; CANBOLAT, s. 138.

⁵¹⁹ KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, s. 168; DOHM, s. 105; ARKAN, s. 60; DOĞAN, s. 505; NOBBE, N. 51.

sözleşme hükümlerine ve incelenmesi gereken belgelerin niteliğine ya da kontrgaranti alacağının miktarına göre bir değerlendirme yapmak daha doğru sonuçlar verir⁵²⁰.

Gerçekten de; ilk talepte derhal ödeme taahhütlü kontrgaranti sözleşmeleri söz konusu olduğunda; şekli bir inceleme yapmakla yetinileceği için; kontrgarana, kural olarak ödeme talebini incelemesi için çok uzun bir süre tanımaya gerek yoktur⁵²¹. Buna karşılık; adi kontrgaranti sözleşmeleri ile ödeme talebi ile birlikte birtakım evrakın sunulmasını şart koşan kontrgaranti sözleşmelerine dayanan ödeme taleplerini incelemesi için; kontrgarana birkaç gün verilmesi gerekebilir.

TGİBK 20 hükmüne göre; ödeme talebi, kontrgaran tarafından beş iş günü içinde incelenmeli ve karar bağlanmalıdır⁵²². Bu beş iş günlük süre, kontrgaranti sözleşmesinin içeriği veya türünden bağımsız bir şekilde tespit edilmiştir. Dolayısıyla, ister adi kontrgaranti sözleşmesi ister ilk talepte ödeme taahhütlü kontrgaranti sözleşmesi söz konusu olsun, ödeme talebini incelemesi için kontrgarana beş iş günü süre verilir⁵²³. Ancak bu, her halde kontrgaranın bu süreyi sonuna kadar kullanabileceği anlamına gelmez⁵²⁴. Kontrgaran, ödeme talebini süratle incelemeli ve bir karara varmalıdır.

5. Kontrgaranti Alana Karşı İleri Sürülebilecek Defi ve İtirazlar

Kontrgaranti sözleşmesi, kefalet vb. fer'i nitelikli sözleşmelerin aksine hukukî bağımsızlığa sahiptir⁵²⁵. Bu nedenle; kontrgaran, kural olarak ödeme talebinde bulunan

⁵²⁰ KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, s. 168; DOĞAN, s. 505. Bazı yazarlar; kontrgarana ödeme talebini incelemesi için üç iş gününe kadar süre verilebileceğini ifade etmektedir. (DOHM, s. 105; FISCHER, N. 140).

⁵²¹ DOĞAN, s. 506.

⁵²² ÖZALP, s. 30; EKİCİ/DURUKANOĞLU, s. 240.

⁵²³ DOĞAN, s. 504.

⁵²⁴ EKİCİ/DURUKANOĞLU, s. 241.

⁵²⁵ Kontrgaranti sözleşmesinin bağımsızlık unsuru hakk. bkz. yuk. Birinci Bölüm, III.4.

kontrgaranti alana karşı yalnızca kontrgaranti sözleşmesinden kaynaklanan defi ve itirazları ileri sürme hakkına sahiptir⁵²⁶. Esas itibariyle; kontrgaranın, kontrgarana ait olmayan ve kontrgaranti sözleşmesi dışındaki başka bir hukukî ilişkiden doğan defi ve itirazları kontrgaranti alana karşı ileri sürmesine, sözleşmenin nispiliği ilkesi de engeldir⁵²⁷. Dolayısıyla; kontrgaranın tarafı olduğu karşılık ilişkisi ya da başka bir kontrgaranti ilişkisi kapsamında doğan defi ve itirazlar, kontrgaran tarafından ileri sürülemez⁵²⁸. Mesela kontrgarantör banka; kendi kontrgaranının talep edilmesine rağmen nakit depo etmediğini ya da ödemelerini tatil ettiğini, bu sebeple ödediği kontrgaranti bedelini kendi kontrgaranına rücu edememe riskinin arttığını ileri sürerek ödeme talebini geri çeviremez.

Kontrgaranti sözleşmesi ve varsa kapsamında kontrgaranın kontrgaranti verme talimatını aldığı vekâlet sözleşmesi (karşılık ilişkisi) birlikte değerlendirildiğinde; kontrgaran için, kontrgaranti alana defi ve itirazları ileri sürerek ödemediğinden kaçınma hem bir haktır hem de (talimat verene karşı) bir yükümlülüktür⁵²⁹.

Kontrgaranti alana karşı ileri sürülebilecek defi ve itirazlar, beş grupta incelenebilir: Kontrgaranti sözleşmesinin geçersizliğinden kaynaklanan itirazlar, ödeme talebinin kontrgaranti sözleşmesine aykırı olduğuna ilişkin defi ve itirazlar, kontrgaranti borcu-

⁵²⁶ **KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI**, s. 172; **SAMHAT**, (J) N. 133; **ARAL**, Banka ile Muhatap, s. 198.

Kontrgaranti sözleşmelerinde çoğunlukla, tıpkı teminat mektuplarında olduğu gibi, ilk talepte derhal kayıtsız şartsız defi ve itiraz ileri sürmeksizin ödeme taahhüdü mevcuttur. Bu taahhüt, kontrgaran tarafından hiçbir defi ve itiraz ileri sürülemeyeceği ya da kontrgaranın peşinen defi ve itiraz ileri sürme hakkından feragat ettiği anlamına gelmez. Sözleşmeye “defi ve itiraz ileri sürmeksizin ödeme yapılacağı” şeklindeki hükmün konulma amacı, sözleşmenin bağımsızlık unsurunu pekiştirmek ve kefalet gibi fer’i sözleşmelerden uzaklaştırmaktır. Bununla birlikte; bu hükümle, kontrgaranın yalnızca doğrudan doğruya kendisine ait olan defi ve itirazları ileri sürülebileceği vurgulanmaktadır (**KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI**, s. 172). Hemen belirtelim; kontrgaranti sözleşmesinde belirli bir defiden feragat edildiği yolunda bir hüküm bulunabilir. Bu halde, artık kontrgaranın o defiyi kontrgaranti alana karşı ileri sürmeyeceğini kabul etmek gerekir. (**KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI**, s. 172; **ARAL**, Muhatap ile Banka, s. 198-199).

⁵²⁷ **DOHM**, s. 108; **ZOBL**, s. 39; **EBENROTH/BOUJONG/JOOST/STROHN**, N. 372.

⁵²⁸ **TEKİNALP**, N. 39-138; **FISCHER**, N. 160; **DEVELİOĞLU**, Bağımsız Garanti, s. 257.

⁵²⁹ **CANARIS**, s. 779; **GUGGENHEIM**, s. 158.

nun sona ermesine ya da zamanaşımına uğramasına dayanan defi ve itirazlar, talep hakkının kötüye kullanıldığı yönündeki itiraz ve riskin gerçekleşmediği itirazı.

Kontrgaranti sözleşmesi herhangi bir sebeple geçersiz ise; kontrgaran, bu geçersizliğe dayanarak ödeme talebini reddetme imkânına sahiptir⁵³⁰. Örneğin; kontrgaranti sözleşmesinin şekle aykırılık sebebiyle geçersizliği söz konusu olduğunda (TBK 12/2), kontrgaran, bu geçersizliği ileri sürerek ödeme talebini reddedebilir. Ne var ki; kontrgaranti sözleşmesinin geçersizliğine dayanan itirazlara, uygulamada pek rastlanılmaz⁵³¹. Zira, kontrgaranti sözleşmesinin bir tarafı daima bir bankadır; banka, sözleşmenin geçersizliğinin söz konusu olmaması için üst düzey bir özen gösterir.

Ödeme talebi, kontrgaranti sözleşmesi hükümlerine aykırı ise; kontrgaran, bu aykırılığa dayanarak ödeme yapmaktan kaçınabilir. Mesela, süreye bağlı olmasına rağmen ödeme talebi süresi içinde yöneltilmemişse veya belirli bir şekilde yöneltilmesi gereken ödeme talebi şekle aykırı yöneltilmişse; bu aykırılıklardan doğan defi ve itirazlar kontr-

⁵³⁰ **NOBBE**, N. 56; **FISCHER**, N. 151; **SAMHAT**, (J) N. 55; **DEVELİOĞLU**, Bağımsız Garanti, s. 264.

Emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan kontrgaranti sözleşmeleri geçersizdir (TBK 27). Aynı şekilde; sözleşme yetkisiz temsilci tarafından imzalanmışsa ve kontrgaran bu hukukî işlemi onamazsa, geçerli bir kontrgaranti sözleşmesinden bahsedilemez (TBK 46). Ayrıca, sözleşmenin kurulması aşamasında irade sakatlığı söz konusu ise; kontrgaran -kanuni şartlar da mevcutsa- süresi içinde sözleşmeyi iptal edebilir. Bu gibi hallerde; kontrgaran, ödeme talebinde bulunan kontrgaranti alana karşı, kontrgaranti sözleşmesinin geçersizliğine ilişkin itirazı ileri sürerek ödeme talebini reddetme olanağına sahiptir. Bu bağlamda şu hususu vurgulamak gerekir: Kontrgarantör banka, tâbi olduğu kredi sınırını aşarak lehtardan aldığı talimatla garantör banka ile kontrgaranti sözleşmesi akdettiği durumda; kredi sınırı aşıldığı için kontrgaranti sözleşmesi geçersiz hale gelmez. Dolayısıyla, kontrgarantör banka, bu halde sözleşmenin geçersizliğine ilişkin bir itiraza sahip değildir (**ARKAN**, s. 71; **KAHYAOĞLU**, s. 77). Nitekim Yargıtay, bu konuya ilişkin önüne gelen bir uyuşmazlıkta; “ (...) bankaların verebilecekleri teminat mektuplarının limiti, fiilen tahsis edilmiş sermayesi ile ihtiyat akçelerinin yekûnunun %10'u ile sınırlandırılmış bulunmaktadır. Ne var ki anılan bu hükümler birer güvence kurumu olan bankaların yasaların himayesinde halktan topladıkları mevduatı, kendi ticari teşebbüslerinde kullanmalarını ve bankaların bu gibi teşebbüslerin özel finansman kaynağı gibi hareket etmelerini önleme amacına yönelik olarak konulmuş bulunmaktadır. Bunun dışında bankalar[ın] iç ilişkileriyle ilişkili olarak kredi limitlerinin üzerine çıkılarak verdikleri (...) bu teminat mektuplarının geçersiz olduğunu ileri [sürebileceklerinin] kabulü objektif iyi niyet kuralları bakımından mümkün değildir. (...) Diğer bir deyişle, bankaları kanunla konulan yükümlülüklerle riayet [etmemekten] dolayı sorumluluktan kurtulmaları ve bu gibi işlemlerle bağlı olmadıklarını talep edebilmeleri yasaların amacına ters düşen bir sonuç doğurur ki, böyle bir sonuç bugünkü hukuk biliminde ve mahkeme içtihatlarında benimsenen yorum ilkelere aykırı olduğundan ekonomik hayatın özelliği dikkate alındığında kabulü ve benimsenmesi doğru olamaz” şeklinde hüküm kurmak suretiyle konuya açıklık getirmiştir (11. HD, 10.11.1983, 1983/3351 E. 1983/4207 K.).

