T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

HUKUKİ GELİŞİMİ AÇISINDAN ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ TAAHHÜT

Sevgi Kayak

2502030072

Danışman: Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ

İstanbul

2009

TEZ ONAYI

……..... Anabilim Dalında **……** numaralı **…….'**ın hazırladığı **"……..."** konulu ~~YÜKSEK LİSANS~~ / DOKTORA TEZİ ile ilgili **Tez Savunma Sınavı,** Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 35.Maddesi uyarınca **……., ……** günü saat: **…./….'de** yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **.....**'ne* **OYBİRLİĞİ /OYÇOKLUĞUYLA** karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	**KANAATİ(*)**	**İMZA**

HUKUKİ GELİŞİMİ AÇISINDAN ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ TAAHHÜT

Sevgi Kayak

ÖZ

Hukuk, Gelişimi Açısından Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt başlıklı tezimizin amacı üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinin genel yapısı ve karakterini ortaya koymaktır. Üçüncü kişinin fiilini taahhüt tarihin en eski çağlarından beri var olmakla birlikte her zaman tartışmalı bir kurum olmuş, hukuki niteliği, şartları ve hükümleri üzerinde çoğu kez uzlaşmaya varılamamıştır. Bugün geldiği nokta itibariyle üçüncü kişinin fiilini taahhüt bir garanti kurumu olarak kabul edilir. Ancak üçüncü kişinin fiilini taahhüt gibi bir ifadeden garanti borcuna nasıl ulaşıldığı saptamak kurumun hukuki niteliğinin belirlenmesinde çok önemlidir. Bu amaçla çalışmamızda doktrin ve içtihatta yaşanan tartışmalar eşliğinde üçüncü kişinin fiilini taahhüdün hukuki karakteri üzerinde durulmuş ve ulaşılan sonuca göre kurumun şartları ve hükümlerine yer verilmiştir.

ABSTARCT

The aim of this dissertation titled **The Legal Development of The Commitment of the Third Party's Act** is to elucidate the general structure and character of the legal notion called the commitment of the third party's act. Although this instution has existed since very early ages of law, it has been always a problematical subject in that its legal character, requirements and results has never been determined clearly and distinctly by legal scholars. Today this notion is seen as a guarantee issue. However, it is essential in determining the legal character of this notion to understand the transformation of a concept called the commitment of the act of the third party to the concept of an obligatory guarantee. In order to achieve this aim, in our theses the legal character of the notion called commitment of the act of the third party is examined with the help of the doctrinal and adjudicative views and as a conclusion, the requirements and the legal results of this notion are clarified.

ÖNSÖZ

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt kanuni düzenlemelerde kendisine çok az bir pay bulabilmiş olmakla birlikte günümüz hukuki ilişkilerinin vazgeçilmez bir öğesi haline gelmeyi başarmış bir kurumdur. Başta ticaret alanı olmak üzere günlük hayatın tüm iş ilişkilerinde üçüncü kişinin fiilini taahhüt karşımıza çıkar. İlginç olan, kurumun taşıdığı sözcükler itibariyle hiçbir hukuki anlam ifade etmemesine rağmen böyle bir kurumdan günümüz iş dünyasının temelinde yer alan teminat ilişkilerine ulaşılıyor olmasıdır.

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt bizim için başlangıçta bu özellikleri bilinerek seçilmiş bir konu değildi. Bu sebeple kurumun genel yapısı ve karakteri hakkındaki fikirler ancak çalışma ilerledikten sonra edinilebilmiştir. Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün pek çok yönlerden tartışmalı durumda bulunması ve başka disiplinleri de ilgilendirmesi kurum ile ilgili belirsizlikleri ve zorlukları gündeme getirmiştir. Ancak bu basit ifadenin arkasında garanti kurumu gibi hukukun en temel alanlarından birinin gizli olması ve neredeyse insanlık tarihi ile eşit bir geçmişinin bulunması kurumu ilginç hale getirmiş ve çalışmamızda bu yönlere ağırlık verilmesini sağlamıştır.

Çalışmamda emeği ve katkısı bulunan başta tez danışmanın Prof. Dr. Hüseyin Hatemi olmak üzere, Prof. Dr. Bedia Demiriş'e ve diğer bütün değerli hocalarıma ve çalışma arkadaşlarıma teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

Öz…… iii

Önsöz…….. iv

İçindekiler…… v

Kısaltmalar…… xi

Giriş……... 1

BİRİNCİ BÖLÜM

ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ TAAHHÜDÜN ANLAMI

I. Genel Olarak…….. 7

II. Kavram…… 22

A. Genel Olarak……..... 22

B. Porte-fort Kavramı…….. 29

III. Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüdün Hukuki Niteliği…… 37

A. Genel Olarak…… 37

B. Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüdün Hukuki Niteliği İle İlgili Görüşler…… 38

1. Kefalet Sözleşmesi Görüşü…… 38

2. Garanti Sözleşmesi Görüşü…… 39

3. Genel Hüküm Görüşü…….. 47

4. Kefalet Benzeri Garanti Sözleşmesi Görüşü……. 50

a. Kefalet Benzeri Garanti Sözleşmesinin Ana Hatları…….. 50

b. Kefalet Benzeri Garanti Sözleşmesi Görüşünün Hukuki Dayanağı……. 59

İKİNCİ BÖLÜM

ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ TAAHHÜT KURUMUNUN HUKUK TARİHİ AÇISINDAN DOĞUM SÜRECİ

I. Roma Hukuku Öncesi Dönemde Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt İşlevine Sahip Olan Kurumlar…… 67

II. Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüdün Roma Hukukundaki Kökleri ve Gelişimi…….. 71

A. Klasik Hukuk Dönemi…… 71

1. Genel Olarak……. 71

2. Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüdün Hükümsüzlüğü Esası…… 72

3. Hükümsüzlük Esasını Doğuran Neden: Katı Şekilcilik Anlayışı…… 77

a. Genel Olarak……. 77

b. *Stipulatio'*nun Şekil Şartı…… 80

c. Katı Şekilcilik Anlayışının Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhütler Üzerindeki Etkisi…… 83

B. Hükümsüzlük Esasının Iustinianus Hukukundaki Dönüşümü……. 91

III. Ortak Hukuk Döneminde Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüdün Gelişimi…….. 95

A. Ortak Hukuk Döneminde Genel Hukuki Yapı…… 95

B. Ortak Hukuk Öncesi Dönemden Gelen Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt İle İlgili Uygulamaların Yansıması…….. 100

C. Örf ve Adet Hukukunda Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Anlaşmaları…… 102

D. Pothier'nin Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Doktrini…… 106

IV. Kıta Avrupası Hukukunda Kanunlaştırma Döneminde Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Düzenlemeleri…… 115

A. Fransız Medeni Kanununda Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Düzenlemesi…… 115
1. Kanunun Hazırlık Çalışmaları…… 115
2. Kanunun Yürürlüğe Girmesinden Sonra Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt İle İlgili Tartışmalar…… 118
B. Pandekt Hukuku Çalışmalarında Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüdün Durumu…… 125
C. 1881 ve Revizyon Sonrası İsviçre Borçlar Kanunundaki Düzenleme…….. 131

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ TAAHHÜDÜN UNSURLARI, BENZER HUKUKİ İLİŞKİLERDEN AYRILMASI VE GEÇERLİK ŞARTLARI

I. Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüdün Unsurları…….. 135
A. Genel Olarak…… 135
B. Borçlanma İradesi (*Animus Obligandi*)…….. 137
C. Riziko……. 141
1. Riziko Kavramı…… 141
2. Rizikonun Kanuni Şart Oluşu……. 147
3. Rizikonun Üçüncü Kişinin Fiiline Bağlanmış Olması……. 149
a. Genel Olarak……. 149
b. Rizikonun Unsurları……. 150
(1) Üçüncü Kişi…… 150
(2) Fiil…….. 154
D. Bağımsızlık…… 159
II. Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüdün Benzer Hukuki İlişkilerden Ayırt Edilmesi……. 165
A. Kefalet Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi…… 165

1. Genel Olarak……. 165
2. Ayrımın Pratik Önemi……. 166
3. Ayrımda Başvurulan Ölçütler…….. 169
a. Genel Olarak…….. 169
b. Teminat Taahhüdünün Genel Yorum İlkeleri Işığında Ele Alınması……. 171
c. Ayrımda Kullanılan Temel Ölçütler……. 174
(1) Aslilik-Ferilik……. 174
i. Temel Borç İlişkisine Atıf…… 178
ii. Defi ve İtirazlardan Feragat……. 182
iii. İlk Talepte Ödeme Kaydı……. 183
(2) Çıkar Ölçütü…… 187
(3) Kişiye Yönelik İlgi Ölçütü…….. 189
(4) Aynen İfa Tazminat Ödeme Yükümlülüğü…….. 191
(5) Şekil Şartı…….. 192
d. Ayrımda Kullanılan Yan Ölçütler…… 195
e. Şüphe Halinde Kefalet Karinesi…… 196
B. Müteselsil Borçluluktan Ayırt Edilmesi……. 197
C. Birlikte Borç Üstlenmeden Ayırt Edilmesi…….. 199
D. Cezai Şarttan Ayırt Edilmesi……. 201
E. Kredi Vekaletinden Ayırt Edilmesi…….. 203
III. Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesinin Geçerlik Şartları……. 204
A. Ehliyet…….. 204
B. Sözleşme Konusunun Emredici Hukuk Kurallarına, Kamu Düzenine, Genel Ahlaka ve Kişilik Haklarına Aykırı Olmaması….. 207
C. Sözleşme Konusunun İmkansız Olmaması…… 211

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ TAAHHÜDÜN HÜKÜMLERİ, SONA ERMESİ VE ZAMANAŞIMI

I. Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüdün Hükümleri…… 214

A. Taraflar Arasındaki İlişkiler…… 214

1. Taahhüt Eden İle Alacaklı Arasındaki İlişkiler…….. 214

2. Taahhüt Eden İle Üçüncü Kişi Arasındaki İlişkiler…… 226

B. Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüdün Başlıca Uygulama Alanı: Banka Teminat Mektupları…… 227

C. Zararı Giderme Borcu…… 232

1. Zararı Giderme Borcunun Doğumu…… 232

2. Zararı Giderme Borcunun Kapsamı…… 237

D. Rücu Sorunu…….. 242

1. Genel Olarak…….. 242

2. Rücu Hakkının Kanuni Dayanağı İle İlgili Görüşler……. 246

a. Kanuni Halefiyet Görüşü……. 246

b. Alacağın Temliki Görüşü…… 247

c. Vekaletsiz İş görme Görüşü…… 248

d. Sebepsiz Zenginleşme Görüşü…… 251

e. Eksik Teselsül Görüşü……. 252

II. Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüdün Sona Ermesi…… 254

A. Rizikonun Gerçekleşmemesi Nedeniyle Sona Erme…… 254

1. Riziko Bekleme Süresi Kararlaştırılmış Olan Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesinde Sona Erme.... 254

2. Riziko Bekleme Süresi Öngörülmemiş Olan Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmelerinde Sona Erme…… 256

B. Rizikonun Gerçekleşmesinden Sonra Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüdün Sona Ermesi…… 257

C. Diğer Sona Erme Sebepleri……. 258

III. Zamanaşımı…… 259
A. Genel Zamanaşımı Süresi……. 259
B. Borçlar Kanununun 110. Maddesinde 8.7.1981 Tarih ve 2486 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklik…… 262
Sonuç…… 269
Kaynakça…… 283
Özgeçmiş…… 314

KISALTMALAR

a.g.e.	adı geçen eser.
a.s.b.l.	Association Luxembourgeoise des Juristes de Banque.
ABD	Ankara Barosu Dergisi.
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch.
AcP	Archiv für die civilistische Praxis.
AEDBF-BELGIUM	Association Européenne pour le Droit Bancaire et Financier-Belgium.
art.	article, artikel
ATF	Arrêts du Tribunal Fédéral.
Auf.	Auflage.
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
AÜHFM	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası.
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi.
Bd.	Band.
b.	bent.
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch.
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes
BK.	Borçlar Kanunu.
bkz.	bakınız.

bs.	bası.
bsk.	baskı.
C. Civ.	Code Civil.
C.	Codex.
c.	cümle.
C:	Cilt.
CO	Code des Obligations.
consid.	considérant.
Çev.	Çeviren.
D.	Digesta.
Diss.	Dissertation.
dn.	dipnotu.
E.	Esas.
éd.	édition.
Ed.	yayına hazırlayan.
f.	fıkra.
FJS	Fisches Juridiques Suisses.
Gai. I.	Gaius Institutiones.
HD	Hukuk Dairesi.
HGK	Hukuk Genel Kurulu Kararı.
I.	Iustinianus Institutiones.

İBD	İstanbul Barosu Dergisi.
İçt. Bir. K.	İçtihadı Birleştirme Kararı.
İKD	İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi.
İsv. BK.	İsviçre Borçlar Kanunu.
İÜHFM.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası.
JdT	Jornal des Tribunaux.
K.	Karar.
karş.	karşılaştırınız.
kıs.	kısaltma.
Lib.	Liber.
m.	madde.
M.Ö.	Milattan Önce.
M.S.	Milattan Sonra.
MK	Medeni Kanun.
N.	Kenar Numarası.
No.	Numara.
Nov.	Novellae.
OR	İsviçre Borçlar Kanunu.
pr.	principium.
RG	Resmi Gazete.
RHD	Revue Historique de Droit Français et Etranger.

RIDA	Revue Internationale des Droits de l'Antiquité.
RKD	Resmi Kararlar Dergisi.
RO	Le Recueil Officiel des Arrêts du Tribunal Fédéral.
RTD civ.	Revue Trimestrielle de Droit Civil.
s.	sayfa.
SA	Société Anonyme.
Sayı No	Sayı Numarası.
SJ	La Semaine Judiciaire.
t.	tarih.
t.y.	tarih yok.
Tab.	Tablet.
TD	Ticaret Dairesi.
Th.	Thèse.
Tijd. Voor Recht.	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis.
Tit.	Titre.
TTK	Türk Ticaret Kanunu.
UNCITRAL	Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu.
v.d.	ve diğerleri.
vb.	ve benzeri.
vd.	ve devamı.
vol.	volume.

Y.	Yıl.
y.y.	yayın yeri yok.
Yarg.	Yargıtay.
yay. haz.	yayına hazırlayan.
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi.
yy.	yüzyıl.
ZSR	Zeitschrift der Svigny-Stiftung für Rechtgeschichte.

GİRİŞ

Günlük hayatın baş döndürücü bir hızla artan ihtiyaçlarına cevap yeni ve değişik içerikte sözleşme tiplerinin ortaya çıkması ile verilmektedir. İnsanlık tarihinin ilk zamanlarından beri var olan bu özellik sözleşmeler hukukunun sürekli gelişen bir alan olmasını sağlamıştır. Üçüncü kişinin fiilini taahhüt de bu alan içerisinde kendisine yer edinmiş sözleşme tiplerinden biridir. Ancak ilginç olan, bir sözleşme tipi olarak keşfedilmekle beraber, bu isim altında bir sözleşmenin akdedilebilirliğinden ne geçmişte, ne bugün ne de gelecekte söz edilebilir olmasıdır. Normal olarak sözleşmelerde kendi edimleri ile bağlı olan tarafların üçüncü kişinin edimini konu alan bir sözleşme kurmaları ne mümkündür ne de anlamlıdır. Zira böyle bir sözleşmede, edimi konu alınan üçüncü kişi bu edimi ifaya zorlanamayacağı gibi, sözleşenlerin, ifası üçüncü kişiden beklenen bir edimin yerine getirilmesinden sorumlu olmaları da beklenemez. Bu bakımdan her ne kadar bu ifade ile anılsa da, üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözcüklerinin arkasında daima başka bir kurum gizli olmuştur ki bu, garanti kurumudur. Üçüncü kişinin edimini söz veren kimsenin aslında bu edimin hiçbir zaman yerine getirmeyecek olduğunun bilincinde olması bu taahhüdün garanti borcu ile olan bağlantısını kurar. Tüm ikna çabalarına rağmen üçüncü kişinin ifaya yanaşmaması ve sözleşenlerin elinde üçüncü kişiyi ifaya zorlamak için hiçbir hukuki araç bulunmaması böyle bir taahhütte bulunan kimsenin tam anlamıyla bir belirsizliği, bir riski söz verdiğinin göstergesidir.

Tarihin en eski çağlarından beri var olan ve hatta insanlık tarihi ile yaşıt sayılan üçüncü kişinin fiilini taahhüt, bu sözcüklerin zihinlerde bıraktığı basit anlamı ile değil, içinde barındırdığı garanti borcu anlamı ile kavranarak teminat ihtiyacını karşılayan önemli ve etkin bir kurum işlevini görmüştür. Garanti borcu ile birlikte anılmayan üçüncü kişinin fiilini taahhütlere ise hiçbir zaman etki tanınmamıştır. Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün hukuksal çatısının oluştuğu Roma hukukunda, söz konusu taahhüt, zaman zaman bu sözcüklerin ifade ettiği basit anlamı ile ele alınarak geçersiz kabul edilmiş, zaman zaman kurumu etkin saymanın çareleri aranmıştır. Geçmişin üçüncü kişinin fiilini taahhüt uygulamalarını günümüz garanti sözleşmelerine bağlayan ortak hukuk dönemi salt üçüncü kişinin fiilini taahhüdün

geçersiz olduğunu bildirerek ana kuralı inşa ederken üçüncü kişinin fiilini taahhüt ihtiyacını karşılayan kurumların varlığını her zaman kabul etmiştir.

Bugün üçüncü kişinin fiilini taahhüt ayrı ve bağımsız bir kurum olarak ele alınmakla beraber kurumun anlamı ve hukuki niteliği üzerine yaşanan tartışmalar halen eksilmemiştir. Bu tartışmaların birçoğunda üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile ilgili çalışmaların, kurumun tarihsel temelleri ile olan bağlantısına yeteri kadar dikkat çekilmemesinin etkisi vardır. Tarihsel bağlarından kopuk olarak ele alındığı zaman üçüncü kişinin fiilini taahhüt gibi bir ifadeden garanti borcu kavramına nasıl ulaşıldığı noktası eksik kalmaktadır. Bu nedenle üçüncü kişinin fiilini taahhüt, özel hukukun tarihsel gelişimi ile incelenmesi gereken kurumları arasında belki de ilk sıralarda yer alır.

Belirtmek gerekir ki bugün üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile ilgili pek çok konu tartışmalıdır. Öyle ki üçüncü kişinin fiilini taahhüdün bir sözleşme olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği bile tartışılmıştır. Tarafların kendi aralarındaki karşılıklı beyanları ile bir üçüncü kişiyi borçlandıramayacaklarını ifade etmek üzere hukukun ilk çağlarına hakim olan katı şekilciliği saf dışı bırakmak üzere üçüncü kişinin fiilini taahhüt kurumuna yer verildiği iddia edildiği gibi, böyle bir taahhüdün bundan fazla bir anlam taşıması gerektiği de savunulmuştur. Hatta üçüncü kişilerin fiillerinin sözleşme konusu yapılabileceğine ilişkin bir belirlemeyi sözleşme özgürlüğü ilkesinin hakim olduğu günümüzde dile getirmeye gerek olmadığı görüşü artık daha fala ses getirmeye başlamıştır. Yine üçüncü kişinin fiilini taahhüdü garanti borcu üzerine temellendiren görüş de garanti borcunun türü konusunda kendi içinde tartışmalar yaşamış ve geniş anlamda garanti borcunu, sınırları daha dar ve belirgin bir alana çekerken güçlükler yaşamıştır. Kefalet sözleşmesine olan yakınlığı nedeniyle bir dönem kefalet sözleşmesinin alt türü olarak kabul edilen üçüncü kişinin fiilini taahhüt, zamanla, garanti sözleşmesinin bir alt türü gibi ele alınmaya başlamış, ancak bu görüş dahi sorunun çözümü için son noktayı koymaya yeterli olamamıştır. Hukuki terimler arasında birlik bulunmaması ise, üçüncü kişinin fiilini taahhüdün hukuki niteliğini belirlemedeki güçlükleri bir kat daha arttırmıştır.

Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün hukuki niteliği konusunda sahip olunan görüş ayrılıkları taahhüdün unsurlarının belirlenmesi çabasına da yansımıştır. Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün bir sözleşme olarak nitelendirilemeyeceği düşüncesi doğal olarak taahhüdün unsurlarının belirlenemeyeceği düşüncesini de körüklemiştir.

Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün hukuki niteliğini ve unsurlarını belirlemedeki güçlükler özellikle kurumun kefalete olan yakınlığı sebebiyle ortaya çıkmaktadır. Her iki sözleşmeyi birbirinden ayrımak için doktrinde önerilen ölçütler tatmin edici bir çözüm sağlayabilmiş değildir.

Hukuki nitelik sorunu ve kefalete olan yakınlık bugün en fazla içtihat alanında güçlük çıkarmaktadır. Teminat taahhüdünde bulunan kişilerin, günlük hayatta hukukçu olmayan ve hukuki kavramların teknik anlamlarına son derece yabancı kişiler oldukları düşünüldüğünde, sadece bir "garanti ediyorum" ifadesi ile yapılan beyanların hukuki niteliğini belirleme gibi güç bir sorun ister istemez mahkemelerin üzerine yıkılmaktadır. Üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile kefalet arasındaki ayrım sorunu ülkemizde en fazla banka kredi kartları ve kredi sözleşmeleri bakımından gündeme gelmektedir. Bankaların uzmanlaşmış ve deneyimli hukukçu kadrolarının kaleme aldıkları kredi sözleşmelerine düşülen "garanti beyanı" adı altındaki imzaların bir kefalet iradesini mi, yoksa ondan çok daha ağır ve kapsamlı bir sorumluluk getiren bağımsız garanti iradesini mi sonuçladığını belirlemek başlıbaşına bir sorundur.

Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün kefalete olan yakınlığının uygulama alanında yarattığı en büyük sıkıntı, kanunun kefalet için getirdiği koruyucu hükümlerinden kaçmak isteyen tarafların aslında geçersiz olacak bir kefaleti geçerli bir üçüncü kişinin fiilini taahhüt olarak ayakta tutma çabalarıdır. Bu çabalar ne yazık ki zaman zaman içtihat alanında olumlu karşılık bulmakta, geçersiz bir kefalet sözleşmesi tahvil kurallarına aykırı olarak geçerli bir üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi içinde yaşatılmaktadır.

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile ilgili sorunlar ve tartışmalı noktalar yalnızca bunlarla sınırlı değildir. Kanuni düzenlemenin yetersizliği karşısında taahhüdün

hükümlerini belirlemek de çoğu zaman güçtür. Bu sorunlar arasında özellikle ön plana çıkan rücu sorunudur. Taahhüt edenin ödemeyi yaptıktan sonra kefalet sözleşmesinde olduğu gibi üçüncü kişiye başvuruda bulunup bulunamaycağı meselesi, doktrini, rücu hakkının kanuni dayanakları konusunda fikir arayışlarına itimiş ve her biri birbirinden tartışmalı hukuki dayanaklar ileri sürülmesine neden olmuştur.

Tüm bu sorunların çözümü için yeni bir kanuni düzenlemenin yapılması gerektiği konusundaki düşünceler giderek taraftar toplamaktadır. Üçüncü kişinin fiilini taahhüt ifadesinin zihinlerde yankılandığı anlamı ile ele alınmayıp kuruma bundan daha fazla bir işlev yüklenmesi kurumun önemini iyiden iyiye arttırmakta ve tüm tartışmalı ve sorunlu noktaların incelenmesini gerektirmektedir. Bu sebeple çalışmamızda bu tartışmalı ve sorunlu noktaların eşliğinde üçüncü kişinin fiilini taahhüt kurumunun hukuki gelişimi incelenmiştir. Kurumun hukuki niteliği ve yapısı ortaya konulmaya çalışılmış ve bugün gelinen nokta itibariyle üçüncü kişinin fiilini taahhüdün hükümleri değerlendirilmiştir.

Çalışmamızın ilk bölümünde üçüncü kişinin fiilini taahhüdün anlamı ve hukuki niteliği üzerinde durulacaktır. Hukuki nitelikle ilgili tartışmalardan ve ortaya konan görüşlerden faydalanarak taahhüdün hukuki niteliğine ilişkin bir belirlemede bulunulacaktır.

İkinci bölüm üçüncü kişinin fiilini taahhüdün hukuk tarihi açısından doğum sürecine ayrılmıştır. Kurumun tarihsel köklerle halen devam etmekte olan sıkı bağları tarihsel değerlendirmeye daha fazla yer verilmesini gerektirmektedir. Zira hukuki nitelendirme tartışmalarında üçüncü kişinin fiilini taahhüt gibi bir ifadeden garanti sözleşmesi gibi özel bir sözleşme tipine nasıl ulaşıldığını tespit, ancak tarihsel veriler göz önünde bulundurulduğu zaman mümkün olabilmektedir. Bu bölümde öncelikle ve özellikle, hemen hemen bütün hukuki kurumlarda olduğu gibi üçüncü kişinin fiilini taahhüdün de ilk temellerinin Roma hukukunda atılması nedeniyle Roma hukukundaki üçüncü kişinin fiilini taahhüt anlayışına yer verilecektir. Ancak üçüncü kişinin fiilini taahhüt, Roma hukukundan günümüze doğrudan ulaşmış kurumlardan

biri değildir. Kurumun günümüz milli kanunlarına kadar gelmesinde ve bu kanunlarda kurallaşmasında Roma hukukunun olduğu kadar ortak hukuk döneminin katkısı da yadsınamaz. Ortak hukutaki çalışmaların kıta Avrupa'sı kanunlaştırmalarına nasıl yansıdığının tespiti kurumun hukuki yapısının anlaşılabilmesi bakımından vazgeçilmez bir öneme sahiptir. Bu nedenle ortak hukuk döneminde ve kıta Avrupa'sı kanunlaştırma hareketlerinde üçüncü kişinin fiilini taahhüdün izlediği seyir ayrıca takip edilecektir.

Üçüncü bölümde kurumun unsurları, benzeri hukuki ilişkilerden ayrılması ve geçerlik şartları ele alınacaktır. Özellikle ilk bölümde tespit edilen anlam ve hukuki nitelik, ikinci bölümdeki tarihsel verilerle denetlendikten ve doğrulandıktan sonra, kurumun unsurlarını ve şartlarını belirleme ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün hukuki niteliği ile ilgili tartışmalar, unsurların tespiti meselesine de yansımış olduğundan bu bölümde, ilk bölümde yapılan tespit doğrultusunda hareket edilecek ve unsurlar, hukuki niteliğe paralel olarak saptanacaktır. Taahhüdün unsurları üzerinde durulurken özellikle, üçüncü kişinin fiilini taahhüt ifadesinde yer alan ve kurumun hukuki niteliğini belirlemeyi güçleştirdiği için büyük eleştiri toplayan "fiil" sözcüğü de ele alınacaktır. Zira üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile ilgili tartışmalı noktalardan birisi de "fiil" tabirine yer verilmiş olmasıdır. Her türlü hareket tarzını içine alacak kadar geniş bir anlama sahip olan fiil sözcüğünün üçüncü kişinin fiilini taahhüt gibi bir kurumun teknik ismi olmaktan çok uzak olduğu belirtilmiş ve fiil tabirini kullanan kanuni düzenlemeler ciddi şekilde eleştirilerek bunun yerine edim kavramının tercih edilmesi gerektiği öne sürülmüştür. Bu bakımdan çalışmamızda hangi terimin kurumu daha iyi ifade ettiği hususundaki açıklamalara değinilecektir. Hukuki nitelik ve unsur belirlemesinde edim kavramının daha doğru olduğuna olan inanç sıkça dile getirilmekle birlikte çalışmamız boyunca kanuni düzenlemeye sadık kalmak adına fiil sözcüğü tercih edilmiştir. Yine bu bölümde üçüncü kişinin fiilini taahhüt kurumunun uygulamayı son derece meşgul eden kefalet sözleşmesi ayrımına da yer verilecek, kefalet kadar sorunlu olmasa da diğer hukuki kurumlarla olan benzerlik ve

farklılıklar da ayrıca göz önünde bulundurlacaktır. Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün geçerlik şartları bu bölümde ele alınacak son başlıktır.

Dördüncü bölümde hukuki niteliği, şartları ve sınırları tespit edilmiş bağımsız bir kurum gözüyle üçüncü kişinin fiilini taahhüdün hükümlerine yer verilecektir. Taahhüdün varlık kazandırdığı zararı giderme borcunun doğumu ve kapsamı özellikle ele alınacak konular arasındadır. Burada banka teminat mektuplarından da kısaca bahsedilecektir. Zira banka teminat mektupları günümüzde üçüncü kişinin fiilini taahhüdün başlıca uygulama alanında yer almaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki banka teminat mektupları ayrı bir tez konusu olacak kadar geniş ve aynı zamanda farklı disiplinleri ilgilendiren bir konudur. Bu sebeple banka teminat mektuplarıyla ilgili bilgilere çalışmamızın kapsamını ve amacını ilgilendirdiği kadarıyla yer verilecektir. Üçüncü kişinin fiilini taahhüt söz konusu olduğu zaman özellikli bir sorun olarak ortaya çıkan rücu sorununa da bu bölümde değinilecektir. Sonrasında, kurumun sona ermesi ile ilgili açıklamalara geçilecektir. Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün tabi olduğu zamanaşımı ile ilgili hükümler açıklandıktan ve tarafların taahhüt metninde tespit ettikleri sürelerin zamanaşımı bakımından nasıl bir sorun haline geldiğinden bahsedildikten sonra bu konuda çözüm olarak sunulan kanuni düzenlemeye yer verilerek çalışmamız tamamlanacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ TAAHHÜDÜN ANLAMI

I. Genel Olarak

Türk hukuk düzenlemesinde üçüncü kişinin fiilini taahhüt, Borçlar Kanununun "Borçların Üçüncü Şahıs Hakkındaki Tesiri" başlıklı üçüncü faslının "Başkasının Fiilini Taahhüt" kenar başlıklı 110. maddesinde kaleme alınmıştır. Madde şöyledir[1]:

> Bir üçüncü şahsın fiilini başkasına taahhüt eden kimse bu üçüncü şahıs tarafından taahhüdün ifa edilmemesi halinde zarar ve ziyan tediyesine mecburdur.
>
> Muayyen bir müddet için yapılan taahhütlerde, müddetin bitimine kadar taahhüt edene yazılı olarak başvurulmaması halinde taahhüdün hükümsüz olacağına dair sözleşme muteberdir.

Maddenin Mehaz Kanundaki karşılığı olan art. 111 CO'da "porte-fort" kenar başlığı altında kaleme alınmış Fransızca metni şöyledir:

> Bir üçüncü kişinin fiilini başkasına taahhüt eden kimse, bu üçüncü kişi tarafından taahhüdün ifa edilmemesi halinde zararı gidermekle yükümlüdür.

Aynı maddenin Almanca metninde üçüncü kişinin fiilini taahhüt, izleyen şekilde düzenlenmiştir:

> Bir üçüncü kişinin edimini başkasına taahhüt eden kimse, bu edim yerine getirilmediği zaman, bundan doğan zararı gidermekle yükümlüdür.

---

[1] Maddenin son fıkrası 8.7.1981 tarih ve 2486 Sayılı Kanunla eklenmiştir. RG 10.7.1981 t., Sayı No. 17396.

Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün Fransız Medeni Kanunundaki düzenlemesi ise art. 1120 C. Civ.'de şu şekilde yer almaktadır:

> Bununla birlikte üçüncü kişinin fiili vaat edilerek onun lehine yükümlülük altına girilebilir; eğer üçüncü kişi yükümlülüğü üstlenmeyi reddederse, icazeti vaat eden veya tekeffülde bulunan kişi tazmin ile yükümlü olur.

Madde düzenlemelerinde üçüncü kişinin fiilini taahhüt, bir kimsenin diğer kimseye üçüncü kişinin herhangi bir fiilini taahhüt ederek bu fiilin gerçekleşmemesi halinde uğranılan zararı gidermeyi üstlenmesi olarak ele alınmıştır. Bu taahhütle yükümlülük altına giren kimse kendi fiilini taahhüt edecek yerde üçüncü kişinin fiilini taahhüt etmekte ve bu taahhüt ifa edilmediğinde, yani üçüncü kişi tarafından fiil yerine getirilmediğinde meydana gelen zararı ödemek zorunda kalmaktadır[2]. Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün en belirgin özelliği taahhüde başkasının fiilinin konu ediliyor olmasıdır. Bir kimsenin diğerine üçüncü kişinin aldığı ödüncü geri ödeyeceğini taahhüt etmesi; satıcının sahip olduğu defileri kullanmaksızın malı teslim edeceğinin taahhüt edilmesi; kiracının istendiğinde taşınmazı derhal tahliye edeceğinin taahhüt edilmesi; yurtdışına burslu olarak gönderilecek bir öğrencinin derslerinde başarılı olacağının taahhüt edilmesi; yapılan iş teklifinin üçüncü kişi tarafından kabul edileceğinin taahhüt edilmesi; bir ressamın belli bir süre içinde tablo yapacağının ressamdan başka bir kimse tarafından taahhüt edilmesi; bir kooperatifin bir firmaya kooperatif üyelerinin sadece bu firmanın ürünlerini satın alacaklarını taahhüt etmesi; ünlü bir yönetmen tarafından bir romanın sinemaya uyarlanarak en

---

[2] Peter Gauch, Walter R. Schluep, Pierre Tercier, **La Partie Générale du Droit des Obligations (sans la résponsabilité civile)**, Tome II, 2. éd. (revue et completée), Zurich, Editions Schulthess, 1982, § 50 N. 2608; Pierre Engel, **Contrats de Droit Suisse: Traité des Contrats de la Partie Spéciale du Code des Obligations de la Vente au Contrat, de Société Simple, articles 183 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innomés**, Berne, Editions Stæmpfli +Cie SA, 1992, s. 581; Pierre Tercier, **Le Droit des Obligations**, 3. éd. (revue et corrigée), Zurich, Schulthess § Médias Juridiques, 2004, § 26 N. 1248; Virgile Rossel, **Manuel du Droit Fédéral des Obligations**, Tome I, (partie revisée du CO, art. 1 à 551), 4. éd., Lausanne, Genève, Librairie Payot & Cie, 1920, s. 166; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** Gözden Geçirilmiş 9. bs., İstanbul, Beta, 2006, s. 1107; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** C: II, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. bs., İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1977, s. 288; Yusuf Z. Binatlı, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. bs., Ankara, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, 1966, s. 262; Mehmet Ayan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** 4721 Sayılı Yeni Medeni Kanun Hükümlerine Göre Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. bsk., Konya, Mimoza Yayınları, 2002, s. 57-58.

kısa zamanda gösterime sunulacağının bir film şirketi tarafından başka bir film şirketine taahhüt edilmesi; tanınacak tekel hakkına üçüncü kişi tarafından riayet edileceğinin sözleşme taraflarından birinin diğerine taahhüt etmesi; üçüncü kişinin rekabet etmeyeceğinin taahhüt edilmesi; bir bankanın diğer bankaya, gönderilecek akreditif belgelerinin alıcı tarafından kabul edileceğini taahhüt etmesi; bir konsorsiyumun borçlu şirketlerden birinin borcunu ödeyeceğini taahhüt etmesi gibi hallerde[3] hep üçüncü kişinin fiilin taahhüt vardır. Tüm bu hukuki ilişkilerde üçüncü kişiye ait olacak bir edim taahhüt edilmekte ve söz konusu edim, üçüncü kişi tarafından yerine getirilmediği zaman bundan doğacak zararın karşı tarafa ödenmesi yükümlülüğü altına girilmektedir.

Sözleşmenin karşı tarafını bazen bir teşebbüste bulunmaya bazen bir hukuki işleme razı etmek çoğu zaman da karşı tarafa teminat vermek amacıyla yapılan[4] üçüncü kişinin fiilini taahhütte üç kişinin varlığı göze çarpar: Başkasının edimini taahhüt eden kişi, edimin kendisine taahhüt edildiği taahhüt edilen kişi ve edimi taahhüde konu oluşturan üçüncü kişi. Sözleşme taahhüt eden ile taahhüt edilen arasında kurulmakta, edimi taahhüde konu oluşturan üçüncü kişi ise sözleşme dışında kalmaktadır[5].

BK m. 110 hükmü, üçüncü kişinin fiilini taahhüdü genel hatlarıyla ele almıştır. Maddede üçüncü kişinin fiilini taahhüt, bir kimsenin diğerine üçüncü kişinin belli bir fiili yerine getireceğini ve bu fiil yerine getirilmediğinde doğan zararı gidereceğini taahhüt etmesi olarak açıklanmaktadır. Fakat bu açıklama, kurumun

---

3 Örnekler için bkz. ve karş. JdT 1976 537 vd.; JdT 1949 I 298 vd.; JdT 1946 524 vd.; JdT 2006 IV 126 vd.; JdT 1988 I 185 vd.; SJ 1962 129 vd.; SJ 1988 550 vd.; ATF 120 II 331; JdT 1956 463; Yarg. 15. HD., 05.04.2005 t., E. 2004/5413 K. 2005/2025 [(Çevrimiçi) http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/printKarar.jsp?pKararId=106986 23.09.2008]; Yarg.15. HD., 15.03.2006 t., E. 2005/573 K. 2006/1482 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. HGK., 21.02.1990 t., E. 1989/11-548 K. 108 (İKD, C: 3, Sayı No: 362, 1991, s. 7792 vd.); Yarg. 15. HD., 14.03.1975 t., E. 1974/2661 K. 1431(İKD, C: 17, Sayı No: 194, 1977, s. 5152-5153); Yarg. HGK., 06.03.1968 t., E. 478 K.128 (Nazif Erdem, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi ve Davaları,** Ankara, y.y., t.y., s. 787).

4 M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** Gözden Geçirilmiş Altıncı Bası'dan Yedinci Tıpkı Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 798-799.

5 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** s. 804; Eren, **a.g.e.,** s. 1108; Ali Naim İnan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı,** Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979, s. 382; Hakan Çebi, "Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt", **Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan,** İstanbul, Beta Basım Yayım, 2000, s. 113.

hukuki niteliğini belirlemede son derece yetersizdir. Durum derinlemesine incelendiğinde, özellikle bu tür bir taahhütte bulunan kimsenin borcunun konusu ve hukuki niteliği araştırıldığında ve hangi sebebe istinaden böylesi bir yükümlülük altına girdiği sorusu sorulduğunda açıklamanın yetersizliği daha iyi anlaşılır[6].

Gerçekten maddenin sözüne göre kanun koyucunun üçüncü kişinin fiilini taahhütler bakımından önemle üzerine durduğu unsur "üçüncü kişinin fiilini başkasına taahhüt etme" unsurudur. Üçüncü kişinin fiilini başkasına taahhüt eden kimsenin, taahhüdün üçüncü kişi tarafından ifa edilmemesi halinde zarar ödemesine mecbur olduğu belirtilerek bu unsura açıkça yer verilmiştir. Ancak unsurdan kastın ne olduğu tam olarak belirtilmediği ve özellikle nasıl olup da başkasına ait olacak bir fiilin karşı tarafa söz verildiği meselesi açıklığa kavuşturulmadığı için söz konusu unsurun, üçüncü kişinin fiilini taahhüt kurumunun aydınlatılmasına yeteri kadar hizmet ettiği söylenemez. Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün ne olduğunu anlayabilmek ve içeriğini somut olarak ortaya koyabilmek her şeyden önce bu unsurdan çıkarılacak anlama bağlıdır. Bir kimsenin başkasına ait olacak bir fiili ne şekilde taahhüt edebileceği ve bundan ne tür bir borç doğacağı hususları bu amaçla sorgulanması gereken konuların başında gelir.

Bu sorgulama alanında ilk olarak belirlemek gerekir ki madde salt "üçüncü kişininin fiilinin taahhüt etme" unsuru üzerinden okunduğunda üçüncü kişinin fiilini taahhüdün gerçekten borç doğurucu bir sözleşme olup olmadığı şüphesi uyanır. Normal olarak sözleşmelerde her borçlu alacaklısına kendi edimini taahhüt eder. Üçüncü kişinin fiilini taahhütte ise borçlu, alacaklısına başkasının edimini taahhüt eder. Sözleşme özgürlüğü ve taraflara daha geniş hareket alanı yaratma düşüncesi borçlunun kendi edimi yerine başkasının edimini taahhüt etmesini olanaklı kılmıştır. BK m. 19 ve 20'de sınırları çizilen sözleşme serbestisi ile taraflar, sözleşme konusunu diledikleri gibi tayin edebileceklerinden ötürü başkasının edimini hedef alan sözleşmeleri de bu çerçevede geçerli olarak akdedebilirler. Böylelikle alacaklının ifasını istediği ancak borçlu tarafından bizzat yerine getirilmesinin

---

6 André Wavre, **Le Porte-fort en Droit Fédéral CO art. 127**, Dissertation, Neuchatel, Imprimerie Paul Attinger, 1898, s. 28.

mümkün olmadığı bir edime duyulan ihtiyaç, bu edimi yerine getirecek kişinin bulunması ile karşılanmış olur[7].

Sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca mümkün olduğunu belirttiğimiz borçlunun bir takım pratik ihtiyaç ve zorunluluklardan ötürü ya da üçüncü kişi ile aralarındaki ilişki sonucu başkasının edimini konu alan bir sözleşme yapması dıştan bakıldığında pek de anlamlı değildir. Zira nispilik ilkesi uyarınca[8] borç ilişkisi kimler arasında kurulmuşsa ancak onlar arasında hak ve borçlar doğurur. İlişkinin dışında kalan üçüncü kişiler bu ilişkiden etkilenmezler. Kural olarak hiç kimse iradesi dışında borç altına sokulamayacağı için iki kişinin kendi aralarındaki karşılıklı beyanları ile buna ilişkin bir rızası ve hatta bilgisi bile olmayan üçüncü kişiyi borç altına sokmaları mümkün değildir. Taahhüt eden, üçüncü kişinin edimini taahhüt etmiş olsa da sözleşmeye katılmamış üçüncü kişinin bu edimden dolayı sorumlu tutulması beklenemez[9]. Üçüncü kişi aleyhine sözleşme yasağı olarak ifadesini bulan bu durum karşısında üçüncü kişi, ediminin taahhüt konusu yapılmış olmasına rağmen ifayı

---

7 Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** 4. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2004, s. 411; İnan, **a.g.e.**, s. 383; Mustafa Aşulla, "Başkasının Fiilini Taahhüt (Porte-fort)", **ABD,** C: 15, Sayı No: 3, 1958, s. 136.

8 Sözleşmenin yalnızca taraflar üzerinde hüküm doğuracağını ifade eden nispilik ilkesi için bkz. Alfred Rieg, **Le Role de la Volonté dans l'Acte Juridique en Droit Français et Allemand,** Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1961, s. 455; Simone Calastreng, **La Relativité des Conventions**, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1939, s. 25; Jean- Louis Goutal, **Essai sur le Principe de l'Effet Relatif du Contrat,** Paris, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, 1981, s. 22 vd.; Alex Weill, **La Relativité des Coventions en Droit Privé Français,** Paris, Librairie Droz, 1939, s. 8 vd.; Teoman Akünal, "Sorumluluk Hukukunda Sözleşmenin Nispiliği İlkeninin Aşılması", **YD,** Y: 14, Sayı No: 3, 1988, , s. 223-224.

9 Ferit Hakkı Saymen, Halit Kemal Elbir, **Türk Borçlar Hukuku**, I, Umumi Hükümler, İstanbul, Hak Kitabevi, 1958, s. 316; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 804; Aşulla, "Porte-fort", s. 316; İnan, **a.g.e.**, s. 383; Andreas B. Schwarz, **Borçlar Hukuku Dersleri,** Çev. Bülent Davran, C: I, İstanbul, Kardeşler Basımevi, 1948, s. 403-404; A. Samim Gönensay, **Borçlar Hukuku,** C: I, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1948, s. 146; Esat Arsebük, **Borçlar Hukuku,** C: I- II, 3. bs., Ankara, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O., 1950, s. 930; Eren, **a.g.e.,** s. 1107; Kılıçoğlu, **a.g.e.** s. 411; Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku,** C: I, Genel Hükümler, Üzerinde Çalışılmış ve Genişletilmiş 6. bs., İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1976, s. 977. Üçüncü kişinin fiilini taahhütte taahhüt eden kendi beyanı ile üçüncü kişiyi borç altına sokamayacağından ötürü Mehaz İsviçre Borçlar Kanununun 111. maddesinin Almanca metninde geçen "üçüncü kişi aleyhine sözleşme" deyimi çok isabetli değildir. Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.,** § 50 N. 2602; İnan, **a.g.e.**, s. 383; Eren, **a.g.e.**, s. 1107; Tunçomağ, **Genel Hükümler**, C: I, s. 977. Zira taahhüdün üçüncü kişiyi hukuken etkilemesi, onun taahhüt eden veya taahhüt edilen ile bu davranışı için ayrı bir sözleşme yaparak borç altına girmesiyle mümkün olur. Bu durumda üçüncü kişi üzerinde doğacak hak ve borçlar, üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinden değil, kendi taraf olduğu ayrı bir sözleşmeden kaynaklanacaktır. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 804 dn. 29. Feyzioğlu, üçüncü kişinin fiilini taahhüdü şeklen üçüncü kişi aleyhine sözleşme yorumlamaktadır. Feyzioğlu, **Genel Hükümler,** C: II, s. 286.

yükümlenmiş değildir ifayı yerine getirip getirmemekte tamamen serbesttir; edimi ifa etmek istemediği zaman onu ifaya zorlayacak bir mekanizma yoktur.

Üçüncü kişinin edimini amaçlayan böyle bir sözleşmeden ötürü üçüncü kişi borç altına girmediği gibi taahhüt eden de borç altına girmez; zira taahhüt ettiği edim kendi edimi değildir. Bu bakımdan üçüncü kişinin fiilinin taahhüt edildiği bir hukuki ilişkiden normal şartlar altında borç doğmaz.

Bununla birlikte, kanunkoyucu BK m. 110'da yer alan üçüncü kişinin fiilini taahhüdü açıkça borç doğuran bir sözleşme olarak tespit etmiş ve bu borcu taahhüt eden üzerine yüklemiştir. Fakat böyle bir tespit yapılsa dahi yani üçüncü kişinin fiilini taahhüdün borçlandırıcı işlem olduğu kanunkoyucunun iradesi ile sabit olsa bile, söze göre yapılacak bir yorum karşısında BK m. 110 hükmü yine ölü bir hüküm haline gelir[10]. Zira bu taahhütle taahhüt eden, kendi iradesi dışında gerçekleşecek ve dolayısıyla bundan habersiz ve üstelik haberi olsa bile hiç de ifa yükümlülüğü altında olmayan bir üçüncü kişinin iradesine tabi bir davranışı başkasına taahhüt etmiş olmaktadır[11]. Üzerinde borç doğmamış ve bu sebeple yerine getirip getirmemek tamamen kendi özgür iradesine bağlı bulunan üçüncü kişi, ifaya yanaşmazsa kanun gereği, bu taahhütten dolayı borç altına girdiği kabul edilen taahhüt eden ifa etmemeden doğan her türlü zararı BK m. 96 vd. hükümleri uyarınca karşılar[12]. Ne var ki BK m. 96 vd. uyarınca sorumluluk kusur esası üzerine temellenmiştir. Taahhüt eden, borcu ifa etmemesinde kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat ederek sorumluluktan kurtulur. Böyle bir ispat ise üçüncü kişinin fiilini taahhütler açısından her seferinde kolay olacaktır; zira borçlu, kendi irade alanı dışında kalan tamamen üçüncü kişinin iradesine tabi bir edimin yerine getirilmemesinden dolayı sorumlu tutulamayacağını her fırsatta ileri sürebilecektir. Bu durum karşısında üçüncü kişinin fiilini taahhüdün kendisine uygulama alanı bulamayacağı açıktır[13].

---

10 Wavre, **a.g.e.,** s. 31 vd.
11 Aşulla, "Porte-fort", s. 136 vd.
12 Saymen, Elbir, **a.g.e,** s. 316; Aşulla, "Porte-fort", s. 136 vd.
13 Aşulla, "Porte-fort", s. 137- 138.

O halde dış görünüş itibariyle ve sadece söze göre yoruma girişildiği zaman genel borçlanma kurallarına aykırı bir durumla karşı karşıya kalındığı ortadadır[14]. Ancak kanunkoyucunun BK m. 110 düzenlemesi ile hedeflediği amaç, taahhütte bulunan kişinin bu taahhüdü ile bağlanması ve böylece taahhüt eden üzerinde olmak üzere borç doğmasını olanaklı kılmaktır[15]. Bu gerekçeyle kanunkoyucunun, BK m. 110'da, derhal gerçekleşen bir sorumluluk esası öngörerek[16] üçüncü kişinin fiilini taahhüdü borç doğurucu bir işlem olarak tespit ettiği görülür.

Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün borçlandırıcı bir işlem olduğu tespit edildikten sonra doğal olarak sorulması gereken ilk soru, taahhüt sözleşmesinden doğan borcun konusunun ne olduğudur. Fikrimize göre taahhüt edenin borcunun karakterini belirleyebilmek için ilk olarak başkasının fiilinin nasıl taahhüt edilebileceği meselesi üzerinde durmak gereklidir. Burada akla iki olasılık gelir: Başkasının fiilini onun adına ve hesabına taahhüt ve başkasının fiilini kendi adına ve hesabına taahhüt.

Başkasının fiilini[17] onun adına ve hesabına taahhüt ancak doğrudan temsil çerçevesinde mümkündür. Bir kimsenin sahip olduğu yetkiye dayanarak bir başka kimse üzerinde hukuki sonuç doğuracak şekilde onun adına ve hesabına[18] işlem

---

14 Aşulla, "Porte-fort", s. 137.

15 Gönensay, **a.g.e.,** , s. 146; Arsebük, **a.g.e.,** , s. 930.

16 H. Oser, W. Schönenberger, **İsviçre Borçlar Hukuku Şerhi, Madde 110-183 (TBK: 109-181),** Çev. Ferid Ayiter, (şerhin ikinci basılışının tercümesi), Ankara, Adalet Bakanlığı Neşriyatı, 1950, art. 111 N. 4; Hüseyin Hatemi, **Borçlar Hukuku Fasiküller,** İstanbul, y.y., 2006, § 2 N. 3.

17 Üçüncü kişinin fiilini taahhütte geçen "fiil" sözcüğü doktrinde eleştirilmektedir. Her türlü hareket tarzını içine alacak kadar geniş bir anlamı olan fiil yerine sözleşme konusu olabilecek verme, yapma, yapmama tarzındaki davranışları içine alan "edim" kavramının tercih edilmesi gerektiği ve bu anlamda İsviçre Borçlar Kanununun 111. maddesinin İtalyanca metninde yer alan "üçüncü kişinin edimini taahhüt" kenar başlığının kurumu daha iyi ifade ettiği hakkında bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** s. 798 dn. 1. Fiil ve edim kavramı arasındaki ilişkilere ileride değinecek olmakla birlikte şu kadarını söyleyelim ki, temsil ile ilgili açıklamalar söz konusu olduğu vakit "fiil" sözcüğü yerine "edim" kavramının tercih edilmesi uygun olur. Çünkü fiil, herhangi bir irade açıklamasına lüzum göstermeksizin, emek ve çaba sarf ederek dış dünyada değişiklik yaratmaya yönelmiş davranışlar olarak tanımlanan tüm maddi fiilleri de kapsar. Maddi fiillerde ise temsil caiz değildir. Turhan Esener, **Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Sâlahiyete Müstenit Temsil**, Ankara, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961, s. 70-71.

18 Temsil ile ilgili hükümler Borçlar Kanunumuzun m. 32 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. BK m. 32 f. 1'de "*Selahiyettar bir mümessil tarafından diğer bir kimse namına yapılan akdin alacak ve borçları o kimseye intikal eder*" demek suretiyle "başkası adına" yapılan işlemlerin sonuçlarının temsil olunan üzerinde doğacağı bildirilmektedir. Doğrudan temsili düzenleyen fıkra hükmü,

yapmasına temsil denir. Bu sayede temsilci, hukuki işlemi temsil ettiği kişi ad ve hesabına yapabilmekte ve işlemin sonuçları da temsil olunan üzerinde doğmaktadır. Temsilci, kendisine verilen temsil yetkisine dayanarak, temsil ettiği kişinin herhangi bir edimini onun adına taahhüt edebilir. Fakat böyle bir durumu üçüncü kişinin fiilini taahhüt olarak adlandırmak isabetli olmaz. Doğrudan temsil ilişkisinde temsilci, temsil olunan adına ve hesabına hareket ettiğinden dolayı işlemin sonuçları temsil olunan üzerinde doğar. Adına ve hesabına hareket edildiği andan itibaren temsil olunan, sözleşmenin tarafı haline gelir ve taahhüt edilen edim artık üçüncü kişinin edimi değil, bizzat sözleşme tarafının kendi edimi olur. Üçüncü kişinin fiilini taahhütte ise taahhüt edenin temsil yetkisi yoktur[19]. Ayrıca taahüt eden, başkası için

---

kullandığı "başkası namına" tabirinden ötürü doğrudan temsilin gerçekleşmesi için sadece başkası adına hareket etmenin yeterli olduğu fikrini uyandırdığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Halbuki doğrudan temsil için başkası adına hareket yeterli değildir, başkası hesabına hareket de gerekir. Başkası adına hareketin başkası hesabına hareketi içerdiği durumlarda pek fark edilmeyen bu ifade eksikliği, başkası adına ve fakat kendi hesabına hareketin söz konusu olduğu işlemlerde önemli ölçüde belirginleşir. Sonuncu halde işlem yapan kimse, başkası adına yapmış olmakla birlikte aslında işlemin sonuçlarının kendi üzerinde doğmasını istemektedir. Bu nedenle işlemin sıf başkası adına yapılmış olmasından hareketle doğrudan temsil hükümlerine gidilemez, başka isim altında yapılan işlem olasılığının da göz önünde bulundurulması gerekir. Cevdet Yavuz, **Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil,** İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1983, s. 24 dn. 35. Başka isim altında yapılan işlemler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Karl H. Neumayer, "Başka İsim Altında Yapılan Sözleşmeler", Çev. Osman Gürzumar, **Argumentum,** Y: 2, Sayı No: 14, 1991, s. 207 vd.

[19] Temsil yetkisi olmaksızın başkası adına ve hesabına hareket yetkisiz temsili gündeme getirir. BK m. 110'da yer verilen üçüncü kişinin fiilini taahhüt eden kimsenin durumu, yetkiye dayanan temsilden çok yetkisiz temsil ile karıştırılmaya müsaittir. Çünkü yetksiz temsilcinin durumunda olduğu gibi taahhüt edenin durumunda da hiçbir temsil yetkisi ile donatılmadığı halde başkasının edimini taahhüt eden bir kimse söz konusudur. Bununla beraber BK m. 110'daki hukuki ilişki yetkisiz temsilden çok farklıdır. Yetkisiz temsilde temsilci, yetkisiz olsa bile işlemi başkası ad ve hesabına yapar. Üçüncü kişinin fiilini taahhütte taahhüt eden, işlemi daima kendi ad ve hesabına yapar. Yetkisiz temsilcinin yaptığı işlem temsil olunanı bağlamadığı gibi kendisini de bağlamaz. Halbuki üçüncü kişinin fiilini taahhüt eden bu taahhüdüyle bağlıdır. Yetkisiz temsilci karşı tarafa verdiği olumsuz zararı gidermekle yükümlü olmakla birlikte bu yükümlülüğün mutlaka doğması gerekmez. BK m. 39 f. 1'e göre diğer taraf yetkisizliği biliyor veya bilmesi gerekiyor idiyse sözleşmenin geçerli olmamasından doğan zararlarının tazminini yetkisiz temsilciden isteyemez. Üçüncü kişinin fiilini taahhütte ise taahhüt eden, üçüncü kişinin edimi yerine getirmemesinden dolayı daima sorumludur; alacaklı, üçüncü kişinin edimi yerine getireceğini bilsin veya bilmesin uğradığı zararın tazminini her zaman taahhüt edenden isteyebilir. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** C: I, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. bs., İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1976, s. 393-394; Kemaleddin Birsen, **Borçlar Hukuku Dersleri, Borçların Genel Hükümler**i, 4. bs., İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1967, s. 157. Yetkisiz temsil ile üçüncü kişinin fiilini taahhüdün ayrılığı bilinmekle beraber doktrinde he iki kurumu birbiriyle ilişkilendiren bir fikir ileri sürülmüştür. Bu fikre göre yetkisi olmaksızın başkası adına işleme girişen kimse asıl sözleşme ile birlikte ister istemez bir taahhüt sözleşmesi de yapmış olur. Başka ifadeyle başkası adına hareket ettiğini bildiren fakat temsil yetkisi olmadığını beyan etmeyen kimse, karşı tarafa, bu yetkisizliğin karşı tarafça bilinmesinin gerekmediği hallerde, işlemin temsil olunanca kabul edileceği garantisini de örtülü olarak vermiş

değil, kendi adına ve hesabına hareket ettiği için sözleşmenin tarafı yine kendisidir ve bu durumda edimi taahhüt konusu yapılan üçüncü kişi, sözleşmenin tarafı haline gelmez; üçüncü kişi konumunda kalmaya devam eder. Bu nedenle temsil yetkisi olmaksızın başkasının edimini taahhüt eden kişi, kendi adına ve hesabına hareket eden sözleşenlerden biri olup üçüncü kişinin temsilcisi değildir[20] ve doğal olarak BK m. 110'daki hukuki ilişki temsil kapsamında değerlendirilemez.

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt, kendi adına ve kendi hesabına hareket olması itibariyle kendi adına başkası hesabına girişilen dolaylı temsil ilişkilerinden de ayrılır. Dolaylı temsilde temsilci, dolaylı temsil yetkisi olarak adlandırılan[21] bir yetkiyle donatılmış halde işlem yapar. İşlemin sonuçları başlangıçta kendi üzerinde doğmakla birlikte sonrasında bu sonuçlar temsil olunana devredilir[22]. Edim konusu, dolaylı temsilci tarafından bizzat ifa edildiği halde üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinin taahhüt edeni, edimi bizzat ifa etmez; ifanın üçüncü kişi tarafından yerine getirileceğini ileri sürmekle yetinir. Dolaylı temsilcinin elde ettiği sonuçları sonradan temsil olunana devretmesi söz konusu olduğu halde taahhüt eden için böyle bir olasılık yoktur; işlem başından sonuna kadar taahhüt eden üzerinde sonuç doğuracaktır.

---

demektir. Ancak bu durumda, icazet yokluğu halinde, karşı tarafa taahhüt sözleşmesinden doğan olumlu zararın ödeneceği sonucuna varılacağı ve bu sonucun ise, yetkisiz temsilcinin sözleşmenin geçerli olmamasından doğan olumsuz zararı ödeyeceğini hükme bağlayan BK m. 39 f. 1 ile çelişeceği düşüncesi ile bu görüş kendisine taraftar bulamamıştır. Söz konusu görüş hakkında ayrıntı için bkz. Seza Reisoğlu, **Garanti Mukavelesi,** Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1963, s. 117-118.

20 Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.,** § 50 N. 2608; Pierre Engel, **Traité des Obligations en Droit Suisse, Dispositions Générales du CO,** 2.éd., Berne, Stæmpfli Editions SA, 1997, s. 433; Théo Guhl, **Le Droit Fédéral des Obligations: Le Droit Commercial, Le Droit de Change et le Droit Privé des Assurances,** Traduit de l'Allemand d'après la troisième éd. par René des Gouttes, Zurich, Editions Polygraphiques SA, 1947, s. 121; Eren, **a.g.e.,** , s. 1109; Nisim Franco, "Üçüncü Şahsın Fiilini Taahhüt (TBK. m. İBK. m. 111)", **Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan,** I, İstanbul, Beta, 2001, s. 578-579; Arsebük, **a.g.e.,** s. 930 dn. 11.

21 Yavuz, **Dolaylı Temsil,** s. 23 vd.

22 Dolaylı temsilci, sözleşmenin hükümlerini doğurmasını aslında kendisi için değil, başkası için istemektedir. Bu nedenle dolaylı temsilcinin her ne kadar sözleşmenin kuruluşu aşamasında kendi adına hareketi söz konusu olsa da hükümlerin doğması aşamasında başkası adına hareket ettiğinin kabulü gerekir. Yavuz, **Dolaylı Temsil,** s. 48 vd. ve ayrıca bkz. s. 178.

Özetle denilebilir ki BK m. 110'daki hukuki ilişkinin başkasının edimini onun adına ve hesabına taahhüt etmekle ilgisi yoktur ve bu ilişki temsil başlığı altında açıklanamaz.

Başkasının fiilini kendi adına ve hesabına taahhüt etme olasılığına gelince; üçüncü kişinin fiilini taahhüt söz konusu olduğunda "kendi adına ve hesabına" ibaresi son derece anlamsızdır zira başkasının edimi kendi adına vaat edilemez. Kendi adına vaat etmek demek kendi işini yapmak, kendi edimini yerine getirecek olmak demektir. Beklenen davranış kimin eliyle yapılacaksa ancak onun adını ve özelliğini taşıyabilir. Başkasından doğacak davranışlar kendi adına vaat edilemez. Taahhüt eden, kendi adına taahhütte bulunsa bile edimi yerine getirecek olan kişi üçüncü kişi olacağından söz konusu edimi kendi edimi gibi vaat edemeyecektir. Borç konusu davranış kendisi tarafından yerine getirilecekse o zaman da kendi edimini taahhüt etmiş olacağından üçüncü kişinin fiilini taahhütten bahsedilemeyecektir. Bu doğrultuda başkasının edimini kendi adına vaat etmek birbiriyle bağdaşmayan iki şeyi yan yana getirmek demek olduğu için maddede geçen "üçüncü kişinin fiilini taahhüt etmek" ifadesi, kendi içinde çelişki barındıran çok sağlıklı bir ifade değildir[23]. BK m. 110 hükmünde her ne kadar üçüncü kişinin fiilini taahhütten söz edilse de burada taahhüt edilen şeyin üçüncü kişiye ait olacak bir fiil, edim ya da herhangi bir davranış tarzı olmadığı açıktır.

Bu durumda acaba taahhüt eden BK m. 110 kapsamında neyi taahhüt etmiş olmaktadır? Soruya cevap için, akla gelen ilk olasılıklardan biri, taahhüt edenin üçüncü kişinin edimini elde etmeye çalışmayı vaat etmesidir. Başkasının edimini temine çalışma vaadi[24] (Bemühungsvertrag) olarak adlandırılan bu tür bir taahhütle taahhüt eden, üçüncü kişiyi belli bir davranışa yönlendirmek için aracılık edeceğini, onu ikna için her türlü çaba ve gayreti göstereceğini, gerekli girişimlerde bulunacağını vaat eder. Sözleşmenin konusu üçüncü kişinin edimi değil, taahhütte

---

23 Bu hususta bkz. F. Laurent, **Principes de Droit Civil Français,** Tome V, 3. éd., Bruxelles, Paris, 1878, s. 609 vd.

24 Terim için bkz. Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,** C: II, Tümü Yenilenmiş ve Genişletilmiş 3. bs., Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1987, s. 839; Fikret Arık, "Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi,** C: 10, Sayı No: 2, 1955, s. 50.

bulunanın kendi edimidir; burada taahhüt eden, edimin üçüncü kişi tarafından yerine getirilmesi için bizzat çalışacağını vaat ederek belli bir yapma borcu altına girer. Hemen belirtelim ki BK m. 110 metni, borçlunun, üçüncü kişinin edimini elde etmeye çalışmakla yükümlendiği sonucunun çıkarılması için elverişli değildir. Maddenin sözü "üçüncü kişinin fiilini başkasına taahhüt" tabirine yer verirken bu fiilin elde edilmesi için çalışılması gerektiğinden hiç bahsetmemektedir. Diğer taraftan, üçüncü kişinin edimini temine çalışma vaadinde tipik bir yapma borcu söz konusu olduğu için, edim ifa edilmeyecek olursa, tüm yapma borcu ihlallerinde olduğu gibi burada da BK m. 96 vd. hükümleri uygulanacaktır. Buna göre taahhüt eden, üçüncü kişiyi istenilen davranışa yöneltmek için elinden gelen her türlü gayreti gösterdiğini ve bu hususta kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulacaktır. Taahhüdün konusu, üçüncü kişiyi iknaya çalışmak olduğundan ötürü ikna adına gereken girişimlerde bulunulup bulunulmadığına bakılacak; hal ve mevkiin gerektirdiği çaba ve emek sarf edilmişse, beklenen davranış yerine getirilmemiş olsa bile borcun sona erdiği kabul edilecektir. Halbuki üçüncü kişinin fiilini taahhütte, taahhüt edenin, üçüncü kişi nezdindeki edimi sağlamaya yönelik çaba sarf etmesi onu borçtan kurtarmaya yetmez. BK m. 110'a göre taahhüt eden, hiçbir kusuru olmasa bile taahhüt ettiği edimin üçüncü kişi tarafından yerine getirilmemesi halinden sorumludur[25]. Bundan başka BK m. 110 hükmünde taahhüt edenin borcu basit bir yapma borcu olarak görülseydi ifa yokluğu halinde borçlu tarafın, bunu tazmin ile yükümlü olduğunu ayrıca belirtmeye lüzum olmazdı. Tüm yapma borcu ihlallerinde olduğu gibi bu sonuç kendiliğinden gerçekleşeceği için bu alanda özel bir madde sevk edilmesine ihtiyaç yoktur. Bu

[25] Oser, Schönenberger, **a.g.e,** art. 111 N. 14; Alain Sériaux, **Manuel de Droit des Obligations**, y.y., PUF, 2006, s. 42; V. Marcadé, **Explication Théorique et Pratique du Code Napoléon Contenant l'Analyse Critique des Auteurs et de la Jurisprudence et un Traité Résumé après le Commentaire de Chaque Titre,** Tome IV, 6. éd., Paris, Delamotte, 1869, s. 373 N. 430; Feyzioğlu, **Genel Hükümler** II, s. 289-290; İnan, **a.g.e.**, s. 385; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 839; Arık, "Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi", s. 50; Tunçomağ, **Genel Hükümler,** C: I, s. 981; Saymen, Elbir, **a.g.e.**, s. 317; Franco, "Üçüncü Şahsın Fiilini Taahhüt", s. 579-580; Reisoğlu, **Garanti,** s. 115- 116; Gönensay, **a.g.e.,** s. 147; Yarg. 13. HD., 4.4.2003 t., E. 2002/12569 K. 2003/3985 [(Çevrimiçi) http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/findKarar_n.jsp 16 Temmuz 2009]; Yarg. 13. HD., 18.4.1995 t., E. 2878 K. 3954 (Turgut Uygur, **Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu,** C: IV, madde: 109-213, Ankara, Seçkin, 2003, s. 3947-3948 veya bkz. **BATİDER,** C: 18, Sayı No: 3, 1996, s. 143 vd.); Yarg. 13. HD., 27.4.1992 t., E. 305 K. 3896 (Uygur, **a.g.e.**, s. 3954-3955).

durumda üçüncü kişinin fiilini taahhüt, üçüncü kişinin edimini temine çalışma vaatleri kapsamında değerlendirilmeye uygun değildir, BK m. 110'da öngörülen hukuki ilişki bundan çok farklıdır[26].

Taahhüt edenin üçüncü kişi unsurunu davet ederek kendi edimini taahhüt ettiği diğer bir hukuki ilişki ise şarta bağlı borçlardır. Ancak taahhüt sözleşmesi şarta bağlı borçlardan çok farklı bir yol izler[27]. Üçüncü kişinin belli bir davranışta bulunması veya bulunmaması kaydına bağlı olarak, herhangi bir verme, yapma, yapmama borcu altına giriliyorsa şarta bağlı borçtan bahsedilir. Dikkat edilirse şarta bağlı borcun borçlusu bir zarar ödeme yükümlülüğü ile değil, üstlendiği verme yapma yapmama borcunun gereğini yerine getirme yükümlülüğü ile karşı karşıyadır. Üçüncü kişinin kararlaştırılan davranışı gerçekleştirmek istememesi halinde bir miktar paranın ödeneceği veya üçüncü kişinin kaçındığı davranışın taahhütte bulunan kişinin kendisi tarafından yerine getirileceği taahhütleri böyledir. Burada taahhüt eden, üçüncü kişinin edimini değil, tam tersine üçüncü kişinin edimi şartına bağlı kendi kişisel edimini taahhüt etmektedir[28]. Şartın gerçekleşmesi, yani üçüncü kişinin öngörülen davranış tarzına uymaması halinde yalnızca kendi edimini yerine getirmekle yükümlü olup, davranışa aykırı hareketten ötürü karşı tarafın uğradığı zararı tazmine mecbur değildir. Bu bakımdan şartlı borcun konusu karşı tarafın uğradığı zarar miktarından düşük ya da yüksek olabilir. Oysa taahhüt konusu üçüncü

---

[26] Bununla birlikte Federal Mahkeme, üçüncü kişinin edimini temine çalışma vaadi ile üçüncü kişinin edimini taahhüdü aynı hukuki kurumlar gibi ele alan hatalı birkaç eski karara imza atmıştır. Kararların birinde "*taahhüt edenin sözleşmesel yükümlülüklere uygun davranması için üçüncü kişi üzerinde etkili olması*" zorunluluğundan bahsedilmektedir. JdT 1946 I 524. Yine benzer bir karar için bkz. SJ 1950 108.

[27] Edouard Béguelin "Porte-fort", **FJS,** No. 769, s. 2.

[28] Tarafların taahhüt sözleşmesi mi kurmak yoksa edimlerini üçüncü kişinin tutumuna bağladıkları şarta bağlı borç mu kararlaştırmak istediklerinin ayrımı pratik bir değer taşır. Şarta bağlı borçlarda, şart gerçekleşince sözleşme hükümlerini doğurur ve borçlu, sözleşmeden doğan borcunu ifa ile yükümlü hale gelir. Örneğin (A), ünlü stilist (S)'ye yaptığı iş teklifinin kabul edilmesi halinde değişik bedenlerde ve modellerde hazırlanmış yirmi takım elbiseyi göndereceğini vaat ederse üçüncü kişinin fiilini taahhüt etmiş olmaz; üçüncü kişi konumundaki (S)'nin cevabına bağlı olarak kendi verme edimini kararlaştırmış olur. (S), iş teklifini kabul eder etmez (A)'nın (B)'ye yirmi takım elbiseyi ifa borcu doğar. Bu borç, doğumundan sonra beklenmedik haller yüzünden imkansızlaşırsa derhal sona erer ve borçlunun, karşı tarafın bu sebeple uğradığı zararı giderme yükümlülüğü de doğmaz. Üçüncü kişinin fiilini taahhütte ise taahhüt eden, konusu kural olarak daima bir miktar paranın ödenmesinden ibaret olan zararı giderme borcu altındadır ve zararın kaynağında kendi kusurlu davranışları bulunmasa bile sorumluluğu sona ermeyip devam eder.

kişi fiilinin gerçekleşmemesini zarar ödeme borcuna bağlayan BK m. 110 hükmü, açıkça, taahhüt edenin borcunun her durumda uğranılan zarar ile eşdeğer bir miktar olacağını kabul etmiştir[29].

Tekrar vurgulamak gerekirse, BK m. 110 metninde yer alan "*üçüncü kişi tarafından taahhüdün ifa edilmemesi halinde*" ifadesi ilk etapta şartı çağrıştırırsa da üçüncü kişinin fiilini taahhütte şarta bağlılık niteliği görülmez[30]. Şarta bağlı taahhütlerde taahhüt altına giren kimse yükümlülük borç ilişkisi kapsamında beliren kendi verme, yapma ya da yapmama edimini sözleşme konusu yapar[31]. Üçüncü kişinin fiilini taahhütte ise verme yapma yapmama borcunu ifa edecek olan taahhüt eden değil, üçüncü kişidir. Taahhüt eden, üçüncü kişinin ilgili edimi yerine getirmemesi halinde karşı tarafın uğradığı zararı gidermeyi üstlenmiştir.

---

[29] Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 837-838. Tarafların şarta bağlı borcu bir miktar para olarak kararlaştırdıkları durumlarda şarta bağlı borç ile üçüncü kişinin fiilini taahhüt birbirine yaklaşır ve aralarındaki ayrımı kurmak güçleşir. (A)'nın (B)'ye, (Ü)'nün iş teklifini kabul etmemesi kaydıyla bir miktar para ödeyeceğini beyan etmesi böyledir. Şarta bağlı olarak yorumlansa dahi bu borç beklenmedik hallerde sona ermez ve bu özelliği uyarınca üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile aynı pratik sonucu sağlar. Fakat bu durum *genus non perit* (nevi telef olmaz) ilkesinin bir gereği olup misli borçların temelinde aynı zamanda bir garanti işlevinin bulunmasından kaynaklanır. Bu konuda bkz. Mustafa Dural, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (BK. 117),** İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1976, s. 138. Bazen de karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin ediminin kapsamı, doğumu şüpheli olaylara bağlanabilir. Mesela kendisiyle sözleşme yapılan sanatçıya, konser gelirinin belli bir yüzdesinin ücret olarak vaat edilmesinin yanı sıra, eğer temsilden gelir elde edilemeyecek olursa, asgari miktarın kendisine ödeneceği taahhüt edilir ya da bir anonim ortaklık müdürünün hizmeti karşılığında kardan belli bir pay alacağı, ancak diğer taraftan kendisine sabit bir asgari ücretin de ödeneceği vaat edilir. Bu gibi hallerde şarta bağlı borç ile üçüncü kişinin fiilini taahhüdü ayırmak zorlaşmış olsa da, Tandoğan'a göre, ücretin bir kısmının önceden tespit edildiği diğer kısmının ise ortaya çıkması şüpheli olaylara bağlandığı şartın varlığı kabul edilmek gerekir. Çünkü söz konusu ücret, taahhüt altına giren tarafça ödenecektir. Bu tür haller mesela bir fabrika sahibinin kendisi ile iş sözleşmesi yaptığı hekime, kasaba halkından belirli bir gelir elde edeceği hususunda verdiği teminattan farklıdır; zira sonuncu örnekte söz konusu tutar, fabrika sahibi tarafından ödenmeyecek; hekim, her hasta ile ayrı ayrı yaptığı sözleşme uyarınca bu tutarı elde edecektir. Sanatçı ve müdür örneklerinde ise ödeme, konseri düzenleyen kişi ve anonim ortaklık, yani taahhüt eden kişilerce yapılacaktır. Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 837 ve s. 837'de dn. 116; Aynı yönde bkz. Reisoğlu, **Garanti**, s. 130. Fikrimize göre burada şarta bağlılık karakterinin ağır basmasının nedeni, asgari miktarı ödeyeceğini beyan eden kimsenin yükümlülük borç ilişkisi kapsamında kalan bir edimi taahhüt etmesinden ileri gelir. Ödeneceği vaat edilen asgari tutar aslında edimin bir parçasını oluşturan ücrettir.

[30] Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 837 vd.; Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, art. 111 N. 4 ve 15.

[31] Taahhüt altına girenin, üçüncü kişinin belli bir davranışta bulunmaması halinde kendi ediminin karşılığı olan ücreti isteyemeyeceğini beyan etmesinde de şarta bağlı bir sözleşme vardır: Örneğin, özel ders veren bir dans öğretmeninin, öğrencisinin dans yarışmasını kazanamaması halinde hiçbir ücret talep etmeyeceğini kabul etmesinde olduğu gibi. Bu hususta bkz. Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, art. 111 N. 6.

Tüm bu nedenlerle her ne kadar madde metninde "üçüncü kişinin fiilini başkasına taahhüt etmek" ifadesi yer alsa da taahhüt eden üçüncü kişinin edimini ne onun adına ne de kendi adına taahhüt etmektedir; taahhüt eden, sadece istenen edimin yerine getirilmemesi üzerine meydana gelecek zararı gidermeyi yükümlenmektedir. Başka ifadeyle taahhüt edenin borcu kural olarak bir miktar paranın ödenmesinden ibaret olan zararı giderme asli borcudur[32].

Görünen odur ki BK m. 110 hükmünde yer alan borç ilişkisi edim yükümüne bağlı bir borç ilişkisi değildir. Taahhüt eden için verme yapma yapmama konulu bir borç öngörülmüş olmayıp, onun zararı gidermekle yükümlü olarak öncesinde kurulmuş bir yükümlülük borç ilişkisi olmaksızın doğrudan doğruya sorumluluk borç ilişkisi altında olduğu kabul edilmiştir[33]. Buna göre söz konusu ilişkide aslında

---

[32] Oğuzman, Öz, taahhüt edenin borcunun tazminat borcu olarak adlandırılmasını doğru bulmamaktadırlar. Taahhüt edenin tazminat borcu, ancak riziko gerçekleştikten sonra alacaklı konumundaki taahhüt edilenin talebine rağmen, zararı gidermekten kaçınması halinde sebep olduğu ek zararları gidermek zorunda kalması ile ortaya çıkar. Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** s. 811 dn. 56. Aksi fikirde Franco, "Üçüncü Şahsın Fiilini Taahhüt", s. 584.

[33] Sorumluluk borç ilişkisinin konusunu oluşturan zararı giderme borcu temelde üç kaynaktan doğar: Yükümlülük borç ilişkisine aykırı davranış, haksız fiil ve zararı giderim borcunun iradi olarak üstlenilmesi. Bilindiği üzere taraflar arasındaki borç ilişkileri sözleşmelerden, haksız fiillerden veya kanunkoyucunun tipik olarak düzenlediği bazı olgular dışında kalan olgulardan doğar. Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku Dersleri,** Birinci Fasikül, Hemen Hemen Hiç Değiştirilmemiş 2. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1985, s. 89 vd. ve özellikle s. 95-96. Sözleşmeden doğan borç dendiği zaman esas olarak verme yapma yapmama konulu tipik bir davranış tarzı kastedilir. Başlangıçtan itibaren verme yapma yapmama asli edim yükümü doğuran borç ilişkileri yükümlülük borç ilişkileridir. Hatemi, **Borçlar Hukuku Fasiküller,** § 2 N. 5. Bu edimler yerine getirilmediği zaman yükümlülük borç ilişkisi sorumluluk borç ilişkisine dönüşür. Aynı şekilde son yıllarda dikkatleri üzerinde toplamaya başlayan ve edim yükümünden bağımsız olan özen ve koruma borçları da yükümlülük borç ilişkisi kapsamındadır ve bu borçlara aykırılık halinde de sorumluluk borç ilişkisi doğar. Yükümlülük borç ilişkisi sorumluluk borç ilişkisine dönüştüğü andan itibaren verme yapma yapmama tipik konulu davranış artık zararı giderme borcu halini alır. Hatemi, **Borçlar Hukuku Fasiküller,** § 2 N. 6. Ayrıca bkz. Hatemi, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm,** İstanbul, Filiz Kitabevi, 1999, § 1 N. 6. Yükümlülük borç ilişkilerinde zararı giderme borcu, borç ilişkisinin ikincil konusudur; zira borç ilişkisinin birincil (asli) konusu, verme yapma yapmama ya da edimden bağımsız özen ve koruma borcu olup zararı giderme borcu, bunların ifa edilmemesi halinde ortaya çıkacaktır. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.,** s. 18 ve ayrıca s. 24. Ancak bazı hallerde zararı giderme borcu başlangıçtan itibaren borç ilişkisinin birincil konusu olarak doğmuş olabilir. Haksız fiiller ve zararın tazminine dair anlaşmalar böyledir. Haksız fiillerden doğan borç her zaman bir zararı giderme borcudur. Burada haksız fiilin işlenmesi sonucu ilgililer arasında kanundan doğan bir borç ilişkisi meydana gelmekte ve borcun konusu da zarar giderimi olmaktadır. Aynı şekilde, zararın meydana gelmeyeceğine veya meydana geldiği takdirde üstlenileceğine dair anlaşmalarda da zararı giderme borcu yine borç ilişkisinin asli konusudur. Zahit İmre, "Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri (İngiliz, Sovyet Rusya, Alman, Fransız ve İsviçre Hukukları Mukayesesiyle)", **İÜHFM,** C: 13, Sayı No: 1- 4, 1947, s. 1481 vd. Zarar gideriminin asli borç olduğu durumlarda ikincil konu ise "tazminat borcu" dur; zira zararı giderim borcuna aykırı davranılması her zaman olasılık dahilindedir. Borçlu, karşı

üçüncü kişinin belli bir edimi ifa edeceği taahhüt olunmamakta, bu edim üçüncü kişi tarafından kendi rızasıyla yerine getirilmediği takdirde meydana gelecek zararın giderileceği yapılan bir sözleşme ile üstlenilmiş bulunmaktadır[34].

Özetle tekrar vurgulayacak olursak; üçüncü kişinin fiilini taahhüt, zarar gideriminin iradi olarak üstlenildiği anlaşmalardan biridir. Burada taahhüt eden, üçüncü kişinin, istenen edimi yerine getirmemesi sebebiyle karşı tarafın uğrayacağı zararı ödemeyi üzerine almıştır. Aslında ifası istenen edim bir verme, yapma ya da yapmama edimidir ve eimin ifası, tamamen üçüncü kişiden beklenmektedir. Taahhüt borçlusu, edimin üçüncü kişi tarafından ifa edilememesi halinde bu edimi aynen ifa edecek değildir; onun yükümlülüğü, edimin gerçekleşmemesi sebebiyle kendisine söz verilen kimsenin uğradığı zararı tümüyle gidermekten ibarettir. Zararı giderim borcu, beklenen edimin üçüncü kişi tarafından ifa edilmemesi halinde doğar ve taahhüt eden, karşı tarafa zarar miktarı kadar bir ödeme yapmak zorunda kalır. Eğer doğan zararı karşı tarafa ödemeye yanaşmaz ise, kendi asli borcunu ihlal etmiş olarak, bu defa artık, zararı gidermemiş olmasının sebep olduğu ek zararları da içine alan bir tazminat borcu ile karşı karşıya kalır[35].

---

tarafın uğradığı zararı ödemekten kaçınıyorsa zararı giderim borcunu ihlal etmiş demektir. Bu durumda birincil nitelikteki zararı giderme borcu asıl zarar miktarından başka, talebe rağmen zararın giderilmemesinden doğan diğer ek zararları da içine alan ikincil nitelikteki tazminat borcuna dönüşür. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 811. Borç ilişkisi kavramı hakkında bkz. Hatemi, **Borçlar Hukuku Fasiküller,** § 2 N. 1 vd.

34 Hatemi, **Borçlar Hukuku Fasiküller,** § 2 N. 3; Saymen, Elbir, **a.g.e.**, s. 316; Schwarz, **Borçlar Hukuku,** C: I, s. 404. Zarar kural olarak bir miktar paranın ödenmesi ile giderilir. Fakat taraflar, aralarında zararın başka türlü giderilmesini kararlaştırabilirler. Aynı şekilde, somut olayda taahhüt edenden zararı başka türlü gidermesi beklenebiliyorsa bu tazmin türüne mahkumiyet de mümkündür. Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** s. 811. BK m. 67'ye göre edimin üçüncü kişi tarafından ifasında alacaklının çıkarı bulunmuyorsa aynen ifa yoluyla giderim teklif edilebilir. Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.,** § 50 N. 2623; Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, art. 111 N. 10; Engel, **Traité,** s. 430; Franco, "Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt", s. 584; Reisoğlu, **Garanti,** s. 158; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 854. Tunçomağ, **Genel Hükümler,** C: I, s. 986- 987; Eren, **a.g.e.,** , s. 1113; Çebi, "Üçüncü Kişinin Fiilini Tahhüt", s. 128. Zararın sadece nakden tazmin yoluyla kararlaştırılabilceğine ilişkin aksi yöndeki fikir için bkz. Edwin Guggenheim, **Der Garantievertrag,** Inauguraldissertation, Aarau, Druck von H. R. Sauerländer & CO, 1917, s. 37'den naklen: Reisoğlu, **Garanti,** s. 158; Kılıçoğlu, **Borçlar,** s. 412- 413. Zararın aynen ifa yoluyla giderileceği fikri kabul edilsin veya edilmesin, düşüncemize göre, taahhüt eden tarafından yapılacak bir aynen ifa, üçüncü kişinin fiilini taahhüdü yükümlülük borç ilişkisi formuna sokmaya yetmez. Edim konusunun aynen yerine getirilecek olması taahhüt sözleşmesinin amacı nı ve içeriğini değiştirecek güçte ve kabiliyette değildir. Bu hususta ayrıca bkz. Reisoğlu, **Garanti,** s. 158.

35 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** s. 811 dn. 56.

II. Kavram

A. Genel Olarak

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt düzenlemesinin yer aldığı Borçlar Kanunumuzun 110. maddesinde taahhüde ilişkin bir tanım yapılmamıştır. Üçüncü kişinin fiilini başkasına taahhüt eden kimsenin, taahhüt konusu fiil yerine getirilmediği zaman zarar giderimi ile yükümlü olduğu belirtilerek taahhüdün hukuki sonucuna yer verilmiş fakat bu hukuki sonuca götüren kurumun kavramsal belirlemesi üzerinde durulmamıştır. Üçüncü kişinin fiilini taahhüde yönelik tanımlamalara genel anlamıyla doktrinde rastlanır. Bu tanımlamalara göre; üçüncü kişinin fiilini taahhüt, bir sözleşmedir ki onunla bir kimse diğer kimseye üçüncü kişinin belli bir davranışta bulunacağını taahhüt eder[36]. Karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile iki kişinin yapmış oldukları sözleşmenin, borçlu olmayan bir üçüncü kişi tarafından ifası gereken edimi konu almasına üçüncü kişinin fiilini taahhüt denir[37]. Başkasının fiilini taahhüt etmek, diğer tarafa karşı üçüncü kişinin yapacağı veya yapmayacağı taahhüt edilen bir hususu sözleşme ile üstlenmek demektir[38]. Taahhüt edenin sözleşme konusu üçüncü kişinin ferdileştirilmiş fiilinin gerçekleşip gerçekleşmemesine bağlı olarak taahhüt edilenin zararlarının tazminini bağımsız bir sözleşme ile üstüne alması üçüncü kişinin fiilini taahhüttür[39]. Tanımlardan anlaşıldığı üzere kanunda olduğu gibi doktrinde de özellikle üzerinde durulan unsur "üçüncü kişinin fiilini taahhüt etme" unsurudur. Ancak söz konusu umsurun, üçüncü kişiye ait olacak bir edimi değil, bu edimin üçüncü kişi tarafından ifa edilmemesi halinde uğranılan zararın ödeneceği vaadini içeren bir sorumluluk borç ilişkisi olarak anlaşılması gerektiğine yukarıda değinmiştik.

---

36 Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.,** § 50 N. 2601; Engel, **Traité,** s. 429; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** s. 798; Çebi, "Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt", s. 112; Pierre Tercier, **La Partie Spéciale du Code des Obligations,** Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1988, § 59 N. 3659; Jean-Louis Baudouin, **Traité Elémentaire de Droit Civil, Les Obligations**, Canada, Les Presses de l'Université de Montréal, 1970, s. 172; Ayan, **a.g.e.,** s. 57.

37 İnan, **a.g.e.**, s. 383.

38 Arık, "Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi", s. 47.

39 Melek Bilgin Yüce, **Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin fiilini Taahhüt Sözleşmesi,** İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 22.

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinin kavramsal açıklamasını yapabilmek için önce sorumluluk borç ilişkisi noktasından hareket etmek gereklidir. Zarar gideriminin asli borç olarak üstlenildiği sorumluluk borç ilişkileri denince akla rizikolu sözleşmeler gelmelidir ve üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi de zarar gideriminin asli borç olarak üstlenildiği bir sorumluluk borç ilişkisi olarak öncelikle ve özellikle rizikolu sözleşmeler kapsamında yer alır.

Rizikolu sözleşmelerde borcun konusunu oluşturan zararın doğup doğmayacağı veya eğer doğar ise ne miktar olacağı sözleşme kurulurken taraflarca henüz bilinir durumda değildir. Zararın hiç doğmama olasılığı bulunduğu gibi doğduğunda, umulanın çok üstünde rakamlarla karşılaşılması da mümkündür. Bu bakımdan borçlunun, miktar ve kapsamı önceden tayin edilemeyen bir zarar ödemesini göze aldığı bu tür belirsiz durumları konu edinen sözleşmelere rizikolu sözleşmeler denir. Ölünceye kadar bakma sözleşmeleri (BK m. 511 vd.), kaydı hayat ile irat (BK m. 509 vd.) ve kumar bahis (BK m. 504 vd.) Borçlar Kanunumuzda düzenlenmiş rizikolu sözleşmelerden bazılarıdır[40].

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi de, doğup doğmayacağı veya doğar ise ne miktar olacağı başlangıçta bilinmeyen bir zarar gideriminin asıl borç olarak üstlenildiği ilişki tipi olması nedeniyle bir rizikolu sözleşmedir. Hatta belirtilmelidir ki üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi, sıradan bir rizikolu sözleşme değil, başkasının karşı karşıya bulunduğu bir zarar riskinin üstlenildiği rizikolu sözleşmedir. Bu sözleşme ile yalnızca zarar giderim borcu üstlenilmiş olmaz; karşı tarafa zarar doğmayacağı ya da doğar ise giderileceği telkin edilerek daima güven altında olduğu duygusu da aşılanmış olur. Bu nedenle başkasının olası zararını bertaraf etmeye yönelmiş rizikolu sözleşme kavramı beraberinde "garanti" fikrini getirir[41].

---

40 Saymen, Elbir, **a.g.e.,** s. 30; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 685-686.

41 Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 685- 686. Garanti amacına yönelik rizikolu sözleşmelerin diğer rizikolu sözleşmelerden ayrılan bir tarafı vardır. Kumar bahis, kaydı hayatla irat ve ölünceye kadar bakma sözleşmelerinde borçlu bir zarar olasılığını göze almakla birlikte bu zarar, sözleşmenin karşı tarafını tehdit eden bir zarar değildir. Başka deyişle rizikolu sözleşmenin bu türlerinde zarar tehlikesi başlangıçtan itibaren borçlu üzerindedir; zararın, hayatını tehdit ettiği kişi de zarara katlanan kişi de hep aynı kişi olup bizzat borçlunun kendisidir. Örneğin ölünceye

Garanti işlevine sahip rizikolu sözleşmelerin bazıları Borçlar Kanunumuzda düzenlenmiştir. BK m. 483 vd.'da yer alan kefalet sözleşmesi bunlar arasında en bilinenidir. Diğer bazılarına ise başka kanunlarda rastlanır: TTK m. 1263 vd.'da yer alan sigorta sözleşmesi gibi. Nitekim kendisine BK m. 110 hükmünde yer bulan üçüncü kişinin fiilini taahhüt de bu türden sözleşmeler arasındadır. Fakat garanti unsurlu rizikolu sözleşmeleri ifade etmek için doktrinde kullanılan terimler arasında birlik yoktur. Bu durum üçüncü kişinin fiilini taahhüdün bu gruptaki yerini belirlemeyi güçleştirir. Bu sebeple üçüncü kişinin fiilini taahhüdün anlamını ve hukuki niteliğini belirlemeye geçmeden önce doktrinde yaşanan terim karışıklığına kısaca değinmekte fayda vardır.

Terminolojik karışıklığın nedeni "garanti" sözcüğüne yüklenen anlamdan ileri gelmektedir. "Garanti" tabiri iş ve ticaret dünyasında sıkça kullanılan oldukça yaygın bir tabirdir. Bu özelliği ile, bir sözleşme veya herhangi bir hukuki ilişkide kullanılan garanti sözcüğünün tam olarak neyi ifade ettiği çoğu zaman anlaşılamamaktadır. Günlük hayatta tarafların sadece bir "garanti ediyorum" ifadesini kullanarak giriştikleri işlemler, işi daha da zorlaştırmakta, bu ifade ile hangi hukuki kurumu kastetmiş olabilecekleri ancak dikkatli ve özenli bir yorum faaliyeti sonrası açık seçik ortaya konabilmektedir. Zira salt bir garanti sözcüğü, başlıbaşına bir zararın ya da kaybın meydana gelmesini engelleyen her türlü aracı ifade eder[42]. Bunun kapsamına öncelikle asıl sözleşme içeriğinden kaynaklanan garanti yükümlülükleri girer; alacağı temlik edenin, bayiin, müteahhidin, itibar emri verenin,

---

kadar bakma sözleşmesinde bakım borçlusu, bakım alacaklısına ölünceye kadar bakmak ve onu gözetmek ve bakım alacaklısı da bunun karşılığında malvarlığına ilişkin bir değeri vermekle yükümlenir. Kenan Tunçomağ, **Ölünceye Kadar Bakma Akdi,** Ankara, Türk Hukuk Kurumu, 1959, s. 23 vd. Bakım alacaklısının yaşayacağı sürenin ve yaşadığı süre boyunca ihtiyaçlarının kapsamının önceden belirlenememesi bakım borçlusu için bir risk teşkil eder. Zararın doğup doğmayacağı ya da ne miktar için doğacağı olasılıkları bakım alacaklısının erken ölüp ölmemesine göre değişir. Fakat burada zarar tehlikesine bakım alacaklısı ya da bir başkası değil, bizzat bakım borçlusu maruz kalır. Kısa ya da uzun yaşamak bakım alacaklısının kendisi için bir risk teşkil etmez fakat bakım borçlusu bu durumdan doğrudan etkilenir. Yani bakım borçlusu, kendisinin maruz kalacağı bir zararı ödemeyi üstlenmiştir. Oysa garanti amaçlı riziko sözleşmelerinde zarara katlanan kişi ile zararın şahsında gerçekleşeceği kişi farklılaşmıştır. Zarar olasılığının tehdit ettiği kişi garanti alan olduğu halde zarara katlanan kişi garanti verendir. Garanti veren kendisinin değil, garanti alanın karşı karşıya kaldığı bir zararı ödemeyi üzerine almaktadır. Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 685- 686.

42 Pierre A. Gilliéron, **Les Garanties Personnelles en Matière Bancaire,** 2. éd., Genève, Librairie Droz, 1969, s. 51 vd.

komisyoncunun yükümleri bu türdendir. Asıl sözleşme içeriğinde yer almayan bağımsız nitelikteki taahhütler ise garanti sözleşmeleri olarak adlandırılmaktadır[43] ki bu kullanımıyla garanti sözleşmesi geniş bir anlama sahiptir. Kefalet sözleşmesi, sigorta sözleşmesi, birlikte borç üstlenme ve herhangi bir teşebbüsün başarıya ulaşacağının garanti edildiği dar anlamdaki garanti sözleşmeleri geniş anlamda garanti sözleşmelerinin birer türünü oluşturur[44].

Görünen odur ki garanti kavramı, hem geniş anlamıyla garanti sözleşmesi diye tarif edebileceğimiz bir zararı ya da kaybı engelleme amacı güden sözleşmelere varlık vermekte hem de dar anlamıyla özel bir sözleşme tipi olan "garanti sözleşmesi" ni içine almaktadır. İşte her iki durumu ifade etmek için de "garanti sözleşmesi" tabirinin kullanılıyor olması terim karışıklığının gerçek nedenidir.

Garanti sözleşmesi tabiri ilk kez bir teşebbüsün başarıya ulaşacağının garanti edildiği hukuki ilişkiler için Stammler tarafından kullanılmıştır[45]. Zamanla bu kullanım, gerek Alman gerek İsviçre doktrin ve uygulamasında benimsenerek dar anlamda garanti sözleşmelerinin teknik ismi olmuştur[46]. Ancak doktrinde, garanti amacına yönelik bütün sözleşmeleri hatırlattığı gerekçesiyle bu tabire yönelik eleştiriler zaman içinde artmıştır[47]. Diğer taraftan geniş anlamda garanti sözleşmesi ile karışabileceği düşüncesiyle garanti sözleşmesi deyimi reddedilse de sorunun çözümü için henüz bir formül bulunabilmiş değildir. Aynı eleştirilere Türk doktrininde katılan Reisoğlu da, tüm karışıklığına ve sakıncalarına rağmen doktrinde yerleşmiş deyimi tercih etmek gerektiğini söylemektedir. Sorunun çözümü için yazar, teminat bahşeden yani teminat özelliğine sahip olan tüm sözleşmelerin "teminat sözleşmeleri" olarak isimlendirilmesini ve "garanti sözleşmesi" teriminin

---

43 Bu hususta bkz. Wavre, **a.g.e.**, s. 34- 35.

44 Wavre, **a.g.e.**, s. 34- 35; Tandoğan'ın Reusser'den esinlenerek hazırladığını belirttiği tablo için bkz. Tandoğan, **Garanti,** s. 5.

45 Rudolf Stammler, "Der Garantievertrag", **AcP,** Bd. 69, (y.y.), 1866, s. 1 vd.'dan naklen: Reisoğlu, **Garanti,** s. 4.

46 Reisoğlu, **Garanti,** s. 4.

47 Nitekim Alman kanunkoyucusunun, garanti sözleşmesini kanuni bir düzenlemeye kavuşturmamış olmasının altında yatan nedenin de bu olduğu tahmin edilmektedir. Zira garanti sözleşmesi, borçlar hukuku alanında özel bir sözleşme tipinden çok tüm teminat amaçlı sözleşmeleri içine alan geniş bir sözleşmeler grubunu çağrıştırmaktadır. Reisoğlu, **Garanti,** s. 4 ve s. 4'de dn. 1.

ise, "teminat sözleşmeleri" başlığı altında onun özel bir türü olan garanti tipine özgülenerek kullanılmasını önermektedir[48].

Hemen belirtelim ki bu kavram sorunsalında bizim katılmış olduğumuz şematik açıklama Gilliéron'dan gelmiştir. Gerçekten, bir zararın ya da kaybın meydana gelmesini engelleyen her türlü hukuki araç garanti fikrini çağrıştırır. Bu geniş anlamıyla garanti, ister yükümlülük ister sorumluluk olsun tüm borç ilişkilerinde mevcuttur. Zira borç ödenmediği zaman borçlunun malvarlığına başvurmak için tanınan kolaylıklar alacaklı için güvenli bir ortam sağlar. Ne var ki bir edimin ifasının konu edildiği yükümlülük borç ilişkilerinde ve dar anlamda sorumluluk borç ilişkisi olan haksız fiiller alanında sorumluluk, kusur esası üzerine temellenmiştir. Zararın meydana gelmesinde kusuru bulunmadığını kanıtlayan her borçlu sorumluluktan kurtulur ve bu da, alacaklı için yeterli bir güvence sağlamaz[49]. Bu nedenle bu gibi durumlarda teknik anlamda bir garanti ön plana çıkmış değildir. Teknik garantiler, asıl olarak, sorumluluğun kusursuzluk esasına dayandırıldığı hallerde mevcuttur. Kendi kusurlu davranışı ile sebep olmadığı halde başkasının uğradığı zararı gidermek zorunda kalan kişi gerçek anlamda bir garanti verendir[50].

Teknik anlamda garanti, ya kanundan doğar ya da iradi olarak üstlenilir. Kanuni tekeffül olarak adlandırılan[51] kanundan doğan garantilerde borcun

---

48 Reisoğlu, **Garanti,** s. 5. Saymen, Elbir, teminat sözleşmesi ile garanti sözleşmesini eş anlamda kullanmışlar ve BK m. 110 hükmündeki üçüncü kişinin fiilini taahhüdü bu teminat ya da garanti sözleşmesinin özel bir türü olarak görmüşlerdir. Saymen, Elbir, **a.g.e.**, s. 316. Arsebük ise BK m. 110'daki hukuki ilişkiyi teminat sözleşmesi ya da porte-fort olarak isimlendirmektedir. Arsebük, **a.g.e.**, s. 930-931 ve s. 931'de dn. 13. Geniş anlamda garanti borcu doğuran sözleşmeleri ifade için kullanılan "geniş anlamda teminat sözleşmeleri" tabiri için ise bkz. Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 687. Borcun ifa edilmemesi riskinin üstlenildiği hukuki ilişkilerin dar anlamda garanti sözleşmesi olarak isimlendirilmesi hakkında bkz. Burak Özen, **Kefalet Sözleşmesi: Özellikleri-Kuruluşu-Türleri,** İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 1-2.

49 Gilliéron, **a.g.e.**, s. 58 vd. ve s. 52 vd. Belirtmek gerekir ki borçlunun kusurlu olması da bu sonucu değiştirmez. Zarar, borçlunun malvarlığından karşılanacağı ve malvarlığı ile sorumluluk ise kural olarak sınırsız olduğu için, ilk etapta alcaklıya yeterli bir güvence sağlanmış gibi görünebilir. Çünkü alacağını elde etmek isteyen alacaklı, alacağı karşılanıncaya kadar borçlunun haczi mümkün tüm malvarlığı değerlerine başvurabilecektir. Fakat malvarlığının değişken olması, özellikle borç yüklenilmesinden sonra malvarlığının aktifinde meydana gelen azalmalar ya da pasifindeki çoğalmalar alacağın elde edilme şansını azaltır. Erden Kuntalp, "Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk", **Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan,** İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1995, s. 264-265.

50 Gilliéron, **a.g.e.,** s. 52.

51 Reisoğlu, **Garanti,** s. 55.

üstlenilmesi bir kanun hükmü ile olur. Genellikle bir asıl sözleşmenin çerçevesi içinde ve bu asıl sözleşmeden doğan edimlerin gereği gibi ifasını sağlamaya yönelmiş feri (yan) teminat yükümlülükleri olarak karşımıza çıkar: Zapta karşı teminat, ayıba karşı tekeffül, alacağı temlik edenin garanti sorumluluğu gibi. Bazen asıl sözleşmeye konulacak kayıtlarla kanuni tekeffül hükümlerinin genişletilmesi söz konsu olur ki -mesela satım konusu makinenin beş yıl boyunca bozulmayacağı gibi- kural olarak bunlar da yine feri teminat yükümlülüğü kapsamında düşünülür. Kanundan doğan garantiler temel ilişkiden doğan borca bağlı oldukları için ancak asıl borcun varlığını sürdürmesi müddetince var olabilirler[52].

Konumuz açısından bizi asıl ilgilendiren garantiler ise anlaşma ile üstlenilenlerdir. Zarar olasılığının borçlu tarafından yüklenildiği durumlarda basit bir rizikolu sözleşmenin varlığından bahsedilir. Fakat üstlenilen riziko başkasının karşı karşıya bulunduğu bir zarar olasılığı ise, basit bir rizikolu sözleşmeden değil, geniş anlamda garanti sözleşmeleri çatısı altında değerlendirilebilecek bir rizikolu sözleşmeden bahsedilir. Geniş anlamda garanti sözleşmelerinin her biri üstlenilen rizikonun türüne göre değişik isimler alır: Bir girişimin başarıya ulaşacağı yönünde saf garantiler, genellikle doğa olaylarından kaynaklanan risklerin konu edildiği sigorta sözleşmeleri veya diğerlerine oranla daha yaygın bir uygulama alanı bulan borcun ödenmemesi rizikosunun garanti altına alındığı teminat sözleşmeleri gibi[53]. Teminat sözleşmeleri rehin, ipotek gibi mal üzerinde söz konusu olan ayni teminatlar olabileceği gibi kefalet, cezai şart[54] gibi kişisel teminatlar da olabilir[55]. Ayni teminatlarda garanti konusu riziko gerçekleştiğinde yani borç ödenmediğinde ancak rehinli mal paraya çevirtilerek alacak tahsil edilebildiği halde, kişisel teminatlarda teminatı veren kişinin tüm malvarlığı değerlerine başvurulur[56].

---

52 Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 686.

53 Gilliéron, **a.g.e.**, s. 51 vd. ile s. 53.

54 Doktrinde cezai şartın gerçek anlamda bir teminat olmadığı ileri sürülmektedir. Teminatın anlamı, alacağını elde edemeyen alacaklıya borçlu dışında bir kimsenin malvarlığına başvurma olanağının tanınmasıdır. Borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmeyen borçlunun sözleşme cezası ödeyeceğini kabul etmesi, alacaklının başvuracağı malvarlığı bakımından bir değişiklik yaratmayacaktır. Bu nedenle cezai şarttan gerçek bir teminat gibi söz edilemez. Özen, **a.g.e.,** s. 5.

55 Teminat türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kuntalp, "Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk", s. 275 vd.

56 Wavre, **a.g.e.,** s. 35 vd.

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt de geniş anlamda garanti sözleşmelerinden biri olarak karşımıza çıkar. BK m. 110'da üçüncü kişinin davranışının başkasına söz veren bir kişiden bahsedilmektedir. Böylesi bir taahhütte bulunan kimse, verdiği sözü tutabilmek için daima üçüncü kişinin yapacağı tercihe muhtaçtır. Zira taahhüt konusu davranış, üçüncü kişiye ait bir davranış tarzı olup ifası bizzat üçüncü kişiden beklenmektedir. Ancak taraf olmadığı bir sözleşmeden ötürü hiçbir zaman borç altına girmeyecek olan üçüncü kişi, davranışı yerine getirip getirmemekte özgürdür, istenilen davranışı yerine getirmesi hususunda taahhüt edenin, üçüncü kişinin iradesi üzerinde baskı yapma ya da onu ifaya zorlama hakkı yoktur. Beklenen davranışın ifasının üçüncü kişi tarafından reddi halinde, taahhüt edenin, davranışı üzerine alarak ifa etme şansı da mevcut değildir. Aynen ifa yoluyla borçtan kurtulmayı teklif, ifanın üçüncü kişiden bekleniyor olması nedeniyle özellikle intuitus persona özelliği gösteren hukuki ilişkilerde mümkün olmayacaktır. O halde taahhüt borçlusu, bu taahhüdüyle üçüncü kişinin davranışını değil, üçüncü kişi davranışının yerine getirileceğine dair bir güveni söz vermiştir. Fakat üçüncü kişinin, kendisinden beklenen bu davranışı hiçbir zaman yerine getirmeme olasılığı vardır ve taahhüt eden, bu olasılığı bile bile taahhüt altına girmiştir. Şu halde taahhüt eden, kendi irade alanı dışında kalan, tamamen başka bir kimsenin irade ve isteğine tabi bir davranışı üstlenmekle bu davranışın hiçbir zaman yerine getirilmeyecek olması riskini de beraber üstlenmiş olur. Söz konusu risk, taahhüt edenin maruz kaldığı bir zarar olmayıp başkasının malvarlığını tehdit eden bir zarardır. İşte risk gerçekleştiğinde yani üçüncü kişi ifaya yanaşmadığında hiçbir kusuru olmasa bile ödeme yapacağını kabul eden taahhüt eden, başkasının karşı karşıya kaldığı bir zarar riskini güven altına almış ve böylelikle bir garanti borcu altına girmiş olur. Bu da bizi, BK m. 110'da düzenlenen hukuki ilişkinin garanti borcu doğuran geniş anlamdaki garanti sözleşmelerinden biri olduğu sonucuna götürür[57].

[57] Bu hususta ayrıca bkz. Wavre, **a.g.e.**, s. 35.

B. Porte-fort Kavramı

BK m. 110 hükmünde yer alan üçüncü kişinin fiilini taahhüt düzenlemesinin garanti borcunu konu alan rizikolu sözleşmelerden biri olduğu tespit edildikten sonra bu defa bu sözleşme ile hangi riskin güven altına alındığını belirleme sorunu ortaya çıkar. Fikrimize göre bunu anlayabilmek için porte-fort kavramı üzerinde durmak gereklidir. Porte-fort, üçüncü kişinin fiilini taahhüt kurumunun "Başkasının Fiilini Taahhüt" olarak dilimize çevrilmiş bulunan kenar başlığının Mehaz Kanunda karşılığı olan sözcüktür.

Bu sözcük eski İsviçre Borçlar Kanununun üçüncü kişinin fiilini taahhüdü düzenleyen 127. maddesinde hiç mevcut değil iken, 1941 revizyonu ile 1911 tarihli Kanunun 111. maddesine eklendi[58]. Porte-fort tabirinin ilk kez kullanıldığı yer ise Fransız Hukukudur. Fransız Medeni Kanununun 1120. maddesinde kaleme alınan hüküm şöyledir:

> Bununla birlikte üçüncü kişinin fiili vaat edilerek onun lehine yükümlülük altına girilebilir; eğer üçüncü kişi yükümlülüğü üstlenmeyi reddederse, icazeti vaat eden veya tekeffülde bulunan kişi tazmin ile yükümlü olur[59].

Metinde geçen "se porter fort"; birini tekeffül etmek, birine garanti sağlamak ve bundan türemiş "porte-fort" da "tekeffül eden" anlamındadır[60]. Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün kaynağını oluşturan porte-fort sözcüğüne çeşitli anlamlar

---

58 Porte-fort, İsviçre Borçlar Kanununun 111. maddesinin Almanca metninde "Vertrag zu Lasten eines Dritten (üçüncü kişi aleyhine sözleşme)" karşılığı ile yer almaktadır. Fakat bu tabir hatalı bir çevirinin ürünü olduğu gerekçesiyle ciddi eleştirilere uğramıştır. Üçüncü kişi aleyhine sözleşme deyiminden, tarafların aralarında yaptıkları anlaşmalarla üçüncü kişileri borçlandırabilecekleri anlamı çıkar. Oysa taahhüt sözleşmesinde taahhüt konusu edimin üçüncü kişiye ait olacağının kararlaştırılması, üçüncü kişiyi ifa ile yükümlü hale getirmeyecektir; üçüncü kişi edimi yerine getirip getirmemekte halen serbesttir. Denilebilir ki üçüncü kişinin fiilini taahhüt, hiçbir zaman üçüncü kişileri onların iradelerine aykırı olarak borç altına sokma aracı olmamıştır. Béguelin, "Porte-fort", s. 3; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.,** § 50 N. 2602; Engel, **Traité,** s. 430; Arık, "Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi", s. 55; İnan, **a.g.e.**, s. 383; Franco, "Üçüncü Şahsın Fiilini Taahhüt", s. 590; Eren, **a.g.e.,** , s. 1107; Reisoğlu, **Garanti,** s. 44; Tunçomağ, **Genel Hükümler,** C:I, s. 977.

59 Néanmoins on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci; sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement.

60 Reisoğlu, **Garanti,** s. 44 dn. 18.

yüklenmiştir. Bu anlamların bazılarında porte-fort, başkasının davranışını söz veren kişi olarak ele alınır. Tek taraflı bir sözleşme gereğince üçüncü kişinin yapacağı ya da yapmayacağı bir şeyi o kişinin yapacağını veya yapmayacağını vaat eden kimseye porte-fort denir. Diğer anlamında ise porte-fort, başkasının davranışını vaat ederek yükümlülük altına giren kişi değil, yükümlülüğün doğduğu anlaşmanın bizzat kendisi olarak ele alınmaktadır[61].

Bu iki anlamın dışında porte-fort'a, bir kimsenin diğer kimseyle yaptığı anlaşmaya sonradan üçüncü kişi tarafından icazet verileceğine yönelik olarak Fransız Hukukunun etkisiyle atfedilen dar bir anlam da mevcuttur[62]. Gerçekten Fransız Hukukundaki kullanımında porte-fort, kendine özgü bir anlama sahiptir. Fransız doktrini porte-fort'u, buna ilişkin hüküm olan art. 1120 C. Civ.'den yola çıkarak genellikle şu şekilde tanımlar: Porte-fort bir anlaşmadır ki onunla bir kimse, diğer kimsenin işleme taraf olmayı kabul edeceğini sağlamayı vaat eder; yani porte-fort, üçüncü kişinin imzasını getirme yükümlülüğüdür[63]. Buna göre varsayılır ki bir kimse, kendisine önceden verilmiş bir temsil yetkisi olmaksızın üçüncü kişi adına işlem yapmaya girişmiştir. Böyle bir işlemin hüküm doğurması, üçüncü kişi tarafından sözleşmeye verilecek icazete bağlıdır. İcazet verilir ise, sözleşme hükümlerini tamamen üçüncü kişi üzerinde olmak üzere doğuracak; icazet verilmez ise, askıda kalacaktır. Üçüncü kişi sözleşmeye icazet verdiğinde askıda olan hükümler üçüncü kişi üzerinde doğacağı ve sözleşme baştan itibaren geçerli hale geleceği için sorun çıkmaz. Fakat üçüncü kişi tarafından sözleşmeye hiçbir zaman

---

61 Bu anlamlar için bkz. Emile Thilo, "Qui ou quoi désigne le mot porte-fort?", **JdT** 1955, s. 319-320.

62 Camille Soufflier, **Vocabulaire de Droit ou Définition des Termes Usités dans l'Etude du Droit,** 2. éd., Paris, Marcel Giard Librairie-Editeur, 1926, s. 780.

63 Eugène Gaudemet, **Théorie Générale des Obligations,** Paris, Librairie Du Recueil Sirey, 1937, s. 236; Marcel Planiol, Georges Ripert, Jean Boulanger, **Traité Elémentaire de Droit Civil,** Tome II, Obligations-Contrats-Surêtés Réelles, 3. éd., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949, N. 608; Bernard Gross, **La Notion d'Obligation de Garantie dans le Droit des Contrats,** Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1964, § 3 N. 132; Marcel Laborde-Lacoste, **Exposé Méthodique de Droit Civil,** Tome II, Les Obligations- Les Surêtés Réelles et Personnelles-Les Principaux Contrats, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1947, N. 202-203; Gabriel Marty, Pierre Raynaud, **Les Obligations,** Tome I, Les Sources, 2. éd., Paris, Editions Sirey, 1988, s. 291- 292 N. 276; André Buttgenbach, **Les Contrats par Porte-fort et les Déclarations de Command en Droit Civil et en Droit Fiscal**, Bruxelles, Paris, Liège Etablissement Emile Bruylant SA d'éditions juridiques et scientifiques, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence SA, 1935, s. 13.

icazet verilmeme olasılığı da vardır. O zaman yetkisiz bir temsilci ile işlem yapan tarafın, sözleşmeye icazet beklentisi boşa çıkmış olur ve sözleşmeden umduğu yararı elde edemez. Sözleşmeye icazet verilmemesi riskine karşı taraflar, aralarında asıl sözleşme yanında bir başka sözleşme daha yaparak icazet yokluğu halinde uğranılan zararın tazmin edilmesi gereğini kararlaştırabilirler. İşte asıl sözleşme yanında yapılan bu ikinci sözleşme porte-fort anlaşmasıdır. Böylece temsil yetkisi olmaksızın başkası adına ve hesabına hareket eden kimse karşı tarafa icazeti sağlama yükümlülüğü altına girer. Üçüncü kişi, sözleşmeye icazet vermediğinde askıda olan asıl sözleşme baştan itibaren geçersiz olurken porte-fort anlaşmasından doğan borç muaccel olur. Muacceliyet için sözleşmeye icazet verilmemesi yeterlidir; porte-fort'un kusurlu olup olmadığına ayrıca bakılmaz. Porte-fort kusurlu olsa da olmasa da icazet eksikliğinden doğan zararı karşı tarafa ödemek zorundadır. Buna karşılık üçüncü kişi tarafından icazet verilirse sözleşme baştan itibaren hüküm doğurur ve üçüncü kişi artık sözleşmenin tarafı haline gelir. Porte-fort sözleşmesinden doğan borç da icazet getirme borcunun ifa edilmiş olması nedeniyle kendiliğinden ortadan kalkar[64].

Fransız hukukundaki porte-fort düzenlemesi Türk-İsviçre hukukundan birçok noktada ayrılır. En başta art. 1120 C. Civ.'deki porte-fort, üçüncü kişinin sözleşmeye icazetinin taahhüt edildiği tek bir alan ile sınırlı iken BK m. 110 (İsv. BK m. 111) hükmü, fazla olarak, ifanın yerine getirileceği taahhüdünü de içerir. Yani Fransız hukukunda üçüncü kişinin sözlemeye katılımı amacını taşıyan kurum Türk İsviçre hukuk alanına geçildiğinde tüm borcun ifasını sağlama aracı olarak görülür. Bu durumda taahhüt edenin borcunun sona ermesi için üçüncü kişinin sözleşmeye taraf olmayı kabul etmesi yetmez, sözleşmeden doğan edimlerin ifası da istenir[65].

Fransız Hukuku ile Türk-İsvçire hukuklarının porte-fort düzenlemeleri arasındaki belki de en önemli fark, Türk-İsviçre hukukunda porte-fort'tan doğan

---

64 Planiol, Ripert, Boulanger, **a.g.e.**, N. 608.

65 Rossel, **a.g.e.,** s. 166; Oscar Daeppen, **Le Code Fédéral des Obligations (Articles 1 à 551),** Edition français Charles Reymond, Zürich, Editions Polygraphiques, 1937, s. 209; Tunçomağ, **Genel Hükümler,** C: I, s. 978; Gaudemet, **a.g.e.**, s. 237; G. Baudry-Lacantinerie, L. Barde, **Traité Théorique et Pratique de Droit Civil, Des Obligations,** Tome III, 3. éd., Paris, Librairie de la Société du Recueil J. –B. Sirey et du Journal du Palais, L. Larose & L. Tenin, N. 132.

borcun bir garanti borcu olarak kabul edilmesine karşılık Fransız hukukunda ağırlıklı olarak yapma borcu fikrinin benimsenmiş olmasıdır. Söz konusu taahhüt bakımından taahhüt edenin kendi edimini borçlanmış olduğunu kabul ederek üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesine etki tanıyan Fransız doktrini, taahhüt edenin üstlendiği edimin karakterini, ifa edilmediği zaman tazminata dönüşecek bir yapma borcu olarak görür[66]. Bu sözleşmede taahhüt eden, üçüncü kişinin, sözleşmeye taraf olmayı kabul etmesini sağlayacağını beyan etmiştir. Taahhüt edenin borcu, sözleşmenin üçüncü kişi tarafından kabulünü sağlayarak onu bir bakıma bu sözleşmeden dolayı yükümlülük altına girdirmektir. Başka deyişle taahhüt edenin borcu, üçüncü kişinin imzasını getirme borcudur. Böylece temsil yetkisi olmaksızın başkası adına ve hesabına işlem yapan kimse, ayrı bir kayıtla icazeti vaat ettiği zaman asıl sözleşmenin yanı sıra port-fort sözleşmesi ile de yükümlük altına girmekte ve üçüncü kişinin icazetini getirme görünümündeki yapma borcunu üzerine almaktadır. İcazet elde edildiği zaman hem asıl sözleşme üçüncü kişi üzerinde hüküm ifade etmeye başlayacak ve hem de taahhüt eden, porte-fort borcundan kurtulacaktır. Nitekim üçüncü kişinin sözleşmeye taraf olmasını başardığı andan itibaren taahhüt edenin, yapma borcunun gereğini yerine getirmiş olacağı kesindir. Ancak aksine, üçüncü

---

66 Baudry-Lacantinerie, Barde, **a.g.e.,** N. 132; Buttgenbach, **a.g.e.**, s. 16; Laurent, **a.g.e.**, N. 543; Ch. Beudant, **Cours de Droit Civil Français,** Publiée par Robert Beudant, Paul Lerebours-Pigonnière, Tome IX, Les Contrats et Les Obligations, 2. éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1953, N. 936; Jean Chevallier, Louis Bach, **Droit Civil: La Famille, Les Personnes, Les Biens, Les Obligations, Les Sûretés,** Année I, 6. éd., Paris, Editions Sirey, 1974, s. 354; M. Frédéric Mourlon, **Répétitions Ecrites sur le Premier Examen du Code Napoléon Contenant l'Exposé des principes Généraux leurs Motifs et la Solution des Questions Théoriques,** Tome II, 7. éd., Revue et Corrigée suivie d'un Formulaire Complet du Code Napoléon, 1866, N. 1069; Jean Carbonnier, **Droit Civil,** Tome IV**,** Les Obligations, 6. éd., Presses Univarsitaires de France,1969, s. 187; Marcel Planiol, Georges Ripert, Paul Esmein, **Traité Pratique de Droit Civil Français**, Tome VI, Obligations, Paris, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, 1952, N. 49; A. Colin, H. Capitant, L. Julliot De La Morandière, **Précis de Droit Civil,** Tome II, 2. éd., Paris, Librairie Dalloz, 1961, N. 221; Laborde-Lacoste, **a.g.e.**, N. 206; Henri De Page, **Traité Elémantaire de Droit Civil Belge, Principes- Doctrine- Jurisprudence,** Tome II, Les Incapables, Les Obligations, Partie I, 2. éd., (complétée et entièrement mise à jour), Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, Société Anonyme d'Editions Juridiques et Scientifiques, 1940, § 2 N. 733. Bu hususta ayrıca bkz. Michel Le Galcher-Baron, "L'Obligation de Garantie Obstacle à une Action en Nullité pour Incapacité", **RTD civ.** Tome 57, 1959, s. 266 vd. ile s. 269; Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, **Leçon de Droit Civil**, Ed. François Chabas, Tome II, vol. I, Obligations, Théorie Générale, 6. éd., y.y., Editions Montchrestien, 1978, s. 229.

kişinin imzasını elde edemez ise tıpkı yapma borcunu ihlal etmiş diğer borçlular gibi tazmin yükümü ile karşı karşıya kalmaktan kurtulamaz[67].

