

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TEMİNAT MEKTUPLARININ
İSLAMİ FİNANS UYGULAMALARI VE
FİKHİ ANALİZİ

AHMET ENES ATEŞ

2501180418

TEZ DANIŞMANI

PROF. DR. NECMETTİN KIZILKAYA

İstanbul-2021

ÖZ
TEMİNAT MEKTUPLARININ İSLAMİ FİNANS UYGULAMALARI
VE FİKHİ ANALİZİ
AHMET ENES ATEŞ

Finansman ihtiyacı, iktisadî hayatın temel unsurlarından biridir. Modern bankacılıkta bu ihtiyaç yalnızca nakdî kredilerle değil, teminat mektubu, akreditif ve aval/kabul gibi gayrinakdî kredi ürünleriyle de karşılanmaktadır. Bu ürünler içinde teminat mektubu, bankanın müşterisi lehine üçüncü kişiye karşı belirli şartlar altında ödeme taahhüdünde bulunduğu önemli bir finansal araçtır. Teminat mektupları konvansiyonel bankalar yanında katılım bankaları tarafından da kullanılmakta; ancak bu işlemin fikhî mahiyeti ve karşılığında alınan ücretlerin hükmü İslam hukuku bakımından tartışmalı bir alan oluşturmaktadır. Bu tezde banka teminat mektuplarının hukukî ve fikhî niteliği İslam hukuku çerçevesinde incelenmektedir. Çalışmada klasik fıkıh literatüründe kefalet akdinin mahiyeti, ücret karşılığında kefalet tartışmaları, modern bankacılıkta teminat mektubunun işleyişi ve çağdaş İslam hukukçularının konuya ilişkin yaklaşımları ele alınmaktadır. Araştırmada teminat mektubunun yalnızca hangi akit türü altında değerlendirileceği değil, bankanın fiilen neyin karşılığında gelir elde ettiği de dikkate alınmaktadır. Bu bağlamda, teminat mektubunda bankanın üstlendiği yükümlülüğün kredi/karz taahhüdü niteliği taşıması sebebiyle alınan komisyonun borç verme taahhüdünden menfaat elde edilmesi sebebiyle faizle benzerlik taşıdığı sonucuna ulaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Teminat mektubu, kefalet, garanti, teminat, ücretli kefalet, gayrinakdî kredi

ABSTRACT
ISLAMIC FINANCE APPLICATIONS AND
ISLAMIC LAW ANALYSIS OF GUARANTEE LETTERS
AHMET ENES ATEŞ

The need for financing is one of the fundamental elements of economic life. In modern banking, this need is met not only through cash loans but also through non-cash credit products such as letters of guarantee, letters of credit, and aval/acceptance transactions. Among these products, the letter of guarantee is an important financial instrument through which a bank undertakes, under certain conditions, a payment obligation in favor of its customer toward a third party. Letters of guarantee are used not only by conventional banks but also by participation banks; however, the juristic nature of this transaction and the ruling on the fees charged in return constitute a controversial issue from the perspective of Islamic law. This thesis examines the legal and juristic nature of bank letters of guarantee within the framework of Islamic law. It discusses the nature of the kafalah contract in classical Islamic jurisprudence, the debates on charging fees for kafalah, the functioning of letters of guarantee in modern banking, and the approaches of contemporary Islamic jurists to the issue. The study takes into account not only the type of contract under which the letter of guarantee should be classified, but also what the bank actually earns income in return for. In this context, it concludes that, since the obligation undertaken by the bank in a letter of guarantee has the nature of a credit/loan commitment, the commission charged in return bears similarity to interest, as it involves deriving benefit from a commitment to lend.

Keywords: Letter of guarantee, bank guarantee, guarantee surety, kafalah, guarantee fee, non-cash loan

ÖNSÖZ

İslami bankacılık uygulamaları, klasik fıkıh literatüründe yer alan akit ve işlem türlerinin güncel finansal ürünler karşısındaki açıklama gücünü yeniden tartışmaya açmaktadır. Bu bağlamda banka teminat mektupları, hem borç ilişkilerinde güvence fonksiyonu üstlenmesi hem de bankacılık sisteminde gayrinakdî kredi niteliği taşıması sebebiyle İslam hukuku bakımından hususen incelenmesi gereken meselelerden biridir. Teminat mektupları, pozitif hukuk ve bankacılık uygulamalarında bağımsız ve güçlü bir teminat aracı olarak yerleşmiş olmakla birlikte, İslam hukuku açısından bu işlemin kefalet, vekalet, hizmet akdi, yeni bir akit veya karma bir yapı olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmalıdır.

Elinizdeki çalışma, banka teminat mektuplarını İslam hukuku açısından ele almakta; klasik kefalet akdinin mahiyeti, tarafları, hüküm ve sonuçları ile modern teminat mektubu uygulamaları arasındaki ilişkiyi incelemektedir. Çalışmada, klasik fıkıh kaynakları yanında çağdaş Türkçe, Arapça ve İngilizce literatürden yararlanılmış; İslami finans standartları, fetva kurulu kararları ve modern bankacılık uygulamaları birlikte değerlendirilmiştir. Bu yönüyle tez, teminat mektuplarını yalnızca teorik bir akit tartışması olarak değil, bankanın fiilen hangi işlem karşılığında gelir elde ettiği ve bu gelirin fikhî bakımdan nasıl konumlandırılacağı sorusu etrafında incelemeyi amaçlamaktadır.

Bu çalışmanın ortaya çıkmasında pek çok kişinin katkısı bulunmaktadır. Öncelikle tez konusunun belirlenmesinden metnin nihai hâline gelmesine kadar ilmî rehberliği, yönlendirmeleri ve sabırlı desteğiyle çalışmama katkı sunan tez danışmanım Prof. Dr. Necmettin Kızılkaya'ya müteşekkirim. Tez sürecinde kıymetli eleştiri, tavsiye ve değerlendirmelerinden istifade ettiğim jüri üyeleri Prof. Dr. Servet Bayındır ve Prof. Dr. Hasan Hacak'a teşekkür ederim.

Çalışmanın farklı aşamalarında fikir alışverişinde bulunduğum, metnin çeşitli bölümlerini okuyarak değerlendirmelerini paylaşan Arş. Gör. M. Taha Kara'ya ayrıca teşekkür ederim. Ayrıca bu süreçte beni hiçbir zaman yalnız bırakmayan kıymetli dostlarım Ömercan Kaçar, M. Said Ergün ve Ahmet Faruk Yılmaz'a şükran borçluyum.

İstanbul Şehir Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi'nde ilmî ve akademik gelişimimde emeği bulunan tüm kıymetli hocalarıma başta Doç. Dr. Eyyüp Said Kaya olmak üzere şükranlarımı sunarım.

Kuveyt Türk Katılım Bankası'nın Danışma Komitesi'nde çalıştığım dönemde edindiğim bilgi ve tecrübelerin çalışmamdaki katkısı çok büyük. Bu kurumda beraber çalışarak kendilerinden İslam hukuku ve İslami finans alanlarında birçok şey öğrendiğim Dr. İsmail Halitoğlu ve Ali Öztürk'e minnettarım. Ayrıca teminat mektupların hukuki yönden müzakere ederek tezime katkıda bulunan Mutlu Avukatlık Bürosu'ndan Av. Ümit Akkaya'ya müteşekkirim.

Araştırma görevlisi olarak görev yapma imkânı bulduğum Marmara Üniversitesi İslam Ekonomisi ve Finansı Enstitüsü'nde, başta enstitü müdürümüz Prof. Dr. Ertuğrul Boynukalın olmak üzere, destek ve teşviklerini her zaman hissettiğim kıymetli hocalarıma şükranlarımı sunarım.

Bu süreçte sabrı, anlayışı ve desteğiyle daima yanımda olan eşime; duaları, emekleri ve teşvikleriyle hayatımın her aşamasında bana güç veren aileme gönülden teşekkür ederim.

Ahmet Enes Ateş

İSTANBUL, 2021

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	ii
ABSTRACT	iii
ÖNSÖZ.....	iv
İÇİNDEKİLER	1
KISALTMALAR LİSTESİ.....	2
GİRİŞ	3

BİRİNCİ BÖLÜM: KONVANSİYONEL AÇIDAN TEMİNAT MEKTUPLARI

1. Teminat Mektuplarının Tarihsel Gelişimi, Tanımı ve Özellikleri.....	19
2. Hukuki Açıdan Teminat Mektupları ve Garanti Sözleşmesi.....	30
3. İktisadi ve Finansal Açıdan Teminat Mektupları.....	43

İKİNCİ BÖLÜM: TEMİNAT MEKTUPLARININ FİKHİ AÇIDAN İNCELENMESİ

1. Genel Hatlarıyla İslam Hukukunda Kefalet Akdi	53
2. Teminat Mektuplarına Dair Modern Fıkhi Görüşler	59
2.1. Kefalet Akdi Görüşü	60
2.2. Yeni/Kendine Özgü Akit Görüşü.....	64
3. Teminat Mektuplarının Fıkhi Açıdan Değerlendirilmesi	67

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: İSLAMİ FİNANS UYGULAMALARINDA TEMİNAT MEKTUPLARININ ANALİZİ

1. Uluslararası İslami Finans Standartlarında Teminat Mektupları.....	75
2. Katılım Bankalarında Teminat Mektubu Uygulamalarının İncelenmesi	80
3. Katılım Bankalarının Tahsil Ettiği Teminat Mektubu Komisyonlarının Değerlendirilmesi.....	84

SONUÇ.....	89
KAYNAKÇA	94

KISALTMALAR LİSTESİ

AAOIFI	Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions
a.g.e.	Adı geçen eser
a.mlf.	Aynı müellif
AŞ	Anonim Şirket
b.	Bin / İbn
bkz.	Bakınız
bs.	Baskı
c.	Cilt
çev.	Çeviren
DİA	Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi
ed.	Editör
H.	Hicrî
haz.	Hazırlayan
Hz.	Hazreti
İK	İcra ve İflâs Kanunu
No.	Numara
OIC	Organisation of Islamic Cooperation
s.	Sayfa
SPK	Sermaye Piyasası Kurulu
t.y.	Tarih yok
TKBB	Türkiye Katılım Bankaları Birliği
TTK	Türk Ticaret Kanunu
UCP	Uniform Customs and Practice for Documentary Credits
URDG	Uniform Rules for Demand Guarantees
vd.	Ve devamı / ve diğerleri
y.y.	Yayın yeri yok / yayınevi yok

GİRİŞ

A. Konunun Önemi ve Sınırları

İktisadî hayatın sağlıklı biçimde sürdürülebilmesi, taraflar arasında güvenin tesis edilmesine bağlıdır. Zira borç ilişkilerinde taraflardan her biri, karşı tarafın edimini zamanında ve gereği gibi yerine getireceği varsayımıyla hareket eder. Bu yönüyle güven, yalnızca ahlâkî bir beklenti değil, aynı zamanda akitlerin kurulmasını ve ticari hayatın devamını mümkün kılan temel unsurlardan biridir. Bununla birlikte her borç ilişkisi, az veya çok bir ifa riski taşımaktadır. Borçlunun edimini hiç yerine getirmemesi, eksik yerine getirmesi veya zamanında ifa edememesi alacaklı bakımından ekonomik zarara yol açabilir.¹ Bu sebeple tarih boyunca borç ilişkilerinde alacaklının hakkını güvence altına alan birtakım teminat mekanizmalarına ihtiyaç duyulmuştur. İslam hukukunda rehin, kefalet/daman ve havâle gibi kurumlar, borcun ifasını güçlendiren ve taraflar arasındaki güveni artıran hukukî araçlar arasında yer almaktadır. Bu kurumlar, bir yandan alacaklının hakkını korurken diğer yandan borç ilişkisinin kurulmasını kolaylaştırmakta ve ticari hayatın işlerliğine katkı sağlamaktadır.²

Günümüzde ticari ilişkilerin hacmi genişlemiş, işlem türleri çeşitlenmiş ve taraflar çoğu zaman birbirini tanımadan, farklı şehirler ve ülkeler arasında sözleşme yapar hâle gelmiştir. Mal ve hizmetlerin uluslararası ölçekte dolaşımı, kamu ihaleleri, büyük ölçekli inşaat projeleri, dış ticaret işlemleri ve finansal yükümlülükler, klasik döneme kıyasla daha karmaşık teminat ihtiyaçları doğurmuştur. Bu gelişmeler, borcun ifasını güvence altına alan modern teminat araçlarının önemini artırmıştır. Bankalar tarafından düzenlenen teminat mektupları da bu ihtiyacın sonucu olarak ortaya çıkan ve günümüzde yaygın biçimde kullanılan başlıca teminat araçlarından biridir. Ayrıca modern dönemde İslami finans kurumlarının ortaya çıkması ve ekonomik hayatta

¹ Vahit Doğan, *Banka Teminat Mektupları* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2011), 25.

² Hayreddin Karaman, “Akid”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, s. 252.

konvansiyonel bankalarla benzer ticari işlemlere aracılık etmeye başlaması, bu kurumların da müşterilerine teminat mektubu sunma ihtiyacını gündeme getirmiştir.³

Teminat mektubu, genel olarak bankanın, müşterisinin üstlendiği bir edimin yerine getirilmemesi hâlinde muhataba belirli bir bedeli ödeme taahhüdünde bulunması şeklinde tanımlanabilir. Bu işlemde banka, müşterisi lehine üçüncü kişiye karşı güvence sağlamakta; muhatap ise söz konusu güvenceye dayanarak asıl borç ilişkisine girmekte veya mevcut borç ilişkisini sürdürmektedir. Modern hukukta teminat mektupları çoğu zaman garanti sözleşmesi ve bağımsız ödeme taahhüdü çerçevesinde değerlendirilirken, bankacılık uygulamasında gayrinakdî kredi niteliği taşıyan ürünler arasında yer almaktadır.

Teminat mektuplarının İslam hukukuna dayalı olan İslami finans kurumları nezdinde sunulması ise daha karmaşık bir mahiyet arz etmektedir. Zira bu işlem, ilk bakışta klasik fıkıhtaki kefalet veya damân akitleriyle oldukça benzerlik göstermektedir. Banka, müşterisinin borcu veya edimi için üçüncü kişiye karşı sorumluluk üstlenmekte; bu yönüyle kefilin alacaklıya karşı borcu yükümlenmesi/iltizamına benzeyen bir fonksiyon icra etmektedir. Bununla birlikte teminat mektuplarına dair bankanın taahhüdünün çoğu zaman asıl borç ilişkisinden bağımsız olması, ilk talepte ödeme kaydı içermesi, bankanın bu işlem karşılığında komisyon alması ve ödeme sonrasında müşteriye rücu etmesi gibi hususlar, konunun klasik kefalet hükümleriyle birebir açıklanmasını güçleştirmektedir. Bu nedenle teminat mektuplarının fikhî mahiyeti, yalnızca kefalet akdiyle değil; ücret karşılığı kefalet, karz, faiz ve sözleşme serbestisi tartışmalarıyla birlikte ele alınmalıdır.

Bu çalışmanın konusunu, banka teminat mektuplarının fikhî mahiyeti, bu işlem karşılığında ücret veya komisyon alınmasının hükmü ve İslami finans kurumlarının teminat mektubu uygulamalarının İslam hukuku açısından değerlendirilmesi oluşturmaktadır. Çalışmada öncelikle teminat mektuplarının modern hukuk ve bankacılık uygulamasındaki mahiyeti ortaya konulacak; ardından İslam hukukunda kefalet akdi ve muasır İslam hukukçuları tarafından ortaya koyulan görüşler

³ Monzer Kahf - Abdul-Jalil Ibrahim, “Return on the Letter of Guarantee: Issues and New Proposals in Structuring the Product”, *International Journal of Economics, Management and Accounting* 25/3 (2017), 553-556.

çerçevesinde teminat mektupları fıkhi açıdan değerlendirilecektir. Özellikle Hanefî mezhebi merkeze alınarak kefalet karşılığında ücret alınması, kefaletin karz ilişkisine dönüşmesi ve teminat mektubuna dair hususiyetlerin hükme etkisi tartışılacaktır. Son olarak İslami finans kurumlarının teminat mektubu uygulamaları, teorik fıkıh tartışmaları ve mevcut bankacılık pratiği birlikte dikkate alınarak analiz edilecektir.

Bu çerçevede çalışmanın temel amacı, teminat mektuplarını yalnızca klasik akit tasniflerinden birine yerleştirmek değil; modern hukukta garanti, bankacılıkta gayrinakdî kredi ve İslam hukukunda kefalet/damân eksenleri arasında bütüncül biçimde değerlendirmektir. Böylece teminat mektuplarına ilişkin fikhî görüşlerin dayandığı gerekçeler ortaya konulacak ve bu görüşlerin günümüz İslami finans uygulamalarını açıklama gücü tartışılacaktır.

B. Literatür Değerlendirmesi

Teminat mektuplarına ilişkin İslam hukuku literatürünün ilk örnekleri büyük ölçüde Arapça literatürde ortaya çıkmış; özellikle 1980’li yıllarda yapılan çalışmalar bu zamana kadar gelişen literatür üzerinde belirleyici bir etki bırakmıştır. Bu dönemde teminat mektupları daha çok kefalet, damân, vekâlet ve ücret karşılığı kefalet tartışmaları çerçevesinde ele alınmıştır. Buna karşılık modern hukukta teminat mektubunun kazandığı bağımsız garanti niteliği ve bankacılık uygulamasındaki gayrinakdî kredi fonksiyonu çoğu zaman yeteri kadar değerlendirilmemiştir. Türkçe literatür ise büyük ölçüde Arapça literatürde oluşan bu ilk tasnifleri ve hüküm gerekçelerini takip etmiş; konuyu genellikle faizsiz bankacılık, kefalet sözleşmesi veya çağdaş bankacılık uygulamaları bağlamında ele almıştır. İngilizce literatürde ise mesele, fikhî mahiyet tartışmasından ziyade İslami finans kurumlarının ürün yapıları, bankacılık pratiği ve uluslararası teminat mekanizmaları üzerinden incelenmiştir. Bu sebeple literatür değerlendirmesinde önce Arapça çalışmaların kurucu etkisi, ardından Türkçe literatürün bu birikimi nasıl tevarüs ettiği ve son olarak İngilizce literatürün uygulama merkezli katkısı ele alınacaktır.

1. Arapça Literatür

Teminat mektuplarına dair fikhî tartışmanın ana çerçevesi, büyük ölçüde Mecma’i’l-Fıkhi’l-İslâmî başta olmak üzere İslami bankacılığa dair tertip edilen

akademik toplantılar şekillenmiştir.⁴ Bu çalışmaların ortak meselesi, banka teminat mektubunun klasik fıkıh literatüründeki hangi akit türüyle ilişkilendirileceği ve buna bağlı olarak komisyonun hangi şartlarda meşru görülebileceğidir. Bu nedenle erken dönem Arapça literatürde teminat mektupları daha çok kefalet, damân ve bunlar karşılığında ücret alınması tartışmaları içinde değerlendirilmiştir.

Ali Ahmed es-Sâlûs ve Abdüssettâr Ebû Gudde'nin çalışmaları teminat mektupları hakkında İslam hukukçularının yaygın olarak benimsediği hâkim görüşü ortaya koyması bakımından özel bir yere sahiptir. Sâlûs, teminat mektuplarını yalnızca bankacılık uygulaması olarak değil, klasik fıkıhtaki kefalet bahisleriyle irtibatlı biçimde ele almakta; hadis kaynaklarındaki kefalet bablarına ve fıkıh literatüründeki kefalet hükümlerine genişçe yer vermektedir.⁵ Çalışmanın önemi, teminat mektubu karşılığında alınan komisyonu yalnızca işlem hizmeti olarak görmemesi, bankanın bu komisyonu belirlerken üstlendiği parasal riski de dikkate aldığını vurgulamasıdır. Nitekim Sâlûs, başlangıçta teminat mektubu ücretinin hizmet karşılığı alınabileceği kanaatindeyken daha sonra bu kanaatten uzaklaşmış; kefaletin nass ve icmâ ile teberrû niteliği taşıdığını, bankanın aldığı komisyonun ise yalnızca hizmet değil aynı zamanda risk üstlenme karşılığı olduğunu ifade etmiştir.⁶ Bu yönüyle Sâlûs, komisyon meselesini karz ve faiz ilişkisi bağlamında tartışması bakımından sonraki literatürü etkileyen isimlerden biri olmuştur.

Abdüssettâr Ebû Gudde, teminat mektuplarını kefalet akdi kapsamında değerlendirmekte; ancak müşterinin bankaya teminat mektubu bedeli kadar teminat yatırması durumunda banka ile müşteri arasındaki ilişkinin vekâlete dönüşeceğini kabul etmektedir.⁷ Bununla birlikte bankanın muhataba karşı üstlendiği kefalet sorumluluğunun devam ettiğini de belirtmektedir. Bu yaklaşım, muasır fıkıhçılar arasında geniş kabul gören ve uygulamaya yansıyan hâkim görüşün temelini

⁴ Abdüssettâr Ebu Gudde - İzzeddin Muhammed Huce, *Karârât ve tavsiyyât Nedveti'l-bereke li'l-iktisâdi'l-İslâmî h. 1403-1422 / m. 1981-2001* (Cidde: Mecmûatü Delleti'l-Bereke, 1997); Mecma'u'l-Fıkhi'l-İslâmî ed-Düvelî, *Mecelletü Mecma'i'l-Fıkhi'l-İslâmî* 2/2 (1406/1985).

⁵ Abdüssettâr Ebû Gudde, "Hitâbu'd-Damân", *Mecelletü Mecma'i'l-Fıkhi'l-İslâmî* 2/2 (1986), 1105-1109; Ali Ahmed es-Sâlûs, "Hitâbu'd-Damân", *Mecelletü Mecma'i'l-Fıkhi'l-İslâmî* 2/2 (1986), 1055-1095.

⁶ Sâlûs, "Hitâbu'd-Damân", 1062.

⁷ Ebû Gudde, "Hitâbu'd-Damân", 1107.

oluşturmuştur. Ebû Gudde'nin yaklaşımı, kefalet karşılığında ücret alınmasının karzla ilişkisini tartışması ve komisyonun ribâyâ götürebilecek yönünü vurgulaması bakımından etkileyici olmuştur. Buna karşılık nakdî teminatın varlığının bankanın muhataba karşı üstlendiği teminat fonksiyonunu gerçekten değiştirip değiştirmediği ve pratikte karşılığı olup olmadığı gibi hususların yeterince sorgulanmadığı görülmektedir.

Zekeriya el-Berrî'nin çalışması ise Arapça literatürde farklı bir tartışma hattı açması bakımından dikkat çekicidir. El-Berrî, meseleyi yalnızca kefalet veya vekâlet akdiyle açıklamak yerine, akitlerde asıl olanın ibâha olduğu ilkesinden hareket etmekte ve teminat mektuplarının çağdaş ticari ihtiyaçlar çerçevesinde yeni bir akit olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini tartışmaya açmaktadır.⁸ Ona göre teminat mektupları günümüzde ihtiyaç duyulan güvenceyi sağlamakta; Kur'ân ve sünnette bu işlemin yapılmasını veya karşılığında ücret alınmasını açıkça yasaklayan bir delil bulunmamaktadır. Ayrıca kefalet ve damânın geçmiş dönemlerdeki görünümüyle günümüz şirketlerinin ve bankacılık uygulamalarının ihtiyaç duyduğu teminat ilişkisi arasında ciddi farklar bulunduğunu belirtmektedir.⁹ Bu yönüyle el-Berrî'nin çalışması, teminat mektuplarını klasik akitlerden birine indirgemek yerine yeni akit imkânı ve sözleşme serbestisi bakımından tartışması nedeniyle özgün bir katkı sunmaktadır. Bununla birlikte komisyonun meşruiyetini daha çok ihtiyaç, maslahat ve akit serbestisi üzerinden temellendirmesi; bankanın üstlendiği garantör rolünün karz ve faiz ilişkisine yol açması bakımından netleştirmemesi çalışmanın sınırlı tarafı olarak görülebilir.¹⁰

Muhyiddin Ali el-Karadâğî ve Vehbe ez-Zuhaylî'nin çalışmaları ise teminat durumuna göre akdin kefalet veya vekalet sayıldığı hâkim yaklaşımın devamı niteliğindedir. Karadâğî, fıkıhtaki kefalet ile modern teminat mektubu uygulaması arasında köklü bir fark bulunmadığını, teminat mektuplarının kefalet veya damân kapsamında değerlendirilebileceğini savunmaktadır.¹¹ Zuhaylî ise müşterinin banka nezdindeki teminatını esas alan hakim görüşe paralel olarak teminat mektuplarını

⁸ Zekeriya El-Berrî, "Hitâbu'd-Damân", *Mecelletü Mecmai'l-Fıkhi'l-İslâmî* 2/2 (1986).

⁹ El-Berrî, "Hitâbu'd-Damân", 1101.

¹⁰ El-Berrî, "Hitâbu'd-Damân", 1104.

¹¹ Muhyiddin Ali el-Karadâğî, "Et-Temvîl ve Sûku'l-Evrâki'l-Mâliyye fi's-Şer'ati'l-İslâmiyye", ed. Mehmet Bayyigit (Konya: Kombad Yayınları, 1996), 229-256.

müşterinin bankada teminatının bulunup bulunmamasına göre tasnif etmekte, teminat karşılığı düzenlenen mektuplarda bankanın vekil gibi hareket ettiğini, teminatsız mektuplarda ise kefalet hükümlerinin uygulanacağını belirtmektedir.¹² Zuhaylî'nin literatüre katkısı, muasır fıkıhçılar arasında yayın olan hakim görüşü daha sistematik biçimde açıklamasında ve kefalet karşılığında komisyon alınmasının caiz görülmemesini kefaletin teberrû niteliği ve karzla ilişkisi bağlamında temellendirmesinde görülmektedir.

Nezih Kemal Hammâd'ın *Medâ cevâzi ahzi'l-ecri ale'l-kefâle fi'l-fikhi'l-İslâmî* adlı makalesi doğrudan teminat mektuplarını değil, kefalet karşılığında ücret alınmasının fikhî hükmünü incelemektedir.¹³ Bununla birlikte teminat mektuplarında komisyon tartışmasının fikhî zeminini göstermesi bakımından en önemli çalışmalardan biridir. Yazar, klasik fıkhîta çoğunluğun kefalet karşılığında ücret alınmasını caiz görmeyen yaklaşımını merkeze almakta; kefaletin teberrû akdi sayılması, ücret şartının akdi muâvazalı hâle getirip getirmeyeceği, kefilin borca iltizamının malî değeri olan bir menfaat sayılıp sayılamayacağı ve ücretli kefaletin ribâyâ yol açıp açmayacağı gibi meseleleri sistematik biçimde tartışmaktadır.¹⁴ Bu yönüyle çalışma, yalnızca çağdaş uygulamalara dair bir hüküm arayışından ibaret olmayıp kefalet akdinin klasik fıkhîtaki mahiyetini yeniden sorgulayan derinlikli bir fikhî inceleme niteliğindedir.

Hammâd'ın en önemli katkılarından biri, kefaletin neden teberrû kabul edildiği sorusunu doğrudan tartışmasıdır. Yazar, kefaletin teberrû sayılmasının her durumda kefilin ödediği borçtan vazgeçmesi anlamına gelmediğini; asıl olarak kefilin borca iltizamının karşılıksız üstlenilmesiyle ilgili olduğunu belirtmektedir.¹⁵ Buna bağlı olarak teberrû mahiyetli bazı akitlerin tarafların anlaşmasıyla ivazlı akde dönüşebileceğini, ariyet, vedîa ve vekâlet gibi akitlerde bunun örneklerinin bulunduğunu ileri sürmektedir. Bu yaklaşımdan hareketle kefalet karşılığında ücret

¹² Vehbe ez-Zuhaylî, "Et-Temvîl ve Süku'l-Evrâki'l-Mâliyye", ed. Mehmet Bayyigit (Konya: Kombad Yayınları, 1996), 272-310; Ez-Zuhaylî, Vehbe, *el-Mu'âmelâtü'l-mâliyyetü'l-mu'âşira: buhûs ve fetâvâ ve hulûl*. Dimaşk: Dârü'l-Fikr, 2006, 469-472.

¹³ Nezih Kemal Hammâd, "Medâ cevâzi ahzi'l-ecri ale'l-kefâle fi'l-fikhi'l-İslâmî", *Mecelletü Câmîati'l-Melik Abdülazîz: el-İktisâdî'l-İslâmî* 9 (1997), 95-121.

¹⁴ Hammâd, "Medâ cevâzi ahzi'l-ecri ale'l-kefâle", 97-99.

¹⁵ Hammâd, "Medâ cevâzi ahzi'l-ecri ale'l-kefâle", 97.

alınmasının da mutlak biçimde reddedilmemesi gerektiği sonucuna ulaşmaktadır. Bununla birlikte yazar, ücretli kefaletin her durumda caiz olmayacağını da vurgulamakta; kefilin ödeme yapması hâlinde bu ödemenin asıl borçlunun zimmetinde vadeli bir borca dönüşmesi durumunda ilişkinin ribâyâ yol açabilecek bir hileye dönüşebileceğini kabul etmektedir.¹⁶ Bu sebeple Hammâd'ın temel yaklaşımı, ücretli kefalete ihtiyatlı ve şartlı bir cevaz verilmesi gerektiği yönündedir.

Bununla birlikte çalışma bazı yönlerden tartışmaya açıktır. Yazarın teberrû akitlerinin ivazlı akde dönüşebileceğinden hareketle kefaletin de ücretli hâle gelebileceğini savunması kendi içinde tutarlı görünse de kefalet karşılığında ücret alınmasına yönelik asıl itirazın yalnızca akdin teberrû mahiyetinden kaynaklanmadığı dikkate alınmalıdır. Nitekim fukahânın ücretli kefalete cevaz vermemesindeki temel gerekçe, kefaletin ivazlı akde dönüşüp dönüşmemesinden ziyade, kefilin ödeme yapması hâlinde ilişkinin karza dönüşmesi ve alınan ücretin borç karşılığında menfaat niteliği kazanmasıdır. Hammâd ise kefalet karşılığında alınan ücretin, kefilin borcu üstlenmesi ve zimmetini bu yükümlülüğe bağlaması sebebiyle hak edildiğini, bunun karz ilişkisiyle doğrudan bağlantılı olmadığını savunmaktadır.¹⁷ Ancak modern finans uygulamalarında, özellikle teminat mektuplarında, bankanın garanti kapsamında ödeme yaptıktan sonra müşteriden ilgili tutarı her zaman derhâl tahsil etmesi mümkün olmamakta; çoğu durumda teminat mektubu nakdî krediye dönüşmektedir. Dolayısıyla yazarın ortaya koyduğu şartlı cevaz yaklaşımı teorik açıdan önemli olmakla birlikte, günümüz bankacılık uygulamalarıyla tam olarak örtüştüğünü söylemek güçtür. [DN]

Arapça akademik literatürde teminat mektuplarını İslam hukuku açısından müstakil olarak ele alan tez çalışmaları da bulunmaktadır. İhâb Muhammed Nûr Abdullah'ın *Hitâbu 'd-Damâni 'l-Masrafi*, Süleyman Ahmed Muhammed'in *Hitâbu 'd-Damân fi 'l-Masârifi 'l-İslâmiyye* ve Yaser Ahmad Badr Ahmad'ın 2019 yılında İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi'nde hazırladığı *İslam Muamelât Hukukunda Kefalet ve Taahhüd Kuralları* adlı tezleri bu kapsamda zikredilebilir.¹⁸ Bu çalışmalar,

¹⁶ Hammâd, "Meda cevâzi ahzi'l-ecri ale'l-kefâle", 101.

¹⁷ Hammâd, "Meda cevâzi ahzi'l-ecri ale'l-kefâle", 115.

¹⁸ İhâb Muhammed Nûr Abdullah, *Hitâbu 'd-Damâni 'l-Masrafi* (Cuba Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, 2009); Süleyman Ahmed Muhammed el-Kırm, *Hitâbü 'd-damân fi 'l-mesârifi 'l-İslâmiyye* (Nablus: Câmîiatü'n-Necâh el-Vataniyye, Külliyyetü'd-Dirâsâti'l-Ulyâ, Yüksek Lisans Tezi, 2003); Yaser

teminat mektuplarını tanım, taraflar, türler, fikhî mahiyet ve komisyon meselesi bakımından ele almakta; ancak sonuç itibarıyla erken dönem fetva ve çalışmalarda ortaya çıkan hâkim yaklaşımı büyük ölçüde tekrar etmektedir. Bu nedenle söz konusu tezler, konuyu müstakil araştırma hacminde ele almaları bakımından zikredilebilir olmakla birlikte, teminat mektuplarına ilişkin önceki tartışmaların ötesine geçen özgün bir katkı sunmamaktadır.

Süleyman Ahmed Muhammed ve Yaser Ahmad Badr Ahmad'ın tez çalışmaları, teminat mektubunun fikhî açıdan incelemekle birlikte hukuki ve finansal açıdan sınırlı bir değerlendirme sunmaktadır. İhâb Muhammed Nûr Abdullah'ın çalışması ise teminat mektuplarını ağırlıklı olarak hukuk ve bankacılık uygulaması ekseninde ele alması bakımından dikkat çekici olmakla birlikte çalışmada ortaya konan hukukî ve finansal tespitler fikhî açıdan değerlendirilemeyerek somut bir sonuca varılamamıştır.

Genel olarak değerlendirildiğinde Arapça literatür, teminat mektuplarına ilişkin sonraki fikhî tartışmaların ana çerçevesini belirlemiştir. Sâlûs ve Ebû Gudde, teminat mektuplarında komisyonun karz ve faizle ilişkisini tartışarak, nakdî teminat durumuna göre kefalet veya vekâlet ayırımına dayanan hâkim yaklaşımın teorik zeminini oluşturmuşlardır. Ebû Zeyd, el-Emîn, Karadâğî ve Zuhaylî gibi isimler bu çizgiyi farklı ayrıntılarla sürdürmüş; el-Berrî ise teminat mektubunun yeni bir akit olarak değerlendirilmesi ihtimalini gündeme getirerek literatürde alternatif bir tartışma alanı açmıştır. Teminat mektubu kefalet akdi olarak kabul etmekle birlikte karşılığında komisyon/ücret alınmasının caiz olduğuna dair en başarılı örnek ise Hammâd'ın çalışmasıdır. Bununla birlikte Arapça literatürün genelinde teminat mektubunun modern hukukta bağımsız garanti niteliği, bankanın muhataba karşı üstlendiği bağımsız ödeme taahhüdü ve piyasa uygulamasındaki fiilî teminat fonksiyonu yeterince dikkate alınmamıştır. Bu nedenle söz konusu literatür, konunun fikhî tartışma zeminini kurması bakımından vazgeçilmez olmakla birlikte, modern teminat

mektubu uygulamasını bütün yönleriyle açıklamak için tamamlayıcı bir değerlendirmeye ihtiyaç duymaktadır.

2. Türkçe Literatür

Türkçe literatürde üretilen çalışmaların önemli bir kısmı teminat mektuplarını müstakil bir araştırma konusu olarak değil; kefalet sözleşmesi, ücret karşılığı kefalet veya katılım bankacılığı uygulamaları bağlamında ele almaktadır. Bu sebeple Türkçe literatürde konuya ilişkin müstakil ve çok yönlü bir tartışmanın henüz yeterince gelişmediği söylenebilir.

Konuya dair Türkçe literatürdeki en önemli çalışmalardan biri Servet Bayındır'ın 2004 yılında tamamladığı *Faizsiz Bankacılık İşlemlerinin İslam Fıkıhındaki Yeri* başlıklı doktora tezidir.¹⁹ Çalışmanın ana konusu faizsiz bankacılık işlemleri olmakla birlikte, tezin bir bölümünde teminat mektuplarının tanımı, çeşitleri, fikhî mahiyeti ve komisyon meselesi ele alınmaktadır. Bayındır'ın çalışması, muasır İslam hukukçularının görüşlerini bir araya getirmesi ve meseleyi faizsiz bankacılık uygulamaları içinde konumlandırması bakımından önemlidir. Teminat mektuplarına dair fıkhi tartışmaların derlenerek klasik fıkıh literatürü bağlamında değerlendirilmesi bu çalışmanın güçlü yönlerindendir. Bilhassa; kefaletin teberru özelliğinin sebeplerinin sorgulanması, teminat mektuplarının günümüz piyasa şartlarında kullanım amaçlarının ortaya koyulması ve kefalet-karz ilişkisinin bazı durumlarda faize yol açtığına değinilmesi çalışmaya derinlik katmıştır.²⁰

Bilhassa teminat mektuplarının fikhî mahiyetinin tespiti ve komisyonun meşruiyetinin değerlendirilmesinde yoğunlukla Kur'an ayetleri ve klasik fıkıh kaynaklarının kullanılması bu çalışmanın ayırıcı unsurlarındandır.²¹ Bayındır, teminat mektubunun bir şahsi teminat ilişkisi olması sebebiyle klasik fıkıh kaynaklarında yer alan kefalet akdiyle örtüştüğünü ve karşılığında masraflar haricinde komisyon alınmaması gerektiğini savunmaktadır. Ancak bu görüşün temellendirilmesi ve

¹⁹ Servet Bayındır, *Faizsiz Bankacılık İşlemlerinin İslam Fıkıhı'ndaki Yeri* (İstanbul: Marmara Üniversitesi, Doktora tezi, 2004).