⁵³¹ **FISCHER**, N. 151.

garan tarafından ileri sürülebilir⁵³². Yine, ödeme talebinde bulunanın, kontrgaranti sözleşmesi kapsamında kontrgaranti alan sıfatını taşımadığı, yani sözleşmeye tamamen yabancı bir kişi olduğu yönündeki savunma imkânlarına, kontrgaran sahiptir⁵³³. Benzer şekilde; ödeme talebinde bulunan vekil veya temsilcinin ödeme talebinde bulunma konusunda özel yetkiye sahip olmamasına dayanılarak ödeme talebi geri çevrilebilir. Kontrgaranti sözleşmesinde, ödeme talebi ile birlikte birtakım belgelerin sunulması gerektiği hükme bağlanmışsa; bu belgeler hiç sunulmaz ya da eksik sunulursa, kontrgaran bu aykırılığa dayanarak ödeme talebini geri çevirebilir⁵³⁴. Ayrıca, kontrgaranti sözleşmesinde ödeme, riskin gerçekleştiğinin ispatına bağlanmasına rağmen; ödeme talebi ile birlikte riskin gerçekleştiği ispatlanmamışsa, bu ödeme talebi reddedilebilir⁵³⁵. Kontrgaranti alan ve kontrgaran arasında birden çok kontrgaranti ilişkisi olabilir. Böyle bir durumda; kontrgaranti alanın, ödeme talebinde hangi riskin gerçekleştiğini bildirmesi gerekir⁵³⁶. Kontrgaranti alan; ödeme talebini dayandırdığı kontrgaranti sözleşmesine konu riskin gerçekleştiğini değil de, başka bir kontrgaranti sözleşmesine konu riskin gerçekleştiğini iddia ederek ödeme talebinde bulunursa; bu ödeme talebi amaca aykırı (*zweckwidrig*) olduğu için kontrgaran tarafından reddedilecektir⁵³⁷.

Kontrgaranti sözleşmesinin geçersizliğinden ve ödeme talebinin kontrgaranti sözleşmesine aykırılığından doğan def'i ve itirazları ileri sürebilmesi için; kontrgaranın bir

⁵³² **ARKAN**, s. 72; **HORN**, s. 98; **ZOBL**, s. 42; **FISCHER**, N. 149; **DEVELİOĞLU**, Bağımsız Garanti, s. 264.

⁵³³ **DEVELİOĞLU**, Bağımsız Garanti, s. 265.

⁵³⁴ **ZOBL**, s. 42; **CANBOLAT**, s. 187.

⁵³⁵ Efektif kaydı için bkz. hemen yuk. I.3.

⁵³⁶ Bu hususta bkz. hemen yuk. II.3.B.a.

⁵³⁷ **REİSOĞLU**, Kontrgarantiler, s. 286; **ZOBL**, s. 42; **EMMENEGGER/ZBINDEN**, s. 163; **DEVELİOĞLU**, Bağımsız Garanti, s. 264.

ispat aracına dayanması gerekmez⁵³⁸. Zira, bu defi ve itirazlar, doğrudan doğruya kontrgaranti sözleşmesi ve ödeme talebi metninden anlaşılır.

Ödeme talebinde bulunan kontrgaranti alana karşı; kontrgaranti borcunun sona erdiği yolundaki itirazlar ile zamanaşımı defi ileri sürülebilir⁵³⁹. Kontrgaranti borcunu sona erdiren nedenlere ilişkin bkz. aşağı. IV.1.

Kontrgaranti alacağına dayanan talep hakkının kötüye kullanıldığı; sözleşme hükümlerinden ya da ödeme talebi metninden anlaşılmaz. Dolayısıyla; hakkın kötüye kullanıldığı itirazının ileri sürülebilmesi için, hakkın kötüye kullanıldığının iddia edilmesi ve bu iddianın likit (kesin) kanıtlarla⁵⁴⁰ ortaya koyulmuş olması gerekir⁵⁴¹. Bu gereklilik, esas itibarıyla keyfi bir şekilde hakkın kötüye kullanıldığı yönündeki itirazın ileri sürülmesinin önüne geçilerek kontrgaranti sözleşmesinin likidite ve güvence fonksiyonunun zedelenmemesi amacına hizmet eder⁵⁴². Bu itibarla, likit kanıtlara dayanmayan hakkın kötüye kullanıldığı yönündeki itirazın ileri sürülmesinin, borca aykırılık teşkil edeceği söylenebilir. Banka garantisi kapsamında yer alan temel ilişkiye ve garanti iliş-

⁵³⁸ **EBENROTH/BOUJONG/JOOST/STROHN**, N. 373.

⁵³⁹ **TEKİNALP**, N. 39-140; **ZOBL**, s. 41.

⁵⁴⁰ Pozitif hukukta tanımına rastlanmayan likit kanıt (*liquide Beweismittel*), açıkça ve tereddüte yer bırakmayacak şekilde hakkın kötüye kullanıldığını gösteren kanıtlardır (**TEKİNALP**, N. 40-169; **ZOBL**, s. 44). Diğer bir deyişle; likit kanıt, hakkın açıkça dürüstlük kuralına aykırı kullanıldığını kesin ve herkes tarafından anlaşılabilir şekilde ortaya koyan kanıtlardır (**KAHYAOĞLU**, s. 78). Yorumu gerektiren, bir değerlendirme yapılmasını gerekli kılan veya hakkın kötüye kullanıldığı iddiasını kesin olarak ortaya koyamayan deliller, likit delil niteliği taşımaz (**TEKİNALP**, N. 40-169; **ARKAN**, s. 82; **EBENROTH/BOUJONG/JOOST/STROHN**, N. 377). Yargıtay'ın bir kararına karşı yazılan muhalefet şerhinde ise; likit kanıtın, iddiayı “*aşikâr biçimde (...) kesin olarak kanıtla[yan] belgeler*” olduğu ifade edilmektedir [11. HD, 11.11.1983, 1983/3236 E. 1983/4977 K. (yayımlanmamış bu karar için bkz. **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 860 vd.)].

Likit deliller, yalnızca yazılı belgelerdir [**REİSOĞLU**, Kontrgarantiler, s. 288; **SAMHAT**, (J) N. 141]. Bu itibarla; kontrgarana talimat veren lehtarın ya da kontrgaranti veren kontrgaranın soyut beyanları, likit delil niteliğinde değildir (**KAYA**, s. 239). Örnek vermek gerekirse; garantör banka ile muhatap arasında akdedilen garanti borcuna ilişkin noter onaylı ibra sözleşmesi ya da garantör bankanın yerleşik bulunduğu ülke mahkemesinin vermiş olduğu garanti borcunun talep edilebilir olmadığına ilişkin tespit hükmü, likit delil teşkil eder. Talep hakkının kötüye kullanıldığını gösteren birden çok belge mevcutsa, bu belgelerin birbiriyle tutarlı olması gerektiğini de belirtelim (**ARKAN**, 84; **KAHYAOĞLU**, s. 79).

⁵⁴¹ **CANARIS**, s. 778; **REİSOĞLU**, Kontrgarantiler, s. 287; **ZOBL**, s. 44; **NOBBE**, N. 67; **EBENROTH/BOUJONG/JOOST/STROHN**, N. 373; **SAMHAT**, (J) N. 229; **KAYA**, s. 232; **CANBOLAT**, s. 231.

⁵⁴² **REİSOĞLU**, Kontrgarantiler, s. 287; **ZOBL**, s. 44; **FISCHER**, N. 187.

kisine tamamen yabancı kontrgarantör bankanın, çoğu zaman ödeme talebinde bulunan kontrgaranti alanın talep hakkını kötüye kullandığını ispatlaması ve hatta bu durumdan haberdar olması dahi mümkün değildir. Bu sebeple; garantör bankanın talep hakkını kötüye kullandığını gösteren likit delilleri, kontrgarantör bankaya ya lehtar ya da - imkânı varsa- kontrgarantör bankaya kontrgaranti veren kontrgaran ulaştıracaktır⁵⁴³.

Talep hakkının açıkça kötüye kullanılıp kullanılmadığı sorusunu, her somut olayın kendisine has özelliklerini dikkate alarak yanıtlamak gerekir. Mesela, kontrgaranti alanın, yöneltildiği garanti veya kontrgaranti ilişkisi kapsamında ödememesi gereken bir bedeli kusurlu davranarak ödemesinden sonra ödediği bedeli kontrgaranti sözleşmesine dayanarak kontrgarandan talep etmesi, hakkın kötüye kullanımı teşkil eder⁵⁴⁴.

Burada, dolaylı banka garantilerinde gündeme gelebilen çifte hakkın kötüye kullanımı (*doppelter Rechtsmissbrauch*) üzerinde de durmak gerekir. Garantör banka, muhatabın ödeme talebinde bulunma hakkının bulunmadığını ya da talep hakkını açıkça kötüye kullandığını bile bile (*wider besseres Wissen*) garanti bedelini ödeyip, ödediği bedeli kontrgaranti sözleşmesine dayanarak kontrgarantör bankadan talep ettiğinde; hem muhatap hem de garantör banka talep haklarını kötüye kullanmış olur ki, bu halde çifte hakkın kötüye kullanımı söz konusu olur⁵⁴⁵. Çifte hakkın kötüye kullanımı, garantör banka ile muhatabın hileli bir şekilde lehtar aleyhine kasten ortak hareket ettiklerinde söz konusu olur⁵⁴⁶. Şu halde; lehtar, kontrgarantör bankaya, garantör bankanın yerleşik bulunduğu ülke hukukuna göre muhatabın ödeme talebinin hakkın kötüye kullanımı niteliğinde olduğunu ya da muhatabın ödeme talebinde bulunma hakkının bulunmadığını, dolayısıyla garantör bankanın bu talebi geri çevirmesi gerektiğini ve garantör banka-

⁵⁴³ von WESTPHALEN, s. 270; NIELSEN, s. 2056.

⁵⁴⁴ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 295-296; ARKAN, s. 81; CANBOLAT, s. 221 vd.

⁵⁴⁵ HAHN, Volker: Rechtsmissbrauch bei Rückgarantie auf erstes Anfordern, NJW 2001, s. 2450; SAMHAT, (J) N. 229; NOBBE, s. 67; FISCHER, N. 199.

⁵⁴⁶ CANARIS, s. 778; KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, s. 210; NIELSEN, s. 2055.

nın bunu bilmesine ya da bilmesi gerekmesine rağmen muhatapla ortak hareket ettiğini likit delillerle ispatlarsa; kontrgarantör banka, kendisine yöneltilen ödeme talebini reddetme hakkına sahiptir⁵⁴⁷. Hemen belirtelim; çifte hakkın kötüye kullanımın ispatı ancak istisnai hallerde gündeme gelir⁵⁴⁸.

Riskin gerçekleşmediği likit delillerle sabitse kontrgaran, kontrgaranti alana bu itirazı ileri sürebilir⁵⁴⁹.

III. ÖDEME

Kontrgaran, kontrgaranti alana karşı ileri sürebileceği herhangi bir defîye veya itirazı sahip değilse; ödeme talebinde belirtilen tutarı ödemek zorundadır.