Diğer taraftan yapma borcu taraftarları, bu borcu, genellikle yapma borçları için söz konusu olan bir vasıta borcu tarzında değil, aksine, bir sonuç borcu[68]

---

[67] Colin, Capitant, **a.g.e.**, § 3 N. 221; Mourlon, **a.g.e.**, N. 1069; C. Demelombe, **Traité des Contrats ou des Obligations Conventionnelles,** Tome I, Paris, Durand & Pedone Lauriel, Hachette et Cie, 1877, N. 220; Alex Weill, François Terré, **Droit Civil, Les Obligations**, 4. éd., Paris, Dalloz, 1986, N. 525; Marty, Raynaud, **a.g.e.**, N. 276; Baudouin, **a.g.e.**, N. 319; Jean Carbonnier, **Théorie des Obligations,** Paris, Presses Universitaires de France, 1963, s. 223; René Demogue **Traité des Obligations en Général,** II, Effets des Obligations, Tome VII, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1933, N. 900; Laurent, **a.g.e.**, N. 543; Jean Chevallier, v.d., "Jurisprudence en Matière de Droit Civil", **RTD civ.,** Tome 63, 1965, s. 808-809; Planiol, Ripert, Boulanger, **a.g.e.**, N. 614; Planiol, Ripert, Esmein, **a.g.e.**, N. 49; Christian Larroumet, **Droit Civil, Les Obligations,** Partie I, Tome III, Paris, Economica, t.y., s. 827; De Page, **a.g.e.**, N. 733; Baudry-Lacantinerie, Barde, **a.g.e**., N. 130; Laurent, **a.g.e.**, N. 543; Buttgenbach, **a.g.e.**, s. 14. Uygulamada porte-fort anlaşmaları ehliyetsizlerin durumunda ve elbirliği ile mülkiyet ilişkilerinde yaygındır. Mesela küçüğe ait bir taşınmazı, vasisinin onayını almadan satmak mümkün değildir. Vasinin onayını almak ise küçüğün çıkarları gereği çoğu zaman oldukça karmaşık ve zahmetli bir prosedürün tamamlanmasını gerektirir. İşte bu formalitelere başvurmaksızın küçüğe ait bir taşınmazın, onun ergin olduğu zaman icazet vereceğini vaat etmek suretiyle satılması mümkündür. Bu durumda küçük, ehliyetini tam olarak kazandığında, işleme icazet verebilir ve askıda olan işleme geçerlik kazandırabilir. Fakat küçüğün ergin olduktan sonra işleme icazet vermeme olasılığı da vardır ki bu risk, ancak port-fort vaadi ile bertaraf edilebilir. Çünkü bir porte-fort anlaşmasının varlığı halinde, küçüğün icazetini elde edemeyen karşı sözleşen, taahhüt edene zararın tazmini için başvurabilecektir. Benzer bir durum elbirliği ile mülkiyet konusu bir malın satışında da görülür. Elbirliği ile maliklerden birinin uzakta olması nedeniyle işleme geçerli olarak katılamayacak olması halinde port-fort vaadi devreye girer. Bu gibi durumlarda ve özellikle de ehliyetsizler için öngörülen kanuni formalitelerden kaçınmak için porte-fort anlaşmasına başvurmak elbette ki kanuna karşı hile oluşturmaz. Marty, Raynaud, **a.g.e.**, N. 276; Planiol, Ripert, Esmein, **a.g.e.**, N. 49. Ayrıca bkz. Mazeaud, Mazeaud, **a.g.e.**, s. 230. Uygulamada porte-fort anlaşmasına başvurulan diğer durumlar için bkz. Laborde-Lacoste, **a.g.e.**, N. 203.

[68] Borcun verme yapma yapmama tarzında sınıflandırılması Roma hukukundan beri süregelen bir uygulamadır. Salvatore Di Marzo, **Roma Hukuku,** Çev. Ziya Umur, 2. bsk., İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1959, s. 350; Türkan Rado, **Roma Hukuku, Borçlar Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2001, s. 10. Türk-İsviçre ve Fransız hukuklarında halen mevcut olan bu ayrımın bugün artık gelenekselleşmiş olduğu söylenebilir. Hatta Fransız Medeni Kanununun 1136. maddesinde özel bir hüküm sevk edilerek borçların verme, yapma ve yapmama borcu olarak ayrıldığı belirtilmiştir. Bununla beraber söz konusu ayrım, borcun kapsamı ve konusu hakkında bilgi vermekte olup borcun var olup olmadığı hakkında ise hiçbir şey söylemez. Borçlu bir verme, yapma ya da yapmama borcu altında olabilir fakat kusur karinesi gereği kusursuzluğunu ispat ettiği takdirde sorumluluktan kurtulur. İşte bu noktada borçlunun kusurlu olup olmadığını geleneksel verme yapma yapmama borcu ayrımından anlamak mümkün olmayıp bundan daha fazla bir bilgiye ihtiyaç vardır. Bu bakımdan borçların sınıflandırılmasında artık yetersiz kalmaya başlayan bu geleneksel ayrıma bir çekidüzen vermek ve bu sınıflandırmanın yanına vasıta borcu-sonuç borcu ayrımını eklemek gerektiği ifade edilmektedir. M. Henri Mazeaud, "Essai de Classification des Obligations", **RTD civ.,** Tome 35, 1936, s. 1 vd. Gerçekten borçlunun sorumluluk durumu hakkında bize fikir veren ayrım vasıta borcu sonuç borcu ayrımıdır. Ayrım şu esasa dayanır: Eğer borçlu; bir vasıta borcu borçlusu ise, verme yapma yapmama şeklindeki edimin ifası için gereken tüm dikkat ve özeni gösterdiğini kanıtlayarak sorumluluktan kurtulur. Eğer bir sonuç borçlusu ise, belirli bir sonucu borçlanmıştır ve bu sonuç gerçekleşmeyince

niteliğinde görürler[69]. Taahüt edenin, üçüncü kişinin fiilini elde etmeye yönelik çaba ve girişimlerde bulunacağını vaat etmesinden vasıta borcu doğar. Böyle bir vaadin de geçerli olarak yapılabilmesi şüphesiz mümkündür, fakat vasıta borcunu konu alan bir sözleşme porte-fort değildir. Porte-fort anlaşması borçlusunun, ifanın elde edilmesine yönelik çaba ve girişimlerde bulunması yetmez, ifayı başarması da gerekir; yani porte-fort, üçüncü kişiyi icazete ikna için gereken tüm çaba ve gayreti gösterdiğini kanıtlayarak sorumluluktan kurtulma fırsatını yakalayamaz[70].

Şu an için Fransız doktrininde baskın eğilim yapma borcu olmakla birlikte bu fikrin haklılığı yavaş yavaş tartışmaya açılmaktadır. Yapma borcu karşısında giderek güçlenen fikir, garanti borcu fikridir. Borçları, verme yapma yapmama olarak üçe ayıran geleneksel sınıflandırmadan kurtulmaya başlayan ve son zamanların parlamakta olan yeni yaklaşımı garanti borcu kavramına giderek ısınmaktadır[71]. Yapma borcu fikrine en çok ve en eski karşı çıkanlardan biri Boulanger'dir. Yazar, Fransız hukukunda artık kökleşmiş olan porte-fort'tan doğan borcu, yapma borcu üzerine temellendirme fikrini reddetmektedir. Yapma borcu, adı üstünde bir takım faaliyetlerin ve fiillerin yerine getirilmesi demektir. Bu durumda taahhüt edenin, yapma borcunu ifa edebilmesi için önünde iki seçeneği vardır: Üçüncü kişinin fiilini elde etmek için gereken çaba ve girişimlerde bulunmak ya da söz konusu fiilin aynısını yerine getirmek. Her iki durumda da porte-fort'un, borcunu ifa edemeyeceği açıktır. Öncelikle taahhüt edenin, üçüncü kişi yerine geçerek askıda olan sözleşmeye icazet vermesi beklenemez. İcazet verme hakkına sahip olan kişi daima üçüncü kişidir

---

sorumluluk gündeme gelir. Çünkü belirli bir sonucun borçlanıldığı durumlarda soncun meydana gelmesi için çaba göstermek yetmez, başarmak da gereklidir. Borçlu, gereken tüm dikkat ve özeni göstermiş olsa dahi sonucun meydana gelmemesinden sorumludur. Bunun tek istisnası ise mücbir sebep halleridir. Pierre Pache, **La Distinction des Obligations de Moyens et des Obligations de Resultat En Droit Français et son Application en Droit Suisse**, Lausanne, 1956, s. 21 vd.

69 Demelombe, a.g.e, N. 220; Marcadé, **a.g.e.**, N. 430; Baudry-Lacantinerie, Barde, **a.g.e**., N. 132; Buttgenbach, **a.g.e.**, s. 16; Demogue, **a.g.e.**, N. 895; Marty, Raynaud, **a.g.e.**, N. 277; Planiol, Ripert, Esmein, N. 50; De Page, **a.g.e.**, N. 733.

70 Marcadé, **a.g.e.**, N. 430; Baudry-Lacantinerie, Barde, **a.g.e**., N. 132; Buttgenbach, **a.g.e.**, s. 16; Demogue, **a.g.e.**, N. 895; Marty, Raynaud, **a.g.e.**, N. 277; Planiol, Ripert, Esmein, N. 50; De Page, **a.g.e.**, N. 733; René Dekkers, **Précis de Droit Civil Belge,** Tome II, Les Obligations, Les Preuves, Les contrats, Les Sûretés, Bruxelles, Etablissement Emile Brruylant SA d'Editions Juridiques et Scientifiques, 1955, § 2 N. 155.

71 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Gross, **a.g.e.** N. 132; Joseph Frossard, **La Distinction des Obligations de Moyens et des Obligations de Resultat,** Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965, s. 28 vd.

ve üçüncü kişi bu hakkı kullanıp kullanmamakta özgürdür. Bu durumda geriye, taahhüt edenin icazeti elde etmek için üçüncü kişiyi iknaya girişmesi olasılığı kalmaktadır ki icazeti elde etmek için girişimde bulunmanın yeterli olmadığını, başarmanın da gerekli olduğunu klasik görüşün kendisi de kabul etmektedir. Her iki seçenek de elendiğine göre, taahhüt edenin borcunun yapma borcu olduğu konusunda ısrar etmek, taahhüt edenin hiçbir zaman ifa edemeyeceği imkansız bir borç üstlendiği fikrinin kabulü ile eşdeğerdir[72].

Yazara göre klasik görüşün, taahhüt edenin borcunu, borçların genel sınıflandırmasına uygun olarak şematize etme çabası, porte-fort anlaşmasının içgüdüsel olarak yapma borcuna bağlanmasına sebep olmuştur. Fakat halen Roma kaynakları ile incelenen bu kurumun geleneksel zincirlerini kırmalı ve Roma *stipulatio*'sunun katı şekilciliğini tarihi hatıralara gömmelidir. Medeni Kanun yorumlayıcılarının açıklamalarını dayandırdıkları "sözleşmesel kusur" kavramı yerine "sözleşmesel risk" kavramını koymanın zamanı artık gelmişitir[73]. Geleneksel yapma borcunun ihlali halinde sözleşmesel kusura dayandırılan tazminat, porte-fort bakımından yer bulmaz çünkü icazet verilmemesinin sebep olduğu zarar giderimi sözleşmesel kusura değil, sözleşmesel riskin gerçekleşmemesi temeline dayalıdır. Taahhüt konusu fiil yerine getirilmediğinde yani icazet verilmediğinde risk gerçekleşmiş olur ve taahhüt eden, karşı tarafın uğradığı zararı kusuru olsa da olmasa da gidermek zorunda kalır. Ayrıca, her yapma borcunun, ifa yokluğu halinde tazminat

---

72 Yazarın burada teknik anlamda bir imkansızlıktan bahsetmediği açıktır. Yazar, porte-fort söz konusu olduğu zaman tam anlamıyla bir mücbir sebepten bahsedilemeyeceğini düşündüğü için fikirlerini imkansızlık kurumu ile açıklamayı uygun görmüştür. Nitekim mücbir sebep önceden görülemez ve önlenemez bir haldir ve mücbir sebepteki öngörülemezlik, porte-fort anlaşmasında yer bulmaz. Taahhüt eden, sözleşme metnine imza atmayı daima reddetme hakkına sahip bir üçüncü kişiye ait olacak fiili vaat etmekle aslında üçüncü kişinin keyfiyetine bağlı bir yükümlülük altına girdiğinin daima farkındadır. Bu fiilin ifası teknik bakımdan imkansız değilse de, taahhüt edenin, üçüncü kişinin iktidar alanında bulunan bir fiili yapma borcu altında olduğunu kabul, imkansızlık kavramına daha yakındır. Jean Boulanger, **La Promesse de Porte-Fort et les Contrats pour Autrui**, Paris, Librairie Dalloz, 1933, s. 27 vd. ile s. 29. Boulanger'nin imkansızlık fikri, geleneksel düşünceye katılan Buttgenbach tarafından ciddi şekilde eleştirilmiştir. Buttgenbach; imkansızlık kavramının, edimin fiziki olarak yerine getirilmesinin imkansız olduğu hallere özgü olduğunu, oysa porte-fort'ta böyle bir durumun bulunmadığını ve bu sebeple imkansızlık kavramının anlamının hayli saptırıldığını düşünmektedir. Buttgenbach, **a.g.e.**, s. 17 ve ayrıca s. 28 vd.

73 Boulanger, **a.g.e.**, s. 30-31. Boulanger'nin risk teorisinin, porte-fort sözleşmesini sigorta sözleşmesine yaklaştırdığı yolunda yapılan eleştiriler için bkz. Beudant, **a.g.e.**, N. 936

borcuna dönüşecek olduğu bilinir, bu bilinirliği tekrar tekrar dile getirmeye gerek yoktur. İstenilen icazet verilmediğinde taahhüt edenin borcunu tazminat borcu olarak tespit eden art. 1120 C. Civ. hükmü bu konuda anlamsız bir tekrar yapmak istemiş olmasa gerektir. O halde burada bahsedilen tazminat, sözleşmesel anlamda üstlenilen riskin tazminatı olup, ifa başarısızlığı halinde kendiliğinden tazminata dönüşecek bir yapma borcunun tazminatı değildir[74].

Anılan gerekçelerle Fransız hukukunda doktrin ve içtihat, yapma borcu anlayışından gittikçe uzaklaşarak porte-fort'tan doğan borcu belli belirsiz bir "garanti borcu" temeline dayandırmaya başlamıştır[75] ancak Fransız doktrininin yapma borcu fikrinden sıyrıldığını söylemek için henüz çok erkendir[76].

Uygulama alanları farklı olmakla birlikte her iki hukuk düzeninde porte-fort'un ortak noktası, taahhüt borçlusunun kendi hakimiyet alanı dışında tamamen üçüncü kişinin iradesine tabi bir davranışı taahhüt ediyor olmasıdır. Dikkati çeken nokta, madde düzenlemesinin güvence altına alınan rizikoyu üçüncü kişinin fiiline bağlamış olmasıdır. Bu durum bize rizikonun konusunun sadece üçüncü kişinin fiili olabileceğinin sinyalini vermektedir. Yanlız burada halledilmesi gereken temel bir sorun ortaya çıkar: Fiil denince her türlü davranış tarzı akla gelebilecek olup bunun içine borç konusu olamayacak ve doğal olarak üçüncü kişinin herhangi bir hareket tarzını yansıtan, ancak onun iradesi ile meydana gelmeyen sıradan davranışlar da girer. Bu bakımdan fiil sözcüğü, BK m. 110 düzenlemesinde yer verilen rizikonun

---

74 Boulanger, **a.g.e.**, s. 31-32. Porte-fort'un borcunun garanti borcu olduğu yolunda Boulanger dışında bkz. Marcadé, **a.g.e.**, N. 430.

75 Bu hususta bkz. Marty, Raynaud, **a.g.e.**, N. 278; Raymond Saleilles, **Alman Kanunu Medenisinin Birinci Tasarısına Göre Borcun Genel Teorisi Hakkında Etüd,** Çev. Mişon Ventura, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1949, N. 152.

76 Garanti borcunun sonuç borcundan farklı tarafı, sonuç borcunda borçlu, mücbir sebeple borcunu ifa edemediği zaman sorumluluktan kurtulur. Garanti borcu borçlusu ise beklenmedik haller nedeniyle ortaya çıkan zararların gideriminden de sorumludur. Frossard, **a.g.e.**, s. 83 vd. ile s. 107-108. İcazet vermemenin mücbir sebepten kaynaklanması halinde porte-fort'un borcundan kurtulacağı yolunda bkz. Beudant, **a.g.e.**, N. 938. Bu bakımdan klasik doktrinin sonuç borcu fikri ile garanti borcu fikri arasındaki farklılığın pratik önemi mücbir sebep halinde ortaya çıkacaktır. Zira sonuç borcu borçlusu, mücbir sebebin varlığını kanıtladığı zaman sorumluluktan kurtulduğu halde garanti borcu borçlusu için aynı şeyi söylemek mümkün olmaz; bu noktada garanti borcu sonuç borcundan net biçimde ayrılır. Nitekim beklenmedik haller ki bu kapsamda yer alan mücbir sebep yüzünden ortaya çıkabilecek zararların gideriminin istenmesi ancak garanti borcu kavramı ile açıklanır. Frossard J., **a.g.e.**, s. 83.

konusu olmak için çok da elverişli değildir; çünkü bu denli geniş anlamıyla değerlendirildiğinde üçüncü kişi unsurunu maddeden çıkarmak gerekir. Fikrimize göre üçüncü kişinin fiilini taahhütten bahsedebilmek için üçüncü kişinin varlığına ihtiyaç vardır yoksa üçüncü kişinin içinde yer almadığı bir ilişkiden üçüncü kişinin fiilini taahhüt gibi bahsedilemez. Üçüncü kişinin varlığından söz edebilmek için ise, üçüncü kişinin iradesi ile yerine getirebileceği yani ona borç olarak yüklenecek bir davranışının taahhüdü gerekir ki bu ön kabul ister istemez edim kavramını davet eder. Demek oluyor ki üçüncü kişinin fiilini taahhütte taahhüt borçlusu başkasının karşı karşıya bulunduğu bir zararı ödemeyi üstlenmiştir ve bu zarar, üçüncü kişinin borcu ödememesi riskinden doğması gerekli olan bir zarardır[77].

III. Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüdün Hukuki Niteliği

A. Genel Olarak

Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün hukuki niteliği doktrinde tarışmalıdır. Tartışmalar söz konusu ilişkinin dar anlamda garanti sözleşmesini düzenleyip düzenlemediği noktasında kilitlenmektedir. Bu hususta başlangıçta ileri sürülen görüş, kefaletle olan yakınlığını göz önününde bulundurarak söz konusu taahhüdü kefalet sözleşmesi olarak kabul etmiştir. Ancak bu görüş zaman içerisinde geçerliğini kaybederek yerini garanti sözleşmesi görüşüne bırakmıştır. Garanti sözleşmesi görüşü hukuki nitelik itibariyle BK m. 110'da düzenlenen hukuki ilişkinin garanti sözleşmesinin bütün unsurlarını taşıdığına kanaat getirmiştir. BK m. 110 hükmünün üçüncü kişinin fiilini konu alan sözleşmelerin geçerliğini ifade etmenin ötesinde bir anlam taşımadığını düşünen genel hüküm görüşü ise garanti görüşünün karşısında yer almıştır. Son zamanlarda beliren eğilim garanti sözleşmesini saf ve kefalet benzeri garanti olarak ikiye ayırmak ve BK m. 110 hükmünü kefalet benzeri garantiye özgüleyerek incelemek yönündedir. Aşağıda bu görüşler tartışmalı yönleriyle ele alınacak ve bir sonuca varılacaktır.

---

[77] Wavre, **a.g.e.**, s. 35.

B. Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüdün Hukuki Niteliği İle İlgili Görüşler

1. Kefalet Sözleşmesi Görüşü

Üçüncü kişinin fiilin taahhüt hakkındaki hukuki nitelendirme tartışmalarında, ilk başlarda ileri sürülen görüş BK m. 110 hükmündeki hukuki ilişkinin kefalet sözleşmesinin özel bir türü olduğu yolundaydı. Kefalet, bir kimsenin diğerine üçüncü kişinin borcunu ödeyeceğini taahhüt ettiği ve bu ödemenin gerçekleşmemesinden borçlunun kişisel olarak sorumlu olmayı kabul ettiği bir sözleşmedir. Kefalet görüşü savunucularına göre üçüncü kişinin fiilini taahhütte de aynı şey vardır; tek farkı üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinde tazminat öngörülmesine karşılık kefalette kefilin, asıl borcun ifası ile yükümlü tutulması[78] ve yazılı şekil şartının aranmasıdır. Bu görüşün İsviçre Hukukundaki temsilcisi Rossel'e göre porte-fort kavramı, Federal Hukukta, sadece icazet güvencesini ifade eden Fransız düzenlemesinden farklı olarak borcun ifası desteğini de içerir ve bu durum taahhüt sözleşmesinin kefaletin alt türü olduğu yolundaki düşünceyi güçlendirir[79].

Kefalet sözleşmesi görüşünün Fransız Hukukundaki savunucusu ise Tamboise'dır. Oldukça ilginç sayılabilecek bir yöntem ile bu sonuca ulaşan yazara göre, bir kimsenin karşı tarafa başkasının fiilini taahhüt etmesi bu hususta özel bir hüküm sevk edilmese dahi rastlanabilecek ve geçerli sayılabilecek bir olgudur. Bu

---

78 Belirtmek gerekir ki kefil, asıl borçlu ile alacaklı arasında kurulmuş temel sözleşmeden doğan borcun ifası ile yükümlü değildir. Kefil, alacaklı ile kurduğu kefalet sözleşmesinden doğan kendi borcunu ifa eder ve borç ödenmediğinde, asıl borçlunun verme, yapma ya da yapmama edimini aynen ifa etmekle yükümlü değildir, sadece bu edimlerin ifa edilmemesinden doğan zararı karşılar. Zarar ise kural olarak bir miktar para ödemesi ile giderilir. Çoğu zaman temel ilişkideki borcun para borcu olması ve asıl borç miktarı ile sınırlandırılması, kefilin asıl borçlunun yerine geçerek sanki onun borcunu ödüyor imiş gibi yanlış bir izlenim uyanmasına neden olmaktadır. Oysa zaman zaman kefalet borcu ile asıl borç konusunun para borcu olması nedeni ile gerçekleşen bu aynılık, kefilin, asıl borçlunun borcunu ödediği anlamında yorumlanamaz. Bu konuda bkz. Seza Reisoğlu, **Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet,** Ankara, y.y., 1992, s. 7-8; Özen, **a.g.e.**, s. 52 vd.

79 Rossel, **a.g.e.,** s.166. Federal Mahkeme eski bir kararında ifanın garantsini kefalet olarak nitelendirmiştir. Karara konu olan olayda davalı, üçüncü kişi tarafından borcun ödeneceğini taahhüt etmiştir. Mahkeme, borcun doğumuna ilişkin değil fakat ödeneceğine ilişkin garantiler söz konusu olduğunda kefaletin devreye gireceğini; nitekim kefaletin esaslı unsuru olan "ifanın garantisi" nin üçüncü kişinin fiilini taahhütte bulunmadığına hükmetmiştir. ATF 37 II 185'den naklen: Reisoğlu, **Garanti,** s. 65 dn. 9.

nedenle üçüncü kişilerin fiillerinin geçerli olarak taahhüt edilebileceğini açıklayan özel bir kanun maddesine gerek yoktur. Fransız Medeni Kanununun 1120. maddesinde kastedilen porte-fort, aslında sözleşmeye icazet taahhüdü değil, sözleşmenin ifası taahhüdüdür. Üçüncü kişinin sözleşmeye taraf olmayı kabul edeceğini vaat eden kimse, garanti veren sıfatıyla taahhüt altına girince, ister istemez karşı tarafa ifanın sözünü de vermiş olur. İfanın garantisi ise bildiğimiz kefalettir ve bunun doğal sonucu olarak porte-fort'un, kefaletin özel türü olduğu yolundaki fikir kabul edilmek gerekir[80].

Kefalet sözleşmesi görüşü, kefalet ile üçüncü kişinin fiilini taahhüt arasında var olan önemli bir nitelik farkını göz ardı ederek hareket ettiği için doktrinin tepkisini çekmekte gecikmemiştir. Zira kefaletin feri, taahhüt sözleşmesinin ise asli bir karakter taşımasına rağmen bu özelliğin hiç dikkate alınmamış olması görüşe yönelen en büyük eleştiridir. Kefaletten doğan borç, temel ilişkiden doğan asıl borcun varlığına, devamına ve geçerliliğine bağlı olduğu halde, taahhüt edenin borcu, asıl borçtan bağımsızdır; asıl borç geçerli olsun veya olmasın taahhüt borcu varlığını devam ettirmekten geri kalmaz. Gerçi aslilik-ferilik ayrımı kefalet görüşü taraftarlarınca da bilinmektedir[81]; ancak ayrım, yeteri kadar önemsenmeyip arka plana itildiği için feri bir kurum asli bir kuruma tabi tutularak sonuca ulaşılabilmiştir[82]. Bu görüş artık günümüzde geçerliğini yitirmiştir.

2. Garanti Sözleşmesi Görüşü

Garanti sözleşmesi görüşüne göre BK m. 110 hükmünde düzenlenmiş olan üçüncü kişinin fiilini taahhüt tam anlamıyla bir garanti sözleşmesidir. Öyle ki garanti sözleşmesinin bütün unsurlarını söz konusu hükümde bulmak mümkündür, her iki

---

80 Albert Tamboise, **De La Clause de Porte-fort, Essai d'une Théorie Nouvell**e, Th. Lille, 1906, s. 68'den naklen: Reisoğlu, **Garanti,** s. 65. Kefalet sözleşmesi görüşünün Türk Hukukundaki temsilcisi için bkz. Halis Sungur, **Borçlar Kanunu ve Tatbikatı**, İstanbul, y.y., 1943, s. 352. Kefalet ile üçüncü kişinin fiilini taahhüdü başlangıçta aynı başlıkta değerlendiren yazar, açıklamalarının devamında üçüncü kişinin fiilini taahhüdün kefaletten farklı nitelikte olduğu sonucuna varmaktadır.

81 Virgile Rossel, "Le Porte-fort en Droit Fédéral (art. 127 CO)", **JdT** 1893, s. 469'dan naklen: Reisoğlu, **Garanti,** s. 66.

82 Guggenheim, **a.g.e.,** s. 49; Reisoğlu, **Garanti,** s. 65.

kurum farklı isimlerle de anılsa, gerçekte anlam ve kapsam bakımından tamamen örtüşür[83].

Garanti sözleşmesi görüşü taraftarlarının, üzerinde görüşlerini temellendirdikleri kavram garanti sözleşmesidir. Garanti sözleşmesi, bir kimsenin başkasının kazanç amacı güden bir teşebbüsünü teşvik etmek veya böyle bir teşebbüsü desteklemek amacıyla o teşebbüse bağlı rizikoları kısmen veya tamamen karşılıksız olarak üstlendiği bir sözleşmedir[84]. İlk kez Stammler tarafından ortaya konmuş olan tanım[85] aynı zamanda garanti sözleşmesinin sonraları büyük eleştiriler toplayacak olan unsurlarını da tespit etmiştir. Buna göre garanti sözleşmesinin en önemli unsurlarından biri rizikodur. Riziko, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği kesin olarak bilinmeyen ve gerçekleştiği zaman taraflarca istenmeyen zararlı bir sonuca yol açan ya da yararlı bir sonucun elde edilmesini engelleyen olaylardır[86]. Herkesin kendi ekonomik alanında doğacak rizikolara kendisinin katlanması normal olandır.

---

83 Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, art. 111 N. 3 ve 4; Rolf H. Weber, **Berner Kommentar**, **Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, Bd. VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 6. Teilband, art. 110-113, Berne, Stämpfli, 2002, art. 111 OR N. 9; Béguelin, "Porte-fort", s. 1; Arık, "Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi", s. 45 vd., Aşulla, "Porte-fort", s. 139; Arsebük, **a.g.e.**, s. 930-931; Kılıçoğlu, **a.g.e.,** s. 412; Wavre, **a.g.e.**, s. 37; Schwarz, **Borçlar Hukuku,** C: I, s. 404; Guggenheim, **a.g.e.,** s. 32 vd.'dan naklen: Haluk Tandoğan, **Garanti Mukavelesi, Mahiyeti ve Benzeri Hukuki Münasebetlerden Tefriki**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1959, s. 3; Yüce, **a.g.e.,** s. 11 vd. ile özellikle s. 20.

84 Stammler, "Der Garantievertrag", s. 1'den naklen: Tandoğan, **Garanti,** s. 6.

85 Stammler'den sonra garanti sözleşmesinin birçok defalar tanımı yapılmıştır. Fakat bütün tanımların ortak çıkış noktası yine Stammler'in tanımıdır. Reisoğlu, **Garanti,** s.6. Tandoğan, bu tanımlar arasında en tatmin edici olanın Reusser'e ait olduğunu bildirmekte ve tanımı şu şekilde aktarmaktadır: Garanti sözleşmesi; feri nitelikte olmayan öyle bir sözleşmedir ki onunla bir kimse diğerini belli bir hareket tarzına sevk etmek amacıyla bu hareket tarzından doğan sonuçları kısmen veya tamamen üzerine alır. Samuel Reusser, **Garantievertrag und sein Verhältnis zur Bürgschaft und andern Sicherungsverträgen nach schweizerischem Recht,** Dissertation, Bern, (y.y.), 1938'den naklen: Tandoğan, **Garanti,** s. 12. Tandoğan sonraki çalışmalarında hem bir kimseyi belli bir hareket tarzına sevk için kurulan asıl garanti sözleşmelerini hem de kendisiyle borç ilişkisine girilen üçüncü kişinin borcunu yerine getireceğine dair teminat amaçlı garanti sözleşmelerini kapsar şekilde yapılacak tanımlamaların daha isabetli olacağına kanaat getirmiştir. Bu düşünce doğrultusunda yazar garanti sözleşmesini; "*garanti alanın belli bir davranışa girişmesinden veya kendisiyle borç ilişkisine giriştiği üçüncü kişinin edimini yerine getirmemesinden doğan zarar tehlikesini, garanti verenin bağımsız bir taahhütle üzerine aldığı sözleşme*" olarak tanımlamaktadır. Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 809. Yargıtay da 1969 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında "*garanti mukavelesi bir kimsenin feri olmayan bir mukavele ile başkasına ait bir teşebbüsün belli bir sonuca ulaşacağını garanti etmesidir*" diyerek garanti sözleşmesinin tanımını içtihatlar yönünden ele almaktadır. Yarg. İçt. Bir. K., 11.6.1969 t., E. 1969/4 K. 1969/6 (RG 3.6.1969 t., Sayı No: 13317, s. 3).

86 Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 684; Reisoğlu, **Garanti,** s. 9; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku, İkinci Kısım: Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri)**, C: I, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. bs., İstanbul, Fakülteler, 1980, s. 45.

Fakat sözleşme özgürlüğü ilkesi tarafların rizikoya bir başkasının katlanacağını kararlaştırmalarına olanak tanır. Riziko için, zarara sebebiyet verecek olayın gelecekte gerçekleşmesi şüpheli bir olay olması şarttır. Olayın gerçekleşeceği ya da gerçekleşmeyeceği kesin olarak biliniyorsa rizikodan söz edilemez. Ancak şüpheliliğin herkes için sabit objektif bir şüphelilik olmasına gerek yoktur; sadece taraflarca bilinememek yeterlidir[87].

Garanti sözleşmesinin bir diğer önemli unsuru "teşebbüse sevk etme amacı" dır. Garanti veren, verdiği garanti ile garanti alanı herhangi bir girişimde bulunmaya, herhangi bir davranış tarzını gerçekleştirmeye yönlendirmiş olur. Teşebbüse sevk amacı olmaksızın verilen garantiler işin niteliğine göre başka sözleşmelerin varlığına işarettir; nitekim herhangi bir rizikonun bir ivaz karşılığı güvence altına alındığı sigorta sözleşmeleri[88] teşebbüse sevk etme amacı taşımayan rizikolu sözleşmelere en iyi örnektir.

Teşebbüse sevk etme amacı, tek bir unsur gibi görünmekle birlikte aslında içinde bir başka unsuru, teşebbüs unsurunu da barındırmaktadır Teşebbüs; garanti alanın her türlü hareket tarzı olup olumlu veya olumsuz, hukuki veya fiili herhangi bir davranış tarzı olabilir[89]. Ticari işletme kurmak, yatırım yapmak, şirketlere ortak olmak, sözleşme yapmak, dava açmak, oy kullanmak, mal satmak, sergi açmak gibi olumlu içerikli veya dava açmamak, satıştan kaçınmak, rekabet etmemek, ortak olmamak gibi olumsuz içerikteki davranışlar teşebbüs anlamında sözleşmeye konu oluşturabilecek davranışlar arasındadır.

Teşebbüs, garanti sözleşmesinin olmazsa olmaz unsurları arasında sayılmakla beraber kurumu çok iyi ifade edemediği gerekçesiyle terimsel anlamda eleştiriye uğramıştır. Teşebbüs tabiri çoğu zaman akla bir işletme ya da ortaklığı getirir. Bu durumda eğer teşebbüs sözcüğü tercih edilecek olursa verilen garanti sanki herhangi bir işletme veya ortaklığın korunmasını hedef alıyor gibi görünüp, garanti alanın işletme kurmak şeklinde somutlaşmayan -mesela üçüncü kişilerle sözleşme yapmak

---

87 Reisoğlu, **Garanti,** s. 9 vd.; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II**,** s. 684.
88 Reisoğlu, **Garanti,** s. 18.
89 Guggenheim, **a.g.e.,** s. 14-15 ve ayrıca bkz. s. 35.

gibi- bazı davranışlarını dışarıda bırakıyor izlenimi uyandırabilir. Hatta teşebbüs tabiri, işletme ya da ortaklık gibi dar anlamda ele alındığı zaman dahi kurumu iyi ifade etmeye yetmez çünkü garanti sözleşmelerinde amaç, garanti alanı kendi girişiminin tehlikeli sonuçlarına karşı korumaktır; yoksa ilişkiye gireceği teşebbüsü, mesela satınalınacak hisse senetlerinin ait olduğu anonim ortaklığı korumak değildir. Korunan şey teşebbüs değil, teşebbüse girişenin kendisi olduğuna göre garanti alana güvence verilmesiyle ortaklık, hisse senetlerine alıcı bularak bu korumadan sadece dolaylı olarak yararlanmış olur yoksa garantinin odağı haline gelmez[90].

Teşebbüs teriminin kullanılmasında hiç şüphesiz Stammler'in, o dönemdeki garantilerin hemen hemen hepsinin demiryolu, gemi taşıma şirketleri, havagazı işletmeleri gibi büyük ticari ya da sınai kuruluşlar için veriliyor olmasının etkisinde kalmasının büyük payı vardır. Oysa bugün durum Stammler'in döneminden çok farklıdır ve bu nedenle doktrinde, teşebbüs sözcüğünün sadece ticari işletme ya da kuruluşlara hasredilerek kullanılması gerekmediğinin altı çizilmektedir. Teşebbüs, garanti alanın her türlü girişimini ifade edecek kadar geniş bir anlama sahiptir ve bu geniş anlamıyla ele alınmalıdır. Bu girişim büyük bir organizasyon, ticari ya da sınai işletmeler, ortaklıklar gibi kurum ya da kuruluşlar olarak belirebileceği gibi kuruluş görünümünde olmayan tek tip bir hareket tarzı da olabilir. Garanti sözleşmesi söz konusu olduğu zaman teşebbüs sözcüğünü kurum ya da kuruluş anlamına gelen teknik tabiriyle kullanmak doğru olmaz, garanti alanın her türlü davranış tarzını temsil eden terimsel anlamıyla kavramak daha isabetli olur[91].

Teşebbüs sözcüğüne yönelik bir başka eleştiri konusu da tanımda teşebbüsün kazanç sağlama amacına yönelmiş olduğunun vurgulanmasıdır. Halbuki mutlaka kazanç sağlamayı amaçlayan bir teşebbüs bulunmasına gerek olmayıp sanatsal, sosyal ya da sportif hedeflerle hareket eden teşebbüslere verilecek bir garanti de

---

90 Otto Landmann, **Der Garantievetrag,** Dissertation, Pederborn, (y.y.), 1941, s. 27'den naklen: Reisoğlu, **Garanti,** s. 13.

91 Guggenheim, **a.g.e.**, s. 35'ten naklen: Reisoğlu, **Garanti,** s. 14. Reisoğlu, teşebbüs sözcüğünün kullanılmasında sakınca değil, aksine büyük bir yarar olduğunu belitmektedir. Yazara göre bunun nedeni, teşebbüs sözcüğünün, başarıya ulaşması her zaman kesin olmayan, yarım kalma olasılığı bulunan olayları hatırlatmak suretiyle garanti sözleşmesini daha iyi deyimlemesidir. Bu bakımdan, garanti alanın her türlü hareket tarzını ifade eden geniş anlamıyla kullanılması kaydıyla teşebbüs tabirinin tercih edilmesinde olumsuz bir taraf yoktur. Reisoğlu, **Garanti,** s. 14.

geçerlidir. Yani sadece kazancın değil, zararın garantisi de sözleşme kapsamındadır. Örneğin, "doğal dengeyi ve doğal yaşam ünitelerini koruma derneği" nin kazanç sağlayacağının garantisini vermek günlük hayatta olağan karşılanmayabilir; fakat derneğin zarar etmeyeceği pekala garanti edilebilir[92]. Buna göre söz konusu hareket tarzı kazanç sağlama amacına yönelik olmasa bile para ile ölçülebilecek bir zarara sebep olabilecek türden ise ortada garanti sözleşmesi kapsamında ele alınabilecek bir teşebbüs var demektir. Bu nedenle Stammler'in tanımında geçen kazanç sağlama amacı ifadesi, daima para ile ölçülebilir bir zarara sebebiyet vermek olarak anlaşılmalıdır[93].

Garanti altına alınan teşebbüs, garanti alanın teşebbüsü olmalıdır; garanti alanın teşebbüsü dışında bir başka teşebbüsün sözleşmeye konu edilmesi garanti sözleşmesi değildir. Bu nedenle garanti altına alınmak istenen teşebbüs, garanti alanın girişeceği bir davranış tarzı olmalıdır. Burada üzerinde önemle durulması gereken husus, üçüncü kişinin fiilinin taahhüt edildiği garanti sözleşmelerinde kimin teşebbüsün garanti edildiği meselesidir. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında[94] "*...garanti veren garanti sözleşmesinde üçüncü kişinin edimini vaat eder, bu edim olumlu veya olumsuz, hukuki veya fiili belirli bir davranış tarzıdır ki tarafların iradesine göre üçüncü kişiyi bu hareket tarzına yönlendirmelidir...*" diyerek üçüncü kişinin teşebbüse sevk edilmek istenmesinden bahsetmiştir. Üçüncü kişinin teşebbüsüne bağlı bir garantiden bahsettiği için karar doktrinde oldukça tepki toplamıştır. Zira üçüncü kişinin edimini konu alsa bile garanti sözleşmesinde amaç üçüncü kişiyi değil, garanti alanı teşebbüse sevk etmektir. Üçüncü kişi unsurlu

---

92 Oser, Schönenberger, **a.g.e.,** art. 111 N. 3; Reusser, **a.g.e.,** s. 57- 58'den naklen: Tandoğan, **Garanti,** s. 7; Guggenheim, **a.g.e., s**. 14- 15. Teşebbüsün, kazanç sağlama amacına yönelmiş olması noktasında Stammler'in tanımına yöneltilen eleştirilerin dozunu kaçırmamak için duyarlı davranmak gerektiği kabul edilmektedir. Çünkü Stammler, açıklamalarında, kazanç sağlama amacı olmayan teşebbüsler için garanti vermenin imkansız olduğunu iddia etmemiştir; onun söylemek istediği şey, ticari olmamakla birlikte girişilen teşebbüs sonucunda para ile ölçülebilecek bir zararın meydana gelmesi zorunluluğudur. Fakat "para ile ölçülebilir zarar" ifadesi yerine "kazanç amacı güden teşebbüs" gibi isabetsiz bir tabir kullandığı için yazar, yanlış anlaşılmıştır. Diğer taraftan garanti sözleşmesinde zaten bir miktar paradan ibaret olan tazminat yükümlülüğü öngörüldüğünden dolayı bu unsurdan hiç bahsetmemek bir eksiklik değildir. Guggenheim, **a.g.e.,** s. 14-15. Ayrıca bkz. Tandoğan, **Garanti,** s. 7.

93 Guggenheim, **a.g.e.,** s. 14-15.

94 JdT 1946 I 527 ve 528. Aynı yönde bkz. SJ 1950 111-112.

garanti sözleşmesinde verilen garanti, garanti alanı üçüncü kişi ile hukuki ilişki kurmaya sevk etmek içindir; bu nedenle gözler daima garanti alana çevrilir ve söz konusu garantinin üçüncü kişiyi değil, garanti alanı hareket geçirmesi beklenir. Garanti verenin üçüncü kişiyi belli bir hareket tarzına sevk etmesi ise başka bir sözleşmenin konusudur; zira böyle bir durumda garanti veren, yerine göre kendi yapma edimini taahhüt etmiş olarak BK m. 96 vd. hükümleri uyarınca sıradan bir sözleşme akdetmiş demektir[95].

Diğer taraftan teşebbüse sevk unsuru garanti sözleşmesinin esaslı bir unsuru gibi ele alınmaktadır. Teşebbüsün başarıya ulaşması için garanti alanın önce teşebbüse girişmek zorunda olması; teşebbüse girişmeden önce rizikonun gerçekleşip gerçekleşmeyeceği ve buna bağlı olarak, garanti verenin borcunun doğup doğmayacağının belli olmaması teşebbüse sevk unsurunun garanti sözleşmesinin olmazsa olmaz unsurları arasında ele alınmasına sebep olmuştur. Gerçekten garanti alanın teşebbüste bulunmasına bağlı olmaksızın ortaya çıkan zararların tazmini garanti sözleşmesi kapsamında düşünülemez; bu durumlarda somut olayın özelliğine göre mesela bir sigorta sözleşmesi vardır. Bu nedenle garanti alanın girişimine bağlı olmayan bir rizikodan doğan zararın giderimi garanti sözleşmesi hükümlerine göre istenemez[96].

Teşebbüse sevk etme amacının garanti sözleşmesi bakımından sahip olduğu hukuki değer özellikle, bu unsurun bir sebep mi yoksa saik mi olduğu tartışmasında kendini belli eder. Başkasını belirli bir harekete sevk etme düşüncesinin sözleşmenin hukuki sebebini değil, saikini oluşturduğu ve hukuki sebebin daima bir teminat olabileceğini öne süren Priester'e göre[97], teşebbüse sevk etme unsurunu garanti sözleşmesinin unsurları arasında saymaya gerek yoktur. Yine bu görüş taraftarlarınca garanti verenin hangi nedenlerle teşebbüse sevk etmek istediğinin "saik" i oluşturduğu ve bunların da hukuken önemli olmadığı kabul edilmektedir. Sıkça rastlanan saik, garanti alanın teşebbüse girişmesinde garanti verenin sahip olduğu

---

95 Reisoğlu, **Garanti,** s. 15.

96 Tandoğan, **Garanti,** s.11 vd.

97 Heinz Priester, **Garantievertrag,** Inaugural-Dissertation, Berlin, y.y., 1935, s. 13-14. Aynı yönde Yüce, **a.g.e.,** s. 74.

ekonomik yararlardır. Fakat gösteriş, çevrede itibarını arttırmak, yardımseverlik gibi sebeplerle garanti verilmesine de bir engel yoktur. Örneğin bir tiyatro oyununun sahnelenmesi garantisinde bazılarının saiki oyunun sahneye konmasından elde edilecek gelir iken bazılarınınki sanatsal istekler olabilir veya kimisi yapılacak reklam çalışmalarından elde edilecek bir geliri hedeflerken kimisi oyunda rol alacak bir oyuncunun tekrar sahnelere dönmesi umudunu taşıyabilir. Saikler çok çeşitli olabilir hatta neredeyse garanti veren sayısı kadar saikten bahsedilebilir. Fakat bütün garanti verenlerde hukuki sebep aynıdır; tiyatro oyununun sahnelenmesi girişiminin başarıya ulaşmasını temindir[98].

Reusser ise[99] teşebbüse sevk etme unsuru olmaksızın garanti sözleşmesinden bahsedilemeyeceğini savunarak saik görüşüne karşı çıkar. Yazara göre garanti sözleşmesine hukuki rengini veren unsur teşebbüse sevk unsurudur. Bir kimseyi bir teşebbüste bulunmaya sevk etme niyeti olmaksızın riziko üstlenmek garanti sözleşmesi dışında başka sözleşmelere varlık kazandırır. Örneğin böyle bir sözleşme duruma göre sigorta, şarta bağlı bağışlama veya sonucu talih ve tesadüfe bağlı bir sözleşme olabilir; garanti sözleşmesini bu tür sözleşmelerden ayırt etmek için teşebbüse sevk etme amacına her zaman ve vazgeçilmez bir biçimde ihtiyaç vardır[100].

Fikrimize göre teşebbüse sevk etme amacı sözleşmenin saikini oluşturur. Garanti sözleşmesinin hukuki sebebi "garanti sebebi" dir. Garanti veren teşebbüse

---

98 Priester, **a.g.e.**, s. 13-14.

99 Reusser, **a.g.e.,** s. 60 vd.'dan naklen: Tandoğan, **Garanti,** s. 11 vd.

100 Yazar bazı somut örneklerle savını güçlendirmeye çalışır: Çok çocuklu ve fakir bir ayakkabı tamircisine yardım etmek isteyen zengin bir adam, ona, her ay kazancı belli bir tutarı bulmaz ise üstünü tamamlayacağı hususunda bir garanti verir. Burada zengin kişinin, ayakkabı tamircisini teşebbüse sevk etme amacı yoktur; tamirci, garanti verilmiş olsa da olmasa da, çoktan böyle bir teşebbüse girişmiş ve işine devam eder vaziyettedir. Örnek olayda açıkça şarta bağlı bir bağışlamanın varlığı görülmektedir. Reusser, **a.g.e.,** s. 60- 61 ve s. 93-94'den naklen: Tandoğan, **Garanti,** s. 11. Hukuki sebep görüşü için ayrıca bkz. Tandoğan, **Özel Borç ilişkileri,** C: II, s. 811; Reisoğlu, **Garanti,** s. 17- 18; Sermet Akman, "Garantör Sıfatıyla Girişilen Taahhüdün Mahiyeti ve Bu Bağlamda Garanti ve Kefalet Sözleşmelerini Birbirinden Ayıran Temel Kriterler", **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan,** C: II**,** İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 1671. Bu noktada Stammler'in tanımında eleştirilecek tek husus, tanımda yardım ve teşvik amacına yer verilmiş olmasıdır. Garanti sözleşmesinde bütün garanti verenler için ortak amaç, garanti alanı teşebbüse sevk etmektir. Teşebbüse sevk için verilen garantinin yardım veya teşvik amacıyla olması ise saiklerden sadece biridir. Reisoğlu, **Garanti,** s. 8.

sevk düşüncesinden çok teşebbüsün başarıya ulaşması amacını taşımaktadır. Teşebbüsün başarıya ulaşması için elbette öncelikle teşebbüse girişilmesi gerekmektedir. Teşebbüse girişmeden önce teşebbüsün başarıya ulaşıp ulaşmayacağı bilinememekle birlikte bu durum, teşebbüse sevk unsurunu sözleşmenin olmazsa olmaz unsurlarından biri haline getirmez. Zira elbette garanti veren, başarı sonucunu arzu ederken, doğal olarak, teşebbüse girişilmesini de istemiş olacaktır. Ancak unutulmamalıdır ki garanti veren, verdiği garanti ile salt teşebbüse girişilmesini değil, teşebbüsten sonraki aşamanın başarılı geçmesini de istemekte, hatta asıl olarak başarılı sonucu hedeflemektedir. Rizikonun güven altına alınması isteği bütün garanti verenlerde aynıdır ve sözleşmenin hukuki sebebini oluşturur. Garanti alanın, üçüncü kişilerle mevcut hukuki ilişkilerinden doğan borçları temin edilebileceği gibi yeni girişeceği bir teşebbüsten doğan rizikoları da güven altına alınabilir, her iki durumda da amaç, doğabilecek bir rizikoya güvence sağlamaktır.

Garanti sözleşmesinin unsurlarından bir diğerinin ivazsızlık olduğu öne sürülmüşse de bu unsurun gerçek bir unsur olup olmadığı sonradan tartışmaya açılmıştır. Tartışmanın odak noktası, garanti sözleşmesinin ivaz elde etmekten çok bir zarar olasılığına karşı, karşı tarafa güven verme amacıyla akdedilmesi nedeniyle ivazsız sözleşmeler grubunda yer aldığı ve bu durumda özelliği gereği zaten ivazsız olması gereken bir sözleşmenin izvazsız kurulması mecburiyetinin tekrar tekrar dile getirilmesinin anlamsız bir yinelemeden öteye geçmeyeceğidir[101].

Garanti sözleşmesini karakterize eden son unsur, Stammler'in tanımında hiç her verilmediği gerekçesiyle eleştiri konusu yapılan bağımsızlıktır. Bağımsızlık ya da feri olmama, asıl borç geçersiz olsa bile garanti borcunun geçerli olarak varlığını sürdüreceğini ifade eder ve garanti sözleşmesini diğer teminat yükümlülüklerinden ayırmaya yarar[102].

Garanti sözleşmesinin unsurlarını bu şekilde belirleyen garanti sözleşmesi görüşü taraftarları, sayılan tüm bu unsurların BK m. 110 hükmünün sözünden ve

---

[101] İvazsızlık eleştirisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, **Garanti,** s. 8 vd.
[102] Bu hususta bkz. Reisoğlu, **Garanti,** s. 19 vd.

ruhundan tek tek çıkarılabileceğini savunurlar. Maddede "*üçüncü kişinin fiilini başkasına taahhüt eden kimse*" ifadesi rizikonun varlığını gösterir. Hükümde riziko üçüncü kişinin fiili olarak tek bir olaya bağlanmıştır, fakat kanunkoyucunun asıl amacı, üçüncü kişinin fiili kisvesi altında her türlü korkulan olayı güven altına almaktır. Üçüncü kişinin fiili unsuru geniş yorumlanarak korkulan olay garanti alanın herhangi bir hareket tarzına bağlanabilir ve böylelikle garanti alanın hareketinden doğması muhtemel çekinilen olaylar da madde içeriğine dahil edilebilir. Maddede teşebbüs unsurunu görmek de mümkündür; çünkü üçüncü kişinin fiilini sözleşme konusu yapan kimse bu garantiyi karşı tarafa verirken onun üçüncü kişi ile hukuki ilişkiye girmesini desteklemektedir. İşte üçüncü kişi ile sözleşme yapma şeklinde gerçekleşecek olan bu girişim bir teşebbüstür. Bunlara ek olarak garanti sözleşmesinin en önemli unsuru olan bağımsızlık da maddede yer almıştır. Garanti veren, üçüncü kişinin borcu geçerli olsa da olmasa da zararı gidermekle yükümlüdür[103].

BK m. 110 hükmünün temelde garanti sözleşmesini düzenlediğini düşünenler bu noktada kanunun sistematiğini büyük ölçüde eleştirirler. Söz konusu görüşe göre, üçüncü kişinin fiilini taahhüde Borçlar Kanununun genel hükümler kısmında yer verilmesi doğru olmamıştır. Burada genel hükümden ziyade özel bir sözleşme tipine varlık verilmiştir. Bu bakımdan tüm sözleşmelerin olduğu gibi üçüncü kişinin fiilini taahhüdün de Borçlar Kanunun 181- 544. maddeleri arasında düzenlenen "Akdin Muhtelif Nevileri" başlıklı özel bölümde konumlandırılması daha isabetli olurdu[104].

3. Genel Hüküm Görüşü

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile garanti sözleşmesinin farklı hukuki kurumlar olduğunu düşünen genel hüküm görüşü, BK m. 110 düzenlemesini üçüncü kişilere ait olacak edimlerin konu edildiği sözleşmelerin geçerliliğini bildirmek için getirilen bir maddeden ibaret kabul eder. Bu görüşe göre, üçüncü kişinin fiilini taahhüt ve garanti sözleşmesi ortak uygulama alanına sahip iki ayrı hukuki kurumdur. Üçüncü

---

[103] Priester, **a.g.e.**, s. 35.
[104] Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.,** § 50 N. 2600; Aşulla, "Porte-fort", s. 136

kişinin fiilini taahhüdün çerçevesine sadece garanti sözleşmesi değil; kefalet, şarta bağlı bağışlama, sonucu talih ve tesadüfe bağlı sözleşmeler gibi başka bir takım hukuki ilişkiler de girer. Üçüncü kişinin fiilini taahhüt, garanti sözleşmesinden başka hukuki ilişkileri kapsayabileceği gibi garanti sözleşmesi de her zaman üçüncü kişinin fiilini taahhüt kılıfına bürünmüş olmak zorunda değildir. Üçüncü kişinin fiilini taahhüt şeklinde garanti sözleşmelerine rastlanabileceği gibi garanti sözleşmesi olmayan üçüncü kişinin fiilini taahhütlere de rastlanabilir. Üçüncü kişinin fiilini taahhüt ve garanti sözleşmesi, ortak yanları bulunmakla beraber asıl olarak, kendilerine özgü uygulama alanlarına da sahip birbirinden tamamen farklı iki ayrı kurumu ifade eder. Bu nedenle söz konusu görüşe göre her iki sözleşme birbiriyle çakışan değil, birbiriyle kesişen iki daire gibi düşünülmelidir[105].

Genel hüküm görüşü taraftarlarına göre, bir kimse diğer kimseye üçüncü kişinin ifası mümkün bir edimini vaat edip derhal bir yükümlülük yüklense ve elimizde bundan fazla bir bilgi de olmasa, bu anlaşmanın ne şekilde yapılacağını, hangi hükümlere tabi olacağını ya da hangi hukuki niteliği taşıyacağını saptamak ilk etapta güçtür. Örneğin (A), ekonomik sıkıntı içinde olan arkadaşı (B)'ye yaptığı el işlerini (Ü)'nün satın alacağını taahhüt ettiği bir durumda şarta bağlı bağışlamanın ağır bastığı söylenebilir. Yaşlı ve çok zengin (Ü)'nün, mirasını başkasına bırakacağı yolundaki kaygısını azaltmak için (A)'nın, tek kanuni mirasçısı olan (B)'ye, (Ü)'nün böyle bir tasarrufta bulunmayacağından emin olduğunu, aksi yönde davranacak olursa (B)'ye bir miktar para vereceğini beyan etmesi benzer örneğinde de kumar bahis gibi sonucu talih ve tesadüfe bağlı bir sözleşme karşısında bulunulmaktadır. (A)'nın (B)'ye, salt (Ü)'nün borcunu ödeyeceğini taahhüt etmesi halinde de bu ilişki pekala kefalet sözleşmesi olabilir. Dikkat edilirse tüm bu örneklerde taahhüt edilen şey, daima üçüncü kişinin edimidir ve tabiidir ki üçüncü kişinin ediminin sözleşme

---

[105] Reusser, **a.g.e.**, s. 95 vd. ve özellikle s. 107-111'den naklen: Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 849; Aynı yönde Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 850-851;Tuto Rossi, **La Garantie Bancaire à Première Demande Pratique des Affaires Droit Comparé, Droit International Privée,** Lausanne, Méta Editions, t.y. [(Çevrimiçi) http://books.google.com.tr/books?id=jhH-0pWowx8C&pg=PA110&lpg=PA111&ots... 24 Şubat 2009)]; Tunçomağ, **Genel Hükümler,** C: I, s. 978-979; İnan, **a.g.e.** , s. 384.

konusu olarak seçildiği her hukuki ilişkiyi BK m. 110 kapsamında ele alıp garanti sözleşmesi olarak adlandırmak doğru olmaz.[106].

Genel hüküm görüşü üçüncü kişinin fiilini taahhüdün ancak şu halde garanti sözleşmesi niteliğini taşıdığını kabul eder: Eğer üçüncü kişinin edimi, karşı tarafı üçüncü kişi ile sözleşme yapmaya sevk etmek amacıyla taahhüt ediliyorsa o zaman garanti sözleşmesinden söz edilmelidir. Bunun dışında kalan hallerde üçüncü kişinin fiiline yönelik yapılan bir taahhüt, garanti sözleşmesinin var olduğunu göstermez; zira BK m. 110'un ne sözü ne amacı, böylesi özel bir sözleşme tipine vücut verildiği şeklinde yorumlanmaya uygundur. BK m. 110, üçüncü kişinin fiilini konu edinen her türlü hukuki ilişkiyi kapsamına alabilir ve bu bakımdan söz konusu madde, üçüncü kişilere ait edimlerin sözleşme konusu yapılabileceğini ve bu sözleşmelerin geçerli olacağını vurgulamak için getirilen genel bir hükümden fazlası değildir[107].

Kaldı ki objektif amaçsal tarihi yorum yöntemi de maddenin genel bir hüküm olduğunu destekler niteliktedir. BK m. 110 (art. 111 CO) hükmü, Fransız Medeni Kanununun 1120. maddesinin model alınması suretiyle hazırlanmıştır. Tek farkı, art. 1120 C. Civ.'in, sadece sözleşmeye icazet verileceğini düzenlemesine karşılık, BK m. 110 hükmünün daha kapsamlı bir tarzda kaleme alınmış olmasıdır. Art. 1120 C. Civ. hükmü, Roma hukukunun sadece kendi adına ve kendi hesabına yükümlülük altına girileceği katı kuralını Fransız hukukuna taşıyan art. 1119 C. Civ. hükmünü yumuşatmak adına getirilmiş, Fransız *Code Civil*'inin özellikli bir maddesidir. Bu şekilde art. 1120 C. Civ., art. 1119 C. Civ.'de ifadesini bulan Roma hukukunun katı şekilcilik anlayışının aksine, üçüncü kişinin edimi konulu sözleşmelerin geçerliliğini kabul etmiştir. Doğal olarak BK m. 110 hükmünün tarihi kökenine ilişkin yorumlar, bu maddenin, üçüncü kişilere ait edimlerin taahhüt edildiği hukuki ilişkilere yönelik genel bir hüküm olduğu yolundaki kanaati güçlendirmektedir[108].

---

106 Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 850-851; Ayrıca bkz. Tandoğan, **Garanti,** s. 46-47.
107 Reusser, s. 107-111'den naklen: Tandoğan, **Garanti**, s. 46.
108 Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 849.

4. Kefalet Benzeri Garanti Sözleşmesi Görüşü

a. Kefalet Benzeri Garanti Sözleşmesinin Ana Hatları

Son yıllarda beliren eğilim, garanti sözleşmesini saf garanti ve kefalet benzeri garanti olarak ikiye ayırarak incelemek yönündedir[109]. Birçok ülkede kanuni düzenlemeye kavuşturulmamış olan garanti sözleşmesi doktrin ve içtihat yoluyla gelişim göstermiştir. Stammler'in "teşebbüse teşvik amaçlı sözleşme" tanımının, garanti sözleşmesini tümüyle kapsamadığı, garanti alanı belli bir amaca sevk etme dışında, ona, borçlunun borcunu ödeyeceği sözünün verildiği teminat amaçlı garanti sözleşmelerinin de var olduğu bugün artık kabul edilmektedir[110].

Garanti sözleşmelerinin saf ve kefalet benzeri garanti olarak teorik düzlemdeki ayrımından sonra garanti sözleşmesine yönelik tanım ve hukuki yapılandırma yeniden ele alınmıştır. Ayrım, riziko esasına dayandırılmış, üstlenilen rizikoya göre verilen garantinin saf ve kefalet benzeri garanti olarak nitelendirilmesi anlayışı yerleşmiştir. Üçüncü kişinin fiilini taahhüdü kefalet benzeri garanti olarak niteleyen görüş bu yeni anlayışa paralel olarak gelişmiştir. Bu nedenle kefalet benzeri garanti sözleşmesinin hukuki dayanaklarına geçmeden önce garanti sözleşmesinin, bir kez daha, ancak bu defa, kefalet benzeri ve saf garanti yönünde yapılan ikili ayrımla birlikte ele alınması faydalı olacaktır.

Stammler'den bu yana genel kabul gören anlayış, garanti sözleşmesini, garanti alanın herhangi bir davranışından doğan rizikoların güvence altına alındığı sözleşme olarak tanımlar. Buna göre bir kimse, diğer bir kimseyi belli bir davranışa

---

[109] Christoph M. Pestalozzi, **Basler Kommentar, Obligationenrecht I art. 1-529 OR**, Ed. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, 4. Auf., Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2007, N. 6; Ünal Tekinalp, **Banka Hukukunun Esasları**, C: I, İstanbul, Beta Basım Yayım, 1988, s. 374; Hüseyin Murat Develioğlu, **Les Garanties Indépendantes Examinées à la Lumière des Règles Relatives au Cautionnement,** Berne, Stämpfli Editions SA, 2006, § 3 N. 71; Vahit Doğan, **Banka Teminat Mektupları,** Yenilenmiş 3. bs., Ankara, Seçkin, 2005, s. 62; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 804 vd.; Emin Cem Kahyaoğlu, **Banka Garantileri,** İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1996, s. 22; Cevdet Yavuz, **Türk Borçlar Hukuku, Özel hükümler,** 7. bsk., 7. bsk.'yı Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz, Burak Özen, Faruk Acar, İstanbul, Beta, 2007, s. 872 vd., Seza Reisoğlu, **Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler,** Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. bsk., Ankara, y.y., 2003, s. 35 vd.

[110] Reisoğlu, **Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler,** s. 35.

yöneltmek için bu davranıştan o kişi için doğacak rizikoları kısmen veya tamamen bağımsız olarak üstlenir. Sözleşmedeki amaç garanti alanı belli bir davranışta bulunmaya sevk etmektir. Garanti veren, garanti alana istenilen davranışa uygun davranması halinde herhangi bir kayıp ya da zarara uğranılmayacağının sözünü vererek onun davranış tarzını etkilemeye ve yönlendirmeye çalışır[111]. Başlangıçta tüm garanti sözleşmeleri için yapılan bu tanım, ayrım sonrasında sadece saf garanti sözleşmeleri ile eş anlamda ele alınmaya başlanmıştır. Bu şekilde Stammler'in tanımında bahsettiği teşebbüse teşvik amaçlı garanti sözleşmesi kavramı, tüm garanti sözleşmeleri için değil, onun sadece bir türü olan saf garanti sözleşmesi için kullanılır olmuştur. Saf garanti sözleşmesini bir kimseyi belli bir davranışta bulunmaya sevk etme amaçlı garanti sözleşmelerine indirgeyen bu yeni yaklaşım daha sonra borcun ödenmemesi rizikolarını da kefalet benzeri garanti kapsamına almıştır[112].

Garanti sözleşmesi, mevcut borç ilişkisinin konusu olan edimin ifasını garanti ediyorsa kefalet benzeri garantiden söz edilir. Bu tür garantide garanti veren, garanti alanın daha önce giriştiği bir borç ilişkisindeki borcun, borçlusu tarafından ifa edilmemesi riskini teminat altına almış olur. Yani asıl borcun ifa edileceğini, eğer ifa edilmezse uğranılan zararın kendisi tarafından tazmin edileceğini taahhüt ederek asıl borcun ödenmemesi rizikosuna karşı alacaklıya güven telkin eder. Bu durumda kefalet benzeri garantinin konusu, üçüncü kişi tarafından borcun ifa edilmemesi riskidir. Kefalet benzeri garantinin varlığı için garanti alanın üçüncü kişiyle daha öncesinde giriştiği bir borç ilişkisine ihtiyaç vardır[113]. Garanti veren, bu temel ilişkiden doğan borcun yerine getirileceğini ilişkiden bağımsız olarak alacaklıya söz verir ve eğer borç yerine getirilmez ise verdiği sözün gereği olarak alacaklının zararını tazmin eder[114].

---

111 Guggenheim, **a.g.e.**, s. 14; Reisoğlu, **Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantile**r, s. 35; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 805- 806; Yavuz, **Özel Hükümler,** s. 875- 876.

112 Georges Scyboz, **Traité de Droit Privée Suisse,** Tome VII/2, Le Contrat de Garantie et Le Cautionnement, Fribourg, Editions Universitaires Fribourg, 1979, s. 13 vd.

113 **Basler Kommentar**, Pestalozzi, art. 111 OR N. 6.

114 Tekinalp, **a.g.e.**, s. 374; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 804; Yavuz, **Özel Hükümler**, s. 872; Doğan, **a.g.e.** s. 63; Develioğlu, **a.g.e.,** N. 72.

Kefalet benzeri garanti sözleşmesinde amaç tıpkı kefalette olduğu gibi alacaklıya, temel ilişki borçlusunun borcunu ifa edeceğinin teminatını vermektir. Sözleşme, kefalete olan bu benzerliği sebebiyle kefalet benzeri garanti sözleşmesi olarak anılır[115]. Kefalet yanında bu tür bir sözleşmeye ihtiyaç duyulmasının nedenini kefaletin feri, garantinin ise asli karakter taşımasında aramak gerekir. Temel ilişkideki alacak geçersiz olduğu veya sona erdiği zaman kefalet sözleşmesinden doğan borç da sona erdiği halde garanti sözleşmesinde aksi olur ve borç, sona ermeyip devam eder[116]. Bunun sonucu olarak kefalet sözleşmesine konu olamayacak geçersiz veya sona ermiş yahut dava konusu edilemeyen borçlar da garanti sözleşmesine konu yapılabilir[117]. Yine kefaletin feriliğinin sonucu olarak kefil, asıl borçluya ait tüm defileri kullanabildiği halde garanti veren bu olanaktan yoksundur. Kefilin, kusursuz imkansızlık sebebiyle asıl borçlunun borcunun sona ermesinden yararlanarak sorumluluktan kurtulabilmesine karşılık garanti verenin, kusursuz imkansızlık halinde de sorumluluğu devam eder. Bundan başka, asıl borç ilişkisinin

---

115 Kefalet benzeri garanti sözleşmesi yerine kullanılan bazı terimler doktrinde eleştirilmektedir. Mesela bir alacak hakkını temin ediyor olmasından yola çıkılarak kefalet benzeri garantiyi "alacağı garanti sözleşmesi" olarak adlandırmak doğru değildir. Zira burada taahhüt edilen şey, mevcut borç ilişkisindeki alacak değil, üçüncü kişinin edimi ifa edeceğine olan inançtır. Bu edimden bir alacak hakkı doğar veya doğmaz. Eğer alacağı garanti sözleşmesi terimi kullanılacak olursa, ortada garanti edilecek bir alacağın bulunmasının zorunlu olduğu fikrine kapılma tehlikesi vardır. Oysa garanti sözleşmesi, doğmuş alacakları değil, henüz doğmamış alacakları da teminat altına alabilir. Bu hususta bkz. Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 805. Yazar, kefalet benzeri garanti yerine teminat amaçlı garanti sözleşmesi teriminin kullanılmasında ise bir sakınca görmemiştir. Ancak Tandoğan'ın, kullanımında sakınca bulmadığı teminat amaçlı garanti sözleşmesi deyimi, bu defa doktrinde bir başka yazar tarafından eleştirilmiştir. Barlas, hangi türden olursa olsun tüm garanti sözleşmelerinin, karşı tarafa teminat verme amacına sahip olduğunu, bu amacın kefalet benzeri garantideki kadar belirgin olmasa da saf garanti sözleşmelerinde de daima var olduğunu belirterek teminat amaçlı garanti sözleşmesi terimini reddetmektedir. Nami Barlas, "Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi", **Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı**, yay. haz. Abuzer Kendigelen, C: II, İstanbul, Beta, 2002, s. 948 dn. 18. Aynı yönde bkz. Özen, **a.g.e.**, s. 22 dn. 59. Kefalet benzeri garantinin "başkasının fiilini taahhüt şeklindeki garanti sözleşmesi" olarak isimlendirilmesi hakkında bkz. Reisoğlu, **Garanti,** s. 62. Aynı terimi benimseyen mahkeme kararları için bkz. Yarg. HGK., 27.10.1982 t., E. 11-1915 K. 865 (Uygur, **a.g.e.**, s. 3915); Yarg. 13. HD., 18.04.1995 t, E. 2878 K. 3954 (Uygur, **a.g.e.**, s. 3947 vd.).

116 Yavuz, **Özel Hükümler,** s. 872- 873; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 804.

117 JdT 1988 I 187; JdT 1950 I 491 vd. Yargıtay, "…*hukusal ilişkilerin hükümsüz olması Borçlar Kanununun 110. maddesi açısından başkasının fiilinin taahhüt edilmesini hükümsüz kılmaz*" diyerek temel ilişkinin geçersizliğinin etkisizliği üzerinde durmaktadır. Yarg. HGK., 19.10.1988 t., E. 3-668 K. 811 (Uygur, **a.g.e.,** s. 3918-3919); Aynı yönde bkz. Yarg. 4. HD., 22.01.1985 t., E. 8619 K. 224; (Uygur, **a.g.e.,** s. 3915); Yarg. 13. HD., 11.02.1986 t., E. 7796 K. 739 (Uygur, **a.g.e.**, s. 3916); Yarg. HGK., 01.04.1972 t., E. 1279 K. 219 (Uygur, **a.g.e.,** s. 3942); Yarg. 13. HD., 18.04.1995 t., E. 2878 K. 3954 (Uygur, **a.g.e.,** s. 3947 vd.).

bozucu yenilik doğuran bir hak ile ortadan kaldırıldığı durumlarda, örneğin sözleşmeden dönme halinde kefilin borcunun sona erdiği ileri sürülebildiği halde aynı savunma garanti veren açısından yer bulmaz.[118].

Sağladığı kolaylık ve avantajlar bağımsız nitelikteki garantiyi feri karakterli kefalete nazaran alacaklı için daha cazip hale getirmiştir. Gerçekten kefalet, asıl borçlunun yalnızca kusurlu olarak borcunu yerine getirmemesi rizikosunu karşıladığı halde garanti sözleşmesi, temel ilişkiden doğan borcun gerçekte hiç mevcut olmaması rizikosunu da karşılar[119].

Kefalet benzeri garanti ile saf garanti birbirlerinden önemli ölçüde farklılaşmış ve bu nitelik farklılaşması, teşebbüse teşvik amacı üzerine temellenmiştir. Kefalet benzeri garantide üçüncü kişinin mevcut bir hukuki ilişkiden doğan borcunu ödeyeceği taahhüt edilir. Bu durum, üçüncü kişi ile garanti alan arasında önceden kurulu bir borç ilişkisinin varlığını gerektireceği için garanti alanın, bir garanti verilmesinden çok daha önce harekete geçerek üçüncü kişi ile sözleşme yapma girişiminde bulunduğunu gösterir ve bu da, kefalet benzeri garantide çoktan beri bir teşebbüsün var olduğu anlamına gelir. Bu nedenle kefalet benzeri garantide teşebbüse sevk etme amacı yoktur. Saf garantide ise aksine teşebbüse teşvik amacı hakimdir; nitekim garanti verenin böyle bir garanti vermekteki hedefi, garanti alanı herhangi bir girişimde bulunmaya teşvik etmektir. Garanti alanla üçüncü kişi arasındaki temel ilişki henüz kurulmadığı, böyle bir ilişki çoğu zaman garanti alanın, verilen garanti üzerine harekete geçerek üçüncü kişi ile sözleşme yapmasından sonra kurulacağı için saf garantide garanti alan, üçüncü kişi ile sözleşme yapmaya teşvik edilmiş olur. Garanti edilen risk, mevcut hukuki ilişki konusu borcun üçüncü kişi tarafından ödenmeme olasılığı değil, üçüncü kişi ile henüz girişilecek bir hukuki ilişkiden dolayı zarara uğramayacağı beklentisidir. Bu sebeple saf garanti

---

118 Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, art. 111 N. 17; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 804.
119 Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 804.

sözleşmesinde daimi amaç, garanti alanı üçüncü kişi ile böylesi bir hukuki ilişki kurmaya sevk etmektir[120].

Görüldüğü gibi saf garanti sözleşmeleri ile ilgili alan belirlemesinde ve özellikle kefalet benzeri garanti ile olan sınırın tespitinde doktrinin ağırlıklı olarak üzerinde durduğu unsur "teşebbüse sevk" unsurudur. Fakat teşebbüse sevk amacının saf garanti sözleşmesinin gerçekten belirleyici bir unsuru olup olmadığı yolunda duyulan kuşkular sıcak tartışmalara dönüşmüştür. Tartışmaların esas itibariyle teşebbüse sevk unsurunun, sebep mi yoksa saik mi olduğu noktasında Stammler'ın garanti sözleşmesi açıklamaları ile başladığını söylemek yanlış olmaz. Hukuki sebep savunucularına göre garanti, garanti alanı belli bir teşebbüse sevk etmek için verilir ve teşebbüse sevk etme amacı garanti sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayırmaya yarar. Bu amaç olmaksızın verilen garanti, sigorta veya kumar bahis gibi garanti sözleşmesi dışında kalan başka sözleşmeleri akla getirir. Bu nedenle garanti verenin garanti alanı teşebbüste bulunmaya sevk etmek istemesi hukuki sebep, niçin teşebbüste bulunmaya sevk etmek istediği ise saiki oluşturur. Hukuki sebep, yani teşebbüse sevk etme amacı değişmediği, bütün garanti sözleşmelerinde aynı olduğu halde saikler her sözleşmede farklı olabilir; mesela çıkar, hatır, itibar, gösteriş, yardımseverlik gibi her türlü tasavvur ya da istek riziko güvencesinin saikini oluşturabilir[121].

Buna karşılık saik görüşü, teşebbüse sevk etmeyi doğrudan doğruya saik sayar. Bu görüş temsilcilerine göre garanti sözleşmesinin hukuki sebebi teminattır ve bu teminat, garanti alanın teşebbüsünün başarıya ulaşmasını sağlamak adına verilir. Bunun için elbette ki öncelikli olarak garanti alanın hareket geçmesi gerekir. Fakat bu gereklilik teşebbüse sevk amacını garanti sözleşmesinin hukuki sebebi haline getirmez. Bütün garanti verenlerin garanti sözleşmesi ile ulaşmak istedikleri amaç,

---

120 Scyboz, **a.g.e.,** s. 13-14; Yavuz, **Özel Hükümler,** s. 878. Yalnız hemen belirtelim ki saf garanti sözleşmesinde garanti edilen teşebbüs, üçüncü kişi ile girişilecek bir sözleşme ilişkisi değildir; garanti alanın, üçüncü kişi ile hukuki ilişkiye girilmesini gerektirmeyen herhangi bir girişimi saf garantinin konusudur. JdT 1988 I 187. Örneğin (X)'e, kuracağı ticari işletmenin bu yıl % 10 kar edeceğinin vaat edilmesinde olduğu gibi.

121 Reusser, **a.g.e.,** s. 60- 61ve s. 93- 94'den naklen: Tandoğan, **Garanti,** s. 12; Aynı yönde bkz. Tandoğan, **Garanti,** s. 12 vd. ; Reisoğlu, **Garanti,** s. 17 vd.

garanti alanın teşebbüse girişmesi değil, teşebbüsün başarıya ulaşacağına dair güven duymasıdır. Bu sebeple garanti verenler bu teminatı verirken garanti alanın salt teşebbüse girişmesini değil, teşebbüsün başarıya ulaşmasını da hedeflemektedirler.[122].

Teşebbüse sevk unsuru etrafında dönen bu tartışmalar garanti sözleşmelerinin riziko esasına göre kefalet benzeri ve saf garanti olarak sınıflandırılmasından sonra farklı bir boyut kazanarak devam etmiştir. Zamanla, teşebbüse sevk etme amacının sanıldığının aksine sadece saf garanti sözleşmesinde değil, kefalet benzeri garantide de var olduğu düşüncesi hakim olmuştur[123]. Saf garantide olduğu gibi kefalet benzeri garantide de garanti borçlusu, verdiği garanti ile garanti alacaklısını, edimi için teminat verilen kimseyle bu edime ilişkin borç doğurucu sözleşmeyi yapmaya yönlendirmiş olur. Başka deyişle kefalet benzeri garantiyi veren kişi, mevcut borç ilişkisinden doğan borca teminat verebileceği gibi henüz garanti alanla üçüncü kişi arasında kurulmamış fakat ileride kurulması olası bir temel ilişkiden doğan borcu da temin edebilir. Bu da garanti alanın üçüncü kişi ile bir sözleşme yapmaya yönlendirilmesi demek olur. Çünkü temel ilişkiden doğan bir borcun teminat altına alınması için önce bu temel ilişkinin kurulması gereklidir ve bu gereklilik, ancak garanti alanın sözleşme akdetmek üzere üçüncü kişi nezdinde girişimlerde bulunması ile sona erecektir. Verilen garanti ile kendisini güvende hisseden bir garanti alan, üçüncü kişi ile borç ilişkisine girmek hususunda daha aktif davranacaktır. Üçüncü kişinin edimi ifa edeceğinin temin ediliyor olmasından ötürü garanti alan, edimin ifa edilmemesi riskine karşı daha şimdiden korunduğunu bildiği için üçüncü kişi ile borç doğurucu ilişkiye girmekte bir sakınca görmez. Görünen odur ki sadece hali hazır ilişkilerden değil, ileride girişilecek hukuki ilişkilerden doğan borçlar da teminat altına alınabilir. Buna bağlı olarak kefalet benzeri garantide de tıpkı saf garantide olduğu gibi teşebbüse teşvik unsurunun varlığı ve bu unsurun, garanti alanı üçüncü kişi ile sözleşme ilişkisine yönlendirme görünümünde ortaya çıktığı kabul edilmek

---

122 Priester, **a.g.e.**, s. 13-14.

123 Bu sebeple Barlas, saf garanti sözleşmeleri için kullanılan "yöneltmeyi amaçlayan garanti sözleşmesi" deyimini doğru bulmamaktadır. Barlas, "Kredi Kartı İlişkisinde Kişisel Teminat", s. 948 dn. 17. Yöneltmeyi amaçlayan garanti sözleşmesi terimini kullananlar için bkz. Tekinalp, **a.g.e.,** s. 374; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 806 vd.; Kahyaoğlu, **a.g.e.**, s. 23.

gerekir[124]. Şu var ki bu amaç saf garantide baskın iken kefalet benzeri garantide arka planda kalır[125].

Kefalet benzeri garanti sözleşmelerinde garanti alanı, edimi için teminat verilen kimseyle bu edime ilişkin borç doğurucu sözleşme yapmaya yöneltme amacının varlığı teşebbüse sevk etme unsurunun saf garanti sözleşmelerinin zorunlu içeriğinden çıkarılmasını gerektirir. Durum böyle olunca kefalet benzeri ve saf garantilerin ne olduğunu açıklama sorunu giderek önem kazanmıştır. Bu doğrultuda, ilk uygulama örneklerinden itibaren garanti sözleşmesinin teşebbüse teşvik unsurundan vazgeçilerek açıklanması gerektiği yönündeki düşünceler daha kuvvetle dile getirilmeye başlanmıştır. Bu düşüncede olan Priester'e göre garanti sözleşmesi, başkasına ait bir teşebbüsün başarıya ulaşacağının bir sözleşme ile üstlenilmesidir[126] ve burada geçen teşebbüs sözcüğü, garanti alanın her türlü hareket tarzını içine alacak kadar geniş yorumlanmalıdır[127]. Fakat bu denli geniş bir yorumun kefalet benzeri ile saf garantinin birbirine olan sınırının tespitinde güçlükler yaratacağı da gözden uzak tutulmamaktadır. Zira garanti alanın girişimi, bir işletme ya da ortaklık kurmak tarzında olabileceği gibi üçüncü kişilerle ya da garanti verenin bizzat kendisiyle sözleşme ilişkilerine girmek tarzında da olabilir[128]. Üçüncü kişi ile ilk kez bir sözleşme ilişkisine girişilecek olmasından hareket edilerek saf garanti sözleşmesinin var olduğu yanılgısına düşülmemelidir. Bu durumda denilebilir ki saf ve kefalet benzeri garanti arasındaki ayrımda, teşebbüse sevk etme amacı artık belirleyici değildir ve üçüncü kişilerle ileride girişilecek olan sözleşmesel ilişkilerde amaç, bir teşebbüse sevk etmek düşüncesi gibi görünüyorsa da, gerçekte üçüncü kişinin borcuna teminat vermektir[129].

Fikrimize göre her iki garanti türünü ayırmada önemli olan, garanti alan tarafından girişilecek teşebbüsün biçimidir. Garanti alanın teşebbüsleri, borç

---

124 Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 809; Barlas, "Kredi Kartı İlişkisinde Kişisel Teminat", s. 948 dn. 17; Yavuz, **Özel Hükümler,** s. 878;

125 Yavuz, **Özel Hükümler,** s. 878; Barlas, "Kredi Kartı İlişkisinde Kişisel Teminat", s. 948 dn. 17.

126 Priester, **a.g.e.**, s. 14'den naklen: Tandoğan, **Garanti,** s. 11.

127 Bu hususta bkz. Reisoğlu, **Garanti,** s. 14.

128 Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 808- 809.

129 Barlas, "Kredi Kartı İlişkisinde Kişisel Teminat", s. 948 dn. 17.

ilişkisine girmek ya da bir işletme veya ortaklık kurmak tarzında başlıca iki biçimde somutlaşabilir[130]. Garanti alanın istenilen davranışı sözleşmesel ilişkilere girilmesini sağlamak ise, girişilecek hareket tarzı da üçüncü kişi ile sözleşme akdetmek olacak ve bu durumda verilen garanti, üçüncü kişinin edimini yerine getirmemesi olasılığını bertaraf edecektir. Garanti veren, garanti alanı kendisiyle hukuki ilişkiye teşvik için garanti verebilir. Bu durumda garanti veren, kendi edimine bağlı rizikoları güvence altına alarak garanti alanın bu hukuki ilişkiden dolayı herhangi bir zarara uğramayacağının sözünü vermiş olur[131]. Garanti, garanti alanın belli bir kimse ile borç ilişkisi kurmaya teşvik amacı dışında da verilebilir. Ortada üçüncü kişilerin borçlanmasını gerektirecek sözleşmesel ilişkilerin bulunmadığı zamanlarda, garanti alanın bir işletme ya da ortaklık kurmak veya yatırım yapmak gibi faaliyetlerinden bahsedilir. Garanti alanın kuracağı bir işletme ya da ortaklığa güvence verilerek bunların başarıya ulaşacağının taahhüt edildiği veya yapılacak bir yatırımdan kar elde edileceğinin söz verildiği hallerde, üçüncü kişinin, borca konu bir edimi ya da bu edimi borçlanmasını gerektirecek hukuki bir ilişki mevcut değildir. Açılacak bir işletmenin ya da kurulacak bir fabrikanın kar elde edeceğinin taahhüt edildiği kar garantilerinde; bir ortaklığın paylarını satın alacak olanlara belli bir yüzdenin garanti edildiği temettü garantilerinde; bir kimsenin kuracağı işletmenin zarar etmesi olasılığına karşı uğranılan zararların karşılanacağının taahhüt edildiği açığı kapama garantilerinde böyle bir durum vardır[132].

Bu açıklamalar ışığında katıldığımız fikre göre, bir borcun ifa edilmemesi riskinin teminat altına alındığı sözleşme kefalet benzeri garantidir. Bu teminat, garanti alan ile üçüncü kişi arasında mevcut temel ilişkiden doğan borca karşılık verilebileceği gibi henüz ortada temel ilişki yok iken ileride kurulması olası bir ilişkiye konu olacak borçlar için de verilebilir. Sonuncu durumda garanti alanın, üçüncü kişi ile borç ilişkisi kurmak için teşebbüste bulunması gerekir. Bu da, garanti alanın teşebbüse teşvik edilmek istendiği sonucunun çıkarılmasına neden olabilir; fakat bu sonuç, borcun ifasının garanti altına alınmak istendiği gerçeğini

130 Özen, **a.g.e.,** s. 22 dn. 59.
131 Yavuz, **Özel Hükümler,** s. 876- 877.
132 Bu tip garantiler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Reisoğlu, **Garanti**, s. 39 vd.

değiştirmez[133]. O halde garanti alanın üçüncü kişilerle kurulu bulunan veya ileride kurulacak borç ilişkilerinden doğacak borcunun ifa edileceğinin temel ilişkiden bağımsız olarak üstlenildiği hallerde bir kefalet benzeri garanti sözleşmesinin varlığından bahsetmek gerekecektir[134].

Borcun ödenmemesi riski dışında kalan diğer rizikolar ise saf garanti sözleşmesine konu olur. Saf garanti sözleşmelerinde amaç, garanti alanla üçüncü kişi arasında mevcut ya da ileride mevcut olacak bir hukuki ilişkiden doğan borcun ifasını garanti altına almak değildir. Burada garanti alanın borç ilişkisi ile bağlantısı bulunmayan ekonomik, bilimsel, sosyal ya da benzeri herhangi bir girişiminin sonuçları hedef alınır. Saf garantinin belirleyici özelliği, garanti alanla üçüncü kişi arasında kurulu bir borç ilişkisine ihitiyaç göstermemesidir[135]. Saf garantiye verilen klasik örnek, bir Belediyenin kasabada eczane açması için eczacıya her ay asgari bir kazanç tutarını garanti etmesidir. Zira dikkat edilecek olursa burada kasaba halkını eczaneden alış verişe zorlayan hukuki bir bağ yoktur[136].

Yalnız saf garanti sözleşmeleri bakımından gözden uzak tutulmaması gereken nokta saf garantinin, bazen üçüncü kişinin edimini taahhüt ediyor görüntüsü vererek kefalet benzeri garantiye yaklaşması halidir. Verilen garanti üzerine, garanti alanın üçüncü kişi ile sözleşme ilişkisine girdiği hallerde bu durum çok belirgindir. Örneğin, bir bankanın anonim ortaklığın pay sahiplerine en az % 30 kar dağıtacağını garanti etmesinde, anonim ortaklığın bu davranışının her bir paydaşa ayrı ayrı taahhüt edildiği izlenimi uyanabilir. Fakat dikkat edilmesi gereken nokta, anılan davranışın borca konu olacak bir davranış tarzı olmadığıdır. Üçüncü kişi konumundaki anonim ortaklık, garanti alanla kar payı dağıtımına ilişkin böyle bir sözleşme yapsa bile borç altına girmiş olmayacaktır zira anonim ortaklıklarda kar elde etmek amaçlanabilir fakat borçlanılamaz[137]. Buna göre borç konusu olamayacak

---

133 Özen, **a.g.e.,** s. 25; Barlas, "Kredi Kart İlişkisinde Kişisel Teminat", s. 948 dn. 17.

134 Tekinalp, **a.g.e.,** s. 374; Özen, **a.g.e.,** s. 25; Barlas, "Kredi Kart İlişkisinde Kişisel Teminat", s. 948- 949 ve ayrıca bkz. s. 948 dn. 17.

135 **Basler Kommentar**, Pestalozzi, art. 111 OR N. 6; Béguelin, "Porte-fort", s. 2.

136 Barlas, "Kredi Kart İlişkisinde Kişisel Teminat", s. 948 dn. 19.

137 Tekinalp, **a.g.e.**, s. 374

davranışların ifası da kefalet benzeri garantiye konu olmaz; bu gibi hallerde kar elde edileceğine dair saf garantinin varlığından bahsedilir.

b. Kefalet Benzeri Garanti Sözleşmesi Görüşünün Hukuki Dayanağı

Doktrinde baskın görüş, BK m. 110'da yer alan üçüncü kişinin fiilini taahhüt düzenlemesinin garanti borcu doğuran bir sözleşme olduğu yolunda olmakla birlikte görüşler, bu taahhüdün tam anlamıyla bir garanti sözleşmesi mi yoksa garanti sözleşmesinin özel bir türü mü olduğu noktasında birbirinden ayrılmaktadır. Görüş ayrılığının temelinde son zamanların yeni çalışmalarında kök salan saf ve kefalet benzeri garanti ayrımının etkisi büyüktür. Garanti sözleşmelerinin ilk uygulamalarına hakim olan BK m. 110'da yer alan hukuki ilişkinin tam anlamıyla bir garanti sözleşmesi olduğu düşüncesi yerini yavaş yavaş bu ilişkinin sadece garanti sözleşmesinin özel bir türü olduğu yolundaki diğer baskın görüşe terk etmiştir. Denilebilir ki bugün doktrinin çoğunluğu, BK m. 110 hükmünde yer alan üçüncü kişinin fiilini taahhüt düzenlemesini, garanti sözleşmesinin özel bir türü olarak görme eğilimindedir[138].

Özel tür görüşünün bahsettiği bu özel tür, kefalet benzeri garantidir. Yazarların çoğu bu noktayı açıkça vurgulamayı ihmal etseler de[139] bugün genel kabul gördüğüne göre, BK m. 110 hükmünün kefalet benzeri garantiyi kapsayıp saf garantiyi dışarıda bıraktığı şüphesizdir[140]. Kefalet benzeri garanti, üçüncü kişinin kendisinden beklenen edimi ifa edeceğine ilişkin bir garantidir. Bu garanti ile garanti veren, garanti alana üçüncü kişinin borcunu ifa edeceğinin sözünü vermiş olur. Bu

---

138 Engel, **Traité,** s. 430; Scyboz, **a.g.e.**, s. 13 vd. ile özellikle s. 15; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** s. 800-801; Eren, **a.g.e.**, , s. 1107; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** 7. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 228-229; Tekinalp, **a.g.e.,** s. 374; Franco, "Üçüncü Şahsın Fiilini Taahhüt", s. 576; Reisoğlu, **Garanti,** s. 179; Feyzioğlu, **Genel Hükümler** II, s. 287; Ayan, **a.g.e.,** s. 58;

139 BK m. 110'da yer alan üçüncü kişinin fiilini taahhüdün kefalet benzeri garanti olduğu düşüncesinin net olarak ilk kez Tekinalp tarafından ortaya konduğu yolunda bkz. Barlas, "Kredi Kart İlişkisinde Kişisel Teminat", s. 945-946 dn. 12.

140 Tekinalp, **a.g.e.,** s. 378. Scyboz'un garanti sözleşmelerini geniş ve dar anlamda olmak üzere ikiye ayıran ve porte-fort'u dar anlamda garanti sözleşmesine özgüleyen açıklamaları için bkz. Scyboz, **a.g.e.**, s. 13 vd. ile özellikle s. 15.

sebeple kefalet benzeri garantide, garanti alanla üçüncü kişi arasında önceden kurulu veya ileride kurulacak bir borç ilişkisine ihtiyaç vardır. Üçüncü kişinin bu borç ilişkisinden doğan borcunu ifa edeceğini vaat etmek suretiyle garanti veren, garanti borcu altına girmiş olur[141]. Kefalet benzeri garanti mutlaka üçüncü kişinin edim borcunun söz konusu olduğu garanti sözleşmelerini kapsamakta olup üçüncü kişinin ediminden söz edilmeyen bir hukuki ilişki kefalet benzeri garanti olarak nitelendirilemez[142].

Bugün için hakim olan kefalet benzeri garanti görüşünün doktrinde yerleşmesine uygun ortamı içtihatta yaşanan gelişmeler hazırlamıştır. Bağımsız bir garanti anlayışı eskiden beri var olmakla birlikte bu düşünce en çok saf garanti alanında kabul görüyordu. Bir teşebbüsün başarıya ulaşacağının güven altına alındığı ilişkilerde bağımsız garanti ön plana çıkmasına ve son derece olağan karşılanmasına rağmen, güvencenin mevcut bir borca ilişkin olduğu zamanlarda bağımsız garanti fikrine itiraz ve önyargıyla yaklaşılıyordu. Sözleşmesel edimlerin ifa edileceğine ilişkin teminatların, feri olan kefalet dururken bağımsız olan garanti sözleşmesi ile verilmesi çıkarlar dengesi mantığı ile bağdaştırılamıyordu. Bir temel ilişkinin varlığı ve bu temel ilişkiden doğan edimlerin ifasının garanti edilmesi akla hemen hemen yalnızca kefaleti getiriyordu[143].

Federal Mahkemenin borcun ifası garantilerini kefalet sayan pek çok kararı bu uygulamayı desteklemiştir. Bu kararlar arasında özellikle 1939 tarihli bir kararı anmak gerekir[144]. Davaya konu olayda Domus Immobilière SA ile Art Cinématographique SA arasında imzalanan 15 Mayıs ve 22 Haziran 1933 tarihli anlaşmalar uyarınca Art Cinématographique, Domus'a, Alhambra tiyatrosunu yıllığı 84000 franktan kiralar. Sözleşmenin akdinden bir yıl sonra Art Cinématographique SA yöneticisi olan Albert Nobile, şirketteki yöneticilik görevi son buluncaya dek kira ücretlerinin muntazaman ödeneceğine dair bir garanti taahhüdünde bulunur. Garanti taahhüdünün üzerinden iki yıl geçtikten sonra Albert Nobile, Art Cinématographique

141 Tekinalp, **a.g.e.,** s. 374.
142 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** s. 801.
143 Rossi, **a.g.e.**, N. 305 vd.
144 ATF 65 II 30, 33.

SA'daki yöneticilik görevinden istifa eder. Aynı tarihlerde Art Cinématographique SA da iflasını açıklar ve Domus'a olan kira borcunu ödemede acze düşer. Bunun üzerine aralarındaki garanti anlaşmasına dayanarak faizi ile birlikte kira ücretlerini ödemesini Albert Nobile'den talep eden Domus, istediği cevabı alamayınca mahkemeye müracaat eder. İlk derece mahkemesi ve daha sonra da istinaf mahkemesi verdikleri kararlarda, tarafların kaleme aldıkları metinde yer alan ifadelere rağmen teminat taahhüdünün porte-fort değil, kefalet olduğuna hükmederek Domus'un talebini reddetmişlerdir. Ret kararları üzerine Domus SA, Federal mahkemeye başvuruda bulunarak ilk derece ve istinaf mahkemelerinin kararlarının kendi lehine bozulmasını talep etmiştir. Federal Mahkeme yaptığı incelemede, yerel mahkemelerle aynı çözüm yolundan giderek, kullanılan kavram ve ifadelere rağmen ortak ve gerçek iradelerin araştırılmasını haklı bulmuş ve olayda kira ücretinin garanti altına alındığına vurgu yapmıştır. Borcun ifası garantilerinin kefalet ile güven altına alınabileceğini belirten mahkeme, bir borcun ifası niteliğinde olan kira ücretlerinin ödeneceği garantisini de bu durumda kefalet sözleşmesi olarak karara bağlamak gerektiğini bildirmiştir.

Federal Mahkeme sonraki bazı kararlarında da[145] aynı uygulamaya devam etmiş, bir borcun ifasına ilişkin garantileri kefalet saymak yönündeki düşüncesinden taviz vermemiştir. Öyle ki Federal Mahkeme'nin ne zaman bir borcun ifası garantisi ile karşılaşsa, kefalet olarak yorumlamaktan çekinmediğine tanık olunur. Bu tür kararlarında Federal Mahkeme, temel ilişkiden doğan borcun ifasının garantisini, tarafların kefalet iradesine sahip olduklarının bir göstergesi olarak yorumluyor, bağımsız garanti sözleşmesi akdetme niyetinin varlığını ise yalnızca, asıl borçlu tarafından üstlenilmiş bir borç mevcut olmadığı zamanlarda kabul ediyordu[146].

Federal Mahkemenin borcun ifası garantilerini, kefalet olarak yorumlayan tutumundan vazgeçerek bağımsız garanti lehinde nitelemeye başlaması ise kademeli bir geçişle olmuştur. Bağımsız garantilere yaklaşan yeni teminat tiplerinin ortaya

---

145 Örnek olarak bkz. RO 56 II 381 ve RO 64 II 346 kararlarından naklen: ATF 65 II 30 vd., JdT 1940 I 551.

146 Rossi, **a.g.e.**, N. 305 ve N. 306.

çıkması, beraberinde ferilik ilkesinin terki sonucunu getirmiş ve teminat hukuku alanında bir dönüşüm başlatmıştır. Sözleşme özgürlüğü ilkesi de borcun ifasını garanti altına alan bağımsız teminatların oluşumu için daima gerekli ortamı sağlamıştır[147].

İlk talepte ödeme garantileri bu yeni tip teminatlar arasında ilk öne çıkanlardandır. Federal Mahkeme ünlü Oberster Gerichtshof kararında[148] kişisel teminatları ikiye bölerek feri karakterli kişisel teminatların dışında bir başka alanın varlığından daha bahsetmiştir. Mahkemeye göre, hukuki düzlemde banka garantilerinin sözleşmesel çizgileri kefalete uymaz; öyle ki banka garantisinin adının geçtiği olaylarda tam anlamıyla garanti ya da tam anlamıyla kefalet karşısında bulunulduğu söylenemez. Her iki teminat arasındaki esaslı farklılık, kefaletin başkasının borcunun ifası olmasına ve bu nedenle bir borcun varlığına ihtiyaç duymasına karşılık bağımsız garantide garanti verenin, borç mevcut olsun veya olmasın yükümlülük altına girmeyi kabul etmesinde fark edilir[149].

Teminat taahhüdünde ferilik karakterinin sorgulamaya alınması ise 15 Haziran 1979 tarihli Dame Dupouy-Chabot kararına rastlar[150]. Kararda asıl olarak ilk talepte ödeme garantisinin geçerliği tartışılmıştır. Davanın görüldüğü Génève Hukuk Mahkemesi, alacaklının kendisinden isteyeceği miktarı ilk talepte ve tartışmasız olarak ödeyeceğini bildiren borçlunun beyanlarına rağmen teminat metnini kefalet olarak yorumlamıştır. Kefalet sözleşmesinde defi ve itirazlardan peşinen feragatin geçersiz olduğunu bildiren hükmün emredici olduğunu açıkça vurgulayan yerel mahkeme, bu tür kayıtların feri kefaleti bağımsız garantiye dönüştürmeyeceğinin altını çizmiştir. Federal Mahkeme de, bu kararda, bağımsız garanti lehine bir tavır takınmak yerine, yerel mahkemenin tutumuna paralel olarak kefaletin feriliğini yaptırıma bağlayan hükümlerle yetinmeyi uygun bulmuştur.

---

147 Rossi, **a.g.e.**, N. 365. Bağımsız garantilerin doğuşu hakkında bkz. Gérard Mongbè, **La Loi Applicable à la Garantie à Première Demande,** y.y., Faculté de Droit Université Laval, 1996, s. 9.

148 Karar için bkz. Rossi, **a.g.e.**, N. 272.

149 Rossi, **a.g.e.**, N. 272.

150 SJ 1980 572'den naklen: Rossi, **a.g.e.**, N. 302.

Federal mahkemenin bu yöndeki kararları göstermektedir ki bankanın, ilk talepte ödeme yapmak zorunda kaldığı bu tür teminatlar sayesinde bağımsız garanti fikri önce içtihatlara, sonra doktrine yansımıştır[151].

İçtihattaki gelişmelerin doktrine taşıdığı kefalet benzeri garanti görüşü mensupları, BK m. 110 hükmü ile garanti sözleşmesinin tümüyle çakıştığını düşünenlerin yanıldığı noktayı, sözleşmenin tüm unsurlarının madde metninden çıkarılabileceği iddiası olarak tespit etmektedirler. Halbuki madde, sözü itibariyle genel bir nitelik taşır. Üçüncü kişinin edimi ile ilgili bir yükümlülük altına girmek sadece garanti sözleşmelerinin konusu değildir; garantinin ivazlı veya ivazsız, feri veya bağımsız olmasına göre pekala garanti borcu doğuran başka sözleşmeleri de çağrıştırabilir. Bu nedenle garanti sözleşmesinin, bağımsızlık, ivazsızlık, teşebbüs gibi temel unsurlarından hiç bahsetmeyen ve rizikonun sadece üçüncü kişinin edimine bağlanmış tek bir türünden söz eden madde metninden yola çıkarak özel bir sözleşme tipine varmak mümkün olmaz[152].

Bu durum elbette ki BK m. 110'un genel hüküm niteliğinin kabul edildiği anlamına da gelmez. Çünkü sözleşme serbestisini benimsemiş hukuk düzenlerinde, sözleşme tarafı olmayan üçüncü kişilerin edimlerinin geçerli olarak sözleşme konusu edilebileceğini söylemeye gerek dahi yoktur. Başkasının edimini sözleşme konusu yapan tarafların, bu taahhütlerinden bir hüküm doğmasını istediklerini, geçerli bir sözleşme yapmak için bir araya geldiklerini düşünmek daha akılcıdır. Basit bir temenni, tavsiye, öğüt ya da bilgi vermek amacını taşımadığı sürece üçüncü kişinin herhangi bir davranış tarzını başkasına söz veren kimsenin bu söz nedeniyle kendisini borç altına sokma bilinciyle hareket ettiğinin kabulü gerekir. Kaldı ki BK m. 110 hükmünün, üçüncü kişilerin ediminin, sözleşmelere geçerli olarak konu edilebileceğini ve bundan derhal borç doğacağını açıklamak için getirilen bir madde olduğunu düşünmek hukuk mantığına da ters düşer. Zira BK m. 110'un genel hüküm olarak kabulü, tüm üçüncü kişinin edimi konulu hukuki ilişkilere uygulanmasını gerektirecek ve böylece özel olarak düzenlenmiş bir sözleşmenin, hakkında hüküm

---

151 Rossi, **a.g.e.**, N. 364 vd.
152 Reisoğlu, **Garanti,** s. 47 vd.

bulunmayan hallerde BK m. 110'a tabi tutulmasını sağlayacaktır. Bu durum ise, çoğu kez sözleşmelerin hukuksal nitelendirmelerinde hatalı sonuçlara götürür. Mesela kanunkoyucunun kefalet hükümleri arasında yer vermediği nihai zarara kafalet bu şartlar altında BK m. 110 hükmüne tabi olarak şekilsiz kurulabilecektir. Şekil şartına uymak zorunda olmamak ise, kanunkoyucunun yazılı olarak yapılmasına özel önem atfettiği kefalet sözleşmesinin bünyesine aykırıdır[153].

Kefalet benzeri garanti görüşü, BK m. 110 hükmünün saf garanti sözleşmelerini dışarıda bıraktığını kabul etmekle beraber, "üçüncü kişinin fiili" ibaresinin geniş yorumu sayesinde bu sözleşmelerin de madde içeriğine dahil edilmesinde sakınca görmez[154]. Genişletici yorum iki önemli gerekçeye dayandırılır: İlk olarak BK m. 110 hükmünün amacı genişletici yorumu zorunlu kılar; çünkü maddenin temelinde yatan hukuki düşünce "garanti etmek" tir. Gerçekleşmesinden korkulan bir olay, bu garanti ile güvence altına alınmak istenmektedir. Borçlar Kanunu korkulan olayı üçüncü kişinin fiiline bağlarken, hükmün kaleme alındığı tarihteki bir ihtiyacı yansıtmıştır. Yorum yaparken tarihi kanunkoyucunun dikkate aldığı ihtiyaç ile bağlı kalma zorunluluğu yoktur. Üçüncü kişinin fiili dışında başka korkulan olaylar da maddenin öngördüğü garanti kapsamına alınabilir. Bu durumda hükmün saf garanti sözleşmelerine uygulanmasına hiçbir engel yoktur. İkinci gerekçe, Borçlar Kanununun 110. maddesine 2486 sayılı Kanunla eklenen ikinci fıkradır. Bu fıkra hükmü aslında teminat mektuplarına ilişkin bir sorunu çözmeyi amaçlamaktadır. Fakat banka teminat mektuplarının hukuki niteliği 1969 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile[155] garanti sözleşmesi olarak kabul edildiği ve garanti sözleşmesi niteliğinde kabul edilen bir kuruma yönelik düzenleme ise BK m. 110 hükmüne dahil edildiği için, söz konusu hükmün tüm garanti sözleşmesi türlerine uygulanmasında bir mahzur yoktur.

Anılan sebeplerle BK m. 110 hükmünde yer alan üçüncü kişinin fiilini taahhüdün kefalet benzeri garanti olduğu yolundaki hakim görüşe biz de katılıyoruz.

---

153 Reisoğlu, **Garanti,** s. 47 vd.
154 Tekinalp, **a.g.e.,** s. 378.
155 Yarg. İçt. Bir. K., 11.6.1969 t., E. 1969/4 K. 1969/6 (RG 3.6.1969 t., Sayı No: 13317, s. 3).

Gerçekten maddede üçüncü kişinin fiilinin başkasına söz verilmesinden bahsetmektedir. Böylesi bir taahhütte bulunan kimse, verdiği sözü tutabilmek için daima üçüncü kişiye muhtaçtır. Zira taahhüt konusu davranış, üçüncü kişiye ait bir davranış tarzı olup ifası bizzat üçüncü kişiden beklenmektedir. İstenilen davranış yerine getirilmediğinde taahhüt edenin, davranışın aynısını ifa ederek borçtan kurtulma olanağı yoktur; zira taahhüt eden, maddede öngörüldüğü üzere bir zarar giderimi ile yükümlüdür. İşte taahhüt eden, kendi hakimiyet alanında olmayan, tamamen veya hiç değilse kısmen, üçüncü kişi iradesine tabi bir davranışı söz vermekle belli bir risk üstlenmiştir. Nitekim üçüncü kişinin, kendisinden beklenen bu davranışı hiçbir zaman yerine getirmeme olasılığı vardır ve taahhüt eden, bu olasılığı göze alarak taahhüt altına girmiştir. Dolayısıyla tahhüt eden, söz konusu davranışın yerine getirilmemesinden ötürü hiçbir kusuru olmasa bile sorumlu olacağını kabul etmekle bir garanti borcu altına girmiştir.

Garanti borcunun kapsamına aldığı rizikonun üçüncü kişinin fiiline bağlanmış olması ise bizi kefalet benzeri garanti sonucuna götürür. Buna göre madde düzenlemesi, üçüncü kişinin, mevcut ya da ileride doğabilecek bir borcunu ifa edeceğine dair taraflar arasında yapılan anlaşmaları hükmün içeriğine almış ve ifanın gerçekleşmemesi halinde taahhüt edeni zarar giderimi ile sorumlu tutmuştur. Zira üçüncü kişinin fiilini taahhütten bahsedebilmek için üçüncü kişinin varlığına ihtiyaç olup üçüncü kişi unsurunun içinde yer almadığı bir ilişkiden üçüncü kişinin fiilini taahhüt gibi bahsedilemez. Üçüncü kişinin varlığından bahsedebilmek için ise, üçüncü kişinin iradesi ile yerine getirebileceği yani ona borç olarak yüklenebilecek bir davranıştan söz etmek gereklidir. Üçüncü kişiye borç olarak yüklenebilecek bir davranışın, yani onun ediminin taahhüt edilmesiyledir ki BK m. 110 hükmünün aradığı üçüncü kişi unsuru gerçekleşmiş olur ve söz konusu ilişki üçüncü kişinin fiilini taahhüt karakteri kazanır[156]. O halde BK m. 110'da ifadesini bulan üçüncü kişinin fiilini taahhüt ilişkisi, üçüncü kişinin ediminin taahhüt edildiği bir hukuki ilişkisi olup bunu karşılayan kavram kefalet benzeri garantidir.

[156] Belirtmek gerekir ki üçüncü kişinin, kendisine borç olarak yüklenemeyecek davranışlarının taahhüt edilmesi de mümkündür: Örneğin bir anonim ortaklığın kar elde edeceği gibi. Fakat bu, üçüncü kişinin fiilini taahhüt kapsamında değil, saf garanti kapsamında ele alınır.

Saf garanti sözleşmesi ise BK m. 110 kapsamında değerlendirilmeye elverişli değildir. Mesela kırsal bir yörenin gelişimi için kurulacak turistik bir tesisin "*belirli ve asgari bir karın altına düştüğünde aradaki farkın ödeneceği*" gibi ferdileşmiş bir üçüncü kişi unsurunun bulunmadığı güvence ilişkilerini ayrı bir başlık altında değerlendirmeli ve düzenlemelidir. BK m. 110 hümünü ise, gerçek anlamda garanti sözleşmesi olan üçüncü kişinin edimine verilen güvencelere özgülemek daha yerinde olur. Böylelikle bugün dar anlamda garanti sözleşmesi olarak anılan bağımsız güvence sözleşmesi (kefalet benzeri garanti) BK m. 110'da düzenlenen üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile eş anlamlı hale gelir ve kefalet sözleşmesinden bağımsızlık niteliği ile ayrılır. Fikrimiz bu yönde olmakla birlikte şu anki kanuni düzenlemenin yetersizliği karşısında temelindeki garanti etme düşüncesi nedeniyle BK m. 110 hükmünün saf garanti sözleşmelerine de uygulanmasında ve bu konudaki hukuki yapılandırma yeniden ele alınıncaya kadar anılan sözleşmenin bu kapsama dahil edilmesinde bir sakınca olmadığı düşüncesine de ayrıca katılıyoruz.

İKİNCİ BÖLÜM

ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ TAAHHÜT KURUMUNUN HUKUK TARİHİ AÇISINDAN DOĞUM SÜRECİ

I. Roma Hukuku Öncesi Dönemde Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt İşlevine Sahip Olan Kurumlar

Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün ilk izlerini Roma hukuku öncesi toplumlarda görmek mümkündür. Ancak hukuk sisteminin çok ileri seviyede olmadığı bu ilk dönem toplumlarının kendine has bazı özellikleri vardır ve üçüncü kişinin fiilini taahhüt bu özelliklere paralel olarak şekillenmiştir. Bu dönem toplumlarını karakterize eden özelliklerin başında, kolektif bir hukuk anlayışına sahip olmaları gelir. Birey kavramı henüz gelişmemiştir ve bireysel mülkiyetin yerini kollektif mülkiyet tutar[157]. Böyle bir ortamda mevcut olan teminat düzeni de doğal olarak kollektiftir. Bunun anlamı, teminatın aile üyelerinin dayanışması esası üzerinde temellenmiş olduğudur. Teminat borcu tüm aile bireylerinin birlikte borcu olarak kabul edilir ve her biri bu borçtan müteselsil olarak sorumlu tutulurdu. Müteselsil sorumluluk için aile bireylerinin rızasına gerek yoktu zira her bir birey teselsülün doğası gereği garanti veren konumunda idi. Başka deyişle aile fertlerinden biri herhangi bir borç altına girdiği zaman, borç altına girmemiş ve hatta bu borçtan haberi bile bulunmayan diğer aile üyeleri de aynı borçtan garanti veren sıfatıyla sorumlu olur; aynı borcu ödemek zorunda kalırlardı[158].

---

157 Roma devletinin ilk zamanlarında da kolektif mülkiyet anlayışının hakim olduğu yolunda bkz. Bülent Tahiroğlu, **Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1981, s. 1 vd.

158 Jacques Pirenne, "La Caution dans l'Antiquité Orientale", **Recueils de la Société Jean Bodin pour l'Histoire Comparative des Institutions,** C: XXVIII/I, Synthèse Générale, Civilisations Archaiques, İslamiques et Orientales, 1974, s. 155. Ayrıca bkz. Raymond Verdier, "Les Sûretés Personnelles dans les Droits Africains Traditionnelles", **Recueils de la Société Jean Bodin pour l'Histoire Comparative des Institutions**, C: XXVIII/I, Synthèse Générale, Civilisations Archaiques, İslamiques et Orientales, 1974, s. 147 vd.

Yine bu dönem teminat hukukuna ilişkin olarak görülen bir diğer özellik, teminat kurumlarının yeterince belirginleşmemiş, ayrı ve genel kurumlar halinde ortaya çıkmamış olmasıdır[159].

İlk dönem toplumlarının teminat hukuklarında kökleşen bu özellikler üçüncü kişinin fiilini taahhüt anlaşmalarını da biçimlendirmiştir. Bu dönemde üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi bakımından göze çarpan husus, bu taahhüdün ayrı ve sistematik bir kurum halinde düzenlenmediğidir. Üçüncü kişinin fiilini taahhüt de dahil olmak üzere tüm teminat kurumları ve özellikle kişisel teminatlar birbirinin içine geçmiştir ve bunları birbirinden kesin çizgilerle ayırmak mümkün değildir. Üçüncü kişinin fiilini taahhüdü çağrıştıran çeşitli kurumlar vardır fakat bunların adı konmamış, özellikleri tespit edilmemiştir. Teminat işlevine sahip tüm kurumlar kişisel teminat başlığı altında tek bir kurum gibi ele alınmaktadır. Dolayısıyla henüz bu çağlarda üçüncü kişinin fiilini taahhüdü ayrı ve kendine has tek bir kurum gibi saptamak mümkün değildir[160].

Eski çağların her biri bir diğerinin yerini doldurabilen bu kişisel teminatlarının bilinen en eski örneği Eski Mısır'da buğdaylık tohum almak isteyen ve fakat ödeyecek parası olmadığı için karısı ve çocuklarını alacaklının hizmetine bırakmak zorunda kalan bir aile babasının olayındaki teminattır[161]. Burada teminatın niteliği tam olarak bilinememekle birlikte söz konusu teminata dair kesin olan şey, doğan sorumluluğun müteselsil olduğudur. Bu olay aynı zamanda kocasının borcunu kişisel olarak ödemek zorunda kalarak bağımsız bir yükümlülük altına giren kadının

---

159 John Gilissen, "Esquisse d'un Histoire Comparée des Sûretés Personnelles, Essai de Synthèse Général", **Recueils de la Société Jean Bodin pour l'Histoire Comparative des Institutions**, C: XXVIII/I, Synthèse Générale, Civilisations Archaiques, İslamiques et Orientales, 1974, s. 6 vd.

160 Gilissen, "Esquisse d'une Histoire Comparée des Sûretée Personnelles", s. 5 vd.

161 A. Théodoridès, "A Propos du Papyrus Lansing 4.8-5.2 et 6.8-7.5", **RIDA,** 1958, s. 69- 70 ve s. 73-76 ile s. 111- 112'den naklen: Jacques Pirenne, "Les Sûretés Personnelles dans le Droit Egyptien", **Recueils de la Société Jean Bodin pour l'Histoire Comparative des Institutions**, C: XXVIII/I, Synthèse Générale, Civilisations Archaiques, İslamiques et Orientales, 1974, s. 167. Ayrıca bkz. Gilissen, "Esquisse d'un Histoire Comparée des Sûretés Personnelles, Essai de Synthèse Général", s. 119.

teminat hukuku bakımından ayrı bir kişilik olarak ele alındığını göstermesi bakımından da önemlidir[162].

Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün ilk uygulama örneklerine Eski Mısır'ın çağdaşı olan Sümerler'de rastlanmaktadır. Henüz bu dönemde üçüncü kişinin fiilini taahhüt, borçlunun kaçmayacağına dair verilen garantiler görünümündedir. Taahhüt, genellikle köleler ya da köle gibi kullanılan borçlular için söz konusudur ve eğer bu kişiler taahhüdün aksine davranıp kaçacak olurlarsa, kölenin efendisi ya da alacaklı, taahhütte bulunan kimsenin üzerine haciz koyma hakkına sahip olur[163].

Akatlar dönemiyle birlikte iki tip teminatın pratik hayata hakim olduğu görülür: Bunlardan ilki, Sümer hukukundaki kaçmama garantisinin de bir türü olarak kabul edilen borçlunun hazır bulunacağı garantisi ve diğeri de, borcun ifa edileceğine dair verilen ifa garantisidir[164]. Zamanla bu tür garantiler çeşitlenmeye başlar. Hazır bulunma garantilerine çok benzer şekilde borçlunun kaçmayacağına dair verilen garantiler, alacağın belli bir günde elde edileceğine ilişkin garantiler gibi garantiler bu çeşitlere başlıca örneklerdir[165].

Sümer ve Akatların ardından Babil hukukunda da kişisel teminatlar çok yaygın bir kullanım alanı bulur. Bu dönemde görülen kişisel teminatları başlıca iki tipe ayırmak mümkündür: Borçlunun şahsı için verilen garantiler ve borçlunun akdettiği borç için verilen garantiler. Borçlunun kaçmayacağı veya borç ödenmediğinde alacaklının hakimiyeti altına girileceği garantileri borçlunun şahsı için verilen garantilerin başında gelir. Burada borçlu, borcun ifasından çok borçlunun şahsını korumayı istemektedir[166].

Eski çağlarda sorumluluk henüz teminat veren kişinin fiziki varlığı üzerindedir. Borçlunun hazır bulunacağını taahhüt eden kimse eğer bu taahhüt ifa

---

162 Pirenne, "Les Sûretés Personnelles dans le Droit Egyptien", s. 167 vd.
163 Gilissen, "Esquisse d'une Histoire Comparée des Sûretée Personnelles", s. 71.
164 Pirenne, "La Caution dans l'Antiquité Orientale", s. 162.
165 Pirenne, "La Caution dans l'Antiquité Orientale", s. 161.
166 Emile Szlechter, "Les Sûretés Personnelles dans le Droit Suméro-Akkadien", **Recueils de la Société Jean Bodin pour l'Histoire Comparative des Institutions**, C: XXVIII/I, Synthèse Générale, Civilisations Archaiques, İslamiques et Orientales, 1974, s. 177 ve s. 201 ile s. 214- 215.

edilmezse yani borçlu, istenilen yer ve zamanda hazır bulunmazsa, taahhüdünün bir gereği olarak asıl borçlunun yerini alır ve borcu ifa etmek için alacaklının hizmetine girerdi[167].

Mezopotamya'da hukukun gelişimi ticaretin gelişimine paralel olarak çok hızlı olmuştur ve garanti verenin şahsı üzerindeki takip, giderek mallar üzerindeki takibe dönüşmüştür. Buna göre garanti veren, borç ifa edilmediğinde kendisini alacaklıya teslim etmek yerine taşınmaz malı varsa bu malı teslim eder, yoksa bir miktar para öderdi. Babil I. Hükümdarlığı zamanına gelindiğinde ise garanti verenin borcu artık bir tazminat ödeme borcundan başka bir şey değildir[168].

Mezopotamya'daki gelişime benzer başka bir gelişim İbrani Hukukunda yaşanır. İbrani hukukunda başlangıçta görülen kabile üyeleri arasındaki müteselsil sorumluluk ve katı şekilcilik anlayışı zamanla yerini garanti verenin kişisel sorumluluğuna bırakır. Talmud'da garanti veren, ödemede başarısız olan bir borçlunun borcunu ödemeyi üstlenmiştir. Yine Talmud metinlerinden anlaşıldığına göre katı şekilcilik gözden kaybolmakta ve modern kefalete yaklaşan bir tekniğe ulaşılmaktadır. Mesela modern kefalette görülen tartışma defi ve bölme defi muhtemelen Roma hukukundan önce İbrani hukukunda bilinmektedir[169].

Eski Yunan'da da kişisel teminatların büyük bir gelişme kaydettiği görülür. Bu hukukta görülen en eski teminat şekli rehine kurumudur. Rehinenin yanı sıra zaman içinde davalının hazır bulunacağı garantileri, ifa garantileri gibi garantilere de sıkça tesadüf edilmektedir[170].

---

167 Gilissen, "Esquisse d'une Histoire Comparée des Sûretée Personnelles", s. 119; Pirenne, "La Caution dans l'Antiquité Orientale", s. 161. Ayrıca bu dönemde aile üyeleri arasındaki teselsülün yerini asıl borçlu ile garanti veren arasındaki sözleşmesel teselsül almıştır. Pirenne, "La Caution dans l'Antiquité Orientale", s. 161; Szlechter, "Les Sûretés Personnelles dans le Droit Suméro-Akkadien", s. 177 vd.

168 Gilissen, "Esquisse d'une Histoire Comparée des Sûretée Personnelles", s. 119- 120.

169 Pirenne, "L'Antiquité Orientale", s. 164; Gilissen, "Esquisse d'une Histoire Comparée des Sûretée Personnelles", s. 119- 120.

170 Gilissen, "Esquisse d'une Histoire Comparée des Sûretée Personnelles", s. 120.

II. Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüdün Roma Hukukundaki Kökleri ve Gelişimi

A. Klasik Hukuk Dönemi

1. Genel Olarak

Roma hukuku kaynakları incelendiğinde üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile ilgili kurumsal bir düzenlemenin var olmadığı görülür. Bu durum üçüncü kişinin fiilini taahhüdün Roma hukukundaki köklerinin araştırılması bakımından güçlükler arz eder. Gerçekten üçüncü kişinin fiilini taahhüt gibi bir kurumun Roma hukukunda sistematik olarak düzenlenmeyişi, Romalıların üçüncü kişinin fiilini taahhüde verdikleri anlamı tespiti hayli güçleştirmektedir. Ancak tüm zorluğuna rağmen, pek çok hukuki kurumun olduğu gibi üçüncü kişinin fiilini taahhüdün de ilk temellerinin Roma hukukunda atılmış olması, söz konusu taahhüdün gelişim sürecinin değerlendirilmesini, bu konuda Roma hukukuna hakim olan anlayışın bilinmesine bağlı kılmaktadır.

Üçüncü kişinin fiilini taahhüde bağımsız bir kurum gözüyle bakmayan Romalılar, söz konusu taahhüt ile ilgili düzenlemelere, ilk zamanların hemen hemen tek borçlandırıcı işlemi olan *stipulatio* bünyesinde yer vermişlerdir. Roma hukukunun günümüzdeki en önemli bilgi kaynaklarından biri olan Iustinianus'un *Institutiones*'inde, "*De Inutilibus Stipulationibus* (Hükümsüz *Stipulatio*'lar Hakkında)" başlıklı 3. kitabının 19. faslında, doğrudan üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile ilgili hükümlere rastlanır. Daha da önemlisi, üçüncü kişinin fiilini taahhüde, Roma Klasik hukukunun çağımızdaki tek elle tutulur bilgi kaynağı olan *Digesta*'da yer verilmiş olmasıdır. *Digesta*'nın "*De Verborum Obligationibus* (Sözlerden Doğan Borçlar Hakkında)" başlıklı 45. kitabının 1. faslında sevk edilen münferit hükümler bize üçüncü kişinin fiilini taahhüdün Klasik hukuktaki durumu hakkında bilgi vermektedir. Aşağıda bu hükümler çerçevesinde Roma hukukunda üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile ilgili açıklamalara yer verilecektir.

2. Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüdün Hükümsüzlüğü Esası

Roma hukukunda üçüncü kişinin fiilini taahhüt bir bütün olarak ve ayrı bir kurum halinde düzenlenmemiştir. Ancak düzenlenen hükümlerin söz konusu taahhüde olan bakış açısını açıkça ortaya koyacak türden kayda değer bir öneme sahip olduğunu belirtmek gerekir. *Stipulatio* ile ilgili metinler arasında yer alan konuyla bağlantılı hükümsüzlük kayıtlarından anlaşılmaktadır ki Roma hukukunda üçüncü kişinin fiilini konu alan anlaşmalar kesin olarak hükümsüz sayılmaktadır[171].

Hükümsüzlük esasını en açık şekilde D. 45.1.83 pr.'dan anlıyoruz:

> D. 45.1.83 pr.: *Paulus libro septuagensimo octavo ad edictum*: *Inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur. Itaque alius pro alio promittens daturum facturumve eum non obligatur: ...*
>
> D. 45.1.83 pr.: Paulus'un edictum hakkındaki 72. kitabından: Anlaşma taahhüt eden ve taahhüt edilen arasında akdedilir: Bu nedenle bir başkası için taahhüt eden kimse, bu kişinin bir şey vereceğini veya yapacağını (vaat ettiği zaman) borçlanmaz:…

---

171 Eugène Petit, **Traité Elémantaire de Droit Romain,** 9. éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1925, 320; Edouard Cuq, **Manuel des Institutions Juridiques des Romains**, 2. éd., revue et complétée, Paris, Librairie Plon, Librairie Générale, 1928, s. 372; Raymond Monier, **Manuel Elémentaire de Droit Romain,** Tome II, Les Obligations, 4. éd., 1948, s. 96; M. Ortolan, **Explication Historique des Instituts de L'Empereur Justinien,** Tome III, Livres III et IV, Des Instituts, 8.éd., Paris, Henri Plon, 1870, N. 1341; C. Accarias, **Précis de Droit Romain: Contenant avec l'Exposé de Principes Généreux, Le Texte, La Traduction et L'Explication des Institutes de Justinien,** Tome II, 4. éd., corrigée et notablement augmentée, Paris, Librairie Cotillon, 1891, N. 518; Ruben De Couder, **Résumé de Répétitions Ecrites de Droit Romain**, 6. éd., (revue et entièrement remaniée), Paris, Librairie A. Marescq Ainé, 1882, s. 490; Paul Frédéric Girard, **Manuel Elémantaire de Droit Romain,** 8. éd., revue et mise a jour par Félix Senn, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1929, s. 482 vd; P. Collinet, A. Giffard, **Précis de Droit Romain**, Tome II, Obligations, 2. éd., (revu et augmentée), Paris, Libriairie Dalloz, 1929, s. 107; Georges Bry, Joseph Bry, **Principes de Droit Romain,** Tome II, 6. éd., Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1930, s. 37; Paul Huvelin, **Cours Elémentaire de Droit Romain,** Tome II, Les Obligations, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1929, s. 155; A. E. Giffard, Robert Villers, **Droit Romain et Ancien Droit Français, Les Obligations**, 3. éd., Dalloz, Précis Dalloz, 1970, s. 192; René Foignet, **Le Droit Romain, Des Obligations**, 2. éd., Paris, Libriairie Arthur Rousseau, 1929, s. 95; Bruno Schmidlin, Carlo Augusto Cannata, **Droit Privé Romain II: Obligations- Successions- Procédure,** Lausanne, Payot, 1987, s. 50; Pascal Pichonnaz, **Les Fondements Romains du Droit Privée,** Zurich, LGDJ Schulthess §, 2008, § 26 N. 1771.

Benzer şekilde kaleme alınan D. 45.1.38.1 metninden de yine hükümsüzlük yaptırımını seçebilmek mümkündür:

D. 45.1.38.1: *Ulpianus quadragensimo nono ad sabinum: "Sed si quis promittat per alium non fieri, praeter heredem suum, dicendum est inutiliter eum promittere factum alienum".*

D. 45.1.38.1:"Ulpianus'un Sabinus hakkındaki 49. kitabından: "Fakat eğer bir kimse başkası tarafından bir şeyin yapılmamasını, ayrıca mirasçının bir şey yapmamasını taahhüt ettiyse bir başkasının fiilini taahhüt etmenin faydasız olduğu söylenir".

Aynı hükümsüzlük esası I. 3,19,3'te de ifade edilmektedir:

"*Si quis alium daturum facturumve quid spoponderit, non obligabitur, veluti si spondeat Titium quinque aureos daturum. Quod si effecturum se ut Titius daret spoponderit, obligatur".*

"Eğer bir kimse bir başkasının bir şey vereceğini veya yapacağını taahhüt etmişse, sorumlu tutulmayacak, örneğin eğer Titius'un beş altın vereceğini taahhüt ederse. Fakat eğer Titius'un vermesini kendisinin başaracağını taahhüt etmişse sorumlu tutulur".

D. 45.1.38 pr.'da ise Ulpianus hükümsüzlük esasını adeta özetler gibi kaleme almıştır:

...videtur igitur alienum factum promisisse, nemo autem alienum factum promittendo obligatur, et ita utimur. ...

"…öyleyse başkasının fiilini söz vermiş görünmektedir, hiç kimse başkasının fiilini söz vermekle sorumlu tutulmaz ve bu şekilde kullanıyoruz. …

Metinlerde bir kimsenin, kendisi yerine başkasının bir şey vermesini veya yapmasını beyan eden kimselerin akdettikleri anlaşmaların hükümsüzlüğü kayıt

altına alınmaktadır. Sözleşmeye kendi edimi yerine başkasının edimini konu ederek onun bir şey vereceğini ya da yapacağını vaat eden kimse, bu vaatten dolayı ne üçüncü kişiyi ne de kendisini borç altına sokabilir. Sözleşmeye katılmayarak borç ilişkisinin dışında kalmış bir üçüncü kişinin sözleşmeye taraf olmayı istemedikçe bu sözleşmeden etkilenmesi söz konusu olamaz. Sözleşme ilişkisine bizzat katılmış olmasına rağmen, vaat ettiği edim kendi edimi olmadığı için taahhüt edenin de böylesi bir taahhütten dolayı borç altına girmesi beklenemez. O halde kimsenin üzerinde borç doğurma gücüne ve kabiliyetine sahip olmayan bu tür taahhütlere hukuken bir geçerlik ya da etki tanımak mümkün değildir[172].

Roma hukukunda üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmeleri hükümsüz kabul edilmekle birlikte üçüncü kişinin fiili görünümü altında neyin hükümsüz kılındığını belirlemek ve sınırlarını doğru tespit etmek gerekir. I. 3,19,3'ün ilk kısmı bu tespite olanak tanıyan metinlerden biridir. "*Si quis alium daturum facturumve quid spoponderit, non obligatur…*" cümlesi, taahhüt edenin kendisi yerine doğrudan üçüncü kişiyi borçlandırmak isteyen ve bu istekle dile getirilen beyanlarından borç doğmayacağını belirterek taahhüde verilen anlamı açıklamaktadır[173]. Hükümsüz taahhütlerin anlamını tespit noktasında bize en çok yardım eden metin ise D. 46. 1. 65'tir. Kefillerin üçüncü kişinin fiilini taahhüt karşısındaki konumlarının değerlendirildiği metinde kefalet ile üçüncü kişinin fiilini taahhüt arasında kurulan ilişki, hükümsüzlüğü kabul edilen taahhütlere verilen anlamı daha iyi ortaya koymaktadır. Söz konusu metin şu ifadelerle düzenlenmiş durumdadır:

> *Sicut reus principalis non alias, quam si de sua persona promittat, obligatur, ita fideiussores non alias tenetur, quam si se quid daturos vel facturos promittant: nam reum principalem daturum vel facturum aliquid frustra promittunt, quia factum alienum inutiliter promittitur.*

---

[172] Petit, **a.g.e.**, s. 320; Girard, **a.g.e.**, s. 482- 483; Monier, **a.g.e.**, s. 96; Giffard, Villers, **a.g.e.**, s. 192; Foignet, **a.g.e.**, s. 95.

[173] Benzer bir ifadeyi D. 45. 1. 83 pr.'da da görüyoruz: "*...daturum facturumve eum non obligatur:...*".

> Tıpkı ilk borçlunun, kendi kişiliğine uygun olarak söz verirse bundan başka türlü sorumlu tutulmaması gibi, kefiller de kendilerinin bir şey vereceklerini ya da yapacaklarını vaat ediyorlarsa başka türlü sorumlu kılınmazlar: Zira ilk borçlunun bir şey vereceğini ya da yapacağını boşuna vaat ederler: çünkü bir başkasının fiili faydasız olarak taahhüt edilir.

Metinde dikkati çeken iki ana düşünce vardır: İlk olarak, kefillerin de tıpkı asıl borçlu gibi kendi edimlerini taahhüt ettikleri ve bu açıdan kefil ile asıl borçlu arasında hiçbir fark olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Kefaletin geçerliği de esasında buradan kaynaklanmaktadır. Gerçekten kefalet sözleşmesinin, geniş bir perspektifden bakıldığında üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinden farklı hiçbir tarafı yoktur. Çünkü kefil, asıl borçlunun borcunu ifa edeceğini taahhüt etmekle aslında bir başkasının davranışını söz vermiş olmaktadır. Ancak kefalet, kefilin kendi edimini taahhüt ettiği varsayılarak geçerli kılınmış ve böylece Roma'da yaygın bir kullanım alanı olan kefaletler üçüncü kişinin fiilini taahhüt kapsamından çıkarılmıştır[174].

Metne hakim olan diğer düşünce, kefalet sözleşemsi bakımından ortada zaten mevcut bir borç bulunup, hak ve borçların ilk kez üçüncü kişi üzerinde doğacak olması gibi bir vaziyetten söz edilmemesidir. Üçüncü kişi, alacaklı ile aralarında mevcut olan bir temel ilişkiden dolayı borç altındadır ve kefil, üçüncü kişi üzerine doğmuş ve varlığına devam etmekte olan bu borcun ödeneceğini taahhüt etmektedir yoksa taahhüt konusu, ilk kez üçüncü kişi üzerinde borç doğması gibi bir amaca yönelmemiştir[175].

---

174 Petit, **a.g.e.**, s. 320.

175 Sadece kefalet değil, *expromissio* ve *constitutum debiti alieni* gibi taahhütler de görünüş itibariyle üçüncü kişinin ediminin konu edildiği hukuki ilişkilerdir. *Expromissio'*da, borcu nakletmek için eski borç ilişkisinin yerine yenisini tesis etmek suretiyle yeni bir borçlunun ödeme yükümlülüğü altına sokulması söz konusudur. Ziya Umur, **Roma Hukuku Lügatı,** İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Fakülteler Matbaası, 1983, s. 71. *Constitutum Debiti Alieni* de, bir kimsenin başkasına ait bir borcun kesin bir vadede ödeneceğine dair alacaklı ile yaptığı bir anlaşmadır. Umur, **Lügat,** s. 47. Görüldüğü üzere her ikisi de üçüncü kişinin fiilini konu alan taahhütler olduğu halde ortada zaten mevcut bir borç olup ilk kez üçüncü kişi üzerinde hak ve borç doğurmayı hedeflemedikleri için üçüncü kişinin fiilini taahhüt kapsamı dışındadır.

Buradan çıkan sonuç şudur ki Roma hukukunda üçüncü kişinin fiilini taahhütten kasıt, taahhüt edenin kendisini borçlandırma niyeti olmaksızın ilk defa üçüncü kişi üzerinde borç doğmasını sağlayacak şekilde akdettiği anlaşmalardır. Bu da demektir ki Roma hukukunda tüm üçüncü kişi unsurlu hukuki ilişkiler değil, sadece üçüncü kişiyi borçlandırmaya yönelmiş taahhütlerin hükümsüzlük yaptırımına tabi olduğudur. Aktif veya pasif olsun, tarafların düşüncesinde ilk kez üçüncü kişinin şahsında gerçekleşmesi istenen her anlaşma üçüncü kişinin fiilini taahhüt olarak hükümsüzdür[176].

Üçüncü kişinin fiilini taahhütlerin tabi olduğu hükümsüzlük yaptırımını anlatmak üzere "*inutiles*" veya "*inutiliter*" sözcüğünün kullanıldığına tanık oluyoruz[177]. Ancak Romalıların *inutiles* sözcüğünün günümüzdeki hükümsüzlük hallerinden hangisine denk geldiğini kestirebilmek zordur zira Roma hukukunda hükümsüzlüğü ifade eden terimler arasında birlik yoktur[178]. Bununla birlikte *inutiles* sözcüğü genellikle "yokluk" yaptırımı ile eşdeğer kabul edilmektedir[179]. *Inutiles* işlemler, dava hakkı yokluğunu sonuçlar. Bu durumda taraflar arasında hiçbir bağın oluşmadığı kabul edilmekte ve taraflara dava hakkı verilmemektedir. Başka deyişle hakim, *inutiles* bir işlem için yöneltilen dava talebini reddetmek zorunda kalmaktadır[180].

---

176 Accarias, **a.g.e.**, N. 518.

177 Örnek olarak bkz. D. 46.1.65; D. 45.1.38.1.

178 Bunun temel sebebi, hükümsüzlüğü doğuran nedenlerin Roma hukukunda teorik olarak ortaya konmamış olmasıdır. Roma hukukunun birbiri içine geçmiş *ius civile, ius gentium ve ius honararium* gibi farklı hukuk tabakalarından oluşması ve hükümsüzlük nedenlerinin bu hukuklara göre değişmesi, bu konuda karışıklığa yol açan nedenlerin başında gelir. Roma hukukunda hükümsüzlük hallerinin daha ziyade meseleyi inceleyen hukukçuların görüşleriyle ortaya çıkması ve her birinin aynı hükümsüzlük halini ifade etmek üzere farklı sözcükleri tercih etmeleri yaşanan terim karışıklığını daha da arttırmıştır. *Nullum*, *inutilis*, *vitiosum, imperfecta, non valere*, *irritus* gibi sözcükler, net bir ayrımı ortaya koymaksızın geniş anlamda hükümsüzlük kavramını ifade etmek üzere kullanılan terimlerdir. Bülent Tahiroğlu, Belgin Erdoğmuş, **Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş- Hukuk Tarihi- Genel Kavramlar- Usul Hukuku,** İstanbul, Der Yayınları, 2005, s. 185 ve s. 185'te dn. 33.

179 Ortolan, **a.g.e.,** N. 1324.

180 Ortolan, **a.g.e**., N. 1324. Dava talebinin reddi anlamına gelen *actionem denegare* için örnek olarak bkz. D. 45.1.27.1.

3. Hükümsüzlük Esasını Doğuran Neden: Katı Şekilcilik Anlayışı

a. Genel Olarak

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile ilgili metinlerde bu tür taahhütlerin hükümsüz olduğu ve böylesi hukuki ilişkilerden borç doğmayacağı açıkça belirtilmiş olmasına rağmen hükümsüzlük gerekçesine hiç yer verilmemiştir. Bu durum ister istemez şu soruyu sordurmaktadır: Acaba Romalılar üçüncü kişinin fiilini taahhüdü özellikle yasaklamak istedikleri için mi hükümsüz kılmışlardır yoksa bu durum Roma hukukunun genel yapısından mı kaynaklanmıştır? Roma Hukuk Doktrini bugün üçüncü kişinin fiilini taahhütlerin hükümsüzlük nedenini Roma'nın ilk zamanlarına hakim olan katı ve dar şekilcilik anlayışında görür[181]. Roma'da sözleşmeler yalnızca taraf iradesi ile kurulmaz; irade hemen daima gereklidir fakat yeterli değildir. Taraflar arasında bir hukuki ilişkinin kurulması pek çok olayda sözlü şeklin eşlik etmesine muhtaçtır. Bu aşamada sözlü şekil, sözleşmenin kurucu unsurudur ve şekil şartları ancak tam olarak yerine getirildiği zaman sözleşme tamamlanmış olur[182].

Sözlü şekil, borç ilişkisine girmek isteyen kişilerin karşılıklı olarak bir araya gelmeleri ve mutlaka belli ve kalıplaşmış sözcükleri söylemeleriyle üstlendiği görevi ifa eder. Sözlü şekil o kadar katı bir tarzda benimsenmiştir ki öngörülen sözcüklerin bizzat telaffuzu zorunlu olup bunların yerine başka sözcüklerin ikamesi kabul edilmez. Sözcükler kurucu bir rol oynamaktadır ve tarafların varsayılı iradelerine verilen önem, sözcüklere atfedilen önemden daha azdır. Hukuki zincir kesin olarak bu şekilsel merasimi yerine getiren kimseler arasında kurulduğu için merasime katılmayan ya da merasime katılmakla birlikte söylenmesi gereken sözcükler yerine başka sözcükleri telaffuz eden kişiler arasında sözleşme kurulmuş olmaz ve borç

---

[181] Petit, **a.g.e.,** s. 320; Cuq, **a.g.e.**, s. 372; Girard, **a.g.e.**, s. 483; Ortolan, **a.g.e.**, N. 1336; Accarias, **a.g.e,** N. 518; Schmidlin, Cannata, **a.g.e.**, s. 50.

[182] Wavre, **a.g.e.**, s. 9.

doğmaz; hatta tarafların iradesi hukuki ilişkiden borç doğması yönünde olsa bile sonuç değişmez[183].

Roma'da hukuki işlemlerde kurucu unsur işlevini irade yerine şeklin üstlenmiş olduğu kesin olmakla birlikte bunu, iradenin tamamen göz ardı edildiği anlamında yorumlamamak gerekir. Fikrimize göre burada iradenin hiç dikkate alınmadığından değil, iradenin şekilde mündemiç olduğundan bahsetmek daha doğru olacaktır.

Nitekim Roma'nın ilkel devirlerinin hukuki işlemlerinde iradenin iki unsuru vardır: İlgilinin, toplum tarafından yaptırıma bağlanmış bildirimi ve toplumun onayı. Birincisi ferdin iradesidir ve toplumun belirlediği biçimlerde açıklanmalıdır. Zira ilk çağlar boyunca bu bildirim herhangi bir sözden ibaret olmayıp kutsal olduğu düşünülen birtakım sözcüklerin kullanılması zorunluluğunu taşımıştır. Dikkat edilecek olursa ferdin iradesi bu formüllerin telaffuzunda gizlidir ve ilginç olan, söz konusu formüllerin toplum tarafından kurgulanması nedeniyle ferdin iradesi üzerinde toplumsal bir kontrolün bulunmasıdır ve denilebilir ki bu sözcüklerin bizzat kendisi toplumsal kontrolün rolünü oynamaktadır. Toplumun onayı olarak belirlenen ikinci unsur ise aslında toplumun kendi iradesidir[184]. Bu irade, toplumun ya da toplum

---

183 Wavre, **a.g.e.,** s.9.

184 Toplumun iradesi şeklinde beliren bu ikinci unsuru, birinci unsur bünyesinde mevcut olan ve toplumun, ferdin söylemesi gereken sözcükleri tespit etmek suretiyle yaptığı kontrol şeklindeki genel karakterli müdahale ile karıştırmamak gerekir. İlk devrin bazı hukuki işlemleri toplum tarafından tespit edilmiş formüllerde beliren fert iradesinin yanı sıra, toplumun bizzat bu işleme katılarak onay vermesinden sonra meydana gelebiliyordu. Bu tür işlemlerde ferdin iradesi ile toplum iradesi birbirinin ayrılmaz parçasıydı ve her ikisinin de aynı anda bir arada bulunması gerekiyordu. Buna en tipik örnek "*adrogatio* (ya da *arrogatio*)"dur. Henri Lévy-Bruhl, "Note sur l'Acte Juridique A Rome", **Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique,** Cilt: 9, 1939, s.77. *Adrogatio*, Roma'nın en eski devirlerinde görülen törensel bir evlat edinme şeklidir. Aslında Roma'nın en yaygın evlat edinme şekli *adoptio*'dur ve bu da törenseldir. Fakat *adrogatio*, gerek *adoptio*'dan önce ortaya çıkmış olması gerek *adoptio*'da aile evladının evlat edinilmesine karşılık *adrogatio*'da bir aile babasının başka bir aile babası tarafından evlat edinilmesinin söz konusu olması dolayısıyla *adrogatio*'nun *adoptio'*dan farklı bir karaktere sahip olduğu söylenebilir. *Adrogatio*, hem toplumun kutsal saydığı bir tören tarzında yapılması gerektiği için birinci unsuru ve hem de toplumun onayını aradığı için ikinci unsuru bünyesinde barındırmaktadır. Söz konusu işlem *pontifex* denilen bir başrahibin huzurunda toplanmış "*curia*" meclislerinin önünde yapılırdı. *Curia*, bir tahmine göre Romulus tarafından tayin edilmiş ve *patricius*'lardan oluşan ve idare, seçim, din ve askerlik işleriyle ilgilenen *comitia curiata*'nın üniteleriydi ve *curia*'lar, silah altına alınabilir erkek Roma vatandaşlarından oluşurdu. *Adrogatio* yapılacağı zaman başrahip, hem evlat edinene hem evlat edinilene ve hem de *curia* üyelerine bu işleme rıza gösterip göstermediklerini sorardı. Kudret Ayiter, **Roma Hukuku Dersleri, Aile**

adına toplum temsilcilerinin bizzat işlemin yapılışına katılarak onay vermesi, yani rıza göstermesi demektir. Örneğin köle satışı hem toplumun önceden belirlediği bir formülün kullanılması ve hem de toplum içinden beş kişinin tanıklık etmek üzere işleme katılarak onay vermesi suretiyle gerçekleşecek olan *mancipatio* ile yapılır. Görüldüğü üzere bu dönemde ferdin iradesi ile toplum iradesi arasında bir birliktelik vardır ve bu iki unsur birbirinin ayrılmaz parçasıdır[185]. Dolayısıyla ilk devirlerde irade, toplum mekanizmalarının belirlediği ve kutsal olduğu düşünülen sözcüklerde mündemiçti ve bu sözcükleri söyleyen kişinin iradesinin o yönde olduğu düşünülürdü. Bu durumda belirli şekil ve kalıpları kimler kullanmışsa yalnızca onlar sözleşmenin tarafı haline gelir, yalnızca onlar arasında hukuki zincir kurulur, bu şekil ve kalıpları yerine getirmeyenler ise bu sözleşmeden dolayı ne hak sahibi olabilir ne de borç altına girebilirdi.

Doğal olarak böylesi bir hukuk düzeninde başkasının ediminin taahhüt edilmesi olanaksızdır. Sözcükleri söyleyen kişi borç altına gireceğine göre, taahhüt edenin kendi ağzından çıkan sözcüklerle başkasını borçlandırması beklenemez. Edimi taahhüt edilerek kendi üzerinde borç doğması istenen üçüncü kişi *stipulatio*'ya katılarak *stipulatio*'nun şekil şartlarını yerine getirmediği yani söylenmesi gereken sözcükleri bizzat telaffuz etmediği için üçüncü kişi üzerinde borç doğması imkansızdır. Yine bu denli şekilci bir düzende taahhüt edenin borçlanması da söz konusu olmaz; çünkü taahhüt eden, her ne kadar *stipulatio*'nun şekil şartlarını bizzat yerine getirerek sözleşmeye taraf olsa da, sarf ettiği sözcükler kendisini borçlandırmaya elverişli değildir. Taahhüt eden, başkasının edimi söz vermiştir dolayısıyla üçüncü kişinin bedeni ya da fikri çalışması ile yerine getireceği bir

---

Hukuku, Ankara, y.y., 1960, s. 50-51. İşte *curia*'lar tarafından gösterilecek rıza toplum tarafından verilen onay yerine geçmektedir. Lévy-Bruhl, "Note sur l'Acte Juridique A Rome", s.77. Benzer durum *testamentum calatis comitiis*'te görülmektedir. *Testamentum calatis comitiis* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ayiter, **a.g.e.,** s. 49; Paul Koschaker, Kudret Ayiter, **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları,** İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi, 1993, s. 361; Ziya Umur, "Roma Miras Hukukunun Ana Hatları", **İÜHFM,** C: 31, Sayı No: 1-4'den Ayrı Bası, İstanbul, y.y., 1966, s. 10; Nadi Günal, "Roma Miras Hukukuna Genel Bir Bakış Ve Vasiyet Yolu İle Miras", **AÜHFD**, C: 44, 1995, s. 434. Roma Hukukunda vasiyetname şekilleri için ayrıntılı bilgi için bkz. Edouard Lambert, **La Tradition Romaine sur la Succession des Formes du Testament devant l'Histoire Comparative**, Paris,V. Giard & E. Brière, 1901, s. 3 vd. ile ayrıca s. 23 vd.

185 Lévy-Bruhl, "Note sur l'Acte Juridique A Rome", s. 75 vd. ve özellikle s. 76 ile s. 78.

edimin taahhüt edenden beklenemeyeceği ve istenemeyeceği açıktır. Bu nedenle, gerek edimi taahhüt konusu yapılan üçüncü kişi gerek bu edimi taahhüt konusu yapma gereğini duyan taahhüt eden üzerinde, *stipulatio*'nun katı şekilciliği karşısında borç doğmasının mümkün olmaması, bu tür taahhütler alanında bir borçlandırıcı işlemin varlığından söz etmeyi olanaksız kılar[186].

b. *Stipulatio*'nun Şekil Şartı

Günümüz hukukunda tarafların kurdukları her türlü hukuki ilişkiden borç doğar ve bunların her biri birer dava ile takip edilebilir. Roma'da ise tam aksi bir durum söz konusudur. Tarafların gündelik hayatta girdikleri hukuki ilişkilerden borç doğması ve bunların dava yoluyla takibi ancak *ius civile*'nin[187] öngördüğü şekil ve kalıplar kullanılmak suretiyle olanaklıdır. Ancak bütün bu şekil ve merasimler tüm ilkel toplumlarda olduğu gibi Roma'da da fazla değildir ve Eski Hukuk Devrinde, On İki Levha Kanunlarında[188] bu tür işlemlerin *nexum* ve *stipulatio* olmak üzere yalnızca iki borçlandırıcı sözleşmeden ibaret olduğu görülmektedir[189].

---

186 Ortolan, **a.g.e**., N. 1336; Accarias, **a.g.e.**, N. 518; Girard, **a.g.e.,** s. 483; Wavre, **a.g.e.,** s. 9-10.

187 *Ius civile*, Roma vatandaşlarına uygulanan özel hukukun ismidir. Diğer anlamları için bkz. Umur, **Lügat,** s. 100. Ius civile kurallarının oluşumu hakkında bkz. Recai Okandan "Roma Hukukunun Kaynakları Bakımından Vukua Gelen Tarihi Gelişme", **İÜHFM,** C: 18, Sayı No: 1- 2, 1952, s. 454- 455.

188 On İki Levha Kanunlarının Roma'nın bilinen en eski kanunları olduğu tahmin edilmektedir. Cumhuriyet devrinin ilk yılları olan M.Ö. 451- 449 tarihlerinde yapılmış, Iustinianus dönemine dek tek kanunlaştırma hareketi olan ve toplam on iki levhadan oluştuğu için bu isimle anılan On İki Levha Kanunları, hukukun çeşitli alanlarında kısa ve özlü cümlelerle getirilen bir takım kurallardan ibarettir. Hukuki olmaktan çok *partici* üst sınıfı ile *pleb* alt sınıfı arasındaki çatışmalara son vermek siyasi kaygısıyla kaleme alınan bu kanunlar, o zamana kadar yazılı halde bulunmayan hukuk kurallarını *ius scriptum* (yazılı hukuk) haline dönüştürmüştür. Böylece *pleb* sınıfı da dahil, herkesin hukuk kurallarına ulaşması sağlanarak, *patricius*'ların hukuku kendi gizli tekellerinde tutmaları ve daima kendi lehlerine yorumlamaları büyük ölçüde engellenmiştir. Nesilden nesile aktarılarak günümüze kadar gelen metinlerin özgün nitelik taşıyıp taşımadığı kesin olarak bilinmemekle beraber, söz konusu kanunların başta usul ve icra hukuku olmak üzere; aile, miras, mülkiyet, *in re aliena* [başkalarının malları üzerindeki haklar (sınırlı ayni haklar)], borç ilişkileri ve ceza hukuku alanında *ius civile*'nin ana prensiplerini özetlediği söylenebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Andreas B. Schwarz, **Roma Hukuku Dersleri,** Çev. Türkan Rado, C: I, 7. bs., İstanbul, Doğan Kardeş, 1965, s. 54 vd.; Ayrıca bkz. Nurcan İpek, "XII Levha Kanunu", **Argumentum,** Y: 3, Sayı No: 34, s. 609 vd.

189 Bu hususta bkz. Schwarz, **Roma Hukuku,** C:I, s. 79- 80.

Hukuki niteliği tartışmalı olan *nexum*'u[190] bir tarafa bırakırsak, Roma'nın ilk zamanlarında görülen tek borçlandırıcı işlem *stipulatio'*dur. Taraflar, konusu ne olursa olsun, mesela alım satım, kira, istisna, rehin, ayni hak tesisi, yenileme, müteselsil borç altına girme gibi akla gelebilecek her türlü hukuki ilişkiyi *stipulatio* akdetmek suretiyle tesis edebilirlerdi. Buna göre hukuk düzeni tarafından tanınan şey, tarafların aralarındaki bu çok çeşitli olabilecek hukuki ilişkiler değil, *stipulatio*'nun bizzat kendisiydi. Bu bakımdan bu tür hukuki ilişkilerden doğan uyuşmazlıklarda yalnızca *stipulatio*'dan doğan dava *actio ex stipulatu* açılabilirdi. Eğer taraflar aralarında *stipulatio* yapmayarak sadece iradelerinin uyuşması yoluyla hukuki ilişkiye girmişlerse, doğacak uyuşmazlıkların çözümü bakımından da *actio ex stipulatio*'yu kullanamazlar ve bunun dışında başka hiçbir dava ya da benzeri bir hukuki imkana da sahip olmadıkları için hakların hukuken takibi yapılamazdı[191].

Stipulatio, alacaklı belirli sözcükler kullanılarak sözleşme konusunu kapsayacak şekilde sorulan soruya yine belirli sözcükler kullanılarak derhal ve kayıtsız şartsız cevap verilmesi ile meydana gelen sözlü şekle tabi genel borç doğurucu bir sözleşmedir. Mutlaka belirli sözcüklerin telaffuzu gerekip yerine başka sözcüklerin ikamesi kabul edilmediği için bu sözlü şekil şartının da son derece katı bir biçimde uygulandığına tanık olunur[192]. En yaygın şekliyle *stipulatio "...spondes*? (taahhüt ediyor musun)?" sorusuna *"spondeo* (taahhüt ediyorum)" cevabının verilmesi ile kurulurdu[193]. Soru ile cevabın birbirine uygun olması ve borçlunun

---

190 *Nexum*'un hukuki niteliği bugün tam olarak bilinememektedir. Bir görüşe göre *nexum*, bir çeşit ödünç sözleşmesiydi. Bir başka görüşe göre ise, borcunu ödemeyen borçlunun *per aes et libram* olarak, yani maden külçesi ve terazi ile kendisini alacaklıya satması ile kurulan ve alacaklıya, borçlunun şahsı üzerinde cebri icraya geçebilme hakkını sağlayıcı bir hukuki işlemdi. Schwarz, **Roma Hukuku,** C: I, s.79; Umur, **Lügat,** s.141. Koschaker ise, *nexum*'un hukuki niteliğini anlayabilmek için bu sözcüğün kökenine gitmek gerektiğini öne sürer. Yazara göre bu sözcük, "*nectere*=bağlamak" tan gelmekte olup "bir insanı bağlamak" anlamındadır ve bu sebeple *nexum*, Roma'da *obligatio*'ya benzer bir anlam taşır. Koschaker, Ayiter, **a.g.e.**, s. 205.

191 Di Marzo**, a.g.e.,** s. 422; Belgin Erdoğmuş, **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, İstanbul, Der Yayınları, 2005, s. 44 vd.; Rado, **Borçlar,** s. 60- 61 vd.; Bülent Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku,** İstanbul, Der Yayınları, 2003, s. 110 vd.; Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s. 205; Richard Honig, **Roma Hukuku,** Çev. Şemseddin Talip, İstanbul, Matbaai Ebüzziya, 1938, s. 235-236.

192 Di Marzo**, a.g.e.,** s. 422; Rado, **Borçlar,** s. 91; Erdoğmuş, **a.g.e.,** s. 60.

193 Bunun dışında kullanılan soru ve cevap kalıpları da vardır. Nitekim Gai. I. 3,92 bunlardan şu şekilde bahsetmektedir: "*Verbis | obligatio fit ex interrogatione et responsione, velut DARI SPONDES? SPONDEO, DABIS? DABO, PROMITTIS? PROMITTO, FIDEPROMITTIS? FIDEPROMITTO, FIDEUBES? FIDEUBEO, FACIES? FACIAM*". "Sözlü borç ilişkisi soru ve cevaptan doğar, VERİLECEĞİNİ TAAHHÜT EDİYOR MUSUN? TAAHHÜT EDİYORUM,

kayıtsız şartsız cevap vermesi *stipulatio*'nun geçerlik şartıdır. Buna göre alacaklının mesela "*on sesters vermeyi taahhüt ediyor musun?*" sorusuna borçlu, "*beş vermeyi taahhüt ediyorum*" diye cevap verecek olursa *stipulatio*, ne on sesters ne beş sesters üzerinden kurulmuş olur; soru ve cevabın birbirine uygun olmadığı böyle bir *stipulatio* hükümsüzdür[194].

Stipulatio sözlü olması gereken bir soru ve cevaptan oluştuğu için ancak hazırlar arasında ve konuşabilen kimseler arasında yapılabilirdi; sağır ve dilsizlerin *stipulatio* yapma hakkı yoktu[195]. *Stipulatio*'nun bir temsilci ya da *nuntius* (haberci) vasıtasıyla yapılabilmesi de imkansızdı[196]; çünkü taahhüt edenin, üçüncü kişinin temsilcisi gibi hareket ederek onun üzerinde borç doğuracak şekilde onun adına bir sözleşme yapması Roma hukukunun temsil anlayışına göre düşünülecek bir şey değildi.

Stipulatio, ius civile'ye özgü bir işlem olarak sadece Roma vatandaşları tarafından kullanılabilirdi[197]. Zaman içerisinde, özellikle de *ius gentium*'a dahil olduktan sonra *stipulatio*'nun yabancılar tarafından da kullanılabilen bir işlem haline

---

VERECEK MİSİN? VERECEĞİM, VAAT EDİYOR MUSUN? VAAT EDİYORUM, ŞEREFİN ÜZERİNE VAAT EDİYOR MUSUN? ŞEREFİM ÜZERİNE VAAT EDİYORUM, ŞEREFİN ÜZERİNE TEMİN EDİYOR MUSUN? ŞEREFİM ÜZERİNE TEMİN EDİYORUM, YAPACAK MISIN? YAPACAĞIM". Öte yandan Gai. I. 3, 93'te şöyle söylenmektedir: "*Sed haec quidem verborum obligatio DARI SPONDES? SPONDEO propria Romanorum est; ceterae vero iuris gentium sunt, itaque inter omnes homines, sive peregrinos, valent. Et quamuis ad Graecam uocem expressae fuerint, velut hoc modo δώσεις; δώσω. Ὁμολογεῖς; Ὁμολογώ πίστει χελεύεις; πίστει χελεύω ποιήσεις; ποιήσω, etiam hae tamen inter cives Romanos valent, si modo Graeci sermonis intellectum habeant; et e contrario quamuis Latine enuntientur, tamen etiam inter peregrinus valent, si modo Latini sermonis intellectum habeant. At illa verborum obligatio DARI SPONDES? SPONDEO adeo propria ciuium Romanorum est; ut quidem in Graecum sermonem per interpretationem proprie transferri possit, quamuis dicatur a Graeca uoce figurata esse*". "Fakat, *DARI SPONDES? SPONDEO* şeklindeki sözlü borç yalnızca Roma vatandaşlarına mahsustur; diğerleri ise *ius gentium*'dandır ve ister Roma vatandaşı ister yabancı olsun bütün insanlar arasında muteberdir. Hatta yunanca olarak söylenseler bile, mesela verecek misin? Vereceğim, vaat ediyor musun? vaat ediyorum, şerefin üstüne temin ediyor musun? şerefim üzerine temin ediyorum, yapacak mısın?, yapacağım gibi; bunlar yunanca anlamaları şartıyla Roma vatandaşları arasında da muteberdir; fakat *DARI SPONDES? SPONDEO* şeklinde sözlü borç o kadar Roma vatandaşlarına hastır ki, bunun bir yunanca kelimeden müştak olduğunun söylenmesine rağmen Yunancaya tam manasıyla tecümesi imkanı yoktur". Rado, **Gaius Institutiones**, s. 12-13.

194 Gai. I. 3,102.

195 Gai. I. 3,105; I. 3,19,7.

196 Ortolan, **a.g.e.**, N. 1337.

197 Gai. I. 3,93.

dönüştüğü görülür. Ancak henüz bu aşamada *ius civile*'ye özgü bir sözcük olan "*spondere*" nin yabancılar tarafından telaffuzu hoş karşılanmamış; *spondere* yerine "*promittere"*, "*dare*" gibi benzeri başka sözcüklerin ikame edildiği *stipulatio*'lara izin verilmiştir[198].

Stipulatio'nun tanıklar huzurunda yapılmasına gerek yoktu. Roma'da söze bağlılık büyük önem taşıdığı için tarafların kendi aralarında söylemiş oldukları sözler yeterli kabul edilmekteydi[199]. *Stipulatio* tek taraflı bir sözleşmeydi; sadece taahhüt eden borç altına girer ve bu nedenle *stipulatio'*yu yaptıran, yani soruyu soran kişi alacaklı konumuna geçerdi[200]. Buna göre eğer alacaklı da borç altına girerek taraflar arasında sinallagmatik bir sözleşme yapılacaksa, bu defa alacaklının taahhüt eden konumuna geçtiği ve borçlunun ise kendisine taahhütte bulunulan kişi durumunda bulunduğu ikinci bir *stipulatio*'nun yapılması gerekliydi[201].

c. Katı Şekilcilik Alayışının Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhütler Üzerindeki Etkisi

Roma hukukunda benimsenen katı şekilcilik anlayışı ister istemez üçüncü kişinin fiilini taahhütlerin hükümsüzlüğü sonucunu davet eder. Taraflar arasında girişilen işlemlerden borç doğmasının mutlak olarak belli şekil ve merasimlere tabi

---

198 Koschaker, Ayiter, **a.g.e.**, s. 207. Gai. I. 3, 94'de yabancıların "*spondere*" sözcüğünü kullanarak *stipulatio* yapabilecekleri istisnai bir duruma da yer verilmiştir. Bu da Roma devletinin yabancı bir halk ya da devlet ile yaptığı barış anlaşmalarıdır. Fakat burada gerçek anlamda bir *stipulatio* yapılmadığı; çünkü barış anlaşmasının şartlarına uyulmadığında *actio ex stipulatu*'ya dayanarak değil, savaş hukukuna dayanarak bir talepte bulunulacağı da metinde yer almaktadır.

199 *Stipulatio*'nun sözlülüğünün en kötü tarafı ispat güçlüğüdür. İleride bir uyuşmazlık çıktığı zaman *stipulatio*'nun akdedildiğine kanıt olması amacıyla taraflar, sadece birbirlerine verdikleri sözlerle yetinmeyerek bazı belge ve senetlere başvurmaya başlamışlardır. Bu belge ve senetlerin *stipulatio*'ya geçerlik sağlayıcı yönde bir etkisi yoktur; bunlar yalnızca tanık huzurunda yapılmayan *stipulatio*'nun daha sonra borçlu tarafından inkar edilmesi halinde delil olarak kullanılabilirdi. Rado, **Borçlar,** s. 92. Doğu eyaletlerinde ise yazılılık esastı ve bu tarz senet ve belgeler sözleşmenin geçerliliği bakımından geçerlilik şartıydı. İmparator Caracalla'nın *Constitutio Antonianna* olarak bilinen ünlü emirnamesi ile İmparatorluk sınırları içinde yaşayan herkesi Roma vatandaşı saymasına rağmen buralarda yaşayanlar *stipulatio*'nun sözlülüğüne alışamadılar. Bu halkaların yaptıkları bir sözleşmeyi Roma hukukuna göre bağlayıcı kılma mecburiyetleri, senedin sonuna Yunanca olarak "*eperotetheis homologesa*=sorulduğunda onaylandı" kaydını eklemeleri ile gideriliyordu. Koschaker, Ayiter, **a.g.e**., s. 208.

200 Koschaker, Ayiter, **a.g.e.,** s. 212..

201 Roma *stipulatio*'sunun diğer ayrıntıları hakkında bkz. Edouard Cuq, "*Stipulatio*", **Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines**, Tome IV, Partie II (R-S), Ed. M. Edmond Saglio, Hachette, t.y., s. 1516 vd.

olması ve günlük ilişkileri borç doğuran birer hukuki işleme dönüşterecek şekil ve merasimler yönünden Roma hukukunun fazla zengin sayılamayacak olması bu tür taahhütlerin varlık kazanmasını engellemiştir. Roma'nın görünürdeki tek borçlandırıcı işlemi *stipulatio*'nun kendisine özgü oldukça dar şekil şartları ve ne olursa olsun bu şekil şartlarından taviz verilemeyecek olması üçüncü kişinin fiilini taahhütleri kesin bir geçersizlik sonucu ile karşı karşıya bırakmıştır[202].

Katı şekilcilik anlayışının üçüncü kişinin fiilini taahhüdü hükümsüz hale getirici etkisini anlayabilmek için taahhüt edenin hareket tarzına bakmak gerekir. Zira başkasının edimini *stipulatio* konusu haline getirmek isteyen bir kimsenin önünde ancak iki seçenek vardır: Ya edimini sözleşme konusu yapmak istediği üçüncü kişi adına hereket edecek ya da üçüncü kişinin edimini kendi adına taahhüt edecektir. Ancak her iki halde de böyle bir *stipulatio*'dan borç doğmayacaktır. Taahhüt edenin üçüncü kişi adına hareket ettiği ilk olasılıkta başkası aracılığıyla sözleşme yapmak söz konusu olur ki bu durum temsil kurumuna işarettir. Oysa Roma hukukunda günümüz anlamında bir temsile izin verilmemiş olması başkası aracılığıyla yapılan sözleşmelerin temsil kapsamında değerlendirilmesine olanak vermez[203]. Bu nedenle taahhüt edenin, üçüncü kişi adına hareket ettiği *stipulatio*'lardan ne üçüncü kişi üzerinde ne de kendisi üzerinde borç doğar. Hatta üçüncü kişi, borç altına girmek yönünde irade buyurmuş olsa bile bu durum, en fazla başkası aracılığıyla yapılan sözleşme kapsamında değerlendirmeye uygun olup üçüncü kişinin fiilini taahhüt olarak anılmaya izin vermez[204].

---

202 Cuq, **a.g.e.**, s. 372; Girard, a.g.e, s. 483; Accarias, **a.g.e.**, N. 518.

203 Monier, **a.g.e.**, s. 97. Roma hukukunda doğrudan temsilin görülmeyişinin nedenleri arasında, sözleşmenin sadece taraflar arasında bağlılık yaratması ve şekilcilik gereği işlemlerin bizzat taraflarca yapılmak zorunda olması olarak sayılmaktadır. Ancak asıl neden, pratik hayatta bu kuruma ihtiyaç duyulmamış olmasıdır. Roma'nın hemen hemen bütün devirlerinde temsil ihtiyacı aile reisi adına işlem yapan aile evladı ve kölelerce karşılanmıştır. Aile reisinin tüm iş ilişkilerinin aile evladı veya köleler vasıtasıyla gerçekleştirilmesi bu kişilere temsilcilik sıfatı kazandırmaz; zira aile evladı ve kölelerin yaptıkları hukuki işlemlerden doğan sonuçların aile reisi tarafından üstlenilmesi bakımından Roma'nın temsil anlayışı, günümüz temsil anlayışının çok ötesinde bir anlam taşır. Aile evladı ve kölenin yaptığı işlemden doğan tüm sonuçların değil, yalnızca hakların *pater* (aile babası) in malvarlığına katılması esastır; borçlar ise köle veya aile evladının üzerinde kalmaya devam eder. Roma hukukunun temsil anlayışı hakkında bkz. Tahiroğlu, Erdoğmuş, **a.g.e.**, s. 207 vd.

204 Roma'da başkası aracılığıyla işlem yapmada esas olarak kullanılan kurum *nuntius* (haberci) tur. Temsilden oldukça farklı olan *nuntius*, kendisine bildirilen bir iradeyi başkasına aynen aktaran bir

Taahhüt edenin üçüncü kişinin edimini kendi adına taahhüt ettiği olasılıkta da yine *stipulatio*'dan borç doğmasına izin verilmediğini söylemek gerekir. Nitekim şekle bağlılığın zirvede olduğu dönemlerde böyle bir taahhüt ne üçüncü kişi ne de taahhüt eden üzerinde borç doğururdu. Üçüncü kişi üzerinde borç doğmaz, zira üçüncü kişi, *stipulatio*'nun şekil şartlarını yerine getirerek *stipulatio*'ya taraf olmamıştır. *Spodesne Titium centum mihi dare* (Bana Titius'un 100 vereceğini taahhüt ediyor musun) ? veya *spodesne Titium mihi domum aedificaturum* (Titius tarafından bana ev inşa edileceğini taahhüt ediyor musun?) örnek formüllerindeki *stipulatio*'larda borçlu olması gereken kişi "*spondeo* (taahhüt ediyorum)" cevabını verecek olan taahhüt eden değil, sözleşmenin tamamen dışında kalan üçüncü kişidir. Sözleşenler, Titius'un borçlu olmasını isteseler ve hatta Titius'un iradesi de bu yönde olsa, gene de şekil şartları gereği söylenmesi gereken sözcükleri bizzat sarf etmemeiş olan Titius'un borç altına girmesine izin verilmez[205]. Diğer taraftan böyle bir *stipulatio*'dan dolayı taahhüt eden üzerinde de borç doğmaz. Taahüt eden, her ne kadar *stipulatio*'nun bizzat tarafı olsa da, vaat ettiği edim kendi edimi olmadığından, beyan ettiği sözcükler kendisini borçlandırmaya elverişli değildir[206]. Bu koşullarda üçüncü kişinin fiilini konu alan *stipulatio*'ların Roma hukukunda hiçbir hüküm ve anlam ifade etmeyeceği kendiliğinden ortaya çıkan bir gerçektir.

Bu noktada, tarafların hükümsüz bir sözleşme akdetmek için biraraya gelmeyecekleri ve elbette taahhüt eden üzerinde borç doğmasını arzu ettikleri varsayılarak *stipulatio*'ya etki tanınıp tanınmayacağı tartışılabilir. Ancak

---

alet, bir vasıta gibidir. *Nuntius*, işlemi yaparken kendi iradesi ile hareket etmediği için *nuntius* vasıtasıyla yapılan işlem, ona emri veren kişi tarafından bizzat yapılmış sayılır; işlemin tüm sonuçları, iradesi aktarılan kişi üzerinde doğar. Ziya Umur, **Roma Hukuku, Tarihi Giriş- Kaynaklar- Umumi Mevhumlar- Hakların Himayesi,** İstanbul, Filiz Kitabevi, 1984, s. 431.Günümüz hukukunda *nuntius* için bkz. Teoman Akünal, **Türk-İsvçre Borçlar Kanununda İlgili İçin İşlem Teorisi, Borçlar Kanunu m. 31 f. II c. 2'nin İlgili İçin İşlem Teorisi Açısından Değerlendirilmesi,** İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1975, s. 1 vd. *Nuntius* vasıtasıyla yapılan üçüncü kişinin fiilini taahhütten de bahsedilemez; zira böyle bir *stipulatio*'nun *nuntius* vasıtasıyla kurulmuş olması, iradesini *nuntius* vasıtasıyla beyan eden kişinin üçüncü kişi değil, bizzat kendisi olmasını sağlar ve işlemin üçüncü kişi unsurunu ortadan kaldırır. Üçüncü kişi kavramının yer almadığı bir üçüncü kişinin fiilini taahhütten ise bahsedilemez.

205 Collinet, Giffard, **a.g.e.**, s. 107; Pascal, **a.g.e.**, § 26 N. 1770.

206 Petit, **a.g.e.**, s. 320; Cuq, **a.g.e.**, s. 372; Girard, **a.g.e.**, s. 483; Monier, **a.g.e.**, s. 97; Accarias, **a.g.e.**, N. 519; Bry, Bry, **a.g.e.**, s. 37; Foignet, **a.g.e.**, s. 95; Huvelin, **a.g.e.**, s. 155; Giffard, Villers, **a.g.e.**, s. 192; Pascal, **a.g.e.**, § 26 N. 1770.

stipulatio'nun bir dar hukuk sözleşmesi olması, tartışmayı başlamadan bitirir[207]. Dar hukuk sözleşmelerinin biricik modeli olan *stipulatio*'nun anlamının yorum yoluyla genişletilmesi mümkün olmadığı gibi, sözcüklerin değişiminde kesin olarak formüle edilmeyen bir unsurun sözleşmeye eklenerek sözleşmenin etki doğurması da sağlanamaz[208].

Roma hukukunda üçüncü kişinin fiilini taahhütler alanında özellik arz eden bazı durumlara değinmek gerekir. Bunların başında aile evladı ve kölelerin *pater familias* (aile babası) adına akdettikleri *stipulatio*'lar gelir. Bilindiği üzere aile evaldı ve köle Roma ticari hayatının vazgeçilmez iki unsurudur[209]. Roma'da aile babası, girişmek istediği hukuki işlemleri ya da akdetmek istediği sözleşmeleri büyük ölçüde aile evlatları ve köleler vasıtasıyla gerçekleştirirdi[210]. Hak ehliyetleri bulunmamakla birlikte sahip oldukları sınırlı fiil ehliyeti sayesinde aile evladı ve köleler, doğrudan aile reisinin malvarlığına etki edebilecek işlemler yapabilirler[211] ve böylece

---

207 Dar hukuk sözleşmesi (*iudicia stricti iuris*); hakimlerin dava formülünde belirtilen maddi vakıalarla sıkı sıkıya bağlı olmaları ve buna bağlı olarak hiçbir takdir yetkilerinin olmadığı davalara Iustinianus döneminden itibaren verilen isimdir. Umur, **Lügat,** s. 97.

208 Petit, **a.g.e.**, s. 321; Girard, **a.g.e.**, s. 483; Bry, Bry, **a.g.e.**, s. 38; Huvelin, **a.g.e.**, s. 156; Prosper Rambaud, **Droit Romain,** Tome II, Les Obligations, La Procédure Civile, Les Actions, Les Exceptions, Les Interdits, Le Droit Romain et Le Droit Français, Paris, Librairie Marescq Ainé, 1893, s. 153. Dar hukuk sözleşmelerinde yorum kabul edilmese de iyiniyet sözleşmelerinde aksine davranmayı engelleyecek hiçbir şey yoktur. İyiniyet sözleşmesi dar hukuk sözleşmelerinde farklı olarak, hakimin, formula'da yazan dava konusu ile sıkı sıkıya bağlı kalmak zorunda olmadığı ve iyiniyet neyi gerektiriyorsa onu dikkate alarak karar verebileceği takdir yekisi geniş sözleşmelerdi. Bu sözleşmeler hakkında ayrıntı için bkz. Tahiroğlu, Erdoğmuş, **a.g.e.**, s. 244. İyiniyet sözleşmeleri bakımından hakim, sözleşmesinin geçerliliği lehinde yorum yapma düşüncesi ve hakkaniyet ilkelerini dikkate alarak, bu taahhütle aslında taahhüt edenin borçlanmak istediğine karar vererek sözleşmeyi geçerli kılabilir. Petit, **a.g.e.**, s. 321; Girard, **a.g.e.**, s. 484; Accarias, **a.g.e.**, N. 519; Georges Hubrecht, **Manuel de Droit Romain,** Tome II, Les Obligations, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1943, s. 29; Bry, Bry, **a.g.e.**, s. 38; Foignet, **a.g.e.**, s. 96; Rambaud, **a.g.e.**, s. 153; Huvelin, **a.g.e.**, s. 156. İyiniyet sözleşmeleri alanındaki bu esneklik, zaman içinde üçüncü kişinin fiilini taahhütlerin hükümsüzlüğü esasının gözden kaybolmasında rol oynamıştır. Petit, **a.g.e.**, s. 321.

209 Roma toplumunun ekonomik hayatının temel dayanağının kölelik olduğu yolunda bkz. ve diğer toplumlardaki durum ile karş. Bülent Tahiroğlu, "Osmanlı İmparatorluğunda Kölelik" **İÜHFM**, C: 45-46- 47, Sayı No: 1-4, 1979-1980-1981, s. 650 vd.

210 Serpil Gümüşdere, "Roma Hukukunda Hak Ehliyeti ve Kölelik" İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1985, s. 58.

211 Aile evladı ve kölenin yaptıkları işlemler aile babasını doğrudan etkilemekle beraber işlemden doğan tüm sonuçlar değil, yalnızca haklar babanın malvarlığına dahil olur; borçlar ise aile evladı ve köle üzerinde kalmaya devam ederdi. Ne zaman ki bu borçlardan dolayı aile babasına munzam davalar açılmaya başlanmıştır, o zamandan itibaren hukuki işlemin tüm sonuçları babanın malvarlığına dahil olmuştur. Bu sebeple fikrimize göre munzam dava aşamasına kadar olan süreçte baba yararına sonuç doğurduğu için aile evladı ve kölelerin yaptıkları işlemlerin teknik anlamıyla olmasa bile fiili anlamıyla üçüncü kişi lehine sözleşme tarafı var gibi gözükmektedir.

Roma'nın iş ilişkilerine büyük ölçüde yön verebilirlerdi[212]. Aile evladı veya kölelerin aile babası hesabına hareket etmeleri, aile babasının fiilini esas alan sözleşmeler kurabilmelerini de olanaklı kılar. Bu durumda bu tür *stipulatio*'ların üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmelerini yasaklayan hükümsüzlük yaptırımı karşısındaki pozisyonunu belirlemek öncelikli sorundur. Bu doğrultuda *stipulatio*'nun taraflarından biri aile evladı veya köle olduğu zaman, hükümsüzlük kuralının işlemeyeceğini ve bu tür *stipulatio*'ların üçüncü kişinin fiilini tahhüt kapsamında değerlendirilemeyeceğini vurgulamak gerekir[213]. Ortolan, bu durumu aile evladı ve köleler ile aile babası arasındaki ilişkilerin kişisel bütünlük arz ettiği kuramına dayandırarak açıklamaktadır[214]. Aile evladı ve kölenin taahhüdü babanın taahhüdü gibi olup üçüncü kişinin fiilini taahhüt değildir[215]. Diğer taraftan, aile evladı ve kölelerin aile babasının edimini konu alan *stipulatio*'lar akdetmeleri mümkün olduğu gibi, aile reisi olan babanın da, aile evladı veya köle hesabına onların edimlerini konu alan bu tür taahhütlerde bulunması da günlük hayatta olağandır. Sonuncu durumda da yine kişisel bütünlük kuramının hemen ve derhal uygulanması gerektiği tek çözüm olarak düşünülebilirse de, kuramın mimarı Ortolan, burada peşin bir kabulden önce bir ayrıma gitmek gerektiğini ifade etmektedir. Eğer aile reisinin taahhüdü aile evladı veya kölenin lehine ise *stipulatio*'nun geçerliği hususunda bir sıkıntı doğmaz. Ancak *stipulatio*, aile evladı ya da kölenin ivazsız bir edimini konu alıyorsa durum

---

Aile evladı, köle ve *pater familias* arasındaki ilişkiler ve munzam davalar için bkz. Tahiroğlu, Erdoğmuş, **a.g.e.,** s. 204 vd.

212 Borçların aile evladı üzerinde kalmasına karşılık kölelere karşı dava yoluyla takibe geçilememesi, aile evlatlarına karşı ise dava yolu açık olmakla birlikte alınan kararın malvarlığı bulunmayan aile evladı üzerinde icra kabiliyetine sahip olmaması zamanla üçüncü kişilerin aile evladı ve kölelerle işlem yapmaktan kaçınmalarına neden olmuştur. Bu durumun, köle ve aile evlatlarının vazgeçilmez unsur olduğu Roma iş hayatını alt üst etmemesi için *praetor*'lar belli başlı koşullarla *pater* aleyhine dava hakkı tanımışlardır. Buna göre köle ya da aile evladına *peculium* tahsis edilmişse *actio de peculio*; köle ya da aile evladı bir ticari işletmenin başına geçirilmişse *actio de institutoria*; gemiye kaptan yapılmışsa *actio exercitoria*; bunlardan hiçbiri yok fakat bu işlemin yapılmasına aile reisi izin ya da icazet vermişse *actio quod iussu* açabiliyordu. Zaman içinde bu davaların uygulama alanı iyice genişlemiş ve artık yapılan işlemden aile reisinin herhangi bir şey kazanmış olup olmadığına göre, eğer malvarlığında bir artış olmuş ise, artış oranında de *in rem verso* dava açma hakkı tanınmıştır. Umur, **Roma Hukuku**, s. 434.

213 Petit, **a.g.e.**, s. 322. "*Si quis alii, quam cuius iuri subiectus sit, stipuletur, nihil agit* (Eğer bir kimse hakimiyeti altında bulunduğu kimseden başka birisi için *stipulatio* yaparsa hiçbir borç doğmaz)". Bu parça için bkz. I. 3,19,4.

214 Ortolan, **a.g.e.**, N. 1342.

215 Üçüncü kişi lehine sözleşmelerdeki durum için bkz. I. 3,19,4.

farklıdır; zira bu ikinci halde *stipulatio* geçerli olarak varlık kazanamaz[216]. Bununla birlikte ilginçtir ki, aile reisinin aile evladı ya da kölenin edimini söz verdiği *stipulatio*'nun geçersizlik nedeni, taahhüt sözleşmeleri için öngörülen hükümsüzlük esası değil, aile babasının *peculium*[217] üzerindeki tasarruflarına getirilen yasaklardır[218].

Peculium kanunlarının dayattığı sınırlama D. 45. 1. 39'da yer alan metinde net olarak görülmektedir:

> D. 45. 1. 39 *PAULUS libro duodecimo ad Sabinum*
>
> "*Dominus servo stipulando sibi adquirit: sed et pater filio, secundum quod leges permittunt*"
>
> D.45.1.39 Paulus'un *Sabinianus*'lar hakkındaki 12. kitabından
>
> "Kölesi için *stipulatio* akdeden efendi kendisi için (kendi lehine) kazanır ve oğlu adına *stipulatio* akdeden baba ise, kanunlar tarafından izin verildiği kadarıyla"[219].

Üçüncü kişinin fiilini taahhütler bakımından üzerinde durulması gereken bir diğer özel durum mirasçılara ilişkindir. Mirasbırakanın devamı olmaları sebebiyle mirasçıların, mirasbırakanın kendisi gibi kabul edilip, onların edimlerine ilişkin taahhütlerin geçerli sayılıp sayılamayacağı meselesi, hükümsüzlükle ilgili tartışmalarda daima gündemde olmuştur. Özellikle Romalıların, üçüncü kişinin fiilini taahhüt yasağını dolanmak için bu tür taahhütleri çoğu zaman mirasçıları devreye sokarak yapmaya çalışmaları Roma hukukçularının bu konuda daha uyanık davranmalarını gerektirmiştir.

---

216 D. 45.1.130. Bu hususta ayrıca bkz. Ortolan, **a.g.e.,** N. 1342.

217 *Peculium,* köle ya da aile evlatlarına aile babası tarafından kullanıp işletmeleri için verilen seramyenin ismidir. Umur, **Lügat,** s. 401.

218 Ortolan, **a.g.e.**, N. 1342.

219 Metinde dikkati çeken özellik, *stipulatio*'nun hükümlerinin kanunların izin vediği ölçüde doğacağı bildirilirken sadece babanın oğlu hesabına yaptığı *stipulatio*'ların dikkate alınmasıdır.

Klasik dönem boyunca mirasçılar, üçüncü kişi konumunda kabul edilerek bunların edimlerini konu alan taahhütlere yaşam hakkı tanınmamıştır. Mirasçının edimi konulu taahhütlere dair hükümsüzlük Gai. I. 3,100'de şöylece açıklanmaktadır:

> *Denique inutilis est talis stipulatio, si quis ita dari stipuletur: POST MORTEM MEAM DARİ SPONDES? vel ita: < POST MORTEM TUAM DARİ SPONDES? valet autem, si quis ita dari stipuletur: CUM MORIAR DARI SPONDES? vel ita>:CUM MORIERIS DARI || SPONDES? id est ut novissimum vitae tempus stipulatoris aut promissorisobligatio conferatur; nam inelegans esse visum est ab heredis persona incipere obligationem. Rursum ita stipulari non possumus: PRIDIE QUAM MORIAR, aut: PRIDIE QUAM MORIERIS, DARI SPONDES? quia non potestaliter intellegi pridie quam aliquis morietur, quam si mors secuta sit; rursus morte secuta in praeteritum reducitur stipulatio et quammodotalis est: HEREDI MEO DARI SPONDES? quae sane inutilis est.*
>
> Son olarak bir kimse bir şeyin verileceğine ilişkin şöyle bir *stipulatio* akdettirirse; BENİM ÖLÜMÜMDEN SONRA VERİLECEĞİNİ TAAHHÜT EDİYOR MUSUN? veya şöyle; SENİN ÖLÜMÜNDEN SONRA VERİLECEĞİNİ TAAHHÜT EDİYOR MUSUN? böyle bir *stipulatio* hükümsüzdür, eğer bir kimse bir şey verileceğini şöylece taahhüt ettirirse: BENİM ÖLÜMÜM İLE VERİLECEĞİNİ TAAHHÜT EDİYOR MUSUN? bu, geçerli olur; burada borç taahhüt edenlerin veya taahhüt edilenlerin yaşam süresinin en sonuna kadar geciktirilmektedir: çünkü mirasçıların şahsında borcun doğumu zevksiz görünür (hukuk zevkine ters düşer). Şöyle bir taahhüt de yapamayız: ÖLÜMÜMDEN BİR GÜN ÖNCE, veya ÖLÜMÜNDEN BİR GÜN ÖNCE VERİLECEĞİNİ TAAHHÜT EDİYOR MUSUN? zira ölümden bir gün öncesi ölüm sonrası gelmeden başka türlü bilinemez; üstelik ölümünden sonra *stipulatio*, şöyle bir tarzda geçmişe bırakılır ki "BENİM MİRASÇILARIMA VERİLECEĞİNİ TAAHHÜT EDİYOR MUSUN? ki bunun da hükümsüz olduğu kesindir"[220].

[220] Ayrıca bkz. I. 3,19,13.

Metinde ilk olarak ölüm sonrası hüküm ifade etmesi istenen taahhütler ile ölüm ile hüküm doğurması istenenler arasında bir ayrım yapılmaktadır. "Ölümümden sonra verileceğini taahhüt ediyor musun?" *stipulatio*'su mirasbırakanın üzerinde değil, onun ölümünden sonra ilk kez mirasçılarının üzerinde hüküm doğuracağı için geçersizdir. Halbuki *stipulatio*'nun geçerli olması için borcun önce mirasbırakan üzerinde doğup daha sonra mirasçılara intikal etmesi gerekirdi[221]. Fakat aynı durum "ölümüm ile verileceğini taahhüt ediyor musun?" *stipulatio*'sunda mevcut değildir; çünkü burada ilk kez mirasbırakan üzerinde canlanacak bir borç vardır ve mirasbırakanın ölümünden sonra terekeye dahil olarak mirasçılar tarafından ödenecektir[222].

Mirasçıların isimlerinin anıldığı *stipulatio*'ların genel kurala tabi olarak hükümsüz kabul edilmesi karşısında bu defa Romalılar, mirasçıların isimlerine hiç yer vermeksizin, "*ölümümden sonra*" veya "*ölümünden sonra*" kalıbında yahut benzer başka kalıplarda, ancak daha yanıltıcı bir biçimde akdedilen bazı *stipulatio*'lara tenezzül etmeye başlamışlardır. Mesela Titius, Marcellus'a "*ölümünden sonra vermeyi taahhüt ediyor musun?"* diye sorar, Marcellus da "*ölümümden sonra vermeyi taahhüt ediyorum*" diye cevap verirdi. Her ne kadar taahhüt eden, sadece kendi adından ve kendi ediminden bahsediyor gibi görünse de bu tür *stipulatio*'larda, borcun yine ilk kez mirasçının şahsında doğma olasılığı söz konusu olduğu için hükümsüzlük esası kaçınılmaz bir sondur. Bu bakımdan mirasçılara ismen hiç yer vermeyen *stipulatio*'larla mirasçıların isimlerinin tek tek sayıldığı *stipulatio*'lar arasında bir fark bulunmadığını belirtmek gerekir. Mirasçıların isimleri sayılmasa da, sözcüklerin kullanımından, borçların ilk kez onların şahsında doğmasını gerektirecek bir anlam çıkıyorsa *stipulatio* yine hükümsüz olur[223]. Metinden anlaşıldığına göre aynı hükümsüzlük esası "ölümden bir gün önce konulu" *stipulatio*'lar için de geçerlidir; çünkü ölümden bir gün öncesinin

---

221 Accarias, **a.g.e.,** N. 523; Girard, **a.g.e.**, s. 483.
222 Hubrecht, **a.g.e.**, s. 29; Collinet, Giffard, **a.g.e.**, s. 107.
223 Accarias, **a.g.e.**, N. 523. Ayrıca bkz. Gai. I. 3,117.

hangi tarih olacağını kestirebilmek ancak ölümün hangi tarihte gerçekleşeceğinin kesin olarak bilinmesinden sonra mümkündür[224].

B. Hükümsüzlük Esasının Iustinianus Hukukundaki Dönüşümü

Roma hukukunda hükümsüzlük esasının dönüşümü katı şekilcilik anlayışının gözden kaybolmasıyla paralellik arz eder. Iustinianus hukukundan önce başlayan bu gözden kayboluş Iustinianus hukukunda belirginleşmiştir.

Katı şekilcilik anlayışının zayıflaması ile borç doğuran gücün artık şekil değil, irade olduğu kabul edilmiştir. Nitekim bu durum, Iustinianus'un Institutiones'inde, I.3,19,13'te, yer alan *"...ex consensu contrahentium stipulationes valent..."* yani *"...akdedilen stipulatio" lar iradelerin uyuşmasından (dolayı) geçerlidir. ..."* biçiminde ifade edilmiştir. Artık şekil ile irade birbirinde ayrılıyor ve borç doğuran güç *nudus consensus* olarak kabul ediliyordu[225].

Katı şekilciliğin sona ermesinin temelinde yatan neden, Roma'nın kendisine özgü geleneklerine dayanan *stipulatio*'nun, zamanla imparatorluk içinde yaşayan ve birbirinden farklı kültür ve geleneklere sahip değişik halklara uygulanmaya başlaması ile unutulmaya yüz tutmasıdır. Nitekim Iustinianus hukukuna gelindiğinde artık yüzyıllar içinde dış etkiler sonucu bozulmuş bir *stipulatio* karşısında bulunulur. Ancak sözlü karaktere olan bağlılık zayıflamış olsa da, bu karakterin halen devam ettiğini söylemek yanlış olmaz. Nitekim Eski Hukuk ve Klasik Hukuk devirlerine ait soru ve cevap için mutlaka belirli sözcüklerin seçilmiş olması, soru ile cevabın birbirine uygun olması ve zaman aralığı olmaksızın birbirini takip etmesi, tarafların hazır bulunması gibi özellikler eskisi kadar olmasa da Iustinianus hukukunda da mevcuttur. Öte yandan denilebilir ki Eski Hukuk devri sözcüklerinin mutlaka

---

224 Accarias, **a.g.e.**, N. 523.

225 Georges Cornil,"Explication Historique de la Règle «Alteri Stipulari Nemo Potest»", **Studi In Onore Di Salvatore Riccobono,** Nel XL Anno del Suo Insegnamento IV, Palermo, Artı Grafiche G. Castiglia-Editore, 1936, s. 243.

telaffuzunu aramayan Iustinianus sayesinde, *stipulatio*'nun görünürde şekilciliği, özde şekilcilik ile yer değiştirmiştir[226].

Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün hükümsüzlüğü Iustinianus hukukunda da korunmuştur. Bir kimsenin kendi edimi yerine başkasının edimini taahhüt ettiği *stipulatio*'nun hiçbir hükmü olmayacağı kesin olarak kabul edilmiştir[227]. Burada ilginç olan, Iustinianus'un, hükümsüzlüğü sadece taahhüt edenler açısından açıklamış olmasıdır. Hükümsüzlük metinlerinde, özellikle I. 3,19,21'de taahhüt edenin, borçlanma iradesine sahip olmaksızın borç altına giremeyeceği belirtilmiş, ancak üçüncü kişinin durumuna hiç değinilmemiştir. Demelombe, Iustinianus'un bu konudaki sesizliğinin nedenini, söz konusu taahhüdün üçüncü kişiler açısından bağlayıcı olmayacağının, çok daha önceden, bir emirname[228] ile hüküm altına almış olmasında görmektedir[229]. Buna göre aynı hükümsüzlük yaptırımı üçüncü kişi açısından da geçerlidir. Ancak bu defa üçüncü kişinin borçlandırılamamasının nedeni, *stipulatio*'ya ait katı şekil şartlarının yerine getirilmeyişi değil, üçüncü kişinin kendisinde sözleşmeye katılmak yönünde bir iradenin bulunmayışıdır. Diğer taraftan tekrar vurgulamak gerekir ki Iustinianus, taahhüdün geçersizliğini üçüncü kişi açısından olmasa bile taahhüt eden açısından kesin olarak ifade etmiş ve geçersizliği taahhüt edenin kendi edimini vaat etmemiş olmasına bağlamıştır. Zira kendi edimi yerine başkasının edimini sözleşme konusu olarak tespit eden kimse, borçlanma iradesine sahip değil olarak kabul edilmiştir[230].

Iustinianus döneminde üçüncü kişinin fiilini taahhütler konusunda yapılan köklü değişiklik mirasçılar bakımındandır. Önce 528 yılında mirasbırakanın hem kendi adını hem mirasçısının adını anarak yaptığı ortak *stipulatio*'lar, hemen arkasından 531 yılında "ölümümden sonra" veya ölümümden bir gün önce" konulu *stipulatio*'lar iki aşamalı bir geçiş işlemi ile geçerli sayılarak mirasçının edimini konu

---

226 Victor De Gautard, **Les Rapports entre la Stipulation et l'Ecrit Stipulatoire dans la Législation Romaine, Classique et Byzantine,** Lausanne, Vevey, Imprimerie Säuberlin & Pfeffier SA, 1931, s. 45 vd. ve özellikle s . 49-50.

227 I. 3,19,3; I. 3,19,21.

228 C. 4, 12.

229 Demelombe, **a.g.e.**, N. 205- 206.

230 Ortolan, **a.g.e.,** N. 1336.

alan anlaşmaların hükümsüzlüğünü kabul eden klasik devrin katı kuralından taviz verilmiştir[231].

Mirasbırakanın mirasçının edimini taahhüt ederek akdettiği borç, ölümü ile birlikte mirasçıya intikal edecek ve mirasçı artık mirasbırakanın terekeye dahil olan bu borcundan sorumlu olacaktır[232]. Mirasçıların edimlerini konu alan *stipulatio*'larla ilgili değişiklik düzenlemesi I. 3,19,13'te[233] açıkça ifade edilmiştir:

> *Post mortem suam dari sibi nemo sipulari poterat, non magis quam post eius mortem, a quo stipulabatur. Ac ne is, qui in alicuius potestate est, post mortem eius stipulari poterat, quia patris vel domini voce loqui videtur. Sed et si quis ita stipuletur «pridie quam moriar» vel «pridie quam morieris dari?», inutilis erat stipulatio. Sed cum, ut iam dictum est, ex consensu contrahentium stipulationes valent, placuit nobis etiam in hunc iuris articulum necessariam inducere emendationem, ut, sive post mortem sive pridie quam morietur stipulator sive promissor stipulatio concepta est, valeat stipulatio.*
>
> Hiç kimse kendi ölümünden veya taahhüt edenin ölümünden sonra bir şey verilmesini kararlaştıramazdı. Hatta başkasının hakimiyeti altında bulunan

---

231 Girard, **a.g.e.**, s. 482. Accarias, mirasçıların fiilini taahhüdün, hükümsüzlük esasının teorik olarak reddi anlamına gelmeyeceğini öne sürmektedir. Başka deyişle Iustinianus'un söz konusu istisnayı ilk kez mirasçı üzerinde borç doğuracak şekilde kabul etmiş olduğu düşünülemez. Bu durumda mirasçının fiili vaat edilse bile borç, mirasçı üzerinde değil, taahhüt eden üzerinde doğacak ve mirasçılara daha sonra geçecektir. Accarias, **a.g.e.**, N. 523.

232 Bu tür taahütlerin geçerli kılınmasının etkisi başka hukuki alanlara da yansımış ve geçerlik kuralına uygun olacak bazı düzenlemeler yapılmıştır. Mesela Gai. I. 3,176'da görülen, "…*a Titio post mortem eius*…", I. 3,29,3'ten çıkarılmıştır. Söz konusu metinlerde *novatio*'dan bahsederken, başka bir kimsenin araya girmesi nedeniyle eski borcun ortadan kalkacağı ve ikinci *stipulatio* bünyesinde yenileneceği ve fakat, ikinci *stipulatio* herhangi bir geçersizlik sebebiyle hükümsüz olduğunda bu yenilemenin gerçekleşmeyeceği ve bu durumda hakkın kaybedileceğinden bahsedilmektedir. Çünkü ilk *stipulatio*, yenileme nedeniyle ikinci *stipulatio* bünyesine intikal ederek sona ereceğine ve ikinci *stipulatio* ise, hükümsüzlük esası gereğince geçersiz olacağına göre ortada takip edilecek bir hak kalmayacaktır. İşte burada *stipulatio*'yu hükümsüz kılacak hallere örnek verilirken, vasinin *auctoritas*'ı olmaksızın bir küçük ya da kadınla yapılan *stipulatio*'ların yanısıra Gai. I. 3, 176'da, "Titius'un ölümünden sonra verilmek üzere" konulu ölüm sonrası *stipulatio*'lar da sayılmış; ancak I. 3,29,3'te, ölüm sonrası *stipulatio*'ların geçerliğinin kabulüne ilişkin düzenlemeye istinaden eksi düzenlemeyi hatırlatan bu tür ifadeler metinden çıkarılmıştır. Bu konuda bkz. Di Marzo, **a.g.e.**, s. 406 dn. 12.

233 Metnin çevirisi; Gaius, **Institutiones, Borçlar Kısmı,** Çev. Türkan Rado, İstanbul, y.y., 1953 isimli eserin s. 256 ve 257'sinden büyük oranda yararlanılarak elde edilmiştir.

kimse bile, hakimiyeti altındakinin ölümünden sonra bir şey verilmesini taahhüt ettiremezdi, zira babasının veya malikinin (köle için efendi veya malik tabiri kullanılırdı) adına konuştuğu kabul edilmektedir. Şu şekilde yapılan bir *stipulatio* bile : «ben ölmeden bir gün evvel» veya «sen ölmeden bir gün evvel vermeyi taahhüt ediyor musun?» hükümsüz bir *stipulatio*'ydu. Fakat söylemiş olduğumuz gibi, *stipulatio*'ların geçerliği sözleşen tarafların iradelerinin uyuşmasına bağlı olduğu için, hukukun bu noktasında, bir ayrım yapma gereğini hissettik; bu suretle, vaat edenin veya vaat ettirenin ölümünden sonrası veya ölümünden bir gün öncesi düşünülerek yapılmış olan *stipulatio*'yu geçerli kıldık.

Böyle bir durumda borcun mirasçılara aynı ölçüde geçeceğini D. 45. 1. 56'dan anlıyoruz:

D. 45. 1. 56. 1 *Idem libro quinquagensimo secundo digestorum: "Te et Titium heredem tuum decem daturum spondes? Titii persona supervacua comprehensa est. Sive enim solus heres exstiterit, in solidum tenebitur: sive parte, eodem modo quo ceteri coheredes eius obligatur: et quamvis convenisse videatur ne ab alio herede quam a Titio peteretur, tamen inutile pactum conventum coheredibus eius ecrit".*

D. 45.1.56.1: Digesta'nın 52. kitabından aynen: "Sen ve senin mirasçın Titius'un on vereceğini taahhüt ediyor musun? Titius'un şahsı hükümsüz olarak kararlaştırıldı (Titius'un ismi gereksiz yere zikredildi). Onun yükümlülüğü ya yalnızca mirasçı tarafından tek başına üstlenilecek: Ya da kalan tüm mirasçılar tarafından kısmen yüklenilecek: ve her ne kadar uygun görülürse de mirasçıların her birinden değil, Titius'tan istenilece, bununla birlikte bu pactum (anlaşma) mirasçıların her biri hakkında hükümsüz olacak".

Diğer taraftan borcun herhangi bir mirasçıya geçmesi isteniyorsa mirasbırakan borcu yalnızca o mirasçıya intikal ettirecek şekilde diğerlerini belirli mal vasiyeti ile borçtan kurtarması gerekirdi[234].

III. Ortak Hukuk Döneminde Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüdün Gelişimi

A. Ortak Hukuk Döneminde Genel Hukuki Yapı

M.S. III. yy. dan itibaren artarak devam eden siyasi, sosyal ve ekonomik bunalımların etkisi ile[235] giderek zayıflayan Roma İmparatorluğu 395 yılında Batı ve Doğu Roma olarak ikiye ayrılmıştır. Kısa süre sonra Batı Roma, bu topraklara göç eden Cermen kavimlerin istilalarına dayanamayarak 476 yılında yıkılmış, Doğu Roma ise Fatih Sultan Mehmet'in İstanbul'u fethettiği 1453 yılına kadar varlığını sürdürmüştür[236]. Roma İmparatorluğunun siyasal güç kaybettiği bu tarihlerden başlayarak günümüz milli kanunlarına uzanıncaya dek üçüncü kişinin fiilini taahhüdün gelişim seyrini anlayabilmek için siyasi bölünmüşlüğün ardından ve özellikle Batı Roma'nın yıkılışı sonrası yeryüzünde nasıl bir hukusal düzenin var olduğunu bilmek gereklidir. Zira tarihin en eski çağlarından beri var olan ve Roma hukukunda gelişim gösteren üçüncü kişinin fiilini taahhüt, kurumsal anlamda ortaya çıkışını XIX. yy. kanunlaştırma hareketlerine borçludur. Bu dönemde kaleme alınan milli kanunlar üçüncü kişinin fiilini taahhüt düzenlemesine yer vererek günümüz üçüncü kişinin fiilini taahhüdün esasını ve içeriğini oluşturmuşlardır. İşte Türk hukukundaki üçüncü kişinin fiilini taahhüt düzenlemesi de temelini bu milli kanunlardan almıştır. Türkiye, 1926 yılında İsvçre Medeni Kanununun iktibası ile Kıta Avrupa'sı hukuk sistemine dahil olmuştur. Dolayısıyla üçüncü kişinin fiilini

---

234 Accarias, **a.g.e**., N. 523. Bu husus ayrıca üçüncü kişi lehine sözleşmeler açısından da ele alınmıştır. D. 45.1.137.8'deki metin bunun kanıtıdır: "*Praeterea sciendum est, quod dari stipulemur, non posse no suni ex heredibus adquiri sed necesse esse omnibus adquiri: at cum quid fieri stipulemur, etiam unius personam recte comprehendi*".

235 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Bülent Tahiroğlu, "Roma Devletinin İktisadi Krizleri", **İÜHFM,** C: 45- 46- 47 (Doğumunun 100. yılında Atatürk'e Armağan), Sayı No: 1-4, 1979-1980-1981, s. 677 vd.

236 Tahiroğlu, Erdoğmuş, **a.g.e.,** s. 34-35.

taahhüdün Kıta Avrupa'sı hukuklarındaki gelişimi Türk hukuk tarihi açısından da önemlidir.

Denilebilir ki siyasi parçalanma sonrası süreçte yine Roma hukuku merkezli bir düzen hakim olmuştur. Gerçekten Roma İmparatorluğu içten içe yaşadığı güç kaybı ve siyasi bölünmüşlüğe rağmen hukuk alanındaki etkisini sonraki çağlarda da devam ettirmiştir. İmparatorluk yıkılmasına rağmen İmparatorluğun hukuku özellikle Ortaçağ Avrupa'sında bazen doğrudan bazen dolaylı olarak uygulanmış, XIX. yy. kanunlaştırma hareketlerine kadar gelebilmiş ve sonunda mili kanunların temelinde yer almıştır[237].

Siyasi bölünmenin ardından Roma hukuku Batıda ve Doğuda farklı istikametlerde yol almıştır[238]. Merkezi Roma olan İtalya ve civarına hakim olan Batı Roma, bu topraklara göç eden ve tarihte Barbar kavimler olarak adlandırılan[239] Cermen ırkından toplulukların birbiri ardı sıra devam eden saldırılarıyla daha fazla baş edemeyerek 476 yılında yıkılır[240]. Batı Roma'nın yıkıntıları üzerine kendi krallıklarını inşa etmekte gecikmeyen Cermenler, başta Roma hukukundan uzak durmuşlardır. İlk etapta bu kavimler, kendi örf adet ve geleneklerinin ürünü olan kuralları benimseyerek önceki yaşantılarını bu topraklara aynen taşımışlardır. Ancak Batı Roma yıkılmasına rağmen halen bölgede yaşamaya devam eden yerli Roma halkına kendi örf ve adet hukuklarını dayatma yoluna gitmemişlerdir. Romalı'ya Romalı'nın hukukunu uygulamak gerektiğini düşünen Cermenler, bu amaçla Roma hukuku üzerine çalışmalar başlatmışlardır. Cermenlerin Roma hukuku ile gerçek anlamdaki ilk tanışmaları bu şekilde olmuştur. Böylece bu topluluklar, V. ve VI. yy.' larda kendi tebaları için Cermen hukuku, Romalılar için ise Roma hukuku olmak üzere iki ayrı hukuk sistemi benimseyerek hukukta ikilik[241] yaratmaları ile dikkati

---

237 Özcan Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku: Tarihi Giriş-Kaynaklar- Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku-Hakların Korunması,** Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Dokuzuncu Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2004, s. 30 vd.

238 Umur, **Roma Hukuku,** s. 279.

239 Petit, **a.g.e**., s.39 N. 45

240 Petit, **a.g.e.**, s. 40 dn. 45; Umur, **Roma Hukuku,** s. 134. Batı Roma'nın 476 yılında yıkılışı, tarihte Eski Çağı kağatıp Ortaçağ'ı açmıştır. Tahiroğlu, Erdoğmuş, **a.g.e.,** s. 88.

241 Hukukta ikilik özellikle sözleşmeler alanında baskındır. A. Esmein, **Etudes sur les Contrats dans le très-ancien Droit Français,** Paris, L. Larose et Foncel 1883, s. 5 vd. ve özellikle s. 7.

çekerler[242]. Çok geçmeden, VIII. yy.'dan itibaren, Roma kurumları unutulmaya ve Cermen gelenekleri içinde kaybolmaya yüz tutar ve bu unutulmuşluk, *glossator*'lar tarafından Roma hukuku üzerine yeni ve parlak çalışmaların başlayacağı XII. yy'a kadar devam eder[243].

Doğu'da ise Roma hukuku daha farklı bir seyir izlemiştir. Roma İmparatorluğu, Doğu topraklarında merkezi İstanbul olmak üzere, 395 yılında Fatih Sultan Mehmet'in İstanbul'u fethettiği 1453 yılına kadar siyasi varlığını sürdürmüş, ancak Roma hukukunu koruyamamıştır. Roma hukuku Doğu'da gerilemeye başlamış sadece 527 yılında iktidara gelen Iustinianus ile birlikte geçici bir zaman için canlanmıştır. 527'den 565'e kadar geçen zaman zarfında Iustinianus, Roma'nın eski görkemli dönemlerini ve zamana uyarlanmış şekli ile de olsa Roma hukukunu yeniden canlandırmayı başarmıştır[244]. Öyle ki Batı Roma toprakları bile kısa süreliğine ele geçirilmiş ve bu topraklarda da Roma uygarlığının tekrar hüküm sürmesi sağlanmıştır. Siyasi birliği yeniden sağlamak için büyük çabalar sarf eden İmparator, aynı kararlılığı hukuksal birliği sağlamak yönünde de göstererek sonraki yüzyıllarda Corpus Iuris Civilis adını alacak olan ünlü kanunnamesini oluşturmuştur[245]. Ancak eski Roma kültür ve uygarlığını her alanda birleştirme düşüncesi Iustinianus'un ölümünden sonra bir kenara itilmiş ve Doğu Roma İmpartorluğu, Doğu ülkelerinin etkisi altında, içinde çok çeşitli unsurları barındıran yeni bir kültür ve uygarlığın temsilcisi haline gelmiştir[246]. Doğu'daki bu gelişim çizgisi altında modern Romanistler, Roma hukukunu Iustinianus'un ölüm tarihi olan 565 yılında sonlandırırlar. Bu tarihten sonra Doğu'da devam eden hukuk artık Roma hukuku değil, bambaşka bir uzmanlık konusu olan ve ayrı bir bilgi birikimini gerektiren Bizans hukukudur[247].

---

242 Jean Imbert, **Histoire du Droit Privé,** Paris, Presses Universitaires de France, 1950, s. 12 vd.
243 Imbert, **a.g.e.**, s. 14; Kosckaker, Ayiter, **a.g.e.**, s. 35.
244 Tahiroğlu, Erdoğmuş, **a.g.e.,** s. 33-34.
245 Schwarz, **Roma Hukuku,** C:I, s. 144 vd., Çelebican, **a.g.e.**, s. 55.
246 Çelebican, **a.g.e.**, s. 55.
247 Çelebican, **a.g.e.**, s. 61; Umur, **Roma Hukuku,** s. 279 ve s. 134; Tahiroğlu, Erdoğmuş, **a.g.e.,** s. 33-34.

XII. yy.'ın başlarından itibaren Batı'da Roma hukuku, XX. yy.'a kadar devam edecek parlak bir gelişme çağına girer. Roma hukukuna gösterilen yakın ilgi, Avrupa toplumlarında Haçlı seferleri ve yeni ticaret yollarının bulunması gibi hareketliliklerin hukuk alanına yansıması ile başlamış ve İtalya'nın Pisa şehrinin bir kütüphanesinde unutulmuş olan el yazması Digesta'nın bulunması ile artarak devam etmiştir. Corpus Iuris Civilis'i ve özellikle Digeta'yı skolastik yöntemle inceleyen ve çalışma tarzlarından dolayı *glossator*[248] adını alan bu dönem hukukçuları İtalya'nın Bologna şehrinde bir hukuk okulu[249] kurmuşlardır. Çevresinde kısa sürede ün yapan okul, Avrupa'nın çeşitli bölgelerinden gelen hukuk öğrencilerine ev sahipliği yaparak Roma hukukunun yayılmasında etkin rol almıştır[250]. Bu hukuk okullarında yetişen öğrenciler ülkelerine döndükleri zaman Roma hukuku bilgilerini de yanlarında götürüyorlar ve karşıların çıkan hukuki sorunların çözümünde kendi memleketlerinin ilkel hukukularına göre çok ileri seviyede bulunan Roma kavram ve kurumlarını kullanarak Roma hukukunu yeryüzüne yayılmasında önemli bir görev ifa ediyorlardı. Böylece Bologna ve diğer hukuk okulları Roma hukukunu yeni nesil üzerinden devam ettiriyordu[251].

Diğer taraftan imparatorlar arasındaki güç mücadeleleri, imparatorların kendilerini Roma'nın halefi olarak sayma çabalarını perçinliyor ve bu çabalar çok defa, Roma hukuku desteğini arkalarında hissetmek isteyen imparatorların, Roma hukukunu yürürlükte bir hukuk olarak ilan etmeleri ile sonuçlanıyordu. Tüm bu nedenlerin etkisiyle Roma hukukunun etkinliği arttı ve XII. yy.'da başlayan çalışmalar, izleyen yüzyılda Roma hukukunu önce güneye sonra kuzeye taşıdı,

---

248 *Glossator*'lar, isimlerini "*glossa*" adı verilen küçük notlardan alırlar. Bu hukukçular, Corpus Iuris Civilis'in ve özellikle Digesta'nın satır aralarına veya boş buldukları kenarlara düştükleri açıklayıcı bir takım notlarla çalıştıkları için bu isimle anılmışlarıdır. Kosckaker, Ayiter, **a.g.e.**, s. 36.

249 Bologna hukuk okulundan önceki hukuk okulları için bkz. Paul Vinogradoff, **Ortaçağ Avrupa'sında Roma Hukuku,** yay. haz. Mehmet Tevfik Özcan, Çev. Ferhat Düzgören, Sevtap Metin, Ahmet Ulvi Türkbağ, Erol Öz, Taner Ayanoğlu, y.y., Göçebe Yayınları, t.y., s. 44 vd. ve özellikle s. 51-52.

250 Petit, **a.g.e.**, s. 52- 53.

251 Çelebican, **a.g.e.**, s. 32.

böylece Roma hukuku, birçok Avrupa ülkesine yayıldı ve böylece Roma hukukunun iktibas edildiği bir döneme girildi[252].

XII. yy.'dan başlayarak çeşitli Avrupa ülkeleri tarafından iktibas edilen Roma hukuku söz konusu gelişmelerin etkisi ile bu andan itibaren artık bir ortak hukuk (*ius commune*) halini almaya başlar. Her ülkenin örf ve adetleri birinci derece hukuk olarak uygulanıyor ancak orada hüküm bulunmayan hallerde Roma hukukuna başvurularak Roma Hukuk kuralları ikinci derece ama doğrudan tatbik ediliyordu[253].

XII. yy.'dan başlayıp XIX. yy. kanunlaştırma hareketlerine kadar süren ortak hukuk uygulaması[254], XV. yy.'da Almanya tarafından resmiyete döküldü. 1495 yılında Alman İmparatorluk Mahkemesi Roma hukukunun resmi hukuk olarak ilan ederek bu hukuka Corpus Iuris Civilis'in en önemli kısmı olan Digesta'nın öteki ismiyle[255] Pandekt Hukuku adını verdi. Pandekt Hukuku adı altında Roma hukuku, XVI., XVII. ve XVIII. yy.'larda Alman kültürünün egemen olduğu ülkelerde bilim ve uygulamanın ihtiyaçlarına cevap verecek tarzda uyarlanarak geliştirildi[256] ve *Usus Modernus Pandectarum* (*Pandectae*'ın modern usulle kullanılması) doktrini ile yeni bir kılığa büründü[257]. Doğal Hukuk Öğretisi ve Tarihçi Hukuk Okulu'nun karşılıklı tartışmaları altında şekillenen Roma Hukuk ilkeleri XIX. ve XX. yy. kanunlaştırma herektlerine kadar ikincil hukuk olarak uygulanabilirliğini sürdürdü ve günümüz milli kanunlarının temelinde yer almayı başardı[258].

---

252 Imbert, **a.g.e.**, s. 23; Tahiroğlu, Erdoğmuş, **a.g.e.,** s. 95.

253 Umur, **Roma Hukuku,** s. 288; Tahiroğlu, Erdoğmuş, **a.g.e.,** s. 98; Çelebican, **a.g.e.,** s. 91. Ortak hukuk olan Roma hukukunun yerel hukuklarla ilişkisi "şehir hukuku ülke hukukundan, ülke hukuku ortak hukuktan önce gelir" sözleri ile ifade edilmektedir. Schwarz, **Roma Hukuku,** C: I, s. 166- 167.

254 Çelebican, **a.g.e.**, s. 94; Umur, **Roma Hukuku,** s. 288-289.

255 Alman devletlerinde *Pandectae*, Didesta'nın diğer adıdır. Bu husuta bkz. Çelebican, **a.g.e.**, s. 93 dn. 64.

256 Çelebican, **a.g.e.**, s. 33 dn. 12.

257 Umur, **Roma Hukuku,** s. 289.

258 Tahiroğlu, Erdoğmuş, **a.g.e.,** s. 35. Bugün Avrupa milli kanunların temelini ortak hukuk olan Roma hukuku oluşturur. Fakat ortak hukukun esasını oluşturan Roma hukukunun klasik Roma hukukundan çok farklıdır. Ortak hukuk karakterini taşıyan Roma hukuku, bir yandan Kanonik hukukun diğer yandan yerel hukukların ve özellikle de Cermen hukukunun etkisi altında kalmış ve böylece klasik kökenlerinden uzaklaşarak özünü kaybetmiştir. Umur, **Roma Hukuku,** s. 288-289.

B. Ortak Hukuk Öncesi Dönemden Gelen Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt İle İlgili Uygulamaların Yansıması

V. yy.dan başlayarak yaklaşık XII. yy. sonlarına kadar devam edecek ortak hukuk öncesi dönemde, Batı Roma'nın yıkılması ile boşalan siyasal iktidara Franclar, Gotlar, Burgonlar, Vandallar gibi Cermen ırkından çeşitli kavimler hakim olmuşlar ve bunlar kısa sürede kendi krallıklarını ilan etmişlerdi[259]. Bu tarihlerden itibaren XII. yy.'a kadar sürecek yaklaşık altı yüzyıllık dönemde Cermen kavimlerin yönetimi altında tam bir şiddet ve kargaşa hakim olmuş; korku içinde yaşayan insanlar, korunma güdüsüyle küçük feodal beyliklerin gölegesi altında yaşamaya başlamışlardır. Sosyal yaşantının basitleşmesinin etkisi hukuk alanına da yansımış ve Roma hukukun yerini ilkel seviyedeki Barbar gelenekler almıştır. Bu dönemde düşünceye ve bilgiye dayanan hukuk kültürü giderek azalır ve hukuk kuralları çoğu kez manastır rahiplerinin tekelinde oluşur. Hukuk işleri kesinlikle kimsenin ilgisini çekmez ve hukuki uyuşmazlıklarla ilgilenenler, diğer işleri arasında hukukla da meşgul olma zahmetini ve lütfunu gösteren kilise mensuplarından başkaları değildirler[260].

Cermen dönemde dikkati çeken özellik hukuk alanında görülen ikiliktir. Zira bu kavimler, aralarındaki uyuşmazlıklar için kendi örf ve adetlerini, Cermen hakimiyetine rağmen henüz bu toprakları terk etmemiş yerli Roma halkı için ise Roma hukukunu uygulayarak iki ayrı hukuk sistemini aynı anda yaşatmışlardır[261].

V. yy.'dan XII. yy.'a kadar devam eden bu dönemin hukuku hakkında güvenilir bir yargıya ulaşmak zordur. Ancak kesin olarak bilinen, Roma hukuk kültüründe bir düşüş yaşandığı ve Cermen örf ve adet hukukunun etkinlik

---

259 Çelebican, **a.g.e.**, s. 86.

260 Jean Gaudemet, **Les Naissances du Droit,** 3. éd., Paris, (y.y.), 2001'den naklen: Tahiroğlu, Erdoğmuş, **a.g.e.**, s. 88-89.

261 Imbert, **a.g.e.**, s. 12-13; E. Glasson, **Précis Elémantaire de l'Histoire du Droit Français,** Paris, Librairie Cotillon, 1904, s. 57. Batı Roma topraklarını istila etmeden önce tabi oldukları gelenekleri bu topraklara taşıyan Cermenlerin örf ve adet hukukları hakkında bilinenler çok azdır. Cermen örf ve adet hukuku son derece basit bir karakter taşımaktadır ve örfi olarak yaratılan hukuk, varlığını yine örfi olarak devam ettirmektedir. Orhan Münir Çağıl, "Garp Hukuk Tarihinde Cermen Devri", **İÜHFM,** C: 23, Sayı No. 1-2'den Ayrı bası, İstanbul, y.y., 1958, s. 5.

kazandığıdır[262]. Böyle bir ortamda üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile ilgili bilgiler de son derece sınırlıdır. Bu dönemde kişisel teminat sözleşmeleri arasındaki sınır çizilmemiştir ve tüm teminatlar borçlunun borcunu ödeyeceğini temin eden bir işleve sahiptir[263].

Borçluyu cezai takibattan kurtarma amacını güden bu dönem teminatları yaygın olarak başkasının borcunun temin edildiği sözleşmeler görünümündedir. Başkasının borcunu ödeyeceğini taahhüt eden kimse bu taahhütten dolayı kişisel olarak sorumlu tutulurdu ve sorumluluk başlıca iki biçimde gerçekleşirdi: İlk olarak, borç ödeninceye kadar taahhüt edenin alacaklının hakimiyeti altına girmesiydi. Taahhüt eden, hakimiyet altına girmekle derhal özgürlüğünü kaybetmez, asıl borç ödeninceye kadar kendisine süre tanınırdı. Eğer bu süre içinde borç ödenmeyecek olursa alacaklının mülkiyetine dahil bir nesne gibi taahhüt eden üzerinde cezai takibata girişilirdi. Buna göre alacaklı, taahhüt edeni ya öldürür ya da esir olarak kullanırdı[264]. Sorumluluğun ikinci şekli ise borcun bizzat taahhüt eden tarafından üstlenilmesiydi. Bu durumda taahhüt eden, borcu kendisi ödemek zorunda kalır ve eğer ödeyemezse hakkında cezai takibata girişilmesi için kendisini alacaklıya teslim ederdi. Borcun ifasının üstlenildiği bu sonuncu durumda taahhüt eden, isterse borcu hemen ödemek yerine asıl borçluyu göz hapsinde tutma yoluna da gidebilirdi, ancak borçluyu göz hapsinde bulundurmada başarısız olur ve bu sebeple alacaklının haklarını haleldar ederse bu defa borcu ödemek zorunda kalır ve eğer ödeyemez ise, yine aynı cezai takibata maruz kalırdı[265].

Frank çağına gelindiği V. yy.'dan itibaren üçüncü kişinin fiilini taahhüt ihtiyacını karşılayan kurumların yaygın olarak kullanıldığı görülür. Özellikle bir kararın ifası veya borçlunun davada hazır bulunması teminatını veren kişilerin araya

---

[262] Çelebican, **a.g.e.**, s. 31; Imbert, **a.g.e.**, s. 12 vd. Bu dönemde gerçek bir Romanist bilimden bahsedilip edilemeyeceği hakkında bkz. Schwarz, **Roma Hukuku,** C: I, s. 158.

[263] Philippe Godding, "Les Sûretés Personnelles dans les Pays-Bas Méridionaux du XI. au XVIII. siècle", **Recueils de la Société Jean Bodin pour l'Histoire Comparative des Institutions,** C: XXIX/2, Moyen Age et Temps Modernes, 1971, s. 277; Gilissen, "Esquisse d'une Histoire Comparée des Sûretée Personnelles", s. 270

[264] Rehine kurumuna çok benzeyen bu uygulama hakkında bkz. Çağıl, "Garp Hukuk Tarihinde Cermen Devri", s. 22.

[265] Çağıl, "Garp Hukuk Tarihinde Cermen Devri", s. 22.

girmediği dava yok gibidir[266]. Ayrıca bu tür bir teminatı veren kişinin araya girmesi maddi bir menfaat elde etmekten çok ahlaki bir görevi yerine getirmek amacıyladır. Davalının yargılamada hazır bulunacağını veya kararın gereğinin yerine getirileceğini taahhüt eden kişi, borcu bizzat ifa etmek yerine borçlunun ifasını elde etmeye çalışırdı. Fikrimize göre bu özelliği ile bu dönemde üçüncü kişinin fiilini taahhüt, günümüzde artık çok farklı bir kurum olarak kabul edilen üçüncü kişinin fiilini temine çalışma vaadi ile eşdeğer olarak algılanmaktadır. Frank devrinin üçüncü kişinin fiilini taahhütlerle ilgili bu düşünce ve uygulama tarzı XII. yy.'a kadar devam etmiştir[267].

Yine Frank döneminde üçüncü kişinin fiilini taahhüt ihtiyacını karşılayan kurumlardan biri de "teminat kurma sözleşmesi" dir. Teminat kurma sözleşmesinde davalı, kendisinin davada hazır bulunacağını taahhüt edecek bir kişiyi bulamazsa, bir üçüncü kişiyi göstererek bu kişinin kendisi için güvence vereceğini vaat eder ve böylece üçüncü kişinin bu yöndeki fiilini taahhüt etmiş olurdu[268].

C. Örf ve Adet Hukukunda Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Anlaşmaları

XII. yy. 'dan XIX. yy.'a kadar devam eden ortak hukuk döneminin bu isimle anılmasının nedeninin, biri örf ve adet hukuku, diğeri Roma hukuku olmak üzere döneme hakim olan iki ayrı hukuk düzeni yukarıda bahsetmiştik[269]. Ortaçağ

---

266 Paul Ourliac, J. De Malafosse, **Histoire du Droit Privé**, I, Les Obligations, Paris, Presses Universitaires de France, ty., N. 129. Ayrıca bkz. J. Brissaud, **Manuel d'Histoire du Droit Privé à l'Usage des Etudiants en Licence et en Doctorat,** Paris, Ancienne Librairie Thorin et Fils Albert Fontemoing, 1908, s. 494 dn.3.

267 Ourliac, De Malafosse, **a.g.e.**, s. 154-155.

268 Gilissen, "Esquisse d'une Histoire Comparée des Sûretée Personnelles", s. 76- 77.

269 İki ayrı hukuk sisteminin uygulanıyor olması nedeniyle, ilk bakışta, ortak hukuk öncesi dönemde örf adet hukuku ile Roma hukuku olmak üzere görülen hukukta ikiliğin bu dönemde de devam ettiği izlenimi uyanabilir. Fakat ortak hukuk döneminin ortak hukuk öncesi döneme göre önemli bir farkı vardır: Ortak hukuk döneminde Roma hukuku örf ve adet hukukunu tamamlayıcı hukuk olarak kullanılmıştır. Örf ve adet hukukunda hüküm bulunmayan hallerde, örf ve adet hukukuna göre ileri bir seviyede bulunan Roma hukukuna başvurulur ve böylece hukuki meselelere dair boşluklar Roma hukuk kuralları ile doldurulurdu. Dolayısıyla bu dönemde Roma hukukunun sadece Romalılara değil, Cermenlere de uygulanan genel bir nitelik taşıdığını söylemek yanlış olmaz. Halbuki ortak hukuk öncesi dönemde Roma hukuku, sadece Romalılara uygulanan yerel bir bir nitelik taşıyordu. Bu dönemde görülen hukukta ikilik; örf ve adet hukukunun asli hukuk, Roma hukukunun ise tamamlayıcı hukuk olarak olarak uygulanması şeklinde değil; biri Cermen insanına, diğeri Roma insanına olmak üzere her iki hukukun da yanyana uygulanması

Avrupa'sının her bir bölgesinin kendine has örf ve adetleri asıl (birincil) hukuk olarak uygulanıyor; örf ve adet hukukunda hüküm bulunmayan hallerde ise Roma hukukuna başvurularak Roma hukuku tamamlayıcı (ikincil) hukuk olarak kullanılıyordu. Böylece Roma hukuku ortak hukuk anlamına gelen (*ius commune*) adını alıyordu[270].

Dönemin birincil hukuku olan örf ve adet hukukunda[271] kişisel teminatlar, günümüze kıyasla oldukça yaygın kullanılmaktadır ve üçüncü kişinin fiilini taahhüt ihtiyacını karşılayan teminat kurumları, bunlar arasında önemli bir yer tutar[272]. Bu dönemin başlarında kişisel teminatlara hakim olan başlıca üç özellik vardır: İlk olarak Eskiçağ toplumlarından beri görülen ve ortak hukuk öncesi Barbar örf ve adetlerinde de mevcut olan aile üyelerinin dayanışmasal sorumluluğu, ortak hukuk döneminin başlarında da devam etmiştir. Özellikle XI. yy.'dan XIII. yy.'a kadar olan süreçte hakim olan, aile üyelerinin birinin borcundan ötürü diğerlerinin de zorunlu olarak müteselsil sorumlu sayılmaları anlayışı yerini, ancak çok sonraları birysel teminat anlayışına bırakabilmiştir[273].

Yine bu dönemde kişisel teminatlar çok farklı türlerde karşımıza çıkar. Ancak bu türler birbirinden kesin çizgilerle ayrılmış olmayıp terminolojik ifadelerinde dahi birlik gösterirler. Bu dönem kişisel teminatlarını karakterize eden sonuncu özellik ise teminat veren kimsenin borcunun konusunun asla bir para borcundan ibaret olmamasıdır. Eldeki bilgi kaynaklarından anlaşıldığı kadarıyla XII. yy. sonuna kadar hiçbir teminat yükümlüsünün para ödeme borcundan bahsedilmemektedir. Bu dönem teminatlarının konusu asıl borçlu üzerinde bir baskı

---

görünümünde beliriyordu. Ayrıca ortak hukuk öncesi dönemde Roma hukuku, örf ve adet hukukuna olan bağlılığın etkisiyle giderek gözden kaybolurken ortak hukuk döneminde daima yükselmeye devam etmiştir. Bu konuda bkz. ve karş. Imbert, **a.g.e.**, s. 9 vd.

270 Umur, **Roma Hukuku,** s. 288; Koschaker, Ayiter, **a.g.e.**, s. 37; Tahiroğlu, Erdoğmuş, **a.g.e.,** s. 98.

271 Belirtmek gerekir ki ortak hukuk dönemi boyunca örf ve adet hukuku ile Roma hukuku her zaman kesin çizgilerle ayrılmamıştır. Roma hukuku üzerinde Cermen örf ve adetlerine uygun değişiklikler yapıldığı gibi Cermen uygulamaları da zaman zaman Roma hukukundan esinlenerek yaratılmıştır. Imbert, **a.g.e.,** s. 21 vd. ile s. 66 vd.

272 Godding, "Les Sûretés Personnelles dans les Pays-Bas Méridionaux du XI. au XVIII. siècle", s. 125.

273 Gerçekten de bu dönemde çok tipik olarak zorunlu rehine (otage forcé) kurumu sözleşemesel rehine (otage conventionnelle) sistemine dönüşmüştür. Godding, "Les Sûretés Personnelles dans les Pays-Bas Méridionaux", s. 269.

yapmaktan ibarettir ve aile bağlarının ya da döneme hakim olan feodal rejimin etkisiyle senyör, kendisine bağlı tebası, özellikle de bu teba içinde yer alan borçlu üzerinde, borcun gereğini yerine getirmesi için ahlaki bir baskı uygulardı. Dolayısıyla anılan dönemin ilk zamanlarında teminat yükümlüsünün borcunun konusu, borcu aynen ifa etmek değil, fakat aynen ifa ettirmekten ibaretti[274].

Kişisel teminat türlerinin sınıflandırılmasının mümkün olmadığı ve teminat konusunun, asıl borcu ifa ettirme çabasından ibaret bulunduğu XI. yy. ile XIII. yy. arasındaki dönemde yaygın olarak kullanıldığı tahmin edilen garantilere baskı garantileri (garant influent) denir[275]. Baskı garantisi, garanti verenin alacaklıya karşı herhangi bir şey yapma ya da yapmama yükümü altına girmiş kişi üzerinde bir baskı uygulayarak onu ifaya yönlendirdiği bir garanti türüdür. Burada garanti veren, edimi bizzat ifa ile yükümlü olmayıp, sadece, ifanın gereğini yerine getirmesi için asıl borçlu üzerinde baskı kurmakla görevlidir[276]. Garanti verenin kullandığı baskı araçları maddi veya manevi olabilir. Genellikle feodal ilişkilerde senyörün, tebası vassal üzerindeki baskısı maddi nitelik taşırken; garanti verenin asıl borçlunun yakınları olup borcun ödenmemesi halinde, yakınların hapsedileceği durumlardaki baskılar ahlaki bir nitelik gösterirdi[277].

Belirtmek gerekir ki baskı garantisi özellikle feodal toplumlarda rağbet görmüştür. Bir senyör kendisine bağlı halk içinden bir borçlu üzerinde bu nitelikte bir baskı kurarak onu yükümlülüğünü yerine getirmek üzere teşvik etmekte idi[278].

XII. yy. ve XIII. yy.'larda Batı Avrupa'da baskı garantilerinin çok sayıda örneğine rastlanır. Bunlar içinde bizim için önemli olan ise, porte-fort yani üçüncü kişinin fiilini taahhüt anlaşmalarıdır. Gerçekten bu dönemde baskı garantilerinin bir türünü oluşturan porte-fort, döneme özgü bir anlama sahiptir. Bu sözleşme ile garanti

---

274 Godding, "Les Sûretés Personnelles dans les Pays-Bas Méridionaux", s. 269-270.

275 Gilissen, "Esquisse d'une Histoire Comparée des Sûretée Personnelles", s. 61 vd.

276 Gilissen, "Esquisse d'une Histoire Comparée des Sûretée Personnelles", s. 61; Jean Coudert, "Les Sûretés Personnelles en Lorraine du XIII. Siècle à la fin du Moyen Age", **Recueils de la Société Jean Bodin pour l'Histoire Comparative des Institutions,** C: XXIX/2, Moyen Age et Temps Modernes, 1971, s. 166.

277 Gilissen, "Esquisse d'une Histoire Comparée des Sûretée Personnelles", s. 62; Godding, "Les Sûretés Personnelles dans les Pays-Bas Méridionaux", s. 270 vd.

278 Gilissen, "Esquisse d'une Histoire Comparée des Sûretée Personnelles", s. 61.

veren, borcun ifasını sağlayabilmek adına kendi hakimiyet alanı içinde kalan tüm baskı araçlarını kullanacaktır. Bu araçların seçimi kural olarak porte-fort yükümü altında olan kişiye kalmıştır, ancak en çok kullanılan baskı aracının ahlaki nitelikteki baskılar olduğu gözlenmektedir. Bu baskı, çok defa garanti verenin asıl borçluya önerilerde bulunması, onu azarlaması, ona sitem etmesi, telkinlerde bulunması, yardım sağlaması veya danışmanlık yapması gibi yollarla gerçekleşirdi[279]. Bununla birlikte porte-fort anlaşmasının gereği olan baskının zaman zaman basit bir dostluk anlaşmasını aştığı da olurdu. Özellikle garanti verenin, borçluyu ifaya teşvik için alacaklıya silahlı yardım sözü verdiği durumlarda baskı, dostluk sınırlarını zorlardı[280]. Diğer yandan XII. yy.'dan itibaren Roma hukuku ve sonraki yüzyılda da Alman hukuku etkisi altındaki İsviçre bölgelerinde garanti verenin yükümlülüğü çok defa bir zarar giderimidir ve zarar giderim borcu özellikle zapta karşı teminat ve icazet taahhütlerinde görülür[281].

Porte-fort garantilerinin pek çok türe ayrılması da yine bu döneme rastlar. İnsanlık tarihinin en eski teminat türlerinden olan davada hazır bulunma taahhütleri bu türlerin başında gelir. Eskiçağ toplumlarından beri mevcut olan borçlunun kaçmayacağı ya da belirli gün ve yerde hazır bulunacağı garantileri de yine davada hazır bulunma başlığı altında ele alınacak porte-fort türlerindendir[282].

Borçlunun yargılama esnasında davada hazır bulunacağını garanti eden kişi, eğer bunu sağlayamayacak olursa, yani belirlenen gün ve yerde borçluyu davada hazır bulundurma fiilini başararmazsa, borçlunun uğrayacağı ceza ne ise bu cezanın aynısına çarptırılırdı. Bu yaptırım, yalnızca ölüm cezaları bakımından onay almamıştır yoksa bunun dışındaki her cezanın port-fort'a da tatbik edilmesinde bir sakınca görülmemiştir. XII. ve XIII. yy.'larda hakim olan bu uygulama, XIII. yy.'ın

---

279 Borçlu üzerindeki baskının zaman zaman kilise vasıtasıyla kurulduğu da görülür. Kilise yargılaması lehine atıfta bulunan kayıtlar yüzünden kilise tarafından yapılacak bir yargılamada aforoz edilme korkusu, borçluyu borcunu ifaya zorlayan en etkili baskı aracıydı. Coudert, "Les Sûretés Personnelles en Lorraine", s. 168-169.

280 Jean-François Poudret, Gottfried Partsch, "Les Sûretés Personnelles d'Après les Sources Suisses du Moyen Age", **Recueils de la Société Jean Bodin pour l'Histoire Comparative des Institutions,** C: XXIX/2, Moyen Age et Temps Modernes, 1971, s. 575.

281 Poudret, Partsch, "Les Sûretés Personnelles d'Après les Sources Suisses du Moyen Age", s. 575.

282 Gilissen, "Esquisse d'une Histoire Comparée des Sûretée Personnelles", s. 63 ile s. 73- 74.

sonlarından itibaren nihayet parasal bir yaptırıma dönüşür. Buna göre garanti veren, mahkemenin vereceği karara göre, ya bir miktar para ödemeye ya da tüm mallarından yoksun kalmaya mahkum edilirdi[283].

Baskı garantileri ve bu arada porte-fort, XIV. yy.'dan itibaren gözden kaybolamaya başlamıştır. 1273 yılından sonra garanti verenin tüm malvarlığı ile sorumlu tutulduğu bir dönem başlar. Zamanla, garanti verenin tüm malvarlığı ile sorumlu olması anlayışı da terk edilerek, asıl borçlunun edimi ile aynı olan bir ifaya zorlandığı görülür[284]. Nihayet bu tarihten sonra üçüncü kişinin fiilini taahhüt ihtiyacını gideren kurumlar tümüyle ortadan kalkar ve kişisel teminat ihtiyacı, yalnızca, "plevin" denilen Roma *fideiussio*[285]'suna benzer bir kefalet sözleşmesi ile giderilmeye başlanır[286].

D. Pothier'nin Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Doktrini

Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün kurumsal anlamda temelleri ilk kez XVII. yy. Fransa'sında Pothier[287] tarafından atılmıştır. Ancak üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile ilgili çalışmaların Pothier'den çok daha önce *Glossator* ve *postglossator*'ın çalışmaları ile başladığını söylemek yanlış olmaz. Özellikle üçüncü kişinin fiilini taahhütler alanında önem taşıyan Fransız Medeni Kanununun 1119. maddesinde yer alan bir kimsenin ancak kendi adına kendi edimini taahhüt edebileceği şeklinde ifade

---

283 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Gilissen, "Esquisse d'une Histoire Comparée des Sûretée Personnelles", s. 74-75.

284 Coudert, "Les Sûretés Personnelles en Lorraine", s. 211.

285 *Fideiussio*; boçlunun borcunu ödeyeceğine dair alacaklı ile bir *stipulatio* formunda yapılan ve borç ödenmediğinde asıl borcu ödeme yükümlülüğünün üstlenildiği bir anlaşmadır. *Fideiussio*'dan doğan borç, asıl borca bağlı feri nitelikte bir borç olup her türlü borcun *fideiussio* ile teminat altına alınabilmesi mümkündür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bülent Tahiroğlu, "Roma Hukukunda Borcun Ayni Teminatlarından Kefalet", **İÜHFM**, C: 42, Sayı No: 1-4'den ayrı bası, İstanbul, y.y., 1977, s. 11 vd. Roma hukukunda kefalet sözleşmeleri hakkında genel bilgi için bkz. Kadir Gürten, **Roma Hukukunda Kefalet Akdi**, Anakara, Adalet yayınevi, 2007, s. 71 vd. Ayrıca bkz. Ch. Appleton, "Les Lois Romaines sur le Cautionnement", **ZSR**, Bd. XXXIX, s. 1 vd.; Jean Triantaphyllopoules, "La Législation Romaine sur le Cautionnement", **RHD**, 4. sèrie, Tome 39 , 1961, s. 501 vd.

286 Godding, "Les Sûretés Personnelles dans les Pays-Bas Méridionaux", s. 271 vd. ile s. 274.

287 Pothier, 1699-1772 yılları arasında yaşamış olan ve Fransız gelenek hukukunun kaleme alınması yolundaki çalışmaları ile ön plana çıkan bir Fransız hukukçusudur. Imbert, **a.g.e.**, s. 77 vd.

edilen hükümsüzlük esası, glossator'ların Roma hukuku üzerine yaptıkları çalışmaların sonucu olarak kabul edilmektedir[288].

Glossator ve *postglossator*'ın ardından Pothier, "*Pandectae Iustinianeæ In Novum Ordinem Digestæ*" adlı Latince olarak kaleme aldığı metodolojik eserinde pek çok özel hukuk kurumunun ve bu arada üçüncü kişinin fiilini taahhüdün de düzenlemesini yapmıştır[289]. Pothier, çalışmalarında Roma hukuku ilkelerinden ve kendisinden önce yaşamış bazı hukukçuların eserlerinden yararlanmıştır[290]. Ancak Pothier'i yaptığı çalışmalarda yönlendiren en önemli unsur, döneme hakim olan Hümanist akımdır[291]. Pothier de, kendi döneminin bütün hukukçuları gibi XV. ve XVII. yy.'lar arasında baş gösteren ve özellikle Fransa'da hüküm süren hümanist akımın etkisi altındadır[292].

Pothier, üçüncü kişinin fiilini taahhüdün kurumsal çatısını oluştururken Roma hukuku ilkelerinden yararlanmıştır. Böyle olması da son derece doğaldır zira Pothier, üçüncü kişinin fiilini taahhüdü, Roma hukukunun ikincil hukuk da olsa doğrudan uygulandığı ve yürürlükte olduğu bir dönemde yazmıştır[293]. Üçüncü kişinin fiilini taahhüt doktrinini oluştururken esas olarak *Corpus Iuris Civilis*'in *Digesta*'sından yararlanan Pothier'nin meseleye iki farklı noktadan yaklaştığı görülür: İlk olarak üçüncü kişinin fiilini taahhütler alanındaki genel kuralı ortaya koymuş; bir kimsenin yalnızca kendi adına ve kendi hesabına vaatte bulunabileceğini bildirmiştir[294]. Pothier bu kuralı oluştururken D. 50.17.73.4'deki "*Nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest* (Hiç kimse ne basit bir

---

288 Bu hususta bkz. Ourliac, De Malafosse, **a.g.e.**, s. 148 vd.

289 Belirtmek gerekir ki bu yüzyılda üçüncü kişinin fiilini taahhütle ilgili çalışmalar Pothier'den çok önce Domat ile başlamıştır. Domat (1625- 1696), üçüncü kişinin fiilini taahhüt anlaşması üzerine önsöz niteliğinde sayılabilecek oldukça kısa bir açıklama yapmış ve burada üçüncü kişinin fiilini taahhüdü icazet vaadi olarak nitelendirmiştir. Boulanger, **a.g.e.**, s. 5 dn. 2.

290 Imbert, **a.g.e.**, s. 78.

291 Hümanist akımın hukuk alanındaki etkisi hakkında bkz. Tahiroğlu, Erdoğmuş, **a.g.e.,** s. 94.

292 Imbert, **a.g.e.**, s. 78.

293 Wavre, **a.g.e.**, s. 22 dn. 6.

294 M. Bugnet, **Ouvres de Pothier Annotées et Mises en Corrélation avec le Code Civil et la Législation Actuelle,** Tome II, 2. éd., Conforme à la première, Paris, Cosse et Marchal Librairies, 1861, N. 53.

anlaşmadan ne kanunun sözünden ne *stipulatio*'dan başkası lehine bir kazanımda bulunabilir)"den yararlanmıştır[295].

Söz konusu kural temelde iki ana kuralı içermektedir: Başkası lehine sözleşme yapılamayacağı ve başkasının fiilinin taahhüt edilemeyeceği[296]. Bizim için öenmli olan kuralın ikinci kısmıdır. Pothier'nin açıklamasına göre, bir kimse, başkasının bir şey vereceğini veya yapacağını onun bu fiilini tekeffül etmeksizin taahhüt ederse, ne üçüncü kişiyi ne de kendisini borçlandırmış olur; gerek üçüncü kişiyi gerek taahhüt edeni bağlamayan böyle bir anlaşma hükümsüzdür[297].

Pothier, kuralın ikinci kısmını D. 45.1.83 pr.'da yer alan Paulus'a ait metinden almıştır:

> D. 45. 1. 83 pr. *PAULUS libro septuagensimo secundo ad edictum*
>
> *Inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur. itaque alius pro alio promittens daturum facturumve eum non obligatur.*
>
> D. 45. 1. 83 pr. Paulus'un *Edictum* hakkındaki 72. kitabından
>
> Anlaşma taahhüt eden ve taahhüt edilen arasında akdedilir: Bu nedenle bir başkası için taahhüt eden kimse, bu kişinin bir şey vereceğini veya yapacağını vaat ettiği zaman borçlanmaz.

Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün hiçbir hükmünün bulunmamasının sebebini Pothier, şöylece açıklamaktadır: Başkasının bir şey verecek ya da yapacak olduğu, onun bu fiili garanti edilmeksizin vaat edildiği zaman, bu vaat gerek üçüncü kişi üzerinde gerek taahhüt eden üzerinde hiçbir borç doğurmaz. Üçüncü kişi üzerinde borç doğurmaz; zira taahhüt eden, üçüncü kişi istemedikçe onu borçlandırma hakkına

---

295 R J. Pothier, **Pandectes de Justinien Mises dans un Nouvel Ordre,** Çev. M. De Bréard-Neuville, Revues et Corrigées pour le Texte et la Traduction par M. Moreau de Montalin, Tome 18, Paris, yy., De l'Imprimèrie de Dandey-Dupré, 1823, Lib. 45, 1 N. 20.

296 Boulanger, **a.g.e.**, s. 4-5; Bugnet, **a.g.e.**, N. 54 vd. ile N. 56.

297 Boulanger, **a.g.e.**, s. 5.

sahip değildir. Aynı şekilde taahhüt eden üzerinde de borç doğmaz; zira taahhüt eden, başkası lehine vaat etmiş olup kendisini borçlandırmaya çalışmamıştır[298].

Hükümsüzlük ile ilgili genel kuralı belirledikten sonra Pothier'nin üçüncü kişinin fiilini taahhüt doktrininde ikinci olarak üzerinde durduğu nokta, bazı araçların yardımıyla bu taahhütlerin geçerliliğinin sağlanabileceğidir. Nitekim ünlü hukukçu, *stipulatio*'larla ilgili olan metinlerdeki hükümsüzlük kayıtlarına rağmen başkalarının fiillerinin taahhüt edildiği olaylara sıkça rastlandığını belirtmektedir[299]. Bunların başında başkasının fiilini taahhüt eden kimsenin, aslında kendisini borç altına sokmak niyetiyle hareket ettiği haller gelir. Pothier, bu gibi durumların varlığını yine D. 45. 1. 83 pr.'a giderek açıklamaktadır:

> D. 45. 1. 83 pr. *PAULUS libro septuagensimo secundo ad edictum*
>
> *...nam de se quemque promittere oportet. et qui spondet 'dolum malum abesse afuturumque esse'. non simplex abnutivum spondet, sed curaturum se, ut dolus malus absit: idemque in illis stipulationibus 'hebere licere' item 'neque per te neque per heredem tuum fieri, quo minus fiat'.*

Pothier, bu metinden yola çıkarak hile yapılmayacağını basitçe vaat etmenin bir anlamı olmadığı sonucuna varır. Taahhüt eden kimse, hile olmayacağını vaat

---

298 Bugnet, **a.g.e.**, N. 56. Ayrıca bkz. Boulanger, **a.g.e.**, s. 5. Bugnet, Pothier'nin tıpkı üçüncü kişi lehine sözleşmelerde olduğu gibi burada da bir kurnazlık yaptığını düşünmektedir. Çünkü üçüncü kişi lehine sözleşmeleri hükümsüz sayarken Pothier, çıkar yokluğu ölçütünden hareket etmiştir. Üçüncü kişi lehine yapılan bir sözleşme, sözleşmeye taraf olmaması nedeniyle üçüncü kişiye hak kazandırmaz ve yine bu sözleşme, vaat ettiren üzerinde de sonuç doğurmaz, çünkü taahhüt edenin bu sözleşmeden hiçbir çıkarı yoktur. Fakat anlaşma iç vicdanda geçerlilik arz eder. Üçüncü kişi lehine bir sözleşmede parasal nitelik taşımadığı için vaat ettirenin çıkarının mahkemeler önünde talep edilebilecek bir tarafı yoktur fakat böyle bir borcun tabii borç sayılmasına engel de yoktur. Bugnet, **a.g.e.**, N. 54-55. İşte tam bu noktada Bugnet, Pothier'nin Roma kanunlarından ustalıkla kurtulduğunu iddia etmekte fakat aynı zamanda, taahhüt edenin çıkarının aslında bizzat bu anlaşmanın yapılmasında var olabilceği noktasından niçin hareket edilmemiş olduğunu anlayamadığını belirterek Pothier'yi eleştirmektedir. Bugnet, **a.g.e.**, N. 54 dn. 1 ve N. 55 dn. 2. Benzer şekilde Bugnet, üçüncü kişinin fiilini taahhütte de taahhüt edenin, her ne kadar başkasının fiilini taahhüt etmekte çıkarı olmasa da, karşı tarafa yarar sağlamak amacıyla hareket etmesinde özel bir çıkarı olabileceğinin düşünülemediğini ve doğal olarak üçüncü kişinin fiilini taahhütlerin hükümsüzlüğü sonucuna varıldığını bildirmektedir. Bugnet, **a.g.e.**, N. 56 dn. 1. Wavre'ye göre ise, üçüncü kişinin fiilini taahhütlerin hükümsüzlüğünün bir kural olarak ortaya konmasının geçek nedeni, ancak tarafların hakimiyet alanları içinde bulunan şeylerin sözleşme konusu olabileceğine ilişkin Pothier'de var olan katı inançtır. Wavre, **a.g.e.**, s. 22 dn. 6.

299 Pothier, **a.g.e.**, Lib. 45 Pandectarum Tit. 1 N. 26.

etmekle yetinmemeli, hilenin olmaması için özen de göstermelidir, böylelikle, kendi hakimiyeti altındaki bir fiili taahhüt ederek geçerli bir borç altına girer[300].

Pothier, bu tür *stipulatio*'ların, ancak mirasçıların ve diğer cüzi haleflerin[301] edimlerinin taahhüdü halinde mümkün olacağını söyleyerek hükümsüzlüğe istisna sayılabilecek başka bir araca ulaşmaktadır. Zira taahhüt edenin, hem üçüncü kişinin edimini taahhüt edip hem de taahhüt ettiği bu edimin kendi hakimiyet alanında bir edim olması ancak mirasçıların davranışlarının taahhüdü ile olanaklıdır[302] ve bu sonuç, D. 45. 1. 38 pr.'daki Ulpianus'un sözlerinden çıkarılır[303].

D. 45. 1. 38. 2'de ise, borcun kapsamı biraz daha genişletilmiştir. Buna göre taahhüt eden, gerek kendisinin gerek mirasçılarının ve gerek cüzi haleflerinin rahat zilyetliğin sağlanması bakımından, karşı sözleşene hiçbir zorluk çıkarmayacağını söz vererek onların davranışlarını taahhüt etmiş olur[304].

Bu metinler doğrultusunda Pothier'nin açıklamalarından anlaşıldığına göre, karşı tarafa zilyetliği sağlamayı[305] yükümlenen kişi, sağlayacağı zilyetliğin kullanımına başkası tarafından engel olunmayacağını taahhüt ediyorsa, başkasının fiilini taahhüt etmiş olacağından, bu taahhüdü geçersiz olacaktır[306]. Bununla birlikte

---

300 Pothier, metinde geçen "…*curaturum se (*kendi özenini) ifadesinin yorumunda Cujas'ın fikrine aynen katılmak gerektiğini söyler. Yazara göre gerçekten bu metinde "*curare"* sözcüğünden "*satagare*" anlamı çıkmaz, fakat "icra etmek, yerine getirmek" olarak çevrilebilecek "*agere*" anlamı çıkar. Ancak yazar, bu konuda karşıt fikirlerin de bulunduğunu bize bildirmektedir ki bu fikirlere göre taahhüt eden, dikkat ve özen gösterme borcunun dışında kalan olaylarda da bu tür bir sorumluluk üstlenebilecektir. Pothier, **a.g.e.**, Lib. 45 Pandectarum, Tit. 1 N. 26 dn. 3.

301 Bugnet, **a.g.e.**, N. 67.

302 Pothier, **a.g.e.**, Lib. 45 Pandectarum Tit. 1 N. 27.

303 Meynial, D. 45.1.38 pr.'da yer alan metnin aslında üçüncü kişinin fiilini taahhüt anlaşmalarının hükümsüzlüğü kuralı ile yakından uzaktan ilgisi olmadığını bildirmektedir. Yazara göre söz konusu metni hükümsüzlük esasının kanıtı gibi göstermeyi başaran şey Ulpianus'un metne olan müdahaleleridir. Bu metinde aslında Ulpianus'un bize telkin etmeye çalıştığı şeyden çok farklı bir durum, basit bir vaatten ibaret olmayan ve garanti sözleşmesi niteliğinde bir *stipulatio* mevcuttur. Philippe Meylan, "*Stipulatio*n Habere Licere", **Tijd. Voor Recht (RHD)**, Deel 38, 1970, s. 71 vd. ile özellikle s. 76 ve 78.

304 D. 45. 1. 38. 2: "…*si nemo controversiam faciat, hoc est neque ipse reus, neque heredes eius heredumve successores*".

305 Bu hususta bkz. Pothier, **a.g.e.**, Lib. 45 Pandectarum Tit. 1 N. 26.

306 Aslında D. 45. 1. 38 pr. ve D. 45. 1. 38. 2'ye göre D. 45. 1. 38. 1'de bu durum daha net olarak ifade edilmiştir: "*Sed si quis promittat per alium non fieri, praeter heredem suum dicendum est inutiliter eum promittere factum alienum* (Fakat eğer bir kimse başkası tarafından kendi mirasçısı hariç bir şey yapılmamasını taahhüt ettiyse başkasının fiilini taahhüt etmenin hükümsüz olduğu söylenmelidir)".

taahhüt eden, mirasçısının veya mirasçısı dışındaki haleflerinin, zilyetliği sağlayacaklarını geçerli olarak taahhüt ettiği zaman aynı sonuca varılmaz[307]. Burada ortaya çıkan bir başka soruna daha değinilmektedir: Acaba taahhüt edenin, rahat zilyetliği sağlama taahhüdü sadece kendisine ait mallar bakımından mı söz konusudur? Yoksa başkasına ait bir mal üzerinde de böylesi bir taahhütte bulunabilir mi? Aslında bu soruya verilecek cevap üçüncü kişinin fiilini taahhütleri çok yakından ilgilendirir. Sorunun yanıtı ise D. 45.1.38.4'de verilmektedir:

D. 45.1.38.4 *ULPIANUS libro qudragensimo nono ad Sabinum*

Quaesitum est utrum propriam demum rem an et alienam promittere possit, habere licere et magis est, ut et aliena promitti possit: quae res ita effectum habebit, si propria esse promissoris coeperit. Quqere si perseveraverit aliena, dicendum erit stipulationem non committi, nisi poena adiecta sit, cum neque per eum neque per successorem eius quicquam factum sit.

D. 45.1.38.4 *Ulpianus*'un *Sabinus*'a dair 49. kitabından

Acaba kendi malı üzerinde mi yoksa başkasının malı üzerinde mi habere licere (rahat zilyetliği (sağlayacağını) taahhüt edebileceği sorulmuştur. Başkasınınkini taahhüt edebilmesi de yaygındır. Böylece başkasının malı olmaya devam ediyorsa eğer ceza eklenmemişse ne onun vasıtasıyla ne de onun halefi vasıtasıyla herhangi bir şey yapılamadığından hüküm ifade etmediğinin söylenmesi gerekecektir.

Metinden anlaşıldığına göre Ulpianus, zilyetlik sağlama *stipulatio*'su ile taahhüt edenin doğrudan başkasının edimini üstlenip üstlenmeyeceği hakkında kendisine sorulan soruyu olumlu yanıtlamaktadır. Fakat böyle bir taahhüdün hüküm doğurması için taahhüt edenin bu taahhüdü kendisine mal ederek bizzat borç altına girmesi gerektiğini de ayrıca şart koşmaktadır.[308].

[307] Pothier, **a.g.e.**, Lib. 45 Pandectarum Tit. 1 N. 26 ve 27.
[308] Pothier, **a.g.e.**, Lib. 45 Pandectarum Tit. 1 N. 27.

Pothier, yine Ulpianus'a ait metinlerden yola çıkarak üçüncü kişinin fiilini taahhüdün hüküm doğurmasının kabul edildiği başka bir istisnaya daha ulaşmaktadır ki bu, cezai şarttır.

D. 45.1.38.2 *ULPIANUS libro qudragensimo nono ad Sabinum*

At si quis velit factum alienum promittere, poenam vel quanti ea res sit potest promittere. Sed quatenus habere licere videbitur? Si nemo controversiam faciat, hoc est, neque ipse reus, neque heredes eius, heredumve successores".

D. 45.1.38.2 *Ulpianus*'un *Sabinus*'a dair 49. kitabından

Fakat eğer birisi bir başkasının fiilini taahhüt etmek isterse cezayı veya şeyin değerini taahhüt edebilir. Eğer bir kimsenin, yani ne kendisinin ne onun mirasçılarının ne de mirasçılarının mirasçılarının nereye kadar izin verdikleri düşünülecektir?

Buna göre başkasının fiilini taahhüt etmek isteyen kimse bu taahhüdünün hüküm ifade etmesini ancak bir cezai şart taahhüdü ile sağlayabilmektedir[309].

Pothier, üçüncü kişinin fiilini taahhütlerle ilgili açıklamalarında, davalının yargılama esnasında hazır bulunacağının taahhüt edildiği *stipulatio*'ların durumuna da yer vermiştir. Pothier'nin bu tür taahhütlerin durumunu D. 45.1.81 pr.'dan yola çıkarak açıkladığı gözlenmektedir:

D. 45.1 81 pr. *Idem libro septuagensimo septimo ad Edictum*

Quotiens quis alium sisti promittit, nec adiicit poenam puta, vel servum suum, vel hominem liberum, quaeritur an commitatur stipulatio. et Celsus ait, etsi non est huic stipulationi additum, nisi steterit, poenam dari, in id quanti interest sisti, contineri. Et verum est quod Celsus ait: nam qui alium sisti promittit, hoc promittit, id se acturum ut stet.

309 Bugnet, **a.g.e.**, N. 56.

> Bir kimse bir başkasının ya kendi kölesi olarak ya da özgür bir insan olarak mahkemede hazır bulundurlmasını kaç kez söz veriyorsa farzet ki cezayı eklememiştir, *stipulatio*'nun hüküm doğurmaya başlayıp başlamadığı sorulur ve Celsus der ki "bu *stipulatio*'ya yapılmadığı halde eğer hazır bulunmamışsa, ceza verilir ve ceza, bulundurulmasının değeri ne kadar ise bunu içerir ve Celsus'un söylediği şey de doğrudur; zira bir başkasının hazır bulundurlmasına söz veren kişi bunu vaat ediyordur, bulundurmak için kendisinin bunu yapacağına söz veriyordur.

Metinde bildirildiğine göre üçüncü kişinin yargılama sırasında mahkemede hazır bulunacağını taahhüt etmek mümkündür. Bu taahhüdün normalde bir cezai şarta bağlı olarak yapılmasında hiçbir sorun çıkmaz. Çünkü söz konusu taahhüt ifa edilmediğinde, kararlaştırılan ceza miktarının istenebileceği açıktır. Asıl sorun, cezai şarta bağlanmadan akdedilen, üçüncü kişinin yargılamada hazır bulunup bulunmayacağı *stipulatio*'lardırı ki bu problemin kendisine sorulduğu Celsus, ceza kararlaştırılmamış olsa da bu tür taahhütlerin geçerliğini kabul etmekte ve burada bir zarar ödemesinin söz konusu olacağının altını çizmektedir. Zira Celsus'a göre, üçüncü kişinin mahkemede hazır bulunacağını taahhüt eden kimse aslında kendi edimini vaat etmiştir. Bu edim, yargılamada hazır bulunması istenen kişiyi mahkemeye götürmektir ve bu haliyle söz konusu edim, taahhüt edenin yapma borcundan başkası değildir. Bu borç yerine getirilmediği zaman tüm yapma borcu ihlallerinde olduğu gibi burada da bir tazminat ödeneceği fikri kendiliğinden ortaya çıkar.

Pothier'nin üçüncü kişinin fiilini taahhüt doktrini, sonraki yüzyıllarda ve özellikle de Fransız Medeni Kanununda kurallaştırılmasından sonra[310] doktrinin eleştiri hedefi haline gelmiştir. Yöneltilen eleştirilerin en sert olanı Pothier'nin üçüncü kişinin fiilini taahhütlerin hükümsüzlüğü genel kuralına yer verip sonrasında taahhüdün geçerli sayıldığı durumları sıralarken "*üçüncü kişinin fiili*" kavramından ne anlaşılması gerektiğini belirtmemesidir. Nitekim Pothier'nin üçüncü kişinin fiili

[310] Üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile ilgili hükümler Fransız Medeni Kanununa Pothier'nin çalışmaları ile girmiştir. Demelombe, **a.g.e.**, N. 208.

kavramıyla ne kastetmiş olduğu, ancak Borçlar hukuku alanında yaptığı sonraki çalışmalarından çıkarılabilmektedir. Bu çalışmalarda üçüncü kişinin fiilini taahhüdün hükümsüzlüğü esası, yine genel kural olarak bildirilir. Böyle bir taahhüt ile üçüncü kişiyi borçlandıramayacak olan taahhüt eden, kendisini de borçlandıramaz; zira başkasının edimi kendi adına vaat edilemez. Kendi edimini vaat etmek demek kendisinden doğacak, yani kendi elinden çıkacak olan bir davranışı yerine getirecek olmak demektir. Ancak kendi adına başkasının edimini vaat edemeyen kişi, olsa olsa bu edimi başkasına ödünç verebilir. Böylece sözleşmeyi kendisi akdetse bile yerine getirecek olan kişi taahhüt eden olmayıp hukuki sonuçlar üçüncü kişi alanında doğar. Temsil yetkisi olmaksızın üçüncü kişi adına taahhütte bulunan kimsenin taahhüdü, üçüncü kişi onay vermedikçe geçerli olmayacak, fakat taahhüt eden, kendi edimini de birlikte taahhüt edecek olursa durum farklılaşacaktır. Diğer taraftan taahhüt edenin, edimi söz vermiş olması, üçüncü kişinin yerine getirmesi gereken edimi kendisinin ifa edeceği anlamına da gelmez. Burada taahhüt edenin kendi ediminden kasıt, bir icazet vaadinde bulunmasıdır. Bu anlaşma, icazet taahhüt eden kimse ile kendisine icazet taahhüt edilen kimse arasında yapılır ve eğer üçüncü kişi, sözleşmeye icazet vermeyecek olursa bu vaatten dolayı kendisine icazet sözü verilen kişi, icazet sözünü veren kişiye karşı dava açma hakkını elde eder[311].

Bu noktada şu sonuca varıyoruz ki Pothier'nin üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile kastettiği şey, ifası üçüncü kişiden beklenen bir davranış, tutum ya da hareket tarzını söz vermek değildir; taahhüt eden, olsa olsa üçüncü kişinin sözleşmeye katılacağına dair bir icazeti taahhüt edebilir. Başka deyişle söz konusu taahhütle üçüncü kişiye borçluluk sıfatı verilemez, fakat borçluluk sıfatı verileceği daima taahhüt edilebilir[312]. Bu da göstermektedir ki, özellikle Fransız porte-fort'unda kabul edilen üçüncü kişiye ait olacak fiilin ancak bir icazet vaadi olabileceği saptaması tamamen Pothier'e dayanmaktadır[313].

311 Boulanger, **a.g.e.**, s. 6.
312 Boulanger, **a.g.e.**, s. 6-7; Bugnet, **a.g.e.**, N. 75.
313 Boulanger, **a.g.e.**, s. 7.

IV. Kıta Avrupası Hukukunda Kanunlaştırma Döneminde Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Düzenlemeleri

A. Fransız Medeni Kanununda Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Düzenlemesi

1. Kanunun Hazırlık Çalışmaları

Fransa'da hukukun birleştirilmesine yönelik çalışmalar XV. yy.'dan itibaren başlamasına ve bu yolda çeşitli girişimlerin birbirini takip etmesine rağmen, bu çabaların hiçbiri başarıya ulaşamamış, Medeni Hukuk alanını birleştiren bir yapıtın meydana getirilmesi ancak 1789 Fransız Devrimi sonrası mümkün olabilmiştir[314]. Bu bakımdan 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu, 1789 Fransız Devriminin bir ürünüdür[315].

Feodal rejime son verilmesinin hemen arkasından 25.6.1793 tarihli Convention'da 1791 Anayasasına uygun olarak bir Medeni Kanun Tasarısının hazırlanması kararının alınmasından hemen sonra[316], Meclise birbiri ardı sıra sevk edilen Tasarıların kanunlaşması hususunda başarı sağlanamamış, Fransız Medeni kanununun oluşturulması Napoléon'un iktidara gelmesine kadar gecikmiştir[317]. Nihayet Fransız Medeni Kanun Tasarısı Mecliste şiddetli bir muhalefetle karşılaşmış olmasına rağmen, Napoléon'un bizzat katıldığı toplantılarda gösterdiği baskıcı tutum karşısında 1804 tarihinde kanunlaşarak yürürlüğe girmiştir[318].

Fransız Medeni Kanununun müzakereleri sırasında üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile ilgili maddeler oylanırken kayda değer bir tartışma yaşanmamıştır. Bu

---

314 XIX. yy. kanunlaştırma hareketlerinden önce Fransa ve Avrupa'nın çeşitli ülkelerindeki hukuku birleştirme çabaları için bkz. J. Vanderlinden, **Le Concept de Code en Europe Occidentale du XIII. au XIX. siècle, Essai de Définition,** Bruxelles, Editions de l'Institut de Sociologie Université Libre de Bruxelles, 1967, s. 22 vd.

315 Hüseyin Hatemi, **Medeni Hukuka Giriş,** Gözden Geçirilmiş 3. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004, § 2 N. 11.

316 Arzu Oğuz, **Karşılaştırmalı Hukuk: Kavram, Amaç ve İşlevler, Metod, Tarihçe, Büyük Hukuk Çevreleri,** Ankara, Yetkin Yayınları, 2003, s. 123 vd.

317 Alfred Gautier, **Précis de l'Histoire du Droit Français,** 3. éd., Revue et Augmentée, Paris, L. Larose et Forcel, 1887, s. 668-669.

318 Imbert, **a.g.e.**, s. 89-91; Oğuz, **a.g.e.**, s. 124.

nedenle, Medeni Kanununun hazırlık çalışmalarından, maddelerin kanunda yer alışları hakkında bir fikir edinmek olanaksızdır[319]. Diğer taraftan konuya ilişkin kesin olarak bilinen şey, üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile ilgili hükümlerde Pothier'nin adım adım takip edildiğidir[320].

Pothier'nin üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile ilgili açıklamaları Fransız Medeni Kanununda iki madde halinde düzenlenmiştir[321]. İlk olarak Pothier'nin üçüncü kişinin fiilini taahhütlerin hükümsüzlüğüne dair öngördüğü genel kuralı aksettiren art. 1119 C. Civ. kuralına yer verilmiş ve madde şu şekilde düzenlenmiştir:

> Bir kimse kendi adına ve başkası lehine yükümlülük altına giremez ve şart kararlaştıramaz.

Pothier'nin üçüncü kişinin fiilini taahhütlerde, taahhüt edenin borçlanma iradesine sahip olduğu yolundaki karinesini kanun maddesine dökme çabası, art. 1119 C. Civ'in hemen arkasından art. 1120 C. Civ'in kaleme alınmasını sağlamıştır. Başkasının fiilinin geçerli olarak taahhüt edilebilmesine olanak tanıyan madde metni şöylece hüküm altına alınmıştır:

> Bununla birlikte üçüncü kişinin fiili taahhüt edilmek suretiyle tekeffülde bulunulabilir; eğer üçüncü kişi yükümlülüğü üstlenmeyi reddederse, icazet vaat etmiş olan veya tekeffülde bulanan kişi tazmin ile yükümlü olur.

Maddedeki "bununla birlikte" edatı art. 1120 C. Civ'in art. 1119'daki genel kural ile bağlantısını kurmakta, hemen arkasından gelen, tekeffül edilmek suretiyle üçüncü kişini fiilinin geçerli olarak taahüt edilebileceği ifadesi, taahhüdün geçerli olacağı hal ve koşulları belirlemektedir. Buna göre üçüncü kişiye ait olacak bir edimi söz veren kimse aslında, bu söz ile üçüncü kişinin edimini değil kendi edimini vaat

---

319 Reisoğlu, **Garanti,** s. 31.
320 Wavre, **a.g.e.**, s. 22.
321 Yalnız bu noktada, başkası için yükümlülük altına girilemeyceğini ifade eden kuralın ikinci kısmı ilk sıraya yerleştirilerek Pothier'nin sistematiğinin aksine hareket edilmiştir. Marcadé, **a.g.e.**, N. 428.

etmiş olmakta ve bu sayede, bir bakıma üçüncü kişinin edimine ilişkin garanti vermiş olmaktadır[322].

Maddeden anlaşıldığına göre garanti altına alınan üçüncü kişinin fiili anlaşmaya verilecek bir icazetten ibarettir. Nitekim maddenin ilk cümlesinde başkasının fiili vaat edilerek üçüncü kişinin lehine yükümlülük altına girilebileceği açıkça belirtilmektedir. Ancak söz konusu fiilin konusunun gerçekte ne olduğunu ikinci cümle verir: "*…icazeti vaat etmiş olan veya tekeffülde bulunan...*" sözü, doktrinde icazet vaadi olarak yorumlanmıştır[323].

Boulanger ise, Medeni Kanunu kaleme alanların, aslında üçüncü kişinin fiili kavramını sadece icazet ile sınırlamak istemediklerini öne sürmekte; "*icazeti vaat eden veya tekeffülde bulunan*" ifadesindeki "*veya*" bağlacı sayesinde, üçüncü kişinin fiilinin, icazet veya herhangi bir davranışı tekeffül etmek şeklinde seçimlik bir karaktere büründüğünü savunmaktadır. Ayrıca Boulanger'e göre Pothier, açıkça bir icazet vaadinden de bahsetmiş değildir. İcazet ile ilgili bilgileri görmek için Pothier'nin temsil ile ilgili açıklamalarına gitmek gerekir. Temsil yetkisi olmaksızın üçüncü kişi adına sözleşme akdeden kimsenin akdettiği bu sözleşmenin, üçüncü kişi onay vermedikçe hüküm doğurması söz konusu olmaz. Fakat yetkisiz olarak hareket eden kimse, üçüncü kişinin icazetini taahhüt ederek böyle bir işleme girişebilir ve bu durumda ikinci sözleşme icazet vaadini konu alan ve asıl sözleşmeden bağımsız geçerli bir sözleşme olarak meydana gelir. İşte temsil ile ilgili bu tür söylemlerden yola çıkarak "icazet vaadi" ifadesini Pothier'e mal etmek doğru değildir. Bununla birlikte her ne kadar icazet vaadi ifadesi Pothier'den çıkmamış olsa da, "*kendisine temsil yetkisi verilmemiş kişi*" gibi cümlelerin ister istemez taahhüt edenin, başkası adına işlem yapan ve bu işleme sonradan icazet verileceğini vaat eden kişiden başkası olamayacağı yolundaki düşünceyi haklılaştırdığını Boulanger de kabul etmektedir[324].

---

322 Wavre, **a.g.e.**, s. 21.

323 Üçüncü kişinin, yükümlülüğü üstleneceğini yani icazetini vaat etmek ile bu yükümlülüğü üstülendikten sonra yükümlülüğün gereğini yapacağını vaat etmek birbirinden farklı şeylerdir. Fransız hukukunda yalnızca birinci durum söz konusudur. Baudry-Lacantinerie, Barde, **a.g.e.**, N. 132. İcazetin taahhüt edilmesiyle porte-fort sözleşmesi, ifanın tahhüt edilmesiyle kefalet sözleşmesi kurulmuş olur. Laurent, **a.g.e.**, N. 543.

324 Boulanger, **a.g.e.**, s. 6-7.

Fransız Medeni Kanununun hazırlık çalışmalarından üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile ilgili bundan fazla bir bilgi edinilememekle birlikte, Napoléon Tasarısının öteki tasarılardan önemli bir farklılığının göze çarptığını eklemek gerekir. 1793 Tasarısında, Devrim ruhuna uygun olarak, eşlerin eşitliği ilkesine yer verilmiş ve bu ilke öylesine katı bir tarzda yerleştirilmişti ki Devrim Kurulları tarafından, kadına açıkça başkası lehine borç altına girebilmesi hakkı bile tanınmıştı. Buna göre kadın, herhangi bir sınırlandırmaya tabi tutulmaksızın kefalet ve rehin sözleşmesi yapabileceği gibi başkasının fiilini de geçerli olarak taahhüt edebilecekti[325]. Hatta 1793 tarihli Kanun Tasarısındaki eşlerin eşitliği ilkesi Cambacérès tarafından 1796 tarihli üçüncü Medeni Kanun Tasarısına da taşınmıştı. Fakat aynı eşitlik ilkesi Napoléon Tasarısında yer almadı[326]. Buna göre kadın, kocasının onayı olmadan hiçbir biçimde malların yönetimine katılamayacak, mahkeme huzuruna çıkamayacak, rehin veremeyecek ve başkası lehine borç altına giremeyecektir[327]. Bu hükümsüzlüğün konumuz açısından öenmli tarafı, başkası lehine borç altına giremeyecek olan kadının, kocasının izni olmadan bir kefalet veya port-fort sözleşmesi akdedemeyecek olmasıdır[328]. Bu hükümler 1804 tarihinde kanunlaşarak yürürlüğe girmiş ve değişik tarihlerde yapılacak sonraki revizyonlara kadar yürürlükte kalmıştır[329].

2. Kanunun Yürürlüğe Girmesinden Sonra Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt İle İlgili Tartışmalar

Kanunun hazırlık çalışmalarından, üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile ilgili fazla bir bilgiye ulaşılamadığına daha önce temas etmiştik. Gerçekten Fransız hukukunda üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile ilgili tartışmalar Kanun hükümlerinin oylanması sırasında değil, aksine, Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra başlamıştır.

Fransız hukukunda üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile ilgili pek çok husus tarışmalıdır. Hatta üçüncü kişinin fiilinini geçerli olarak taahhüt edilip edilemeyeceği

---

325 Imbert, **a.g.e.**, s. 88.

326 Bu ve buna benzer bazı düzenlemelerin, Napoléon'un eski rejimden gelen anlayışa olan yakınlığının, Tasarı üzerine düşürdüğü gölgeler olarak yorumlanmaktadır. Imbert, **a.g.e.**, s. 92 vd.

327 Imbert, **a.g.e.**, s. 92-93. Fransız Medeni Kanununun genel yapısı hakkında ayrıca bkz. Oğuz, **a.g.e.**, s. 124 vd. ile özellikle s. 128.

328 Imbert, **a.g.e.**, s. 93.

329 Fransız Medeni Kanununa ilişkin değişkilik kanunları hakkında bkz. Davran, **a.g.e.**, s. 154 vd.

meselesi bile tartışılmıştır. Tartışmaların nedeni, bu konu ile ilgili olarak sevk edilmiş bulunan iki maddenin, art. 1119 C. Civ. ve art. 1120 C. Civ.'in birbiriyle çelişik gibi görünmesidir. Gerçekten art. 1119'da bir kimsenin kendi adına başkasının fiilini taahhüt edemeyeceği belirtildikten sonra hemen arkasından gelen art. 1120'de başkasının fiilini taahhüt ederek yükümlülük altına girilebileceği ifade edilmektedir. Bu bakımdan Fransız hukukunda üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile ilgili tartışmalar, ilk etapta bu iki maddenin birbiriyle çelişik olup olmadığı ve buna paralel olarak, başkasının fiilinin geçerli olarak taahhüt edilip edilemeyeceği noktasında kilitlenmektedir.

Fransız Medeni Kanununun 1119. maddesinde geçen "kendi adına" ve "başkası hesabına" ifadesinden anlaşılmaktadır ki bir kimse, kendi adına başkası hesabına yükümlülük altına giremez. Fakat Fransız hukukçular, maddenin bu haliyle çok kötü bir biçimde kaleme alındığından yakınmaktadırlar[330]. Salt maddenin sözüne bağlı kalındığında, kendi adına başkası hesabına hareketin öngörüldüğü vekalet ve vekaletsiz iş görme gibi temsil ilişkilerinden söz eden hukuki kurumları bütünüyle geçersiz saymak gerekecektir[331]. Oysa maddenin söylemeye çalıştığı şey, kendi adına başkası hesabına yükümlülük altına girilemeyeceği değil, başkasının fiilinin kendi adına taahhüt edilemeyeceğidir[332]. Fakat maddenin kaleme alınış tarzı bu anlamı vermekten uzak kalmıştır. Bununla birlikte başkasının fiilinin kendi adına taahhüt edilemeyeceği anlamına sahip olduğu kabul edilse bile maddenin, sadece bu hususu dile getirmek için kaleme alınmış olduğuna inanmak da gerçekten zordur. Zira başkasının fiilini kendi adına taahhüt ederek yükümlülük altına girmek zaten mümkün olmadığına göre bu hususu dile getirmeye gerek bile yoktur. Taahhüt konusu fiil, ya kendi fiili olabilir ya da başkasının fiili olabilir. Başkasının fiili kendi fiili olmadığına göre kendi fiili de başkasının fiili olamaz. Başka deyişle, bir kimse kendi elleriyle ifa edeceği bir davranışı başkasının fiili olarak vaat edemeyeceği gibi başkasından sadır

330 Mourlon, **a.g.e.**, N. 1066; Laurent, **a.g.e.**, N. 532

331 Mourlon, **a.g.e.**, N. 1067-1068. Baudry-Lacantinerie, Barde, **a.g.e.**, N. 130; Demogue, **a.g.e.**, N. 882. Madde metnine sadık kalındığı vakit, kendi adına başkası lehine yükmlülük altına girmek olarak nitelendirilen kefalet sözleşmesini de dışlamak, böyle bir kurumu tamamen yok saymak gerekecektir. Laurent, **.**, § V N. 532.

332 Mourlon, **a.g.e.**, N. 1066.

olacak bir davranışı kendisine ait bir davranış gibi vaat edemez. O halde geriye tek bir olasılık kalmaktadır ki o da, başkasının fiilini onun adına taahhüt etmektir. Böyle bir taahhüdün ise o kimse kabul etmedikçe hiçbir hükmü olmayacağı açıktır; hiç kimse rızası hilafına borçlandırılamaz ve bu hususu bugünkü hukuk düzenleri açısından söylemeye artık gerek dahi yoktur. Bu şartlar altında, kanunkoyucunun zaten bilinen durumları ya da mantık icabı öyle olması gereken hususları belirtmek için art. 1119 C. Civ.'i kaleme aldığını söylemek çok zordur[333].

Bu şartlar altında hemen akla, art. 1119 gibi bir hükmün niçin kaleme alıdığı sorusu gelmektedir. Çok açıktır ki böyle bir maddenin Fransız Medeni Kanununa dahil edilmesinin nedeni, Roma hukuku ile olan tarihsel bağın koparılmaması yönünde gösterilen yoğun çabadır[334]. Gerçekten kanunun bu hükümleri Pothier aracılığıyla Roma hukukundan taşınmıştır. Pothier'nin, Digesta'nın 50.17.7.4'de üzerine temellendirdiği başkasının fiilinin kendi adına taahhüt edilemeyeceği kuralı, bugünkü Fransız Medeni Kanununun 1119. maddesinin çatısını oluşturmuştur[335]. Medeni Kanunu kaleme alanların, Roma ve Eski Hukuk ilkeleri ile güçlendirilmiş ve güvenilirlik kazandırılmış bir doktrine atıf yapma istekleri, söz konusu hükümlerin Medeni Kanun içine dahil edilmesinde en önemli nedeni oluşturur[336].

Anılan madde, başkasının fiilini kendi adına taahhüt etmeyi yasakladığına göre, başkasının fiilinin vaat edilmesi suretiyle yükümlülük altına girilebileceğini ifade eden art. 1120 C. Civ.'in anlamını açıklamak gerekecektir. Acaba bu iki madde birbiriyle nasıl bağdaştırılacaktır? İşte tam bu noktada önemli bir tartışma konusu ortaya çıkmaktadır ki bu da, art. 1120 ile art. 1119 hükmünün yürürlükten kaldırılmış mı olduğu yoksa art. 1120'nin art. 1119'un bir istisnasını mı teşkil ettiği problemidir.

---

333 Laurent, **a.g.e.**, N. 532; Mourlon, **a.g.e.**, N. 1066; Marcadé, **a.g.e.**, N. 428.

334 Demelombe, **a.g.e.**, N. 208 ve ayrıca bkz. N. 205-206.

335 Pothier, esas itibariyle örf ve adet hukuku derlemeleri ile uğraşmakla birlikte bu çalışmalarını Roma hukukunun kısmen yürürlükte olduğu bir devirde yapıyordu. Bu tarihlerde Roma hukuku öylesine etkiliydi ki bazı bölgelerde doğrudan uygulanıyor, doğrudan uygulama alanı bulamadığı bölgelerde ise, örf ve adetlerin oluşumunda rol oynuyordu. Böyle bir ortamda oluşan örf ve adet hukuku ile ulusal hukuklar doğal olarak Roma hukukunun etkisini taşıyordu. Wavre, **a.g.e.**, s. 22 dn. 6.

336 Demelombe, **a.g.e.**, N. 209. Medeni Kanunu kaleme alanların, gerekli değerlendirmeleri yapmaksızın Pothier'den adım adım kopya etme kolaylığına kaçmış olmaları, art. 1119 C: Civ. gibi bir maddenin Fransız Medeni Kanunu içinde yer almasındaki diğer bir etkendir. Wavre, **a.g.e.**, s. 22 dn. 6.

Bugün Fransız doktrininde baskın görüş, art. 1120 hükmünün art. 1119'u yürürlükten kaldırmadığı yönündedir[337]. Hatta yazarlar yürürlükten kaldırmayı kabul etmedikleri gibi, art. 1120'nin, madde metninde geçen "bununla birlikte" ibaresine rağmen, art. 1119'un bir istisnası olduğunu dahi kabul etmemektedirler. Bu görüşteki yazarlara göre her iki maddenin birbirinden bağımsız şekilde ele alınması ve aradaki sınırın çizilmesi şarttır[338]. Zira art. 1120'de art. 1119'a aykırı olacak şekilde başkasının fiilinin taahhüt edilebileceği söylenmiş değildir; aksine, art. 1120, bir kimsenin ancak kendi fiilini taahhüt edebileceğini teyit eden bir maddedir[339]. Bu madde uyarınca taahhüt eden, garanti etmek suretiyle başkasının fiilini sözleşme konusu yapabilir. Böylece taahhüt eden, gerçekte başkasının fiilini değil, kendi fiilini üstlenmiş durumdadır. Zira başkasının fiilini taahhüt eden kimse üçüncü kişiye borçluluk sıfatı verememekte fakat borçluluk sıfatı vereceğini pekala taahhüt edebilmektedir[340]. Bu durumda taahhüt edenin borcunun konusu, üçüncü kişinin sözleşmeye taraf olmayı kabul edeceğini vaatten öteye gidemez. Taahhüt eden, üçüncü kişinin sözleşmeden doğan yükümlülüğü üzerine alacağını karşı tarafa söz vermek suretiyle bir bakıma üçüncü kişinin imzasını getirme borcu altına girmiş olur ki böylesi bir vaat, icazet taahhüdü[341] olarak adlandırılabilir[342]. Dolayısıyla art. 1120'de bildirilen durumda

---

337 Planiol, Ripert, Esmein, **a.g.e.,** N. 49; Gaudemet, **a.g.e.**, s. 236; Buttgenbach, **a.g.e.**, s. 13-14; Baudry-Lacantinerie, Barde, **a.g.e.**, N. 130; Laurent, **a.g.e.**, N. 539; E. Colmet de Santarre, **Manuel Elémantaire de Droit Civil,** Tome II, 2. éd., mise au courant de la Législation, Paris, Librairie Plon, 1892, s. 217; Marcadé, **a.g.e.**, N. 430; Planiol, Ripert, Boulanger, **a.g.e.**, N. 614; Marty, Raynaud, art. 1120 hükmünün art. 1119 kuralına aykırı gibi göründüğünü; ancak bu aykırılığın sadece dış görünüş itibariyle olduğunu yoksa art. 1120'nin art. 1119'u kesinlikle ortadan kaldırmadığını savunmaktadırlar. Marty, Raynaud, **a.g.e.**, N. 275 ve 276; Karşı fikirde bkz. Saleilles, **a.g.e.**, N. 152. Bu fikre göre başkasının fiilinin taahhüt edildiği her olayda borçlanma iradesinin karine olarak kabulü, art. 1119 hükmünü geçersiz kılar. Ayrıca bkz. Demelombe, **a.g.e.**, N. 216. Aynı fikrin Fransız hukukunu iktibas etmiş Belçika hukukundaki temsilcisi için bkz. De Page, **a.g.e.**, § 1 N. 731; Mazeaud, Mazeaud, **a.g.e.**, s. 229.

338 Laurent, **a.g.e.**, § V N. 539; Baudry-Lacantinerie, Barde, **a.g.e.**, N. 130; Buttgenbach, **a.g.e.**, s. 14; Colmet de Santarre, **a.g.e.**, s. 217; Beudant, **a.g.e.**, N. 935; Mazeaud, Mazeaud, **a.g.e.**, s. 229.

339 Demelombe, **a.g.e.**, N. 213.

340 Mourlon, **a.g.e.**, N. 1069; Weill, Terré, **a.g.e.**, N. 525.

341 Kanunda geçen icazete ilişkin ifadeler mutlaka sadık kalınması gereken kutsal ifadeler değildir. Bunun yerine mesela "onaylatmayı taahhüt etmek" ya da "kabul vaadi" gibi ifadeler de pekala tercih edilebilir. Baudry-Lacantinerie, Barde, **a.g.e.**, s. 174 N. 131.

342 Baudry-Lacantinerie, Barde, **a.g.e.**, N.130; Planiol, Ripert, Esmein, **a.g.e.**, N. 49; Laurent, N. 539; MM. Aubry et Rau, **Cours Droit Civil Français d'Apres la Méthode de Zachariæ,** Tome IV, Paris, y.y., 1902, s. 509 vd.; Mourlon, **a.g.e.**, N. 1069; Demelombe, **a.g.e.**, N. 213; Buttgenbach, **a.g.e.**, s. 14; Marty, Raynaud, **a.g.e.**, § 2 N. 276; Baudouin, **a.g.e.**, N. 319 ve 320; Carbonnier, **a.g.e.**, s. 222-223; Planiol, Ripert, Boulanger, **a.g.e.**, N. 614; Ambroise Colin, Henri Capitant, Léon Julliot de la Morandière, **Cours Elémentaire de Droit Civil Français,** Tome II, 10. éd.,

taahhüt eden, tamamen kendi fiilini kendi adına taahhüt etmiştir ve bu anlamda art. 1119'da belirtilen kendi adına başkasının fiilinin taahhüt edilemeyeceği kuralına ne bir aykırılık ne de bir istisna vardır[343].

Bu düşünceyi savunanlar arasında bir kısım yazar, art. 1119 C. Civ'in, "*kendi adına başkasının fiilini vaat etme*" şeklindeki taahhütlerin geçersizliğini belirttiğini ve bunu belirtmek için getirildiğini; art. 1120 C. Civ'in ise, bir kimsenin salt üçüncü kişiyi değil, kendisini de borç altına sokma iradesiyle yaptığı taahhütlerinin art. 1119'a tabi olmayıp geçerli olacağını vurgulamak için kaleme alındığını kabul ederler[344]. Sadece başkası için yapılan basit bir taahhüt bağlayıcı olmaz. Gerçekten taahhüt eden, borçlanma iradesine sahip olmaksızın başkasının fiilini vaat etmiş olabilir. Sözleşme düzeyine çıkamamış bir fikir alışverişi, basit bir temenni, tavsiye etme, öneri verme ya da bilgilendirme gibi açıklamalar taahhüt edenin, borçlanma iradesi olmaksızın yaptığı ciddi olmayan beyanlarıdır[345]. Hiçbir bağlayıcılığı bulunmayan bu tür beyanların karşılığını bulacağı yer ise art. 1119 C. Civ.'dir. O halde denilebilir ki buradaki sorunun çözümü tamamen iradelerin yorumu meselesine bağlıdır. Kendi adına başkasının fiilini taahhüt eden kimsenin gerçekten borç altına girme iradesiyle mi böyle bir taahhütte bulunduğu yoksa sıradan bir temenni, dilek ya da istekten ibaret olacak şekilde, hiçbir borçlanma niyeti taşımaksızın mı hareket ettiği hususu sorgulanmaya muhtaçtır[346].

Borçlanma iradesini araştırma noktasında ise, görüşler birbirinden ayrılmaktadır. Bir görüşe göre, başkasının fiilini konu alan her anlaşmada borçlanma

---

Paris, Librairie Dalloz, § N. 221; Weill, Terré, a.g.e, N. 525; Jean Boulanger, "Porte-fort", **Dalloz Répertoire de Droit Civil**, Tome III, Ed., Emmanuel Vergé, Georges Ripert, Suzanne Dalligny, 1953, s. 768; Gaudemet, **a.g.e.**, s. 236; Gross, **a.g.e.**, N. 132; Chevallier, Bach, **a.g.e.**, s. 354; René Savatier, **Cours de Droit Civil,** Tome II, 2. éd., Paris, Librairie Générale de Droit de Jurisprudence, 1949, N. 152.

343 Planiol, Ripert, Esmein, **a.g.e.,** N. 49; Gaudemet, **a.g.e.**, s. 236; Buttgenbach, **a.g.e.**, s. 13-14; Baudry-Lacantinerie, Barde, **a.g.e**., N. 130; Laurent, **a.g.e.**, § V N. 539; De Santarre, **a.g.e.,** s. 217; Planiol, Ripert, Boulanger, **a.g.e.**, N. 614; Marty, Raynaud, **a.g.e.**, N. 275 ve 276; De Santarre, **a.g.e.**, s. 217.

344 Marty, Raynaud, **a.g.e.**, § N. 276; Planiol, Ripert, Boulanger, **a.g.e.**, N. 611.

345 Marcadé, **a.g.e.**, N. 430.

346 Demelombe, **a.g.e.**, N. 216.

iradesi karine olarak kabul edilmek gerekir[347]. Sözleşme ilişkisine giren bir kimsenin bu taahhüdü borçlanma iradesi ile yapmış olması kuvvetle olasıdır; zira sözleşme akdetmek çabasına girişen bir kimsenin elbette bu sözleşmenin bağlayıcı olacağını ve kendisi üzerinde bir takım sonuçlar doğuracağını biliyor olması gerekir. Yoksa tarafların hükümsüz bir sözleşme yapmak için bir araya geldikleri ve bunca zahmete girdiklerini düşünmek hukuk mantığına ters düşer. O halde taahhüt altına giren kimsenin, yoruma gerek kalmaksızın ne yaptığının bilincinde bir kişi olarak borçlanma iradesine sahip olduğunun hemen daima kabulü gerekecektir[348]. Borçlanma iradesi karinesi fikrini benimsemiş olan yazarlar bu hususta ayrıca art. 1157 C.Civ.'in de dikkate alınması gerektiğini de öne sürerler. Söz konusu madde uyarınca, yorumda tereddüde düşülen hallerde daima sözleşmeye etki verecek bir anlam tercih edilmelidir ve porte- fort da bu anlamdan nasibini almalıdır[349].

İkinci görüşe göre ise, her başkasının fiilini vaatten bir porte-fort yükümlülüğü doğmaz. Dolayısıyla taahhüt edenin, borçlanma iradesine sahip olduğunun karine olarak kabulü doğru değildir. Çünkü böyle bir kabul, art. 1119 C. Civ.'i uygulanamaz bir madde haline dönüştürerek yürürlükten kaldırır. Borçlanma iradesinin sabit olup olmadığı ise her somut olayda hakim tarafından değerlendirilmeli ve borçlanma iradesinin varlığı halinde art. 1120, yokluğu halinde art. 1119 uygulanmalıdır. Ayrıca böyle bir karinenin kabulü için mutlak olarak bir kanun hükmüne ihtiyaç vardır. Oysa bu tarz bir karineyi haklı çıkaran hiçbir kanun maddesi mevcut değildir. Karine fikrinin lehinde olarak ileri sürülen art. 1157 C. Civ.'in ise, bu desteği sağlamak gücünden yoksun olduğu gibi, söz konusu hüküm ne yazık ki karşısında daima art. 1162 C. Civ. hükmünü bulur. Art. 1162 C. Civ.'nin şüphe halinde borçlu lehine yorumu kabul eden açık hükmü sayesinde borçlanma iradesinin karine olarak kabulünün önüne geçilmiş olur. Bu durumda açıkça bir porte-fort kaydını içermeyen anlaşmalarda, taahhüt edenin, bu taahhüdün basit bir vaatten

---

347 Demelombe, **a.g.e.**, N. 216; Mourlon, **a.g.e.**, N. 1069; Marcadé, **a.g.e.**, N. 430-432; Esmein, **Cours,** s. 209; M. Delvincourt, **Cours de Code Civil,** Tome II, Paris, Librairie Delestre-Boulage, 1824, s. 471.

348 Mourlon, **a.g.e.**, N. 1069; Demelombe, **a.g.e.**, N. 216; Delvincourt, **a.g.e.**, s. 471.

349 Bu ilke, "*potius ut valeat quem ut pereat* (hükümsüz olmaktansa geçerli olsun)" özdeyişi ile de bilinmektedir. Demelombe, **a.g.e.**, N. 216. Art. 1157 C: Civ.'in dikkate alınması gerekliliği hakkında ayrıca bkz. Esmein, **Cours,** s. 209.

ibaret olmayıp aslında garanti etme iradesi ile yapıldığını ispat alacaklıya ait olacaktır[350].

Belirtmek gerekir ki her iki görüş arasında çok büyük bir fark yoktur. Her iki görüşe göre de bir kimse, kendisini borç altına sokmak niyetiyle başkasının fiilini taahhüt edebilir, buna kanuni hiçbir engel yoktur. Görüşler arasındaki farklılık tümüyle, borçlanma iradesinin karine olarak kabul edilip edilemeyeceği noktasında toplanmaktadır. Birinci görüş, vaatte bulunmanın aynı zamanda borçlanma iradesini de içinde barındıran ciddi bir taahhüt olduğunu kabul ederken; ikinci görüş, tek başına söz vermenin, taahhüt altına girmek için yeterli olamayacağını, ayrıca bu taahhüt ile bağlanmak yönünde bir iradenin de aranması gerektiğini kabul eder. Bu farklılık özünde ispat yükü bakımından pratik sonuç doğrur. Zira taahhüt edenin borçlanma iradesine sahip olduğunu karine olarak kabul eden ilk görüşe göre, karinenin aksini ispat, taahhüt eden üzerine düşmekte iken, ikinci görüş taraftarlarına göre bu ispat yükü, taahhüt edilen kişi yani alacaklı üzerindedir[351].

Fransız hukukunun üçüncü kişinin fiilini tahhüt ile ilgili hükümleri karşısında yapılan tüm bu tartışmalar ve getirilen öneriler tatmin edici bir çözüm sağlamakta yeterli olmamış, hatta sunulan fikirler daha büyük bir tartışmanın kapısını aralamıştır. Artık, tartışmaların geldiği son nokta Fransız Medeni Kanununda art. 1119 gibi bir maddenin varlığının gerçekten gerekli olup olmadığı sorgulamasıdır.

Denilebilir ki art. 1119 C. Civ. uygulamasının aksine olan eğilimler son yıllarda güçlenmeye başlamıştır[352]. Maddenin Fransız Medeni Kanunu sistematiğine dahil edilmesinin son derece gereksiz olduğunu savunanların sayısı hiç de küçümsenecek ölçüde değildir. Hatta borçlanma iradesinin varlığının karine olarak kabulüne karşı çıkanlar dahi, böyle bir maddenin kanunda yer alması ile almaması arasında hiçbir fark olmadığını itiraf etmektedirler[353].

---

350 Baudry-Lacantinerie, Barde, **a.g.e**., N. 131; Marty, Raynaud, **a.g.e.**, § 2 N. 276; Laurent, **a.g.e.**, N. 533.
351 Bu hususta bkz Reisoğlu, **Garanti**, s. 33.
352 Weill, Terré, **a.g.e.**, N. 522.
353 Laurent, **a.g.e.**, N. 532.

Borçlanma iradesi karinesini kabul edenler ise, bu konuda çok daha sert bir tutum içindedirler. Roma hukukunun katı şekilcilik anlayışının hakim olduğu ilkel dönemlerden kalma bir uygulamayı, ne pahasına olursa olsun, modern Fransız *Code Civil*'inde devam ettirmek son derece gereksiz ve yersiz bir çabadır[354]. Taraflar bir anlaşma yapmak için bir araya geldikleri zaman bunun iki anlamı olabilir: Ya borçlanma iradesi olmaksızın ve sözleşme niteliğini taşımaksızın sadece bir takım müzakerelerde bulunmak ya da borçlanma iradesi ile bir sözleşme yapmak. Hayatın olağan akışı düşünüldüğünde, en sık görülen, ikinci durumdur. Bir anlaşma yapmak için bir araya gelen tarafların borçlanma iradesine sahip olduğunu varsaymak daha akılcıdır. Bununla birlikte her iki anlamı çıkarmaya da elverişli bir durum varsa, o zaman art. 1157 C. Civ. ışığında bir yorum yapmak ve sözleşmeye hiçbir anlam vermemek yerine ona hüküm ifade etmesini sağlayacak anlamı tanımak daha uygun bir çözüm sunar[355]. İşte üçüncü kişinin fiilini taahhüdün borçlandırıcı bir işlem gibi dikkate alınma mecburiyeti, tarafların beyanlarının örtülü bir porte-fort anlaşmasını içerdiği fikrinin kabulü ile mümkündür ve bu ön kabul, art. 1119 C. Civ. hükmünü, tamamen art. 1120 C. Civ. içinde eriyen ölü bir madde haline dönüştürür[356].

B. Pandekt Hukuku Çalışmalarında Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüdün Durumu

Alman İmpartorluk sınırları içinde Pandekt Hukuku adı altında uygulanan[357] Roma hukukunun bilimsel olarak ele alınmaya başlamasından sonra üçüncü kişini fiilini taahhüt ile ilgili bilgiler de sistematikleşmiştir. XVIII. yy. sonlarında Tarihçi Hukuk Okulunun katkılarıyla bilimselleşen Pandekt hukukunda, hukukun

---

354 Demelombe, **a.g.e.**, N. 216. De Page'a göre de hükümsüzlük kuralı, eski hukukun katı uygulamalarında kökleşmiş, hiçbir akılcı temele dayanmaksızın sadece tarihi sebeplerle açıklanacak bir kural olmaktan öteye gidemeyen bir düzenlemesidir. De Page, **a.g.e.**, § 1 N. 729 bis.

355 Sözleşmenin yapıldığı sıradaki hal ve şartlar, işin doğası, anlaşmaya ekli kayıtlar, tarafların niteliği, tarafların daha önce giriştikleri hukuki ilişkiler, sözleşmenin şekle tabi olarak yapılması gibi hususlar yorum esnasında dikkate alınabilecek olan araçların başında gerlir. Demelombe, **a.g.e.**, N. 216. Mesela sözleşmeye eklenmiş bir cezai şart, daima borçlanma iradesinin varlığını gösterir. Aubry, Rau, **a.g.e.**, N. 131; Demelombe, N. 217; Laurent, **a.g.e.**, N. 540

356 Demelombe, **a.g.e.**, N. 216.

357 Çelebican, **a.g.e.**, s. 33 dn. 12.

sistemleştiği ve ana kavramların ortaya konduğu görülür[358]. Üçüncü kişinin fiilini taahhüt de bu çerçevede ele alınan kavramlardan biri olmuştur.

Pandekt hukukçuları Pothier'nin yaptığı gibi, ilk olarak üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile ilgili genel kurala yer vermişler; daha sonra söz konusu taahhüdün geçerli olabileceği halleri sıralamışlardır. Buna göre kural, üçüncü kişinin fiilini taahhütlerin hükümsüz olmasıdır; başka bir ifadeyle, üçüncü kişinin fiili geçerli olarak taahhüt edilemez. Üçüncü kişinin fiilini taahhüt, gerek üçüncü kişi gerek taahhüt eden üzerinde hiçbir etki doğurmaz. Üçüncü kişi üzerinde etki doğurmaz zira üçüncü kişinin sözleşmeye taraf olmak yönünde bir iradesi yoktur. Aynı şekilde taahhüt eden üzerinde de borç doğmaz çünkü taahhüt eden kendi edimini taahhüt etmiş değildir[359].

Genel kural hükümsüzlük yönünde olmakla birlikte üçüncü kişinin fiilini taahhüdün geçerli sayıldığı durumlar korunmuştur. Söz konusu hallerde, taahhüt edenin kendi kişisel edimini taahhüt ettiği varsayılmakta, taahhüdün geçerliği bu varsayıma bağlanmaktadır. Taahhüt edenin borç altına girdiğinin kabul edildiği hallerin başında I. 3,19,3'te[360] kaynağını bulan üçüncü kişinin ediminin ifasının başarılacağının taahhüt edildiği anlaşmalar gelir. Bu durumlarda taahhüt eden bizzat kendisi borç altına girmiş olur ve üçüncü kişi söz konusu fiili yerine getirmediğinde taahhüt edenin sorumluluğu gündeme gelir. Ancak burada taahhüt edenin borcunun karakteri bakımından Pandekt hukukçuları bir ayrım yaparlar ve taahhüt edenin basit bir yapma borcu vaat etmesi ile üçüncü kişinin ifasını beklemeyi vaat etmesini farklı hukuki zeminlerde değerlendirirler[361]. Gerçekten taahhüt edenin, bir başkasının edimini taahhüt ederek kişisel bir borç altına girmesi, ya söz konusu edimin elde edilmesi için çalışacağını vaat etmesiyle ya da hiçbir çaba göstermeksizin doğrudan, üçüncü kişinin ifasını beklemeyi yüklenmesiyle mümkün olur. Birinci durumda

---

358 Tahiroğlu, Erdoğmuş, **a.g.e.,** s. 101.

359 P. Van Wetter, **Pandectes Contenant l'Histoire du Droit Romain et la Législation de Justinien,** Tome III, Les Obligations, Partie I, 2. éd., Des Obligations en Droit Romain, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1910, s. 507.

360 I. 3,19,3: "*Si quis alium daturum facturumve quid spoponderit, non obligatur…Quod si effecturum se ut Titius daret spoponderit, obligatur*". Metinde geçen *effecturum*, taahhüt edenin kendi kişisel edimini borçlanmak istediği halleri gösterir: "Titius'un bir şey vereceğini ya da yapacağını taahhüt etmenin bir anlamı yoktur, böyle bir taahhüt hükümsüzdür. Fakat taahhüt eden kişi, Titius'un bir şey vereceğini kendisinin sağlayacağını (*effecturum*) taahhüt etmişse borçlanır".

361 Wavre, **a.g.e.**, s. 24.

taahhüt eden, edimin elde edilmesi için tüm çaba ve gayreti gösterdiğini kanıtlayarak, söz konusu edim elde edilememiş olsa bile borcundan kurtulur[362]. İkinci durumda ise taahhüt edenin borcu biraz farklılaşmıştır. Burada taahhüt eden, ifası istenen üçüncü kişi ediminin gerçekleşmesi için çaba ve gayret göstereceğini değil, söz konusu edimin kesinlikle yerine getirileceğini vaat etmiştir. Buna göre taahhüt edenin, borcundan kurtulması için, bu edimin elde edilmesine yönelik çaba yeterli değildir, elde etmeyi başarmak da gerekir. Bu son durumda, ilk durumda olduğu gibi basit bir yapma borcundan bahsedilmez artık burada taahhüt eden, bir garanti borcu altına girmiş bulunmaktadır[363]. Bu noktada Pandekt hukukçuları arasında yapılan bir başka ayrıma daha gitmek gerekir: İvazlı üçüncü kişinin fiilini taahhütler ile ivazsız üçüncü kişinin fiilini taahhütlerin farklılığı. Eğer üçüncü kişinin fiilini taahhüt ivazsız olarak yapılmış ise, taahhüt edenin sadece bir çaba gösterme vaadinde bulunduğu kabul edilir ve borcundan kurtulması için üçüncü kişinin edimini elde etmeye yönelik çaba ve girişimlerde bulunması yeterlidir. Eğer üçüncü kişinin edimi bir ivaz karşılığı taahhüt edilmişse, o zaman taahhüt edenin bu ivazı elde etmekte var olan çıkarı garanti borcunun doğumuna yol açar. Bu durumda taahhüt eden, üçüncü kişi ediminin elde edilmesine yönelik çalışmakla borcundan kurtulamaz, bu edimi kesin olarak elde etmiş olması da şarttır[364].

---

362 Wavre, **a.g.e.**, s. 24.

363 Van Wetter, **a.g.e.**, s. 507.

364 Bu ayrım taraftarları için bkz. Wavre, **a.g.e.**, s. 24. Fikrimize göre ivazlılık, üçüncü kişinin fiilini taahhütlerde taahhüt edenin borcunun karakterini belirlemeye yetmez. Zira bir ivazın bulunduğu her somut olay, mutlaka bir garanti borcunun varlığını sonuçlamaz. Hiçbir ivaz olmadan borç altına giren kimsenin, bu davranışı yapma borcu yüklenmek istediğini akla getirebileceği gibi pekala bir garanti borcu yüklenmek istediğini de düşündürebilir. Aynı şekilde garanti borcu altına girmek isteyen bir kimsenin genellikle bir ivaz karşılığı böyle bir borç altına girmek istediği fikri daha mantıklı ise de bu durum, aslında taahhüt edenin yapma borcu yüklenmek istediğinin kabulüne engel değildir. Bu sebeple ivazlılık taahhüt edenin borcunun karakterini tespitte belirleyici olamaz. Sanıyoruz ki burada ivazlılığın dikkate alınmasının temel nedeni, sözleşmede kararlaştırılan ivazın, sorumluluğun ağırlığı ile olan doğru orantısıdır. Çünkü yapma borcu altına girdiği düşünülen bir taahhüt edenin sorumluluğu daima daha hafiftir. Taahüt edenin, üçüncü kişinin edimini elde etmeye yönelik tüm çaba ve gayreti gösterdiğini kanıtlaması borcundan kurtulması için yeterlidir. Hatta söz konusu edim, elde edilememiş olsa bile sonuç değişmez; zira burada sonuç değil, vasıta önemlidir. Dolayısıyla böylesi hafif bir sorumluluk altına girmek isteyen kimsenin herhangi bir ivaz olmadan da bu sorumluluğu üstlenebileceği kabul edilir. Buna karşılık taahhüt eden, bir garanti borcu altına giriyorsa sorumluluğu ağırdır. Çünkü bu durumda ifa için gereken çaba ve gayretin gösterilmesi yeterli değildir, ifanın başarılması da gerekir. Oysa taahhüt edenin başkasının irade alanına tabi bir davranışı başarması çok uzak bir olasılıktır; çünkü bu edimi bizzat ifa edemeyeceği gibi, ifa için üçüncü kişinin iradesi üzerinde baskı kurma yetisine de sahip değildir. O halde böyle bir taahhüt, taahhüt eden için diğerine nazaran daima daha ağır

Wavre'a göre tüm bu ayrımlar Pandekt hukukçuları tarafından yapılan sonraki ayrımlardır; yoksa bu ayrımları Roma kaynaklarında görebilmek mümkün değildir. Yazara göre, Pandektlerin bu tarz ayrımlarla konunun derinliklerine inmelerinin nedeni, taahhüt edenin borcunu maddi bir meseleye indirgeme yönündeki istekleridir. Aslında burada bütün mesele taraf iradelerinin yorumudur. Genel kural, üçüncü kişinin edimini basitçe vaat eden kimsenin, bu vaatten dolayı borç altına girmeyecek olduğudur. Zira bu taahhüt ile ne üçüncü kişi ne de taahhüt edenin kendisi borç altına girer; üçüncü kişinin taraf olmadığı bir sözleşmeden ötürü haklar ve borçlar kazanması söz konusu olmamalıdır. Bu vaatten dolayı taahhüt edenin borç altına girmesi beklenirse de, kendi fiil ve davranışlarıyla ifa edebileceği bir edimi söz vermediği için taahhüt eden de borçlanmış olmaz. Bu durumda üçüncü kişinin fiilini taahhütler bakımından taahhüt edenin bir borçlanma iradesine sahip olduğundan bahsedilemez.[365]

Diğer taraftan üçüncü kişinin fiilini taahhüdü hükümsüz, basit bir vaat düzeyine çekmek her zaman için doğru olmaz. Üçüncü kişinin fiilini vaat eden kişi, ya bu fiili elde etmek için çalışamayı üstlenir ya da aksine, bir garanti borcu altına girer. Garanti borcu üstlendiği duurmda taahhüt eden, garanti konusu fiilini gerçekleşmemesinden dolayı taahhüt alacaklısının uğradığı zararı her hal ve şartta karşılamak zorundadır. Taraf iradelerinin bir garanti borcunu sonuçlayıp sonuçlamadığı ise hakim tarafından yapılacak bir değerlendirmeye bağlıdır. Buna göre hakim, somut olayın tüm özelliklerini göz önünde tutarak garati borcu altına girmek yönünde bir iradenin bulunup bulunmadığını araştıracak ve tereddüt halinde borçlu lehine olan hükümlere göre karar verecektir[366]. Pandektler, taahhüt edenin

---

bir sorumluluğu davet edecektir. İşte taahhüt edenin, beklenen üçüncü kişi davranışı ifa edilmediğinde kusuruna bakılmaksızın sorumlu tutulması, taahhüt edenin böylesi ağır bir yükümlülük altına, ancak bir ivaz karşılığı girmiş olabileceği sanısına götürmektedir.

365 Molitor, üçüncü kişinin fiilini taahhüdün hükümsüzlüğü kuralını haklılaştırma noktasında genel kanaatten ayrılmaktadır. Yazara göre, üçüncü kişinin fiilini taahhüdü geçersiz kılan özellik, taahhüt edenin borçlanma iradesine sahip olmayışı değil, imkansız bir borcu üstlenmiş oluşudur. Borçlanma iradesi vardır fakat imkansızlık üzerine temellenmiştir. Taahhüt eden, başkasının hakimiyet alanından çıkacak bir edimi vaat etmekle aslında kendisinin hiçbir zaman yerine getiremeyeceği bir edimi söz vermiştir. Molitor'un bu düşüncesi hakkında bkz. Van Wetter, **a.g.e.**, s. 507 dn. 16.

366 Wavre, **a.g.e.**, s. 24-25.

borçlanma iradesinin varlığını gösteren çeşitli durumların varlığından bahsederler[367]. Mesela sözleşmeye icazet verileceği taahhüdü bu olaylardan biridir. D. 46.8.19'dan anlaşıldığına göre[368], kendi adına üçüncü kişi hesabına işlem yapan kimse, bu işleme üçüncü kişi tarafından icazet verileceğini taahhüt ederek üçüncü kişinin fiilini taahhüt borcu altına girebilir.

Benzer şekilde başkasının davada hazır bulunacağını taahhüt eden kimse de bu edime yönelik kişisel bir garanti vermiş olmaktadır[369]. Taahhüt edenin borçlanma iradesinin varlığına dair bir başka durum da bu taahhüde yönelik bir kefil gösterilmesidir. Başkasının fiilini taahhüt eden kimse aynı zamanda bu taahhüdüne ilişkin bir kefil gösterecek olursa, söz konusu edimi kişisel olarak garanti etmek istiyor demektir[370]. Böyle bir durumda yapılan kefalet sözleşmesinden doğan borcun varlığı ve geçerliği, asıl sözleşmeden doğan borca bağlıdır. Asıl sözleşme geçersiz olarak kabul edilecek olursa bu borcu teminat altına alma işlevinde olan kefalet sözleşmesi de geçersiz kılınmak gerekir. Kefalet sözleşmesi, asıl borcun geçerliği olasılığında hüküm ifade edeceğine göre, kefil gösterme zahmetine giren bir kimsenin elbette, başkasının fiilinden dolayı borç altına girme isteğine sahip olduğuna inanmak akıllıca olur[371].

Buna benzer bir başka durum, borçlunun, üçüncü kişi tarafından borca kefil olunacağını vaat etmesi, başka deyişle bu kefaleti elde edeceğini örtülü bir irade

---

367 Bu durumlar hakkında bkz. Van Wetter, **a.g.e.**, s. 507-508.

368 "*In stipulatione, qua procurator cavet ratam rem dominum habiturum id continetur, quod intersit stipulationis…"*

369 D. 45.1.38.24: "*Si quis ita stipulatus fuerit: 'illum sistas?' nulla causa est, cur non obligatio constat* (Eğer şöyle bir *stipulatio* yaptıysa 'onun mahkemede hazır bulunmasını (taahhüt ediyor musun) ? borç ilişkisinin doğmaması için hiçbir sebep yoktur". Benzer şekilde bkz. D. 45.1.81 pr.

370 Burada üçüncü kişinin fiilni taahhüt eden kimsenin bu taahhüdüne karşılık bir kefil göstermesinden kasıt, yine kendisi de bir üçüncü kişinin fiilini taahhüt olarak kabul edilebilecek olan kefil gösterme borcu üstlenmesi değildir. Zira bir kimsenin kendi borcuna karşılık üçüncü bir kişinin kefil olacağını vaat etmesi, üçüncü kişinin kefalet sözleşmesine taraf olmayı kabul etmesine bağlıdır ki bu taahhüdün kendisi de üçüncü kişinin fiilini taahhüdü oluşturur. Bu bakımdan kefil göstermekten kasıt, üçüncü kişinin kefil olmayı kabul etmiş olduğu hallerdir. Bu durumda taahhüt eden, üçüncü kişinin herhangi bir edimini taahhüt etmekte ve bu taahhüdü güçlendirmek için de söz konusu fiilin ifa edileceğine dair başka bir üçüncü kişinin kefaletini göstermektir.

371 Van Wetter, **a.g.e.**, s. 508 dn. 23.

beyanı ile yükümlenmesidir[372]. Söz konusu vaadin taahhüt eden üzerinde hüküm doğuracağı D. 13.5.14.2'den yola çıkılarak kabul edilmektedir:

> *Sed et si quis certam personam fideiussuram pro se constituerit, nihilo minus tenetur, ut Pomponius scribit. Quid tamen si ea persona nolit fideiubere? Puto teneri eum qui constituit, nisi aliud actum est.*
>
> Fakat eğer belli bir kimseyi kefil olarak göstererek *constitutum*'la vaatte bulunan kişi Pomponius'un yazdığına göre bu vaadinden daha azını üstlenemez. Bununla birlikte eğer o kişi kefil olmayı kabul etmezse? Başka türlü kararlaştırılmamışsa onu vaat eden kişi tarafından üstlenileceğini düşünüyorum[373].

Pandektler, taahhüt edenin gerek kendisinin gerek üçüncü kişinin edimini birlikte konu alan beyanlarını da geçerli taahhütler arasında saymışlardır. Taahhüt eden, hem kendisinin hem de üçüncü kişinin edimini aynı anda ve yalnızca yarısını üstlenecek şekilde taahhüt edecek olursa, söz konusu taahhüt, taahhüt eden ve üçüncü kişi arasında yarı yarıya bölünür. Eğer taahhüt eden, kendisi ve üçüncü kişinin edimini taahhüt ederken miktara ilişkin bir ayrım yapmamışsa, o zaman, tüm miktarın, taahhüt eden üzerinde olmak üzere dava ve takip konusu yapılması daha uygun olur[374]. Bu sonuncu durumun hukuki dayanağını Novallae'da bulmak mümkündür:

---

372 Van Wetter, **a.g.e.**, s. 508.

373 Metin, doğrudan *constitutum* ile ilgilidir. *Constitutum*, bir kimsenin kendisinin ya da başkasının bir miktar para veya misli bir borcunu kesin bir vadede ödeyeceğini taahhüt etmesidir. Özcan Karadeniz, **Klasik Roma Hukukunda «Constitutum Debiti»**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, 1968, s. 1. Normal olarak *constitutum*'dan doğan borcun ifası için kararlaştırılan kesin vadede, borcun ödenmiş olması gerekir. Fakat vade günü geldiğinde borçlu, borcu ödemek yerine, borcu ödeyecek bir kefil göstermeyi teklif ediyorsa bu *constitutum*'un un geçerli olup olmayacağı tartışmalıdır. Van Wetter, **a.g.e.**, s. 508. Metindeki interpolatio iddiaları ve tartışmaları için bkz. Karadeniz, **a.g.e.**, s. 64 vd. Baskın olan görüş, borcun ödeneceği vaatlerini içeren *constitutum*'ların yanısıra borcun ödeneceğine dair verilen garantileri içeren *constitutum*'ların da geçerli olacağı yolundadır. Baskın görüşteki yazarlar için bkz. Karadeniz, **a.g.e.**, s. 64 vd. Garanti *constitutum*'unun geçerli sayılması, taahhüt edenin borçlanma iradesinin varlığının adeta bir kanıtı gibi yorumlanmaktadır. Van Wetter, **a.g.e.**, s. 508. Yalnız bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, üçüncü kişinin kefil olacağı vaadi ile üçüncü kişinin kefaletinin elde edileceği vaadinin karıştırılmaması gereğidir. Birinci durumda söz konusu vaat, üçüncü kişinin fiilini taahhüt olarak hükümsüz iken, ikinci durumda taahhüt edenin kendi kişisel edimini beyan ettiği geçerli bir vaat vardır. Karadeniz, **a.g.e.**, s. 72.

374 Nov. 115. 6.

Son olarak üçüncü kişinin söz konusu edimi yerine getirmemesi halinde bir ceza ödeneceğinin vaat edildiği anlaşmalar da, hükümsüz taahhütler sınıfından çıkarılmıştır. Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün cezai şart ile olan bağlantısı esas olarak I. 3,19,21'de "*Versa vice qui alium facturum promisit, videtur in ea esse causa, ut non teneatur, nisi poenam ipse promiserit* (Buna karşılık bir başkasının fiili vaat edildiğinden dolayı, burada sorumlu olmanın üstlenilmediği görülür, meğer ki cezayı kendisi taahhüt etmiş olsun)" ifadesiyle kurulmuştur[375].

C. 1881 ve Revizyon Sonrası İsviçre Borçlar Kanunundaki Düzenleme

İsviçre hukukunda üçüncü kişinin fiilini tahhüt ile ilgili hükümler ilk olarak 1881 tarihli Eski İsviçre Borçlar Kanununda kurallaştırılmıştır. İsviçre hukukunda üçüncü kişinini fiilini taahhüt ile ilgili olan 127. maddenin çıkış noktası, Fransız hukukunun art. 1120 C. Civ. hükmüdür[376]. Ancak bu hüküm, esin kaynağı olan art. 1120 C. Civ.'den çok esaslı farklılıklarla kaleme alınmıştı. En başta Fransız hukukunda art. 1120 C. Civ. ile bağlantılı başkasının fiilini taahhüdün kural olarak hükümsüz olduğunu ifade eden ve art. 1120 C. Civ. ile olan ilişkisi göz önünde tutulduğunda kanun sistematiği içinde nereye oturtulacağı tam olarak bilinmeyip hararetli tartışmaları beraberinde getiren art. 1119 C. Civ. gibi bir madde İsviçre hukukuna alınmamıştır. Buna göre her iki hüküm ile ilgili olarak Fransız doktrin ve içtihadını meşgul eden tartışmalar İsviçre hukukunda yer bulmaz[377]. Bu doğrultuda başkasının fiilini tahhüt eden kimsenin borçlanma iradesine sahip olduğunun karine olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışmasına da gerek kalmaz; zira Roma hukukuna sadık kalınarak kanun metnine taşınmış olan porte-fort, istisna olarak kabul edilse bile İsviçre hukukunda kuraldır. İsviçre kanunkoyucusu üçüncü kişinin fiilini taahhüdü "porte-fort" olarak isimlendirmeksizin kanuna almıştır. Wavre'ye göre

---

375 Metinde, bir kimsenin başkasının fiilini taahhüt ettiği *stipulatio*'ların hükümsüzlüğünden bahsettikten sonra "nisi" edatı ile "meğer ki cezayı vaat etmiş olsun" ifadesine bağlanılmakta ve cezai şart kararlaştırıldığı durumda başkasının fiilini taahhütlerin hüküm ifade edeceği açıkça belirtilmektedir.

376 Béguelin, "Porte-fort", **a.g.e.**, s. 1; Reisoğlu, **Garanti,** s, 43; Arık, "Başkasının Fiilini Taahhüt Mukavelesi", s. 46; Tandoğan, **Garanti** s. 46.

377 Wavre, **a.g.e.**, s. 22.

kanunda porte-fort sözcüğünün görevlendirilmemiş olmasının nedenini Almanca olarak kaleme alınan metinde aramak gerekir. Zira porte-fort sözcüğünü karşılayan Almanca bir kavram bulunamaması, 22-28 Ekim 1869 ve 6-13 Ekim 1872 tarihli komisyon kararlarına göre hazırlanmış Tasarılarda, söz konusu kanun maddesinin izleyen şekilde kaleme alınmasına yol açmıştır:

> Bir kimse üçüncü kişi lehine tekeffülde bulunma iradesi ile üçüncü kişinin fiilini taahhüt ederse üçüncü kişi tarafından fiilini ifa edilmemesi halinde zararı gidermeye mecburdur.

Tasarı metninde geçen "üçüncü kişi lehine tekeffülde bulunmak" sözcükleri, kurumu ifade etmede başarısız bulunarak kaldırılmıştır. Fakat bu sözcüklerin yerini dolduracak başka kavramlar görevlendirilemediği için Kanun, bu konuda son derece yetersiz kalmış ve ortaya çıkan ince problemleri bile cevaplayamamıştır. Kanunun hazırlık çalışmalarında üçüncü kişinin fiilini taahhüt, porte-fort sözcüğüne hiç değinmeksizin hemen hemen ve bütün tasarılarda aynı sözcüklerle kaleme alınarak kurallaşmıştır[378]:

> Üçüncü kişinin fiilini taahhüt eden kimse bu üçüncü kişinin, fiilini ifa etmemesi halinde zararı gidermekle yükümlüdür.

Eski art. 127 CO.'nun, art. 1120 C. Civ. hükmüne göre önemli bir farklılığı da sadece icazet taahhüdünden ibaret olmayıp, üçüncü kişinin ediminin ifasını da kapsamına almasıdır. C. Civ. art. 1120 'ye göre taahhüt edenin sorumluluğu sadece üçüncü kişinin icazetini elde etmek ile sınırlı iken art. 127 CO.'da icazetin yanı sıra, ifanın garantisi de sorumluluk çerçevesine dahil edilmiştir. Buna göre CO. art. 127'ye göre, taahhüt edenin sorumluluktan kurtulabilmesi için üçüncü kişinin icazeti yetmez, icazet verildikten sonra edimin ifası da gerekir[379]. Bunun doğal sonucu olarak taahhüt eden, üçüncü kişinin yükümlülüğü üstlenmeyi reddetmesindeki zararı değil, ifayı yerine getirmemesindeki zararı öder. Öyle ki taahhüt eden, edimin ifası için elinden gelen her şeyi yaptığını kanıtlasa ve hatta yükümlülüğü üçüncü kişiye kabul ettirerek

---

[378] Wavre, **a.g.e.**, s. 18-19.
[379] Wavre, **a.g.e.**, s. 25-26; Reisoğlu, **Garanti,** s. 43.

onun icazetini elde etmiş olsa bile edimin ifası üçüncü kişi tarafından tamamlanmış olmadıkça zararı ödemekten kurtulamaz[380].

1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanununun, 1 Ocak 1912 yılında kanunlaşacak Medeni Kanun hükümleri ile uyumlu olması için başlatılan çalışmalar, Borçlar kanununda yapılan önemli değişikliklerle anılan 1911 tarihli bir revizyonu beraberinde getirmiştir[381].

1911 tarihli revizyondan sonra Borçlar Kanununun 111. maddesiyle yeniden kaleme alınan üçüncü kişinin fiilini taahhüt düzenlemesi, eski Borçlar Kanununun 127. maddesi ile birebir örtüşmektedir[382]:

> Bir üçüncü kişinin fiilini başkasına taahhüt eden kimse, bu üçüncü kişi tarafından taahhüdün ifa edilmemesi halinde zararı gidermekle yükümlüdür.

Bununla birlikte eski Kanunda yer almayan "porte-fort" tabiri 1905 tarihli Tasarı metinine kenar başlık olarak dahil edilmiştir. Porte-fort sözcüğü maddenin Almanca metnine ise "Vertrag zu Lasten eines Dritten (üçüncü kişi aleyhine sözleşme) olarak eklenmiştir. Ancak üçüncü kişi aleyhine sözleşme ifadesi doktrinde büyük tepki toplamıştır. Zira bu sözleşme ile üçüncü kişi borç altına sokulamaz. Üçüncü kişinin fiilini taahhüt, iradesine aykırı olarak üçüncü kişiyi borçlandırıcı bir etkiye sahip değildir ve böyle bir işlevi hiçbir zaman ifa etmemiştir[383]. Kurumu iyi

---

380 Buna göre İsviçre hukukunda ayrı bir icazet vaadi hiçbir zaman kaleme alınmamıştır. Salt icazeti taahhüt etmek isteyen kimse, bu taahhüdü yine üçüncü kişinin edimi kapsamında taahhüt etmiş olacaktır ve üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile ilgili hükümlere tabi olacaktır. Wavre, **a.g.e.**, s. 27 ve ayrıca bkz. s. 26.

381 İsviçre'de kanunlaştırma hareketleri, Kantonların hukuki bağımsızlıklarını korumak istemeleri yüzünden epeyce gecikmiştir. Tüm ülkede geçerli olacak tek bir Medeni kanun hazırlanması oldukça uzun bir zaman sonrasında gerçekleşebilmiştir. Nitekim kanunlaştırma hareketleri dönemindeki fikir akımlarının cazibesine daha fazla dayanamayan İsviçre'de de hiç değilse hukukun bazı alanlarında kanun yapma kararı alındı ve bu karar, bir Medeni Kanun hazırlanmasından çok daha önce Borçlar hukuku alanında uygulandı. 1881 tarihinde kabul edilen İsviçre Borçlar Kanunu, 1883 yılında tüm ülkede yürürlüğe girmiştir. Ancak 1900'lü yıllara gelindiğinde, İsviçre Medeni Kanunun hazırlık çalışmaları başladı ve Kanunun, yürürlüğe girmesinden önce 1881 tarihli Borçlar Kanununun Medeni Kanuna aykırı pek çok hükmünün değiştirilmesi gereği ortaya çıktı. Bu gereklilikler sonucunda yapılan değişkiliklerle 1911 tarihli Borçlar Kanunu, İsviçre Medeni Kanununun beşinci kitabı olarak 1 Ocak 1912'de yürürlüğe girdi. Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuz, **a.g.e.**, s. 246 vd.

382 Guggenheim, **a.g.e.**, s. 32.

383 Béguelin, "Porte-fort", s. 3; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.,** § 50 N. 2602; Engel, **Traité,** s. 430.

ifade etmekten uzak olan bu tabirin, maddenin Almanca metnine bu şekilde dahil edilmesinin nedeni, porte-fort tabirinin Almanca bir karşılığının bulunmamasında gizlidir. Bu sebeple Kanunu kaleme alanlar, kendileri bir tabir yaratmak istemişler ve bunu yaparken de yine Fransız hukukunun etkisi altında kalmışlardır. Nitekim art. 1120 C. Civ.'de yer alan porte-fort'u, bu maddenin hemen arkasından gelen art. 1121 C. Civ. hükmündeki "stipulation pour autrui (üçüncü kişi lehine sözleşme)" ile ilişkilendirmişler ve her iki kurumu tıpkı Fransız hukukunda olduğu gibi arka arkaya düzenlemek istemişlerdir. Buna göre porte-fort, art. 111. CO'ya ve üçüncü kişi lehine sözleşme de art. 112 CO'ya alınmış; sonrasında ise, art. 111 CO'daki porte-fort'un kenar başlığının, takip eden madde art. 112'deki "Vertrag zu gungsten Dritten (üçüncü kişi lehine sözleşme)" kenar başlığıyla uyumlu olması için "Vertrag zu lasten eines Dritten (üçüncü kişi aleyhine sözleşme)" olarak düzenlenmesi uygun görülmüştür[384].

İsviçre Borçlar Kanunudaki düzenlemenin daha sonra 1916 tarihli değişiklik kanunları ile Avusturya hukukuna yansıdığını görüyoruz[385]. Nitekim değişiklik sonrası § 880a AGBG şöyledir:

> Bir kimse başkasına bir üçüncü kişinin edimini vaat ettiği takdirde bu vaat, üçüncü kişi nezdinde kendi aracılığını vaat etmiş olur. Fakat sonuç taahhüdü varsa ve üçüncü kişinin edimi ifasız kalmış ise, tam giderimle yükümlü olur.

Bu düzenleme ile 1911 İsviçre Borçlar Kanununun revizyonu ile § 880a ABGB'nin bir bakıma art. 111 OR'den örnek alındığı söylenebilir[386].

---

384 Béguelin, "Porte-fort", s. 1 ve s. 3.

385 Robert Dittrich, Helmuth Tades, **Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch** 36. Auf., I. Band, Manz, Wien, 2003, s. 1106.

386 Baltl/Kocher, **Österreichische Rechtsgeschichte**, 10. Auf., Graz, Leykam, 2004, s. 243.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ TAAHHÜDÜN UNSURLARI, BENZER HUKUKİ İLİŞKİLERDEN AYRILMASI VE GEÇERLİK ŞARTLARI

I. Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüdün Unsurları

A. Genel Olarak

Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün unsurları konusu, hukuki nitelikle ilgili öne sürülen görüşlere paralel olarak tartışmalıdır. BK m. 110 hükmünün sözünden yola çıkan bazı genel kaynaklarda "*bir taahhüdün mevcut olması*" ve "*taahhüdün üçüncü kişinin fiilini konu alması*" biçiminde genel olarak iki unsurun tespit edildiği görülür[387]. Ancak üçüncü kişinin fiilini taahhüdün garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmesinden sonra unsurların tespiti meselesi farklı yönde gelişim göstermiştir. Öyle ki BK m. 110'da yer alan hukuki ilişkinin tam anlamıyla garanti sözleşmesi olduğunu düşünenlerin bir kısmı, hükmün, garanti sözleşmesinin bütün unsurlarını bünyesinde barındırdığını kabul eder. Bu düşünceye göre garanti sözleşmesinin en önemli unsurlarından biri olan riziko "*üçüncü kişinin fiili*" ibaresinde gizlidir. Başkasına ait olacak bir davranışı karşı tarafa söz veren kimse için davranışın yerine getirilmemesi daima bir rizikodur ve bu riziko bile bile üstlenilmiştir. Riziko üçüncü kişinin fiili unsuru çerçevesinde tek bir olayla sınırlandırılmış olsa da hükmün *ratio legis*'i tüm korkulan olayları güven altına almaktır; bu bakımdan üçüncü kişinin fiili rizikosu, korkulan olayların tümünü içine alacak kadar geniş yorumlanabilir. Üçüncü kişinin fiili taahhüt, çoğu zaman garanti alanla üçüncü kişi arasında sözleşmesel bir ilişkinin kurulmasını gerektirir ki bu durum teşebbüs unsurunun varlığına işarettir[388]. Üçüncü kişinin istenilen davranışa aykırı hareket etmesi halinde taahhüt eden, meydana gelen zararı asıl borcun

---

[387] Örnek olarak bkz. Eren, **a.g.e.,** , s. 1110 vd.; Tunçomağ, **Genel Hükümler**, C: I, s. 982; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 412 vd.

[388] Daeppen, **a.g.e.,** s. 210.

geçerliliğinden bağımsız olarak telafi eder ki bu da bağımsızlık unsurunun göstergesidir[389].

BK m. 110 hükmünü genel hüküm olarak ele alanlar maddede garanti sözleşmesini düzenlemek gibi bir amacın bulunmadığını, bu nedenle de garanti sözleşmesinin unsurlarını tespit etme çabasının boşuna olduğunu vurgulamaktadırlar. Bu fikirdeki yazarlara göre üçüncü kişilerin edimlerini konu alan sözleşmelerin geçerliliğini genel kurala bağlamak için getirilen bir maddeden yola çıkarak özel bir sözleşme tipine ulaşıldığını söylemek zorlama bir çözüm olur[390]. Üçüncü kişinini fiilini taahhüdü, garanti sözleşmesinin özel türü gibi kabul eden baskın görüş taraftarları arasında rağbet edilen fikir ise, BK m. 110 hükmünden garanti sözleşmesinin tüm unsurlarını çıkarmanın imkansız olduğu ancak bu sonucun elbette maddeyi genel hükme dönüştürmeyeceği yolundadır. Maddenin sözü riziko, teşebbüs, teşebbüse sevk etme amacı ve bağımsızlık gibi unsurların saptanması için elverişli değildir. Ancak unutulmamalıdır ki hukuk kurallarının toplumun ekonomik

---

389 Guggenheim, **a.g.e.,** s. 11 vd. ve ayrıca bkz. s. 39. Aynı yönde bkz. Yüce, **a.g.e.**, s. 11 vd. Yalnız yazar BK m. 110'un metninden garanti sözleşmesinin bütün unsurlarının çıkarılabileceğini kabul etmekle birlikte bunun pek önemli olmadığını ileri sürmektedir. Zira garanti sözleşmesinin nitelendirilmesinde tek zorunlu unsur bağımsızlıktır. Riziko, teşebbüs, teşebbüse yöneltme gibi unsurlar sadece garanti sözleşmesinde değil, kefalet ve birlikte borç üstlenme gibi hukuki ilişkilerde de vardır. Yazar bu doğrultuda üçüncü kişinin fiilini taahhüdün unsurlarını "ferdileştirilmiş üçüncü kişinin fiili", "tazmin borcu üstlenme" ve "bağımsız yükümlülük altına girme" şeklinde üç unsur olarak tespit etmiş ve diğer unsurları dışarıda bırakmıştır. Yüce, **a.ge.,** s. 22- 23. Yalnız Yüce tarafından ayırt edici unsur olarak ileri sürülen zararı giderme karakteri fikrimize göre kefalet sözleşmesinde de vardır. Özellikle para borçları bakımından kefilin borcu ile asıl borçlunun borcu zaman zaman ayniyet gösterse de, aynı değildir. Asıl borç, verme yapma yapmama olabildiği halde kefilin borcu kural olarak üst sınırı sözleşmede gösterilen bir miktar paranın ödenmesinden ibarettir yoksa kefil, asıl borçlunun yerine geçerek onun verme yapma yapmama borcunu aynen ifa edecek değildir. Kefaletin teminat işlevi, asıl borçlunun borcu ifa etmemesi halinde beklenilen ifa menfaatini alacaklıya sağlamaktır. Gülçin Elçin Grassinger, **Borçlar Kanununa Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları,** İstanbul, Alfa Basım Yayım, 1996, s. 13. İfa menfaatinin sağlanması ise zararın giderilmesi suretiyle mümkün olabilecektir. Bu bakımdan asıl borç ne tür bir borç olursa olsun kefilin borcu, asıl borcun ödenmemesi üzerine ortaya çıkan ve kural olarak bir miktar paranın ödenmesinden ibaret olan zararı giderme borcudur. Reisoğlu, **Kefalet**, s. 7-8. Kefalet sözleşmesinden doğan borcun tazmin borcu olduğu yolunda bkz. Aydın Zevkliler, Ayşe Havutçu, Zevkliler **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 9. bsk., Ankara, Seçkin, 2007, s. 395; Necip Bilge, **Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri,** Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1971, s. 365. Kefilin borcunun zararı giderme borcu olması ve bu zarardan dolayı kişisel sorumluluk öngörülmesi nedeniyle, hiç ilgisi olmadığı halde asıl borçlu yerine geçerek ifa edecekmiş intibaını veren BK m. 483'teki tanım hükmünün eleştirisi için bkz. Yavuz, **Özel Hükümler,** s. 824 vd.; Bilge, **a.g.e.,** s. 364; Fahrettin Aral, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,** 7. bsk., Ankara, Yetkin, 2007, s. 421; Grassinger, **a.g.e.,** s. 13.

390 Reusser, **a.g.e.,** s. 95 ile s. 107-111'den naklen: Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 849 vd.

ve sosyal ihtiyaçları ile sıkı sıkıya bağlı olması, kanunkoyucunun iradesini tayinde kesin sonuca varılamayan hallerde zamanın hukuk anlayışı ile uyumlu bir yorum yapılmasını zorunlu kılar. BK m. 110'un, üçüncü kişinin edimini konu edinen sözleşmelerin geçerliliğini genel kurala bağladığını söylemek, kefalet gibi bazı üçüncü kişi unsurlu hukuki ilişkilerin özel olarak düzenlendiği bir ortamda anlamsızlaşır. Kaldı ki bu durum çoğu zaman üçüncü kişi unsurlu sözleşmelerin hukuki niteliğine de ters düşer. Çünkü genel hüküm anlayışı, özel olarak düzenlenmiş bir sözleşmenin, hakkında hüküm bulunmayan hallerde BK m. 110'a tabi tutulmasını gerektirecektir. Bu durum şekle bağlı olarak yapılmasına özel bir önem atfedilmiş mesela kefalet gibi bazı sözleşmelerin şekilsiz olarak kurulabilmesi sakıncasını beraberinde getirecektir[391]. Diğer taraftan BK m. 110 her ne kadar garanti sözleşmesinin unsurlarını taşımasa da madenin temelindeki "garanti etme" düşüncesi söz konusu hükmün genişletici yorumla tüm garanti sözleşmelerine uygulanmasına zemin hazırlar. Fakat kesin olarak vurgulamak gerekir ki bu durum, garanti sözleşmesinin Borçlar Kanununda ayrı bir sözleşme olarak düzenlenmesi gereğini ortadan kaldırmış değildir[392].

Biz de bu konuda BK m. 110 hükmünde düzenlenen üçüncü kişinin fiilini taahhüdün kefalet benzeri garanti olduğu yolundaki hakim fikre katılıyor ve unsurların buna paralel olarak belirlenmesi gerektiğini düşünüyoruz. Bu doğrultuda anılan hükmün saf garanti sözleşmesine uygulanmasının ancak genişletici yorum sayesinde mümkün olabileceği fikrini de paylaşıyoruz.

B. Borçlanma İradesi (*Animus Obligandi*)

Bütün taahhütlerde olduğu gibi üçüncü kişinin fiilini taahhütte de taahhüt altına giren kimsenin borçlanma iradesine sahip olması gerekir. Basit bir temenni, ümit verme, öneride bulunma, cesaretlendirme, bilgilendirme, tavsiye etme gibi söz vermeler kural olarak *animus obligandi* bulunmaksızın yapılan ciddi olmayan

391 Reisoğlu, **Garanti,** s. 48-49.
392 Tekinalp, **a.g.e.,** s. 378-379.

beyanlardır[393] ve bu tür beyanlar BK m. 110 anlamında bir taahhüde konu oluşturmaz[394].

Wavre'a göre salt borçlanma iradesine sahip olmak BK m. 110 uygulamasında yetersiz kalır. Taahhüt sözleşmesinde taahhüt edenin borç altına girebilmesi için borçlanma iradesinden başka garanti iradesine de sahip olması gerekir. Zira borçlanma iradesi üçüncü kişinin fiilini taahhütten başka hukuki ilişkilerde de bulunur. Mesela tarafları garanti iradesi bulunmaksızın salt borçlanma iradesi ile giriştikleri hukuki ilişkilerin başında üçüncü kişinin edimini temine çalışma vaadi gelir ki bu vaat, taahhüt edenin gereken tüm çaba ve girişimi göstediğini ve bu sebeple kusurlu olmadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulmasına yol açar. Oysa üçüncü kişinin fiilini taahhütte aranan irade borç altına girme iradesi değil, garanti borcu altına girme iradesidir. Bu iradenin varlığı ise, taahhüt borçlusunun, karşı tarafın uğrayacağı zararı giderme niyetine sahip olup olmadığında belirir. Beklenen fiilin yerine getirilmemesi halinde uğranılan tüm zararın giderileceği taahhüt eden tarafından kabul ediliyorsa üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi akdedilmiş demektir[395].

Türk-İsviçre Hukukunda BK m. 110 hükmü derhal gerçekleşen bir sorumluluk ilişkisi kurar[396]. Dolayısıyla böyle bir yükümlülük altına giren kimsenin borçlanma iradesinin varlığı karine olarak kabul edilmek gerekir[397]. Karineyi

---

393 Sözleşme dışı tavsiyede bulunma, öğüt ve bilgi vermelerden doğan sorumluluğun temel dayanakları hakkında bkz. Damla Gürpınar, **Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt Veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk,** İzmir, Güncel Yayınevi, 2006, s. 73 vd. ve özellikle s. 210 vd. Güven ilkesi hakkında ayrıca bkz. Burcu Kalkan Oğuztürk, **Güven Sorumluluğu,** İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 25 vd.

394 Wavre, **a.g.e.,** s. 45; Béguelin, "Porte-fort", s. 4; Eren, **a.g.e.,** , s. 1110; Mustafa Aşulla, "Başkasının Fiilini Taahhüt Mukavelesi", **ABD**, Y. 15, Sayı No: 4, 1958, s. 199-200; Arık, "Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi", s. 52; Tunçomağ, **Genel Hükümler**, C: I; s. 982; Oser, Schönenberger, **a.g.e.,** art. 111 N. 5.

395 Wavre, **a.g.e.,** s. 45- 46.

396 Hatemi, **Borçlar Özel Hukuku,** § 1 N. 6.

397 Borçlanma iradesi karinesi Tunçomağ tarafından kabul edilmiyor gibi görünmektedir. Çünkü yazar, borçlanma iradesinin varlığını tespit için sözleşmedeki karşılıklı çıkarlar dengesinin incelenmesinin gerektiğini ve taahhüdün ancak rehin, kefalet ya da cezai şart ile sağlamlaştırıldığı durumlarda borçlanma iradesinin varlığının kabul edilebileceğini söylemektedir. Tunçomağ, **Genel Hükümler**, C: I, s. 982.

çürütmek, yani söz konusu vaadin BK m. 110 kapsamında bir borç altına girme iradesiyle yapılmadığını ispat bunu iddia edene düşer[398].

Üçüncü kişinin fiilini taahhütlerde karine olarak kabul edilen borçlanma iradesi bakımından doktrin ve içtihadı asıl ilgilendiren konu, bu sözleşmenin örtülü irade beyanları ile kurulup kurulamayacağıdır. Doktrinde ileri sürüldüğüne göre, kanunkoyucu üçüncü kişinin fiilini taahhütler bakımından genel ilkelere aykırı bir düzenleme getirmemiştir. Buna göre BK m. 1 f. 2'de yer alan irade beyanının açık veya örtülü olabileceği kuralı üçüncü kişinin fiilini taahhütler açısından da geçerlidir. Bununla birlikte doğası gereği bu sözleşmenin açık irade beyanı ile kurulması esastır. Örtülü bir irade beyanı ile kurulacak bir taahhüt sözleşmesine ise, bu konuda herhangi bir şüpheye yer kalmadığında ve çok istisnai olarak izin verilmelidir[399].

Aynı düşünce tarzı içtihatlara da yansımıştır. İsviçre Federal mahkemesi 1994 tarihli Wibru Holding- Swissair kararında[400] açıkça bu konuyu tartışmış ve örtülü irade beyanlarının garanti isteğine yönelik karşı tarafta haklı güven uyandırması mümkün olmadıkça, üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesine hayat verilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Karara konu olay şöyle gelişmiştir: Swissair, İsviçre'de 1987 yılında golf sahaları yakınlarındaki lüks konaklama yerlerini kiralaması için IGR Holding adı altında bir yavru şirket kurar. Kısa süre sonra faaliyetlerine başlayan IGR, Wibru Holding ile 22 Aralık 1988 tarihli bir sözleşme imzalayarak bu şirket için konaklama hizmeti sunmaya başlar. Ancak çok geçmeden iflasını açıklayan IGR, Wibru Holding'e aralarındaki sözleşmeyi feshettiğini bildirir. Bunun üzerine yaptığı peşin ödemeleri IGR'den geri isteyen Wibru Holding, tatmin

---

398 Yargıtay verdiği kararlar ile borçlanma iradesinin varlığını karine olarak kabul etmiştir. Bu yöndeki kararlar için bkz. Yarg. 15. HD., 05.02.1990 t., E. 2547 K.359 (Uygur, **a.g.e.**, s. 3956-3957); Yarg. HGK., 15.02.1961 t., E. 4-6 K.7 (İKD, Y: 2, C: 2, Sayı No: 13, 1962, s. 976. Yalnız bu kararda, üçüncü kişinin fiilini taahhüt eden sözcüğü yerine isabetsiz olarak kefil sözcüğü kullanılmaktadır); Yarg. 13. HD., 12.02.1986 t., E. 7796 K. 739 ve Yarg. HGK, 21.02.1990 t., E. 11-548 K. 108; Yarg., 15. HD., 05.02.1990 t., E. 2547 K. 359 (Mustafa Reşit Karahasan, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler: Öğreti- Yargıtay Kararları- İlgili Mevzuat**, C: II, Tümü Yenilenmiş ve Genişletilerek Yenilenmiş Baskı, İstanbul, Beta, 2003, s. 1228 ve s. 1229. Yine Yargıtay'ın bu yöndeki kararlarından birinde açıkça «*...Tarafların bağımsız iradeleri ile kurmuş bulundukları böyle bir sözleşme anılan yasa hükmü gereğince bağlayıcıdır...*» denilmektedir. Yarg. 13. HD., 07.10.1985 t., E. 4067 K. 5747 (Karahasan, **a.g.e.,** s. 1228).

399 Wavre, **a.g.e.**, s. 47.

400 JdT 1995 I 359.

edici bir sonuç alamayınca IGR'nin bağlı bulunduğu ana şirket Swissair'e başvurarak uğradığı zararın tazminini ister. Tazmin talebi ilk derece mahkemesince reddedilen Wibru Holding'in temyize başvurması üzerine Federal Mahkeme, ilk derece Mahkemesinin ret kararını kısmen haksız bularak esastan bozar.

Temyiz talebinde Wibru Holding'in, güven ilkesi ile art. 41 CO ve bizim için önemli olan art. 111 CO hükümlerine dayandığı görülmektedir. Wibru Holding, art. 111 CO hükmüne dayanırken şu gerekçeleri ileri sürmüştür: Öncelikle burada ana şirket Swissair ile yavru şirket IGR arasında bir "koruma bildirisi (déclaration de patronage)" vardır. Çeşitli tanıtım ilanları ile üçüncü kişilere de duyurulan bu koruma bildirisinde ana şirketin yavru şirketi himaye ettiği açık seçik anlaşılmaktadır. Ayrca Swissair'in IGR ile olan bağını ifade eden kanıtlar yalnızca koruma bildirisinden ibaret değildir. IGR, ilgililerle yaptığı yazışmaların tümünde Swissair'e ait logoyu kullanmıştır. Swissair logosunu çoğu zaman, "*IGR, bir Swissair kuruluşudur*" cümlesi takip etmektedir. Diğer taraftan Swissair'in IGR'ye olan desteğini açıkça ifade eden tanıtım metinlerine de sıkça tesadüf edilmektedir. Hatta bu metinlerin birinde "*…International Golf ve Country Residences'ın bulunduğu her yerde Swissair'in desteği vardır, IGR, Swissair'in bağımsız girişimi olsa da Swissair ile aynı ilkeler doğrultusunda çalışır"* ifadesi bulunmaktadır.

Federal mahkeme, Wibru Holding'in bu gerekçelerle öne sürdüğü Swissair üzerinde porte-fort yükümlülüğünün doğduğu iddiasını kabul etmemiştir. Mahkemeye göre, IGR ile Swissair arasındaki bağa her fırsatta açıkça vurgu yapan bu tür tanıtım bilgileri veya ilanlar art. 111 CO anlamında bir garanti yükümlülüğünü sonuçlamaz. Hatta Swissair tarafından açıklanan koruma bildirisi, üçüncü kişilerde, ana şirketin yavru şirketi tümüyle himaye ettiği ve dolayısıyla yavru şirketin borçlarının bu himaye kapsamında ana şirket tarafından çözüme kavuşturulacağı fikrini uyandırsa da, bir ana şirketin salt ana şirket olmaktan ötürü porte-fort yükümlülüğü altında olduğu kabul edilemez. Böyle bir yükümlülüğün doğduğunun kabulü için ana şirketin borç altına girme iradesini açıkça bildirmesi gerekir. Eğer irade beyanı açık değilse, porte-fort'un varlığına hükmetmek için karşı tarafta haklı bir güven yaratılıp yaratılmadığına bakılmalıdır. Olayın şartları, her ne kadar IGR ile

Swissair arasındaki bağın devam ettiği sonucuna götürse de bu tanıtım beyanları, IGR'nin borçlarını garanti etme isteğine yönelik karşı tarafta haklı güven uyandıran sözleşmesel bir yükümlülüğün göstergesi olarak yorumlanmaya elverişli değildir.

Anılan gerekçelerle Swissair ile Wibru Holding arasında bir porte-fort sözleşmesinin kurulduğunu kabul etmeyen Federal Mahkeme, bu olayda ilk derece mahkemesi ile aynı görüşü paylaşmış ve kararı tamemen başka bir sebepten, güven sorumluluğu ilkelerinden bozarak Swissair'i tazminata mahkum etmiştir.

C. Riziko

1. Riziko Kavramı

Riziko[401], en genel anlamıyla «korkulan olay» demektir[402]. Gerçekleşmesi istenmeyen, gerçekleştiğinde malvarlıksal bir zarara sebep olacağı için meydana gelmesinden daima çekinilen olaylar riziko kavramı içinde değerlendirilir. Buna göre riziko, gelecekte gerçekleşmesi şüpheli ve gerçekleştiği takdirde ekonomik açıdan

---

401 Türk doktrininde teknik terim olarak kullanılan sözcük riziko sözcüğüdür. Örnek olarak bkz. Tekinalp, **a.g.e.,** s. 372; Doğan, **a.g.e.,** s. 39. Ancak riziko yerine tehlike tabirinin tercih edildiği de görülür. Bu kullanımında riziko tehlike ile eş anlamlı olarak ele alınmaktadır. Bkz. Reisoğlu, **Garanti,** s. 9; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, C: II, s. 811; Yavuz, **Özel Hükümler**, s. 879. Zaman zaman riziko yerine risk tabirinin kullanıldığına da tanık olunur. Reisoğlu, **Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler**, s. 38. Benzer bir durum sigorta sözleşmelerinde de görülür. Sigorta sözleşmesinin bir unsuru olarak rizikonun ne olduğu tespit edilmeye çalışılırken çok defa tehlike kavramı kullanılmıştır. Ali Bozer, **Sigorta Hukuku: Sigorta Endüstrisi, Sigorta Hukukunun Genel Prensipleri, Tazminat Sigortası ve Çeşitleri, Can Sigortası ve Çeşitleri,** Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1965, s. 101 vd.; Haydar Arseven, **Sigorta Hukuku,** İstanbul, Beta, 1987, s. 5; Mertol Can, **Sigorta Hukuku**, Ankara, İmaj Yayınevi, 2005, s. 5. Her ne kadar riziko ile tehlike kavramları eş anlamlı olarak kullanılsa da bu iki kavram arasında çok temel bir farklılığın olduğu da kabul edilmektedir. Buna göre tehlike, korkulan olayın gerçekleşmesi olasılığına, riziko ise bu olayın kendisine verilen isimdir. Riziko ile tehlike ayrımı yanında riziko ile sinistre kavramları arasında da ayrıma gidilmektedir. İsviçre sigortacılık uygulamasında teknik bir kavram olarak ortaya çıkan sinistre, korkulan olayın gerçekleşmiş olmasından sonraki aşamayı ifade etmek üzere kullanılan bir terimdir. Tekin Memiş, **Yangın Sigortasında Riziko**, Ankara Seçkin, 2001, s. 21. Bu ayrımlara paralel olarak sigortacılık tekniğinde riziko son zamanlarda daha yaygın bir tabir olarak kullanılmaya başlanmıştır. Örnek olarak bkz. Necdet Özdemir, **Kredi Sigortası,** Ankara, Balkanoğlu Matbaacılık, 1966, s. 19 vd.; Samim Ünan, **İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko,** İstanbul, Beta, 1998, s. 27 vd.

402 Tekinalp, **a.g.e.**, s. 372.

zararlı bir sonuca yol açan ya da yararlı bir sonucun elde edilmesini engelleyen olaylardır[403].

Rizikonun en belirgin özelliği gelecekte ortaya çıkması şüpheli bir olay olmasıdır. Eğer bir olayın gelecekte gerçekleşeceği ya da gerçekleşmeyeceği kesin olarak biliniyorsa rizikoya konu olmaz. Yalnız burada temel bir sorun ortaya çıkar: Acaba riziko bakımından aranacak bilinmezlik durumunun, objektif mi olması gerekir yoksa sübjektif bilinmezlik de yeterli kabul edilecek midir? Bazen korkulan olayın gerçekleşeceği ya da gerçekleşmeyeceği herkes tarafından kesin olarak bilinmekte iken taraflar bu durumdan haberdar olmayabilir ve rizikonun doğasına aykırı olarak bu tür olayları sözleşme konusu yapabilirler. Bu durumda sözleşmenin geçerliliği bakımından sübjektif bilinmezliğin tercih edilmesi gerektiği fikri ileri sürülmektedir. Gerçekleşmesinden çekinilen bir olayın meydana gelip gelmeyeceği herkes tarafından kesin olarak bilinmekle beraber taraflar herhangi bir nedenden ötürü bundan emin değil iseler, sözleşme geçerli olmalıdır. Örneğin satılan bir tablonun gerçekten tanınmış bir ressama ait olup olmadığı sözleşme kurulurken taraflarca bilinmiyorsa, sonradan ortaya çıkacak olan bu tablo sahteliği, taraflar için bir riziko teşkil eder. Buna göre bilinmezlik durumunun herkes için değil, sadece sözleşenlerce sabit olması yeterli kabul edilmelidir[404].

Riziko, gelecekte ortaya çıkması şüpheli bir olaya işaret eder. Fakat geçmişte yaşanan olaylar da somut olayın özelliğine göre bazen riziko konusu olabilir. Aslında geçmişte yaşanan bir olay artık yaşanıp bittiği ve bilinmezlik özelliğini yitirdiği için zaten herkesin malumudur. Bununla birlikte sübjektif bilinmezlik yaklaşımı, söz

---

403 P. R. Baglin, **Manuel Pratique du Producteur d'Assurance,** Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1960, s. 13; Guggenheim, **a.g.e.,** s. 12-13; Priester, **a.g.e.,** s. 11 vd.

404 Reisoğlu, **Garanti,** s. 10; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 684; Reisoğlu, **Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler,** s. 38. Gerçekleşeceği kesin olarak bilinmekle birlikte ne zaman gerçekleşeceği bilinmeyen olaylar da riziko kapsamındadır. Örneğin insanların ölümü, bir gün mutlaka gerçekleşecek ve herkes tarafından kesin olarak bilinen olaylardır. Fakat bir aile babasının ölümü bu aile için ne zaman gerçekleşeceği bilinmeyen bir rizikodur. Reisoğlu, **Garanti,** s. 10. Fikrimize göre bu tür durumları olgu-olay çerçevesinde değerlendirmek gerekir. "İnsanların ölümü" örneğinde olduğu gibi herkesin bir gün öleceği kesindir ve bu kesin gerçek bir "olgu" yu ifade eder. Bu anlamıyla olgu, riziko anlamında sözleşme kapsamına dahil edilemez. Ancak herhangi bir insanın ölümü "olay" dır ve insanların ölümü olgusunun somuta indirgenmiş halidir. Bir insanın ölümü ne zaman gerçekleşeceği bilinmeyen bir olay olduğu için riziko kavramı içinde düşünülebilir.

konusu olayın riziko kavramı içine dahil edilmesine olanak tanıyabilir. Geçmişte yaşanmış ve bu sebeple herkes tarafından bilinir durumdaki bir olay henüz taraflarca bilinmiyorsa sözleşmeye konu olabilir[405].

Rizikonun mutlaka zarar verici bir olay olması gerekmez, yararlı bir sonucun elde edilmesini engelleyen olaylar da bu kapsamdadır. Riziko, uğranılan zararın olduğu kadar kaçırılan ya da yoksun kalınan bir kazancın da ifadesidir. Bu nedenle zarar kavramını geniş olarak yorumlayarak sadece zarar verici olanların değil, bir kazancın elde edilmesini önleyen olayların da riziko kavramı içinde düşünülmesi gerekir[406].

Rizikonun, taraflar arasında tanımı yapılmış belirli bir olay olması şarttır. Hangi rizikonun güvence altına alındığı bilinmeksizin doğacak her türlü zararın tazmin edileceğine dair rastgele yapılan anlaşmalar boyutları olağanüstü rakamlarla ifade edilebilecek bir borç altına girilmesi demek olacağından garanti fikri ile bağdaşmaz[407]. Garanti konusu edim belirlenmemiş ya da edimi belirlemeye yarayan koşul ve açıklamalara sözleşmede yer verilmemiş olması halinde garanti borcu

---

405 Reisoğlu, **Banka Teminat Mektuplar ve Kontrgarantiler,** s. 39.

406 ATF 72 II 23.

407 Doğan, **Banka Teminat Mektupları,** s. 40- 41; Reisoğlu, **Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler,** s. 40. Bu durum daha çok kefalet benzeri garanti sözleşmeleri açısından önem arz eder. Hangi borca ilişkin teminat verildiği belirtilmeksizin doğmuş ya da doğacak her türlü borcun güvence altına alındığı sözleşmeleri Yargıtay belirsiz bir edimin garantisi anlamına gelmesi nedeniyle kabul etmemektedir. Bu husus birkaç Yargıtay kararından açıkça seçilebilmektedir: "*Garanti sözleşmesinde kefalette olduğu gibi garanti edenin sorumlu olacağı belirli bir miktarın gösterilme koşulu bulunmamaktadır. Ancak, belirsizliğin garantisi olmayacağından garanti edenin sorumluluğundan söz edilmesi için sözleşme kurulduğu anda neyin garanti edildiğinin sözleşme içeriğinden anlaşılabilmesi gerekir*" Yarg., 19. HD., 9.5.2003 t., E. 2002/7948 K. 2003/4962 [(Çevrimiçi) http://www.hukuki.net/topic.asp?TOPIC_ID=3219 (21.07.2008)]; Aynı yönde olmak üzere bkz. "…*Belirsizliğin garantisi olmaz. Bu itibarla, limit gösterme şartı bulunmamakla beraber garanti sözleşmesinde hangi riskin garanti edildiğinin belli olması ya da garanti dilen riskin boyutlarının tereddüt yaratmayacak biçimde belirlenebilir nitelikte bulunması gerekir*" Yarg. 19.HD.,1.5.2001 t., E. 2000/9411 K. 2001/3328 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası); Ayrıca bkz. Yarg. 19. HD., 7.3.2000 t., E. 1999/7669 K. 2000/1841 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası); Bundan başka açık çekte doldurulacak miktarın riskin gerçekleştiği miktar olduğunun kanıtlanması halinde taahhüdün geçerli olacağı hakkında bkz. Yarg. 19. HD., 27.1.1994 t., E. 1993/2574 K.1994/573 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). "…*Uyuşmazlık, davalı banka ile dava dışı kişi arasında düzenlenen kredili bankomat başvuru formunu garanti eden sıfatıyla imzalayan davacının sorumluluğu noktasında toplanmaktadır. ...Hangi riskin garanti edildiği belirtilmeden kredi sözleşmesini garanti eden sıfatıyla imzalayan kişinin sorumluluğu kefalet hükümlerine göre tespit edilmelidir. Kredi kartı sözleşmesinde limit belirtilmiştir. Bu limit nazara alınarak borcun hesaplanması gerekirken…*" , Yarg. 13. HD., 3.3.2005 t., E. 2004/16382 K. 2005-3236 [Yargı Dünyası-E-İçtihat (2006)].

doğmaz. Diğer taraftan rizikonun mutlaka belirli bir tutar ya da rakam olarak ifade edilmesi şart değildir; önemli olan, rizikonun belli olması veya hiç değilse belirlenebilir durumda bulunmasıdır yoksa sonradan doğacak zararların önceden rakam olarak tespiti zorunlu değildir[408].

---

[408] Bankacılık uygulamasında genellikle teminat mektuplarında bir garanti üst sınırına yer verildiği görülür; ancak bu zorunlu değildir. Zira bankalar dışında gerçek kişiler tarafından da garanti verildiği ve üstelik çoğu zaman hiçbir miktar sınırlamasına da gidilmediği görülür. Bu tür sınır tespiti yapılmayan garanti sözleşmelerinin, kefalet sözleşmelerinin aksine olarak geçerli olacağını unutmamak gerekir. Reisoğlu, **Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler,** s. 44. Yargıtay bir kararında bu hususa açıkça değinmiştir: "*Kefaletten farklı olarak asıl borç ilişkisinden tamamen bağımsız nitelikteki garanti sözleşmesinde şekil serbestisi hakim olup garantinin sınırının önceden belirlenmesi zorunluluğu bulunmamaktadır…*" Yarg. 19. HD., 18.12.2000 t., E. 7107 K. 8738 (Karar için bkz. Reisoğlu, **Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler,** s. 44). Aynı kararda şu hususa da yer verildiği görülür: "*…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. … Garanti sözleşmesi düzenlendiği anda garanti edilen edimin sınırlarının açıkça belirlenmiş olması ya da bunu belirlemeye yarayan koşul ve açıklamaların sözleşmede yer almamış bulunması halinde garanti edenin sorumluluğundan bahsedilemez*". Kararda dikkati çeken nokta, üst sınır gösterme koşulu aranmamakla birlikte garanti konusu edimin belli olması ya da hiç değilse belirlenebilir durumda bulunmasının şart koşulmasıdır. Garanti sözleşmelerinde özellikle de teminat mektuplarında garanti sınırına yer verilmesinin, zaten kefalet sözleşmesi ile büyük benzerlik içinde bulunan garanti sözleşmesini kefalet sözleşmesine iyice yaklaştıracağı ve her iki sözleşme arasındaki ayrımı büyük oranda güçleştireceği endişesi dile getirilmektedir. Bunun için garanti sözleşmelerinde belirli veya belirlenebilir bir riskin bulunmasının, garanti verenin sorumluluğu için zorunlu olduğu, fakat bu riski rakamlarla sınırlamanın her zaman doğru olmadığı kabul edilmektedir. Nitekim gerçekleşen riskin belirlenen garanti sınırını aşması durumunda kefalet sözleşmesinde olduğu gibi sadece yazılı miktar ile sorumluluk öngörmek ve üst sınırı aşan kısmı dikkate almamak garanti sözleşmesinin niteliği ile bağdaşmaz. Kefalet ile karıştırılmasını engellemek için garanti sözleşmesinde, belirlenmiş miktarın sadece riskin belirlenebilir olmasını sağlamak bakımından kabul edildiğini varsaymalıdır. Üst sınırın aşımı halinde sorumluluk, garanti veren tarafından kabul edilmiş olduğu açıkça anlaşılıyorsa mevcut olmalıdır. Reisoğlu, **Banka Teminat Mektupları ve Kontragarantiler**, s. 45. Yargıtay kararlarından birine konu olan olayda kredi kartı sözleşmesinde limit aşımı halinde garanti verenin sorumlu olup olmayacağı tartışılmış ve tartışmanın nihayetinde sorumluluğun doğduğu kanısına varılmıştır. Kararın gerekçesi şöyledir: "*…Garanti sözleşmesi asıl borç ilişkisinden bağımsız bir nitelik taşımakta ise de, asıl borçluya açılan kredi miktarının belli olduğu kredi sözleşmelerinde garanti eden, sözleşmeyi imzalarken garanti ettiği edimin boyutlarını görmekte ve risk gerçekleştiğinde sorumlu olacağı borç miktarını (tazminle yükümlü olduğu zararı) tahmin edebilmektedir. Bu yüzden başlangıçta gerçek iradeyi yansıtan bir sözleşme mevcut olup kredi borcu miktarının ve ferilerinin garanti kapsamında kaldığı açıktır. Ancak, süreli olmayan garanti sözleşmesinde asıl borçlunun kredi limitinin yükseltilmesi halinde garanti verenin başlangıçtaki kredi borcuna yönelik iradesinin sonradan yükseltilen limiti de kayıtsız şartsız kapsamına aldığı söylenemez… Garanti verenin, sonradan yapılan limit artışlarından sorumlu tutulabilmesi için sözleşme koşullarındaki bu değişikliklerin garanti verene bildirilmesi ve onun da buna ses çıkarmamış olması gerekir. Garanti verenin muvafakati olmadan akdi ilişkideki koşulların borçlu aleyhine ağırlaştırılması veya borçlunun yeni bir takım yükümlülükler üstlenmesi garanti kapsamı dışında kalır…*" Yarg. 19. HD., 28.4.2000 t., E. 14 K. 3252. Karar metni için bkz. Reisoğlu, **Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler**, s. 44-45. Ayrıca bkz. Yarg. HGK., 28.11.2001 t., E. 2001/998 K. 2001/1088 [(Çevrimiçi) http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/findKarar_n.jsp 16 Temmuz 2009].