²⁰ Bayındır, *Faizsiz Bankacılık*, 148.

²¹ Bayındır, *Faizsiz Bankacılık*, 145-149.

komisyonun karz/kredi ile ilişkisine yeterince değinilmemektedir.²² Teminat mektuplarının her durumda karza dönüşmemesi tespiti doğru olsa da bankanın her halükârda teminat sunmuş olması değiştirmemektedir.²³ Bu nedenle Bayındır'ın çalışması, konuya ilişkin önemli bir başvuru kaynağı niteliği taşımakla birlikte, teminat mektuplarını hukuki ve finansal boyutlarıyla birlikte değerlendirerek fikhî görüşleri temellendirme bakımından yeterli kapsamda değildir.

Bayındır'ın çalışmasıyla birlikte Türkçe literatürde teminat mektupları bakımından zikredilmesi gereken en önemli çalışmalardan biri Abdullah Kahraman'ın doktora tezinden hareketle yayımlanan *İslam Borçlar Hukukunda Kefalet Sözleşmesi ve Günümüzdeki Tatbikatı* adlı eseridir. Kahraman'ın çalışması esas itibarıyla kefalet sözleşmesini konu edinmekle birlikte, “Kefalet Akdinin Günümüzdeki Tatbikatı” başlığı altında banka teminat mektuplarına da geniş yer ayırmaktadır.²⁴ Bu bölümde teminat mektuplarının tarihî gelişimi, tanımı, unsurları, düzenlenişi, özellikleri, çeşitleri, hukuki niteliği ve sonuçları ele alınmakta; ayrıca teminat mektubu karşılığında ücret alınması ve müşterinin nakit teminatından istifade edilmesi gibi meseleler incelenmektedir.²⁵ Kahraman, modern hukuk yazarları ile muasır İslam hukukçularının teminat mektubu tanımlarını karşılaştırmakta; faizli bankalar ile İslami bankalar tarafından düzenlenen teminat mektupları arasında bazı şekil şartları dışında esaslı bir fark bulunmadığını belirtmektedir.²⁶ Ayrıca teminat mektuplarını geçici, kesin ve avans teminat mektupları gibi türlere ayırarak bunların İslam hukuku bakımından hangi borç veya teminat ilişkisiyle açıklanabileceğini değerlendirmektedir.²⁷ Bu yönüyle eser, teminat mektuplarını müstakil bir araştırma konusu yapmamakla birlikte, Türkçe İslam hukuku literatüründe konuya en kapsamlı biçimde temas eden çalışmalardan biri olarak değerlendirilebilir.

²² Bayındır, *Faizsiz Bankacılık*, 138.

²³ Bayındır, *Faizsiz Bankacılık*, 147. Teminat mektuplarının tazmin edilmemesi halinde karzla sonuçlanmaması ve bu durumun komisyonun meşruiyetine etkileri ilgili bölümde ele alınacaktır.

²⁴ Abdullah Kahraman, *İslam Borçlar Hukukunda Kefalet Sözleşmesi ve Günümüzdeki Tatbikatı* (İstanbul: M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2008).

²⁵ Kahraman, *Kefalet Sözleşmesi*, 314-355.

²⁶ Kahraman, *Kefalet Sözleşmesi*, 320.

²⁷ Kahraman, *Kefalet Sözleşmesi*, 322-328.

Kahraman'ın çalışmasının öne çıkan yönü, teminat mektuplarının hukuki niteliğine ilişkin görüşleri hem modern hukuk hem de İslam hukuku açısından birlikte ele almasıdır. Bu kapsamda kefalet, vekâlet, karma nitelik ve kendine özgü nitelik görüşlerini açıklamakta; teminat mektuplarının mevcut akitlerden hiçbirisiyle tam olarak örtüşmediğini, türlerine ve işlem yapısına göre farklı hukuki özellikler taşıyabileceğini belirtmektedir.²⁸ Müellif nihai olarak teminat mektubunun hem kefalet hem de vekâlet sözleşmesiyle benzerlikler taşıdığını, ancak tamamen bunlardan biri sayılamayacağını ve kendine mahsus hukuki sonuçları bulunan bir işlem olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir.²⁹ Bununla birlikte çalışmanın ana eksenini kefalet sözleşmesi olduğu için teminat mektupları çoğu zaman kefalet merkezli bir çerçevede incelenmektedir. Bu durum, teminat mektubunun modern hukukta garanti sözleşmesi olarak kabul edilmesi, bankanın bağımsız ödeme taahhüdü ve ilk talepte ödeme kaydı gibi unsurların fikhî açıdan daha derin tartışılmasını sınırlandırmaktadır. Ayrıca Kahraman'ın kefalet karşılığında ücret alınabileceği yönündeki yaklaşımı, teberrû akitleri karşılığında ücret alınamayacağı kuralının maslahat ve istihsan gerekçesiyle terk edilebileceği düşüncesine dayanmaktadır.³⁰ Ancak bu noktada kefaletin teberrû mahiyetinin asıl sebebi, karz ilişkisiyle bağlantısı ve komisyonun faizle ilişkisi meselesi yeterince ayrıntılı değerlendirilmemektedir.

Türkçe literatürde teminat mektuplarına ilişkin değerlendirmelerin yer aldığı bir diğer önemli kaynak grubu, *I. İslam Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi* kapsamında sunulan tebliğlerdir.³¹ Bu kongrede Hamza Aktan, teminat mektuplarını borsa ve leasing gibi çağdaş ticari meselelerle birlikte ele almış; kefalet müessesesinin günümüzde geçirdiği dönüşüm üzerinde durmuştur. Aktan'a göre ticari hayatın hacmi büyümüş, borç ilişkileri karmaşıklaşmış ve klasik dönemde daha çok şahıslar arasında yardımlaşma amacıyla işleyen kefalet ilişkisi günümüzde kurumsal bir nitelik kazanmıştır. Bu sebeple teminat mektuplarını klasik kefaletin birebir devamı

²⁸ Kahraman, *Kefalet Sözleşmesi*, 331-342.

²⁹ Kahraman, *Kefalet Sözleşmesi*, 341-342.

³⁰ Kahraman, *Kefalet Sözleşmesi*, 350-355.

³¹ Bayyigit, Mehmet (ed.). *I. İslam Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi*. Konya: Kombad Yayınları, 1997.

gibi görmek yerine, değişen iktisadi şartları ve bankacılık uygulamasını dikkate alarak değerlendirmek gerekir.³² El-Berrî'nin yaklaşımına benzer şekilde Aktan, teminat mektuplarını ve karşılığında ücret alınması meselesini değişen iktisadi şartlar ve istihsan düşüncesi çerçevesinde ele almıştır. Bununla birlikte değişen şartlara yapılan vurgunun, kefaletin teberrû niteliği ve kefalet karşılığında ücret alınmasının gayrimeşruluğu meselesiyle bağlantısı yeterince açık değildir.

3. İngilizce

İngilizce literatürde teminat mektupları, İslam hukukundan ziyade İslam ekonomisi ve finansı alanında ele alınmaktadır. Bu çalışmaların çoğu araştırma makalesi niteliğinde olup, fikhî mahiyet tartışmasından çok İslami finans kurumlarının uygulamaları, ürün yapıları ve şer'î uyum sorunları üzerinde durmaktadır.

Monzer Kahf ve Ibrahim'in çalışması, İslami bankalar tarafından düzenlenen teminat mektuplarından gelir elde edilmesi meselesini doğrudan ele almakta ve bu ürünün şer'î uyumlu biçimde nasıl yapılandırılabilirliğine dair alternatif öneriler sunmaktadır.³³ Yazarlar, teminat mektubunun günümüz bankacılık uygulamalarında özellikle ihale, performans, avans ödeme, sevkiyat, gümrük ve ödeme taahhüdü gibi alanlarda yaygın biçimde kullanıldığını belirtmekte; buna karşılık kefaletin klasik fıkhîta teberrû mahiyetinde görülmesi sebebiyle bu işlemde gelir elde edilmesinin tartışmalı olduğunu iyi açıklamaktadır.³⁴ Çalışmada katılım bankalarının teminat mektubu komisyonuna hangi fikhî gerekçeyle hak kazanabileceği sorusunun açıkça gündeme getirilmesi önemlidir. Ayrıca incelemenin somut veriler kullanılarak yapılması çalışmanın bir başka güçlü yönüdür.³⁵ Bu yönüyle makale, meselenin tali sonuçlarından ziyade doğrudan problemin merkezine yönelmektedir.

Bununla birlikte çalışmada sunulan çözüm önerileri tartışmaya açıktır. Yazarların teminat mektubunu banka tarafından sunulan bir tür hizmet olarak görüp ücretli vekalet (vekâle bi'l-ecr) kapsamında komisyona meşruiyet kazandırmaya

³² Hamza Aktan, "Ticaret Hukukunun Yeni Bazı Problemleri Üzerine İslâm Hukuku Açısından Bir Değerlendirme (Borsa, Teminat Mektubu, Leasing)", *I. Uluslararası İslâm Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi*, ed. Mehmet Bayyigit (Konya: Kombad Yayınları, 1997), 220-221.

³³ Kahf - Ibrahim, "Return on the Letter of Guarantee", 549-579.

³⁴ Kahf - Ibrahim, "Return on the Letter of Guarantee", 550-551.

³⁵ Kahf - Ibrahim, "Return on the Letter of Guarantee", 557.

çalışması, teminat mektubunun salt hizmetten ibaret olmayan garanti/kefalet niteliğini tam olarak karşılamamaktadır.³⁶ Benzer şekilde teminat mektubunun kefalet yerine itibar temelli müşâreke çerçevesinde yapılandırılması da mevcut problemi farklı bir akit modeliyle çözme çabasıdır. Ancak damân sebebiyle kâra hak kazanılan vücûh şirketi üzerine kurulan bu model, teminat mektubunun bankacılık uygulamasındaki gerçek işleyişle tam olarak örtüşmemektedir. Zira bu yapıda bankanın sabit bir komisyon elde etmesi mümkün olmayacak, projenin sonucuna bağlı olarak zarar ihtimali de doğacaktır. Bu nedenle çalışma, teminat mektubunda komisyon meselesini doğrudan tartışmaya açması bakımından önemli olmakla birlikte, önerdiği alternatif modellerin mevcut uygulamayı açıklama ve fikhî açıdan istikrarlı bir çözüm sunma gücü sınırlıdır.

Alwi, Ibrahim ve Sawari'nin çalışması, Malezya'daki İslami bankaların kefalet akdine dayalı teminat mektubu ürünü olan Kafâlah Bank Guarantee-i kapsamında ücret veya komisyon tahsil etme yöntemlerine odaklanmaktadır. Makalenin temel amacı, İslami bankaların teminat mektubu düzenlerken hangi hesaplama yöntemlerini kullandıklarını ve bu uygulamaları hangi gerekçelere dayandırdıklarını ortaya koymaktır.³⁷ Bu yönüyle çalışma, teminat mektubu komisyonunu yalnızca teorik bir fıkıh tartışması olarak değil, doğrudan bankacılık uygulaması ve sektör pratiği üzerinden ele almaktadır. Çalışmanın dikkat çekici yönü, Malezya'da Kafâlah BG-i ürünü sunan 12 İslami bankadan bu ürünle doğrudan ilgilenen bankacılarla yarı yapılandırılmış görüşmeler yapılmış olmasıdır.³⁸ Bu görüşmeler sonucunda bankaların üç farklı ücretlendirme yöntemi kullandığı tespit edilmiştir. Buna göre bazı bankalar Association of Bankers Malaysia tarafından belirlenen oranları esas almakta, bazıları teminat mektubunun düzenlenmesi sırasında oluşan gerçek maliyeti tahsil etmekte, bir banka ise kendi oran bazlı hesaplama formülünü uygulamaktadır.³⁹ Bu farklılığın temelinde, bankaların şer'î danışma kurullarının kefalet akdinin teberrû niteliği veya muâvazalı akde dönüşebilirliği konusunda farklı kanaatlere sahip olması ve Bank

³⁶ Kahf - Ibrahim, "Return on the Letter of Guarantee", 565-575.

³⁷ Sharifah Faigah Syed Alwi - Uzaimah Ibrahim - Mohd Fuad Sawari, "A Few Methods in Charging Fees for Kafâlah Bank Guarantee-i among Islamic Banks in Malaysia", *ISRA International Journal of Islamic Finance* 6/1 (2014), 55.

³⁸ Alwi - Ibrahim - Sawari, "A Few Methods in Charging Fees for Kafâlah Bank Guarantee-i", 55-56.

³⁹ Alwi - Ibrahim - Sawari, "A Few Methods in Charging Fees for Kafâlah Bank Guarantee-i", 56-58.

Negara Malaysia tarafından ortak bir ücretlendirme standardı belirlenmemiş olması yer almaktadır.⁴⁰ Bu bakımdan makale, teorik tartışmayı bankacılık pratiğiyle ilişkilendirmesi ve Malezya uygulamasına dair somut veri sunması bakımından başarılıdır.

Abikan, çalışmasında kefalet akdinin çağdaş İslami finans kurumlarındaki uygulama alanlarını ele almakta; teminat mektubu, akreditif ve sevkiyat garantisi gibi bankacılık ürünlerini kefalet kapsamında değerlendirmektedir.⁴¹ Çalışmanın güçlü yönü, klasik İslam hukukunda kefalet karşılığında ücret alınmasına yönelik hâkim yaklaşımı doğru biçimde ortaya koyması ve buna rağmen İslami finans kurumlarında kefaletin gelir getirici bir ürün hâline geldiğini uygulama örnekleri üzerinden göstermesidir.⁴² Bununla birlikte yazar, akreditif gibi bazı işlemlerde vekâlet veya murâbaha sebebiyle ücret alınabilmesini dikkate alarak kefalet temelli ürünlerin ücretlendirilmesini daha geniş bir çerçevede meşrulaştırmaktadır.⁴³ Ancak salt garanti/kefalet niteliği taşıyan teminat mektubunda mal veya hizmet finansmanı söz konusu olmadığı için bu tür bir kıyas isabetli görünmemektedir. Ayrıca teminat mektubu karşılığında alınan komisyonun hususen incelemeye konu edilmemesi, çalışmanın temel eksikliklerinden biridir.

Al-Amaren, Ismail ve Nor'un çalışması, Ürdün hukukunda teminat mektubu uygulamasını İslam hukukunu da dikkate alarak hukukî açıdan ele almaktadır.⁴⁴ Makalede Ürdün yargı kararları, teminat mektuplarına dair uluslararası standartlar ve garanti sözleşmesi çerçevesinde konu incelenmektedir. Bu yönüyle çalışma, teminat mektuplarının yalnızca fikhî kavramlarla değil, yerel ve uluslararası hukuk düzenlemeleriyle birlikte değerlendirilmesi gerektiğini göstermesi bakımından önemlidir. Çalışmanın dikkat çekici yönlerinden biri, teminat mektubunun bankanın lehtara karşı temel sözleşmeden bağımsız ve ilk talepte ödeme yükümlülüğü doğuran

⁴⁰ Alwi - Ibrahim - Sawari, "A Few Methods in Charging Fees for Kafālah Bank Guarantee-i", 57, 64-65.

⁴¹ Abdulqadir Ibrahim Abikan, "Contract of Kafālah (Guarantee) in Islamic Finance: Extending the Frontiers of Islamic Law", Journal of Shariah Law Research 2/1 (2017), 169-170.

⁴² Abikan, "Contract of Kafālah", 168-169, 176.

⁴³ Abikan, "Contract of Kafālah", 172-174.

⁴⁴ Emad Mohammed Al-Amaren - Che Thalbi Bt Md. Ismail - Mohd Zakhiri bin Md. Nor, "The Interplay Between Performance Bonds and the Principle of Independence of the Bank's Commitment in Jordan", *Yustisia* 8/2 (2019), 152-163.

bir taahhüt olarak ele alınmasıdır. Yazarlar, bankanın teminat mektubu sunduğu müşterisinin borcunu ödemediğini; aksine kendi bağımsız borcunu ifa ettiğini belirtmesi borcun bağımsızlığı ilkesini göstermesi açısından önemlidir.⁴⁵ Ayrıca teminat mektubunun bir kredi mekanizması olarak işlediği, bankanın bu işlemde komisyon aldığı ve ücretlendirmenin garanti edilen meblağ, süre ve işlem türüne göre belirlendiği ifade edilmektedir.⁴⁶ Bu tespitler, banka ile müşteri arasındaki ilişkinin klasik kefalet akdindeki gibi asıl borca bağlı fer'î bir borç ilişkisi şeklinde açıklanamayacağını göstermesi bakımından mühimdir. Bununla birlikte çalışmada İslam hukuku açısından yapılan değerlendirmeler oldukça sınırlı ve yüzeysel kalmıştır.⁴⁷ Bu sebeple makale, teminat mektubunun hukukî ve finansal gerçekliğini dikkate alması bakımından güçlü; ancak meselenin fikhî mahiyetini derinleştirme bakımından sınırlı bir katkı sunmaktadır.

Muneeza ve Mustapha⁴⁸ ile Issoufou ve Abdullah'ın⁴⁹ çalışmaları ise kefalet akdini çağdaş İslami finans uygulamalarıyla irtibatlandırmaları bakımından ilk bakışta teminat mektupları literatürü açısından dikkate değer görünmektedir. Muneeza ve Mustapha, kefaletin Malezya'daki İslami bankacılık uygulamalarında kullanımını; Issoufou ve Abdullah ise modern İslami finans ürünlerinin yapılandırılmasında hukukî garanti kavramının yerini ele almaktadır. Bununla birlikte her iki çalışma da teminat mektuplarının fikhî mahiyeti ve komisyon meselesine doğrudan odaklanmadığından, konuya vaat ettiği ölçüde katkı sunmamaktadır.

Bu çalışma, literatürdeki değerlendirmeleri derleme ve tekrar etmenin ötesinde teminat mektuplarını modern hukukta garanti niteliği, finansal açıdan gayrinakdî kredi fonksiyonu ve İslam hukukundaki kefalet, karz ve faiz tartışmaları çerçevesinde birlikte ele almayı amaçlamaktadır. Böylece teminat mektuplarının fikhî mahiyetine

⁴⁵ Al-Amaren - Ismail - Nor, "The Interplay Between Performance Bonds", 156.

⁴⁶ Al-Amaren - Ismail - Nor, "The Interplay Between Performance Bonds", 154.

⁴⁷ Al-Amaren - Ismail - Nor, "The Interplay Between Performance Bonds", 160-161.

⁴⁸ Aishath Muneeza - Zakariya Mustapha, "Practical Application of Kafalah in Islamic Banking in Malaysia", *PSU Research Review*, 1-15.

⁴⁹ Chaibou Issoufou - Naziruddin Abdullah, "Revisiting the Concept of Legal Guarantee in Islamic Law for Structuring Islamic Financial Products", *Humanities & Social Sciences Reviews* 7/2 (2019), 396-406.

dair görüşler yalnızca nakledilmekle kalmayacak; bu görüşlerin dayandığı teorik gerekçeler, hukukî ve finansal gerçeklikle birlikte değerlendirilecektir.



BİRİNCİ BÖLÜM:

KONVANSİYONEL AÇIDAN TEMİNAT MEKTUPLARI

1. Teminat Mektuplarının Tarihsel Gelişimi, Tanımı ve Özellikleri

XX. yüzyılın başlarından itibaren örnekleri görülen teminat mektupları, genel itibariyle ihale ve büyük çaplı ticari işler/projeler için istenen ve yine genellikle bir banka tarafından sunulan garantidir. Modern Türk hukukunda ilk teminat mektubu uygulamasının dayanağı 1025 sayılı ve 12.03.1927 tarihli Kanun'un 1. maddesi uyarınca Bakanlar Kurulu tarafından yürürlüğe giren 6048 sayılı kararnamedir.⁵⁰ Devlet ve kamu kuruluşlarının ihale düzenlemelerini konu alan kararnamede, ihalelere konu iş kapsamında kabul edilebilecek teminat mektuplarının metinleri ve isimleri belirlenmiştir.⁵¹

Her ne kadar 6048 sayılı kararname ilk defa bir resmi düzenlemede teminat mektubu ifadesinin kullanılmasından dolayı bu uygulamanın ilk dayanağı olarak kabul edilse de aynı işlev ve mahiyetteki benzer uygulamaların yüzyıllardır yapıldığını söylemek mümkündür.⁵² Modern öncesi dönemde banka gibi işlev gören banker aile ve şahısların devlet ihaleleri başta olmak üzere büyük meblağlı işlere kefil oldukları bilinmektedir. XIX. yüzyıldan itibaren banker ailelerin kurumlaşmaya başlamasıyla bankerliğin yerini kurumsal bankacılık almış ve sağlanan teminatlar şekil şartları açısından değişime uğramakla birlikte günümüze kadar varlığını korumuştur.⁵³

Osmanlı döneminde ilk banka XIX. yüzyılda kurulmuş olmasına rağmen imparatorluk tarihi boyunca finansman uygulamaları belirli kurum ve kişiler tarafından yürütülmüştür. İstanbul başta olmak üzere ticari hayatın canlı olduğu

⁵⁰ Seza Reisoğlu, *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Teminat Mektupları Kontrgarantiler* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1983), 1.

⁵¹ Ünal Tekinalp, *Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009), 517.

⁵² Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 26. Banka teminat mektuplarının oluşumu sürecinde önceleri şahsi teminatlar yeterli görülmüşken sonradan ticari işlerin hacminin artması ile birlikte banka garantileri ve teminat mektuplarının uygulamaya gelmiş olması tarihi veriler göz önünde bulundurulduğunda doğru gözükmemektedir. Çünkü özel sektörden kaynaklanmasa bile devletin piyasada etkinliğinin daha fazla olduğu dönemlerde kamusal harcamalar için geniş çaplı kredi ve finansman taleplerinin mevcut olduğu görülmektedir.

⁵³ Tekinalp, *Banka Hukuku*, 35-36; Nuran Koyuncu, "Osmanlı Devleti'nde Sarrafların Mültezimlere Kefillliği", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5/1 (2016), 361.

şehirlerde faaliyet gösteren sarraf ve bankerler modern öncesi dönemde bankalarla benzer işlevlere sahiptiler.⁵⁴ Bu kişi ve aileler; para ve değerli maden alım-satımı, para nakli ve muhafazası, kredi verme, mevduat işletme, kambiyo işlemleri gibi bir modern finans kurumunun yaptığı birçok işlemi yerine getirmekteydiler.⁵⁵ Aynı zamanda sarraflar Osmanlı kamu maliyesi uygulamalarında ödeme, kredi ve kefalet hizmeti sunmaktaydılar. Özellikle devletin vergi toplamayı ihale usulüyle özel bir şahsa tevdi ettiği iltizam uygulamasında mültezimin güvenilir bir kefil bulması şarttı. Devletin iltizam ihalelerine katılan özel şahıslar güvenilir bir sarraftan kefalet alır, sarraf iltizam ödemelerini mültezim yerine devlet hazinesine bizzat yapardı.⁵⁶

Teminat mektubu uygulamasına benzer şekilde sarraflar mültezimlerin iltizam bedelini ödeyeceğini devlete karşı taahhüt etmekte, bu taahhüt karşılığında mültezimlerden bir ücret (komisyon) almakta ve gerektiğinde nakdi kredi sağlamaktaydı.⁵⁷ XIX. yüzyıla gelindiğinde Osmanlı toprakların kurulan bankalar; devlet ihaleleri başta olmak üzere sarraf ve bankerlerin yapmış olduğu gibi kefalet vermeye devam etmişlerdir.⁵⁸ Sonuç olarak, banka ve türevi finansal aktörlerin teminat hizmeti sunması, farklı form ve şartlar söz konusu bile olsa modern çağ ile başlamayan bir uygulamadır. Ancak elbette günümüzde bilindiği şekliyle banka teminat mektupları XX. yüzyılın ilk yarısında ortaya çıkmıştır.

Cumhuriyet tarihinde teminat mektupları 1960'lı yılların sonuna kadar kefalet sözleşmesi olarak kabul edilmiş ve kefalet hükümleri dikkate alınarak uygulanmıştır.⁵⁹ İlk olarak, 22 Nisan 1341 (22 Nisan 1925) tarihli 661 sayılı “Müzâyede, Münâkasa ve İhâlât Kanunu” ile devlet tarafından yürütülen ihale süreçleri teminat bahislerini de

⁵⁴ Erol Ortağ, *Osmanlı Döneminde Bankacılığın Gelişimi ve Regülasyon* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Doktora, 2017), 115.

⁵⁵ Ali Akyıldız, “Sarraf”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2009), 36/163.

⁵⁶ Koyuncu, “Osmanlı Devleti’nde Sarrafların Mültezimlere Kefilliği”, 367-368; Süleyman Kaya, *XVIII. Yüzyıl Osmanlı Toplumunda Kredi* (İstanbul: Marmara Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2003), 48.

⁵⁷ Mehmet Genç, “İltizam”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2000), 22/155.

⁵⁸ 1872 yılında kurulan Dersaadet Bankası’nın ana sözleşmesinin faaliyet alanı olarak “kefalet veya akçe ikraz eylemek” ibaresi bulunmaktadır. Ortağ, *Osmanlı Döneminde Bankacılığın Gelişimi ve Regülasyon*, 208.

⁵⁹ Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 48-49.

içine alarak düzenlenmiştir. Bu kanunda ihaleye katılacak olan kişilerden kesin ve süreli teminat olarak ‘hükümetçe muteber bir bankadan kefalet’ istenmektedir.⁶⁰ Cumhuriyet’in ilk yıllarında kefalet olarak kabul edilmesi ve “banka kefaleti” adı altında mevzuata konu olması, teminat mektuplarının hukuki niteliğine dair tartışmaların fitilini ateşlemiştir. Çünkü yapılan düzenlemelerde teminat mektupları kefalet olarak kabul edilmiş ve 1926 tarihli Borçlar Kanunu’nun kefalet hükümleri göz önünde bulundurularak düzenlenmiş, ancak aynı metinlerde kefalet sözleşmesine aykırı unsurlar da yer almıştır.⁶¹ Bu sebepten ötürü teminat mektuplarının hukuki niteliğinin kefalet mi yoksa garanti sözleşmesi mi olduğu tartışılmaya başlanmıştır.

Doktrinde yapılan incelemeler⁶² sonucu teminat mektuplarının hukuki niteliğinin garanti sözleşmesi olduğu görüşü daha baskın çıkmıştır. Bu incelemeleri dikkate alan Yargıtay, 1967⁶³ ve 1969⁶⁴ yıllarında iki İçtihadı Birleştirme Kararı ile banka teminat mektuplarının “üçüncü kişinin fiilini taahhüt” niteliğinde bir garanti sözleşmesi olduğuna karar vermiştir.⁶⁵ Yargıtay’ın kararları sonrasında banka teminat mektupları hukukçuların çoğu tarafından garanti sözleşmesi niteliğinde görülmeye ve yargı organları tarafından bu doğrultuda hüküm verilmeye başlanmıştır.⁶⁶ Günümüzde de teminat mektupları hukuki niteliği itibariyle hem Türk hukukunda hem de milletlerarası hukukta garanti sözleşmesi olarak kabul edilmektedir.⁶⁷

Uluslararası hukukta banka garantileri için Milletlerarası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce/ICC) tarafından “birörnek kurallar” yayınlanmış ve genel kabul görerek uygulanmaya başlanmıştır.⁶⁸ Bunların ilki 325 sayılı “Akdi

⁶⁰ Müzayede, Münâkasa ve İhâlât Kanunu, *Resmî Cerîde* 97 (28 Nisan 1341), Kanun No. 661, md. 7.

⁶¹ Reisoğlu, *Teminat Mektupları*, 2.

⁶² Türkiye’de garanti sözleşmeleri hakkında yazılan ilk eserler: Haluk Tandoğan, *Garanti Mukavelesi: Mahiyeti ve Benzeri Hukuki Münasebetlerden Tefriki* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1959); Seza Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1963).

⁶³ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu (Yargıtay), E. 1966/16, K. 1967/7 (13.12.1967).

⁶⁴ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu (Yargıtay), E. 1969/4, K. 1969/6 (11.06.1969).

⁶⁵ Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 32.

⁶⁶ Bazı mahkemeler Yargıtay kararlarına rağmen 1980’lerin sonlarına kadar teminat mektuplarını kefalet olarak değerlendirmeye devam etmiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi (Yargıtay), E. 1985/4169, K. 1985/5613 (15.10.1985).

⁶⁷ Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 35.

⁶⁸ Milletlerarası Ticaret Odası, uluslararası ticarette ihtiyaç duyulan işbirliği ve uygulama standartlarını sağlamak amacıyla kurulan özel bir organizasyondur. Bu nitelikte bir kurumun hukuk kuralı koyma yetkisinin olup olmadığı tartışmalıdır. Ancak şunu ifade etmeliyiz ki MTO tarafından

Garantiler İçin Birörnek Kurallar” (Uniform Rules for Contract Guarantees/URCG) adı altında 1978 yılında yayınlanmış ancak uygulamada banka teminat mektupları ile bağdaşmadığından dolayı benimsenmemiştir.⁶⁹ Daha sonra 1992 yılında 458 sayılı “Talep Garantileri İçin Birörnek Kurallar” (Uniform Rules for Demand Guarantees/URDG) yayınlanmış ve Dünya Bankası, UNCITRAL ve FIDIC gibi uluslararası kuruluşlar tarafından kabul görerek uygulanmaya başlanmıştır.⁷⁰ Son olarak bu kurallar 2010 yılında güncellenmiş ve URDG 758 adı altında tekrar yayınlanmıştır. Hala uygulamada olan bu kurallar, uluslararası ticari ilişkilerde kullanılan banka garantileri ve teminat mektuplarının düzenlenmesinde dikkate alınmakla birlikte ortaya çıkan ihtilafların çözümünde de sıklıkla kullanılmaktadır.

Daha önce de değinildiği üzere banka teminat mektupları veya banka garantileri karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda doğrudan pozitif düzenlemelere konu olmayan, dolayısıyla kanun koyucu tarafından tanımı yapılmamış bir uygulamadır.⁷¹ Çoğunlukla ihale kanunları, bankacılık kanunu, Yargıtay kararları vb. mevzuat içinde yer verilen teminat mektupları, iktisadî hayat içerisinde kendiliğinden oluşan kurallara göre uygulanmaktadır. Teminat mektupları asıl olarak hukuk doktrininde ve yargı faaliyeti içinde yoğun olarak tartışılmış ve tanımlanmaya çalışılmıştır.⁷²

Türk Hukuk Lügatı’nda teminat mektubu şu şekilde tanımlanmaktadır: “*Devlet arttırma ve eksiltmelerinde dairelere karşı gerek kat’î ve gerek muvakkat teminat olarak göstermek ve vermek üzere muayyen bankalar tarafından mahsus kanunda yazılı sermaye hadleri dairesinde tâlip veya müteahhide verilen ve şekli bu husustaki mahsus kanuna istinaden tespit edilmiş olan kefalet mektubu mahiyetinde bir teminat*

yayınlanan birörnek kurallar hukukçuların çoğunluğu tarafından kanun gibi bir hukuk kuralı değil, “lex mercatoria” yani ticari örf ve adet kurallarının tespitinden ibarettir. Elbette bu kurallar da belirli şartlar çerçevesinde milli mahkemeler tarafından dikkate alınmaktadır. Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 36-37.

⁶⁹ Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 27.

⁷⁰ Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 27.

⁷¹ Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 29.

⁷² Teminat mektuplarının tanımı, hukuki niteliği vb. konular uzun zamandır hukuk doktrininde tartışmalara yol açmıştır. Buna rağmen kanunda teminat mektuplarını doğrudan konu alan herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Örneğin kredi mektupları Borçlar Kanunu’nun 515. Maddesinde açıkça tanımlanmış ve havale ile vekalet hükümlerine tabi olduğu ifade edilmiştir. Ancak teminat mektupları hakkında sadece Yargıtay ve mahkeme kararları bulunmaktadır.

nevidir”.⁷³ Bu tanım teminat mektupları hakkında eski görüş ve uygulamaları temsil etmektedir.

Günümüzde yaygın olan uygulama şekli itibariyle bir banka tarafından sağlanan teminat mektupları şöyle tanımlanmaktadır: “*Teminat mektupları, bir bankanın müşterisi lehine bir malın teslimi, bir işin yapılması, bir borcun ödenmesi ya da yapılan bir işten doğan bir edimin yerine getirilmesinde borcun banka tarafından teminat altına alındığını gösteren kredi uygulamasıdır*”.⁷⁴ Bu tanımda ise teminat mektuplarının finansal yönden tanımlandığı söylenebilir. Tanımlamada dikkat çeken husus teminat mektuplarının bir “kredi uygulaması” olmasıdır.

Daha sade bir tanım yapılması gerekirse; banka teminat mektubu, bir bankanın herhangi bir borcu/edimi teminat altına almak amacıyla alacaklıya ödeme taahhüdü sunmasıdır.⁷⁵ Günümüzde çoğunlukla garanti sözleşmesi olarak kabul edilen teminat mektupları, uluslararası literatürde banka garantisi (*banker's guarantee*), talep garantisi (*demand guarantee*), garanti mektubu (*letter of guarantee* ya da *guarantee letter*) vb. şekillerde taraflar arasındaki garanti ilişkisine vurgu yapılarak isimlendirilmektedir. Türkiye’de bu ve benzeri uygulamalara çoğunlukla ihale işlemlerinde ihtiyaç duyulması, bankanın sunduğu garantinin göstergesi olan mektubun ihale makamı tarafından teminat olarak istenmesi ve mevzuatın bu hususlar dikkate alınarak hazırlanmış olması sebebiyle *teminat mektubu* kavramının yerleştiği ve günümüze kadar geldiği söylenebilir.⁷⁶

Teminat ve garanti kelimeleri sözlükte “güvence” anlamına gelen eş anlamlı sözcüklerdir.⁷⁷ Ancak, hukuk ıstılahı açısından teminat “bir borcun yerine getirilmesini güvence altına almak” anlamında hukuki sözleşmelerin konularına göre

⁷³ Türk Hukuk Lügatı, Ankara: Başbakanlık Basımevi, 1991.

⁷⁴ Canan Dağıdır Çakan, “Bir Yatırım Kurumu Olarak Bankalar: Bankaların Fon Kullanımı”, *Finansal Piyasalar: Para ve Bankacılık* içinde, 1. bs (Ankara: Nobel Akademik Yayıncılık, 2019), 419.

⁷⁵ Ali Sait Yüksel, *Bankacılık Hukuku ve İşletmesi* (İstanbul: M.Ü. Nihad Sayar Eğitim Vakfı Yayınları, 1997).

⁷⁶ Türkiye’de “teminat mektubu” teriminin bir kavramsal karmaşaya sahip olduğu aşikardır. Bankalar tarafından sunulan garantiler mektup veya sözleşme olarak düzenlenebilmektedir. Bunun başlıca sebebi banka garantilerinin 1025 sayılı 12.03.1927 tarihli kanunun 1. maddesi uyarınca Bakanlar Kurulu tarafından yürürlüğe koyulan 6048 sayılı kararname uyarınca mevzuat metnine bağlı kalınarak teminat mektubu adıyla düzenlenmesidir. Tekinalp, *Banka Hukuku*, 517.

⁷⁷ *Teminat*, “Türk Dil Kurumu Sözlükleri” (Erişim 14 Mayıs 2021); *Garanti*, “Türk Dil Kurumu Sözlükleri” (Erişim 14 Mayıs 2021).

tasnifinin bir üst başlığını karşılamaktadır. Garanti terimi ise bahse konu teminat sözleşmelerinin çeşitlerinden yalnızca birini ifade etmektedir. Dolayısıyla sözlük anlamı aynı olan iki kelimenin terim anlamları arasında bir anlam farkı, hatta hiyerarşi bulunmaktadır.

Milletlerarası Ticaret Odası da yayınladığı birörnek kurallarda bu hukuki ilişkiyi “talep garantileri” olarak ifade etmektedir. URDG 758’de garanti sözleşmeleri “garanti veya talep garantileri, nasıl adlandırılmış veya tanımlanmış olursa olsun, uygun bir şekilde talep edilmesi üzerine ödeme yapılacağı şartını içeren herhangi bir imzalı taahhüttür” şeklinde tanımlanmıştır.⁷⁸ Sonuç olarak, hem Kıta Avrupası’nda hem de uluslararası ticari teamül ve düzenlemeler nezdinde teminat mektupları aslında bir bankanın belirli bir tarafa belirli bir formda garanti sunmasından ibarettir.