Kontrgaranti alacağı, niteliği itibariyle bir para borcudur⁵⁵⁰. Bu sebeple; kontrgaranti bedeli, aksi kararlaştırılmamışsa kontrgaranti alanın yerleşim yerinde ödenecektir (TBK 89). Bazı yazarlara göre; teminat mektubu bedeli, açıkça kararlaştırılmamışsa bile teminat mektubunu veren bankanın bulunduğu yerde ödenecektir⁵⁵¹. Zira, teminat mektubunun niteliği gereği, muhatap ile banka arasında ödemenin bankada yapılacağı yönünde örtülü bir anlaşma mevcuttur (TBK 89). Bu görüşü, kontrgaranti sözleşmesi özelinde benimsemek doğrusu güçtür. Çünkü, kontrgaranti sözleşmesinde alacaklı konumunda -teminat mektuplarının aksine- daima bir banka vardır ve alacaklı bankayı, alacaklı olduğu parayı borçlunun (kontrgaranın) yerleşim yerinde tahsil etmeye mecbur etmek gerekir. Yargıtay ise teminat mektubundan doğan borcun ifa yerini tespit ederken genel nitelikli TBK 89 hükmünün uygulanması gerektiği kanaatindedir. Nitekim, Yük-

⁵⁴⁷ NIELSEN, s. 2055.

⁵⁴⁸ NIELSEN, s. 2055.

⁵⁴⁹ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 292 vd.

⁵⁵⁰ Kontrgaranti borcunun niteliği hakk. ileri sürülen görüşler için bkz. hemen yuk. I.1.

⁵⁵¹ KAHYAOĞLU, s. 68-69; DOĞAN, s. 513; YENER COŞKUN, s. 171.

sek Mahkeme bir kararında; “*teminat mektubundan doğan alacağın bir para borcuna ilişkin olması nedeniyle BK'nun [89]. maddesi gereğince alacaklı nezdinde ödenmesi*” gerektiğini belirtmiştir⁵⁵². Şüphesiz, bu karar kontrgaranti sözleşmesi için de yol gösterici niteliktedir. Hemen belirtelim; uygulamada hem kontrgaranti sözleşmelerinden hem de teminat mektuplarından doğan para borçları, hesaben ödenmektedir⁵⁵³. TGİBK 20 hükmünde; ödemenin, kontrgaranti sözleşmesinde belirlenen yerde veya kontrgarantiyi düzenleyen (kontrgaranın) bulunduğu yerde yapılacağı düzenlenmiştir⁵⁵⁴. Kontrgaranti sözleşmesinde TGİBK’a atıf yapılmışsa; TBK 89 hükmü değil, TGİBK 20 hükmü uygulama sahası bulacaktır ve dolayısıyla, kontrgaranti bedeli, kontrgaranın bulunduğu yerde ödenecektir.

Hangi tarihte ödeme yapılacağı, kontrgaranti sözleşmesinde öngörülebilir. Mesela, sözleşmede ödeme talebinde bulunulduktan belirli bir süre sonra ya da belirli bir tarihte ödeme yapılacağı hüküm altına alınabilir. Kontrganti sözleşmesinde esasen, talep üzerine derhal ödeme taahhüdü bulunur⁵⁵⁵. Bundan dolayı; ifa zamanı, kontrgaranti alanın usulüne uygun ödeme talebinde bulunduğu andır⁵⁵⁶. Diğer bir deyişle; usulüne uygun ödeme talebinde bulunulmasıyla kontrgaranın ödeme yükümlülüğü doğar. Bir grup yazar; ödeme talebinde bulunulmasıyla kontrgaran mütemerrit hale gelmeyeceğini, kontrgaranı temerrüde düşürmek için temerrüt ihtarının gönderilmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁵⁵⁷. Kanaatimizce, kontrgaranı temerrüde düşürmek için ödeme talebinde bulunulması gerekli ve yeterlidir⁵⁵⁸. Zira, TBK 117/2 hükmüne göre; “*ifa zamanı sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak*

⁵⁵² 11. HD, 20.9.1985, 1985/4409 E. 1985/4707 K.

⁵⁵³ ÖZBOYACI, s. 48.

⁵⁵⁴ ÖZALP, s. 30; EKİCİ/DURUKANOĞLU, s. 240.

⁵⁵⁵ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 401.

⁵⁵⁶ ARAL, Muhatap ile Banka, s. 194; ÖNDER, s. 111.

⁵⁵⁷ DOHM, s. 107; ARAL, Muhatap ile Banka, s. 194.

⁵⁵⁸ DOĞAN, s. 517; HARMAN, s. 111; GÜLER, s. 111.

suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle” borçlu temerrüde düşer, ayrıca bir temerrüt ihtarında bulunulması gerekmez. Şu var ki; hemen tüm kontrgaranti sözleşmelerinde; - tıpkı teminat mektuplarında olduğu gibi- ödeme talebinde bulunulduğu tarihte ödeme yapılmazsa temerrüt ihtarında bulunulmaksızın kontrgaranın temerrüde düşeceği ve bu günden itibaren temerrüt faizi işleyeceği açıkça hükme bağlanır⁵⁵⁹. Bu itibarla, uygulamada, kontrgaranın ödeme talebinde bulunulmasıyla temerrüde düşeceği esasının benimsendiği söylenebilir. Kontrgaranın temerrüdü, özellik göstermez; kontrgaran, hukukî açıdan para borçlarında temerrüde düşen borçlu durumundadır⁵⁶⁰.

Kontrgaranti bedeli, yabancı para üzerinden belirlenmişse; TBK 99 hükmü uygulama sahası bulacaktır. Bu halde, kontrgaranti borcuna ilişkin bir meselenin çözümünde; yabancı para borcuna ilişkin yargı kararlarından ve doktrindeki görüşlerden yararlanılacağı da belirtelim⁵⁶¹. Kontrgaranti sözleşmesi için TGİBK yürürlük kazanmışsa; kontrgaranti sözleşmesi çerçevesinde ödeme, kontrgaranti ile teminat altına alınan garanti sözleşmesinde belirtilen para birimi üzerinden gerçekleştirilir⁵⁶². Garantör banka (kontrgaranti alan), elinde olmayan ya da yasal nedenlerle teminat mektubu metninde belirtilen para birimi ile ödeme yapamıyorsa; garanti bedeli, ödeme yerindeki para birimi ile ödenir⁵⁶³. Şu halde; kontrgaran, garantör bankanın ödeme yaptığı para birimiyle kontrgaranti bedelini ödemekle yükümlüdür⁵⁶⁴.

⁵⁵⁹ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 250; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 192.

⁵⁶⁰ Borçlunun temerrüdü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. von TUHR, s. 605 vd.; TUNÇOMAĞ, s. 903 vd.; EREN, Genel Hükümler, s. 1089 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 470 vd.

⁵⁶¹ Yabancı para borçlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. TURHAN, Turgut: Milletlerarası Sözleşmelerde Yabancı Para Kayıtları, Ankara 1997; CAMCI, Ömer: Yabancı Para Borcu Dava ve Takipleri, 2. Bası, İstanbul 1998.

⁵⁶² EKİCİ/DURUKANOĞLU, s. 242.

⁵⁶³ ÖZALP, s. 30; EKİCİ/DURUKANOĞLU, s. 242; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 185.

⁵⁶⁴ ÖZALP, s. 30; EKİCİ/DURUKANOĞLU, s. 242; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 185.

IV. SONA ERMESİ VE ZAMANAŞIMI

1. Sona Ermesi

A. Genel Olarak Sona Erme Nedenleri

TBK 131 vd. hükümlerinde düzenlenen borcu sona erdiren nedenler, uygun düş-
tüğü ölçüde kontrgaranti borcunu da sona erdirir⁵⁶⁵. Bu itibarla; kontrgaranti alan ile
kontrgaran, kontrgaranti borcuna ilişkin ibra⁵⁶⁶ sözleşmesi (TBK 132) veya yenileme⁵⁶⁷
sözleşmesi (TBK 133) akdederek borcu sona erdirebilir. Aynı şekilde; taraflardan biri,
takas beyanında bulunarak kontrgaranti borcunu sona erdirebilir⁵⁶⁸. Kontrgaranti alan ve

⁵⁶⁵ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 881-882; YENİCE, Kontrgaranti, s. 187; HARMAN, s. 120; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 308; KAHRAMAN, s. 170. Ayrıca bkz. 11. HD, 27.12.1990, 1989/4046 E. 1990/8459 K.: “Garanti sözleşmesi, garanti edilen neticenin tahakkuk etmesi (riskin son bulması), garanti alanın zararının tazmin edilmesi, garanti alanın garanti vereni ibra etmesi, takas, sür[eli] bir garanti sözleşmesi söz konusu ise risk gerçekleşmeden bu sürenin dolması gibi ve genellikle garanti sözleşmesinin niteliğine aykırı olmadıkça Borçlar Kanununun 113. ve devamı maddelerindeki borcun sukutu sebepleriyle sona erer.”

⁵⁶⁶ İbra, tek taraflı bir hukukî işlem olmadığından; kontrgaranti alan, kontrgaranı tek başına ibra edemez (TUNÇOMAĞ, s. 1171; EREN, Genel Hükümler, s. 1270-1271).

⁵⁶⁷ HARMAN, s. 119; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 309. Kontrgaranti borcu yenilendiğinde; hem yeni bir kontrgaranti sözleşmesi hem de yeni bir kontrgaranti borcu meydana gelir. Zira, kontrgaranti borcu sona erdiğinde, kural olarak kontrgaranti sözleşmesi de sona erer. Bu hususta bkz. Birinci Bölüm, V.

⁵⁶⁸ REİSOĞLU, Garanti, s. 169; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 882; KAHYAOĞLU, s. 107; HARMAN, s. 120.

Kontrgaranti borcu, takasa konu olduğu her halde sona ermez. Kontrgaranti borcunun takas ile sona erebilmesi için, takasa konu diğer alacağın tutar itibarıyla en azından kontrgaranti borcuna eşit olması gerekir (TBK 143). Kontrgaranın, kontrgaranti alan banka nezdinde nakit depo etmiş olması veya mevduatının bulunması halinde; kontrgaranti borcu ile bu varlıklar takas edilebilir (BankK 61). Hemen belirtelim; mevduat üzerinde takas yapılabilmesi için, TBK 144 uyarınca kontrgaranın rızasının alınması şarttır (KAPLAN, s. 163).

Doktrindeki bir görüşe göre; teminat mektubu veren banka, -kural olarak- muhataba karşı takas defini ileri sürebilir. Ancak, teminat mektubu, defi ve itiraz ileri sürmeksizin ya da ilk talepte derhal ödeme taahhüdü ihtiva ediyorsa; banka, muhataba karşı takas defini ileri süremez. Çünkü, bu taahhütleri ihtiva eden ve bu nedenle yüksek güvence ve likidite fonksiyonuna sahip olan teminat mektuplarının niteliği gereği; banka ile muhatap arasında takas ileri sürülemeyeceğinin örtülü bir şekilde kararlaştırılmış olduğunu kabul etmek gerekir (DOHM, s. 117). Buna karşılık, diğer görüşe göre; defi ve itiraz ileri sürmeksizin ödeme taahhüdü, sadece karşılık ilişkisinden ve temel ilişkiden doğan defi ve itirazların ileri sürülmesine engeldir. Garantör banka, muhataba karşı kendisine ait tüm defi ve itirazları ileri sürebilir. Takas defi de, ileri sürülebilecek defiler arasındadır. Teminat mektubunun likidite fonksiyonuna sahip olması da, takas ileri sürülmesine engel teşkil etmez (CANARIS, s. 773; KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, s. 174; KAHYAOĞLU, s. 83; CANBOLAT, s. 182 vd.).