Rizikonun belirliliği ya da belirlenebilirliği açısından doktrin ve içtihadı meşgul eden husus, rizikonun sonradan artması halinde artan kısımdan garanti verenin sorumlu olup olmayacağı meselesidir. Bu konuda ileri sürülen ve azınlıkta kalan bir görüş, garanti verenin, sonradan artan rizikolardan hiçbir şekilde sorumlu tutulamayacağını kabul eder. Sözleşme kurulurken taraflar arasında garanti konusu rizikonun tanımı yapıldığı için rizikonun kapsamı ve buna göre de az çok sorumluluk sınırları garanti veren tarafından bilinir; fakat sonraki artışlar için aynı şeyi söylemek zordur. Rizikoyu arttırma hakkı tanıyarak sonraki riziko artışlarından garanti vereni sorumlu tutmak, garanti alana, garanti verenin malvarlığı üzerinde sınırsız bir tasarruf yetkisi bahşetmekten farksızdır. Bu nedenle garanti verenin, sözleşmenin kurulmasından sonraki riziko artışlarından hiçbir biçimde sorumlu tutulmaması gerekir[409].

Buna karşılık baskın görüş, sonraki riziko artışlarından taahhüt edenin sorumlu tutulmasından yanadır. Sorumluluk, sözleşme koşullarında beklenmedik bir değişiklik meydana gelip gelmemesine göre saptanacaktır. Eğer riziko artışı sözleşme koşullarında beklenmedik bir değişikliğe sebep olmuyorsa garanti veren sorumlu tutulmalı, aksine söz konusu artış, sözleşmeyi temelden değiştiriyorsa sorumluluk sona erdirilmelidir. Sözleşme koşullarındaki beklenmedik değişim ise şu esasa göre tespit olunur: Garanti veren, sözleşmenin kuruluşu aşamasında girişilecek teşebbüsün amacını, alanını ve buna bağlı olarak meydana gelecek rizikoları aşağı yukarı tahmin edebilecek durumdadır. Daha sonra meydana gelen riziko artışı, teşebbüsün alanına ve faaliyet amacına uygun davranılması sonucu gerçekleşiyorsa sözleşme kurulduktan sonra meydana gelmesine rağmen garanti veren tarafından hesaplanabilir durumdadır ve bu sebeple riziko artışı sözleşme koşullarında esaslı bir değişikliğe yol açmaz. Buna karşılık artış, faaliyet amacına ve alanına aykırı hareketten doğuyorsa bu rizikoların önceden görülebilmesi olanaksız olduğundan

[409] Kral Dillmann, **Der Garantievertrag,** Wiesbaden, (y.y.), 1910, s. 54'den naklen: Reisoğlu, **Garanti,** s. 12.

sözleşme koşullarında beklenmedik bir değişikliğe yol açıyor demektir ve garanti veren bundan dolayı sorumlu tutulamaz[410].

Konuya ilişkin olarak Yargıtay ise garanti verenin sorumluluğunun, sözleşmenin yapıldığı sıradaki koşulların dikkate alınarak tespit edilmesi ve sonradan oluşabilecek değişikliklerle sorumluluğun ağırlaşması için garanti verenin rızasının aranması gerektiğini kabul ederek ilk görüşe yaklaşan bir çözüm tarzı sunmaktadır[411].

Bu tartışmaya bağlı olarak yaşanan bir alt tartışma ise, rizikonun beklenmedik haller sonucu gerçekleşmesi halinde garanti verenin sorumluluğunun devam edip etmeyeceğidir. İleri sürülen bir görüşe göre[412] beklenmedik haller yüzünden gerçekleşen rizikodan garanti vereni sorumlu tutmak hem kanunun ruhuna hem de hakkaniyete aykırı olur. Bu görüşe göre, garanti sözleşmesi ilişkisine giren taraflar şüphesiz rizikonun beklenmedik haller nedeniyle meydana geleceğini öngörebilir ve buna rağmen zararın tazminini kararlaştırabilirler. Fakat her olayda aynı sonuca varmak mümkün değildir. Bazen rizikoyu üstlenen kişi bu rizikonun insan iradesi dışında olağanüstü doğa olayları neticesi imkansızlaşacağını tahmin edemeyebilir ve bu sebeple iradesi, beklenmedik hal ya da mücbir sebeplerle meydana gelen zararı tazmine yönelmemiş olabilir. Bu bakımdan rizikonun beklenmedik hal sonucu gerçekleştiği olayların tümünde garanti vereni peşinen sorumlu tutmak yerine, hakim, her somut olayda ayrı ayrı değerlendirme yaparak tarafların gerçek iradelerini araştırmalıdır. Garanti verenin beklenmedik hallerden sorumlu olmayı kabul ettiği, sözleşme koşullarından açıkça anlaşılıyorsa zararı tazmin edeceği kabul edilmeli aksi halde sorumluluğun sona erdiğine hükmetmelidir.

---

410 Baskın görüşteki yazarlar için bkz. Reisoğlu, **Garanti,** s. 12 dn. 29.

411 Yarg. HGK., 28.11.2001 t., E. 2001/19-988 K. 2001-1088; Yarg. 19. HD., 23.9.2002 t., E. 2001/8061 K. 2002/5973; Yarg. 13. HD., 6.5.2002 t., E. 2002/2275 K. 2002/5138; Yarg. 19. HD., 01.11.2002 t., E. 2002/6753 K.2002/6993 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtay bu yöndeki kararlarından birinde aynı sonuca oldukça tuhaf bir yöntemle ulaşmıştır. Teminat mektubu konulu davada mahkeme, önce, bankanın örtülü rızasının olduğu ve bu nedenle de garanti edilen riskin genişleyeceğini kabul etmiş; daha sonra bu genişleyen riskin aslında yeni bir risk olduğu ve bu yeni riski ödeme hususunda ise bankanın bir muvafakatinin bulunmadığı ve bu sebeple de sorumluluğunun söz konusu olamayacağını hükme bağlamıştır. Yarg. 11. HD., 16.2.1988 t., E. 4200 K. 814 (Reisoğlu, **Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler,** s. 43).

412 Wavre, **a.g.e.**, s. 75.

Buna karşılık hakim görüş beklenmedik haller sonucu meydana gelen rizikolardan garanti vereni daima sorumlu tutar. Söz konusu görüşe göre bu durum garanti sözleşmesinin doğasından kaynaklanır. Bir riziko üstlenen kişi, her ne sebepten olursa olsun bu rizikonun gerçekleşmeyeceğini, eğer gerçekleşecek olursa uğranılan zararın giderileceğini karşı tarafa söz vererek onda bir güven duygusu uyandırmıştır. Önemli olan kendisinde böylesi bir güven yaratılan kişinin zararının tazminidir; yoksa zararın hangi sebepten doğduğunun bir önemi yoktur. Zarar doğmuş ise, üstlenilen rizikolu olay gerçekleşmiş demektir ve artık, garanti veren zararı tazmin borcu altındadır. Zararın, garanti verenin hiçbir kusurunun söz konusu olmadığı beklenmedik hal ya da mücbir sebeplerden doğmuş olması, zaten kusursuz bir sorumluluk şekli olan garanti verenin sorumluluğunda belirleyici bir rol oynamaz[413].

Riziko, garanti alanın kusurlu hareketi neticesi artmışsa, garanti veren sorumlu tutulmaz. Fakat bu olasılıkta garanti verenin, garanti alanın kusuru oranında mı yoksa tamamen mi sorumluluktan kurtulacağı problemi ortaya çıkar. Burada kural olarak kısmi borçtan kurtulmanın söz konusu olamayacağı ve dolayısıyla garanti verenin tümüyle sorumluluktan kurtulması gerektiği; ancak başlangıçtaki zarar ile kusurlu davranış sonucu artan sonraki zarar birbirinden ayrılabiliyor yani bunların miktarları ayrı ayrı tespit edilebiliyorsa, başlangıçtaki zarardan dolayı sorumluluğun kabul edilmesi gerektiği önerilmektedir[414].

2. Rizikonun Kanuni Şart Oluşu

BK m. 110 hükmünde düzenlenen taahhütten doğan sorumluluğun doğumu rizikonun gerçekleşmesi şartına bağlanmıştır. Ancak burada öngörülen şart teknik anlamda şart olmayıp[415] gerçekleşmesi kanun tarafından aranılan bir unsura bağlı kanuni bir şarttır.

---

413 Bu görüşteki yazarlar için bkz. Reisoğlu, **Garanti,** s. 11 dn. 26.
414 Reisoğlu, **Garanti**, s. 12-13; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 812.
415 Üçüncü kişinin fiilini taahhütte rizikonun gerçekleşmesini teknik anlamda şart olarak ele alanlar için bkz. Yüce, **a.g.e.**, s. 101 vd; Develioğlu, **a.g.e.,** § 3 N. 75.

Üçüncü kişinin fiilini taahhütten doğan borcun teknik anlamda şarta bağlı olması ile kanuni şarta bağlı olması karıştırılmamalıdır. Kanuni şart bir hukuki sonucun doğması için kanunun aradığı unsurdur. Örneğin takas talebinin ileri sürülmesi için muaccel bir alacağın varlığı; kefilin ödeme borcunun, asıl borçlu tarafından borcun ifa edilememesine bağlı olması; sınırlı ehliyetsizin yaptığı bir işlemin yasal temsilcinin izin ya da icazeti ile geçerli olması gibi hallerde kanuni şarttan bahsedilir. Bu gibi durumlarda teknik anlamda şart mevcut değildir; çünkü bunlar taraflarca kararlaştırılmış olmayıp bir kanun hükmüne dayanır[416]. Teknik anlamdaki şart ile kanuni şart arasında önemli bir diğer farklılık da teknik anlamdaki şartın *ex nunc* (ileriye etkili) olmasına karşılık kanuni şartın *ex tunc* (geriye etkili) olmasıdır. Teknik anlamda şart gerçekleşene kadar işlemin sonuçları askıdadır ancak şartın gerçekleşmesi ile birlikte işlem kural olarak *ex nunc* yani gerçekleştiği andan itibaren ileriye yönelik etki doğurur. Kanuni şartta ise kanunen aranan unsurun gerçekleşmesi, işlemin *ex tunc* yani baştan itibaren geçerli olmasını sağlar[417].

Kanuni şartlar, bir işlemin kanuni geçerlilik şartlarıdır. Kanunkoyucu bu şartları tarafların iradesine terk etmemiş, kendisi düzenlemiştir. Bu sebeple tarafların, geçerliliği kanuni şarta bağlanmış bir işlemi ayrıca şarta tabi tutmaları anlamsızdır. Taahhüt sözleşmesi yapan tarafların zarar ödemesini rizikonun gerçekleşmesi şartına bağlamaları hukuki bir değerden yoksun olacaktır; zira rizikonun gerçekleşmesi, sorumluluk için kanunun zaten aradığı bir şarttır. Bu tür bir kayıt kanuni geçerlilik kuralını tekrar eden faydasız bir kayıttan öteye gidemez[418].

---

416 Andreas Von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı,** Çev. Cevat Edege, C: I- II, Ankara, Yargıtay Yayınları, 1983, s. 742- 743; Hasan Pulaşlı, **Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları,** Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1989, s. 83; Lale Sirmen, **Türk Özel Hukukunda Şart,** Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, 1982, s. 84.

417 Sirmen, **a.g.e.,** s. 86; Pulaşlı, **a.g.e.,** s. 84 dn. 244; Turgut Akıntürk "Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerinde Bir İnceleme", **AÜHFD,** C: 27, Sayı No: 3- 4, 1970, s. 229.

418 Fakat elbette ki taraflar borcun doğumunu kanunun öngördüğü riziko şartına ek olarak bir başka şüpheli olaya bağlayabilirler ki bu durumda kanuni şartın yanı sıra teknik anlamda bir şartın varlığından da bahsedilir. Ayrıca tarafların öngördükleri şart kanuni şartı aşan ya da tamamlayan nitelikte ise yine teknik anlamda şarttan bahsedilir. Örneğin "işleme icazet verildiği takdirde" ifadesinin hukuki bir değeri yok iken "işleme bir saat içinde icazet verildiği takdirde" ifadesi teknik anlamda şartın varlığına işaret olarak yorumlanır. Pulaşlı, **a.g.e.**, s. 86 vd.

Kanuni şart bakımından, şartın gerçekleşmesini engelleyecek davranışlarda bulunulması halinde uygulanacak bir yaptırım yoktur. Fakat teknik şarta bağlı sözleşmelerde BK m. 149 vd. hükümleri uyarıca şartın gerçekleşmesini engelleyecek davranışlarda bulunmama yükümünün, kanuni şartın gerçekleşmesini engelleyecek davranışların dürüstlük kurallarına aykırılık taşıması halinde kanuni şart için de kıyasen uygulanması gerektiği doktrinde öne sürülmektedir[419].

Kanuni şart, bir işlemin geçerliliği için kanunun aradığı bir şart olmakla birlikte kanunda öngörülen her geçerlik şartı kanuni şart değildir. Gerçek anlamda kanuni şarttan bahsedebilmek için bu şartın hukuki işlemin hükmünü askı durumuna getirmesi ve hiç değilse bazı hususlarda teknik anlamdaki şart ile benzer bazı hususlar içermesi gerekir. Buna göre kanunun bir hak doğumu için öngördüğü şartların tümü değil, bunların içerisinden yalnızca hukuki sonucun doğumunu askıya alanların kanuni şart olarak anlaşılması zorunludur. Örneğin şekil şartları bir hukuki işlemin hüküm doğurması için geçerlik şartları olmakla birlikte işlemin hüküm doğurmasını geciktirici nitelikte değillerdir[420]. Üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinde riziko gerçek anlamda kanuni şarttır; zira tarafların anlaşmasıyla geniş anlamda borç ilişkisi kurulur, fakat dar anlamda borcun doğumu henüz rizikonun gerçekleşmesini bekler. Taraflar arasında tanımı yapılan korkulan olayın gerçekleşmesine kadar sözleşmenin hükümleri kanun gereği geciktirilmiştir.

3. Rizikonun Üçüncü Kişinin Fiiline Bağlanmış Olması

a. Genel Olarak

Riziko, tüm geniş anlamdaki garanti sözleşmelerinin ortak unsurudur. Geniş anlamda garanti sözleşmeleri, başkasının karşı karşıya bulunduğu zarar tehlikesinin üstlenildiği rizikolu sözleşmelerdir. Rizikolu sözleşmede zararın doğup doğmayacağı veya ne miktar için doğacağı belli olmadığından bu bilinmezlik durumu borçlu için bir riziko teşkil eder ve bu tür sözleşmelerin rizikolu sözleşmeler olarak anılmalarının nedeni de budur. Rizikolu sözleşme borçlusunun kendisinin değil de

[419] Pulaşlı, **a.g.e.**, s. 89.
[420] Pulaşlı, **a.g.e.**, s. 89 vd.;

başkasının maruz kalacağı bir zararı üstlenmesi halinde ise artık garanti borcu doğuran rizikolu sözleşmeler yani garanti sözleşmelerinden bahsedilir.

Geniş anlamda garanti sözleşmeleri, üstlenilen rizikonun niteliğine göre değişik isimler alır: Mesela tabiat olaylarının sebep olduğu zararların tazminine ilişkin anlaşmalar genellikle sigorta sözleşmeleri olarak anılırken insan iradesi sonucu doğan zararlar, bir kimsenin herhangi bir hareket tarzından veya borcun ödenmemesi riskinden doğuşuna göre çeşitli başlıklar altında değerlendirilir. Garanti verenin kendi edimine bağlı ya da garanti alanın herhangi bir girişiminden doğan rizikoların garanti edildiği saf garanti sözleşmeleri veya borcun ödenmemesi rizikosunun teminat altına alındığı kefalet, kefalet benzeri garanti sözleşmeleri bunlara birkaç örnektir[421].

BK m. 110 hükmünde düzenlenen ve hukuki niteliğini kefalet benzeri garanti olarak kabul ettiğimiz üçüncü kişinin fiilini taahhütte riziko üçüncü kişinin fiiline bağlanmıştır. Madde metni, "*üçüncü kişinin fiili*" demek suretiyle bu hususu açıkça dile getirmiştir. Ancak söz konusu ifade, "fiil" sözcüğünün her türlü davranışı içine alacak kadar geniş bir anlama sahip bulunması nedeniyle açıklanmaya muhtaçtır ve doktrinin eleştirilerine hedef olmaktadır, bu noktada, üçüncü kişinin fiili ifadesi ile hangi tür rizikonun kastedildiği üzerinde ayrıca durmak gerekir.

b. Rizikonun Unsurları

(1) Üçüncü Kişi

Üçüncü kişi, bir hukuki işlemin söz konusu olduğu durumlarda, işlemin kuruluşuna katılmayan kimselerin tümüne birden verilen teknik bir isimdir. Buna göre hukuki işlemi kuran ya da işleme sonradan katılanlar "taraf", işleme ne kuruluş aşamasında ne de sonrasında hiçbir şekilde katılmayanlar üçüncü kişidirler. Bu

[421] Gilliéron, **a.g.e.**, s. 52 vd.

durumda işlemi kuranlar "taraf", işlemin kurulmasına katılmayanlar ise "üçüncü kişi" olarak adlandırılırlar[422].

Üçüncü kişi kavramı daima taraf kavramı ile birlikte ele alınır. Çünkü hukuki işlemler bakımından üçüncü kişi konumundaki kimseleri belirleyebilmek için öncelikle taraf sıfatına sahip olanları belirlemek gerekir; taraf belirlendikten sonradır ki üçüncü kişi pozisyonunda kalan kişiler rahatlıkla tespit edilebilecektir[423].

Bir hukuki işlemde kendi adına hak kazanmak ve borç altına girmek için iradesini açıklayan kişi ya da kişilere taraf denir[424]. Bu özelliği ile taraf, işlemin yapılışına bizzat katılan kişidir[425]. Ancak taraf kavramı bununla sınırlı değildir. Bazen çeşitli gerekçelerle hukuki işlemlerin kurulması temsilci ya da *nuntius* (haberci) vasıtasıyla gerçekleştirilebilir. Temsilci, işlemin yapılışına bizzat katılarak kendi iradesini açıklayan bir kimse olmakla beraber işlemin tarafı değildir. Çünkü söz konusu işlemin hükümleri temsilci üzerinde değil, temsil olunan üzerinde doğar. Temsilci tarafından yapılan işlemlerde taraf, adına ve hesabına hareket edilen kişi olup üçüncü kişi konumunda bulunan ise temsilcinin bizzat kendisidir[426]. Aynı durum *nuntius* için de geçerlidir; hatta üçüncü kişi sıfatı *nuntius*'ta daha belirgindir. *Nuntius*, temsilciden farklı olarak kuruluşuna katıldığı işlemde kendi iradesini dahi açıklamaz sadece başkasının iradesini karşı tarafa nakletmekle yetinir[427]. Demek oluyor ki taraf sıfatına sahip olabilmek için işlemin yapılışına şahsen katılmak şart olmayıp söz konusu işlemi temsilci ya da nuntius'a yaptırmak da yeterlidir.

Yine işlemin yapılışına bizzat katılmadıkları halde işlemden doğan hak ve borçlardan doğrudan etkilendikleri için taraf gibi ele alınan başka bir grup da külli ve cüzi haleflerdir. Külli halef bir malvarlığının tamamının kendisine intikal ettiği

---

422 Goutal, **a.g.e.,** s. 23; Şener Akyol, **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1976, s. 12.

423 Hamdi Halim, "Üçüncü Şahıs Kimdir?", **İstanbul Baro Mecmuası,** Y: 7, Sayı No: 79-7, Temmuz 1993, s. 257.

424 Feyzioğlu, **Genel Hükümler** II, s. 267.

425 Goutal, **a.g.e.,** s. 23.

426 Feyzioğlu, **Genel Hükümler** II, s. 268; Saymen, Elbir, **a.g.e.,** s. 314; Akyol, **a.g.e.,** s. 12- 13; Haluk Tandoğan, **Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk-İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini,** Ankara, Ajans Türk, 1963, s. 24- 25.

427 Tekinay, Akman, Burcuğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 170.

kişilerdir. Kanuni mirasçılar[428] külli halefiyet ilkesi uyarınca külli haleftirler. Malvarlığından sadece bir veya birkaç şeyin kedisine intikal ettiği kişiler ise cüzi haleftirler; mesela lehine belirli mal vasiyeti ile bir alacak hakkı iktisap eden kişiler cüzi halefler arasındadır. Sözleşmenin kuruluşuna bizzat katılmadıkları halde külli halefler tüm hak ve borçların kendilerine intikali sebebiyle bir anda sözleşmenin tarafı haline gelirler. Aynı şey cüzi halefler için de geçerlidir. Yalnız, sözleşmenin haleflere etki etmesi kuralının işleyebilmesi için borcun haleflere intikalinin nitelikçe mümkün olması ve tarafların aksine anlaşmalar yapmamış olmaları şarttır. Eser, iş sözleşmeleri gibi sözleşmelerde kural olarak borçlunun kişisel özellikleri dikkate alındığı için aynı kişisel özelliklerin kendisinde toplanmadığı haleflerin elbette ki bu sözleşmelerden dolayı hak ya da borç sahibi olmaları beklenemez. Hak ve borçların sözleşenlerin haleflerini etkilemeyeceği yönünde taraflar arasında yapılan anlaşmalarla da aynı sonuca varılır[429].

Üçüncü kişi kavramına verilen farklı hukuki anlamlar var ise de[430] konumuz bakımından önemli olan, işlemin kuruluşuna şahsen katılanlar ile bunların halefleri dışında kalan kimselerin üçüncü kişi konumunda olduğudur. Buna göre taraflardan birinin kendi davranışını taahhüt ettikleri veya sözleşme taraflarının kendi edimlerini üçüncü kişinin herhangi bir tutumuna bağladıkları durumlarda üçüncü kişinin fiilini taahhüt yoktur; zira özellikle sonuncu durumda olsa olsa basit şarta bağlı bir sözleşmeden bahsedilebilir[431].

Davranışı taahhüt edilen kişinin mirasçı olması halinde de genel kanaat, üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinin olmadığı yönündedir[432]. Biz de genel

---

428 Külli halef olan mirasçıların ne taraf ne de üçüncü kişi olarak nitelendirilebileceği yolunda bkz. Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini,** s. 25 vd.

429 Chevallier, Bach, **a.g.e.**, s. 350 vd.; Feyzioğlu, **Genel Hükümler** II, s. 269-270.

430 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, s. 25 vd.

431 Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 804-805.

432 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** s. 804; Eren, **a.g.e.,** , s. 1110; Çebi, "Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt", s. 123. Yüce'ye göre, mirasçı sıfatının kazanılabilmesi için mirasbırakanın ölmüş olması gerekir ve ölmüş bir kimsenin de sözleşme akdetmesi düşünülemez. Fakat henüz ölmemiş bir kimsenin, ölümü üzerine mirasçı sıfatını kazanacak bir kişinin fiiline bağlı olarak üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi akdedebilmesi pekala mümkündür. Mesela (B), mirasçısı (Ü)'nün fiilini (A)'ya vaat etmiş olsun. (B)'nin ölümü halinde; eğer (Ü), (B)'nin tek mirasçısı ise külli halefiyet ilkesi gereği tüm haklar ve borçlar (Ü)'ye intikal edeceğinden (Ü), sözleşmenin tarafı haline gelir ve bunun sonucunda üçüncü kişi sıfatı sona ereceği için taahhüt sözleşmesi konusuz kalır. Fakat

kanaate katılıyoruz. Edimi taahhüt edilen üçüncü kişinin taahhüt edenin mirasçısı olması durumunda bu taahhüt, ancak taahhüt edenin ölümü ile birlikte hüküm ifade eder. Taahhüt edenin ölümü ise, edimi taahhüt konusu yapılan kişinin üçüncü kişi sıfatını kaybederek mirasçı sıfatını kazanmasına yol açar. Bu andan itibaren mirasçı, üçüncü kişi sıfatıyla değil, mirasçı sıfatıyla hareket edecek ve söz konusu edimi yerine getirmek istemediği zaman doğacak olan tazmin borcunu yine bu sıfatla ödeyecektir. Tazminatı ödememek için edimi ifa yoluna giderse bu durum, yine üçüncü kişi sıfatıyla değil, mirasçı sıfatıyladır. Yapılacak bir aynen ifa, terekeye dahil bir borcun ifası yollarından sadece biridir.

Diğer taraftan edimi taahhüt konusu yapılan mirasçı, edimi yerine getirmeme tercihini kullandığı zaman daima bir tazminat yaptırımı ile karşı karşıya kalacağının bilincinde olduğu için hiç istemediği halde ifa yoluna gidebilir. Bu durum ise yine üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinin yapısına aykırı olur. Çünkü bilindiği üzere taahhüt sözleşmesinde üçüncü kişi üzerinde onun rızası hilafına borç doğmaz; üçüncü kişi söz konusu edimi yerine getirip getirmemekte her zaman özgürdür. Ancak taahhüt sözleşmesinin konusu mirasçının edimi olduğu zaman bu özgürlük üçüncü kişinin elinden alınmış olur[433]. Nitekim ifa yokluğu halinde kendisini derhal bir tazminat ödemesinin beklediğini bilen mirasçı, tazminat ödemektense hemen daima ifa yolunu tercih edecek ve var gibi görünen seçim şansını aslında kaybetmiş olacaktır. Dolayısıyla tüm üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinin yapısına aykırı bu durumlar mirasçının ediminin üçüncü kişinin fiilini taahhüt kapsamında ele alınmasını engeller.

Fiili taahhüt edilen üçüncü kişi gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. Bir kamu tüzel kişisinin fiili de –mesela belediyenin imar izni vereceği gibi- üçüncü kişinin fiilini taahhüde konu oluşturabilir[434]. Belirli bir üçüncü kişinin fiili taahhüt edilebileceği gibi henüz taraflarca tanınmayan ya da taahhüt anında ferden

---

eğer (Ü), (B)'nin tek mirasçısı olmayıp bir de (K) adında kardeşi varsa, üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi sona ermeyecek ve (K)'nın şahsında devam edecektir. Yüce, **a.g.e.**, s. 28.

433 Marty, Raynaud, **a.g.e.**, s. 294 ve ayrıca bkz. s. 294'de dn. 2.

434 Reisoğlu, **Garanti,** s.49-50; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** s. 805; Eren, **a.g.e.,** , s. 1110- 1111.

tayin edilmemiş bir üçüncü kişinin fiili de taahhüt edilebilir[435]. Bu bakımdan üçüncü kişinin ismen belirlenmiş olması gerekmeyip, sözleşmedeki bilgi ve açıklamalara göre belirlenebilir durumda olması yeterlidir[436].

Kural olarak herkesin, hatta fiili ehliyeti bulunmayanların fiilleri de taahhüt edilebilir. Üçüncü kişi sözleşmeye taraf olmadığından fiil ehliyetine sahip olması şart değildir; yeter ki taahhüt konusu fiilin üçüncü kişi tarafından ifası mümkün olsun[437]. Aksi durumda daha başlangıçtan itibaren imkansız bir borç akdedilmiş olacağından sözleşmenin geçerli olarak kurulması engellenmiş olabilir. Mesela yedi yaşında bir çocuğun ağır bir tiyatro eserini ezberleyeceği belki vaat edilebilir; fakat aynı tiyatro eserini sahneleyeceği taahhüt edilemez[438].

(2) Fiil

BK m. 110 hükmü üçüncü kişinin fiilini taahhüdü açıklarken üçüncü şahsın fiilini başkasına taahhüt eden kimsenin bu taahhüdün ifa edilmemesi halinde zarar ödemesine mecbur olduğunu belirterek özellikle "fiil" sözcüğü üzerinde durmaktadır. Buna göre BK m. 110'da düzenlenen sözleşmenin konusu üçüncü kişinin fiilidir. Fiil sözcüğü Borçlar Kanunumuza İsviçre Borçlar Kanununun 111. maddesinin Fransızca metninde yer alan "fait" tabirinin karşılığı olarak geçmiştir[439]. Fait, her türlü fiil, tutum ve davranışı içine alacak kadar geniş bir kavramdır. Buna karşılık söz konusu maddenin Almanca ve İtalyanca metinlerinde daha teknik bir tabir olan "edim" anlamındaki "Leistung" sözcüğü kullanılmıştır. Fiil kavramına göre edim daha dar

---

435 SJ 1950 105.

436 Reisoğlu, **Garanti,** s.50; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** s. 805; Eren, **a.g.e.,** , s. 1111; Arık, a.g.m., s. 51.

437 Engel, **Traité,** s. 432; Béguelin, "Porte-fort", s. 4; Scyboz, **a.g.e.,** s. 17; Wavre, **a.g.e.,** s. 43. Arık, "Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi", s. 52.

438 Bu hususta bkz. Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, art. 111 N. 5; Reisoğlu, **Garanti,** s. 50; Aşulla, "Başkasının Fiilini Taahhüt Mukavelesi", s. 199.

439 Fait tabirini kullanan başka bir hüküm Fransız Medeni Kanununun 1120. maddesidir. Ancak bu hukuk düzeninde fait, sıradan bir fiil ya da davranışı değil, borç konusu olabilecek her türlü hareket tarzını ifade eder. Aubry, Rau, **a.g.e.**, s. 511. Fransız hukukunun etkisi altındaki Belçika hukukunda da fait tabirinin aynı anlamda kullanıldığına ilişkin olarak bkz. De Page, **a.g.e.**, § 2 N. 730 vd.

bir anlama sahip olup sadece borç konusu olabilecek davranışları ifade etmek üzere kullanılır[440].

Madde metinleri arasındaki bu terimsel farklılık üçüncü kişinin fiilni taahhüt uygulamalarında bir karışıklık yaratmaktadır. Çünkü fiil sözcüğü tercih edilecek olursa üçüncü kişinin her türlü davranışının sözleşme konusu olabileceği kabul edilmek gerekir. Bu davranışların içine borç konusu edimler girebileceği gibi borç konusu olmaya elverişli bulunmayan herhangi bir hareket tarzı da girebilir. Mesela üçüncü kişinin verilen bir yemek davetini kabul edeceği, her hafta sonu akrabasını ziyaret edeceği, evlilik dışı çocuğunu tanıyacağı, dernek toplantısında oy kullanacağı gibi ekonomik değere sahip olmayan herhangi bir yaklaşım bu anlamdadır. Edim sözcüğü ise ekonomik değeri bulunan davranışları ifade eder ve eğer bu sözcük kullanılır ise sadece rakamlarla ifade edilen davranışlar taahhüt borcunun konusu olmak gerekir.

Kavram farklılığı İsviçre'de bazı mahkeme kararlarına da yansımıştır. Genève Kanton Mahkemesi 26 Şubat 1938 tarihli bir kararında, kira bedellerinin ödeneceği taahhüdünü BK m. 110 anlamında bir "fiil" olarak kabul etmemiştir. Buradan hareketle mahkeme olayda, tamamen borç konusu olabilecek bir davranışın taahhüt edildiği tespitine varmış, hemen arkasından bu tespitini edimin ifası taahhütlerinin ancak kefaletle yapılabileceği sonucuna bağlayarak kefalet sözleşmesinin varlığına hükmetmiş ve kefaletin şekil şartlarına uyulmadığı için başvuruyu reddetmiştir[441]. Oysa Kantonal Mahkeme söz konusu olayda edim sözcüğünü telaffuz eden Almanca metne göre karar vermiş olsa idi belki de kira bedellerinin ödenmesi taahhüdünü BK m. 110 kapsamında üçüncü kişinin fiilini taahhüt anlaşması olarak görebilecekti[442].

Federal Mahkeme, zaman zaman yaşanan bu karışıklığı ortadan kaldırmak adına fiil sözcüğünün anlamına açıklık getirmiştir. Mahkeme fiil kavramını; maddi

---

440 Reisoğlu, **Garanti**, s. 50- 51.

441 Kanton Mahkemesinin kararından bahseden Federal Mahkeme kararı için bkz. ATF 65 II 32. Federal Mahkeme, fiil sözcüğünün edimi de içine alacak kadar geniş yorumlanacağını ve bu sebeple olayda hem kefalet hem porte-fort ile yükümlenilmeye elverişli bir durumun olduğunu kabul ederek Kantonal Mahkemeden farklı bir tavır takınmıştır.

442 Reisoğlu, **Garanti,** s. 51.

veya hukuki, olumlu veya olumsuz her türlü hareket tarzını kapsayacak şekilde geniş bir içeriğe sahip olarak tanımlar[443]. Federal Mahkemenin kararlarına paralel olarak doktrinde de fiil sözcüğünü, üçüncü kişinin fiili veya hukuki, olumlu veya olumsuz her türlü hareket tarzı olarak kabul edenler olmuştur[444]. Buna göre üçüncü kişinin belli bir hareket ve faaliyet göstermesini hatta hukuki karaktere sahip olmayan bir tavır takınmasını mesela bir toplantıda hazır bulunmasını bile BK m. 110'a göre taahhüt etmek pekala mümkündür[445].

Doktrinde bir kısım yazarlar ise Federal Mahkemenin görüşünün aksine BK m. 110'da geçen fiil sözcüğünü edim kavramına özgüleyerek dar anlamda kullanmak gerektiğini kabul ederler[446]. Buna göre Federal Mahkemenin "her türlü hareket tarzı" nitelemesi ancak edime konu olacak her türlü hareket tarzı olarak anlaşılmalıdır[447]. Zira BK m. 110 hükmüne konu olan üçüncü kişinin fiilini taahhüt düzenlemesinin kendisine varlık alanı bulabilmesi için hükümde yer verilen fiil unsurunun iki önemli özelliğe sahip olması gerekir: İlk olarak, bu fiilin ekonomik bir değeri bulunmalıdır. BK m. 110'da taahhüt eden için öngörülen borç, zararı gidermekten ibarettir. Söz konusu fiil üçüncü kişi tarafından ifa edilmediği zaman taahhüt eden, karşı tarafın bu sebeple uğradığı zararı karşılamak zorundadır. Zararın tazmini ise kural olarak bir miktar paranın ödenmesi ile olur ve bu durumda istenilen fiil yerine getirilmediğinde ne miktar zararın meydana geldiğini tespit bu fiilin parasal olarak ifadesine bağlı olacaktır. Eğer taahhüt konusu fiil, ekonomik bir değere sahip değilse zararın miktarı saptanamaz ve söz konusu fiile aykırı davranışın sonuçlarını tazminata dökmek kolay olmaz. Bu nedenle yerine getirilmesi istenen davranışın, ifa edilmediğinde para ile

---

443 JdT 1939 I 175; JdT 1946 I 527; ATF 65 II 33.

444 Béguelin, "Porte-fort", s. 5; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.,** § 50 N. 2612; Engel, **Traité,** s. 433; Engel, **Contrat,** N. 136; Guhl, **a.g.e.**, s. 122; Georges Scyboz, Pierre-Robert Gilliéron, **Code Civil Suisse et Code des Obligations Annotés,** 4. éd., Lausanne, Editions Payot, 1988, art. 111 CO; Arık, "Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi", s. 54.

445 Béguelin, "Porte-fort", s. 5.

446 Scyboz, **a.g.e.,** s. 18; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** s. 805; Eren, **a.g.e.,** , s. 1107 dn. 65; Wavre, **a.g.e.,** s. 54; Develioğlu, **a.g.e.,** § 3 N. 76; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 229; Tunçomağ, **Genel Hükümler,** C: I, s. 984-985; Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 412 vd.; Çebi, "Üçüncü Kişinini Fiilini Taahhüt", s. 123.

447 Silvia Tevini Du Pasquier, **Commentaire Romand, Code des Obligations I art. 1-529,** Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait, Ed., Luc Thévenoz, Franz Werro, Génève, Bâle, Münich, Helbing & Lichtenhahn, 2003, art. 111 CO N. 1.

ölçülebilen malvarlıksal bir zarara sebep olacak türden olması önemlidir[448]. İkinci olarak, söz konusu fiilin ifası üçüncü kişinin iradesine bağlı olmalıdır[449]. Üçüncü kişinin varlığından bahsedebilmek için onun tarafından yerine getirilecek yani kendi rızasıyla ona borç olarak yüklenebilecek bir davranıştan bahsetmek gerekir. Taahhüt konusu fiil, tamamen veya hiç değilse kısmen üçüncü kişinin iradesine bağlı olmayıp salt tesadüfi ya da üçüncü kişinin dışında bir kimsenin iradesine bağlı ise üçüncü kişinin fiilini taahhütten söz edilemez[450]. Üçüncü kişinin borç konusu olamayacak herhangi bir davranışının söz verilmesi mümkün olsa da bu davranış üçüncü kişinin fiilini taahhüt kapsamında değil, üçüncü kişinin varlığına ihtiyaç göstermeyen saf garanti sözleşmeleri kapsamında taahhüt konusu olabilir. Bir anonim ortaklığın kar elde edeceği, bir kimsenin genel kurul toplantılarında hazır bulunacağı, oy kullanacağı gibi davranışları bu duruma birer örnektir.

Ekonomik değer taşıma ve üçüncü kişinin iradesine bağlı olma unsurları birleştiğinde edim kavramı ortaya çıkar. Her iki unsurun birlikte ele alınması zorunluluğu BK m. 110 kapsamındaki fiilin, ister istemez edim olarak anlaşılması sonucunu doğurur. Üçüncü kişinin[451] bir borcu ifa edeceği, bağışta bulunacağı, intifa hakkı kuracağı, bir hakkından feragat edeceği, mirası reddedeceği, belirli zamanlarda gürültü yapmayacağı veya bir irade beyanında bulunacağı gibi davranışları, taahhüt edilebilecek davranışlar arasındadır. Bu anlamda maddenin Almanca ve İtalyanca versiyonları Fransızca metne göre daha isabetlidir[452]. Anılan gerekçelerle BK m. 110 hükmünde yer alan "fiil" tabirinin üçüncü kişinin edimi olarak algılanması düşüncesine biz de katılıyoruz.

Burada yeri gelmişken edim kavramı bakımından ortaya çıkabilecek bir soruna da yer vermek gerekir. BK m. 110 kapsamında yer alan fiilin, edim olarak anlaşılması gerektiğini, zira bu fiilini ekonomik değer taşımasının şart olduğunu ve

---

448 Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, art. 111 N. 8; Arık, "Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi", s. 54; Franco, "Üçüncü Şahsın Fiilini Taahhüt", s. 580-581; Tunçomağ, **Genel Hükümler,** C: I, s. 984.

449 Scyboz, **a.g.e.,** s. 18.

450 Wavre, **a.g.e.**, s. 53.

451 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** s. 805.

452 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** s. 805; Eren, **a.g.e.,** , s. 1107 dn. 65.

ekonomik değer taşıyan davranışların da edim kavramı içinde düşünülebileceğini yukarıda belirttik. Bugün[453], edimin ekonomik değer taşıması gerektiği yolundaki anlayış terk edilmiştir. Ekonomik değer taşımayan bir davranış da hukukça korunmaya elverişli bir menfaati içerdiği sürece borç konusu olabilir. Örneğin bir irtifakın, hak sahibine ekonomik yarar sağlaması zorunlu olmayıp bu hakka sahip olmakta bir yararın bulunması yeterlidir. Bu durumun üçüncü kişinin fiilini taahhütler açısından da dikkate alınabilecek sonuçları vardır. Buna göre taahhüt sözleşmeleri bakımından aranacak husus, üçüncü kişinin davranışının ekonomik bir değer taşıması ya da rakamsal olarak ifade edilmesi değil, hukukça korunan bir çıkar sağlamasıdır; yeter ki bu çıkarın tazminata dönüştürülmesi mümkün olabilsin. Edimin hukuken korunmaya elverişli bir değer taşıyıp taşımadığı ise her somut olayda hakim tarafından takdir edilecektir. Ekonomik değerden yoksun taahhütlerin ne zaman hukuki etkiye sahip ne zaman hukuki etkiden yoksun olduğunu tayindeki başarı hakimin hukuki tecrübe ve kültürü ile orantılı olacaktır[454].

Taahhüt konusu yapılan üçüncü kişi fiilinin kanuna, ahlaka, kamu düzenine ya da kişilik haklarına aykırı olması tahhüdü geçersiz kılar. Bir sözleşme olma özelliğini kazanmış üçüncü kişinin fiilini taahhüt uygulaması, her şeyden önce tüm sözleşmeler için geçerli olan BK m. 19 ve 20 hükümleri ile sınırlıdır. Sözleşme konusu üçüncü kişi fiilinin hukuka ve ahlaka aykırı olması korunmaz ve hukuka aykırı sonuç meydana gelmedi gerekçesiyle tazminat talebinde bulunulamaz. Örneğin, üçüncü kişinin yalancı tanıklık yapacağı, ahlaka aykırı yaşam sürmeyi kabul edeceği, rüşvet vereceği, birine işkence yapacağı gibi fiilleri taahhüt konusu olamaz[455].

Yalnız burada ortaya çıkan temel sorun, taahhüt konusu davranışın zaman zaman hukuka aykırı olmasına karşılık bir miktar parayı ödemekten ibaret olan borç

---

453 Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 8.

454 Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 8- 9.

455 Béguelin, "Porte-fort", s. 5; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.,** § 50 N. 2619; Engel, **Traité**, s. 433; Scyboz, **a.g.e.,** s. 18; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 230; Aşulla, "Başkasının Fiilini Taahhüt Mukavelesi", s. 201; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** s. 806; Arık, "Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi", s. 54; İnan, **a.g.e.**, s. 386; Çebi, "Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt", s. 124. Ayrıca bkz. JdT 1950 I 488; JdT 1971 355 ve 357; Yarg. 4. HD., 9.11.1959 t., E. 7755 K. 7953 (Uygur, **a.g.e.**, s. 3919).

konusunun hiçbir zaman hukuka aykırı olmayacağıdır. Ancak böyle bir durum kanuna ve ahlaka aykırılığın sözleşmenin içeriğine de sızmış olduğu hallerden biridir ve her ne kadar para borcunun kararlaştırılmasında hukuka aykırı bir taraf yok ise de, bu borç, kanuna ve ahlaka aykırı bir amaca hizmet içindir. Üçüncü kişinin beklenen davranışı yerine getirmemesinin yani hukuka uygun davranmasının karşı taraf için bir zarar teşkil ettiği söylenemez; hukuka ve ahlaka aykırı bir amaç gerçekleşmedi diye tazminat talebinde bulunulamaz[456]. Bu gibi durumlarda dar anlamda konu hukuka aykırı olmasa bile tarafların sözleşme ile ulaşmak istedikleri amaç hukuka aykırılık taşıdığından sözleşme BK m. 20 uyarınca kesin hükümsüz olur[457]. Kişilik haklarına aykırı davranışların taahhüt edilmesinde de aynı sonuç doğar. Üçüncü kişinin hiç evlenmeyeceği, ömür boyu aynı işte çalışacağı gibi taahhütlerde hukuka aykırılık unsuru sözleşmenin içeriğine sızmış olduğundan, sözleşme BK m. 19 ve 20 gereğince batıl olur[458].

D. Bağımsızlık

Üçüncü kişinin fiilini taahhütte taahhüt eden, alacaklıya karşı bağımsız bir yükümlülük altına girer. Bağımsızlıktan kasıt, taahhüt edenin borcunun, başka bir borcun varlığına, devamına, geçerliliğine veya dava edilebilirliğine bağlı olmamasıdır[459]. Bağımsızlık unsuruna BK m. 110 hükmünde açıkça yer verilmiş değildir. Fakat gerek doktrin[460] gerek içtihat[461] üçüncü kişinin fiilini taahhütler

---

456 Wavre, **a.g.e.**, s. 50.

457 Hüseyin Hatemi, **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK . 65 Kuralı),** Gözden Geçirilmiş Doçentlik Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1976, s. 152 vd. ve özellikle s. 163.

458 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** s. 806. Bununla birlikte üçüncü kişinin sadece belirli bir kişi ile evlenmeyeceği ya da belirli bir işte çalışmayacağı tarzında yapılan taahhütlerin kişi özgürlüklerini mutlak olarak sınırlandırmadığı ve bu nedenle geçerli olacağı öne sürülmektedir. Wavre, **a.g.e.,** s. 49- 50.

459 Béguelin, " Porte-fort", s. 2; Scyboz, **a.g.e.**, s. 18; Guhl, **a.g.e.**, s. 123; Yavuz, **Özel Hükümler,** s. 879; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, C: II, s. 812; Doğan, **a.g.e.**, s. 42; Tunçomağ, **Genel Hükümler,** C: I, s. 980; Yüce, **a.g.e.**, s. 58.

460 s, **Contrat,** s. 581; Tercier, **Obligations,** § 26 N. 1248; Scyboz, **a.g.e.**, s. 18; Scyboz, Gilliéron, art. 111; Arık, "Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukaveleri", s. 49; Eren, **a.g.e.,** , s. 1109; Tunçomağ, **Genel Hükümler,** C: I, s. 980; Yüce, **a.g.e.**, s. 57 vd.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 230; , Develioğlu, **a.g.e.,** § 2 N. 224; Fritz Funk, **Borçlar Kanunu Şerhi I Umumi Hükümler,** Çev. Hıfzı Veldet, Cemal Hakkı Selek, İstanbul, Üniversite Kitabevi, 1938, s. 174; Saymen, Elbir, **a.g.e.** s. 318; Tekinalp, **a.g.e.,** s. 369; Gilliéron, **a.g.e.,** s. 213; Guhl, **a.g.e.,** s. 123; Béguelin, "Porte-fort", s. 2; Sahir Talat Akev, "La Forme dans les Contrats du Cautionnement et de Garantie dans les Droits Suisse et Turc", **Travaux de la 5 ème Semaine**

bakımından bağımsızlık unsurunun varlığını kesin olarak kabul eder. Bağımsızlık, üçüncü kişinin fiilini taahhüdü benzeri teminat yükümlülüklerinden özellikle de kefaletten ayırmaya yarar.

Bağımsızlık özelliğinin sonucu olarak, kendisine taahhütte bulunulan kimse, yani alacaklı ile üçüncü kişi arasında kurulu bir borç ilişkisinin varlığına ihtiyaç yoktur[462]; ileride kurulacak borç ilişkisinden doğacak bir edimin teminat altına alınması da mümkündür. Alacaklı ile üçüncü kişi arasında mevcut bir hukuki ilişki var ve taahhüt borçlusu üçüncü kişinin bu hukuki ilişkiden doğan borcunu temin ediyorsa, bu borcun geçersiz olması ya da herhangi bir sebeple sona ermesi taahhüt borcunu sona erdirmez[463]. Sonuncu durumda bağımsızlığın daha büyük önem kazandığını söylemek yanlış olmaz.

Taahhüt borçlusunun üçüncü kişinin edimini yerine getireceğine söz vermesiyle taahhüt alacaklısı ile aralarında asıl ilişkiden bağımsız bir sözleşme

---

Juridique Turco-Suisse, La Forme dans les actes Juridiques, Journées d'İstanbul 13-20 avril 1975, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, s. 329.

461 JdT 1939 I 175; JdT 1946 I 527; JdT 2004 537; JdT 1986 I 256; JdT 1988 I 188; ATF 65 II 33; JdT 1976 537; JdT 1949 I 298; BGE 111 II 276 [(Çevrimiçi) http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=fr&type=highligt_simple_quer... 4.2.2009]; ATF 4C:24/2007 (26.04.2007) [(Çevrimiçi) http://relevancy.bger.ch/php/aza/http/ index.php?lang =fr&type=highligt_simple_query...28.8.2008]; ATF 4A_290/2007 (10.12.2007) [(Çevrimiçi) http://relevancy.bger.ch/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highligt_simple_query...28.8.2008]; ATF 125 III 306 [(Çevrimiçi) http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang= fr&type=highligt_simple_quer... 4.2.2009]; ATF 5A_696/2007 (4.2.2008) [(Çevrimiçi) http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/jumpCGI?id= 21.7.2008]; ATF 113 II 437 consid. 2b'den naklen: ATF 5A_696/2007 (4.2.2008) [(Çevrimiçi) http://jumpcgi.bger.ch/cgibin/jumpCGI?id= 4.2.2008]; SJ 1986 178= ATF 111 II 279 consid. 2b.; SJ 1988 550; JdT 1950 I, s. 488; ATF 81 II 520= JdT 1956 462; ATF 4C.274/2001 (9.4.2002) [(Çevrimiçi) http://relevancy.bger.ch/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highligt_simple_query...28.8.2008] ; JdT 2004 539; Yarg. HGK., 4.7.2001 t., E. 2001/19-534 K. 2001/583 [(Çevrimiçi)http:// www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/banka%20hukukuKEFALET.doc 21 Temmuz 2007]; Yarg. 11. HD., 29.11.2004 t., E. 2004/2269 K. 2004/11663 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. 19. HD., 12.4.2004 t., E. 2003/4688 K. 2004/4243 (İBD, C: 79, 2005, S. 4, s. 1371); Yarg. 13. HD., 4.4.2003 t., E. 2002/12569 K. 2003/3985 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. 13. HD., 6.5.2002 t., E. 2002/2275 K. 2002/5138 Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. 13. HD., 7.10.1985 t., E. 1985/4067 K. 1985/5747 (Erdem, **a.g.e.**, s. 787); Yarg., 11. HD., 27.2.1979 t., E. 79/346 K. 79/906 (BATİDER, C: 10, Sayı No: 3, 1980, s. 818); Yarg. 13. HD., 27.4.1992 t., E. 305 K. 3896 (Karahasan, **a.g.e.**, s. 1219 vd.); Yarg. HGK., 19.10.1988 t., E. 1988/3-668 K. 811 (Karahasan, **a.g.e.**, s. 1230); Yarg. 11. HD., 28.9.1987 t., E. 5093 K. 4856 (Uygur, **a.g.e.**, s. 3916 vd.).

462 Béguelin, "Porte-fort", s. 2; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 230; Reisoğlu, **Kefalet,** s. 85; Yüce, **a.g.e.**, s. 58.

463 Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 230 vd.; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 812 vd.

ilişkisi kurulmuş olur. Bu sözleşme ile taahhüt borçlusu, temel ilişkideki edimi değil, zararı ödeme şeklinde kendi borcunu yüklenmiş olur. Taahhüt borçlusu ile taahhüt alacaklısı arasındaki sözleşme, taahhüt alacaklısı ile üçüncü kişi arasında kurulmuş ya da kurulacak temel ilişkiden bağımsızdır. Temel ilişkideki borç, herhangi bir sebeple geçersiz olsa veya sona erse bile taahhüt sözleşmesinden doğan borç geçerli olarak varlığını sürdürmeye devam eder. Bunun sonucu olarak taahhüt borçlusu, temel ilişkideki geçersizliğe dayanarak kendi borcunun geçersiz olduğunu ya da sona erdiğini ileri süremez; yeter ki üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinin kendisinde bir geçersizlik sebebi bulunmasın[464].

Üçüncü kişinin fiilini taahhütten doğan borcun geleceğinin temel ilişkideki borca bağlı olmaması nedeniyle[465] geçersiz bir borcun da teminat altına alınması mümkündür. Bununla beraber, üçüncü kişinin temin edilen edimi, emredici hukuk kurallarına, ahlaka ve adaba ya da kamu düzenine aykırı ise taahhüt edenin borcu da geçersiz olur[466]. Zira bu gibi durumlarda hukuka ve ahlaka aykırılık unsuru, üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinin içeriğine girmiştir ve sözleşmeyi BK. m. 20'ye göre batıl kılar. Kişilik haklarına aykırı davranışların temin edilmesinde de aynı sonuç doğar[467].

Bağımsızlık unsurunu bir başka sözleşme ile birlikte bulunma anlamına gelen 'bağlılık' ile karıştırmamalıdır. Bağlılık, üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinin tek başına değil, bir başka sözleşme ile birlikte kurulması demektir ve bu şekilde kurulan bir garanti sözleşmesi doktrinde bağlı (murtabit) garanti sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır[468]. Bir kimsenin diğer bir kimseyi kendisi ile sözleşme yapmaya sevk etmek için kendi edimine bağlı rizikoları teminat altına alması ile bağlı garanti

---

464 Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 230 vd.

465 Tabii borçların da üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesiyle teminat altına alınabilmesi mümkündür. Bu durumda üçüncü kişi, borcun tabii borç olduğunu ileri sürerek ifadan kaçınabildiği halde aynı olanak taahhüt eden için mevcut değildir. Taahhüt edenin, üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinden doğan borcu tam borç olduğu için, tabii borcun ifa edilememesinden doğan zararı ödemesi zorunludur. Claude Frossard, **Les Obligations Naturelles et la Garantie de leur Exécution en Droit Suisse**, y.y. Imprimerie du Grand-Pont, 1960, s. 85- 86.

466 JdT 1950 I 488.

467 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** s. 806.

468 Reisoğlu, **Garanti,** s. 20 ve s. 54 vd.; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 813; Tandoğan, **Garanti,** s. 8; Yavuz, **Özel Hükümler,** s. 808.

oluşur. Örneğin, taşınmaz satış vaadi sözleşmesine konulan bir kayıtla, satılacak evin bir süre sonra üçüncü kişi tarafından yüksek bedelle kiralanacağının taahhüt edilmesi buna bir örnektir[469]. Bağımsızlık unsuru bağlı garanti sözleşmelerinde de vardır[470]. Garanti verenin borcu, bünyesinde meydana geldiği ya da birlikte bulunduğu asli sözleşmeden bağımsız olarak doğar ve varlığını sürdürür. Asıl sözleşmenin herhangi bir sebeple geçersiz olması veya sona ermesi, aynı metin içinde olsalar dahi üçüncü kişinin fiilini taahhüdü geçersiz kılmaz. Bağlı garanti sözleşmelerinde asli sözleşme ile üçüncü kişinin fiilini taahhüt arasındaki bağlılık, sadece görünüşte bir bağlılık olup aynı metin içinde yer almaktan ibarettir. Burada birbirinden bağımsız iki ayrı sözleşme meydana geldiği ve üçüncü kişinin fiilini taahhüt edenin borcunun, asıl sözleşmeden doğan borca bağlı olmadığı kesindir. Bu bakımdan bağımsızlık feri olmama ile aynı anlamdadır yoksa üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinin mutlaka ayrı bir metin içinde tek başına meydana gelecek olması demek değildir[471].

Bir asıl sözleşme çerçevesine eklenen kayıtlarla kurulan üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesini kanuni tekeffül kapsamında yer alan hukuki ilişkilerden vey başkaca feri teminat yükümlülüklerinden ayırmak bazen güçtür[472]. İsviçre Federal

---

469 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** s. 804 dn. 26; Yavuz, **Özel Hükümler,** s. 808.

470 Reisoğlu, **Garanti,** s. 20- 21; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 813 ve s. 813'te dn. 32a.

471 Terimlerin birbirlerine benzerliği dolayısıyla bu hususta bir karışıklık yaşanmaması için "bağımsızlık" ya da "müstakillik" yerine "feri olmama" tabirinin kullanılması önerisi hakkında bkz. Tandoğan, **Garanti,** s. 8.

472 Belirtmek gerekir ki bağımsızlık asıl sözleşme metnine eklenecek kayıtlarla kurulan garanti sözleşmeleri arasında, feri teminat yükümlülükleri ile karıştırılmaya en çok müsait olan kefalet benzeri garantiden ziyade saf garanti ve saf garanti içinde de özellikle bağlı garantidir. Çünkü kefalet benzeri garanti de zaman zaman asıl sözleşme metnine ilave edilecek kayıtlarla yapılır ancak burada teminatı veren kişinin temel ilişki dışında bir kimse olması kefalet benzeri garanti ile saf garanti arasındaki ayrımı büyük ölçüde kolaylaştırır. Asıl sorun, bağlı garanti sözleşmeleri ile feri teminat yükümlülükleri arasındaki ayrımda yaşanır. Bağlı garanti sözleşmesi, garanti verenin kendisi ile sözleşme akdetmeye teşvik için verdiği ve kendi edimine bağlı rizikoları güven altına aldığı sözleşmedir. Yavuz, **Özel Hükümler**, s. 876-877. Bağlı garanti sözleşmesinde garanti veren garanti alanı kendisiyele hukuki ilişkiye sevk etmek amacıyla hareket etmektedir. Fakat bir başkasını kendisiyle sözleşmeye yapmaya teşvik sadece bağlı garantide değil, feri teminat yükümlülüklerinde de söz konusudur. Yukarıda belirttiğimiz gibi bir başka sözleşme ile birlikte bulunan garanti sözleşmesi, o sözleşmenin çerçevesi içine bir kayıt konularak yapılabileceği gibi, ondan ayrı, tek başına da kurulabilir. Tek başına kurulduğu durumda bağımsız bir yükümlülük meydana getirdiği hususunda karar vermek daha kolay olan bağımsız garanti, birlikte bulunduğu sözleşmenin çerçevesine bir kayıt konularak akdedilmesi halinde feri teminat yükümleri ile karıştırılmaya müsait hale gelir. Çözüm için öncelikle feri teminat yükümünden kastın ne olduğunu bilmek gerekir. Bilindiği üzere kanunkoyucu bazı sözleşmeler bakımından borçluya bir takım rizikolar yüklemekte, onu bu rizikolardan sorumlu tutmaktadır. Zapta karşı teminat, ayıba karşı tekeffül gibi bazı hükümler kanun tarafından öngörülen sorumluluk halleri

Mahkemesi 1949 tarihli bir kararında[473] her iki teminatı birbirinden ayırırken somut

olarak kanuni tekeffül kapsamında değerlendirilirler. Bu tür teminat yükümlülükleri hakkında bkz. Arık, "Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi", s. 47- 48. Taraflar aralarında anlaşmak suretiyle asıl sözleşmeden doğabilecek kanunun öngördüğü rizikoların dışında başka bir takım rizikoları da üzstlenebilirler ki bu durumda sözleşmesel tekeffülden bahsedilir. Tandoğan, **Garanti,** s. 12. Böylece taraflar, sorumluluklarını ağırlaştıran nitelikte bu tür kayıtlarla feri teminat yükümlülüğü altına girerler. Burada dikkat edilmesi gereken husus, bunların asli bir sözleşme çerçevesinde yer alması zorunluluklarıdır çünkü bunlar, adı üstünde bağımsız olmayan ve ancak bir asıl sözleşme içerisinde kalabilecek kayıtlardır. İşte bu noktada bir kimse, kanun gereği üstlenmesi gereken rizikoları üstleniyorsa, başka deyişle üstlenilen rizikolar kanuni tekeffül kapsamında kalıyorsa garanti sözleşmesinden bahsedebilmek mümkün değildir. Örneğin, bir malın üçüncü kişi tarafından zaptedilmeyeceğine dair satıcı tarafından yapılan bir vaat her ne kadar karşı tarafı sözleşme yapmaya teşvik etse de burada bir garanti sözleşmesinin varlığından bahsedilemez. Çünkü bu husus, satıcının, kendiliğinden yani kanun gereği üstlendiği bir hususdur, ayrıca tekaffül edilmesine gerek yoktur. Eğer bunlar ayrıca garanti edilmişse, bu durum bir garanti sözleşmesi yapıldığı anlamına gelmeyip sadece varolan kanuni tekeffül hükümlerinin teyit edilmesi demek olur. Reisoğlu, **Garanti**, s. 58. Yine kanuni tekeffül hükümlerinin genişletilmesi ile ortaya çıkan feri teminatlar da bir garanti sözleşmesi olarak kabul edilemez. Bu tür kayıtlarla taraflar, kanuni tekeffül hükümlerini genişletici nitelikte sözleşmeler yaparak sadece feri teminat borcu altına girmiş ve sorumluluklarını ağırlaştırmış olurlar. Ancak feri teminat yükümlülükleri ile garanti sözleşmesini birbirinden ayırmak göründüğü kadar kolay değildir. Ayrımda hangi ölçütün esas alınacağı meselesi doktrinde tartışmalıdır. Bu konuda Stammler tarafından ileri sürülen tek yol gösterici ölçüt, garantiyi veren kişi eğer borçlunun kendisi değil de üçüncü kişi olsaydı borçlunun sorumluluğu sona erecek mi idi sorusuna verilecek yanıttır. Bu soruya olumlu yanıt verilecek olursa bir bağlı garanti, olumsuz yanıt verilecek olursa bağımsız garantinin varlığından bahsedilir. Örneğin A, B'ye sattığı maldan her sen % 5 kar elde edeceğini taahhüt ediyorsa bu taahhüt X tarafından yapılsaydı A'nın yükümlülüğü ortadan kalkacak idi. Buna karşılık A, B'ye sattığı malın on yıl boyunca ayıpsız olacağını taahhüt ediyorsa bu taahhüt X tarafından yapılsaydı da A'nın yükümlülüğü sona ermeyip devam edecek idi. Stammler, "Der Garantievertrag", s. 9'dan naklen: Reisoğlu, **Garanti,** s. 56- 57. Stammler'in ölçütünün her zaman sonuç verecek kesin nitelikte bir ölçüt olmadığı noktasından hareket eden bazı yazarlar ise, bu konuda, sözleşme tiplerinin hiç değilse birkaç özel sözleşme tipinin ayrı ayrı ele alınması gerektiğini söylerler. Bunların başında gelen temlik borcu doğuran sözleşmelerde örneğin malın teslim edileceğine dair bir garanti zaten sözleşmeye dahil olduğundan, garanti sözleşmesine konu oluşturması beklenemez. Malın ayıpsız teslim edileceğine dair bir garanti de yine kanuni tekeffül kapsamında olması nedeniyle asıl sözleşmeye dahil feri teminattır. Malın uzun zaman boyunca ayıpsız olacağı veya kullanım boyunca rengini hiç kaybetmeyeceği gibi hususlar da taraflarca bir anlaşma ile kanuni tekeffül hükümlerinin genişletilmesinden ibaret olarak asıl sözleşme kapsamındadır. Ancak malın niteliklerine ilişkin olmayan rizikolar ki -mesela satılan bir araziye ileride inşaat izni verileceği gibi- bağlı garanti kapsamında değerlendirilmeye daha uygundur. Reusser, **a.g.e.**, s. 11- 12'den naklen: Tandoğan, **Garanti,** s. 14- 15. Fakat doktrinin bu ölçütten de yeterince memnun olmadığını söylemek gerekir. Çünkü bu ölçüt, malın sözleşmeni kurulduğu sıradaki niteliklerinin garantisinin feri teminat; ileriye dönük niteliklerinin garantisinin bağlı garanti olduğu gibi sanal bir ayrıma götürmektedir. Oysa, bu hususu kesin olarak kabul etmek zordur. Çünkü bazen mevcut niteliklerin ileride devam edip etmeyeceğine dair verilen garantilerin de bağlı teminat kapsamında ele alınması mümkündür. Örneğin halının renginin bozulmayacağına ilişkin bir garanti şu anda varolan niteliğin gelecekte de devamına ilişkindir. O halde burada dikkat edilmesi gereken ve esas alınması gereken ölçüt, karşı tarafa söz verilen niteliklerin malın başlangıçtaki durumuna mı yoksa gelecekte gerçekleşmesi şüpheli olaylara mı bağlı olduğudur. Eğer vaat, malın niteliklerinin ileride devamına ilişkin ise, kural olarak feri teminat yükümünden bahsedilmelidir. Reisoğlu, **Garanti**, s. 60

[473] Karara konu olan olayda Gebrüder Gondrand ile Coderex şirketi arasında imzalanmış bir satış sözleşmesi vardır. Coderex SA'nın alıcı, Gebrüder Gondrand'ın ise satıcı sıfatını taşıdığı sözleşmede taraflar, mallar henüz teslim edilmeden önce satış bedelinin ödenmiş olacağına dair

olayın özelliklerini göz önünde bulundurmuştur. Söz konusu kararda mahkeme sözleşme metnine düşülen kaydın garanti sözleşmesi mi yoksa feri teminat yükümlülüğü mü olduğu hususunda değerlendirme yaparken ilk olarak, kanunen sözleşme içeriğine dahil bir hususun garantisinin kanuni tekeffül kapsamında ele alınacağını belirterek kanuni tekeffül ile bağımsız garanti arasındaki sınırı çizmiştir. Mahkemeye göre taraflar, adına "garanti" demiş olsalar da bir sözleşmenin konusunu oluşturan tipik edimlerin ifasına yönelik beyanların kanuni garanti kapsamında düşünülmesi gerekir. Malın teslimine dair bir garanti verilsin veya verilmesin, bu husus satıcının kanuni borçları arasında olup tekeffül edilmemiş olsa bile ifası zorunludur. Ancak kanuni tekeffül kapsamındaki bir hususun sözleşme taraflarınca değil de üçüncü kişi tarafından garanti edilmesi durumunda, bu garantiye yine feri teminat gözüyle mi bakılacağı noktasında mahkeme tereddüt yaşamıştır. Federal mahkeme bu tereddüdü somut olayın içinde bulunduğu özel koşulları dikkate alarak aşmıştır. Nitekim söz konusu teminatın verildiği zamanın savaş yıllarına rastlaması ve malların alıcıya ulaştırılması için geçilmesi gereken bölgelerin savaş halinde olması, kanuni tekeffül kapsamında kalsa dahi, temin edilen hususun aslında sıradan bir riziko olmadığını göstermektedir. Dolayısıyla bu özel koşullarda verilen malların teslim edileceğine ilişkin garantiyi BK m. 110'da ifadesini bulan bağımsız garanti olarak nitelendirmek daha uygun olur[474].

Bağımsızlığın bir sonucu olarak taahhüt borçlusu, alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki temel ilişkiden doğan defi ya da itirazları ileri süremez. Borcun mevcut olmadığını, henüz vadesinin dolmadığını, sözleşmenin iptal edilmiş olduğunu, sözleşmeden dönülmüş olduğunu, borçlunun ödemezlik defi ileri sürebileceği gibi sebeplere dayanarak ifadan kaçınamaz. Bununla beraber taahhüt konusu fiilin gerçekleşmesine bizzat alacaklının kendi kusuruyla engel olduğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir[475].

Schweiz Genonssenchaft tarafından yapılan bir beyanı da sözleşme metnine ekleyerek garanti kaydı düşerler. JdT 1949 I 298.

474 JdT 1949 I 298 vd.

475 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** s. 802. Bu konuya ilişkin olarak banka teminat mektuplarında daha dar bir sorumluluk kabul edilmiştir. Muhatabın (alacaklının) rizikonun gerçekleşmesinde sadece kusurlu

II. Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüdün Benzer Hukuki İlişkilerden Ayırt Edilmesi

A. Kefalet Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi

1. Genel Olarak

BK m. 110 hükmünde yer alan üçüncü kişinin fiilini taahhüt düzenlemesi ile kefalet sözleşmesi arasındaki ayrımı kurmak uygulamada büyük önem taşır. Ayrımın önemi üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesini kefalet benzeri garanti olarak niteleyen görüşten sonra daha fazla artmıştır. Bugün hakim olan yeni anlayışın, garanti sözleşmelerini, saf ve kefalet benzeri garanti türü olarak ayırdığına ve BK m. 110'da düzenlenen hukuki ilişkiyi kefalet benzeri garanti türüne özgülediğine ilk bölümde değinmiştik.

Belirtmek gerekir ki bir rizikoyu güven altına alıyor olmaları nedeniyle hukuki yapı ve işlevleri büyük benzerlik içinde olan kefalet ile saf garanti arasındaki ayrımı kurmak, aralarındaki benzerliklere rağmen oldukça kolaydır. Zira kefalet, bir borca karşılık verilen teminat olması nedeniyle daima üçüncü kişi unsurunu zorunlu kılar. Bu sözleşme ile üçüncü kişinin temel ilişkiden doğan bir borcunu ifa edeceğine dair teminat verilir. Saf garanti sözleşmesi ise bir girişimin veya herhangi bir hareket tarzının başarıya ulaşacağının taahhüt edilmesidir ki bu taahhüdün uygulama alanında borç altına girmiş bir üçüncü kişi yoktur. Kefaletin aksine, bir borcun teminat altına alınması ile ilgili olmayan sosyal, sportif ya da bilimsel amaçlar güden girişimler de saf garantinin konusu olabilir. Bu nedenle kefalet ile saf garanti sözleşmelerini birbirinden ayırmak nispeten kolaydır[476]. Asıl ayrım güçlüğü ve nitelendirme tereddütleri, her ikisinin de belli bir borcu temin ediyor olmaları nedeniyle kefalet ile kefalet benzeri garanti sözleşmeleri arasında yaşanır[477]. Ayrımla ilgili tartışmalara geçmeden önce, BK m. 110 hükümünde yer verilen hukuki ilişkiyi kefalet benzeri garanti olarak niteleyen görüşe biz de katıldığımız için konuyla ilgili yapacağımız

---

olması değil, kötü niyetli davranışlarıyla rizikoyu gerçekleştirmesinin banka için bir savunma sebebi olabileceği belirtilmektedir. Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** s. 810 dn. 52.

476 Reisoğlu, **Garanti,** s. 62. Ayrıca bkz. Reisoğlu, **Kefalet,** s. 79.

477 **Commentaire Romand**, Du Pasquier, art. 111 CO N. 19.

tüm açıklamalarda üçüncü kişinin fiilini taahhüt tabiri ile aslında kefalet benzeri garantiyi kastettiğimizi şimdiden belirtmek isteriz.

2. Ayrımın Pratik Önemi

Kefalet ile üçüncü kişinin fiilini taahhüt arasındaki ayrımın pratik önemi, kanunkoyucunun bu iki kuruma farklı hukuki sonuçlar bağlamasından ileri gelir. Her iki sözleşme de aslında üçüncü kişinin borcunu ödeyeceğine dair verilen teminatlar olmaları sebebiyle büyük benzerlik içindedir. Fakat taşıdıkları bu büyük benzerliğe rağmen kanunkoyucu her iki kurumu farklı hükümlere tabi tutumuş, iki ayrı sözleşme olarak düzenlemiştir. Her şeyden önce kefalet sözleşmesi BK m. 483-503 arasında ayrıntılı biçimde düzenlenirken üçüncü kişinin fiilini taahhüt, BK m. 110'da tek bir madde halinde ve son derece muğlak olarak kaleme alınmıştır. Kefalet, kefil lehine pek çok koruyucu hükmü içerdiği halde, nitelik itibariyle ondan çok daha ağır ve kapsamlı bir sorumluluk getiren taahhüt sözleşmesinde taahhüt edeni koruyucu hiçbir hüküm yoktur[478]. Bu gibi düzenleme farklılıkları somut olayda verilen bir kişisel teminatın kefalet mi yoksa üçüncü kişinin fiilini taahhüt mü olduğunun tespiti ni uygulama açısından hassas bir noktaya taşır. Nitekim sözleşme, kefalet olarak nitelendirilecek olursa borçlu, kefil sıfatıyla kanunun sağladığı tüm koruyucu hükümlerden yararlanacak, ancak üçüncü kişinin fiilini taahhüt söz konusu olduğunda aynı sonuca ulaşılmayacaktır.

Kefalet ile üçüncü kişinin fiilini taahhüt arasındaki farklılıkların başında ferilik ilkesi gelir. Feriliğin sonucu olarak kefilin borcu, asıl borcun varlığına, devamına ve geçerliğine bağlı olup asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz olduğu veya sona erdiği takdirde kefilin borcu da kendiliğinden ortadan kalkar. Üçüncü kişinin fiilini taahhütte ise borç, bağımsız nitelik taşıdığı için asıl borç geçersiz olsa veya sona erse bile taahhüt edenin borcu geçerli şekilde var olmaya devam eder[479].

---

478 Tuto Rossi, "Garantie ou Cautionnement?" **SJ** 1986, s. 405.

479 Engel, **Contrats,** s. 581; Tercier, **Obligations,** § 26 N. 1248; Scyboz, **a.g.e.,** s. 18; Scyboz, Gilliéron, **a.g.e.,** art. 111 CO; Arık, "Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi", s. 49; Eren, **a.g.e.,** , s. 1109; Tunçomağ, **Genel Hükümler,** C: I, s. 980; Yüce, **a.g.e.,** s. 57 vd.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 230; Develioğlu, **a.g.e.,** § 2 N. 224; Funk, **a.g.e.,** s. 174; Saymen, Elbir, **a.g.e.**, s. 318; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 369; Gilliéron, **a.g.e.,** s. 213; Guhl, **a.g.e.,** s. 123;

Feriliğe bağlı olarak kefil, ödeme talep eden alacaklıya karşı asıl borçluya ait temel ilişkiden doğan tüm savunmaları ileri sürebilir. Borcun mevcut olmadığı, henüz vadesinin gelmediği, sözleşmenin iptal edildiği, sözleşmeden dönülmüş olduğu, başka bir sebeple borcun sona erdiği, borçlunun ödemezlik defini kullanacağı gibi sebeplerle ifadan kurtulması olasıdır. Halbuki üçüncü kişinin fiilini taahhütte taahhüt eden, kural olarak[480] temel ilişkiden doğan asıl borçluya ait savunmaların hiçbirine dayanamaz. Taahhüt edeni kurtaracak savunmalar, alacaklı ile aralarında mevcut bulunan taahhüt sözleşmesine ait defi ve itirazlardan ibaret olabilir. Taahhüt eden ancak üçüncü kişinin ifası ile rizikonun gerçekleşmediği ve böylece kendi borcunun

---

Béguelin, "Porte-fort", s. 2; JdT 1939 I 175; JdT 1946 I 527; JdT 1986 I 256; ATF 65 II 33; JdT 1976 I 537; JdT 1949 I 298; BGE 111 II 276 [(Çevrimiçi) http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_ query... 4 Şubat 2009]; JdT 1988 I 188; ATF 4A_290/2007 (10.12.2007) [(Çevrimiçi) http://relevancy.bger.ch/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query 8/28/2008]; ATF 125 III 305 [(Çevrimiçi) http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang= fr& type= highlight_simple_quer…4 Şubat 2009]; ATF 5A_696/2007 (4.2.2008) [(Çevrimiçi) http://jumpcgi.bger.ch/cgibin/jumpCGI?id=4.2.2008_5A_696/2007]; ATF 113 II 437 consid. 2b.'den naklen: ATF 5A_696/2007 (4.2.2008) [(Çevrimiçi) http://jumpcgi.bger.ch/cgibin/jumpCGI?id= 4.2.2008]; SJ 1986 178= ATF 111 II 276; SJ 1988 550; JdT 1950 I 488; JdT 2004 537; ATF 4C.24/2007 (26.04.2007) [(Çevrimiçi) http://relevancy.bger.ch/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query… 8/28/2008]; ATF 81 II 520= JdT 1956 I 462; ATF 4C.274/2001 (9.4.2002) [(Çevrimiçi) http://relevancy.bger.ch/php/aza/http/index.php?lang= fr&type=highlight_simple_query… 8/28/2008];; Yarg. HGK., 4.7.2001 t., E. 2001/19-534 K. 2001/583 [Yargı Dünyası-E-İçtihat (2006)]; Yarg. 11. HD., 29.11.2004 t., E. 2004/2269 K. 2004/11663 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. 19. HD., 12.4.2004 t., E. 2003/4688 K. 2004/4243 (İBD, C: 79, Sayı No: 4, 2005, s. 1371); Yarg. 13. HD., 4.4.2003 t., E. 2002/12569 K. 2003/3985 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. 13. HD., 6.5.2002 t., E. 2002/2275 K. 2002/5138 Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. 13. HD., 7.10.1985 t., E. 1985/4067 K. 1985/5747 (Erdem, **a.g.e.**, s. 787); Yarg., 11. HD., 27.2.1979 t., E. 79/346 K. 79/906 (BATİDER, C: 10, Sayı No: 3, 1980, s. 818); Yarg. 13. HD., 27.4.1992 t., E. 305 K. 3896 (Karahasan, **a.g.e.,** s. 1219 vd.); Yarg. HGK., 19.10.1988 t., E. 1988/3-668 K. 811 (Karahasan, **a.g.e.,** s. 1230); Yarg. 11. HD., 28.9.1987 t., E. 5093 K. 4856 (Uygur, **a.g.e.,** s. 3916 vd.).

480 Üçüncü kişinin fiilini taahhüt borçlusunun temel ilişkiye ait savunmalara dayanamaması kuralının istisnası, üçüncü kişiye ait edimin gerçekleşmesine alacaklının kendi kusuru ile engel olmasıdır. Bu halde taahhüt edenin gene de sorumlu olacağı ileri sürülemez. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 810. Alacaklının, üçüncü kişinin edimini kabulden haklı sebep olmaksızın kaçınması veya bu edimin yerine getirilmesi için hazırlayıcı fiilleri yerine getirmemesi gibi davranışlarıyla edimin ifasına engel olduğu durumlarda taahhüt edenden zararı gidermesinin beklenemeyeceği kabul edilmektedir. **Commentaire Romand**, Du Pasquier, art. 111 CO N. 15. Böyle bir beklenti her şeyden önce MK m. 2 f. 1deki dürüstlük kuralına aykırı düşer. Scyboz, **a.g.e.**, s. 20 ve ve s. 20'de dn. 27. Alacaklının kusuru savunmasının temel ilişkiden değil, taahhüt sözleşmesinden doğduğu yolundaki aksi yöndeki fikir için bkz. Nami Barlas, **Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları,** İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1986, s. 67.

da sona erdiği veya taahhüt sözleşmesinin kendisinde bir geçersizlik sebebi bulunduğu gibi sebepleri ileri sürerek savunmaya geçebilecektir[481].

Kefalet sözleşmesinde kefil, BK m. 496 uyarınca, yaptığı ödeme oranında alacaklıya karşı rücu hakkını kazandığı halde üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinde, taahhüt edeni, ödemeden sonra rücu olanağından yararlandıracak bir kanun hükmü yoktur[482].

Kefalet sözleşmesi BK m. 484 uyarınca yazılı şekle tabi kılınmıştır. Hatta yazılı şekli tek başına yeterli bulmayan kanunkoyucu, kefilin sorumlu olacağı miktarın açıkça gösterilmesi şartını da yazılı şeklin geçerliği için ayrıca aramaktadır. Oysa üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi hiçbir şekle bağlı olmadığı gibi sorumlu olunan miktarın teminat metninde önceden yer alması da gerekmez[483]. Buna

---

481 **Commentaire Romand**, Du Pasquier, art. 111 CO N. 15 ve 22. Daniel Guggenheim, **Les Contrats de la Pratique bancaire Suisse**, 4. éd., entièrement revue et augmentée, Genève, Georg, 2000, s. 341; Oğuzman, Öz, a.g.e, s. 802; Reisoğlu, **Garanti,** s. 66; Akman, "Garantör Sıfatıyla Girişilen Taahhüdün Mahiyeti ve Bu Bağlamda Garanti ve Kefalet Sözleşmelerini Birbirinden Ayıran Temel Kriterler", s. 1672; Reisoğlu, **Kefalet,** s. 79; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 818; Mongbè, **a.g.e.**, s. 15; Develioğlu, **a.g.e.**, N. 739; Yarg. 11. HD., 9.5.1974 t., E. 951 K. 1601 (YKD, C:I, Sayı No: 12, 1975, s. 62-64). "*Bu hukuksal ilişkinin ayırıcı özelliği, taahhüdün bu kişilerin kendi aralarındaki diğer hukuksal ilişkilerden tamamen bağımsız nitelikte bulunuşudur. Bu sebepledir ki diğer hukuksal ilişkilerin hükümsüz olması Borçlar Kanununun110. maddesi açısından borçlunun fiilinin taahhüt edilmesini de hükümsüz kılmaz. Meğer ki doğrudan doğruya başkasının fiilini taahhütte bir hükümsüzlük hali bulunsun*". Yarg. HGK., 19.10.1988 T., E. 3-668 K. 811 (Uygur, **a.g.e.**, s. 3918-3919). "*…Bununla beraber banka, sırf kendisine ait defilerle mektup bedelini ödemekten imtina edebilir. Teminat mektubunun zamanaşımın auğraması, sahte olması gibi dfileri ileri sürebilir. Bankanın bunlar dışında itiraz ve dava hakkı düşünülemez…",* Yarg. HGK., 3.7.1981 t., E. 979/11-1941 K. 560 (Uygur, **a.g.e.**, s. 3939-3940); Aynı yönde bkz. Yarg. 13. HD., 18.4.1995 t., E. 2878 K. 3954 (Uygur, **a.g.e.**, s. 3947 vd.); Yarg. 13. HD., 9.6.2005 t., E. 2005/3463 K. 2005/975 [(Çevrimiçi) http://www.hukukturk. com/fractal/hukukTurk/pages /printKarar.jsp?KararId=(23 Eylül 2008)]; Yarg. HGK, 26.1.1974 t., E. 971 t., E. 971/582 K. 73 (İKD, C: 14, Sayı No: 159, 1974 s. 2652). Ayrıca bkz. JdT 1988 I 188.

482 Scyboz, **a.g.e.**, s. 22; Philippe Simler, **Le Cautionnement,** Paris, Librairies Techniques Litec, 1982, s. 33; Buttgenbach, **a.g.e.**, s. 18; Boulanger, **a.g.e.**, s. 38İ; Baudouin, **a.g.e.**, N. 320; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 803; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C: II., s. 819; Akman, "Garantör Sıfatıyla Girişilen Taahhüdün Mahiyeti ve Bu Bağlamda Garanti ve Kefalet Sözleşmelerini Birbirinden Ayıran Temel Kriterler", s. 1672; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 238; Reisoğlu, **Garanti,** s. 67; Barlas, "Kredi Kartı İlişkisinde Kişisel Teminat", s. 950; Özen, **a.g.e.**, s. 25, Aşulla, "Porte-fort", s. 141; Eren, **a.g.e.**, s. 1109; Yarg. İçt. Bir. K., 06.10.1969 t., E. 1969/4 K. 1969/6 (RG 3.6.13969 t., Sayı No: 13317, s. 4). Ayrıca bkz. Yarg. 17.9.1976 t., E. 11-868 K. 2521 (Uygur, **a.g.e.**, s. 3909-3910); Yarg. 13. HD., 9.6.2005 t., E. 2005/3463 K. 2005/975 [(Çevrimiçi) http://www.hukukturk.com/fractal//hukukTurk/printKarar.jsp?pKararId=719200… 23 Eylül 2008].

483 Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 803; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 79. Diğer taraftan Yargıtay, verdiği kararlarla taahhüt edenin sorumluluk miktarını sınırlandırmaya çalışmakta, belirsiz ve sınırsız rizikolar için verilmiş garantileri geçerli saymamaktadır. Yarg. 19. HD., 07.03.2000 t., E. 1999/7669 K.

göre taraflar, kefalet sözleşmesi akdetmek isteyip de şekil şartına uymamışlarsa sözleşmenin geçersizliğini ileri sürebileceklerdir. Fakat sözleşmenin yazılı şekilde yapılmadığına dayanan bir bir geçersizlik sebebini üçüncü kişinin fiilini taahhütler alanında ileri sürmeye imkan yoktur[484].

3. Ayrımda Başvurulan Ölçütler

a. Genel Olarak

Somut olayda karşılaşılan kişisel teminatın kefalet mi yoksa üçüncü kişinin fiilini taahhüt mü olduğunun tespiti, doktrin ve içtihadı uzun süre meşgul etmiştir. Her iki sözleşme arasındaki niteleme güçlüğünü giderebilmek için aslilik-ferilik, taahhüt edenin çıkarı, kişiye yönelik ilgi, borcu aşan sorumluluk yüklenilmesi, aynen ifa tazminat ödeme, para borcu fiil, şekil şartı gibi bir dizi ayrım ölçütü sunulmuş, fakat bunların her biri ayrı ayrı tartışmaya açılarak hiçbiri üzerinde görüş birliği sağlanamamıştır. Öyle ki kefalet ile üçüncü kişinin fiilini taahhüt arasındaki ayrımda en çok rağbet edilen aslilik ferilik ölçütüne dahi itiraz edilmiş, bu ikilinin gerçekten

---

2000/1841[(Çevrimiçi) http://www.hukukturk.com.fractal/ hukukTurk/pages/findKarar_n.jsp 16 Temmuz 2009]; Yarg. 19. HD., 1.5.2001 t., E. 2000/9411 K. 2001/3328 [(Çevrimiçi) http:// www.hukukturk.com.fractal/hukukTurk/pages/findKarar_n.jsp 16.7.2009]; Yarg., 19. HD., 9.5.2003 t., E. 2002/7948 K. 2003/4962 [(Çevrimiçi) http://www.hukuki.net/topic.asp? TOPIC_ID=3219 21 Temmuz 2008]; Yarg. HGK., 14.4.2004 t., E. 2004/19-218 K. 2004/22 [(Çevrimiçi) http://www.hukukturk.com.fractal/hukukTurk/pages/findKarar_n.jsp 16.7.2009]; Yarg. 19. HD., 3.3.2005 t., E. 2004/16382 K. 2005/3236 [(Çevrimiçi) http://www.hukukturk.com.fractal/ hukukTurk/pages/findKarar_n.jsp]; Yarg. 19.HD., 27.1.1995 t., E. 1993/2574 K. 1994/573 [(Çevrimiçi) http://www.hukukturk.com.fractal/hukukTurk/ pages/findKarar_n.jsp 16Temmuz 2009]. Garanti konusu miktarın aşılması halinde sorumluğun taahhüt edenin rızasıyla mümkün olabileceği hakkında bkz. Yarg. HGK., 28.11.2001 t., E. 2001/998 K.2001/1088 [(Çevrimiçi) http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/findKarar_n.jsp 16 Temmuz 2009].

484 Engel, **Traité**, s. 432 ve 435; Scyboz, **a.g.e.**, s. 17; **Commentaire Romand**, Du Pasquier, art. 111 CO N. 5; Wavre, **a.g.e.**, s. 66; Akev, "La Forme dans les Contrats du Cautionnement et de Garantie dans les Droits Suisse et Turc", s. 372.; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, § 50 N. 2614; Akman, "Garantör Sıfatıyla Girişilen Taahhüdün Mahiyeti ve Bu Bağlamda Garanti ve Kefalet Sözleşmelerini Birbirinden Ayıran Temel Kriterler", s. 1672; Engel, **Contrats**, s. 581; Rossi, "Garantie Ou Cautionnement", s. 405. Üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile kefalet arasındaki ayrımı kurmak özellikle şekil şartı düşünüldüğüne ayrı bir önem kazanır. Nitekim her iki sözleşmenin de belli bir borcun teminatı olması, ancak birinin şekle bağlı olup diğerinin olmaması hukuki sonuçları açısından korkutucudur. Zira böyle bir durumda, tarafların gerçekte kefalet sözleşmesi kurma niyet ve iradesine sahip oldukları halde kefaletin şekil şartlarını dolanmak için üçüncü kişinin fiilini taahhüde başvurmaları tehlikesini görmek her zaman mümkündür. Taraflar arasındaki taahhüdün, şekil şartına uymayan geçersiz bir kefalet mi yoksa şekil serbestisine tabi geçerli bir taahhüt sözleşmesi mi olduğunun nitelendirilmesi bu noktada önem kazanır. Béguelin, "Porte-fort", s. 2 ve ayrıca s. 4.

bir ayrım ölçütü mü yoksa ayrımın bir sonucu mu olduğu hususunda tereddüde düşülmüştür. Yine herkesin üzerinde uzlaşmaya vardığı şüphe halinde kefalet karinesinden yararlanırken dahi içerik bakımından farklılaşmalara tanık olunmaktadır[485]. Üstelik doktrinde ve içtihatta verilen yoğun uğraşılara rağmen her iki kurum arasındaki ayrım güçlüğüne çözüm halen bulunabilmiş değildir.

Bugün doktrinde kabul edilen en önemli ve belirleyici ölçüt, aslilik feriliktir. Kefaletten doğan borcun asıl borca bağlı olmasına karşılık üçüncü kişinin fiilini taahhütte borç, asıl borçtan bağımsız yani aslidir. Ancak bir taahhüdün asli mi yoksa feri mi olduğunu saptamak başlıbaşına bir sorundur. Bu sebeple doktrinde aslilik ferilik ölçütünün tespiti için dahi başka alt ölçütler ortaya konmuştur. Güvenilir bir ölçüt olmakla birlikte bazen aslilik ferilik unsurlarından hangisinin var olduğunu kesin olarak tespit, bütün yardımcı araçlara başvurulmasına rağmen mümkün olmayabilir. Bu durumda aslilik feriliğe nispetle daha zayıf bir ölçüt olan taahhüt edenin çıkarı, kişiye yönelik ilgi, borcu aşan sorumluluk yüklenilmesi gibi ölçütler devreye girer. Diğer taraftan aynen ifa tazmin yükümlülüğü, para borcu edim, borç yüklenilmesinde birincillik ikincillik gibi ayrımların bugün artık terk edildiğini söylemek yanlış olmaz.

Kefalet ile üçüncü kişinin fiilini taahhüt arasındaki ayrımı kurarken temelde üç basamaklı bir işlemden geçilmelidir: İlk olarak tüm hukuki ilişkilerde olduğu gibi burada da sözleşmelere ilişkin genel yorum ilkeleri ışığında hareket edilmeli; genel yorum ilkelerine rağmen tarafların gerçek ve ortak iradeleri tespit edilemiyorsa bu konuda ortaya konan ayrım ölçütlerini somut olaya uygulamalı; buna rağmen sonuca ulaşılamıyorsa şüphe halinde kefalet karinesine başvurarak bir hükme varılmalıdır[486].

---

485 **Commentaire Romand**, Du Pasquier, art. 111 CO N. 23. Ayrıca bkz. Barlas, "Kredi Kartı İlişkisinde Kişisel Teminat" s. 951-952.

486 Barlas, "Kredi Kart İlişkisinde Kişisel Teminat", s. 952.

b. Teminat Tahhüdünün Genel Yorum İlkeleri Işığında Ele Alınması

Teminat tahhüdünün hukuki niteliğini belirlemek için doktrinde ortaya atılan ölçütlerin uygulamasına geçmeden önce her sözleşmede olduğu gibi burada da genel yorum ilkelerinden yararlanmanın öncelikli aşamayı oluşturduğunu belirtmek gerekir[487]. Sözleşmelerin yorumuna ilişkin genel kural BK m. 18 f. 2'de yer almaktadır:

> Bir akdin şekil ve şartlarını tayinde, iki tarafın gerek sehven gerek akitteki hakiki maksatlarını gizlemek için kullandıkları tabirlere ve isimlere bakılmayarak, onların hakiki ve müşterek maksatlarını aramak lâzımdır.

Maddeye göre tarafların sözleşmede kullandıkları isimlendirme ya da nitelendirmelere bakılmayarak tarafların gerçek ve ortak iradeleri araştırılmalıdır. Ancak madde, araştırmada kullanılacak yöntemlerden hiç bahsetmemektedir. Bu eksiği gidermek için doktrin ve uygulama tarafından geliştirilen yöntemler arasında ilk sırayı tarafların sözleşmede kullandıkları deyim ve ifadeler alır. Ancak kullanılan deyim ve sözcükler tek başına değil, bir bütün olarak hukuki değer ifade eder[488]. Söze göre yorumun sağlıklı bir sonuca ulaştırıp ulaştırmadığının denetimi ise, yorum sonucu elde edilen anlamın sözleşmenin kurulduğu sıradaki şartlarla uyumlu olup olmamasına göre yapılır. Sözleşmenin kendisinden bir sonuca ulaşılamadığı tereddütlü durumlarda ise, hükmü düzenleyen tarafın aleyhine yorum yapılması, kanundaki yedek hukuk kurallarından ayrılacak bir yorumun mümkün olduğunca dar tutulması, sözleşmeyi ayakta tutan yoruma üstünlük tanınması gibi destekleyici yorum yöntemleri devreye girer[489].

---

[487] BGE 111 II 276 c-2b. [(Çevrimiçi) http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_quer…4 Şubat 2009], Aynı yönde bkz. SJ 2000 I 305 c-1b.'den naklen: **Commentaire Romand**, Du Pasquier, art. 111 CO N. 23 dn. 60.

[488] ATF 4C.274/2001 (09.04.2002) [(Çevrimiçi) http://relevancy.bger.ch/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highligt_simple_query…8/28/2008]; Yarg. 15. HD., 20.11.1978 t., E. 1898 K. 2199 (İKD, Y: 19, Sayı No: 219, 1979, s. 6754 vd.).

[489] Sözleşmelerin yorumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 148 vd.

Yoruma ilişkin genel ilkelerin teminat taahhütlerine uygulanması çabasında önce tarafların kaleme aldıkları teminat metninde kullandıkları deyimler ve sözcükler dikkate alınarak söze göre yoruma girişilecektir. Ancak doktrin ve içtihat, yoruma konu olan sözleşmenin bir kişisel teminat taahhüdü içermesi durumunda, söze göre yapılacak bir yorumun her zaman kesin ve güvenilir sonuca ulaştırmayacağı konusunda fikir birliği içindedir[490]. Nitekim tarafların yanlış bir tabir kullanmaları teminat sözleşmeleri alanında sıkça görülür. "Garanti vermek", "kefil olmak", "doğacak zararları karşılamak" gibi tabirler gerek kefalet gerek garanti sözleşmelerini ifade için kullanılır. Bağımsız bir yükümlülük altına girmek istediği halde kefaletten bahsedenlere rastlandığı gibi kefil olmak istediği halde "garanti ediyorum" ifadesini kullananlara da çokça tesadüf edilir[491]. Bu sebeple tarafların sözleşmede kullandıkları isim ve nitelendirmelere tek başına itibar edilemez. Söze göre yorum sonucu çıkan anlam güven ilkesine göre tarafların sözleşme ile ulaşmak istedikleri amaca uygun düşüyorsa sorun yoktur. Fakat sözleşmenin sözü, tarafların gerçek ve ortak iradelerini yansıtmıyorsa başka yorum yöntemlerine gitmek kaçınılmaz olur. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında[492] bu hususu açıkça dile getirerek, söze göre yapılacak bir yoruma atfedilecek hukuki değeri belirlemiştir. Karara göre; taraflarca seçilen kavram ve ifadeler günlük hayatın olağan akışı içinde alışkanlıkla kullanılmışsa, beyanların anlamını doğru tespit ihtiyacı, hakimi söze göre yorum dışında başka yorum yöntemlerine iter. Gerçek ve ortak iradeyi saptamak için beyanlar yorumlanırken tarafların seçtikleri sözcükler hal ve şartlar ile birlikte ve uyumlu olarak ele alınmalıdır. Bunun için sözleşme yapıldığı sırada tarafların içinde

---

490 Rossi, "Garantie ou Cautionnement", s. 408-409; Tercier, **Partie Spécial,** § 59 N. 3661; Engel, **Contrats**, s. 582; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, 50 N. 2615; Wavre, **a.g.e.**, s. 62; Seza Reisoğlu, "Garanti Mukavelesi ve Kefalet Münasebeti", **II. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası,** (10-18 Mayıs 1961) Bildiriler-Tartışmalar, Birinci Kısım, Ankara, Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1962, s. 154. Akman, "Garantör Sıfatıyla Girişilen Taahhüdün Mahiyeti ve Bu Bağlamda Garanti ve Kefalet Sözleşmelerini Birbirinden Ayıran Temel Kriterler", s. 1675; Tandoğan, **Garanti**, s. 30; İsviçre Federal Mahkemesi de bu konu üzerinde özellikle durmaktadır. Örnek olarak bkz. JdT 2004 I 541 vd. Yargıtay kararları için ayrıca bkz. Yarg. 4. HD., 9.11.1959 t., E. 7755 K. 7953(Uygur, **a.g.e.**, s. 3919); Yarg. 15. HD., 23.2.1992 t., E. 3522 K. 844 (Uygur, **a.g.e.**, s. 3926); Yarg. HGK., 1.4.1972 t., E. 1972/1279 K. 1972/219 (Uygur, **a.g.e.**, s. 3941 vd.); Yarg. 13. HD., 18.4.1995 t., E. 2878 K. 3954 (Uygur, **a.g.e.**, s. 3947 vd.); Yarg. 4.4.2003 t., E. 2002/12569 K. 2003/3985 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

491 Rossi, "Garantie ou Cautionnement", s. 408; "Reisoğlu, "Garanti Mukavelesi ve Kefalet Münasebeti", s. 154.

492 JdT 2004 535 vd.

bulundukları koşullar, daha önce giriştikleri başkaca sözleşmesel düzenlemeler gibi veriler, anlamı tepite yarar. Sonuç olarak hakim, tarafların kullandıkları kavram ve ifadelerle bağlı kalamaz ve kalmamalıdır.

Federal Mahkeme aynı kararda söze göre yapılacak bir yorumun hukuki değerinin ne zaman artacağını da tartışmıştır. Mahkemeye göre teminat metninin, işinde uzman ve deneyimli kişilerce kaleme alınması halinde durum değişir. Zira teknik kavramları kullanmakta ustalaşmış, kavramların anlamlarını iyi bilen kişilerin "garanti beyanı" adı altında dile getirdikleri irade beyanlarından bilinçsiz ve sıradan beyanlar gibi bahsedilemez. Sözleşmenin uzman kişilerin danışmanlığında kaleme alınması halinde de aynı sonuca ulaşılır. Bu gibi durumlarda taraflarca görevlendirilen kavramların gerçek anlamlarıyla kullanıldığını kabul etmelidir. Mahkeme, kararında uzman kişiyi de tanımlamayı ihmal etmemiştir: Günlük hayatlarında bu tür sözleşmeleri akdetme faaliyeti devamlılık arz eden kişiler uzman konumunda kabul edilirler. Taraflardan birinin uzman, diğerinin ise deneyimsiz olması halinde yapılacak bir yorumun etkisini de mahkeme şöylece açıklamaktadır: Yükümlülük altına giren kişinin deneyimsiz olması halinde anlaşma metninde kaleme alınan hukuki terim ve kavramların açık olması yetmez; bunların yükümlü kişi tarafından anlaşılır olması da gerekir. Borçlu, üstlendiği yükümlülüğün ne anlama geldiğini, nasıl bir karaktere sahip olduğunu, ne gibi sonuçlar doğuracağını bilecek durumda olmalı ve seçişlerini bu bilince göre yapmalıdır.

Öte taraftan, söze verilen anlam her zaman kesin ve net bir yargıya ulaştıracak düzeye çıkamayabilir. Bu durumda tarafların her birinin irade beyanlarında gizledikleri anlamı tespit için güven ilkesinin ışığı altında geleneksel yorum yöntemlerine başvurulmalıdır. Ancak bilinmelidir ki kefalet ile üçüncü kişinin fiilini taahhüt arasındaki ayrımda geleneksel yorum yöntemleri çok defa sonuç vermez; işte bu noktada, tarafların gerçek ve ortak iradelerini tespit, doktrin ve uygulama tarafından sunulan yorum araçlarına başvurmadaki başarıya bağlı olacaktır[493].

[493] Barlas, "Kredi kartı İlişkisinde Kişisel Teminat", s. 953.

c. Ayrımda Kullanılan Temel Ölçütler

(1) Aslilik Ferilik

Kefalet ile üçüncü kişinin fiilini taahhüt ayrımını yapmak için doktrin[494] ve içtihat[495] tarafından önerilen ilk ve en önemli ölçüt aslilik feriliktir. Kefalet feri, üçüncü kişinin fiilini taahhüt ise asli nitelik taşır. Ferilik gereği olarak kefaletin

---

494 Wavre, **a.g.e.**, s. 62; **Commentaire Romand**, Du Pasquier, art. 111 CO N. 22; Béguelin, "Porte-fort", s. 2; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, § 50 N. 2616; Gilliéron, **a.g.e.,** s. 213; Rossi, **a.g.e.**, N. 270; s, **Contrats,** s. 581; Reisoğlu, "Garanti Mukavelesi ve Kefalet Münasebeti", s. 159; Tercier, **Obligations,** § 26 N. 1248; Guggenheim, **a.g.e.**, s. 340; Scyboz, **a.g.e.,** s. 18; Scyboz, Gilliéron, **a.g.e.,** art. 111 CO; Tercier, **Partie Spéciale,** § 59 N. 3660; **Basler Kommentar**, Pestalozzi, art. 111 OR N. 1 ve 22; Daeppen, **a.g.e.**, s. 209; Guhl, **a.g.e.**, s. 123; Arık, "Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi", s. 49; Eren, **a.g.e.,** s. 1109; Tunçomağ, **Genel Hükümler,** C: I, s. 980; Tandoğan, **Garanti,** s. 19; Yüce, **a.g.e.,** s. 57 vd.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 230; Hatemi, **Borçlar Hukuku Fasiküller**, § 2 N. 3; Funk, **a.g.e.,** s. 174; Saymen, Elbir, **a.g.e.**, s. 318; Tekinalp, **a.g.e.,** s. 369; Barlas, "Kredi kartı İlişkisinde Kişisel Teminat", s. 955; Yüce, **a.g.e.**, s. 79; Reisoğlu, **Kefalet,** s. 85; Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontgarantiler, s. 76; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 820; Akman, "Garantör Sıfatıyla Girişilen Taahhüdün Mahiyeti ve Bu Bağlamda Garanti ve Kefalet Sözleşmelerini Birbirinden Ayıran Temel Kriterler", s. 1673; Gönensay, **a.g.e.**, s. 147; Develioğlu, **a.g.e.**, N. 215; Eyüp Sabri Erman, "Teminat Mektubu, Kefalet Akdi-Garanti Akdi", **AD**, Y. 60, 1969, S. 7, 413; Tunçomağ, **Genel Hükümler**, C: I, s. 980; Franco, "Başkasının Fiilini Taahhüt", s. 571; Çebi, "Üçüncü Kişinin Fiilini Tahhüt", s. 118; Simmler, **a.g.e.**, s. 33; Baudouin, **a.g.e.**, N. 320; Buttgenbach, **a.g.e.**, s. 18; Özen, **a.g.e.**, s. 27-28; Akev, "La Forme dans les Contrats du Cautionnement et de Garantie dans les Droits Suisse et Turc", s. 329.

495 JdT 1939 I 175; JdT 1946 I 527; JdT 2004 537; JdT 1986 I 256; JdT 1988 I 188; ATF 65 II 33; JdT 1976 I 537; JdT 1949 I 298; BGE 111 II 276 [(Çevrimiçi) http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang= 4.2.2009]; ATF 4C.24/2007 (26.04.2007) [(Çevrimiçi) http://relevancy.bger.ch/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight_ simple_ query…28.8.2008]; ATF 4A_290/2007 (10.12.2007) [(Çevrimiçi) http://relevancy.bger.ch/php/aza/http/index.php?lang= fr&type=highligt_simple_ query... 28.8.2008]; ATF 125 III 306 [(Çevrimiçi) http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang= fr&type=highligh_ simple_quer...4.2.2009]; ATF 5A_696/2007 (4.2.2008) [(Çevrimiçi) http://jumpcgi.bger.ch/cgibin/jumpCGI?id= 4.2.2008]; ATF 113 II 437 consid. 2b'den naklen: ATF 5A_696/2007 (4.2.2008) [(Çevrimiçi) http://jumpcgi.bger.ch/cgibin/jumpCGI?id= 4.2.2008]; SJ 1986 178= ATF 111 II 276; SJ 1988 550; JdT 1950 I 488; ATF 81 II 520= JdT 1956 462; ATF 4C.274/2001 (9.4.2002) [(Çevrimiçi) http://relevancy.bger.ch/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highligt_simple_query..28.8.2008]; JdT 2004 539; Yarg. HGK., 4.7.2001 t., E. 2001/19-534 K. 2001/583 [Yargı Dünyası-E-İçtihat (2006)]; Yarg. 11. HD., 29.11.2004 t., E. 2004/2269 K. 2004/11663 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. 19. HD., 12.4.2004 t., E. 2003/4688 K. 2004/4243 (İBD, C: 79, Sayı No: 4, 2005, s. 1371); Yarg. 13. HD., 4.4.2003 t., E. 2002/12569 K. 2003/3985 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. 13. HD., 6.5.2002 t., E. 2002/2275 K. 2002/5138 Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. 13. HD., 7.10.1985 t., E. 1985/4067 K. 1985/5747 (Erdem, **a.g.e.**, s. 787); Yarg., 11. HD., 27.2.1979 t., E. 79/346 K. 79/906 (BATİDER, C: 10, Sayı No: 3, 1980, s. 818); Yarg. 13. HD., 27.4.1992 t., E. 305 K. 3896 (Karahasan, **a.g.e.,** s. 1219 vd.); Yarg. HGK., 19.10.1988 t., E. 1988/3-668 K. 811 (Karahasan, **a.g.e.,** s. 1230); Yarg. 11. HD., 28.9.1987 t., E. 5093 K. 4856 (Uygur, **a.g.e.**, s. 3916 vd.).

geçerliği, teminat altına alınan asıl borcun varlığına, devamına ve geçerliğine bağlı olduğu halde taahhüt sözleşmesinin geçerliği asıl borca bağlı değildir.

Ferilik, teminat altına alınacak geçerli bir borcun varlığını gerektirir. Ancak bu borcun mutlaka doğmuş olması gerekmeyip ileride doğacak borçlara kefalet de mümkündür. Şart veya vadeye bağlanmış kefalet sözleşmelerinde durum böyledir. Zira bu tür hallerde kefalet borcu, şartın gerçekleşmesinden sonra hüküm ifade etmeye başlar ve vadenin dolmasından sonra istenebilir hale gelir[496]. Buna göre geçerli bir kefalet teminatı için borçlu ile alacaklı arasında kurulu bir borç ilişkisinin varlığı gerek ve yeterdir[497]. Üçüncü kişinin fiilini taahhütte ise, aksine, borç ilişkisinin varlığına dahi ihtiyaç yoktur. Başka ifadeyle borcun, üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi ile teminat altına alınması için alacaklı ile edimi taahhüt edilen üçüncü kişi arasında kurulu bulunan bir borç ilişkisinin varlığı gerekli değildir. Üçüncü kişinin alacaklıya karşı borçlu olup olmaması BK m. 110 uygulaması bakımından önem taşımaz. Bunun doğal sonucu olarak somut olayda alacaklı ile borçlu arasında kurulmuş bir borç ilişkisi yoksa teminatın niteliğine karar vermek daha kolaydır. Kefalet, alacaklı ile borçlu arasında kurulu bir borç ilişkisinin varlığını gerektirdiği, buna karşılık üçüncü kişinin fiilini taahhütte mevcut bir borç ilişkisinin varlığına dahi ihtiyaç duyulmadığı için borç ilişkisinin henüz kurulmadığı somut olaylardaki teminatları üçüncü kişinin fiilini taahhüt olarak nitelemek gerekecektir[498].

Nitekim Federal Mahkeme Leimgrüber- Finabank davasında özellikle bu konu üzerinde durmuş ve üçüncü kişinin fiilini taahhüt kapsamında yer alan bir teminat sözleşmesinin kurulması anında üçüncü kişinin borçlu durumda olmasının gerekmediği sonucuna varmıştır. Davaya konu olan olayda İranlı tüccar Rousta, İsviçre'deki Indufico SA'dan makina sipariş eder ve malların karşılığı olarak İran Milli Bankasında Indufico SA yararına bir akreditif açar. Akreditifin serbest kalması esas olarak şu iki şarta bağlıdır: Makinalar, kararlaştırılan sayı ve ağırlıkta olacak ve Indufico SA, şirketin kuruluş amacına uygun alanda faaliyet gösterdiğine dair belge

---

496 Resioğlu, **Kefalet,** s. 15 vd.; Haluk Tandoğan, "Kefaletin Geçerlik Şartları", **BATİDER,** C: 9, Sayı No: 1, 1978, s. 33 vd., Özen, **a.g.e.**, s. 112-113.

497 Engel, **Traité,** s. 435; Béguelin, "Porte-fort", s. 2; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 233;

498 JdT 1939 I 167 vd.; Yarg. HGK., 19.10.1988 t., E. 3-668 K. 811 (Uygur, **a.g.e.**, s. 3918-3919).

ibraz edecektir. Finabank, Indufico'nun şartları yerine getireceğine dair bir garanti verir ve verdiği bu teminata karşılık Jean Leimgrüber SA'dan bir karşı garanti alır. Indufico, anlaşmadan kısa süre sonra Finabank'tan akreditif bedelinin kendisine ödenmesini ister. Ancak makinaların istenen ağırlıkta olmayışı ve denetim belgelerindeki eksiklik yüzünden mallar Rousta tarafından kabul edilmez ve İran Milli Bankası akreditifi serbest bırakmaz. Bunun üzerine verdiği garanti sebebiyle ödeme yapmak zorunda kalan Finabank, Jean Leimgrüber SA'ya başvurarak karşıgaranti bedelinin ödenmesini ister. Jean Leimgrüber SA ise, verdiği garantinin kefalet olduğu ve kefaletin ise geçerlik şartlarını taşımadığı iddiasıyla ödeme yapmaktan kaçınır. Federal Mahkeme, bu olayda Finabank'a karşıgaranti verilirken Indufico'nun henüz borçlanmamış olduğu noktasından yola çıkarak, verilen garantinin Indufico'nun ödeme kabiliyetinden çok, Rousta'nın, malları kabul edeceğine dair bir teminat olduğuna kanaat getirmiş ve bu sebeple kefaletten daha fazla olarak porte-fort'un bulunduğuna hükmetmiştir[499].

Nitelendirme sorununda asıl güçlük bir borç ilişkisinin var olduğu durumlardır. Üçüncü kişi ile alacaklı arasında bir borç ilişkisi var ve üçüncü kişinin bu ilişkiden doğan bir borcu taahhüt ediliyorsa teminatın, kefalet mi yoksa kefalet benzeri mi olduğunu tespit güçleşir ve aslilik ferilik niteliği esas olarak burada önem kazanır[500]. Eğer asıl borca bağlı olarak teminat yükü altına giriliyorsa kefaletten, asıl borçtan bağımsız hareket ediliyorsa kefalet benzerinden söz edilir.

Kefalet lehine yapılacak bir nitelendirmede, asıl borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarının kefile yansıması için, asıl borcun mevcut, geçerli ve dava edilebilir durumda olması zorunludur. Üçüncü kişinin fiilini taahhütte ise aksine, ortada geçerli bir borcun bulunması gerekmediğinden, üçüncü kişinin, alacaklıya karşı gerçekte hiçbir borcu mevcut olmasa bile, taahhüt edenin, olmayan bu borçtan sorumluluğu devam eder[501]. Bunun doğal sonucu, teminat taahhüdünde bulunan

---

499 SJ 1962 129 vd.

500 Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 233-234.

501 Barlas, "Kredi Kartı İlişkisinde Kişisel Teminat", s. 956. "*...kefalette kefilin borcu feri nitelikte bulunmasına karşın garanti veren kimsenin borcu feri olmayıp bağımsızdır. Bu nedenle kefalet akdinden kaynaklanan sorumluluk alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki borç ilişkisi hukuken geçerli olduğu sürece devam eder. Asıl borç herhangi bir nedenle sakıt olunca kefil borçtan*

kimsenin, açık veya örtülü biçimde asıl borcun varlığı, geçerliği veya dava edilebilirliği halinde sorumlu kılınmak istendiği kanaatine varılıyorsa kefalete; asıl borcun hiç mevcut olmaması veya sonradan geçersiz olması halinde dahi ödemenin üstlenilmiş olduğu sonucuna ulaşılıyorsa üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinin varlığına hükmetmek olacaktır[502].

Feriliğin diğer bir sonucu olarak kefil, asıl borçludan daha ağır bir yükümlülük altına girmez. Asıl borcun şarta bağlı olması halinde kefilin şartsız olarak borçlu olması ya da asıl borçlunun sadece ağır ihmalinden sorumlu olduğunun kararlaştırıldığı hallerde kefilin hafif ihmalinden dahi sorumlu olacağının öngörülmesi olanaksızdır[503]. Üçüncü kişinin fiilini taahhütte ise taahhüt edenin sorumluluğu kefile göre her zaman daha ağırdır[504].

Kefalet ile üçüncü kişinin fiilini taahhüt arasındaki ayrımda başvurulacak en önemli ölçüt olarak sunulmakla birlikte, aslilik ferilik unsurlarının, ayrımın gerçekten bir ölçütü mü yoksa sonucu mu olduğu meselesi de tartışmaya açıktır. Zira bir teminatın asli mi yoksa feri mi olduğunu tespit, zaten o teminatın kefalet mi yoksa kefalet benzeri mi olduğuna karar verilmesinden sonra ortaya çıkacaktır. Başka deyişle, tarafların girmek istedikleri hukuki ilişkinin nitelendirilmesinden sonradır ki eğer bir kefalet sözleşmesi karşısında bulunuluyorsa ferilik, üçüncü kişinin fiilini taahhüt karşısında bulunuluyorsa aslilik hükümleri söz konusu olacaktır[505].

Aslilik ferilik unsurlarının gerçek anlamda bir ölçüt olup olamayacağı tartışması bir yana, taahhüdün yeterince açık olmadığı zamanlarda yükümlülüğün asli mi yoksa feri mi olduğunu belirlemede başka alt ölçütlere ihtiyaç duyulacağını da

---

kurtulur (BK. m. 492). Garanti sözleşmesinde ise üçüncü kişinin yükümü sona ermez. Edim geçerli bir borç ilişkisine vücut vermese veya borç ilişkisi sona erse bile garanti veren sorumludur…" Yarg. 13. HD., 27.4.1992 t., E. 305 K. 3896 (Uygur, **a.g.e.**, s. 3955). Aynı yönde bkz. Yarg. 13. HD., 18.4.1995 t., E. 2878 K. 3954 (Uygur, **a.g.e.**, s. 3947 vd. ve özellikle s. 3949). Yarg. HGK, 3.7.1981 t., E. 979/11-1941 K. 560 (Uygur, **a.g.e.**, s. 3939-3940); Yarg. HGK, 4.7.2001 t., E. 2001/19-534 K. 583 [(Çevrimiçi) http://www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/banka%20 hukuku/ KEFALET.doc 21Temmuz 2007]. Benzer şekilde bkz. JdT 2004 535.

502 Barlas, "Kredi kartı ilişkisinde Kişisel Teminat", s. 956.

503 Reisoğlu, **Kefalet,** s. 2 vd.

504 Öte yandan taraflar, aralarında anlaşarak kefaletin koruyucu hükümlerini taahhüt borçlusu için de geçerli kılabilirler. Barlas, "Kredi kartı ilişkisinde Kişisel Teminat", s. 955 dn. 36.

505 Barlas, "Kredi kartı ilişkisinde Kişisel Teminat", s. 955- 956 dn. 36.

ayrıca eklemek gerekir. Söz konusu alt ölçütler; taraflarca temel borç ilişkisine yapılan atıflar, defi ve itirazlardan feragate dair kayıtlar ve ilk talepte kayıtsız şartsız ödemeye ilişkin kayıtlar olarak sıralanabilir.

i. Temel Borç İlişkisine Atıf

Teminata ilişkin sözleşme kurulurken temel ilişkiye göndermede bulunulması ferilik için bir belirti sayılmıştır. Temel ilişkiye atıf, temel ilişkideki gibi bir borcun, başka ifadeyle, temel ilişkinin şart ve hükümlerine tabi bir borcun teminat altına alınmak istendiği anlamına gelir. Nitekim temel ilişkiye yollamada bulunan tarafların, hem temel ilişkinin dikkate alınmasını istedikleri hem de temel ilişkiden hiç etkilenmeyen bağımsız bir borç altına girme arzusunda oldukları düşünülemez[506].

Bununla beraber temel ilişkiye yapılacak bir atfın ferilik sonucuna ulaştırmadaki başarısı doktrin ve içtihada göre aynı ölçüde değildir. Doktrine göre temel ilişkiye atıf, zorunlu olarak ferilik sonucunu doğurmaz. Taraflar temel ilişkiyi anmakla birlikte somut olaydaki veriler asli bir borç yüklenilmek istendiğine işaret ediyorsa atfa rağmen asli bir taahhütten bahsedilmelidir. Temel ilişkiye gönderme, aslilik ferilik değerlendirmesinde tek başına dikkate alınabilecek bir unsur değildir. Bu özelliği ile temel borç ilişkisine atıf, ferilik yolunda bir karine değil, olsa olsa feriliğin küçük bir izini teşkil edebilir[507].

Temel ilişkiye yapılan bir göndermenin ferilik olarak nitelendirilmesi için teminat veren kimsenin kendi edimini asıl borçlunun edimine paralel ve hatta onu aynen kapsar tarzda taahhüt etmiş olması gerekir. Mesela kendi edimini bağımsız olarak tanımladığı halde, bizzat temel edimin ifa edilmemesi halinde doğacak sonuçları üstleneceğini vaat etmesi feriliğin bir göstergesidir. Buna karşılık teminat

---

506 Tekinalp, **a.g.e.**, s. 380.

507 Beat Kleiner, **Bankgarantie, Die Garantie unter besonderer Berücksichtigung des Bankgarantiegeschäftes,** Bd. 3, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1979, s. 42-43'ten naklen: Barlas, "Kredi kartı ilişkisinde Kişisel Teminat", s. 957. Aynı görüşte Barlas, "Kredi kartı ilişkisinde Kişisel Teminat", s. 957; Özen, **Kefalet,** s. 30; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 823 (Tandoğan, temel ilişkiye atfı ilk etapta feriliğe karine kabul etmekle birlikte sonraki açıklamalarında, olayda başkaca unsurların varlığından asli yükümlülük üstlenildiği sonucuna ulaşılıyorsa ferilik karinesinin ortadan kalkacağını söyleyerek aynı fikri paylaştığının sinyalini vermektedir).

yükümlülüğü altına giren kimsenin, yükümlülüğün kapsamını temel edimden bağımsız olarak ve ayrıntılı biçimde tespit etmesi, temel ilişkiye yapılan atfa rağmen, asli bir taahhüdün varlığına daha fazla işaret eder[508].

Doktrinin aksine Federal Mahkeme, tarafların temel ilişkiye yaptıkları göndermeyi kefalet lehine yorumlar. Hatta öyle ki, temel sözleşmeyi dikkate alan bir garanti kaydının temel sözleşmeden ayrı olarak değerlendirilmesine izin vermeyen mahkeme, bu konuda oldukça sert bir tutum içindedir[509]. Yargıtay'ın uygulaması da bu konuda Federal Mahkeme ile birlik gösterir[510].

Temel ilişkiye atıf sorunu hukukumuzda en fazla banka kredi kartları ile ilgili olarak gündeme gelmiştir. Yargıtay, tarafların asıl sözleşmeye göndermede bulunarak "garanti şerhi" adı altında kaleme aldıkları beyanlarını kefalet sözleşmesi olarak yorumlamaktadır[511]. Mahkeme bu yöndeki kararlarında asıl sözleşme olan kredi kartı sözleşmelerinin hemen altına açılan "garanti şerhi" başlıklı sütunlara atılan imzaların, borçluda, feri niteklikli kefalet intibaını uyadırdığını içtihat etmektedir. Bu yöndeki kararlar arasında en önemlisi kefalet ile garanti sözleşmesi ayrımına ilişkin ölçütleri

---

508 Barlas, "Kredi kartı ilişkisinde Kişisel teminat", s. 957-958; Özen, **a.g.e.,** s. 30 vd. Temel ilişkinin borçlusu tarafından vaadi mümkün olmayan bir edimin sözleşme konusu olması bağımsızlığa göstergedir. Mesela bir bankanın, (A)'nın, (B)'yi anonim ortaklığın hisse senetlerini almaya ikna etmesi için üç yıl süre ile % 30 kar garantisi vereceğini vaat etmesi halinde bu garanti kefalet olarak nitelendirilemez. Çünkü bir anonim ortaklığın kar elde edeceği borç olarak taahhüt edilemez. Tekinalp, **a.g.e.**, s. 380.

509 Federal Mahkemenin bu yöndeki kararları ve kararların eleştirisi için bkz. Rossi, "Garantie ou Cautionnement", s. 409-410.

510 Yarg. HGK, 4.7.2001 t., E. 2001/19-534 K. 583 [(Çevrimiçi) http://www.cu.edu.tr/insanlar/ mceker/banka%20hukuku/KEFALET.doc 21Temmuz 2007; Yarg. 13. HD., 11.11.2003 t., E. 2003/8945 K. 2003/13480 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. 11. HD., 21.12.2001 t., E. 2001/7344 K. 2001/10063 (Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. 13. HD., 9.6.2005 t., E. 2005/3463 K. 2005/975 [(Çevrimiçi) http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/print Karar.jsp?KararId= 23 Eylül 2008]; Yarg. 13. HD., 3.3.2005 t., E. 2004/16382 K. 2005-3236 [Yargı Dünyası-E-İçtihat (2006)].

511 Yarg. HGK, 4.7.2001 t., E. 2001/19-534 K. 583 [(Çevrimiçi) http://www.cu.edu.tr/insanlar/ mceker/banka%20hukuku/KEFALET.doc 21Temmuz 2007; Yarg. 13. HD., 11.11.2003 t., E. 2003/8945 K. 2003/13480 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. 11. HD., 21.12.2001 t., E. 2001/7344 K. 2001/10063 (Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. 13. HD., 9.6.2005 t., E. 2005/3463 K. 2005/975 [(Çevrimiçi) http://www.hukukturk.com/fractal/ hukukTurk/pages/print Karar.jsp?KararId= (23 Eylül 2008)]; Yarg. 13. HD., 3.3.2005 t., E. 2004/16382 K. 2005-3236 [Yargı Dünyası-E-İçtihat (2006)]; Yarg. HGK., 28.11.2001 t., E. 2001/998 K. 2001/1088 [(Çevrimiçi) http://www.hukuki.net/topic.asp?TOPIC_ID=3219 (21 Temmuz 2008)].

kredi kartı ilişkisi bakımından ayrıntılı olarak değerlendiren 2001 tarihli Genel Kurul kararıdır[512]. Kararda ana hatlarıyla şu tespitler yapılmıştır:

- "Garanti şerhi" beyanı ve bu beyanda kullanılan sözcük ve deyimler, ilk bakışta garanti sözleşmesi izlenimi yaratsa da sadece sözcük ve deyimlere bağlı kalarak sözleşmenin nitelendirilmesi doğru olmaz.