Teminat mektupları veya banka garantileri bankacılıkta bir gayrinakdî kredi kabul edilmesi sebebiyle doğası gereği “üç köşeli”, yani üç taraf barındıran bir yapıdadır. Banka teminat mektupları “kefalet benzer garanti sözleşmeleri” niteliğinden olduğundan dolayı garantiyi sunan banka haricinde bağımsız bir borç ilişkisi içinde olan iki taraf daha vardır.⁷⁹ Çoğunlukla herhangi bir borç sözleşmesi önceden kurulur, alacaklı kendi haklarını güvence altına almak için borçludan teminat mektubu talep eder, borçlu ise müşterisi olduğu bankadan alacaklı tarafa hitaben bir teminat mektubu temin eder. Garanti veren bankaya “garantör”, garanti alan asıl borç ilişkisinin alacaklısına “muhatap” ve lehine garanti verilen borçluya “lehtar” denir.⁸⁰ İhale ilişkilerinde ise muhatap “ihale makamı”, lehtar ise ihaleye katılarak teklif veren “yüklenici” konumundadır.

Lehtar her ne kadar teminat mektubunun taraflarından biri olsa da bankanın bu kapsamda sunduğu garantinin taraflarından biri değildir.⁸¹ Aslında lehtarın isteği

⁷⁸ ICC, Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG 758), 758 (ts.), m. 2.

⁷⁹ Saf garanti sözleşmelerine uygulamada neredeyse hiç rastlanmaz. Günümüzde kullanılan teminat mektuplarının hemen hepsi kefalet benzer garantilerdir çünkü garanti sözleşmesi olmalarından dolayı bağımsız kabul edilseler bile kefalet sözleşmesi gibi diğer bir borç ilişkisindeki riski güvence altına almaya yönelik olarak sunulurlar.

⁸⁰ Uluslararası iş ilişkilerinde kullanılan dolaylı teminat mektuplarında kontrgaranti ilişkisi söz konusu olabildiğinden dolayı üçten fazla taraf teminat mektubunda rol oynayabilmektedir. Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 61.

⁸¹ Reisoğlu, *Teminat Mektupları*, 22.

üzerine bankanın teminat mektubu vermesi, muhatapla bir garanti sözleşmesi yaptığı anlamına gelmektedir. Bu garanti ilişkisine de lehtar taraf değildir çünkü garanti sözleşmeleri garantör ile garanti alan arasında tek taraflı bir hukuki ilişkidir.⁸² Dolayısıyla lehtarın teminat mektubuna taraf olması, kendisiyle muhatap arasında olan asıl borç ilişkisine dair riskleri güvence altına almak için bankadan muhataba yönelik bir garanti sunmasını istemekten ibarettir.⁸³

Banka teminat mektuplarındaki bazı hususlar lehtar açısından önem arz etmektedir. Birincisi, garanti sunan banka ile müşterisi olan lehtar arasında bir karşılık ilişkisi bulunmaktadır. Bankadan muhataba yönelik teminat mektubu vermesini talep eden lehtar aynı zamanda teminat mektubunun komisyonunu da ödemektedir. Diğer bir deyişle, lehtar talebi üzerine bankanın muhataba garanti sunması karşılığında garanti sözleşmesinin tarafı olmadığı halde bankaya komisyon ödemesi yapmaktadır.⁸⁴ İkincisi, banka garanti sözleşmesi yaparken müşterisiyle arasındaki karşılık ilişkisine binaen müşterisinden (lehtardan) veya üçüncü bir taraftan nakdî veya gayrinakdî teminatlar almaktadır. Genelde lehtar teminatı kendisi yatırmakta, teminat mektubunu ödeyen banka, ödediği meblağı lehtardan alamaması halinde bu teminatlara başvurarak alacağını tahsil etmektedir.⁸⁵ Son olarak, banka teminat mektubunu tazmin ettikten sonra lehtara rücu hakkını elde etmek için lehtardan kendisine kontrgaranti sunmasını istemektedir. Sözlük anlamı itibariyle “karşı garanti” olarak ifade edebileceğimiz kontrgaranti, bankanın muhataba garanti sunması üzerine lehtarın da bankaya garanti sunmasıdır.⁸⁶ Riskin gerçekleşmesi ve teminat mektubuna konu meblağın banka tarafından muhataba ödenmesi halinde banka ilgili meblağı kontrgarantörden (banka teminat mektuplarında bu genelde lehtardır) nakit veya yatırılan teminatlar vasıtasıyla tahsil etmektedir.⁸⁷

⁸² Tekinalp, *Banka Hukuku*, 513.

⁸³ Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 61.

⁸⁴ Hukukta bu mesele “ivaz (bedel) sorunu” olarak bilinmektedir. Garanti sözleşmesinin unsurları arasında ivazsızlık olup olmadığı tartışmalı olsa da uygulamada banka sunduğu garantinin ivazı olan teminat mektubu komisyonunu garantiden faydalanan muhataptan değil lehtardan alır. Tekinalp, *Banka Hukuku*, 514-515; Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 44.

⁸⁵ Tekinalp, *Banka Hukuku*, 511.

⁸⁶ Reisoğlu, *Teminat Mektupları*, 88-89.

⁸⁷ Teminat mektubu vermesi sebebiyle lehtar kendi bankasına kontrgarantör olabileceği gibi lehtarın bankası da yabancı ülkedeki muhatabın bankasına kontrgaranti verebilmektedir. Bu bağlamda kontrgaranti “garantinin garantisi” olarak anlaşılabilir. Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 63.

Temel borç ilişkisinin alacaklısı olan muhatap, risk altında bulunan asıl taraftır çünkü borçlunun borcunu gereği gibi ifa etmeme ihtimali bulunmaktadır.⁸⁸ Bu ihtimale karşı muhatap alacağını güvence altına almak istemekte ve borçludan teminat mektubu talep etmektedir. Böylece giriştiği işe dair borcun ifası bir banka tarafından garanti altına alınmış olan muhatap en yüksek güvenceyi elde etmektedir. Lehtarın talebi üzerine teminat mektubu hazırlayan banka muhataba yönelik bir garanti sözleşmesi icabında bulunmaktadır. Muhatap da teminat mektubunu teslim alarak bu icabı kabul etmekte ve taraflar arasında bir garanti sözleşmesi kurulmuş olmaktadır.⁸⁹ Böylece bankanın muhataba karşı teminat mektubundan kaynaklanan sorumlulukları da başlamaktadır.

Teminat mektubunu düzenleyen banka, muhatapla yaptığı garanti sözleşmesi çerçevesinde “garantör” taraf olarak daha önce üzerinde anlaşılan şartlarla riskin gerçekleşmesi halinde teminat mektubundaki meblağı muhataba ödeme yükümlülüğünü üstlenmektedir.⁹⁰ Kural olarak her gerçek ve tüzel kişi garanti sözleşmesi yapabileceği gibi teminat mektubu da düzenleyebilir.⁹¹ Ancak piyasa koşullarında taraflar yüksek bir güvence elde etmek istedikleri için mali açıdan güçlü finans kurumları olan bankaları tercih etmektedirler. Dolayısıyla günümüzde teminat mektubu dendiğinde aslında *banka teminat mektubu* kastedilmektedir.

Bir banka kendisinden teminat mektubu isteyen müşterisine kredi limiti dâhilinde gerekli teminatları da alarak teminat mektubu vermekte ve karşılığında yüzdelik bir komisyon almaktadır. Çünkü teminat mektubuyla banka muhataba garanti sunarken aynı zamanda müşterisine bir gayrinakdî kredi vermektedir.⁹² Teminat mektubu ilişkisinde bankanın yükümlülükleri şunlardır: Teminat mektubunu talep eden lehtarın talimatlarına uygun davranma, rizikonun gerçekleşip gerçekleşmediğini inceleme, ödeme talebini müşteriye bildirme ve haksız durumlarda ödeme talebini reddetme.⁹³ Milletlerarası ticari ilişkilerde kontrgarantiye ihtiyaç duyulabildiğinden

⁸⁸ Tekinalp, *Banka Hukuku*, 514.

⁸⁹ Reisoğlu, *Teminat Mektupları*, 28; Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 62.

⁹⁰ Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 40.

⁹¹ Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 62.

⁹² Reisoğlu, *Teminat Mektupları*, 23.

⁹³ Tekinalp, *Banka Hukuku*, 525-527; Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 231-244.

dolayı teminat mektuplarına birden fazla banka taraf olabilmektedir. Yabancı ülkedeki bir muhataba verilen dolaylı teminat mektuplarında (harici garanti) muhatabın müşterisi olduğu yabancı banka, lehtarın bankasının talebi üzerine muhataba garanti sunmaktadır. Bunun karşılığında lehtarın bankası da muhatabın bankasına kontrgaranti vermektedir.⁹⁴ Böylece teminat mektubuna ikinci bir yabancı banka dâhil olmakta ve taraf sayısı artabilmektedir.

Ticari hayatta tarafların ihtiyaç duydukları güvenceyi sağlayan teminat mektupları veya garanti sözleşmeleri mevzuatta düzenlenmemiştir. Uygulamada tarafların akit serbestisini esas alarak, istedikleri şekil ve şartlarda kurdukları bu sözleşmeler, süreç içinde muhtelif kıstaslara göre çeşitlenmiştir. Bu çerçevede teminat mektuplarının çeşitleri; riskin niteliğine, ödeme talebinin şekline, konularına, sürelerine ve ikinci bir bankanın iştirakine göre dört ana başlıkta ele alınmaktadır.⁹⁵

İlk kıstasa göre teminat mektupları, verilen garantiyle üstlenilmiş olan riskin niteliği esas alınarak saf garanti sözleşmesi ve kefalet benzeri garanti sözleşmesi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.⁹⁶ Saf garanti sözleşmeleri esasen teminatı değil yöneltmeyi (birini bir işe yönlendirmeyi) amaçlamaktadır. Dolayısıyla bu tarz sözleşmelerde garanti verilen kişinin teşebbüs edeceği/yöneleceği belli bir işe dair riskler sebebiyle oluşabilecek zararların karşılanması söz konusudur. Ancak, kefalet benzeri garanti sözleşmelerinde garanti sunan taraf, temel bir borç ilişkisindeki borçlunun (lehtar) edimini gereği gibi yerine getirmemesi riskinden kaynaklanacak zararı bağımsız bir şekilde üstlenir ve alacaklıya (muhatap) yönelik bir güvence sunar.⁹⁷

Bir teminat mektubu ilişkisinde eğer risk gerçekleşirse muhatabın bankadan, yani garanti alan tarafın garanti verenden ödeme talebinde bulunması farklı şekillerde gerçekleşebilmektedir. Ödeme talebi, baştan üzerinde anlaşılıp mektup metnine yazmak suretiyle ilk talepte, adi garanti veya şartlı ödeme olmak üzere üç şekilde

⁹⁴ Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 94-95.

⁹⁵ Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 75; Tekinalp, *Banka Hukuku*, 516-519.

⁹⁶ Tekinalp, *Banka Hukuku*, 516.

⁹⁷ Günümüzde banka teminat mektupları çoğunlukla kefalet benzeri (teminatı amaçlayan) garanti niteliğindedir. Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 75-76.

olmaktadır.⁹⁸ Banka ilk talepte ödeme kaydıyla teminat mektubu verdiğinde garanti ettiği meblağı muhatabın ilk talebiyle derhal ödemek zorundadır. Uygun bir ödeme talebi ile karşılaşan banka, herhangi bir def'i ve itiraz ileri süremez, muhataptan riskin gerçekleştiğini ispat etmesini isteyemez ve bu durumu kendisi de araştıramaz.⁹⁹ Böylece taraflar arasındaki güvence azami ölçüde sağlanmış olmaktadır ki muhatap, yani alacaklı açısından en güvenli yöntem de budur.¹⁰⁰ Banka ödeme talebinin geçerliliğini incelemeyeceği için haksız yere ödeme yapılması da söz konusu olabilmektedir. Banka haksız yere ödeme yapsa bile lehtarla aralarındaki kontrgaranti ilişkisine binaen her halükarda lehtara rücu etmektedir. Lehtar da ödeme sonrası muhataba karşı haksız ödeme talebinden dolayı dava açabilir çünkü ilk talepte ödenen teminat mektuplarında “önce öde sonra dava et” prensibi geçerlidir.¹⁰¹

İlk talepte ödenen teminat mektuplarında hakkın kötüye kullanılması mümkün olabildiği için kimi zaman bankanın ödeme yapması birtakım şartlara bağlanabilmektedir. Bu durumda teminat mektubunun ödenmesi için öncesinde kabul edilen şartların oluşması ve bunu ispat eden belgelerin bankaya ibraz edilmesi gerekmektedir.¹⁰² Eğer ödeme talebi belge ibrazı olmaksızın herhangi bir şarta bağlanırsa “adi garanti (teminat) mektubu” verilmiş olur ve riskin gerçekleştiğine dair emarelerin gösterilmesi halinde banka ödeme yapmak zorundadır.¹⁰³ Ödeme belirli belgelerin muhatap tarafından bankaya sunulmasına bağlanmış ise bu tür teminat mektuplarına “belge ibrazına bağlı teminat mektupları” adı verilir. Bu durumda ödeme

⁹⁸ Tekinalp, *Banka Hukuku*, 516. Doğan sadece ilk talepte ödeme ve şartlı ödeme olmak üzere iki tür olarak konuyu izah eder ve adi garantiden bahsetmez. Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 76.

⁹⁹ Günümüzde kullanılan banka teminat mektuplarının büyük bir çoğunluğu ilk talepte ödeme kaydı içermektedir. Tekinalp, *Banka Hukuku*, 516; Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 78. Bu tür teminat mektuplarında banka sadece şekli açıdan sathi bir inceleme yapabilir. Sonrasında mektuba konu meblağı hemen ödemek zorundadır. Bunun haricinde esasa ilişkin herhangi bir soruşturma yapma hakkı yoktur. ICC, URDG 758, m. 19-a.

¹⁰⁰ Bir ticari ilişkide borçludan teminat mektubunu alacaklı talep ettiği için kendi açısından en güvenli yöntemi tercih etmekte ve teminat mektubunun ilk talepte ödeme kaydı taşımasını istemektedir. Bilhassa riskin yüksek olduğu uluslararası ticari ilişkilerde teminat mektuplarının ilk talepte ödeme kayıtlı olması taraflar arasındaki karşılıklı güveni önemli ölçüde arttırmaktadır.

¹⁰¹ Bankanın ödeme talebinin haksız olduğunu bilmesi bunun dışındadır. Eğer lehtar teminat altına alınan asıl borç ilişkisine konu borcunu ödemediğini bankaya ispat eder ve teminat mektubunun serbest bırakılmasını isterse banka ödeme yapmaktan kaçınmalıdır. Aksi halde doğabilecek zararlar, haksız olduğunu bildiği ödeme talebini yerine getirmesi sebebiyle bankanın sorumluluğu altındadır. Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 79-81.

¹⁰² ICC, URDG 758, m. 15.

¹⁰³ Tekinalp, *Banka Hukuku*, 516.

talep eden muhatap gerekli belgeleri bankaya sunar, banka bu belgeler üzerinden şartların yerine gelip gelmediğini inceler, buna göre ödeme talebini yerine getirir veya reddeder.¹⁰⁴

Teminat mektupları konularına göre geçici, avans ve kesin teminat mektupları olmak üzere üçe ayrılmaktadır.¹⁰⁵ İhale açan tarafın, ihaleyi kazanan kişinin teklifine bağlı kalmaması riskine karşı istemiş olduğu teminat mektuplarına “geçici teminat mektubu” adı verilmektedir. Geçici teminat mektuplarıyla, ihaleyi kazanan tarafın teklifine bağlı kalarak şartnamede belirtilen süre ve şartlara uygun bir şekilde asıl sözleşmeyi yapması temin edilmiş ve aksi halde ortaya çıkabilecek zararlar güvence altına alınmış olmaktadır.¹⁰⁶ Kimi zaman asıl borç ilişkisinde işverenin yükleniciye işe başlayabilmesi veya işi yerine getirebilmesi için bir ön ödeme yapması gerekmektedir. İşverenin yaptığı bu ön ödeme karşılığında yüklenicinin edimini yerine getirememesi riskine karşı güvence oluşturması amacıyla verilen teminat mektuplarına ise “avans teminat mektubu” adı verilmektedir.¹⁰⁷ İhaleye giren ve söz konusu işi üstlenmeyi teklif eden taraf ihaleyi kazandıktan sonra ihale makamı ile bir sözleşme imzalayarak işi üstlenmektedir. “Kesin teminat mektupları”, işveren tarafın yüklenici ile imzalayacağı sözleşmeye konu edimi/işi gereği gibi yerine getirememesi riskini güvenceye almaktadır.¹⁰⁸ Kısaca; geçici teminat mektubu ihaleye girişten sözleşme imzalanana kadar, kesin teminat mektubu sözleşme imzalandıktan sonra edim ifa edilinceye kadar, avans teminat mektubu ise işverenin yükleniciye ön ödeme yaptığı durumlarda ortaya çıkabilecek olan riskleri güvence altına almak amacıyla kullanılmaktadır.

Dış ticaret işlemlerinde, yurt içindeki ticari ilişkilerin aksine, lehtar kendi bankasından yurt dışındaki yabancı muhataba yönelik teminat mektubu istediğinde birtakım zorluklarla karşı karşıya kalılabilmektedir. Bu sebepten ötürü lehtarın

¹⁰⁴ Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 83; Tekinalp, *Banka Hukuku*, 517.

¹⁰⁵ Tekinalp, *Banka Hukuku*, 517.

¹⁰⁶ Ancak geçici teminat mektubu sadece ihaleyi kazanan kişinin şartlara uygun olarak sözleşmeyi imzalaması ve söz konusu işi üstlenmesiyle ilgili riskleri kapsamaktadır. Sözleşme yapıldıktan sonra işin yüklenimi sürecinde yerine getirilmeyen edimlerden kaynaklanan riskler için geçici teminat mektubunun kesin teminat mektubuna dönüştürülmesi istenmektedir. Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 85.

¹⁰⁷ Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 88.

¹⁰⁸ Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 92.

bankası muhataba kendisi teminat mektubu verebilmek için muhatabın ülkesinde bulunan bir bankayı muhabir olarak seçmekte veya yabancı bankadan muhataba teminat mektubu vermesini istemektedir. Bu ve benzeri durumlarda eğer lehtarın bankası muhataba kendisi bizzat teminat mektubu veriyorsa buna “doğrudan teminat mektubu”, başka bir bankadan muhatap için teminat mektubu temin etme yoluna gidiyorsa buna “dolaylı teminat mektubu” adı verilmektedir.¹⁰⁹

Son olarak, teminat mektupları geçerli oldukları süre bakımından vadeli ve vadesiz olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bir garanti veya teminat mektubunun geçerliliği belirli bir süreye bağlanmışsa buna “vadeli (sürelili) teminat mektubu” adı verilmektedir. Vadeli teminat mektubu veren bir banka, mektupta belirtilen süre veya tarihe kadar muhataba garanti sunmuş olduğundan dolayı ancak mektubun süresi içinde risk gerçekleşirse ödeme yapmakla yükümlüdür.¹¹⁰ Geçerliliği bir süreye bağlanmamış olan teminat mektupları ise “vadesiz (süresiz) teminat mektupları” olarak adlandırılır. Özellikle uzun süreli iş ilişkilerinde ihtiyaç duyulan süresiz teminat mektupları muhatapta kaldığı müddetçe belirtilen risklere karşı bankanın sunduğu güvenceyi ifade eder. Bu mektubu vermekle banka muhataba karşı riskin gerçekleşmesinden zamanaşımı süresinin sonuna kadar sorumludur.¹¹¹

2. Hukuki Açıdan Teminat Mektupları ve Garanti Sözleşmesi

Teminat mektuplarının hukuki niteliğine dair görüşlere zikretmeden önce garanti sözleşmeleri hakkında bilgi vermek yerinde olacaktır. Zira günümüzde teminat mektupları hem Türkiye’de hem de dünyada garanti sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Garanti sözleşmesi hakkında yapılan ilk incelemeler 19. yüzyılda Kıta Avrupası’nda başlamıştır. Bu yeni sözleşme türünün unsur ve sınırları ilk defa Alman hukukçu Stammler tarafından tespit edilmeye çalışılmış, 20. yüzyılda geniş uygulama

¹⁰⁹ Doğrudan teminat mektuplarında lehtarın bankası garantör, yabancı ülkedeki muhatabın bankası ise onun vekili konumundadır. Muhatabın bankası sadece lehtarın bankası tarafından verilen garantiyi haiz mektubu muhataba ulaştırmak ve aradaki haberleşmeyi sağlamakla yükümlüdür. Ancak dolaylı teminat mektuplarında garanti sunan taraf muhatabın bankasıdır. Lehtarın bankası ile muhatabın bankası arasında bir kontrgaranti ilişkisi mevcuttur. Yani lehtarın bankasının isteği üzerine muhatabın bankası muhataba garanti sunmakta, lehtarın bankası ise muhatap bankaya garanti sunarak garantörün garantörü olmaktadır. Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 93-95; Tekinalp, *Banka Hukuku*, 518.

¹¹⁰ Tekinalp, *Banka Hukuku*, 518.

¹¹¹ Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 97.

alanı bulmuş ve Türk hukukunda da incelenmeye başlanmıştır.¹¹² Farklı tür ve özellikleri olmasından dolayı garanti sözleşmeleri hakkında herkes tarafından üzerinde uzlaşılan bir tanım mevcut değildir. Bu incelemelere öncülük eden Stammler garanti sözleşmesini “bir kimsenin, bir başka kişinin teşebbüsünü teşvik ve ona yardım amacıyla o teşebbüse bağlı riskin tamamı veya bir kısmını bir sözleşme ile ivazsız olarak üstlenmesi” şeklinde tanımlamıştır.¹¹³

Türk hukuk doktrininde garanti sözleşmelerinin hukuki niteliğine dair tartışmalar nispeten geç bir dönemde, XX. yüzyılın ortalarında başlamıştır. Bu tartışmaların özellikle banka teminat mektuplarının hukuki niteliği konusunu da kapsayarak yürütüldüğü görülmektedir. Garanti sözleşmesiyle ilgili ilk incelemeler Tandoğan ve Reisoğlu tarafından yapılmıştır.¹¹⁴ Konuyla ilgili ilk Yargıtay kararlarında da bu yazarların konuyla ilgili eserlerinden faydalanılmıştır. Bu incelemelere göre garanti sözleşmesi; bir kimsenin fer’î olmayan (yani aslî, müstakil) bir sözleşmeyle, ivaz elde etmek için değil de bir başkasını teşebbüs veya iş yapmaya yöneltmek maksadıyla, söz konusu teşebbüs veya işin tehlikelerini kısmen ya da tamamen üzerine almasıdır.¹¹⁵ Bu ve benzeri tanımlar, garanti sözleşmesinin ilk ortaya çıktığındaki unsur ve şartlarını yansıtan klasik tanımlardır.

Zaman içerisinde garanti sözleşmeleri uygulama ve ihtiyaçların yönlendirmesiyle değişim geçirmiştir. Uygulamadaki farklılıklardan ötürü ortak bir tanım yapılması pek mümkün olmasa da Milletlerarası Ticaret Odası talep garantileri (banka garantileri yani teminat mektupları) hakkında yayınladığı birörnek kurallarda (URDG 758) kapsayıcı bir tanım yapmaya çalışmıştır. Talep Garantileri Hakkında Birörnek Kurallar’da garanti sözleşmeleri “garanti veya talep garantileri, nasıl adlandırılmış veya tanımlanmış olursa olsun, uygun bir şekilde talep edilmesi üzerine ödeme yapılacağı şartını içeren herhangi bir imzalı taahhüttür” şeklinde tanımlanmıştır.¹¹⁶ Yapılan ilk tanımlarda garanti sözleşmesinin fer’î değil müstakil bir

¹¹² Bu tanım birçok hukukçu tarafından yoğun olarak eleştirilmiştir. Yargıtay, E. 1969/4, K. 1969/6.

¹¹³ Stammler’dan naklen, Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 38.

¹¹⁴ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*; Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*.

¹¹⁵ Yargıtay, E. 1985/4169, K. 1985/5613.

¹¹⁶ ICC, URDG 758, m. 2. Ülkemizdeki teminat mektuplarının da ICC tarafından bu tanıma dahil olduğunu söylemek mümkündür.

sözleşme olduğu, ivaz elde etmek için olmadığı, kişiyi bir teşebbüs veya işe yöneltmek maksadıyla yapıldığı ve söz konusu işin ihtiva ettiği risklerden kaynaklanan sorumluluğu üstlenmeyi konu edindiği vurgulanmıştır. Ancak daha sonra uygulamaların ve hukuk sistemlerinin farklılaşmasının da etkisiyle garanti sözleşmeleri tanım ve şartları itibariyle oldukça genişlemiş ve talebe bağlı müstakil bir “ödeme taahhütü” olarak anlaşılmaya başlanmıştır. Sonuç olarak, günümüzde garanti sözleşmesi; birinin fiili veya dış bir amaçla ilgisi olmayan salt bir ödeme taahhüdüdür.

Elbette bir borç ilişkisinin garanti sözleşmesi olarak kabul edilebilmesi için tanımdan hareketle yapılacak olan bir incelemeden ziyade bazı unsurların varlığını aramak gerekir. Bu unsurlar mevcutsa aradaki ilişki bir garanti sözleşmesi olarak kabul edilebilir, ancak değilse tarafların iradeleri ne yönde olursa olsun aradaki ilişki hukuken garanti sayılmaz.¹¹⁷ Bankaların sunduğu teminat mektupları da esasen garanti kabul edildiği için garanti sözleşmesinin unsurlarını taşıması beklenir. Ancak yapılan inceleme sonucu garanti sözleşmesi unsurlarının bir veya birkaçı mevcut değilse sözleşme geçerliliğini yitirmemekle birlikte teminat mektubu garanti sözleşmesi olarak değerlendirilmez. Tereddüt halinde ise teminat mektubunun kefalet sözleşmesi olarak kabul edilmesi Türk hukuk doktrininde hakim görüştür.¹¹⁸ Bu durum garanti ve kefaletin aslında birbirine ne kadar yakın olduğunu ve aradaki farkların tam manasıyla ilişkinin aslına taalluk etmediğini göstermektedir.

Garanti sözleşmesinin unsurlarından ilki garantörün garanti alanı (çoğu zaman başka bir borç ilişkisindeki alacaklıyı) belirli bir iş veya girişim yapmaya sevk etmesidir. Garantör bu yöneltmeyi garanti alanın kalkışacağı işten doğabilecek olan muhtemel zararları üstlenmeyi taahhüt altına alarak sağlar. Bu yöneltme bir işin yapılmasını teşvik babında olumlu olabileceği kadar yapılmamasını temin etme kabilinden olumsuz da olabilir.¹¹⁹

Garanti sözleşmelerinin en temel unsuru belirli bir riskin üstlenilmesidir. Sözleşmenin konusunu oluşturan risk üstlenimi, garanti alan tarafın girişeceği iş hususunda herhangi bir zarara uğraması veya bir fayda elde edememesi gibi risklerin

¹¹⁷ Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 39.

¹¹⁸ Tekinalp, *Banka Hukuku*, 524.

¹¹⁹ Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 39.

garantör tarafından üstlenilmesi anlamına gelmektedir.¹²⁰ Verilen garanti ile hangi iş veya işlere dair risklerin üstlenildiğinin mutlaka belirlenmesi gerekmektedir.¹²¹

Garanti sözleşmesinde üstlenilen risk, temelde başka bir borç ilişkisine aittir. Ancak garantör söz konusu borç ilişkisinden bağımsız olarak bu riski üstlenmektedir. Böylece verilen garantinin varlık ve geçerliliği (kefaletin aksine) temel borç ilişkisinden tamamen ayrı kabul edilmektedir. Buna “bağımsız yükümlülük veya aslı mükellefiyet unsuru” adı verilmektedir.¹²² Yargıtay’ın verdiği kararlarda da garanti sözleşmesinin asıl borç ilişkisinden bağımsız bir yükümlülük arz ettiği ve tamamıyla müstakil bir hukukî sözleşme olduğu vurgulanmaktadır.¹²³ Aynı husus Milletlerarası Ticaret Odası tarafından da kabul edilmiş ve garanti sözleşmesinin doğası gereği esas borç ilişkisinden bağımsız olduğu ifade edilmiştir.¹²⁴ Bağımsız yükümlülük unsuru garanti sözleşmesini başta kefalet olmak üzere diğer sözleşme türlerinden ayıran en önemli unsurdur.

Her sözleşmede olduğu gibi ivaz (karşılık) unsuru garanti sözleşmesi için de söz konusudur. Doktrinde tartışmalı olsa da garanti sözleşmesinin kural olarak ivazsız olduğu kabul edilmektedir. Hukukçuların çoğuna göre garanti sözleşmesi tek taraflı yükümlülüğü ifade eder, yani garantör olan taraf garanti alandan bir karşılık beklemeden söz konusu riski üstlenir. Diğer görüşe göre garanti sözleşmesi ivazlı olmaya da kabil bir sözleşme türüdür.¹²⁵ Uygulamada garantör olan banka, teminat mektubu ve sair gayrinakdî krediler için komisyon almaktadır. Ancak bu komisyon, garanti akdinin diğer tarafı olan “garanti alandan” değil, asıl borç ilişkisindeki

¹²⁰ Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 40.

¹²¹ “Belirsizliğin garantisi olmaz. Bu itibarla, limit gösterme şartı bulunmamakla birlikte, garanti sözleşmesinde hangi riskin garanti edildiğinin belli olması ya da garanti edilen riskin boyutlarının tereddüt yaratmayacak biçimde belirlenebilir nitelikte bulunması gerekir. Hangi riskin garanti edildiği belirlenmeden “doğmuş ve doğacak her türlü borcun garanti edildiğinden söz etmek, boyutları belli olmayan (belirsiz) bir edimin garantisi anlamına gelir ki, bu da garanti sözleşmesiyle bağdaşmaz.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (Yargıtay), E. 2001/19-534 K. 2001/583 (04.07.2001).

¹²² Tekinalp, *Banka Hukuku*, 514; Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 42.

¹²³ Teminat mektuplarının garanti sözleşmesi niteliğinde kabul edildiği ilk karardan günümüze kadar alınan tüm Yargıtay kararlarında garanti sözleşmesinin bağımsız/müstakil bir yükümlülük arz ettiği zikredilmiştir. Yargıtay, E. 1966/16 K. 1967/7; Yargıtay, E. 2001/19-534 K. 2001/583; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi (Yargıtay), E. 2018/3870 K. 2019/5469 (16.09.2019).

¹²⁴ ICC, URDG 758, m. 5-a.

¹²⁵ Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 44.

“borçludan” tahsil edilmektedir. Bankanın müşterisi olan asıl borçlu da garanti sözleşmesine taraf olmadığına göre ivazsızlık prensibi korunmuş sayılmaktadır.

Daha önce ifade edildiği üzere banka teminat mektupları kefalet sözleşmesi olarak ortaya çıkmış ve bir dönem bu şekilde kabul edilmiştir.¹²⁶ Teminat mektuplarının kefalet sözleşmesi olduğu görüşünü savunan hukukçulara göre teminat mektubu veren banka, asıl borç ilişkisindeki borçlunun sözleşme hükümlerine aykırı davranmasından kaynaklı olarak alacaklı tarafın uğrayacağı zararı mektupta yazan meblağa kadar tazmin etmekle yükümlüdür. Kefalet kabul edilen bir teminat mektubunda bankanın ödeme yapması, mektuba konu riskin gerçekleşmesi şartına bağlıdır. Böyle bir teminat mektubunda da ilk talepte ödeme kaydı bulunabilir ancak bu kayıt bankanın garanti sözleşmesi yaptığı doğrultusunda aksi ispat edilebilir bir karine olarak kabul edilmektedir.¹²⁷

Banka teminat mektuplarının hukuki niteliği hakkında günümüzde en yaygın olan görüş bu uygulamanın bir garanti sözleşmesi olduğu görüşüdür. Yargıtay 1967¹²⁸ ve 1969¹²⁹ yıllarında iki İçtihadı Birleştirme Kararı ile banka teminat mektuplarının

¹²⁶ Tekinalp, *Banka Hukuku*, 528; Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 48-49; Reisoğlu, *Teminat Mektupları*, 2.

¹²⁷ Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 30-31.

¹²⁸ “Taahhütleri ihtiva eden sözleşmelerde çok defa taraflardan biri, karşı tarafın vecibesini yerine getireceği konusunda geçerli bir banka teminatı istemekte ve bankalarca verilen bu gibi taahhüt belgelerine teminat mektubu denilmektedir. Banka teminat mektupları bir bakımdan üçüncü şahsın fiilini taahhüt niteliğinde olup daima yazılı şekilde düzenlenmektedir. Bu mektupta genellikle bankanın sorumlu olacağı en yüksek miktar rakamla gösterilmektedir. Bankanın sıfatı, teminatı veren olduğundan, taahhüdü; esas sözleşmeyi yapan taraflardan ve esas akitten ayrı ve tamamıyla müstakildir. Bankanın taahhüdü lehdarın borcunun geçerliliğine ve varlığına bağlı olmaksızın garanti taahhüdü olarak tecessüm eder. Banka bu teminat mektubu ile bir sözleşmeye bağlanmış şahsın vecibesini yerine getirmesini ve yerine getirmediği takdirde teminatı alan şahıs için doğacak tehlikeleri kısmen veya tamamen üzerine alır”. Yargıtay, E. 1966/16 K. 1967/7.

¹²⁹ “Muvakkat ithal yoluyla ithal edilen malların tayin edilen süre içerisinde yurt dışına çıkarılmaması halinde bu eşya için gümrük vesaire vergi ve resmi olarak tahakkuk ettirilen paranın gümrük idaresinin her zaman yapabileceği yazılı istek üzerine, derhal ve herhangi bir itiraza veya hüküm istihsaline mahal kalmaksızın ödemekte bankanın borçlu ile birlikte müşterek ve müteselsil kefil sıfatıyla zâmin olduğuna dair bankalar tarafından gümrük vergisi borçlusu lehine ve fakat borçlu ile değil de diğer şahıslarla yapılan bir akde dayanarak gümrük idaresine verilen teminat mektupları mahiyet itibarıyla Borçlar Kanununun 110. Maddesinde sözü edilen 3. 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. Şahıs mevkiindeki muvakkat ithalatçıdan rücuân isteyemeyeceğine karar verildi. Bankalar tarafından gümrük vergisi borçlusu lehine, fakat borçlu ile değil de diğer şahıslarla yapılan bir akde dayanarak gümrük idaresine verilen teminat mektupları mahiyet olarak bk.nun 110.md. sözü edilen üçüncü şahsın fiilini taahhüt niteliğinde bir garanti akdidir”. Yargıtay, E. 1969/4 K. 1969/6.

“üçüncü kişinin fiilini taahhüt” mahiyetinde bir garanti sözleşmesi olduğuna karar vermiştir.¹³⁰ Bu tarihten itibaren banka teminat mektupları garanti sözleşmesi niteliğinde görülmeye ve yargı organları tarafından bu doğrultuda hüküm verilmeye başlanmıştır.¹³¹ Günümüzde de teminat mektupları kural olarak garanti sözleşmesi niteliğinde kabul edilmekte ve ona göre değerlendirilmektedir.¹³²

Yargıtay’ın da benimsediği görüşe göre banka teminat mektupları “üçüncü kişinin fiilini taahhüt” niteliğinde olduğundan ötürü garanti sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Çünkü banka teminat mektubu vermekle asıl ilişkideki borçlunun edimini yerine getirmemesi ya da herhangi bir riskin gerçekleşmesi halinde muhatabın uğrayacağı zararları teminat altına almayı amaçlamaktadır.¹³³ Bu görüşe karşı olan hukukçular ise bankanın teminat mektubu vermekle müşterisinin bir edimini yerine getirmeyi taahhüt etmediğini savunmaktadırlar. Buna göre banka, rizikonun gerçekleşmesi durumunda müşterisinin edimini yerine getirmeyi değil, bundan ortaya çıkacak zararın tazminini taahhüt etmektedir. Dolayısıyla banka teminat mektupları teknik olarak üçüncü kişinin fiilini taahhüt mahiyetinde değildir.¹³⁴ Ancak garantörün söz konusu edimi fiilen üstlenmediği Yargıtay ve aynı görüşte hukukçularca malumdur. Garanti sözleşmesinin, üçüncü şahsın fiilini taahhüt kapsamında kabul edilmesinin sebebi, 22.04.1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 110. maddesi ile 11.01.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 128. maddesi uyarınca “üçüncü şahsın fiilini başkasına karşı üstlenen kişinin, bu fiilin gerçekleşmemesi halinde ortaya çıkan zararı gidermekle yükümlü olmasıdır.”¹³⁵

Teminat mektuplarının garanti sözleşmesi olarak kabul edilmesinin en önemli sonuçlarından biri teminat mektubuyla sağlanan teminatın asıl borç ilişkisinin varlığından ve geçerliliğinden tamamen bağımsız olmasıdır. Asıl borç ilişkisinden bağımsız olmanın bir sonucu olarak banka karşı tarafa “ilk talepte ödeme” şartıyla

¹³⁰ Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 32.