Kontrgaranti alan, daima bir banka olduğu için kural olarak likidite (nakit) sıkıntısı çekmez. Bu itibarla, kontrgaranti alan açısından, kontrgaranti borcunun başka bir borçla takas edilerek sona erdirilmesi ile ödeme yapılarak sona erdirilmesi arasında fark olmadığı savunulabilir. Dolayısıyla, kontrgaranti alana karşı, takas definin ileri sürülebileceğini kabul etmek gerekir.

kontrgaran sıfatları aynı kişide birleştiğinde, kontrgaranti borcu, TBK 135 uyarınca sona erer. Bu istisnai duruma, (kontrgaranti alan) garantör banka ile kontrgarantör bankanın TTK 136 vd. hükümlerine göre birleşmeleri örnek verilebilir. İfa (ödeme⁵⁶⁹), kontrgaranti borcunu sona erdiren en doğal nedendir⁵⁷⁰. Kuşkusuz, kontrgaranti borcu, zamanında, eksiksiz ve gereği gibi ifa edildiğinde sona erer.

Öte yandan, kontrgaranti borcu; gerçek kişi kontrgaranın ölümüyle sona ermez, kontrgaranın mirasçılara geçer⁵⁷¹. Kontrgaranti sözleşmesinin tarafları iflâs ettiğinde de kontrgaranti borcunun sona ermeyeceğini belirtmekte fayda vardır.

Kontrgaranti borcu; riskin kontrgaranti alanın kusuruyla gerçekleşmesiyle de sona erer. Yine, bu borç, kontrgaranti sözleşmesi çerçevesinde taahhüt edilen sonuç gerçekleştiğinde de sona erer. Kontrgaranti sözleşmesi, süreye bağlı olarak akdedilebilir. Sözleşmede belirlenen süre içinde risk gerçekleşmezse, kontrgaranti borcu sona erer. Kontrgaranti borcunu sona erdiren bu üç sebep, özellik gösterdiği için aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

B. Özellik Gösteren Sona Erme Nedenleri

a. Kontrgaranti Alanın Kusuruyla Riskin Gerçekleşmesi

Kontrgaranti sözleşmesine konu risk, kontrgaranti alanın kusuruyla gerçekleşmişse, kontrgaranti borcunun sona ereceği ifade edilmektedir⁵⁷². Risk, kontrgaranti alanın sorumluluğu altındaki bir kişinin kusuruyla gerçekleştiği takdirde de; kontrgaranti bor-

⁵⁶⁹ Kontrgaranti borcunun ifa yoluyla sona ermesi hakk. yapılan açıklamalar için yuk. bkz. III.

⁵⁷⁰ **EREN**, Genel Hükümler, s. 1257.

⁵⁷¹ **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 883; **KAHRAMAN**, s. 170.

⁵⁷² **REİSOĞLU**, Garanti, s. 170; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 883; **KAHYAOĞLU**, s. 107; **KAHRAMAN**, s. 171.

cu, sona erer⁵⁷³. Her iki hâlde de, kontrgaranti alan banka, ödediği garanti ya da kontrgaranti bedelini, kontrgaranti sözleşmesi çerçevesinde talep etme hakkını kaybeder. Dolayısıyla, kontrgaranti alan, ödediği garanti ya da kontrgaranti tutarı kadar zarara uğramış olur. Pek tabii, kontrgaranti alan bankayı, yönetim kurulu üyeleri kusuruyla zarara uğratmışsa; banka, TTK 553 uyarınca yönetim kurulu üyelerinden tazminat talebinde bulunabilir.

Doktrinde, kontrgaranti alanın hafif kusuruyla risk gerçekleştiğinde, kontrgaranti borcunun sona ermeyeceği; kontrgaranti alanın ağır kusuru ya da hilesiyle risk gerçekleşmişse, kontrgaranti borcunun sona ereceği kabul edilmektedir⁵⁷⁴. Kusurun derecesinin tespitinde tereddüde düşülüyorsa, kusurun hafif olduğu yönünde yorum yapılmalı ve kontrgaranti borcunun sona ermediği kabul edilmelidir⁵⁷⁵.

b. Taahhüt Edilen Sonucun Gerçekleşmesi

Kontrgaranti borcu, kontrgaranın taahhüt etmiş olduğu sonucun gerçekleşmesiyle sona erer⁵⁷⁶. Sözleşme çerçevesinde, kontrgaranti alan bankaya zarar etmeyeceği taahhüdünde bulunulmuş ise, yöneltildiği teminat ilişkisi kapsamında kontrgaranti alana usulüne uygun ödeme talebinde bulunulmamasıyla -kural olarak- kontrgaranti borcu sona erer. Buna karşılık, kontrgaranti borcu, masrafları veya komisyonu kapsıyorsa; taahhüt edilen sonucun gerçekleşmesi nedeniyle kontrgaranti borcunun sona ermesi için, yöneltildiği garanti ya da kontrgaranti ilişkisi kapsamında ödeme talebinde bulunulma-

⁵⁷³ **PRIESTER**, s. 25; **REUSSER**, s. 75; **REİSOĞLU**, Garanti, s. 170.

⁵⁷⁴ **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 883; **KAHRAMAN**, s. 172.

⁵⁷⁵ **REİSOĞLU**, Garanti, s. 171; **KAHRAMAN**, s. 172.

⁵⁷⁶ **REİSOĞLU**, Garanti, s. 169; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 882; **KAHYAOĞLU**, s. 107; **YENİCE**, Kontrgaranti, s. 187; **HARMAN**, s. 123.

ması yeterli değildir, bununla birlikte komisyon ve teminat ilişkisi dolayısıyla yapılan masrafların da kontrgaranti alana ödenmesi gerekir.

Taahhüt edilen sonucun gerçekleşmesi, sözleşmeye konu riskin gerçekleşmemesi şeklinde de ifade edilebilir⁵⁷⁷. Riskin gerçekleşmesinin imkânsız hale gelmesi, taahhüt edilen sonucun gerçekleşmemesinin imkânsız hale gelmesi anlamına geleceğinden kontrgaranti borcunu sona erdirir⁵⁷⁸. Örneğin, muhatapla garantör banka, teminat mektubundan doğan garanti borcu için ibra sözleşmesi akdettiklerinde, kontrgaranti sözleşmesine konu risk, kural olarak ortadan kalkar ve kontrgaranti borcu sona erer.

c. Sürenin Sona Ermesi

Kontrgaranti sözleşmesinde, belirli bir süre içinde risk gerçekleşmezse, kontrgaranın ödeme yükümlülüğünün doğmayacağı, eş deyişle, kontrgaranti borcunun sona ereceği kararlaştırılabilir⁵⁷⁹. Bu halde, süreli (vadeli) kontrgaranti sözleşmesi söz konusu olur. Süreli kontrgaranti sözleşmelerinde, risk öngörülen süre içinde gerçekleştiği takdirde, kontrgaran zamanaşımı süresince talep üzerine kontrgaranti borcunu ifa ile yükümlüdür. Buna karşılık, risk, süre içinde gerçekleşmezse, kontrgaranti borcu sona erer⁵⁸⁰. Meğerki, kontrgaranti sözleşmesi otomatik yenileme kaydı içersin⁵⁸¹.

Bazı kontrgaranti sözleşmelerinde ise, ödeme yükümlülüğünün doğması, hem sözleşmede öngörülen süre içinde riskin gerçekleşmesine hem de bu süre içinde ödeme

⁵⁷⁷ YENİCE, Kontrgaranti, s. 187. 11. HD, 27.12.1990, 1989/4046 E. 1990/8459 K.: “Garanti sözleşmesi, garanti edilen neticenin tahakkuk etmesi (riskin son bulması) (...) sebepleriyle sona erer.”

⁵⁷⁸ DEVELİOĞLU, Kefalet Işığında, s. 436.

⁵⁷⁹ KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, s. 240; REİSOĞLU, Seza: Vadeli Teminat Mektuplarından Ötörü Bankaların Sorumlu Tutulabilecekleri Süre (Anılış: Vadeli), Prof. Dr. Osman F. Berki’ye Armağan, Ankara 1977, s. 752; KOSTAKOĞLU, s. 211; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 885 vd.; DOĞAN, s. 609.

⁵⁸⁰ HGK, 30.3.1988, 1987/11-642 E. 1988/287 K.: “Kural olarak belli bir süre için verilen garanti halinde, süresi içinde rizikonun gerçekleşmemesi, yükümlülüğün ortadan kalkması sonucunu doğurur.”

⁵⁸¹ DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 313.

talebinde bulunulmasına bağlıdır (TBK 128). Bu halde, kararlaştırılan süre içinde risk gerçekleşse bile kontrgarana ödeme talebi yöneltilmediği takdirde kontrgaranti borcu, sona erer.

Taraflar banka garantisi ve kontrgaranti hakkında 758 numaralı TGİBK'nın uygulanacağını kararlaştırmışlar ancak bir vade ve vadeyi sona erdiren olay belirlememişlerse, banka garantisi düzenlenme tarihinden itibaren üç yıl geçmesiyle hükümden düşer⁵⁸². Kontrgaranti ise banka garantisinin hükümden düşmesinden 30 takvim günü sonra hükümden düşer⁵⁸³.

2. Zamanaşımı

Kontrgaranti alacağına on yıllık genel zamanaşımı süresi uygulanır (TBK 146). Zamanaşımı süresi, haliyle alacağın muaccel⁵⁸⁴ hale gelmesiyle işlemeye başlar (TBK 149). Dolayısıyla, kontrgaranti alan, kontrgaranti sözleşmesine konu riskin gerçekleşmesinden itibaren on yıllık süre içinde alacağını takip edebilir⁵⁸⁵.

Umumi kontrgaranti sözleşmelerinde, birden fazla garanti veya kontrgaranti sözleşmesinden doğan riskin üstlenilmesi söz konusudur. Başka bir deyişle, umumi kontrgaranti sözleşmesinde, birden fazla kontrgaranti borcu bulunur. Bu sebeple, bu tür kontrgaranti sözleşmelerinde tek bir zamanaşımı süresinden bahsedilemez; her kontrgaranti borcu için ayrı bir zamanaşımı süresi işler.

⁵⁸² ÖZALP, s. 37.

⁵⁸³ ÖZALP, s. 37.

⁵⁸⁴ Kontrgaranti alacağının muacceliyeti hakk. hemen bkz. yuk. I.3.