- Garanti beyanının kredi kartı sözleşmesinin hemen altında yer alıyor olması nedeniyle asıl sözleşmenin içeriğine dahil edilmesi ve ayrıca kredi sözleşmesine de yollama yapılarak teminatın bu sözleşmeden doğmuş veya doğacak tüm borçları kapsadığının belirtilmesi söz konusu beyanı asli unsur olmaktan çıkarmıştır.

- Metindeki ifadelere göre teminat veren, kendisine ait bağımsız bir borcu değil, kart müşterisi olan asıl borçlunun sorumluluğunu yüklenmiştir.

- Bu sözleşmenin akdedilmesinde teminat verenin hiçbir çıkarı yoktur.

- Teminat veren, teminatı verirken asıl borçlunun kişiliğini göz önünde bulundurmuştur ki bu, kefaletin varlığına bir göstergedir.

- Olayda teminat, gerçek kişiler tarafından verilmiştir ki gerçek kişilerce ticari amaç güdülmeksizin dostane ilişkiler gereği veya tüketime yönelik banka kredi kartlarının kullanımına olanak tanımak amacıyla verilen teminat, kefalet olarak nitelendirilmeye daha elverişlidir.

Ancak bu karar kredi kartı ilişkisinin kendine has özelliklerini göz önünde bulundurmamış olduğu gerekçesiyle doktrinin eleştirilerine hedef olmuş ve Genel Kurulun, hukuki nitelendirme esnasında sıraladığı ölçütleri olaya uygulamakta başarısız olduğu vurgulanmıştır[513]. Örneğin kararda, teminat verenin asıl borçlunun borcunu ödemeyi üstlendiği ve bu nedenle kefalet sözleşmesi yapmak istediği yolundaki sonuç, kefalet hukukunun ana kurallarına aykırıdır; zira kefilin, asıl borçlunun borcunu değil, alacaklı ile akdettiği kefalet sözleşmesinden doğan kendi

[512] Yarg. HGK, 4.7.2001 t., E. 2001/19-534 K. 583 [(Çevrimiçi) http://www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/banka%20hukuku/KEFALET.doc 21Temmuz 2007].

[513] Barlas, "Kredi kartı ilişkisinde Kişisel teminat", s. 981 vd.

borcunu ifa ettiği bugün artık herkes tarafından bilinmektedir[514]. Genel Kurulun, teminat verenin kredi kartı ilişkisine girmekte bir çıkarının bulunmadığını belirterek çıkar ölçütü üzerinde durması da yersizdir; çünkü kredi kartı ilişkisinde teminat yükümlüsünün çıkarının olup olmaması neredeyse hiç önem arz etmez. Nitekim ister kefil ister garanti veren sıfatıyla olsun, kart hamilinin mutlaka o bankadan kredi kartı kullanacak olmasında garanti verenin hiçbir somut çıkarından söz edilemez. Bu nedenle kredi kartı ilişkileri söz konusu olduğu zaman çıkar ölçütüne hiç başvurulmamalıdır. Yine teminat verenlerin gerçek kişiler olması halinde taahhüdün kefalet olarak nitelendirilmesi isabetli olmamıştır. Zira gerçek kişi tarafından yapılan tahhüdü her hal ve şart altında değil, ancak şüphe halinde kefalet olarak nitelendirmek amaca uygun düşer[515].

Bu sebeplerle uygulamada sıkça rastlanan kredi kartı ilişkisine verilen kişisel teminatın niteliği saptanırken Genel Kurulun yaptığı gibi her bir ölçütü tek tek olaya uygulamak yerine bu ilişkinin kendine has özelliklerinden yola çıkılması önerilmektedir. Kredi kartlarına ilişkin teminat taahhütleri genellikle hep aynı tarzda, genel işlem şartları tarzında kaleme alınır ve aşağı yukarı aynı hükümleri içerir. Hükümler hemen daima teminat verenin aleyhine olup metinde, hem asli borca hem de feri borca[516] ilişkin unsurlar mevcuttur. Böyle bir durum ise teminat metninin tam olarak açıklığa kavuşturulamaması ve tarafların gerçek ve ortak iradelerinin tespit edilememesi anlamına gelir. Şüphe halinde kefalet karinesi bu gibi durumlarda başvurulacak tek çare gibi görünmektedir. Taahhüt metninde hem aslilik hem ferilik yönünde unsurlar var ve nitelik belirlemesinde kesin bir yargıya ulaşılamıyor ise şüphe halinde kefalet karinesi uygulanarak kefalet sözleşmesi lehine yorum yapmaktan başka seçenek yoktur[517].

---

514 Reisoğlu, **Kefalet,** s. 1 vd.

515 Barlas, "Kredi kartı ilişkisinde Kişisel teminat", s. 981 vd. Aksi fikirde bkz. Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdulkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm,** İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s. 51.

516 Örneğin bankalar, hazırladıkları metinlerde "garanti veren" ibaresine yer verdikten sonra, büyük olasılıkla kendi durumlarını güçlendirdiğini düşünerek "*…kredi kartı hamili ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğumu…*" ibaresini de ekleyerek teminat veren kişiye imza ettirmektedirler. Oysa müteselsilen sorumluluk kefalete işarettir ve söz konusu ibare yüzünden banka, kendisi için son derece elverişli bir taahhüdü yine kendi eliyle kefalete çevirmektedir. Barlas, "Kredi kartı ilişkisinde Kişisel teminat", s. 975.

517 Barlas, "Kredi kartı ilişkisinde Kişisel teminat", s. 971 vd. ile s. 989.

ii. Defi ve İtirazlardan Feragat

Teminat taahhüdünde bulunan kimsenin alacaklıya karşı temel ilişkiden doğan defi ve itirazları ileri sürmekten tümüyle ve önceden feragat etmiş olmasının aslilik belirlemesinde sahip olduğu değer doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre[518] böylesi bir feragat, teminat taahhüdünün nitelendirilmesinde etkin bir rol oynamaz. Temel ilişkiye ait savunmalardan vazgeçilerek temel ilişki ile olan bağlantının koparılmış olması mutlaka bağımsız bir yükümlülük altına girme iradesinin varlığını göstermez. Teminat yükümü altına giren kimsenin aslında feri bir borç üstlenmek istediği halde alacaklının ısrarı ile bazı defi ve itirazlardan feragat etmiş olması olasılık dahilindedir. Bu durum geçerli bir garanti sözleşmesinin varlığına işaret olarak yorumlanabileceği gibi feragatin geçersiz sayıldığı[519] bir kefalet sözleşmesinin akdedildiği anlamında da ele alınabilir. Bu bakımdan önce, taahhüdün kefalet mi yoksa garanti mi olduğunu belirlemek, sonra bu feragatin geçerli olup olmadığına karar vermek gerekir. Durum böyle olunca defi ve itirazlardan feragat, teminat taahhüdünün niteliğini belirlemede yol gösterici bir işleve sahip değildir. Buna karşılık diğer görüş[520], sözleşmede defi ve itirazlardan vazgeçildiğine ilişkin

---

518 Reisoğlu, **Garanti,** s. 109 vd. ile s. 109 dn. 108'de anılan yazarlar.

519 1941 Reviyonundan sonra İsviçre Borçlar Kanununda yapılan düzenleme ile kefilin kendisine tanınan haklardan feragat edemeyeceği hükme bağlanmıştır. Buna ilişkin OR art. 492 abs. 4'de, kanundan aksi anlaşılmadıkça, kefilin kendisine tanınan haklardan önceden feragati yasaklanmıştır. Ancak Borçlar Kanunumuzda böyle bir hüküm mevcut değildir ve şu an için feragatin yaptırımı düzenlenmekle yetinilmektedir. BK m. 497'de kusurlu olmaksızın bu defi ve itirazları ileri sürmeyen kefilin asıl borçluya rücu hakkını kısmen veya tamamen kaybedeceği düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Reisoğlu, **Kefalet,** s. 179. Reisoğlu, Kanunumuzda benzer bir hüküm bulunmamasına rağmen aynı hal tarzının kefaletin niteliğine uygun düştüğünü ve savunma haklarından önceden feragatin geçersiz bir kefalet sözleşmesini sonuçlayacağını öne sürmektedir. Buna göre hangi teminatın, yani bir kefaletin mi yoksa garantinin mi huzurunda bulunulduğunun tespiti, sadece defi ve itirazlardan feragat ile ölçülemez, feragatin diğer ölçütlerle birlikte değerlendirilerek bir çözüme varılması daha isbetli bir çözüm olur. Reisoğlu, **Garanti,** s. 109- 110.

520 Kahyaoğlu, **a.g.e.**, s. 37; Helmut Koziol, **Der Garantievertrag**, Wien, Manz Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1981, s. 11; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 824; Barlas, "Kredi kartı ilişkisinde Kişisel teminat", s. 958- 959; Yarg. İçt. Bir. K. 11.6.1969 t., E. 4 K. 6 (RG 3.10.1969 t., No. 13317, s. 4); Yarg. 19. HD., 14.10.1996 t., E. 1995/10469 K. 1996/9005 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. 19. HD., 19.2.1998 t., E. 61 K. 1104 (Cengiz Kostakoğlu, **Bankalar Kanunu Şerhi: Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlık ve Akreditif,** En Son Yargıtay Kararları İle Genişletilmiş 4. bsk., İstanbul, Beta 2003, s. 1426-1427. "*Ferilik ilkesi gereğince kefil, alacaklıya karşı ileri sürebileceği defi ve itirazlardan feragati, teminatı porte-fort seviyesine çekebilir. Bununla birlikte feragat, her zaman üçüncü kişinin fiilini taahhüt anlaşması elde etme aracı değildir....*" JdT 1988 I 190-191. "*…BK.'nun 497. maddesince kefil, asıl borçluya ait bütün defileri alacaklıya karşı sürme hakkına sahip olduğuna*

kayıtları, temel ilişki ile olan bağlantıyı kesin olarak kopardığı gerekçesiyle garantinin varlığına güçlü bir işaret sayar. Bu görüşteki yazarlara göre sistemimizde defi ve itirazlardan önceden feragati geçersiz sayan bir kanun hükmü yoktur. İsviçre hukuku için dikkate alınabilecek bu pozitif dayanak noktası bir kenara bırakılır ve işin esasına girilirse, böylesine kesin ve geniş kapsamlı bir feragat, teminat yükümlüsünün kefalete ilişkin koruyucu hükümlerinin bir bölümünden yararlanmak istemediğine kanıt olarak yorumlanmak gerekir. Teminat yükümlüsünü alacaklıya karşı kesin olarak ödeme yapmaktan kurtaracak ve ödeme zorunluluğunu o an için savuşturacak bir geciktirici defi ileri sürme hakkı varken, böyle bir kurtuluş yolunun daha başlangıçta elenmiş olması, teminat yükümlüsünün temel ilişkiyle ilgilenmeyip kendi asli taahhüdü ile meşgul olduğunu göstermektedir. Savunma haklarından önceden feragat, diğer ölçütlere bile başvurmaya gerek kalmadan bağımsızlığın kabulü yolunda tek başına yeterlidir; meğer ki teminat sözleşmesinin bir bütün olarak yorumundan ferilik lehinde çok daha güçlü ve açık kanıtlar ortaya konabilsin[521].

iii. İlk Talepte Ödeme Kaydı

Aslilik ferilik tartışmasında, özellikle banka teminat mektuplarında yer verilen ilk talepte ödeme kaydı, üçüncü kişinin fiilini taahhütler açısından oldukça önemlidir. Bu kayıt borçlunun, alacaklının ilk talebi üzerine hiçbir kayıt ve şart öne sürmeksizin derhal ödemede bulunmayı kabul etmesi anlamına gelir[522].

İlk talepte ödeme garantisi 20. yy.'ın ikinci yarısından itibaren uluslararası bankacılık uygulamasında oldukça yaygın bir kullanım alanı bulmuştur[523]. Bunun

---

göre; kefilin asıl borçlunun ediminden daha fazlasını üzerine almayacağı sonucuna rahatlıkla kavuşulur. Hal böyle olunca, sözleşmede davacılara…hiçbir ikaz ve ihtara gerek kalmadan …TL'yı ödemeyi kabul etmemeleriyle; BK'nun 497. maddesince ileri sürebilecekleri defileri dermeyan etmekte feragat ettikleri, böylece asıl borçludan fazla ve müstakil bir taahhüt altına girmek suretiyle kefaleti amaçlamadıkları kabul edilmelidir". Yarg. 13. HD., 27.4.1992 t., E. 305 K. 3896 (Uygur, **a.g.e.**, s. 3955-3956).

521 Peşin dava defi ve bölme definden feragat, aslilik nitelendirmesi için yeterli değildir. Kefilin feragati sadece bu iki defi hakkına ilişkin olduğu, bütün defi ve itirazlardan önceden feragat olmadığı sürece taahhüt, feri olarak nitelendirilmek gerekecektir. Barlas, "Kredi kartı ilişkisinde Kişisel teminat", s. 959- 960 ve s. 967.

522 Barlas, "Kredi Kartı İlişkisinde Kişisel Teminat", s. 960.

523 "Şartsız garanti" ya da "otomotik garanti" gibi isimlerle de anılması hakkında bkz. Kahyaoğlu, **a.g.e.**, s. 19

temel nedeni ilk talepte ödeme kaydını içeren garantilerin gerek garanti alan gerek ödemeyi yapacak banka için sağladığı büyük kolaylıklardır[524]. Bu tür bir garanti ile banka, kendisinden ödeme isteyen garanti alana karşı hiçbir defi ve itiraz ileri süremeden ve talebin haklılığına dair hiçbir ispat aracı getirilmesini de isteyemeden ödeme yapmak zorunda kalır. Banka, bir inceleme yapmak istese bile bu, başvuranın gerçekten garanti alan olup olmadığına yönelik kimlik incelemesinden öteye geçememektedir. Temel ilişkiden doğan savunmalar öne sürülmeksizin ödeme yapılması ile oldukça hızlı bir biçimde alacağına kavuşan garanti alanın lehine olan ilk talepte ödeme garantisi, derhal ödeme yapmak zorunda kalması nedeniyle bankanın aleyhine gibi görünse de, bu görünüş aldatıcıdır. İlk talepte ödeme garantisi, garanti alan muhatabın olduğu kadar garanti veren bankanın da lehinedir. Zira banka, yaptığı ödemeyi çoğu kez müşterisinin hesabından bir karşıgaranti ilişkisine dayanarak tahsil eder. İlk talepte ödeme garantisi bakımından belki de en kötü durumda olan kişi, lehine garanti verilmiş üçüncü kişi yani lehdardır; zira yapılan ödemenin haksız olduğuna inanıyorsa ödemeyi engellemesi söz konusu oalmamakta, ödeme sonrası, garanti alana karşı yargısal yollara başvurmaktan başka bir çaresi bulunmamaktadır[525].

İlk talepte ödeme kaydının bağımsız bir yükümlülük doğurup doğurmadığı hususunda doktrin, görüş ayrılığı içindedir. Bazı yazarlar; ilk talepte derhal ödeme kayıtlarının, defi ve itirazlardan önceden feragat anlamına geleceği ve buradan hareketle ilk talepte ödeme kayıtlı teminat taahhütlerinin bağımsız nitelik taşıyacağını kabul ederler[526].

Aksi görüşteki yazarlara göre ise, ilk talepte ödeme kaydı, tek başına defi ve itirazlardan önceden feragat edildiği ve bağımsızlığa yol açtığı anlamında yorumlanamaz; böyle bir kayıt, hem kefalet hem garanti sözleşmelerinde bulunabilir

---

524 Develioğlu, **a.g.e.**,§ 4 N. 107.
525 Develioğlu, **a.g.e.**,§ 4 N. 108; Kahyaoğlu, **a.g.e.**, s. 19-20.
526 Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 824.

ve bağımsızlık lehinde bir yorum için başka ölçütlerin de ilk talepte ödeme kaydını desteklemesi gerekir[527].

Bu konuda ileri sürülen üçüncü bir görüş ise konuyla ilgili olarak daha farklı bir çözüm önermektedir. Söz konusu görüş, ilk talepte ödeme kaydının bağımsızlık yönündeki sinyalleri güçlendirdiğini ileri sürmektedir. Fakat aynı zamanda bu kayda dayanılarak yapılacak bir ödemenin hakkın kötüye kullanılması teşkil etmesi halinde teminat verene ödeme yapmaktan kaçınma hakkının tanınması gerektiği savunulmaktadır. Zira garanti alanın hakları elbette MK m. 2 f. 2'deki hakkın kötüye kullanılması yasağı ile sınırlıdır[528]. Bu durumun ilk talepte ödeme kayıtlı bağımsız garantileri için de aynı şekilde kabul edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. İlk talepte ödeme koşullu teminatların da alacaklıya keyfilik bahşetmeyeceği, tüm hak ve yetkiler için olduğu gibi ilk talepte ödeme kaydından doğan hak ve yetkiler için de, kötüye kullanma yasağının sınır teşkil ettiği ve bu tür garantilerin, hukuka aykırı işlemlerden çıkar sağlama aracı olarak kullanılamayacağı kabul edilmektedir[529].

Konuyla ilgili dördüncü bir görüş ise, ilk talepte kayıtlarını doğrudan bağımsızlık niteliği ile ilişkilendirmekte ve bu tür kayıtların yer aldığı teminat taahhütlerinde asıl borçluya ikinci bir asıl borçlunun eklendiğini kabul etmektedir. Buna göre ilk talepte ödeme koşulu ile borç altına giren bir borçlu tam olarak kendi borcunu üstlenmiş olmakta ve bu borç, tıpkı asıl borçlunun borcu gibi bağımsız bir başlık altında değerlendirilmektedir[530].

Biz, bu konuda ikinci görüşü paylaşarak ilk talepte ödeme kayıtlarının bir garanti taahhüdüne yol açmadığını düşünüyoruz. Fikrimize göre ilk talepte ödeme

---

527 Lucien Simont, "Garantie Indépendante ou Cautionnement (Interprétation des textes des garanties)", **L'Actualité des Garanties à Première Demande**, Ed. a.s.b.l., AEDBF, Facultes Universitaires Notre-dame de la Paix Namur, Bruylant, Bruxelles, Cahiers AEDBF/EVBFR-BELGIUM, 1997, s. 114.

528 Jürgen Dohm,"Mesures Conservatoires Pour Empêcher l'Appel Abusif A Une Garantie Bancaire A Première Demande", **SJ,** 1985 s. 439. Aynı fikirde bkz. Kahyaoğlu, **a.g.e.**, s. 20.

529 Yves Poullet, "Les Garanties Automnes les Exceptions au Devoir de Paiement", **L'Actualité des Garanties à Première Demande**, Ed. a.s.b.l., AEDBF, Facultes Universitaires Notre-dame de la Paix Namur, Bruylant, Bruxelles, Cahiers AEDBF/EVBFR-BELGIUM, 1997, s. 168-169

530 Claude Martin, Martine Delierneux, **Les Garanties Bancaires Autonomes**, Bruxelles, Bruylant, 1991, s. 33.

kayıtlarının taahhüdün ferilik ya da bağımsızlık niteliği ile değil, birincillik ya da ikincillik özelliği ile bağlantısı vardır. Bilindiği üzere kefalet sözleşmesinde kural olarak ikincillik karakteri vardır; yani kefil, önce asıl borçluyu takip eder, eğer bu takibinden bir sonuç alamazsa alacaklıya başvurur. Aynı ikincillik özelliğinin kefalet benzeri garantide mevcut olup olmadığı esas olarak doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre[531] kefalet benzeri garanti sözleşmelerinde borç birincil karakter taşırken, diğer görüş[532] tıpkı kefalette olduğu gibi kefalet benzeri garantide de ikincil karakteri kabul eder. Yeri geldikçe taahhüt borcunun birincilliği ya da ikincilliği sorunu üzerinde duracak olmakla birlikte, bu hususta, ikinci görüşe taraftar olduğumuzu belirtmek isteriz. Gerçekten, alacaklının asıl borçlu yerine taahhüt edene doğrudan başvurması olanak dahilinde ise de, bu olanak, rizikonun gerçekleşmesinden önce kullanılamaz. Rizikonun gerçekleşmesi ise üçüncü kişi tarafından borcun ifa edilmemesine bağlı olduğuna göre, alacaklının önce üçüncü kişi konumundaki asıl borçluya giderek bir talepte bulunması ve onun, ödemeyi reddetmesi üzerine taahhüt edene gitmesi gerekir. Öncesinde ise üçüncü kişinin borcunu ifa edip etmeyeceği ve dolayısıyla rizikonun gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmaz. Bu da, kefalet sözleşmelerinde olduğu gibi üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmelerinde de ikincillik özelliğinin varlığını gösterir. İşte ilk talepte ödeme kayıtlarının bu ikincillik özelliği ile bağlantısı vardır. İlk talepte ödeme kayıtları aslında ikincil olması gereken taahhüt sözleşmesini birincil hale getirir ve alacaklı, doğrudan taahhüt edene başvurma hakkını kazanır. Bu durum elbette ilk talepte ödeme kayıtlı teminat taahhütlerinde alacaklının rizikonun gerçekleşmesinden çok daha önce taahhüt edene başvurarak bir ödeme talep etmesini sonuçlayabilir. Zira taahhüt eden, ilk talepte ödeme kaydı gereği rizikonun gerçekleştiğinin ispatını isteyemeyecek ve hatta bunu kendisi de araştıramayacaktır. Bu durumda yapacağı tek şey, önce ödemeyi yapmak, sonra rizikonun gerçekleşmediğini kanıtlayarak ödediği şeyi geri istemek olacaktır[533]. Bu nedenle biz, ilk talepte ödeme kaydının varlığının bağımsızlık lehinde bir yoruma

---

[531] Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, art. 111 N. 12. Aynı yönde bkz. Reisoğlu, **Garanti**, s. 156; Arık, "Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi", s. 56.

[532] Özen, **a.g.e.**, s. 11.

[533] İlk talepte ödeme kayıtlarının işlevi hakkında bkz. Sabih Arkan, "Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu", **BATİDER,** C: XVI, Sayı No: 4, 1992, s. 62-63.

üstünlük tanınması için yeterli olmayacağı, bu tür bir kaydın, olsa olsa ikincil karakterde bir borcu birincil karaktere dönüştürmeye yarayacağını düşünüyoruz.

(2) Çıkar Ölçütü

Kefalet ile üçüncü kişinin fiilini taahhüdü birbirinden ayırmada kullanılan ölçütlerden biri de, tarafların söz konusu hukuki ilişkiye girmede sahip bulundukları çıkarlardır. İlk zamanların en gözde ölçütlerinden biri olan çıkar, son dönemlerin diğer ölçütlerle birlikte ele alınması gereken zayıf ölçütlerinden biri katına düşmüştür. Çıkar unsurunun kefalet ile üçüncü kişinin fiilini taahhüdü ayırmada önem taşıyan ve kesin sonuç veren bir ölçüt olduğunu düşünen bu eski anlayışa göre, çoğunlukla kefalet sözleşmesinde kefilin böyle bir yükümlülük altına girmesinde herhangi bir çıkarı yoktur. Üçüncü kişinin fiilini taahhütte ise tam aksine, teminat verenin bu tür bir teminat sağlamasında daima çıkarı mevcuttur. Özellikle garanti sözleşmesinde garanti veren, garanti alanı belli bir hareket tarzına sevk etmek isterken kendi çıkarını ön planda tutar. Bu nedenle dostça ilişkiler, borçluya yardım, hatır gibi saiklerle kaleme alınan hiçbir çıkarın bulunmadığı böylesi beyanlar kefaleti[534]; bir teşebbüsün başarıya ulaşmaması gibi çok ağır sonuçları olabilecek yükümlülükler altına giren kimsenin bu denli ağır yükümlülükler altına girmesindeki özel çıkarları garanti sözleşmesini sonuçlar[535].

Son yıllarda ortaya atılan ve gittikçe taraftar toplayan yeni anlayışa göre çıkar, mutlak bir ölçüt değildir; çıkar, ancak diğer ölçütlerle birlikte ele alınabilecek ve

---

534 Sözleşmede taraflarca kararlaştırılan ivaz eğer az bir miktar ise, bu ivaz, çıkar yokluğu anlamında yorumlanmalıdır. Rossi, "Garantie ou Cautionnement", s. 411.

535 Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, § 50 N. 2616. Engel, **Contrats,** s. 582; Scyboz, Gilliéron, **a.g.e.**, 66. Reisoğlu, **Kefalet,** s. 81; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 828; Barlas, "Kredi Kartı İlişkisinde Kişisel Teminat", s. 962; Yarg. 13. HD., 3.3.2005 t., E. 2004/16382 K. 2005/3236 [(Çevrimiçi) http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/printKararjsp?pKararId= 718775… 23 Eylül 2008]; Yarg. 9.6.2005 t., E. 2005 t., E. 2005/3463 K. 2005/975 [(Çevrimiçi) http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/printKararjsp?pKararId=719200... 23 Eylül 2008]; Yarg. HGK, 4.7.2001 t., E. 2001/19-534 K. 583 [(Çevrimiçi) http://www.cu.edu.tr/insanlar /mceker/banka%20hukuku/KEFALET.doc 21 Temmuz 2007)].

geleneksel yorum yöntemlerinin işe yaramadığı zamanlarda devreye girecek yardımcı bir araç olabilir[536].

Çıkar ölçütünün taşıdığı değer İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında yoğun olarak tartışılmıştır. Bu kararlarda çıkarın tek başına ele alınacak mutlak bir ölçüt gibi değerlendirilemeyeceğine dikkat çekilmiştir[537]. Federal Mahkemeye göre tarafların gerçek ve ortak iradelerinin tespitinde çıkar, öncelikle, özellikle ve mutlak dikkate alınabilecek bir ölçüt değildir. Anlaşmadan hiçbir çıkarı bulunmadığı halde garanti borcu altına girmek isteyenlere rastlanabileceği gibi feri bir borç altına girmek istediği halde anlaşmanın ifasında en fazla kendisinin yararı olan teminat verenlere de rastlanabilir. O halde teminat taahhüdünün nitelendirilmesinde çıkar, kesin ve tek başına sonuç veren bir ölçüt olmayıp bu amaca hizmet eden ölçütlerden yalnızca biri olarak değerlendirilebilir. Federal Mahkemenin, çıkar ölçütünü tek başına değil ancak

---

536 Engel, **Contrats,** s. 582; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 81; Tandoğan, **Garanti**, s. 26; Barlas, "Kredi Kartı İlişkisinde Kişisel Teminat", s. 962; Scyboz, Gilliéron, **a.g.e.**, art. 111CO; **Commentaire Romand**, Du Pasquier, art. 111 CO N. 21.

537 Federal Mahkemenin bu yöndeki kararlarına en çarpıcı örnek Ley Ravello- Saturnus davasıdır. SJ 1986 177= ATF 111 II 276. Davaya konu olayda Saturnus Şirketi ile İtalyan vatandaşı Carboni arasında, 20 Eylül 1974'de bir anlaşma akdedilir. Anlaşma uyrarınca Saturnus, Carboni'ye Sardaigne'da bulunan bir arazinin satışını üstlenir. Anlaşmada yer alan kayda göre Carboni, satış bedelinin aylık ödemelerine karşılık gelecek bir banka teminatı veya satıcı tarafından onaylanacak bir başka garanti gösterecektir. Fiyatın ve vadenin saptandığı ek anlaşma ise Lausanne'da imzalanır ve bu ek anlaşmanın hemen altında satım konusu arazi üzerinde inşası muhtemel bir bina ile ilgilenen iş adamı Florent Ley Ravello'nun imzası ile bir "garanti şerhi" yer almaktadır. Bir süre sonra satış bedelinin ödenmesi ile ilgili çıkan uyuşmazlık mahkemeye taşınır. Verilen teminatın garanti sözleşmesi olduğu yolundaki Saturnus'un iddiasına karşılık Ley Ravello, kendisini, imzaladığı beyanın kefalet ve aynı zamanda da, resmi şekil şartlarına uyulmadığı için geçersiz bir kefalet olduğunu ve buna bağlı olarak hiçbir borcunun bulunmadığı iddiasıyla savunur. Şekli geçerlilik açısından mahkemeler arasında anlaşmazlık konusu olan garanti kaydı, Kantonal mahkeme tarafından verilen 1 Şubat 1985 tarihli karar ile garanti sözleşmesi olarak nitelendirilir. Mahkeme bu kararını, teminatı veren Ley Ravello'nun ilk sözleşmenin akdedilmesinde çıkarı olduğu gerekçesi üzerine temellendirmiştir. Mahkemenin dayandığı gerekçede, bir garanti verilmesinde eğer asıl borçlunun kredi olanaklarını kolaylaştırmak amacı güdülüyorsa kefaletin, böyle bir amaçtan yoksun olarak ilk sözleşmenin ifasında tamamen teminat verenin kişisel çıkarları gözetiliyorsa üçüncü kişinin fiilini taahhüdün söz konusu olabileceği de kabul edilmiştir. Rossi, "Garantie ou Cautionnement", s. 407-408. Federal Mahkeme ise Kantonal Mahkemenin kararını esastan bozmuştur. Red kararının gerekçesinde Mahkeme, çıkarın, tek başına ve kesin sonuç veren bir ölçüt gibi dikkate alınamayacağını, ancak diğer ölçütlerle birlikte bir değer ifade ettiğini ortaya koymuştur. SJ 1986 178 vd. Federal Mahkeme benzer bir kararında da, tatil evlerinin inşasını konu alan bir sözleşmeye teminat veren kişinin tatil evlerinin tamamlanmasında var olan çıkarını tek başına dikkate almamış, ancak porte-fort lehine ciddi bir işaret sayarak porte-fort teminatına üstünlük tanırken bu ölçütten büyük oranda yararlanmıştır. JdT 1976 I 537 vd.

diğer ölçütlerle birlikte ele alan bu tür kararlarının yerleşik bir içtihat oluşturduğunu söylemek yanlış olmaz[538].

(3) Kişiye Yönelik İlgi

Kefalet ile üçüncü kişinin fiilini taahhüt arasındaki ayrımı kurarken doktrinde ileri sürülen ölçütlerden biri de kişiye yönelik ilgi olmuştur. Bundan kasıt; kefalet sözleşmesinin kişi unsuru dikkate alınarak kurulduğu, buna karşılık üçüncü kişinin fiilini taahhüdün belli bir sonucu elde etmek üzere akdedilmiş olduğudur. Kefil, genellikle asıl borçlunun, bazen de alacaklının kişiliğini düşünerek yükümlülük altına girer. Bu taahhütten dolayı çoğu kez herhangi bir karşılık beklemeyen kefil, borçlunun kredi bulmasını kolaylaştırmak, ticari itibarının sarsılması engellemek ya da yalnızca minnet duyguları ile borca kefalet edebilir. Bu tür saiklerle hareket, kefilin, asıl borçlunun kişiliğini göz önünde bulundurduğuna kanıttır. Eğer kefil, o borçlu yerine başka bir borçlu olsaydı böylesi bir yükümlülük altına girmeyecek ve bu tür bir risk üstlenmeyecek idi ise asıl borçlunun kişisel özellikleri nedeniyle hareket ediyor demektir. Oysa üçüncü kişinin fiilini taahhütte taahhüt eden, üçüncü kişiden çok, üçüncü kişi ile girişilecek ya da girişilmiş bir sözleşme ilişkisinin başarıya ulaşmasına gayret etmekte, belli bir sonucun meydana gelmesi için uğraşmaktadır[539].

Bu ölçüte itibar edildiği takdirde, teminat verenin sorumluluk altına girerken hedeflediği amaç dikkate alınacaktır. Buna göre teminat veren, asıl borçlunun kişiliğini göz önünde bulundurarak ve bunu esas alarak hareket ediyorsa teminat türü kefalet; asıl borçlunun kişisel özellikleri ile ilgilenmeksizin doğrudan belli bir

---

538 JdT 1946 I 528; SJ 1959 547; BGE 125 III 305 [(Çevrimiçi) http://relevnacy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=fr&type=highligt_simple_quer... 4 Şubat 2009]. Tek başına ve kesin bir ölçüt olmadığı bildirilmekle beraber çıkar ölçütüne ağırlık vererek bu ölçütü neredeyse kesin ölçüt düzeyine yaklaştıran diğer kararlar ile karş. JdT 2004 535 vd.; JdT 1986 I 255 vd.

539 Reisoğlu, "Garanti Mukavelesi ve Kefalet Münasebeti", s. 165. Kefilin, ödemeyi yaptıktan sonra asıl borçluya rücu edebilmesi nedeniyle ödeme gücü, borçlunun göz önünde bulundurulan kişisel özellikleri arasında yer alır. Reisoğlu, **Kefalet,** s. 34- 35 ve s. 51.

sonucun gerçekleşmesini arzu ederek ilişkiye giriyorsa üçüncü kişinin fiilini taahhüt olarak nitelendirilecektir[540].

Belirtmelidir ki kişiye yönelik ilgi, kefalet ve garanti nitelendirmesinde dikkate alınmayı hak edecek kadar önemli bir ölçüt değildir. Kefalette kişi unsuru ağır basmakla birlikte bu durum, garanti verenin, teminat verirken borçlunun kişisel özelliklerini hiç dikkate almayacağı anlamına gelmez. Garanti yükümlüsü bir yandan belli bir sonucu gerçekleştirmek isterken bir yandan da teminat verdiği kişinin kişilik değerlerini esas almış olabilir. Bu nedenle belli bir sonucun taahhüt edilmesi, lehine teminat verilen kişinin sahip olduğu özelliklerin hiçbir zaman göz önünde bulundurulmayacağı anlamına gelmez. Aynı şekilde, kefilin asıl borçlunun kişiliğini dikkate alarak devreye girdiği kabul edilse de her olayda istisnasız bu sonuca ulaşmak mümkün değildir. Kaldı ki kefil, alacaklının ifaya olan çıkarını üstlenmekle ister istemez belli bir sonucun gerçekleşmesini arzu etmektedir[541].

---

[540] Guggenheim, **a.g.e.**, s. 52- 53.

[541] Barlas, "Kredi Kartı İlişkisinde Kişisel Teminat", s. 963. Kişiye yönelik ilgi ölçütü özellikle yurt dışına burslu olarak gönderilen öğrenciler ile askeri okullara kabul edilen öğrenciler için verilen teminatlar bakımından önem kazanmaktadır. Bununla birlikte ne yazık ki Yargıtay, bu tür olaylarda verilen teminatları BK m. 110 kapsamında değerlendirmektedir. Örnek olarak bkz. Yarg. 15. HD., 5.4.2005 t., E. 2004/5413 K. 2005/2025 [(Çevrimiçi) http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/printKarar.jsp?pKararId=106986 23 Eylül 2008]; Yarg. HGK, 6.3.1968 t., E. 966/478 K. 128 (İKD, Y: 8, Sayı No: 88, 1968, s. 6054- 6055); Yarg. TD., 7.10.1961 t., E. 1074 K. 3152 (İKD, C: I, Sayı No: 10, 1961, s. 729 vd.); Yarg. HGK, 15.2.1961 t., E. 4/6 K. 7 (İKD, Y: 2, C: 2, Sayı No: 13, 1962, s. 976). Yükümlü olduğu hizmeti ifa etmeden yabancı uyruklu kadınlarla evlenmeleri nedeniyle ordudan ilişikleri kesilen asker borçlulara verilen teminatlar da BK m. 110 gereği üçüncü kişinin fiilini taahhüt olarak değerlendirilmektedir. Yarg. HGK, 25.11.1992 t., E. 1992/15-398 K. 703 (İKD, C: 33, Sayı No: 392, 1993, s. 9711-9712). Aynı yönde bkz. Yarg. 15. HD., 5.2.1990 t., E. 1989/2547 K. 1990/359 (www.kazanci.com.tr). Doktrinde; Yargıtay'ın, öğrenim giderleri için özel ya da kamusal kuruluşlara verilen teminatı garanti sözleşmesi olarak nitelendiren kararlarına yönelik yapılan çok haklı bir eleştiriye aynen katıldığımızı belirtmek isteriz. Bu tür garantiler, çok defa öğrencilerin yakınları tarafından verildiği için kişiye yönelik ilgi ölçütü ön plandadır. Öğrenci yakınları böylesi bir garantiyi verirken, devletin belli bir alanda yetişmiş eleman ihtiyacını karşılamak gibi bir amaçla değil, kendi çocuklarının ya da akrabalarının öğrenimlerine devam etmelerini sağlamak isteği ile hareket etmektedirler. Teminat yükümlülüğü altına girilmesinde tamamen ailesel yakınlıklar rol oynamaktadır. Ayrıca bu tür teminat senetlerinde sıkça sorumluluk miktarı da gösterilmemektedir. Bu durum sorumluluğun üst sınırına yer verilmesi şartını arayan kefalet sözleşmesinin geçersiz olacağı korkusuyla, bu tür teminatları talep eden kamu kurum ve kuruluşlarının, BK m. 110 hükmünün arkasına sığınarak taahhüdü geçerli saydırma çabalarının bir sonucudur. Halbuki doğru olan, tarafların gerçek ve ortak iradelerinin gerçekten garanti sözleşmesine yönelip yönelmediğini araştırmaktır, yoksa şekil şartlarına uyulmaması yüzünden geçerli olmayacak bir kefalet sözleşmesini garanti sözleşmesi olarak ayakta tutma çabası değildir. Reisoğlu, **Garanti,** s. 85- 86.

(4) Aynen ifa Tazminat Ödeme Yükümlülüğü

Kefalet ile üçüncü kişinini fiilini taahhüt arasındaki ayrımda bir döneme hakim olmuş, fakat günümüzde artık geçerliğini yitirmiş olan aynen ifa- tazminat ödeme yükümlülüğü ölçütüne de yer vermek gerekir[542]. Bu ölçütün çıkış noktası, taahhüdün hukuki niteliğinin belirlenmesinde teminat verenin neyi üstlenmiş olduğunu araştırmaktır. Söz konusu ölçüte göre kefil, borcun yerine getirilmemesi halinde asıl borçlunun yerine geçerek onun borcunu ifa etmeyi üstlenirken; garanti veren, borcun yerine getirilmemesinden doğan tazminatı öder. Bu ölçüt, sözleşen tarafların kaleme aldıkları metne uygulandığında şu sonuç ortaya çıkar: Eğer asıl borcun ifa edileceği temin ediliyorsa ortada bir kefalet, asıl borcun ifa edilmemesi halinde tazminat ödeneceği söz veriliyorsa garanti sözleşmesi var demektir[543].

Kefalet hukukunun temel kavramlarına tamamen ters düşen ve bugün itibariyle terk edilmiş olan bu ölçüt bizi doğru sonuca götürmez. Çünkü kefilin görevi, asıl borçlu ile alacaklı arasındaki temel ilişkiden doğan borç ifa edilmediği zaman asıl borçlu yerine geçerek onun borcunu aynen ifa etmek değildir. Aksine kefil, alacaklı ile akdettiği kefalet sözleşmesinden doğan kendi borcunu ifa eder ve bu borcun konusu, alacaklının ifaya olan çıkarını sağlamaktan ibaret olan bir miktar para borcudur[544]. Kaldı ki üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinde de, zararı giderme yükümlülüğü mutlak olmayıp sözleşenler, kendi aralarında aynen ifayı da kararlaştırmış olabilirler[545]. Bu koşullarda anılan ölçütün üçüncü kişinin fiilini taahhüdü kefaletten ayırıcı bir tarafının kalmayacağı kesindir.

---

542 Zira 1939 tarihli eski bir karardan başka (JdT 1939 I 175) artık İsviçre içtihatlarında görülmeyen bu ölçüt Yargıtay tarafından halen güncelliğini korumaktadır. Yarg. HGK.,4.7.2001 t., E. 2001/ 19-534 K 2001/583 [(Çevrimiçi) http://www.cu.edu.tr/insanlar /mceker/banka%20hukuku/ KEFALET.doc 21 Temmuz 2007)]

543 Rossel, **a.g.e.**, s. 166; Daeppen, **a.g.e.**, s. 210.

544 Kefilin borcunun konusu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özen, **a.g.e.**, s. 52 vd.; Grassinger, **a.g.e.**, s. 13

545 Tandoğan, **Özel Borç ilişkileri,** C: II, s. 830.

Özellikle mahkeme kararlarında karşımıza çıkan[546] borcu aşan sorumluluk yüklenilmesi bu başlık altında değerlendirilebilecek ölçütlerdendir. Ancak söz konusu ölçütün, üçüncü kişinin sorumlu olmadığı bazı beklenmedik olaylardan ya da üçüncü kişinin borcu sona erse dahi ödeme yükümlülüğünün devamının kararlaştırıldığı hallerde teminatın niteliğini belirlemede dikkate alınmasında ve üçüncü kişinin fiilini taahhüt anlaşması yapılmak istendiğinin göstergesi olarak yorumlanmasında bir sakınca olmadığı vurgulanmaktadır[547].

(5) Şekil Şartı

Kefalet sözleşmesinin BK m. 484 gereği yazılı şekle tabi olması, üçüncü kişinin fiilini taahhüt için ise böyle bir şekil zorunluluğunun öngörülmeyişi, şekil şartını ayrımda dikkate alınabilecek ölçütlerden biri gibi göstermektedir. Gerçekten üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi için kanunda aranan bir şekil şartı yoktur. Bu nedenle BK m. 11'de yer alan, geçerliği kanun tarafından herhangi bir şekle bağlanmayan sözleşmelerde şekil serbestisinin geçerli olduğu kuralı üçüncü kişinin fiilini taahhütler bakımından da uygulama alanı bulur[548]. Ancak belirtmelidir ki her ne kadar şekil şartlarından muaf olsa da, tarafların üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi için bir şekil şartı öngörmeleri olasılığı her zaman vardır. Bundan başka, günlük hayatta tarafların, geçerli bir kefalet sözleşmesi kurmak isterken şekil şartına uymamaları yüzünden farkında olmayarak geçersiz bir kefalet akdetmeleri de her zaman olasılık dahilindedir. Bu durumda şekilsiz yapılmış bir teminat taahhüdü, tarafların geçerli bir taahhüt sözleşmesi akdetmek istediklerine karine olarak yorumlanabileceği gibi, kefalet sözleşmesi kurma iradesine sahip oldukları halde

---

546 İsviçre Federal Mahkemesine konu olan Nautus-Henninger Bräu AG Kararında, yerel mahkeme, verdiği hükümü, ödeme aczi içinde bulunan bir borçluya bile bile teminat verilmesi esasına dayandırmış ve buradan hareketle olayda, birlikte borç üstleme olduğu sonucuna varmıştır. Ancak Federal Mahkeme, kararı porte-fort lehine bozarken çıkar gibi bir takım unsurların dikkate alınmasını içtihat etmiştir. SJ 1959 542 vd. ile 547.

547 Reisoğlu, **Garanti,** s. 81.

548 **Basler Kommentar**, Pestalozzi, art. 111 OR N. 7; Akev, "La Forme dans les Contrats du Cautionnement et de Garantie dans les Droits Suisse et Turc", s. 372. Şu anki durum şekil serbestisi olmakla birlikte Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 603. maddesinde "*Kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak, başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır*" denilmek suretiyle kefalet sözleşmesi için aranan şekli şartı aynen kefalet benzeri garanti için de getirilerek yerinde bir düzenleme yapılmıştır.

şekle uymamaları yüzünden geçersiz bir kefalet akdetmiş olduklarına işaret olarak da yorumlanabilir[549]. Şu halde her iki cepheden bakıldığında da söz konusu ölçüt, ayrım esnasında temel alınacak bir nitelendirmede gözden düşer[550].

Şekil şartı bakımından önemli olan mesele, Yargıtay'ın bazı kararlarında şekil eksikliği sebebiyle geçerli olmayacak bir kefalet sözleşmesini geçerli olarak ayakta tutma çabası ile teminat taahhütlerini kefalet benzeri garanti olarak nitelemesi veya kefalet benzeri garantiye çevirmesidir[551].

Yargıtayın bu yöndeki kararlarının haklılığı doktrinde kesin bir dille reddedilmektedir[552]. Söz konusu kararların tahvil (çevirme) kurumunun yapısı ile çelişen düzeyi hayret verici olarak görülmektedir. Gerçi tahvil, bizim hukukumuzda

---

549 Béguelin, "Porte-fort", s. 2 ve ayrıca s. 4.

550 Reisoğlu, **Garanti**, s. 70.

551 Bu yöndeki kararlardan biri şöyledir: "*Yüklenme senedini kefil sıfatıyla imzalayan davalının kefaleti, sorumlu olacağı muayyen ve azami miktar gösterilmediği için, geçersiz ise de; yüklenme senedindeki beyan başkasının fiilini taahhüt mahiyetinde bulunduğundan, davalıyı tazmin ile sorumlu tutan direnme kararı isabetlidir*". Yarg. HGK, 15.2.1985 t., E. 1983/15-7 K. 108 (İKD, C: 25, Sayı No: 297, 1985, s. 3626). Aynı yönde bkz. Yarg. HGK, 6.3.1968 t., E. 966/478 K. 128 (İKD, C: 9, Sayı No: 97, 1969, s. 6647); Yarg. HGK, 15.2.1961 t., E. 4/6 K. 7 (İKD, C: 2, Sayı No: 13, 1962, s. 976). Yargıtay bir başka kararında da teleks metnindeki taahhütlerin kefalet değil, garanti sözleşmesi olarak nitelendirmiştir. Yarg. HGK, 21.2.1990 t., E. 1989/11-548 K. 108 (İKD, C: 31, Sayı No: 362, 1991, s. 7792 vd.) Teleks ile kefalet sözleşmesinin kurulup kurulmayacağı tartışmalı olmakla birlikte doktrinde baskın görüş, kurulamayacağı yolundadır. Çünkü teleks, kefalet sözleşmesinin kefil tarafından imzalanması şartını sağlamak için elverişli değildir; teleks makinesinin kullanım koşulları buna izin vermez. Bu bakımdan teleks ile kurulmuş bir kefalet senedi kefalet sözleşmesi olarak değerlendirilemez, bu, olsa olsa kefalet sözleşmesinin kurulduğuna dair bir kanıt işlevi görür. Bu konuda ve baskın görüş hakkında bkz. Grassinger, **a.g.e.**, s. 113. Ancak Yargıtay, yukarıda anılan son kararda kira sözleşmesinin hemen arkasından çekilen teleks metininde kiracıların sözleşme hükümlerine sadık kalacakları yönünde yapılan taahhütleri kefalet yerine üçüncü kişinin fiilini taahhüt olarak nitelendirmiştir. Fikrimize göre teleks metni ile kefalet sözleşmesi akdedilmemesini üçüncü kişinin fiilini taahhütler bakımından da kabul etmek gerekir. Her ne kadar taahhüt sözleşmesi yazılı olarak kurulmak zorunda olmasa da taraflar, aralarında yazılı şekil şartını öngörebilirler. Bu durumda sözleşme yazılı şeklin geçerlik koşullarını taşımalı, borçlunun yükümlülüğü kabul ettiğine dair imzasının aranması şart olmalıdır. Bugünkü teknolojik olanaklar karşısında kullanım alanı giderek azalmış olan teleks cihazının özelliği, BK m. 14'ün aradığı imzanın el yazısı ile atılmış olması şartını sağlamaz. Dolayısıyla hiçbir şekle tabi olmadığı için sözlü olarak da yapılabilmesi mümkün iken teleks gibi araçların tercih edilmesi halinde, somut olayın özelliklerinden aksi anlaşılmıyorsa, taraflar arasında yazılı olarak akdedilmek istenen bir sözleşme olduğuna kanaat getirerek, kefalet sözleşmelerini olduğu gibi üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmelerini de şekil şartına uyulmadığı gerekçesi ile geçersiz saymalıdır. Bu durumda şekil yönünden geçerli olmayan bir kefaleti, kefalet benzerine tahvil etmek de mümkün olmayacaktır.

552 Reisoğlu, **Garanti,** s. 85- 86. Ayrıca bkz. Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 822. Selim Kaneti, **Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili)**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1972, s. 123.

Alman hukukunda (§ 140 BGB) olduğu gibi açıkça düzenlenmiş değildir. Bu bakımdan hukukumuzda tahvilin hangi temele dayandığı tartışma konusudur. Ancak hiç değilse doktrinde belirlenen tahvil şartlarıyla uyumlu kararlar verilmesi gerektiğinin altı çizilmektedir. Doktrin hukuken geçerli bir tahvilin şartlarını; geçersiz bir sözleşmenin mevcut olması, sözleşmenin, çevrileceği diğer bir sözleşmenin tüm şekilsel ve maddesel unsurlarını içermesi ve tarafların, sözleşmenin butlan ile geçersiz olduğu bilselerdi tahvil ile geçerli olabilecek diğer sözleşmeyi yapacak olduklarına kanaat getirilmesi olarak açıklamaktadır. Buna göre şekle uyulmaması sebebiyle geçersiz olan bir sözleşmede başka bir sözleşmeye ilişkin şekle uyulmuşsa ve eğer taraflar geçersiz bir sözleşme yapmış olduklarının farkına varsa idiler şekline uygun diğer sözleşmeyi yapacak idilerse tahvil olanağından bahsedilebilir[553]. Bu durumda somut olayda tahvil şartlarının tam olarak bulunduğuna kanaat getirilmeden, salt kefalet sözleşmesinin şekline uyulmamış olmasından yola çıkarak, sözleşmeye varlık kazandırma pahasına geçersiz bir kefaleti geçerli bir kefalet benzerine dönüştürmek doğru değildir. Unutulmamalıdır ki eğer şekil şartı yerine getirilmiş olsaydı, taraflar arasında bir kefalet sözleşmesi var olacak idi ve kefil, kefaletin koruyucu hükümlerinden faydalanabilecekti. Oysa geçersiz bir kefalet sözleşmesi tahvil vasıtasıyla kefalet benzeri garantiye çevrilince, önceden kefil olacak kişi, bu defa, taahhüt eden olarak hem daha ağır riskler üstlenmiş olacak hem de kefili koruyucu hükümlerden faydalanamayacaktır[554].

Diğer taraftan kefalet hükümlerine ilişkin BK m. 485 c. 3'te, hata ve ehliyetsizlik sebebi ile asıl borçlunun sorumlu olmadığı bir borca kefalet halinde halinde kefilin, taahhüt esnasında bu durumu bilmesi halinde kefalet sözleşmesinin geçerli olacağına ilişkin bir düzenleme yapılmıştır. Hüküm şöyledir:

> …Hata yahut ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun mes'uliyetini icap etmiyen bir akitten mütevellit borca kefalet, eğer kefil akdin borçlu yüzünden olan bu fesadına taahhüt esnasında vakıf ise muteber olur.

---

553 Kaneti, **a.g.e.,** s. 1 vd. ile s. 107 vd.

554 Şekle aykırı işlemin çevrilmesinin, şekil kuralıyla güdülen amaçla çatıştığı yolunda bkz. Kaneti, **a.g.e.**, s. 123.

Burada esas olarak iki olasılık söz konusu olabilir: Ya kefil, hata ve ehliyetsizlik sebebiyle askıda hükümsüz bir borca kefalet etmektedir; ya da kefil, geçersiz olacağını bildiği bir borca kefalet etmektedir. Doktrindeki çoğunluk fikrine göre, kanunkoyucunun ilk olasılığı dikkate almış olduğunun kabulü pek isabetli olmaz. Çünkü askıda hükümsüz olan bir borca, ileride doğacak borçlara kefaletin mümkün olmasından hareketle geçerli olarak kefalet edilebilir ve bunu özellikle belirtmeye gerek de yoktur. O halde BK m. 485 c. 3'ün söylediği şey, iptal hakkı kullanılarak ya da icazet verilmeyerek geçersiz kılınan bir borca bile isteye kefil olunmasıdır. Burada kanunkoyucunun hata ve ehliyetsizlik halleri nedeniyle geçersiz olan kefaleti garanti sözleşmesi olarak geçerli sayan bir varsayımı karşısında bulunulduğunu söylemek yanlış olmaz[555]. Bu durumda madde metninde geçen "…*kefalet …muteber olur*" ifadesinin, böyle bir olasılıkta artık kefalet değil, garanti sözleşmesi olarak anılması gerektiği; yani geçerliliğinden söz edilen sözleşmenin artık bir kefalet olmayıp garanti sözleşmesine dönüştüğünün kabulü gerektiği için yerinde bir ifade olarak kaldığı söylenemez[556]. Kanunkoyucunun garanti sözleşmesi olarak sayılabilecek bir hukuki ilişkiyi kefalet hükümleri arasında anmasının sebebi, hata ve ehliyetsizlik olarak belirtilen bu iki durumda, kefilin, kefaletin koruyucu hükümlerinden yararlandırılmak istenmesi olarak görülmektedir[557].

d. Ayrımda Kullanılan Yan Ölçütler

Teminat taahhüdünün nitelendirilmesinde dikkate alınan temel ölçütlerin yanısıra yan ölçüt başlığı altında diğer bazı ölçütlere de zaman zaman başvurulduğu görülür. Bunların başında taahhüt metninde yer alan asıl borçlu ile birlikte "müteselsilen" sorumluluğa ilişkin ibaredir. Bu durum taahhüdün feriliğine işaret ederek kefalet olarak nitelendirilmesini gerektirir[558]. Taraflarca teminat taahhüdünde rücu hakkı ile ilgili düzenlemeler yapılması, tarafların gerçek ve ortak iradelerinin

---

555 Daeppen, **a.g.e.**, s. 209.
556 Yavuz, **Özel Hükümler,** s. 832- 833.
557 Reisoğlu, **Kefalet,** s. 19- 20; Aral, **a.g.e.**, s. 431.
558 Barlas, "Kredi Kartı İlişkisinde Kişisel Teminat", s. 964- 965. Federal Mahkemenin müteselsil garanti sıfatıyla akdedilen sözleşmeyi kefalet olarak yorumladığı hakkında bkz. JdT 1939 17. Yargıtay'ın ise müteselsil sorumluluk ibaresine rağmen taahhüdü garanti sözleşmesi olarak nitelendirmedeki ısrarı için bkz. Yarg. 19. HD., 19.2.1988 t., E. 61 K. 1104 (Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 1426-1427). Kararın eleştirisi için bkz. Barlas, "Kredi Kartı İlişkisinde Kişisel Teminat", s. 965 dn. 60.

kefalet olduğuna dair belirtilerdir; zira bir kefalet hükmü olan rücu, üçüncü kişinin fiilini taahhüdün niteliği ile bağdaşmaz[559].

Teminat verenin alacaklıya karşı yükümlülüğünün, asıl borçlunun kusurlu olarak borcunu yerine getirmemesi olasılığına bağlanıyorsa bu durum taahhüdün feriliğine ilişkin bir göstergedir ve kefalet lehine yorumu güçlendirir[560].

e. Şüphe Halinde Kefalet Karinesi

Bir somut olayda nitelemeye konu olan teminat sözleşmesinin kefalet mi yoksa üçüncü kişinin fiilini taahhüt mü olduğunun geleneksel yorum yöntemlerine ve ayrımda kullanılan tüm ölçütlere rağmen net olarak belirlenememesi halinde kefaletin varlığı karine olarak kabul edilmelidir. Şüphe halinde kefalet karinesinin uygulanması ile borçlu, kefaletin koruyucu hükümlerinden yararlandırılmış olur[561].

Şüphe halinde kefalet karinesi tüm yorum çabalarına rağmen bir çözüme ulaşılamadığında son çare olarak itibar edilen bir yorum yöntemidir. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında[562] bağımsız garantiye hükmetmek için doktrin ve içtihat tarafından sunulan ölçütleri başlıklar halinde bir araya toplamış ve şüphe halinde kefalet karinesini bunlardan ayrı bir yere koymuştur. Mahkemeye göre bağımsız garanti için öncelikle şu işaretler aranmalıdır:

- Yükümlülük altına giren kişinin böyle bir yükümlülük altına girmesinde az veya çok, asıl boçlunun çıkarına denk bir çıkarı varsa,

---

559 Barlas, "Kredi Kartı İlişkisinde Kişisel Teminat", s. 965- 966.

560 Barlas, "Kredi Kartı İlişkisinde Kişisel Teminat", s. 966- 967.

561 Engel, **Contrats,** s. 582; Rossi, "Garantie ou Cautionnement", s. 411; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 381; Reisoğlu, **Garanti,** s. 87 vd.; Arık, "Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi", s. 49; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 832; Akman, "Garantör Sıfatıyla Girişilen Taahhüdün Mahiyeti ve Bu Bağlamda Garanti ve Kefalet Sözleşmelerini Birbirinden Ayıran Temel Kriterler", s. 1675; Yüce, **a.g.e.**, s. 83; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 235; JdT 2004 543; JdT 1976 I 537 vd.; JdT 1988 I 188; JdT 1940 I 553; ATF 111 II C: 2b. [(Çevrimiçi) http://relevancy.bger.ch./php/clir/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_quer…4 Şubat 2009]; ATF 101 II 328'den naklen: SJ 1986 181; ATF 4C.274/2001 (09.04.2002) [(Çevrimiçi) http://relevancy.bger.ch/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_quer..8/28200]; Yarg. HGK, 4.7.2001 t., E. 2001/19-534 K. 2001/583 [(Çevrimiçi) http://www.cu.edu.tr/ insanlar/mceker/banka%20hukuku/KEFALET.doc 21 Temmuz 2007)].

562 ATF 4C.274/2001 (09.04.2002) [(Çevrimiçi) http://relevancy.bger.ch php/aza/http/index.php? lang=fr&type=highlight_simple_quer..8/28/2008].

- Garanti verenin yerine getirmek zorunda olduğu ifa asıl borçlunun borcuna bağlı değilse,

- Garanti veren, asıl borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini bile bile yükümlülük altına giriyorsa,

- Garanti veren, asıl borçlunun borcu mevcut olmamasına ya da geçersiz olmasına rağmen yükümlülük altına giriyorsa,

Bu işaretlerin hiçbirinin bulunmaması halinde Federal Mahkeme, şüphe halinde kefalet karinesinin rahalıkla uygulanacağını ve böylece, borçluyu kefaletin koruyucu hükümlerinden yaralandırmanın da mümkün olacağını belirtmektedir.

Buna karşılık bunun aksi olan bir karine, yani şüphe halinde garanti karinesi de, son zamanlarda bazı ilişkiler bakımından adından sıkça söz ettirir olmuştur. Bankalar tarafından verilen teminatların, özellikle uluslararası ilişkiler söz konusu olduğu zaman şüphe halinde kefalet karinesinden değil, aksine, şüphe halinde garanti karinesinden yararlandırılması gerektiği bir görüş olarak ileri sürülmektedir[563]. Adından henüz söz ettirmeye başlayan bu karine, şüphe halinde kefalet karinesinden herkesin, özellikle de deneyimli kişilerin yaralanmamaları gerektiği anlayışı üzerine temellenmiştir. Şüphe halinde kefalet karinesi sözleşmenin zayıf tarafını koruma amacı güder yoksa mesleğinde uzmanlaşmış, deneyimli kişilerin kollanması gibi bir düşünce karinenin ilgi alanında yer almaz[564]. Bu bakımdan bu tür uzman kişiler ya da bankalar karşısında bulunulduğu vakit şüphe halinde kefalet karinesini değil, şüphe halinde garanti karinesini uygulamak daha yerinde olur[565].

B. Müteselsil Borç İlişikisinden Ayırt Edilmesi

Müteselsil borçluluk; birden fazla kimsenin, alacaklıya karşı aynı hukuki sebepten dolayı ve her biri borcun tamamı için asıl borçlu sıfatıyla sorumlu olduğu ve alacaklının, borcun ifasını borçluların tümünden veya bir kısmından ya da

563 Rossi, "Garantie ou Cautionnement", s. 411.
564 **Commentaire Romand**, Du Pasquier, art. 111 CO N. 24.
565 Rossi, "Garantie ou Cautionnement", s. 411.

yalnızca birinden isteyebileceği hukuki ilişkinin adıdır[566]. Borç ilişkilerinde normal olan, bir alacaklının karşısında yalnızca bir borçlunun bulunmasıdır. Fakat bazen bir alacaklının karşısında birden fazla borçlu bulunabilir. Bu gibi durumlarda, eğer alacaklı, borcun tamamını dilediği borçludan isteyebiliyorsa ve borçlulardan birinin ya da birkaçının yaptığı ödeme ile diğer borçlular borçlarından kurtuluyorlarsa müteselsil borçluluktan söz edilir[567]. Müteselsil borçluluk, bir sözleşme ya da hukuki işlem olmayıp Borçlar Kanunumuzun 141 ve 147. maddeleri arasında düzenlenmiş hukuki ilişkinin adıdır. Söz konusu hükümler müteselsil borçluluğun doğumuna ve sonuçlarına ilişkin genel hükümler olup, mütesesil sorumluluğa yol açan durumları ayrıca düzenleyen başkaca kanun hükümlerine de rastlanır[568].

Belirtmek gerekir ki mevcut bir borcun ödeneceğinin vaat edildiği üçüncü kişnin fiilini taahhütler, bazı noktalarda mütesesil borçluluk ilişkisine çok yaklaşır. Gerçekten de, üçüncü kişinin mevcut borcu ödeyeceğinin bağımsız olarak taahhüt edildiği bir sözleşmede borçluların sayısı ikiye çıkmıştır. Nitekim alacaklı karşısında, hem asıl borçlu hem de taahhüt sözleşmesinin taahhüt edeni vardır. Ayrıca mütesesil borçluluktaki borçluların her birinin asıl borçlu sıfatıyla birbirlerinden bağımsız olarak sorumlu olmaları haline, yani feri olmama karakterine üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinde de rastlanır. Taahhüt edenin borcu, asıl borçlunun borcundan bağımsız olup bu borcun geçerliğine ya da devamına bağlı değildir.

Fakat tüm bu benzerliklerine rağmen üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinden bir müteselsil borç ilişkisi doğmaz. Müteselsil borçluluk ile üçüncü kişinin fiilini taahhüt arasındaki en temel farklılık, hukuki sebep bakımındandır. Müteselsil borçluluk ilişkisinde tüm borçluların alacaklı karşısındaki sorumlulukları aynı hukuki sebebe dayanırken, taahhüt sözleşmesinde farklı hukuki sebeplere dayalıdır. Müteselsil borçluluk, ister alacaklı ile borçlular arasında henüz başlangıçta sözleşme kurulurken meydana gelmiş olsun ister mevcut bir borca bir veya birkaç borçlunun sonradan katılımı ile gerçekleşsin, sonuç değişmez. Fakat üçüncü kişinin

---

566 Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 285.
567 Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 839 vd.
568 Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 837

fiilini taahhüt sözleşmesinde asıl borçlu ile taahhüt edenin borçluluk sebepleri birbirinden çok farklıdır. Asıl borçlu, alacaklı ile aralarında mevcut olan herhangi bir temel ilişkiden dolayı sorumlu iken, taahhüt edenin sorumluluk sebebi üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesidir[569].

C. Birlikte Borç Üstlenmeden Ayırt Edilmesi

Birlikte borç üstlenme, bir veya birkaç kişinin önceden mevcut olan borcuna, sonradan başka kişi ya da kişilerin katılmalarına denir[570]. Buna göre borca katılan kişiler, asıl borçlu ile birlikte asıl borçtan dolayı sorumlu hale gelirler. Böylece birlikte borç üstlenme halinde asıl borç sona ermeyip[571] asıl borçlunun yanısıra başka kişi ya da kişiler üzerinde[572] devam eder[573]. Borçlar Kanunumuzda düzenlenmemiş birlikte borç üstlenmenin hukuki dayanağı sözleşme özgürlüğü ilkesidir[574].

Birlikte borç üstlenme ile üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi arasında çok temel farklar vardır. Öncelikle belirtmek gerekir ki birlikte borç üstlenme halinde mütesesil borç ilişkisi doğduğu için[575] müteselsil borçluluk ile üçüncü kişinin fiilini taahhüt arasındaki farklar burada da geçerlidir. Buna göre birlikte borç üstlenmede, borca katılan kişilerin borçluluk sebepleri, katılmaya konu olan ilk borçlunun sebebi ile aynı olmasına karşılık üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinde taahhüt edenin borcunun hukuki sebebi teminattır. Örneğin bir satım sözleşmesinde alıcının satış bedelini ödemesine ilişkin bir borca katılma söz konusu ise, borca katılanların hukuki

---

569 Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 840; Yüce, **a.g.e.**, s. 84- 85; Çebi, "Başkasının Fiilini Taahhüt Mukavelesi", s. 121

570 Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 843-844.

571 Borç ilişkisinde, ikinci borçlu borcu üzerine alırken, ilk borçlunun borcundan kutulacağı, ikinci borçlunun öncekinin yerine geçeceği kararlaştırılmışsa borca katılmadan değil, borcun naklinden söz edilir. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 272.

572 Borca katılan kişi, borcu ilk borçlu ile birlikte üstlenmiş olmakla birlikte, asıl borçlu ile alacaklı arasındaki sözleşmeye taraf olmuş değildir. Bu sebeple ilk borçlu ile alacaklı arasında mevcut sözleşmeden doğan bir hak mesela sözleşmeyi fesih hakkı yine sadece ilk borçluya aittir. Selahattin Sulhi Tekinay, "Kefalet mi, Borcun Dış Yüklenilmesi (Borcun Nakli) mi, Borca İltihak mı, Üçüncü Şahsın Fiilini Taahhüt mü?", **İBD,** C: 32, 1958, Sayı No: 11- 12, s. 234.

573 Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 272.

574 Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 844.

575 Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 844; Hüseyin Murat Develioğlu, "İsviçre Federal Mahkemesi'nin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi-Borca Katılma Ayrımı", **Galatasaray üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan),** Y. 3, C: I, Sayı No: 1, 2004, s. 308.

sebebi de alıcınınki ile aynı olup satım sözleşmesidir. Halbuki satış bedelinin ödeneceğinin taahhüt edildiği bir üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinde alıcının borcu satım sözleşmesi olup causa credendi'ye dayanırken taahhüt edenin borcunun dayanağı taahhüt sözleşmesi olup, causa garanti, yani teminat hukukidir[576].

Birlikte borç üstlenme ile üçüncü kişinin fiilini taahhüdü birbirinden ayıran bir diğer temel özellik, her iki taahhütten doğan borcun bağımsız bir nitelik taşımasına rağmen, bu bağımsızlığın üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinde henüz başlangıçtan itibaren gerçekleşmesi, birlikte borç üstlenmede ise sonradan meydana gelmesidir. Birlikte borç üstlenmeden bahsedebilmek için ortada üstlenilecek geçerli bir borç bulunması gerekliliğinden ötürü birlikte borç üstlenme, henüz başlangıçta, yani katılanlar üzerinde borcun doğumu esnasında feri karakterdedir. İlk borcun mevcut veya geçerli olmasıyladır ki borca katılma gerçekleşmiş olacak, ikinci borç doğacak ve bu şekilde bağımsızlık, ikinci borcun doğmasından sonraki aşama için söz konusu olacaktır[577]. Katılma gerçekleştikten sonra, katılmadan kaynaklanan borç ilk borçtan bağımsız bir hukuk kader izlemeye başlar[578]. Oysa üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinde borç, doğumu anında bile asıl borcun varlığına ya da geçerliğine bağlı değildir[579].

---

576 JdT 2004 544; Özen, **a.g.e.**, s. 7 ve s. 13; Çebi, "Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt", s. 121; Develioğlu, "İsviçre Federal Mahkemesi'nin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi-Borca Katılma Ayrımı", s. 308.

577 ATF 5A_696/2007(04.02.2008) consid. 3.2. [(Çevrimiçi) http://relevancy.bger.ch/php/aza/http/ İndex.php?.php?=fr&type=highlight_simple_query…8/28/2008]. Ferilik niteliği, kuruluşundan sona ermesine kadar feri bir karakter taşıyan kefalet sözleşmesinin birlikte borç üstlenmeden ayrılmasında daha belirgin bir unsurdur. Özen, **a.g.e.**, s. 11; Develioğlu, "İsviçre Federal Mahkemesi'nin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi-Borca Katılma Ayrımı", s. 305-306.

578 Birlikte borç üstlenmede; ilk borcun, alacaklıyı tatmin edecek şekilde ortadan kalkmasının ikinci borcu da sona erdirici etki taşıması feriliğin bir sonucu olmayıp müteselsil borçların alacaklıyı tatmin etme ortak amacına yönelmiş olmasının bir sonucudur. Özen, **a.g.e.**, s. 11.

579 Daeppen, **a.g.e.**, s. 211; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 841; Özen, **a.g.e.**, s. 11; Çebi, "Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt", s. 121; Arık, "Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi", s. 48; Yüce, **a.g.e.**, s. 83- 84; Tekinay, "Kefalet mi, Borcun Dış Yüklenilmesi (Borcun Nakli) mi, Borca İltihak mı, Üçüncü Şahsın Fiilini Taahhüt mü?", s. 237- 238. Özen'e göre üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile birlikte borç üstlenme arasında sayılabilecek bir başka farklılık ikincilliktir. Yazara göre, gerek kefalet gerek garanti sözleşmelerinde söz konusu olan ikincillik, söz konusu sözleşmelerin, birincil sorumluluk yaratan birlikte borç üstlenmeden ayırt edilmelerine hizmet eder. İkincillik özelliğinin kefalet sözleşmesi bakımından en üst düzeye çıktığını vurgulayan yazar, garanti sözleşmesinde bu sonucun ancak riskin gerçekleşmesi ile doğduğunu bildirmektedir. Zira ikincillik özelliği, alacaklının önce asıl borçluya başvurması ve

Federal Mahkemeye göre üçüncü kişinin fiilini taahhüt ve birlikte borç üstlenme arasındaki tüm bu farklılıklar, kurumlar arasında yapılacak bir ayrımın sonucudur. Taraflarca akdedilen sözleşmenin porte-fort veya birlikte borç üstlenme mi olduğuna karar verildikten sonradır ki her biri diğerinden farklı olarak kendine özgü hükümlere tabi olacaktır. Bu durumda ayrımı belirleyecek olan ölçüt, taraf iradelerinin yorumudur[580].

D. Cezai Şarttan Ayırt Edilmesi

Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi olasılığına karşı tarafların henüz başlangıçta, sözleşme kurulurken ceza[581] olarak ödenmesini kararlaştırdıkları bir miktar paraya cezai şart denir[582]. Buna göre cezai şartın en önemli işlevi, borçlunun edimini yerine getirmeme olasılığını beratarf etmektir. Zira borçlu, borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmeyecek olursa ceza olarak bir miktar para ödemesi ile karşı karşıya kalacağını bidiği için borcu ifa hususunda daha istekli davranacaktır. Cezai şartın bir diğer en önemli işlevi, ispat yükünün yer değiştirmesini olanaklı kılmasıdır. Normalde borç ifa edilmediği zaman alacaklı, ifa yokluğu sebebiyle uğradığı zararı kendisi kanıtlamak zorundadır. Ancak sözleşmeye eklenecek bir cezai şart sayesinde alacaklı, uğradığı zararı ayrıca ispata gerek kalmaksızın doğrudan doğruya ceza konusu paranın ödenmesini isteyebilecek ve böylece zararı ispat güçlüğünden kurtulmuş olacaktır[583].

---

ondan bir şey elde edemediği zaman, kefile ya da garanti verene başvurmasının zorunlu olmasını deyimler. Üçüncü kişinin fiilini taahhüt bakımından sorumluluk birincil gibi görünse de, yani alacaklı, ister asıl borçluya ister garanti verene başvurma hakkına sahip olsa da, riskin gerçekleşmesi zorunluluğu ve riskin gerçekleşmesinden önce garanti verene başvurulamayacak olması, garanti sorumluluğunun da ikincil bir sorumluluk olarak nitelendirilmesine olanak tanır. Özen, **a.g.e.**, s. 10- 11.

580 JdT 2004 539 consid. 2.3.

581 Cezai şartın hukuki niteliği ile ilgili tartışmalar ve bu tartışmalarda ileri sürülen ceza niteliği, tazminat niteliği, sigorta niteliği ve ceza-tazminat karması niteliği hakkında bkz. Kenan Tunçomağ, **Türk Hukukunda Cezai Şart,** İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1963, s. 21 vd.

582 Tunçomağ, **Cezai Şart,** s. 5-6; Cevdet İlhan Günay, **Cezai Şart (BK m. 158-161),** Anakara, y.y., 2002, s. 3; Gökhan Dirican, **Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması,** İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 15-16. Ayrıca bkz. Fredj Loksaier, **La Clause Pénale dans les Contrats Internes et dans les Contrats Internationaux**, Lausanne, Editions Payot, 1985, s. 37 vd.

583 Tunçomağ, **Cezai Şart,** s. 48 vd., Dirican, **a.g.e.**, s. 26- 27; Günay, **a.g.e.**, s. 4- 5.

Cezai şart ile üçüncü kişinin fiilini taahhüt, borcun ifasını temin etme noktasında birbirine benzer. Zira her ikisi de kişisel teminat sözleşmesi olan bu kurumların ortak amacı, borçlunun borcunu ifa etmesini sağlamaktır. Ancak aralarındaki benzerliğe rağmen cezai şart ve üçüncü kişinin fiilini taahhüt birbirinden kesin çizgilerle ayrılır. Cezai şart ile üçüncü kişinin fiilini taahhüt arasındaki en belirgin fark, cezai şartın borçlu tarafından taahhüdüne karşılık, üçüncü kişinin fiilini taahhütte, borcun gereği gibi ifa edileceği sözünün, borç ilişkisine yabancı bir kimse tarafından verilmesidir. Başka deyişle, cezai şartta, borcun ifa edileceği sözü asıl borçlunun bizzat kendisi tarafından verildiği halde, taahhüt sözleşmesinde taahhüt eden, üçüncü kişinin yüklendiği edimi gereği gibi yerine getireceğini beyan ederken aslında kendisine ait olmayan bir borcun ifasını taahhüt etmektedir[584].

Cezai şart, borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemenin cezasıdır. Bu sebeple cezai şarttan bahsedebilmek için öncelikle ortada geçerli bir borç bulunmalıdır, olmayan bir borcun ifası için cezai şart kararlaştırılamaz. Taahhüt sözleşmesinde taahhüt eden, üçüncü kişinin mevcut bir borcunu temin edebileceği gibi henüz mevcut olmayan, ileride doğabilecek bir borcuna da güvence verebilir[585].

Cezai şarttan doğan borç feri bir karakter taşığı halde taahhüt sözleşmesinden doğan borç bağımsızdır. Cezai şart, tıpkı kefalet gibi asıl borcun kaderine tabidir, asıl borç mevcut olmadığı veya herhangi bir sebeple geçersiz olduğu takdirde cezai şart da doğmaz[586].

Cezai şart önceden kararlaştırılan bir miktar olduğundan, ödenmesi istenen tutar zarar miktarını tam olarak karşılamayabilir. Taraflar, ileride doğacak zararı

---

584 Reisoğlu, **Garanti,** s. 134. Cezai şart ve üçüncü kişinin fiilini taahhüt, bocun ifasını temin eden taahhütler olmakla birlikte, borçluyu ifaya zorlayıcı etki yalnızca cezai şart bakımından görülür. Cezai şart borçlusunun, borcu ifadan kaçınması çok kolay değildir. Zira aynı zamanda asıl borcun da borçlusu olan cezai şart borçlusu, borcu ifaya yanaşmadığı zaman ceza miktarını ödemek zorunda kalacağını ve ceza tutarının aşağı yukarı asıl borç miktarı ile aynı ve hatta çoğu zaman onun çok üstünde bir rakam olacağını bildiği için borcu ifa hususunda daha aktif davranacaktır. Halbuki taahhüt sözleşmesinde asıl borcun borçlusu ile borcu temin eden kişiler farklıdır. Taahhüt edenin, borcun ifa edilmemesi halinde bir tazmin yükümlülüğü altında olması, asıl borçlu konumundaki üçüncü kişi tarafından çok fazla önemsenmeyebilir. Reisoğlu, **Garanti,** s. 134.

585 Wavre, **a.g.e.**, s. 37- 38.

586 Tunçomağ, **Cezai Şart,** s. 37; Reisoğlu, **Garanti,** s. 133; Aşulla, "Porte-fort", s. 145. Yarg. 15. HD, 6.2.2002 t., E. 2002/290 K. 2002/538 (www.kazanci.com.tr).

önceden göremedikleri zaman, cezai şartı, zarar miktarının altında veya üstünde bir tutar olarak kararlaştırmak durumunda kalabilirler. Oysa üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinde taahhüt edenin borcu, kural olarak, daima zarar miktarına eşdeğer bir tutar olacaktır[587].

E. Kredi Vekaletinden Ayırt Edilmesi

Kredi vekaleti, en genel anlamıyla bir kimsenin diğerine üçüncü kişiye kredi açması için vekalet vermesidir. Kendisine talimat verilen kişi böyle bir talimatı alır almaz, emredildiği gibi üçüncü kişiye kredi olarak bir miktar para verir. Böylece biri, talimata göre hereket ederek kredi veren kimse ile üçüncü kişi arasında olmak üzere ödünç sözleşmesi ve diğeri de talimat veren ile talimat alan arasında olmak üzere vekalet sözleşmesi şeklinde iki ayrı sözleşme meydana gelir. Bu talimata dayanarak kredi açan kimse önce aralarındaki ödünç sözleşmesi gereğince borcun ifasını karşı taraftan ister; fakat alacağını elde edemezse aralarındaki vekalet ilişkisi gereğince talimat verene başvurur. Kredi vekaletinin ifasına kadar vekalete, ifasından sonra ise kefalete benzer bir durum ortaya çıkar[588].

Kredi vekaletinin bir garanti sözleşmesi olduğu fikri ilk kez Foerster tarafından ileri sürülmüştür[589]. Yazara göre kredi vekaleti ne bir vekalet ne bir kefalettir; o bir garanti sözleşmesidir[590]. Kredi vekaletinde bir kimse, diğer kimseden,

---

587 Wavre, **a.g.e.**, s. 38. Bu noktada asıl olarak çözümlenmeye muhtaç olan sorun, üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinde ödenecek tutarın tıpkı cezai şartta olduğu gibi önceden tespit edildiği hallerdir. Bu durumda taahhüt sözleşmesi ile cezai şart ayrımı yine kolaydır zira cezai şart, kesin olarak asıl borçlunun borçlusu tarafından üstlenilir. Zarar miktarının önceden saptandığı durumlar, üçüncü kişinin fiilini taahhütten çok, taahhüt edenin kendi edimine bağlı rizikoları garanti altına aldığı bağlı garanti sözleşmeleri bakımından önem arz eder. Her iki durumda da asıl borçlu ile borcu temin edenler aynı kişilerdir. Belirtmelidir ki bu gibi durumlarda ayrım pratik bir öneme sahiptir. Çünkü cezai şarta karar verilmesi halinde, zarar meydana gelmese bile BK m. 159 uyarınca borçlu, alacaklı tarafından kendisine kabul ettirilen ceza konusu değeri ödemek zorundadır. Fakat garanti sözleşmesinde zararın doğması kanunun aradığı bir unsur olup zarar gerçekleşmeden önce garanti verenin borcu muaccel olmaz. Bu hususta ayrıca bkz. Reisoğlu, **Garanti**, s. 135.

588 Alfred Margot, **Le Cautionnement du Compte de Crédit**, Dissertation, Lausanne, y.y., Imprimerie T. Geneux, 1930, s. 16 vd.

589 Otto Foerster, **Der Kreditauftrag Eine Studie nach römischem und neuem bügerlichem Recht**, Diss. Leibzig, y.y., 1903'den naklen: Reisoğlu, **Garanti,** s. 120 dn. 18.

590 Doğal olarak burada karşılaştırması yapılan garanti sözleşmesi kefalet benzeri garantidir, Saf garanti sözleşmesi ile kredi vekaleti zaten bir benzerlik taşımaz. Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 844 dn. 142.

ödeneceğini vaat etmek suretiyle üçüncü kişiye kredi açılmasını istemektedir. Kredi borcunun garanti edilmesi burada bir garanti sözleşmesinin var olduğunu göstermekte olup kredi vermeye davet önemsizdir. Vekilin borcu ancak zarar ortaya çıkınca yani asıl borçlunun borcunu ödemesi imkansızlaşınca doğar. Kredi açan kimsenin ödünç sözleşmesi gereğince önce sözleşmenin karşı tarafına gitmek zorunda olması, kredi açılması isteğinde bulunanın sorumluluğunun ikincil olduğunu gösterir ki ikincillik, aynı zamanda üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmelerinin bir özelliğidir[591].

Foerster'in kredi vekaletini üçüncü kişinin fiilini taahhüt olarak kabul eden görüşü doktrinde taraftar bulamamıştır. Üçüncü kişinin borcunu ödeyeceğini garanti etmesi bakımından her iki kurum arasında benzerlik olsa da, kredi vekaletinde vekil, talimatı kabul edince, emredildiği gibi üçüncü kişiye ödünç para vermek zorunda kalır; halbuki üçüncü kişinin fiilini taahhütte kendisine garanti verilen kimse mutlaka üçüncü kişiye kredi açıp onunla borç ilişkisine girmek zorunda değildir. Diğer taraftan kredi vekaletinin vekaletin bir çeşidi olduğu BK m. 400'den açıkça anlaşılmaktadır; maddede vekaletin icrasından sonra, üçüncü kişinin borcunu yerine getirmemesinden dolayı vekalet verenin kefil gibi sorumlu olacağından bahsedilmiştir. "Kefil gibi sorumlu olmak", "kefil sıfatıyla" sorumlu olmak anlamına gelmez. Kefil gibi sorumlu olmak; kefalete ait hükümlerin, niteliğine uygun düştüğü ölçüde kredi vekaletine de uygulanması demektir [592]. Bu bakımdan kredi vekaletinin garanti sözleşmesi olarak anılması doğru olmamış ve kabul görmemiştir.

III. Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesinin Geçerlik Şartları

A. Ehliyet

Kanunda özel bir ehliyet şartı getirilmediği için tüm sözleşmeler için aranan genel ehliyet kuralları üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi açısından da geçerlidir[593]. Sözleşmede, ehliyet koşulunu sağlaması gereken kişiler taahhüt eden ile

---

591 Görüşün ayrıntıları hakkında bkz. Reisoğlu, **Garanti,** s. 119-120.
592 Bu ve diğer farklılıklar için bkz. Reisoğlu, **Garanti,** s. 120-122.
593 Wavre, **a.g.e.**, s. 43.

taahhüt edilen olup sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişinin ehliyeti geçerlik şartları bakımından önemli değildir[594].

Tarafların ehliyeti konusunda üçüncü kişinin fiilini taahhütlere has özellik, çoğu zaman sadece taahhüt borçlusunun tam ehliyetli olmasının yeterli olmasıdır[595]. Taahhüt sözleşmesi kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğundan, yalnızca taahhüt eden borç altına girer; herhangi bir karşılık vaat etmedikçe taahhüt alacaklısı borç altında değildir[596]. Bu durumda üçüncü kişinin fiilini taahhütler açısından sözleşme ehliyetine sahip olması gereken kişi taahhüt eden olup taahhüt edilen, ancak vaat ettiği bir ivaz nedeniyle borç altına girdiği hallerde ehliyetli olmalıdır. Bunun dışındaki hallerde, taahhüt edilenin ayırt etme gücüne sahip olması taahhüdün sonuç doğurması için tek başına yeterlidir[597].

Taahhüt edilenin sınırlı ehliyetsiz olduğu ve bir ivaz karşılığı taahhüt sözleşmesinden dolayı borçlandığı hallerde işlemin geçerliği için kanuni temsilcinin izin ya da icazeti gereklidir. Kanuni temsilcinin izin veya icazeti ile sınırlı ehliyetsizin yaptığı işlem geçerlik kazanır. Ancak MK m. 449'da kanuni temsilcinin onayı ile yapılamayacak işlemler sayılmıştır ki bu hüküm esas itibariyle kefalet sözleşmeleri bakımından önem taşımakla birlikte konumuzu yakından ilgilendiren bir özelliğe de sahiptir. Hüküm izleyen şekilde kaleme alınmıştır: "*Vesayet altındaki kişi adına kefil olmak, vakıf kurmak ve önemli bağışlarda bulunmak yasaktır*".

Hükümde temsilin açıkça yasak olduğu haller kaleme alınmıştır ve kefalet sözleşmesi bunlardan biridir. Küçük ya da kısıtlı olan bir sınırlı ehliyetsizin kefil sıfatını taşıdığı kefalet sözleşmeleri geçerli olmadığı gibi vasi tarafından verilen onay da sözleşmeyi geçerli hale getirmez. Kefil olma yasağı MK m. 342 f. 3 atfı ile velayet altındaki küçükler için de geçerlidir[598]. Hükümde temsil yasağının öngörüldüğü işlemler kefalet, vakıf kurma ve bağışlama olarak sayılmıştır. Üçüncü kişinin fiilini

---

594 **Commentaire Romand**, Du Pasquier, art. 111 CO N. 8.
595 **Basler Kommentar**, Pestalozzi, art. 111 OR N. 7.
596 **Commentaire Romand**, Du Pasquier, art. 111 CO N. 8; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, § 50 N. 2609; Engel, **Traité**, s. 432; Béguelin, "Porte-fort", s. 2.
597 Béguelin, "Porte-fort", s. 4.
598 Sınırlı ehliyetsizlerin kefil olma ehliyetleri bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Özen, **a.g.e.**, s. 131 vd.

taahhüt bu hükmün sınırlayıcı içeriğinde yoktur. Nitekim bu durumun konumuzu yakından ilgilendiren tarafı da bu noktada ortaya çıkmaktadır. Kefalet benzeri garanti niteliğinde kabul ettiğimiz üçüncü kişinin fiilini taahhüdün maddede sayılmamış olması, küçük ya da kısıtlının, kefalet sözleşmesi gibi borçlu için koruyucu hükümlere çokça yer veren bir işlemin kanuni temsilcinin onayı ile dahi olsa yapılamayacağını, buna karşılık kefaletten çok daha ağır ve kapsamlı bir sorumluluk getiren ve hemen hemen borçlu için hiçbir koruyucu hükme de yer vermeyen kefalet benzeri garantinin ise kanuni temsilcinin onayı ile rahatlıkla yapılabileceği yorumunun yapılmasına neden olur. Buna göre kanuni temsilcinin izin ya da icazeti ile dahi kefil sıfatını taşıyamayacak olan küçük ya da kısıtlı, kefalet benzeri garanti söz konusu olduğunda garanti veren sıfatına kanuni temsilcinin onayı ile sahip olabilecektir. Oysa ehliyeti sınırlayıcı hükümler düşünüldüğünde bu yasaklayıcı kuralın, kefalet gibi daha lehte olan bir işleme uygulanıp kefalet benzeri garanti gibi daha aleyhte olan bir işleme uygulanmaması koruma yararı açısından elverişli değildir. Ancak şu anki düzenleme karşısında kanuni temsilcinin onayı ile sınırlı ehliyetsizin kefalet benzeri garanti sözleşmesine taraf olmasını engellemek mümkün görünmemektedir.

Bununla birlikte Borçlar Kanunu Tasarısı bir sorun olarak ortaya çıkabilecek bu durumu çözüme bağlamış görünmektedir. Nitekim Tasarının 603. maddesinde kaleme alınan "*Kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak, başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır*" hükmü MK m. 449 ve MK m. 342 f. 3 hükümlerinin kefalet benzeri garanti sözleşmelerinde de dikkate alınmasına olanak tanır. Buna göre sınırlı ehliyetsiz, kanuni temsilcinin izin ya da icazeti ile dahi olsa kefalet sözleşmesi akdedemeyeceği gibi kefalet benzeri garanti sözleşmesi de akdedemeyecektir[599].

[599] Yine kefalet sözleşmeleri için söz konusu olan eşin rızası şartı da Tasarının 603. maddesi atfı ile kefalet benzeri garanti sözleşmesine de uygulanacaktır. Tasarıda getirilen eşin rızası ile ilgili hükümler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özen, **a.g.e.**, s. 139 vd.

B. Sözleşme Konusunun Emredici Hukuk Kurallarına, Kamu Düzenine, Genel Ahlaka ve Kişilik Haklarına Aykırı Olmaması

Tüm sözleşmelerde olduğu gibi üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinde de konu, BK m. 19 f. 2 gereğince hukukun emredici ilkelerine, kamu düzenine, genel ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olamaz[600]; aksine bir durum, sözleşmeyi kesin hükümsüzlük yaptırımı ile karşı karşıya bırakır[601]. Yalnız bu noktada üçüncü kişinin fiilini taahhüdün kendine özgü karakteri dikkati çeker. Nitekim taahhüt edenin borcunun bir miktar para ödemesinden ibaret sayılması nedeniyle taahhüt sözleşmelerinde borç konusunun hukuka aykırılığından asla bahsedilemeyecektir. Gerçekten, üçüncü kişinin hukuka aykırı bir edimi taahhüt edilmiş olsa bile, taahhüt edenin, yalnızca bu edimin ifa edilmemesinden doğan zararı gidermekle yükümlü olması ve zarar gideriminin ise bir miktar para ödeme suretiyle yerine getirilecek olması taahhüt edenin borcunu hukuka aykırı olmaktan kurtarır, zira bir miktar paranın ödenmesinde hukuka aykırı hiçbir taraf yoktur[602].

BK m. 20'nin sadece konu bakımından hukuka aykırılığı öngören "*...akdin konusu…gayri muhik yahut ahlaka (adaba) mugayir olursa…*" ifadesi karşısında, üçüncü kişilerin hukuka ve ahlaka aykırı edimlerinin sanki geçerli olarak taahhüt edilebileceği gibi bir kanı uyanır. Zira karşı tarafın uğradığı zararı parasal olarak gidermeyi hedef alan bir sözleşme konusunun hukuka aykırılığı iddia edilemez. Bununla birlikte fikrimize göre sözleşmenin dar anlamda konusu ile geniş anlamda konusu arasındaki ayrımın önemi burada artar. Sözleşmenin dar anlamda konusu edimdir. Aynı zamanda borcun konusunu oluşturan edim, taraflardan birinin diğerinden verilmesini, yapılmasını veya yapılmamasını istediği şeyi ifade eder. Buna karşılık geniş anlamda konu, edimden çok daha geniş bir kavram olup edimin kendisini de içine alır. Sözleşmenin geniş anlamda konusu kavramından edimden

---

600 Sözleşme serbestisinin sınırları hakkında bkz. Hasan Erman, "Borçlar Hukuku Alanında Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları", **İÜHFM**, C: 38, Sayı No: 1-4, 1973, s. 608 vd.

601 **Commentaire Romand**, Du Pasquier, art. 111 CO N. 9; **Berner Kommentar**, Weber, art. 111 OR N. 135.

602 Wavre, **a.g.e.**, s. 48.

başka; tarafların kararlaştırdıkları şartlar, yenilik doğuran haklar, vade gibi bir sözleşme içeriğine dahil olabilecek pek çok şey anlaşılır. Tarafların sözleşme ile hedefledikleri ortak amaç da yine geniş anlamda konu kapsamına dahil unsurlar arasındadır[603]. Taahhüt sözleşmelerinde taahhüt edenin borcunun bir miktar para ödemesinden ibaret olması nedeniyle dar anlamda konuda hukuka aykırılık unsuruna rastlanmaz. Ancak her ne kadar para ödemesi hukuka aykırılık teşkil etmese de ödenecek para, kanuna ve ahlaka aykırı bir amaca hizmet için ise, geniş anlamda konuyu batıl kılar. Sözleşme ile güdülen amaç kanuna ve ahlaka aykırılık taşıyorsa, hukuka aykırılık unsuru sözleşmenin içeriğine girmiş demektir ve geçersiz bir içerikle kaleme alınan sözleşme geçerli olarak doğmaz. Ahlaka aykırı bir mekanın işletilmesi için üçüncü kişinin evini kiralayacağı, bir cinayette kullanılmak üzere silah temin edeceği, uyuşturucu satacağı gibi taahhütlerde dar anlamda konuda hukuka aykırılık olmasa bile geniş anlamda konuyu oluşturan üçüncü kişiye ait edim, kanuna ve ahlaka aykırı nitelikte olduğundan, sözleşmenin hüküm doğurmasını engeller[604].

Kişilik haklarına aykırı taahhütlerde de aynı sonuç doğar. Mesela üçüncü kişinin ömür boyu aynı işte çalışacağı veya sonsuza kadar rekabet etmeyeceği gibi taahhütlerde, konusunun bir miktar paradan ibaret olması nedeniyle kanuna ve ahlaka aykırı bir tarafı bulunmayan bu borç, hukuka aykırı bir amacı teşvik ettiği sürece geçersizdir. Kişinin çalışma özgürlüğünü veya diğer kişilik haklarını ihlal edici

---

603 Hatemi, **Borçlar Hukuku Fasiküller,** § 9 N. 17 vd.. Borç konusu ile sözleşme konusunun birbirinden farklı kavramlar olduğu yolunda ayrıca bkz. Şener Akyol, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler I,** İstanbul, Filiz Kitabevi, 1995, s. 132- 133.

604 Wavre **a.g.e.**, s. 48- 49; Béguelin, "Porte-fort", s. 5, Engel, **Traité,** s. 433; Scyboz, **a.g.e.**, s. 18; Arık, "Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi", s. 54; Tunçomağ, **Genel Hükümler,** C: I, s. 984; Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 111 N. 7; Eren, **a.g.e.**, s. 1111; Franco, "Üçüncü Şahsın Fiilini Taahhüt", s. 587; Develioğlu, **a.g.e.**, s. 352- 353. Kanuna ve ahlaka aykırı üçüncü kişinin fiilini taahhütler bakımından ilk talepte ödeme kayıtlı banka teminat mektuplarına dikkat etmek gerekir. Bilindiği üzere, ilk talepte ödeme kaydı, bankanın mektup bedelini kayıtsız şartsız, talep üzerine ödemek zorunda olduğu bir taahhüt sözleşmesidir. Bununla birlikte hukuka aykırılık, bu tür teminat mektuplarını da geçersiz kılar ve banka, mektup bedelini ödemekten kurtulur. Yalnız bu noktada ödemeden kaçınma hakkı, kanuna, ahlaka ya da kamu düzenine aykırılığın açık seçik olduğu olaylarda söz konusu olabilir. Acaba hukuka aykırılığın bu denli belirgin olmadığı durumlarda ne yapılacaktır? Örneğin satın alınan ilaç bedellerinin ödenmesi lehine verilen garanti, söz konusu ilacın niteliğine göre kanuna, ahlaka ya da kamu düzenine aykırı olabilir. Bankanın ilaç türünü, mesela ilacın uyuşturucu madde sayılıp sayılmayacağını bilmesi mümkün olmadığı gibi bu hususta bir araştırma yapma yükümü de yoktur. O halde bu gibi durumlarda başvurulabilecek en uygun çözüm, bankanın talep üzerine ödeme yapması, fakat ödemenin ardından, rizikonun kanuna, ahlaka ya da kamu düzenine aykırı olduğunu ileri sürerek verdiği şeyi geri istemesidir. Arkan, "Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu", s. 69-70.

nitelikteki anlaşmalarda geçersizlik, taahhüt sözleşmesinin içeriğine de sızmıştır. Her ne kadar taahhüt edenin bu yöndeki taahhütleri üçüncü kişi açısından bağlayıcı olmadığı için üçüncü kişinin bu taahhütlere aykırı davranma özgürlüğü daima bulunsa da, taahhüde aykırı davranış gerçekleşmediği zaman taahhüt edeni tazminat ödemeye zorlamak kaçınılmaz olacaktır. Oysa hukuka aykırı sonuç gerçekleşmedi diye bir kimseyi tazminata mahkum etmek hukukun genel ilkeleri ile bağdaşmaz, bu ilkeleri temelinden sarsar[605].

Taahhüdün konusunun emredici hukuk kurallarına aykırı olmaması noktasında son olarak bir başka hususa da değinmek gerekir. Bazen, taahhüt sözleşmesinin konusu, muvazzalı bir sözleşmeden doğan borcun ifasını garanti etmek olabilir. Bu durumda alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki sözleşme muvazza sebebiyle geçersiz olsa bile, taahhüt eden, taahhüt sözleşmesinin bağımsızlığı gereği muvazaalı borcun ifa edilmemesinden doğan zararı muvazaaya rağmen ödemek zorunda kalabilir. O halde temel ilişkideki muvazaa, garanti sözleşmesini derhal geçersiz kılmaz. Muvazaa nedeniyle söz konusu olabilecek geçersizliğin garanti sözleşmesine sirayet etmesi, tarafların garanti sözleşmesini, muvazaanın hüküm ifade etmesini sağlayacak şekilde kaleme almış olmalarına bağlıdır. Başka deyişle, eğer garanti sözleşmesi aslında hükümsüz olması gereken muvazaalı sözleşmenin hüküm doğurmasını temine çalışıyorsa kanunun yasakladığı bir sonucu gerçekleştirme çabasına yönelmiş demektir ve bu durumda hukuka aykırılık, muvazaalı sözleşme ile sınırlı kalmayıp garanti sözleşmesinin bünyesine de girmiş olur. Bunun dışındaki hallerde temel ilişkideki muvazaa derhal ve tek başına garanti sözleşmesini butlan ile sakatlamaz[606].

---

605 Wavre, **a.g.e.**, s. 49- 50. Buna karşılık taahhüt edenin, üçüncü kişinin kişisel özgürlüklerini kısıtlamayan taahhütleri geçerlidir. Mesela üçüncü kişinin A işinde değil de B işinde ömür boyu çalışmayacağı yönündeki taahhütler çalışma özgürlüğünü kısıtlamadığı için kişilik haklarını ihlal edici karakterde değildir. Aynı şekilde rekabet etmeme yasağı da belli bir süre veya belli bir sektörle sınırlandırıldığında kanuna ve ahlaka aykırı olmaktan kurtulur. Bu gibi durumlarda kişilik hakları mutlak anlamda sınırlandırılmış olmayıp ortada bu hakları ihlal edici nitelikte bir taahhüt yoktur. Bu hususta bkz. Wavre, **a.g.e.**, s. 50.

606 **Commentaire Romand**, Du Pasquier, art. 111 CO N. 10; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 230.

İsviçre Federal Mahkemesi de, 19 Ocak 1949 tarihli bir kararı ile bu sonucu açıkça teyit etmiştir. Karara konu olan olayda Macaristan uyruklu VGE Şirketi ile Romanya'da ikamet eden Süleyman arasında Mart 1943 tarihli bir anlaşma imzalanır. Anlaşma uyarınca VGE, Süleyman'ın Romanya'da elde ettiği bir miktar Rumen parasını İsviçre Frankı ile değiştirecektir. Ancak Rumen kanunlarına göre döviz alışverişi yalnızca Rumen ulusal bankasının aracılığıyla ve onayıyla gerçekleşmekte, yabancı bankaların bu alandaki işlemlerine izin verilmemektedir. Bunun üzerine taraflar, oldukça zorlu ve zahmetli olan Rumen kambiyo prosedürünü dolanmak için aralarında muvazaalı bir sözleşme yaparak Süleyman'ın Rumen parasına karşılık ödenen İsviçre Frankını, Süleyman'ın ticari işletmesine açılmış bir kredi gibi gösterirler. Bu anlaşmanın hemen arkasından VGE Konsorsiyumuna ait Tungram Elektrizitäts Şirketi de Süleyman'a garanti vererek bu anlaşmadan dolayı hiçbir zarara uğramayacağını taahhüt eder. Kısa süre sonra Romanya'daki ticari işletmesini Türkiye'ye taşıyan Süleyman, bilançosunda gözüken bu kredi borcunun kaldırılmasını talep eder, ancak talebi reddedilir. Bunun üzerine Süleyman, aralarındaki taahhüt sözleşmesine dayanarak zararının tazmini için Tungram Elektrizitäts'a dava açar, fakat Zürich Ticaret Mahkemesi Süleyman'ı haksız bularak muvazaa sebebiyle garanti sözleşmesinin geçersizliğine hükmeder. Yerel mahkemenin kararını bozan İsviçre Federal Mahkemesi, bozma gerekçesinde muvazaa nedeniyle garanti sözleşmesini geçersiz kılmak için gerekli şartların oluşmadığına kanaat getirmiştir. Federal Mahkemeye göre tarafların garanti sözleşmesindeki ortak amaçları, muvazaalı sözleşmenin hüküm ifade etmesini sağlamaya değil, aksine, muvazaayı batıl kılan kanuni düzenlemenin de istediği gibi muvazaanın hüküm ifade etmesini engellemeye yöneliktir. Tungram Elektrizitäts, bu garantiyi verirken, aslında bu parayı bir daha geri istemeyeceğinin teminatını vermiş olmaktadır. Dolayısıyla taraflarca kaleme alınan garanti sözleşmesi, muvazzanın hüküm doğurmasından değil, hüküm doğurmamasından yanadır. O halde muvazaa unsurunun, kanuna uygun bir sonucun gerçekleşmesini hedefleyen tarafların akdettikleri garanti sözleşmesinin içeriğine girecek kadar ileri gittiğinden söz edilemez[607].

[607] JdT 1950 I 488 vd.

C. Sözleşme Konusunun İmkansız Olmaması

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile imkansızlık arasındaki ilişkide, imkansızlık ile ilgili hükümler taahhüt sözleşmeleri alanında doğrudan uygulama alanı bulmaz. Bunun anlamı, taahhüt edenin, imkansızlık sebebiyle borcun sona ermesini hükme bağlayan BK m. 117'den yararlanamayacak olmasıdır. Zira taahhüt edenin borcu daima bir miktar para olup para borçları bakımından imkansızlık söz konusu olmaz[608]. Ancak imkansızlığın taahhüt sözleşmeleri üzerinde hiçbir etkisinin bulunmadığından söz etmek yanlış olur. Taahhüt sözleşmesinde imkansızlık ile ilgili hükümler, taahhüt edenin para borcu bakımından değil, fakat üçüncü kişinin edimi bakımından gündeme gelir. Üçüncü kişinin edimi açından ortaya çıkabilecek bir imkansızlık, üçüncü kişinin borcuna olduğu kadar taahhüt edenin borcuna da yön vererek taahhüt edenin borcunu dolaylı yoldan etkiler. Üçüncü kişinin ediminin imkansız olup olmamasına göre taahhüt edenin borcunun tabi olacağı hükümler de farklılaşır.

Üçüncü kişiye ait olacak edimin imkansızlığının taahhüt sözleşmesi üzerindeki etkisini belirleyebilmek için bir ayrıma gitmek ve edimin başlangıçtaki imkansızlığı ile sonraki imkansızlığını bağımsız olarak ele almak gerekir. Henüz başta, sözleşme kurulurken doğal, fiili, ya da hukuki nedenlerle edimin ifasının gerçekleşemez olduğu başlangıçtaki imkansızlık halleri objektif ve sübjektif olmalarına göre farklı sonuçlar doğurur. Başlangıçtaki imkansızlık sübjektif nitelik taşıyorsa, yani edimin ifası herkes açısından değil, yalnızca üçüncü kişi açısından mümkün görülmüyorsa[609] bu imkansızlığın taraflarca bilinip bilinmemesi, taahhüt edenin başvurabileceği hukuki olanaklar açısından önemlidir. Zira başlangıçtaki sübjektif imkansızlık taraflarca biliniyor ve buna rağmen sözleşme akdediliyorsa, bu durum bir fikre göre[610], tarafların, imkansızlığın sonuçlarını üstlenmek istedikleri anlamında yorumlanmalıdır. Buna karşılık başlangıçtaki sübjektif imkansızlık her iki tarafça da bilinmiyor ise taahhüt sözleşmesi geçerli olarak doğar; ancak taahhüt eden,

---

608 Wavre, **a.g.e.**, s. 50-51; Béguelin, "Porte-fort", s. 6.

609 Sübjektif imkansızlığın gerçek anlamda bir imkansızlık olup olmadığı hakkında bkz. Dural, **a.g.e.**, s. 80 vd.

610 Engel, **Traité,** s. 432.

şartları varsa BK m. 24 b. 4'deki temel hatası hükümlerinden faydalanmak suretiyle sözleşmeyi iptal ettirebilir[611]. İmkansızlığın alacaklı tarafından bilinmesine karşılık taahhüt eden, imkansızlıktan henüz haberdar değil ve bu hususta da aldatılmışsa, BK m. 28'deki hile hükümlerine dayanarak sözleşmeyi iptal etme hakkına sahiptir[612].

Başlangıçtaki imkansızlığın objektif olması halinde ise doktrin bölünmüş durumdadır. Bir kısım yazarlar bu durumda sözleşmenin BK m. 20 uyarınca geçersiz olması ve buna bağlı olarak taahhüt edenin zararı giderme borcunun doğmaması gerektiğini savunurlar[613]. Diğer bazı yazarlar ise başlangıçtaki objektif imkansızlık halinde kural olarak taahhüdün geçerli olduğunu, fakat bu imkansızlığın, tıpkı başlangıçtaki sübjektif imaknsızlıkta olduğu gibi taahhüt eden tarafa, hata ya da hile hükümlerine dayanarak sözleşmeyi iptal hakkını vereceğini ileri sürerler[614].

Sözleşme kurulduğu zaman mümkün olan bir edimin ifasının, kuruluştan sonra imkansızlaşması halinde, taahhüt sözleşmesinin konusunu oluşturan riziko da gerçekleşmiş olur ve borç muaccel hale gelir. Muacceliyet anından itibaren taahhüt edenin borcu artık bir miktar para borcudur ve para borcunun imkansızlığı ileri sürülemez. Sonraki imkansızlığın objektif veya sübjektif olmasının borç üzerinde herhangi bir tesiri de yoktur[615]. Zira taahhüt edenin borcunun doğumu için önemli olan, üçüncü kişinin edimini ifa etmemesidir, yoksa ifanın objektif bir sebepten mi yoksa sübjektif nedenlerden mi ileri geldiğinin değerlendirmesi yapılmaz. Ancak bu noktada, imkansızlığın objektif surette ortaya çıkmasının taahhüt edeni yine de sorumluluktan kurtarmayacak olmasına kuşkuyla yaklaşanlar vardır. Taahhüt edenin, üçüncü kişiden daha ağır bir sorumluluğa maruz bırakılamayacağı düşüncesinden hareket eden bir görüş, ifası üçüncü kişiden beklenemeyecek bir edimden dolayı taahhüt edenin sorumlu tutulmasının hakkaniyet düşüncesi ile bağdaşmayacağını savunur[616]. Bir kısım yazar ise, taahhüt edenin borcunun zaten garanti ilkesine

---

611 Engel, **Traité,** s. 432; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 807.
612 Engel, **Traité,** s. 432.
613 Béguelin, "Porte-fort", s. 6; Scyboz, **a.g.e.**, s. 18; **Berner Kommentar**, Weber, art. 111 OR N. 138.
614 Bu görüş temsilcisi için bkz. **Commentaire Romand**, Du Pasquier, art. 111 CO N. 10.
615 **Commentaire Romand**, Du Paquier, art. 111 CO N. 10.
616 Arık, "Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi", s. 57; Tunçomağ, **Genel Hükümler,** C: I, s. 986; İnan, **a.g.e.**, s. 387.

dayanan bir kusursuz sorumluluk olduğunu; taahhüt edenin, üçüncü kişinin dayandığı imkansızlık sebebine dayanacak olmasının garanti fiki ile bağdaşmayacağını öne sürerek bu görüşe itiraz eder[617]. Buna karşılık imkansızlığın sübjektif olarak belirmesi halinde böyle bir tartışmaya girmeye gerek kalmaz; zira taahhüt sözleşmesi, çoğu zaman üçüncü kişinin ediminin sonraki imkansızlığına karşı alınan bir önlem gibidir[618].

Aşırı ifa güçlüklerinde ise, clausula rebus sic stantibus başlığı altında ele alınan sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması teorilerinin hiçbirinin garanti sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulamayacağı kesin olarak kabul edilmektedir[619]. Zira garanti borcu altına giren kimsenin, böylesi ağır bir yükümlülük altına girerken beklenmedik olaylara karşı her zaman hazırlıklı olması gerektiğinin bilincinde olduğu düşünülmektedir. Fikrimize göre beklenmedik haller nedeniyle sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması garanti sözleşmeleri bakımından da uygulama alanı bulmalıdır. Her ne kadar garanti borcunun karakteri gereği borçlunun beklenmedik hallerden sorumluluğunun normal karşılanması gerektiği savunulabilirse de, değişen durumlar sonucu sözleşmenin ifası borçludan beklenemez hale gelmiş olabilir. Öyle ki beklenmedik hal sonucu sözleşme koşullarında meydana gelen değişiklikler garanti verenin mahfına sebep olabilecek boyutlarda ise, sözleşmenin yine de ifasında ısrar etmek adil sonuçlar vermez. Bu sebeple değişen durumlar sonucu sözleşme, kendisinden beklenen yararı artık sağlayamayacak hale gelmişse; pacta sunt servanda gerekçesiyle sözleşme hükümlerine mutlaka sadık kalmak veya dengelerin alt üst olduğu gerekçesiyle sözleşmeyi feda etmek yerine çıkarlar dengesinin gözetilerek sözleşmeye devamın sağlanması daha elverişli bir çözüm sunar.

---

617 Engel, **Traité,** s. 433; Reisoğlu, **Garanti,** s. 151; Eren, **a.g.e.**, s. 1111-1112; Béguelin, "Porte-fort", s. 6. Garanti sorumluluğunun kusura dayanmadığı hakkında ayrıca bkz. Gilliéron, **a.g.e.**, s. 52.

618 Engel, **Traité,** s. 433; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, § 50 N. 2621; **Basler Kommentar**, Pestalozzi, art. 111 OR N. 15.

619 Scyboz, **a.g.e.**, s. 21 dn. 28; Engel, **Traité,** s. 433; Scyboz, Gilliéron, **a.g.e.**, art. 111 CO.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ TAAHHÜDÜN HÜKÜMLERİ, SONA ERMESİ VE ZAMANAŞIMI

I. Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüdün Hükümleri

A. Taraflar Arasındaki İlişkiler

1. Taahhüt Eden İle Alacaklı Arasındaki İlişkiler

Taahhüt eden ile alacaklı arasındaki ilişkiler üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi tarafından yönetilir. Her ne kadar Borçlar Kanununun genel hükümler kısmında yer işgal etse de BK m. 110, tüm sözleşmelere uygulanan genel bir kural değil, özel bir sözleşme türünün bizzat kendisidir. Bu nedenle sözleşmelere ilişkin genel kuralların, kendisi de bir sözleşme olan üçüncü kişinin fiilini taahhüt ilişkisine uygulanmasına bir engel yoktur. Tüm sözleşmelerde olduğu gibi taahhüt sözleşmesnde sözleşmenin kurulması icap ve kabul esasına dayalıdır. Çok defa taahhüt edenin teklifi ve alacaklının kabulü ile sözleşme meydana gelir[620].

Taahhüt sözleşmesi kural olarak tek tarafa borç yükler. Bu sözleşme ile yalnızca taahhüt eden borç altında olup kendisine taahhütte bulunulan alacaklının borç altına girmesi ancak bir ivaz kararlaştırılması olasılığında mümkündür[621]. Bu bakımdan taraflar, kendi aralarında bir ivaz kararlaştırmış olmadıkça alacaklının taahhüt edene karşı ücret, prim, komisyon vb. isimler altında bir ödeme yapma borcu doğmaz[622]. Üçüncü kişinin mevcut bir borcu ödeyeceğinin temin edildiği taahhüt

---

620 Develioğlu, **a.g.e.**, N. 154. Taahhüt edenin teklifi ve alacaklının kabulü ile kurulsa da, pratik hayatta kefalet benzeri garantinin tüm işlevini banka teminat mektupları üstlenmiştir. Lehdarın, alacaklı adına olacak bir teminat mektubu düzenlenmesi emrini vermesinden sonra banka, iki adet teminat mektubu hazırlar ve karşılığında talimatı veren lehdarın hesabından bir miktar parayı bloke eder. Taahhüt eden, iki nüsha olarak düzenlenen bu teminat mektuplarından birini alacaklıya verir ve sözleşme ancak, alacaklının (muhatabın) teminat mektubunu kabulü yani teslim alması ile tamamlanır. Kahyaoğlu, **a.g.e.**, s. 45.

621 Béguelin, "Porte-fort", s. 3.

622 Banka teminat mektuplarında bankaya komisyon ödeyen kişi muhatap değil, edimi taahhüt edilen üçüncü kişi durumundaki lehdardır. Lehdar, banka tarafından lehine verilen teminat mektubu için banka ile aralarındaki iç ilişki gereği bir karşılık öder. Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 853.

sözleşmelerinde alacaklı ile üçüncü kişi arasında zaten kurulu bulunan bir borç ilişkisi söz konusu olduğundan, alacaklının teşebbüse girişmekten kaçınması gibi bir sorun ortaya çıkmaz. Ancak alacaklı ile üçüncü kişi arasında bir borç ilişkisi henüz mevcut olmayıp böyle bir ilişkinin varlığı, verilen teminat üzerine alacaklının harekete geçerek üçüncü kişi ile akdedeceği sözleşmelerden sonra doğacak olduğu hallerde, alacaklının, bu tarz bir borç ilişkisine girmek zorunda olup olmadığı tartışılabilir. Çünkü bu gibi durumlarda ödememe rizikosunun gerçekleşip gerçekleşmeyeceği ancak üçüncü kişi ile kurulacak bir sözleşme ilişkisinden sonra belli olacaktır. Denilebilir ki bu koşullarda dahi, taahhüt alacaklısına yüklenmiş hiçbir borç yoktur. Alacaklı, verilen garantiyi kabul etmiş olsa bile borç ilişkisi kurmak gibi bir yükümlülüğün altına girmiş olmaz[623]. Fakat bu koşullar altında taahhüt alacaklısı, taahhüt edene zarar giderimi için başvurma hakkını kaybeder. Diğer taraftan taahhüt eden de taahhüt alacaklısından, teşebbüse girişilmemiş olmasını dayanak göstererek herhangi bir tazminat talebinde bulunamaz; böyle bir durumda taahhüt eden, en iyi olasılıkla zarar ödemesinden kurtulmuş olur[624].

Taahhüt sözleşmesinin alacaklısı, edimi taahhüt edilmiş üçüncü kişinin davranışları hakkında taahhüt edeni bilgilendirmek ya da taahhüt edene hesap vermek yükümlülüğü altında da değildir. Ancak taraflar, sözleşmede aksini kararlaştırarak alacaklının taahhüt edene hesap verme veya bilgilendirme gibi bazı yükümlülüklerini şart koşabilirler[625].

Taahhüt eden ile alacaklı arasındaki ilişkiler özellikle taahhüt edenin savunma hakkları açısından gündeme gelir. Taahhüt sözleşmesinde taahhüt edenin alacaklıya karşı ileri sürebileceği defi ve itirazlar bakımından üç ayrı olasılığın göz önünde bulundurulması gerekir: İlk olarak taahhüt eden ile alacaklı arasındaki taahhüt sözleşmesinden doğan defi ve itirazlar; ikincisi, alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki temel ilişkiden doğan defi ve itirazlar; üçüncü olarak da taahhüt eden ile üçüncü kişi arasındaki karşılık ilişkisinden doğan defi ve itirazlar. Doktrin, bu ilişkiler içerisinde

---

623 Reisoğlu, **Garanti**, s. 159.
624 Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 853.
625 Reisoğlu, **Garanti**, s. 158.

taahhüt edenin ileri sürebileceği savunmaların, yalnızca taahhüt sözleşmesinden doğan defi ve itirazlar olduğu fikrinde birleşmektedir[626].

Taahhüt sözleşmesinden doğan defi ve itirazların başında sözleşmenin geçerli olarak kurulmasına ilişkin savunmalar gelir. Kurulma anından sonra, sözleşmenin devamı boyunca ortaya çıkabilecek veya sözleşmenin sona ermesine ilişkin defi ve itirazlar da taahhüt sözlemesinden doğan savunmalar arasında yer almaktadır. Bu bağlamda bir sözleşme olması sebebiyle tüm sözleşmeler için ileri sürülebilecek geçersizlik sebepleri ve irade bozukluğu halleri üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi için de ileri sürülebilecektir[627].

Taahhüt sözleşmesinden doğan savunmaların en önemlisi rizikonun gerçekleşmediğine yönelik itirazlardır. Ancak rizikonun gerçekleşmediği itirazı bazen zorunlu olarak temel ilişkiyi ilgilendirir. Örneğin temel ilişki ile bağlantılı bir sona erme itirazı rizikonun ortaya çıkmasını da engelleyebilir. Bu bakımdan doktrinde öne sürülen fikre göre[628] asıl borçlu tarafından ileri sürülen itiraz ya da defi aynı zamanda rizikonun gerçekleşmesine engel oluyorsa bu savunmanın taahhüt eden tarafından ileri sürülmesine izin vermek gerekir, yoksa bu tür defi ya da itirazlara asıl sözleşmeden doğuyor gözüyle bakmamalıdır.

Rizikonun geçekleşmediği itirazı ilk talepte ödeme kayıtlı banka teminat mektupları bakımından da aynen geçerlidir. Riziko gerçekleşmeden bankaya başvurulduğu durumda ilk talepte ödeme kaydına rağmen, banka, ödeme yapmak zorunda değildir. Zira ilk talepte ödeme kaydı, bankanın riziko gerçekleşmese de sorumlu olacağı anlamına gelmez. Buradaki özellik, ilk talepte ödeme koşullu banka teminat mektuplarında rizikonun gerçekleşip gerçekleşmediğini inceleme hak veya yükümü olmayan bankanın talep üzerine derhal ödeme yapmak zorunda olması, fakat

---

626 **Commentaire Romand**, Du Pasquier, art. 111 CO N. 15 ve 22. Guggenheim, **a.g.e.,** s. 341; Oğuzman, Öz, **a.g.e**, s. 802; Reisoğlu, **Garanti,** s. 66; Akman, "Garantör Sıfatıyla Girişilen Taahhüdün Mahiyeti ve Bu Bağlamda Garanti ve Kefalet Sözleşmelerini Birbirinden Ayıran Temel Kriterler", s. 1672; Reisoğlu, **Kefalet,** s. 79; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 818; Mongbè, **a.g.e.**, s. 15; Develioğlu, **a.g.e.**, N. 739

627 Develioğlu, **a.g.e.**, N. 739 vd.

628 Seza Reisoğlu, "Banka Teminat Mektuplarında Kayıtsız Şartsız Ödeme Taahhüdü ve Hukuki Sonuçları", **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu,** VI, Bildiriler- Tartışmalar, 14-15 Nisan 1989, s. 74.

ödemenin hemen arkasından, rizikonun gerçekleşmediğini öne sürerek ödediği şeyi geri isteyebilmesidir[629].

Şu halde ilk talepte ödeme koşulu, rizikonun gerçekleşmediğinin bir itiraz olarak ileri sürülmesine engel değildir. Buradaki sorun asıl olarak, bankanın rizikonun gerçekleşmediğini kendisine başvurulmasından önce kesin olarak bildiği durumlarda ödeme yapmaktan kaçınıp kaçınamayacağı noktasında doğmaktadır. Konuyla ilgili olarak Tandoğan, rizikonun gerçekleşmediğinin açıkça ve hemen kanıtlanması halinde ödeme yapmaktan kaçınma hakkı tanıyan banka lehine bir çözümü önermektedir[630]. Reisoğlu da benzer şekilde, banka teminat mektubunun, alacağın kendisinde mündemiç olduğu bir kıymetli evrak niteliğinde olmadığını ve bu sebeple soyut bir borca varlık kazandıramayacağını ve bu noktadan hareketle, mahkemelerin, ilk talepte ödeme kayıtlarında örtülü de olsa rizikonun gerçekleşmesi şartını arayarak hareket etmeleri gerektiğini savunan bir çözüme taraftardır[631].

Kleiner'ye göre ise, rizikonun gerçekleşmediği iddiasının mahkemece dinlenmemesi gerektir, aksi takdirde ilk talepte ödeme kayıtlarının bir anlamı kalmaz. İlk talepte ödeme koşullu garantilerde mahkeme, bankayı ödeme yapmaya mahkum etmeli; sonrasında banka, ödediği tutarı lehdardan aldığı bir karşıgaranti bedelinden tahsil etmeli ve lehdar ise muhataba dönerek sebepsiz zenginleşme davası açmalıdır[632].

Biz bu konuda Kleiner'nin görüşüne katılıyoruz. Zira aksi yönde bir uygulama banka teminat mektuplarına konulan ilk talepte ödeme kayıtlarını anlamsız hale getirir. Buna göre banka, kendisinden ödeme talep eden alacaklıya ilk talepte ödeme kaydı gereği derhal ödeme yapmalı, rizikonun gerçekleşmediğini ispat daha sonra olmalıdır. Ayrıca çoğu zaman bankanın yaptığı ödeme tutarını, kendisinde depo ettiği bir karşıgarantiden tahsil edebilmesi bu konuda hiçbir kayba uğramayacağının göstergesidir. Burada asıl kayba uğrayacak olan lehdardır; zira

---

629 Arkan, "Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu", s. 75.
630 Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 858.
631 Reisoğlu, **Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler**, s. 67 vd.
632 Kleiner, **a.g.e.**, s. 48'den naklen: Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 859.

lehdar, ödediği şeyi ancak kanuni yollara başvurmak suretiyle geri alabilecektir. Bunun dışında ilk talepte ödeme kaydının olumsuz sonuçlarını bertaraf etmek için bu tür ağır yükümlülükler getiren kayıtların altına imza atmamaktan başka seçenek yoktur. Öte yandan eklemek gerekir ki bu denli ağır sorumluluklar ilk talepte ödeme kayıtlı banka garantileri için söz konusu olup bu tür özel koşulları içermeyen sıradan teminat mektuplarında bankanın rizikonun gerçekleşmediğini öne sürerek veya diğer defi ve itirazlara dayanarak ödemeden kaçınmasında bir sakınca olmamak gerekir.