¹³¹ Bazı mahkemeler Yargıtay kararlarına rağmen 1980’lerin sonlarına kadar teminat mektuplarını kefalet olarak değerlendirmeye devam etmiştir. Yargıtay, E. 1985/4169, K. 1985/5613.

¹³² Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 35.

¹³³ Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 31.

¹³⁴ Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 31-32.

¹³⁵ Borçlar Kanunu (BK), Resmi Gazete 359 (29.04.1926), Kanun no. 818, md. 110; Türk Borçlar Kanunu (TBK), Resmi Gazete 27836 (04.02.2011), Kanun no. 6098, md. 128.

garanti verebilmektedir. İlk talepte ödeme şartlı bir teminat mektubu veren banka, muhatabın talebi üzerine herhangi bir yargı kararı veya ispata gerek kalmaksızın derhal ödeme yapmak zorundadır. Yapılan ödemenin haksız olduğu iddia edilirse asıl borçlunun yargı yoluna müracaat etmesi gerekmektedir.¹³⁶

Karma nitelik görüşünü savunan hukukçulara göre teminat mektuplarının saf garanti sözleşmesi veya kefalet sözleşmesi niteliğinde olabilmesi mümkündür. Yani teminat mektuplarının her durumda şu veya bu akit olduğunu söylemek yerine, taraflarca belirlenen şartlara göre teminat mektubunun ya kefalet ya da garanti sözleşmesi niteliğinde olduğuna karar verilir. Buna göre her somut olay kendi içinde incelenmeli ve teminat mektubunun niteliği incelenen ilişkiye mahsus olarak belirlenmelidir. Eğer banka asıl borç ilişkisinin mevcudiyet (varlık/sıhhat), muteberiyet (geçerlilik/nefaz) ve ifasının mümkün olup olmadığına bakılmaksızın müstakil bir garanti sunuyorsa bu teminat mektubu saf garanti sözleşmesi olarak kabul edilir. Bu tür saf garanti niteliğinde banka teminat mektupları çok nadirdir. Ancak banka asıl borç ilişkisine konu edimin gerçekleşmeme riskini garanti altına alıyor ve temel ilişkinin alacaklısını koruyorsa böyle bir teminat mektubunun “kefalet benzeri” olduğuna hükmedilir.¹³⁷ Günümüzde banka teminat mektupları çoğunlukla bu şekilde uygulanmakta, ancak kural olarak garanti sözleşmesi niteliğinde kabul edilmektedir.¹³⁸

Teminat mektuplarının kefalet, garanti veya karma nitelikli bir sözleşme olduğunu destekleyen görüşlerin yanı sıra kendine özgü bir hukuki ilişki olduğu da savunulmaktadır. Bu görüşü savunan hukukçulara göre teminat mektupları kanun metinlerinde ve resmi düzenlemelerde yer alan hiçbir hukuki ilişki ile tam olarak örtüşmemektedir. Çünkü müşterisinin talebi üzerine asıl borç ilişkisinin alacaklısına mektup konusu dâhilinde bir garanti sunan banka bu yükümlülüğü tek taraflı olarak üstlenmektedir. Bununla birlikte, hiçbir def'i ve itiraz ileri sürmeksizin ilk talepte ödeme şartından hareketle teminat mektubunun garanti sözleşmesi olduğu da iddia

¹³⁶ Tekinalp, *Banka Hukuku*, 514; Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 31 ve 46.

¹³⁷ Tekinalp, *Banka Hukuku*, 515.

¹³⁸ Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 34. Teminat mektupları saf garanti sözleşmesinde olduğu gibi asıl borç ilişkisinden tamamen bağımsız, yalnızca tek tarafa sorumluluk yükleyen bir hukuki ilişki değildir. Uygulamada şartları hayli farklılaşsa da genel itibariyle teminat mektuplarının “ilk talepte ödeme” ve “asıl borç ilişkisine dair def'i ve itirazları ileri sürememe” özelliklerinden dolayı kural olarak üçüncü şahsın fiilini taahhüt mahiyetinde bir garanti sözleşmesi olduğu kabul görmektedir.

edilemez. Çünkü kefalet sözleşmesinde de taraflar def'i ve itiraz ileri sürmekten feragat etme şartını ileri sürerek akit yapabilmektedirler.¹³⁹

Teminat mektupları veya banka garantileri bazı sözleşme, uygulama ve finansal ürünlerle önemli benzerlikler arz etmektedir. Özellikle finansal açıdan bir gayrinakdî kredi olması sebebiyle diğer gayrinakdî kredi ilişkilerine ve hukuki niteliğinin garanti sözleşmesi olmasından dolayı diğer şahsi teminat akitlerine birçok açıdan benzediği aşîkârdır. Bu sebeple teminat mektuplarının benzer sözleşme ve ticari ilişkilerle arasındaki farklar önem kazanmaktadır.

Teminat mektupları, hukuki niteliği itibariyle garanti sözleşmesi kabul edildiğinden dolayı garanti ile kefalet sözleşmeleri arasındaki farklar teminat mektupları için de geçerlidir. Bankaların sunduğu kefalet ile teminat mektupları arasındaki ilk fark yazılı şekil şartıdır.¹⁴⁰ Kefalet sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nun 583. maddesine göre yazılı bir şekilde yapılmak zorundadır, aksi takdirde geçersiz sayılır¹⁴¹. Ancak banka veya başka biri tarafından verilen garantide yazılı anlaşma olmasına gerek yoktur, tarafların iradelerinin uyuşması esas ve yeterlidir.¹⁴² Kefalet sözleşmesini teminat mektuplarından ayıran ikinci husus kefalet konusundaki meblağın sözleşmede açıkça şart koşulmuş/belirtilmiş olmasıdır. Şayet kefilin sorumluluğu sözleşmede takdir edilmemiş veya belirsiz ise kefalet sözleşmesi geçersiz olur.¹⁴³

Kefalet sözleşmesi asıl borç ilişkisine bağı fer'î bir yükümlölük iken garanti sözleşmesi asıl borç ilişkisinden bağımsızdır ve aslî bir yükümlölük arz etmektedir.¹⁴⁴ Bu vasıf kefalet ile garanti sözleşmeleri arasındaki en önemli farktır. Asıl borç ilişkisine bağımlı olma veya olmamanın bir sonucu olarak kefil asıl borçluya ait def'i

¹³⁹ Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 35.

¹⁴⁰ Her ne kadar teminat mektupları hakkında yayımlanan tebliğlerde bir takım metinlere yer verilse de bunlar örnek niteliğinde olup mektup çerçevesinde verilen garantinin geçerliliğine etki etmemektedir. Yine de mektup metninde yer alan "ilk talepte ödenecektir", "avans teminat mektubudur" vb. ifadeler mektubun niteliğinin belirlenmesi açısından önemlidir. Reisoğlu, *Teminat Mektupları*, 19; Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 49-50.

¹⁴¹ Türk Borçlar Kanunu (Türk Borçlar Kanunu), 6098 (11 Ocak 2012), m. 583.

¹⁴² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi (Yargıtay), E. 1989/4046 K. 1990/8459 (27.12.1990).

¹⁴³ Yargıtay kararlarında da aynı esas benimsenmiştir. Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 50-51; Tekinalp, *Banka Hukuku*, 522.

¹⁴⁴ Reisoğlu, *Teminat Mektupları*, 19; Tekinalp, *Banka Hukuku*, 521; Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 52.

ve itirazları alacaklıya karşı ileri sürebilirken garanti veya teminat mektubu veren tarafın buna hakkı bulunmamaktadır.¹⁴⁵ Teminat mektubu metnindeki “ilk talepte” kaydı bunun bir gereğidir çünkü bu ibare aslında bankanın “hiçbir defî ve itiraz ileri sürmeden” ödeme yapacağını ifade etmektedir. Son olarak, kefalet sözleşmesinde asıl borcu ifa eden kefil, alacaklının haklarına halef olur ve asıl borçluya rücû ederek ödediği meblağı talep edebilir.¹⁴⁶ Teminat mektuplarında ise garanti sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir halefiyyet durumu söz konusu değildir.¹⁴⁷ Ancak banka alacaklıya verdiği garanti kapsamında olmasa bile önceden yaptığı kontrgaranti ilişkisine binaen lehtara rücû edebilir.

Banka garantileri veya teminat mektupları ile akreditifler başta kullanım amaçları olmak üzere birçok yönden birbirine benzeyen iki ticari uygulamadır. Bu iki uygulama arasındaki en önemli benzerlik, teminat mektuplarının da akreditiflerin de bir ödeme yükümlülüğünü güvence altına almasıdır. Akreditifler her ne kadar ödeme aracı olarak kullanılsa da akreditif sunan banka ile müşterisi (âmir) arasında bir gayrinakdî kredi ilişkisi vardır.¹⁴⁸ ABD’de ise ticari teamüller ve hukuk sisteminin yapısı gereği teminat mektubu ve/veya banka garantileri değil, akreditifin bir alt türü sayılan “teminat akreditifleri (standby letter of credits)” kullanılmaktadır.¹⁴⁹ Sonuç itibarıyla kullanım amacı ve alanı açısından akreditifler teminat mektuplarına hayli benzemekte, kimi hukuk sistemlerinde teminat mektupları veya banka garantileri için alternatif olarak kullanılmaktadır.

İki uygulama arasında en başta göze çarpan ayrımlardan biri akreditiflerin genelde uluslararası ticarete, teminat mektuplarının ise genelde yurt içindeki iş ilişkilerinde kullanılmasıdır. Ayrıca teminat mektuplarının güvence sunmak amacıyla yapılan bir garanti sözleşmesi olmasına karşın akreditifin bir ödeme yöntemi olduğu görüşü yaygındır.¹⁵⁰ Bu görüşün gerekçesi; akreditifte müşterinin/borçlunun bankayı

¹⁴⁵ BK, md. 497; TBK, md. 591. Reisoğlu, *Teminat Mektupları*, 19; Tekinalp, *Banka Hukuku*, 523.

¹⁴⁶ BK, md. 496; TBK, md. 596.

¹⁴⁷ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 780; Reisoğlu, *Teminat Mektupları*, 20.

¹⁴⁸ Seza Reisoğlu, *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Akreditif* (Ankara, 2009), 171.

¹⁴⁹ Akın Ekici - Nihayet Durukanoğlu, *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Teminat Mektupları (Garanti ve Kontrgarantiler)* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2016), 356.

¹⁵⁰ Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 54-55.

kendi yerine ödeme yapmakla görevlendirmesidir. Ancak akreditif bankasının, amir olan müşterisine aynı zamanda bir ödeme güvencesi sunması akreditifin salt bir ödeme yöntemi olmadığını göstermektedir.¹⁵¹ Öyle ki akreditif açan banka, akreditifin ödenmesinden birinci derecede sorumludur. Teminat mektuplarında ise bankanın ödeme yükümlülüğü rizikonun gerçekleşmesi halinde doğmaktadır.¹⁵²

ABD’de teminat mektubu veya banka garantileri yerine kullanılan ve akreditifin bir alt türü olan teminat akreditifleri, teminat mektuplarına diğer akreditif türlerinden çok daha fazla benzerlik göstermektedir. Teminat akreditifleri; lehtara karşı üstlenilen bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi, istenmeyen bir olayın gerçekleşmesi veya istenen bir olayın gerçekleşmemesi halinde banka tarafından ilgili meblağın ödeneceğinin garanti edilmesi olarak tanımlanmaktadır.¹⁵³ ABD’de yasal olarak bankaların garanti sunması mümkün olmadığından dolayı yurt içi ve yurt dışı ticari ilişkilerde taraflara güvence sağlaması amacıyla akreditifin bu özel türü yaygın bir biçimde kullanılmaktadır.¹⁵⁴ Her ne kadar dışarıdan bir hayli benzerlik arz etse de iki uygulama arasında form ve uygulanacak hukuk bakımından farklar bulunmaktadır. Uluslararası Ticaret Odası da teminat mektupları, akreditifler ve teminat akreditiflerini birbirinden farklı uygulamalar olarak kabul etmiş ve hepsi için müstakil bir örnek kurallar yayınlamıştır.

Kambiyo senetlerinden kaynaklanan bir borcun vadesinde ödeneceğini taahhüt etmek anlamına gelen aval, hukukta mücerret bir şahsi teminat, bankacılıkta ise bir gayrinakdî kredidir.¹⁵⁵ Aval kapsamında verilen taahhüdün geçerliliği, güvence altına alınan kambiyonun geçerliliğinden bağımsızdır.¹⁵⁶ Bu açıdan teminat mektuplarında olduğu gibi aval verenin sorumluluğu da fer’î değil asli niteliktedir.¹⁵⁷ Aynı zamanda avalist (asıl borçlu ile birlikte) senedin hamiline karşı müteselsil borçlu sıfatıyla

¹⁵¹ Vahit Doğan, *Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2016), 21.

¹⁵² Reisoğlu, *Teminat Mektupları*, 59; Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 55.

¹⁵³ ICC, *International Standby Practices* (ISP 98), 590 (ts.), blm. 1.

¹⁵⁴ Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 57.

¹⁵⁵ Hüseyin Ülgen vd., *Kıymetli Evrak Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014), 169; Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 53-54.

¹⁵⁶ Türk Ticaret Kanunu (TTK), Resmi Gazete 27846 (14.02.2011), Kanun no. 6102, md. 702/2.

¹⁵⁷ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu (Yargıtay), E. 2017/4 K. 2018/5 (20.04.2018); Ülgen vd., *Kıymetli Evrak Hukuku*, 172.

sorumlu olur.¹⁵⁸ Teminat mektubunda garantör tarafın asıl borçlu ile birlikte alacaklıya karşı herhangi bir müteselsil borç sorumluluğu bulunmamaktadır. Son olarak, avalist kambiyo senedine konu borcu ödedikten sonra lehine taahhüt altına girmiş olduğu kişiye (asıl borçluya) karşı senetten kaynaklı haklara sahip olur.¹⁵⁹ Teminat mektupları tek tarafa sorumluluk yükleyen bir garanti sözleşmesi kabul edildiğinden dolayı garantör, taahhüdünü yerine getirmesi sebebiyle alacaklının asıl borç ilişkisinden kaynaklanan haklarını iktisap etmiş (halefi olmuş) sayılmaz.¹⁶⁰

Daha önce de ifade edildiği gibi bankalar tarafından verilen teminat mektupları kefalet benzeri garanti sözleşmesi niteliğindedir. Bunun anlamı şudur; teminat mektupları her ne kadar temel borç ilişkisinden bağımsız sayılsa da bir temel borç ilişkisinden kaynaklanan riskleri teminat altına alma amacıyla verilmektedir. Yani, banka teminat mektuplarının var olabilmesi için garanti verilen alacaklının yanında “asıl borçlu”, alacaklı ile borçlu arasındaki “temel borç ilişkisi” ve bu ilişkiden kaynaklanan “riskin” mevcut olması gerekmektedir. Teminat mektuplarında hukuki ilişki; taraflar arasında sözleşmenin kurulmasıyla başlamakta, riskin gerçekleşmesi sonucu mektubun tazmin edilmesi ve bankanın müşteriye rücu etmesini kapsayarak garantinin sona ermesi veya mektubun iade edilmesi ile son bulmaktadır.

Banka teminat mektuplarında bilindiği üzere “muhatap”, “lehtar” ve “banka” olmak üzere üç taraf bulunmaktadır. Sözü edilen taraflar birbirleri arasında üç farklı sözleşme yapmaktadır. Bu sözleşmeler; muhatap ile lehtar arasında yapılan “temel borç sözleşmesi”, lehtar ile banka arasında yapılan “teminat mektubu temin etme sözleşmesi”¹⁶¹ ve banka ile muhatap arasında yapılan “garanti sözleşmesidir”.¹⁶²

Başlangıçta lehtar ile muhatap arasında satım, kira, eser vb. herhangi bir borç ilişkisi bulunmaktadır. Alacaklı, işveren veya ihale makamı hüviyetinde olan muhatap, aralarındaki ticari ilişkiye konu risklere teminat teşkil etmesi için borçlu veya

¹⁵⁸ TTK, md. 724.

¹⁵⁹ TTK, md. 702/3.

¹⁶⁰ Tekinalp, *Banka Hukuku*, 528.

¹⁶¹ Buna “karşılık ilişkisi” adı da verilmektedir çünkü banka lehtarın isteği üzerine muhataba garanti sunma karşılığında lehtardan komisyon ve teminat talep etmektedir. Bu ilişkiye vekalet hükümleri uygulanır. Tekinalp, *Banka Hukuku*, 511, 525.

¹⁶² Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 103.

yüklenici olan lehtardan bir banka teminat mektubu talep etmektedir.¹⁶³ Bunun üzerine lehtar kendi edimini yerine getirememesi riskini garanti altına alması için bankadan muhataba yönelik bir teminat mektubu istemektedir.¹⁶⁴ Burada lehtar çoğunlukla bankanın müşterisi konumundadır. Lehtarın teminat mektubu talebi üzerine banka istenilen şartlarda bir teminat mektubu hazırlamakta ve muhataba ulaştırması için lehtara teslim etmektedir.¹⁶⁵ Teminat mektubunun muhataba ulaşması ve muhatabın mektubu kabul etmesiyle banka ile muhatap arasında üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğinde bir garanti sözleşmesi kurulmakta ve tarafların yükümlülükleri başlamaktadır.¹⁶⁶

Her teminat mektubu ile belirli bir riziko garanti altına alınmaktadır. Rizikonun gerçekleşmesi halinde muhatabın ödeme talebi hakkı ve bankanın teminat mektubunu tazmin etme yükümlülüğü doğmaktadır. Risk gerçekleştikten sonra bankanın ödeme yükümlülüğünün doğması için yazılı tazmin talebi ve teminat mektubunda öngörülen belgelerin bankaya ibraz edilmesi gerekmektedir.¹⁶⁷ Banka kendisine ibraz edilen belgeler doğrultusunda muhatabın ödeme talebinin haklı olduğunu tespit ederse teminat mektubu bedelini muhataba ödemekle yükümlüdür. Ancak ibraz edilen belgeler veya diğer emareler ödeme talebinin haksızlığına işaret ediyorsa bankanın ödemeyi reddetmesi gerekmektedir.¹⁶⁸

Muhatabın haksız yere teminat mektubunu paraya çevireceğini öngören lehtar mahkemeye başvurarak bankanın tazminini ihtiyati tedbir kararı ile durdurabilmektedir.¹⁶⁹ Bankaya tedbir kararı bildirildikten sonra tedbirin kaldırıldığı bildirilene kadar banka teminat mektubuna konu meblağı ödemeyecektir. Bankanın ödemesini durdurmak için lehtarın başvurabileceği tek yasal yol ihtiyati tedbir kararı için mahkemeye başvurmak ve sonrasında muhataba haksız tazmin talebinden ötürü dava açmaktır.¹⁷⁰ Aynı şekilde, bankanın tazmin talebini herhangi bir sebeple

¹⁶³ Tekinalp, *Banka Hukuku*, 525; Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 104.

¹⁶⁴ Reisoğlu, *Teminat Mektupları*, 26.

¹⁶⁵ Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 120.

¹⁶⁶ Reisoğlu, *Teminat Mektupları*, 28; Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 130-131.

¹⁶⁷ Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 358.

¹⁶⁸ Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 381.

¹⁶⁹ Tekinalp, *Banka Hukuku*, 536.

¹⁷⁰ Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 319; Reisoğlu, *Teminat Mektupları*, 76-79.

reddetmesi halinde muhatap, “icra” veya “banka aleyhine dava” yoluna başvurabilmektedir.¹⁷¹

Teminat mektuplarının kefalet sözleşmesi olarak kabul edildiği yıllarda banka kefil olarak borcu ödedikten sonra halefiyyet ilkesi gereği kolayca lehtara rüçû edebilmekteydi. Ancak teminat mektupları garanti sözleşmesi olarak kabul edildiğinden beri bankanın sözleşmeden doğan bir rüçû hakkı olmadığı da kabul edilmiş ve neye binaen lehtara rüçû edeceği tartışma konusu olmuştur.¹⁷² Günümüzde bankalar teminat mektubu vermeden önce lehtardan kontrgaranti alarak tazmin halinde kontrgaranti ilişkisine binaen lehtara rüçû etmektedirler.¹⁷³ Banka muhataba yönelik garanti sunmasının yanında müşterisi olan lehtara da bir gayrinakdî kredi kullandırdığından dolayı, tazmin halinde nakde tahvil olan kredi bedelini rüçû ilişkisi çerçevesinde geri tahsil etmektedir. Banka tazmin ettiği bedel haricinde teminat mektubundan kaynaklanan her türlü masraf, komisyon, vergi ve sair giderleri de lehtara yansıtmaktadır.

Bankanın lehtara rüçû etmesi konusunda bir diğer önemli husus, haksız ödeme halinde rüçû edip edemeyeceğidir. Özellikle ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektuplarında banka lehtarın onayı ve bilgisi olup olmadığına bakmaksızın derhal muhataba ödeme yapmaktadır. Böyle bir durumda banka, herhangi bir sebepten ötürü haksız yere ödeme yapsa dahi lehtarla aralarındaki kontrgaranti ilişkisine binaen lehtara rüçû edebilmektedir. Sonrasında lehtar muhataba karşı haksız ödeme talebinden dolayı yasal yollardan hakkını arayabilmektedir.¹⁷⁴

Teminat mektupları tek tarafa sorumluluk yükleyen bir garanti sözleşmesi kabul edildiği için garantiye konu borcun ödenmesiyle teminat mektubu da sona ermektedir.¹⁷⁵ Muhatabın bankaya olan bir borcu sebebiyle takas beyanında

¹⁷¹ Reisoğlu, *Teminat Mektupları*, 84-85.

¹⁷² Türk hukuk doktrinde bankanın, garanti sözleşmesine taraf olmayan lehtara rüçû edip edemeyeceği hususu tartışmalara konu olmuştur. Bazı hukukçular rüçû hakkının kaynağını “sebepsiz zenginleşmeye”, bazıları “vekaletsiz iş görmeye”, bazıları ise Borçlar Kanunu’nun 51. maddesine dayandırmıştır. Reisoğlu, *Teminat Mektupları*, 89-92.

¹⁷³ Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 409.

¹⁷⁴ Daha önce ifade edildiği gibi, bankanın ödeme talebinin haksız olduğunu bilmesi bunun dışındadır. Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 79-81.

¹⁷⁵ Reisoğlu, *Teminat Mektupları*, 97.

bulunması, teminat mektubunu bankaya iade etmesi veya bankayı ibra etmesi hallerinde de teminat mektubu sona ermektedir.¹⁷⁶ Aynı şekilde lehtarın borcunu ifa etmesi ve teminat mektubunun vadesinin sona ermesi de teminat mektubunu ve bankanın tazmin yükümlülüğünü sonlandıran sebepler arasındadır.¹⁷⁷

Zamanaşımı hususunda teminat mektupları Türk Borçlar Kanunu'nun zamanaşımıyla ilgili genel hükümlerine tabidir. Buna göre zamanaşımı, riskin ortaya çıkması ile başlar ve on yıl boyunca sürer.¹⁷⁸ Zamanaşımı halinde bankanın teminat mektubundan kaynaklanan borcu ortadan kalkmamakla birlikte banka zamanaşımı def'ini ileri sürerek ödemedi kaçınılabilmektedir.¹⁷⁹

3. İktisadi ve Finansal Açıdan Teminat Mektupları

Yurt içinde ve yurt dışında yürütülen ticari faaliyet ve iş ilişkilerinin vazgeçilmez unsurlarından biri banka teminat mektuplarıdır. Tipik bir şahsi teminat uygulaması olan teminat mektupları her türlü borç ilişkisinde tarafların ihtiyaç duydukları güven ortamını kolaylıkla tesis etmektedir. Günümüzde ticari ve finansal işlem hacimlerinin hem yerel hem de küresel ölçekte geçmişe kıyasla büyük artış gösterdiği aşîkârdır. Bu kapasite artışı ticarete risklerin güvence altına alınması ihtiyacını önemli ölçüde beslemiştir. Böylece teminat mektupları veya banka garantileri hızla yaygınlaşma imkânı bulmuştur.

Teminat mektuplarının önemi, birbirini tanımayan, özellikle farklı hukuk ve kültür çevrelerinden olan taraflar arasında yapılmış sözleşmelerin yer aldığı uluslararası ticari ilişkilerde daha da artmaktadır. Çünkü farklı coğrafyalardaki ticari teamüller ve farklı ülkelerdeki milli hukuk sistemleri kendilerine ait özelliklere sahip olmalarından dolayı ticari faaliyetlerdeki riskler oldukça artmaktadır.¹⁸⁰ Dolayısıyla banka teminat mektupları; büyük, küçük, yurt içi veya yurt dışı hemen her ticari ilişkide tarafların maruz kalabileceği riskleri ortadan kaldırarak piyasada ekonomik istikrarın sürdürülebilirliğine katkı sağlamaktadır.

¹⁷⁶ Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 425.

¹⁷⁷ Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 426-428.

¹⁷⁸ Tekinalp, *Banka Hukuku*, 539; Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 442.

¹⁷⁹ Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 443; Reisoğlu, *Teminat Mektupları*, 102.

¹⁸⁰ Yüksel, *Bankacılık Hukuku ve İşletmesi*, 307.

Hukuki açıdan üçüncü şahsın fiilini taahhüt kapsamında garanti sözleşmeleri kabul edilen teminat mektupları finansal açıdan bankanın müşterisine sunmuş olduğu bir gayrinakdî kredidir.¹⁸¹ Banka diğer gayrinakdî kredilerde olduğu gibi teminat mektubunda da müşterisi lehine bir kişi veya kuruma belirli şartlarda ödeme yapma yükümlülüğünü üstlenmektedir.¹⁸² Dolayısıyla teminat mektupları hakkında yapılan bir incelemede, konu hukuki açıdan olduğu kadar bankacılık ve finans açısından da izah edilmeli ve değerlendirilmelidir.

Kredi sözcüğü köken itibariyle Latince “güvenmek, inanmak” anlamındaki *credere* kelimesinden gelmektedir. Ekonomide kredi kavramı şu şekilde tanımlanmaktadır: “Kredi, belli bir süreyle, diğer bir kişi lehine, hazır bir satın alma gücünün kullanılmasından vazgeçilmesidir.”¹⁸³ Kredinin Arapçadaki sözcük karşılığı olan *karz* kavramı da aynı anlamı karşılamaktadır.¹⁸⁴ Bir tedavül aracı vazifesi gören kredinin ekonomik açıdan atıl sermayenin iktisadi faaliyetlere aktarılması, teşebbüslerin kurulması ve devamlılığını sağlaması, mal alım-satım hızını arttırarak üretimi ve piyasayı hareketlendirmesi gibi önemli işlevleri bulunmaktadır.¹⁸⁵

Türk mevzuatında kredinin tanımı yapılmamış olmakla birlikte hangi işlemlerin kredi sayıldığı Bankacılık Kanunu’nun 48. maddesinde sıralanmıştır.¹⁸⁶ Literatürde banka kredisi; bir bankanın ödünç olarak topladığı fonları müşterilerine faiz ile geri almak üzere belli bir süre borç vermesidir.¹⁸⁷ Kredi işleminin temelini bankaların müşterileriyle akdettiği “kredi açma sözleşmesi” oluşturmaktadır. Bir “çerçeve sözleşme” mahiyetinde olan kredi açma sözleşmesi, öngörülen tutara kadar nakdî, gayrinakdî veya aynî kredi açmak, kullandırmak ve uzlaşılan vadeye kadar geri

¹⁸¹ Bankacılık Kanunu (Bankacılık Kanunu), 5411 (19 Ekim 2005).

¹⁸² Tekinalp, *Banka Hukuku*, 509.

¹⁸³ Tekinalp, *Banka Hukuku*, 477.

¹⁸⁴ İslam hukukunda *karz* için yapılan; “geri ödenmek üzere verilen mal veya birine ödünç/borç verme”, “bir kimsenin nakit para veya misli bir malı, bilâhare mislini almak üzere başkasına vermesi” gibi tanımlar elbette kredinin ekonomi bilimindeki tanımlarıyla birebir örtüşmemektedir. Ancak kavramların aynı olguyu ifade ettiği ve tanımlar arası farklılığın disipliner yaklaşımdan ileri geldiği aşîkârdır.

¹⁸⁵ Senar Çağırğan Tuncer - Yasin Ulusoy, “Kredi ve Kredi İşlemlerinin Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi”, *Pamukkale Journal of Eurasian Socioeconomic Studies* 6/2 (31 Aralık 2019), 45; Dağıdır Çakan, “Bankaların Fon Kullanımı”, 416.

¹⁸⁶ Bankacılık Kanunu, m. 48.

¹⁸⁷ Dağıdır Çakan, “Bankaların Fon Kullanımı”, 414.

ödeme talebinde bulunmamak yükümlülüğünü ifade etmektedir.¹⁸⁸ Krediler farklı kriterler esas alınarak çeşitli ayrımlara tabi tutulmaktadır. Bunlar: Nitelikleri açısından nakdî ve gayrinakdî krediler, kredinin kullanım şekli açısından doğrudan ve dolaylı krediler, teminata bağlanıp bağlanmaması açısından açık veya teminatlı krediler, Türk parası ya da dövizle açılan krediler, kredi vadesine göre kısa, orta ve uzun vadeli krediler, sözleşmeden veya kanundan doğan kredilerdir.¹⁸⁹

Krediler tasnifinde teminat mektupları veya banka garantileri açısından en önemli ayrım kredinin niteliği dikkate alınarak yapılan *nakdî-gayrinakdî kredi* ayrımıdır. Nakdî krediler, bir bankanın belirli bir miktar parayı faiz veya komisyon karşılığında belirli bir sürede geri iade etmek şartıyla müşterisine ödünç vermesidir.¹⁹⁰ Kredinin konusu Türk lirası veya döviz cinsinden olabilmektedir. Nakdî kredilerin temel vasfı bankanın müşterisine nakit para vererek kredi açmasıdır.

Bankacılık pratiğinde nakdi kredilerin muhtelif çeşitleri bulunmaktadır. Örneğin; “carî hesap şeklinde çalışmayan ve limitli olmayan sabit vadeli para ödöncü” bir nakdî kredi uygulamasıdır. Bu kredilerde banka, paranın mülkiyetini bir defada müşteriye geçirir, müşteri de aldığı ödöncü belirli bir vadede geri öder.¹⁹¹ Bu kredinin karşısı denilebilecek “cari hesap şeklinde çalışan kredilerde” bankanın müşterisi kendisine açılan kredinin sınırları dâhilinde para çekebilmekte ve kredi vadesini beklemeden parayı geri yatırabilmektedir.¹⁹² Nakdî kredilerin borçlu cari hesap gibi çalışan ve çalışmayan türleri haricinde; tüketici kredisi, konut finansmanı (mortgage), finansal kiralama (leasing), kredi kartı, senet ve emtia avansı kredisi, kıymetli evrakın iskontosu ve iştirası, uzun vadeli alacak satın alınması işlemi (forfeit) ve faktöring kredileri bulunmaktadır.¹⁹³ Bu kredilerin tamamı bankacılık uygulamasında şekli

¹⁸⁸ Krediler için “kredi sözleşmesi” değil de “kredi açma sözleşmesi” yapılmasının sebebi ilkinin tek bir kredi ilişkisi, ikincisinin birçok kredi ilişkisini kapsayan bir çerçeveyi ifade etmesidir. Bankalar müşteriyle bir defaya mahsus kredi açma sözleşmesi imzalayarak tanıdıkları limit dâhilinde istedikleri kadar kredi sağlayabilmektedirler. Tekinalp, *Banka Hukuku*, 479.

¹⁸⁹ Yaşar Alıcı, *Bankacılık Kanunu Şerhi* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 1/692; Tekinalp, *Banka Hukuku*, 487-488.

¹⁹⁰ Dağıdır Çakan, “Bankaların Fon Kullanımı”, 417.

¹⁹¹ Tekinalp, *Banka Hukuku*, 488.

¹⁹² Dağıdır Çakan, “Bankaların Fon Kullanımı”, 418.

¹⁹³ Tekinalp, *Banka Hukuku*, 488-508.

açından birbirlerinden ayrışırken hepsinin ortak noktası bankanın müşterilerine nakit ödeme yapmak suretiyle kredi vermesidir.

Türk hukukunda gayrinakdî kredi olarak bilinen kategori uluslararası hukukta *sorumluluk kredisi* terimiyle ifade edilmektedir. Sorumluluk kredisi; bankanın ilk aşamada para ödemediği, bir riskin gerçekleşmesi sebebiyle ortaya çıkan zararın sorumluluğunu yüklediği ve ancak risk gerçekleşirse ödeme yaptığı, adından da anlaşılacağı üzere “nakdî olmayan” kredi türüdür.¹⁹⁴ Bu tür kredilerde banka müşterisi lehine üçüncü bir tarafa yönelik tazminden veya para borcundan kaynaklı bir ödeme taahhüdünde bulunmaktadır. Dolayısıyla gayrinakdî kredilerde bir nakit akışı söz konusu değildir.¹⁹⁵ Bankanın herhangi bir fon kullanımına gerek kalmadan kredi vermesi ve böylece faiz veya komisyon geliri elde etmeleri sebebiyle gayrinakdî krediler bankanın bilanço dışı faaliyetlerinden sayılmakta ve kredi bedeli tazmin edilmediği müddetçe bilanço ile ilişkilendirilmemektedir.¹⁹⁶

Nakdî olsun gayrinakdî olsun, banka verdiği her kredi karşılığında müşterilerinden faiz veya komisyon adı altında bir karşılık almaktadır. Ancak gayrinakdî kredilerde banka hiçbir ödeme yapmadan sadece “garanti” vermekle komisyon geliri elde etmektedir. Bankanın ödeme sorumluluğu ancak rizikonun gerçekleşmesi durumunda söz konusudur ki sunduğu garanti kapsamında ödeme yapan banka akabinde müşteriye rücû ederek ödediği meblağı müşterisinden tahsil etmektedir.¹⁹⁷ Sonuç olarak, nakdî kredilerde banka bilfiil müşterisine nakit para verirken gayrinakdî kredilerde müşterisinin borçlu sıfatıyla ödeme yapması gereken bir durumda müşterisi adına alacaklı kişiye ödeme yapmayı garanti/taahhüt etmektedir. Dolayısıyla, asıl borç ilişkisinden bağımsız bir garanti sözleşmesi kabul edilen teminat mektuplarında banka müşterisi garanti sözleşmesinin tarafı kabul edilmezken aynı ilişki sebebiyle bankanın müşteriye kredi vermesi söz konusudur.

¹⁹⁴ Tekinalp, *Banka Hukuku*, 509.

¹⁹⁵ Dağıdır Çakan, “Bankaların Fon Kullanımı”, 418.

¹⁹⁶ Mehmet Günel, *Para Banka ve Finansal Sistem* (Ankara: Gazi Kitabevi, 2019), 86-87; Abdurrahman Çetin - Yusuf Dinç, “Türkiye’de Teminat Mektupları: Uygulamalar ve Hukuki Sorunlar”, *Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi* 5/9 (2014), 77.

¹⁹⁷ Çetin - Dinç, “Türkiye’de Teminat Mektupları”, 70. Bankanın gayrinakdî krediyi kendi kaynaklarından tazmin etmesiyle gayrinakdî kredi, nakdî krediye dönüşmektedir. A.g.e., 77.

Gayrinakdî kredi işlemlerinin çoğu hukukî nitelik bakımından *garanti sözleşmesi* kapsamına girmektedir. Bunun sebebi garanti sözleşmelerinin temel borç ilişkisinden bağımsız bir yükümlülük arz ettiği için *ilk talepte* şartıyla yapılabiliyor olmasıdır. Bu şart çerçevesinde alacaklının, garanti sunan bankadan söz konusu meblağı ilk talebiyle banka herhangi bir def'i ve itiraz ileri sürmeden ödeme yapması gerekmektedir.¹⁹⁸ Kefalet ise bağlı olduğu temel borç ilişkisinin fer'i sayıldığı için kefil alacaklıya karşı asıl borçlunun ileri sürebileceği tüm itiraz ve def'ileri kefil tarafından ileri sürebilme imkânına sahiptir.¹⁹⁹ Bu sebepten ötürü ihaleler ve ticari ilişkilerde alacaklı olan taraf (çoğunlukla ihale makamı) elini güçlendirmek ve en üst düzey güvenceye sahip olabilmek için kefaletten ziyade garanti sözleşmesi sayılan banka teminatlarını talep etmektedirler. Bankalar da tazmin durumunda daha hızlı ve az maliyetli bir yöntem olarak ilk talepte ödemeyi yapmayı ve temel borç ilişkisiyle ilgilenmemeyi tercih etmektedirler.