⁵⁸⁵ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 386; TEKİNALP, N. 39-151; KOSTAKOĞLU, s. 211; DOĞAN, s. 614; KAHYAOĞLU, s. 124. Aksi yönde görüş için bkz. AKYAZAN, Sıtkı: Teminat Mektuplarında Zamanaşımı (*Anılış: Zamanaşımı*), BATİDER 1975, C. VIII, Sa. 1, s. 12.



SONUÇ

Banka garantileri ile uygulamada sıklıkla karşılaşılmaktadır. Ticarî hayatın hızlı bir şekilde işlemesi ve güven ortamının sağlanması açısından banka garantileri, büyük öneme sahiptir. Öyle ki; bazı hallerde sözleşmenin bir tarafı lehine teminat mektubu düzenlenmesi, sözleşmenin imzalanması için bir önkoşul niteliğindedir. Banka garantisi, diğer adıyla teminat mektubu ilişkisi, kural olarak üç kişi arasında kurulan birbirinden bağımsız üç ayrı ilişkiyi bünyesinde barındırır. Temel ilişkinin tarafları olan lehtar ve muhatap ile banka, bu ilişkinin taraflarını oluşturur. Banka garantisi ilişkisi çerçevesinde; banka, lehtarın talimatı doğrultusunda muhataba hitaben teminat mektubu düzenler. Bu teminat mektubu muhatap tarafından kabul edildiğinde, muhatap ile banka arasında bir garanti sözleşmesi kurulur. Banka, hemen daima garanti sözleşmesinden doğan riski ortadan kaldırmak için, lehtar veya üçüncü bir kişiyle kontrgaranti sözleşmesi imzalar. Böylece, kontrgaranti sözleşmesi vasıtasıyla, banka garantisi teminat altına alınmış olur. Bu bakımdan, banka garantisi ile kontrgaranti sözleşmesi arasında çok sıkı bir ekonomik ilişki söz konusudur.

Kontrgaranti sözleşmesi, farklı hukuk düzenlerinde çeşitli amaçlara yönelik olarak ortaya çıkmıştır. Bu yüzden, yeknesak bir kontrgaranti sözleşmesi tanımı mevcut değildir. Birinci Bölüm’de doktrindeki kontrgaranti tanımlarını aynı potada eriterek temel özellikleri ekseninde kontrgaranti sözleşmesini tanımlamak amaçlanmıştır. Bu amaç doğrultusunda, “kontrgaranti sözleşmesi öyle bir teminat sözleşmesidir ki; bu sözleşme kapsamında kontrgaran, kontrgaranti alanı garanti veya kontrgaranti sözleşmesi yapmaya yöneltmek için, kontrgaranti alana, girişeceği garanti veya kontrgaranti ilişkisi sebebiyle malvarlığında eksilme olmayacağını taahhüt eder” şeklindeki tanıma ulaşılmıştır.

Kontrgaranti sözleşmesinde, kontrgaranti alana belirli bir sonuç garanti edilmekte, bu sonuç gerçekleşmediğinde yani risk gerçekleştiğinde belirli bir miktar para ödeneceği taahhüt edilmektedir. Buradan hareketle, kontrgaranti sözleşmesinin hukukî niteliğinin garanti sözleşmesi olduğu sonucuna varılır varılmasına ama hangi tür garanti sözleşmesi olduğu ortaya konamaz. Dolayısıyla, kontrgaranti sözleşmesinin hukukî niteliğinin saf garanti mi yoksa teminat amaçlı garanti sözleşmesi mi olduğunun belirlenmesi için kontrgaranın doğrudan doğruya takip ettiği amacın tespit edilmesi gerekir. Kontrgaranti sözleşmesinde kontrgaran; esas itibariyle kontrgaranti alana teminat sağlama amacıyla değil, kontrgaranti alanı belirli bir garanti ya da kontrgaranti sözleşmesini imzalamaya yöneltmek amacıyla hareket etmektedir. Bu sebeple, kontrgaranti sözleşmesinin hukukî niteliğini saf garanti sözleşmesi olarak kabul etmek isabetli olur.

Kontrgaranti sözleşmesi; kontrgaranti alanı belirli bir hareket tarzına yöneltme amacı, belirli bir riskin üstlenilmesi, bağımsızlık ve ivazsızlık olmak üzere dört unsura sahiptir. Kontrgaranti sözleşmesine rengini veren unsur, hiç şüphesiz kontrgaranti alanı belirli bir hareket tarzına yöneltme amacıdır. Bu unsur, aynı zamanda kontrgaranti sözleşmesinin hukukî sebebini de oluşturur. Kontrgaranti sözleşmesi ile kontrgaranti alan, yerine göre belirli bir muhatapla garanti sözleşmesi akdetmeye veya belirli bir garantör banka ile kontrgaranti sözleşmesi akdetmeye yöneltilebilir. Tüm diğer teminat sözleşmelerinde olduğu gibi, kontrgaranti sözleşmesinde de bir riskin üstlenilmesi söz konusudur. Kontrgaranti sözleşmesine konu risk, aksi kararlaştırılmamışsa kontrgaranti alanın, yöneltildiği garanti veya kontrgaranti ilişkisi neticesinde malvarlığında eksilme olmasıdır. Birden fazla garanti ve/veya kontrgaranti ilişkisinden doğan risklerin, tek bir kontrgaranti sözleşmesiyle üstlenilmesi de hukuken mümkündür. Kontrgaran, kontrgaranti sözleşmesi kapsamında bağımsız bir yükümlülük üstlenir. Yani, kontrgaranti borcu; başka bir borcun varlığına, talep ve dava edilebilirliğine bağlı değildir. Bağımsızlık unsuru, kontrgaranti sözleşmesini kefalet vb. fer'i nitelikli sözleşmelerden ayırt etmeye

yarar. Kontrgaranti sözleşmesinin son ve dördüncü unsuru, ivazsızlıktır. Buna göre, kontrgaranti sözleşmesi, aksi kararlaştırılmamışsa tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme-
medir.

Kontrgaranti sözleşmesine dair pozitif bir düzenleme mevcut olmadığından sözleşmenin kurulmasına ve sona ermesine ilişkin genel hükümler, kural olarak kontrgaranti sözleşmesi için de geçerlidir.

İkinci Bölüm’de kontrgaranti sözleşmesi kapsamında teminat mektubu nakde tahvil edilmeden önce doğan talep hakları üzerinde durulmuştur. Kontrgaranti alana ait bu talep hakları, kontrgaranti sözleşmesine konu riskten bağımsız bir şekilde doğar ve kontrgaran açısından yan edim yükümlülüğü niteliği gösterir. Bu bakımdan, kontrgaranti alan, riskin gerçekleşip gerçekleşmediğinden bağımsız olarak bu taleplerin yerine getirilmesini dava etme imkânına sahiptir.

Esas itibariyle teminat mektubu komisyonu, teminat mektubunu veren banka ile teminat mektubunun lehtarı arasındaki karşılık ilişkisi kapsamında doğan, lehtara ait bir borçtur. Öte yandan kontrgaranti sözleşmelerinde de, kontrgaran tarafından komisyon ödeneceği yönünde hükümlere yer verildiği için; kontrgaran da komisyon ödemekle yükümlüdür. Komisyon, aksi kararlaştırılmamışsa teminat mektubu düzenlenip doğrudan doğruya muhataba iletilindiğinde ya da muhataba iletmek üzere lehtara teslim edildiği andan itibaren kural olarak teminat mektubu garantör bankaya iade edilinceye dek işler. Komisyon miktarı, bankacılık uygulamasında yerleşik olduğu üzere, yıllık teminat mektubu tutarının %4’üdür. Kontrgaranti sözleşmesinde genellikle komisyonun üç aylık dönemler halinde tahakkuk edeceği ve peşin olarak ödeneceği kararlaştırılmaktadır. Dolayısıyla, ilk komisyon borcu, kural olarak banka tarafından teminat mektubu düzenlenip muhataba veya lehtara teslim edilmesiyle muaccel hale gelir, bu andan itibaren

zamanaşımına tâbi olur. Sonraki devrelere ait komisyonlar da üç aylık devrelerin başında muacceliyet kazanır.

Kontrgaranti sözleşmelerinde ve kontrgaranti taahhüdünü içeren genel kredi sözleşmelerinde bankanın talebi üzerine kontrgaran tarafından teminat mektubunun iade edileceği de hüküm altına alınır. Kontrgaran, teminat mektubu muhataba ulaştırıldıktan sonra, ancak muhatabın rıza göstermesi kaydıyla teminat mektubunu bankaya iade edebilir. Ne var ki; muhatap, hemen her zaman teminat mektubu gibi likit bir teminatı elinden çıkarmak istemez. Dolayısıyla, kontrgarana teminat mektubunu iade yükümlülüğü getiren bu tür hükümlerin uygulanma kabiliyeti yoktur.

Kontrgaranti alan banka, yöneltildiği garanti veya kontrgaranti sözleşmesinden kaynaklanan riskin karşılığında kontrgaranti sorumluluğunun üstlenilmesini yeterli görmez. Bu nedenle, kontrgaranti sözleşmesine kontrgaranın talep üzerine ek teminat göstermekle yükümlü olduğu yönünde hükümler konulur. Bu tür hükümler sayesinde, kontrgaranti alan banka, kontrgarana aksi açıkça kararlaştırılmamışsa dilediği zaman ek teminat gösterilmesi talebini yöneltebilir. Şüphesiz, dürüstlük kuralına aykırı olan ek teminat talepleri geri çevrilecektir. Talep üzerine ne tür bir teminat gösterileceği ya da hangi sebeplere dayanılarak ek teminat talebinde bulunulabileceği kontrgaranti sözleşmesi hükümlerine göre belirlenecektir. Talep üzerine gösterilecek teminat, kontrgaranti alan banka tarafından kabul edilebilir bir teminat olmalıdır. Değeri kolayca saptanamayan, üzerinde aynî ya da şahsî hak veya tedbir bulunan malvarlığı değerleri, kabul edilebilir nitelikte değildir.

Kontrgaranti sözleşmelerinde çoğu zaman, nakit depo etme yükümlülüğü de hükme bağlanır. Böylece, kontrgaranti alan banka, nakit depo talep hakkını elde eder; kontrgaranın kontrgaranti alacağını ödememe riskini ortadan kaldırma olanağına sahip olur. Bankacılık uygulamasında ve yargı kararlarında benimsendiği üzere; nakit, kontr-

garanti alan banka nezdinde faiz getirmeyen bir hesapta depo edilmektedir. Nakit depo talep hakkı, kontrgaranti alan banka tarafından nakit depo talebine ilişkin irade beyanının kontrgarana yöneltilmesi suretiyle kullanılır. Eğer kontrgaran nakit depo talebini geri çevirirse; kontrgaranti alan banka, kontrgaran hakkında teminat alacağına ilişkin ilamsız icra takibi başlatarak ya da ona depo davası açarak da hakkını kullanabilir. Kontrgaranti sözleşmesi çerçevesinde aksi açıkça kararlaştırılmamışsa, bu talep hakkı, kontrgaranti sözleşmesinin imzalandığı andan itibaren kontrgaranti alacağının muacceliyet kazandığı ya da muacceliyet kazanamayacağının kesinleştiği ana dek kullanılabilir. Kuşkusuz, nakit depo talep hakkının, amacına ve dürüstlük kuralına uygun bir şekilde kullanılması şarttır; aksi takdirde, nakit depo talebi, geri çevrilebilir. Nakit depo talep hakkı kullanılırken haklı bir sebebe dayanılması gerekip gerekmediği konusu tartışmalıdır. Kontrgaranti sözleşmesi kontrgaranın özgür iradesinin bir ürünü olduğu için, çalışmada aksi kararlaştırılmadıkça nakit depo talep hakkının kontrgaranti alan banka tarafından haklı bir sebebe dayanılmadan dahi kullanılabilmesi sonucuna varılmıştır. Nakit depo talebi, kural olarak yalnızca kontrgarana yöneltiler; kefile nakit depo talebi yöneltilmesi, kefalet sözleşmesinde nakit depo talebine ilişkin açık hükmün bulunduğu hallerde söz konusu olur.