Ayrıca ilk talepte ödeme kayıtlarına, riziko gerçekleşmeden dahi ödeme etkisi tanınmasının banka teminat mektubundan doğan borca soyut bir nitelik vereceği düşüncesi de yersizdir. Çünkü soyutluk tamamen farklı bir niteliktir. Soyutluk, mevcut veya geçerli bir sebebi bulunmasa bile bir borcun geçerli olarak doğduğu halleri ifade eder ve garanti sözleşmesinde böyle bir nitelik bulunmaz. Garanti sözleşmelerinde hukuki sebep vardır ve bu sebep teminat sebebi (causa garanti) dir. Garanti sözleşmesi ve onun bir türü olan banka teminat mektuplarında hukuki sebep geçersiz ise sözleşme hükümsüz olacaktır. Fikrimize göre ilk talepte ödeme kaydına itibar etmenin garanti sözleşmesinin niteliğine aykırı olacağı savunması, kayda etki tanımanın teminat mektubundan doğan borca soyut bir nitelik kazandıracağı yönünden değil; olsa olsa garanti borcunun taşıdığı ikincil niteliğe aykırı olduğu yönünden yapılabilir. Zira bu durumda muhatap, ilk talepte ödeme kaydına dayanarak riziko gerçekleşmeden önce de bankaya başvurabilecektir. Tarafların aralarında anlaşarak üçüncü kişinin fiilini taahhüdün ikincil karakterini saf dışı bırakmalarına bir engel yoktur. Bu durumda fikrimize göre ilk talepte ödeme kaydı ikincil nitelikteki taahhüt sözleşmesini birincil hale dönüştürücü bir etki yapmaktan öteye geçmez. Böylece alacaklı, üçüncü kişiye başvurabileceği gibi üçüncü kişiye hiç başvurmadan, yani rizikonun gerçekleşmesini beklemeden doğrudan bankaya giderek ödeme talebinde bulunabilir.

Bununla birlikte Yargıtay'ın uygulaması ilk görüş doğrultusundadır. Rizikonun doğmadığı veya sona erdiğine ilişkin savunmalar garanti sözleşmesinden doğan ve banka tarafından ileri sürülecek savunmalar olarak kabul edilmektedir.

Örneğin Yargıtay, 28.2.1990 tarihli bir kararında bu yöndeki düşüncesini açıkça ortaya koymuştur[633]:

> Banka teminat mektupları bir kıymetli evrak olmadığı gibi mücerret bir borç taahhüdü de değildir. Daima ileride doğabilecek bir rizikoyu ihtiva eder. Genelde de banka lehtar ile bir kontrgaranti sözleşmesi yapmadan teminat mektubu verilemez. Yine belirtmek gerekir ki banka teminat mektuplarının bunu veren bankanın itibarı ile çok sıkı biçimde bağlı bulunduğu da kuşkusuzdur. Bu mektupla taahhüt edilen bedelin muhatap tarafından talebi halinde ödenmemesi banka için onarılması güç ve itimadı sarsıcı sonuç doğuracağı hatta olayın tekrar edip duyulması halinde bankayı kaçınılmaz mali zorluklara düşüreceği aşikardır. … Ne var ki mektup karşılığının ödenmesi talep edildiğinde mektubu veren bankanın, borcun lehtarı tarafından yerine getirildiği veya mektubun sahte olduğu ya da zamanaşımına uğradığı gibi itirazlarla ödemeden çekinebileceği ve bu halde alacaklının ancak yasal yollara başvurabileceği düşünülebilir.

Yine benzer bir karar da şöyledir[634]:

> Her sözleşmede olduğu gibi garanti akdinde de borçlu banka bu sözleşmenin sahtecilik yoluyla oluşturulduğu bu nedenle hiç doğmadığını, hata ve hileye maruz bırakıldığını, teminat mektubu ile garanti altına alınan ilişkinin hiç doğmadığını veya bu gibi kendisine ait defileri ileri sürerek teminat mektubu ile yükümlendiği edimlerden kurtulması mümkündür. Sözleşmenin garanti niteliğinde olması, borçlunun bu temel savunma haklarından yararlanmasına engel teşkil edemez.

Taahhüt sözleşmesinden doğan diğer bir önemli itiraz hakkın kötüye kullanılması yasağı olarak anılmaktadır[635]. Buna göre taahhüt alacaklısı haklarını

---

633 Yarg. HGK, 28.2.1990 t., E. 1990/6-1 K. 1990/141 (www.kazanci.com.tr) .

634 Yarg. 11. HD, 9.2.1988 t., E. 7787 K. 629 (Arkan, "Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu", s. 80 dn. 81).

635 **Commentaire Romand**, Du Pasquier, art. 111 CO N. 27; Ferhat Canbolat, **Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve İhtiyati Tedbirler**, Ankara, Yetkin, 2009, s. 217. Öyle ki UNCITRAL tarafından yayınlanan Konvansiyon'un 19. maddesinde garanti sözleşmesinde hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulması durumunda garanti veren bankanın ödeme

amaç dışında kullanacak olursa taahhüt sözleşmesini kötüye kullanmış olur ve bu yönde bir itiraz ile karşılaşması olağandır[636]. Örneğin alacaklının, garanti bedelinin ödenmesine yönelik talep hakkını kullanmadan önce teminat altına alınan edimden doğan hakkından feragat etmesi veya temel ilişkideki talep hakkını ortadan kaldıran bir nedeninin varlığını açıkça kabul etmesi gibi nedenlerin varlığı halinde talepte bulunması hakkın kötüye kullanıldığını gösterir[637].

İlk talepte ödeme kayıtlı banka teminat mektupları da hakkın kötüye kullanılması yasağı ile olan ilişkisi bakımından sıkça gündeme gelmektedir. İlk talepte ödeme kaydı gereği bankanın rizikonun gerçekleştiğini araştırma yetkisinden yoksun olması bazı muhatapların bu durumdan yararlanmalarına ve rizikonun gerçekleşmeyeceğinin kesin olarak anlaşılmasına rağmen ödeme talebinde bulunabilmelerine yol açmaktadır. Bu durum zaman zaman hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilse ve bankaya bu yönde bir itiraz hakkı tanınsa da[638] katıldığımız fikre göre[639] rizikonun gerçekleşmemesine rağmen ödeme talebinde bulunulmasını hakkın kötüye kullanılması kapsamında değil, rizikonun gerçekleşmediği savunması kapsamında ele almak yerinde olur. Zira bir hakkın kötüye kullanıldığından bahsedebilmek için öncelikle bu hakkın mevcut olması gerekir. Nitekim ödeme talep hakkının da kötüye kullanıldığından bahsedebilmek için öncelikle bu hakkın ortaya çıkması, yani zarar rizikosunun gerçekleşmiş olması gerekir. Bu nedenle sözde var olan hak hiçbir şekilde mevcut değil veya geçerli bir şeklide oluşmamış ya da şarta bağlı olarak ortaya çıkıyor ya da kullanılmadan önce ortadan kalktığı için gerçekte hiç mevcut olmamışsa, hakkın kendisi de mevcut değil demektir ve bu gibi durumlarda hakkın kötüye kullanılması yerine rizikonun gerçekleşmediğinden bahsetmek daha isabetli olur[640].

---

yapmaktan kaçınması bir hak olmaktan çok bir yükümlülük olarak düzenlenmiştir. Bu konuda bkz. Canbolat, **a.g.e.**, s. 215 dn. 262.

636 Arkan, "Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu", s. 75 vd.

637 Hakkın kötüye kullanılması halleri için bkz. Canbolat, **a.g.e.**, s. 220 vd.

638 Arkan, "Teminat Mektubu Veren bankanın Hukuki Durumu", s. 75 vd.

639 Canbolat, **a.g.e.**, s. 216 vd.

640 Canbolat, **a.g.e.**, s. 216.

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinden doğduğu kabul edilen hakkın kötüye kullanılması itirazında bulunmak için bu konudaki kanıtların açık ve kesin olması gerektiği savunulmaktadır. Bankanın hakkın kötüye kullanıldığı iddiasıyla ödeme yapmaktan kaçınması ticari itibarını yakından ilgilendiren bir hususdur[641] ve ancak açık ve kesin kanıtların varlığı halinde bu yola başvurulması yerinde olur. Açık ve kesin kanıttan kasıt; bankayı, ödeme yapmamaya ve ileride muhatap tarafından açılacak bir davada ispat yükünü üstlenmeyi göze almaya ikna edecek derecede güçlü kanıtlardır[642].

Taahhüt sözleşmesinden doğduğu kabul edilen bir başka itiraz ödeme talebinin geçersizliğine ilişkin itirazlardır. Bu tür itirazlar genellikle tarafların aralarında kararlaştırdıkları özel ödeme şartlarına aykırılık iddiaları tarzında ortaya çıkar[643]. Bu özel ödeme şartlarının başında süre ile ilgili olanlar gelir[644]. Belli bir ödeme süresinin öngörüldüğü hallerde bu süre içinde bankaya yazılı bir başvuruda bulunulmazsa BK m. 110 f. 2 uyarınca banka bu taahhüdünden kurtulmuş olur[645].

Taahhüt sözleşmesinin sona erdiğine ilişkin itirazlar da yine alacaklıya karşı ileri sürülebilecek savunmalar arasındadır. İfa, yenileme, ibra gibi borcun sona erme halleri bu nitelikteki savunma sebeplerinin başlıcalarıdır[646].

---

641 "…*banka teminat mektuplarının bunu veren bankanın itibarı ile çok sıkı biçimde bağlı bulunduğu da kuşkusuzdur. Bu mektupla taahhüt edilen bedelin muhatap tarafından talebi halinde ödenmemesi banka için onarılması güç ve itimadı sarsıcı sonuç doğuracağı hatta olayın tekrar edilip duyulması halinde bankayı kaçınılmaz mali zorluklara düşüreceği aşikardır…*". Yarg. HGK, 28.12.1990 t., E. 1990/6-1 K. 141 (YKD, C: 31, Sayı No: 362, 1991, s. 7782-7783).

642 Arkan, "Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu", s. 82.

643 Banka teminat mektupları bakımından söz konusu olan sahtecilik iddiaları uygulamada bu kapsamda değerlendirilmektedir. Teminat mektubunun sahte olması halinde bankanın muhatapla bir sözleşme ilişkisine girme iradesinden söz edilemeyeceği için ödeme yükümlülüğünün doğmadığı kabul edilmektedir. Canbolat, **a.g.e.**, s. 186; Arkan, "Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu", s. 71; Yarg. 11. HD, 3.5.1993 t., E. 1956 K. 3128 (Uygur, **a.g.e.**, s. 3943-3944); Yarg. 11. HD, 29.3.1990 t., E. 5896 K. 2664 (Uygur, **a.g.e.**, s. 3949-3950); Yarg. 11. HD, 18.1.1994 t., E. 1161 K. 153 (Uygur, **a.g.e.**, s. 3952-3953).

644 Tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları özel şartlardan bir diğeri bazı bilgi ve belgelerin ödeme talebine eklenmesi kayıtlarıdır. Çeşitli raporlar ile bilirkişi incelemelerinin veya akreditif belgelerinin de ibrazı öngörülüyorsa ödeme talebinde bulunurken bu belgelerin de sunulması gerekir. Aksi takdirde garanti veren, ödeme talebinde bulunmaya ilişkin hakkın doğmadığını ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabilir. SJ 1962 129 vd.

645 Arkan, "Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu", s. 72.

646 Develioğlu, **a.g.e.**, N. 764.

Taahhüt sözleşmesinden doğan defi ve itirazları alacaklıya karşı kullanabilen taahhüt eden, asıl sözleşmeden doğan savunmaları ise kural olarak ileri süremez. Üçüncü kişinin ediminin dayandığı borç ilişkisinin geçersiz olduğunu veya edimin imkansız olduğunu ya da üçüncü kişinin irade bozukluğunu ileri sürerek ödeme yapmaktan kurtulamaz. Ancak elbette bu durum, alacaklı ile borçlu arasındaki temel ilişkinin geçersizliğini bilmediğini ve bu bilmeme halinin BK m. 24 b. 4 uyarınca temel hatası teşkil ettiğini ya da BK m. 28 uyarınca hile şartlarına varlık verdiğini ileri sürerek taahhüt sözleşmesini iptal ettirmesine engel olmaz[647]. Ayrıca tarafların aralarında aksine anlaşmalar yapmaları da her zaman mümkündür[648].

Burada sorgulanması gereken bir başka husus da, rizikonun gerçekleşmesine alacaklının kusuru ile sebep olduğu hallerdir. Bu durum doktrinde üçüncü kişinin fiilini taahhüt borçlusunun temel ilişkiye ait savunmalara dayanamaması kuralının istisnası olarak görülmekte ve bu halde, taahhüt edenin gene de sorumlu olacağının ileri sürülmesinin dürüstlük kuralı[649] ile bağdaşmayacağı kabul edilmektedir[650]. Alacaklının, üçüncü kişinin edimini kabulden haklı sebep olmaksızın kaçınması veya bu edimin yerine getirilmesi için hazırlayıcı fiilleri yerine getirmemesi gibi davranışlarıyla edimin ifasına engel olduğu durumlarda taahhüt edenden zararı gidermesinin beklenemez[651].

Bu kural, kasıt ya da ağır ihmal halinde kesin olarak kabul edilmekle birlikte[652], kusurlu davranışın hafif ihmal düzeyinde kalması halinde taahhüt edenin borcunun ortadan kalkıp kalkmayacağı tartışmalıdır. Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün borçlu aleyhine hükümleri ve hafif ihmalin ispatının zor olması gibi hususlar göz önünde bulundurulduğunda hakimin, taahhüt borçlusu lehine karar vermesi ve sorumsuzluğa hükmetmesi gerektiği düşünülebilir. Bununla birlikte taraflar,

---

647 Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 810 ve ayrıca bkz. s. 809.

648 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Canbolat, **a.g.e.**, s. 157 vd.

649 Alacaklının kusurunu hakkın kötüye kullanılması kapsamında değerlendiren görüş için bkz. Canbolat, **a.g.e.**, s. 221.

650 Reisoğlu, **Garanti**, s. 170; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 810; **Commentaire Romand**, Du Pasquier, art. 111 CO N. 15; Scyboz, **a.g.e.**, s. 20 ve ve s. 20'de dn. 27. Alacaklının kusuru savunmasının temel ilişkiden değil, taahhüt sözleşmesinden doğduğu yolundaki aksi yöndeki fikir için bkz. Barlas, **a.g.e.,** s. 78.

651 **Commentaire Romand**, Du Pasquier, art. 111 CO N. 15.

652 Priester, **a.g.e.**, s. 25.Ayrıca bkz. Guggenheim, **a.g.e.**, s. 92-93.

alacaklının kusuruna rağmen taahhüt edenin borcunun devamına karar verebilirler; yeter ki taraflar arasında bu yönde yapılacak bir anlaşmanın, kanuna ve ahlaka aykırı bir tarafı bulunmasın[653].

Alacaklının kusurlu davranışının taahhüt borçlusunun sorumluluğunu sona erdirip erdirmeyeceği meselesi özellikle banka teminat mektupları ve bunlar içinde de asıl olarak, ilk talepte ödeme kayıtlı banka teminat mektupları açısından gündeme gelir. Teminat mektubunda yer alan "ilk talepte kayıtsız şartsız ödeme" kaydının, alacaklının kusuruna rağmen bankanın sorumluluğunu ayakta tutup tutmayacağına genellikle olumsuz cevap verilmektedir. Zira her ne kadar mektup metininde ilk talepte ödeme kaydı yer alsa da bu kayıt, ticari senetlerde olduğu gibi soyut bir borca vücut vermez ve kayda rağmen, rizikonun kaynağında muhatabın kusurlu davranışının bulunması bankanın sorumluluğunu ortadan kaldırır. Fakat teminat metninde yer alan itirazsız ödeme kaydı, bankanın muhataba karşı kusurlu davranışı ileri sürmesine engel olur. Bu durumda banka, kusurlu olan muhatabın bu kusuruna rağmen yine de tazmin talebine cevap vererek mektupta yazan bedeli ödemek zorunda kalacak, ancak daha sonra, rizikonun gerçekleşmesine muhatabın kendi kusurlu davranışı ile sebep olduğunu kanıtlayarak ödediği şeyi geri isteyecektir[654].

Yargıtay bu konuda, bankaların kayıtsız şartsız bir ödemeyi kabul etmiş olduklarından hareketle üçüncü kişiye ait defileri ileri süremeyeceklerini ve ödeme isteğini derhal yerine getirmek zorunda olduklarını içtihat etmiştir[655]. Ancak Mahkemenin bu yöndeki kararlarını doğru bulmayan Tandoğan'a göre bankanın, muhatabın kusurunu ileri sürmesi üçüncü kişiye ait bir defi olarak değerlendirilemez; zira garanti veren banka burada, üçüncü kişiye ait bir defiyi değil, kendi garantisinin kapsamına dahil bir defiyi ileri sürmektedir[656]. Hatta yazar bir adım daha öteye giderek bu gibi hallerde bankanın ödeme yapmasına gerek dahi kalmayabileceğini

---

653 Priester, **a.g.e.**, s. 25.

654 Seza Reisoğlu, **Banka Teminat Mektupları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar**, Ankara, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, 1977, s. 12; Semra Omağ, "Banka Teminat Mektuplarının Mahiyeti ve Hükümleri", **BATİDER,** C: VI, Sayı No: 2, 1971, s. 337.

655 Yarg. HGK., 26.1.1974 t., E. 971/582 K. 73 (İKD, C: 14, Sayı No: 159, 1974, s. 2621). Aynı yönde bkz. Yarg. 11. HD., 28.9.1987 t., E. 5093 K. 4856 (Uygur, **a.g.e.**, s. 3916 vd.); Yarg. HGK, 3.7.1981 t., E. 979/11-1941 K. 560 (Uygur, **a.g.e.**, s. 3939- 3940).

656 Bu hususta bkz. Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 857.

düşünmektedir. Bankanın, muhatabın kusurunun neden olduğu zararları üstlenmek istemediği mektup metninden açıkça anlaşılıyorsa ilk talepte ödeme kaydına rağmen banka, ödeme yapmak zorunda değildir. Fakat bu durum mektup metninden açıkça anlaşılamıyor ve derhal de kanıtlanamıyorsa zarar giderimi talebini yerine getirmeleri bankaların finansal itibarlarını korumaya daha fazla hizmet eder[657].

Alacaklının kusuru ile rizikonun gerçekleşmesine sebep olduğu haller dışında kusursuz sorumluluğunun öngörüldüğü haller de taahhüt borçlusunun sorumluluğunu sona erdirici bir etki yapar. Taahhüt alacaklısının BK m. 55 gereği istihdam ettiği kişilerin hizmetlerini ifa ederken sebep oldukları kusurlu davranışları ya da BK m. 100 gereği yardımcıların yol açtıkları zarar veya diğer kusursuz sorumluluk hallerinde edimin ifasına kendi kusurlu davranışı ile engel olmadığı halde alacaklı, kusursuzluk esası uyarınca sorumlu tutulduğu için taahhüt edenden zarar tazminini isteyemez[658].

Taahhüt edenin bulunduğu konum itibariyle üçüncü bir grupta yer alan karşılık ilişkisinden doğan savunmaların ileri sürülüp sürülemeyeceği meselesi aşağıda taahhüt eden ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiler kısmında ele alınacağı için burada tekrardan kaçınıyoruz.

Rizikonun gerçekleştiğini ispat yükü alcaklının üzerindedir. Alacaklı, üçüncü kişi tarafından ifanın yerine getirilmediğini kanıtlayarak uğradığı zararın giderimini taahhüt edenden isteyebilir. Bununla birlikte ispat, alacaklıya bir borç olarak değil, bir ödev olarak yüklenebilir. Bu ödevin gereğini yerine getirmeyen alacaklı, ancak talep hakkını kaybeder yoksa karşı tarafa bu sebepten dolayı bir ödeme yapmak zorunda değildir[659].

Rizikonun doğduğunun ispatı bakımından üzerinde durulması gereken bir mesele de, üçüncü kişinin alacaklıya karşı ayrı bir hukuki sebeple sorumlu olduğu, mesela üçüncü kişinin borcuna karşılık rehin veya kefil gösterdiği durumlarda taahhüt

---

657 Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 856-857.
658 Reisoğlu, **Garanti,** s. 170.
659 Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 854.

edenin bunları ileri sürerek, alacaklının önce bu rehin ya da kefaletlere başvurmasını isteme hakkının olup olmadığıdır. Bu sorunun cevabı üçüncü kişinin fiilini taahhütten doğan borcun ikincil olup olmadığı tartışması ile yakından ilgilidir. Borcun ikincil olduğunu savunan ve bizim de katıldığımız fikre göre[660] zararın giderilmesi için önce zararın doğmuş olması gerekir. Zararın doğduğunun ispatı ise ancak üçüncü kişinin cebri icra yoluyla takbinin sonuçsuz kalmasından sonra mümkün olabilecektir. Takibin sonuçsuz kalması, üçüncü kişinin borcunu ödemediğine ve rizikonun gerçekleştiğine ve dolayısıyla zararın meydana geldiğine kanıttır. Alacağın elde edilmesi olanağının şüpheli de olsa halen deva ediyor olması rizikonun gerçekleştiğini kabul için yeterli değildir. Üçüncü kişiye rehin ya da kefalet gibi herhangi bir nedenden dolayı başvurma imkanı bulunduğu sürece riziko gerçekleşmemiş demektir ve riziko gerçekleşmeden taahhüt edene başvurulmamalıdır.

Buna karşılık diğer görüş[661], taahhüt edenin teminat borcunun birincil olduğunu savunur. Bu görüşün benimsediği fikre göre, eğer ikincillik görüşü kabul edilecek olursa taahhüt alacaklısının, önce üçüncü kişiyi takip etmesi gerekir ve bu takip, doğal olarak taahhüt edenin; mahkeme aşamasında hükmün verilmesini, verildikten sonra kesinleşmesini ve kesinleştikten sonra icra takibinin sonuçsuz kalmasını beklemek zorunda olmasını deyimler. Halbuki üçüncü kişinin fiilini taahhüt, böylesi zahmetli süreçlerden kurtulmak için doğmuş bir kurumdur. Taahhüt alacaklısı, dava ve takip prosedürü ile uğraşmadan bir an önce alacağına kavuşmak isteğiyle üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi akdetmiştir, taahhütten doğan borca tanınacak bir ikincillik özelliği ise bu amacı boşa çıkartır[662].

---

660 Priester, **a.g.e.**, s. 16'dan naklen: Reisoğlu, **Garanti,** s. 155. Aynı yönde bkz. Özen, **a.g.e.**, s. 11.

661 Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, art. 111 N. 12. Aynı yönde bkz. Reisoğlu, **Garanti**, s. 156; Arık, "Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi", s. 56.

662 Fikrimize göre üçüncü kişinin fiilini taahhüdün amacının dava ve takip yolları ile uğraşmak zorunda kalmaksızın alacaklıyı mümkün olan en kısa zamanda alacacağına kavuşturmak olduğu ve ikincillik özelliğinin kabulü halinde bu amaca ulaşılamayacağı savunması sıradan kişiler açısından değil, bankalar cephesinden balkıdığında haklı olabilir. Hemen daima güçlü bir taahhüt eden konumunda bulunan banka tarafından verilen teminat mektuplarında, muhatabı lehdarı takip zorunda bırakmadan bir an önce alacağına kavuşturma işlevi daha baskındır. Bu işlev ise ilk talepte kayıtsız şartsız ödeme klozları ile sağlanabilir. Ancak ilk talepte ödeme kayıtları dahi rizikonun gerçekleşmesinden önce ödeme yapılacağı anlamına gelmez. Bu gibi durumlar ispat

2. Taahhüt Eden İle Üçüncü Kişi Arasındaki İlişkiler

Taahhüt eden ile üçüncü kişi arasında kural olarak herhangi bir hukuki ilişkinin varlığından söz edilemez. Nitekim taahhüt sözleşmesi taahhüt eden ile taahhüt edilen arasında meydana gelip üçüncü kişi sözleşmeye taraf olmadığı gibi taahhüt edenin de, üçüncü kişi ile alacaklı arasındaki temel ilişkiye taraf olması söz konusu değildir. Ancak uygulamada çoğu kez taahhüt eden ile üçüncü kişi arasında bir hukuki ilişkinin varlığı göze çarpar. Taahhüt edenin taahhüt sözleşmesi gibi ağır bir yükümlülük altına girmesi, üçüncü kişi ile aralarında mevcut olan hukuki ilişkinin gereğini yerine getirmesi isteğinden ileri gelir. Taahhüt eden ile üçüncü kişi arasında söz konusu olan bu ilişki doktrinde "karşılık ilişkisi" olarak adlandırılır[663]. Karşılık ilişkisinin yaygın olarak vekalet sözleşmesi formunda göründüğünü söylemek yanlış olmaz[664]. Bununla birlikte vekaletsiz işgörmeye de uygulamada sıkça rastlanır[665]. Karşılık ilişkisinin önemi, taahhüt edenin ödeme yaptıktan sonra üçüncü kişiye rücu edip edemeyeceği noktasında ortaya çıkar. Ancak ileride taahhüt sözleşmesinin hükümleri arasında rücu sorununa değineceğimiz için konu ile ilgili açıklamaları bu kısma bırakmayı tercih ediyoruz.

Taahhüt eden, asıl borçluya karşı haiz olduğu karşılık ilişkisinden doğan defi ve itirazları alacaklıya karşı ileri süremez. Buna göre taahhüt eden, karşılık ilişkisinin kanuna ya da ahlaka aykırılık sebebiyle geçersiz olduğunu veya irade bozukluğu sebeplerinden biri ile kurulduğunu veya ehliyetsizliğini ileri sürerek taahhüt sözleşmesinden doğan borcunu ifadan kaçınamayacaktır[666]. Bununla beraber doktrinde son zamanlarda taraftar bulan bir fikir, garanti sözleşmesinin asıl borçlunun hilesi sebebiyle kurulmuş olması ve alacaklının bu hileden haberinin bulunmaması

---

yükü bakımından önem taşır. Banka ilk talepte ödeme garantisi gereği kendisine başvuran alacaklıya rizikonun gerçekleştiğini farz ederek ödemeyi yapar; ancak riziko gerçekleşmemişse yaptığı ödemeyi geri istemesine kimse engel olamaz. İlk talepte ödeme kayıtlarının yer almadığı taahhüt sözleşmelerinde ise rizikonun gerçekleştiği alacaklı tarafından kesin bir ifa yokluğu ile kanıtlamalıdır. İlk talepte ödeme garantileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Arkan, "Teminat Mektubu Veren bankanın Hukuki Durumu", s. 52 vd. Ayrıca bkz. Kahyaoğlu, **a.g.e.**, s. 63 vd.

663 Terim için bkz. Develioğlu, **a.g.e.**, N. 143.

664 ATF 120 II 32 [(Çevrimiçi) http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=fr&type= highligh_ simple_quer...4.2.2009]

665 Develioğlu, **a.g.e.**, N. 144.

666 Develioğlu, **a.g.e.**, N. 720.

halinde taahhüt edene hile sebebiyle ödeme yapmaktan kaçınma hakkı tanımakta ve bu durumun, karşılık ilişkisinden doğan savunmaların alacaklıya karşı ileri sürülemeyeceği genel kuralına aykırılık teşkil etmediğini savunmaktadır[667].

B. Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüdün Başlıca Uygulama Alanı: Banka Teminat Mektupları

Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün hukukumuzdaki en yaygın uygulama şekli banka teminat mektuplarıdır[668]. Banka teminat mektubu, bir bankanın müşterisinin talebi üzerine, onun doğmuş veya doğacak bir borcunu ihlal etmesi karşısında zarara uğrayacak olan kişiye, bu kişinin talebi üzerine zararı giderceğini taahhüt ettiği bir teminat türüdür[669]. Banka teminat mektuplarında üç kişinin varlığı göze çarpar: Banka, bankanın kendisine hitaben teminat mektubu verdiği muhatap ve muhataba karşı edimi taahhüt edilen lehdar[670]. Hukukumuzda banka teminat mektupları hakkında kanuni bir dayanak mecut değildir[671]. Başlangıçta Devlet ve Kamu kuruluşlarınca yapılan arttırma, eksiltme ve ihalelere verilecek teminatlar şekilinde daha çok kamu hukuku alanında kullanılan banka teminat mektupları zaman içinde geniş bir uygulama alanı bularak bankalar tarafından özel kişilere verilecek teminatlar içinde aranır bir kurum haline gelmiştir[672].

Banka teminat mektuplarının hukuki niteliği uzun zaman tartışılmıştır. Bu taahhütle bankanın kefalet mi yoksa üçüncü kişinin fiilini taahhüt karakterinde mi bir teminat borcu altına girdiği meselesi tartışmaların özünü oluşturmaktadır. Bu konuda başlarda ileri sürülen bir görüş banka teminat mektuplarını kefalet sözleşmesi olarak

---

667 Tekinalp, **a.g.e.**, s. 393. Öyle ki BK m. 28 f. 2'de yer alan bu hile savunmasının karşılık ilişkisinden değil, garanti verenin kendi savunma hakkından doğduğu kabul edilmektedir. Develioğlu, **a.g.e.**, N. 721.

668 Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 799; Canbolat, **a.g.e.**, s. 54-55; Sıtkı Akyazan, "Banka Teminat Mektupları", **BATİDER,** C: V , Sayı No: 1, 1969, s. 16.

669 Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 799.

670 Akyazan, "Banka Teminat Mektupları", s. 16.

671 Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 414. İlk banka teminat mektubu uygulamasının dayanağını 1025 sayılı ve 12.3.1927 tarihli Kanunun 1. maddesi uyarınca yürürlüğe sokulan 8.1.1928 tarih ve 6048 sayılı Kararname oluşturmaktadır. Reisoğlu, **Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler**, s. 21.

672 Canbolat, **a.g.e.**, s. 54-55.

nitelendirmiştir[673]. Bu görüşe göre banka, muhatabın hiçbir zaman zarar uğramayacağını değil, lehdarın taahhüdünü ifa etmemesi halinde mektupta yazan bedeli ödeyeceğini taahhüt eder[674]. Buna karşılık ileri sürülen diğer görüş banka teminat mektuplarının bir garanti sözleşmesi olduğunu savunur[675]. Banka teminat mektuplarının ne tam anlamıyla kefalet ne de tam anlamıyla garanti olduğunu kabul eden üçüncü bir görüş ise bu teminatın kendine özgü bir karakter taşıdığını ileri sürmektedir[676]. Banka teminat mektuplarının hukuki niteliği konusunda bir değerlendirme yapılması için önce teminat mektubunun türüne göre bir ayrım yapılmasının daha sağlıklı bir sonuç vereceğini ileri süren bir görüşü de bu görüşlere eklemek gerekir. Bu görüş taraftarlarına göre teminat mektubunun kat'i, muvakkat ve avans olmasına göre sahip olduğu hukuki nitelik de değişmektedir[677]. Yine bu görüş arasında değerlendirilebilecek bir başka görüş de, teminat mektubunun ilk talepte ödeme kaydını içermesi halinde garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiğini düşünür[678]. Buna karşılık doktrinde ileri sürülen en son ve baskın olan görüş ise, bankanın teminat mektubunun hukuki niteliği ile ilgili olarak peşin bir değerlendirme yapılamayacağını, ancak teminat mektubunda geçen ifadelerin yorumu ile bir sonuca varılabileceğini kabul etmektedir[679].

Banka teminat mektuplarının hukuki niteliği doktrinde olduğu kadar uygulamada da tartışılmış ve bu konuda Yargıtay tarafından içtihatlar birleştirilinceye kadar mahkemelerin birbirinden farklı oldukça tutarsız kararlara imza attıkları görülmüştür. Banka teminat mektuplarının ilk uygulama örneklerinde bu teminat bir kefalet sözleşmesi olarak nitelendirilmiştir. Nitekim banka teminat mektubunun

---

673 Ünal Somuncuoğlu, "Bir Yargıtay İncelemesi ve Banka Teminat Mektupları", **BATİDER**, C: VIII, , Sayı No: 1, 1975, s. 175.

674 Ünal Somuncuoğlu, "Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Umumi Kontgaranti Taahhütlerine Göre Bankaların Nakit Depo Talebi", **İBD**, C: 49, 1975, Sayı No: 9-10, 1975s. 831 vd.

675 Canbolat, **a.g.e.**, s. 55.

676 Akyazan, "Banka Teminat Mektupları", s. 27; Ayrıca bkz. Sıtkı Akyazan, "Tatbikatta Banka Teminat Mektuplarının Ortaya Çıkardığı Çeşitli Sorunlar", **BATİDER**, C: VII, , Sayı No: 3, 1974, s. 571.

677 Omağ, "Banka Teminat Mektuplarının Mahiyeti ve Hükümleri", s. 330 vd. Banka teminat metuplarının türleri hakkında bkz. Doğan, **a.g.e.**, s. 71 vd.

678 Erman, "Teminat Mektubu, Kefalet Akdi-Garanti Akdi", s. 417.

679 Barlas, **a.g.e.**, s. 44 vd.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 236; Bu konuda ayrıca bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 799.

metninde açıkça yer alan bankanın "kefil olduğu " ibaresi bu teminatın uzun süre tartışmasız olarak kefalet niteliğinde kabul edilmesine ve kefalet sözleşmesi ile ilgili hükümlerin uygulanmasına sebep olmuştur[680]. Fakat sonraları mektup metinlerinde yer verilmeye başlanan "*protesto keşidesine ve hüküm istihsaline gerek kalmaksızın ve borçlunun rızasını almaksızın ilk yazılı talepte derhal ve gecikmeksizin*" şeklindeki ödeme kayıtları, bu mektupların, kefalet değil, garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmesine neden olmuştur[681]. Bununla beraber bu hususta da tutarlı bir uygulama sağlanamamış, banka teminat mektubunu bazen "kefalet" bazen "garanti" olarak niteleyen çelişkili kararlar devam etmiştir[682].

Bu uygulama farklılığını gidermek adına Yargıtay ilk kez 1967 tarihinde bir içtihadı birleştirme kararı yayınlamış ve banka teminat mektuplarının garanti sözleşmesi niteliğinde olduğunu kabul etmiştir. Kararın gerekçesinde şöyle söylenmektedir[683]:

> Taahhütleri ihtiva eden sözleşmelerde çok defa taraflardan biri, karşı tarafın vecibesini yerine getireceği konusunda geçerli bir banka teminatı istemekde ve bankalarca verilen bu gibi taahhüt belgelerine teminat mektubu denilmektedir. Banka teminat mektupları bir bakımdan 3. şahsın fiilini taahhüt niteliğinde olup daima yazılı şekilde düzenlenmektedir. Esas sözleşmeyi yapan taraflardan ve esas akitten ayrı ve tamamen müstakildir. Bankanın taahhüdü lehdarın borcunun geçerliliğine ve varlığına bağlı olmaksızın garanti taahhüdü olarak tecessüm eder. … Bir kimse, asıl borçlunun ileri sürebileceği itirazlara bakılmaksızın borcun yerine getirilmemesinden doğan zararın tazmininin kabul edilmesi halinde, o kimse garanti veren durumundadır. … Garanti akdinin kefaletten farkı, kefilin borcu feri mahiyeti haiz yani asıl borca munzam ikinci derecede bir taahhüt olduğu, kefil borcun ödenmemesi halinde tazminat vermeyi

---

680 Yarg. TD, 30.4.1959 t., E. 892 K. 1213 (Barlas, **a.g.e.**, s. 40); Yarg. TD, 6.12.1959 t., E. 58 K. 377 (Barlas, **a.g.e.**, s. 40); Yarg., TD, 28.12.1961 t., E. 1704 K. 4701 (Barlas, **a.g.e.**, s. 40).

681 Reisoğlu, **Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler**, s. 29.

682 Birbiri ile çelişkili bu kararlar için örnek niteliğinde bkz. Yarg. TD, 8.4.1958 t., E. 545 K. 1033 (Reisoğlu, **Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler**, s. 29; Yarg. TD, 30.4.1959 t., E. 892 K. 1213 (Barlas, **a.g.e.**, s. 40).

683 Yarg. İçt. Bir. K. 3.12.1967 t., E. 1966/16 K. 1967/7 (Akyazan, "Banka Teminat Mektupları", s. 27. Ayrıca bkz. Reisoğlu, **Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler**, s. 29-30).

değil asıl borçluca icrası lazım olan taahhüdün ifasını, yani borcu ödemeyi üzerine aldığı halde garanti veren kimsenin borcu, feri değil müstakil nitelik taşımış olmasıdır. Garanti veren, asıl taahhüdün icrasiyle değil zarar ziyan ödemekle yükümlüdür.

İlginçtir ki içtihadı birleştirme kararının gerekçesinde banka teminat mektuplarının garanti sözleşmesi olarak adlandırılmasına rağmen mahkemelerin uygulaması değişmemiş ve banka teminat mektuplarını kefalet olarak nitelemeye devam eden kararlarterk edilmemiştir[684]. Bunun sebebi banka teminat mektuplarının garanti sözleşmesi niteliğinde olduğuna kararın sonuç kısımında değinilmeyip sadece gerekçede yer verilmiş olmasıdır[685]. Bunun üzerine Yargıtay, ikinci defa içtihadı birleştirme yoluna gitmiş ve 1969 tarihli kararı vermiştir. Kararda mahkeme önce garanti sözleşmesinden ne anlaşılması gerektiğini bildirmiş ve arkasından banka teminat mektuplarını üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğinde bir garanti sözleşmesi olarak kabul eden hükmünü açıklamıştır. Kararda şöyle söylenmektedir[686]:

Yukarıda yapılan açıklamalardan çıkarılacak sonuç, bankanın bu mektupla 3 üncü bir şahsın borcunu alacaklıya karşı temin etmiş olduğudur. Şu halde mektubun genel vasfı üzerinde bir tereddüt kalmamıştır. Ancak mektubun genel olarak şahsi teminat akdi niteliğinde bulunduğunun tespiti uyuşmazlığın halline kâfi değildir. Şöyle ki; teminat akdi genel bir anlam taşımaktadır. Bu akit bütün teminat akitlerini içerisine alan bir akit grubudur. Kefalet, garanti akitleri ve 3 üncü şahsın fiilini taahhüt gibi benzeri akitlerin bu grup içinde mütalaası mümkündür. Bu akit tiplerinden kefalet akdini kanun koyucu tanzim ettiği halde genel olarak garanti akdini düzenlememiştir. Alman mevzuatında garanti mukavelesi hakkında hiçbir hüküm bulunmamasına karşılık İsviçre ve dolayısıyla Türk Borçlar Kanununun (başkasının fiilini taahhüt) şeklinde genel olarak kaleme alınmış ve kanunun 110. maddesinde anlamını bulan bir garanti akdi tipi tanzim edilmiştir. …Garanti mukavalesi bir kimsenin feri olmayan bir mukavele

684 Örnek olarak bkz. Yarg. TD, 23.1.1968 t., E, 1558 K. 400 (Reisoğlu, **Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler**, s. 30).
685 Reisoğlu, **Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler**, s. 30.
686 Yarg. İçt. Bir. K. 11.6.1969 t., E. 1969/4 K. 1969/6 (RG Sayı No: 13317, s. 3-5).

ile başkasına ait bir teşebbüsün belirli bir sonuca ulaşacağını garanti etmesidir. …Kanunda başkasının fiilini taahhüt mahiyetinde mevcut olan 110. maddenin bu tarife göre değerlendirilmesi ve zaruri unsurların içtihat yoluyla tamamlanması icap etmiştir. …Teminat mektuplarının mahiyet itibariyle Borçlar Kanunu'nun 110. maddesinde sözü edilen 3 üncü şahsın fiilini taahhüt niteliğinde bir garanti akdi olduğuna ve bu sebeple garanti veren bankanın alacaklı gümrük idaresine bu sebeple ödediği parayı fiili taahhüt edilen 3 üncü şahıs mevkiinde ki (mevkiindeki) muvakkat ithalatçıdan rücuan isteyemeyeceğine…karar verilmiştir.

Bu tarihten sonra artık tüm mahkemelerce banka teminat mektupları garanti sözleşmesi olarak kabul edilmeye başlanmıştır[687]. Banka teminat mektuplarının içtihadı birleştirme kararları ile üçüncü kişinin fiilini taahhüt karakterinde bir garanti sözleşmesi olarak kabul edilmesinin en önemli pratik sonucu bundan böyle banka teminat mektubu veren bankanın kefaletin koruyucu hükümlerinden yararlanamayacak olmasıdır. Başka deyişle teminat mektubu veren bankanın sorumluluğu BK m. 110 hükümlerine göre tespit edilmektedir. Buna göre bağımsız borç üstlenmiş olarak kabul edilen banka, asıl borcun herhangi bir sebeple geçersiz olması halinde dahi sorumlu olmaya devam edecektir. Ayrıca banka, banka teminat mektubundan doğan defi ve itirazları ileri sürülebilecek olup asıl borçluya ait defi ve itirazları ise alacaklıya karşı gündeme getiremeyecektir[688].

Banka teminat mektupları ile ilgili hukuki nitelik dışında başka bir sorun da, bu teminatın kıymetli evrak niteliğinde olup olmadığı sorunudur. Muhatabın belirli şartlarla bankaya karşı sahip olduğu, mektupta yazılı tutarı ödenmesini talep hakkını içermesi, onun kıymetli evrak sayılıp sayılamayacağı sorusunu akla getirmiştir. Bu

---

687 Örnek olarak bkz. Yarg. 13. HD, 27.4.1992 t., E. 305 K. 3896 (Karahasan, **a.g.e.**, s. 1223); Yarg. 11. HD, 10.5.1979 t., E. 1625 K. 2519 (Uygur, **a.g.e.**, s. 3912-3913); Yarg. 11. HD, 28.9.1987 t., E. 5093 K. 4856 (Uygur, **a.g.e.**, s. 3916-3917); Yarg. HGK, 30.3.1988 t., E. 11-642 K. 287 (Uygur, **a.g.e.**, s, 3939-3940); Yarg. HGK, 3.7.1981 t., E., 1979/1-1941 K. 560 (İKD, C: 21, S.ayı No: 250, 1981, s. 613-615; Yarg. 19. HD, 1.2.2005 t., E. 2004/3985 K. 2005/513 [(Çevrimiçi) http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/findKarar_n.jsp 16 Temmuz 2009].

688 Haluk Tandoğan, "Bankaların Verdikleri Teminat Mektuplarının Hukuki Mahiyeti", **2. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası,** 10-18 Mayıs 1961, Bildiriler- Tarışmalar, Birinci Kısım, 1962, s. 798 vd.

konuda doktrin hakim olan fikir banka teminat mektuplarının kıymetli evrak olmadığı yolundadır[689]. Bir belgenin niteliğini kazanması için hakkın senede bağlı olması ve senetsiz devrinin ve dermeyanının mümkün olmaması gerekir. Kıymetli evrak niteliğindeki senetlerde hak, senette kaynaşmış olup sentten ayrı bir hak doğrumaz. Bnak teminat mektuplarında ise bu özellik yoktur. Muhatabın alacak hakkı mektup metninden değil, banka ile aralarındaki teminat sözleşmesinden doğar[690]. Nitekim içtihatlar da aynı görüş duğrultusunda kökleşmiştir[691].

C. Zararı Giderme Borcu

1. Zararı Giderme Borcunun Doğumu

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinin en önemli hükmü taahhüt borçlusunun zararı giderme borcu altında olmasıdır. BK m. 110'dan açıkça anlaşılmaktadır ki üçüncü kişinin edimini başkasına taahhüt eden kimse, bu edimin ifa edilmemesi yüzünden karşı tarafın uğradığı zararları karşılamak zorundadır. Zararı giderme borcunun doğumu ise rizikonun gerçekleşmesine bağlıdır. Tüm rizikolu sözleşmelerde olduğu gibi üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinde de riziko, kanunun aradığı bir unsur olup rizikonun gerçekleşmesinden önce borcun doğumundan söz edilmez. Riziko gerçekleşinceye, yani beklenen edim üçüncü kişi tarafından ifa edilmeyerek zarara sebebiyet verilinceye kadar taahhüt borçlusundan hiçbir talepte bulunulamaz. Şu halde gerek taahhüt edenin borcu gerek bu borcun karşılığı olan alacaklının talep hakkı, sözleşme kurulduğu anda henüz mevcut değildir; her iki hak da ancak riziko gerçekleşip zarar doğduktan sonra varlık kazanacaktır[692]. Buna bağlı olarak muacceliyet de rizikonun gerçekleşmesinden ve

---

689 Erman, "Teminat Mektubu, Kefalet Akdi-Garanti Akdi", s. 418-419; Ayhan Ünler, "Banka Teminat Mektupları", **İBD**, C: XXXIX, Sayı No: 1-2-3, 1965, s. 8; Barlas, **a.g.e.**, s. 9.

690 Erman, "Teminat Mektubu, Kefalet Akdi-Garanti Akdi", s. 418-419.

691 Yarg. HGK, 28.2.1990 t., E. 1990/6-1 K. 141 (İKD, C: 31, 1991, Sayı No: 362, 17780-7781); Yarg. 19. HD, 15.6.2001 t., E. 2001/511 K. 2001/4641 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

692 Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 808- 809.

zararın doğmasından sonra gündeme gelecek ve alacaklı, üçüncü kişinin taahhüde aykırı davranışı gerçekleştiği günden itibaren ifayı isteyebilir hale gelecektir[693].

Burada yeri gelmişken, gerçekte şarta bağlı işlemler alanında ileri sürülmüş olmakla birlikte[694], garanti sözleşmelerine değinmiş olması nedeniyle konumuzu yakından ilgilendiren bir başka görüşü anmakta fayda vardır. Şartlı hukuki işlem ile şartlı hukuki ilişkinin farklı kavramlar olduğuna ilişkin tartışmalar[695] sigorta ve garanti sözleşmeleri alanına da taşınmış ve Stiefel, her iki sözleşmenin şartsız hukuk işlemler olduğunu belirttikten sonra, sigortacının ve garanti verenin sorumluluğunu şarttan bağımsız derhal meydana gelen bir sorumluluk türü olarak açıklamıştır[696]. Tartışmalar sigorta sözleşmesi alanında daha geniş çapta yaşanmaktadır. İleri sürülen bir görüşe göre sigortacının yükümlülükleri rizikonun gerçekleşmesinden sonra değil, sözleşmenin kurulması anından itibaren doğar. Bu sebeple sigorta dünyasında uzun zamandır genel kabul gören, sigortacının ediminin rizikonun gerçekleşmesine bağlı olduğu görüşü artık eskimiştir[697]. Son zamanların oldukça revaçta olan bu yeni anlayışı "tehlike taşıma kuramı"[698] adı altında sunulmaktadır. Sigortacı, sigorta sözleşmesi akdedilir akdedilmez riziko taşıma borcu altına girer ve bu da sigorta sözleşmesinin karşılıklı taahhütleri içeren bir sözleşme olduğu gösterir. Sigorta ettirenin prim borcu karşısında sigortacının riziko taşıma borcu vardır ve bu borç gereği sigortacı, gerek rizikonun gerçekleşmesi öncesinde gerek sonrasında ekonomik

---

693 Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, § 50 N. 2617; Béguelin, "Porte-fort", s. 6; Reisoğlu, **Garanti**, s. 155; Arık, "Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukaveleri", s. 203; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 857; Scyboz, **a.g.e.**, s. 21; Çebi, "Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt", s. 125; İnan, **a.g.e.**, s. 387; Franco, "Üçüncü Şahsın Fiilini Taahhüt", s. 586; Tunçomağ, **Genel Hükümler**, C: I, s. 986; Eren, **a.g.e.**, s. 1112.

694 Ayrıntılı bilgi için bkz. Pulaşlı, **a.g.e.**, s. 8 vd.

695 Şartlı hukuki işlem, taraflar arasındaki işlemin bütününün şarta bağlanmasıdır. Bir veya birden fazla kişinin hukuki sonuç doğurmaya yönelmiş irade açıklamalarını şarta bağlamaları halinde şartlı hukuki işlemden bahsedilir. Şarta bağlı hukuki ilişki ise, bir hukuki işlemden doğan çeşitli münferit etkilerin şarta tabi tutulmasıdır. Bir hukuki işlemde mevcut olan haklar, yükümlülükler, yetkiler ve ödevler gibi her bir hukuki ilişki, hukuki işlemden bağımsız olarak şartlı kararlaştırılabilir; mesela kira sözleşmesi bir hukuki işlemdir, buna karşılık sözleşme içinde yer alan kira ücretini talep hakkı bir hukuki ilişkidir ve hukuki işlem ile hukuki ilişkiler ayrı ayrı değerlendirilip şarta bağlanabilir. Pulaşlı, **a.g.e.**, s. 11 dn. 22.

696 Gottfried Stiefel, **Über den Begriff der Bedingung,** Aarau, (yy.), 1918, s. 58 vd.'dan naklen: Pulaşlı, **a.g.e.**, s. 10.

697 Rayegan Kender, **Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku: Sigorta Müessessi, Sigorta Sözleşmesi,** Yenilenmiş 9. bsk., İstanbul, Arıkan, 2008, s. 143 .

698 Riziko taşıma teorisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kender, **a.g.e.**, s. 142 vd. ile s. 145 ve özellikle s. 144 dn. 6.

olarak ifa edilmesi gereken yükümlülükler altına girer. Bu sebeple riziko taşıma borcunun ekonomik bir değer taşımadığı da iddia edilemeyecektir. Sigorta sözleşmesinin akdedilmesi ile derhal varlık kazanan riziko taşıma borcu, muaccel olmak için ise rizikonun gerçekleşecek olması bekler[699].

Alacak ile talep haklarını birbirinden ayıran riziko taşıma kuramının üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinin karakterine uygun düşmeyeceğini düşünüyoruz. Sanıyoruz ki riziko taşıma kuramını, alacak ve talep haklarını ayırmaya iten neden, şartsız bir hukuki ilişkiden derhal borç doğması gerekliliğini kabul etmelerindendir. Durum böyle olunca, borç doğduğu andan itibaren alacaklının borçluya karşı talep hakkını kullanmaması için hiçbir sebep kalmayacaktır. Ancak kanunkoyucu, rizikonun gerçekleşmesinden önce talep hakkının kullanılmasını yasaklamıştır. Bu durumda doğmuş bir borcun niçin talep edilemediğinin sebebini izah etmek gerekecektir. Bu izah, işlemin şarta bağlılığı ile yapılacak olursa garanti ve sigorta sözleşmesi gibi aslında şart kurumu ile yakından uzaktan ilgisi olmayan işlemlerin sanki şarta bağlı işlemler gibi düşünülmeleri gerekecektir ki bu durum, anılan sözleşmelerin karakteri bakımından yanıltıcı olur. Zira sigorta ve garanti sözleşmeleri gibi hukuki ilişkiler basit şarta bağlı bir borçtan çok daha fazlasını içerir. O halde riziko gerçekleşmeden önce talep hakkının kullanılamamasının nedenini başka türlü açıklamak gerekir. İşte riziko taşıma kuramına göre söz konusu hukuki ilişkilerin karakterine en uygun düşen açıklama tarzı, hukuki işlemin şartsız olarak kurulmasına karşılık talep edilebilirliğin şarta bağlandığının kabulü olacaktır.

Fikrimize göre garanti sözleşmeleri ve bu sözleşmelerin bir türü olarak üçüncü kişinin fiilini taahhütlerde taahhüt edenin borcu sözleşme kurulduğu anda doğmaz. Sözleşme kurulur kurulmaz taraflar arasında doğan bir şey varsa bu, geniş anlamda borç ilişkisi olup dar anlamda borçlar, doğabilmek için henüz rizikonun gerçekleşecek olmasını beklemektedir. Borç doğumunun rizikonun gerçekleşmesi şartına bağlı olması, sanılanın aksine taahhüt sözleşmesini şarta bağlı bir sözleşme haline de dönüştürmez. Bu sebeple riziko taşıma kuramının, şartsız bir sözleşmeden

[699] Kender, **a.g.e.**, s. 142 vd. Sigortacının sorumluluğunu özel hukukun temel kavramlarına sadık kalarak kanuni şart ile açıklayan görüş için bkz. Bozer, **a.g.e.**, s. 124.

derhal borç doğması gerektiği, aksi halde doğmuş bir borca yönelik talep hakkının niçin kullanılamadığını açıklamanın zor olduğu yönündeki endişeyi taşımaya da gerek yoktur. Zira rizikonun gerçekleşmesi şartı, taraflarca kararlaştırılmış teknik anlamda bir şart olmayıp kanuni şarttır. Teknik anlamda şart ile kanuni şart karıştırılmamalıdır. Teknik şart, hukuki işlemin hüküm doğurması için tarafların iradi olarak kararlaştırdıkları bir unsurdur. Oysa kanuni şart, hukuki sonucun doğumu için kanunun aradığı bir unsur olup iradi nitelik taşımaz. Bu bakımdan teknik şart, ancak geniş anlamda borç ilişkilerinde adından söz ettirecektir, yoksa taraflar, dar anlamda borcu şarta bağlayamazlar. Bu sonuca uygun olarak denilebilir ki, üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinde geniş anlamda borç ilişkisi kurulmakla birlikte dar anlamda borcun doğumu kanuni şartın gerçekleşmesine kadar ertelenmiş bulunmaktadır[700].

Ayrıca riziko taşıma kuramı taraftarlarının savunduğu talebin muacceliyetini şarta bağlama fikrinin hukuken bir değere sahip olmadığını da eklemek gerekir. Zira aksini düşünmek alacak hakkı ile talep hakkını birbirinden ayırmak demek olacaktır. Oysa alacak ve talep haklarının bağımsızlığını kabul eden görüşü[701] taahhüt sözleşmeleri alanında savunmaya gerek yoktur. Talep hakkı olmadan alacak hakkının varlığından bahsetmek anlamsızdır, özünde talep hakkı olmayan bir alacak hakkı hiçbir işe yaramaz.

---

700 Yüce, taahhüt edenin borcunun sözleşmenin kurulduğu sırada doğduğunu, ancak muacceliyet için bazı şartlara ihtiyaç olduğunu öne sürmektedir. Yazara göre bu şartların başında üçüncü kişinin, kendisinden beklenen edimi yerine getirmemesi gelir. Üçüncü kişinin söz konusu edimi yerine getirmemesini ise yazar, geciktirici şart olarak nitelemekte ve buna bağlı olarak üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesini tipik bir geciktirici şarta bağlı sözleşme olarak açıklamaktadır. Yüce, **a.g.e.**, s. 101 vd. ile özellikle s. 104 ve s. 129. Ancak, sözleşme kurulur kurulmaz hem borç doğduğunu kabul etmek hem de bu sözleşmenin geciktirici şarta bağlı olduğunu ileri sürmek doğru olmaz. Çünkü şarta bağlı bir sözleşme şart gerçekleşinceye kadar hüküm ifade etmez, tarafların sözleşmedeki hak ve yükümlülükleri ancak şart konusu olayın meydana gelmesinden sonra doğar. Kaldı ki geciktirici şart fikri, ister istemez sözleşmeyi basit şarta bağlı bir sözleşme haline getirir; zira taraflar, iradeleriyle ancak geniş anlamda borç ilişkisini şarta bağlayabilirler, dar anlamda borçların tek başına şarta bağlanması düşünülemez.

701 Alacak ve talep haklarının ayrı olarak ele alınıp alınamayacağı tartışmaları için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 54 vd. ile özellikle s. 56. Alacak haklarında talep hakkının kural olarak alacak hakkı ile aynı anda doğduğu yolunda bkz. Hasan Erman, **Medeni Hukuk Dersleri, Başlangıç Bölümü,** Gözden Geçirilmiş 2. bs., İstanbul, Der Yayınları, 2007, s. 122.

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinde borcun doğumuna kadar geçen süre içinde alacaklının hakları beklenen hak kuramı ile korunur. Riziko gerçekleşip borç doğuncaya kadar alacaklının ileri sürebileceği bir talep hakkı yoksa da, onun, ileride doğacak bir alacak hakkı elde etmeye yönelik beklenen hakkı vardır. Buna göre alacaklı; riziko gerçekleşmeden önce bu beklenen hakkını üçüncü kişiye temlik edebilir[702], beklenen hakkı için ibra sözleşmesi yapabilir, rehin ve kefalet kabul edebilir. Yine taahhüt edenin, alacaklının rızasıyla, yükümlülüğünü borcun nakli hakkındaki hükümlere göre başkasına devretmesi de olanak dahilindedir[703].

Burada değinilmesi gereken bir husus, asıl borcun nakli halinde garanti borcunun sona erip ermeyeceğidir. Bu durum kefalet sözleşmesi bakımından düzenlenmiş olup BK m. 176 f. 1'de borçlu değişmiş olsa bile, borçlunun şahsına bağlı olanlar hariç, alacağa bağlı feri hakların saklı kalacağından bahsedilmektedir. Buna göre asıl borcun nakli kefaleti sona erdirmeyecek ve kefil, asıl borcun nakline rağmen alacaklıya karşı yükümlü kalmaya devam edecektir. Ancak üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi açısından böyle bir düzenleme yoktur. Aralarındaki nitelik farkı BK m. 176 f. 1'in üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesine kıyasen uygulanmasını da engeller[704]. Bağımsızlık gereği, asıl borcun yeni bir borçlu tarafından üstlenildiği hallerde garanti borcunun varlığını sürdürmeye devam edeceği akla gelebilirse de, taraflar arasında aksine bir anlaşma olmadıkça borcun naklinin garanti vereni borcundan kurtardığını kabul etmek yerinde olur. Garanti veren, borca güvence verirken ilk borçlunun şahsını dikkate almıştır. Buna göre asıl borç nakledilecek olursa taahhüt edenin üstlendiği riziko da ortadan kalkacak ve devralan borçluyla ilgili ortaya çıkabilecek yeni bir ödememe rizikosundan taahhüt eden sorumlu olmayacaktır[705].

---

[702] Alacağın temliki halinde, hakkı devralan kimsenin rizikonun gerçekleşmesi halinde taahhüt edene başvurduğunda kendi uğradığı zararın değil, bu hakkı ona temlik edenin uğradığı zararın giderilmesini isteyeceğini, çünkü alacağın temlikinin borçlunun ediminde bir değişikliğe yol açmasının mümkün olmadığı belirtilmektedir. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 808.

[703] Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 808

[704] Develioğlu, **a.g.e.**, N. 998.

[705] Develioğlu, **a.g.e.**, N. 991.

Meseleye alacağın temliki açısından bakıldığında, asıl alacağın temlik edilmesi halinde bu alacağın garantisi olan taahhüt sözleşmesinden doğan alacağın da devredilip devredilemeyeceğini irdelemek gerekir. Kefalet sözleşmesi bakımından bu konu bir kanun hükmü ile düzenlenmiştir. BK m. 168 f. 1'de "*Alacağın temlikinde, temlik eden kimsenin şahsına has olanlardan maada rüçhan hakları ve diğer müteferri haklar dahil olur*" denilerek asıl alacağın temliki halinde kefaletten doğan alacağın temliki de hükme bağlanmıştır. Feri bir nitelik taşıyan ve bu sebeple asıl alacağın kaderine tabi olması gereken kefalet alacağı için bu sonuç normal karşılanabilir. Ancak ferilik karakterine sahip olmayan kefalet benzeri garanti için aynı sonuca ulaşılıp ulaşılamayacağı tartışmalıdır. Doktrindeki hakim fikre göre asıl sözleşmeden doğan alacağın devri bağımsız nitelikteki taahhüt sözleşmesinden doğan alacağın da devrini gerektirmez, her iki alacak arasında aslilik ferilik ilişkisinin bulunmaması, bağımsız bir garantiden doğan alacağın asıl sözleşmeden doğan alacağın takibini engeller[706].

Riziko gerçekleşip zararı giderme borcu doğuncaya kadar takas imkanı yoktur; zira borcun kapsamı ve hatta doğup doğmayacağı, ileride, rizikonun gerçekleşmesinden sonra belli olacaktır[707].

2. Zararı Giderme Borcunun Kapsamı

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinde taahhüt edenin borcu zarar giderim borcu olarak tespit edilmiştir[708]. Buna göre taahhüt eden; üçüncü kişinin

---

706 Jürgen Dohm, **Les Garanties Bancaires dans le Commerce International,** Berne, (y.y), 1986, s. 98 N. 15'ten naklen: Develioğlu, **a.g.e.**, N. 952. Aynı yönde bkz. Develioğlu, **a.g.e.**, N. 952 ve 955-959. Rossi ise asıl alacağın temliki halinde, garanti alacağının asıl alacağın kaderini izlemesi gerektiğini kural olarak kabul etmektedir. Yazara göre temlikin kabul edilmeyeceği durum, garantinin özel bir alacaklı kimse lehine verildiğinin kabul edildiği hallerdir. Rossi, **a.g.e.**, N. 459.

707 Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 808.

708 **Basler Kommentar**, Pestalozzi, art. 111 OR N. 12 vd.; Wavre, **a.g.e.**, s. 74; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, § 50 N. 2622; Engel, **Traité**, s. 435; Tercier, **Partie Spéciale**, § 59 N. 3659; Rossel, **a.g.e.**, s. 166; Guhl, **a.g.e.**, s. 122; Béguelin, "Porte-fort", s. 6; Scyboz, Gilléron, **a.g.e.**, art. 111; Oser, Schönenberger, art. 111 N. 10; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 855; Scyboz, **a.g.e.**, s. 20; Chevallier, Bach, **a.g.e.**, s. 354; Gaudemet, **a.g.e.**, s. 236; Esmein, **Cours**, s. 209; Laurent, **a.g.e.**, N. 540; Aubry, Rau, **a.g.e.**, s. 514; Savatier, **a.g.e.**, N. 15; Buttgenbach, **a.g.e.**, s. 98; Marcadé, **a.g.e.**, N. 433; Baudry-Lacantinerie, Barde, **a.g.e.**, N. 132; De Page, **a.g.e.**, N. 733; Yüce, **a.g.e.**, s. 88.

edimini aynen ifa ile değil, bu edimin yerine getirilmemesi halinde uğranılan zararı nakden ifa ile yükümlüdür, üçüncü kişinin yerine getirmek istemediği edim, taahhüt edenden bizzat talep edilemez[709].

Zarar giderim borcu kural olarak bir miktar paranın ödenmesi suretiyle ifa olunur[710]. Ancak somut olayda, taahhüt edenden zararı başka türlü gidermesi bekleniyorsa o tazmin türüne hükmedilmesi de mümkündür; zira BK m. 110'un emredici bir hukuk kuralı olmaması tarafların kanuni düzenlemenin aksine anlaşmalarını mümkün kılar[711]. Bu bağlamda en çok karşılaşılan tazmin türü aynen tazmindir. Taraflar nakden tazmin yerine aynen tazmini kararlaştırabilirler[712]. Zira üçüncü kişi tarafından ifa gerçekleşmediği zaman, taahhüt borçlusunun, zararı ödemektense üçüncü kişi yerine geçerek ifanın gereğini yerine getirmesi hiç kuşkusuz alacaklının çıkarına daha fazla hizmet eder[713].

---

709 Rossel, **a.g.e.**, s. 166; Guhl, **a.g.e.**, s. 122; Scyboz, Gilliéron, **a.g.e.**, art. 111; Scyboz, **a.g.e.**, s. 20; Béguelin, "Porte-fort", s. 6; Gaudemet, **a.g.e.**, s. 236; Aubry, Rau, **a.g.e.**, s. 514; Laurent, **a.g.e.**, N. 543; Beudant, Pigeonnière **a.g.e.**, N. 938; Planiol, Ripert, Esmein, **a.g.e.**, N. 52; Buttgenbach, **a.g.e.**, s. 17; De Page, **a.g.e.**, N. 743; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 811; Arık, "Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi", s. 55; Oser, Schönenberger, art. 111 N. 10; Eren, **a.g.e.**, s. 1112; Tunçomağ, **Genel Hükümler,** C: I, s. 986; Feyzioğlu, **Genel Hükümler** II, s. 290; İnan, **a.g.e.**, s. 387; Franco, "Üçüncü Şahsın Fiilini Taahhüt", s. 589; Yüce, **a.g.e.**, s. 87 vd.; ATF 111 II 279; BGE 82 II 238 [(Çevrimiçi) http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lng=fr&type= highlight_simple_quer… 4.2.2009]; ATF 65 II 33; SJ 1959 548; JdT 2006 IV 126; Yarg. 11.HD., 18.4.1996 t., E. 1996/648 K. 1996/2876 (BATİDER, C: 18, Sayı No: 3, s. 143; Yarg. 15.HD., 5.2.1990 t., E. 2547 K. 359 (Uygur, **a.g.e.**, s. 3956-3957); Yarg. 15.3.2006 t., E. 2005/573 K. 2006/1482 (www.kazanci.com.tr); Yarg. 13. HD., 4.4.2003 t., E. 2002/12569 K. 2003/3985 [(Çevrimiçi) http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/findKarar_n.jsp 16 Temmuz 2009]; [(Çevrimiçi) http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/findKarar_n.jsp 16 Temmuz 2009]; Yarg. 19. HD., 13.6.1995 t., E. 1994/4559 K. 1995/5295 (www.kazanci.com.tr); Yarg. 19. HD., 13.6.1995 t., E. 1994/4559 K. 1995/5295 (www.kazanci.com.tr); Yarg. 13. HD., 24.6.2002 t., E. 2002/3720 K. 2002/7696; Yarg. 15. HD., 4.4.1977 t., E. 1977/670 K. 1977/798 [(Çevrimiçi) http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/findKarar_n.jsp 16 Temmuz 2009].

710 Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 811; Franco, "Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt", s. 593, Çebi, "Üçüncü Kişnin Fiilini Taahhüt", s. 128.

711 **Commentaire Romand**, Du Pasquier, art. 111 CO N. 7.

712 **Commentaire Romand**, Du Pasquier, art. 111 CO N. 7 ve N. 20; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, § 50 N. 2623; Engel, **Traité**, s. 430; Scyboz, **a.g.e.**, s. 21; Baudry-Lacantinerie, Barde, **a.g.e.**, N. 143; Aubry, Rau, **a.g.e.**, s. 514; Marcadé, **a.g.e.**, N. 433; Demelombe, **a.g.e.**, N. 224; Demogue, **a.g.e.**, N. 904; Eren, **a.g.e.**, s. 1113; Arık, "Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi", s. 56; Çebi, "Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt", s. 128; İnan, **a.g.e.**, s. 387; Tunçomağ, **Genel Hükümler,** C:I, s. 986-987; Mourlon, **a.g.e.**, N. 1069; Baudouin, **a.g.e.**, s. 173 N. 320.

713 Tek amacı, ifa yokluğunun sebep olduğu zararı onarmaktan ibaret olan tazminatın bu yöndeki karakteri unutularak, edimin bizzat üçüncü kişi tarafından ifasında alacaklının çıkarı olmadığı olaylarda nakden tazminde ısrar etmek hükmün amacı ile bağdaşmaz. Wavre, **a.g.e.**, s. 76.

Taahhüt borçlusunun, üçüncü kişinin yerini alarak edimi aynen ifa yetkisi BK. m. 67 hükmüne dayandırılmaktadır[714]:

> Borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça; borçlu, borcunu şahsen ifaya mecbur değildir.

Maddede, borcun bizzat borçlu tarafından ifasında alacaklının çıkarı olmadığı, diğer deyişle borcun ifasında borçlunun kişiliğinin önem taşımadığı hallerde, ifanın, borçlu dışında bir kimse tarafından yapılabilmesine olanak tanınmaktadır. Buna göre kararlaştırılan edimin üçüncü kişi tarafından ifası ile başkası tarafından ifası arasında bir fark yoksa, taahhüt edenin, zararı aynen ifa ile gidermesinde de bir sakınca yoktur[715].

Söz konusu hükmün uygulanışı üçüncü kişinin fiilini taahhütler alanında özellik arz eder. Normalde BK m. 67'ye göre yapılacak bir ifa, üçüncü kişinin ifası sayılıp kural olarak borcu sona erdirdiği halde bu ifa, taahhüt sözleşmesi alanında aynı etkiyi yaratmaz. Üçüncü kişinin fiilini taahhütte borçlunun, BK m. 67'den yararlanarak borcu doğrudan sona erdirme yetkisi yoktur. Nitekim taahhüt borçlusu, yapacağı bir ödeme ile taahhüt sözleşmesinden doğan kendi borcunu ifa etmiş olur ve kendi borcunun ifası bakımından üçüncü kişi konumunda değildir. Fakat zararı ödemek yerine borçlunun yerini alarak bizzat ifada bulunmak istediği zamanlarda taahhüt eden, taahhüt eden sıfatıyla değil, sanki yabancı bir üçüncü kişi sıfatıyla hareket etmiş gibi kabul edilir ve bu tarz bir ifanın BK m. 67'deki üçüncü kişinin ifasına uygun olduğu söylenebilir. Böylece taahhüt sözleşmesinde BK m. 67'nin borcu sona erdirici etkisi ancak dolaylı yoldan gerçekleşmiş olur. Nitekim taahhüt eden tarafından girişilecek bir aynen ifa ile BK m. 67 uyarınca, üçüncü kişinin borcu sona erdirilirken, borcun ödenmemesi rizikosunun önüne de geçilmiş olur. Rizikonun

---

714 Üçüncü kişi yerine geçerek ifada bulunmak taahhüt sözleşmesinden doğan bir hak değil, kanunun tanıdığı bir yetkidir. Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 854.

715 Scyboz, **a.g.e.**, s. 21; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, § 50 N. 2623; ; Engel, **Traité**, s. 430; Baudry-Lacantinerie, Barde, **a.g.e.**, N. 143; Béguelin, "Porte-fort", s. 6; Aubry, Rau, **a.g.e.**, s. 514; Demelombe, **a.g.e.**, N. 224; Demogue, **a.g.e.**, N. 904; De Page, **a.g.e.**, N. 743; Eren, **a.g.e.**, s. 1113; Arık, "Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi", s. 56; İnan, **a.g.e.**, s. 387; Tunçomağ, **Genel Hükümler,** C: I, s. 986-987.

gerçekleşmesini engelleyen bir taahhüt eden ise, dolaylı yoldan olarak kendi borcunu da sona erdirmiş olur[716].

Aynen ifanın Fransız hukukunda porte-fort'un yapısına uygun olup olmadığı ise tartışmalıdır. Doktrin, taahhüt edenin üçüncü kişiden beklenen yükümlülüğü aynen ifa gibi bir borcunun bulunmadığını kabul etmekle birlikte[717] yapılacak bir aynen ifanın, karşı tarafın tüm zararını giderdiği ve fiilin ifasının taahhüt eden ya da üçüncü kişi tarafından yapılması arasında fark olmadığının kabul edildiği hallerde nakden tazmin yerine aynen ifaya karar verilmesinde bir sakınca görmemektedir[718]. Ancak Laurent bu fikre karşı çıkmakta ve aynen ifanın Fransız porte-fort'u açısından mümkün olamayacağını kabul etmektedir. Yazara göre sadece icazeti yüklenmiş olan bir taahhüt edenin, icazeti elde edemediğinde alacaklıya sağlamak zorunda olduğu çıkar ile aynen ifa yoluyla sağlayacağı çıkar aynı değildir. Hiç şüphesiz ikinci durumda alacaklı daha fazla tatmin edilmiş olur. Zira bu olasılıkta, sadece icazet yokluğunun sebep olduğu zararlar değil, icazetin verilmesinden sonra ortaya çıkabilecek ifa yokluğu zararları da şimdiden önlenmiş olmaktadır. Oysa porte-fort'un borcu, icazeti sağladığı anda biter. Aynen ifa yetkisi tanımak ise, alacaklının sadece bir icazet yokluğu zararı ile değil, bundan çok daha fazlası, ifa yokluğu zararı ile tatmin edilmesine göz yummak demek olacaktır[719].

Türk İsviçre hukuku bakımından ise üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinde giderilmesi istenen zarar olumlu zarardır[720]. Üçüncü kişi, edimi ifa

---

716 Reisoğlu, **Garanti,** s. 157- 158.

717 Buttgenbach, **a.g.e.**, s. 18.

718 Baudry-Lacantinerie, Barde, **a.g.e.**,N. 144; Demogue, **a.g.e.**, N. 904. Taraflar aralarında anlaşmak suretiyle aynen ifayı da kararlaştırbilirler. Marcadé, **a.g.e.**, N. 433; Mourlon, **a.g.e.**, N. 1069. Porte-fort'un kefalet sözleşmesinden farklılıkları için bkz. Buttgenbach, **a.g.e.**, s. 18; Baudouin, **a.g.e.**, N. 320.

719 Laurent, **a.g.e.**, N. 543.

720 Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, § 50 N. 2622; Engel, **Traité**, s. 435; Rossel, **a.g.e.**, s. 166; Guhl, **a.g.e.**, s. 122; Scyboz, **a.g.e.**, s. 20; **Basler Kommentar**, Pestalozzi, art. 111 OR N. 14; Engel, **Contrat,** s. 581; Oser, Schönenberger, art. 111 N. 10; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 811; Eren, **a.g.e.**, s. 1112-1113; Reisoğlu, **Garanti,** s. 154; Arık, "Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi", s. 55; Çebi, "Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt", s. 128; Feyzioğlu, **Genel Hükümler** II, s. 290; İnan, **a.g.e.**, s. 387; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 855; Franco, "Üçüncü Şahsın Fiilini Taahhüt", s. 589; Tunçomağ, **Genel Hükümler,** C: I, s. 986; SJ 1950 105; SJ 1959 548; Yarg. 15. HD., 15.3.2006 t., E. 2005/573 K. 2006/1482 (www.kazanci.com.tr); Yarg. 13. HD., 18.4.1995 t., E. 2878 K. 394 (Uygur, **a.g.e.**, s. 3947 vd. ve özellikle s. 3949); Yarg. 13. HD., 24.6.2002 t., E. 2002/3720 K. 2002/7696 [(Çevrimiçi)

etseydi alacaklının malvarlığının içinde bulunacağı durumla, bu edim ifa edilmediği zaman içinde bulunulan durum arasındaki fark olumlu zarar miktarıdır. Taahhüt borçlusunun ödeyeceği miktar bu farkın kendisi olup, üçüncü kişinin ediminin parasal değeri değildir. Alacaklının zararı bu değerden az veya çok olabilir; ancak bu değere denk olması da mümkündür[721]. Taraflar, aralarında anlaşarak edimin parasal değerinin veya olumsuz zararın ödeneceğini de kararlaştırabilirler. Hatta başlangıçta, riziko gerçekleşince ödenmek üzere belli bir miktar öngörmüş de olabilirler. Bu takdirde alacaklının gerçek zararı daha fazla olsa da, taahhüt eden, kararlaştırılan miktarın üzerinde bir rakam ödemeye zorlanamaz. Buna karşılık zararın kararlaştırılan miktardan az olması halinde, taahhüt edenin, kararlaştırılan miktarı mı yoksa zararı mı ödeyeceğine karar vermek gerekir. Oğuzman, Öz, bu meseleyi bir yorum sorunu olarak görmüşlerdir. Buna göre sadece üçüncü kişinin ediminin gerçekleşmemesi halinde ödenecek miktarın belirtildiği ve başkaca hiçbir ifadeye yer verilmediği sözleşmelerde, taahhüdün zararı giderme amacı dikkate alınarak borçluyu zarar miktarına mahkum etmek yerinde olur. Fakat sözleşmede zarar doğmasa veya doğmuş olan zarar giderilse bile bir miktar para ödeneceği öngörülüyorsa zararın mevcut olmamasına rağmen taahhüt eden öngörülen miktarı ödemek zorunda kalabilir[722].

Riziko gerçekleşip taahhüt sözleşmesinden doğan borç muaccel olduğu zaman alacaklı, alacağını talep bakımından seçimlik bir hakka sahiptir: Ya üçüncü kişiye karşı ifa davasını açarak aynen ifayı ister; ya da taahhüt edene başvurarak uğradığı zararın telafisini talep eder. Ancak her ikisine birden dava açarak hem ifayı hem de zararın tazminini isteyemez; burada taleplerin yığılması değil, yarışması söz konusudur[723]. Diğer taraftan alacaklı, doğrudan üçüncü kişiye karşı açacağı ifa davası ile edimin aynısını talep edebildiği halde taahhüt edene taahhüt sözleşmesinden dolayı kural olarak sadece uğradığı zararın giderimi için başvurabilir, taahhüt edeni

---

http:www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/findKarar_n.jsp 16 Temmuz 2009]; Yarg. 13. HD., 27.4.1992 t., E. 305 K. 3896 (Uygur, **a.g.e.**, s. 3954 vd. ile özellikle s. 3956); Yarg. 11. HD., 18.4.1996 t., E. 1996/648 K. 1996/2876 (BATİDER, C: 18, Sayı No: 3, 1996, s. 143 vd.).

721 Eren, **a.g.e.**, s. 1113.

722 Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 812.

723 Wavre, **a.g.e.**, s. 79- 81; **Commentaire Romand**, Du Pasquier, art. 111 CO N. 14.

aynen ifaya zorlayamaz. Alacaklının taahhüt edenden aynen ifayı bekleyebilmesi bu hususu aralarında ayrıca kararlaştırmış olmalarına bağlıdır[724].

D. Rücu Sorunu

1. Genel Olarak

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinde zararı gideren taahhüt edenin, bu zararı giderdikten sonra üçüncü kişiye başvurarak yaptığı ödemeyi geri isteyip isteyemeyeceği hakkında kanunda bir düzenleme yoktur. Taahhüt borçlusunun yaptığı ödeme ile alacaklıyı tatmin edeceği hiç şüphesizdir. Söz konusu ödemenin, alacaklıyı olduğu kadar asıl borçlu konumunda olan üçüncü kişiyi memnun edeceği de açıktır. Zira üçüncü kişinin sorumluluğu altındaki bir zarara taahhüt eden tarafından müdahale edilmesi, zararın sonuçlarının, kusuru ile bu zarara sebep olan üçüncü kişiye değil, hiçbir kusuru bulunmayan taahhüt edene isabet etmesi demek olur. İşte zararın kaynağında kendi kusurlu davranışı olmadığı halde üstlendiği sözleşmesel yükümlülük gereği alacaklıya ödeme yapmak zorunda kalan taahhüt edenin, bu ödemelerin ardından üçüncü kişiye dönerek ödediği miktarı geri isteyebileceği kanuni bir dayanak olmaması, sözleşmedeki çıkarlar dengesinin nasıl sağlanacağı sorununu gündeme getirmiştir[725].

Rücu sorununun garanti sözleşmesi alanında özellikle üçüncü kişinin fiilini taahhütler bakımından gündeme gelebileceğini söylemek yanlış olmaz[726]. Garanti

---

724 Wavre, **a.g.e.**, s. 79- 80; Syboz, **a.g.e.**, s. 21.

725 Scyboz, **a.g.e.**, s. 22.

726 Üçüncü kişinin fiilini taahhüt dışındaki garanti sözleşmelerinde rücu sorununa az da olsa rastlanır. Bu tür sözleşmelerde zarar, üçüncü kişinin sözleşmesel bir edimini yerine getirmeyecek olmasından kaynaklanmadığı için üçüncü kişi unsuruna ihtiyaç göstermemekle birlikte bu zarardan dolayı, üçüncü kişinin alacaklıya karşı ayrıca bir kanun hükmü uyarınca veya haksız fiil nedeniyle sorumlu olması halinde rücu hakkının varlığı sorgulanabilir. Bu durumda rücu sorununu çözüme bağlamak çok kolaydır. Bir zarardan farklı hukuki sebeplerle sorumlu olan kişilerin sorumlulukları hakkındaki genel kuralın yer aldığı BK m. 51 hükmüne dayanarak rücu hakkını kabul etmek ve düzenlemek münkündür. Garanti veren, garanti sözleşmesi ile; üçüncü kişi ise, haksız fiil ya da kusursuz sorumluluk hallerinden biri ile sorumlu oldukları için BK m. 51'e uyan bir durum vardır. Maddedeki sıraya göre haksız fiili ile zarara sebebiyet veren kimse en başta, kanun gereği zararı gidermekle yükümlü olan kimse en sonda olmak üzere rücu hakkı kullanılır. Buna göre garanti veren, sorumluluk bakımından kendisinden önce gelen haksız fiil sorumlusuna başvurabilecek, fakat sorumluluk sırasının sonunda yer alan kanundan ötürü sorumlu kişiden hiçbir şey talep edemeyecektir. Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 871-872.

verenin, zararı giderdikten sonra yaptığı ödemeyi geri isteyebileceği zarardan sorumlu bir üçüncü kişinin varlığı rücu sorunu için şarttır, bu şartı ise üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi sağlar. Ancak rücu sorunu üçüncü kişinin fiilini taahhütlerin tümünde ortaya çıkmaz. Bilindiği üzere üçüncü kişinin fiilini taahhüt, yani kefalet benzeri garanti sözleşmesi, üçüncü kişinin mevcut bir borcunu garanti altına alabileceği gibi ileride doğabilecek bir borcunu da temin edebilir. Rücu sorunu ise yalnızca ilk durumda ortaya çıkar. Üçüncü kişinin, alacaklıya karşı, aralarında önceden kurulu bulunan bir hukuki ilişkiden doğan borcu yoksa taahhüt edenin yaptığı ödemenin arkasından üçüncü kişiye gidebilmesi için herhangi bir sebebi de yoktur. Taahhüt sözleşmesinin akdedilmiş olması, bu sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişi üzerinde borç doğurmaya yetmez. Borçlu olmadığı bir edimi ifaya zorlanamayacak üçüncü kişinin, edimi ifa etmek istememesi halinde doğan zarar taahhüt eden tarafından karşılanacak, ancak taahhüt eden, bu ödemesine karşılık sonradan üçüncü kişiye dönemeyecektir. Bu bakımdan rücu olanağı yaratılsa bile borçlu sıfatını taşıyan bir üçüncü kişi var olmadıkça taahhüt eden bu olanaktan yararlanamaz. O halde rücu sorununun gündeme gelebileceği üçüncü kişinin fiilini taahhütler denince akla, üçüncü kişinin mevcut bir borcunun temin edildiği sözleşmeler gelmelidir[727].

Kanunkoyucu belli başlı hukuki ilişkiler bakımından rücu ve halefiyet hakları tanıyarak çıkarlar arasındaki dengeyi kurmayı başarmıştır: BK m. 496 c. 1'de kefile tanınan rücu hakkı[728] ve TTK m. 1301'de sigortacı lehine öngörülen halefiyet hakkı

---

727 Reisoğlu, **Garanti,** s. 160.

728 BK m. 496 c. 1'de kefilin rücu hakkı düzenlenirken, kefilin, ödediği miktar oranında alacaklıya halef olacağından bahsedilmiştir: "*Kefil eda ettiği şey nispetinde alacaklının haklarında, ona halef olur. ...*". Kanunkoyucunun rücu hakkını düzenlerken halefiyetten bahsettiği tek yer kefalet sözleşmesi değildir. Müteselsil borçluluk ilişkisinde rücu hakkının hükme bağlandığı BK m. 147 ve taksimi kabil olmayan bir borcun ifasının düzenlendiği BK m. 69'da da halefiyet sözcüğü kullanılmıştır. Söz konusu hükümlerin bu yöndeki ifade tarzlarından, rücu hakkı ve halefiyet kavramlarının aynı anlamlara geldiği gibi bir sonuç çıkar. Halbuki rücu ve halefiyet birbirinden çok farklıdır. Rücu, "başvurma" demektir ve alacaklının haklarına halef olmayı gerektirmez. Alacaklının yerine geçerek onun haklarına sahip olmak anlamına gelen halefiyette ise, alacak hakkına bağlı tüm olanaklardan yararlanmak söz konusu olur ki bunların içinde rücu hakkı da yer alır. Bu durumda rücu ve halefiyet haklarının temelde farklı anlamlar taşımalarına rağmen terimsel olarak birbirinin yerine kullanılmalarının nedenini ortaya koymak gerekir. Belirtmek gerekir ki halefiyet, ancak kanunun öngördüğü hallerde mümkündür. Kural olarak üçüncü kişi tarafından yapılan ifa, borcu sona erdirdiği halde kanunkoyucu bazı hallerde bu ifanın, borcu sona sona erdirmeyip, aksine, ifayı gerçekleştiren üçüncü kişi karşısında devam ettireceğini kabul

gibi. Fakat aynı haklar üçüncü üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi açısından bahşedilmemiştir. Bu nedenle taahhüt edenin, üçüncü kişiye rücu edip edemeyeceği bir sorun olarak ortada durmaktadır. Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün benzer hukuki kurumlarla özellikle kefalet sözleşmesi ile olan yakınlığı dikkate alınarak, kefile tanınan rücu hakkından taahhüt edenin de kıyasen yararlanması gerektiği düşünülebilir. Ancak aralarındaki temel nitelik farkı, taahhüt edenin, kefaletin koruyucu hükümlerinden faydalanmasına izin vermez. Kefalet dışında bir dayanak noktası bulma çabası, doktrini kanuni halefiyet, alacağın temliki, sebepsiz zenginleşme, vekaletsiz iş görme ve BK m. 51'deki teselsül gibi fikir arayışlarına itmiştir.

Uygulamada bu görüşlerden hiçbiri tam anlamıyla benimsenmemektedir. Yargıtay 1967 tarihli[729] ve hemen arkasından 1969 tarihli[730] içtihadı birleştirme kararlarında bu dayanakların her birini açık bir dille reddetmiştir. Mahkeme

---

etmiştir. Bu haller BK m. 109 uyarınca düzenlenmiş olup iki tanedir: Başkasının borcu için rehnedilen şeyi rehinden kurtarmak isteyen malik veya diğer bir ayni hak sahibi olan kişinin durumu ile alacaklıya ödemede bulunan üçüncü kişinin ona halef olacağının borçlu tarafından alacaklıya haber verildiği durum. Bu iki durumun dışında halefiyet hali yoktur. Kanunkoyucunun, yukarıda değindiğimiz bazı kanun maddelerinde "halefiyet" ten söz eden ifadeleri ise, gerçek anlamda bir halefiyeti deyimlemez. Zira her ne kadar alacaklıya halef olmaktan bahsedilmekte ise de, tüm bu hukuki ilişkilerde ödemeyi yapan kimse aslında kendi borcunu ifa etmekte olup borcun ifası bakımından üçüncü kişi pozisyonunda değildir. Dolayısıyla borcu ödemiş kimsenin, kendi payından yaptığı fazla ödeme için veya kefalet sözleşmesinde kefilin, ödediği miktar için, alacaklıya halef olmasından değil, diğer borçlulara rücu etmesinden söz edilebilir. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 206-207. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet Kılıçoğlu, **Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet,** Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979, s. 13 vd. Oğuzman, Öz'e göre, kanunkoyucunun aslında diğer borçlulara rücu etmekten ibaret olan bu hakkı halefiyet olarak adlandırmasının nedeni, ifa edilen borca ilişkin teminatlar varsa bu teminatların müteselsil borçlu ya da kefil tarafından kullanılabilmesine olanak sağlamak ve böylece bu kişilerin durumunu güçlendirmektir. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 206-207. Meseleyi kefalet sözleşmesi açısından ele alan Reisoğlu'na göre ise, halefiyetten söz edilebilmek için borcun sona ermemiş olması gerekir. O halde asıl borcun ödenmesi ile kefalet, rehin ve diğer feri hakların sona ereceğini hükme bağlayan BK m. 113 karşısında halefiyetten söz eden BK m. 496'nın bir anlamı kalmayacağı açıktır, zira ödeme sonucu alacağın hem sona erdiği hem kefile geçtiği kabul edilemez. Bu nedenle yazar, kanunun, kefilin halefiyetini kabul eden açık hükmü karşısında bu durumu, kanunkoyucu tarafından kefaletin niteliği göz önünde tutularak genel kurallara getirilen bir isitisna gibi yorumlamaktadır. Reisoğlu, **Kefalet,** s. 209; Seza Reisoğlu, "Kefilin Rücu Hakkı İle İlgili Meseleler", **BATİDER,** C: I, Sayı No: 4, 1962, s. 466.

729 Yarg. İçt. Bir. K. 3.12.1967 t., E. 1966/16 K. 1967/7 (Akyazan, "Banka Teminat Mektupları", s. 27).

730 Yarg. İçt. Bir. K., 11.6.1969 t., E. 1969/4 K. 1969/6 (RG 3.6.1969 t. Sayı No: 13317).

kararlarında kabul edilen temel dayanak, taahhüt eden ile üçüncü kişi arasında önceden kurulmuş vekalet, iş, şirket gibi bir iç ilişkinin varlığıdır[731].

Üçüncü kişinin borcu ifa etmeme riski için taahhüt edene bir karşılık gösterdiği bu gibi durumlarda bu ilişkiye dayanarak üçüncü kişiye rücu edebilecek olan taahhüt edenin, artık kanuni bir dayanak aramasına lüzum kalmaz[732].

Sözleşmeye dayanan bu tür bir rücu hakkı çoğu kez banka teminat mektuplarında gündeme gelmektedir. Lehine teminat mektubu verilen üçüncü kişi olan lehdar, çoğu kez bankaya yine bir garanti sözleşmesi niteliği taşıyan karşıgaranti verir. Banka, teminat mektubu bedelini ödeme zorunda kalırsa, ödediği tutarı, lehdar ile aralarındaki karşı garanti sözleşmesi uyarınca ister[733]. Bununla birlikte banka, bir karşı garanti talep etmemiş olsa bile sözleşmeye dayanan bir rücu hakkının varlığından yine de söz edilebilir. Zira banka ile muhatap arasındaki banka teminat mektubunun düzenlenmesine olanak tanıyan iç ilişki bir vekalet teşkil eder. Banka tarafından muhataba verilecek bir teminat mektubu lehdarın verdiği talimat üzerine hazırlanır. Bu talimatın banka tarafından kabulü ile birlikte banka ile lehdar arasında bir vekalet ilişkisi meydana gelir ve banka, vekaletten doğan bu hakka dayanarak yaptığı ödemeleri talep edebilir[734].

---

731 ATF 120 II 34 [(Çevrimiçi) http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=fr&type= highlight_simple_quer... 4.2.2009]; Yarg. İçt. Bir. K. 11.6.1969 t., E. 1969/4 K. 1969/6 (RG No. 13317, s. 4). Aynı yönde bkz. Yarg. HGK, 17.9.1976 t., E. 11-868 K. 2521 (Uygur, **a.g.e.**, s. 3909-3910). Teminat mektubunda yazan tutarı ödeyen bankanın karşı garantiye başvurabileceğinden bahseden bir başka karar için bkz. Yarg. HGK, 26.1.1974 t., E. 971/582 K. 73 (İKD, Y: 14 Sayı No: 159, s. 2651-2652).

732 Ingeborg Schwenzer, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Fünfte, überarbeitete Auf., Bern, Stämpfli Verlag AG, 2009, § 86 N. 86.28; Engel, **Traité**, s. 435; Scyboz, **a.g.e.**, s. 22; **Commentaire Romand**, Du Pasquier, art. 111 CO N. 17.

733 Barlas, **a.g.e.**, s. 28; Kılıçoğlu, **Borçlar,** s. 417; Omağ, "Banka Teminat Mektuplarının Mahiyeti ve Hükümleri", s. 338; ATF 120 II 34 ATF 120 II 32 [(Çevrimiçi)http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_quer...4.2.2009]; Özge Yenice, **Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri: Kefalet Sözleşmesinde Rücu, Garanti Sözleşmesinde Rücu, İpotekte Rücu,** İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009, s. 113.

734 Taahhüt sözleşmesinin üçüncü kişi tarafından verilen bir talimat üzerine akdedildiği hallerde vekalet ilişkisinin söz konusu olduğu yolunda bkz. Schwenzer, a.g.e., § 86 N. 86.28; **Commentaire Romand**, Du Pasquier, art. 111 CO N. 16.

2. Rücu Hakkının Kanuni Dayanağı İle İlgili Görüşler

a. Kanuni Halefiyet Görüşü

Zararı giderme yükümlülüğünü yerine getiren bir taahhüt edenin, rücudan çok daha geniş bir kavram olan halefiyet hakkına sahip olup olamayacağı rücu hakkının dayanağı kousunda akla gelebilecek ilk olasılıklardandır. Hemen belirtelim ki bizim hukukumuzda halefiyet, ancak kanunun öngördüğü hallerde söz konusu olabilir[735] ve kanun, yalnızca iki tür halefiyet hali öngörmüştür. BK m. 109 hükmüne göre, başkasının borcu için rehnedilen şeyi rehinden kurtarmak isteyen malik ya da diğer bir ayni hak sahibi ile; alacaklıya ödemede bulunan üçüncü kişinin ona halef olacağını alacaklıya haber veren bir borçlunun varlığı durumunda halefiyet koşulları gerçekleşmiş olur. Üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi bu halefiyet halleri içinde sayılmamıştır. Bu sebeple taahhüt edenin, BK m. 109 uyarınca alacaklıya halef olacağının ve bu halefiyete dayanarak rücu hakkını kullanacağının ne ölçüde olanaksız olduğunu söylemeye gerek bile yoktur. Bununla birlikte kanuni halefiyet fikrini üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi alanına taşıyan nokta, taahhüt edenin durumunun, BK. m. 109 b. 2'deki koşulu sağladığı takdirde halefiyete uygunluk gösterip göstermediğidir. Alacaklıya ödemede bulunan taahhüt edenin, halef sıfatını kazanacağının borçlu tarafından alacaklıya bildirilmesi söz konusu olursa, yani üçüncü kişi konumundaki borçlu, ödemenin taahhüt eden tarafından yapılacağını ve bunun arkasından da alacaklıya halef olacağını alacaklıya bildirirse, halefiyete dayanan bir rücu hakkı doğacak mıdır? Bu soruya olumsuz yanıt verilmektedir[736]. BK m. 109'a göre alacaklının haklarına halef olmak için o borçtan sorumlu olmayan bir üçüncü kişinin ifası aranır. Halbuki taahhüt eden, alacaklıya yaptığı ödeme ile aslında kendi borcunun ifasını gerçekleştiren bir kişidir. Bir an için, taahhüt edenin üçüncü kişi sıfatıyla borcu ifa etmek istediğini ve ödemenin arkasından alacaklıya halef olacağının borçlu tarafından alacaklıya bildirildiğini var sayalım. Bu bildirim

---

735 Kılıçoğlu, **Kanuni Halefiyet,** s. 5.

736 Oser, Schönenberger, art. 111 N. 11; **Commentaire Romand**, Du Pasquier, art. 111 CO N. 17. Ancak, alacaklıya ödemede bulunan bankanın halef sıfatını kazanacağının teminat mektubunda yazılı olarak bildirilmesi halinde kanuni halefiyetin gerçekleşeceğini kabul eden aksi yöndeki fikir için bkz. Akyazan, "Banka Teminat Mektupları", s. 31.

de halefiyete yol açacak bir etkiye sahip değildir. Gerçi bu durumda yapılan ödeme, taahhüt eden sıfatıyla ilgili olmayıp üçüncü kişinin ifası gibi kabul edilebilirliğinden dolayı halefiyette aranan üçüncü kişinin ifası şartını sağlıyor gibi görünebilir. Fakat dikkati çeken nokta, taahhüt sözleşmesinin son bulmasının nedeninin, taahhüt eden tarafından yapılan bir ödeme olmamasıdır. Hatta bu olasılıkta, taahhüt edenin borcunun hiç doğmadığından bahsetmek daha doğrudur. Zira taahhüt edenin, üçüncü kişi sıfatıyla yaptığı ödeme alacaklıyı tatmin etmiş olacağından, riziko gerçekleşmemiş olur ve buna bağlı olarak taahhüt edenin borcu da doğmaz. Taahhüt edenin hiç doğmamış bir borç için rücu hakkını kullanması da doğal olarak mümkün değildir[737].

b. Alacağın Temliki Görüşü

Kefilden farklı olarak kanun tarafından özel olarak korunmayan taahhüt edenin yapacağı en isabetli hareket, taahhüt sözleşmesi kurulurken alacaklı konumundaki taahhüt edilenden, üçüncü kişideki tüm alacaklarının kendisine temlik etmesini istemek olacaktır[738]. Aksi takdirde, alacaklıyı sonradan temlike zorlayan bir kanun hükmü mevcut değildir. Fakat temlikin sadece ödemeden önce değil, ödemeden sonra dahi mümkün olabileceğini ve bu suretle alacaklının temlike zorlanabileceğini kabul eden bir kısım yazar, sonraki temlikin gerekçesini MK m. 2 f. 1'deki dürüstlük kuralına dayandırır. Üçüncü kişi tarafından yapılan bir ödeme ile tatmin edilen alacaklı için üçüncü kişi nezdindeki alacağın artık bir önemi kalmaz; ancak aynı alacak, zararı giderdiği andan itibaren taahhüt eden için hatrı sayılır bir değer kazanabilir. O halde taahhüt edenin, MK m. 2 f.1'deki dürüstlük kuralı gereği, bu alacak hakkına dayanarak üçüncü kişiden talepte bulunabilmesine herhangi bir engel olmamalıdır[739].

---

737 Oser, Schönenberger, art. 111 N. 11. Rücu hakkının kanuni dayanağı bakımından halefiyet fikri şu anki koşullar için pek elverişli değil ise de, halefiyetin, kanunkoyucu tarafından tanınmasına bir engel yoktur, hatta bu yönde yapılacak bir düzenleme hakkaniyet gereğidir. Guggenheim, **a.g.e.**, s. 89.

738 Scyboz, **a.g.e.**, s. 22.

739 Bu görüş temsilcileri için bkz. Reisoğlu, **Garanti,** s. 163 dn. 10.

Hakkaniyete uygun bir çözüm tarzı olarak savunulan alacağın temliki görüşü, alacaklıyı temlike zorlayan açık bir kanun hükmünün bulunmaması nedeniyle bugün fazla itibar görmemektedir[740].

c. Vekaletsiz İş görme Görüşü

Rücu hakkının kanuni dayanağı ile ilgili doktrinde ileri sürülen görüşlerden bir diğeri vekaletsiz işgörmedir[741]. Vekaletsiz iş görme görüşü şu esasa dayanır: Taahhüt borçlusu, bağlı olduğu taahhüt sözleşmesi gereğince alacaklıya bir ödemede bulunduğu zaman, kendi borcunu ifanın yanı sıra bir başkasının işini de görmüş olur. Söz konusu iş, üçüncü kişiye ait bir borcun ödenmesidir. Aslında, borçlandırıcı işlemlere hasredilerek dar anlamıyla yorumlandığında, borç ödeme fiili, iş kavramı içinde düşünülmeyebilir; fakat bugün hakim olan eğilim iş kavramını, hukuka uygun sayılabilecek her türlü fiili içine alacak kadar geniş olarak yorumlamaktır[742]. Geniş yoruma itibar edildiği zaman borcun ödenmesi de vekaletsiz iş görme kapsamında düşünülecek fiillerdendir. Borç ifasının üçüncü kişi tarafından yapılmasında alacaklının korunmaya değer kişisel bir çıkarı yoksa bu ifanın taahhüt eden tarafından yerine getirilmesinde hiçbir sakınca yok demektir. O halde alacaklıya ödemede bulunarak kendi borcunu sona erdiren taahhüt eden, aynı zamanda üçüncü kişi çıkarına hareket etmiş bir kimse olarak üçüncü kişinin vekaletsiz işgöreni olmak sıfatını hak eder[743].

Vekaletsiz iş görme görüşü, Fransız hukukunda Boulanger'nin kurduğu porte-fort kuramının çatısını oluşturur. Yazara göre gerekli temsil yetkisi ile donatılmadığı halde başkası hesabına iş gören kimse, bu işleme sonradan iş sahbinin onay vereceğini taahhüt ediyorsa iki ayrı işlem yapmış demektir: Birincisi, başkası adına ve hesabına icazet taahhüdü altında giriştiği işlem; ikincisi ise, icazet taahhüdüdür[744]. Taahüt eden, başkası hesabına hareket etmiş olmakla aslında onun

---

740 Wavre, **a.g.e.**, s. 82.

741 Boulanger, **a.g.e.**, s. 9 vd.; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, C: II, s. 875; Develioğlu, **a.g.e.**, N. 860.

742 Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 875

743 Develioğlu, **a.g.e.**, N. 860. Ancak bunun için üçüncü kişi, ödemenin taahhüt eden tarafından yapılmasını yasaklamamış olmalıdır. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 813.

744 Boulanger, " Porte-fort", s. 768- 769 N. 10.

çıkarına davranmış, onun malvarlığı üzerinde olumlu sonuç doğurmuş ve tüm bunları yaparken icazet taahhüdü altında yol almıştır. Bu noktada şarta bağlı bir vekaletsiz iş görmenin bütün işaretlerini porte-fort sözleşmesinde bulmak mümkündür ve bu anlamda porte-fort, üçüncü kişiyi temsil eden bir vekaletsiz iş gören olarak hareket ederken aynı zamanda karşı tarafa, üçüncü kişinin icazetini sağlamayı da borçlanan bir temsilciden başkası değildir[745]. Vekaletsiz iş görme görüşünü, üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinde sadece rücu hakkının dayanağı olarak değil, porte-fort mekanizmasının bizzat kendisi olarak gören Boulanger, fikirlerini yeteri kadar somut ve özenli biçimde ortaya koyamadığı için iyi anlaşılamamış ve doktrinin katı eleştirilerine uğramıştır[746].

Rücu hakkının kanuni dayanağı olma noktasında vekaletsiz iş görme düşüncesinin en çok eleştirildiği taraf, taahhüt edenin yaptığı bu ödeme ile aslında üçüncü kişinin değil, kendi borcunu sona erdirmiş olduğudur. Buna göre taahhüt eden, iddia edildiği gibi başkasının çıkarına hareket ederek onun işini gören bir kimse değildir, aksine o, alacaklıya ödeme yaparken aslında tam da kendi çıkarını düşünmektedir[747]. Taahhüt edenin ödemesinin aynı zamanda üçüncü kişinin borcunu sona erdirdiğini kabul için vekaletsiz iş görme taraftarlarınca ileri sürülmüş elle tutulur bir gerekçe yoktur. Ayrıca, taahhüt edenin yaptığı ödemenin mutlaka üçüncü kişinin borcunu sona erdirmek amacıyla olacağı da iddia edilemez. Zira üçüncü kişinin hiçbir borcunun bulunmadığı zamanlarda dahi taahhüt eden, taahhüt sözleşmesinde sahip olduğu bağımsızlık karakteri gereği bir ödemede bulunmak zorunda kalabilir. Bu durumda rücu hakkını vekaletsiz iş görmeye dayandırabilmek

---

745 Yazar, vekaletsiz iş görme görüşünü savunmakla birlikte vekaletsiz iş görme ile porte-fort arasındaki temel bir farklılığın görmezden gelinemeyeceğini itiraf etmektedir. Vekaletsiz iş görenin yaptığı işlem iş sahibinin çıkarına olması nedeniyle bağlayıcıdır. Buna göre iş sahibi, vekaletsiz iş görenin yaptığı hukuki işlem ile yükümlülük altına girecek, borçlarını ifadan kaçınamayacaktır. Fakat porte-fort açısından aynı şeyi söylemek yanlış olur. Porte-fort'un akdettiği sözleşme üçüncü kişiyi bağlamaz; üçüncü kişi bu sözleşmeye icazet vermeme hakkına her zaman sahiptir. Ancak yazar, bu durumun porte- fort'un vekaletsiz iş gören sıfatında algılanmasına engel gibi göründüğünü kabul etse de, porte- fort'un yaptığı işlemin tıpkı vekaletsiz iş gören gibi başkasının malvarlığı alanında sonuç doğurması nedeniyle bu engelin aşılabileceği kanaatindedir. Boulanger, **a.g.e.**, s. 8 vd., ile özellikle s. 10 ve s. 12.

746 Boulanger'ye yönelik en sert eleştiriler için bkz. Buttgenbach, **a.g.e.**, s. 15 ile s. 27 vd. ve özellikle s. 30 vd.

747 Priester, **a.g.e.**, s. 30; Barlas, **a.g.e.**, s. 82; Reisoğlu, **Garanti,** s. 165; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 387; Kahyaoğlu, **a.g.e.**, s. 101; Akyazan, "Banka Teminat Mektupları", s. 31.

için, taahhüt edenin, üçüncü kişinin hangi borcunu sona erdirerek onun çıkarına hareket ettiği sorusuna verilmesi gereken cevap, vekaletsiz iş görme taraftarlarınca yanıtsız bırakılmaktadır. Bu koşullar altında görünen odur ki vekaletsiz iş görme esasına dayanan bir rücu hakkı taahhüt sözleşmeleri bakımından güçlü ve itiraz edilemez bir dayanak noktası değildir[748].

Fikrimize göre vekaletsiz iş görme hükümleri rücu hakkı bakımından temel bir dayanak noktası teşkil edebilir. Zira "başkası hesabına tasarruf" başlığı altında BK m. 410 vd.'da düzenlenmiş olan vekaletsiz iş görme şartlarının varlığını bazı koşullarda kabul etmek mümkün olabilir. Vekaletsiz iş görme için; bir işin görülmesi, iş görenin bu işi yapması hususunda yetkilendirilmemiş olması ve başkasının işini görme iradesi ile hareket edilmesi olmak üzere temelde üç şartın bir arada olması gerekir[749]. Bir borcun ödenmesi söz konusu olmakla birinci şart gerçekleşmiş olur. Ancak görülen işin başkasına ait bir iş olup olmadığı hususunda kesin bir cevap verilememektedir. Vekaletsiz iş görmeden söz edebilmek için görülen işin başkasına ait olması zorunluluğunun ölçütü, söz konusu işin başkasının iş alanı ile ilgili olmasıdır. Oysa üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinde taahhüt edeni başkasının iş alanını değil, kendi iş alanını ilgilendirir şekilde hareket etmektedir. Zira alacaklıya ödeme yapan taahhüt eden, bu ödeme ile üçüncü kişinin borcunu değil, kendi borcunu ifa etmiş olur. Vekaletsiz iş görme hükümlerinin taahhüt edenin rücu hakkı bakımından uygulanamayacağını savunan görüşlerin esas dayanak noktaları da budur[750]. Ancak yapılan işin hem iş sahibinin hem de işgörenin hukuki alanını ilgilendirmesinin vekaletsiz iş görme alanında mümkün olduğubugün artık kabul görmektedir[751]. Bu durumda bizim de taraftar olduğumuz düşünceye göre taahhüt edenin bu işi yapmakta çıkarının bulunması, bu işin başkasına ait bir iş olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz; yeter ki taahhüt edenin, bu borcu ödemekte daha üstün bir çıkarı bulunmasın[752]. Yine eleştirilerin esasını oluşturan, taahhüt edenin

---

748 Barlas, **a.g.e.**, s. 82.
749 Develioğlu, **a.g.e.**, N. 854.
750 Örnek olarak bkz. Barlas, **a.g.e.**, s. 82; Kahyaoğlu, **a.g.e.**, s. 101.
751 Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 876.
752 Anne, Lachat-Heritier, **Commentaire Romand, Code des Obligations**, I, art. 1-529, Genève, Bâle, Münich, (y.y.), 2003, art. 419 CO N.5'ten naklen: Develioğlu, **a.g.e.**, N. 857.

borcu ödemekle üçüncü kişinin çıkarına değil, kendi çıkarına hareket ettiği iddiası da bu sebeple dayanaksız kalmaktadır. Yeni vekaletsiz iş görme anlayışında, başkasının çıkarına hareket etme iradesinin aranmayıp bunun yerine iş yapma iradesine sahip olmanın yeterli görülmeye başlanması[753] bu şartın üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi açısından da gerçekleştiğini gösterir. Taahhüt edenin kendi çıkarı yanında başkasının çıkarına da hareket ettiği durumlarda bu iradenin var olduğu kabul edilmelidir.

Son olarak işin yapılmasının herhangi bir sebebe dayanmaması şartı da yine çoğu kez üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi açısından gerçekleşmiş olmaktadır. Taahhüt eden ile üçüncü kişi arasında bir hukuki ilişki mevcut değil ise ve bu noktada en önemlisi, taahhüt edenin üçüncü kişiye bir kazandırmada (causa donandi) bulunma sebebiyle hareket etmediği kesin ise, vekaletsiz iş görme şartları gerçekleşmiş demektir. Bu sebeple taraftar olduğumuz fikre göre[754] taahhüt sözleşmesinde rücu hakkının kullanılması bakımından vekaletsiz iş görme hükümlerine başvurmamak için hiçbir engel yoktur.

d. Sebepsiz Zenginleşme Görüşü

Vekaletsiz iş görme şartları gerçekleşmemekle beraber taahhüt eden tarafından yapılan ödemenin alacaklının yanı sıra üçüncü kişiye de ekonomik bir yarar sağlamış olacağından herket eden bir görüş, rücu hakkının dayanağı olarak sebepsiz zenginleşme hükümlerini adres göstermiştir[755]. Sebepsiz zenginleşme görüşünün mantıksal çözümlemesi şu esasa dayanır: Taahhüt eden tarafından yapılan bir ödeme ile tatmin edilen alacaklı, tatmin edildiği öçlüde üçüncü kişiye tazmin talebini yöneltmekten vazgeçer. Böylece taahhüt edenin yaptığı ödeme üçüncü kişiye ister istemez ekonomik bir yarar sağlamakta ve üçüncü kişi, yöneltilmeyen tazmin talebi ölçüsünde zenginleşmektedir. Bununla birlikte üçüncü kişinin mal varlığındaki bu artışın hiçbir haklı nedeni yoktur. Çünkü taahhüt edenin, üçüncü kişi ile

---

753 Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 877.
754 Develioğlu, **a.g.e.**, N. 859-860.
755 Wavre, **a.g.e.**, s. 82. Aynı yönde bkz. Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 878-879; Kahyaoğlu, **a.g.e.**, s. 101-102.

aralarında, üçüncü kişi yararına ödemede bulunmasını ve onu alacaklısının takibinden kurtarmasını geçerli kılacak hiçbir hukuki ilişki kurulu değildir. Dolayısıyla üçüncü kişinin mal varlığındaki artış, sebepsiz zenginleşme teşkil ederek taahhüt edenin rücu hakkına dayanak oluşturur[756].

Teklif edilen diğer temel dayanaklar gibi sebepsiz iktisap görüşü de doktrinin eleştirilerine hedef olmaktan kurtulamamıştır. Yöneltilen eleştirilerin ortak noktası, taahhüt sözleşmeleri alanında, taahhüt edenin yaptığı ödeme ile üçüncü kişiyi haksız yere zenginleştirdiği sonucuna asla varılamayacağıdır. Zira taahhüt sözleşmesinde taahhüt edenin ifası, üçüncü kişinin değil, kendi borcunun ifasıdır ve doğal olarak kendi borcunu sona erdirir. Bu ödeme ile üçüncü kişinin borcunu sona erdirmediği ve söz konusu borç, halen üçüncü kişinin pasif malvarlığında durmaya devam ettiğine göre, üçüncü kişinin haksız zenginleştiğini iddia etmek bir hata olur. Bu durumda rücu sorununa en uygun çözümü sunuyor gibi görünmesine rağmen sebepsiz zenginleşme hükümlerinden faydalanılamayacağı da açıktır[757].

e. Eksik Teselsül Görüşü

İleri sürülen görüşlerin hiç birinin tatmin edici bir sonuca ulaştırmadığını düşünen eksik teselsül görüşüne göre taahhüt edenin rücu hakkı BK m. 51de yar alan şu izleyen düzenlemeye dayanmalıdır:

> Müteaddit kimseler muhtelif sebeplere (haksız muamale, akit, kanun) binaen mesul oldukları takdirde haklarında, birlikte bir zarar vukuuna sebebiyet veren kimseler hakkındaki hükümlere göre muamele olunur.

---

[756] Kazandırmanın sebebinin taahhüt sözleşmesi olduğu fikrine saplanarak sebepsiz zenginleşme görüşünden vazgeçilmemelidir. Zira taahhüt sözleşmesi, sadece alacaklının malvarlığındaki artışın sebebidir, yoksa ilişkinin tamamen dışında kalan üçüncü kişinin zenginleşmesinin hukuki sebebi değildir. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 814.

[757] Barlas, **a.g.e.**, s. 82. Oğuzman, Öz, sebepsiz zenginleşme görüşüne yapılan bu eleştiriye, ödeme ile üçüncü kişinin borcunun değil, fakat üçüncü kişiye yöneltilecek bir tazmin talebinin engellendiğini ve bunun da, borcun sona ermesi ile neredeyse aynı etkiyi yaratacağı gerekçesiyle karşılık vermektedirler. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 813 dn. 64.

> Kaideten haksız bir fiil ile zarara sebebiyet vermiş olan kimse en evvel, tarafından hata vaki olmamış ve üzerine borç alınmamış olduğu halde kanunen mesul olan kimse en sonra, zamân ile mükellef olur.

Maddede birden fazla kişinin farklı hukuki sebeplerden dolayı sorumlu olmaları haline yer verilmiş, aynı hukuki sebepten ötürü sorumluluklarına ise temas edilmemiştir. Birden fazla kişinin haksız fiil, sözleşme ya da kanunen sorumlu bulunmaları halinde haksız fiili ile zarara sebebiyet veren kimse en önce ve kanunen sorumlu olan kimse en sonra olmak üzere rücu hakkını kullanır. Buna göre sözleşme sebebiyle sorumluluk altında olan kişi haksız fiili ile zarara sebep olan kişiye karşı rücu hakkını kullanır, fakat kanun gereği sorumluluk altında olan kişiye başvuramaz. Üçüncü kişinin fiilini taahhütte ise birden fazla kişinin farklı hukuki sebeplerden ötürü değil, aynı hukuki sebepten sorumlu olmaları durumuna rastlanır. Üçüncü kişi, alacaklı ile önceden giriştiği bir hukuki işlemden, taahhüt eden ise taahhüt sözleşmesinden dolayı sorumludur. Yani her ikisinin de sorumluluk sebebi sözleşmedir. O halde BK m. 51'deki eksik teselsül düzenlemesinin sorumluluk sebepleri aynı olan kişilerin hukuki durumuna uygun düşmeyeceği ortadadır. Ancak doktrinde bir kısım yazar, rücu hakkının kanuni dayanağı olarak BK m. 51 hükmünü kıyasen uygulama taraftardılar[758]. Yalnız kıyasen yapılacak bir uygulama için üçüncü kişinin sözleşmeyi ifa etmemesi yeterli olmayıp ifa yokluğundan dolayı BK m. 96'ya göre sorumlu tutulacak durumda bulunması da gerekir. Rücu için BK m. 51 f. 1 ve BK m. 50 f. 2'ye dayanılacak ve hakim, bu kişilerin birbirleri aleyhine rücu haklarının olup olmadığına karar vererek gerektiğinde rücu hakkının kapsamını belirleyecektir. Taahhüt edenin kusurlu olarak sözleşmeyi ifa etmeyen üçüncü kişiye rücu hakkı var olmakla birlikte, üçüncü kişinin, taahhüt edene rücu hakkı kabul edilemez. Başka deyişle ödemeyi yapan ilk kişi üçüncü kişi ise yaptığı ödeme için diğer borçlu taahhüt edene başvuramayacaktır[759].

---

[758] Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C. II, s. 881; Reisoğlu, **Garanti,** s. 168; Omağ, "Banka Teminat Mektuplarının Mahiyeti ve Hükümleri", s. 339-340.

[759] Reisoğlu, **Garanti,** s. 168.

Ancak doktrinde BK m. 51 hükmünün rücu hakkının kanuni dayanağı olması konusunda bir uzlaşma sağlanamamıştır. Zira BK m. 51'de öngörülen teselsül, ayrı hukuki sebeplerden ötürü sorumlu olan kişiler arasında söz konusu olup aynı hukuki sebeplerle sorumlu olan taahhüt eden ve üçüncü kişinin durumuna uygun değildir. Bu denli önemli bir farklılığa rağmen BK m. 51'i kıyasen uygulamak, aynı hukuki sebepten yani sözleşmeden dolayı borç altına giren kişiler arasında teselsül yaratılması anlamına gelir ki bu sonuç, Borçlar hukukunun temel ilkeleri ile bağdaşmaz[760].

II. Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüdün Sona Ermesi

A. Rizikonun Gerçekleşmemesi Nedeniyle Sona Erme

1. Riziko Bekleme Süresi Kararlaştırılmış Olan Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesinde Sona Erme

Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün sona ermesi bakımından rizikonun gerçekleşmesinden önceki durum ile rizikonun gerçekleşmesinden sonraki durum birbirinden farklıdır. Borcun doğumu için aranan kanuni bir şart olması nedeniyle rizikonun gerçekleşmesine kadar taahhüt edenin borcu doğmaz. Rizikonun gerçekleşmeyeceğinin kesin olarak anlaşılması üzerine artık hiçbir borca varlık veremeyecek olan taahhüt sözleşmesi kendiliğinden sona erer[761].

Bununla birlikte taahhüt eden, rizikonun gerçekleşmeyeceğinin kesin olarak anlaşılmasına kadar sözleşme ile bağlı kalmaya devam eder. Sözleşmenin kurulmasından hemen sonra rizkonun gerçekleşmeyeceği kesin olarak anlaşılırsa sorun çıkmaz, zira bu durumda borçlunun taahhüt sözleşmesi ile bağlılığı çok uzun

---

760 Barlas, **a.g.e.**, s. 82- 83; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 388.

761 Béguelin, "Porte-fort", s. 6. Banka teminat mektuplarında riziko gerçekleşmez ise, yani üçüncü kişi olan lehdar borcunu öderse bankanın sorumluluğu ortadan kalkar. Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 882. "*...Tazmin edilmemiş teminat mektubu bedellerinin henüz risk doğmadığı için takip konusu yapılması ve icra emrine konu edilmesi yasaya uygun değildir...*" Yarg. 12. HD., 21.11.2000 t., E. 17426 K. 17962 (Uygur, **a.g.e.**, s. 3928). Teminat mektubunun iadesine karar vermek için riskin devam edip etmediğinin araştırılması gerektiği hakkında ayrıca bkz. Yarg. 19. HD, 29.6.2001 t., E. 2001/5074 K. 2001/1461 [(Çevrimiçi) http://www.hukukturk.com.fractal/hukukTurk/pages/findKarar_n.jsp 16 Temmuz 2009].

sürmez. Ancak sözleşmenin kurulmasıyla rizikonun gerçekleşmeyeceğinin anlaşılmasına kadar geçecek süre kısa olabileceği gibi çok uzun da olabilir. Bu durumda taahhüt borçlusunun ne zamana kadar bu rizikoyu üzerinde taşıyacağı meselesi çözüme muhtaç bir sorun olarak karşımızda durmaktadır.

Çözüm noktasında ilk ve en çok karşılaşılan olasılık ise, tarafların bir riziko bekleme süresi kararlaştırmış olmalarıdır. Taraflar, sözleşmede belli bir süre tespit ederek rizikonun bu süre içinde gerçekleşmesini öngördükleri zaman, bu süre dolmadan rizikonun gerçekleşmesi şarttır, aksi takdirde sürenin bitimi ile sözleşme ilişkisi son bulacağından, bu andan itibaren borçlunun riziko taşıma borcunun devamından söz edilemez[762]. Örneğin, üçüncü kişi Ü'nün, önümüzdeki bir yıl boryunca rekabet etmeyeceğini konu alan bir taahhüt sözleşmesinde kararlaştırılan süre, riziko bekleme süresidir. Nitekim taahhüt borçlusunun zararı giderme borcunun doğabilmesi için Ü'nün rekabet yasağına aykırı hareket etmesi gerekir. Fakat borçlu, Ü'nün rekebet yasağını ihlalini sonsuza kadar bekleyemez. İşte taraflarca kararlaştırılan bu bir yıllık riziko süresi ile taahhüt eden, ne zaman gerçekleşeceği belli olmayan bir olayı belki de ömrünün sonuna kadar beklemekten kurtulur[763].

Bazı taahhütler nitelikleri gereği riziko bekleme süresine bağlanamazlar. Özellikle taahhüt edenin alacaklıya, üçüncü kişinin mevcut bir borcunu, örneğin bir yıllık süre içinde ödeyeceğini taahhüt etmesi halinde bu bir yıllık sürenin dolumu taahhüt edenin sorumluluğunu sona erdirici değil, aksine sorumluluğu başlatıcı bir etki yapar. Bu gibi durumlarda saptanan süre, borcu muaccel hale getiren bir işleve sahiptir yoksa taahhüt edenin yükümlülük süresine getirilen bir üst sınır niteliğinde değildir[764].

---

762 Develioğlu, **a.g.e.**, N. 902; Kahyaoğlu, **a.g.e.**, s. 16; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 376; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 814- 815; Doğan, **a.g.e.**, s. 82- 83.