Gayrinakdî kredilerin modern bankacılık uygulamasında birçok farklı türü bulunmaktadır. Teminat mektupları günümüzde en çok kullanılan gayrinakdî kredi türlerinden biridir. Teminat mektupları gayrinakdî kredi olması açısından bir sonraki bölümde daha ayrıntılı ele alınacaktır. Bankanın müşterilerine verdiği gayrinakdî kredilerden biri de *kefalet kredisidir*.²⁰⁰ Banka asıl borçlu olan müşterisine kefil olmakla müşterisinin borcunu yerine getirmemesi halinde borca konu meblağı ödemeyi alacaklıya karşı taahhüt etmektedir. Banka kefil olmakla bir taraftan alacaklıya karşı güvence sunmuş diğer taraftan müşterisine bir gayrinakdî kredi vermiş olmaktadır.²⁰¹ Kefalet kural olarak ivazsız bir sözleşme olsa da Türk hukukuna göre kefalette ivaz şart koşulmasına engel bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla bankalar müşterilerine kefil olmaları karşılığında bir komisyon talep etmektedirler.²⁰²

Bankalar tarafından verilen aval ve kabul kredileri de birer gayrinakdî kredi uygulaması kabul edilmektedir.²⁰³ Kabul kredis, banka müşterisinin üçüncü bir tarafla

¹⁹⁸ Tekinalp, *Banka Hukuku*, 509.

¹⁹⁹ Reisoğlu, *Teminat Mektupları*, 19; Tekinalp, *Banka Hukuku*, 523.

²⁰⁰ Bankacılık Kanunu, m. 48.

²⁰¹ Tekinalp, *Banka Hukuku*, 540.

²⁰² Tekinalp, *Banka Hukuku*, 541.

²⁰³ Bankacılık Kanunu, m. 48.

yaptığı satım, eser, kira ve benzeri sözleşmelere konu bedel için hazırlanan poliçe için bankanın ödeme taahhüdü vermesidir.²⁰⁴ Aval kredisi ise bankanın müşteriye ait bono veya poliçeden doğan kambiyo borcuna yönelik ödeme taahhüdü yani garanti vermesidir.²⁰⁵ Dolayısıyla müşteri, elindeki kambiyo senedini daha kolay bir şekilde iskonto ettirebilmekte veya ifa amacıyla devredebilmektedir.

Akreditif açan banka kendi müşterisine (yani akreditif amiri olan ithalatçıya) bir gayrinakdî kredi tahsis etmektedir. Bütün dillerde “kredi mektubu/dokümanı” olarak ifade edilen *akreditif*, adında kredi geçmesine rağmen genel kabule göre bir kredi işlemi değil ödeme yöntemidir.²⁰⁶ Ancak akreditif bankası ödemeyi müşterisinden tahsil etmeyip kısmen veya tamamen kendi ödemesi (fonlu akreditif) halinde müşterisine kredi kullandırmış olmaktadır. Banka akreditif açmakla aynı zamanda yurtdışındaki ihracatçı lehine geri dönülemez bir ödeme yükümlülüğü altına girmektedir.²⁰⁷ Dolayısıyla akreditif, taraflar arasındaki borcun ödenmesini güvence altına aldığından ötürü teminat fonksiyonu ve gayrinakdî kredi özelliği inkâr edilemeyen bir hukuki ilişkidir. Bankacılık Hukuku’nun 48. maddesinde akreditifler gayrinakdî kredilerin arasında sayılmamasına rağmen bankacılık sektöründe gayrinakdî kredi olarak kabul edilip uygulandığı görülmektedir.²⁰⁸ Sonuç olarak, her ne kadar akreditif uygulaması işlevi itibariyle bir ödeme yöntemi olarak görülse de ödeme taahhüdü içermesi akreditiflerin teknik anlamda bir gayrinakdî kredi uygulaması olduğunu göstermektedir.

Teminat mektupları veya banka garantileri bankanın müşterisi lehine üçüncü tarafa ödeme garantisi sunmasından dolayı bir gayrinakdî kredi olarak kabul edilmektedir.²⁰⁹ Türk hukukunda teminat mektupları tanımlanmamış ve doğrudan pozitif düzenlemelere konu edilmemiş olmasına rağmen 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ve muhtelif yönetmeliklerde bir gayrinakdî kredi türü olduğu defalarca

²⁰⁴ Tekinalp, *Banka Hukuku*, 544.

²⁰⁵ Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 53; Tekinalp, *Banka Hukuku*, 545.

²⁰⁶ Reisoğlu, *Akreditif*, 19-20.

²⁰⁷ Reisoğlu, *Akreditif*, 48.

²⁰⁸ Türkiye Ekonomi Bankası (TEB), “Gayrinakdî Krediler” (Erişim 13 Temmuz 2021); Türkiye İş Bankası, “Gayrinakdî Krediler” (Erişim 13 Temmuz 2021); Kuveyttürk, “Gayri Nakdi Finansman” (Erişim 13 Temmuz 2021).

²⁰⁹ Tekinalp, *Banka Hukuku*, 510; Reisoğlu, *Teminat Mektupları*, 22, 108; Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 257.

zikredilmiştir. Bankacılık Kanunu’nda teminat mektuplarının gayrinakdî kredi olduğu şu şekilde ifade edilmektedir: “Bankalarca verilen nakdî krediler ile teminat mektupları, kontrgarantiler, kefaletler, aval, ciro, kabul gibi gayrinakdî krediler ve bu niteliği haiz taahhütler... bu kanun uygulamasında kredi sayılır.”²¹⁰ Aynı şekilde; “Bankalarca Kredilerin ve Diğer Alacakların Niteliklerinin Belirlenmesi ve Bunlar İçin Ayrılacak Karşılıklara İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik’in” 7 numaralı maddesinde gayrinakdî krediler arasında teminat mektupları da sayılmaktadır.²¹¹ Yine “Bankaların Kredi İşlemlerine İlişkin Yönetmelik’in” 12 numaralı maddesinde de teminat mektupları bir gayrinakdî kredi türü olarak ifade edilmektedir.²¹²

Mevzuatta ifade edildiği üzere ödeme taahhüdü/garantisi niteliğindeki bankacılık uygulamalarının tamamı gayrinakdî kredi olarak kabul edilmektedir. Teminat mektupları da herhangi bir borcun teminat altına alınması amacıyla alacaklı tarafa ödeme garantisi verilmesi anlamına geldiğinden dolayı temel bir gayrinakdî kredi uygulamasıdır. Teminat mektuplarının gayrinakdî kredi özelliği mevzuat metinleri haricinde bankaların müşterileriyle yapmış oldukları “Genel Kredi Sözleşmelerinde (GKS)” açıkça görülebilmektedir.

Faizli bankaların müşterileriyle akdettiği Genel Kredi Sözleşmelerinde banka müşterisine tanıdığı kredi limiti dâhilinde teminat mektubu, harici garanti, kontrgaranti vb. gayrinakdî krediler verebilmektedir.²¹³ Açılan gayrinakdî krediye konu meblağ müşterinin kredi limitinden düşmekte, öncesinde nakdî veya aynî teminatlar alınmakta, verilen garantiye dair tüm mali sorumluluk müşteriye yüklenmekte ve ödeyeceği komisyonların şartları netleştirilmektedir.²¹⁴ Sunulan garantinin tazmini hususunda ise meblağın banka tarafından muhataba havale edileceği, söz konusu tutarı müşterinin banka nezdindeki hesabında hazır tutması gerektiği, aksi halde banka

²¹⁰ Bankacılık Kanunu, md. 48.

²¹¹ Bankalarca Kredilerin ve Diğer Alacakların Niteliklerinin Belirlenmesi ve Bunlar İçin Ayrılacak Karşılıklara İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik (Karşılıklar Yönetmeliği), *Resmî Gazete* 26333, (01.11.2006), md. 7.

²¹² Bankaların Kredi İşlemlerine İlişkin Yönetmelik (Kredi Yönetmeliği), *Resmî Gazete* 26333, (01.11.2006), md. 12.

²¹³ Türkiye Vakıflar Bankası (Vakıf Bank), “Genel Kredi Sözleşmesi” (Erişim 13 Temmuz 2021), md. 3.

²¹⁴ Vakıf Bank, “Genel Kredi Sözleşmesi”, md. 33.

tarafından ödenen tüm tutarların nakdî krediye dönüşerek muacceliyet kesbedeceği ve söz konusu tutarın müşteri tarafından bankaya ödeneceği tarihe kadar gecikme faizi işletilmesi konuları yer almaktadır.²¹⁵

Teminat mektupları faizsiz finans kurumları nezdinde de bir gayrinakdî kredi olarak kabul edilmekte ve faizli bankalara benzer şartlar çerçevesinde verilmektedir. Katılım bankalarının müşterileriyle akdettiği Genel Kredi Sözleşmesi'nde teminat mektupları, garanti, kontrgaranti, kefalet ve benzeri işlemlerin garanti taahhüdü olarak düzenlenen bir gayrinakdî kredi oldukları vurgulanmaktadır.²¹⁶ Söz konusu GKS'de teminat mektupları hakkında faizli bankaların öne sürdüğü maddelere benzer maddeler bulunmaktadır. Bazı kavramlarda (faiz-kâr payı, gecikme faizi-gecikme cezası vb.)²¹⁷ kurum prensiplerinden kaynaklanan farklılıklar olmasına rağmen faizli ve faizsiz bankalara ait GKS sözleşmelerinin maddeleri birçok açıdan (özellikle sonuçları itibariyle) benzeşmektedir. Sonuç olarak, faizli yahut faizsiz olsun Türkiye'de faaliyet gösteren bankalar teminat mektuplarını müşterileriyle yaptıkları çerçeve sözleşmelerde gayrinakdî kredi olarak tasarlamaktadırlar.

²¹⁵ Vakıf Bank, "Genel Kredi Sözleşmesi", md. 34/19.

²¹⁶ Kuveyt Türk Katılım Bankası (Kuveyt Türk), "Genel Kredi Sözleşmesi" (Erişim 13 Temmuz 2021), md. 9.

²¹⁷ Kuveyt Türk, "Genel Kredi Sözleşmesi", md. 16/4/2.

İKİNCİ BÖLÜM:

TEMİNAT MEKTUPLARININ FIKHÎ AÇIDAN İNCELENMESİ

Modern İslami finans sistemi içinde yeni bir mesele olarak ortaya çıkan banka teminat mektupları, muasır İslam hukukçuları tarafından mahiyeti, işlevi ve doğurduğu fikhî sonuçlar bakımından incelenmiştir. 1970’li yıllardan itibaren görünür hale gelen tartışmalar, İslam hukukçularının bireysel çalışmalarının yanı sıra fetva kurullarının kolektif araştırmaları ile muhtelif mercilerce yayınlanan karar ve standartlar üzerinden yürütülmüştür. Ancak yaklaşık yarım asırdır devam eden araştırmalar neticesinde teminat mektuplarının mahiyeti ve bilhassa karşılığında ücret alınması hususunda tam anlamıyla bir uzlaşma sağlandığı söylenemez. Bununla birlikte, literatüre katkı sağlayan araştırmacıların çoğunluğu teminat mektuplarını prensipte kefalet akdi olarak kabul etmekte ve masraflar haricinde reel bir ücretin tahsil edilmesine cevaz vermemektedir.

Teminat mektuplarının fikhî mahiyeti konusunda; kefalet akdi başta olmak üzere klasik fıkıh literatüründeki akit tiplerinden birinin kapsamına girip girmediği, farklı durumlarda akdin değişip değişmediği veya yeni bir akit niteliği taşıyıp taşımadığı tartışılmıştır. Teminat mektupları karşılığında ücret alınıp alınamayacağı meselesi gibi fer’î hususlar ise genellikle fikhî mahiyete dair ortaya koyulan görüşlerin uzantısı olarak serdedilmiştir.

Teminat mektuplarına dair modern fikhî tartışmaların 1970’lerin sonundan itibaren ortaya çıktığı görülmektedir. Tartışmaların merkezinde teminat mektubunun ve karşılığında komisyon alınmasının caiz olup olmadığı yer almaktadır.²¹⁸ 1979 Dubai Birinci İslami Bankalar Konferansı’na atıf yapılan erken fetvalar yanında, 1984 tarihli II. Nedvetü’l-Bereke’de teminat mektubu düzenlenmesi karşılığında komisyon alınması meselesi müstakil olarak ele alınmış; 1985 tarihli İslam Fıkıh Akademisi kararı ise meseleyi sistematik biçimde hükme bağlayarak sonraki literatür ve standartlar üzerinde belirleyici olmuştur. Bu durumun, yakında dönemde İslami bankaların faaliyete geçerek etkinliğini arttırmasıyla ilişkili olduğu söylenebilir. Nitekim Müslümanlar için alternatif bir finans kurumu olma yolunda İslami bankaların

²¹⁸ Ebu Gudde - Huce, *Nedveti’l-bereke*, 33 ve 51.

teminat mektubu gibi önemli bir hizmeti müşterilerine sunması elzem olduğundan söz konusu mesele kısa zamanda İslam hukukçularının gündeminde yerini almıştır.²¹⁹

1979-1985 yılları arasında düzenlenen ilmî toplantılarda teminat mektuplarının ele alınış biçimi, daha sonraki tartışmaları büyük ölçüde etkilemesi ve literatürdeki tartışma eksenini göstermesi bakımından önemlidir. Bu dönemde konu esas itibarıyla iki ana mesele etrafında tartışılmıştır: Bunlardan ilki teminat mektuplarının fikhî mahiyetinin tespiti, ikincisi ise bu işlem karşılığında alınan komisyonun hükmüdür. Kurullara yöneltilen sorular, sunulan tebliğler ve yapılan müzakereler, sonraki araştırma, fetva ve standartlarda da belirleyici olacak bu iki problem alanını açık biçimde ortaya koymuştur:

1. **Teminat mektuplarının fikhî mahiyeti:** Bu başlık altında teminat mektuplarının klasik fıkıh geleneğinde yer alan isimli akitlerden hangisi kapsamında değerlendirileceği tartışılmıştır. Bu bağlamda teminat mektubunun kefalet akdi içinde mi ele alınacağı, kefaletin günümüz bankacılık uygulamaları dikkate alınarak daha farklı ve geniş bir içerikle mi anlaşılması gerektiği yahut klasik akit kalıplarıyla tam olarak açıklanamadığı için yeni bir akit olarak mı kabul edileceği soruları öne çıkmaktadır. Ayrıca teminat mektubunun müşterinin banka nezdinde nakdî veya gayri nakdî teminat bulundurup bulundurmamasına göre akdin farklılaşması da bu tartışmanın önemli bir parçasını oluşturmaktadır.
2. **Teminat mektubu komisyonunun hükmü:** İkinci temel mesele, teminat mektubu karşılığında bankanın aldığı ücret veya komisyonun fikhî hükmüdür. Teminat mektubunun kefalet kapsamında değerlendirilmesi hâlinde, kefaletin klasik fıkıhta çoğunlukla teberru mahiyetinde görülmesi sebebiyle ücretli kefaletin meşruiyeti tartışma konusu olmuştur. Buna karşılık komisyona imkân tanıma istencinin bir tezahürü olarak müşterinin banka nezdinde teminat bulundurduğu hâllerde işlemin kefaletten ziyade vekâlet veya hizmet ilişkisi çerçevesinde değerlendirilmesi de gündeme

²¹⁹ Kahraman da teminat mektupları hakkında yapılan ilk fikhî tartışmaların ortaya çıkışını aynı sebebe bağlamaktadır. Abdullah Kahraman, *İslam Borçlar Hukukunda Kefalet Sözleşmesi ve Günümüzdeki Tatbikatı* (İstanbul: M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2008), 329.

gelmiştir. Bu noktada komisyonun teminat mektubu bedeline oranlanarak belirlenip belirlenemeyeceği, yalnızca fiilî masraflarla sınırlı tutulup tutulmayacağı ve bankanın üstlendiği riskin ücrete konu edilip edilemeyeceği gibi hususlar ayrıca önem kazanmaktadır.

Bu çerçevede teminat mektuplarına dair modern fikhî görüşler, akdin mahiyetinin belirlenmesi ve bu mahiyete bağlı olarak komisyonun hükmünün tespit edilmesi şeklinde iki ana eksen üzerinden incelenecektir. Ancak bu tartışmanın sağlıklı biçimde anlaşılabilmesi için öncelikle kefalet akdinin İslâm hukukundaki genel çerçevesinin ortaya konulması gerekir. Zira teminat mektuplarına ilişkin çağdaş değerlendirmelerin önemli bir kısmı; kefalet akdinin tanımı, mahiyeti, tarafları, konusu, bağlayıcılığı ve ücret karşılığında yapılıp yapılamayacağı gibi klasik tartışmalara dayanmaktadır. Bu sebeple aşağıda önce Hanefî mezhebi özelinde genel hatlarıyla İslâm hukukunda kefalet akdi ele alınacak, ardından teminat mektuplarının fikhî mahiyetine ve bu işlem karşılığında alınan komisyona ilişkin modern yaklaşımlar değerlendirilecektir.

1. Genel Hatlarıyla İslâm Hukukunda Kefalet Akdi

Kefalet, İslâm hukukunda bir borcun veya şahsın güvence altına alınmasını ifade eden akitlerden biridir. Sözlükte “bir şeyi bir şeye eklemek, katmak, bitiştirmek” anlamlarına gelen kefalet, fıkıh literatüründe bir kimsenin zimmetinin başka bir kimsenin zimmetine eklenmesi suretiyle asıl borcun kefil olan kişiden de talep edilerek alacaklı lehine güvence sağlanan akit şeklinde tarif edilmiştir.²²⁰ Bu yönüyle kefalet, borç ilişkisinde alacaklının alacağını elde etme imkânını kuvvetlendiren, borçlunun edimini yerine getirmemesi hâlinde üçüncü bir kişiye başvuru imkânı veren teminat nitelikli bir işlem olarak karşımıza çıkmaktadır.²²¹

Kefalet kavramı, klasik fıkıh kaynaklarında zaman zaman damân, hamâle ve zaâmet gibi kavramlarla birlikte ele alınmıştır. Bu kavramlar arasında anlam yakınlığı bulunmakla birlikte, her birinin kullanıldığı bağlam ve vurguladığı yön bakımından

²²⁰ Ali el-Haffif, *ed-Damân fi'l-fikhi'l-İslâmî* (Kahire: Dârü'l-Fikri'l-Arabî, 2000), 194; Ebubekir b. Mesud El-Kâsânî, *Bedâiü's-sanâi fi tertibi's-şerâi* (Kahire: Dârü'l-hadîs, 2005), 7/355.

²²¹ H. Yunus Apaydın, “Kefalet”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2002), 25/168.

bazı farklılıklar mevcuttur. Damân daha çok malî sorumluluk ve tazmin yükümlülüğü bağlamında kullanılırken, hamâle özellikle diyet gibi ağır malî yükümlülüklerin üstlenilmesiyle ilişkilendirilmiştir. Zaâmet ise kimi kullanımlarda bir kimsenin sorumluluğunu üstlenme anlamında kefaletle yakın bir anlam taşır.²²² Bununla birlikte fıkıh literatüründe kefalet terimi hem şahsa hem de mala ilişkin teminatı kapsayacak şekilde geniş bir muhtevaya sahiptir.²²³

Kefaletin tanımı konusunda mezhepler arasında bazı ifade farklılıkları bulunmaktadır. Hanefî fakihleri kefaleti çoğunlukla “bir zimmetin başka bir zimmete eklenmesi” şeklinde tanımlamışlardır.²²⁴ Buna göre kefil, borcun bizzat asıl borçludan düşmesini sağlamamakta; aksine kefilin zimmetinde de aynı borç olacak şekilde artırmaktadır. Bu sebeple fakihlerin çoğunluğunun nazarında kefalet, borcun asıl borçludan kefile tamamen intikali anlamına gelmez. Bazı fakihler kefaleti, borcun kefilin zimmetine intikali şeklinde değerlendirmiştir.²²⁵ Bu yaklaşıma göre kefalet sonucunda asıl borçlunun zimmeti borçtan kurtulmakta, borç kefilin zimmetine geçmektedir. Ancak bu görüş, klasik fıkıh literatüründe genel kabul gören yaklaşım değildir. Özellikle Hanefîlerin de dahil olduğu genel kabul açısından kefaletin temel özelliği borcun nakli değil, borca ilişkin ödeme sorumluluğunun yüklenilmesi (iltizam) anlamına gelmektedir.²²⁶ Bu ayrım, kefaletin havale akdinden ayrılması bakımından da önemlidir. Havalede borç bir zimmetten diğerine nakledilirken, kefalette alacaklıya ek bir müracaat imkânı tanınmaktadır. Dolayısıyla kefalet, borcun sona erdirilmesi veya başka bir borçluya devredilmesi değil, alacağın güvence altına alınması işlevini görmektedir.²²⁷

Kefalet genel olarak iki ana türe ayrılmaktadır: şahsa kefalet ve mala kefalet.²²⁸ Şahsa kefalet, bir kimsenin gerektiğinde mahkemeye veya alacaklı huzuruna

²²² Muhammed b. Ahmed es-Serahsî, *el-Mebsût* (Kahire: Matbaatü's-Saâde, 1324), 19/161; Apaydın, “Kefalet”, 25/169.

²²³ Serahsî, *el-Mebsût*, 19/162; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 7/356.

²²⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, 19/161; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 7/356.

²²⁵ Hafif, *ed-Damân*, 195; Apaydın, “Kefalet”, 25/170.

²²⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, 19/161; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 7/370.

²²⁷ Apaydın, “Kefalet”, 25/170. Hanefîler özelinde kefaletin borç konusunda mı yoksa mütalebe (borcun talep edilmesi) konusunda mı zimmetin zimmete eklendiği tartışması hakkında bkz. Hafif, *ed-Damân*, 200-201.

²²⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, 19/162.

getirilmesini üstlenmektir. Bu tür kefalette kefilin borcu, doğrudan malî bir ödeme yapmak değil, kefil olunan kişiyi talep edildiğinde hazır bulundurmaktır.²²⁹ Ancak bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi hâlinde kefilin sorumluluğunun malî bir sonuca dönüşüp dönüşmeyeceği mezhepler arasında tartışılmıştır. Özellikle şahsa kefaletin ceza davaları ve had-kıyas alanındaki geçerliliği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır.²³⁰ Bununla birlikte teminat mektupları bakımından asıl önem arz eden kısım, şahsa kefaletten ziyade mala kefalet ve borca ilişkin sorumluluk üstlenilmesidir. Mala kefalet ise kefilin bir malın teslimini, bir borcun ödenmesini veya bir malî sorumluluğun yerine getirilmesini üstlenmesidir.²³¹ Bu tür kefalet, alacaklının malî hakkını teminat altına alması ve borcun ödeme sorumluluğunun üstlenilmesi bakımından teminat mektuplarına zemin teşkil etmektedir.

Kefalet akdinin tarafları; kefil, alacaklı (mekfûl leh) ve asıl borçlu (asil) şeklinde ifade edilebilir. Ancak akdin kurulması için hangi tarafların iradesinin gerekli olduğu konusunda mezhepler arasında farklı görüşler bulunmaktadır.²³² Hanefî mezhebinde kefalet, kural olarak kefilin irade beyanıyla kurulan bir akit olarak değerlendirilmiştir.²³³ Bununla birlikte alacaklının kabulü veya en azından bu kefaleti reddetmemesi meselesi tartışmalıdır. Bazı fakihler kefaletin tam anlamıyla akit sayılabilmesi için alacaklının kabulünü gerekli görürken, bazıları kefilin tek taraflı beyanının bağlayıcı sonuç doğurabileceğini savunmuştur.²³⁴ Kefaletin kurulması bakımından asıl borçlunun rızasının şart olup olmadığı da bir başka tartışma konusudur. Genel olarak kefaletin geçerliliği için borçlunun rızasının zorunlu olmadığı kabul edilmiştir.²³⁵ Çünkü kefalet, borçlunun zimmetindeki borcu ortadan kaldırmamakta, alacaklıya ek bir teminat sağlamaktadır. Ancak kefilin asıl borçluya rücu edip edemeyeceği bakımından borçlunun izni önem kazanır. Borçlunun izniyle kefil olan kişi, borcu ödedikten sonra asıl borçluya rücu edebilir.²³⁶ Buna karşılık borçlunun izni olmaksızın kefil olan kişinin rücu hakkı konusunda farklı görüşler

²²⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, 19/162-163; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 7/356.

²³⁰ Apaydın, “Kefalet”, 25/170-173.

²³¹ Hafif, *ed-Damân*, 194; Apaydın, “Kefalet”, 25/171.

²³² Apaydın, “Kefalet”, 25/172.

²³³ Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 7/355-356.

²³⁴ Apaydın, “Kefalet”, 25/171-172.

²³⁵ Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 7/355; Hafif, *ed-Damân*, 202-203.

²³⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, 20/133; Hafif, *ed-Damân*, 277-280.

bulunmaktadır.²³⁷ Bu yönüyle kefaletin kuruluşu ile kefilin ödeme sonrası rücu hakkı birbirinden ayrılmalıdır.

Kefilin “ben kefilim”, “borcu üstlendim” veya benzeri bir taahhüt ifade eden sözleriyle kefalet kurulabilir.²³⁸ Bununla birlikte kullanılan lafzın açık veya kinayeli oluşuna göre akdin kurulup kurulmadığı, tarafların kastı ve örfî kullanım dikkate alınarak belirlenir. Kefaletin süreye, şarta veya belirli bir vakte bağlanması da mümkündür. Mesela kefilin borcu hemen ödemeyi değil, belirli bir süre sonra ödemeyi üstlenmesi yahut kefaletin belirli bir şartın gerçekleşmesine bağlanması fıkıh kaynaklarında ele alınmıştır.²³⁹ Bu husus, modern finansal teminat işlemlerinde kefaletin belirli vadeler, şartlar ve limitler çerçevesinde düzenlenebilmesi bakımından ayrıca önem taşımaktadır.

Kefaletin konusu ve tarafları bakımından da bazı şartlar aranmıştır. Buna göre kefalet konusu borcun veya hakkın hukuken tazmine konu (mazmun) ve talep edilebilir nitelikte olması gerekir.²⁴⁰ Özellikle mala kefalette, kefalet altına alınan borcun sahih ve bağlayıcı bir borç olması önemlidir. Henüz doğmamış borçlara veya ileride doğması muhtemel yükümlülöklere kefaletin caiz olup olmadığı ise tartışmalıdır.²⁴¹ Kefil açısından en önemli şartlardan biri, onun teberruya ehil olmasıdır. Çünkü kefalet, klasik fıkhıta çoğunlukla ivazsız/karşılıksız bir akit olarak göröldüğünden kefilin akıl, bâliğ, hür ve malî tasarruf ehliyetine sahip olması aranır.²⁴² Bu sebeple çocuk, akıl hastası veya malî tasarrufları kısıtlanmış kimsenin kefaleti geçerli görölmez. Alacaklı bakımından temel şart, kefaletten doğan talep hakkının kime ait olduğunun bilinebilir olmasıdır. Zira kefalet, alacaklı lehine kurulan bir teminat niteliğİ taşıır. Bu nedenle alacaklının belirli veya belirlenebilir olması gerekir. Asıl borçlu bakımından ise kefaletin geçerliliğİ için onun rızası kural olarak şart değildir.²⁴³ Ancak asıl borçlunun izni, kefilin daha sonra ona rücu edip edemeyeceğİ bakımından önem taşıır.

²³⁷ Apaydın, “Kefalet”, 25/172, 175-176.

²³⁸ Hafif, *ed-Damân*, 222.

²³⁹ Kâsânî, *Bedâi’u’s-sanâi’*, 7/357; Hafif, *ed-Damân*, 217-218.

²⁴⁰ Kâsânî, *Bedâi’u’s-sanâi’*, 7/367.

²⁴¹ Apaydın, “Kefalet”, 25/174-175.

²⁴² Kâsânî, *Bedâi’u’s-sanâi’*, 7/363.

²⁴³ Kâsânî, *Bedâi’u’s-sanâi’*, 7/364-366.

Kefaletin bağlayıcılığı konusunda genel kabul, kefilin üstlendiği sorumluluktan tek taraflı olarak dönemeyeceği yönündedir. Zira kefalet, alacaklı lehine bir hak doğurduktan sonra kefilin bu yükümlülüğü tek taraflı iradesiyle ortadan kaldırması alacaklı açısından güvence fonksiyonunu zayıflatır.²⁴⁴ Bununla birlikte kefaletin belirli süreli kurulması, kefilin sorumluluğunun zaman bakımından sınırlandırılması veya borcun ifasıyla kefaletin sona ermesi mümkündür.²⁴⁵ Bu yönüyle kefalet hem şahsî güven ilişkisine dayanan hem de belirli hukukî sonuçlar doğuran bağlayıcı bir teminat akdi niteliği taşımaktadır.

Kefalet akdinin sağladığı temel fonksiyon, alacaklının asıl borçluya birlikte kefilden de alacağını isteme (mütâlebe) hakkıdır. Ancak bu hakkın kapsamı mezhepler arasında farklı yorumlanmıştır. Hanefî mezhebinde alacaklı, asıl borçluya başvurmadan doğrudan kefile müracaat edebilir, hatta hem asıl borçludan hem de kefilden aynı anda borcunu talep edebilir.²⁴⁶ Buna karşılık bazı mezhepler, alacaklının öncelikle asıl borçluya başvurması gerektiği yönünde daha sınırlayıcı bir tutum benimsemiştir. Bu ayrım, kefaletin fer'î niteliği ve kefilin sorumluluğunun derecesi bakımından önemlidir. Kefaletin asıl borca bağlı olması, borcun geçersiz olması hâlinde kefaletin de geçersiz olması sonucunu doğurur.²⁴⁷

Kefilin borcu ödemesi hâlinde asıl borçluya rücu edip edemeyeceği meselesi, kefaletin en önemli sonuçlarından biridir. Genel olarak kefilin rücu hakkı, kefaleti asıl borçlunun izniyle üstlenmiş olmasına ve ödemeyi onun adına yapmış bulunmasına bağlanmıştır. Eğer kefil, borçlunun talebi veya izniyle kefil olmuş ve daha sonra borcu ödemişse, ödediği miktarı asıl borçludan talep edebilir.²⁴⁸ Buna karşılık borçlunun izni olmadan kefil olan veya ödemeyi teberra kastıyla yapan kefilin rücu hakkı tartışmalıdır.²⁴⁹

²⁴⁴ Apaydın, “Kefalet”, 25/175-176

²⁴⁵ Hafif, *ed-Damân*, 208.

²⁴⁶ Zahirü'r-rivayede alacaklının ilk önce kefilden alacağını isteme hakkının olmadığı rivayet edilmektedir. Kâsânî, *Bedâi' u's-sanâi* , 7/359. Modern Türk hukukundaki kefalet akdinde alacaklı kural olarak önce asıl borçludan talepte bulunmalıdır, doğrudan kefile gidemez. Eren, *Borçlar Hukuku*, 780

²⁴⁷ Apaydın, “Kefalet”, 25/175.

²⁴⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, 20/133; Kâsânî, *Bedâi' u's-sanâi* , 7/377; Hafif, *ed-Damân*, 277-280.

²⁴⁹ Apaydın, “Kefalet”, 25/175-176.

Kefalette rücu meselesi, akdin teberru niteliğini ve ücret karşılığında kefalet tartışmasını anlamak bakımından önemli bir yere sahiptir. Kâsânî'ye göre kefalet borçlunun talebi üzerine gerçekleşmişse kefil, borcu ödedikten sonra asıl borçluya rücu edebilir. Çünkü borçlunun kefalet talebinde bulunması, gerçekte kefilden karz talep etmesi anlamına gelir. Bu durumda kefil, borcu ödemekle asıl borçluya borç vermiş; ödeme sırasında da onun vekili gibi hareket ederek borcu eda etmiş olur. Karz verenin karz isteyene rücu ettiği gibi kefil de ödediği tutarı asıl borçludan talep edebilir.²⁵⁰ Buna karşılık kefilin rücu hakkı, kefaletin borçlunun emir veya talebiyle yapılmasına bağlıdır. Zira borçlunun talebi bulunmadığında işlemde karz verme (istikrâz) anlamı gerçekleşmez; bu durumda kefilin başkasının borcunu ödemesi çoğunluğa göre mahzâ teberru niteliği taşır ve kefil asıl borçluya rücu edemez. Ayrıca rücu hakkının doğması için kefilin yalnızca kefalet altına girmesi yeterli olmayıp borcu fiilen ödemiş olması gerekir. Çünkü rücu imkânını doğuran husus, kefalet taahhüdünün kendisi değil, ödemenin ikrâz ve temlik anlamı taşımasıdır.²⁵¹

Bu açıklama, kefaletin klasik fıkıh geleneğinde neden çoğunlukla teberru karakteriyle ele alındığını da göstermektedir. Borçlunun talebi bulunmaksızın yapılan kefalet ve ödeme teberru olarak değerlendirilirken, borçlunun talebiyle yapılan kefalette kefilin rücu hakkı karz ilişkisi üzerinden temellendirilmektedir. Dolayısıyla kefaletin ücret karşılığında yapılıp yapılamayacağı tartışılırken, kefilin hangi durumda gerçekten teberruda bulunan, hangi durumda ise borç veren gibi hareket ettiği meselesi belirleyici olmaktadır.

Klasik fıkıh düşüncesinde kefalet akdinin teberru mahiyeti yardımlaşma ve iyilikte bulunma fonksiyonuyla ilişkilendirildiği için karşılıksız (ivazsız) olarak üstlenilen bir sorumluluk şeklinde değerlendirilmiş ve kefalet karşılığında bir ücret/bedel/ödül alınması caiz görülmemiştir.²⁵² Halbuki, kefalet akdinin borcun edasıyla karza dönüşmesi, kefalet için alınan ücreti de faiz veya faiz şüphesi haline getirebileceği için caiz görülmemiş olması çok daha olası görünmektedir.

²⁵⁰ Kâsânî, *Bedâi' u 's-sanâi'*, 7/377.

²⁵¹ Kâsânî, *Bedâi' u 's-sanâi'*, 7/382-385.

²⁵² Serahsî, *el-Mebsût*, 20/32; Kâsânî, *Bedâi' u 's-sanâi'*, 7/383-384; Hafif, *ed-Damân*, 206.

Kefalet akdinin sona ermesi de çeşitli sebeplerle gerçekleşebilmektedir: Borcun ödenmesi, alacaklının kefilini ibra etmesi, kefalet konusu borcun düşmesi veya kefaletin belirli süreyle sınırlı kurulmuş olması hâlinde sürenin dolması bu sebepler arasında sayılabilir. Ayrıca borcun asıl borçlu tarafından ifa edilmesiyle kefilin sorumluluğu da sona erer.²⁵³ Çünkü kefalet, asıl borca bağlı fer'î bir güvence niteliği taşır. Bununla birlikte kefilin ölümü, borcun niteliği ve mirasçılara intikal meselesi bakımından farklı değerlendirmelere konu olmuştur. Mala kefalette kefilin zimmetindeki sorumluluk, tereke sınırları içinde devam edebilirken, şahsa kefalette kefilin ölümüyle yükümlülüğün sona ermesi daha güçlü bir ihtimal olarak görülmüştür.²⁵⁴

2. Teminat Mektuplarına Dair Modern Fıkhi Görüşler

Teminat mektuplarına dair muasır fıkıh literatüründe tartışmanın merkezinde öncelikle bu işlemin fikhî mahiyetini tespit etme çabası yer almaktadır. Zira teminat mektubunun hangi akit kapsamında değerlendirileceği, buna bağlı olarak komisyon alınıp alınamayacağı meselesini de doğrudan etkilemektedir. Bu sebeple modern fikhî değerlendirmelerde banka teminat mektupları çoğunlukla kefalet, vekalet, damân, karz ve ücret ilişkisi etrafında ele alınmıştır.²⁵⁵ Konuya dair farklı yaklaşımlar ve görüşler iki başlık altında toplanabilir. İlk yaklaşım, teminat mektuplarını esas itibarıyla kefalet veya damân ilişkisi çerçevesinde değerlendirmekte; müşterinin bankaya nakdî teminat sağlayıp sağlamamasına göre vekalet unsurlarının da devreye girebileceğini kabul etmektedir. Bu yaklaşımda teminat mektubu, farklı görünümde arz etse de temelde kefalet eksenli bir işlem olarak görülmektedir. İkinci yaklaşım ise teminat mektuplarını klasik fıkıh literatüründeki isimli akitlerden birine indirgemek yerine, modern ticari hayatın ihtiyaçları çerçevesinde ortaya çıkan yeni veya kendine özgü bir akit olarak değerlendirmektedir.