Nakit depo talep hakkı, kontrgaranti alanın teminat alacağına dayanır. Yani, bu talep hakkı, adi bir para alacağına ilişkin değildir. Bu sebeple, bu borç için temerrüde düşülse bile, temerrüt faizi söz konusu olmaz. Aynı sebepten ötürü, nakit depo talep hakkı, ihtiyati hacze konu edilemez. Çalışmada, depo davasına ilişkin konular üzerinde de durulmuştur. Bu hususların, sonuç kısmında tekrar edilmesi gerekli değildir.

Nakit depo edilmiş olmasının; kontrgaranti alacağının teminata bağlanmış olması, teminat mektubunun kredi sınırının hesaplanmasında dikkate alınmaması ve kaydî para yaratılması olmak üzere üç sonucu bulunmaktadır.

Son bölüm olan Üçüncü Bölüm’de risk gerçekleştiğinde belirli bir miktar paranın ödenmesinden ibaret olan kontrgaranti borcu üzerinde durulmuştur. Kontrgaranti borcu, kontrgaranti sözleşmesi çerçevesinde asli edim yükümlülüğü niteliğindedir ve hukukî niteliği itibariyle bir para borcudur. Herhangi bir pozitif düzenlemeye konu edilmemesi sebebiyle kontrgaranti borcunun kapsamı, sözleşme hükümlerine göre tespit edilir. Hangi ödeme kalemlerinin kontrgaranti borcunun kapsamına dâhil olduğu sözleşmede tek tek sayılmak suretiyle belirlenebilir. Bu halde, kontrgaranti alan, yöneltildiği banka garantisi ya da kontrgaranti ilişkisi dolayısıyla yaptığı, fakat kontrgaranti sözleşmesinde açıkça öngörülme­yen ödeme kalemlerini kontrgaranti borcu kapsamında talep edemez. Diğer taraftan, kontrgaranti sözleşmesinde kontrgaranti borcunun kapsamına ilişkin herhangi bir belirleme mevcut olmayabilir. Bu durumda, risk gerçekleştiğinde, kontrgaranti alan banka, yöneltildiği banka garantisi ya da kontrgaranti ilişkisine uygun nedensellik bağı ile bağılı olarak yaptığı tüm giderleri kontrgaranti borcu kapsamında talep edebilir. Kontrgaranti edimi, genellikle belirli bir üst limitle sınırlanır. Böyle bir sınırlama mevcutsa; kontrgarandan talep edilebilecek tutar, bu sınırı aşamaz.

Kontrgaranti borcunun ne zaman muaccel hale geleceği, sözleşmede öngörülebilir. Aksi açıkça kararlaştırılmamışsa, ilk talep ödeme kaydı içeren kontrgaranti sözleşmeleri söz konusu olduğunda, kontrgaranti borcunun muaccel hale gelebilmesi için hem risk gerçekleşmeli hem de ödeme talebinde bulunulmalıdır. Kontrgaranti sözleşmesi metninde muacceliyet hakkında hiçbir hüküm mevcut değilse, kontrgaranti borcunun muaccel hale gelmesi için riskin gerçekleşmesi yeterlidir.

Kontrgaranti alacağına kavuşulabilmesi için, ödeme talebinde bulunulması şarttır. Ödeme talebi, hukukî niteliği itibariyle tek taraflı varması gereken bir irade beyanıdır. Kontrgaranın ödeme yükümlülüğü, muaccel bir kontrgaranti alacağına dayanılarak usulüne uygun bir şekilde ödeme talebinde bulunulmasıyla doğar. Kontrgaranti alan banka-

nın yönetim organı veya yetkili temsilcisi ya da vekili ödeme talebini kontrgarana yöneltebilir. Kontrgaranti sözleşmesinde belirli bir süre içinde ödeme talebinde bulunulması gerektiği hüküm altına alınmışsa, kontrgaranti alanın bu süreye riayet etmesi gerekir. Aksi takdirde, ödeme talebi hukukî sonuç doğurmaz. Kural olarak ödeme talebi herhangi bir şekilde yöneltebilir. Uygulamada genellikle, kontrgaranti alana yazılı şekilde ödeme talebinde bulunma zorunluluğu getirildiğine rastlanmaktadır. Geçerli bir ödeme talebinden bahsedebilmek için, ödeme talebinde riskin gerçekleştiği bildirilmelidir. Ayrıca, ödenmesi talep edilen tutarın da ödeme talebinde açıkça belirtilmesi şarttır.

Ödeme talebinin usulüne uygun olup olmadığı, kontrgaran tarafından ödeme talebi üzerinde yapılacak inceleme sonunda açığa kavuşturulur. Ödeme talebi ve beraberindeki belgeler üzerinde yapılacak incelemenin kapsamı, ölçüsü ve süresi, sözleşme hükümlerine göre belirlenir. Şayet ödeme talebinde ya da beraberindeki belgelerde sözleşmeye aykırılık söz konusuysa; kontrgaran, kontrgaranti alan bankaya karşı sahip olduğu defî ve itirazları ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabilir. Kontrgaran, kontrgaranti alana karşı ileri sürebileceği herhangi bir defîye veya itiraza sahip değilse; ödeme talebinde belirtilen tutarı ödemek zorundadır.

ÖZET

Çalışmada, öncelikle banka garantisi ile kontrgaranti arasındaki bağlantıya kısaca değinilmiş ardından kontrgaranti sözleşmesi tanıtılmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda, kontrgaranti sözleşmesinin tanımı, hukukî niteliği ve unsurları üzerinde durulmuştur. Çalışmanın İkinci Bölümü'nde, kontrgaranti sözleşmesine konu risk gerçekleşmeden önce doğan kontrgaranti alana ait, komisyon alacağına, teminat mektubunun iade edilmesine, ek teminat gösterilmesine ve nakit depo edilmesine ilişkin talep hakları incelenmiştir. Son bölüm olan Üçüncü Bölüm'de ise, kontrgaranti alacağı üzerinde durulmuştur.

Anahtar kelimeler: Kontrgaranti sözleşmesi, banka garantisi, nakit depo edilmesi, teminat mektubu komisyonu, ek teminat talebi.

ABSTRACT

In this study, first of all connection between bank guarantee and counter-guarantee is mentioned briefly, then counter-guarantee agreement is attempted to introduce. In this scope, definition, legal character and elements of counter-guarantee agreement is dwelled on. In the second section, payment of commission, returning of letter of guarantee, providing of collateral guarantee and cash depositing related right of demand are examined. In the third and last section of the thesis, right to claim regarding of counter-guarantee is also analyzed.

Keywords: Counter-guarantee agreement, bank guarantee, cash depositing, commission of letter of guarantee, demand of collateral guarantee.

KAYNAKÇA^z

- ABAC**, Sadi: Bankacılıkta Risk, BATİDER 1962, C. I, Sa. 4, s. 543-553.
- ACAR**, Faruk/**KUL**, Eyüp: Mücbir Sebeplerin Banka Teminat Mektuplarının Paraya Çevrilmesine Etkisi, İÜHFM 2020, C. LXXVIII, Sa. 3, s. 1351-1386.
- AKMAN**, Sermet: “Garantör” Sıfatıyla Girişilen Taahhüdün Mahiyeti ve Bu Bağlamda Garanti ve Kefalet Sözleşmelerini Birbirinden Ayıran Temel Kriterler, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, İstanbul 2007, C. II, s. 1669-1677.
- AKYAZAN**, Sıtkı: Banka Teminat Mektupları (*Anılış: Teminat Mektupları*), BATİDER 1969, C. V, Sa. 1, s. 16-33.
- AKYAZAN**, Sıtkı: Banka ve Ticaret Hukuku (*Anılış: Banka ve Ticaret Hukuku*), Ankara 1972.
- AKYAZAN**, Sıtkı: Teminat Mektuplarında Zamanaşımı (*Anılış: Zamanaşımı*), BATİDER 1975, C. VIII, Sa. 1, s. 1-13.
- AKYOL**, Şener: Banka Sözleşmeleri, Ord. Prof. Dr. Kemaleddin Birsen’e Armağan, İstanbul 2001.
- ALIŞKAN**, Murat/**ÇAKICI**, Cemal: Hukuk ve Muhasebe Açısından Teminat Mektupları, ÖD 2005, C. VI, Sa. 24, s. 17-34.
- ALPAY**, Sadık: Kefalet ve Teminat Mektupları, İstanbul 1996.
- ALTAN**, Mikhail: Fonksiyonlar ve İşlemler Açısından Bankacılık, İstanbul 2001.
- ARAL**, Fahrettin: Banka Teminat Mektuplarının Hukukî Niteliği ve Kefaletten Farkları (*Anılış: Kefaletten Farkları*), Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006, s. 131-145.
- ARAL**, Fahrettin: Teminat Mektuplarında Lehdar ile Muhatap ve Lehdar ile Banka Arasındaki Hukukî İlişki (*Anılış: Lehtar ile Banka*), BATİDER 2007, C. XXIV, Sa. 2, s. 189-200.
- ARAL**, Fahrettin: Doğrudan Doğruya Garantilerde Banka ile Muhatap Arasındaki Hukukî İlişki (*Anılış: Banka ile Muhatap*), Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara 2009, s. 185-199.

^z Çalışmada yararlanılan Yargıtay kararları, aksi açıkça belirtilmedikçe, Kazancı İçtihat Bankası’ndan temin edilmiştir. Yargıtay kararlarına ve elektronik eserlere erişim tarihi, aksi belirtilmemişse 15.5.2022’dir.