763 Riziko bekleme süresini vade ile karıştırmamalıdır. Sözleşmenin hükümlerinin gelecekte gerçekleşecek kesin bir olaya bağlanması halinde "vade" den söz edilir. Bu sayede borçlu, ifayı derhal değil, gelecekteki bir zaman zarfında yerine getirme hakkına sahip olur. Vadenin varlığı halinde borç doğmuştur fakat borcun ifa edilebilirliği ileriki bir zamana bırakılmıştır. Vadenin aksine riziko bekleme süresinde ise borç henüz doğmamış olup, doğum, rizikonun gerçekleşecek olmasına muhtaçtır. Vade hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 800 vd.

764 Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 815.

2. Riziko Bekleme Süresi Öngörülmemiş Olan Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmelerinde Sona Erme

Taahhüt edenin ne zamana kadar rizikoyu taşımaya devam edeceği gerçek bir sorun olarak, riziko bekleme süresinin kararlaştırılmadığı üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmelerinde ortaya çıkar. Rizikonun gerçekleşmesinin belli bir süre ile sınırlandırılmadığı zamanlarda, sözleşmenin kurulması ile rizikonun gerçekleşmesi arasında geçecek süre oldukça fazla olabilir. Bekleme döneminin çok uzun olduğu durumlarda taahhüt borçlusunu, ne zaman muaccel olacağı belli olmayan bir borç ile yükümlü tutumak hakkaniyete uygun düşmez. Çözüm için çıkış noktası ise, saf ve kefalet benzeri garanti arasında bir ayrıma gitmektir[765]. Bir teşebbüsünün sonucunun garanti edildiği saf garanti sözleşmelerinde, garanti alanın teşebbüse girişmek yönünde bir yükümlülüğünün bulunmadığı kesindir; yani garanti alan ne zaman isterse o zaman teşebbüse girişecektir. Garanti alanın, gerek teşebbüse girişmeden önceki aşamada gerek giriştikten sonraki dönemde garanti verenin borcunun devam edip etmeyeceği sorunu bir fikre göre[766], garanti verene odaklanarak çözüme bağlanmalıdır. Garanti veren, teşebbüse girişmesi için garanti alana teşebbüsün niteliğne göre uygun bir süre vermeli ve bu süre içinde teşebbüse girişilmezse sorumluluktan kurtulabilmelidir. Teşebbüse girişildikten sonra riziko bekleme süresinin ne kadar olacağı ise, teşebbüsün niteliğine, somut olayın özelliklerine ve garanti yüklenilmesindeki amaca göre belirlenmelidir[767]. Bir başka görüş de benzer şekilde riziko bekleme süresinin garanti alanın keyfiyetine bırakılmasını doğru bulmamakta, MK m. 2 f. 1 gereğince garanti alan için bir süre sınırının getirilmesinin şart olduğu vurgulanmaktadır[768].

Başkasının borcunu teminat altına almak için kurulan kefalet benzeri garanti sözleşmelerinde ise, asıl borca ilişkin zamanaşımı süresi doluncaya kadar taahhüt

---

765 Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II**,** s. 884.

766 Reisoğlu, **Garanti,** s. 170- 171.

767 Ancak garanti sözleşmesinin vekalete yakınlığı ileri sürülerek garanti verenin her zaman tek taraflı olarak sözleşmeyi sona erdirebileceği iddiası kabul edilemez; aksi durum karşı tarafa güvence sağlama işlevini üstlenmiş olan garanti sözleşmesinin bu işlevi ile bağdaşmaz. Priester, **a.g.e.**, s. 33'den naklen: Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 884.

768 Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 815- 816; Develioğlu, **a.g.e.**, N. 919.

borçlusunun rizikonun gerçekleşmesini beklemek zorunda olduğu fikri kabul edilmektedir [769].

Rizikonun gerçekleşmemesi nedeniyle sona erme tartışmaları Fransız hukukunda daha farklı bir boyut kazanmıştır. Bilindiği üzere Fransız hukukunda porte-fort sözleşmesi üçüncü kişinin icazetini konu alır. Porte-fort sözleşmesinin akdedilmiş olması ile asıl sözleşme, üçüncü kişi üzerinde kendiliğinden borç doğurmaz; porte-fort tarafından üçüncü kişi adına ve hesabına yapılan asıl sözleşme ile bağlılık ancak icazet verilmesi şartıyla mümkündür. Üçüncü kişi icazet vermeyi reddederse hiçbir zaman sözleşmenin tarafı haline gelmez ve taahhüt edenin, porte-fort'tan doğan borcu muaccel olur. İcazet verildiği zaman ise üçüncü kişi sözleşme ile bağlanırken taahhüt eden porte-fort sözleşmesinden doğan borcundan kurtulmuş olur. İşte bu noktada icazetin ilgililer üzerindeki etkisinin ne zamandan itibaren başlayacağı tartışılmıştır. Klasik görüş, bu konuda bir ayrım yaparak icazetin, porte-fort tarafları üzerinde geriye etkili, üçüncü kişi üzerinde ise icazeti verdiği andan itibaren yani ileriye etkili olarak hüküm ifade edeceğini kabul eder[770]. Diğer taraftan icazet verilmesinden sonra meydana gelen hukuki ilişkiyi vekaletsiz iş görme gibi kabul eden bir görüş[771], icazetin geriye etkililiğinin üçüncü kişi açısından da söz konusu olması gereğini savunarak klasik görüşten ayrılmaktadır[772].

B. Rizikonun Gerçekleşmesinden Sonra Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüdün Sona Ermesi

Riziko bekleme süresi belirlenmiş olsun veya olmasın, taraflar talep hakkını belli bir süre ile sınırlandırmış olabilirler. Bu durumda riziko gerçekleştikten sonra

---

769 Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri,** C: II, s. 885.

770 Demelombe, **a.g.e.**, N. 230; Planiol, Ripert, Esmein, N. 51; Baudry-Lacantinerie, Barde, **a.g.e.**, N. 143.

771 Boulanger, **a.g.e.**, s. 11. Boulanger'ye göre madde metninde icazetten söz edilmiş olmakla birlikte buradaki icazeti kabul anlamında ele almak gerekecektir. Çünkü icazet kavramı başkası adına ve hesabına işlem yapmayı içeren bir kavramdır. Oysa, port-fort ilişkisinde durum böyle değildir. Porte-fort borçlusu başkası adına ve hesabına değil, kendi adına ve hesabına hareket eden bir kimsedir. Boulanger, **a.g.e.**, s. 10 dn. 2.

772 İcazetin üçüncü kişi üzerinde geriye etkili olması fikrinin kabulü art. 1120 C. Civ.'in belli bir ölçüde sözleşmenin nispiliği ilkesine istisna teşkil etmesini sağlayacaktır. Carbonnier, **Droit Civil,** s. 187; Weill, Terré, **a.g.e.**, N. 525.

talep hakkının belirlenmiş bu süre içinde kullanılması gerekir. Örneğin Ü'nün, verilen siparişleri kabul etmemesi halinde en geç iki ay içinde talepte bulunulacağının kararlaştırıldığı hallerde öngörülen iki aylık süre talep süresidir. Talep hakkı rizikonun gerçekleşmesinden itibaren iki aylık süreye bağlanmış olup söz konusu hak iki ay içinde kullanılmadığında taahhüt eden, borcundan kurtulur. Dikkati çeken nokta, burada rizikonun gerçekleşmesinin değil, riziko gerçekleştikten sonraki talep edilebilirliğin belli bir süreye bağlanmış olduğudur. Bu gibi hallerde süre kaydının, riziko bekleme süresi ile bir ilgisi olmayıp bu kayıt, alacaklının bir işlemi belli bir süre içinde yapmasını sağlamak işlevine sahiptir[773].

Rizikonun doğumu için bekleme süresi kararlaştırılmayıp sadece talep için bir süre öngörüldüğünde rizikonun ne zaman gerçekleşeceği yine belli değildir. Bu süre uzun olabileceği gibi kısa da olabilir. Fakat taraflar, rizikonun ortaya çıkış süresini de kararlaştırmışlarsa önce bu süre içinde rizikonun doğması beklenir, sonrasında ise, talep hakkı için kararlaştırılan süre devreye girer. Mesela bir yıllık süre içinde verilen zararların bir ay içinde talep edilmesi şartıyla tazmin edileceğine dair verilen bir teminat mektubunda hem riziko süresi kararlaştırılmış hem de talep hakkı süreye bağlanmıştır. Bu durumda önce rizikonun bir yıllık süre içinde gerçekleşmesi beklenecek ve riziko gerçekleşince muaccel hale gelen talep hakkı en geç bir ay içinde kullanılacaktır.

C. Diğer Sona Erme Sebepleri

Borçların sona ermesi hakkındaki BK m. 113 vd. hükümleri niteliğine uygun düşüğü ölçüde taahhüt sözleşmesine de uygulanır[774]. Ölüm halinde sözleşmenin sona erip ermeyeceği meselesi sözleşen taraflardan hangisinin öldüğüne göre değişir. Taahhüt edenin ölümü üçüncü kişinin fiilini taahhüdü sona erirmez. Taahhüt borcu, bizzat boçlu tarafından ifada alacaklının özel bir çıkarının bulunmadığı para borcudur; taahhüt edenin ölümü üzerine bu borç mirasçılara geçer[775]. Yine edimi temin edilen üçüncü kişinin ölümü de taahhüt sözleşmesini sona erdirmez, aksine,

---

773 Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 815.
774 Reisoğlu, **Garanti**, s. 169.
775 Reisoğlu, **Garanti,** s. 169; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, C: II, s. 884.

edim artık ifa edilemeyeceğinden dolayı riziko gerçekleşmiş olur ve taahhüt borçlusunun borcu muaccel hale gelir. Ancak bu sonuç *intuitus personae* niteliği olan edimler bakımından kabul edilmelidir. Edimin üçüncü kişi tarafından ifasında alacaklının çıkarının mevcut olmadığı durumlarda ise rizikonun gerçekleştiği derhal kabul edilmemeli, edimi ifa borcu üçüncü kişinin mirasçıları üzerinde devam etmelidir. Buna karşılık alacaklının ölümü halinde garanti borcunun devam edip etmeyeceğine, alacaklının mirasçılarının sözleşmenin devamı hususunda bir haklarının bulunup bulunmadığına göre her somut olayda ayrı ayrı değerlendirme yapılarak karar verilecek ve eğer *intuitus personae* unsurlu bir alacak söz konusu değil ise sözleşmeden yararlanma hakkı mirasçılara geçecektir[776].

III. Zamanaşımı

A. Genel Zamanaşımı Süresi

BK m. 110 hükmünde özel bir zamanaşımı süresi öngörülmediğinden ötürü, üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinde taahhüt edenin sorumluluğu, BK m. 125'te öngörülen genel zamanaşımı süresi olan on yıllık süreye tabidir[777]:

> Bu kanunda başka suretle hüküm mevcut olmadığı takdirde her dava on senelik müruruzamana tabidir.

Zamanaşımı süresi borcun muacceliyetinden itibaren işlemeye başlar. Borç, rizikonun geçekleştiği, yani zararın meydana geldiği andan itibaren doğacak olması nedeniyle zamanaşımı da ancak bu andan itibaren işlemeye başlayacaktır. Bu bakımdan bir taahhüt sözleşmesi söz konusu olduğu zaman, sözleşme kurulur kurulmaz değil, riziko gerçekleşir gerçekleşmez zamanaşımı süresinin işleyecek olmasından söz açılır[778].

---

776 Sona erme sebepleri hakkında bkz. Reisoğlu, **Garanti,** s. 169- 170.

777 Rossel, **a.g.e.**, s. 167; Yavuz, **Özel Hükümler**, s. 882; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 396; Omağ, "Banka Teminat Mektuplarının Mahiyeti ve Hükümleri", s. 340; Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 18; Franco, Üçüncü Şahsın Fiilini Taahhüt", s. 597; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 816; Çebi, "Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt", s. 134; Akyazan, "Tatbikatta Banka Teminat Mektuplarının Ortaya Çıkardığı Çeşitli Sorunlar", s. 578.

778 Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 816. İlk talepte ödeme kayıtlı banka teminat mektuplarında muacceliyetin mektup tarihinden itibaren işlemeye başlayacağını ileri süren görüş hakkında bkz. Sıtkı Akyazan, "Teminat Mektuplarında Zamanaşımı", **BATİDER**, C: VIII, Sayı No: 1, 1975, s. 3. Buna karşılık

BK m. 125'te öngörülen genel zamanaşımı süresi, taraflarca herhangi bir süre kararlaştırılmamış olan taahhüt sözleşmelerinde hiçbir sorunla karşılaşmadan geçerli olur ve uygulanır. Bu gibi taahhüt sözleşmelerinde normal olarak rizikonun gerçekleşmesi beklenir ve üçüncü kişi, borcunu ifa etmediği anda taahhüt edenin riziko taşıma borcu muaccel olur, zamanaşımı süresi de bu andan itibaren işlemeye başlar[779].

Ancak taraflarca belli bir sürenin kayıt altına alındığı sözleşmelerde genel zamanaşımı süresinin uygulanması bakımından durum göründüğü kadar basit değildir. Taahhüt metninde kararlaştırılan sürenin zamanaşımına ne gibi bir etkide bulunacağı doktrin ve uygulamada çok tartışılmıştır. Tartışmanın esası, tarafların kabul ettikleri yükümlülük süresinin on yıldan daha kısa olması halinde BK m. 125'teki sürenin saf dışı edilip edilmediği sorusuna dayanmıştır. BK m. 127'de yer verilen ve BK m. 125'te öngörülen zamanaşımı sürelerini değiştiren anlaşmaların hükümsüz olduğundan bahseden kural karşısında ise tartışmanın boyutları iyiden iyiye tırmanmıştır. Tarafların on yıldan daha kısa yükümlülük süresi tespit ettikleri taahhüt sözleşmelerinin BK m. 127'deki yasaklayıcı hükmü karşısında batıl sayılıp sayılamayacağı hususundaki anlaşmazlık doktrin ve içtihadı uzunca bir zaman meşgul etmiştir.

Taahhüt sözleşmelerinde karşılaşılan zamanaşımı sorunu asıl olarak, taraflarca öngörülen yükümlülük süresinin talep edilebilirlik süresi olması halinde yaşanmıştır. Talep edilebilirlik süresinden kasıt[780]; tarafların, alacaklının bir işlemi, yani taahhüt edene başvurma işlemini belli bir süre içinde yapmasını sağlamak adına kararlaştırdıkları bir süredir. Gerçekten taraflar, taahhüt metninde iki tür süre öngörebilirler ki bunlardan biri riziko bekleme süresidir. Riziko bekleme süresi, tarafların rizikonun gerçekleşmesini istedikleri zaman dilimini ifade eder ve bu süre içinde riziko gerçekleşmez ise taahhüt edenin borcu doğmaz. Borç doğmadan

---

mektup metninde ilk talepte ödeme kaydı yer alsa da, riziko gerçekleşmeden önce borç doğmayacağı ve buna bağlı olarak, zamanaşımının işlemeye başlamayacağı yolundaki karşı görüş için bkz. Reisoğlu, **Banka teminat Mektupları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar**, s. 19-20.

779 Taahhüt edenin borcu vadeye bağlanmışsa, zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması için rizikonun gerçekleşmesinin yanında vadenin dolması da beklenir. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 816.

780 Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 815.

zamanaşımı işlemeye başlamayacağı için riziko bekleme süresinin BK m. 125'te öngörülen zamanaşımı süresi ile çelişen ya da çatışan bir tarafı yoktur. Riziko bekleme süresinin yer aldığı taahhüt sözleşmelerinde, öngörülen süre içinde rizikonun gerçekleşmesi beklenir ve riziko gerçekleştikten sonra talep için BK m. 125 hükmünün süresi olan on yıllık süre başlar. Tarafların taahhüt sözleşmesinde kararlaştırabilecekleri ikinci tür süre ise alacaklının taahhüt edene başvurması için öngörülen talep edilebilirlik süresi olup BK m. 125'teki zamanaşımı bakımından asıl problemli olan bu süredir. Zira alacaklının, uğradığı zararı taahhüt edenden isteyebilmesi için taahhüt metninde belirlenen süre içinde mi hareket etmesi gerektiği yoksa taraflarca saptanan süreye hiç aldırış etmeden on yıllık sürenin sonuna kadar talep hakkının devam ettiğinden mi bahsedileceği bir dönem önemli bir mesele halini almıştır. Talep süresinin BK m. 125'te düzenlenen süreden daha kısa olduğu hallerde sorunun boyutları bir kat daha büyümüş ve alacaklının, taraflarca kararlaştırılan kısa süre içinde mi yoksa daha uzun bir süre olan on yıl içinde mi talepte bulunacağı muamma yaratmıştır.

Diğer taraftan, sözleşenlerce sürenin türü belirtilmeksizin sadece belli bir süreyi kayıt altına aldıkları durumda mesele daha karmaşık bir hal almış ve söz konusu sürenin riziko bekleme süresi mi yoksa talep süresi mi olduğuna karar vermek başlıbaşına bir anlaşmazlık konusu olmuştur. Bazı yazarlarca[781], bu tür belirsiz süreler riziko bekleme süresi olarak kabul edilip talep süresi ile ilgisiz görülürken; bazı yazarlarca[782], riziko bekleme süresini de örtülü olarak içinde barındıran bir talep süresi olarak kabul edilmiştir. Talep süresi olarak görüldüğü zaman ise, BK m. 125 ile ilgili başlangıçtaki tartışmalara geri dönülmüş ve genel zamanaşımı süresine aykırılık teşkil edip etmediği sorgulanır olmuştur.

---

781 Heinz Reichwein, "Bankgarantie und Burgschaft", **SJZ,** 52 (1956), s. 377'den naklen: Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, C:II, s. 887.

782 Seza Reisoğlu, "Vadeli Teminat Mektuplarından Ötürü Bankaların Sorumlu Tutulabilecekleri Süre", **AÜHFD Osman Fazıl Berki Armağanı**, Ankara, 1977, s. 751-753. Omağ, on yıldan kısa olmamak kaydıyla, kararlaştırılan sürenin geçerli olacağını ileri sürmektedir. Omağ, "BankaTeminat Mektuplarının Mahiyeti ve Hükümleri", s. 341. Sürenin geçerliliği yönünde ayrıca bkz. Arkan, "Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu", s. 72.

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmelerinde özellikle banka teminat mektupları sahasında ortaya çıkan bu tartışmalar ve tartışmalarda ileri sürülen öneriler kanun koyucu tarafından BK m. 110 hükmüne 8.7.1981 tarih ve 2486 Sayılı Kanunla eklenen ikinci fıkra hükmü ile nihayet bulmuştur.

B. Borçlar Kanununun 110. Maddesinde 8.7.1981 Tarih ve 2486 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklik

Riziko belli olsun veya olmasın[783] taahhüt eden, belli bir süre sonuna kadar alacaklının kendisine başvurmaması halinde yükümlülüğünden kurtulacağına dair bir kaydı sözleşmeye koydurabilir. Bu tür kayıtlar özellikle banka teminat mektuplarında yaygın olarak kullanılmaktadır. Örneğin bankanın, verdiği teminat mektubunda bir yıl içinde kendisine başvurulmaması halinde yükümlülüğün sona ereceğine dair koydurduğu kayıtlar böyledir[784]. Bu gibi kayıtların varlığı halinde, üzerinde uzlaşılan sürenin BK m. 125'te öngörülen genel zamanaşımı süresi karşısında sahip olduğu değer bankacılık uygulamasında tartışma yaratmış ve 8.7.1981 tarih ve 2486 Sayılı Kanunla BK m. 110'a eklenen ikinci fıkra bu tartışmalara cevap amacıyla sevk edilmiştir. Eklenen fıkra hükmü şöyledir:

> Muayyen bir müddet için yapılan taahhütlerde, müddetin bitimine kadar taahhüt edene yazılı olarak başvurulmaması halinde taahhüdün hükümsüz olacağına dair sözleşme muteberdir.

Banka teminat mektuplarının kefalet olarak nitelendirilmesinden önceki dönemde mahkemeler[785], bunların arasından süreli olanlar için BK m. 493'ten

---

783 Riziko süresinin belli olduğu taahhüt sözleşmelerinde de talep hakkı süreye bağlanabilir. Bu tür taahhüt sözleşmelerinde hem riziko bekleme süresi hem de süreye bağlanmış talep hakkı mevcuttur. Sorumluluk için önce, bekleme süresi içinde rizikonun gerçekleşmesi gerekir; sonra, bu riziko sebebiyle uğranılan zararlara ilikşn talep hakkı bu talep hakkının bağlandığı süre içinde kullanılır. Örneğin, bir yıl içindeki kur artışlarından doğan zararların bir ay içinde tazmin edileceğinin kararlaştırılmasında olduğu gibi. Bir yıllık süre içinde kur artışı meydana gelirse riziko gerçekleşmiş olur ve talep hakkı muaccel olur. Ancak talep hakkının kullanılması bir aylık süreye bağlandığı için muacceliyet tarihinden itibaren bir ay içinde alacaklının taahhüt edene başvurması gerekir.

784 Bu hususta bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 815.

785 Bahsedilen dönem banka teminat mektuplarını üçüncü kişinin fiilini taahhüt şeklinde bir garanti sözleşmesi olarak niteleyen 1969 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararının öncesidir. Karar için bkz. Yarg. İçt. Bir. K., 11.6.1969 t., E. 1969/4 K. 1969/6 (RG 3.6.1969 t. Sayı No: 13317). Bu dönemde,

yararlanarak, sürenin bitimini izleyen bir ay içinde tazmin ve takip talebinde bulunulmasına, aksi halde taahhüt edenin yükümlülüğünden kurtulacağına hükmederlerdi. Teminat mektubunun yabancı karşıgarantisi var ise, bu karşıgarantinin vadesi teminat mektubunun vadesinden 45 gün fazla tutulur ve böylece bir ay içinde yapılan talepler için karşı garanti verene zamanında rücu olanağı korunmuş olurdu[786].

Yargıtay'ın banka teminat mektuplarını garanti sözleşmesi olarak içtihat etmesinden sonra[787] kefalet sözleşmesine ilişkin BK m. 493 hükmü kıyasen uygulanamaz hale geldi ve sorunu çözümlemek adına doktrinde beliren iki görüş farklı çözüm önerileri getirdi: Birinci görüşe göre[788], sürenin bitimiyle bankanın bu taahhüdünden kurtulacağı kabul edilmelidir. Bankanın taahhüdü, muhatabın süre doluncaya kadar yazılı olarak ödeme talebinde bulunması şartına bağlıdır; süre bitimine kadar bu şart gerçekleşmezse bankanın yükümlülüğü sona erer. Süresi içinde yazılı talepte bulunulmazsa teminat mektubunun geçerliğini yitireceği açıkça mektup metninden anlaşılabileceği gibi, bankacılık teamüllerinden de çıkarılabilir. Bankanın süre bitiminden sonra sorumluluğunun sona ereceğini kabul, ticari ilişkiler bakımından daha uygun bir çözüm sunar. Aksi görüşün benimsenmesi, sorumluluğun alacak haklarının genel zamanaşımı süresi olan on yıl borunca devam etmesi; buna bağlı olarak bankanın aldığı ipotek ve garantileri on yıl boyunca alıkoyması; bu

---

teminat mektubu eğer kefalet olarak nitelendirilirse, BK m. 493'ten yararlanabiliyor; garanti olarak nitelendirilirse, on yıllık zamanaşımına tabi oluyordu. Ünler, "Banka Teminat Mektupları", s. 6 ve 8.

786 Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, C: II, s. 886. Nitekim kefalet sözleşmelerinde konu ile ilgili özel bir düzenleme vardır. Belli süreli kefaletlerde BK m. 493 uyarınca alacaklı, kefalet senedindeki sürenin dolmasını izleyen bir ay içinde kefile başvurmak zorundadır. Ancak elbette ki başvuru için garanti edilen asıl bor kefalet senedinde yazılı süre içinde muaccel olmalıdır. Bir aylık süre, muacceliyet tarihinden itibaren başlar ve kefalet senedinde yazılı süre bitene kadar da talep hakkı devam eder. Fakat kanunkoyucu alacaklı lehine bir düzenleme yaparak belli süreli kefaletlerde kefalet senedindeki sürenin bitiminden sonra da bir aylık ek süre tanımayı uygu görmüştür. Alacaklı, rizikonun gerçekleşmesi üzerine kefalet senedinde kararlaştırılan sürenin sonuna kadar ve süre bittikten sonra da, bu sürenin bitiminden itibaren bir ay içinde başvurma hakkı vardır. Ayrıntılı bilrgi için bkz. Reisoğlu, **Kefalet**, s. 231-232.

787 "*…gümrük idaresine verilen teminat mektupları mahiyet itibariyle Borçlar Kanununun 110. maddesinde sözü edilen 3 üncü şahsın fiilini taahhüt niteliğinde bir garanti akdi olduğuna …*" Yarg. İçt. Bir. K., 11.6.1969 t., E. 1969/4 K. 1969/6 (RG Sayı No. 13317, s. 5).

788 Reisoğlu, "Vadeli Teminat Mektuplarından Ötürü Bankaların Sorumlu Tutulabilecekleri Süre", s. 751-753. Omağ, "BankaTeminat Mektuplarının Mahiyeti ve Hükümleri", s. 341. Arkan, "Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu", s. 72.

ipotek ve karşıgarantiler için on yıl süresince komisyon istemesi demektir ki bu durum bankacılık uygulamaları ile bağdaşmaz.

İkinci görüşe göre[789] banka, on yıllık zamanaşımı süresine tabi olmaya devam eder. Rizikonun, mektup metninde kararlaştırılan süre içinde ortaya çıkmış olması şartıyla bankanın sorumluluğunu kanuni zamanaşımı süresinin altına indiren bir süre kaydı geçerli olmaz. Demek oluyor ki bu görüşe göre mektup metninde öngörülen süre riziko bekleme süresi olup talep süresi ile ilgili değildir.

Uygulamada ise önceleri birinci görüşü kabul eden Yargıtay[790], daha sonra ikinci görüşü benimseyerek[791] bu görüşünde tutarlı davranmıştır. Ancak Yargıtay'ın, rizikonun teminat mektubu süresi içinde gerçekleşmesi kaydıyla mektup metnindeki sürenin bitiminden sonra da zamanaşımı süresi içinde talepte bulunulacağı yönündeki içtihadı bankacılık uygulamasına ters düşmüştür[792]. Teminat mektubunda yazılı süre bitmesine rağmen tazmin talebi ile karşılaşan Türk bankaları ödemeyi yaptıktan sonra karşıgaranti veren yabancı bankalara başvurduklarında reddedilmişlerdir. Zira uluslararası düzlemde yabancı banka, verdiği karşıgarantiyi teminat mektubunda yazılı süre sonuna kadar korumakta, sürenin bitimiyle birlikte karşıgarantisini kaldırmaktaydı. Sürenin bitiminden sonra ödeme talebi ile karşılaşan Türk bankaları ise muhatabın geç talebine rağmen ödemeyi yapmak zorunda kalmakta, fakat karşıgaranti sona erdiğinden artık karşıgarantiye rücu edememekteydiler. Bu duruma çözüm arayan Türk bankaları çareyi yabancı karşıgarantilere, "*Türk bankası sorumluluktan kurtulmadıkça karşı garanti verenin de sorumluluktan kurtulmayacağı*" na dair kayıtlar koymakta bulmuşlardır. Ancak bu kayıtlar, sorunu çözmek yerine yabancı bankalarla olan ilişkileri iyice çıkmaza sokmuştur. Nitekim

---

789 Reichwein, "Bankgarantie und Burgschaft", s. 374 vd.; Akyazan, "Teminat Mektuplarında Zamanaşımı", s. 5 vd.

790 Örnek olarak bkz. Yarg. 8.5.1971 t., E. 71/1339 K. 71/4037 RKD Ocak 1972, s. 61'den naklen: Reisoğlu, "Vadeli Teminat Mektuplarından Ötürü Bankaların Sorumlu Tutulabilecekleri Süre", s. 751.

791 Yarg. 11. HD, 6.7.1971 t., E. 1626 K. 5187'den naklen: Atalay Özdemir, "Borçlar Yasasının 110. maddesine Eklenen Yeni Fıkra ve Banka Teminat Mektupları", **YD**, C: 10, Y. 1984, S. 3, s. 267-268; Yarg. HGK, 26.1.1974 t., E. 971/1582 K. 974/73 (İKD, C: 14, Sayı No:159, 1974, s. 2651- 2652).

792 Özdemir, "Borçlar Yasasının 110. maddesine Eklenen Yeni Fıkra ve Banka Teminat Mektupları", s. 254.

yabancı bankalar bu kayıtlardan duydukları rahatsızlığı karşıgarantilerden daha fazla komisyon alma misillemesi ile gidermeye çalışmışlar ve bu durum çok defa gergin durumda bulunan ilişkileri daha fazla alt üst etmiştir[793].

Uluslararası alanda yabancı bankalarla yaşanan bu tür sıkıntıları gidermek isteyen Türkiye Bankalar Birliği, bu amaçla, birinci görüş doğrultusunda içtihatların birleştirilmesi yoluna gidilmesi için Yargıtay Birinci Başkanlığı'na başvurmuş, ancak bir sonuç alamamıştır. Yargıtay Başkanlık Divanı, 2.6.1977 tarih ve 43 Sayılı Karar[794] ile bu talebi reddetmiştir. Ret kararında, süre geçmiş olmasına rağmen muhatabın garanti sınırları içinde zararın gerçekleştiğini kanıtlaması halinde bu isteğin incelenmesine hukuken bir engel bulunmadığına ilşkin On birinci Hukuk Dairesi Kararı ile[795] ile diğer ilgili kararlar arasında bir çelişki bulunmadığı bildirilerek içtihadı birleştirmeye gerek olmadığına hükmedilmiştir[796].

Görünen odur ki Yargıtay'ın görüşünde ısrar etmesinin nedeni, mektupta belirtilen süreyi riziko bekleme süresi olarak kabul etmek istemesindendir. Talep hakkı süreyle sınırlandırıldığı bu tür kayıtlardan rizikonun gerçekleşmemesine rağmen taahhüt edene başvurulacağı anlamı çıkarılamaz. Riziko gerçekleşmedikçe talep hakkı muaccel olmayacaktır; burada talep hakkının süreye bağlanmış olmasının bir önemi yoktur. Talep hakkı süreye bağlanmış olsa da olmasa da hukuken istenebilir hale gelmedikçe kullanılamayacaktır.

Fikrimize göre burada dikkati çeken husus, talep hakkının süre ile sınırlandırılmasının riziko gerçekleşmeden taahhüt edene başvurulmasını sağlamayacağıdır. Teminat taahhüdünde belirlenen süre içinde talep hakkının kullanılması rizikonun gerçekleştiğine ilişkin bir işaret verir. Özellikle ilk talepte ödeme kayıtlı banka teminat mektuplarında bu yolda bir karinenin oluştuğunu söylemek yanlış olmaz. Banka, ilk talepte ödeme kaydı gereği bu ödemeyi yapmak zorunda kalabilir fakat sonradan rizikonun gerçekleşmediğini kanıtlayarak yaptığı

---

793 Tandoğan, **Özel Borç ilişkileri**, C: II, s. 888.
794 Tandoğan, **Özel Borç ilişkileri**, C: II, s. 888-889.
795 Karar için bkz. Yarg. 11. HD, 6.7.1971 t., E. 1626 K. 5187'den naklen: Özdemir, "Borçlar Yasasının 110. maddesine Eklenen Yeni Fıkra ve Banka Teminat Mektupları", s. 268.
796 Tandoğan, **Özel Borç ilişkileri**, C: II, s. 888; Barlas, **a.g.e.**, s. 91.

ödemeyi geri isteyebilir. Bu sebeple biz, taraflarca teminat metninde belirlenen sürenin rizikonun gerçekleşmesinden sonra işlemeye başlayacak bir süre olarak algılanması gerektiğini düşünüyoruz. Taraflarca saptanan sürenin aslında içinde riziko bekleme süresini barındırdığını söylemek bu açıdan zordur. Zira riziko gerçekleşmeden önce talep hakkı kullanılabilir durumda olmadığı için taraflarca saptanan süre fiilen dolmuş olsa bile hukuken henüz işlemeye başlamamıştır. Bu nedenle tarafların taahhüt metninde kararlaştırdıkları sürenin örtülü olarak riziko bekleme süresini de içerdiği ve bu süre içinde, hem rizikonun gerçekleşmiş hem de talebin yapılmış olması gerektiği düşüncesi doğru değildir. Taraflarca kararlaştırılan süre de nihayetinde rizikonun gerçekleşmesinden sonra başlayacak olup daha öncesinde süre işlemeye başlamayacaktır. Bu durumda söz konusu süreyi sadece talep hakkının kullanımına özgüleyerek talep süresi adı altında değerlendirmek gerektiğini düşünüyoruz.

Yargıtay'ın ikinci görüşte ısrarı üzerindeki eleştiriler henüz sonuçlanmamış iken tartışma başka bir zemine kaymıştır. Sözleşmeye belli bir süre içinde talep şartı konulduğunda, on yıllık zamanaşımı süresinin işlemesine fırsat kalmayacaktır; zira kararlaştırılan süre çoğu kez on yıldan kısa olacaktır. Şu halde tarafların tespit ettikleri talep süresi, BK m. 125'teki on yıllık zamanaşımı süresini uygulama dışı bırakmaktadır. Oysa BK m. 127'de zamanaşımı süresini değiştiren anlaşmaların geçersiz olacağından bahsedilmektedir. Bu durumda talep süresi saptanan taahhüt sözleşmeleri aslında BK m. 127 hükmüne aykırılık mı taşımaktadır?

Yargıtay ikinci görüşte direnirken bu noktaya hiç temas etmemiştir. Teminat mektubunda yazılı süre içinde talepte bulunulmamasının talep hakkını kaybettirmeyeceği, on yıllık zamanaşımının işleyeceğini hükme bağlayan Yargıtay'ın zamanaşımını değiştiren anlaşmaları yasaklayan Bk m. 127 hükmüne dayanmaması dikkati çeker. Doktrinde ise bu hususa açık bir dille değinilmiş ve genel olarak bu tür anlaşmaların zamanaşımını değiştirici nitelikte olmalarından

ötürü BK m. 127'ye aykırılık taşıyacaklarından hareketle geçersizliklerine vurgu yapılmıştır[797].

Tüm bu tartışmaları sona erdirmek için o zaman kadar tek fıkralık olan BK m. 110 hükmüne 8 Temmuz 1981 gün ve 2486 Sayılı Kanun ile[798] yeni bir fıkra eklenerek madde şu şekli almıştır:

> Bir üçüncü şahsın fiilini başkasına taahhüt eden kimse bu üçüncü şahıs tarafından taahhüdün ifa edilmemesi halinde zarar ve ziyan tediyesine mecburdur.
>
> Muayyen bir müddet için yapılan taahhütlerde, müddetin bitimine kadar taahhüt edene yazılı olarak başvurulmaması halinde taahhüdün hükümsüz olacağına dair sözleşme muteberdir.

Böylece bu tür kayıtları içeren taahhüt sözleşmeleri geçerli kabul edilerek Yargıtay'ın ikinci görüşü benimsemesinin yarattığı sakıncalar oratadan kaldırılmıştır. Belli süre içinde taahhüt edene ifa talebinde bulunulmazsa taahhüdün hükümsüzleşeceğine dair anlaşmalar artık geçerli olacak ve taahhütten doğan yükümlülük sona erecektir. Bununla birlikte zamanaşımına tabi olmadan süre sonunda sorumluluktan kurtulmak isteyen bankanın, mektuba sadece süre koyması ya da taahhüdün belirli bir süre içinde geçerli olacağını belirtmesi bu sonucu sağalamaya yetmez; belli bir tarihe kadar bankaya ulaşacak şekilde muhatap tarafından yazılı olarak ödeme talebinde bulunulmadığı takdirde hükümsüz olacağına dair bir kaydı da mektup metnine açıkça eklemesi gerekmektedir[799].

Taraftar olduğumuz bir fikre göre BK m. 110'da böyle bir değişiklik yaplmasaydı da bu tür sözleşmeleri geçerli kabul etmek gerekecekti. Çünkü burada söz konusu olan, zamanaşımı süresini değiştirmek değil, bir hakkı süreye bağlamaktır. Alcaklının taahhüt edene başvurma işlemini belli bir sürede yapmadığı takdirde borcun sona ereceği kararlaştırdıkları durum ile zamanaşımı süresini

---

797 Bu görüşler için bkz. Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, C: II, s. 888.
798 RG 10.7.1981 t., Sayı No: 17396.
799 Barlas, **a.g.e.**, s. 91.

birbirine karıştırmamak gerekir. Talep hakkı süresi içinde kullanılmadığı zaman taahhüt edenin borcu sona erer[800]. Gerçekten de taraflarca saptanan bu tür sürelerin zamanaşımı ile bir ilgisi yoktur. Çünkü belirlenen süre içinde talep hakkı kullanılmaması, taahhüt edenin yükümlülüğünü sona erdirdiği halde, zamanaşımı, borcu sona erdirci bir etki ve sonuç doğurmaz.

[800] Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 817.

SONUÇ

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt, en genel anlamıyla üçüncü kişinin sözleşme konusu olabilecek bir davranışını başkasına söz veren bir kimsenin, bu davranışın ifa edilmemesi rizikosunun doğuracağı zararları bir anlaşma ile üzerine almasıdır. Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün baskın karakteri, taahhüde başkasının davranışının konu ediliyor olmasıdır. Sözleşmelerde normal olan, her borçlunun alacaklısına ancak kendi edimini taahhüt etmesidir. Üçüncü kişinin fiilini taahhütte ise taahhüt eden, karşı tarafa kendi edimi yerine başkasının edimini söz verir. Günümüzde hukukun temel bir ilkesi haline gelmiş olan sözleşme özgürlüğü, tarafların, başkalarının edimlerini sözleşme konusu olarak seçişlerine olanak tanımaktadır. Böylece alacaklının ifasının istediği ancak borçlu tarafından bizzat yerine getirilmesinin mümkün olmadığı bir edime duyulan ihtiyaç, bu edimi yerine getirecek kişinin bulunması ile karşılanmış olur.

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt ilişkisinde üç kişinin varlığı göze çarpar: Başkasının edimini söz veren taahhüt eden, edimin kendisine söz verildiği sözleşmeden yararlanan taahhüt edilen ve edimi sözleşmeye konu oluşturan üçüncü kişi. Sözleşme taahhüt eden ile taahhüt edilen arasında kurulmakta, edimi taahhüde konu oluşturan üçüncü kişi ise sözleşme dışında kalmaktadır.

Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün kanuni düzenlemesinin yer aldığı BK m. 110 hükmü, söz konusu taahhüdü genel hatlarıyla ele almıştır. Maddede üçüncü kişinin fiilini taahhüt, bir kimsenin diğerine üçüncü kişinin belli bir fiili yerine getireceğini ve bu fiil yerine getirilmediğinde doğan zararı gidereceğini taahhüt etmesi olarak açıklanmaktadır. Ancak üçüncü kişinin fiilini taahhüt, salt bu ifade üzerinden okunduğunda ve zihinlerde yankı bulan bu anlamı ile ele alındığında gerçekten borç doğurucu bir işlem olup olmadığı şüphesini uyandırır. Zira üçüncü kişinin edimini konu alan bir sözleşmeden dolayı, ne edimi sözleşme konusu yapılan üçüncü kişi ne de bu edimi sözleşme konusu yapan taahhüt eden borç altına girer. Üçüncü kişi borç altına girmez; zira sözleşmeye taraf olmayan bir üçüncü kişinin, dışında kaldığı bir sözleşmeden ötürü borç altına girmesi olanaksızdır. Kural olarak hiç kimse iradesi

dışında borç altına sokulamayacağı için iki kişinin kendi aralarındaki karşılıklı beyanları ile üçüncü kişiyi borçlandırmaları mümkün değildir. Edimi taahhüt konusu yapılmış olmasına rağmen üçüncü kişi ifayı yüklenmiş değildir ve edimi ifa etmek istemediği zaman onu ifaya zorlayacak bir mekanizma yoktur. Böyle bir taahhütten dolayı taahhüt eden de borç altına girmiş olmaz; zira taahhüt eden kendi edimini söz vermiş değildir. Başkasının edimini söz vermiş olmakla taahhüt edenin bizzat kendisinin borç altına girmesi gerektiği düşünülebilirse de edimin ifasının üçüncü kişiden bekleniyor olması, özellikle *intuitus personae* unsurunun ağır bastığı hukuki ilişkilerde taahhüt edenin edimin ifasını aynen borçlanmasını engeller. Bu şartlar altında üçüncü kişinin fiilini taahhüt denildiği zaman yüzeysel görünüş itibariyle genel borçlanma kurallarına aykırı bir işlemle karşı karşıya kalındığı ortadadır. Bununla birlikte kanunkoyucu, üçüncü kişinin fiilini taahhüde tamamen başka bir anlam vererek bu taahhüdü borç doğurucu bir sözleşme karakterinde tespit etmiş ve doğacak olan borcu esas itibariyle taahhüt eden üzerine yüklemiştir.

Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün borçlandırıcı bir işlem olarak tespiti, beraberinde, bu taahhütten doğan borcun karakterini belirleme sorununu gündeme getirir. Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün kanuni düzenlemesi bu konuda yeteri kadar bir açıklık taşımamakla birlikte, başkasının davranışını karşı tarafa söz veren kimsenin bu davranışın ifa edilmemesi halinde zarar giderimi ile yükümlü olduğunu belirterek, söz konusu taahhüdü sorumluluk borç ilişkisi olarak gördüğünün sinyalini vermiştir. Sorumluluk borç ilişkisinin bir gereği olarak taahhüt edenin, yükümlülük borç ilişkisi kapsamında kalan bir verme, yapma ya da yapmama edimini değil, aksine, bu edimlerin ifa edilmemesinden doğan zararları gidermeyi borçlandığı kabul edilir. Buna göre zarar giderimini bir anlaşma ile üzerine almış olan taahhüt eden, verme yapma yapmama konulu bir borç altında olmayıp, öncesinde kurulu bulunan bir yükümlülük borç ilişkisi bulunmaksızın doğrudan sorumluluk borcu altındadır. Edimin ifasının beklendiği üçüncü kişi, ifaya yanaşmayacak olursa taahhüt eden, aynen ifaya zorlanamayacağı gibi kural olarak aynen ifayı teklifle de borcundan kurtulamaz; aynen yerine getirmekle yükümlü olduğu şey, üçüncü kişi tarafından edimin ifa edilmemesinin sebep olduğu zararları gidermekten ibarettir.

Zarar gideriminin bir anlaşma ile asıl borç olarak üstlenildiği bir borç ilişkisi olması üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesini rizikolu sözleşmeler grubuna sokar. Rizikolu sözleşme, borçlunun miktar ve kapsamı önceden tayin edilemeyen bir zarar ödemesini göze aldığı belirsiz durumları konu edinen sözleşmelerdir. Bu tür sözleşmelerde zararın doğup doğmayacağı ya da doğar ise ne miktar olacağı sözleşme kurulurken taraflarca bilinir durumda değildir. Üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi de bu anlamda belli bir rizikonun üstlenildiği sözleşmelerdendir. Başkasının edimini karşı tarafa söz veren taahhüt eden, bu sözüyle, bu edimin üçüncü kişi tarafından ifa edilmeyecek olması riskini de göze almış demektir. Zira üçüncü kişi, edimi sözleşme konusu yapılmış olmasına rağmen taraf olmadığı bu sözleşmeden ötürü borçlanmış değildir ve ifayı yerine getirip getirmemekte tamamen özgürdür. Taahhüt edenin, üçüncü kişiyi ifaya zorlama ya da onun iradesi üzerinde baskı yapma hakkı olmadığı gibi ifanın özellikle üçüncü kişiden beklendiği durumlarda aynen ifayı teklif ederek borçtan kurtulma şansı da yoktur. Şu halde taahhüt eden, bu taahhüdüyle üçüncü kişinin edimini değil, üçüncü kişi tarafından edimin ifasına duyulan bir güveni söz vermiştir. Üçüncü kişinin, taahhüdün gereği olan ifayı yerine getirmeyerek bu güvene aykırı davranması ise her zaman olasılık dahilindedir ve bu olasılık, bunu bilerek ve isteyerek üstlenen taahhüt eden için daima bir riziko teşkil eder.

Taahhüt edenin başkasının faaliyet alanının karşı karşıya kaldığı bir zarar olasılığını üstlenmesi, söz konusu taahhüdün "garanti borcu" kavramına dahil olmasını zorunlu kılar. Üçüncü kişinin fiilini taahhüt borcunun garanti başlığı altında ele alınması, taahhüt borcunun garanti borcu doğuran diğer sözleşmelerle arasındaki sınırının çizilmesi sorununu gündeme getirir. Ancak bir yandan kanuni düzenlemenin yetersizliği nedeniyle yaşanan hukuki nitelik tartışmaları, bir yandan garanti sözleşmeleri konusunda doktrin ve içtihadın hukuki terim birliğine varamamış olması üçüncü kişinin fiilini taahhüdün bu gruptaki yerini belirlemeyi güçleştirmiştir. Garanti kavramının, hem bir teşebbüsün sonucunun garanti edildiği özel bir sözleşme tipinin ismi olması hem de kanuni tekeffül kapsamında bulunan zapta karşı tekeffül, ayıba karşı teminat gibi sağlama borçlarından, bir asıl sözleşme çerçevesinde yer

almayan herhangi bir rizikonun güven altına alındığı sigorta, kefalet, saf garanti gibi sözleşmelere varıncaya dek tüm garanti borcu doğuran hukuki ilişkileri ifade etmek üzere kullanılıyor olması terimsel karışıklığın gerçek nedenidir. Terimsel adın konmasındaki güçlüklerin aşılması adına biz, garanti borcu doğuran tüm hukuki ilişkileri ifade etmek üzere "geniş anlamda garanti sözleşmeleri" ya da "güvence sözleşmeleri" deyiminin, bir teşebbüsün başarıya ulaşacağının garanti edildiği dar anlamda özel bir sözleşme tipinin adı olmak üzere ise "garanti sözleşmesi" tabirinin kullanılmasından yanayız.

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinin hukuki niteliği doktrin ve içtihadın gündeminde yer alan en tartışmalı konulardan biri olmuştur. Konuyla ilgili olarak doktrinde kefalet, garanti sözleşmesi, genel hüküm ve kefalet benzeri garanti olmak üzere dört temel görüş ileri sürülmüştür. Hukuki nitelendirme tartışmalarında başlangıçta ileri sürülen ve mevcut bir borcun garanti altına alındığı gerekçesine dayanarak üçüncü kişinin fiilini taahhüdü kefaletin alt türü olarak kabul eden kefalet sözleşmesi görüşü günümüzde artık savunulmamaktadır. Aralarındaki temel nitelik farkı göz ardı edilerek asli (bağımsız) bir kurum olan üçüncü kişinin fiilini taahhüdün feri bir kurum olan kefalete bağlanması, görüşün geçerliğini yitirmesindeki en büyük etkendir. Garanti sözleşmesi görüşü ise Stammler'ın çalışmaları ile başlamış ve gelişme kaydetmiştir. Bir kimsenin, başkasının kazanç amacı güden bir teşebbüsünü teşvik etmek veya desteklemek amacıyla teşebbüse bağlı rizikoları kısmen veya tamamen üzerine aldığı sözleşme olarak Stammler tarafından yapılan garanti sözleşmesi tanımı üçüncü kişinin fiilini taahhüdün garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmesinde bir dönüm noktası olmuştur. Garanti sözleşmesinin olmazsa olmaz unsurları olarak kabul edilen teşebbüs, teşebbüse sevk etme amacı, bağımsızlık ve ivazsızlık unsurlarını bünyesinde barındırıyor gerekçesiyle üçüncü kişinin fiilini taahhüt, garanti sözleşmesinin tam anlamıyla kendisi olarak kabul etmiştir. Salt üçüncü kişinin fiilini taahhüt ifadesinden ya da düzenlemesinden garanti sözleşmesi gibi özel bir sözleşme tipine varmanın imkansızlığını ileri süren genel hüküm görüşü ise garanti sözleşmesi görüşünün karşısında yer almıştır. BK m. 110'da yer alan üçüncü kişinin fiilini taahhüt düzenlemesinin tarihsel bağlarından

kopuk olarak ele alınamayacağını savunan genel hüküm görüşüne göre üçüncü kişinin fiilini taahhüt, üçüncü kişilerin edimlerinin geçerli olarak sözleşme konusu yapılabileceğini ifade etmek üzere getirilen genel bir hüküm olmaktan öteye geçmemektedir.

Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün hukuki niteliği konusunda garanti sözleşmesi taraftarları ile genel hüküm savunucuları arasında yapılan tartışmalar, garanti sözleşmesinin saf ve kefalet benzeri garanti ayrımından sonra farklı bir boyut kazanarak devam etmiştir. Bu teorik ayrımla birlikte başlayan yeni eğilime paralel olarak garanti sözleşmesine yönelik tanım ve hukuki yapılandırma yeniden ele alınmış, ayrım riziko esasına dayandırılarak üstlenilen rizikoya göre garanti sözleşmesinin saf ve kefalet benzeri garanti olarak nitelendirilmesi anlayışı yerleşmiştir. Üçüncü kişinin fiilini taahhüdü kefalet benzeri olarak nitelendiren görüş de bu yeni anlayışa paralel olarak gelişmiştir.

Kefalet benzeri garanti, bir borcun ödenmemesi rizikosunun güven altına alındığı bir garanti sözleşmesi türüdür. Buna göre mevcut ya da ileride kurulacak bir temel ilişkiden doğan borcun ifasının garanti edilmesi halinde taraflar arasındaki ilişki kefalet benzeri garanti olarak nitelendirilir. Kefalet sözleşmesi yanında kefalete bu denli benzeyen başka bir teminat kurumunun kabul edilmesinin nedenini kefalet benzeri garantinin alacaklıya sağladığı kolaylık ve avantajlarda aramak gerekir. Kefaletin feri, kefalet benzeri garantinin ise bağımsız nitelik taşıması bu kolaylıkların başında gelir. Temel ilişkideki borç geçersiz olduğu veya sona erdiği zaman kefalet sözleşmesinden doğan borç da sona erdiği halde aynı borç, garanti sözleşmesi söz konusu olduğunda devam eder. Bu bakımdan geçersiz, sona ermiş ya da dava konusu edilemeyen borçlar kefalet sözleşmesine varlık kazandıramadığı halde garanti sözleşmesini ayakta tutabilir. Kefilin, kefalet sözleşmesinin dışında asıl borçluya ait tüm defi ve itirazları ileri sürmesi mümkün olduğu halde kefalet benzeri garantide garanti verenin sadece garanti sözleşmesinden çıktığı anlaşılan savunmaları ileri sürebilmesi kefalet benzeri garantinin kefalete tercih edilmesinin bir başka nedenidir.

Kefalet benzeri garantinin garanti sözleşmesinin ayrı bir türü olarak fark edilmesinden ve temel ilişkiden doğan bir borcu teminat altına alan ilişkilere özgülenmesinden sonra garanti sözleşmelerinin içeriğini yeniden belirleme sorunu ortaya çıkmıştır. Bu doğrultuda özellikle kefalet benzeri garanti ile saf garanti arasındaki sınırın çizilmesi gerekmiştir. Başlangıçta, garanti sözleşmesini bir teşebbüsü desteklemek veya teşvik etmek için o teşebbüse bağlı tüm rizikoların üstlenildiği sözleşme olarak açıklayan Stammler'nin tanımı, bundan böyle saf garanti sözleşmelerini ifade etmek üzere kullanılır olmuştur. Böylece Stammler'nin tanımında bahsettiği tüm teşebbüse teşvik amaçlı garanti sözleşmeleri yalnızca saf garanti adı altında anılmaya başlamıştır. Saf garanti sözleşmesini, bir kimseyi belli bir davranışta bulunmaya sevk etme amaçlı garanti sözleşmelerine indirgeyen bu yeni yaklaşım, borcun ödenmemesi rizikolarını ise kefalet benzeri garanti kapsamına almıştır.

Bu verilerin ışığı altında, bir borcun ifa edilmemesi rizikosunun teminat altına alındığı sözleşmeler kefalet benzeri garantidir. Bu teminat, garanti alan ile üçüncü kişi arasında mevcut bir temel ilişkiden doğan borca karşılık verilebileceği gibi henüz ortada temel ilişki yok iken ileride kurulması olası bir ilişkiye konu olacak borçlar için de verilebilir. Buna göre garanti alanın üçüncü kişilerle kurulu bulunan veya ileride kurulacak borç ilişkilerinden doğacak bir borcunun ifa edileceğinin temel ilişkiden bağımsız olarak üstlenildiği hallerde kefalet benzeri garanti sözleşmesinin varlığından bahsedilir. Borcun ödenmemesi dışında kalan diğer rizikolar ise saf garanti sözleşmesine konu olur. Saf garanti sözleşmesinde amaç, garanti alan ile üçüncü kişi arasında kurulu bulunan ya da ileride kurulacak bir borç ilişkisinden doğan borcun ifasını garanti altına almak olmayıp, borç ilişkisi ile bağlantısı bulunmayan ekonomik, sosyal, bilimsel veya sportif girişimlerin başarıya ulaşacağına olan inancı güven altına almaktır. Bu nedenle bir bakıma kefalet benzeri garantiden farklı olarak saf garantide üçüncü kişinin borçlu durumda bulunduğu ya da borçlanacak olduğu bir temel ilişkiye ihtiyaç yoktur.

Hukuki nitelik tartışmalarında bugün gelinen nokta itibariyle doktrindeki baskın görüş, haklı olarak, üçüncü kişinin fiilini taahhüdü kefalet benzeri garanti

sözleşmesi olarak görmek eğilimindedir. Gerçekten garanti konusu riziko üçüncü kişinin fiiline bağlanmıştır. Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün kanuni düzenlemesini oluşturan BK m. 110, üçüncü kişinin fiilinin başkasına söz verilmesinden bahsetmekte ve ifanın gerçekleşmemesi halinde taahhüt edeni zarar giderimi ile yükümlü tutmaktadır. Üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinden bahsedebilmek için üçüncü kişi unsuruna ihtiyaç bulunması, maddede geçen fiil sözcüğünün üçüncü kişiye borç olarak yüklenebilecek, onun iradesi ile yerine getirebileceği bir davranış olarak anlaşılmasını gerektirir. Bu ise, söz konusu fiili, borç konusu olabilecek bir davranış ile yani edim ile eşdeğer kılar. Üçüncü kişinin, iradesi ile yerine getirebileceği, ona borç olarak yüklenebilecek bir edimden söz edilemediği zaman maddede öngörülen üçüncü kişi şartı da gerçekleşmiş olmaz ve üçüncü kişinin yer almadığı bir hukuki ilişkiden üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi gibi bahsedilemez. Böyle bir sözleşme olsa olsa saf garanti ya da basit şarta bağlı bir başka sözleşmenin konusu olabilir.

Doktrin, üçüncü kişinin fiilini taahhüdün yer aldığı madde düzenlemesinin kefalet benzeri garantiyi kapsayıp saf garantiyi dışarıda bıraktığı kabul etmenin yanında genişletici yorum ile saf garanti sözleşmelerinin de madde içeriğine dahil edilmesinde de bir sakınca görmez. Ancak fikrimize göre bugün itibariyle doktrinde ve içtihatta yerleşmiş terimler "kefalet benzeri garanti" ve "saf garanti" olmakla birlikte belirtmelidir ki gerçek anlamda garanti sözleşmesi niteliği aslında kefalet benzeri garanti sözleşmesi bünyesinde somutlaşır. Edimi taahhüt edilen belirli ya da belirlenebilir bir üçüncü kişinin varlığı garanti sözleşmesinin bizzat kendisini oluşturur. Üçüncü kişi unsurunun yer almadığı ve genellikle bir teşebbüsün başarılı sonucunun garanti edildiği saf garanti sözleşmelerinin ise şu anki kanuni düzenlemenin yetersizliği karşısında madde kapsamına dahil edilmesi mümkün görülse de bu konudaki hukuki yapılandırma yeniden ele alınmalı ve anılan sözleşmeler ayrı bir başlık altında düzenlenmelidir.

Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün unsurları da hukuki niteliğe paralel olarak tartışmalıdır. Bu kurumun garanti sözleşmesi ile çakıştığını düşünenler garanti sözleşmesinin tüm unsurlarını üçüncü kişinin fiilini taahhüde mal ederken, genel

hüküm görüşünde olanlar, üçüncü kişinin fiilini taahhüt düzenlemesinin garanti sözleşmesinin tüm unsurlarını içine almak için çok yetersiz olduğunu ifade ederler. Bu konuda henüz bir uzlaşma sağlanamamakla birlikte kefalet benzeri garanti karakterinde olan üçüncü kişinin fiilini taahhüdün riziko ve bağımsızlık olmak üzere iki unsura sahip kabul edilmelidir. Riziko üçüncü kişinin fiiline bağlanmış olup buradaki fiilden kasıt edimdir. Üçüncü kişi unsurundan bahsedebilmek için davranışın üçüncü kişiye borç olarak yüklenmesinin gerekliliği ve parasal olarak hesaplanma zorunluluğu fiil sözcüğünün edim kavramına özgülenerek kullanılmasını zorunlu kılar. Bağımsızlık ise sözleşmeye gerçek karakterini veren ve garanti sözleşmesini benzeri hukuki ilişkilerden, özellikle de kefaletten ayırmaya hizmet eden olmazsa olmaz bir unsurdur. Bağımsızlıktan kasıt, taahhüt edenin borcunun başka bir borcun varlığına, devamına geçerliğine ya da dava edilebilirliğine bağlı olmamasıdır.

Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün büründüğü hukuki nitelik hakkında sağlıklı bir değerlendirme yapılabilmesi ve ulaşılan sonuçların denetlenebilmesi kurumun tarihsel kökleri ile olan bağlantısını incelemekle mümkündür. Birçok kurumun olduğu gibi üçüncü kişinin fiilini taahhüdün de başlangıç örnekleri tarihin eski çağlarına dayanmaktadır. Mezopotamya'daki ilk uygarlıklardan bu yana var olan borçlunun kaçmayacağına dair garantiler üçüncü kişinin fiilini taahhüdün öncü tipini oluşturur. Ancak bu dönemde üçüncü kişinin fiilini taahhüt, döneminin kişisel teminatlarının genel karakterine uygun olarak belli belirsiz mevcuttur ve sınırları henüz çizilmemiştir. Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün daha belirgin bir kimlik kazanması ise Roma hukuku dönemine rastlar.

Roma hukukunda üçüncü kişinin fiilini taahhüt hükümsüz *stipulatio*'lar arasında sayılmıştır. Bunun nedeni Roma'nın ilk zamanlarına hakim olan katı şekilcilik anlayışıdır. Günümüz hukukundan farklı olarak Roma'da her türlü hukuki ilişkilerinden borç doğmuyor, konusu ne olursa olsun tarafların girdikleri hukuki ilişkilerden bir borç doğması ancak *ius civile*'nin öngördüğü şekil ve kalıpların kullanılması suretiyle mümkün olabiliyordu. Bu bağlamda Roma'nın ilkel zamanlarının hemen hemen tek borçlandırıcı işlemi *stipulatio*'dur ve *stipulatio*'nun

dar ve şekilci kalıpları üçüncü kişinin fiilini taahhüdün geçerliliğine izin vermemiştir. Üçüncü kişinin ediminin konu edildiği bir *stipulatio*'dan dolayı ne üçüncü kişi ne de taahhüt eden borç altına girer. Üçüncü kişi borç altına girmez; zira *stipulatio*'nun söylenmesi gereken sözlerini söylemeyen ve yerine getirilmesi gereken merasimini yerine getirmeyen üçüncü kişinin borç altına girmesi Roma hukuk düşüncesinde olanaksızdır. Böyle bir *stipulatio*'dan dolayı taahhüt eden de borç altına girmez; zira taahhüt eden, her ne kadar *stipulatio*'nun şekil şartlarını yerine getirerek *stipulatio*'ya taraf olsa da, taahhüt ettiği edim kendi edimi olmadığı için borçlanması mümkün olmaz. Bununla birlikte Romalılar üçüncü kişinin fiilini taahhüdün geçerli olduğunu olduğu bazı istisnai durumlara yer vermeyi ihmal etmemişlerdir. Özellikle kefalet, *constitutum debiti* gibi her biri aslında birer üçüncü kişinin fiilini taahhüt karakterini gösteren ve ancak çok sonraları, Pandektler tarafından *promissio indemnitatis* (zarar giderim vaatleri) adı altında kurallaştırılacak olan hukuki ilişkiler daha o dönemde ayrı isimler altında düzenlenmiştir.

Ortak hukuk döneminde üçüncü kişinin fiilini taahhüt garantilerinin devam ettiği gözlenir. Bu dönemde Roma'nın Batı'da boşalttığı siyasal iktidara hakim olan Barbar kavimlerin örf ve adet hukuklarında oluşturdukları kurumlar Roma hukuk kurumlarına uyarlanarak varlığını sürdürmüş, Roma kurumları zamanla Barbar geleneklerin yerini almıştır. XIII. yy.'dan itibaren başlayan çalışmalar Roma hukukunu uygulama alanına taşımış, glossator ve postglossator'ların yaptıkları çalışmalarla Roma hukuku yeniden hayat bulmuştur. Nitekim bu dönem çalışmalarının yankı bulduğu alanlardan biri de üçüncü kişinin fiilini taahhüt anlaşmalarıdır.

Postglossator sonrası üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile ilgili düzenlemelerin ilk temellerini atan isim Pothier'dir. Kendisinden önceki hukukçuların eserlerinden yararlanarak Roma hukukunun üçüncü kişinin fiilini taahhüdünü teorik alana taşıyan ünlü hukukçu, yaptığı çalışmalarda söz konusu tahhütten bir garanti borcu doğduğu sonucuna varmıştır. Diğer taraftan Pothier, hukuki nitelendirme noktasında ise bu garantiyi, henüz, kanuni tekeffül kapsamında bir borç olarak düşünmüştür.

Ortak hukuk döneminde dikkati çeken özellik, üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile ilgili çalışmaların Pothier ve Pandektler üzerinden olmak üzere iki ayrı koldan gelişme göstermesidir. Pothier'nin çalışmaları Fransız *Code Civil*'ini kaleme alanlar tarafından aynen kopya edilirken Pandektler, tazminat anlaşmaları niteliğindeki *promissio indemnitatis* üzerine eğilmişlerdir. Romalıların bir zarar gideriminin söz konusu olduğu anlaşmalarının her birini *promissio indemnitatis* başlığı altına kurallaştıran Pandektler, böylece, Stammler'in tanımında esas aldığı garanti sözleşmesinin bir kurum olarak ortaya çıkışına uygun ortamı hazırlamışlardır.

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile garanti sözleşmesinin yollarının kesişmesi ise üçüncü kişinin fiilini taahhüt kurumundan aslında bir garanti borcu doğduğunun anlaşılmasından sonraya rastlar. Belirtmek gerekir ki üçüncü kişinin fiilini taahhüt *promissio indemnitatis* adı altında gelişmiş bir kavram değildir. Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün garanti borcu karakteri Pothier'e nazaran Pandektlerin çalışmalarında daha belirgin olmakla birlikte üçüncü kişinin fiilini taahhüdün kurallaşması Pothier'nin çalışmalarının Fransız kanunkoyucusu tarafından *Code Civil*'e yansıtılmasının bir sonucudur. Bununla birlikte üçüncü kişinin fiilini taahhütten zorunlu olarak bir garanti borcunun doğuyor olması her iki kurumun birlikte anılmasını sağlamıştır.

Bugün gelinen nokta itibariyle üçüncü kişinin fiilini taahhüt, benzeri hukuki ilişkilerden ayrılmış bağımsız bir kurum sıfatını kazanmıştır. Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün, benzeri hukuki ilişkilerle ayrımının kurulmasında en büyük güçlük kefalet sözleşmesi ile arasındaki sınırın çizilmesinde yaşanır. Kefalet ile kefalet benzeri garanti arasındaki ayrımı kurmak pratik hayat bakımından büyük önem taşır. Zira kefaletin kefil lehine pek çok koruyucu hükmü içermesi, buna karşılık nitelik itibariyle ondan çok daha ağır ve kapsamlı bir sorumluluk getiren taahhüt sözleşmesinde taahhüt edeni koruyucu hiçbir hükmün bulunmaması somut olaydaki kişisel teminatın niteliğinin belirlenmesini hassas bir noktaya taşır. Her iki sözleşme arasındaki niteleme güçlüğünü giderebilmek için doktrin ve içtihatta aslilik ferilik, çıkar, kişiye yönelik ilgi, borcu aşan sorumluluk yüklenilmesi, şüphe halinde kefalet karinesi gibi bir dizi ayrım ölçütü sunulmaktadır. Bu ayrım ölçütlerinin her biri ayrı

ayrı eleştiriye uğramakla birlikte en fazla rağbet gören aslilik ferilik ölçütüdür. Kefaletten doğan borcun asıl borca bağlı olmasına karşılık üçüncü kişinin fiilini taahhütte borç asıl borçtan bağımsızdır. Ancak somut olay temeline inildiğinde aslilik ferilik ölçütü hiçbir sonuç vermemekte, taahhüdün asli mi yoksa feri mi olduğu yapılacak bir nitelendirme faaliyeti sonrası belli olmaktadır. Bu bakımdan kefalet ile üçüncü kişinin fiilini taahhüt arasındaki ayrımı belirlemede temelde üç basamaklı bir işlemden geçilmelidir: İlk olarak tüm hukuki ilişkilerde olduğu gibi burada da sözleşmelere ilişkin genel yorum ilkeleri ışığında hareket edilmeli; genel yorum ilkelerine rağmen tarafların gerçek ve ortak iradeleri tespit edilemiyorsa bu konuda ortaya konan ayrım ölçütlerini somut olaya uygulamalı; buna rağmen sonuca ulaşılamıyorsa borçlu lehine daha korumacı bir çözüm sunan şüphe halinde kefalet karinesine başvurarak bir hükme varılmalıdır.

Bütün sözleşmeler için aranan genel geçerlik kuralları bir sözleşme olması itibariyle üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinde de uygulama alanı bulur. Buna göre sözleşmenin konusu emreci hukuk kurallarına, kamu düzenine, genel ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olamaz. Üçüncü kişinin fiilini taahhütten doğan borç daima bir miktar para borcu olduğu için sözleşmenin konusunun hiçbir zaman hukuka aykırı bir tarafı olamayacağı düşünülebilir. Fakat tarafların sözleşme ile ulaşmak istedikleri ortak amaç sözleşmenin geniş anlamda konusuna dahil olup, bu amaç bakımından bir hukuka aykırılık var ise sözleşme geçersiz olur. Taahhüt edenin borcu daima bir miktar para borcu olduğu için taahhüt sözleşmesinde imkansızlıktan söz edilemez. Bu nedenle taahhüt sözleşmesinde imkansızlık ile ilgili hükümler taahhüt edenin borcu bakımından değil, üçüncü kişinin edimi bakımından gündeme gelir. Üçüncü kişinin ediminin imkansız olup olmamasına göre taahhüt edenin borcuna uygulanacak hükümler de farklılaşır.

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinin en önemli hükmü taahhüt edenin zararı gidermekle yükümlü tutulmasıdır. Üçüncü kişinin edimini başkasına taahhüt eden kimse, bu edimin ifa edilmemesi yüzünden karşı tarafın uğradığı zararları karşılamak zorundadır. Zararı giderme borcunun doğumu rizikonun gerçekleşmesi şartına bağlıdır. Tüm rizikolu sözleşmelerde olduğu gibi üçüncü kişinin fiilini

taahhüt sözleşmesinde de rizikonun gerçekleşmesi kanuni bir şart olup şart gerçekleşinceye, yani beklenen edimin yerine getirilmeyerek zarara sebebiyet verilinceye kadar taahhüt edenden bir talepte bulunulamaz. Borcun doğumuna kadar geçen süre içinde alacaklının hakları ise beklenen hak kuramı ile korunur.

Zarar giderim borcu kural olarak bir miktar paranın ödenmesi ile ifa olunur. Fakat tarafların, aralarında anlaşarak nakden tazmin yerine aynen tazmini kararlaştırmaları da mümkündür. Üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinde giderilmesi istenen zarar olumlu zarar olup, edim, üçüncü kişi tarafından ifa edilseydi alacaklının malvarlığının içinde bulunacağı durum ile bu edimin ifa edilmemesi halinde içinde bulunulan durum arasındaki farkın giderilmesi esasına dayanır. Riziko gerçekleşip taahhüt sözleşmesinden doğan borç muaccel olduğu zaman alacaklı, talep bakımından seçimlik bir hakka sahiptir: Buna göre, ya üçüncü kişiye karşı ifa davası açarak aynen ifayı talep edecek ya da taahhüt edene başvurarak zararın giderimini isteyecektir; zira burada taleplerin yığılması değil, yarışması söz konusudur.

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinde zararı gideren taahhüt edenin, bu zararı giderdikten sonra üçünü kişiye başvurarak yaptığı ödemeyi geri isteyip isteyemeyeceği konusunda kanuni bir düzenleme yoktur. Rücu sorunu özellikle üçüncü kişinin mevcut bir borcunun taahhüt edildiği hukuki ilişkiler bakımından gündeme gelir. Doktrin ve içtihatta rücu hakkının kanuni dayanağı olarak kanuni halefiyet, alacağın temliki, vekaletsiz iş görme, sebepsiz zenginleşme ve eksik teselsül hükümlerinden faydalanmak gibi sunulan öneriler tam anlamıyla bir çözüm sağlayamamaktadır. İleri sürülen dayanak noktalarının her biri ayrı ayrı tartışmalıdır ve hiç biri tatmin edici düzeyde bulunmamaktadır. Rücu sorunu bakımından en etkili çözüm, taahhüt edenin üçüncü kişiden bir karşılık ilişkisine dayalı olarak karşıgaranti talep etmesidir. Ancak karşılık ilişkisinin söz konusu olmadığı somut olaylarda banka garantisi karşısında bulunulduğu zamanlarda -genellikle banka teminat mektubu tarzında beliren- bu garantinin müşterinin talimatı ile veriliyor olması vekalet hükümlerine başvurulmasını olanaklı kılar. Ancak bu tür bir talimatın söz konusu olmadığı durumlarda iş görme kavramını geniş yorumlayarak üçüncü kişiye

ait bir borcun ödenmesini vekaletsiz iş görme kapsamında düşünmek ve bu hükümlere göre rücu olanaklarını taahhüt edene sunmak gerekir. Böylece somut olayın şartları elverdiği ölçüde ve özellikle hakkaniyet ilkesinin gerektirdiği durumlarda rücu hakkına olanak tanımak yerinde olmakla birlikte, en sağlıklısı, bu hakkın dayanağını kanunda düzenlemek olacaktır.

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmelerinde rizikonun gerçekleşmesi için belli bir süre öngörülmüş olabilir. Bu süre içinde riziko gerçekleşmez ise taahhüt edenin borcu sona erer. Asıl sorun, riziko bekleme süresinin kararlaştırılmadığı taahhüt sözleşmelerdir ki bu durumda asıl borca ilişkin zamanaşımı süresi doluncaya kadar taahhüt borçlusunun rizikonun gerçekleşmesini beklemek zorunda olduğu ve taahhüt sözleşmesinin ancak bu sürenin bitiminde sona ereceği kabul edilmektedir.

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi bir sözleşme olması itibariyle Borçlar Kanununun zamanaşımı ile ilgili genel hükümlerine tabidir. Buna göre taahhüt borcu, muaccel olduğu tarihten itibaren on yıllık süre geçince zamanaşımına uğrar. Ancak uygulamada tarafların genel zamanaşımı süresinden daha kısa süreler tespit ettikleri görülür. Bu sürelerin genel zamanaşımına olan etkisi doktrin ve içtihatta hayli tartışma konusu olmuş ve tartışmalar, ancak Borçlar Kanununun 110. maddesine 8.7.1981 tarih ve 2486 sayılı kanunla eklenen yeni bir fıkra ile sona erdirilebilmiştir. Buna göre tarafların alacaklının süre doluncaya kadar yazılı olarak ödeme talebinde bulunması şartına bağladıkları taahhütlerinin geçerli olacağı kabul edilmiştir. Bununla birlikte genellikle banka teminat mektuplarında tesadüf edilen bu tür süre kayıtlarının sözleşme metnine ilave edilmesinin yeterli olmayacağı, sorumluluktan kurtulmak için belli bir tarihe kadar bankaya ulaşacak şekilde muhatap tarafından yazılı olarak ödeme talebinde bulunulmadığı takdirde taahhüdün hükümsüz olacağına dair bir kaydın da mektup metnine açıkça ve ayrıca eklenmesi gerektiği düşüncesi bankacılık alanında genel kabul gören bir uygulama halini almıştır.

Kurumsal şartları ve hükümleri göz önünde bulundurulduğunda üçüncü kişinin fiilini taahhüdün günümüz ticaret ve iş dünyasında teminat hukukunun temel

yapı taşlarından biri olduğu söylemek yanlış olmaz. Ancak şu an için var olan kanuni düzenlemenin üçüncü kişinin fiilini taahhüdün sahip olduğu bu öneme uygun olduğu söylenemez. Bu nedenle üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinin hukuki nitelik ve hükümleri itibariyle daha kapsamlı ve özellikle uygulamanın ihtiyaçlarını karşılamaya daha elverişli bir düzenlemeye kavuşturulması gerekmektedir. Borçlar Kanunun Tasarısında bu amaçla yapılan ehliyet ve şekil ile ilgili değişiklikler bu yolda atılan olumlu adımlardır. Söz konusu hükümlere göre kişisel teminat sözleşmeleri ehliyet ve şekil bakımından kefaletin hükümlerine tabi tutulmuş ve böylece kefiller için daima koruyucu nitelikte olan hükümlerden kefil sıfatını taşımayan diğer garanti verenlerin de yararlanması sağlanmıştır. Ancak yine de üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinin kendine has özel bir düzenlemeye kavuşturulması ve koruyucu hükümlerin bizzat üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesine ilişkin hükümler içinde yer alması daha yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

Accarias, C.: **Précis de Droit Romain, Contenant avec l'Exposé de Principes Généreux, Le Texte, La Traduction et L'Explication des Institutes de Justinien,** Tome II, 4. éd., corrigée et notablement augmentée, Paris, Librairie Cotillon, 1891.

Akev, Sahir Talat: "La Forme dans les Contrats du Cautionnement et de Garantie dans les Droits Suisse et Turc", **Travaux de la 5 ème Semaine Juridique Turco-Suisse,** La Forme dans les actes Juridiques, Journées d'İstanbul 13-20 avril 1975, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, 1975, s. 327-346.

Akıntürk, Turgut: "Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerinde Bir İnceleme", **AÜHFD,** C: 27, 1970, s. 219-247.

Akman, Sermet: "Garantör Sıfatıyla Girişilen Taahhüdün Mahiyeti ve Bu Bağlamda Garanti ve Kefalet Sözleşmelerini Birbirinden Ayıran Temel Kriterler", **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan,** C: II**,** İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 1169-1677.

Akünal, Teoman: **Türk-İsviçre Borçlar Kanununda İlgili İçin İşlem Teorisi, Borçlar Kanunu m. 31 f. II c. 2'nin İlgili İçin İşlem Teorisi Açısından Değerlendirilmesi,** İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1975.

Akünal, Teoman: "Sorumluluk Hukukunda Sözleşmenin Nispiliği İlkesinin Aşılması", **YD,** Y: 14, 1988, Sayı No: 3, s. 222- 237.

Akyazan, Sıtkı: "Banka Teminat Mektupları", **BATİDER,** C: V, Sayı No: 1, 1969, s. 16-33, (kıs. Banka Teminat Mektupları).

Akyazan, Sıtkı: "Tatbikatta Banka Teminat Mektuplarının Ortaya Çıkardığı Çeşitli Sorunlar", **BATİDER**, C: VII, Sayı No: 3, 1974, s. 567-579, (kıs. Tatbikatta Banka Teminat Mektuplarının Ortaya Çıkardığı Çeşitli Sorunlar).

Akyazan, Sıtkı: "Teminat Mektuplarında Zamanaşımı", **BATİDER**, C. VIII, 1975, Sayı No: 1, s. 1-13, (kıs. Teminat Mektuplarında Zamanaşımı).

Akyol, Şener: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler I,** İstanbul, Filiz Kitabevi, 1995.

Akyol, Şener: **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1976.

Appleton, Ch.: "Les Lois Romaines sur le Cautionnement", **ZSR**, Bd. XXXIX, s. 1-48.

Aral, Fahrettin: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,** 7. bsk., Ankara, Yetkin, 2007.

Arık, Fikret : "Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi,** C. 10, Sayı No: 2, 1955, s. 45- 75.

Arkan, Sabih: "Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu", **BATİDER,** C: XVI, Sayı No: 4, 1992, s. 59-83.

Arsebük, Esat: **Borçlar Hukuku,** C: I-II, 3. bs., Ankara, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O., 1950.

Arseven, Haydar: **Sigorta Hukuku,** İstanbul, Beta, 1987.

Aşulla, Mustafa : "Başkasının Fiilini Taahhüt Mukavelesi", **ABD**, Y: 15, Sayı No: 4, 1958, s.198-205, (kıs. Başkasının Fiilini Taahhüt Mukavelesi).

Aşulla, Mustafa: "Başkasının Fiilini Taahhüt (Porte-fort)", **ABD,** C. 15, Sayı No: 3, 1958, s. 135- 148 (kıs. Porte-fort).

Aubry et Rau, MM.: **Cours de Droit Civil Français d'Apres la Méthode de Zachariæ,** Tome IV, Paris, y.y., 1902.

Ayan, Mehmet: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** 4721 Sayılı Yeni Medeni Kanun Hükümlerine Göre Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. bsk., Konya, Mimoza Yayınları, 2002.

Ayiter, Kudret: **Roma Hukuku Dersleri, Aile Hukuku**, Ankara, y.y., 1960.

Baglin, P. R.: **Manuel Pratique du Producteur d'Assurance,** Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1960.

Baltl/Kocher: **Österreichische Rechtsgeschichte**, 10. Auf., Graz, Leykam, 2004.

Barlas, Nami: "Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi", **Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı**, yay. haz. Abuzer Kendigelen, C. II, İstanbul, Beta, 2002, s. 937-989.

Barlas, Nami: **Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları,** İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1986.

Baudouin, Jean-Louis: **Traité Elémentaire de Droit Civil, Les Obligations**, Canada, Les Presses de l'Université de Montréal, 1970.

Baudry-Lacantinerie, G., L. Barde: **Traité Théorique et Pratique de Droit Civil, Des Obligations,** Tome III, 3. éd., Paris, Librairie de la Société du Recueil J. –B. Sirey et du Journal du Palais, L. Larose & L. Tenin.

Béguelin, Edouard : "Porte-fort", **FJS,** No. 769, s. 1- 6.

Beudant, Ch.: **Cours de Droit Civil Français,** Publiée par Robert Beudant, Paul Lerebours-Pigonnière, Tome IX, Les Contrats et Les Obligations, 2. éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1953.

Bilge, Necip: **Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri,** Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1971.

Binatlı, Yusuf Z. : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. bs., Ankara, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi, 1966.

Birsen, Kemaleddin: **Borçlar Hukuku Dersleri Borçların Genel Hükümleri,** 4. bs., İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1967.

Boulanger, Jean: "Porte-fort", **Dalloz Répertoire de Droit Civil**, Tome III, Ed., Mm Emmanuel Vergé, Georges Ripert, Suzanne Dalligny, 1953, s. 767-773.

Boulanger, Jean: **La Promesse de Porte-Fort et les Contrats pour Autrui**, Paris, Librairie Dalloz, 1933.

Bozer, Ali: **Sigorta Hukuku, Sigorta Endüstrisi, Sigorta Hukukunun Genel Prensipleri, Tazminat Sigortası ve Çeşitleri, Can Sigortası ve Çeşitleri,** Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1965.

Brissaud, J. : **Manuel d'Histoire du Droit Privé à l'Usage des Etudiants en Licence et en Doctorat,** Paris, Ancienne Librairie Thorin et Fils Albert Fontemoing, 1908.

Bry, Georges, Joseph Bry: **Principes de Droit Romain,** Tome II, 6. éd., Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1930.

Bugnet, M.: **Ouvres de Pothier Annotées et Mises en Corrélation avec le Code Civil et la Législation Actuelle,** Tome II, 2. éd., Conforme à la première, Paris, Cosse et Marchal Librairies, 1861.

Buttgenbach, André: **Les Contrats par Porte-fort et les Déclarations de Command en Droit Civil et en Droit Fiscal**, Bruxelles, Paris, Liège Etablissement Emile Bruylant SA d'éditions juridiques et scientifiques, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence SA, 1935.

Calastreng, Simone: **La Relativité des Conventions**, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1939.

Can, Mertol: **Sigorta Hukuku**, Ankara, İmaj Yayınevi, 2005.

Canbolat, Ferhat: **Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve İhtiyati Tedbirler**, Ankara, Yetkin, 2009.

Carbonnier, Jean: **Théorie des Obligations,** Paris, Presses Universitaires de France, 1963 (**Théorie**).

Carbonnier, Jean: **Droit Civil,** Tome IV**,** Les Obligations, 6. éd., Presses Univarsitaires de France,1969 (kıs. **Droit Civil**).

Chevallier, Jean v.d.: "Jurisprudence en Matière de Droit Civil", **RTD civ.,** Tome 63, 1965, s. 807-811.

Chevallier, Jean, Louis Bach: **Droit Civil: La Famille, Les Personnes, Les Biens, Les Obligations, Les Sûretés,** Année I, 6. éd., Paris, Editions Sirey, 1974.

Colin, A., H. Capitant, L. Julliot De La Morandière: **Précis de Droit Civil,** Tome II, 2. éd., Paris, Librairie Dalloz, 1961.

Colin, Ambroise, Henri Capitant, Léon Julliot De La Morandière: **Cours Elémentaire de Droit Civil Français,** Tome II, 10. éd., Paris, Librairie Dalloz, 1961.

Collinet, P., A. Giffard: **Précis de Droit Romain**, Tome II, Obligations, 2. éd., (revu et augmentée), Paris, Libriairie Dalloz, 1929.

Cornil, Georges : "Explication Historique de la Règle «Alteri Stipulari Nemo Potest»", **Studi In Onore Di Salvatore Riccobono,** Nel XL Anno del Suo Insegnamento IV, Palermo, Artı Grafiche G. Castiglia-Editore, 1936, s. 243-258.

Coudert, Jean: "Les Sûretés Personnelles en Lorraine du XIII. Siècle à la fin du Moyen Age", **Recueils de la Société Jean Bodin pour l'Histoire Comparative des Institutions,** C: XXIX/2, Moyen Age et Temps Modernes, 1971, s. 152-219.

Cuq, Edouard: "Stipulatio", **Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines**, Tome IV, Partie II (R-S), Ed. M. Edmond Saglio, Hachette, t.y., s. 1516-1521.

Cuq, Edouard: **Manuel des Institutions Juridiques des Romains**, 2. éd., revue et complétée, Paris, Librairie Plon, Librairie Générale, 1928.

Çağıl, Orhan Münir: "Garp Hukuk Tarihinde Cermen Devri", **İÜHFM,** C: 23, Sayı No: 1-2'den ayrı bası, İstanbul, y.y., 1958.

Çebi, Hakan: "Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt", **Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan,** İstanbul, Beta Basım Yayım, 2000, s. 111- 138.

Çelebican, Özcan Karadeniz: **Roma Hukuku: Tarihi Giriş-Kaynaklar- Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku-Hakların Korunması,** Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Dokuzuncu Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2004.

Daeppen, Oscar: **Le Code Fédéral des Obligations (Articles 1 à 551),** Edition français Charles Reymond, Zürich, Editions Polygraphiques, 1937.

De Couder, Ruben: **Résumé de Répétitions Ecrites de Droit Romain,** 6. éd., (revue et entièrement remaniée), Paris, Librairie A. Marescq Ainé, 1882.

De Gautard, Victor: **Les Rapports entre la Stipulation et L'Ecrit Stipulatoire dans la Législation Romaine, Classique et Byzantine,** Lausanne, Vevey, Imprimerie Säuberlin & Pfeffier S.A, 1931.

De Page, Henri: **Traité Elémantaire de Droit Civil Belge, Principes- Doctrine- Jurisprudence,** Tome II, Les Incapables, Les Obligations, Partie I, 2. éd., (complétée et entièrement mise à jour), Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, Société Anonyme d'Editions Juridiques et Scientifiques, 1940.

De Page, Henri: **Traité Elémantaire de Droit Civil Belge, Principes- Doctrine- Jurisprudence,** Tome II, Les Incapables, Les Obligations, Partie I, 2. éd., (complétée et entièrement mise à jour), Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, Société Anonyme d'Editions Juridiques et Scientifiques, 1940.

De Santarre, E. Colmet: **Manuel Elémantaire de Droit Civil,** Tome II, 2. éd., mise au courant de la Législation, Paris, Librairie Plon, 1892.

Dekkers, René: **Précis de Droit Civil Belge,** Tome II, Les Obligations, Les Preuves, Les contrats, Les Sûretés, Bruxelles, Etablissement Emile Brruylant SA d'Editions Juridiques et Scientifiques, 1955.

Delvincourt, M.. **Cours de Code Civil,** Tome II, Paris, Librairie Delestre-Boulage, 1824.

Demelombe, C.: **Traité des Contrats ou des Obligations Conventionnelles,** Tome I, Paris, Durand & Pedone Lauriel, Hachette et Cie, 1877.

Demogue, René: **Traité des Obligations en Général,** II, Effets des Obligations, Tome VII, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1933.

Develioğlu, Hüseyin Murat: "İsviçre Federal Mahkemesinin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi-Borca Katılma Ayrımı", **Galatasaray üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan,** Y: 3, C: I, Sayı No: 1, 2004, s. 293-322.

Develioğlu, Hüseyin Murat: **Les Garanties Indépendantes Examinées à la Lumière des Règles Relatives au Cautionnement**, Berne, Stämpfli Editions SA, 2006.

Di Marzo, Salvatore: **Roma Hukuku,** Çev. Ziya Umur, 2. bsk., İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1959.

Dillmann, Kral: **Der Garantievertrag,** Wiesbaden, (y.y.), 1910.

Dirican, Gökhan: **Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması,** İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007.

Dittrich, Robert, Helmuth Tades: **Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch** 36. Auf., I. Band, Manz, Wien, 2003.

Doğan, Vahit: **Banka Teminat Mektupları,** Yenilenmiş 3. bs., Ankara, Seçkin, 2005.

Dohm, Jürgen: **Les Garanties Bancaires dans le Commerce International**, Berne, (y.y.), 1986.

Dohm, Jürgen: "Mesures Conservatoires Pour Empêcher l'Appel Abusif A Une Garantie Bancaire A Première Demande", **SJ,** 1985, s. 417-440, (kıs. Mesures).

Du Pasquier, Silvia Tevini: **Commentaire Romand, Code des Obligations I art. 1-529,** Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait, Ed., Luc Thévenoz, Franz Werro, Génève, Bâle, Münich, Helbing & Lichtenhahn, 2003 (Metin içinde yazar ismi **Comentaire Romand**, Du Pasquier olarak kullanılmıştır).

Dural, Mustafa: **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (BK. 117),** İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1976.

Engel, Pierre: **Contrats de Droit Suisse, Traité des Contrats de la Partie Spéciale du Code des Obligations, de la Vente au Contrat, de Société Simple, articles 183 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innomés,** Berne, Editions Stæmpfli +Cie SA, 1992, (kıs. **Contrats**).

Engel, Pierre**:** **Traité des Obligations en Droit Suisse, Dispositions Générales du CO,** 2.éd., Berne, Stæmpfli Editions SA, 1997, (kıs.**Traité**).

Erdem, Nazif: **Türk Borçlar Kanunu Şerhi ve Davaları,** Ankara, y.y., t.y.

Erdoğmuş, Belgin: **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, İstanbul, Der Yayınları, 2005.

Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** Gözden Geçirilmiş 9. bs., İstanbul, Beta, 2006.

Erman, Eyüp Sabri: "Teminat Mektubu, Kefalet Akdi-Garanti Akdi", **AD**, Y: 60, Sayı No: 7, 1969, s. 411-419.

Erman, Hasan: "Borçlar Hukuku Alanında Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları", **İÜHFM**, C: 38, Sayı No: 1-4, 1973, s. 601-620.

Erman, Hasan: **Medeni Hukuk Dersleri, Başlangıç Bölümü,** Gözden Geçirilmiş 2. bs., İstanbul, Der Yayınları, 2007.

Esener, Turhan: **Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Sâlahiyete Müstenit Temsil**, Ankara, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961.

Esmein, A.: **Etudes sur les Contrats dans le très-ancien Droit Français,** Paris, L.Larose et Foncel 1883.

Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin: **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler,** C: II, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. bs., İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1977, (kıs. **Genel Hükümler** II).

Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** C: I, Yenilenmiş ve genişletilmiş 2. bs., İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1976, (kıs. **Genel Hükümler** I)

Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin: **Borçlar Hukuku, İkinci Kısım: Akdin Muhtelif Nevileri, (Özel Borç İlişkileri),** C: I, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. bs., İstanbul, Fakülteler, 1980, (kıs. **Özel Borç İlişkileri).**

Foerster, Otto: **Der Kreditauftrag Eine Studie nach römischem und neuem bügerlichem Recht**, Diss. Leibzig, (y.y.), 1903.

Foignet, René: **Le Droit Romain, Des Obligations**, 2. éd., Paris, Libriairie Arthur Rousseau, 1929.

Franco, Nisim: "Üçüncü Şahsın Fiilini Taahhüt (TBK. m. İBK. m. 111)", **Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan,** I, İstanbul, Beta, 2001, s. 567- 597.

Frossard, Claude: **Les Obligations Naturelles et la Garantie de leur Exécution en Droit Suisse,** y.y. Imprimerie du Grand-Pont, 1960.

Frossard, Joseph: **La Distinction des Obligations de Moyens et des Obligations de Resultat,** Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965.

Funk, Fritz: **Borçlar Kanunu Şerhi I Umumi Hükümler,** Çev. Hıfzı Veldet, Cemal Hakkı Selek, İstanbul, Üniversite Kitabevi, 1938.

Gaius **Institutiones Borçlar Kısmı,** Çev. Türkan Rado, İstanbul, y.y., 1953.

Gauch, Peter , Schluep, Walter R., Tercier, Pierre**: La Partie Générale du Droit des Obligations (sans la résponsabilité civile)**, Tome II, 2. éd. (revue et completée), Zurich, Editions Schulthess, 1982.

Gaudemet, Eugène : **Théorie Générale des Obligations,** Paris, Librairie Du Recueil Sirey, 1937.

Gaudemet, Jean: **Les Naissances du Droit,** 3. éd., Paris, (yy.), 2001.

Gautier, Alfred: **Précis de l'Histoire du Droit Français,** 3. éd., Revue et Augmentée, Paris, L. Larose et Forcel, 1887.

Georges Ripert, Giffard, A. E., Robert Villers: **Droit Romain et Ancien Droit Français, Les Obligations,** 3. éd., Dalloz, Précis Dalloz, 1970.

Giffard, A. E., Robert Villers: **Droit Romain et Ancien Droit Français,** Les Obligations, 3. éd., Dalloz, Précis Dalloz, 1970.

Gilissen, John: "Esquisse d'un Histoire Comparée des Sûretés Personnelles, Essai de Synthèse Général", **Recueils de la Société Jean Bodin pour l'Histoire Comparative des Institutions**, C: XXVIII/I, Synthèse Générale, Civilisations Archaiques, İslamiques et Orientales, 1974, s. 5-127.

Gilliéron, Pierre A. : **Les Garanties Personnelles en Matière Bancaire,** 2. éd., Genève, Librairie Droz, 1969.

Girard, Paul Frédéric: **Manuel Elémantaire de Droit Romain,** 8. éd., revue et mise a jour par Félix Senn, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1929.

Glasson, E.: **Précis Elémantaire de l'Histoire du Droit Français,** Paris, Librairie Cotillon, 1904.

Godding, Philippe: "Les Sûretés Personnelles dans les Pays-Bas Méridionaux du XI. au XVIII. siècle", **Recueils de la Société Jean Bodin pour l'Histoire Comparative des Institutions,** C: XXIX/2, Moyen Age et Temps Modernes, 1971, s. 263-364.

Goutal, Jean- Louis: **Essai sur le Principe de l'Effet Relatif du Contrat,** Paris, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, 1981.

Gönensay, A. Samim: **Borçlar Hukuku,** C: I, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İsmail Akgün Matbaası, 1948.

Grassinger, Gülçin Elçin: **Borçlar Kanununa Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları,** İstanbul, Alfa Basım Yayım, 1996.

Gross, Bernard: **La Notion d'Obligation de Garantie dans le Droit des Contrats,** Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1964.

Guggenheim, Daniel: **Les Contrats de la Pratique Bancaire Suisse**, 4. éd., entièrement revue et augmentée, Genève, Georg, 2000.

Guggenheim, Edwin : **Der Garantievertrag,** Inauguraldissertation, Aarau, Druck von H. R. Sauerländer & CO, 1917.

Guhl, Théo: **Le Droit Fédéral des Obligations: Le Droit Commercial, Le Droit de Change et le Droit Privé des Assurances,** Traduit de l'Allemand d'après la troisième éd. par René des Gouttes, Zurich, Editions Polygraphiques SA, Imprimerie Effingerhof SA, Brougg, 1947.

Gümüşdere, Serpil: "Roma Hukukunda Hak Ehliyeti ve Kölelik" İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1985.

Günal, Nadi: Roma Miras Hukukuna Genel Bir Bakış Ve Vasiyet Yolu İle Miras", **AÜHFD**, C: 44, 1995, s. 425-442.

Günay, Cevdet İlhan: **Cezai Şart, BK m. 158-161,** Anakara, y.y., 2002.

Gürpınar, Damla: **Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt Veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk,** İzmir, Güncel Yayınevi, 2006.

Gürten, Kadir: **Roma Hukukunda Kefalet Akdi**, Anakara, Adalet yayınevi, 2007.

Halim, Hamdi: "Üçüncü Şahıs Kimdir?", **İstanbul Baro Mecmuası,** Y: 7, Sayı No: 79- 7, Temmuz 1993, s. 257-263.

Hatemi, Hüseyin, Rona Serozan, Abdulkadir Arpacı: **Borçlar Hukuku Özel Bölüm,** İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992.

Hatemi, Hüseyin: **Borçlar Hukuku Özel Bölüm,** İstanbul, Filiz Kitabevi, 1999, (kıs. **Borçlar Özel Hukuku**).

Hatemi, Hüseyin: **Medeni Hukuka Giriş,** Gözden Geçirilmiş 3. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004.

Hatemi, Hüseyin: **Borçlar Hukuku Fasiküller,** İstanbul, y.y., 2006, (kıs. **Borçlar Hukuku Fasiküller**).

Hatemi, Hüseyin: **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK. 65 Kuralı),** Gözden Geçirilmiş Doçentlik

Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları 1976, (kıs. **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**).

Honig, Richard: **Roma Hukuku,** Çev. Şemseddin Talip, İstanbul, Matbaai Ebüzziya, İstanbul, 1938.

Hubrecht, Georges: **Manuel de Droit Romain,** Tome II, Les Obligations, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1943.

Huvelin, Paul**:** **Cours Elémentaire de Droit Romain,** Tome II, Les Obligations, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1929.

Imbert, Jean: **Histoire du Droit Privé,** Paris, Presses Universitaires de France, 1950.

Işıktaç, Yasemin: **Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku**, 4. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2009.

İmre, Zahit : "Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri (İngiliz, Sovyet Rusya, Alman, Fransız ve İsviçre Hukukları Mukayesesiyle)", **İÜHFM,** C: 13, Sayı No: 1- 4, 1947, s. 1475- 1536.

İnan, Ali Naim: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı,** Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979.

İpek Nurcan: "XII Levha Kanunu", **Argumentum,** Y: 3, Sayı No: 34, s. .

Kahyaoğlu, Emin Cem: **Banka Garantileri,** İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1996.

Kaneti, Selim: **Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili)**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1972.

Karadeniz, Özcan: **Klasik Roma Hukukunda «Constitutum Debiti»**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, 1968.

Karahasan, Mustafa Reşit: **Türk Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Öğreti-Yargıtay Kararları- İlgili Mevzuat**, C: II, Tümü Yenilenmiş ve Genişletilerek Yenilenmiş Baskı, İstanbul, Beta, 2003.

Kender, Rayegan: **Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, Sigorta Müessessi, Sigorta Sözleşmesi,** Yenilenmiş 9. bsk., İstanbul, Arıkan, 2008.

Kılıçoğlu, Ahmet M. : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** 4. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2004, (kıs. **Borçlar**).

Kılıçoğlu, Ahmet: **Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet,** Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979, (kıs. **Kanuni Halefiyet**).

Kleiner, Beat: **Bankgarantie, Die Garantie unter besonderer Berücksichtigung des Bankgarantiegeschäftes,** Bd. 3, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1979.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip : **Borçlar Hukuku Dersleri,** Birinci Fasikül, Hemen Hemen Hiç Değiştirilmemiş 2. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1985.

Koschaker, Paul, Kudret Ayiter: **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları,** İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi, 1993, s. 205.

Kostakoğlu, Cengiz: **Bankalar Kanunu Şerhi: Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlık ve Akreditif,** En Son Yargıtay Kararları İle Genişletilmiş 4. bsk., İstanbul, Beta 2003.

Koziol, Helmut: **Der Garantievertrag**, Wien, Manz Verlags-und Universitätsbuchhandlung, 1981.

Kuntalp, Erden: "Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk", **Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan,** İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1995, s. 263-299.

Laborde-Lacoste, Marcel: **Exposé Méthodique de Droit Civil,** Tome II, Les Obligations, Les Sûretés Réelles et Personnelles, Les Principaux Contrats, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1947.

Lachat-Heritier, Anne: **Commentaire Romand, Code des Obligations**, I, art. 1-529, Genève, Bâle, Münich, (y.y.), 2003.

Lambert, Edouard**:** **La Tradition Romaine sur la Succession des Formes du Testament devant l'Histoire Comparative**, Paris,V. Giard & E. Brière, 1901.

Landmann, Otto: **Der Garantievetrag,** Dissertation, Pederborn, (y.y.), 1941.

Larroumet, Christian: **Droit Civil, Les Obligations,** Partie I, Tome III, Paris, Economica, t.y.

Laurent, F. : **Principes de Droit Civil Français,** Tome V, 3. éd., Bruxelles, Paris, 1878.

Le Galcher-Baron, Michel: "L'Obligation de Garantie Obstacle à une Action en Nullité pour Incapacité", **RTD civ.** Tome 57, 1959, s. 257-274.

Lévy-Bruhl, Henri: "Note sur l'Acte Juridique A Rome", **Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique,** C: 9, 1939.

Loksaier, Fredj: **La Clause Pénale dans les Contrats Internes et dans les Contrats Internationaux,** Lausanne, Editions Payot, 1985.

M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** Gözden Geçirilmiş Altıncı Bası'dan Yedinci Tıpkı Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009.

M. Mourlon, Frédéric: **Répétitions Ecrites sur le Premier Examen du Code Napoléon Contenant l'Exposé des principes Généraux leurs Motifs et la Solution des Questions Théoriques,** Tome II, 7. éd., Revue et Corrigée suivie d'un Formulaire Complet du Code Napoléon, 1866.

Marcadé, V. : **Explication Théorique et Pratique du Code Napoléon Contenant l'Analyse Critique des Auteurs et de la Jurisprudence et un Traité Résumé après le Commentaire de Chaque Titre,** Tome IV, 6. éd., Paris, Delamotte, 1869.

Margot, Alfred. **Le Cautionnement du Compte de Crédit**, Dissertation, Lausanne, y.y., Imprimerie T. Geneux, 1930.

Martin, Claude, Martine Delierneux: **Les Garanties Bancaires Autonomes**, Bruxelles, Bruylant, 1991.

Marty, Gabriel, Pierre Raynaud: **Droit Civil Les Obligations,** Tome I, Les Sources, 2. éd., Paris, Sirey, 1988.

Mazeaud, Henri et Léon, Jean Mazeaud: **Leçon de Droit Civil**, Ed. François Chabas, Tome II, vol. I, Obligations, Théorie Générale, 6. éd., y.y., Editions Montchrestien, 1978.

Mazeaud, M. Henri: "Essai de Classification des Obligations", **RTD civ.,** Tome 35, 193.

Memiş, Tekin: **Yangın Sigortasında Riziko**, Ankara Seçkin, 2001.

Meylan, Philippe: "Stipulation Habere Licere", **Tijd. Voor Recht (RHD)**, Deel 38, 1970, s. 67-106.

Mongbè, Gérard: **La Loi Applicable à la Garantie à Première Demande,** y.y., Faculté de Droit Université Laval, 1996.

Monier, Raymond: **Manuel Elémentaire de Droit Romain,** Tome II, Les Obligations, 4. éd., 1948.

Mourlon, M. Frédéric: **Répétitions Ecrites sur le Premier Examen du Code Napoléon Contenant l'Exposé des principes Généraux leurs Motifs et la Solution des Questions Théoriques,** Tome II, 7. éd., Revue et Corrigée suivie d'un Formulaire Complet du Code Napoléon, 1866.

Neumayer, Karl H. : "Başka İsim Altında Yapılan Sözleşmeler", Çev. Osman Gürzumar, **Argumentum,** Y: 2, Sayı No: 14, 1991, s. 207-213.

Oğuz, Arzu: **Karşılaştırmalı Hukuk, Kavram, Amaç ve İşlevler, Metod, Tarihçe, Büyük Hukuk Çevreleri,** Ankara, Yetkin Yayınları, 2003.

Oğuzman, M. Kemal, M. Turgut Öz: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** Gözden Geçirilmiş Altıncı Bası'dan Yedinci Tıpkı Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009.

Oğuztürk, Burcu Kalkan: **Güven Sorumluluğu,** İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.

Okandan, Recai: "Roma Hukukunun Kaynakları Bakımından Vukua Gelen Tarihi Gelişme", **İÜHFM,** C: 18, Sayı No: 1- 2, 1952, s. 454-478.

Omağ, Semra: "Banka Teminat Mektuplarının Mahiyeti ve Hükümleri", **BATİDER,** C: VI, Sayı No: 2, 1971, s. 325-342.

Ortolan, M.: **Explication Historique des Instituts de L'Empereur Justinien,** Tome III, Livres III et IV, Des Instituts, 8.éd., Paris, Henri Plon, 1870.

Oser, H., Schönenberger, W. : **İsviçre Borçlar Hukuku Şerhi, Madde 110- 183 (TBK: 109- 181),** Çev. Ferid Ayiter, (şerhin ikinci basılışının tercümesi), Ankara, Adalet Bakanlığı Neşriyatı, 1950.

Ourliac, Paul, J. De Malafosse: **Histoire du Droit Privé, I, Les Obligations,** Paris, Presses Universitaires de France, t.y.

Özdemir, Atalay: "Borçlar Yasasının 110. maddesine Eklenen Yeni Fıkra ve Banka Teminat Mektupları", **YD**, C. 10, Sayı No. 3, 1984, s. 252-271.

Özdemir, Necdet: **Kredi Sigortası,** Ankara, Balkanoğlu Matbaacılık, 1966.

Özen, Burak : **Kefalet Sözleşmesi: Özellikleri-Kuruluşu-Türleri,** İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.

Pache, Pierre: **La Distinction des Obligations de Moyens et des Obligations de Resultat (En Droit Français et son Application en Droit Suisse),** Lausanne, y.y., 1956.

Pestalozzi, Christoph M.: **Basler Kommentar, Obligationenrecht I art. 1-529 OR**, Ed. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, 4. Auf., Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2007 (Metin içinde yazar ismi **Basler Kommentar**, Pestalozzi olarak kullanılmıştır).

Petit, Eugène: **Traité Elémantaire de Droit Romain,** 9. éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1925.

Pichonnaz, Pascal: **Les Fondements Romains du Droit Privée,** Zurich, LGDJ Schulthess §, 2008.

Pirenne, Jacques: "La Caution dans l'Antiquité Orientale", **Recueils de la Société Jean Bodin pour l'Histoire Comparative des Institutions,** C: XXVIII/I, Synthèse Générale, Civilisations Archaiques, İslamiques et Orientales, 1974, s. 155-165, (kıs. La Caution dans l'Antiquité Orientale).

Pirenne, Jacques: "Les Sûretés Personnelles dans le Droit Egyptien", **Recueils de la Société Jean Bodin pour l'Histoire Comparative des Institutions**, C: XXVIII/I, Synthèse Générale, Civilisations Archaiques, İslamiques et Orientales, 1974, s. 167-172, (kıs. Les Sûretés Personnelles dans le Droit Egyptien).

Planiol, Marcel, Georges Ripert, Paul Esmein: **Traité Pratique de Droit Civil Français**, Tome VI, Obligations, Paris, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, 1952.

Planiol, Marcel, Georges Ripert, Jean Boulanger: **Traité Elémentaire de Droit Civil,** Tome II, Obligations-Contrats-Surêtés Réelles, 3. éd.,

Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949.

Pothier, R. J. **Pandectes de Justinien Mises dans un Nouvel Ordre,** Çev. M. De Bréard-Neuville, Revues et Corrigées pour le Texte et la Traduction par M. Moreau de Montalin, Tome 18, Paris, y.y., De l'Imprimèrie de Dandey-Dupré, 1823 .

Poudret, Jean-François, Gottfried Partsch: "Les Sûretés Personnelles d'Après les Sources Suisses du Moyen Age", **Recueils de la Société Jean Bodin pour l'Histoire Comparative des Institutions,** C: XXIX/2, Moyen Age et Temps Modernes, 1971, s. 483-652.

Poullet, Yves: "Les Garanties Automnes: les Exceptions au Devoir de Paiement", **L'Actualité des Garanties à Première Demande**, Ed. a.s.b.l., AEDBF, Facultes Universitaires Notre-dame de la Paix Namur, Bruylant, Bruxelles, Cahiers AEDBF/EVBFR-BELGIUM, 1997, s. 123-169.

Priester, Heinz: **Garantievertrag,** Inaugural-Dissertation, Berlin, y.y., 1935.

Pulaşlı, Hasan: **Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları,** Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1989.

Rado, Türkan: **Roma Hukuku, Borçlar Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2001.

Rambaud, Prosper: **Droit Romain,** Tome II, Les Obligations, La Procédure Civile, Les Actions, Les Exceptions, Les Interdits, Le Droit Romain et Le Droit Français, Paris, Librairie Marescq Ainé, 1893.

Reichwein, Heinz: "Bankgarantie und Burgschaft", **SJZ**, 52 (1956), s. 374-377.

Reisoğlu, Seza: "Banka Teminat Mektuplarında Kayıtsız Şartsız Ödeme Taahhüdü ve Hukuki Sonuçları", **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu,** VI, Bildiriler-Tartışmalar, 14-15 Nisan 1989, s. 67-79 (kıs. Banka Teminat Mektuplarında Kayıtsız Şartsız Ödeme Taahhüdü ve Hukuki Sonuçları).

Reisoğlu, Seza: "Vadeli Teminat Mektuplarından Ötürü Bankaların Sorumlu Tutulabilecekleri Süre", **AÜHFD Osman Fazıl Berki Armağanı**, Ankara, 1977, s. 749-755 (kıs. Vadeli Teminat Mektuplarından Ötürü Bankaların Sorumlu Tutulabilecekleri Süre).

Reisoğlu, Seza: **Banka Teminat Mektupları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar**, Ankara, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, 1977, (kıs. **Banka Teminat Mektupları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar**).

Reisoğlu, Seza: "Garanti Mukavelesi ve Kefalet Münasebeti", **II. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası,** (10-18 Mayıs 1961) Bildiriler-Tartışmalar, Birinci Kısım, Ankara, Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1962, s. 149-177, (kıs. Garanti Mukavelesi ve Kefalet Münasebeti).

Reisoğlu, Seza: **Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler,** Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. bsk., Ankara, y.y., 2003, (kıs. **Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler**).

Reisoğlu, Seza: **Garanti Mukavelesi,** Ankara, Ajans-Türk, 1963, (kıs. **Garanti**).

Reisoğlu, Seza: **Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet,** Ankara, y. y., 1992, (kıs. **Kefalet**)

Reisoğlu, Seza: "Kefilin Rücu Hakkı İle İlgili Meseleler", **BATİDER,** C: I, Sayı No: 4, 1962, s. 465-509, (kıs. Kefilin Rücu Hakkı İle İlgili Meseleler).

Reusser, Samuel: **Garantievertrag und sein Verhältnis zur Bürgschaft und andern Sicherungsverträgen nach schweizerischem Recht,** Dissertation, Bern, (y.y.), 1938.

Rieg, Alfred: **Le Role de la Volonté dans l'Acte Juridique en Droit Français et Allemand,** Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1961.

Rossel, Virgil: "Le Porte-fort en Droit Fédéral (art. 127 CO)", **JdT** 1893.

Rossel, Virgile: **Manuel du Droit Fédéral des Obligations**, Tome I, (partie revisée du CO, art. 1 à 551), 4. éd., Lausanne, Genève, Librairie Payot & Cie, 1920.

Rossi, Tuto: **La Garantie Bancaire à Première Demande Pratique des Affaires Droit Comparé, Droit International Privée,** Lausanne, Méta Editions, t.y. [(Çevrimiçi) http://books.google.com.tr/books?id=jhH-0pWowx8C&pg=PA110&lpg=PA111&ots... 24 Şubat 2009)].

Rossi, Tuto:" Garantie ou Cautionnement?" **SJ,** 1986, s. 405-413.

Saleilles, Raymond: **Alman Kanunu Medenisinin Birinci Tasarısına Göre Borcun Genel Teorisi Hakkında Etüd,** Çev. Mişon Ventura, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Becid

Basımevi, 1949, mise au courant de la Législation, Paris, Librairie Plon, 1892.

Savatier, René: **Cours de Droit Civil,** Tome II, 2. éd., Paris, Librairie Générale de Droit de Jurisprudence, 1949.

Saymen, Ferit Hakkı, Elbir, Halit Kemal: **Türk Borçlar Hukuku,** I Umumi Hükümler, İstanbul, Hak Kitabevi, 1958.

Schmidlin, Bruno, Carlo Augusto Cannata: **Droit Privé Romain II: Obligations- Successions- Procédure,** Lausanne, Payot, 1987.

Schwarz, Andreas B.: **Borçlar Hukuku Dersleri,** Çev. Bülent Davran, C: I, İstanbul, Kardeşler Basımevi, 1948, (kıs. **Borçlar Hukuku,** C: I).

Schwarz, Andreas B.: **Roma Hukuku Dersleri, ,** Çev. Türkan Rado, C:1, 7. bası, İstanbul, Doğan Kardeş, 1965, (kıs. **Roma Hukuku,** C: I).

Schwenzer, Ingeborg: **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Fünfte, überarbeitete Auf., Bern, Stämpfli Verlag AG, 2009.

Scyboz, Georges, Pierre-Robert Gilliéron: **Code Civil Suisse et Code des Obligations Annotés,** 4. éd., Lausanne, Editions Payot, 1988.

Scyboz, Georges: **Traité de Droit Privée Suisse,** Tome VII/2, Le Contrat de Garantie et Le Cautionnement, Fribourg, Editions Universitaires Fribourg, 1979.

Sériaux, Alain: **Manuel de Droit des Obligations**, y.y., PUF, 2006.

Simmler, Philippe: **Le Cautionnement,** Paris, Librairies Techniques Litec, 1982.

Simont, Lucien: "Garantie Indépendante ou Cautionnement (Interprétation des textes des garanties)", **L'Actualité des Garanties à Première Demande**, Ed. a.s.b.l., AEDBF, Facultes Universitaires Notre-dame de la Paix Namur, Bruylant, Bruxelles, Cahiers AEDBF/EVBFR-BELGIUM, 1997, s. 99-1169.

Sirmen, Lale: **Türk Özel Hukukunda Şart,** Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, 1982.

Somuncuoğlu, Ünal: "Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Umumi Kontgaranti Taahhütlerine Göre Bankaların Nakit Depo Talebi", **İBD**, C: 49, Sayı No: 9-10, 1975, s. 831-842.

Somuncuoğlu, Ünal: "Bir Yargıtay İncelemesi ve Banka Teminat Mektupları", **BATİDER**, C: VIII, , Sayı No: 1, 1975, s. 165-175.

Soufflier, Camile : **Vocabulaire de Droit ou Définition des Termes Usités dans l'Etude du Droit,** 2. éd., Paris, Marcel Giard Librairie-Editeur, 1926.

Stammler, Rudolf : "Der Garantievertrag", **AcP,** Bd. 69, (y.y.), 1866.

Stiefel, Gottfried : **Über den Begriff der Bedingung,** Aarau, (y.y.), 1918.

Sungur, Halis : **Borçlar Kanunu ve Tatbikatı**, İstanbul, y.y., 1943.

Szlechter, Emile: "Les Sûretés Personnelles dans le Droit Suméro-Akkadien", **Recueils de la Société Jean Bodin pour l'Histoire Comparative des Institutions**, C: XXVIII/I, Synthèse Générale, Civilisations Archaiques, İslamiques et Orientales, 1974, s. 173-221, (kıs. Les Sûretés Personnelles dans le Droit Suméro-Akkadien).

Tahiroğlu, Bülent, Belgin Erdoğmuş: **Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş- Hukuk Tarihi- Genel Kavramlar- Usul Hukuku,** İstanbul, Der Yayınları, 2005.

Tahiroğlu, Bülent: "Osmanlı İmparatorluğunda Kölelik" **İÜHFM**, C: 45-46- 47, Sayı No: 1-4, 1979-1980-1981, s. 650-676.

Tahiroğlu, Bülent: **Roma Borçlar Hukuku,** İstanbul, Der Yayınları, 2003, (kıs. **Borçlar**).

Tahiroğlu, Bülent: **Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1981.

Tahiroğlu, Bülent: "Roma Devletinin İktisadi Krizleri", **İÜHFM,** C: 45- 46- 47 (Doğumunun 100. yılında Atatürk'e Armağan), 1979-1980- Sayı No: 1-4, 1981, s. 677-706.

Tahiroğlu, Bülent: "Roma Hukukunda Borcun Ayni Teminatlarından Kefalet", **İÜHFM**, C: 42, Sayı No: 1-4'den ayrı bası, İstanbul, y.y., 1977, s. 3-20.

Tamboise, Albert: **De La Clause de Porte-fort, Essai d'une Théorie Nouvell**e, Th. Lille, 1906.

Tandoğan, Haluk : **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,** C: II, Tümü Yenilenmiş ve Genişletilmiş 3. bs., Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Olgaç Matbaası, 1987, (kıs. **Özel Borç İlişkileri,** C: II).

Tandoğan, Haluk: "Kefaletin Geçerlik Şartları", **BATİDER,** C: 9, Sayı No: 1, 1978.

Tandoğan, Haluk: **Garanti Mukavelesi, Mahiyeti ve Benzeri Hukuki Münasebetlerden Tefriki**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1959, (kıs. **Garanti**).

Tandoğan, Haluk: **Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk-İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini,** Ankara, Ajans Türk, 1963.

Tandoğan, Haluk: "Bankaların Verdikleri Teminat Mektuplarının Hukuki Mahiyeti", **2. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası,** 10-18 Mayıs 1961, Bildiriler- Tarışmalar, Birinci Kısım, 1962, s.793-831.

Tekinalp, Ünal: **Banka Hukukunun Esasları**, C: I, İstanbul, Beta Basım Yayım, 1988.

Tekinay, Selahattin Sulhi, Sermet, Akman, Haluk, Burcuoğlu, Atilla Altop: **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** 7. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.

Tekinay, Selahattin Sulhi:" Kefalet mi, Borcun Dış Yüklenilmesi (Borcun Nakli) mi, Borca İltihak mı, Üçüncü Şahsın Fiilini Taahhüt mü?", **İBD,** C: 32, Sayı No: 11- 12, 1958, s. 233-238.

Tercier, Pierre : **La Partie Spéciale du Code des Obligations,** Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1988, (kıs. **Partie Spéciale**).

Tercier, Pierre: **Le Droit des Obligations**, 3. éd. (revue et corrigée), Zurich, Schulthess § Médias Juridiques, 2004, (kıs. **Obligations**).

Théodoridès, A.: "A Propos du Papyrus Lansing 4.8-5.2 et 6.8-7.5", **RIDA,** 1958.

Thilo, Emile : "Qui ou quoi désigne le mot porte-fort?", **JdT**, 1955, s. 319-320.

Triantaphyllopoules, Jean: "La Législation Romaine sur le Cautionnement", **RHD**, 4. sèrie, Tome 39 ,1961, s. 501-519.

Tunçomağ, Kenan: **Türk Hukukunda Cezai Şart,** İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1963, (kıs. **Cezai Şart**)

Tunçomağ, Kenan: **Ölünceye Kadar Bakma Akdi,** Ankara, türk Hukuk Kurumu, 1959, (kıs. **Ölünceye Kadar Bakma Akdi**).

Tunçomağ, Kenan**:** **Türk Borçlar Hukuku,** C: I, Genel Hükümler**,** Üzerinde Çalışılmış ve Genişletilmiş 6. bs., İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1976, (kıs. **Genel Hükümler**, C:I).

Umur, Ziya: "Roma Miras Hukukunun Ana Hatları", **İÜHFM,** C: 31, Sayı No: 1-4'den Ayrı Bası, İstanbul, y.y., 1966.

Umur, Ziya: **Roma Hukuku, Tarihi Giriş- Kaynaklar- Umumi Mevhumlar- Hakların Himayesi,** İstanbul, Filiz Kitabevi, 1984, (kıs. **Roma Hukuku**).

Umur, Ziya: **Roma Hukuku Lügatı,** İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Fakülteler Matbaası, 1983, (kıs. **Lügat**).

Uygur, Turgut: **Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu,** C. IV, madde: 109-213, Ankara, Seçkin, 2003.

Ünan, Samim: **İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko,** İstanbul, Beta, 1998.

Ünler, Ayhan: "Banka Teminat Mektupları", **İBD**, C. XXXIX, Sayı No: 1-2-3, 1965, s. 1-17.

Van Wetter, P.: **Pandectes Contenant l'Histoire du Droit Romain et la Législation de Justinien,** Tome III, Les Obligations, Partie I, 2. éd., Des Obligations en Droit Romain, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1910.

Vanderlinden, J.: **Le Concept de Code en Europe Occidentale du XIII. au XIX. siècle, Essai de Définition,** Bruxelles, Editions de l'Institut de Sociologie Université Libre de Bruxelles, 1967.

Verdier, Raymond: "Les Sûretés Personnelles dans les Droits Africains Traditionnelles", **Recueils de la Société Jean Bodin pour l'Histoire Comparative des Institutions**, C: XXVIII/I, Synthèse Générale, Civilisations Archaiques, İslamiques et Orientales, 1974, s. 147-153, (kıs. Les Sûretés Personnelles dans les Droits Africains Traditionnelles).

Vinogradoff, Paul: **Ortaçağ Avrupa'sında Roma Hukuku,** Yayına Haz. Mehmet Tevfik Özcan, Çev. Ferhat Düzgören, Sevtap Metin, Ahmet Ulvi Türkbağ, Erol Öz, Taner Ayanoğlu, y.y., Göçebe Yayınları, t.y.

Von Tuhr, Andreas: **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı,** Çev. Cevat Edege, C. I- II, Ankara, Yargıtay Yayınları, 1983.

Wavre, André: **Le Porte-fort en Droit Fédéral CO art. 127**, Dissertation, Neuchatel, Imprimerie Paul Attinger, 1898.

Weber, Rolf H.: **Berner Commentaire**, **Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, Bd. VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 6. Teilband, art. 110-113, Berne, Stämpfli, 2002, (Yazar ismi **Berner Commentaire**, Weber olarak kısaltılmıştır).

Weill, Alex François Terré: **Droit Civil, Les Obligations**, 4. éd., Paris, Dalloz, 1986.

Weill, Alex: **La Relativité des Coventions en Droit Privé Français,** Paris, Librairie Droz, 1939.

Yavuz, Cevdet: **Türk Borçlar Hukuku, Özel hükümler,** 7. bsk., 7. bsk.'yı Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz, Burak Özen, Faruk Acar, İstanbul, Beta, 2007, (kıs. **Özel hükümler**).

Yavuz, Cevdet: **Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil,** İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1983, (kıs. **Dolaylı Temsil**).

Yenice, Özge: **Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri: Kefalet Sözleşmesinde Rücu, Garanti Sözleşmesinde Rücu, İpotekte Rücu,** İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009.

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

Zevkliler, Aydın, Ayşe Havutçu: **Zevkliler Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 9. bsk., Ankara, Seçkin, 2007.

ÖZGEÇMİŞ

Sevgi Kayak 1975 yılında İstanbul'da doğdu. İlk ve orta öğrenimini İstanbul'da tamamladıktan sonra 1996 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesine girdi. Mayıs 2000 Döneminde Fakülteyi bitirerek aynı yıl Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk bölümünde Yüksek Lisans eğitimine başladı. Eylül 2003 yılında "Roma Hukukunda Borçlu Temerrüdü (Mora Debitoris)" isimli tezi ile mezun oldu. Aynı yıl İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora özel hukuk programına katıldı. Halen Enstitü bünyesinde çalışmaları devam etmekte olup özel hukuk ana bilim dalında "Hukuki Gelişimi Açısından Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt" balıklı bir tez hazırlamaktadır.