Konuyu ele alan çalışmaların merkezinde öncelikli olarak meselenin fikhî mahiyetini tespit etme amacı olduğu görülmektedir. Diğer bir deyişle, temel bir

²⁵³ Serahsî, *el-Mebsût*, 20/96.

²⁵⁴ Apaydın, “Kefalet”, 25/176-177.

²⁵⁵ Ebû Gudde - Hûce, *Nedveti'l-bereke*, 54.

bankacılık hizmeti olan teminat mektuplarının fikhî açıdan ne tür bir nitelik arz ettiği ve esas alınan doktrinde nasıl konumlandırılması gerektiği ilk aşamada cevaplanması gereken soru olagelmıştır. Bu minvalde muasır İslam hukukçuları tarafından yürütülen incelemelerde ana ve öncelikli amaç; banka teminat mektuplarının fikhî açıdan ne tür bir akit olduğunun tespit edilmesi ve buna binaen karşılığında ücret alınması başta olmak üzere tali konularda tafsilatlı hükümlerin belirlenmesidir.

2.1. Kefalet Akdi Görüşü

Muasır İslam hukukçularının önemli bir kısmı, teminat mektuplarını şahsî teminat ilişkisi niteliği taşıması sebebiyle kefalet akdi kapsamında değerlendirmiştir. Bu yaklaşımın temelinde, klasik fıkıh doktrininde teminat mektubuna benzer şekilde üçüncü kişi lehine borç veya ödeme sorumluluğu üstlenmeyi ifade eden tek akdin kefalet olması yer almaktadır. Nitekim teminat mektubunda da banka, müşterisinin borcunu veya edimini güvence altına almakta ve muhataba karşı belirli şartlar altında ödeme taahhüdünde bulunmaktadır. Bu sebeple tartışmaların başlangıcından itibaren teminat mektupları umumiyetle klasik fıkıhta kabul edildiği şekliyle kefalet akdi çerçevesinde ele almaktadır.²⁵⁶

Bu görüşe göre teminat mektubunun modern hukukta garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmesi, onun fikhî açıdan kefalet kapsamında değerlendirilmesine engel değildir. Zira İslam hukukunda kefaletin mahiyeti ve kefilin sorumluluğunun sınırları modern Türk hukukundaki kefalet anlayışıyla birebir örtüşmemektedir. Klasik fıkıhta mütalebede sıra gözetilmemesi ve kefilin doğrudan talep edilebilir olması, teminat mektubundaki banka sorumluluğunun kefalet akdinden tamamen farklı olduğu sonucuna varmayı zorlaştırmaktadır. Bu sebeple teminat mektubunda bankanın müşterisi lehine üçüncü kişiye karşı ödeme yükümlülüğü üstlenmesi, kefalet veya damân kapsamında açıklanabilir görülmektedir.²⁵⁷

Kefalet eksenli yaklaşım, teminat mektubunu doğrudan kefalet akdi olarak kabul etmekte ve buna klasik kefalet hükümlerinin uygulanması gerektiğini

²⁵⁶ Ebû Zeyd, Bekir. “Hitâbu’ d-Damân”. Mecelletü Mecma’i’l-Fıkhi’l-İslâmî 2/2 (1986), 1041; Bayındır, *Faizsiz Bankacılık*, 137.

²⁵⁷ Bayındır, *Faizsiz Bankacılık*, 137-138.

savunmaktadır. Bu çizgide kefaletin teberru niteliği öne çıkarılmakta; kefilin sırf kefalet sebebiyle ücret almasının caiz olmadığı, ancak işlem sebebiyle doğan fiili masrafların tahsil edilebileceği kabul edilmektedir.²⁵⁸ Bu yaklaşım, teminat mektubunu klasik fıkıh birikimi içinde açıklaması bakımından sistematik bir zemine sahip olmakla birlikte, bankanın modern teminat mektubu ilişkisinde üstlendiği bağımsız teminat fonksiyonunu ayrıca tartışmamaktadır.

Bu yaklaşımın en önemli hususiyeti ise müşterinin bankaya sağladığı teminat durumunu dikkate alması ve teminat mektubunun bazı yönleriyle vekalet ilişkisi de içerebileceğini kabul etmesidir. Buna göre müşteri bankaya herhangi bir nakdî teminat yatırmamışsa ilişki kefalet veya damân niteliği taşımaktadır. Teminat mektubu bedeli kadar nakdî teminatın bankaya yatırılması hâlinde ise banka, müşterinin parasıyla ödeme yapan bir vekil konumuna gelmektedir. Kısmî teminat durumunda ise teminatlı kısım bakımından vekalet, teminatsız kısım bakımından kefalet hükümlerinin uygulanabileceği kabul edilmektedir.²⁵⁹ Bu sebeple teminata göre değişen akit görüşü, ayrı ve bağımsız bir görüş olmaktan ziyade kefalet merkezli yaklaşımın teminat durumuna göre farklılaşan bir yorumu olarak değerlendirilebilir.

Bu yaklaşımda üç ihtimal bulunmaktadır: teminat mektupları tamamen teminatlı, kısmî teminatlı veya teminatsız olmak üzere üç farklı durumda bulunabilir. Hiç teminat karşılığı bulunmayan mektuplar tümüyle kefalet/damân, mektup bedelinin tamamı için teminat bulunan mektuplar ise müşterinin parasıyla ödeme hizmeti kapsamında tümüyle vekalet olarak değerlendirilmektedir.²⁶⁰ Müşterinin bankaya teminat mektubu bedelinden daha az miktarda nakdî teminat yatırması halinde ise aradaki ilişkinin her yönüyle kefalet olduğu konusunda şüphe yoktur.²⁶¹ Tamamen teminat karşılığı bulunan teminat mektuplarına kapalı, hiç teminat karşılığı olmayan veya mektup bedelinin bir kısmı kadar teminat karşılığı bulunan mektuplara ise açık

²⁵⁸ Es-Sâlûs, “Hitâbu’d-Damân”, 1055; Ebû Gudde, “Hitâbu’d-Damân”, 1106-1107; Ez-Zuhaylî, “Et-Temvîl ve Sûku’l-Evrâki’l-Mâliyye”, 275; Bayındır, *Faizsiz Bankacılık İşlemleri*, 145.

²⁵⁹ El-Emin, Hasan Abdullah, “Dirâsetü Havle Hitâbâtî’d-Damân”, *Mecelletü Mecma’i’l-Fıkhi’l-İslâmî* 2/2 (1986), 1047; ez-Zuhaylî, “Et-Temvîl ve Sûku’l-Evrâki’l-Mâliyye”, 275-276; Ebû Zeyd, “Hitâbu’d-Damân”, 1043-1044; Ebû Gudde, “Hitâbu’d-Damân”, 1106-1107.

²⁶⁰ Ebû Zeyd, “Hitâbu’d-Damân”, 1043.

²⁶¹ Ebû Gudde, “Hitâbu’d-Damân”, 1107.

teminat mektubu denilmektedir.²⁶² Buna göre teminat karşılığı olmayan mektuplar kefalet olduğundan bunlar için ücret alınması caiz görülmezken, tam teminatlı mektuplarda bankanın yaptığı işlem vekalet veya ödeme hizmeti kapsamında görüldüğü için ücret alınabileceği kabul edilmektedir.²⁶³ Buna karşılık bankanın muhataba karşı kefalet sorumluluğu devam etmektedir; yani vekalet ilişkisi sadece banka ile müşteri arasındaki iç ilişki bakımından söz konusudur.²⁶⁴ Bu açıklama, teminat durumuna göre yapılan ayırımın dahi bankanın muhataba karşı üstlendiği kefalet sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırmadığını göstermesi bakımından önemlidir.

Sırf kefalet veya damân sebebiyle komisyon ücret alınmasını caiz görmeyen bu yaklaşıma göre teminat mektubu, bankanın müşterisi lehine muhataba karşı üstlendiği kefalet veya damân ilişkisidir. Kefalet ise klasik fıkıh literatüründe teberra akdi olarak kabul edilmiştir. Bu sebeple kefalet karşılığında ücret alınması caiz değildir. Ayrıca kefilin borcu ödemesi hâlinde asıl borçluya rücu etmesi, ilişkiyi sonuç itibarıyla karza dönüştürmektedir. Karz karşılığında menfaat elde etmek caiz olmadığına göre, karzla sonuçlanma ihtimali bulunan kefalet karşılığında ücret alınması da faiz şüphesi taşımaktadır.²⁶⁵ Bu görüşte olanlar, bankanın teminat mektubu düzenlerken katlandığı fiilî masrafları tahsil edebileceğini kabul etmektedir. Çünkü masraf, kefalet karşılığı ücret niteliğinde olmayıp bankaya fazladan bir menfaat sağlamamaktadır.²⁶⁶

Sâlûs'un bu konudaki yaklaşımı özellikle dikkat çekicidir. Ona göre faizli bankalar teminat mektubu verirken üstlendikleri riski, teminat mektubunun tazmin edilmesi hâlinde müşteriye açılmış olacak kredi riski olarak görmektedir. Bu nedenle komisyonu da teminat mektubunun meblağına ve süresine göre belirlemektedirler. İslami bankaların aynı yöntemi benimsemesi, karz ihtimalinden doğan risk

²⁶² el-Karadâğî, “Et-Temvîl”, 232, 235-236)

²⁶³ Ebû Zeyd, “Hitâbu'd-Damân”, 1043-1044; Ez-Zuhaylî, “Et-Temvîl ve Sûku'l-Evrâki'l-Mâliyye”, 273, 275-276; El-Emin, “Hitâbâtî'd-Damân”, 1047.

²⁶⁴ Ebû Gudde, “Hitâbu'd-Damân”, 1105-1107.

²⁶⁵ Ebû Gudde, “Hitâbu'd-Damân”, 1108-1109; Bayındır, *Faizsiz Bankacılık*, 145; Sâlûs, “Hitâbu'd-Damân”, 1079-1083; ez-Zuhaylî, “Et-Temvîl ve Sûku'l-Evrâki'l-Mâliyye”, 276; Kahraman, *Kefalet Sözleşmesi*, 350.

²⁶⁶ Ez-Zuhaylî, “Et-Temvîl ve Sûku'l-Evrâki'l-Mâliyye”, 276;

karşılığında ücret alınması anlamına gelebilir. Bu ise nakdî kredi karşılığında bedel almanın caiz görülmesi sonucuna kapı aralayacağı için problemlili kabul edilmektedir.²⁶⁷ Ebû Gudde de benzer şekilde kefaletin ücret karşılığında yapılmasının karzla ilişkisini merkeze almakta; karz vermeye hazır olma hâlinde ücret almanın, karz karşılığında ücret almaktan daha öncelikli biçimde sakıncalı olduğunu belirtmektedir.²⁶⁸

Nakdî teminat durumunu esas alan kefalet eksenli yaklaşım, komisyona sınırlı ölçüde cevaz vermektedir. Buna göre teminat mektubu tam nakdî teminat karşılığında düzenlenmişse banka, müşterinin parasını kullanarak ödeme yapacak bir vekil konumundadır ve vekalet sebebiyle ücret alabilir.²⁶⁹ Kısmî teminat hâlinde ise ücret ancak teminatlı kısma tekabül eden bölüm bakımından söz konusu olabilir. Buna karşılık teminatsız kısım kefalet hükmünde olduğundan, bu kısım için komisyon alınması caiz görülmemektedir.²⁷⁰ Bu yaklaşım, kefalet görüşünden tamamen ayrılmamakta; bilakis kefalet ilişkisini esas almakla birlikte bankanın müşteriyle olan iç ilişkisinde vekalet unsurunun doğabileceğini kabul etmektedir. Bu sebeple söz konusu görüş, teminat mektuplarını bütünüyle vekalet olarak değil, kefalet eksenli karma bir ilişki olarak açıklamaktadır.

Söz konusu yaklaşımın geliştirilmesinde rol oynayan en önemli fıkıhçılardan Ali es-Sâlûs teminat mektubu komisyonlarına dair görüşleri konuyu özetler niteliktedir: Öncelikle kefalet akdi teberru nitelikli bir sözleşmedir. Eğer kefil, üstlendiği borcu ödedikten sonra asıl borçluya rücû etmezse kefalet başlangıç ve sonuç itibariyle teberru olur. Kefilin tazminden sonra borçluya rücû etmesi halinde ise kefalet akdi başlangıç itibariyle teberru, sonuç itibariyle karz hükmündedir.²⁷¹ İkincisi, kefaletin teberru hükmünde olduğu üzerinde icmâ edilmiştir. Dolayısıyla kefaletin bu özelliği tartışmaya açılmamalıdır. Üçüncüsü, dört fıkıh mezhebinin âlimleri kefaleti teberru saymış ve karz ile ilişkilendirmiştir. Hatta öyle ki kefalet için taraflara eda

²⁶⁷ Sâlûs, “Hitâbu’-d-Damân”, 1075-1076, 1083.

²⁶⁸ Ebû Gudde, “Hitâbu’-d-Damân”, 1108-1109.

²⁶⁹ Ez-Zuhaylî, “Et-Temvîl ve Sûku’l-Evrâki’l-Mâliyye”, 276; Gönenç, “Fâiz, Finans ve Borsa”, 258.

²⁷⁰ Ebû Zeyd, “Hitâbu’-d-Damân”, 1043-1044; Ebû Gudde, “Hitâbu’-d-Damân”, 1106-1107; El-Emin, “Hitâbâtî’-d-Damân”, 1053-1054; ez-Zuhaylî, “Et-Temvîl ve Sûku’l-Evrâki’l-Mâliyye”, 275-276.

²⁷¹ Es-Sâlûs, “Hitâbu’-d-Damân”, 1079.

ehliyeti değil, teberru ehliyeti şart koşulmuştur.²⁷² Dördüncüsü, dört mezhepten İslam hukukçuları talep üzerine kefaletin istikraz (karz isteme) ve kefilin tazmininin ikraz (karz verme) olduğunu belirtmektedirler.²⁷³ Beşincisi, faizli bankaların teminat mektubu verirken dikkate aldıkları risk, teminat mektubunun tazmin edilmesiyle müşteriye verilecek olan nakdî kredi sebebiyledir. Dolayısıyla teminat mektubuna konu risk karşılığında bir bedel alınması caiz görülüyorsa nakdî kredi (karz) karşılığında bir bedel alınması evleviyetle caiz olmalıdır ki bunun faiz anlamına geldiği ve haram olduğunda şüphe yoktur. Son olarak, faizli bankalar teminat mektupları karşılığında tahsil ettikleri komisyonları nakdî kredi riskinden dolayı teminat mektubu meblağına ve risk süresine oranla belirlemektedirler. Bu durumda İslamî bankaların karz ihtimalini gözeterek böyle bir yöntemle komisyon tahsil etmeleri doğru değildir.²⁷⁴

2.2. Yeni/Kendine Özgü Akit Görüşü

Teminat mektuplarına ilişkin ikinci ana yaklaşım, bu işlemin klasik fıkıh literatüründeki belirli bir akit türüne indirgenmeden yeni veya kendine özgü bir akit olarak değerlendirilmesi gerektiği yönündedir. Bu görüşe göre teminat mektubu, modern ticari hayatın ihtiyaçları neticesinde ortaya çıkmış yeni bir şahsî teminat ilişkisi niteliği taşımaktadır. Klasik kefalet, damân veya vekalet akitleri teminat mektubunun bazı yönlerini açıklayabilse de bankanın muhataba karşı bağımsız bir ödeme taahhüdü üstlenmesi, ilk talepte ödeme kaydı ve bankanın bu işlem karşılığında komisyon alması gibi unsurlar, onu klasik akit kalıplarından farklılaştırmaktadır.²⁷⁵

Bu yaklaşımın temelinde, muamelat alanında asıl olanın ibaha olduğu ve tarafların naslar, icmâ veya geçerli kıyasla yasaklanmamış yeni akitler kurabileceği düşüncesi yer almaktadır.²⁷⁶ Zekeriya el-Berrî, bu ilkedен hareketle teminat mektuplarının ve karşılığında alınan ücretin mübah sayılması gerektiğini savunan ilk

²⁷² Es-Sâlûs, “Hitâbu’d-Damân”, 1080-1081.

²⁷³ Es-Sâlûs, “Hitâbu’d-Damân”, 1081-1083.

²⁷⁴ Es-Sâlûs, “Hitâbu’d-Damân”, 1083.

²⁷⁵ El-Berrî, “Hitâbu’d-Damân”, 1099; Teshîrî, “El-Ârâ Havle Hitâbi’d-Damân”, *Mecelletü Mecmai’l-Fıkhi’l-İslâmî* 2/2 (1986), 1111-1113; Aktan, “Borsa, Teminat Mektubu, Leasing”, 209-210;

Karaman, “Soru-(124) Teminat mektubu, çek, kredi, faiz, finans kurumları”. Erişim 14 Ağustos 2021; Kahraman, *Kefalet Sözleşmesi*, 340-342.

²⁷⁶ Karaman, “Akid”, 252;

isimlerden biridir. Ona göre teminat mektupları çağdaş ticari hayatın ihtiyaç duyduğu güvenceyi sağlamakta; Kur'ân ve sünnette bu işlemin yapılmasını veya karşılığında ücret alınmasını açıkça yasaklayan bir delil bulunmamaktadır. Ayrıca geçmiş dönemlerde tartışılan kefalet ve damân ilişkileri ile günümüzde büyük şirketler ve bankalar tarafından ihtiyaç duyulan teminat ilişkileri arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır.²⁷⁷

Bu görüş, komisyon meselesinde de farklı bir sonuca ulaşma imkânı sağlamaktadır. Teminat mektubu klasik anlamda teberru niteliği taşıyan kefalet akdi olarak kabul edilmediğinde, bu işlem karşılığında alınan bedelin doğrudan kefalet karşılığı ücret şeklinde değerlendirilmesi zorunlu olmayacaktır. Buna göre banka, modern ticari hayatta güvence sağlayan ve müşterisinin itibarını destekleyen kurumsal bir aktör olarak bu işleminden ücret alabilir. Ancak bu noktada ücretin meşruiyeti yalnızca akdin yeni bir akit olarak nitelendirilmesine değil, işlemin faiz, garar, haksız kazanç veya yasaklanmış bir şart içermemesine de bağlıdır.²⁷⁸

Teshîrî'nin yaklaşımı da teminat mektubunu yalnızca kefalet kalıbı içinde değerlendirmemesi bakımından bu görüşe yakın durmaktadır. Müellif, teminat mektubunu daha çok müşteri ile muhatap arasındaki sözleşmede öne sürülen şartın yerine getirilmesine ilişkin bir taahhüt olarak görmekte; banka-müşteri ilişkisinden ziyade müşteri-muhatap ilişkisini merkeze almaktadır. Ayrıca bankadan tazmin talebinde bulunulmasını gasp veya telef edilen malın tazminiyle ilişkilendirmekte ve teminat mektupları karşılığında cüale veya icare akdi çerçevesinde komisyon alınabileceğini ifade etmektedir.²⁷⁹ Bu yaklaşım, teminat mektubunun klasik kefalet görüşü dışında da açıklanabileceğini göstermesi bakımından önemlidir; ancak literatürde benimsendiği söylenemez.

Günümüzde yüksek hacimli borç ilişkileri için şirketlerin ihtiyaç duyduğu teminat mektuplarını İslam'ın ilk asırlarında yardımlaşma ve dayanışma esası üzere işleyen kefalet akdine kıyas etmenin yanlış olduğu değerlendirilmektedir. Buna göre kefalet akdinin teberrû özelliği ancak adî kefalet ilişkilerinde mevcut olup teminat

²⁷⁷ El-Berrî, "Hitâbu'd-Damân", 1099, 1101-1104.

²⁷⁸ Aktan, "Borsa, Teminat Mektubu, Leasing", 209-210.

²⁷⁹ Teshîrî, "Hitâbî'd-Damân", 1110-1114.

mektupları için geçerli değildir. Teminat mektubu karşılığında ücret alınması meselesi de başta değinildiği gibi istihsan delili çerçevesinde yeniden sorgulanması gerekmektedir.²⁸⁰ Teminat mektubu adıyla uygulanmakta olan kefalet ilişkisinin bir bedel karşılığı yapılması ne zaruret ne de umumi ihtiyaç nedeniyle temel kuraldan bir sapmayı ifade etmektedir. Klasik kefalet müessesesinden ayrılan özellikleriyle teminat mektubu zarurete binaen değil, istihsan hükmü gereği bankacılık uygulamasına konu olduğu haliyle caizdir.²⁸¹

Buna karşılık bazı muasır yazarlar, teminat mektubu karşılığında komisyon alınmasını daha geniş biçimde caiz görmektedir. Bu yaklaşımda teminat mektuplarının modern ticari hayatın zorunlu kıldığı kurumsal bir teminat aracı olduğu, klasik dönemdeki yardımlaşma amaçlı kefaletle birebir aynı kabul edilemeyeceği ve bankanın bu işlemle müşterisine ekonomik değer taşıyan bir hizmet sunduğu vurgulanmaktadır. Zekeriya el-Berrî, el-Emîn, Hamza Aktan, Abdullah Kahraman, Hayrettin Karaman ve Ali Bakkal gibi isimler, farklı gerekçelerle ücretli kefalet veya teminat mektubu komisyonunun caiz görülebileceğini savunmaktadır.²⁸² Bu görüşte zamanın değişmesi, ticari ihtiyaçların artması, bankanın kurumsal giderleri ve teminat mektubunun modern işlevi gibi gerekçeler öne çıkarılmaktadır. İhtiyaç hâsıl olduğunda kefalet akdi ücret karşılığında icra edilebilmelidir.²⁸³ Ayrıca günümüzde, karşılığında ücret alınan kefaleti hiç kimse ücretsiz olarak yüklenmeyeceği gibi, geleneksel olarak icra edilen kefalet için de hiç kimse kolay kolay ücret talep etmez veya ödemek istemez.²⁸⁴

Bu yaklaşımın hususi yönü, teminat mektuplarının modern bankacılık uygulamasındaki pratik önemini ve kurumsal niteliğini dikkate almasıdır. Bununla birlikte sadece değişen şartlar, ihtiyaç veya bankanın hizmet sunması gerekçesiyle komisyonun meşruiyetini temellendirmek yeterli görünmemektedir. Zira burada asıl tartışılması gereken husus, bankanın aldığı komisyonun hangi fikhî sebebe dayandığı,

²⁸⁰ Kahraman, *Kefalet Sözleşmesi*, 354-355; Aktan, “Borsa, Teminat Mektubu, Leasing”, 221.

²⁸¹ Aktan, “Borsa, Teminat Mektubu, Leasing”, 222.

²⁸² Ali Bakkal, “Ücretli Kefalet Sözleşmesi”, *Harran Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 5 (1999), 12; El-Emîn, “Hitâbâtî’-d-Damân”, 1051-1052; El-Berrî, “Hitâbu’-d-Damân”, 1099; Aktan, “Borsa, Teminat Mektubu, Leasing”, 209-210; Kahraman, *Kefalet Sözleşmesi*, 341-342.

²⁸³ Aktan, “Borsa, Teminat Mektubu, Leasing”, 221.

²⁸⁴ Ali Bakkal, “Ücretli Kefalet Sözleşmesi”, 12.

komisyonun teminat mektubu meblağı ve süresiyle ilişkilendirilip ilişkilendirilmediği ve tazmin hâlinde ortaya çıkabilecek karz ilişkisinin faiz sonucunu doğurup doğurmadığıdır. Bu sebeple komisyon meselesi yalnızca “modern ihtiyaç” veya “kurumsal hizmet” kavramlarıyla değil, teminat mektubunun fiilî işleyişi, bankanın üstlendiği teminat fonksiyonu ve ödeme sonrası doğan borç ilişkisiyle birlikte değerlendirilmelidir.

3. Teminat Mektuplarının Fıkhi Açıdan Değerlendirilmesi

Teminat mektupları değerlendirilirken eksikliği hissedilen en temel hususlardan biri uygulamanın bankacılık ve hukuk düzenindeki fiilî mahiyetinin yeterince dikkate alınmadan, daha çok klasik akit tasnifleri üzerinden incelenmesidir. Bu sebeple teminat mektupları çoğu zaman “bankanın müşterisine kefil olması” çerçevesinde kefalet akdiyle veya “bankanın müşterisine ait nakdi muhataba iletmesi” çerçevesinde vekalet akdiyle açıklanmıştır.²⁸⁵ Bankanın teminat mektubu sunması ilk bakışta kefalet veya vekalet ilişkilerine benzediği için bu yöndeki değerlendirmeler anlaşılabilir görünmektedir. Ancak teminat mektuplarının modern hukukta çoğunlukla garanti sözleşmesi, bankacılık uygulamasında ise gayrinakdî kredi olarak kabul edilmesi, meselenin yalnızca klasik kefalet veya vekalet kalıplarıyla açıklanmasını güçleştirmektedir.

Türk hukuk doktrinindeki baskın görüşe ve uygulamaya göre banka teminat mektupları, üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğinde bir garanti sözleşmesi olarak kabul edilmektedir.²⁸⁶ Bunun sebebi, garanti sözleşmesinin kefalete göre daha geniş bir güvence sağlaması, bankanın muhataba karşı daha bağımsız bir ödeme taahhüdü üstlenmesi ve uygulamada taraflara daha kolay işletilebilir bir teminat mekanizması sunmasıdır. Bu noktada İslam hukukundaki kefalet ile teminat mektubuna zemin teşkil eden garanti sözleşmesi arasındaki farkların ayrıca dikkate alınması gerekir. Hanefi mezhebinde yaygın kabul gören tanıma göre kefalet, bir zimmetin başka bir zimmete

²⁸⁵ El-Emin “Hitâbâtî’ d-Damân”, 1047; ez-Zuhaylî, “Et-Temvîl”, 275-276; Ebû Zeyd, “Hitâbu’ d-Damân”, 1043-1044; Ebû Gudde, “Hitâbu’ d-Damân”, 1106-1107.

²⁸⁶ Tekinalp, *Banka Hukuku*, 514; Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, 42; Yargıtay, E. 1969/4, K. 1969/6; ICC, URDG 758, m. 2.

eklenmesidir ve kefalet asıl borca bağı fer'î bir borç teşkil etmektedir.²⁸⁷ Garanti sözleşmesinde ise garanti veren kişi, çoğunlukla asıl borçtan bağımsız ve asli bir ödeme borcu üstlenmektedir. Bu yönüyle İslam hukukundaki kefalet, modern hukukta garanti sözleşmesinden ayrılmaktadır.

Teminat mektupları bakımından bu benzerlik ve ayrışma noktalarının iki sonucu vardır. İlk olarak, İslam hukukundaki kefalet akdi, şahsın veya malın teslimini üstlenmeyi mümkün kıldığı için fonksiyonel açıdan üçüncü kişinin fiilini üstlenme niteliğindeki teminat mektuplarını karşılayabilecek genişliktedir. Bu bakımdan banka teminat mektubunun İslam hukukundaki kefalet kapsamında değerlendirilmesi tamamen temelsiz değildir. Ancak ikinci olarak, teminat mektuplarında bankanın ödeme taahhüdünün bağımsız, ilk talepte ödenebilir ve asıl borç ilişkisinden belirli ölçüde ayrıştırılmış biçimde düzenlenmesi, bu işlemin klasik kefalet akdiyle birebir örtüşmediğini de göstermektedir. Dolayısıyla teminat mektubunun fıkhen kefalet kapsamında kabul edilebilmesi için ya uygulamada fıkihtaki klasik kefalet hükümleri geçerli olmalı ya da fıkhen kefalet akdinin günümüzdeki garanti sözleşmesine uygun olabileceği kabul edilerek garanti sözleşmesi fıkihta bir tür kefalet olarak kabul edilmelidir.

Kefalet görüşünün güçlü tarafı, teminat mektubunda bankanın muhataba karşı belirli bir ödeme sorumluluğu üstlenmesini açıklayabilmesidir. Zira teminat mektubunda da üçüncü bir kişi veya kurum, alacaklı konumundaki muhataba karşı belirli bir edimin yerine getirilmemesi veya belirli bir riskin gerçekleşmesi hâlinde ödeme taahhüdünde bulunmaktadır. Bu yönüyle teminat mektubu, en azından fonksiyonel açıdan kefaletle benzerlik göstermektedir. Ayrıca teminat mektubunun amacı muhataba güvence sağlamak olduğundan klasik kefaletin teminat fonksiyonuyla arasında açık bir yakınlık vardır. Dolayısıyla kefalet görüşü, teminat mektubunun güvence fonksiyonuna dayanarak en doğru görünen açıklama olsa da modern bankacılık uygulamalarını tam olarak karşılamaması bu bağlamda ayrı bir değerlendirme ve uzlaştırmayı zorunlu kılmaktadır.

²⁸⁷ El-Hafif, *ed-Damân*, 194; El-Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, 7/355; Apaydın, “Kefalet”, 25/168.

Umumiyetle kabul edilen bu görüşün piyasa uygulamalarıyla tam olarak örtüşmemesi ayrı bir sorun teşkil etmektedir. Çünkü teminat mektubu ilişkisinde banka, müşterinin nakit teminatı bulursa dahi muhataba karşı kendi ödeme taahhüdünü sunmaktadır. Muhatap açısından güvenceyi doğuran unsur müşterinin bankadaki parası değil, bankanın ödeme taahhüdüdür. Nitekim ne lehtar ne de muhatap, teminat mektubunda bankanın verdiği hizmete veya müşterinin banka nezdindeki parasına itibar etmektedir; asıl itibar edilen husus bankanın teminat sağlama gücüdür.

Abdülhalim Ömer'in de belirttiği üzere, muasır İslam hukukçuları arasında kullanılan “teminat karşılığı bulunan-bulunmayan teminat mektubu” ayrımının uygulamada karşılığının bulunmadığını, teminat mektuplarının çoğunlukla kısmî teminat karşılığı verildiğini ifade etmektedir.²⁸⁸ Bankaların teminat mektubu karşılığında müşterilerinden aldığı meblağ da vakiada verilen garanti, yani kefalet/damân sebebiyledir. Dolayısıyla teminatın varlığına göre akdin değiştiği yönündeki yaklaşımın pratik gerçekliği tam yansıtmadığını görünmektedir.

Banka ile müşteri arasında kurulan ilişki, teminat düzeyi ne olursa olsun bütünüyle bir şahsi teminat ilişkisidir. Mevzuatta veya taraflar arasında düzenlenen genel kredi sözleşmelerinde, bankanın nakit teminat kadar kısmı vekalet ücreti olarak ödeyeceği, kalan kısım bakımından ise kefil ya da garantör olacağı şeklinde bir ayırım yapılmamaktadır. Fiilî sonuç bakımından müşterinin teminatı bankanın riskini azaltabilir; ancak bu durum akdin mahiyetini vekaletle dönüştürmez. Çünkü akdin muktezası, müşteriye ait paranın muhataba aktarılması değil, bankanın belirli bir sonucu garanti etmesidir. Bu sebeple müşterinin bankaya nakit teminat verip vermemesine göre akdin mahiyetinin değiştiğini söylemek uygulamada gerçekçi görünmemektedir.

Teminat mektubuna başvurulmasının temel sebebi, lehtarın borcunu zamanında ifa edememesi veya belirli bir zarara sebebiyet vermesi ihtimaline karşı muhataba güvence sunulmasıdır. Eğer lehtar, teminat mektubu bedeli kadar nakdi

²⁸⁸ Abdülhalim Ömer, “Vehbe ez-Zuhaylî'nin ‘Finans ve Borsa’ Konulu Tebliğiyle İlgili Müzakere Raporu”, ed. Mehmet Bayyigit (I. İslam Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi, Konya: Kombad Yayınları, 1996), 375.

hâlihazırda bankaya yatırabiliyorsa, çoğu durumda bu nakdi doğrudan muhataba teminat olarak vermesi de mümkündür. İhale, müzayede ve benzeri uygulamalarda muhatap makam çoğunlukla nakit teminat, senet veya kolayca nakde çevrilebilecek başka teminatları da kabul etmektedir. Bu nedenle teminat mektubu bedeli kadar nakdin bankaya yatırılması, teminat mektubunun tipik işleyişini açıklamamaktadır.

Bu noktada “akitlerde itibar maksat ve meaniyedir, elfaz ve mebaniye değil” kaidesi de dikkate alınmalıdır. Teminat mektubu ilişkisinde tarafların maksadı, bankanın müşteriye ait parayı muhataba iletmesi değil, bankanın muhataba karşı güvence sağlamasıdır. Bu sebeple teminat mektubunu kısmen de olsa vekalet akdine tahvil etmek, komisyonun vekalet ücreti olarak meşrulaştırılması amacına hizmet eden teorik bir varsayım görünümündedir. Oysa bankacılık pratikleri açısından müşterinin teminat göstermesi, bankanın verdiği garanti sebebiyle kendisini güvenceye almak istemesiyle ilgilidir; işlemin fıkhi mahiyetini dönüştürücü bir etkisi bulunmamaktadır.

Teminat mektuplarını bankanın müşterisine sunduğu bir hizmet olarak değerlendiren görüşe göre bankanın belge düzenleme, risk incelemesi yapma, müşteri limitini tahsis etme ve operasyonel süreçleri yürütme gibi fiilî işlemlerini dikkate alması bakımından belirli ölçüde açıklayıcıdır.²⁸⁹ Gerçekten de teminat mektubu düzenlenirken bankanın bazı idari ve operasyonel masraflara katlandığı açıktır. Ancak teminat mektubunda bankanın üstlendiği bu işler tali niteliktedir ve nakdi krediler için de geçerlidir. İşlemin aslı, belge düzenlenmesi veya idari hizmet sunulması değil, bankanın muhataba karşı ödeme taahhüdü üstlenmesidir. Bu sebeple teminat mektubunu yalnızca bir bankacılık hizmeti olarak nitelendirmek piyasanın realitesiyle örtüşmemektedir. Bankanın komisyonu, fiilî masrafları aşacak biçimde mektup tutarı, vadesi ve risk durumuna göre belirlemesi de ücretin esasen hizmet karşılığı değil, teminat ve kredi riski karşılığı alındığını göstermektedir.²⁹⁰

Bu yaklaşımın diğer bir problemi, hizmet unsurundan hareketle işlemin bütünüyle meşru görülmesi hâlinde, faizli krediler bakımından da benzer bir sonucun doğması ihtimalidir. Zira faizli bankaların verdiği nakdî kredilerde de az veya çok

²⁸⁹ Kahf - İbrahim, “Return on the Letter of Guarantee”, 557, 564, 575.

²⁹⁰ Bu konuya tezin son bölümünde daha ayrıntılı şekilde yer verilmiştir. Al-Amaren - İsmail - Nor, “The Interplay Between Performance Bonds”, 154-155; Ebû Gudde - Hûce, *Nedveti'l-bereke*, 52.

hizmet, işlem maliyeti ve operasyonel masraf bulunmaktadır. Ancak bu tür tali hizmetler, faizli kredi ilişkisinin fıkhi hükmünü değiştirmemektedir. Aynı şekilde teminat mektubunda da bankanın bazı hizmetler sunması, işlemin asli niteliğinin garanti ve kredi olmasını ortadan kaldırmaz. Bu nedenle teminat mektubu ve benzeri gayrinakdî kredi ürünlerinin bir tür bankacılık hizmeti olarak görülmesi vakıayla örtüşmemektedir.

Teminat mektuplarının yeni veya kendine özgü bir akit olarak kabul eden yaklaşım, toplumda ortaya çıkan her yeni olguyu klasik fıkıh geleneğiyle açıklama ve klasik literatür içinde anlamlandırma yaklaşımına karşı olarak kendini konumlandırmaktadır. Özellikle bankanın muhataba karşı bağımsız ödeme taahhüdü üstlenmesi, ilk talepte ödeme kaydının yaygınlığı ve teminat mektubunun bankacılıkta gayrinakdî kredi niteliği taşıması, bu işlemin klasik kefalet veya vekalet akdiyle birebir örtüşmediği aşıkardır. Bu yönüyle teminat mektubunun yeni bir akit veya kendine özgü bir teminat ilişkisi olarak ele alınması, işlemin modern hukuk ve bankacılık uygulamasındaki özgün yönlerine daha uygundur.²⁹¹

Zekeriyya el-Berrî ve Hamza Aktan'ın savunduğu görüş, kefalet akdinin geçmişte ve günümüzde şekil ve gaye itibariyle değişikliğe uğradığı yönündeki değerlendirmesi doğruluk payına sahip olmakla birlikte birçok açıdan tutarlı görünmemektedir. Çünkü bu yaklaşım, kefalet akdini daha çok toplumsal fonksiyonu üzerinden değerlendirmekte; fıkıh müktesebatında yerleşik kefalet akdini dar bir yardımlaşma ilişkisine indirgemektedir.²⁹² Halbuki kefaletin kimler arasında kurulduğu, kefil olunan bedelin büyüklüğü veya tarafların şahıs, şirket ya da devlet olması akdin özünü değiştirmez. Bir akit, şartlarını taşıdığı müddetçe, tarafların mali gücü veya işlemin ölçeği sebebiyle mahiyet değiştirmez. Nitekim mal bedelinin çok yüksek olması veya taraflardan birinin şirket yahut devlet olması, bir bey' akdini bey' olmaktan çıkarmadığı gibi, kefalet akdini de kefalet olmaktan çıkarmaz.