- ARIK**, Fikret: Mahkeme Kararları Kroniği–Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi, AÜSBFD 1955, C. X, Sa. 2, s. 45-75.
- ARKAN**, Sabih: Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukukî Durumu, BATİDER 1992, C. XVI, Sa. 4, s. 59-84.
- ARSLAN**, Ramazan/**YILMAZ**, Ejder/**TAŞPINAR AYVAZ**, Sema/**HANAĞASI**, Emel: İcra ve İflâs Hukuku, 6. Bası, Ankara 2020.
- ATAKAN**, Murat Can: Şirketler Topluluğunda Hamilik Beyanları ve Sorumluluğa Etkisi, AÜHFD 2020, C. LXIX, Sa. 3, s. 1505-1535.
- ATASOY**, Kemal: Garanti Sözleşmesinin Türleri, Hukuki Özellikleri ve Sonuçları, AndHD 2019, C. V, Sa. 1, s. 101-134.
- AYTAÇ**, Reşat/**KASNAKLI**, Ahmet: Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, İstanbul 1993.
- BAKAY**, Ruhi: Banka Teminat Mektupları, İstanbul 1954.
- BARLAS**, Nami: Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, İstanbul 1986.
- BAŞARA**, İzzet: Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği, TBBD 2009, C. XXII, Sa. 83, s. 302-317.
- BAŞPINAR**, Veysel: Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri, ABD 1999, C. LVI, Sa. 1, s. 17-34.
- BATTAL**, Ahmet: Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara 2006.
- BAUMBACH**, Adolf/**HOPT**, Klaus J.: Handelsgesetzbuch, 40. Aufl., München 2021.
- BEDİR**, Cemre: Teminat Kavramı ve İpotek, İBD 2021, C. XCV, Sa. 2, s. 212-231.
- BERGER**, Klaus Peter: Internationale Bankgarantien, DZWir 1993, Vol. III, I. 1, s. 1-12.
- BİLGİN**, Mahmut: Banka Hukukunda Sözleşmeler Uyuşmazlıklar ve Hukuki Sorumluluk, Ankara 2011.
- BUNTE**, Hermann-Josef/**Zahrte**, Kai: AGB-Banken, AGB-Sparkassen, Sonderbedingungen, 5. Aufl., München 2019.
- CAMCI**, Ömer: Yabancı Para Borcu Dava ve Takipleri, 2. Bası, İstanbul 1998.
- CANARIS**, Claus-Wilhelm: Bankvertragrecht Erster Teil, 3. Aufl., Berlin 1988.
- CANBOLAT**, Ferhat: Banka Garantisinde Savunma İmkânları ve İhtiyati Tedbirler, Ankara 2009.
- CANBOLAT**, Ferhat/**TOPUZ**, Seçkin: Kefalet ile Garanti Ayırımının Önemi ve Ayırımında Uygulanacak Kıstaslar, TBBD 2008, C. XXI, Sa. 78, s. 53-76.

- CANTEKİN**, Celalettin: Dış Ticaret İşlemleri ve Uluslararası Bankacılık, 4. Bası, Ankara 2017.
- CLAUSSEN**, Carsten Peter: Bank- und Börsenrecht, München 1996.
- ÇEVİK**, Kemal: Ekonomi Hukuku Yaklaşımı ile Banka Hukuku, 2. Bası, Ankara 2009.
- DAYILARLI**, Kemal: Türk Borçlar Kanununa Göre Alacağın Devri, 5. Bası, Ankara 2019.
- DEVELİOĞLU**, Hüseyin Murat: Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri (*Anılış: Kefalet Işığında*), İstanbul 2009.
- DEVELİOĞLU**, Hüseyin Murat: Bağımsız Garanti Sözleşmeleri (*Anılış: Bağımsız Garanti*), İstanbul 2021.
- DOĞAN**, Vahit: Teminat Mektupları, 6. Bası, Ankara 2020.
- DOHM**, Jürgen: Bankgarantien im internationalen Handel, Bern 1985.
- DOMANIÇ**, Hayri: Birbirinin Aynı Olan Tüm Banka Kredi Sözleşmeleri ile Faktoring Sözleşmelerinin Tümü Emredici Kurallara Aykırı ve Geçersizdir, İstanbul 2007.
- DURMAZ**, Bora: Banka Teminat Mektuplarının Ödeme İstemiyle İbrazı, İstanbul 2016.
- EBENROTH**, Carsten Thomas/**BOUJONG**, Karlheinz/**JOOST**, Detlev/**STROHN**, Lutz: Handelsgesetzbuch (Bank- und Börsenrecht IV), 4. Aufl., München 2020, Band II.
- EKİCİ**, Akın/**DURUKANOĞLU**, Nihayet: Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Teminat Mektupları (Garanti ve Kontrgarantiler), İstanbul 2016.
- EKŞİ**, Nuray: Milletlerarası Ticaret Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2020.
- EMCH**, Urs/**RENTZ**, Hugo/**ARPAGUS**, Reto: Das Schweizerische Bankgeschäft, 6. Aufl., 2004.
- EMMENEGGER**, Susan/**ZBINDEN**, Andrea: Die Inanspruchnahme der Bankgarantie, Schweizerische Bankrechtstagung 2008, s. 139-174.
- EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler (*Anılış: Genel Hükümler*), 18. Bası, Ankara 2015.
- EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler (*Anılış: Özel Hükümler*), 8. Bası, Ankara 2020.
- ERYÜREK**, Şenay: Kambiyo Yönünden Banka Garanti Mektupları, Ankara 1974.
- ERZURUMLUOĞLU**, Erzan: Teminat Mektupları ve Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği, AİTİAD 1973, C. V, Sa. 1, s. 121-133.

- FISCHER**, Thomas: Bankrechts-Handbuch §121 (Hrsg. **SCHIMANSKY**, Herbert/**BUNTE**, Hermann-Josef/**LWOWSKI**, Hans-Jürgen), 5. Aufl., München 2017, Band II.
- FÖRSTER**, Christian: Die Fusion von Bürgschaft und Garantie, Tübingen 2010.
- GUGGENHEIM**, Daniel: Die Verträge der schweizerischen Bankpraxis, 3. Aufl., Zürich 1986.
- GUTZWILLER**, Christoph P.: Bankgarantien im internationalen Handel, ZSR 124 (2005) I, s. 273-298.
- GÜLER**, Muhammet Ali: Teminat Mektuplarının Paraya Çevrilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011.
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Bası, İstanbul 2014, C. II.
- GÜREL**, Murat: Kredi Sözleşmelerinde Kredinin Geri Ödenmesini Sağlamak Amacıyla Kullanılan Taahhütler (Covenants) ve Kredi Alacaklısının Kredi Alan Şirkete Karşı Sorumluluğu, İstanbul 2022.
- HAHN**, Volker: Rechtmissbrauch bei Rückgarantie auf erstes Anfordern, NJW 2001, s. 2449-2450.
- HARMAN**, Adnan: Banka Teminat Mektuplarına Bağlı Olarak Verilen Kontrgarantiler, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009.
- HORN**, Norbert: Die Bankgarantie im internationalen Umfeld, Berner Bankrechtstag 1997 (Personalsicherheiten), s. 84-129.
- HUECK**, Alfred/**CANARIS**, Claus-Wilhelm: Recht der Wertpapiere, 11. Aufl., München 1977.
- İBİŞ**, Cemal/**ÇATIKAŞ**, Özgür/**ÇOBAN ÇELİKDEMİR**, Neşe: Banka Muhasebesi İlkeler ve Uygulamalar, İstanbul 2018.
- İPLİKÇİOĞLU**, İsmail Hakkı: Tatbikî ve Hukukî Yönden Banka Muameleleri, İstanbul 1971.
- KAHRAMAN**, Zafer: Saf Garanti Taahhütleri, İstanbul 2017.
- KAHYAOĞLU**, Emin Cem: Banka Garantileri, İstanbul 1996.
- KANDİLLER**, Rıza: Banka Hukuku ve Bankalar Kanunumuzun Başlıca Hükümleri, 1986.
- KAPANCI**, K. Berk: Satıcının Satış Konusuyla İlgili Olarak Verdiği (Saf) Garanti Taahhütleri, İÜHFD 2015, C. VI, Sa. 2, s. 319-368.
- KAPLAN**, İbrahim: Banka Sözleşmeleri Hukuku, 2. Bası, Ankara 2020.
- KARAHASAN**, Mustafa Reşit: İnşaat İmar İhale Hukuku, 2. Bası, Ankara 1997, C. III.

- KARAYALÇIN**, Yaşar: Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler “Hukukî Mütalâalar” IV, Ankara 1992.
- KAYA**, Arslan: İlk Yazılı Talepte Ödeme Klotunu İhtiva Eden Banka Garantilerinde Hakkın Kötüye Kullanılması Sorunu, Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan, İstanbul 1995, s. 211-244.
- KIRCA**, İsmail: Kredi Teminat Aracı Olarak Himaye Beyanı, AÜHFD 1995, C. XLIV, Sa. 1-4, s. 451-476.
- KLEINER**, Beat: Bankgarantie, 3. Aufl., Zürich 1979.
- KLEINER**, Beat/**LANDOLT**, Kaspar/**GEMPERLI**, Dominique: Bankgarantie, 5. Aufl., Zürich 2016.
- KOCAMAN**, Arif B.: Banka Teminat Mektuplarının Hukukî Niteliği Üzerine, BATİDER 1990, C. XV, Sa. 3, s. 49-65.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 7. Bası, İstanbul 2017.
- KOSTAKOĞLU**, Cengiz: Banka Kredileri Tüketici ve Konut Kredileri ile Kredi Kartlarından Doğan Uyuşmazlıklar, 8. Bası, İstanbul 2016.
- KÖLEMEZLİ**, Murtaza: Banka Kredileri, 2. Bası, İzmir 1983.
- KUNTALP**, Erden: Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk, Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan, İstanbul 1995, s. 263-299.
- KURU**, Baki: Teminat Alacakları için İlâmsız İcra Takibi Yapılması, BATİDER 1976, C. VIII, Sa. 3, s. 33-40.
- KURU**, Baki/**AYDIN**, Burak: İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 5. Bası, Ankara 2021.
- KÜMPEL**, Siegfried: Bank- und Kapitalmarktrecht, 2. Aufl., Köln 2000.
- KÜNEY**, Hikmet: Banka Tekniği, 6. Bası, Ankara 1989.
- LALE**, Muktedir: Yargıtay Uygulamasında Banka Teminat Mektupları, Ankara 2015.
- MAIER-REIMER**, Georg/**ETZBACH**, Peter: Die Patronatserklärung, NJW 2011/16, s. 1110-1117.
- MARTINY**, Dieter: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl., München 2021.
- MÜLBERT**, Peter O.: Mißbrauch von Bankgarantien und einstweiliger Rechtsschutz, Tübingen 1985.
- NIELSEN**, Jens: Bankrechts-Handbuch §121 (Hrsg. **SCHIMANSKY**, Herbert/**BUNTE**, Hermann-Josef/**LWOWSKI**, Hans-Jürgen) 3. Aufl., München 2007, Band II.