Bununla birlikte bir işlemin yeni veya kendine özgü bir akit olarak adlandırılması, tek başına onun fıkhi meşruiyetini ispat etmez. İslam hukukunda

²⁹¹ Aktan, "Borsa, Teminat Mektubu, Leasing", 209-228; Kahraman, *Kefalet Sözleşmesi*, 341.

²⁹² El-Berrî, "Hitâbu'd-Damân", 1099-1100; Aktan, "Borsa, Teminat Mektubu, Leasing", 209.

muamelat alanında asıl olan ibaha olmakla birlikte bu ilke mutlak bir serbestlik anlamına gelmez. Akit serbestisi, naslara, icmâa, geçerli kıyasa ve şer‘î ilkelere aykırı olmayan işlemler bakımından geçerlidir. Bu sebeple teminat mektubunun klasik fıkıhta birebir karşılığının bulunmaması onun caiz olduğunu göstermediği gibi, “yeni akit” veya “isimsiz akit” şeklinde nitelendirilmesi de işlemde bulunabilecek faiz, karz karşılığı menfaat, garar veya haksız kazanç ihtimallerini ortadan kaldırmaz.

Yeni akit görüşünün en önemli sınırlılığı, teminat mektubunun fıkhi mahiyetini isimlendirme düzeyinde açıklama tehlikesidir. Zira teminat mektubuna “yeni akit”, “isimsiz akit” veya “kendine özgü sözleşme” denilmesi, bu işlemin hangi unsur sebebiyle meşru kabul edildiğini açıklamamaktadır. Asıl cevaplanması gereken soru, bankanın üstlendiği teminat fonksiyonunun fıkhi açıdan nasıl değerlendirileceği, bu teminat karşılığında alınan komisyonun neye tekabül ettiği ve bankanın ödeme yapması hâlinde ilişkinin karz/faiz boyutu kazanıp kazanmadığıdır. Bu sorular cevaplanmadan yeni akit nitelendirmesi, problemi çözmekten ziyade erteleyen bir açıklama hâline gelmektedir.

Modern hukukta garanti sözleşmesinin bağımsız ve kendine özgü bir teminat ilişkisi olarak kabul edilmesi de İslam hukuku bakımından aynı sonucun doğrudan benimsenmesini gerektirmez. Modern hukukta bir sözleşmenin geçerli, bağımsız veya sui generis kabul edilmesi, onun fıkhi bakımdan meşru olduğu anlamına gelmez. İslam hukuku açısından belirleyici olan sözleşmenin adı değil, içerdiği hak ve borçların şer‘î ilkelere uygun olup olmadığıdır. Bu nedenle teminat mektupları yeni bir akit olarak ele alınacaksa dahi, bu akdin unsurları, taraflara yüklediği borçlar, ücretin mahiyeti, rücu ilişkisi ve ödeme sonrasında ortaya çıkan sonuçlar ayrıca incelenmelidir.

Kanaatimizce yeni akit görüşü, teminat mektubunun modern hukuk ve bankacılık uygulamasındaki özgün yönlerini göstermesi bakımından tamamlayıcı bir açıklama değeri taşımaktadır. Ancak bu yaklaşım, komisyonun meşruiyetini temellendirmek için tek başına yeterli değildir. Çünkü teminat mektuplarında temel fıkhi problem, işlemin klasik akitlerden hangisine benzediğinden ibaret değildir. Asıl problem, bankanın teminat sağlama karşılığında ücret almasının kefalet karşılığı ücret veya karz karşılığı menfaat niteliği taşıyıp taşımadığıdır. Bu sebeple yeni akit görüşü,

teminat mektubunun bağımsız garanti niteliğini dikkate alan bir açıklama olarak değerlendirilebilir; fakat komisyon meselesini doğrudan çözen müstakil bir delil olarak kabul edilmesi isabetli görünmemektedir. Bununla birlikte, her yeni finansal işlemin klasik akitlerden farklılık taşıdığı gerekçesiyle müstakil bir akit olarak kabul edilmesi de isabetli değildir. Böyle bir tutum, klasik fıkıh müktesebatının ortaya koyduğu birikimi yeterince dikkate almama sonucuna yol açabilir. Bu nedenle yeni akit yaklaşımı, klasik akitlere indirgemeci biçimde bağlı kalma problemini aşmaya çalışırken fıkhi müktesebatı paranteze alan karşıt bir uca savrulmamalıdır.

Teminat mektupları bakımından en önemli fıkhi sorun, bankanın bu işlem karşılığında aldığı komisyondur. Modern finans kurumları kefalet, garanti ve benzeri teminatları bir tür kredi ilişkisi olarak görmekte ve karşılığında ücret almaktadır. Aynı ürünleri müşterilerine sunmak isteyen İslami bankalar ise özellikle bu noktada fıkhi bir çıkmazla karşılaşmaktadır. Kefaletin ücret karşılığında yapılmasının caiz görülmemesinin temel sebebi, kefilin ödeme yapması hâlinde asıl borçluya rücu etmesi ve bu ilişkinin karza dönüşmesidir. Borçlunun talebi olmaksızın yapılan kefalette kefil ödeme yaptıktan sonra asıl borçluya rücu edemez; bu ödeme teberra niteliğinde kalır. Buna karşılık asıl borçlunun talebiyle kefil olan kişi, ödeme yaptıktan sonra borcu ödemekle borçluya karz vermiş olacağı için rücu edebilir.²⁹³ Bu durumda kefilin ödediği bedel, asıl borçlu bakımından karz niteliği kazanır.

Sonuç olarak teminat mektupları, fıkhi açıdan yalnızca klasik kefalet, vekalet veya hizmet akdiyle açıklanamayacak kadar karmaşık bir bankacılık uygulamasıdır. Kefalet görüşü işlemin teminat fonksiyonunu açıklamakta; ancak bağımsız garanti ve gayrinakdî kredi yönünü tam karşılamamaktadır. Vekalet görüşü, özellikle nakit teminat varsayımına dayanması sebebiyle uygulamayı yansıtmamaktadır. Hizmet görüşü, bankanın tali işlemlerini dikkate almakla birlikte teminat mektubunun asli niteliğini gözden kaçırmaktadır. Yeni akit görüşü ise işlemin özgünlüğünü göstermesi bakımından yararlı olmakla birlikte, komisyonun meşruiyetini tek başına temellendirememektedir. Bu sebeple teminat mektubunun fıkhi değerlendirmesinde en isabetli yaklaşım, işlemin modern hukukta bağımsız garanti sözleşmesi, bankacılıkta

²⁹³ Serahsî, *el-Mebsût*, 20/32; Kâsânî, *Bedâi' u's-sanâi'*, 7/383-384; Hafif, *ed-Damân*, 206.

ise gayrinakdî kredi niteliğini dikkate almak; buna karşılık alınacak bedeli yalnızca fiilî masraflarla sınırlı tutmak olmalıdır. Bankanın teminat sağlama ve kredi riski üstlenme karşılığında ayrıca komisyon alması ise kefalet karşılığı ücret ve karz karşılığı menfaat problemleri sebebiyle fıkhi açıdan ihtiyatla karşılanmalıdır.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM:

İSLAMİ FİNANS UYGULAMALARINDA TEMİNAT MEKTUPLARININ ANALİZİ

1. Uluslararası İslami Finans Standartlarında Teminat Mektupları

1991 yılında Bahreyn’de kurulan İslami Finans Kurumları Muhasebe ve Denetim Kuruluşu (AAOIFI) İslamî bankalar başta olmak üzere tüm İslamî finans kurumlarının faaliyetlerini daha sağlıklı yürütebilmeleri amacıyla standartlar geliştiren bir uluslararası bağımsız kuruluştur.²⁹⁴ Banka teminat mektupları AAOIFI’nin *Faizsiz Finans Standartları*’nda ayrı bir başlık altında değil, beş numaralı “Teminatlar (الضمانات)” standardı altında düzenlenmiştir.²⁹⁵ Standart; borçların ifa edilmemesi veya geciktirilmesinin önüne geçmek amacıyla kullanılan yazılı belge, şahit, kefil, rehin, çek ve emre yazılı senet gibi teminatları meşru olup olmamaları bakımından ele almaktadır.²⁹⁶

Teminatlar standardının “Teminatlarla İlgili Güncel Uygulamalar” başlığı altında yer alan “Teminat Mektupları” bölümünde bankaların müşterilerine sundukları teminat mektupları karşılığında ücret almaları, bankanın bu iş için yüklendiği masrafların tahsili ve hangi işler için teminat mektubu verilebileceği konuları üç ayrı maddede düzenlenmiştir.²⁹⁷ Teminat mektupları karşılığında ücret meselesini ele alan ilk iki madde şöyledir:

6/1/1- Karşılığının olup olmamasına bakılmaksızın, sırf sağlanan teminatın karşılığı olmak üzere, teminat mektubu verme karşılığında, genellikle mektup tutarı ve süresi dikkate alınarak belirlenen bir ücret almak caiz değildir.

6/1/2- Gerek geçici gerekse kesin teminat mektubu düzenlemek için yapılan idari masrafların ve bu maksatla sunulan hizmetlerin masraf ve giderlerini teminat mektubu

²⁹⁴ İslami Finans Kurumları Muhasebe ve Denetim Kuruluşu (AAOIFI), “History” (Erişim 13 Ağustos 2021).

²⁹⁵ Söz konusu standartta damân kavramı AAOIFI’nin Türkçe tercümesi olan *Faizsiz Finans Standartları*’nda “teminatlar” olarak Türkçeye çevrilmiştir. AAOIFI, *Faizsiz Finans Standartları*, 121-147.

²⁹⁶ AAOIFI, *Faizsiz Finans Standartları*, 126.

²⁹⁷ Teminat mektuplarının mahiyetine dair herhangi bir açıklama yapılmamasına rağmen konunun damân başlığı altında yer alması ve ilgili standartların kefalet/damân hükümleri gözetilerek düzenlenmesi AAOIFI’nin teminat mektuplarını kefalet olarak kabul ettiğini göstermektedir.

talep eden tarafa yüklemek caizdir. Ancak alınan masraflar, piyasada geçerli olan emsal ücret tutarını aşmamalıdır.

Teminat mektubu tutarının tamamı veya bir kısmı kadar nakit teminat varsa, bu durumda teminat mektubu masrafları hesaplanırken, mevcut teminatın alacaklıya ödenmesinin fiilî hizmet olarak dikkate alınabilir.²⁹⁸

Görüldüğü üzere küresel İslami finans sektörü tarafından en başta dikkate alınan AAOIFI standartları da teminata göre değişken akit görüşünü benimsemektedir. Buna göre bankanın sırf teminat sebebiyle komisyon alması caiz görülmemekte ve komisyon teminat mektubunun (bu durumda teminatın) tutar ve süresine endeksli bir şekilde belirlemek de damân/kefalet karşılığı alındığı anlamına geleceğinden dolayı uygun görülmediği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, bankanın teminat mektubu sunmak için yüklendiği fiili masrafların müşteriden alınabileceğinin kabul edilmesi de bu yaklaşımın önemli bir parçasıdır. Benzer şekilde bir diğer teberru akdi olan karz karşılığında da gerçek/fiili masrafların müşteriden tahsil edilmesi uygun görülmüştür.²⁹⁹ Mezkûr standardın ücretli kefaleti konu alan 3/1/5 numaralı maddesinde de aynı şekilde sırf kefaletten kaynaklı ücret alınamayacağı, ancak fiilî masrafların müşteriden tahsil edilebileceği ifade edilmektedir:

3/1/5- Sadece kefalet dolayısıyla herhangi bir ücret almak ve vermek mutlak olarak caiz değildir. Ancak kefilin, kefalet dolayısıyla yaptığı fiilî/gerçek masrafları alma hakkı vardır.³⁰⁰

İkinci maddede dikkat çeken bir diğer husus, teminat mektubunun kısmen veya tamamen nakit teminat karşılığında verilmesinin vekâlet anlamına geldiği görüşünden hareketle bankanın vermiş olduğu fiilî ödeme hizmetinin komisyon hesaplamasında dikkate alınabileceğidir. Üçüncü ve son madde teminat mektuplarını konu bakımından düzenlemektedir:

6/1/3- Faizsiz finans kurumunun, faizli kredi almak veya haram bir işlem yapmak için teminat mektubu isteyenlere teminat mektubu düzenleyip vermesi caiz değildir.³⁰¹

Bu madde doğrudan teminat mektuplarıyla ilgili olmayıp bir İslamî finans kurumunun müşterisiyle akdettiği her sözleşmede geçerli olan “akdin konusuna” dair genel bir

²⁹⁸ AAOIFI, *Faizsiz Finans Standartları*, 131.

²⁹⁹ AAOIFI, *Faizsiz Finans Standartları*, 523.

³⁰⁰ AAOIFI, *Faizsiz Finans Standartları*, 129.

³⁰¹ AAOIFI, *Faizsiz Finans Standartları*, 131.

şarttır. Diğer her akit ve uygulama için geçerli olduğu gibi fıkhen mahzurlu sayılan muamele, mal ve hizmetleri konu alan teminat mektupları caiz görülmemektedir.

Faizsiz Finans Standartları, düzenlenen her bir meselenin dayanağını açıklamaktadır. Teminat mektupları karşılığında ücret alınamayacağını belirten maddelere dayanak olarak bu finansal uygulamanın fikhî mahiyetinin bir teberrû akdi olan kefalet olduğu belirtilmektedir. Dahası, kefaletin teberrû mahiyeti de önceki araştırmaların işaret ettiği üzere kefilin borcu ödemesi ve sonrasında borçluya rücû etmesinin karz kabul edilmesiyle izah edilmektedir. Bu bakış açısından hareketle İslam hukukçularının kefalet karşılığında ücret alınmasını ittifakla caiz görmemelerini dikkate alan AAOIFI aynı görüşü benimseyerek tüm İslami finans kurumları için standart haline getirmiştir.³⁰²

İslami finans alanında yayınlanan bir diğer standart mecmuası Malezya Merkez Bankası (Bank Negara Malaysia) ve Uluslararası İslami Finans Şer'î Araştırma Akademisi (ISRA) işbirliği ile 14 farklı İslami finans uygulaması hakkında hazırlanmış olan *Şer'î Standartlar ve Operasyonel Gereklilikler* adlı çalışmadır. Malezya Merkez Bankası tarafından yayımlanan eser; Murabaha, Mudarebe, Müşareke, Teverruk, Istisna', Kefalet, Vekâlet, Karz, Vedi'a, Hibe, İcâre Ve Vaat standartlarının bir araya getirilmesinden oluşan bir derlemedir. Mezkûr standartlar, İslami finans uygulamaları ve bunlara dayanak oluşturan şer'î sözleşmelerin sektör tarafından uygulanması konusunda rehberlik sağlaması amacıyla hazırlanmıştır.³⁰³ Söz konusu standart metnini diğer standartlardan ayıran en önemli özellik, meselelerin fikhî yönüne dair düzenlemelerin yanında operasyonel süreçleri de gözetmesi olduğu söylenebilir.

Teminat mektupları kefalet akdine istinaden uygulandığı için Kefalet standardı konumuza kaynaklık etmektedir. Müstakil olarak 2 Ağustos 2016'da yayınlanan Kefalet standardı, teminat mektupları başta olmak üzere kefalet akdine binaen yapılan İslami finans ürün ve uygulamaları için temel operasyonel gereksinimleri ortaya

³⁰² AAOIFI, *Faizsiz Finans Standartları*, 143.

³⁰³ Hasan Hacak - Esra Taşkesen Sancar (ed.), *Şer'î Standartlar ve Operasyonel Gereklilikler*, çev. İsmail Eriş (İstanbul: TKBB Yayınları, 2021), III ve VII.

koyma amacıyla bir referans kaynağı olarak hazırlanmıştır.³⁰⁴ Standart öncelikle kefaletin tanımı, mahiyeti, akdin unsurları, tarafları ve akdin konusunu ortaya koymaktadır. Sonrasında kefalet akdinin taraflara yüklediği hak ve sorumluluklara değinerek aradaki hukuki ilişkiyi genel hatlarıyla baştan sona izah etmektedir. “Kefalette Ücret Alınması” başlıklı bölümde kefalet kapsamında yapılan teminat mektubu gibi ürünler karşılığında ücret alınması şöyle düzenlenmiştir:

R 15.1 - Kefil, kefalet hizmetini sağlamak için ücret talep edebilir.

R 15.2 - Paragraf 15.1 uyarınca, kefalet sözleşmesinde kararlaştırılan ücret aşağıdaki şekillerde olabilir:

(a) Üzerinde anlaşılan sabit bir miktar veya

(b) Kefil olunan tutarın bir yüzdesi.³⁰⁵

Metinde açıkça ifade edildiği üzere Malezya Merkez Bankası tarafından hazırlanan İslami finans standartlarında kefalet ve buna bağlı her türlü finansal uygulama bir hizmet olarak görülmekte ve karşılığında ücret talep edilmesi meşru görülmektedir. Ayrıca 15.1. madde nazara alınarak ücretin maktu veya oransal olarak alınabileceği zikredilmektedir. İslam hukuku mezheplerinin kefalet yaklaşımına aykırı hükümler ihtiva eden standarda hangi fikhî ilke ve görüşlerin dayanak kılındığı ise merak konusudur. Zira standart metninde yalnızca kefaletin meşruiyetine dair dayanaklara yer verilmekle yetinilmiştir.³⁰⁶

Sonuç olarak AAOIFI ile Malezya Merkez Bankası standartları, teminat mektupları ve kefalet karşılığında ücret alınması konusunda birbirinden belirgin biçimde ayrılan iki yaklaşımı temsil etmektedir. AAOIFI, teminat mektubunu esas itibariyle kefalet/damân çerçevesinde ele almakta; sırf teminat sağlama karşılığında, özellikle mektup tutarı ve süresine bağlı olarak belirlenen komisyonu caiz görmemektedir. Buna karşılık bankanın teminat mektubu düzenlerken katlandığı fiilî masrafların ve sunduğu gerçek hizmetlerin müşteriye yüklenebileceğini kabul etmektedir. Bu yönüyle AAOIFI’nin yaklaşımı, önceki fikhî literatürde hâkim olan

³⁰⁴ Hacak - Taşkesen Sancar, *Şer’i Standartlar*, 267-270.

³⁰⁵ Hacak - Taşkesen Sancar, *Şer’i Standartlar*, 277.

³⁰⁶ Hacak - Taşkesen Sancar, *Şer’i Standartlar*, 289.

kefaletin teberrû niteliği ve kefaletin tazmin hâlinde karza dönüşmesi gerekçesiyle uyumlu görünmektedir.

Malezya Merkez Bankası ise kefalet akdini daha açık biçimde ücret karşılığı sunulabilen bir hizmet olarak görmekte ve ücretin maktu şekilde ya da kefil olunan tutarın belirli bir oranı üzerinden belirlenebileceğini kabul etmektedir. Bu yaklaşım, İslami finans uygulamalarının operasyonel ihtiyaçlarını dikkate alması bakımından pratik bir çözüm sunmakla birlikte, klasik fıkıh literatüründe kefalet karşılığında ücret alınmamasına dair hâkim görüşten önemli ölçüde ayrılmaktadır. Özellikle ücretin kefil olunan tutarın yüzdesi olarak belirlenebilmesi, komisyonun fiilî masraf veya hizmet bedelinden ziyade üstlenilen teminat/risk karşılığı alınması sonucunu doğurabileceğinden ayrıca tartışılmaya muhtaçtır. Bu nedenle iki standart arasındaki fark, teminat mektuplarının günümüz İslami finans uygulamalarında yalnızca teorik bir fikhî nitelendirme meselesi olmadığını; aynı zamanda bankacılık pratiği, komisyon hesaplama yöntemi ve riskin fiyatlandırılması bakımından da değerlendirilmesi gerektiğini göstermektedir.

Genel olarak değerlendirildiğinde, uluslararası İslami finans standartlarında teminat mektupları bakımından ağırlıklı kabulün kefalet merkezli teminat durumunu dikkate alan yaklaşım olduğu söylenebilir. AAOIFI, teminat mektubunu klasik fıkıh literatüründeki kefalet ve damân hükümleriyle irtibatlandırmakta; sırf teminat sağlama karşılığında, özellikle mektup tutarı ve süresine bağlı olarak belirlenen komisyonu caiz görmemekte, yalnızca fiilî masraf ve gerçek hizmet bedelinin tahsiline izin vermektedir. Malezya Merkez Bankası standardı ise kefaleti ücret karşılığı sunulabilen bir finansal hizmet olarak değerlendirmesi ve oransal ücretlendirmeye imkân tanıması bakımından bu genel kabulden ayrılmaktadır. Bununla birlikte Malezya uygulamasında dahi bankaların tamamının bu esnek yaklaşımı benimsemediği; ülkedeki İslami bankaların önemli bir kısmının, hatta yaklaşık yarısının, fiilî/idari maliyetleri esas alan AAOIFI'ye yakın bir ücretlendirme çizgisini takip ettiği görülmektedir.³⁰⁷ Bu durum, teminat mektubu komisyonunun yalnızca teorik bir fikhî

³⁰⁷ Alwi - Ibrahim - Sawari, "A Few Methods in Charging Fees", 55-58; Aishath Muneza - Zakariya Mustapha, "Practical Application of Kafalah in Islamic Banking in Malaysia", *PSU Research Review*, DOI: 10.1108/PRR-01-2019-0001, 5-8.

nitelendirme meselesi olmadığını, aynı zamanda uygulamada komisyonun hangi yöntemle hesaplandığı ve fiilen neyin karşılığı olarak tahsil edildiği sorusunu da gündeme getirdiğini göstermektedir.

2. Katılım Bankalarında Teminat Mektubu Uygulamalarının

İncelenmesi

Günümüz İslami finans uygulamalarında kefalet, finans kurumunun müşterisinin üçüncü kişiye karşı üstlendiği borç veya edimi yerine getireceğine dair verdiği güvence şeklinde kullanılmaktadır. Bu yapıda kurum, müşterinin temerrüde düşmesi veya sözleşmeden doğan yükümlülüğünü ihlal etmesi hâlinde belirli bir tutarı ödeme taahhüdünde bulunmaktadır.³⁰⁸ İslami finans kurumu bu ilişkide kimi zaman garantör sıfatıyla müşterisine banka teminat mektubu, akreditif veya sevkiyat garantisi gibi kefalete dayalı ürünler sunmakta; kimi zaman ise sağladığı finansman işlemlerinde üçüncü kişilerce verilen garantiyi kabul eden taraf konumunda bulunmaktadır. Teminat mektubu sunan İslami bankalar, bu güvenceyi şartlı veya şartsız kefalet kapsamında düzenleyebilmektedir.³⁰⁹ Dolayısıyla İslami bankacılıkta çağdaş kefalet uygulamaları kurumsal bir güvence mekanizması teşkil etmektedir.

Teminat mektuplarının modern bankacılık uygulamaları açısından bir gayrinakdî kredi olduğu tezin ilk bölümünde açıklanmıştır. Bu çerçevede kefalet akdi, İslami finans kurumları tarafından akreditif ve teminat mektubu gibi gayrinakdî kredi ürünlerinin fıkhi zeminini oluşturan başlıca kurumlardan biri olarak kullanılmaktadır.³¹⁰ Ancak konvansiyonel bankacılıkta olduğu gibi İslami bankalar açısından da bu işlemler yalnızca bir teminat ilişkisi olarak değil, aynı zamanda kredi limiti tahsis, risk üstlenimi ve komisyon geliri doğuran bir bankacılık hizmeti olarak işlemektedir. Nitekim akreditif uygulamasında da banka, müşterisi adına üçüncü

³⁰⁸ Emad Mohammed Al-Amaren - Che Thalbi Bt Md. Ismail - Mohd Zakhiri bin Md. Nor, “The Interplay Between Performance Bonds and the Principle of Independence of the Bank’s Commitment in Jordan”, *Yustisia* 8/2 (2019), 155-156; Alwi - Ibrahim - Sawari, “A Few Methods in Charging Fees”, 51-53.

³⁰⁹ Abu Hasnat - Alom, “The Implementation of Kafalah”, 768.

³¹⁰ Abu Hasnat - Alom, “The Implementation of Kafalah”, 768.

kişiy e ödeme taahhüdünde bulunmakta; bu taahhüt, hem ödeme güvencesi hem de bankanın itibarı üzerinden işleyen bir doğrulama mekanizması meydana getirmektedir.³¹¹

Banka teminat mektuplarının hukuk ve finans disiplini bakımından kredi kabul edilmesi, klasik fıkıhtaki kefalet-karz ilişkisini anlamak açısından önemlidir. Bankacılık uygulamasında teminat mektupları, banka tarafından müşterisi lehine üçüncü kişiy e karşı üstlenilen şarta bağılı bir ödeme taahhüdü olarak düzenlenmekte ve bu sebeple gayrinakdî kredi niteliğı taşımaktadır.³¹² Katılım bankalarının genel kredi sözleşmelerinde de teminat mektuplarının yalnızca klasik fıkıhtaki kefalet akdi esas alınarak değıl, modern bankacılık hukukundaki kredi, garanti ve risk üstlenimi mantığı içinde düzenlendiğı görölmektedir. Bu metinlerde teminat mektubu, garanti, kontrgaranti, harici garanti ve kefalet gibi taahhütlerin sözleşme kapsamında müşteriye açılmış kredi olduğı açıkça belirtilmekte; bu tür işlemler “garanti taahhüdü” başlığı altında ele alınmaktadır.³¹³ Benzer şekilde konvansiyonel banka genel kredi sözleşmelerinde de teminat mektubu, akreditif ve diğ er gayrinakdî kredi işlemleri kredi limiti kapsamında düzenlenmektedir.³¹⁴ Bu durum, uygulama bakımından katılım bankaları ile faizli bankalar arasında teminat mektubunun kredi niteliğı açısından esaslı bir farklılık bulunmadığını göstermektedir.

Teminat mektubu metinlerinde yer alan ödeme taahhüdünün niteliğı de bu sonucu desteklemektedir. Uygulamada banka, çoğı zaman asıl borç ilişkisine dair ihtilafı incelemeksizin ve müşterinin ayrıca izin veya muvafakatini aramaksızın, muhatabın ilk yazılı talebi üzerine ödeme yapmayı taahhüt etmektedir. Avans teminat mektubu örneğinde de bankanın, lehtar ile muhatap arasındaki uyuşmazlık ve bunun sonuçlarını dikkate almaksızın, talep edilen tutarı ilk yazılı istem üzerine derhal ve gecikmeksizin ödeme taahhüdünde bulunduğı görölmektedir.³¹⁵ Bu yönüyle teminat

³¹¹ Emad Mohammed Al-Amaren - Che Thalbi Bt Md. Ismail - Mohd Zakhiri bin Md. Nor, “The Interplay Between Performance Bonds and the Principle of Independence of the Bank’s Commitment in Jordan”, *Yustisia* 8/2 (2019), 154-155.

³¹² Bankacılık Kanunu (Bankacılık Kanunu), 5411 (19 Ekim 2005); Reisoğılu, *Teminat Mektupları*, 23; Tekinalp, *Banka Hukuku*, 509.

³¹³ Kuveyt Türk Katılım Bankası A.Ş., Genel Kredi Sözleşmesi, md. 9.1.1-9.1.2.

³¹⁴ Türkiye Vakıflar Bankası T.A.O., Genel Kredi Sözleşmesi, md. 3, md. 33-34.

³¹⁵ “Avans Teminat Mektubu”, *LegalBank*, erişim 29 Kasım 2020.

mektubu, klasik kefalette görülen asıl borca bağılı şahsî teminat görünümünü aşmakta; modern bankacılıkta bağımsız ödeme taahhüdü ve kredi riski doğuran bir garanti mekanizması olarak işlemektedir.

Gayrinakdî kredilerde banka ilk aşamada müşterisi lehine üçüncü kişiye karşı ödeme taahhüdünde bulunur; bu aşamada bankadan fiilen nakit çıkışı gerçekleşmez. Ancak riskin gerçekleşmesi ve bankanın muhataba ödeme yapması hâlinde gayrinakdî kredi nakdî krediye dönüşür ve müşteri bankaya borçlanır. Genel kredi sözleşmelerinde de bu yapı açık biçimde görülmektedir. Kuveyt Türk Katılım Bankası'nın sözleşmesinde bankanın garanti taahhüdünü tazmin etmesi hâlinde “yaptığı ödemeler” ile komisyon, vergi, harç, resim ve masraflardan doğan tüm yükümlülükleri müşterinin hesabına derhal borç kaydetmeye yetkili olduğu belirtilmektedir.³¹⁶ Bu yapı, klasik fıkıhta kefaletin ödeme sonrasında karz ilişkisine dönüşmesinin somut bir örneğidir. Dolayısıyla İslam hukukçularının kefalet akdini karzla ilişkilendirmesi, günümüzdeki gayrinakdî kredi mantığıyla önemli ölçüde örtüşmektedir.

Bu çerçevede teminat mektubu, fıkhi değerlendirme bakımından yalnızca bir belge düzenleme hizmeti veya soyut bir güvence beyanı olarak görülemez. Banka, teminat mektubu düzenlemekle müşterisi adına üçüncü kişiye karşı ödeme riski üstlenmekte; bu risk gerçekleştiğinde ise ödeme tutarı müşteriye rücu edilen bir borca dönüşmektedir. Zira teminat mektubu komisyonu, fiilen kullanılmış bir nakdî kredi için değil, her an nakde dönüşebilecek bir kredi taahhüdü ve risk üstlenimi için alınmaktadır. Komisyonun mektubun tutarı, vadesi ve risk düzeyiyle bağlantılı olarak hesaplanması da bu bedelin salt fiilî masraf karşılığı olmaktan çıktığını göstermektedir.³¹⁷

Konuya dair bir diğer tartışma konusu, teminat mektubu karşılığında müşteriden belirli bir oranda nakit teminat alınması ve bunun banka tarafından kullanılmasıdır. Buradaki amaç, riskin gerçekleşmesi ve bankanın teminat mektubunu tazmin etmesi halinde müşteri bankaya borçlu hale geldiği için bankanın alacağını

³¹⁶ Kuveyt Türk Katılım Bankası A.Ş., Genel Kredi Sözleşmesi, md. 9.6.1-9.6.3.

³¹⁷ Al-Amaren - Ismail - Nor, “The Interplay Between Performance Bonds”, 154-155; Ebû Gudde - Hüce, *Nedveti'l-bereke*, 52.

güvence altına almak istemesidir. Muasır İslam hukukçularının geneli teminat mektuplarını kefalet akdi çerçevesinde kabul ettiği için bankanın bu sebeple müşterisinden aldığı nakit teminatları da kefilin elindeki kefalet malı olarak yorumlamaktadırlar.³¹⁸ Günümüzdeki hâkim görüşe göre bankanın bu meblağdan faydalanmasını caizdir çünkü bir şeyin damânına katlanan ondan istifade etme hakkına da sahiptir.

Bankanın müşterisinden aldığı nakdî teminatı kullanmasını inceleyen Ali es-Sâlûs, dört mezhepten konuyla ilgili görüşlere değinerek konuyu ele almaktadır. Müellifin ulaştığı sonuç, kefil olunan kişi tarafından kefile ödenen paranın kullanılması halinde kârın kefile helal olacağıdır. Ancak kefil bu parayı kullanırsa söz konusu meblağ kendi sorumluluğu altına girer ve kefaletle konu borcu ödedikten sonra asıl borçludan bunu isteyemez.³¹⁹ Sonuç olarak, İslamî bankaların vermiş oldukları teminat mektupları için müşterilerinin cari veya katılma hesaplarına teminat amacıyla nakit bulunmasını talep etmelerinde bir beis görülmemektedir.³²⁰

Kahraman, teminat mektupları konusunu yatırılan teminatın kullanılması ve karşılığında ücret alınması konularıyla sona erdirmektedir. Bankanın teminat mektubu verme karşılığında belirli bir oranda müşterisinden aldığı nakit teminat, muasır İslam hukukçuları tarafından kefilin elindeki rehin olarak anlaşılmaktadır. Bu sebepten ötürü bankanın nakit teminattan istifa edebileceği düşünülmüştür.³²¹

Hanefî mezhebinde kefilin elindeki kefalet malından istifade etmesi mümkündür. Eğer bu mal asıl borçluya ait bir nakit para ise ve kefil bu parayı borcun tazmininden sonra ödediği meblağa karşılık olmak üzere almışsa bundan istifade etmesi caizdir.³²² Bu çerçevede bankaların aynı sebepten dolayı müşterilerinden nakit teminat alması ve mektubun tazmin edilmesinden sonra nakit teminatın borçtan düşülerek mahsuplaşılması söz konusudur. Dolayısıyla günümüzde teminat

³¹⁸ Kahraman, *Kefalet Sözleşmesi*, 347.

³¹⁹ Es-Sâlûs, “Hitâbu’d-Damân”, 1092.

³²⁰ Es-Sâlûs, “Hitâbu’d-Damân”, 1094-1095.

³²¹ Kahraman, *Kefalet Sözleşmesi*, 347.

³²² Kemaleddin İbnü’l-Hümmam, *Şerhu fethü’l-kadîr* (Kahire, 1970), 7/207.

mektuplarına karşılık bankaya yatırılan ve müşterilere ait olan nakit teminatların bankalar tarafından kullanılması da caiz olmalıdır.

3. Katılım Bankalarının Tahsil Ettiği Teminat Mektubu

Komisyonlarının Değerlendirilmesi

Kefalet akdinin İslamî finans ürün geliştirmede tartışmalı alanlardan biri olmasının ana sebebi hem klasik fıkıh literatüründe hem de muasır İslam hukukçularının çoğunluğuna göre kefaletin teberru niteliği sebebiyle ücret alınmasının caiz olmamasıdır.³²³ Çünkü, kefalet ve benzeri şahsi teminat akitleri karşılığında ücret alınması ve bunlardan gelir elde edilmesi fıkhen mümkün olsaydı teminat mektuplarının kefalet akdi çerçevesinde sunulması çok daha mümkün olabilirdi. Teminat mektuplarının bağımsız borç teşkil etmesi, ilk talepte ödeme sorumluluğu gibi şartları hala İslam hukukundaki kefalet akdiyle örtüşmeyecek olsa da İslami bankaların de facto şartları esnetmesi veya kefalet akdini bu şartlara uyarlaması komisyona göre daha olası görünmektedir. Dolayısıyla asıl sorun, teminat mektubunun varlığı veya özellikleri değil; onun altında yatan kefalet ilişkisinden getiri elde edilemeyeceği meselesidir.

Bu noktada teminat mektubu karşılığında alınacak olan komisyonun neye binaen tahsil edileceği meselesi önem taşımaktadır. Muasır İslam hukukçularının çoğunluğu ve genel kabul gören uluslararası standartlara göre teminat mektubu karşılığında yalnızca fiili masraflar tahsil edilebilir.³²⁴ Söz konusu yaklaşımın önemli bir parçasını oluşturan bu şart sebebiyle, günümüzde geniş uygulama alanı bulan bu fetvanın aslında ne derece uygulanabilir olduğu ciddi bir problem teşkil etmektedir. Ayrıca, İslami bankalar bakımından fiilî masrafların nasıl hesaplanacağına ilişkin bir formülün geliştirilmemiş olması da bir başka sorundur.³²⁵ Bu konuda teminat mektubu komisyonlarının masraf olarak tahsil edilme imkanının sorgulanması gereklidir. Zira

³²³ Kahf - İbrahim, “Return on the Letter of Guarantee”, 550-551.

³²⁴ Ez-Zuhaylî, “Et-Temvîl ve Süku’l-Evrâki’l-Mâliyye”; Ebû Gudde, “Hitâbu’d-Damân”, 1108-1109; Bayındır, *Faizsiz Bankacılık*, 145; Sâlûs, “Hitâbu’d-Damân”, 1079-1083; AAOIFI, *Faizsiz Finans Standartları*, 131.

³²⁵ Alwi - İbrahim - Sawari, “A Few Methods in Charging Fees”, 64-65.

verilen fetvanın piyasa pratikleri açısından bir realitesi yoksa er ya da geç uyumsuzluk ve itibar riski kaçınılmaz olacaktır.

Faizli olsun İslami olsun bankaların yalnızca masraflarını tahsil ederek teminat mektubu sunmasının iktisadi anlamda banka açısından hiçbir anlamı yoktur. Aksine, kâr elde edilemeyen bu denli büyük operasyonlar kurumsal olarak gereksiz yük teşkil etmektedir. Ayrıca teminat mektupları bankalar açısından kayda değer bir ekonomik büyüklük oluşturmaktadır. Konvansiyonel ve İslamî bankalar teminat mektupları için önemli büyüklükte kaynak ayırmakta, bazı bankalarda teminat mektuplarından elde edilen getiri toplam içinde hatırı sayılır bir paya sahip olmaktadır. Dolayısıyla, İslami bankaların teminat mektubunu sadece masraf karşılığında ücretsiz sunmak istememesinin pratik bir gerekçesi bulunmamaktadır.³²⁶

Konvansiyonel bankalar gibi İslami bankalar da müşterilerinden “teminat mektubu bedeline oranla” komisyon tahsil etmektedir.³²⁷ Teminat mektubu karşılığında sadece fiili masrafların tahsil edilecekse bu şekilde oransal bir bedelin alınmaması ve komisyonun bankanın bu hizmeti verebilmesi için katlanmış olduğu operasyonel masraflar sebebiyle “maktu” olarak alınması gerekmektedir. Konuya dair başka çalışmalarda ise İslami bankaların gereksiz ve gerçek olmayan masrafları ileri sürerek kâr amacıyla teminat mektubu komisyonunu arttırması riskine değinilmektedir.³²⁸ Abdülhalim Ömer de katılım bankalarının teminat mektubu karşılığında tahsil ettikleri oransal komisyonun fetvalarda öngörülen fiilî masrafların alınma şartını karşılayıp karşılamadığını sorgulamaktadır. Çünkü kastedilen idarî ve fiilî masrafların incelikte tespit edilmesi bankalar açısından hayli zor olduğu gibi teminat mektubu bedeline oranla alınan komisyonların ise masraf mahiyetinde olması mümkün görünmemektedir.³²⁹ Bu durum İslami bankalar açısından ciddi bir itibar riski teşkil etmektedir.

Teminat mektubu komisyonuna imkan sağlamak adına bunun vekalet akdine dayalı bir tür hizmet bedeli olarak tahsil edilmesi de uygulamada kendine yer

³²⁶ Kahf - Ibrahim, “Return on the Letter of Guarantee”, 557.

³²⁷ Al-Amaren - Ismail - Nor, “The Interplay Between Performance Bonds”, 154-155; Ebû Gudde - Hüce, *Nedveti'l-bereke*, 52.

³²⁸ Abu Hasnat - Alom, “The Implementation of Kafalah”, 771.

³²⁹ Ömer, “Müzakere Raporu”, 376-377.

bulmaktadır. Ancak bu yöntemle ihtiyatlı yaklaşılmalıdır, zira teminat mektupları mahiyeti itibarıyla bir mal veya hizmet mübadelesi değil, borçlunun sorumluluğuna kefilin sorumluluğunun eklenmesidir.³³⁰ Buna karşılık uygulamada komisyonun çoğunlukla teminat mektubunun tutarı ve vadesi dikkate alınarak belirlenmesi, söz konusu bedelin yalnızca teknik bir hizmet karşılığı olmadığını göstermektedir. Bu durumda banka, müşteriye sunduğu idarî hizmetten ziyade, ona tahsis ettiği gayrinakdi kredi limiti ve üstlendiği garanti riski üzerinden gelir elde etmektedir.³³¹ Dolayısıyla teminat mektubu komisyonunu bütünüyle hizmet bedeli olarak nitelendiren yaklaşımlar, işlemin bankacılık pratiğindeki mahiyetini tam olarak açıklamakta yetersiz kalmaktadır.

Malezya uygulamasına ilişkin bulgular, İslami bankaların teminat mektubu ücretlendirmesinde yeknesak bir yöntem izlemediğini göstermektedir.³³² Malezyada faaliyet gösteren on iki İslami bankadan altısı, Malezya Bankalar Birliği tarafından konvansiyonel banka garantileri için kullanılan yüzdelik oranları esas almakta; beşi yalnızca bankanın fiili/idari maliyetlerini dikkate almakta; biri ise kendi belirlediği formüle dayalı yüzdelik bir hesaplama yöntemi kullanmaktadır. Bu farklılık, kefaletin mahiyetine ilişkin şer‘î kurul yorumlarının bankadan bankaya değişmesinden ve Malezya Merkez Bankası’nın bu konuda bağlayıcı ya da standartlaştırıcı bir yöntem belirlememiş olmasından kaynaklanmaktadır.³³³ Sonuç olarak, Malezya’daki İslami bankacılık uygulamalarında kefaletin ve dolayısıyla teminat mektubu karşılığında ücret alınmasına dair muasır İslam hukukçuları arasında yaşanan ikilemin tam anlamıyla uygulamaya yansdığı söylenebilir.

³³⁰ Alwi - Ibrahim - Sawari, “A Few Methods in Charging Fees”, 53-55.

³³¹ Kahf - Ibrahim, “Return on the Letter of Guarantee”, 563-565; Alwi - Ibrahim - Sawari, “A Few Methods in Charging Fees”, 58-61.

³³² Malezya uygulamasında kefalet sözleşmeleri, İslami bankacılık ürünü içinde yer alsa dahi esas itibarıyla 1950 tarihli Sözleşmeler Kanunu’nun garantiye ilişkin hükümlerine tabidir. Bu kanun, kefil, asıl borçlu ve alacaklı arasındaki ilişkiyi genel garanti hükümleri çerçevesinde düzenlemektedir. İslami bankacılık bakımından Merkez Bankası Bank Negara Malaysia’nın kefalet düzenlemeleri de dikkate alınmakla birlikte, mahkeme kararları kefalet uyumsuzluklarında Sözleşmeler Kanunu hükümlerinin uygulandığını göstermektedir. Bu durum, İslami bankacılık ürünlerinin yalnızca şer‘î sözleşme mantığıyla değil, yürürlükteki pozitif hukuk kurallarıyla birlikte değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Muneeza - Mustapha, “Kafalah in Islamic Banking in Malaysia”, 5-8.

³³³ Alwi - Ibrahim - Sawari, “A Few Methods in Charging Fees”, 55-58.

Kahf ve Ibrahim'in teminat mektubu komisyonuna ilişkin müşareke temelli çözüm önerisi, mektubun vücûh şirketi kapsamında yeniden yapılandırılmasıdır. Buna göre banka, müşterinin yürüttüğü projeye doğrudan nakit sermaye koymak yerine teminat mektubu düzenlemek suretiyle katkı sağlamakta; projeden elde edilecek kâr taraflar arasında önceden belirlenen oranlara göre paylaşılmakta, zarar ise sermaye katkısı oranında üstlenilmektedir.³³⁴ Yazarlar bu modeli özellikle performans teminatları, bakım teminatları ve gümrük teminatları gibi ticarî projelere ilişkin teminat mektupları bakımından uygulanabilir görmektedir. Söz konusu öneri, teminat mektubundan doğan komisyon problemini bütünüyle çözen genel bir model olarak değerlendirilmemelidir.³³⁵

Ancak bu modelde bankanın projeye gerçek anlamda ortak olması, yönetim sürecine fiilen katılması ve müşareke akdinin gerektirdiği zarar paylaşımı sonuçlarını üstlenmesi gerçekçi görünmemektedir. İşlemin müşareke olarak nitelendirilmesi şeklen mümkün görünse de mahiyet bakımından uygulanabilir değildir. Bu nedenle itibara dayalı müşareke modeli, ancak bankanın projeye gerçek bir ortaklık ilişkisi içinde katıldığı sınırlı durumlarda anlamlı olabilir; aksi hâlde teminat mektubu komisyonuna ilişkin fikhî sorunun farklı bir akit adı altında yeniden üretilmesi eleştirisine maruz kalacaktır.

Sonuç olarak katılım bankalarının teminat mektupları karşılığında tahsil ettikleri komisyonlar, fikhî teori ile bankacılık pratiği arasındaki gerilimin en açık şekilde görüldüğü alanlardan biridir. Muasır fetva ve standartlarda çoğunlukla yalnızca fiilî masrafların tahsiline izin verilmekte; teminat mektubu tutarı ve süresine bağlı olarak belirlenen komisyonlar ise kefalet veya damân karşılığı ücret niteliği taşıdığı için problemli görülmektedir. Buna karşılık uygulamada katılım bankalarının teminat mektuplarını yalnızca maliyet karşılığı sunması iktisadi açıdan gerçekçi görünmemekte; komisyonların çoğu zaman teminat mektubu bedeli, vadesi ve üstlenilen risk dikkate alınarak belirlenmesi, bu bedelin salt idarî hizmet veya fiilî masraf olarak açıklanmasını zorlaştırmaktadır. Bu sebeple teminat mektubu komisyonunu vekâlet ücreti, hizmet bedeli veya alternatif bir ortaklık modeli

³³⁴ Kahf - Ibrahim, "Return on the Letter of Guarantee", 565-566.

³³⁵ Kahf - Ibrahim, "Return on the Letter of Guarantee", 567-576.

üzerinden meşrulaştırmaya çalışan yaklaşımlar da işlemin bankacılık pratiğine uyum sağlamada yetersiz kalmaktadır.

Kanaatimizce burada asıl mesele, teminat mektubunun teorik olarak hangi akit adı altında sunulacağından ziyade, bankanın fiilen neyin karşılığında gelir elde ettiğinin açık biçimde tespit edilmesidir. İslami bankaların elde ettiği komisyonlar bir gelir olarak, üstlenilen teminat/risk ve tahsis edilen gayrinakdî kredi karşılığı olduğunda, fıkıh geleneğinde yer edinmiş olan faiz endişeleri haklı çıkmaktadır. Zira her an nakdî krediye dönüşebilecek teminat mektubu için komisyon alınması, her an karza dönüşebilecek kefalet için ücret alınması gibidir. Karz sebebiyle ücret almak nasıl faiz anlamına geliyorsa karz taahhüdü için ücret almak da aynı şekilde faiz anlamına gelebilir. Kefaletin teberru özelliğini bu açıdan anlamlandırmak birçok açıdan daha makul görünmektedir. Bu nedenle katılım bankacılığı uygulamasında teminat mektubu komisyonlarının, yalnızca mevcut fetva formüllerine şeklen uygunluk üzerinden değil; piyasa gerçek ve ihtiyaçları dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

SONUÇ

Bu çalışmada banka teminat mektupları, İslam hukukundaki kefalet akdi merkezinde incelenmiş; bununla birlikte meselenin yalnızca klasik kefalet hükümlerine indirgenemeyecek kadar çok boyutlu olduğu ortaya konulmaya çalışılmıştır. Teminat mektupları, modern hukukta garanti sözleşmesi, bankacılık uygulamasında ise gayrinakdî kredi olarak kabul edilmektedir. Bu sebeple konunun fıkhi açıdan değerlendirilmesinde hem klasik fıkıh müktesebatının hem de güncel hukuk ve bankacılık pratiğinin birlikte dikkate alınması gerekmektedir. Aksi hâlde teminat mektupları ya yalnızca şekli benzerlikler üzerinden klasik akitlere dâhil edilmekte ya da modern finansal ihtiyaçlar gerekçe gösterilerek fıkhi ilkeler yeterince işletilmeden meşrulaştırılmaktadır.

XX. yüzyılın başlarından itibaren günümüzdeki haliyle örnekleri görülen teminat mektupları, genel itibariyle ihale ve büyük çaplı ticari işler/projeler için istenen ve yine genellikle bir banka tarafından sunulan bir banka garantisidir. Günümüzde teminat mektupları hem Türkiye’de hem de dünyada garanti sözleşmesi olarak kabul edilmekte ve o şekilde uygulanmaktadır. Aynı zamanda iktisadi ve finansal açıdan teminat mektupları bir gayrinakdî kredi uygulaması olarak uygulanmaktadır.

Teminat mektuplarının fıkhi mahiyeti meselesi hakkında İslam hukuku çalışmaları İslamî bankaların faaliyete gösterdiği 1970’li yıllarda İslamî bankacılık alanına dair ilmi/akademik çalışmaların hayata geçmesiyle başlamıştır. Bugüne kadar teminat mektupları konusunda yapılan en önemli ilmi çalışmalar; Al Baraka ve İslam Fıkıh Akademisi tarafından düzenlenmiş olan sempozyumlar, Türkiye’de düzenlenmiş olan I. İslam Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi, teminat mektubunu konu alan İslamî finans standartları ve muasır İslam hukukçularının konuyla ilgili araştırmalarından müteşekkildir. Teminat mektupları hususunda yapılan fikhî çalışmalar, genelde bu uygulamanın fikhî niteliğini tespit etme ve karşılığında ücret alınması meselelerine odaklanmaktadır.

Banka teminat mektuplarına dair güncel İslam hukuku çalışmalarında hâkim olan görüş, İslam Fıkıh Akademisi’nin 1985 yılında düzenlediği sempozyumda teminat mektuplarıyla ilgili alınan kararda kendini göstermektedir. Buna göre müşteri

tarafından verilen nakdî teminatın mektup bedeli kadar olması halinde teminat mektubu “kapalı” olarak isimlendirilmiş, fikhî mahiyetinin vekâlet akdi olduğu kabul edilmiş ve karşılığında ücret alınması caiz görülmüştür. Nakdî teminatın mektup bedeli kadar olmaması durumunda ise teminat mektubu “açık” olarak isimlendirilmiş, fikhî mahiyetinin kefalet olduğu kabul edilmiş ve karşılığında “sadece kefalet veya damândan” dolayı ücret alınması caiz görülmemiş, sadece fiilî masrafların tahsil edilmesine izin verilmiştir.

Teminat mektuplarına dair muasır görüş ve yaklaşımların genelinde göze çarpan en temel eksiklik, uygulamaya dair işleyişin ve bankanın bu ilişkide fiilen üstlendiği garanti ve kredi fonksiyonlarını yeterince dikkate almadan daha çok teorik akit tasnifleri üzerinden sonuca ulaşmalarıdır. Yani, yapılan inceleme ve değerlendirmeler vakıa ile uyumlu olmamakla birlikte, taraflar arasındaki akdi ilişkinin sıhhate hamledilmesi çabasının bir sonucu olarak görünmektedir. Özellikle müşterinin bankaya nakdî veya gayrinakdî teminat vermesi veya borcun nihai olarak müşterinin hesabından karşılanması durumunda teminat mektubunu kısmen ya da tamamen vekâlet akdi kapsamında değerlendirmek, bankanın her durumda garanti/teminat sunduğu gerçeğini göz ardı etmektedir. Zira teminat mektubu ilişkisinde banka, müşterinin nakit teminatı bulursa dahi muhataba karşı teminat sunmakta; lehtar açısından güvenceyi doğuran unsur müşterinin bankadaki parası değil, bankanın ödeme taahhüdü olmaktadır. Buna karşılık teminat mektuplarının modern hukukta garanti sözleşmesi olarak, modern bankacılık ve finans açısından ise gayrinakdî kredi olarak kabul edilmesinin muasır fıkıh literatüründe kapsamlı şekilde ele alınmamıştır.

Teminat mektuplarını bankacılık hizmeti olarak değerlendiren yaklaşım da belirli ölçüde açıklayıcı olmakla birlikte sınırlıdır. Bankanın belge düzenlemesi, müşteri riskini incelemesi, limit tahsis etmesi ve operasyonel süreçleri yürütmesi elbette bir hizmet unsurunun bulunduğu göstermektedir. Ancak bu işlemler teminat mektubunun tali unsurlarıdır. İşlemin asli niteliği, bankanın muhataba karşı ödeme taahhüdü üstlenmesidir. Nitekim uygulamada alınan komisyonun çoğu zaman mektup tutarı, vade, müşteri riski ve teminat yapısı dikkate alınarak belirlenmesi, bu bedelin salt idari masraf veya hizmet ücreti olarak açıklanmasını güçleştirmektedir. Bu

nedenle bankanın fiilî masraflarının tahsili ile teminat sağlama ve kredi riski üstlenme karşılığında gelir elde etmesi arasında açık bir ayrım yapılmalıdır.

Teminat mektuplarını yeni veya kendine özgü bir akit olarak kabul eden yaklaşım ise işlemin modern hukuk ve bankacılık uygulamasındaki özgün yönlerini göstermesi bakımından önemlidir. Gerçekten de teminat mektupları, klasik kefalet ve vekalet akitleriyle birebir örtüşmeyen özellikler taşımaktadır. Ancak bir işlemin yeni akit veya isimsiz akit olarak adlandırılması, onun fıkhi meşruiyetini tek başına ortaya koymaz. İslam hukukunda muamelat alanında asıl olan ibaha olmakla birlikte bu ilke, naslara, icmâa, geçerli kıyasa ve genel şer'î ilkelere aykırı işlemleri meşru hâle getirmez. Bu sebeple yeni akit görüşü, teminat mektubunun mahiyetini açıklama bakımından tamamlayıcı bir değer taşımakta; fakat komisyonun meşruiyetini tek başına temellendirmemektedir.

Bu çalışmada kefalet ile teminat mektuplarına zemin teşkil eden modern garanti akdinin aralarındaki benzerlikler ve farklılıklar ortaya koyulmuştur. Teminat mektubu günümüzde İslam hukukundaki klasik kefalet müessesesine binaen uygulanabileceği gibi yeni bir akde binaen de yapılabilir. Ancak eğer kefalet akdine binaen yapılacaksa uygulama ile klasik kefalet akdi arasındaki farklılıklar giderilmeli, yeni akit olarak kabul edilecekse bu akdin özellikleri tespit edilmeli, sadece isimsiz ve yeni olduğuna bakılarak olduğu gibi kabul edilmemelidir.

Uluslararası İslami finans standartlarında da bu gerilimin izleri görülmektedir. AAOIFI'nin yaklaşımı, teminat mektubunu kefalet ve damân hükümleriyle irtibatlandırmakta; teminat sağlama karşılığında mektup tutarı ve süreye bağlı komisyon alınmasını caiz görmemekte, yalnızca fiilî masraf ve gerçek hizmet bedelinin tahsiline izin vermektedir. Buna karşılık Malezya uygulaması, kefaleti ücret karşılığı sunulabilen bir finansal hizmet olarak değerlendirmesi bakımından daha esnek bir çizgiye sahiptir. Ancak bu yaklaşım, genel kabulden belirli ölçüde ayrılmakta ve uygulamada dahi bütünüyle yeknesak biçimde benimsenmemektedir. Bu durum, teminat mektubu komisyonunun sadece teorik bir fıkıh tartışması değil, aynı zamanda uygulamadaki ücretlendirme yöntemleriyle doğrudan bağlantılı bir mesele olduğunu göstermektedir.

Kanaatimizce teminat mektuplarının fıkhi değerlendirmesinde en isabetli yaklaşım, işlemin güvence fonksiyonu ve ödeme taahhüdü mahiyeti sebebiyle kefalet ve damânla olan irtibatını kabul etmek; bununla birlikte modern hukukta bağımsız garanti sözleşmesi, bankacılıkta ise gayrinakdî kredi niteliği taşıdığını da dikkate almaktır. Bu çerçevede İslami bankaların yalnızca fiilî ve doğrudan masraflarını tahsil etmesin teoride mümkün görünse de pratikte gerçekliği yoktur. Ancak bankanın teminat sağlama, kredi limiti tahsis etme ve risk üstlenme karşılığında ayrıca gelir elde etmesi, kefalet karşılığı ücret ve karz karşılığı menfaat problemleri sebebiyle fıkhi açıdan ihtiyatla karşılanmalıdır.

Çalışmada ulaşılan temel sonuçlardan biri, teminat mektupları bakımından asıl fıkhi problemin akdin hangi adla isimlendirileceğinden ziyade, bankanın aldığı bedelin neyin karşılığı olduğudur. Komisyonun mektup tutarı, vade ve üstlenilen risk üzerinden belirlenmesi hâlinde bu bedelin kefalet veya damân karşılığı ücret niteliği taşıdığı söylenebilir. Bankanın ödeme yapması durumunda lehtara rücu etmesi ise meseleyi karz ilişkisine yaklaştırmaktadır. Bu durumda kefalet karşılığı ücret alınması, ödeme sonrasında karz karşılığı menfaat sonucunu doğurabileceği için fıkhi açıdan ciddi bir problem ortaya çıkmaktadır.

Sonuç olarak banka teminat mektupları, klasik fıkıh birikimi ile modern finans pratiği arasındaki ilişkinin yeniden düşünülmesini gerektiren önemli bir örnektir. Bu işlem, klasik kefalet akdinin teminat fonksiyonuna yaklaşmakta; ancak bağımsız garanti niteliği, ilk talepte ödeme kaydı, gayrinakdî kredi yapısı ve komisyon uygulaması sebebiyle klasik kefaletten ayrılmaktadır. Bu nedenle teminat mektuplarını doğrudan klasik kefaletle özdeşleştirmek de yalnızca modern ihtiyaçlara dayanarak yeni ve meşru bir akit olarak kabul etmek de yeterli değildir. Fıkhi değerlendirmede belirleyici olan, işlemin adı değil, taraflara yüklediği hak ve borçlar ile bankanın elde ettiği gelirin mahiyetidir.

Bu çalışma neticesinde varılan genel kanaat şudur: İslami finans kurumlarının teminat mektubu uygulamalarında şekli fetva formüllerine dayanmakla yetinmeyip, ilişkinin gerçek mahiyetini açık biçimde ortaya koymaları gerekir. Teminat mektubu karşılığında komisyon geliri elde edilmesi halinde hâlinde, mesele fıkıh geleneğinde

tartışılan faiz endişesiyle doğrudan irtibatlı hâle gelmektedir. Çünkü teminat mektubu, şartların gerçekleşmesi durumunda nakdî krediye dönüşme ihtimali taşıyan bir taahhüttür. Bu taahhüt sebebiyle ücret alınması ise, ödeme gerçekleştiğinde karza dönüşecek bir kefalet ilişkisi üzerinden menfaat elde edilmesi anlamına gelebilir. Karz üzerinden menfaat sağlanması nasıl faiz yasağı kapsamında değerlendiriliyorsa, karza dönüşme ihtimali taşıyan bir ödeme taahhüdünün ücretlendirilmesi de aynı sakıncayı gündeme getirmektedir. Bundan sonraki çalışmalarda özellikle katılım bankalarının fiilî ücretlendirme yöntemleri, teminat mektuplarında maliyet hesaplaması ve risk karşılığı alınan bedelin uygulamadaki sınırları daha ayrıntılı biçimde incelenmelidir. Ayrıca tekafül şirketlerinin sunduğu kefalet senedi ürünü de teminat mektubu yerine alternatif olarak değerlendirilmelidir. Böylece hem klasik fıkıh ilkeleri korunabilecek hem de güncel finansal ihtiyaçlara daha tutarlı ve şeffaf çözümler geliştirilebilecektir.

KAYNAKÇA

- AAOIFI: *Faizsiz Finans Standartları*. İstanbul: TKBB Yayınları, 2019.
- Abdullah, İhâb: *Hitâbü'd-damâni'l-masrifî fî dav'i's-şer'îati'l-İslâmiyye ve'l-kânûn ve'l-kavâidi'd-düveliyye*. Cuba: Cuba Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Yüksek Lisans Tezi, 2009.
- Abikan, Abdulqadir Ibrahim: "Contract of Kafâlah (Guarantee) in Islamic Finance: Extending the Frontiers of Islamic Law". *Journal of Shariah Law Research* 2/1 (2017), 157-178.
- Ahmad, Yaser Ahmad Badr: *İslam Muamelât Hukukunda Kefalet ve Taahhüd Kuralları*. İstanbul: İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Aktan, Hamza: "Ticaret Hukukunun Yeni Bazı Problemleri Üzerine İslâm Hukuku Açısından Bir Değerlendirme (Borsa, Teminat Mektubu, Leasing)". *I. Uluslararası İslâm Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi*. ed. Mehmet Bayyığit. 209-228. Konya: Kombad Yayınları, 1997.
- Alıcı, Yaşar: *Bankacılık Kanunu Şerhi*. 2 Cilt. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Alwi, Sharifah Faigah Syed - Ibrahim, Uzaimah - Sawari, Mohd Fuad: "A Few Methods in Charging Fees for Kafâlah Bank Guarantee-i among Islamic Banks in Malaysia". *ISRA International Journal of Islamic Finance* 6/1 (2014), 51-66.
- Amaren, Emad Mohammed - Ismail, Che Thalbi Bt Md. - Nor, Mohd Zakhiri bin Md.:

- Apaydın, H. Yunus: “Kefalet”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 25/168-177. Ankara: TDV Yayınları, 2002.
- Avans Teminat Mektubu: “Avans Teminat Mektubu”, *LegalBank*, erişim 29 Kasım 2020.
- Bakkal, Ali: “Ücretli Kefalet Sözleşmesi”. *Harran Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 5 (1999), 3-42.
- BK: Bankacılık Kanunu (Kanun No. 5411), *Resmî Gazete* 25983 (1 Kasım 2005). Erişim 28 Haziran 2021.
<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/11/20051101M1-1.htm>
- BK: Borçlar Kanunu (Kanun No. 818), *Resmî Gazete* 359 (29 Nisan 1926).
- Bayındır, Servet: Faizsiz Bankacılık İşlemlerinin İslam Fıkhi’ndaki Yeri. İstanbul: Marmara Üniversitesi, Doktora, 2004.
- Bayyığıt, Mehmet (ed.): I. İslam Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi. Konya: Kombad Yayınları, 1997.
- Berrî, Zekeriya: “Hitâbu’d-Damân”. *Mecelletü Mecmai’l-Fıkhi’l-İslâmî* 2/2 (1986), 1097-1104.
- Çağırğan Tuncer, Senar - Ulusoy, Yasin: “Kredi ve Kredi İşlemlerinin Hukuki Açından Değerlendirilmesi”. *Pamukkale Journal of Eurasian Socioeconomic Studies* 6/2 (31 Aralık 2019), 43-69.
- Çetin, Abdurrahman - Dinç, Yusuf: “Türkiye’de Teminat Mektupları: Uygulamalar ve Hukuki Sorunlar”. *Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi* 5/9 (2014).
- Dağıdır Çakan, Canan: “Bir Yatırım Kurumu Olarak Bankalar: Bankaların Fon Kullanımı”. *Finansal Piyasalar: Para ve Bankacılık*. İstanbul: Nobel Akademik Yayıncılık, 1. Basım, 2019.
- Doğan, Vahit: Banka Teminat Mektupları. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 4. Basım, 2011.

- Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif. Ankara: Savaş Yayınevi, 4. Basım, 2016.
- Ebû Gudde, Abdüssettar: “Hitâbu’d-Damân”. Mecelletü Mecmai’l-Fıkhî’l-İslâmî 2/2 (1986), 1105-1109.
- Ebu Gudde, Abdüssettar - Huce, İzzeddin Muhammed: Karârât ve tavsiyyât Nedveti’l-bereke li’l-iktisâdi’l-İslâmî h. 1403-1422 / m. 1981-2001. Cidde: Mecmûatü Delleti’l-Bereke, 5. Basım, 1997.
- Ebû Zeyd, Bekir: “Hitâbu’d-Damân”. Mecelletü Mecmai’l-Fıkhî’l-İslâmî 2/2 (1986), 1037-1045.
- Ekici, Akın - Durukanoğlu, Nihayet: Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Teminat Mektupları (Garanti ve Kontrgarantiler). İstanbul: Legal Yayıncılık, 2016.
- Emin, Hasan Abdullah: “Dirâsetü Havle Hitâbâtî’d-Damân”. Mecelletü Mecmai’l-Fıkhî’l-İslâmî 2/2 (1986), 1047-1054.
- Eren, Fikret: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 7. Basım, 2019.
- Gönenç, Halil: “Fâiz, Finans ve Borsa İle İlgili Bazı Meseleler”. Ed. Mehmet Bayyığıt. 257-270. Konya: Kombad Yayınları, 1996.
- Günel, Mehmet: *Para Banka ve Finansal Sistem*. Ankara: Gazi Kitabevi, 1. Basım, 2019.
- Hacak, Hasan - Esra Taşkesen Sancar (ed.): *Şer’î Standartlar ve Operasyonel Gereklilikler*. çev. İsmail Eriş. İstanbul: TKBB Yayınları, 2021.
- ICC: ISP 98, International Standby Practices (ISP 98). 590 (ts.).
URDG 758, Uniform Rules for Demand Guarantees. 758 (ts.).

- İbnü'l-Hümmam, *Şerhu Fethi'l-kadîr*. Kahire, 1970.
- Kemaleddin:
- İş Bankası: "Gayrinakdî Krediler". Erişim 13 Ağustos 2021.
<https://www.isbank.com.tr/is-ticari/gayrinakdi-krediler>
- Kahf, Monzer - Ibrahim, Abdul-Jalil: "Return on the Letter of Guarantee: Issues and New Proposals in Structuring the Product". *International Journal of Economics, Management and Accounting* 25/3 (2017), 549-579.
- Kahraman, Abdullah: İslam Borçlar Hukukunda Kefalet Sözleşmesi ve Günümüzdeki Tatbikatı. İstanbul: M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 1. Basım, 2008.
- Karaman, Hayrettin: "Soru-(124) Teminat mektubu, çek, kredi, faiz, finans kurumları". Erişim 14 Ağustos 2021.
<http://www.hayrettinkaraman.net/sc/00124.htm>
- Karaman, Hayreddin. "Akid". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 2/251-256. İstanbul: TDV Yayınları, 1989.
- Karadâğî, Muhyiddin Ali: "Et-Temvîl ve Sûku'l-Evrâki'l-Mâliyye fi'ş-Şerîati'l-İslâmiyye". Ed. Mehmet Bayyigit. Konya: Kombad Yayınları, (1996) 229-256.
- Kâsânî, Ebubekir b. Mesud: *Bedâiu's-sanâi fi tertîbi's-şerâi*. Kahire: Dârü'l-hadîs, 2005.
- Kaya, Süleyman: *XVIII. Yüzyıl Osmanlı Toplumunda Kredi*. İstanbul: Marmara Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2003.
- Kırm, Süleyman Ahmed Muhammed: *Hitâbü'd-damân fi'l-mesârifi'l-İslâmiyye*. Nablus: Câmiatü'n-Necâh el-Vataniyye, Külliyyetü'd-Dirâsâti'l-Ulyâ, Yüksek Lisans Tezi, 2003.

- Mecma‘u’l-Fıkhî’l-İslâmî ed-Düvelî: “Karâr no. 5: Hitâbü’l-d-damân”. *Mecelletü Mecma‘i’l-Fıkhî’l-İslâmî* 2/2 (1406/1985), 1209-1210.
- “Min Takrîri Havle Nedveti’l-Bereketi’s-Sâniye”. *Mecelletü Mecmai’l-Fıkhî’l-İslâmî* 2/2 (1986), 1151-1152.
- Koyuncu, Nuran: “Osmanlı Devleti’nde Sarrafların Mültezimlere Kefilliği”. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5/1 (2016), 361-371.
- Kuveyt Türk Katılım Bankası: “Gayri Nakdi Finansman”. Erişim 13 Ağustos 2021. <https://www.kuveytturk.com.tr/ticari/finansman-urunleri/gayri-nakdi-finansman>
- “Genel Kredi Sözleşmesi”. Erişim 13 Ağustos 2021. <https://www.kuveytturk.com.tr/medium/document-file-4687.vsf>
- Muhammed, Süleyman Ahmed: Hitâbu’l-Damân fi’l-Masârifi’l-İslâmiyye. Nablus: en-Necâh Ulusal Üniversitesi, Lisansüstü Çalışmalar Fakültesi, Yüksek Lisans Tezi, 2003.
- Muneeza, Aishath - Mustapha, Zakariya: “Practical Application of Kafalah in Islamic Banking in Malaysia”. *PSU Research Review*. DOI: 10.1108/PRR-01-2019-0001.
- Müzayede, Münâkasa ve İhâlât Kanunu: Kanun No: 661. Resmî Cerîde 97 (28 Nisan 1341). Erişim Tarihi 14 Nisan 2021.
- Ortabağ, Erol: Osmanlı Döneminde Bankacılığın Gelişimi ve Regülasyon. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Doktora, 2017.
- Ömer, Abdülhalim: “Vehbe ez-Zuhaylî’nin ‘Finans ve Borsa’ Konulu Tebliğiyle İlgili Müzakere Raporu”. Ed. Mehmet Bayyığıt. Konya: Kombad Yayınları, 1996, 343-391.
- Reisoğlu, Seza: Garanti Mukavelesi. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1963.

- Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Akreditif.
Ankara, 2. Basım, 2009.
- Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Teminat
Mektupları Kontrgarantiler. Ankara: Sevinç Matbaası, 1983.
- Sâlûs, Ali “Hitâbu’d-Damân”. *Mecelletü Mecmai’l-Fıkhî’l-İslâmî* 2/2
Ahmed: (1986), 1055-1095.
- Savva, Ali “Hitâbâtü’d-Damân Kemâ Tecrîhâ’l-Bunûki’l-İslâmiyye ve
Muhammed: Ahkâmuhâ’s-Şer’iyye”. *Dirâsât ‘Ulûmu’s-Şer’i’a ve’l-Kânûn*
23/1 (1996), 149.
- Serahsî, Ebû Bekr el-Mebsût. 30 Cilt. Kahire: Matbaatü’s-Saade, 1324.
- Şemsü’l-eimme:
- Tandoğan, Haluk: *Garanti Mukavelesi: Mahiyeti ve Benzeri Hukuki*
Münasebetlerden Tefriki. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku
Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1959.
- Teshîrî, “El-Ârâ Havle Hitâbi’d-Damân”. *Mecelletü Mecmai’l-Fıkhî’l-*
Muhammed Ali: *İslâmî* 2/2 (1986), 1111-1114.
- Türkiye Ekonomi “Gayrinakdi Krediler”. Erişim 13 Temmuz 2021.
Bankası: <https://www.teb.com.tr/kurumsal/gayrinakdi-krediler/>
- Tekinalp, Ünal: *Ünal Tekinalp’in Banka Hukukunun Esasları*. İstanbul: Vedat
Kitapçılık, 2. Basım, 2009.
- TBK, Türk Kanun No. 6098. Resmî Gazete 27836 (4 Şubat 2011). Erişim
Borçlar Kanunu: Tarihi 28 Haziran 2021.
<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/02/20110204-1.htm>
- TDK, Türk Dil “Teminat”. Erişim 14 Mayıs 2021. <https://sozluk.gov.tr/>
Kurumu:
- TDK, Türk Dil “Garanti”. Erişim 14 Mayıs 2021. <https://sozluk.gov.tr/>
Kurumu:
- Ülgen, Hüseyin *Kıymetli Evrak Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 9.
vd.: Basım, 2014.

- Vakıf Bank, “Genel Kredi Sözleşmesi”. Erişim 13 Ağustos 2021.
Türkiye Vakıflar Bankası: <https://www.vakifbank.com.tr/documents/duyurular/kredi-genel-sozlesme.pdf>
Yargıtay, İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu: İBK, E. 1966/16, K. 1967/7 (13.12.1967).
Yargıtay, İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu: İBK, E. 1969/4, K. 1969/6 (11.06.1969).
Yargıtay, 11. Hukuk Dairesi: 11. HD, E. 1985/4169, K. 1985/5613 (15.10.1985).
Yargıtay, 11. Hukuk Dairesi: E. 1989/4046, K. 1990/8459 (27.12.1990).
Yargıtay, Hukuk Genel Kurulu: HGK, E. 2001/19-534, K. 2001/583 (04.07.2001).
Yargıtay, İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu: İBK, E. 2017/4, K. 2018/5 (20.04.2018).
Yargıtay, 11. Hukuk Dairesi: 11. HD, E. 2018/3870, K. 2019/5469 (16.09.2019).
Yüksel, Ali Sait: Bankacılık Hukuku ve İşletmesi. İstanbul: M.Ü. Nihad Sayar Eğitim Vakfı Yayınları, 8. Basım, 1997.
Zuhaylî, Vehbe: “Et-Temvîl ve Sûku’l-Evrâki’l-Mâliyye”. Ed. Mehmet Bayyigit. 272-310. Konya: Kombad Yayınları, 1996.
El-Mu‘âmelâtü’l-mâliyyetü’l-mu‘âşıra: buhûs ve fetâvâ ve hulûl. Dımaşk: Dârü’l-Fikr, 2006, 469-472.