- NOBBE**, Gerd: Bankrechts-Handbuch §92 (Hrsg. **SCHIMANSKY**, Herbert/**BUNTE**, Hermann-Josef/**LWOWSKI**, Hans-Jürgen), 5. Aufl., München 2017, Band I-II.
- NOBEL**, Peter: Die Patronatserklärungen und ähnliche Erscheinungen, Berner Bankrechtstag 1997 (Personalsicherheiten), s. 55-85.
- OĞUZMAN**, Kemal/**ÖZ**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, İstanbul 2014, C. I.
- OĞUZMAN**, Kemal/**ÖZ**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, İstanbul 2014, C. II.
- OMAĞ**, Semra: Banka Teminat Mektuplarının Mahiyeti ve Hükümleri, BATİDER 1971, C. VI, Sa. 2, s. 325-342.
- OY**, Osman/**GÜNGÜLER**, Gülcan: Türk Hukuk Mevzuatına Göre Kredi ve Kredi Teminatları, İstanbul 2008.
- ÖNDER**, Bengisu: Banka Teminat Mektupları, Ankara 2020.
- ÖZALP**, Abdurrahman: ICC'nin Yeni Uluslararası Garanti Kuralları-URDG 758, Banka Teminat Mektuplarına İlişkin ICC Kuralları-Makaleler, İstanbul 2011, s. 1-78.
- ÖZBOYACI**, Alper: Banka Teminat Mektuplarında Ödeme Talebi ve Buna Bağlı Sonuçlar, THD 2009, C. V, Sa. 31, s. 47-60.
- ÖZDEMİR**, Atalay: Borçlar Yasasının 110. Maddesine Eklenen Yeni Fıkra ve Banka Teminat Mektupları, YD 1984, C. X, Sa. 3, s. 252-271.
- ÖZTÜRK**, Gülay: Banka Teminat Mektuplarında Lehtarın Hak ve Yükümlülükler (*Anılış: Lehtar*), THD 2007, C. II, Sa. 5, s. 20-27.
- ÖZTÜRK**, Nazım: Para Banka Kredi (*Anılış: Banka*), 4. Bası, Bursa 2017.
- PAMUKÇU**, İ. İzzettin: Bütün Yönleri ile ve Çeşitli Örneklerle Teminat Mektupları, Ankara 1976.
- PEKCANITEZ**, Hakan/**ATALAY**, Oğuz/**SUNGURTEKİN ÖZKAN**, Meral/**ÖZEKES**, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2021.
- PELLUMBİ**, Sokol: Banka Kredi Hukukunda Teminatlar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006.
- PRIESTER**, Heinz: Der Garantievertrag, Diss. Bern 1935.
- REİSOĞLU**, Seza: Garanti mukavelesi (*Anılış: Garanti*), Ankara 1963.

- REİSOĞLU**, Seza: Vadeli Teminat Mektuplarından Ötürü Bankaların Sorumlu Tutulabilecekleri Süre (*Anılış: Vadeli*), Prof. Dr. Osman F. Berki'ye Armağan, Ankara 1977, s. 749-755.
- REİSOĞLU**, Seza: Özellikle Dış Ülkelerle İlgili Olarak Banka Teminat Mektupları – Kontrgarantiler ve Ortaya Çıkan Sorunlar (*Anılış: Dış Ülkelerle İlgili Ortaya Çıkan Sorunlar*), Ankara 1980.
- REİSOĞLU**, Seza: Banka Teminat Mektuplarında Kayıtsız Şartsız Ödeme Taahhüdü ve Hukukî Sonuçları (*Anılış: Kayıtsız Şartsız*), Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu VI, Ankara 1989, s. 67-91.
- REİSOĞLU**, Seza: Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler (*Anılış:1990*), 2. Bası, Ankara 1990.
- REİSOĞLU**, Seza: Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler (*Anılış: Kontrgarantiler*), 4. Bası, Ankara 2003.
- REİSOĞLU**, Seza: Türk Kefalet Hukuku (*Anılış: Kefalet*), Ankara 2013.
- REİSOĞLU**, Seza: Bankacılık Kanunu Şerhi (*Anılış: Şerh*), 2. Bası, Ankara 2015, C. I.
- REUSSER**, Samuel: Der Garantievertrag und sein Verhältnis zur Bürgschaft und anderen Sicherungsverträgen nach schweizerischem Recht, Diss. Bern 1938.
- SAMHAT**, Abbas: Münchener Kommentar zum HGB, 4. Aufl., München 2019, Band VI, (J).
- SAYIN**, Hediye Bahar: Kontrgaranti Sözleşmesinin Tarafları ve Kuruluşu, EBD 2007, C. IV, Sa. 14, s. 11-37.
- SCHINNERER**, Erich/**AVANCINI**, Peter: Bankverträge II. Teil, 3. Aufl., Wien 1978.
- SCHÖNLE**, Herbert: Bank- und Börsenrecht, München 1971.
- SCHÜTZE**, Rolf A.: Bankgarantien, Bonn 1994.
- SELÇUK**, Emre: Banka Teminat Mektuplarının Tanımı, Unsurları, Tarafları ve Hukuki Niteliği, İBD 2015, C. LXXXIII, Sa. 2, s. 363-371.
- SENGİR**, Turgut: Banka Teminat Mektuplarında Bedelin Depo Edilmesi, BATİDER 1972, C. VI, Sa. 4, s. 597-599.
- SERT**, Selin: 5411 Sayılı Bankacılık Kanununa göre Kredi Sınırlamaları, AkÜHFD 2013, C. III, Sa. 2, s. 25-54.
- SOMUNCUOĞLU**, Ünal: Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Umumi Kontrgaranti Taahhütlerine Göre Bankaların Nakit Depo Talebi (*Anılış: Nakit Depo Talebi*), İBD 1975, C. XLIX, Sa. 5-6, s. 831-842.

- SOMUNCUOĞLU**, Ünal: Banka Teminat Mektupları ve Kontrgaranti Sözleşmeleri (*Anılış: Kontrgaranti Sözleşmesi*), Hukuk Köprüsü 2014, N. 7, Sa. 7, s. 265-268.
- SONGUR**, Damla G./**CEYLAN**, Çiğdem: Banka Teminat Mektubu – Hukuki Niteliği ve Çeşitleri, UAÜHFD 2014, C. II, Sa. 4, s. 149-177.
- STAMMLER**, Rudolf: Der Garantievertrag, Archiv für die civilistische Privatrecht 69/19, 1866.
- STREULE**, Markus: Bankgarantie und Bankbürgschaft, Zürich 1987.
- ŞAKAR**, Birgül: Banka Kredileri ve Yönetimi, 7. Bası, İstanbul 2017.
- TANDOĞAN**, Halûk: Garanti Mukavelesi (*Anılış: Garanti*), Ankara 1959.
- TANDOĞAN**, Halûk: Bankaların Verdikleri Teminat Mektuplarının Hukukî Mahiyeti (*Anılış: Hukukî Mahiyet*), II. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara 1962, s. 793-819.
- TANDOĞAN**, Halûk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (*Anılış: Özel Borç İlişkileri*), 5. Bası, İstanbul 2010, C. II.
- TAŞPOLAT**, Ali: Döviz Teminat Mektupları, İstanbul 1985.
- TAŞPOLAT**, Ali: Banka Garantileri, İstanbul 1989.
- TAŞPOLAT TUĞSAVUL**, Melis: Banka Teminat Mektupları, İBD 2009, C. LXXXIII, Sa. 1, s. 301-335.
- TEKİNALP**, Ünal: Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 1988.
- TEKİNALP**, Ünal: Banka Hukukunun Esasları^λ, 2. Bası, İstanbul 2009.
- TEMİZ**, Emine: Banka Teminat Mektupları, MBD 2003, C. 4, Sa. 87, s. 35-54.
- TEOMAN**, Ömer: Yaşayan Ticaret Hukuku, İstanbul 2003, C. I., Kitap 10.
- TUĞ**, Adnan: Türk Özel Hukukunda Şekil, 2. Bası, Konya 1994.
- TUNÇOMAĞ**, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, 6. Bası, İstanbul 1976, C. I.
- TURHAN**, Turgut: Milletlerarası Sözleşmelerde Yabancı Para Kayıtları, Ankara 1997.
- TÜRKÇÜ**, Ayşe Nilüfer: Banka Teminat Mektuplarının Tazmininin İhtiyati Tedbir Kararı Alınarak Durdurulması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2005.
- USTA**, Mahmut: TL Teminat Mektupları, 4. Bası, İstanbul 1996.

^λ “**TEKİNALP**, N. (x)” şeklindeki kısa atıflar, aksi dipnotta açıkça belirtilmekdikçe bu esere yapılmıştır.

- ÜNAL**, Akın: Kelepçeleme Sözleşmeleri, 2. Bası, Ankara 2017.
- ÜNLÜTEPE**, Mustafa: Banka Teminat Mektubundan Doğan Alacağın Devri ve Haczi, İBD 2012, C. LXXXVI, Sa. 3, s. 181-200.
- ÜNSAL**, Erdal M.: Makro İktisat, 11. Bası, Ankara 2017.
- VASSEUR**, Michel: Fransız Hukukunda Banka Teminat Mektupları (Çev. *Murat YAVUŞ*), MÜHF-HAD 2008, C. XI, Sa. 1-2, s. 237-252.
- v. BIEBERSTEIN**, Wolfgang Freiherr Marschall: Bankgarantien im internationalen Zahlungsverkehr, Dokumentenakkreditive und Bankgarantien im internationalen Zahlungsverkehr, Frankfurt am Main 1977, s. 27-41.
- von TUHR**, Andreas: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı (Çev. *Cevat Adege*), 2. Bası, Ankara 1983, C. I-II.
- von WESTPHALEN**, Friedrich Graf: Die Bankgarantien im internationalen Handelsverkehr, 3. Aufl., Frankfurt am Main 2005.
- YALVAÇ**, Faruk: Bankacılık Terimleri Sözlüğü, Ankara 2008.
- YASAMAN**, Hamdi: Banka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları, İstanbul 2005, C. I.
- YAVUZ**, Cevdet/**ACAR**, Faruk/**ÖZEN**, Burak: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 16. Bası, İstanbul 2019.
- YENER COŞKUN**, Hilal: Banka Teminat Mektuplarında İlgililerin Hak ve Yükümlülükleri, İstanbul 2012.
- YENİCE**, A. Özge: Kontrgaranti (*Anılış: Kontrgaranti*), AdBD 2007, C. I, Sa. 1, s. 171-202.
- YENİCE**, A. Özge: Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri (*Anılış: Rücu*), İstanbul 2009.
- YILMAZ**, Asuman: Şirketler Topluluğu Uygulamasında Himâye Beyanları ve Bu Beyanların Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m. 209 Hükmü Açısından Değerlendirilmesi (*Anılış: Himaye Beyanı*), BATİDER 2009, C. XXV, Sa. 4, s. 409-449.
- YILMAZ**, Yasemin: Garanti Sözleşmesi (*Anılış: Garanti*), TAAD 2014, C. V, Sa. 19, s. 1079-1116.
- YÜCE**, Melek Bilgin: Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi (*Anılış: Sözleşme*), İstanbul 2007.
- YÜCE**, Melek Bilgin: Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesinde Rücu (*Anılış: Rücu*), DEÜHFD 2009, C. XI, Özel Sayı, s. 1435-1454.

YÜKSEL, Sait A./**YÜKSEL**, Aslı/**YÜKSEL**, Ülkü: Bankacılık Hukuku ve İşletmesi, 10. Bası, İstanbul 2004.

ZARAKOLU, Avni: Para Kredi ve İktisadî Faaliyetler, 2. Bası, Ankara 1977.

ZOBL, Dieter: Die Bankgarantie im schweizerischem Recht, Berner Bankrechtstag 1997 (Personalsicherheiten), s. 23-53.

Türk Hukuk Lûgatı, 4. Bası, Ankara 1998.

